

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางสัญญาให้บริการด้านการแพทย์

ความเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ เป็นปัญหาที่ยังไม่ได้รับการแก้ไขอย่างจริงจังทั้งจากภาครัฐและเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาด้านการเยียวยาแก้ไข ในผลของความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย และที่ผ่านมาการให้ความช่วยเหลือ หรือ การชดเชย ในความเสียหายนั้น ผู้เสียหายมักจะยังไม่ได้รับการชดเชยที่เหมาะสมและเป็นธรรมเท่าที่ควร ดังนั้น ในบทนี้จะวิเคราะห์เกี่ยวกับปัญหาความรับผิดชอบในทางการแพทย์ เพื่อให้เห็นถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างชัดเจน อีกทั้งเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรมต่อไป

1. วิเคราะห์ปัญหาเรื่องความยินยอมรักษายาบาลในทางการแพทย์

1.1 ลักษณะทางกฎหมายของความยินยอม

ด้วยความผูกพันระหว่างบุคคลในทางกฎหมายแพ่ง ที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ ในระหว่างเอกชนด้วยกัน และต้องบังคับตามบทบัญญัติโดยทั่วไปนั้น ส่วนมากเป็นผลที่เกิดขึ้นจากการทำนิติกรรม

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ได้บัญญัติความหมายของนิติกรรมไว้ว่า “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระวังสิทธิ”

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว นิติกรรม คือ การกระทำของบุคคล (บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) โดยมุ่งที่จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายที่เรียกว่า “การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ”¹ หรือ “การเคลื่อนไหวในสิทธิ”² อันได้แก่ การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือ ระวังสิทธิต่างๆ

¹ ประกอบ หุตะสิงห์, คำสอนชั้นปริญญาตรีกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2518), น. 2.

ผู้เขียนเห็นว่าความยินยอมรักษายาบาลในทางการแพทย์ไม่เป็นนิติกรรมตามกฎหมายแพ่งเนื่องจากมิได้มีลักษณะหรือหลักเกณฑ์ที่สำคัญตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ด้วยเหตุผล ดังนี้

(1) ความยินยอมรักษายาบาลของผู้ป่วยไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายในลักษณะของการเคลื่อนไหวนิติกรรม เนื่องจากความยินยอม คือ การยอมให้ผู้อื่นล่วงละเมิดสิทธิบางอย่างของบุคคล หรือบุคคลโดยยอมจำกัดการใช้สิทธิของเขาเพื่อประโยชน์ของคนอื่น แม้การให้ความยินยอมของผู้ป่วยจะถือเป็นการแสดงเจตนาต่อแพทย์ด้วยใจสมัครเพื่อเข้ารับการรักษายาบาล แต่ความยินยอมเช่นนั้นผู้ป่วยมิได้มีเจตนาที่จะมุ่งผูกนิติสัมพันธ์ใดๆ กับแพทย์เพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายในลักษณะของการเคลื่อนไหวในสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด (ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ) เป็นแต่เพียงยอมให้แพทย์ล่วงล้ำสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้ให้ความยินยอมโดยไม่เป็นละเมิดเท่านั้น

“สิทธิ” คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ ตามหลักแห่งกฎหมายสิทธิและหน้าที่เป็นของคู่กัน บุคคลใดเมื่อมีสิทธิตามนิติกรรมหรือสัญญา บุคคลนั้นย่อมจะมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสิทธิที่ได้มาตามนิติกรรมหรือสัญญานั้น การได้รับบริการทางการแพทย์ถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งเพราะมีกฎหมายรับรองและคุ้มครองให้โดยได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 ฯ ที่กำหนดว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิเสมอและเท่าเทียมกันในการเข้ารับการบริการทางการแพทย์ ผู้ยากไร้มีสิทธิรักษายาบาลโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย ความยินยอมของผู้ป่วยในการเข้ารับการรักษายาบาลจึงเป็นการใช้สิทธิ (หรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรอง) ที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย ในขณะที่เดียวกันด้วยจริยธรรมหรือจรรยาบรรณแห่งวิชาชีพ แพทย์มีหน้าที่ต้องให้การรักษายาบาลโดยมีอาจหลีกเลี่ยงหรือปฏิเสธการรักษาได้เว้นแต่มีเหตุอันจำเป็น (ตัวอย่างเช่น ความไม่พร้อมทางด้านอุปกรณ์หรือเครื่องมือ หรือแพทย์ไม่มีความชำนาญ แต่แพทย์ผู้ปฏิเสธการรักษาเพราะเหตุนี้ต้องส่งตัวเพื่อผู้ป่วยไปยังโรงพยาบาลอื่นที่สามารถทำการรักษาได้ต่อไป)

