

บทที่ 2

ความสัมพันธ์ในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์

สัญญาให้บริการด้านการแพทย์ที่จะกล่าวต่อไปนี้จะกล่าวเฉพาะสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ของแพทย์แผนปัจจุบันในโรงพยาบาลเอกชนเท่านั้น เนื่องจากมีประเด็นที่น่าพิจารณาหลายกรณีด้วยกัน กล่าวคือ กระบวนการก่อให้เกิดสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาล แพทย์ และผู้ป่วย รวมถึงตลอดถึงความยินยอมของผู้ป่วยกับเวชปฏิบัติของแพทย์ก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางสัญญาหรือไม่ อย่างไร

ความรับผิดชอบของแพทย์ในสัญญาให้บริการจะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาให้ทราบเสียก่อนว่า กระบวนการก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นได้อย่างไร เพราะความรับผิดชอบในทางสัญญาของแพทย์จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้ว และได้มีการปฏิบัติหน้าที่หรือผิดสัญญาของแพทย์นั่นเอง ดังนั้น トラバใดที่สัญญาให้บริการด้านการแพทย์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยยังไม่เกิดขึ้น นั่นหรือความผูกพันอันเนื่องมาจากสัญญาก็ยังไม่มีขึ้น และเพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรศึกษาเกี่ยวกับลักษณะหรือกระบวนการก่อให้เกิดสัญญา ดังนี้

1. กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญา

สัญญาคือตกลง (Agreement) แต่ข้อตกลงทุกอันหาได้ก่อให้เกิดสัญญาเสมอไปไม่ (Not all agreement are contracts) จะเกิดเป็นสัญญาก็เฉพาะที่เป็นข้อตกลงที่ก่อให้เกิดหนี้บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น¹ เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วย่อมก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์หรือความผูกพันทางกฎหมายระหว่างคู่สัญญาแต่ละฝ่าย ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าสัญญาเป็นมูลหรือบ่อเกิด

¹ ไพจิตร ปุณณพันธ์, “ความรับผิดชอบก่อนสัญญากับความรับผิดชอบกัน”, รพี 47 : มองกฎหมายหลายมุม, (คณะกรรมการนิติบัญญัติ สมัยที่ 46 : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัญญัติ), น. 141.

แห่งหนึ่ง² การผิดสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาซึ่งอาจทำให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งหรืออาจถูกบังคับให้ชำระหนี้

1.1 ความหมายและองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

1.1.1 ความหมายของสัญญา

สัญญา³ หมายถึง นิติกรรมสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันของบุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปซึ่งมุ่งจะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลงหรือระงับนิติสัมพันธ์

สัญญาเป็นความผูกพันตามกฎหมายซึ่งเกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลสองฝ่ายเป็นหลักตายตัวไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่าถ้าไม่มีคู่สัญญาคือบุคคลสองฝ่ายแล้วก็ไม่มีความจะเป็นสัญญาได้⁴

หลักการพื้นฐานที่สำคัญของสัญญา คือ หลักอิสระในทางแพ่ง (Private autonomy) หรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) กล่าวคือ คู่สัญญาสามารถทำความตกลงกันได้ในลักษณะต่าง ๆ ไม่จำกัดเฉพาะในประเภทหรือชนิดที่บัญญัติอยู่ในบรรพ 3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เรียกว่า “เอกเทศสัญญา” เท่านั้น

หลักเสรีภาพในการทำสัญญามี 2 ความหมาย⁵ กล่าวคือ ความหมายแรกคู่สัญญา มีเสรีภาพที่เข้ามาตกลงทำสัญญา โดยเริ่มตั้งแต่เสรีภาพในการคิดที่จะทำสัญญา เมื่อคิดรอบคอบแล้วก็มาสู่เสรีภาพในการตัดสินใจว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าตัดสินใจว่าจะทำสัญญาก็มีเสรีภาพที่จะเลือกทำสัญญากับใคร ทำสัญญาอะไร มีวัตถุประสงค์หรือมีเนื้อหาของสัญญาอย่างไร เมื่อตัดสินใจแล้วก็มีเสรีภาพที่จะแสดงเจตนาออกมาด้วยวิธีการที่ต้องการและมีเสรีภาพที่จะกำหนดให้เจตนาที่แสดงออกมานั้นก่อให้เกิดผลตามที่ตนประสงค์ และความหมายที่สองคือมีเสรีภาพที่จะไม่ถูกแทรกแซงเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว เนื่องจากรัฐได้รับรองเสรีภาพของปัจเจกชน

² ไชยยศ เหมะรัชตะ, คู่มือศึกษากฎหมายว่าด้วยสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2542), น. 2.

³ ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 13 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 247.

⁴ อัคราทร จุฬารัตน, คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : มิตรนราการพิมพ์, 2531), น. 116.

⁵ Wilson N.S., Freedom of Contract and Adhesion Contract, The International and Comparative Law, Quarterly vol.14, 1996, p.172ss.

ตั้งแต่ขั้นตอนก่อนเกิดสัญญาแล้ว ดังนั้น เมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วรัฐจะเข้าไปแทรกแซงเพื่อให้สิ่งที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้โดยหลักเสรีภาพเปลี่ยนแปลงไปเป็นประการอื่นไม่ได้ เพราะหากปล่อยให้ทำเช่นนั้นได้ เสรีภาพของปัจเจกชนก็จะถูกทำลายไป อย่างไรก็ตามหลักเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ภายใต้กรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย คือ ต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย หรือไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นอกจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้ว ในการก่อให้เกิดสัญญาคู่สัญญาควรคำนึงถึงหลักสุจริต หลักความไว้วางใจ หลักความยุติธรรม และหลักความรับผิดชอบก่อนสัญญาด้วย เนื่องจากในการทำสัญญานั้น ผู้เข้าทำสัญญาควรพึงระลึกอยู่เสมอว่าก่อนก่อให้เกิดสัญญาหากในขั้นตอนนี้ผู้เข้าทำสัญญาจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมทำสัญญาได้รับความเสียหายแล้วเขาก็อาจจะมีความรับผิดชอบได้ แม้สัญญาจะยังไม่เกิดหนี้หรือความผูกพันตามสัญญาจะยังไม่มี แต่คู่สัญญาก็มีหนี้หรือหน้าที่ต่อกันแล้วในการที่จะต้องปฏิบัติตนด้วยความสุจริต และในการทำสัญญาคู่สัญญาจะกำหนดข้อสัญญาเอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่านั้นนอกจากจะเป็นสัญญาที่ไม่อยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรมแล้วยังขัดกับหลักการของสัญญาที่ทั้งสองฝ่ายต้องมีเสรีภาพในการทำสัญญาและต้องมีความเท่าเทียมกันด้วย⁶

1.1.2 องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา

สัญญาจะเกิดขึ้นได้จะต้องมีองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา ดังนี้

(1) ต้องมีคู่สัญญา คือ ต้องมีบุคคล(บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้⁷) ผู้เป็นคู่สัญญาอย่างน้อยสองฝ่ายขึ้นไปแสดงเจตนาทำคำเสนอและคำสนองที่ถูกต้องตรงกัน ดังนั้นสัญญาจึงมีลักษณะของนิติกรรมหลายฝ่าย จะมีบุคคลเพียงฝ่ายเดียวไม่ได้เพราะการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวจะไม่เป็นสัญญา แต่อาจจะเป็นได้ก็แค่เพียงนิติกรรมอย่างหนึ่งเท่านั้น

(2) ต้องมีการแสดงเจตนาตรงกัน กล่าวคือทั้งสองฝ่ายจะต้องมีการแสดงเจตนาทำคำเสนอคำสนองที่ถูกต้องตรงกันจึงจะเกิดเป็นสัญญาขึ้น ที่กล่าวว่า “คำเสนอคำสนองต้อง

⁶ ศนันท์ภรณ์(จำปี) โสติพันธุ์, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 3, น. 256-257.

⁷ ข้อสังเกต หากคู่สัญญาเป็นบุคคลธรรมดา สัญญาที่สร้างขึ้นจะมีความสมบูรณ์ได้นั้นบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมายกล่าวคือ ไม่เป็นผู้เยาว์ ผู้ไร้ความสามารถ ผู้เสมือนไร้ความสามารถ หรือต้องไม่เป็นคนวิกลจริต ส่วนคู่สัญญาที่เป็นนิติบุคคลนั้น การจะทำการใดๆ จะต้องกระทำผ่านผู้แทนนิติบุคคล และต้องกระทำภายใต้กรอบวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งนิติบุคคลด้วย

ตรงกัน” หมายความว่า เจตนาทั้งสองนั้นได้มีการหลอหลอมรวมเป็นเจตนาเดียวแล้ว คือเป็นเจตนาของสัญญาและไม่อาจแยกจากกันได้อีกต่อไป⁸ ซึ่งเกิดเมื่อคำสนอนนั้นมาถึงภายในเวลาที่กำหนดและมีได้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข จำกัด ตัดทอน หรือเพิ่มเติมคำเสนอ⁹

(3) ต้องมีวัตถุประสงค์¹⁰ หรือต้องมีประโยชน์สุดท้ายของการทำสัญญา ถ้าหากไม่มีวัตถุประสงค์ของการทำสัญญาแล้วสัญญาก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ในสัญญาทุกชนิดจะต้องมีวัตถุประสงค์เสมอ สัญญาใดที่ไม่มีวัตถุประสงค์ ก็เหมือนเป็นเรื่องลอยๆ ไม่จริงจังอะไร¹¹

(4) แบบ สัญญาบางประเภทกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบเฉพาะมิฉะนั้นสัญญาย่อมเกิดเป็นโมฆะ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

1.2 การเกิดสัญญา

กระบวนการก่อให้เกิดสัญญาเริ่มต้นจากการที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งทำคำเสนอและอีกฝ่ายหนึ่งทำคำสนองรับที่ต้องตรงตามคำเสนอทุกประการ สัญญาย่อมเกิดขึ้น แต่อย่างไรก็ตามหลักการก่อให้เกิดสัญญาจะต้องประกอบไปด้วยหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เบื้องต้นไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสามารถของบุคคลผู้เป็นคู่สัญญา หรือเรื่องความสามารถตามกรอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล หรือเรื่องวัตถุประสงค์ของสัญญาอันเป็นพื้นฐานในการทำนิติกรรม จากนั้นจึงจะพิจารณาในเรื่องการทำเสนอคำสนองอันเป็นหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา

1.2.1 คำเสนอ

คำเสนอ คือ การแสดงเจตนาชนิดที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา จะโดยเฉพาะเจาะจงหรือต่อสาธารณะก็ได้ โดยคำเสนอนั้นจะต้องมีเนื้อหาเป็นการเสนอตนเข้าผูกพันกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนั้นตกลงทำคำสนอง เพื่อให้เกิดความผูกพันทางกฎหมาย

⁸ ศนันท์กรณ(จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 262.

⁹ มาตรา 359 ถ้าคำสนองมาถึงล่วงเวลา ท่านให้ถือว่าคำสนอนนั้นกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่

คำสนองอันมีข้อความเพิ่มเติม มีข้อจำกัด หรือมีข้อแก้ไขอย่างอื่นประกอบด้วยนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นคำบอกปิดไม่รับทั้งเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ด้วยในตัว

¹⁰ ข้อสังเกต วัตถุประสงค์นั้นต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ไม่ฝ่าฝืนศีล ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนเท่านั้น

¹¹ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น. 136-137.

ระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย หรือจะกล่าวอย่างสั้นๆ ก็คือ คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาขอทำสัญญานั้นเอง

(1) ลักษณะของคำเสนอ

การแสดงเจตนาใดจะเป็นคำเสนอหรือไม่นั้น มีความสำคัญมากเพราะเหตุที่ว่า หากการแสดงเจตนาใดไม่เป็นคำเสนอเสียแล้ว ก็จะมีผลต่อการเกิดขึ้นของสัญญา หรืออาจก่อให้เกิดความผูกพันในลักษณะอื่นๆ ตามกฎหมายได้ ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาใดเป็นคำเสนอหรือไม่สามารถพิจารณาได้จากหลัก 5 ประการ¹² ดังนี้

(1.1) คำเสนอเป็นการแสดงเจตนาทำนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา การแสดงเจตนาจะมีผลเป็นคำเสนอต่อเมื่อมีผู้รับการแสดงเจตนา ดังนั้น จึงต้องพิจารณาว่าได้มีการทำคำเสนอไปยังบุคคลซึ่งอยู่เฉพาะหน้า หรือทำคำเสนอไปยังบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง และอีกฝ่ายได้รับคำเสนอและต้องตอบคำสนองกลับมาภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้วจึงจะมีผลเป็นสัญญา

(1.2) คำเสนอต้องเป็นการแสดงเจตนาโดยวิธีที่ชัดแจ้ง สำหรับวิธีการแสดงเจตนาอาจทำโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งอาจทำด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ทั้งนี้เพราะคำเสนอคือคำขอให้ทำสัญญา ดังนั้นคำเสนอจึงไม่อาจแสดงเจตนาโดยปริยายหรือโดยการนิ่งไม่ได้

(1.3) คำเสนอต้องมีข้อความชัดแจ้งและแน่นอน¹³ กล่าวคือผู้ทำคำเสนอจะต้องแสดงเจตนาทำคำเสนอโดยมีความชัดเจนและแน่นอน

¹² อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), น. 224-228.

¹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 6061/2531 เอกสารที่บริษัทจำเลยมีไปถึงโจทก์ยังต่างประเทศมีข้อความว่าจำเลยขอว่าจ้างโจทก์ให้มาทำงานกับจำเลยในตำแหน่งหัวหน้าแผนกรับผิดชอบแผนกช่างซ่อมเป็นเวลา 2 ปี เงินเดือน 85,000 เหรียญได้ห้วน เป็นคำเสนอว่าจ้างโจทก์ให้มาทำงานกับจำเลย เมื่อโจทก์เดินทางเข้ามาทำงานกับจำเลยในประเทศไทยแล้ว ข้อเสนอต่างๆ ในเอกสารดังกล่าวจึงมีผลใช้บังคับและผูกพันโจทก์จำเลยให้ต้องปฏิบัติ ถือได้ว่าโจทก์จำเลยได้มีสัญญาต่อกันแล้ว (สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

แต่ถ้าข้อความในคำเสนอไม่ชัดเจนเพียงพอแล้ว ข้อความนั้นก็จะไม่มีผลเป็นคำเสนอ แต่จะเป็นเพียง “คำปรารภ” หรือ “คำทาบถาม” หรือ “คำเชื้อเชิญ” เพื่อให้อีกฝ่ายทำคำเสนอมาเท่านั้น¹⁴

(1.4) คำเสนออาจจะแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง หรือต่อสาธารณชน¹⁵ ก็ได้

(1.5) เมื่อได้มีคำเสนอออกไปแล้ว ผู้เสนอไม่มีสิทธิปฏิเสธหรือเลือกปฏิบัติกรณีนี้ถ้าเป็นการเสนอต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงก็ไม่ใช่ปัญหาเพราะเมื่อผู้เสนอทำคำเสนอไปยังบุคคลโดยเฉพาะเจาะจงแล้วบุคคลผู้ได้รับคำเสนอเท่านั้นที่จะทำคำสนองกลับมาได้ แต่ถ้าเป็นการทำคำเสนอต่อสาธารณชนแล้วไม่ว่าจะเป็นบุคคลใดสนองกลับมาผู้เสนอจะปฏิเสธไม่เข้าทำสัญญาไม่ได้

(2) ผลของคำเสนอ

เมื่อการแสดงเจตนาขอทำสัญญาของบุคคลหนึ่งได้เป็นคำเสนอแล้วย่อมมีผลให้

(2.1) เมื่อมีการสนองรับคำเสนอนั้นสัญญาย่อมเกิดขึ้น

(2.2) เมื่อมีการบอกกล่าวคำเสนอออกไปแล้วจะถอนคำเสนอนั้นเสียไม่ได้¹⁶

¹⁴ พงศภา บุญโสภาคย์ และ ประสาน บุญโสภาคย์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2530), น. 247-248.

¹⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1013/2498 (ประชุมใหญ่) ผู้ได้รับสัมปทานตั้งโรงไฟฟ้าทำคำเสนอแสดงออกต่อประชาชนทั่วไปว่าจะรับบริการจำหน่ายไฟฟ้าแก่ประชาชนภายในเขตสัมปทานภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับสัมปทาน เมื่อมีผู้ขอใช้ไฟฟ้าโดยรับที่จะปฏิบัติตามสัมปทานและเสียเงินให้แก่ผู้รับสัมปทานแล้ว ถือได้ว่าได้สนองรับคำเสนอแล้ว ก่อให้เกิดสัญญาระหว่างกันต่างมีสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัมปทาน

(สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

¹⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 19-21/2537 จำเลยทำหนังสือเสนอขายที่ดินให้โจทก์ โดยระบุในสัญญาว่า ภายใน 180 วันนับแต่วันทำสัญญา จำเลยขอยืนยันไม่เปลี่ยนแปลงราคาที่ดินที่เสนอขายหรือโอนขายให้แก่บุคคลอื่นโดยเด็ดขาด หนังสือดังกล่าวเป็นคำเสนอจะทำสัญญาอันบ่งระยะเวลาให้ทำคำสนองซึ่งไม่อาจถอนได้ภายในระยะเวลาที่บ่งไว้ จำเลยไม่อาจถอนคำเสนอนั้นได้ เมื่อโจทก์มีหนังสือนัดโอนที่ดินภายในเวลาที่กำหนดตามคำเสนอขายจึงเป็นคำสนองข้อ

(3) คำเสนอสิ้นความผูกพัน

คำเสนอที่ได้แสดงไปยังบุคคลฝ่ายผู้รับคำเสนอแล้ว หากยังไม่พ้นกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดไว้หรือมิได้บอกถอนเสียก่อนคำเสนอนั้นก็จะมีผลผูกพันผู้เสนอ แต่ก็ไม่ใช่ว่าจะมีผลอยู่ตลอดไป เพราะกฎหมายได้บัญญัติให้คำเสนอสิ้นความผูกพันนั้นมี 3 กรณี คือ

(3.1) บุคคลผู้รับคำเสนอบอกปัดไปยังผู้เสนอ

(3.2) บุคคลผู้รับคำเสนอมิได้สนองรับภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด¹⁷

(3.3) บุคคลผู้ทำคำเสนอตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถ¹⁸

ที่ดินจากจำเลยสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว จำเลยไม่ไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้โจทก์ จำเลยเป็นฝ่ายผิดสัญญา

(สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

¹⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2170/2529 โจทก์มีหนังสือแสดงความจำนงจะซื้อที่ดินและสอบถามราคาที่ดินว่าจำเลยประสงค์จะขายที่ดินให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เช่าในราคาตารางวาละเท่าไร เพื่อโจทก์จะได้เตรียมเงินเอาไว้ให้ถูกต้อง จำเลยมีหนังสือตอบว่าหากโจทก์ประสงค์จะซื้อที่ดินให้ไปทำความตกลงกับจำเลยให้เสร็จสิ้นภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ โดยจำเลยจะขายในราคาตารางวาละ 1,300 บาท หากพ้นกำหนดจะถือว่าโจทก์สละสิทธิที่จะซื้อที่ดินพิพาท โจทก์ไม่ได้สนองรับภายในเวลาที่จำเลยกำหนด ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่ผูกพันจำเลยที่จะขายที่ดินให้โจทก์ในราคานั้นต่อไป

(สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1213/2517 (ประชุมใหญ่) หนังสือสัญญาเช่ามีข้อความว่า เมื่อครบอายุสัญญาเช่าแล้ว ผู้ให้เช่ายินยอมจดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าให้ผู้เช่าอีก 10 ปี ตามสัญญาเดิม เป็นแต่เพียงคำมั่นของผู้ให้เช่าว่าจะให้ผู้เช่าเช่าต่อไป ปราบกฏว่าผู้เช่ายังไม่ได้สนองรับผู้ให้เช่าตายก่อน ผู้เช่ารู้ว่าผู้ให้เช่าตายก่อนสัญญาเช่าจะครบกำหนด 10 ปี ตามที่กำหนดไว้ ผู้เช่าก็สนองรับว่าเช่าต่อศาลฎีกาวินิจฉัยว่า กรณีต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 360 ซึ่งบัญญัติไม่ให้นับบทบัญญัติตามมาตรา 130 วรรคสอง (ปัจจุบันมาตรา 169 วรรคสอง) มาใช้บังคับ คำมั่นของผู้ให้เช่าไม่มีผลผูกพันทายาทของผู้ให้เช่าให้ต้องปฏิบัติตาม ผู้เช่าจะฟ้องบังคับให้ทายาทผู้ให้เช่าจดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าให้ผู้เช่าอีก 10 ปีไม่ได้

(สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

ดังนั้น การแสดงเจตนาที่จะมีลักษณะเป็นคำเสนอนั้นจะต้องเป็นการแสดงเจตนาที่มีข้อความชัดเจนแน่นอนเพียงพอที่จะถือว่าเป็นข้อผูกพันในสัญญาได้ซึ่งคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับการแสดงเจตนาพร้อมที่จะตกลงเข้าทำสัญญากับผู้แสดงเจตนามาถึงนั้นได้¹⁹

การพิจารณา “คำเสนอ” นั้น มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า “คำเสนอ” เป็นนิติกรรมหรือไม่ ในเรื่องดังกล่าวยังมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่ โดยนักกฎหมายฝ่ายหนึ่ง²⁰ เห็นว่าคำเสนอเป็นนิติกรรมโดยให้เหตุผลว่า เมื่อคำเสนอมีผลเป็นคำสนองแล้วก็ย่อมทำให้เกิดหนี้ เป็นหนึ่งเดียวกับการกระทำที่จะไม่ถอนคำเสนอก่อนที่คำเสนอจะสิ้นความผูกพัน

ส่วนนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่ง²¹ เห็นว่า “คำเสนอ” โดยลำพังยังไม่เป็นนิติกรรมแต่เป็นเพียงการกระทำอย่างหนึ่งที่มีมาก่อนที่จะเกิดนิติกรรม เพราะนิติกรรมจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อความผูกพันในกฎหมายที่คู่สัญญาประสงค์นั้นได้บรรลุผลตามที่ตนได้แสดงเจตนาขึ้น ซึ่งความผูกพันตามที่ต้องการในกรณีเช่นนี้จะมีขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีสัญญาเกิดขึ้นแล้วนั่นเอง การที่บุคคลทำคำเสนอซึ่งเป็นการแสดงเจตนาไปยังบุคคลใดก็ตามก็ใช้ว่าจะเกิดสัญญาขึ้นในทันทีเสมอไปเขาอาจจะยังตัดสินใจไม่ได้หรือไม่มีความสนใจในข้อเสนอนั้นมาถึงนั้นก็ได้อ จึงเป็นเรื่องที่ห่างไกลจากการที่จะเกิดความผูกพันในกฎหมายตามความหมายที่กฎหมายให้ไว้ในเรื่องนิติกรรม

อย่างไรก็ตามสิ่งที่เห็นพ้องต้องกันก็คือคำเสนอเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

1.2.2 คำสนอง

คำสนอง คือ การแสดงเจตนาตอบรับคำเสนอเพื่อที่จะเข้าทำสัญญากับผู้เสนอ²² หรืออาจสรุปสั้นๆ ได้ว่า คำสนอง คือ คำตอบรับทำสัญญาตามคำเสนอ²³ แต่การแสดงเจตนา

¹⁹ อักษราทร จุฬารัตน, อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 4, น. 118.