(2) ความยินยอมอาจเป็นความยินยอมให้กระทำการที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือ มิชอบด้วยกฎหมายก็ได้ ซึ่งต่างกับนิติกรรมอันต้องเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ฉะนั้นหากความยินยอมของผู้ป่วยเป็นนิติกรรมแล้ว ก็จะต้องเป็นความยินยอมให้แพทย์กระทำการที่ชอบ

² เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2520), น. 22.

ด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งโดยหลักทั่วไปแล้วการรักษาของแพทย์ถือเป็นการละเมิดต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ป่วย แต่แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมนั่นเอง

(3) ความสามารถของผู้ให้ความยินยอม ในการทำนิติกรรมทางแพ่งเพื่อให้เกิดผลผูกพันระหว่างคู่กรณีจำต้องพิจารณาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องการทำนิติกรรมเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับความสามารถของบุคคล เพราะถ้าหากบุคคลผู้ทำนิติกรรมเป็นผู้ที่ไม่มีความสามารถหรือเป็นบุคคลที่มีความบกพร่องทางด้านความสามารถ กฎหมายได้มีการกำหนดขอบเขตในการทำนิติกรรมไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามย่อมมีผลทำให้นิติกรรมที่ทำขึ้นนั้นเสียหายไป (เป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะกรรม)

ในทางการแพทย์ความยินยอมของผู้ป่วยถือเป็นเงื่อนไขสำคัญ แต่ในเรื่องดังกล่าวกฎหมายมิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องความยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรื่องอายุของบุคคลผู้ให้ความยินยอม และแม้จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เฉพาะแต่การจะนำเอากฎหมายอื่นๆ ที่มีลักษณะใกล้เคียงมาปรับใช้ (มาตรา 4) ผู้เขียนเห็นว่าอาจเป็นการที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ในเรื่องของความยินยอม ประกอบกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลถือเป็นสิทธิส่วนตัวโดยแท้ อีกทั้งประเพณีปฏิบัติโดยทั่วไปนั้นผู้ให้ความยินยอมแม้จะเป็นผู้เยาว์หากเป็นผู้ที่มีวุฒิภาวะสามารถรับรู้และเข้าใจเกี่ยวกับการรักษาเป็นอย่างดีแล้ว ก็ย่อมที่จะให้ความยินยอมได้โดยไม่ต้องห้ามต่อกฎหมายแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี แม้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความยินยอมไว้เป็นการเฉพาะ แต่ ก็มิได้หมายความว่า จะไม่มีหลักเกณฑ์ใดให้ยึดถือเป็นแนวทางปฏิบัติได้ เพราะหลังจากที่ได้มีประกาศเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วยในข้อ 10 ที่ว่า “บิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้” ดังนั้น อายุที่กำหนดไว้ในประกาศสิทธิผู้ป่วยดังกล่าวจึงเป็นแนวทางที่สามารถถือปฏิบัติได้เพราะประกาศโดยองค์กรทางวิชาชีพ

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าแม้ผู้เยาว์จะสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง แต่ด้วยลักษณะของความเป็นผู้เยาว์นั้นมีความแตกต่างกันระหว่างผู้เยาว์ที่เป็นเด็กเล็กไร้เดียงสา กับผู้เยาว์ที่มีวุฒิภาวะแห่งความเป็นผู้ใหญ่ เพราะผลการให้ความยินยอมอาจแตกต่างกัน กล่าวคือ ความยินยอมในกรณีของเด็กเล็ก โดยปกติทั่วไปแล้วเด็กเล็กจะไม่สามารถรับผิดชอบตัวเองได้เป็นอย่างดี การตัดสินใจของเด็กจึงต้องกระทำผ่านผู้แทนโดยชอบธรรม ดังนั้น หากเด็กได้ให้ความยินยอมรักษาพยาบาล อาจมีผลทำให้ความยินยอมนั้นไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย และเพื่อเป็นการป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นตามมา แพทย์ผู้ทำการรักษาควรต้องขอความยินยอม