²⁰ ไชยยศ เหมะรัชตะ, กฎหมายว่าด้วยสัญญา เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525), น.312 ; ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา, แก้ไขเพิ่มเติม พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2551), น.337 ; อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550), น. 224

²¹ อักษราทร จุฬารัตน, อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 4, น. 118.

²² ศนันท์กรณ (จำปี)โสทธิพันธุ์, อ่าวแล้ว เจริญรทที่ 3, น. 279.

ทำคำสนองดังกล่าวจะต้องแสดงออกซึ่งความยินยอมตรงตามข้อความที่ได้กำหนดไว้ในคำเสนอ ถ้าการแสดงเจตนาทำคำสนองนั้นยังมีข้อความเพิ่มเติม แก้ไข หรือ ข้อจำกัด ต่างไปจากข้อกำหนด และมีได้ส่งไปถึงผู้เสนอภายในกำหนดเวลาแล้วสัญญาย่อมไม่อาจจะเกิดขึ้นได้ ต้องถือว่าการแสดงเจตนาทำคำสนองดังกล่าวนี้เป็นอันสิ้นความผูกพันแต่นั้นไป และกลายเป็นคำเสนอใหม่ด้วยในตัว

(1) ลักษณะของคำสนอง²⁴

(1.1) คำสนองเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา

(1.2) คำสนองจะต้องแสดงเจตนาต่อบุคคลโดยเฉพาะเจาะจง กล่าวคือ จะต้องแสดงเจตนาไปยังผู้เสนอจะทำคำสนองไปยังบุคคลอื่นไม่ได้

(1.3) คำสนองจะต้องมีความความชัดเจนแน่นอนโดยไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งข้อความของคำสนองจะต้องมีความถูกต้องตรงกันกับคำเสนอ จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากคำเสนอไม่ได้ เพราะจะทำให้คำสนองนั้นกลายเป็น “ข้อต่อรอง” ถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอ²⁵

คำสนองที่ตั้งเงื่อนไขข้อแม้ความจริงไม่ใช่คำบอกปิดไม่ทำสัญญาด้วยประการอื่น แต่กฎหมายให้มีผลเหมือนการบอกปิดไม่ทำสัญญา คือทำให้คำเสนอสิ้นผลไป ผลแตกต่างกันจึงมีอยู่ว่า “คำบอกปิดไม่ทำสัญญา” เป็นคำปฏิเสธไม่รับเสียเลย เพิ่มขึ้น หรือ

²³ เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้, เล่ม 1 (ภาค 1-2), พุทธศักราช 2478 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2505, (กรุงเทพมหานคร : นิติบรรณการ, 2520), น. 463

²⁴ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, น. 239-240.

²⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2639/2515 โจทก์เสนอขายและติดตั้งเครื่องปรับอากาศแก่จำเลย จำเลยมีหนังสือถึงโจทก์แสดงความประสงค์จะทำสัญญากับโจทก์ แต่โจทก์จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ โดยจะต้องยื่นแบบรูปเครื่องปรับอากาศและการติดตั้งพร้อมร่างสัญญาเพื่อให้จำเลยพิจารณาเห็นชอบก่อน คำสนองของจำเลยดังกล่าวนี้เป็นคำสนองอันมีข้อจำกัด ถือว่าเป็นการบอกปิดไม่รับคำเสนอของโจทก์ ทั้งเป็นคำเสนอใหม่ด้วยในตัว

(สืบค้นจาก [http:// www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka.2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

จำกัดแก้ไขใหม่²⁶ หรือลดเงื่อนไขบางประการลง กฎหมายถือว่าเป็นคำเสนอขึ้นใหม่ ถ้าฝ่ายที่
คำเสนอไว้เดิมกลับสนองรับมาก็เกิดสัญญาขึ้นได้

(1.4) คำสนอนนั้นอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง โดยปริยาย หรือ
โดยการนิ่งก็ได้ ซึ่งแตกต่างไปจากเรื่องของคำเสนอเพราะคำเสนอจะต้องเป็นการแสดงเจตนาโดย
ชัดแจ้งเสมอ

(2) ผลของคำสนอง

เมื่อมีการแสดงเจตนาทำคำสนองกลับมายังผู้เสนอแล้วก็ย่อมส่งผลในทาง
กฎหมายอยู่ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

(2.1) เมื่อมีการทำคำสนองกลับไปตามคำเสนอก่อนที่คำเสนอจะสิ้นความ
ผูกพันก็จะทำให้เกิดสัญญาขึ้น

(2.2) คำสนองจะถอนไม่ได้ เพราะเมื่อมีคำสนองแล้วก็จะเกิดเป็นสัญญา
ขึ้น การถอนคำสนองจึงเท่ากับเป็นการยอมให้มีการเลิกสัญญา เว้นแต่คำสนองซึ่งทำไปยังบุคคล
ผู้อยู่ห่างกันโดยระยะทางจะเกิดเป็นสัญญาขึ้นเมื่อมีการทำคำสนองนั้นไปถึงผู้เสนอ ดังนั้น
ก่อนที่ผู้เสนอจะได้รับคำบอกกล่าวสนองก็อาจบอกถอนเสียได้

(2.3) คำสนองไม่สิ้นความผูกพันเพราะเหตุผู้เสนอตาย หรือ ตกเป็นคน
ไร้ความสามารถ หรือ ตกเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ โดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ซึ่งต่างกับกรณี
ของคำเสนอซึ่งถ้าผู้ทำเสนอตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถคำเสนอนั้นก็จะสิ้นผล

แต่อย่างไรก็ตาม การทำคำสนองกลับไปยังผู้เสนอนั้นมิใช่จะทำให้เกิด
สัญญาในทุกกรณีเสมอไป ถ้าคำสนองนั้นมาถึงล่วงเวลา หรือ คำสนองนั้นไม่ตรงกับคำเสนอ ก็ไม่
อาจเกิดสัญญาขึ้นได้

(3) คำสนองที่มาถึงล่วงเวลา

แม้จะเป็นคำสนองที่มีข้อความชัดแจ้งแน่นอนไม่มีเงื่อนไขก็ตาม แต่คำสนอง
นั้นก็ไม่อาจมีลักษณะของคำสนองได้อีกต่อไป เพราะการที่จะเป็นคำสนองได้นั้น คำเสนอจะต้อง
ยังคงผูกพันอยู่ แต่เมื่อคำสนองมาถึงล่วงเวลา แสดงว่าคำเสนอนั้นได้สิ้นความความผูกพันไป
แล้วตามมาตรา 375 สัญญาจึง (ไม่อาจที่จะเกิดขึ้นได้และถือว่าคำสนองที่ล่วงเวลานั้นเป็น
คำเสนอขึ้นใหม่ตามมาตรา 359²⁷)

²⁶ เสนีย์ ปราโมช, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 23, น. 460-461.

²⁷ ศนันทกรณ (จำปี)โสติพันธ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 3, น. 281.

ดังนั้น ผู้ที่เคยทำเสนอก็ต้องพิจารณาว่าจะทำสัญญาหรือไม่ ถ้าต้องการก็ทำคำสนองกลับไป แต่ถ้าไม่ต้องการก็ทิ้งเสีย บอกปัดก็ได้ ไม่มีกฎหมายบังคับให้ผู้เสนอต้องตอบกลับไป อย่างไรก็ตามคำสนองที่จะกลายเป็นคำเสนอขึ้นใหม่นั้นยังคงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์เดิมที่ว่าคำสนอนั้นต้องมีข้อความชัดเจนและแน่นอนด้วย

1.2.3 เวลาที่สัญญาเกิด

สัญญาจะเกิดก็ต่อเมื่อคำเสนอคำสนองต้องตรงกัน ประเด็นที่น่าพิจารณาคือว่าเมื่อไรที่ถือว่าคำเสนอคำสนอนั้นต้องตรงกันหรือสัญญาได้เกิดขึ้นแล้ว สามารถแยกพิจารณาได้ 2 กรณีคือ

(1) การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้ง

การเกิดสัญญาโดยชัดแจ้งหมายความว่า สัญญาเกิดจากคำเสนอคำสนองที่ชัดเจนปราศจากข้อสงสัย แยกพิจารณาได้ดังนี้

(1.1) สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า คำเสนอที่กระทำต่อบุคคลที่อยู่เฉพาะหน้าจะต้องมีการสนองรับทันทีในเวลาและในสถานที่นั้น เพราะฉะนั้นเมื่อผู้รับคำเสนอที่อยู่เฉพาะหน้าทราบถึงคำเสนอแล้วตอบรับคำเสนอนั้นทันที สัญญาย่อมเกิดขึ้นทันทีที่ผู้เสนอได้ทราบถึงคำสนอนั้นนั่นเอง (มาตรา 356 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁸)

(1.2) สัญญาที่ทำระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างโดยระยะทาง สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ดังนั้น คำสนองไปถึงผู้เสนอเมื่อใด สัญญาเกิดขึ้นเมื่อนั้นและในสถานที่นั้น (มาตรา 361 วรรคแรก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²⁹)

(2) การเกิดสัญญาโดยปริยาย

ในบางครั้งคำสนองโดยลำพังอาจไม่ชัดเจนแน่นอนว่าเป็นคำสนอง จึงต้องอาศัยพิจารณาประกอบว่าในกรณีนั้นๆ ว่าผู้เสนอได้ระบุไว้ในคำเสนอหรือไม่ว่าผู้รับคำเสนอไม่ต้องสนอง แต่ให้ปฏิบัติการบางอย่างได้เลย ซึ่งหากมีการระบุไว้เช่นนั้นก็ดี หรือแม้ไม่มีการระบุไว้แต่ตามปกติประเพณีถือว่าไม่ต้องมีการสนองเช่นนี้การกระทำของผู้รับคำเสนอประกอบกับปัจจัยเหล่านี้ทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าการกระทำของผู้รับคำเสนอเป็นการสนองรับคำเสนอแล้ว

²⁸ มาตรา 356 คำเสนอทำแก่บุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า โดยมีได้บ่งระยะเวลาให้ทำคำสนอนั้น เสนอ ณ ที่ใดเวลาใดก็ย่อมจะสนองรับได้แต่ ณ ที่นั้นเวลานั้น ความข้อนี้ท่านให้ใช้ตลอดถึงการที่บุคคลคนหนึ่งทำคำเสนอไปยังบุคคลอีกคนหนึ่งทางโทรศัพท์ด้วย

²⁹ มาตรา 361 วรรคแรก “อันสัญญาระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางนั้นย่อมเกิดเป็นสัญญาขึ้นแต่เมื่อคำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ...”

สัญญาจึงเกิดขึ้นในเวลาที่มีการกระทำดังกล่าวโดยไม่จำเป็นต้องมีคำสนองและไม่จำเป็นต้องรอให้คำสนองไปถึงแต่อย่างใด (มาตรา 361 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)³⁰

เมื่อสัญญาได้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้วย่อมมีผลในทางกฎหมายทันทีที่ทำสัญญา ผลที่เกิดจากสัญญาคือ “หนี้” หรือ “ความผูกพัน” ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามการชำระหนี้ต่อไป สัญญาทุกสัญญาไม่ว่าจะเป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดผลในทางทรัพย์สินหรือไม่ก็ตาม มักจะก่อให้เกิดผลทางหนี้เสมอ³¹

2. กระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาให้บริการด้านการแพทย์

สัญญาให้บริการด้านการแพทย์เกิดขึ้นเมื่อใดเป็นเรื่องที่ยังมีความไม่ชัดเจน แต่นักวิชาการส่วนใหญ่มีความเห็นที่พ้องกันว่ากรณีที่สถานพยาบาลต่างๆ เปิดให้บริการแก่คนทั่วไปโดยเปิดเผยนั้นเป็นการบอกกล่าวแก่สาธารณชนว่าจะให้บริการทางการแพทย์ถือว่าสถานพยาบาลได้ทำคำเชื้อเชิญ เมื่อผู้ป่วยเข้ามาขอรับบริการต่างๆ ถือเป็นการเสนอขอใช้บริการ และเมื่อแพทย์ตอบตกลงรับให้บริการถือว่าแพทย์ได้ทำคำสนองรับคำเสนอแล้วสัญญาย่อมเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ได้ตกลงกัน นอกจากนี้ยังมีความเห็นอีกว่านิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมายหรือสัญญา

นายแพทย์สงกรานต์ นิยมเสน (บิดาแห่งวิชานิติเวชศาสตร์ของประเทศไทย)³² ได้เคยอธิบายเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไว้ว่า “เป็นนโยบายทางการแพทย์โดยทั่วไปว่าผู้ป่วยย่อมมีสิทธิในการเลือกแพทย์ของตนเหมือนกับเขาเลือกเสื้อผ้าของเขา และเมื่อผู้ป่วยได้ตัดสินใจเลือกแล้ว เขาจึงเริ่มไปหาแพทย์ผู้นั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเริ่มต้นตั้งแต่ได้ตกลงรักษากัน”

³⁰ มาตรา 361 วรรคสอง “...ถ้าตามเจตนาอันผู้เสนอได้แสดงไว้ หรือตามปกติประเพณีไม่จำเป็นจะต้องมีคำบอกกล่าวสนองไซ้ ท่านว่าสัญญานั้นเกิดเป็นสัญญาขึ้นในเวลาเมื่อมีการอันใดอันหนึ่งขึ้น อันจะพึงสันนิษฐานได้ว่าเป็นการแสดงเจตนาสนองรับ”

³¹ ศนันทกรณ (จำปี) โสติพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3, น. 312

³² สงกรัต นิยมเสน, “ศิลปและจรรยาแพทย์”, อ้างในวิทยุ อังประพันธ์, นิติเวชสาธกฉบับกฎหมายอาญากับการแพทย์ยุคไฮเทค, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์หมอชาวบ้าน, 2533), น. 29.

ท่านอาจารย์โอสถ โกศิน³³ ได้ให้ความเห็นว่า “ถ้าดูเผินๆ จะเห็นได้ว่าการที่แพทย์รักษาคนไข้ น่าจะเป็นการจ้างทำของ แต่เมื่อได้อ่านมาตรา 592 แล้วจะเห็นได้ว่าแพทย์หาใช่ผู้รับจ้างทำของไม่ เพราะมาตรานี้บัญญัติว่าผู้รับจ้างจำต้องยอมให้ผู้ว่าจ้างหรือตัวแทนของผู้ว่าจ้างตรวจตราการทำงานได้ตลอดเวลาที่ทำอยู่นั้น การที่คนไข้ขอฝากชีวิตไว้กับแพทย์ผู้ใช้ความรู้ความชำนาญพิเศษอันคนธรรมดาไม่สามารถล่วงรู้ได้นั้น จะมีการเข้าตรวจตราการรักษาของแพทย์ได้อย่างไร เช่นเดียวกับนักเรียนนักศึกษาซึ่งเข้าสมัครเรียนวิชาในโรงเรียนหรือมหาวิทยาลัยจะถือว่าเอาครูหรืออาจารย์เป็นผู้รับจ้างหาได้ไม่ และเมื่อไม่ถือว่าการรักษาคนไข้เป็นเอกเทศสัญญาแล้วก็ต้องนำเอาความในบรรพ 2 เรื่องนี้ซึ่งมีบทบัญญัติอยู่ในลักษณะ 2 เรื่องสัญญามาใช้บังคับ กล่าวคือ สัญญาเกิดจากฝ่ายหนึ่งทำคำเสนออีกฝ่ายสนองรับ เมื่อผู้ป่วยมาขอให้แพทย์รักษา ก็เรียกว่าเป็นการทำคำเสนอ เมื่อแพทย์ตกลงรับรักษาก็เรียกว่าได้ทำคำสนองแล้วสัญญาก็เกิดขึ้น และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้ว แพทย์ก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาคือต้องรักษาผู้ป่วยด้วยความรู้ความสามารถและสติปัญญาเท่าที่บุคคลอื่นมีความรู้ในทางการแพทย์ศาสตร์จะสามารถทำได้ ตลอดจนต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่วิชาชีพของตน และรักษาจริยธรรมของแพทย์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และเมื่อถือว่าการที่ผู้ป่วยยินยอมรับการรักษาและแพทย์ยินยอมให้การรักษาเป็นนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันแล้วแพทย์กับผู้ป่วยจึงมีฐานะเป็นคู่สัญญาที่ต่างฝ่ายต่างมีสิทธิและหน้าที่ต่อกัน ดังนั้น เมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงหรือปฏิบัติผิดเงื่อนไขของสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะบอกเลิกสัญญาได้ เช่น ผู้ป่วยอาจบอกเลิกสัญญาหรือบอกเลิกการรักษาได้หากเห็นว่าการรักษาต่อไปอาจทำให้ตนได้รับความเสียหาย หรือผลการรักษาอาจไม่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาได้”

ท่านอาจารย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์³⁴ ได้ให้ความเห็นว่า “การที่สถานพยาบาลต่างๆ เปิดให้บริการแก่คนทั่วไปโดยเปิดเผยนั้น เป็นการบอกกล่าวแก่สาธารณชนว่าจะให้บริการทางการแพทย์ เมื่อผู้ป่วยเข้าขอรับบริการต่างๆ ถือเป็นการเสนอขอรับบริการ เมื่อแพทย์ตกลงรับตรวจร่างกายหรือรับให้บริการก็ถือว่าแพทย์ได้ทำคำสนองแล้ว สัญญาเกิดขึ้นโดยที่

³³ โอสถ โกศิน, บทบาทและความรับผิดชอบของแพทย์ตามกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : หอรัตนัยการพิมพ์, 2528), น. 50.

³⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ”, บทบัณฑิตย เล่มที่ 42 , 2529 : 3, น. 99 – 100.

ทั้งสองฝ่ายย่อมผูกพันซึ่งกันและกัน แต่ถ้าเป็นกรณีที่แพทย์ตรวจรักษาผู้ป่วยโดยวิธีปกติธรรมดาแล้วเห็นว่าผู้ป่วยต้องได้รับการตรวจโดยวิธีพิเศษต่างๆ หรือแพทย์เห็นว่าการรักษาผู้ป่วยต้องทำการโดยการฉีดยาหรือใช้กรรมวิธีอื่น ซึ่งกรรมวิธีต่างๆ เหล่านั้นผู้ป่วยไม่ทราบหรือไม่เข้าใจแพทย์ก็ต้องอธิบายบอกให้ผู้ป่วยทราบถึงวิธีการของตนในลักษณะเริ่มขั้นตอนใหม่ ถือได้ว่าแพทย์ได้ทำคำแนะนำใหม่ให้ผู้ป่วย ถ้าผู้ป่วยยอมรับการปฏิบัติตามข้อเสนอของแพทย์ก็เป็นการสนองรับคำแนะนำ แต่ถ้าผู้ป่วยไม่ยอมรับตามข้อเสนอของแพทย์สัญญา ก็ยังไม่เกิด”

ท่านอาจารย์ประทีป อ่าววิจิตรกุล³⁵ ได้ให้ความเห็นว่า “ความผูกพันระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาลเป็นไปในรูปของความรับผิดชอบทางสัญญา การที่ผู้ป่วยไปจ้างแพทย์ทำการรักษานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง เป็นสัญญาไม่มีชื่อ (Innominated contract) หรือ ถ้ามุ่งถึงความสำเร็จของงานก็อาจเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 และเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ เพียงแต่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันก็เกิดความผูกพันเป็นสัญญากันแล้วไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด”

นายแพทย์วิสัย พุกกะวัน³⁶ ได้ให้ความเห็นว่า “การตั้งโรงพยาบาลขึ้นมาก็ย่อมมีเจตนาเพื่อเสนอบริการดูแลรักษาผู้เจ็บป่วย เมื่อผู้เจ็บป่วยมาขอรับการดูแลรักษา ย่อมเกิดสัญญาขึ้นแล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่จำเป็นต้องเขียนสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรก่อน”

สำหรับผู้เขียนมีความเห็นว่าการที่โรงพยาบาลเปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไปและได้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์การให้บริการในรูปแบบต่างๆ นั้น เท่ากับเป็นการยืนยันในด้านความพร้อมของการให้บริการ ซึ่งเท่ากับเป็นการบอกกล่าวเชิญชวนหรือเป็นการทำเชื้อเชิญต่อสาธารณชนว่าจะให้บริการด้านการแพทย์ ดังนั้น เมื่อผู้ป่วยเข้าขอรับการบริการต่างๆ จึงถือเป็นการทำคำแนะนำขอรับบริการ และเมื่อแพทย์ตกลงรับตรวจร่างกาย หรือรับให้บริการย่อมถือว่าแพทย์ได้ทำคำแนะนำรับคำแนะนำแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นเมื่อแพทย์และผู้ป่วยได้ตกลงกันนั่นเอง

อย่างไรก็ตามหากจะพิจารณาคำเสนอคำสนองของผู้ป่วยและแพทย์เพียงอย่างเดียวแล้วจึงสรุปว่าสัญญาได้เกิดขึ้นแล้วนั้นคงเป็นการไม่ถูกต้องนัก เนื่องจากแพทย์ที่ให้บริการตรวจ

³⁵ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, ฟ้องแพทย์ (doctors at law), (กรุงเทพมหานคร : Pholsiam printing of and publishing (Thailand) limited partnership, 2546) น. 7.

³⁶ วิสัย พุกกะวัน, คนไข้ กฎหมาย และแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด, 2547), น. 82.

รักษาในโรงพยาบาลเอกชนมีทั้งแพทย์ทั่วไปกับแพทย์เฉพาะทาง การที่ผู้ป่วยได้เสนอขอรับบริการ อาจมิได้ทำให้แพทย์กับผู้ป่วยมีความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะสัญญาเสมอไป ดังนั้น ควรจะต้องพิจารณาว่าผู้ป่วยได้แสดงเจตนาเพื่อขอรับบริการกับแพทย์ลักษณะใด เพราะรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยย่อมมีความแตกต่างกันออกไปทั้งนี้ขึ้นอยู่กับลักษณะของแพทย์ที่ให้บริการ กล่าวคือ

2.1 กรณีเข้ารับบริการกับแพทย์ทั่วไปหรือผู้ป่วยมิได้ทำการเลือกแพทย์ที่รักษาเป็นการเฉพาะเจาะจง

โดยปกติเมื่อผู้ป่วยได้มาโรงพยาบาลเพื่อเข้ารับการรักษาขั้นตอนแรกก่อนเริ่มต้นการรักษาคือการทำประวัติและคัดกรองผู้ป่วย ต่อจากนั้น พยาบาลหรือเจ้าหน้าที่ของโรงพยาบาลมักจะสอบถามผู้ป่วยก่อนเสมอว่ามีความประสงค์จะรักษากับแพทย์คนใดเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือไม่ หากผู้ป่วยไม่ต้องการหรือไม่ประสงค์ที่จะเลือกแพทย์ที่รักษาด้วยตนเอง พยาบาลหรือเจ้าหน้าที่ก็จะจัดหาแพทย์ให้กับผู้ป่วยเอง ซึ่งส่วนมากมักจะเป็นการตรวจรักษาทั่วไปที่ไม่มีขั้นตอนยุ่งยาก หรือเป็นการตรวจรักษาอาการเจ็บป่วยเล็กๆ น้อยๆ ที่ไม่ค่อยร้ายแรงมากนัก การที่ผู้ป่วยไม่ประสงค์ที่จะเลือกรักษากับแพทย์คนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง จึงถือได้ว่าผู้ป่วยมิได้มีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์กับแพทย์คนใดเป็นการเฉพาะ ส่วนแพทย์เองก็ไม่สามารถเลือกผู้ป่วยที่จะทำการรักษาได้เช่นกัน เพราะโดยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพแล้วแพทย์มีหน้าที่ให้การรักษาโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และต้องทำการรักษาด้วยความระมัดระวังในระดับหรือมาตรฐานของผู้มีวิชาชีพด้วย ในกรณีเช่นนี้จึงถือได้ว่าแพทย์และผู้ป่วยมิได้มีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์ต่อกันแต่อย่างใด ดังนั้น การเข้ารับบริการของผู้ป่วยในลักษณะเช่นนี้จึงไม่ทำให้แพทย์กับผู้ป่วยมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกัน หากแพทย์ได้กระทำการรักษาโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น แพทย์อาจมีความผิดได้

2.2 กรณีเข้ารับบริการกับแพทย์เฉพาะทางหรือผู้ป่วยเลือกแพทย์ที่ทำการรักษาเป็นการเฉพาะเจาะจง

เนื่องด้วยในปัจจุบันวิวัฒนาการทางการแพทย์มีความเจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ประกอบกับได้มีการนำเอาเทคโนโลยีที่ทันสมัยเข้ามาใช้ในการรักษาหรือให้บริการมากขึ้น ทำให้เกิดวิธีการรักษาในรูปแบบใหม่ๆ การบริการด้านการแพทย์ในปัจจุบันจึงไม่ได้จำกัดอยู่แต่เฉพาะแค่การรักษาโรคภัยไข้เจ็บเท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงการให้บริการต่างๆ ที่ไม่ใช่การรักษาโรคด้วย เช่น การให้บริการในลักษณะที่เป็นการตอบสนองต่อความต้องการของผู้รับบริการ (การทำเด็กหลอดแก้ว การเลือกเพศ การคัดเลือกตัวอ่อน การจัดฟัน ฯลฯ) การให้บริการด้านความสวยงาม หรือการทำศัลยกรรมตกแต่งร่างกาย เป็นต้น ซึ่งรูปแบบของการให้บริการในลักษณะเช่นนี้จัดเป็น

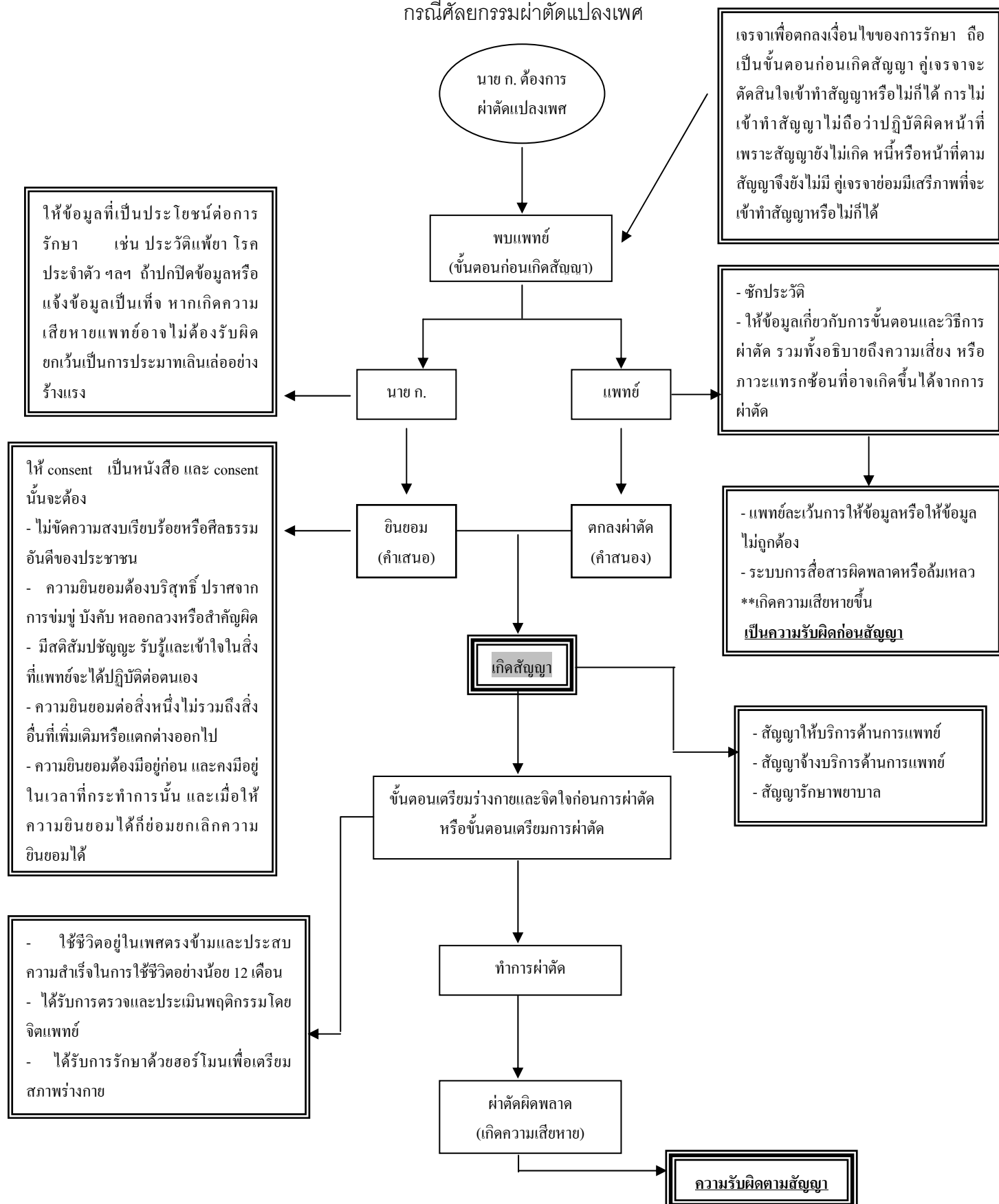
การให้บริการเชิงพาณิชย์ หรือเป็นธุรกิจการค้าอย่างหนึ่ง ที่ทำให้ผู้รับบริการอยู่ในฐานะของผู้บริโภคหรือลูกค้า และผู้ให้บริการอยู่ในฐานะพ่อค้า ดังนั้น ผลสำเร็จของการให้บริการคือ ความปลอดภัยและความพึงพอใจของผู้รับบริการหรือผู้บริโภคนั่นเอง

โดยปกติทั่วไปการรักษาที่มีความเสี่ยงหรือเป็นการรักษาที่มีขั้นตอนยุ่งยากและเป็นการสร้างภาระอย่างมากให้กับผู้ป่วย ก่อนที่ผู้ป่วยจะตกลงเข้ารับการรักษาย่อมต้องพิจารณาถึงประโยชน์ที่ตนพึงจะได้รับหรือเสียจากการเข้าการรักษาไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว ซึ่งผู้ป่วยจะพิจารณาและทำการเลือกแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านนั้นๆ โดยพิจารณาจากชื่อเสียงและประสบการณ์การรักษาของแพทย์เป็นอันดับแรก รองลงมาก็จะพิจารณาจากความคุ้นเคยผูกพัน หรือจากการที่มีคำแนะนำและบอกต่อๆ กันมา เนื่องจากมีความเชื่อถือและไว้วางใจในตัวแพทย์ การที่ผู้ป่วยได้ตัดสินใจเลือกแพทย์ที่รักษาด้วยตนเองนั้นถือได้ว่าผู้ป่วยมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์กับแพทย์ผู้นั้นแล้ว ดังนั้น เมื่อแพทย์ตกลงรับรักษา สัญญาให้บริการด้านการแพทย์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ได้ตกลงรักษากัน

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าสัญญาให้บริการด้านการแพทย์จะเกิดขึ้นเมื่อไรนั้นจะต้องพิจารณาว่าผู้ป่วยได้ใช้สิทธิในการเลือกแพทย์ที่รักษาด้วยตนเองหรือไม่ กล่าวคือหากผู้ป่วยมิได้ทำการเลือกแพทย์ที่รักษาด้วยตนเอง โดยโรงพยาบาลเป็นผู้จัดแพทย์ไว้คอยให้บริการ หรือเป็นการเข้ารับการรักษากับแพทย์ทั่วไป ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไม่ใช่ความสัมพันธ์ในรูปแบบของสัญญา แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ป่วยเป็นผู้เลือกแพทย์ที่รักษาด้วยตนเองเป็นการเฉพาะเจาะจง หรือเป็นการเข้ารับการบริการกับแพทย์เฉพาะทาง ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยมีเจตนาที่จะผูกนิติสัมพันธ์กับแพทย์ผู้นั้นแล้ว เมื่อผู้ป่วยได้เสนอขอรับบริการและแพทย์ก็ตกลงสนองรับให้บริการ สัญญาให้บริการด้านการแพทย์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ได้ตกลงกัน และเมื่อสัญญาเกิดขึ้นแล้วย่อมส่งผลให้แพทย์กับผู้ป่วยอยู่ในฐานะคู่สัญญาที่มีหน้าที่หรือความผูกพันต่อกันนั่นเอง

อนึ่ง เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงลักษณะหรือกระบวนการในการก่อให้เกิดสัญญาบริการด้านการแพทย์มากยิ่งขึ้น ผู้เขียนใคร่ขอเสนอตัวอย่างเกี่ยวกับขั้นตอนการให้บริการด้านการแพทย์กรณีที่เป็นกรเข้ารักษาหรือรับบริการกับแพทย์เฉพาะทางมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องดังกล่าวมากยิ่งขึ้น ดังต่อไปนี้

กรณีศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศ



จากรูปภาพแสดงขั้นตอนดังกล่าวสามารถวิเคราะห์ถึงลักษณะการเกิดของสัญญาณให้บริการผ่าตัดแปลงเพศ ได้ดังนี้

(1) นาย ก. เป็นผู้มีความปกติทางจิตใจในลักษณะที่เกิดความขัดแย้งในเรื่องของการรับรู้เรื่องเพศและสภาพร่างกายที่ไม่สอดคล้องกันหรือทางการแพทย์เรียกว่า “gender dysphasia หรือ gender identity disorder” นาย ก. มีความต้องการที่จะผ่าตัดแปลงเพศ จึงได้หาข้อมูลเกี่ยวกับแพทย์ผู้มีความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญ และได้ทราบว่า นายแพทย์ ส. เป็นแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญหรือมีความชำนาญในด้านศัลยกรรมผ่าตัดแปลงเพศ โดยจากประสบการณ์หรือประวัติการผ่าตัดของ นายแพทย์ ส. ที่ผ่านมาไม่พบว่ามีข้อบกพร่องหรือมีความเสียหายเกิดขึ้น นาย ก. จึงตัดสินใจที่เลือก นายแพทย์ ส. ให้เป็นผู้ทำการผ่าตัดตนเอง ดังนั้น นาย ก. จึงได้ไปโรงพยาบาลเพื่อพบนายแพทย์ ส.

(2) เมื่อมาถึงโรงพยาบาล นาย ก. จึงได้แจ้งความประสงค์ต่อเจ้าหน้าที่ขอพบ นายแพทย์ ส. และเมื่อได้พบกับ นายแพทย์ ส. นาย ก. จึงได้แจ้งความต้องการของตนว่าอยากที่จะทำการผ่าตัดแปลงเพศ ซึ่งในขั้นตอนนี้ทั้งนาย ก. และ นายแพทย์ ส. ต่างก็มีหน้าที่ต่อกันดังนี้

นาย ก. มีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์ต่อตัวเองด้วยเช่น โรคประจำตัว การแพ้ยาต่างๆ เพราะการที่แพทย์ไม่รู้ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับ นาย ก. อาจทำให้การรักษา หรือวางแผนการผ่าตัดผิดพลาดจนอาจเกิดอันตรายหรือเกิดความเสียหายได้

ส่วน นายแพทย์ ก. ก็มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวหรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับการผ่าตัดทั้งหมด อาทิเช่น ขั้นตอนและวิธีการผ่าตัด ระยะเวลาการผ่าตัด ภาวะแทรกซ้อนหรือความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นได้แม้การผ่าตัดนั้นกระทำอย่างถูกต้องตามขั้นตอนของแพทย์ทุกประการแล้วก็ตามให้ นาย ก. ทราบ

การบอกกล่าวหรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาถือเป็นหน้าที่ที่สำคัญของแพทย์ หากแพทย์ทำการผ่าตัดโดยไม่บอกกล่าวหากเกิดความเสียหายขึ้น แม้ความเสียหายหรือความเสี่ยงภัยนั้นแม้จะมีโอกาสที่จะน้อยมาก หรือได้ให้ข้อมูลไม่ครบถ้วน ถือว่าเป็นการละเลยต่อการปฏิบัติหน้าที่ ดังนั้น เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น นอกจากแพทย์จะเป็นรับผิดชอบตามสัญญาแล้ว แพทย์อาจมีความรับผิดชอบก่อนสัญญาได้เพราะการบอกกล่าวหรือการให้ข้อมูลของแพทย์ถือเป็นหน้าที่ที่มีมาก่อนที่จะเกิดสัญญาให้บริการ

(3) เมื่อ นาย ก. และ นายแพทย์ ส. ต่างให้ข้อมูลซึ่งกันและกันจนครบถ้วนแล้ว จึงได้เจรจากำหนดเงื่อนไขการรักษา(เช่น วิธีการรักษา ระยะเวลาการรักษา รวมตลอดถึงค่าใช้จ่ายหรือ

ค่าจ้าง ฯ) ต่อจากนั้น นาย ก. จึงได้ทำคำเสนอขอรับบริการพร้อมทั้งให้ความยินยอมกับแพทย์ และเมื่อนายแพทย์ ส. ได้ตกลงสนองรับให้บริการ สัญญาให้บริการผ่าตัดแปลงเพศจึงเกิดขึ้นทันที นับตั้งแต่เมื่อ นาย ก. กับ นายแพทย์ ส. ได้ตกลงกัน

อย่างไรก็ตามความยินยอมของ นาย ก. จะต้องปรากฏออกมาอย่างชัดแจ้ง (Apparent หรือ Explicit Consent) และจะต้องเป็นความยินยอมที่เกิดจากการได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง เหมาะสม และเพียงพอต่อการตัดสินใจ นอกจากนี้ความยินยอมนั้นจะต้องมีลักษณะ ดังนี้

(3.1) ไม่ขัดความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3.2) ความยินยอมต้องบริสุทธิ์ ปราศจากการข่มขู่ บังคับ หลอกลวงหรือสำคัญผิด

(3.3) ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่รวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไป

(3.4) ความยินยอมต้องมีอยู่ก่อน และคงมีอยู่ในเวลาที่กระทำการนั้น และเมื่อให้ความยินยอมได้ก็ย่อมที่จะยกเลิกความยินยอมได้เช่นกัน

(4) ขั้นตอนของการเริ่มต้นหรือเข้าสู่กระบวนการผ่าตัด³⁷

เริ่มแรกแพทย์จะทำการวินิจฉัยให้ได้ก่อนว่า นาย ก. เป็นผู้ป่วยที่มีความปกติทางจิตใจ ในลักษณะที่เกิดความขัดแย้งในเรื่องของการรับรู้เพศและสภาพร่างกายที่ไม่สอดคล้องกันหรือไม่ และการผ่าตัดจะสามารถทำได้หรือไม่มีขั้นตอนที่ต้องพิจารณาหรือขั้นตอนเตรียมการผ่าตัด ดังนี้

(4.1) นาย ก. ต้องใช้ชีวิตอยู่ในสังคมที่เป็นเพศตรงข้ามกับร่างกายตลอดเวลา และประสบความสำเร็จในการใช้ชีวิตเป็นเวลาอย่างน้อย 12 เดือน

(4.2) นาย ก. ต้องได้รับการตรวจและประเมินพฤติกรรมโดยจิตแพทย์ อย่างน้อย 2 คน และหนึ่งในสองคนต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญทางด้านนี้โดยเฉพาะ

(4.3) นาย ก. ต้องได้รับการรักษาด้วยฮอร์โมนเพื่อเตรียมสภาพร่างกายให้อยู่ในเพศตรงข้ามเสียก่อน

(4.4) ก่อนจะทำการผ่าตัดแปลงเพศต้องผ่าตัดส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการสร้างอวัยวะเพศเสียก่อน

หลังจากผ่านกระบวนการหรือขั้นตอนดังกล่าวแล้ว ต่อมาเป็นขั้นตอนของการผ่าตัด ซึ่งในขั้นตอนนี้ นาย ก. ต้องได้รับการตรวจร่างกายเพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีโรคอันตรายหรือเสี่ยงต่อการ

³⁷ สมาคมศัลยแพทย์ตกแต่งแห่งประเทศไทย, สืบค้นจาก <http://www.plasticsurger.or.th>, เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2551.

ผ่าตัด ทั้งนี้เนื่องจากการผ่าตัดทำได้โดยการดมยาสลบเท่านั้นผู้ป่วยจึงต้องมีสุขภาพแข็งแรง และเมื่อไม่มีข้อจำกัดด้านสุขภาพแพทย์ก็จะเริ่มทำการผ่าตัดตามวิธีการและขั้นตอนของการผ่าตัด

เมื่อการผ่าตัดได้เสร็จสิ้นแล้ว การดูแลหลังการผ่าตัดในระยะแรกจะมีการดูแลเรื่องแผลผ่าตัดให้หายได้อย่างปกติ ไม่มีปัญหาภาวะแทรกซ้อนเรื่องการติดเชื้อเป็นหน้าที่ของแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดและเป็นหน้าที่ของนาย ก. ที่จะต้องดูแลในระยะต่อมา หลังจากนั้น นาย ก. มีความจำเป็นต้องได้รับการรักษาด้วยยาฮอร์โมนบำบัดเพื่อคงสภาพหญิงอย่างต่อเนื่องต่อไปโดยแพทย์ทางนรีเวช และนอกจากนั้นจิตแพทย์จะเป็นผู้ให้การดูแลประเมินผลสภาพจิตหลังการผ่าตัดแปลงเพศพร้อมทั้งแก้ไขปัญหาด้านจิตใจต่อไป

ตามที่ได้ศึกษาถึงกระบวนการก่อให้เกิดสัญญาให้บริการด้านการแพทย์มาแล้วนั้น จึงทำให้ทราบว่าสัญญาให้บริการด้านการแพทย์เกิดขึ้นได้อย่างไร ในลำดับต่อไปจะได้พิจารณาถึงรูปแบบความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการ ดังนี้

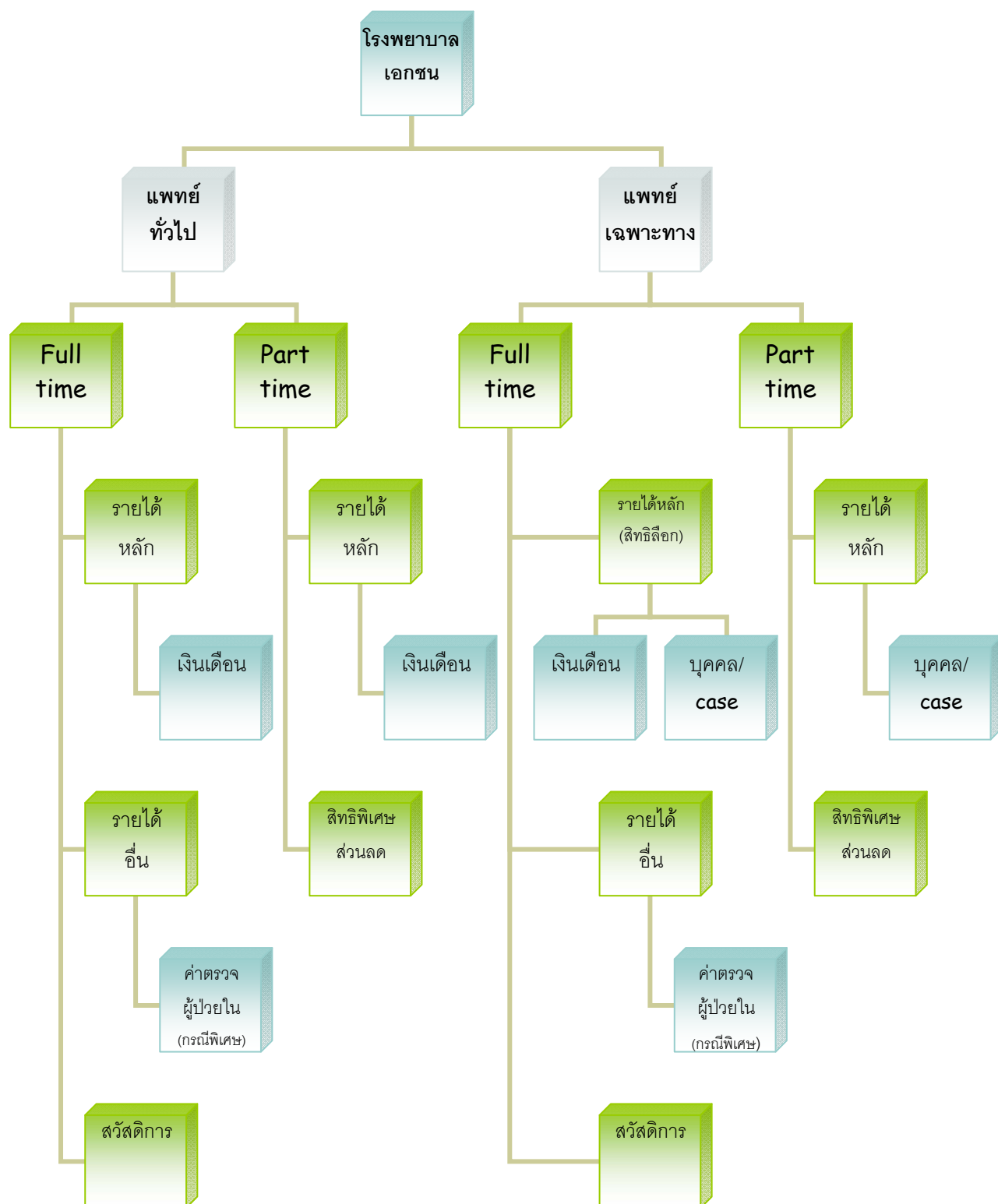
3. รูปแบบความสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างโรงพยาบาล แพทย์ และผู้ป่วย

เมื่อสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์แล้ว ย่อมก่อให้เกิดหนี้ (หน้าที่หรือความผูกพัน) ระหว่างคู่สัญญา ความรับผิดชอบในทางสัญญาของแพทย์จะเกิดขึ้นเมื่อใดนั้น ในเบื้องต้น ควรทราบถึงลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาล แพทย์ และผู้ป่วยว่ามีรูปแบบความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะเช่นใด เพราะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวินิจฉัยถึงหน้าที่หรือความรับผิดชอบของคู่สัญญา โดยสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