จากบิดามารดาหรือผู้แทนโดยชอบธรรมของเด็กเสียก่อนทำการรักษา แต่สำหรับความยินยอมในกรณีของผู้เยาว์ที่มีวุฒิภาวะความเป็นผู้ใหญ่แล้วนั้น เมื่อผู้เยาว์มีความสามารถในรับรู้ และเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลได้เป็นอย่างดีแล้ว ก็ย่อมที่จะให้ความยินยอมได้โดยไม่มีปัญหาแต่อย่างใด แต่ข้อควรระวังสำหรับแพทย์ เกี่ยวกับความยินยอมของผู้เยาว์ คือ ก่อนทำการรักษาแพทย์ควรที่จะต้องประเมินศักยภาพของผู้เยาว์ว่ามีความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการในการรักษาพยาบาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งการรักษาที่มีความยุ่งยากและมีความซับซ้อนในการรักษามากน้อยเพียงใด และในการรักษาพยาบาลเด็กเล็กแพทย์ยังต้องประเมินระดับความเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษาอย่างละเอียดมากยิ่งขึ้นด้วย

จากเหตุผลดังกล่าวทำให้ได้บทสรุปได้ว่า ความยินยอมรักษาพยาบาลไม่เป็นนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น ผู้เยาว์จึงสามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเองแต่การปฏิบัติต่อผู้ป่วยที่เป็นผู้เยาว์ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องปรากฏเหตุผลที่ชัดเจนว่าเป็นผู้ที่มีวุฒิภาวะและมีความรู้ผิดชอบอยู่ในเกณฑ์ดีและเรื่องที่กระทำต่อผู้ป่วยมิใช่เรื่องที่ซับซ้อนยากแก่การทำความเข้าใจ

1.2 บุคคลผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทน

โดยหลักทั่วไปแล้วผู้ให้ความยินยอมก็คือผู้ป่วยนั่นเอง ในกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยจากการประสบอุบัติเหตุที่มีอาการรุนแรง หรือมีการหนักและไม่รู้สึกตัว หรือผู้ป่วยที่อยู่ในขั้นโคม่าและใกล้เสียชีวิต ซึ่งผู้ป่วยประเภทนี้จำเป็นต้องได้รับการรักษาเป็นกรณีเร่งด่วน แต่ด้วยเหตุที่แพทย์ไม่อาจขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ประกอบกับแพทย์ก็ไม่สามารถติดต่อญาติของผู้ป่วยได้เช่นกัน ในกรณีเช่นนี้แพทย์ย่อมมีอำนาจให้การรักษาพยาบาลผู้ป่วยนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยหรือญาติแต่อย่างใด

แต่ในบางกรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้และแพทย์จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากญาติ ปัญหาที่น่าพิจารณาคือหากมีญาติหลายคนหรือญาติมีความเห็นที่ขัดแย้งกัน แพทย์ควรต้องปฏิบัติอย่างไร และความยินยอมที่ได้นั้นจะสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของผู้ป่วยมากน้อยเพียงใดนั้น ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยอาการหนักและใกล้เสียชีวิต ญาติที่เป็นคู่สมรสประสงค์จะขอให้แพทย์ยุติการรักษา แต่ญาติที่เป็นฝ่ายบิดามารดาประสงค์จะขอให้แพทย์ทำการรักษาต่อไปให้ดีที่สุด หรือผู้ป่วยต้องได้รับการผ่าตัด แต่ภริยาของผู้ป่วยไม่ยินยอมให้ผ่าตัด แต่บิดามารดาได้ยินยอมให้แพทย์ทำการผ่าตัด จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่มีญาติมีความเห็นที่แตกต่าง หรือขัดแย้งกัน และเมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติในกฎหมายต่างๆ แล้วเห็นว่าพระราชบัญญัติ

สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 8³ บัญญัติคล้ายจะให้ญาติของผู้ป่วยให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ในบางกรณี แต่หากได้พิจารณาอย่างรอบคอบแล้วจะเห็นว่า บทบัญญัติของมาตราดังกล่าวบัญญัติเพียงว่าแพทย์จะต้องให้ข้อมูลการรักษาพยาบาลแก่ผู้ป่วยและจะต้องได้รับการยินยอมจากผู้ป่วยก่อนการรักษาพยาบาล เว้นแต่ผู้ป่วยไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้ทายาทโดยธรรมของผู้ป่วยให้รับทราบข้อมูลแทนผู้ป่วยในขณะนั้นได้ ซึ่งจากถ้อยคำในกฎหมายจะเห็นว่ากฎหมายมิได้กำหนดว่า หากผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ แล้วญาติของผู้ป่วยจะต้องให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ เพราะกฎหมายกำหนดเพียงว่าแพทย์มีหน้าที่แจ้งข้อมูลให้แก่ญาติเท่านั้น แต่มิได้กำหนดให้สิทธิญาติในการให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยแต่อย่างใด

ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยไว้ จึงต้องอาศัยการเทียบเคียงบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง (มาตรา 4⁴) เพื่อประโยชน์ในการปรับใช้กฎหมาย ในกรณีนี้สามารถเทียบเคียงได้กับเรื่องอำนาจ

³ มาตรา 8 ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมิได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้

⁴ มาตรา 4 กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใดๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้นๆ

ปกครองตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้เป็นดังนี้

(1) ผู้ป่วยที่เป็นผู้เยาว์ ที่ยังไม่สามารถเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาพยาบาลได้ หรือผู้ป่วยที่บรรลุนิติภาวะแล้วแต่ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองไม่ได้ เมื่อแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ ในกรณีเช่นนี้ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมรักษายาบาลคือบิดามารดาด้วยเหตุที่บิดามารดาย่อมมีอำนาจและหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุตรที่ยังไม่สามารถพึ่งตนเองได้ (มาตรา 1564⁵)

(2) ผู้ป่วยที่บรรลุนิติภาวะและมีคู่สมรสแล้ว เมื่อแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ เนื่องจากไม่มีสติสัมปชัญญะหรือไม่รู้สึกรู้ตัว ในกรณีเช่นนี้ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมคือคู่สมรสของผู้ป่วย ด้วยเหตุผลที่สามีภริยามีหน้าที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันตามความสามารถและฐานะของตนเองนั่นเอง (มาตรา 1461⁶)

(3) ผู้ป่วยที่เป็นคนไร้ความสามารถ แยกเป็น กรณีผู้ป่วยเป็นคนไร้ความสามารถที่เป็นผู้เยาว์ ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมคือผู้ใช้อำนาจปกครองนั้นก็คือบิดามารดา (มาตรา 1569⁷) กรณีผู้ป่วยที่เป็นคนไร้ความสามารถและเป็นบุคคลที่บรรลุนิติภาวะแล้ว หากผู้ป่วยมีคู่สมรส โดยหลักคู่สมรสย่อมเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดู ดังนั้น ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมคือคู่สมรสของผู้ป่วยนั่นเอง (มาตรา

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับกับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้น ตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป

⁵ มาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดู และให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตร ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์

บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพ และหาเลี้ยงตนเองมิได้

⁶ มาตรา 1461 สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา

สามีภริยาต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน

⁷ มาตรา 1569 ผู้ใช้อำนาจปกครองเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของบุตรในกรณีที่บุตรถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ผู้ใช้อำนาจปกครองย่อมเป็นผู้อุปการะเลี้ยงดูหรือผู้พิทักษ์ แล้วแต่กรณี

1463⁸) แต่ถ้าผู้ป่วยไม่มีคู่สมรส โดยหลักแล้วบิดามารดาเป็นผู้อนุบาล ดังนั้นผู้มีอำนาจให้ความยินยอมคือบิดามารดา (มาตรา 1569/1 วรรคสอง⁹)

(4) ผู้ป่วยที่เป็นคนวิกลจริต คนวิกลจริตคือคนที่มีจิตผิดปกติ ซึ่งเกิดจากจิตใจหรือเกิดจากร่างกายอันมีผลกระทบต่อจิตใจทำให้บุคคลดังกล่าวไม่อาจคิดหรือตัดสินใจได้ ซึ่งอาจจะเป็นอาการที่มีอยู่ตลอดเวลาหรืออาจเป็นเพียงครั้งคราวก็ได้ และแม้จะเป็นคนวิกลจริตแต่สถานะในทางกฎหมายของเขายังคงเหมือนกับคนธรรมดาทุกประการ ดังนั้น จึงมีความสามารถในการใช้สิทธิทำนิติกรรมได้เองโดยลำพังโดยไม่ต้องมีใครดูแล