3.1 รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลเอกชนกับแพทย์

ในปัจจุบันมักพบว่าการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ ผู้เสียหายมักจะฟ้องแพทย์ และโรงพยาบาลให้ร่วมกันรับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน หากได้พิจารณาแล้ว จะพบว่าประชาชนโดยทั่วไปส่วนมากมักจะยังไม่ทราบถึงฐานะหรือลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลว่ามีรูปแบบความสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร และเพื่อให้เกิดความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงได้นำเสนอถึงลักษณะโครงสร้างของแพทย์ที่ให้การตรวจรักษาอยู่ในโรงพยาบาล ดังนี้

ลักษณะโครงสร้างการปฏิบัติงานของแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชน



จากโครงสร้างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแพทย์ที่ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลเอกชนมีด้วยกัน 2 ลักษณะ คือ แพทย์ทั่วไป กับ แพทย์เฉพาะทาง

แพทย์ทั่วไป ได้แก่ แพทย์อายุรกรรมที่มีหน้าที่ในการคัดกรองผู้ป่วย และให้การตรวจวินิจฉัยเบื้องต้นว่าผู้ป่วยที่มาับการรักษา นั้นเจ็บป่วยเป็นโรคอะไร มีความร้ายแรงหรือไม่เพียงใด หากแพทย์เห็นว่าเป็นโรคที่ไม่ร้ายแรงหรือเป็นการรักษาอาการเจ็บป่วยเล็กๆ น้อยๆ ที่ไม่รุนแรง แพทย์อายุรกรรมจะเป็นผู้ทำการตรวจรักษาผู้ป่วยนั้น แต่ถ้าหากแพทย์ได้ประเมินอาการของผู้ป่วยแล้วมีความเห็นว่าควรส่งต่อผู้ป่วยเพื่อเข้ารับการรักษากับแพทย์เฉพาะทาง แพทย์ก็จะทำการส่งตัวผู้ป่วยเพื่อให้ได้รับการรักษาต่อไป

แพทย์เฉพาะทาง ได้แก่ แพทย์ที่มีความรู้ความชำนาญเป็นกรณีพิเศษเฉพาะด้าน เช่น แพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญด้าน หัวใจ สมอง ผิวหนัง ศัลยกรรมตกแต่ง หูคอจมูก ภูมิแพ้ กระดูก ระบบทางเดินปัสสาวะ ทันตกรรม สูตินารีเวช เป็นต้น

เมื่อทราบถึงลักษณะของแพทย์ที่ปฏิบัติงานโรงพยาบาลแล้ว แพทย์กับโรงพยาบาลมีฐานะความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะเช่นใด ซึ่งสามารถแยกเป็นกรณี ดังนี้

3.1.1 แพทย์ประจำโรงพยาบาลเอกชน

แพทย์ที่ปฏิบัติงานในโรงพยาบาลเอกชนมีทั้งที่เป็นแพทย์ทั่วไปกับแพทย์เฉพาะทาง การปฏิบัติงานของแพทย์มีกำหนดเวลาทำงานและมีรายได้ประจำที่แน่นอน (เงินเดือน) โดยแพทย์จะต้องปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับของโรงพยาบาล ดังนั้น ความสัมพันธ์ของแพทย์กับโรงพยาบาลในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของการจ้างแรงงาน โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ทดสอบความเป็นนายจ้างลูกจ้าง ศาลไทยใช้หลักการควบคุม³⁸

(ข้อสังเกต กรณีแพทย์ที่เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่³⁹ ปฏิบัติงานอยู่ในโรงพยาบาลรัฐ ความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นและมีลักษณะเป็นไปเพราะผลของนิติกรรมสัญญา

³⁸ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, “ความรับผิดชอบละเมิดต่อผู้ป่วยของโรงพยาบาลเอกชนจากการกระทำของแพทย์คู่สัญญาอิสระ”, บทบัญญัติ เล่มที่ 59, 2546 : 3, น. 50.

³⁹ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 บัญญัติไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานอื่นใด

(สืบค้นจาก [http:// www.deka 2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka 2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

ดังเช่นนายจ้างลูกจ้างและตัวการตัวแทนไม่⁴⁰ เนื่องจากความสัมพันธ์เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ มิใช่ความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เรื่องความรับผิดชอบเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่จึงต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่วางหลักไว้ว่า เมื่อแพทย์ที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐได้กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ฝ่ายผู้เสียหายไม่สามารถที่จะฟ้องเรียกค่าเสียหายจากแพทย์ได้โดยตรง แต่มีสองทางเลือก ดังนี้

(1) ยื่นคำร้องขอต่อหน่วยงานที่แพทย์ผู้นั้นสังกัดอยู่ให้ชดเชยค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน (มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539) โดยแสดงให้เห็นว่าตนเองได้รับความเสียหายจากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่รัฐ และเมื่อหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งอย่างไรแล้วหากผู้เสียหายไม่พอใจในคำสั่ง ผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิที่จะฟ้องต่อศาลปกครองตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542⁴¹ ได้ ตัวอย่างเช่น แพทย์สังกัดกระทรวงสาธารณสุขหากทำการรักษา

⁴⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 769/2505 ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับกระทรวง ทบวง กรม นั้น มีขึ้นโดยกฎหมายฝ่ายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน เป็นต้น หาได้เกิดขึ้นและเป็นไปเพราะผลของนิติกรรมสัญญา เช่น จ้างแรงงาน ไม่ (สืบค้นจาก [http:// www.deka 2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp](http://www.deka 2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp))

คำพิพากษาฎีกาที่ 123/2504 การที่ข้าราชการประมาทเดินเลี้ยวทำให้กระทรวง ทบวง กรม เสียหาย จึงเป็นเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 มิใช่เรื่องให้ตัวแทนรับผิดตามมาตรา 812 ฉะนั้น อายุความจึงมี 1 ปี นับแต่ทราบถึงการละเมิดตามมาตรา 448 ตาม นัยคำพิพากษาฎีกาที่กล่าวข้างต้น (สืบค้นจาก <http://www.deka 2007.supremecourt.or.th/deka/web/search.jsp>)

⁴¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำอื่นใดเนื่องจากการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือโดยไม่สุจริตหรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ.....”

ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เข้ารับการรักษา ผู้เสียหายจะต้องเรียกร้องค่าเสียหายจากกระทรวงสาธารณสุข หรือ

(2) ฟ้องศาลเป็นคดีละเมิดเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานที่แพทย์ผู้นั้นสังกัดอยู่ ซึ่งหากเป็นแพทย์ที่สังกัดกระทรวงสาธารณสุข ผู้เสียหายต้องฟ้องกระทรวงสาธารณสุขเป็นจำเลย และการฟ้องคดีดังกล่าวต้องฟ้องต่อศาลยุติธรรมไม่ใช่ศาลปกครอง ซึ่งในเรื่องนี้ได้มีศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ชัดเจนว่า “การกระทำในหน้าที่ของแพทย์ในการตรวจรักษาโรคนั้นถือเป็นการทำหน้าที่ปกติทั่วไป เป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ป่วย ไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย และไม่ใช่งานดำเนินการทางปกครอง ทั้งไม่เป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ล่าช้าเกินสมควร คดีดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง”⁴² ดังนั้น การฟ้อง

⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 68/2544 การกระทำละเมิดทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะต้องเป็นการกระทำในหน้าที่และการกระทำดังกล่าวต้องเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น ซึ่งการกระทำในหน้าที่ดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ความเสียหายของผู้ฟ้องคดีที่เป็นเหตุให้ฟ้องคดีนี้เกิดจากการกระทำในหน้าที่ของแพทย์ในการตรวจรักษาโรคตามหน้าที่ปกติทั่วไป มิได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรแต่อย่างใด คดีดังกล่าวจึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาได้ตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ประกอบกับมาตรา 106 แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 70/2544 ผู้ฟ้องคดี (นางนิภาพร ดันติสิทธิ์) ฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดี (โรงพยาบาลทุ่งสง) และแพทย์ของผู้ถูกฟ้องคดีให้การรักษายาบาลบุตรชายของผู้ฟ้องคดีบกพร่อง ทำให้บุตรชายมีอาการทรุดลงต้องไปรับการรักษาพยาบาลจากโรงพยาบาลอื่น เป็นเหตุให้เสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นการฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีและแพทย์ของผู้ถูกฟ้องคดีกระทำละเมิดบุตรชายของผู้ฟ้องคดี ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นโรงพยาบาลของรัฐมีภารกิจเกี่ยวกับการให้บริการทางการแพทย์หรือการรักษาพยาบาลแก่ประชาชนโดยทั่วไป ซึ่งการให้บริการทางการแพทย์ดังกล่าวเป็นการให้ความช่วยเหลือแก่ประชาชนผู้ป่วยมิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายหรือใช้อำนาจทางปกครอง หรือการดำเนินการทางปกครองที่ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจพิเศษเหนือปัจเจกบุคคลหรือผู้ป่วยที่มาขอรับบริการ และการที่แพทย์ของผู้ถูกฟ้องคดีให้

หน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนกรณีที่แพทย์ทำละเมิดในการตรวจรักษาผู้ป่วยนั้น จะต้องฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรม ไม่ใช่ศาลปกครอง)

คำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงลักษณะความสัมพันธ์ของโรงพยาบาลกับแพทย์ว่าเป็น สัญญาจ้างแรงงาน

คำพิพากษาฎีกาที่ 4471/2530 ซึ่งได้วินิจฉัยว่าโจทก์เป็นแพทย์และผู้ถือหุ้นและ ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการของบริษัทจำเลย คณะกรรมการของบริษัทจำเลยได้ประชุมตกลงให้ โจทก์ทำหน้าที่ควบคุมการซื้อและจ่ายยา และให้ทำหน้าที่เป็นแพทย์เวรและได้รับค่าจ้าง ถือว่า จำเลยตกลงรับโจทก์เข้าทำงาน เมื่อโจทก์ตกลงทำงานให้แก่บริษัทจำเลยเพื่อรับค่าจ้าง และต้อง ปฏิบัติตามระเบียบข้อบังคับของบริษัทจำเลย (แพทย์เวรที่มาทำงานสายจะถูกตัดค่าจ้างลดลงตามส่วน) ย่อมถือว่าโจทก์มีฐานะเป็นลูกจ้างของจำเลยอีกฐานะหนึ่งนอกเหนือจากฐานะที่เป็นกรรมการของ บริษัทจำเลย

3.1.2 แพทย์เวรหรือแพทย์ที่ให้การตรวจรักษาเป็นช่วงเวลา

เป็นกรณีที่แพทย์ตกลงรับให้บริการตรวจรักษาผู้ป่วยเป็นบางช่วงเวลา โดยมีการ กำหนดค่าตอบแทนเป็นแบบเหมาจ่าย เช่น โรงพยาบาลได้กำหนดค่าตอบแทนสำหรับแพทย์เวร ที่รับตรวจรักษาผู้ป่วยนอกเวลาปฏิบัติงานว่าจะได้รับค่าตอบแทนแบบเหมาจ่ายเป็น รายชั่วโมงๆ ละ 500 บาท หรือได้รับค่าตอบแทนเป็นรายบุคคล ซึ่งแพทย์จะได้รับค่าตอบแทนมาก น้อยขึ้นอยู่กับจำนวนผู้ป่วยที่เข้ามาทำการรักษา โรงพยาบาลไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือแพทย์ แพทย์จะรับตรวจรักษาผู้ป่วยหรือไม่ก็ได้ หากแพทย์ตกลงรับตรวจรักษาก็ได้รับค่าตอบแทน ความสัมพันธ์ของแพทย์กับโรงพยาบาลจึงมีลักษณะหรือเทียบเคียงได้กับการรับจ้างทำของ⁴³ เพราะการปฏิบัติงานของแพทย์ในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นการทำงานมุ่งถึงผลสำเร็จของงาน คือ ให้การตรวจรักษาตามที่ได้ตกลงไว้นั่นเอง

การรักษาพยาบาล แก่ผู้เจ็บป่วยก็มีได้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือใช้อำนาจทางปกครอง หรือดำเนินกิจการทางปกครองเช่นกัน ดังนั้น หากการให้บริการทางการแพทย์ดังกล่าวก่อให้เกิด ความเสียหายแก่ผู้เจ็บป่วยที่มาขอรับบริการจึงมิใช่เป็นการละเมิดที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามนัยมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

⁴³ มาตรา 587 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างทำของนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และ ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ตนนั้น”

คำวินิจฉัยของอธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางที่ 91/2540 วินิจฉัยว่า โจทก์เป็นแพทย์ ในการทำงานซึ่งหากโจทก์ไม่ได้ตรวจคนไข้เองโจทก์ต้องหาแพทย์อื่นมาทำหน้าที่ตรวจคนไข้แทน การจ่ายค่าจ้างจำเลยจ่ายให้โจทก์เป็นแบบเหมารายเดือน อีกทั้งโจทก์หรือนายแพทย์ที่ โจทก์ จัดหาเวลานั้นไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับบัญชาของจำเลย สัญญาจ้างระหว่างโจทก์กับ จำเลย จึงเป็นการจ้างเพื่อผลสำเร็จของงานมิใช่ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน

3.1.3 แพทย์ที่ปฏิบัติงานในคลินิกเฉพาะทางของโรงพยาบาลเอกชน

การให้บริการในโรงพยาบาลเอกชนในปัจจุบันมีการแข่งขันกันค่อนข้างสูง ซึ่งมาตรการหนึ่งในการเชิญชวนให้ประชาชนเข้ามาใช้บริการ คือการให้บริการด้านแพทย์เฉพาะทางที่มีรูปแบบการให้บริการที่เรียกว่า “คลินิกเฉพาะทาง” หรือ “ศูนย์แพทย์เฉพาะทาง” อาทิเช่น ศูนย์ภูมิแพ้ กุมารเวช ทันตกรรม ทางเดินอาหารและตับ ไตเทียม หูดจุก จักขุ เลเซอร์สายตา เบาหวาน หัวใจ ศัลยกรรม ผิวหนัง เลเซอร์ผิวหนัง หลอดเลือดสมอง วินิจฉัยส่องกล้อง ทางเดินปัสสาวะ ฯลฯ ที่มีการเปิดให้บริการแบบตลอด 24 ชั่วโมง

การปฏิบัติงานของแพทย์มีทั้งลักษณะของการทำงานแบบเต็มเวลา (full time) และทำงานเฉพาะบางช่วงเวลา (part time) โดยส่วนใหญ่มักเป็นอาจารย์แพทย์จากโรงพยาบาลของรัฐ การกำหนดค่าตอบแทนหรือรายได้ของแพทย์มีลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือแพทย์ที่ทำงานแบบเต็มเวลาจะได้รับค่าตอบแทนหรือรายได้ในรูปของเงินเดือนหรือคิดเป็นรายบุคคล อย่างไรก็ตามแล้วแต่แพทย์จะเลือก ส่วนแพทย์ที่มาทำงานเฉพาะบางช่วงเวลาแพทย์จะได้รับค่าตอบแทนหรือรายได้โดยคิดเป็นรายบุคคล ซึ่งมีจำนวนไม่แน่นอน โดยจะได้รับค่าตอบแทนหรือมีรายได้มากขึ้นขึ้นอยู่กับจำนวนของผู้ป่วยที่มารับบริการ ความสัมพันธ์ของแพทย์กับโรงพยาบาลในลักษณะดังกล่าวจึงมีลักษณะหรือเทียบเคียงได้กับการรับจ้างทำของ ซึ่ง ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ในลักษณะเป็นการรับจ้างทำของที่ว่าทันตแพทย์ถือเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพอิสระ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3193/2543 โจทก์ให้บริการรักษาฟันที่โรงพยาบาลฟันโดยมีข้อตกลงว่าโจทก์ในฐานะทันตแพทย์จะได้รับส่วนแบ่งในอัตราประมาณร้อยละ 50 ของค่าบริการรักษาที่โจทก์ปฏิบัติงานจริง เมื่อพิจารณาลักษณะของการประกอบวิชาชีพของโจทก์ที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญและประสบการณ์ การวินิจฉัยเพื่อให้การบำบัดรักษาโรคย่อมเป็นไปโดยอิสระ รวมทั้งการคิดค่าบริการรักษาด้วย การให้บริการรักษาฟันรวมทั้งการคิดค่าบริการของโจทก์จึงเป็นการกระทำในฐานะผู้ประกอบการวิชาชีพอิสระ ไม่ว่าโจทก์จะเป็นผู้รับค่าบริการไว้เองหรือโรงพยาบาลฟันรับไว้แทนก็ตาม ย่อมเป็นประโยชน์อันสืบเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพอิสระโดยตรง โจทก์ จึงเป็นผู้มีเงินได้ทั้งจำนวนมิใช่มีเงินได้เฉพาะส่วนแบ่งที่โจทก์รับไว้เท่านั้น

ดังนั้นการหักค่าใช้จ่ายของโจทก์ในฐานะผู้มีเงินได้จากการประกอบวิชาชีพอิสระประกอบโรคศิลปะตามประมวลรัษฎากร มาตรา 40(6) และค่าลดหย่อนจึงต้องหักจากยอดเงินได้พึงประเมินค่ารักษาฟันทั้งจำนวน มิใช่จากส่วนแบ่งที่โจทก์ได้รับเท่านั้น

3.1.4 แพทย์ที่นำผู้ป่วยเข้ามาทำการรักษาในโรงพยาบาล

เป็นกรณีที่ผู้ป่วยติดต่อขอรับบริการหรือขอรับการรักษากับแพทย์ที่คลินิก แต่การรักษาบางอย่าง มีวิธีการตรวจรักษาที่ยุ่งยากซับซ้อน หรือต้องใช้วิธีการตรวจรักษาที่พิเศษกว่าการรักษาแบบทั่วไป ดังนั้น การรักษาที่คลินิกจึงไม่สามารถที่จะกระทำได้นี้เนื่องจากความไม่พร้อมในด้านดังกล่าว แพทย์จึงขอใช้สถานที่ (เช่น ห้องเอกซเรย์ , ห้องฉายรังสี , ห้องผ่าตัด) ของโรงพยาบาลโดยมีข้อตกลงให้โรงพยาบาลเป็นผู้เรียกเก็บค่าบริการในส่วนนั้นจากผู้ป่วย ตัวอย่างเช่น การฝากครรภ์ที่คลินิก แต่พอครบกำหนดคลอด แพทย์จึงได้นำผู้ตั้งครรภ์มาทำการคลอดที่โรงพยาบาล ซึ่งในระหว่างที่ฝากครรภ์อยู่ที่คลินิก แพทย์ก็มีรายได้จากการรับฝากครรภ์ แต่เมื่อได้มาทำการคลอดที่โรงพยาบาล โรงพยาบาลจะเป็นผู้คิดค่าใช้จ่ายบริการในส่วนนั้น (เช่น ค่ายา ค่าสถานที่ ค่าแพทย์พยาบาล หรือค่าบริการอื่นๆ เป็นต้น) จากผู้ที่มาใช้บริการนั้น หรือกรณีของการทำศัลยกรรมเสริมความงาม ที่ผู้ป่วยมาติดต่อขอทำศัลยกรรมที่คลินิกส่วนตัวของแพทย์ แต่ด้วยความไม่พร้อมทางด้านเครื่องมือแพทย์และสถานที่ หรือเป็นกรณีที่จำเป็นต้องมีการผ่าตัดแก้ไขใหม่ แพทย์จึงได้นำผู้ป่วยมาทำการรักษาต่อที่โรงพยาบาล โดยโรงพยาบาลจะเป็นผู้คิดค่าบริการจากการใช้เครื่องมือหรือสถานที่จากผู้ป่วยนั้น เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ใช่เป็นเรื่องการจ้างแรงงาน เพราะแพทย์ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของโรงพยาบาล และก็ไม่ใช่เรื่องการจ้างทำของ เพราะผู้ป่วยมีนิติสัมพันธ์กับแพทย์โดยตรงมิใช่มีนิติสัมพันธ์โดยตรงกับโรงพยาบาลแต่อย่างใด แต่การให้บริการในลักษณะเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าแพทย์มีความสัมพันธ์กับโรงพยาบาลในฐานะเป็นคู่สัญญาอิสระ (Independent contractors)

คำพิพากษาฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 ทำการผ่าตัดหน้าอกที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กที่โรงพยาบาล จำเลยที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำเลยที่ 2 นัดให้โจทก์ไปทำการผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่นทำการรักษาต่อ แม้ตัว โจทก์และ นายแพทย์ผู้ทำการตัวรักษาโจทก์ต่อจาก จำเลยที่ 2 จะไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่า จำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร แต่เมื่อจำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ ผ่าตัดจำเลยที่ 2 จึงมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัย

และพฤติกรรมเป็นพิเศษ⁴⁴ การที่นายแพทย์ต้องทำการผ่าตัดแก้ไขอีก 3 ครั้งแสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมา มีข้อบกพร่องจึงต้องแก้ไขและแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดและไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนการรักษา ระยะเวลา และกรรมวิธีในการดำเนินการรักษา จนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหายนับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยที่ 2 ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 กระทำละเมิดต่อโจทก์ พฤติการณ์ที่โจทก์ติดต่อยุติการรักษากับจำเลยที่ 2 ที่คลินิกและตกลงให้โจทก์เข้าผ่าตัดในโรงพยาบาลจำเลยที่ 1 โจทก์จ่ายเงินให้จำเลยที่ 2 จำนวน 70,000 บาท ให้จำเลยที่ 1 จำนวน 30,000 บาท ยังฟังไม่ได้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นนายจ้างหรือตัวการที่ต้องร่วมรับผิดชอบ

3.1.5 แพทย์มีข้อตกลงกับโรงพยาบาลขอใช้สถานที่ของโรงพยาบาลเพื่อทำการตรวจรักษาผู้ป่วย

เป็นกรณีที่โรงพยาบาลได้ตกลงให้แพทย์ใช้สถานที่ของโรงพยาบาล (เช่น ห้องทำงานหรือห้องตรวจรักษา) ในการตรวจรักษาผู้ป่วย ในลักษณะของการทำสัญญาเช่า โดยมีการกำหนดค่าเช่าไว้แน่นอน ตัวอย่างเช่น แพทย์ได้ขอเช่าห้องทำงานหรือห้องตรวจรักษากับโรงพยาบาล โดยกำหนดจ่ายค่าเช่าเป็นรายเดือนที่แน่นอน ซึ่งแพทย์จะได้ค่าธรรมเนียม (Doctor free) จากการที่รับค่าตรวจรักษาผู้ป่วย ส่วนโรงพยาบาลก็จะมีรายได้จากค่าเช่าสถานที่และจากการจำหน่ายยาหรือการให้บริการทางการแพทย์ด้านอื่นๆ จากผู้ป่วย ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลจึงมีลักษณะของผู้เช่ากับผู้ให้เช่า แม้โรงพยาบาลจะเป็นผู้เรียกเก็บรักษาพยาบาลจากผู้ป่วยแล้วนำมาจ่ายให้แพทย์ก็ตาม