อย่างไรก็ดีในกรณีที่แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยที่เป็นคนวิกลจริต หากในขณะให้ความยินยอมนั้นผู้ป่วยไม่จิตวิกลยังสามารถรับรู้และเข้าใจสาระสำคัญของการรักษาได้เป็นอย่างดีแล้วในกรณีเช่นนี้ก็ย่อมให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง และความยินยอมนั้นก็จะมีผลสมบูรณ์ แต่ถ้าหากผู้ป่วยมีอาการวิกลจริตอยู่ตลอดเวลาและแพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ในกรณีเช่นนี้หากผู้ป่วยมีคู่สมรสแล้ว ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมก็คือคู่สมรส แต่ถ้าผู้ป่วยที่เป็นคนวิกลจริตเป็นผู้เยาว์หรือไม่มีคู่สมรส ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมก็คือบิดามารดาตนเอง

(5) ผู้ป่วยที่เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ คือบุคคลที่มีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจหรือความประพฤตินั้นไม่อาจจัดการงานโดยตนเองได้ หรือการงานที่บุคคลนั้นทำอาจเสียหายต่อทรัพย์สินของตนเองหรือครอบครัว อย่างไรก็ตามความยินยอมในการรักษาพยาบาลไม่ใช่เป็นการจัดการทางด้านการงานหรือทรัพย์สิน แต่เป็นการจัดการเกี่ยวกับร่างกายและจิตใจซึ่งถือเป็นสิทธิส่วนตัวโดยแท้ ดังนั้น ผู้ป่วยที่เป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถย่อมสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ด้วยตนเอง ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากผู้พิทักษ์แต่อย่างใด

⁸ มาตรา 1463 ในกรณีที่ศาลสั่งให้สามีหรือภริยาเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ภริยาหรือสามีย่อมเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ แต่เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรืออัยการร้องขอและถ้ามีเหตุสำคัญ ศาลจะตั้งผู้อื่นเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ก็ได้

⁹ มาตรา 1569/1 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่บุคคลซึ่งบรรลุนิติภาวะและไม่มีคู่สมรสถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ ให้บิดามารดา หรือบิดาหรือมารดาเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์แล้วแต่กรณี เว้นแต่ศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น”

มีประเด็นที่น่าพิจารณาสามารถนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก ว่าด้วยการแบ่งทรัพย์สินมรดกระหว่างทายาทโดยธรรมในลำดับและชั้นต่าง ๆ ตาม มาตรา 1629 มาพิจารณาเทียบเคียงปรับใช้ได้หรือไม่ นั่น เพราะหากอาศัยหลักเกณฑ์เดียวกับการ จัดลำดับชั้นในการรับมรดกแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทนผู้ป่วยได้ในกรณีนี้ ก็คือผู้ให้ความยินยอมที่เป็นญาติในลำดับชั้นที่สนิทที่สุดของผู้ป่วยนั่นเอง แต่ในเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายเรื่องลำดับชั้นในการรับมรดกมาปรับใช้อาจ ไม่มีความเหมาะสมและไม่เป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์หรือหลักการในเรื่องความยินยอม เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายมรดกมีเจตนารมณ์ที่เป็นการจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือ มรดกของผู้ตายเพื่อให้มีผู้รับมรดกสืบเนื่องต่อไปไม่ขาดสาย เป็นเรื่องของการจัดทรัพย์สิน แต่ ในเรื่องของความยินยอมนั้นเป็นการจัดการเกี่ยวกับชีวิตและสุขภาพของผู้ป่วยจึงเป็นเรื่องที่ต้อง อาศัยความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ป่วยกับผู้ให้ความยินยอม อีกทั้งต้องคำนึงถึงประโยชน์ของ ผู้ป่วยเป็นสำคัญ

นอกจากปัญหาดังกล่าวที่ไม่อาจแก้ไขได้ด้วยการนำกฎหมายมรดกมาปรับใช้แล้ว ปัญหาอื่นๆ ที่ตามอีกเช่น ปัญหากรณีที่มิให้ผู้ให้ความยินยอมที่เป็นทายาทในลำดับเดียวกัน ในการ ให้ความยินยอมมีปัญหาว่าจะต้องนำพยานหลักฐานใดมาพิสูจน์ว่าอยู่ในเงื่อนไขที่กฎหมาย กำหนด และจะสามารถยืนยันได้อย่างไรว่าเอกสารที่นำมาพิสูจน์เป็นเอกสารที่มีความถูกต้องตาม กฎหมาย ดังนั้น การนำกฎหมายมรดกมาปรับใช้จึงไม่เป็นการเหมาะสม ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็น ว่า ประเด็นการพิจารณาเกี่ยวกับผู้ให้ความยินยอมควรจะเทียบเคียงกับบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว จึงจะมีความเหมาะสมกว่า

จากปัญหาเกี่ยวกับผู้ให้ความยินยอมแทนในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความ ยินยอมได้ด้วยตนเองนั้น ผู้เขียนเห็นว่าในเรื่องดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนในกฎหมายใดที่บัญญัติหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลไว้อย่างชัดเจนเหมือนเช่นกฎหมายของต่างประเทศ ในบางประเทศที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมรักษาพยาบาลเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าวที่ในปัจจุบันยังมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน และไม่มี กฎหมายใดที่สามารถนำมาปรับใช้ได้เหมาะสม ผู้เขียนมีความเห็นว่าถึงเวลาอันสมควร อย่างยิ่งแล้วที่จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมรักษาพยาบาลเป็นกรณีเฉพาะ โดยกฎหมายนั้นจะต้องมีความชัดเจนในเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์หรือขอบเขตเกี่ยวกับเรื่อง ความยินยอม อาทิเช่น ใครบ้างเป็นผู้มีอำนาจในการให้ความยินยอมแทน ขอบเขตของการ ให้ความยินยอมมีมากน้อยเพียงใด วิธีในการให้ความยินยอม และในกรณีที่มิมีปัญหาเกี่ยวกับการ

ให้ความยินยอมเกิดขึ้นจะมีแนวทางหรือมาตรการในการแก้ไขปัญหาอย่างไร เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนมีความเชื่อมั่นว่าหากได้มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะแล้วจะสามารถแก้ไขปัญหาได้อย่างถูกต้องเหมาะสม อีกทั้งยังเป็นประโยชน์กับผู้ประกอบวิชาชีพและผู้ป่วยเนื่องจากมีหลักเกณฑ์ให้ยึดถือและปฏิบัติได้ ผู้ประกอบวิชาชีพจะได้มีความมั่นใจในการประกอบวิชาชีพต่อไป

1.3 ความยินยอมรักษายาบาลกับข้อตกลงหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบ

ปัจจุบันการเข้ารับการรักษาพยาบาล สถานพยาบาลมักจะกำหนดให้การทำหัตถการทุกชนิดต้องได้รับความยินยอมจากผู้เข้ารับบริการเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของหนังสือ ให้ความยินยอมเข้ารับการรักษาพยาบาล (Medical informed consent) ก่อนให้บริการหรือก่อนทำการรักษาพยาบาล ซึ่งหนังสือให้ความยินยอมรักษายาบาลนั้นเป็นเอกสารที่ทางสถานพยาบาลเป็นผู้ทำขึ้นในลักษณะที่เป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน และมีการกำหนดข้อความในลักษณะที่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิด หรือเป็นการสละสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาไว้ ซึ่งมีข้อความตัวอย่างดังนี้

“หาก..... (ผู้ป่วย)..... ได้รับอันตรายอันเนื่องจากการทำการรักษา..... ข้าพเจ้าจะไม่เรียกร้องหรือฟ้องร้องดำเนินคดีในทางอาญาและแพ่งกับเจ้าหน้าที่และส่วนราชการเจ้าสังกัดของโรงพยาบาล..... แต่อย่างใด” หรือ

“หาก (ผู้ป่วย) ได้รับอันตรายหรือความเสียหายใด ๆ ก็ตามจากการตรวจรักษา ข้าพเจ้าจะไม่ถือเป็นความผิดและดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีทั้งในทางอาญาและทางแพ่งกับบุคลากรทางการแพทย์ เจ้าหน้าที่และโรงพยาบาล แต่อย่างใด”

ปัญหาที่น่าพิจารณาคือข้อความดังกล่าวหรือข้อความที่มีลักษณะเป็นการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือผู้ให้บริการที่ได้มีการกำหนดไว้ใน Medical informed consent จะมีผลใช้บังคับได้โดยไม่ถือเป็นการต้องห้ามหรือขัดกับบทกฎหมายหรือไม่

โดยหลักการพื้นฐานของความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยมาจากหลักสิทธิมนุษยชนและหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศต่างให้การรับรองและคุ้มครองไว้ เนื่องจากการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์ บุคคลนั้นๆ จึงควรจะได้รับทราบข้อมูลต่างๆ อันเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจ ดังนั้น แพทย์จึงมีหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลที่สำคัญและเพียงพอต่อการตัดสินใจ