แต่ถ้าเป็นกรณีที่แพทย์ได้มีข้อตกลงกับโรงพยาบาลเพื่อใช้สถานที่ของโรงพยาบาลในการตรวจรักษาผู้ป่วย โดยมีการแบ่งรายได้ให้กับโรงพยาบาลตามที่ตกลงไว้ ตัวอย่างเช่น แพทย์ใช้สถานที่ของโรงพยาบาล (เช่น ห้องทำงานหรือห้องตรวจรักษา) ในการตรวจรักษาผู้ป่วย โดยมีข้อตกลงว่าแพทย์จะแบ่งรายได้จากค่าธรรมเนียม (doctor fee) ในการตรวจรักษาให้โรงพยาบาลในอัตรา 70 : 30 และโรงพยาบาลจะเป็นผู้เรียกเก็บเงินจากผู้ป่วยโดยตรงและนำมาแบ่งให้กับแพทย์ ในกรณีเช่นนี้ถ้าพิจารณาอย่างผิวเผินแล้วจะดูเหมือนเป็นการที่แพทย์ได้ทำสัญญาเช่าสถานที่ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ถ้าวิเคราะห์อย่างละเอียดแล้วจะเห็นว่าไม่ใช่เป็นสัญญาเช่า

44

ข้อสังเกต “หน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ” ตามแนววินิจฉัยของศาลในที่นี่ น่าจะมีใช้มาตรฐานแห่งความชำนาญและความระมัดระวังที่แตกต่างกันไปตามพฤติการณ์ แต่เป็นขนาดของความระมัดระวัง (Degree of Care) เท่านั้นที่แตกต่างกันไปตามพฤติการณ์

สถานที่ เนื่องจากกรณีที่จะเป็นสัญญาเช่าได้จะต้องเป็นกรณีที่มีการตกลงกำหนดอัตราค่าเช่าไว้เป็นที่แน่นอน แต่ในกรณีดังกล่าวโรงพยาบาลจะได้รับรายได้มากขึ้นอยู่กับจำนวนผู้ป่วยที่เข้ามาทำการรักษาซึ่งอาจมากบ้างน้อยบ้างไม่แน่นอน ประกอบกับโรงพยาบาลเป็นผู้ขายยาให้แก่ผู้ป่วย การได้รับค่าตอบแทนของโรงพยาบาลจึงไม่ใช่ค่าเช่า ดังนั้น จึงมีประเด็นที่น่าพิจารณาว่าความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลกับแพทย์มีลักษณะเช่นใดในทางกฎหมาย ซึ่งเมื่อได้พิจารณาแล้วเห็นว่าความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลกับแพทย์อาจเทียบเคียงได้กับสัญญาหุ้นส่วน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 เนื่องจากเป็นกรณีที่บุคคลตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป (โรงพยาบาล กับ แพทย์) ตกลงกันเพื่อกระทำการร่วมกันคือให้บริการทางการแพทย์ โดยโรงพยาบาลมีหน้าที่ในการจัดหาสถานที่และเครื่องมือ ส่วนแพทย์ก็มีหน้าที่ให้การรักษายาบาลผู้ป่วย และการทำการร่วมกันนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะนำค่ารักษายาบาลมาแบ่งปันกำไรร่วมกัน ในกรณีเช่นนี้โรงพยาบาลกับแพทย์จึงมีความสัมพันธ์ต่อกันในฐานะของผู้เป็นหุ้นส่วน⁴⁵

ตามที่ได้กล่าวมานั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลเท่านั้น ซึ่งในทางข้อเท็จจริงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลอาจมีอยู่ด้วยกันหลายรูปแบบ ซึ่งในปัจจุบันการประกอบธุรกิจโรงพยาบาลเอกชนเป็นธุรกิจที่มีการจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ลักษณะโครงสร้างองค์กรมีความซับซ้อนเป็นอย่างมากเมื่อเทียบกับการประกอบธุรกิจในลักษณะอื่น ทั้งนี้เพราะเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับการให้บริการด้านสุขภาพจึงมีการลงทุนที่ค่อนข้างสูง อีกทั้ง ยังเป็นธุรกิจที่เป็นแหล่งรวมของ สหวิชาชีพต่างๆ อย่างมากมาย มีการให้ผลประโยชน์ในลักษณะซับซ้อน ดังนั้น การบริหารจัดการองค์กรหรือการให้ผลประโยชน์ตอบแทนจึงมีกลไกที่ซับซ้อนและยากแก่การที่จะทำความเข้าใจได้ การปฏิบัติงานของแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนโดยเฉพาะโรงพยาบาลขนาดใหญ่จึงมีลักษณะคลุมเครือและไม่ชัดเจน ทั้งนี้ด้วยเหตุผลทางธุรกิจ นโยบายการบริหารจัดการองค์กร หรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ ในด้านการเสียภาษี ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลจะมีลักษณะเช่นไร คงจะต้องรอให้มีคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อวางแผนการวินิจฉัยต่อไป

⁴⁵ ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 38, น. 53.

3.2 รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย

เมื่อการให้บริการด้านการแพทย์กลายเป็นธุรกิจการค้าอย่างหนึ่งที่มุ่งแสวงหาผลประโยชน์จากการให้บริการรักษาผู้ป่วย ย่อมส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่เป็นเรื่องของความเชื่อถือนับถือและไว้วางใจในตัวบุคคลก็กลายมาเป็นความสัมพันธ์เชิงกฎหมาย

ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยเกี่ยวกับเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนั้นไว้ในทำนองว่าแพทย์กับผู้ป่วยมีความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของสัญญาจ้างทำ คือ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 287/2507 การที่โจทก์ตั้งสถานพยาบาลและผดุงครรภ์โดยโจทก์ในฐานะนางผดุงครรภ์ จัดการให้ทารกคลอดจากครรภ์มารดา โดยมีสินจ้าง ซึ่งฝ่ายหญิงมีครรภ์ต้องจ่ายให้โจทก์เมื่อโจทก์ทำคลอดแล้วนั้น เป็นการรับจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587

ท่านอาจารย์ประทีป อ่าววิจิตรกุล⁴⁶ มีความเห็นว่า การที่ผู้ป่วยไปจ้างแพทย์ทำการรักษานี้เป็นสัญญาต่างตอบแทนชนิดหนึ่ง เป็นสัญญาไม่มีชื่อ (In nominated contract) หรือถ้ามุ่งถึงความสำเร็จของงานก็อาจเป็นสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 และเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ เพียงแต่คู่สัญญาแสดงเจตนาตกลงกันก็เกิดความผูกพันเป็นสัญญากันแล้ว ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือแต่อย่างใด

ผู้เขียนมีความเห็นว่า แพทย์กับผู้ป่วยมีสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะของสัญญา และสัญญาให้บริการระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเกิดขึ้นเมื่อผู้ป่วยได้เสนอขอรับบริการและแพทย์ตกลงสนองรับให้บริการ สัญญาย่อมเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ได้ตกลงกัน และสัญญาที่เกิดขึ้นมิใช่สัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของ แต่เป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่งที่ไม่มีชื่อ กล่าวคือเป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง แต่เป็นสัญญาที่คู่สัญญา (แพทย์กับผู้ป่วย) สามารถตกลงเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาอย่างไรก็ได้ตามหลักเสรีภาพในการทำสัญญา⁴⁷ (เสรีภาพที่จะเข้ามาตกลงทำสัญญาและเสรีภาพที่จะไม่ผูกพันหรือถอนตัวหลังจากที่สัญญาได้ทำขึ้นแล้ว แต่เสรีภาพนั้นจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน) แต่สัญญานั้นจะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปของสัญญา

⁴⁶ ประทีป อ่าววิจิตรกุล, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 35, น. 7.

⁴⁷ Wilson N.S., The International and Comparative Law, p.172ss.

ตามที่คุณเขียนได้กล่าวว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ เพราะการรักษาพยาบาลมนุษย์ไม่สามารถตั้งมาตรฐานได้เช่นเดียวกับสินค้าที่จะมีความเหมือนกัน เนื่องจากแพทย์เป็นวิชาชีพที่ต้องทำงานกับชีวิตและร่างกายของมนุษย์ซึ่งเป็นสิ่งที่มีคุณค่าสูงยิ่งกว่าทรัพย์สินใดๆ ทั้งสิ้น และไม่สามารถประเมินค่าได้ ผลสำเร็จของงานหรือผลสำเร็จของการรักษาไม่สามารถกำหนดระยะเวลาได้แน่นอน การรักษาบางอย่างจะต้องกระทำการรักษาอย่างต่อเนื่องไปตลอดชีวิตของผู้ป่วย เช่น การรักษาโรคหัวใจ โรคไต โรคความจำเสื่อม โรคมะเร็ง เป็นต้น อีกทั้งผลสำเร็จของการรักษาก็ได้ขึ้นอยู่กับตัวแพทย์เท่านั้นแต่ยังขึ้นอยู่กับตัวผู้ป่วยด้วย แพทย์ไม่สามารถเลือกผู้ป่วยที่ทำการรักษาให้ประสบผลสำเร็จได้สูงสุด และระหว่างการรักษาผู้ป่วยอาจเสียชีวิตก็ได้ นอกจากนี้ผู้ป่วยจะเข้าตรวจการทำงานหรือการรักษาของแพทย์ได้อย่างไร เนื่องจากวิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษซึ่งผู้ป่วยเป็นคนทั่วไปที่ไม่ได้เรียนวิชาชีพดังกล่าวจึงไม่สามารถเข้าตรวจตราวิธีการรักษาของแพทย์ได้ ในขณะเดียวกันก็มีใช้สัญญาจ้างแรงงาน เพราะวิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถเป็นการเฉพาะและแพทย์มีความเป็นอิสระในการประกอบวิชาชีพ ผู้ป่วยไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือแพทย์ ไม่สามารถที่จะไปสั่งบังคับบัญชาแพทย์ให้ปฏิบัติตามคำสั่งของตนได้ อีกทั้งการคำนวณค่าจ้างค่ารักษามีได้อาศัยระยะเวลาของการทำงาน แต่คำนวณจากความรู้ความสามารถตลอดจนความยากง่ายของวิธีการรักษาของแพทย์

3.3 รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างโรงพยาบาลกับผู้ป่วย

เมื่อการให้บริการด้านการแพทย์ของโรงพยาบาลเอกชนได้กลายมาเป็นการให้บริการเชิงพาณิชย์ การที่โรงพยาบาลเปิดให้บริการแก่บุคคลทั่วไปนั้นย่อมแสดงความพร้อมอยู่ในตัวแล้วว่าจะให้บริการ ประกอบการที่ได้มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ว่ามีการให้บริการด้านการแพทย์หรือมีการรักษาตลอด 24 ชั่วโมง จึงเท่ากับเป็นการยืนยันแสดงเจตนาต่อประชาชนว่ามีความพร้อมที่จะให้บริการ จึงถือได้ว่าเป็นการบอกกล่าวหรือเป็นการทำคำเชื้อเชิญต่อสาธารณชนให้เข้ามาใช้บริการทางการแพทย์ แต่เนื่องจากโรงพยาบาลไม่สามารถให้บริการหรือทำการรักษาได้ด้วยตนเอง มีเพียงสถานที่และเครื่องมือเท่านั้น การรักษาพยาบาลจึงต้องกระทำผ่านแพทย์ผู้ที่มีความรู้ความสามารถเป็นพิเศษ ดังนั้น เมื่อมีผู้มาขอรับบริการต่างๆ จึงถือได้ว่าเป็นการทำคำเสนอขอใช้บริการ และเมื่อแพทย์ตกลงรับรักษาหรือรับให้บริการ(ซึ่งถือเป็นการกระทำแทนโรงพยาบาล) จึงเป็นการทำคำสนองรับคำเสนอนั้นแล้ว สัญญาจึงเกิดขึ้นทันทีนับตั้งแต่ที่ได้ตกลงกัน โรงพยาบาลกับผู้มารับบริการจึงมีความสัมพันธ์ต่อกันในลักษณะสัญญา

ด้วยการรักษาพยาบาลของแพทย์เป็นการกระทำต่อชีวิตหรือร่างกายของมนุษย์ที่เป็นสิ่งที่มีคุณค่าเป็นอย่างยิ่ง โดยหลักทั่วไปแล้วการกระทำละเมิดต่อสิทธิของผู้อื่นโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือรองรับให้กระทำได้อถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หากเกิดความเสียหายขึ้น ผู้กระทำต้องรับผิดชอบ ดังนั้น ในการให้การรักษาพยาบาลของแพทย์สิ่งที่ทำให้การกระทำของแพทย์ไม่เป็นความผิดคือความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยนั่นเอง ความยินยอมถือเป็นเงื่อนไขสำคัญของกระบวนการรักษาพยาบาล และมีความสัมพันธ์ต่อความรับผิดชอบของแพทย์หรือไม่ อย่างไรนั้น จะแยกศึกษาเป็นกรณีดังนี้

4. ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วย : เวชปฏิบัติของแพทย์

ในสมัยโบราณการแพทย์เป็นการผสมผสานระหว่างศาสนา ไสยศาสตร์และมายากล แพทย์ในสมัยนั้นจึงได้ชื่อว่าพ่อมดหรือหมอผี (witch doctor)⁴⁸ ที่ผ่านมาแพทย์เป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจแทนผู้ป่วย การรักษาพยาบาลไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ต่อมาในปัจจุบันเมื่อการแพทย์ได้แยกตัวออกจากศาสนา วิวัฒนาการทางแพทย์ได้พัฒนาเป็นหลักวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีทางการแพทย์ได้เจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วและมีการพัฒนาต่อเนื่องอย่างไม่หยุดยั้ง ในขณะที่ระบบการปกครองและกฎหมายก็ได้มีการพัฒนาไปด้วยเช่นกัน ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยได้มีการปรับเข้ากับหลักกฎหมายแพ่งโดยถือว่าเป็นนิติสัมพันธ์ทางสัญญา จากเดิมแพทย์เป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจแทนผู้ป่วยเนื่องจากเป็นผู้ที่รักษาผลประโยชน์ที่ดีที่สุดของผู้ป่วย ต่อมาแพทย์ไม่อยู่ในฐานะที่จะทำหน้าที่นั้นได้อย่างเหมาะสมอีกต่อไปแล้ว เนื่องจากผู้ป่วยสามารถที่จะตัดสินใจในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพของตนเองได้ดีกว่าแพทย์ เพราะเป็นผู้ทราบความต้องการที่จำเป็นอย่างแท้จริงของตนเองได้ดีที่สุด⁴⁹ เมื่อนำมาใช้ในการตัดสินใจกลับไปเป็นของผู้ป่วย แพทย์จึงมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญ และจำเป็นสำหรับการตัดสินใจในการรักษาพยาบาลให้ผู้ป่วยได้ทราบก่อนที่ผู้ป่วยจะตัดสินใจเลือกที่จะรับการรักษาพยาบาลจากแพทย์ และแพทย์ก็อยู่ในฐานะที่จะอธิบายด้วยเหตุผลทางวิทยาศาสตร์ ดังนั้นทฤษฎีที่เรียกว่า “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” (informed consent)

⁴⁸ Cameron JM, The medico-legal expert-past, present and future, Med Sci Law, 1980 ; 20 : 3-13.

⁴⁹ Benatar SR, Traditional and evolving concepts in medical ethics, Med Law, 1989 ; 7 : 432-436.

จึงได้ถูกนำมาใช้ในเวชปฏิบัติ⁵⁰ เพื่อสนับสนุนในการเคารพสิทธิของผู้ป่วยซึ่งก็เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนนั่นเอง

ความยินยอมเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาลเพราะโดยปกติแพทย์ไม่อาจทำการรักษาผู้ป่วยโดยปราศจากความยินยอมได้ เว้นแต่จะมีเหตุอื่นตามกฎหมายที่แม้จะไม่มี ความยินยอมก็ยังสามารถรักษาได้ หรือเป็นการรักษาที่มีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง (necessity) และเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (the best interest of the patient)⁵¹ ความยินยอมของผู้ป่วยไม่มีแบบดั่งนั้น จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ อาจเกิดขึ้นโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ซึ่งแพทย์อาจอนุมานได้จากการกระทำของผู้ป่วยหรือสังเกตจากพฤติการณ์แวดล้อมแต่ละกรณีแล้วลงความเห็นว่าคุณป่วยให้ความยินยอมได้เช่นกัน แต่ที่สำคัญความยินยอมนั้นจะต้องเป็นความยินยอมที่แท้จริง ซึ่งหมายความว่าผู้ให้ความยินยอมต้องได้รับการบอกกล่าวถึงผลที่เกิดขึ้นอย่างครบถ้วน (informed consent) ปราศจากการครอบงำที่ผิดปกติ (undue influence)

4.1 ที่มาและหลักการอันเป็นสาระสำคัญของความยินยอม

4.1.1 ที่มาของความยินยอม

ความยินยอมในการรักษาพยาบาล หรือความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการพัฒนามานานโดยศาลประเทศยุโรปและอเมริกา ซึ่งมีการใช้ในหลายรูปแบบทั้งที่เป็นส่วนของการรักษาพยาบาลและการทดลองในมนุษย์

ในการประชุมที่กรุงเฮลซิงกิ (World medical association declaration of Helsinki 1964) ได้มีการบรรยายเรื่องการทำ Informed consent สำหรับการทดลองมนุษย์ไว้ว่า “In any research on human beings, each potential subject must be adequately informed of the aims, methods, sources of funding, any possible conflicts of interest, institutional affiliations of the researcher, the anticipated benefits and potential risks of the study and the discomfort it may entail. The subject should be informed of the right to abstain from participation in the study or to withdraw consent to participate at any time without reprisal” (ในการวิจัยเกี่ยวกับมนุษย์ต้องมีการแจ้งถึงวัตถุประสงค์ของการศึกษาอย่างพอเพียง

⁵⁰ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ, นิติเวชสาธกฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ, (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราศิริราช, 2530), น. 104-126.

⁵¹ M.A. Jones & K. Keywood, Assessing the Patient's Competence to Consent Medical Treatment, 1996, 2 Medical Law International 107, p.109.

รวมถึงกระบวนการศึกษา แหล่งที่มาของเงินทุน ความขัดแย้งของผลประโยชน์ที่อาจมีการเข้าร่วมของผู้วิจัยกับสถาบันการวิจัย ประโยชน์ที่คาดหวัง ศักยภาพของการศึกษา ความเสี่ยง และความลำบากที่อาจตกทอด ซึ่งหัวข้อของการวิจัยควรให้สิทธิในการละเว้นที่จะมีส่วนร่วมในการศึกษาหรือถอดถอนความยินยอมที่จะเข้าร่วมได้ตลอดเวลา) จากรายละเอียดดังกล่าวสามารถสรุปได้ว่าความยินยอม หรือ Informed consent ที่ดีต้องเป็นการสื่อสารที่ถูกต้องและพอเพียงระหว่างผู้ขอความยินยอมกับผู้ให้ความยินยอม (Right and adequate communication process) และที่สำคัญที่สุดผู้ให้ความยินยอมต้องมีทางเลือกเป็นของตนเอง (Self autonomy) ไม่มีการถูกบีบบังคับทั้งทางตรงและทางอ้อม และเมื่อเขาให้ความยินยอมได้เขาก็ย่อมต้องมีสิทธิถอนความยินยอมได้เช่นกัน⁵²

4.1.2 เหตุผลที่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

เหตุผลสำคัญที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาหรือแพทย์ไม่อาจทำการรักษาพยาบาลผู้ได้โดยปราศจากความยินยอมนั้น สามารถกล่าวได้มาจาก

(1) เหตุผลทางกฎหมาย

จากกระแสการตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชนที่มีมากขึ้นทำให้มีการนำเอาแนวคิดหลักสิทธิมนุษยชนบางประการมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาด้านการแพทย์ หรือ อีกนัยหนึ่งคือการนำหลักการทางกฎหมายมาใช้แก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นทางการแพทย์ เช่น แนวคิดเรื่องการยุติการรักษา (termination of treatment) หรือแนวคิดเรื่องการุณยฆาต (mercy killing)⁵³ เป็นต้น

นอกจากได้มีการนำเอาแนวคิดเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนมาปรับใช้เพื่อแก้ไขปัญหาด้านการแพทย์แล้ว หลักดังกล่าวยังเป็นที่มาสำคัญประการหนึ่งเกี่ยวกับของสิทธิผู้ป่วย กล่าวคือ หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิทธิมนุษยชน คือ หลักเสรีนิยม (principle autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) ซึ่งมีหลักการที่สำคัญว่า เจ้าของชีวิตต้องเป็นผู้เลือกหรือยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิของตนเพื่อจะได้สอดคล้องกับประโยชน์สูงสุดและความต้องการที่แท้จริงของเจ้าของชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธินั้น ซึ่งเมื่อนำหลักการทั้งสองมาประยุกต์ใช้ในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยจึงทำให้การรักษาพยาบาล

⁵² เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท บุ๊คเน็ต จำกัด, 2549), น. 203.

⁵³ ชนภัทร วินยวัฒน์, “ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วย”, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร, เล่มที่ 1, 2551 : 1, น.97.

ที่จะเป็นผลต่อชีวิตร่างกายของผู้อื่นต้องให้ผู้เป็นเจ้าของชีวิตเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเอง⁵⁴ แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิตามหลักเสรีนิยมดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักจริยธรรมและศีลธรรมด้วย⁵⁵

แนวคิดเสรีนิยมเป็นผลให้ผู้ป่วยมีอำนาจตัดสินใจเรื่องกระบวนการรักษาพยาบาลตามคำแนะนำของแพทย์ ดังนั้น แม้แพทย์จะเป็นผู้เข้าใจในประเด็นต่างๆ ทาง การแพทย์ได้เป็นอย่างดีก็ตาม แต่ผู้ป่วยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจในกระบวนการรักษาพยาบาลนั้น ด้วยตนเอง เนื่องจากแนวคิดเสรีนิยมถือว่าผู้ป่วยเท่านั้นที่จะรู้คุณค่าของชีวิตตนเองได้ดีที่สุด แต่ผู้ป่วยจะเลือกหรือสั่งบังคับแพทย์ให้รักษาด้วยวิธีอื่นนอกจากที่แพทย์เสนอไม่ได้

นอกจากแนวคิดเรื่องหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว เหตุผลสำคัญที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนทำการรักษาพยาบาลนั้นยังมีหลักพื้นฐานมาจากหลักเรื่อง “ความ มีอิสระในเนื้อตัวร่างกาย”⁵⁶ โดยถือว่ามนุษย์ทุกคนมีอัตภาพ (autonomy) ของตนเองที่จะกำหนด ว่าบุคคลอื่นสามารถปฏิบัติต่อเนื้อตัวร่างกายของเขาอย่างไร ท่านผู้พิพากษา Cardozo แห่งศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้กล่าวเป็นหลักการไว้ว่า “บุคคลทุกคนที่มีอายุพอสมควรและมี สภาพจิตที่ปกติ ย่อมมีสิทธิจะยอมให้ใครกระทำหรือมิให้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนได้ ศัลยแพทย์ผู้ทำการผ่าตัดโดยปราศจากความยินยอมของคนไข้ย่อมมีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย จะต้องชดใช้ ค่าสินไหมทดแทน”⁵⁷ สิทธิเช่นนี้เรียกว่า “สิทธิในการกำหนดตนเอง” (right to self-determination)

และด้วยการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของ มนุษย์ บุคคลนั้นๆ จึงควรจะได้รับทราบข้อมูลต่างๆ เพื่อนำไปสู่การตัดสินใจ ความยินยอม

⁵⁴ เพิ่งอ้าง, น. 97-98.

⁵⁵ Charlesworth Max, *Bioethics in a Liberal Society*, Cambridge University press, Cambridge, 1993, p. 10.

⁵⁶ Brender Greene, Understanding Medical Law, Cavendish Publishing Ltd, Great Britain, 2005.