ของผู้ป่วยในการเลือกเข้ารับการรักษายาบาลหรือไม่เข้ารับการรักษายาบาล หน้าที่ในการบอกกล่าวหรือเปิดเผยข้อมูลของแพทย์นั้นถือเป็นหลักสากลอันเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปในทางการแพทย์

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นการให้ความยินยอมเฉพาะในเรื่องของการรักษายาบาลที่แพทย์ได้กระทำไปอย่างถูกต้องตามหลักวิชาการและตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการให้ความยินยอมเพื่อเป็นการสละสิทธิการฟ้องร้องดำเนินคดีหรือเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่แพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังแห่งวิชาชีพ นอกจากนี้ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 9¹⁰ ยังได้บัญญัติไว้ว่า ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือข้อต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้ ดังนั้น การกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดในหนังสือยินยอมเข้ารับการรักษายาบาลถือว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้ป่วยและเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย แม้มีข้อความนั้นอยู่ก็ไม่มีผลบังคับได้ตามกฎหมาย

นอกจากการกำหนดข้อความจำกัดความรับผิดไว้ใน Medical informed consent แล้ว ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้ ถือเป็นการขัดต่อกฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 8¹¹ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 373¹² ผลก็คือ กฎหมายให้

¹⁰ มาตรา 9 ความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือข้อต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดไม่ได้

¹¹ มาตรา 8 ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้า เพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดหรือผิดสัญญาในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรืออนามัยของผู้อื่น อันเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ตกลง ผู้ประกาศ ผู้แจ้งความ หรือของบุคคลอื่นซึ่งผู้ตกลง ผู้ประกาศ หรือผู้แจ้งความต้องรับผิดด้วย จะนำมาอ้างเป็นข้อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไม่ได้

ถือว่าไม่มีข้อความดังกล่าวอยู่ เนื่องจากกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลทั่วไปที่ไม่มีความรู้ทางด้านกฎหมาย

ดังนั้น แม้ผู้ป่วยจะได้ให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล แต่ความยินยอมดังกล่าวนั้นครอบคลุมถึงความเสี่ยงและผลแทรกซ้อนจากการรักษาตามปกติที่อาจเกิดได้ แต่มิได้ครอบคลุมไปถึงความผิดพลาดจากการรักษาอันเนื่องมาจากความประมาทหรือฝ่าฝืนหน้าที่ที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเวชกรรม และไม่ถือว่าการที่ผู้ป่วยได้ให้ความยินยอมนั้นเป็นการสละสิทธิเรียกร้องใดๆ รวมทั้งสิทธิในการฟ้องคดีด้วย

2. วิเคราะห์ปัญหาความรับผิดชอบทางสัญญาให้บริการด้านการแพทย์

จากที่ได้ทำการศึกษาถึงลักษณะโครงสร้างความสัมพันธ์ทางด้านการแพทย์ระหว่างผู้ให้บริการกับผู้รับบริการพบว่าในปัจจุบันระบบการแพทย์ของไทยมีการเปลี่ยนแปลงทางด้านโครงสร้างของระบบการให้บริการ จากเดิมการให้การรักษาพยาบาลผู้เจ็บป่วยเป็นเรื่องของศีลธรรมจรรยา แพทย์ถือเป็นผู้มีเกียรติและได้รับการยกย่องจากสังคม ต่อมาเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป การให้บริการด้านการแพทย์ก็ได้เปลี่ยนแปลงไปด้วยเช่นกัน โดยกลายมาเป็นการให้บริการในรูปแบบของธุรกิจพาณิชย์ที่มุ่งแสวงหารายได้จากการให้บริการ เมื่อต้องยอมจ่ายเงินในจำนวนมากเพื่อแลกกับบริการที่ผู้ป่วยคิดว่าดี ผู้ป่วยก็ย่อมมีความคาดหวังในเรื่องของมาตรฐานและความปลอดภัยด้วยเช่นกัน แต่เมื่อมีความเสียหายเกิดภาพที่ปรากฏสู่สังคมมักเป็นภาพที่ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายถูกปฏิเสธความรับผิดชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพหรือผู้ให้บริการ ส่งผลทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพกับผู้ป่วย และขยายเป็นวงกว้างนำไปสู่ปัญหาการฟ้องร้องทางการแพทย์ขึ้น

การถามหาหรือการเรียกร้องความยุติธรรมจากผู้เกี่ยวข้อง ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายมิได้มีทางเลือกอื่นใดมากนัก และเมื่อไม่ได้รับการเยียวยาที่เหมาะสมและเป็นธรรม วิธีการในแก้ไขปัญห