⁵⁷ Jones Heay, *Medical Negligence : Common Law Perspectives*, London, Sweet & Maxwell, 1999, p. 95.

ของผู้ป่วยจึงเท่ากับเป็นการรับรองสิทธิพื้นฐานที่สำคัญ 2 ประการคือ สิทธิที่จะได้รับรู้ (The right to know) และ สิทธิที่จะตัดสินใจ (The right to self-determination)⁵⁸

สิทธิที่จะรู้ของผู้ป่วยและหน้าที่ของแพทย์ในการเปิดเผยข้อมูลนั้นถือเป็นหลักสากลซึ่งเป็นที่ยอมรับกันอยู่เกือบทุกประเทศในโลก เนื่องจากข้อมูลที่สำคัญ ถูกต้องและเพียงพอจะทำให้ผู้ป่วยตัดสินใจว่าจะให้แพทย์ทำการรักษาอันเป็นการละเมิดสิทธิในร่างกายของเขาหรือไม่ หากแพทย์ให้ข้อมูลไม่เพียงพอหรือปกปิดข้อมูลบางส่วนที่ผู้ป่วยควรจะได้รู้ ความยินยอมที่เกิดขึ้นของผู้ป่วยเช่นนี้ย่อมไม่ใช่ความยินยอมที่บริสุทธิ์ใจ แพทย์อาจต้องรับผิดชอบตามกฎหมายได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวทำให้ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่จำเป็นอย่างเพียงพอต่อการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้รักษาพยาบาลหรือไม่ และความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในกระบวนการรักษาพยาบาลที่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญที่แพทย์ทุกคนพึงปฏิบัติต่อผู้ป่วย⁵⁹ และหากจะใช้เพียงหลักเกณฑ์จริยธรรมของแพทย์เป็นตัวกำหนดสิทธิของผู้ป่วยคงไม่เพียงพอ เพราะจริยธรรมแห่งวิชาชีพนั้นถูกกำหนดขึ้นมาจากหน้าที่ของแพทย์มิได้ ถูกกำหนดมาจากสิทธิของผู้ป่วยเป็นสำคัญ⁶⁰

(2) เหตุผลทางการรักษาพยาบาล

ด้วยวิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพหรือเป็นการงานที่ไม่อาจสามารถคาดหวังถึงผลสำเร็จในการรักษาได้ แต่จะต้องกระทำด้วยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านและด้วยความระมัดระวังอันเป็นมาตรฐานแห่งการประกอบวิชาชีพวิชาการ ในการรักษาผู้ป่วยให้ประสบผลสำเร็จจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่แพทย์ต้องได้รับความร่วมมือจากผู้ป่วย โดยเฉพาะการปฏิบัติตัวของผู้ป่วยหลังการรักษา หรือการติดตามผู้ป่วยหลังจากพ้นการดูแลของแพทย์ไปแล้ว ดังนั้น การที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์ในการรักษาพยาบาลจึงเป็นข้อสันนิษฐานเบื้องต้นว่าผู้ป่วยพร้อมที่จะให้ความร่วมมือกับแพทย์ที่จะรักษาพยาบาลตามขั้นตอนและหลักวิชา ซึ่งหาก

⁵⁸ แสงว นุญเฉลิมวิภาส, กฎหมายการแพทย์, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), น. 73.

⁵⁹ อรรถจินดา ดีผดุง, สิทธิของผู้ป่วย, รวมบทความเกษียณอายุราชการศาสตราจารย์ นายแพทย์วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท 21 เซ็นจูรี จำกัด), 2536.

⁶⁰ อัจฉรา วีระชาติ, สิทธิของผู้ป่วย, (วิทยานิพนธ์ ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), น. 32.

ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแล้ว ผู้ป่วยส่วนใหญ่ส่วนจะให้ความร่วมมือในการรักษาอย่างบริสุทธิ์ใจและเต็มใจ

4.1.3 ลักษณะของความยินยอม

หลักสากลทางการแพทย์ ความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายจะต้องเป็นความยินยอมที่มีลักษณะต่อไปนี้⁶¹

(1) ความยินยอมต้องเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมาย

ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล กฎหมายการแพทย์ในประเทศต่างๆ จะกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมไว้ ดังนี้

(1.1) ผู้ป่วย ในกรณีที่ผู้ป่วยเป็นบุคคลที่มีความสามารถตามกฎหมายและยังมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์มิได้อยู่ภายใต้ภาวะใดๆ ที่อาจทำให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริง เช่น ไม่ได้อยู่ในภาวะจิตเสื่อมจากภาวะสมองผิดปกติ (dementia) หรือไม่ได้รับยาที่มีผลออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เป็นต้น

(1.2) ผู้ใช้อำนาจแทน บางกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น ผู้ป่วยเป็นเด็กที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการเจ็บป่วยและวิธีการรักษาพยาบาล หรือกรณีที่ผู้ป่วยไม่มีความรู้สึก หรือไม่มีสติสัมปชัญญะอย่างเพียงพอที่จะเข้าใจสาระสำคัญของการเจ็บป่วยหรือวิธีการรักษาพยาบาล ฯ ในต่างประเทศได้มีการบัญญัติกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติหรือรัฐบัญญัติ (Act)⁶² เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่เกิดการเจ็บป่วยขึ้นแก่ผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ บุคคลผู้สามารถให้ความยินยอมได้ ขอบเขตของการรักษามีอย่างน้อยเพียงใด และโดยวิธีใด นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้บุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมายสามารถทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพที่ไม่รู้สึกตัว (unconscious stage) โดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้นเป็นความยินยอมของผู้ป่วย⁶³

⁶¹ Skene L, Law and Medical Practice, Butterworth Press, Sydney, 1998, p.10

⁶² ตัวอย่างเช่น The Medical Treatment Act 1988 (Vic), the Guardianship and Administration Board Act 1986 (Vic).

⁶³ ดูตัวอย่างของ Information Maintained by the Office of Code Revision Indiana Legislative Services Agency Article 36 IC 16-36-1-5, สืบค้นจาก <http://www.in.gov/legislative/ic/code/title16/ar36/ch1.html> , เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม 2552.

สำหรับประเทศไทยนั้นหลักเรื่องความยินยอมของผู้ป่วยจะมีลักษณะเช่นใด และจะต้องเกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมายหรือไม่นั้น ผู้เขียนจะขอเสนอต่อไปในส่วนที่เกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยตามกฎหมายไทย

(2) ความยินยอมต้องบริสุทธิ์

ความยินยอมต้องบริสุทธิ์นั้น หมายความว่า ผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมด้วยความสมัครใจ ปราศจากการถูกบังคับ หรือถูกหลอกลวง ที่สำคัญความยินยอมนั้นต้องเกิดจากการที่ผู้ให้ความยินยอมเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษา รวมทั้งได้รับข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นอย่างถูกต้องครบถ้วนก่อนจะให้ความยินยอม

ปัญหาที่ว่าข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นได้แก่ข้อมูลใดนั้น กฎหมายในแต่ละประเทศต่างก็มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่คล้ายคลึงกันว่าเป็นข้อมูลที่สำคัญและจำเป็นสำหรับการตัดสินใจของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล ได้แก่ พยาธิสภาพโรค อาการของโรค ความรุนแรงของโรคหากไม่มีการรักษา วิธีการรักษา ผลโดยตรงจากการรักษา ผลข้างเคียงที่อาจเกิดจากการรักษา⁶⁴ เป็นต้น ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าข้อมูลที่สำคัญที่แพทย์ควรจะต้องแจ้งให้ผู้ป่วยทราบได้แก่ข้อมูลที่มีผลต่อการตัดสินใจเข้ารับการรักษาหรือไม่นั่นเอง ตัวอย่างเช่นในคดี Roger v Whittaker⁶⁵ ที่ศาลสูงของออสเตรเลีย (High Court of Australia) ได้วางบรรทัดเกี่ยวกับข้อมูลที่จำเป็นที่ผู้ป่วยได้รับทราบไว้ว่า ได้แก่ข้อเท็จจริงที่วิญญูชนในภาวะเช่นเดียวกับผู้ป่วยนั้นจะให้ความสำคัญ หากได้รับการเตือนหรือข้อมูลที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์สามารถคาดหมายได้ว่าผู้ป่วย จะให้ความสำคัญหากได้รับการเตือนและหากมีข้อมูลดังกล่าวแล้วผู้ป่วยอาจตัดสินใจเป็นอย่างอื่น

และ Enduring Power of Attorney (Medical Treatment) Schedule 2 ออกตามความใน Section 5A(2) the Medical Treatment Act 1988., สืบค้นจาก http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/mta1988168/sch2.html, วันที่ 20 พฤษภาคม 2552.

⁶⁴ F v R (1983) 33 (SA SC) quoted in Roger v Whitaker (1992) 175 CLR 479 at 488. และใน Bird S, 'Consent to Medical Treatment' (2005) 34 Risk Management : Professional Practice 382.

⁶⁵ Roger v Whitaker (1992) 175 CLR 479.

จากเหตุผลที่ว่าความยินยอมต้องเกิดจากความสมัครใจ ทำให้ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ต่างยอมรับว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องให้ข้อมูลต่อผู้ป่วย (the doctor's duty to provide information to patients) ซึ่งหากแพทย์ไม่ให้ข้อมูลที่เพียงพอต่อการตัดสินใจ ผู้ป่วยมีสิทธิเรียกร้องให้แพทย์รับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาได้ ตัวอย่างเช่นในคดี *D v S*⁶⁶ ซึ่งข้อเท็จจริงมีว่า ผู้หญิงคนหนึ่งได้รับการผ่าตัดที่หน้าอก แต่ก่อนการผ่าตัดแพทย์ไม่ได้บอกถึงผลกระทบจากการผ่าตัดที่จะทำให้เป็นแผลไปตลอดชีวิต ศาลเห็นว่าความยินยอมของโจทก์เป็นความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายเพราะแพทย์ไม่ยอมบอกเกี่ยวกับแผลเป็นที่หน้าอกซึ่งเป็นผลกระทบโดยทั่วไปที่อาจเกิดขึ้น

นอกจากเป็นความยินยอมที่ต้องเกิดจากความสมัครใจแล้ว ความยินยอมนั้นต้องปราศจากการขู่เข็ญ บังคับ หลอกลวง หรือกระทำการด้วยประการใดๆ ที่ทำให้เห็นได้ว่าหากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ตกอยู่ในสภาวะเช่นนั้นแล้วก็จะไม่ให้ความยินยอมโดยเด็ดขาด

ปัญหาที่ว่ากระทำการใดๆ ที่พอจะเห็นได้ว่า หากผู้ให้ความยินยอมไม่ได้ตกอยู่ในสภาวะนั้นก็จะไม่ให้ความยินยอมโดยเด็ดขาดอาจเทียบเคียงได้กับคดี *Norberg v Wynrib*⁶⁷ ของประเทศแคนาดา ซึ่งมีข้อเท็จจริงที่ว่าผู้ป่วยติดยาเสพติดยินยอมให้แพทย์ชำเราเพื่อแลกกับ ใบสั่งยาของแพทย์ ศาลวางหลักเกณฑ์ไว้ว่าความยินยอมที่ให้แพทย์ชำเราดังกล่าวไม่สมบูรณ์เพราะผู้ป่วยติดยาเสพติด ดังนั้น ความยินยอมดังกล่าวจึงเกิดขึ้นเนื่องจากถูกโน้มน้าวจากภาวะการติดยา ศาลเห็นว่าความยินยอมที่ไม่สมบูรณ์นั้นนอกจากจะเกิดจากการถูกบังคับขู่เข็ญในทางกายภาพ การหลอกลวง หรือการใช้เงื่อนไขในการติดยาเสพติดของผู้ป่วยชำหลอกล่อแล้ว ยังหมายรวมถึงการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการตัดสินใจด้วยวิธีการใดๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากความไม่เท่าเทียมกันในด้านอำนาจต่อรองระหว่างแพทย์และผู้ป่วยอีกด้วย

(3) ความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ทำการรักษา

การรักษาพยาบาลของแพทย์จะไม่ใช่ความผิดต่อกฎหมายนั้นจะต้องปรากฏว่าก่อนที่จะเริ่มทำการรักษาจนกระทั่งการรักษาพยาบาลได้กระทำจนเสร็จสิ้นแล้วผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมและมีได้ถอนความยินยอมแต่อย่างใด แต่ทั้งนี้มิได้หมายความว่าผู้ป่วยจะไม่สามารถถอนหรือยกเลิกความยินยอมได้ ผู้เขียนเห็นว่าผู้ป่วยสามารถยกเลิกหรือถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้และเมื่อผู้ป่วยได้ทำการยกเลิกหรือถอนความยินยอมแล้ว แพทย์จะต้อง

⁶⁶ *D v S* (1981) JS 405 (SA SC).

⁶⁷ *Norberg v Wynrib* (1992) 92 DLR (4th) 449-486 (Can Sc).

ยุติการรักษา การที่แพทย์ได้ทำการรักษาหลังจากผู้ป่วยได้ยกเลิกหรือถอนความยินยอมแล้วนั้น แพทย์อาจมีความผิดได้

ปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น คือ ในกรณีที่ผู้ป่วยได้เข้ารับการรักษายาบาลในโรงพยาบาลนั้นจะถือว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมกับแพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ที่จะรักษาตนด้วยวิธีการใดๆ ได้อัตโนมัติหรือไม่นั้น ซึ่งในเรื่องดังกล่าวได้เคยมีคดี Hart v Herron⁶⁸ ที่ผู้ป่วยโรคจิตเข้ารับรักษาตัวในโรงพยาบาล จิตแพทย์ได้ใช้วิธีช็อตไฟฟ้า (electroconvulsive therapy) และการสะกดจิตให้หลับลึก (deep sleep therapy) โดยที่ผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอม และยังไม่เข้าเงื่อนไขที่จะรักษาโดยปราศจากความยินยอมได้ ศาลเห็นว่าการที่ผู้ป่วยเข้าไปรักษาตัวในโรงพยาบาล ยังไม่ได้หมายความว่าผู้ป่วยจะยินยอมโดยปริยาย (implied consent) ให้แพทย์หรือพยาบาลรักษาด้วยวิธีใดก็ได้ พฤติการณ์การเข้าไปพักรักษาตัวในโรงพยาบาลถือเป็นเพียงว่าผู้ป่วยที่จะรับการตรวจประเมินสภาพและรักษาด้วยวิธีเล็กน้อย (minor treatment) เท่านั้น แต่หากจะรักษาด้วยวิธีพิเศษประการใด (particular treatment) ต่อไปแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเป็นกรณีๆ ไปซึ่งหลักการดังกล่าวได้มีการถือปฏิบัติเรื่อยมาแม้ประเทศไทยเราก็กยอมรับแนวคิดดังกล่าว ซึ่งสังเกตได้จากการตามโรงพยาบาลต่างๆ มักกำหนดให้ผู้ป่วยต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนทุกครั้ง

นอกจากนี้ความยินยอมของผู้ป่วยยังถือว่าต้องมีอยู่ภายใต้ข้อเท็จจริงที่จำกัดด้วย กล่าวคือหากมีข้อเท็จจริงสำคัญที่เพิ่มขึ้นหรือเปลี่ยนแปลงไป จะถือว่าผู้ป่วยยังคงยินยอมให้แพทย์ทำการรักษาต่อไปอีกไม่ได้ แพทย์จะต้องแจ้งข้อเท็จจริงที่สำคัญให้แก่ผู้ป่วยและขอความยินยอมจากผู้ป่วยอีกครั้ง⁶⁹

(4) ต้องอยู่ในกรอบแห่งความยินยอม

เมื่อแพทย์ได้ข้อมูลที่สำคัญและเป็นและสำคัญต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยแล้ว และเมื่อผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมแก่แพทย์แล้วว่าจะรักษาด้วยวิธีใด ย่อมเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะทำการรักษาพยาบาลตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้กับผู้ป่วย แพทย์จะรักษาโรคหรือใช้วิธีการอื่นที่นอกเหนือไปจากที่ได้รับคามยินยอมจากผู้ป่วยไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุอันจำเป็นตามกฎหมาย

⁶⁸ Hart v Herron (1984) Aust Torts Report 80-201.

⁶⁹ Doyle K, 'The Unplanned Abortion' (1993) 143 New Law J 1416.

4.1.4 รูปแบบของความยินยอม

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

อย่างไรก็ดีความยินยอมในการรักษาพยาบาลหรือในทางการแพทย์ หากแบ่งตามลักษณะของการแสดงออกของผู้ป่วยหรือตัวแทนแล้ว มีรูปแบบดังต่อไปนี้

(1) Apparent (หรือ Explicit) Consent กับ Implied Consent⁷⁰

Apparent (หรือ Explicit) กับ Implied Consent คือ การให้ความยินยอมโดยชัดแจ้ง กับ การให้ความยินยอมโดยปริยาย การให้ความยินยอมโดยปริยาย(Implied consent) เป็นกรณีที่ผู้ป่วยได้แสดงออกผ่านอาการหรือการกระทำที่จะให้ความร่วมมือในการรักษาพยาบาลต่อไปโดยมิได้เอ่ยเป็นคำพูด หรือลงชื่อในหนังสือใดๆ ส่วนมากจะใช้กับการรักษาตามปกติธรรมดาทั่วไปหรือเป็นเรื่องเล็กๆ น้อยๆ เช่น ผู้ป่วยยินยอมให้เจาะเลือด โดยพับแขนเสื้อขึ้นและวางมือในที่ที่กำหนด แต่ถ้ามารักษาแบบพิเศษหรือเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงและมีขั้นตอนอื่นที่จะเพิ่มภาระหรือเป็นการสร้างความลำบากให้แก่ผู้ป่วยมากขึ้น แพทย์พึงได้รับความยินยอมแบบชัดแจ้ง (apparent หรือ explicit consent) ก่อนที่จะทำการรักษาต่อไป

Apparent (หรือ Explicit) Consent ที่ผู้ป่วยหรือญาติลงลายมือชื่อนั้นจะต้องเกิดจากการได้รับข้อมูลที่ถูกต้อง ทั้งนี้โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้ป่วยมีส่วนร่วมรับรู้และตัดสินใจในการเข้ารับการรักษาให้มากที่สุด ดังนั้น ข้อมูลที่ผู้ป่วยได้รับต้องเป็นข้อมูลที่มีความสำคัญและจำเป็นต่อการตัดสินใจรับการรักษาพยาบาล อย่างไรก็ตามหากผู้ป่วยหรือญาติแม้ได้ให้ความยินยอมไปแล้ว ต่อมาในภายหลังทราบว่าข้อมูลที่ได้รับนั้นไม่ถูกต้องหรือไม่เพียงพอ โดยเฉพาะ

⁷⁰ เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 52, น. 206-207.

อย่างยิ่งหากเป็นการข้อมูลที่สำคัญและมีผลต่อการตัดสินใจของผู้ป่วยซึ่งหากได้ทราบก่อนแล้วผู้ป่วยย่อมไม่ให้ความยินยอมอย่างแน่นอน ในกรณีเช่นนี้ผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยมีสิทธิที่ยกเลิกหรือบอกถอนความยินยอมนั้นได้ และแพทย์ย่อมไม่สามารถกล่าวอ้างความยินยอมดังกล่าวมาเพื่อยกเว้นความรับผิดได้

(2) Non-Document กับ Document consent⁷¹

ตามทฤษฎีการให้ความยินยอมไม่ใช่เรื่องของการลงลายมือชื่อในแบบฟอร์มใดๆ แต่เป็นเรื่องของการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย (doctor-patient communication) มากกว่า แต่การที่ consent form ได้รับการกล่าวถึงอย่างมาก คงเป็นเพราะ informed consent ถูกมองในเชิงกฎหมายมากกว่าจะเป็นเรื่องของจริยธรรม จึงกลายเป็นเรื่องของสัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยไป

(ข้อสังเกต แม้จะมีพฤติการณ์ของผู้ป่วยที่แสดงออกให้เห็นว่าได้ให้ความยินยอมในการรักษา แต่มิได้หมายความว่าแพทย์จะสามารถรักษาผู้ป่วยด้วยวิธีการใดๆ โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยอีก เพราะความยินยอมในลักษณะเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นเพียงข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่าผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมเกี่ยวกับการตรวจรักษาด้วยวิธีการเล็กๆ น้อยๆ เท่านั้น หากเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงหรือเป็นการรักษาที่มีขั้นตอนที่ยุ่งยากซับซ้อน เป็นการสร้างภาระความลำบากต่อผู้ป่วยเป็นอย่างมากแล้ว แพทย์จะต้องได้รับความยินยอมก่อนทำการรักษา เว้นแต่เป็นกรณีมีเหตุฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิตผู้ป่วยและไม่อาจขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติได้ ในกรณีเช่นนี้แพทย์สามารถทำการรักษาพยาบาลได้แม้จะมิได้รับความยินยอม แต่ถ้าหากเป็นกรณีปกติทั่วไป หรือมิใช่ภาวะฉุกเฉินรีบด่วน ในการรักษาพยาบาลแพทย์ต้องรับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ มิฉะนั้นแพทย์อาจมีความผิดได้ และ ในปัจจุบันโรงพยาบาลได้มีการแยกใบยินยอมเข้ารับการรักษาดังกล่าวเป็นกรณีๆ ตามประเภทของการรักษาหรือการทำหัตถการ)

4.1.5 ข้อยกเว้นของการให้ความยินยอม

ในการรักษาพยาบาลนั้นแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอทุกครั้ง จนทำให้เกิดเป็นหลักรากที่นานาประเทศต่างยึดถือปฏิบัติสืบต่อกันมา อย่างไรก็ตามในบางครั้งที่การรักษาพยาบาลแพทย์อาจไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย กล่าวคือ

⁷¹ มาโนช โชคแจ่มใส, Informed Consent, สืบค้นจาก

<http://www.med.cum.ac.th/secret/meded/MEDS5/MEDE5PDF/Chapter02%20MEDE05.PDF>,
เมื่อวันที่ 13 มีนาคม 2552.

(1) การรักษากรณีฉุกเฉิน (Emergency)

การรักษาพยาบาลในกรณีฉุกเฉินเพื่อเป็นการช่วยเหลือชีวิตของผู้ป่วย และแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยได้ เช่น ผู้ป่วยจากอุบัติเหตุที่ต้องได้รับการรักษาเป็นการฉุกเฉินเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิต แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ เนื่องจากอยู่ในขั้นโคม่าไม่รู้สึกรู้ตัว และแพทย์ก็ไม่สามารถติดต่อญาติผู้ป่วยได้ในกรณีเช่นนี้ด้วยจริยธรรมแห่งวิชาชีพ แพทย์จึงทำการรักษาพยาบาลแม้จะกระทำโดยปราศจากความยินยอมแพทย์ก็ไม่ต้องรับผิด

การรักษาผู้ป่วยในกรณีฉุกเฉินจะทำให้แพทย์พ้นจากความรับผิดมีเงื่อนไขที่สำคัญดังนี้⁷²

(1.1) มีเหตุควรเชื่อตามหลักวิชาชีพว่าการรักษาพยาบาลผู้ป่วยควรมีขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงอันตรายร้ายแรงและสำคัญที่ใกล้จะถึง ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย

(1.2) แพทย์ต้องปฏิบัติตามหลักวิชา

(1.3) การรักษาต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

จากเงื่อนไขดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการรักษาในกรณีฉุกเฉินได้พิจารณาเรื่องสุขภาพของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาเรื่องความสะดวกของแพทย์ที่รักษาผู้ป่วยนั้น

(2) การรักษากรณีจำเป็น (Necessity)

ความจำเป็นเป็นอีกเหตุหนึ่งที่แพทย์สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย กล่าวคือ ผู้ป่วยไม่อยู่ในสถานะที่จะสามารถให้ความยินยอมได้และขณะนั้นผู้ป่วยยังอยู่ในสถานะที่ไม่เป็นอันตรายถึงชีวิต แพทย์สามารถให้การรักษาได้เท่าที่จำเป็น ดังนั้น หากแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือเป็นการชั่วคราว และแพทย์นั้นได้ทำการรักษาด้วยวิธีซึ่งตามปกติแพทย์ผู้อื่นก็จะรักษาด้วยวิธีเดียวกัน ทั้งการรักษาพยาบาลดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย การรักษาย่อมทำได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม⁷³

⁷² ชนภัทร วินยวัฒน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 53, น. 106.

⁷³ Re F (mental patient : sterilisation) (1990) 2 AC 1, cited in Airedale National Health Service Trust v Bland (1993) AC 789 at 867.

(ข้อสังเกต เหตุจำเป็นมีความหมายที่กว้างกว่าเหตุฉุกเฉิน เพราะกรณีจำเป็นนั้นครอบคลุมการรักษาพยาบาลในกรณีการบาดเจ็บที่ยังไม่เป็นอันตรายต่อชีวิต แต่เหตุฉุกเฉินจำกัดเฉพาะเหตุที่ใกล้จะเกิดอันตรายต่อชีวิตผู้ป่วย)

(3) การรักษาตามกฎหมาย

เป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจแพทย์ในการตรวจรักษาผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอม เช่น กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจจิตกับจิตแพทย์ หากสงสัยว่าผู้ต้องหาป่วยเป็นโรคจิต หรือในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจระดับแอลกอฮอล์สำหรับผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุจากรถยนต์และได้เข้าพักรักษาตัวอยู่ในโรงพยาบาล หรือในกรณีบังคับให้ตรวจร่างกายเท่าที่จำเป็นในกรณีการรักษา และการป้องกันโรคติดต่อบางประเภท⁷⁴

(4) การรักษาเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

ประเทศอังกฤษได้นำหลักการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยมาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการรักษาด้วยความจำเป็น โดยถือว่าในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ หากแพทย์ได้รักษาผู้ป่วยโดยคำนึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และสอดคล้องกับความเห็นของแพทย์ผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางในการวินิจฉัยและการบำบัดรักษา การรักษาดังกล่าวสามารถกระทำได้แม้จะไม่ได้ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย⁷⁵

(5) การรักษากรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย

ตามหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิต (principle of dignity) ที่เคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ตามแนวคิดนี้การฆ่าตัวตายจึงเป็นการขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิตอย่างร้ายแรง เพราะเป็นการทำลายชีวิตที่ถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ควรเคารพ ด้วยเหตุนี้ ในบางประเทศจึงมีกฎหมายให้อำนาจแพทย์ไว้อย่างชัดเจนว่าสามารถใช้กำลังตามที่เห็นสมควร (use reasonable force) เพื่อที่จะป้องกันบุคคลไม่ให้ฆ่าตัวตาย⁷⁶ แต่ภายใต้ข้อจำกัดที่ว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์ต้องเพียงแค่ช่วยเหลือผู้ป่วย

⁷⁴ Sexually Transmitted Diseases Act 1956 (ACT)

⁷⁵ Goff R, 'A matter of life and death' (1995) 3 Med Law Rev 1, p.9.

⁷⁶ Crime Act 1985 Vic s 463B บัญญัติว่า "Every person is justified in using such force as many reasonably be necessary to prevent the commission of suicide or of any act which he believes on reasonable grounds would. If committed, amount suicide."

ให้พ้นจากภัยอันตรายในขั้นจะเกิดต่อชีวิตเท่านั้น แต่ถ้าเป็นการรักษาพยาบาลในอาการต่อๆ มา แพทย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยด้วย

4.2 ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยตามกฎหมายไทย

แต่เดิมก่อนที่จะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เรื่องความยินยอมของผู้ป่วยมิได้มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน มีเพียงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2550⁷⁷ และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522⁷⁸ ที่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในภาพรวมเท่านั้น แต่มิได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ และจากการที่ไม่มีการบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน ในการวินิจฉัยคดีต่างๆ ของศาลจึงได้มองข้ามหลักสำคัญนี้ไปอย่างน่าเสียดาย

ต่อมาเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2541 ได้มีการประกาศ "คำประกาศสิทธิผู้ป่วย"⁷⁹ โดยองค์กรทางด้านสาธารณสุข 5 องค์กร โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพกับผู้ป่วย ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความเข้าใจอันดี และเป็นที่ไว้วางใจซึ่งกันและกัน แพทยสภา สภาการพยาบาล สภาเภสัชกรรม ทันตแพทยสภา คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ จึงได้ร่วมกันออกประกาศรับรองสิทธิผู้ป่วย⁸⁰ และส่วนที่ได้มีการกล่าวถึงสิทธิในการให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษา คือคำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3

⁷⁷ มาตรา 32 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย”

⁷⁸ มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้ง คำพรรณนาคุณภาพ ที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ

(3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

(4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

⁷⁹ สามารถศึกษาคำประกาศสิทธิผู้ป่วยได้จากภาคผนวก ข

⁸⁰ คำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3 “ผู้ป่วยที่มาขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอ และเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น”

ที่กำหนดว่า “ผู้ป่วยที่มาขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอ และเข้าใจชัดเจนจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือชีวิตหรือจำเป็น” แต่ด้วยคำประกาศสิทธิดังกล่าวเป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานของผู้ประกอบวิชาชีพต้องดำเนินการเท่านั้น จึงไม่มีสภาพบังคับใช้ได้อย่างกฎหมาย

อนึ่ง แม้จะมีได้มีการกล่าวถึงเรื่องความยินยอมในการเข้ารับการรักษของผู้ป่วยเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือมิได้มีการบัญญัติกฎหมายเรื่องความยินยอมเข้ารับการรักษเป็นการเฉพาะ แต่หลังที่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 สิทธิในการให้ความยินยอมเข้ารับการรักษของผู้ป่วย ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 8⁸¹ ซึ่งได้มีการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยที่จะให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามข้อมูลที่ได้รับอย่างเพียงพอ

ดังนั้น หากได้พิจารณาคำประกาศสิทธิผู้ป่วยประกอบกับพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 จะพบว่ากฎหมายได้ยอมรับสิทธิในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิที่ได้รับการรักษาและสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา ว่าผู้ป่วยเป็นผู้มีสิทธิตัดสินใจหรือเป็นผู้เลือกว่าจะรักษาพยาบาลหรือไม่ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าผู้ป่วยต้องได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่ถูกต้อง ครบถ้วนและเพียงพอต่อการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล

(ข้อสังเกต หลักความยินยอมถือเป็นหลักยกเว้นความรับผิดทางละเมิดและความรับผิดทางอาญาซึ่งศาลได้เคยวางแนววินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 ว่า “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำนั้นเป็นความผิดขึ้นได้” จากแนวคำพิพากษาดังกล่าวจึงถือเป็นแนวปฏิบัติเกี่ยวกับความยินยอมของผู้เสียหายได้ว่า

(1) ความยินยอมนั้นต้องบริสุทธิ์ คือ ปราศจากการบังคับ ช่มชู้ หลอกลวง สำคัญผิดทั้งทางตรงและทางอ้อม

⁸¹ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมิได้...”

(2) ความยินยอมนั้นมีอยู่จนถึงขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด

(3) ความยินยอมต้องไม่ขัดต่อสำนักอันดีในศีลธรรม

ซึ่งตามคำวินิจฉัยศาลที่ได้วางแนวเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมไว้เป็นบรรทัดฐานนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า โดยหลักการเรื่องความยินยอมดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับกรณีความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้เช่นกัน)

4.2.1 สาระสำคัญของความยินยอมรักษาพยาบาล

ในทางการแพทย์ความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่แพทย์หรือบุคลากรทางการแพทย์ต้องให้ความสำคัญ และความยินยอมนั้นมีใช้เพียงเหตุการณ์ ณ จุดที่ผู้ป่วยได้ทำการตัดสินใจเท่านั้น แต่เป็นกระบวนการสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งเริ่มต้นเมื่อแพทย์ต้องการให้ผู้ป่วยตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล และสิ้นสุดเมื่อผู้ป่วยได้ตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งลงไป และเมื่อแพทย์ต้องการการตัดสินใจจากผู้ป่วย สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือผู้ป่วยมีความสามารถเพียงพอที่จะตัดสินใจหรือไม่ (capacity) หากมีแพทย์ก็ดำเนินการสื่อสารกับผู้ป่วยต่อไป แต่หากไม่มีหรือมีไม่เพียงพอ แพทย์ต้องพิจารณาว่าผู้ป่วยได้เคยวางแผนการรักษาในเรื่องดังกล่าวไว้ก่อนหรือไม่ (advance directive) ซึ่งหากผู้ป่วยเคยกำหนดให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดแล้ว แพทย์พึงปฏิบัติตามสิ่งที่ผู้ป่วยต้องการ ส่วนในกรณีที่ผู้ป่วยมิได้วางแผนอะไรไว้ แพทย์จะต้องมองหาผู้ที่สามารถทำการตัดสินใจแทนผู้ป่วย (substitute decision maker) ซึ่งหากมี แพทย์จะต้องสื่อสารกับผู้นั้นในลักษณะเดียวกับที่ได้สื่อสารกับผู้ป่วยต่อไป แต่หากไม่มีบุคคลดังกล่าว แพทย์ย่อมปฏิบัติตามการตัดสินใจของตนเอง โดยมุ่งที่ผลประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นหลัก (the best interest of the patient) และเมื่อได้ผู้ที่เหมาะสมสำหรับการตัดสินใจแล้ว ไม่ว่าจะเป็นตัวผู้ป่วยเองหรือผู้ทำหน้าที่แทนก็ตาม แพทย์อาจต้องถามบุคคลดังกล่าวว่าต้องการให้แพทย์งดเว้นการแจ้งเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะหรือไม่ (waiver) อีกทั้งอาจพิจารณาว่ามีประเด็นใดหรือไม่ที่แพทย์ต้องการจะไม่แจ้งเนื่องจากเห็นว่าจะเกิดผลเสียหายนต่ตัวผู้ป่วยมากกว่าผลดี (therapeutic privilege)

เมื่อประมวลปัจจัยข้างต้นเข้าด้วยกัน แพทย์จึงดำเนินการแจ้งข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจแก่ผู้ป่วยหรือตัวแทน (disclosure) เมื่อได้ทราบข้อมูลดังกล่าวแล้ว ผู้ป่วยหรือผู้ที่ทำหน้าที่แทนจึงทำการตัดสินใจต่อไป ซึ่งหากผู้ป่วยตัดสินใจยินยอมให้แพทย์รักษา แพทย์จึงจะรักษาได้ แต่หากผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาพยาบาลดังกล่าว (refusal of treatment) แพทย์ยังคงมีหน้าที่แนะนำทางเลือกที่ดีที่สุด ซึ่งในช่วงเวลาของการให้ข้อมูลเพื่อประกอบการตัดสินใจนั้น แพทย์จะต้องเอื้อให้เกิดการตัดสินใจโดยอิสระบนพื้นฐานของความสมัครใจ (voluntariness) ปราศจาก

การข่มขู่ บังคับ หรือหลอกลวงใดๆ⁸² ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเรื่องของกระบวนการทั้งกระบวนการและเป็นเงื่อนไขสำคัญในทางการแพทย์ ส่วนการตัดสินใจถือเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการนี้เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลในเรื่องของความยินยอมก็เพื่อให้ผู้ป่วยได้รับรู้เกี่ยวกับรายละเอียดของการรักษาพยาบาลและนำมาสู่การตัดสินใจของผู้ป่วย ส่วนจะบอกกล่าวอย่างไรและมีขอบเขตของการบอกกล่าวแค่ไหนเพียงใดนั้น หากพิจารณาจากข้อความที่บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิผู้ป่วย⁸³ สิ่งที่บอกกล่าว คือ “ข้อมูลอย่างเพียงพอและชัดเจน...เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อตน” ดังนั้น ข้อความที่แสดงให้เห็นว่าผู้ป่วยได้รับทราบรายละเอียดเกี่ยวกับการรักษาจากแพทย์ผู้ใดแล้ว และได้ตัดสินใจหรือยินยอมที่จะรับรักษานั้น พร้อมกับลงนามไว้เท่านั้นก็น่าจะเพียงพอแล้ว การที่สถานพยาบาลบางแห่งมีข้อความเพิ่มเติมว่าหากเกิดความเสียหายใดๆ ขึ้น ผู้ป่วยจะไม่ทำการฟ้องร้องหรือเรียกร้องสิ่งอื่นใดก็ตาม ข้อความที่เพิ่มดังกล่าวย่อมไม่มีผลผูกพันทางด้านกฎหมาย คือถึงแม้ว่ามีข้อความดังกล่าวอยู่แพทย์หรือสถานพยาบาลนั้นก็ไมอาจปฏิเสธความรับผิดชอบได้ การที่ผู้ป่วยลงลายมือชื่อในหนังสือให้ความยินยอมแม้ผู้ป่วยเองก็ได้รับทราบความเสี่ยงภัยอย่างละเอียดแล้วก็ตาม แต่หากพิสูจน์ได้ว่าแพทย์ได้ให้การรักษาที่ไม่ได้มาตรฐาน แพทย์ก็ยังคงมีความผิดอยู่เช่นกัน ดังนั้น ทุกครั้งที่ให้การรักษาแพทย์พึงจะต้องตระหนักอยู่เสมอว่าถึงแม้ผู้ป่วยจะลงลายมือชื่อใน Informed consent แล้วก็ตาม การลงลายมือชื่อดังกล่าวนั้นครอบคลุมถึงความเสี่ยงและผลแทรกซ้อนจากการรักษาตามปกติที่อาจเกิดได้แต่ไม่ได้ครอบคลุมไปถึงความผิดพลาดจากการรักษาอันเนื่องมาจากความประมาทของแพทย์

⁸² ข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ หมวด 3

ข้อ 4 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องปฏิบัติต่อผู้ป่วยโดยสุภาพและปราศจากการบังคับขู่เข็ญ

ข้อ 5 ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่หลอกลวงผู้ป่วยเพื่อประโยชน์ของตนเอง

⁸³ คำประกาศสิทธิผู้ป่วย ข้อ 3 ผู้ป่วยที่ขอรับบริการด้านสุขภาพมีสิทธิที่จะรับทราบข้อมูลอย่างเพียงพอและชัดเจน จากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอม หรือไม่ยินยอมให้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพปฏิบัติต่อกัน เว้นแต่เป็นการช่วยเหลือรีบด่วนหรือจำเป็น

4.2.2 หลักเกณฑ์การให้ความยินยอมรักษาพยาบาล

ผู้เขียนได้เคยนำเสนอเกี่ยวกับหลักสากลของความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมายว่า จะต้องมີลักษณะเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมได้ตามกฎหมาย ต้องเป็นความยินยอมที่บริสุทธิ์ (เกิดจากความสมัครใจ ไม่ถูกบังคับหรือหลอกลวง) และความยินยอมต้องครอบคลุมตลอดระยะเวลาที่ทำการรักษา อีกทั้งต้องอยู่ในกรอบแห่งความยินยอมด้วย

สำหรับกฎหมายไทย เรื่องความยินยอมมิได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรชัดเจน เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศต่างๆ ที่เป็น Common Law และ Civil Law เหตุผลเป็นเพราะหลักความยินยอมเป็นหลักยกเว้นความรับผิดและถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในเรื่องการรักษาพยาบาลความยินยอมเช่นใดของผู้ป่วยถือเป็นความยินยอมที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ปัจจัยที่นำมาพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวมีด้วยกันหลายประการ ดังนี้

(1) บุคคลผู้ให้ความยินยอม

(1.1) ผู้ป่วย

โดยหลักทั่วไปแล้วผู้ให้ความยินยอมก็คือผู้ป่วย แต่ในบางครั้งผู้ให้ความยินยอมอยู่ในสภาพที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยที่ประสพอุบัติเหตุทางรถยนต์และได้หมดสติไม่รู้สีกตัว หรือผู้ป่วยที่อยู่ในอาการโคม่า ซึ่งผู้ป่วยประเภทนี้จะต้องได้รับการรักษาเป็นการเร่งด่วนเพื่อช่วยเหลือชีวิต ในกรณีเช่นนี้หากแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้และก็ไม่สามารถติดต่อเพื่อขอความยินยอมได้ เช่นกันด้วยจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ แพทย์สามารถให้การรักษาได้โดยปราศจากความยินยอมและไม่ถือเป็นความผิด

แต่ในบางกรณีอาจเกิดปัญหาว่า แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ จึงต้องขอความยินยอมกับญาติของผู้ป่วยแทน ปัญหาในทางปฏิบัติ คือหากญาติผู้ป่วยได้ให้ความเห็นที่ขัดแย้งกัน ในกรณีเช่นแพทย์ควรจะต้องปฏิบัติอย่างไร ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยอาการหนักและใกล้เสียชีวิต ญาติที่เป็นคู่สมรสประสงค์จะขอให้แพทย์ยุติการรักษา แต่ญาติที่เป็นฝ่ายบิดามารดาประสงค์จะขอให้แพทย์ทำการรักษาต่อไปให้ดีที่สุด หรือผู้ป่วยต้องได้รับการผ่าตัด แต่ภริยาของผู้ป่วยไม่ยินยอมให้ผ่าตัด แต่บิดามารดาได้ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด ซึ่งในเรื่องผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ตามกฎหมายไทยมิได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมรักษาพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งต่างกับกฎหมายของต่างประเทศในบางประเทศที่ได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะเพื่อ

กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับผู้มีอำนาจให้ความยินยอมในกรณีที่เกิดการเจ็บป่วยขึ้นแก่ผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถ เช่น กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ใครบ้างเป็นผู้มีสิทธิให้ความยินยอมแทน และขอบเขตของการให้ความยินยอมได้มีมากน้อยเพียงใด รวมถึงวิธีการในการให้ความยินยอมจะต้องปฏิบัติเช่นใด เป็นต้น นอกจากนี้ในบางประเทศยังกำหนดให้บุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมายสามารถทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพที่ไม่รู้สึกตัวโดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้นเป็นความยินยอมของผู้ป่วย ในเรื่องดังกล่าวเมื่อกฎหมายไทยมิได้มีการกล่าวถึงความยินยอมรักษาพยาบาลไว้อย่างชัดเจนเหมือนกับกฎหมายของต่างประเทศ ในทางปฏิบัติหรือในทางข้อเท็จจริงมักเกิดปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับความยินยอมกรณีที่ผู้ป่วยมิสามารถให้ความยินยอมได้และใครเป็นผู้มีอำนาจที่แท้จริงในการให้ความยินยอมแทน

นอกจากนี้ในประเทศที่มีระบบกฎหมายการแพทย์และการสาธารณสุขที่มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง การให้การรักษายาบาลนั้นจะยึดหลักผู้ป่วยเท่านั้นที่จะเป็นผู้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล และถ้าผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แพทย์จะไม่ขอความยินยอมจากญาติ แต่จะพิจารณาเพียงว่าเป็นกรณีที่สามารถให้การรักษายาบาลโดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมได้หรือไม่ ในขณะที่การแสดงความยินยอมของญาติเป็นเพียงข้อพิจารณาประกอบความเห็นของแพทย์เท่านั้น อย่างไรก็ตามในหลายประเทศก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ โดยยอมให้ญาติบางคนสามารถให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ แต่เป็นการบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้ในกฎหมายที่ชัดเจน

ส่วนผู้เขียนมีความเห็นว่า ในกรณีที่แพทย์ไม่สามารถของความยินยอมจากผู้ป่วยได้ และญาติของผู้ป่วยได้มีความคิดเห็นที่แตกต่างหรือขัดแย้งกัน แพทย์ต้องคำนึงถึงหลักการทางวิชาชีพและยึดหลักประโยชน์สูงสุด (best interest) ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ แต่ทั้งนี้เห็นว่าแพทย์ไม่มีหน้าที่ฝืนกฎแห่งธรรมชาติ ส่วนการจะนำกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่มาปรับใช้หรือเทียบเคียงกับกรณีปัญหาดังกล่าวนั้นได้หรือไม่ และถ้าสามารถกระทำได้จะก่อให้เกิดประโยชน์อย่างไร นอกจากนี้จะมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ด้วยวิธีใดนั้น ผู้เขียนจะขอเสนอต่อไปในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์

(1.2) ผู้แทนโดยชอบธรรม

ผู้ป่วยที่เป็นบุคคลผู้หย่อนความสามารถโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้เยาว์ กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุของผู้ให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษาพยาบาลไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ผู้เยาว์ที่มีความสามารถในการรับรู้เกี่ยวกับเรื่องการรักษายาบาลได้เป็นอย่างดี

และมีได้มีความบกพร่องทางด้านสติปัญญา ย่อมสามารถที่จะให้ความยินยอมได้ได้ด้วยตนเอง แต่ในบางครั้งผู้เยาว์ที่เป็นเด็กเล็กไร้เดียงสา ที่ไม่สามารถรับรู้เรื่องเกี่ยวกับการรักษาได้ แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้อำนาจแก่บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมในการให้ความยินยอมแทนผู้เยาว์ที่เป็นเด็กไว้ก็ตาม แต่ด้วยเหตุที่บิดามารดามีหน้าที่ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ ดังนั้น บิดามารดาซึ่งถือว่าเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์ที่เป็นเด็กย่อมมีสิทธิที่จะให้ความยินยอมได้

(2) อายุของผู้ให้ความยินยอม

ลักษณะที่สำคัญประการหนึ่งของหลักสากลเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมที่ถูกต้องตามกฎหมาย คือ จะต้องเป็นความยินยอมที่เกิดขึ้นโดยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมได้ตามกฎหมาย ประเด็นที่น่าพิจารณาก็คือว่าความยินยอมจะต้องเกิดจากผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมายนั้น ตามกฎหมายไทยได้ยึดหลักดังกล่าวนี้ด้วยหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าความยินยอมของผู้ป่วยเพื่อเข้ารับการรักษาไม่ใช่เป็นการทำนิติกรรมตามกฎหมายแพ่ง (ผู้เขียนจะทำการศึกษาให้เห็นถึงความชัดเจนต่อไปในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์) เพราะมิได้มุ่งผูกนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย และเมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรมทางแพ่ง บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ทั่วไป จึงไม่นำมาปรับใช้กับเรื่องดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคล และจากการศึกษาค้นคว้าไม่พบว่ามีกฎหมายใดที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคลในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลไว้แต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ผู้ให้ความยินยอมที่เป็นผู้เยาว์หรือบุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะหากสามารถรับรู้และเข้าใจเกี่ยวกับขั้นตอนการรักษานั้นได้เป็นอย่างดีแล้วย่อมสามารถที่จะให้ความยินยอมรับการรักษาได้ อย่างไรก็ตามเชื่อว่าผู้เยาว์จะสามารถให้ความยินยอมเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลได้ทุกกรณีเสมอไป เนื่องจากความเป็นผู้เยาว์นั้นสามารถจำแนกได้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ ผู้เยาว์ที่อยู่ในภาวะเดียวกับผู้เยาว์ที่มีภาวะของความเป็นผู้ใหญ่ ซึ่งการแบ่งแยกผู้เยาว์ออกเป็น 2 ลักษณะดังกล่าว ย่อมส่งผลแตกต่างในเรื่องของผู้ให้ความยินยอม ดังนี้

(2.1) ความยินยอมของผู้เยาว์ที่เป็นเด็ก

ผู้เยาว์ที่เป็นเด็ก หมายถึง เด็กที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลได้ ในกรณีเช่นนี้ อำนาจในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลย่อมเป็นของบิดา

มารดาด้วยเหตุที่บิดามารดาอย่ามมีอำนาจและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ยังไม่สามารถพึ่งตนเองได้ (มาตรา 1564⁸⁴)

แต่ในบางกรณีเด็กอยู่กับครูอาจารย์หรือพี่เลี้ยงหรือบุคคลอื่นเพียงชั่วคราว บุคคลผู้ดูแลเป็นชั่วคราวสามารถที่ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาในแง่ของกฎหมายแล้วจะพบว่ากฎหมายได้กำหนดไว้เฉพาะกรณีผู้รับดูแลบุคคลซึ่งเป็นผู้ไร้ความสามารถจะต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน⁸⁵ เท่านั้น ดังนั้น บุคคลผู้รับดูแลผู้เยาว์เป็นชั่วคราวจึงไม่มีอำนาจในการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลได้ หากได้ให้ความยินยอมไป ถือว่าความยินยอมนั้นไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่หากพิจารณาในแง่ประโยชน์ของผู้เยาว์แล้ว และตามสามัญสำนึกของบุคคลธรรมดาทั่วไปหรือวิญญาณ การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเท่าที่จำเป็นและเป็นเรื่องเล็กน้อยเท่านั้น บุคคลผู้รับดูแลเป็นชั่วคราวย่อมสามารถที่กระทำได้

แต่อย่างไรก็ดีหากมิใช้การรักษาพยาบาลในเรื่องเล็กน้อยหรือเป็นการรักษาที่มีความเสี่ยงในการรักษาอย่างเช่นการผ่าตัด ในกรณีเช่นนี้แพทย์ผู้รักษาควรต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้มีอำนาจปกครองของเด็กเสียก่อน เว้นแต่เป็นกรณีที่ไม่อาจขอความยินยอมได้และเพื่อเป็นการรักษาหรือช่วยชีวิตเด็กไว้ แพทย์สามารถให้การรักษาโดยปราศจากความยินยอมได้

(2.2) ความยินยอมของผู้เยาว์ที่เป็นผู้ใหญ่

ผู้เยาว์ที่เป็นผู้ใหญ่หากมีความสามารถหรือมีวุฒิภาวะในการสื่อสารทำความเข้าใจในเรื่องเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลได้เป็นอย่างดีแล้วก็ย่อมมีสิทธิให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ในการพิจารณาว่าผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองหรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาจากอายุและวุฒิภาวะของผู้เยาว์แล้ว ยังต้องพิจารณาเกี่ยวกับขั้นตอนหรือวิธีการรักษา

⁸⁴ มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

⁸⁵ มาตรา 430 ครูบาอาจารย์ นายจ้าง หรือบุคคลอื่นซึ่งรับดูแลบุคคลผู้ไร้ความสามารถอยู่เป็นนิตย์ก็ดี ชั่วครั้งคราวก็ดี จำต้องรับผิดชอบร่วมกับผู้ไร้ความสามารถในการละเมิดซึ่งเขาได้กระทำลงในระหว่างที่อยู่ในความดูแลของตน ถ้าหากพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นๆ มิได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

ด้วยว่าจะต้องไม่เป็นการรักษาที่มีขั้นตอนหรือวิธีการที่ยุ่งยากซับซ้อน เพราะแม้ผู้เยาว์จะสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองก็ตาม แต่ด้วยความที่ยังเป็นผู้เยาว์อาจจะมีได้มีความรอบคอบระมัดระวังเท่าที่ควรในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษา และในบางครั้งอาจตัดสินใจผิดพลาดจนก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าผลดีได้

ในบางกรณีหรือข้อเท็จจริงที่เกิดในทางปฏิบัติอาจเกิดปัญหาว่าหากความยินยอมของผู้เยาว์กับผู้ปกครองมีความเห็นที่แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น กรณีผู้เยาว์มีความประสงค์ที่จะทำศัลยกรรมผ่าตัดทรวงอก แต่บิดามารดาไม่เห็นด้วยเนื่องจากเกรงว่าจะทำให้เกิดอันตรายได้ จึงไม่ให้ความยินยอมในกรณีเช่นนี้แพทย์ควรต้องปฏิบัติอย่างไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ สิทธิในการตัดสินใจเข้ารับการรักษาหรือไม่นั้นเป็นสิทธิส่วนตัวโดยแท้ และแพทย์ต้องเคารพอำนาจการตัดสินใจของผู้ป่วยที่จะกำหนดชีวิตของตนเอง แต่ทั้งนี้แพทย์จะต้องคำนึงถึงหลักการทางวิชาชีพและประโยชน์สูงสุด (best interest) ของผู้ป่วยด้วย อย่างเช่น สุขภาพทางด้านร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย สถานะทางสังคม และเศรษฐกิจ เป็นต้น

เรื่องความยินยอมในการรักษาพยาบาลตามที่กล่าวมานั้น ถือได้ว่าเป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในทางการแพทย์ แต่กฎหมายไทยมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความยินยอมในทางการแพทย์เป็นการเฉพาะ ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้หลักความยินยอมที่ถือว่าเป็นกฎหมายทั่วไปและมักนำไปปรับใช้ เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดในทางกฎหมายจะสามารถนำมาปรับใช้ในเรื่องความยินยอมในทางการแพทย์ได้ก็ตาม แต่เนื่องจากลักษณะของความยินยอมรักษาพยาบาลในทางการแพทย์มีความแตกต่างกับความยินยอมโดยทั่วไป เนื่องจากเป็นความยินยอมที่มีได้เกิดจากการที่ผู้ให้ความยินยอมต้องให้ความยินยอมเพราะอยู่ในสถานะที่ต้องจำยอม กล่าวคือผู้ให้ความยินยอมจะยกเลิกหรือถอนความยินยอมเมื่อใดก็ได้ ที่สำคัญหลักการพื้นฐานของความยินยอมรักษาพยาบาลมาจากหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ประกอบกับตามหลักทฤษฎีการให้ความยินยอมรักษาพยาบาลถือเป็นเรื่องของสารสื่อสารระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย เป็นการกำหนดหน้าที่แพทย์ในการให้ข้อมูลที่จำเป็นและเพียงพอแก่ผู้ป่วย เพื่อใช้เป็นข้อมูลประกอบการตัดสินใจในการรักษาพยาบาล แต่มิได้มีจุดมุ่งหมายของการนำมาใช้ในเชิงกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพแต่อย่างใด เพราะหากพิสูจน์ได้ว่าผู้ประกอบวิชาชีพได้ให้การรักษาที่ไม่ได้มาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ แพทย์ก็ยังคงมีความผิดอยู่

4.3 ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) ในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law

4.3.1 ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) ในระบบกฎหมาย Common Law

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law คำพิพากษาของศาลถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ส่วนบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น พระราชบัญญัติต่างๆ ซึ่งตราโดยรัฐสภาถือเป็นกฎหมายพิเศษหรือเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องและมีลักษณะเป็นข้อยกเว้น การใช้บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงไม่นำมาใช้ในลักษณะเทียบเคียง (Analogy) เมื่อใดก็ตามที่ไม่สามารถนำบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรไปปรับใช้กับคดีก็จะนำเอาหลักกฎหมาย Common Law ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เนื่องจากมีความยืดหยุ่น สามารถนำมาใช้ได้ทั้งโดยตรงและโดยการเทียบเคียง (Analogy) นอกจากนี้ยังเป็นหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาสามารถใช้เหตุผลแยกแยะให้เห็นความแตกต่าง หรือเทียบเคียงให้เห็นความคล้ายคลึงกันระหว่างคดีบรรทัดฐานกับคดีที่กำลังพิพาทกันอยู่ ทำให้สามารถเลือกให้หลักกฎหมายให้ถูกต้องเหมาะสมกับคดีที่เกิดขึ้นได้เสมอ ปัญหาในกรณีที่ไม่มีกฎหมายมาปรับใช้กับคดีจึงไม่มี⁸⁶

ในระบบกฎหมาย Common Law ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วย (Informed consent) มีที่มาจากหลักกฎหมายสำคัญ 2 ประการ คือ⁸⁷

(1) การเคารพสิทธิส่วนบุคคล โดยถือว่าบุคคลทุกคนที่มีความสามารถตามกฎหมาย มีสิทธิอย่างสมบูรณ์ต่อร่างกายของตนในการที่จะตัดสินใจว่าจะยอมให้ใครทำอะไรกับร่างกายของตนเองได้ รัฐหรือบุคคลอื่นไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้บุคคลต้องยอมรับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนความต้องการของตนเอง

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตั้งอยู่บนพื้นฐานของการที่ผู้ป่วยได้มอบความไว้วางใจแก่แพทย์ (Fiduciary relationship) การกระทำของแพทย์ต้องเป็นไปด้วยความบริสุทธิ์ใจเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ และเนื่องจากผู้ป่วยเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีความรู้

⁸⁶ สมยศ เชื้อไทย, ความรู้หลักกฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), น. 170.

⁸⁷ Holder A.R, Medical Malpractice Law, 2nd Ed., New York C.V. Mosby 1978, pp. 225-238.

ในทางการแพทย์จึงเป็นหน้าที่ของแพทย์ที่จะให้ความกระจ่างต่อผู้ป่วยในเรื่องที่เกี่ยวกับการกระทำของตนต่อผู้ป่วยนั้น

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law อย่างเช่น ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวถือเป็นหน้าที่ทางจริยธรรมเกี่ยวกับการยอมรับนับถือต่อตัวบุคคลและอำนาจของบุคคล อย่างไรก็ตามต่อมาหลักทางจริยธรรม ดังกล่าวในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กลายมาเป็นกฎหมายซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law อย่างเช่น ประเทศเยอรมันและฝรั่งเศส แม้ประเทศอังกฤษจะไม่มีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิต่างๆ ไว้ก็ตาม แต่จิตใจที่รักเสรีภาพส่วนบุคคลในประเทศอังกฤษก็มีอยู่อย่างแรงกล้าเท่าเทียมกับสังคมประชาธิปไตยอื่นๆ ดังนั้น หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว จึงเป็นที่ยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเกิดจากคำตัดสินหรือการกำหนดของศาลเป็นบรรทัดฐาน และวิธีที่จะยอมรับก็คือการนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในคดีละเมิดของแพทย์ โดยถือว่าแพทย์มีหน้าที่ต้องให้การรักษา (duty to provide care) และได้รับความไว้วางใจจากผู้ป่วยให้ต้องเปิดเผยความจริงให้ผู้ป่วยทราบ เช่น ศาลของประเทศอังกฤษได้ตัดสินไว้ในคดี *Chalerton v. Gerson* ที่ทำให้เกิดหลักกฎหมายขึ้นมาว่า “...การบกพร่องอย่างมากในการสื่อความหมาย (a greater failure of communication) ...ทำให้ความยินยอมที่แท้จริงต้องเสียไป”⁸⁸

ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วยจะมีผลสมบูรณ์ได้ต้องประกอบด้วย⁸⁹

(1) ข้อมูลทางการแพทย์ คือข้อมูลที่แพทย์จะต้องอธิบายหรือบอกกล่าวแก่ผู้ป่วยได้แก่

(1.1) การวินิจฉัยโรค คือ ป่วยเป็นโรคอะไร โรคนี้ทำให้เกิดอาการอย่างไร และรุนแรงเพียงใด

⁸⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “เปรียบเทียบความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายเยอรมัน”, *บทบัญญัติ*, เล่ม 43 ,2530 : 4, น. 43-44.

⁸⁹ Schwartz HI, Roth LH. Informed consent and competency in psychiatric practice. In : Tasman A, Hales RE, Frances AJ, eds. Review of psychiatry. Vol. 8, Washington DC : American Psychiatric Press, 1989 : 409-431.

(1.2) วิธีการที่แพทย์ตรวจรักษา รวมทั้งอธิบายรายละเอียดของวิธีการ
เหล่านั้น

(1.3) อัตราเสี่ยงหรืออันตรายหรือผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากการตรวจรักษา โดย
อย่างน้อยต้องอธิบายหรือบอกกล่าวถึงอันตรายที่มีความรุนแรงถึงขั้นบาดเจ็บสาหัส พิการ หรือ
ตายหรือที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้บ่อยครั้ง

(1.4) ความคาดหวังในความสำเร็จในการตรวจรักษานั้นมีโอกาสมากน้อย
เพียงใด

(1.5) การวินิจฉัยโรค คือ ถ้าผู้ป่วยไม่ได้รับการตรวจรักษาตามวิธีการของ
แพทย์ที่บอกกล่าวไว้ ต่อไปภาวะของผู้ป่วยจะเป็นอย่างไร

(1.6) ถ้าไม่ตรวจรักษาโดยวิธีของแพทย์ที่บอกกล่าวไว้นั้น จะมีวิธีอื่นที่เป็น
ทางเลือกสำหรับผู้ป่วยอีกหรือไม่ และมีอัตราเสี่ยงหรือผลสำเร็จมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ตาม
อาจมีบางกรณีที่แพทย์สามารถทำการตรวจรักษาได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

(2) ผู้ป่วยยินยอมอย่างสมัครใจ โดยมีลักษณะ ดังนี้

(2.1) มีการแสดงออกซึ่งความยินยอมโดยเปิดเผยหรือโดยปริยาย

(2.2) ความยินยอมนั้นต้องปราศจากการข่มขู่ บังคับ หลอกลวงหรือสำคัญผิด

(2.3) ผู้ยินยอมสามารถรับผิดชอบตนเองได้

(2.4) ความยินยอมต่อสิ่งหนึ่งไม่รวมถึงสิ่งอื่นที่เพิ่มเติมหรือแตกต่างออกไป

(2.5) ความยินยอมต้องมีการแสดงออกก่อน และคงมีอยู่ตลอดเวลาที่มีการ

กระทำ

(2.6) ความยินยอมนั้น ต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

ของประชาชน

(3) ผู้ป่วยมีความสามารถให้ความยินยอมได้ โดยปกติผู้ที่ให้ความยินยอมเพื่อ
รับการรักษาก็คือผู้ป่วยนั่นเอง ซึ่งผู้ให้ความยินยอมต้องมีความสามารถที่จะรับรู้ข้อมูล เข้าใจใน
เหตุและผลเลือกและตัดสินใจอย่างเหมาะสม

เมื่อแพทย์มีหน้าต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาให้ผู้ป่วยทราบ การที่แพทย์
ละเลยต่อหน้าที่ที่ต้องเปิดความจริง มีผลทำให้ความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ไม่มีผลทาง
กฎหมาย ความรับผิดชอบของแพทย์ในระบบกฎหมาย Common Law ส่วนใหญ่จะเป็นความรับผิด
ที่มาจากการกระทำละเมิด และแพทย์จะมีความรับผิดชอบละเมิดเมื่อปรากฏว่าเข้าหลักเกณฑ์
4 ประการ ดังนี้

- (1) แพทย์มีหน้าที่ต้องอธิบายหรือบอกกล่าว
- (2) การไม่บอกกล่าวถือว่าเป็นการละเลยการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์
- (3) เกิดอันตรายหรือความเสียหายแก่ผู้ป่วยจากการกระทำของแพทย์
- (4) อันตรายหรือความเสียหายนั้นเป็นผลโดยตรงจากการไม่อธิบายบอกกล่าวของแพทย์ กล่าวคือหากแพทย์ได้บอกถึงอัตราเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้น ผู้ป่วยคงจะปฏิเสธการตรวจรักษา นั้นตั้งแต่ต้น

4.3.2 ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) ในระบบ

กฎหมาย Civil Law

ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมายถือเป็นกฎหมายทั่วไป เมื่อเป็นเช่นนี้การใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรโดยเฉพาะอย่างยิ่งประมวลกฎหมาย ต้องพยายามใช้อย่างกว้างขวางให้ครอบคลุมทุกกรณี⁹⁰

ในระบบกฎหมาย Civil Law ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วย (Informed consent) มีที่มาจากหลักที่สำคัญ 2 ประการ กล่าวคือ “สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง” (the right to self determination) โดยถือว่าตามหลักทั่วไปแล้ว การรักษาของแพทย์ทุกกรณีจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และหลักของ “ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์” (human dignity) ซึ่งในประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสได้มีการนำหลักดังกล่าวมาบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

เมื่อปี ค.ศ. 1979 ศาลรัฐธรรมนูญ (Bundesverfassungsgericht) ของประเทศเยอรมัน ได้วินิจฉัยว่า การพิจารณาคดีเกี่ยวกับ “ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว” ศาลต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 823⁹¹ มาใช้เพื่อคุ้มครอง “สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง” นอกจากนี้ศาลเยอรมัน⁹² ยังได้ตีความว่า การรักษาของแพทย์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย มีผลเท่ากับเป็นการทำร้ายร่างกายและแพทย์จะทำร้ายต่อเอกภาพของร่างกายผู้ป่วย (infringement of the body's

⁹⁰ สมยศ เชื้อไทย, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 86, น. 170.

⁹¹ มาตรา 823 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เยอรมัน บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำร้ายผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย โดยกระทำต่อร่างกาย สุขภาพอนามัย เสรีภาพทรัพย์สิน หรือสิทธิอื่นใดของเขา ต้องรับผิดชอบค่าเสียหาย”

⁹² วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 88, น. 40-41.

integrity) ได้โดยไม่ผิดกฎหมายก็ต้องได้รับความยินยอมที่สมบูรณ์จากผู้ป่วยก่อนที่จะทำการรักษา ดังนั้น แพทย์จึงมีหน้าที่ต้องพิสูจน์ว่า ความยินยอมของผู้ป่วยสมบูรณ์และโดยวิธีปฏิบัติทั่วไปของโรงพยาบาลก็คือขอให้ผู้ป่วยลงลายมือชื่อในหนังสือให้ความยินยอมตามแบบที่เป็นลักษณะของ informed consent form

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า หลักความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law ในทัศนะของศาลส่วนใหญ่เห็นว่า การเปิดเผยความจริงเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับแพทย์ แม้ว่าแพทย์จะเห็นว่าการเปิดเผยนั้นไม่มีส่วนทำให้ผู้ป่วยปฏิเสธการรักษาหรือเลือกการรักษาโดยวิธีอื่นก็ตาม เพราะมีหลักอยู่ว่า “ผู้ป่วยที่เป็นวิญญูชน” ไม่จำเป็นต้องยอมรับการรักษาตามที่แพทย์เห็นว่าเหมาะสม⁹³ การรักษาของแพทย์โดยปราศจากความยินยอมของผู้ป่วย หรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่สมบูรณ์ตามกฎหมายมีผลเท่ากับเป็นการทำร้ายร่างกายของผู้ป่วย (หรือเป็นการทำร้ายต่อเอกภาพของผู้ป่วย) และถือว่าเป็นการกระทำละเมิดโดยจงใจต่อผู้ป่วย

4.4 เปรียบเทียบความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed consent) ในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law

จากการที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วย (Informed consent) ทั้งในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law สามารถเปรียบเทียบลักษณะของความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวของผู้ป่วย (Informed consent) ได้ดังนี้

ประเด็น	Common Law	Civil Law
1. ที่มา	1. การเคารพสิทธิส่วนบุคคล 2. การที่ผู้ป่วยได้มอบความไว้วางใจแก่แพทย์	1. สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง 2. ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์
2. การบัญญัติรับรอง	1. อังกฤษ ไม่ได้มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากศาลเป็นผู้กำหนด 2. สหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ	1. เยอรมัน/ฝรั่งเศส ได้มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ 2. ไทย มิได้มีการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างชัดแจ้ง แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32 ได้มีการรับรองไว้

⁹³ เฟิงอ๋าง, น. 43.

ประเด็น	Common Law	Civil Law
3. หลักปฏิบัติทั่วไป	ทั้งในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law การบอกกล่าวหรือการเปิดเผยข้อมูลถือเป็นหน้าที่ของแพทย์ และการรักษาของแพทย์ทุกกรณีจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอ	
4. ผลจากการรักษาโดยปราศจากความยินยอม หรือความยินยอมไม่สมบูรณ์	1. ตามระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law 1.1 ผิดฐานทำร้ายร่างกาย 1.2 ผิดฐานละเมิด 2. ตามกฎหมายไทย 2.1 กรณีฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วนเพื่อช่วยชีวิตผู้ป่วยและไม่มีผู้ให้ความยินยอมได้ แพทย์มีหน้าที่โดยจริยธรรมที่จะต้องให้ความช่วยเหลือหรือช่วยชีวิตผู้ป่วย ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย 2.2 กรณีที่ไม่ฉุกเฉินหรือจำเป็นเร่งด่วน ถือเป็นการทำร้ายร่างกายและเป็นการกระทำละเมิด หากเกิดความเสียหายแพทย์ต้องรับผิดชอบ	

จากที่ได้ทำการศึกษาในบทนี้ทำให้ได้บทสรุปว่า การที่ผู้ป่วยเข้ารับการรักษายาบาลกับแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ในทางสัญญาระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์และโรงพยาบาล และสัญญาต่างดบอย่างหนึ่งที่ไม่มีชื่อ ซึ่งตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนได้เรียกสัญญาที่เกิดขึ้นว่าเป็นสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ หรือสัญญารักษาพยาบาล โดยจุดเริ่มต้นของความสัมพันธ์ทางสัญญาเกิดขึ้นมาจากความยินยอมของผู้ป่วยที่เกิดขึ้นจากการที่แพทย์มีหน้าที่ในการให้ข้อมูลที่จำเป็นและสำคัญต่อการตัดสินใจเข้ารับการรักษายาบาลนั้น ความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในทางการแพทย์และเป็นหลักสากลที่มีการปฏิบัติสืบทอดติดต่อกันมาในวงวิชาชีพที่ว่าในการรักษายาบาลแพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อนเสมอทุกครั้ง การรักษาโดยปราศจากความยินยอมของผู้ป่วย หากเกิดความเสียหายขึ้นต่อผู้ป่วยแพทย์ต้องรับผิดชอบใช้ให้ (ทางแพ่งและทางอาญา)

อย่างไรก็ดี แม้ความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในทางการแพทย์ แต่ความยินยอมเพื่อเข้ารับรักษายาบาลนั้นจะถือเป็นนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งที่ก่อให้เกิดสัญญาหรือไม่ และมีส่วนสัมพันธ์กับความรับผิดชอบในทางสัญญาของแพทย์อย่างไรนั้น ผู้เขียนจะขอเสนอให้เห็นถึงความชัดเจนในบทที่ 4 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ต่อไป