ข้อตกลง ประกาศ หรือคำแจ้งความที่ได้ทำไว้ล่วงหน้าเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบในกรณีอื่นนอกจากที่กล่าวในวรรคหนึ่ง ซึ่งไม่เป็นโมฆะ ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

¹² มาตรา 373 ความตกลงทำไว้ล่วงหน้าเป็นข้อความยกเว้นมิให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบเพื่อกลั่นแกล้งหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของตนนั้น ท่านว่าเป็นโมฆะ

ที่ดีที่สุดสำหรับผู้ป่วยหรือผู้เสียหายก็คือการฟ้องร้องนั่นเอง ซึ่งที่ผ่านมาจะพบว่าการฟ้องร้องทาง การแพทย์มักเป็นกรณีที่ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายได้ฟ้องร้องผู้ประกอบการวิชาชีพฐานที่ไม่ได้ใช้ความ ระมัดระวังตามมาตรฐานของวิชาชีพ หรือให้การรักษายาบาลที่ต่ำกว่ามาตรฐานอันเป็นที่ยอมรับ กันในวงวิชาชีพ จึงเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหาย ถือว่าเป็น การละเมิด จึงเรียกร้องให้ผู้ประกอบการวิชาชีพและโรงพยาบาลร่วมกันรับผิดชอบ แต่ด้วยข้อจำกัดในการ ฟ้องคดีและข้อจำกัดของความรับผิดชอบในทางละเมิด ทำให้ที่ผ่านมาผู้ป่วยหรือผู้เสียหายมักจะ ไม่ประสบผลสำเร็จในการฟ้องคดี

จากการศึกษาค้นคว้าผู้เขียนมีความเห็นว่านอกจากความรับผิดชอบในทางละเมิดแล้ว การนำหลักความรับผิดชอบทางสัญญามาปรับใช้น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้ป่วยและเป็นวิธีการ แก้ไขปัญหาหรือเป็นทางเลือกหนึ่งที่ดีสำหรับผู้ป่วย อีกทั้งยังเป็นการเติมเต็มหรืออุดช่องว่างของ กฎหมาย เนื่องจากในบางกรณีข้อเท็จจริงแห่งคดีหรือปัญหาที่เกิดขึ้นกฎหมายที่มีอยู่อาจ ไม่สามารถเข้าไปจัดการหรือให้การเยียวยาแก้ไขได้อย่างแท้จริง ดังนั้น การนำหลักความรับผิดชอบ ทางสัญญามาปรับใช้กับความรับผิดชอบในทางการแพทย์ ถือเป็นวิธีการในการแก้ไขปัญหาได้อย่าง เหมาะสมและเป็นธรรมสำหรับผู้ป่วย โดยผู้เขียนจะขอเสนอเหตุผลสนับสนุน ดังต่อไปนี้

2.1 การพิจารณาพิสูจน์

ความรับผิดชอบทางละเมิด การพิจารณาพิสูจน์หรือหน้าที่ในการนำสืบตกอยู่กับฝ่ายผู้เสียหาย โดยผู้เสียหายมีการพิจารณาพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าการกระทำอย่างไรของแพทย์เป็นการกระทำโดย ประมาทเลินเล่อและความประมาทเลินเล่อนั้นทำให้เกิดความเสียหาย หรือการปฏิบัติหน้าที่ ใดๆของแพทย์ที่ถือว่าต่ำกว่าระดับมาตรฐาน ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นเป็นความยากลำบากมาก ที่ผู้ป่วยหรือผู้เสียหายจะพิสูจน์ว่าแพทย์ให้การรักษาก็ได้มาตรฐานหรือไม่ หรือความ ระมัดระวังเช่นใดจึงจะถือว่าเป็นความระมัดระวังที่เหมาะสม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้เสียหายจะต้อง รู้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในขณะที่ทำละเมิด รวมทั้งวิธีการและขั้นตอนในการรักษาที่ถูกต้องและ เหมาะสม เพื่อแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ต่ำกว่ามาตรฐานทางวิชาชีพ และการที่จะให้ ผู้ได้รับความเสียหายพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวที่กล่าวมานั้น ย่อมไม่เป็นธรรม เนื่องจากวิธีการรักษาที่เหมาะสมจำต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจที่ได้เล่าเรียนมาโดยเฉพาะ ซึ่งผู้ได้รับความเสียหายย่อมไม่อาจรู้ได้โดยง่าย เช่น ในกรณีที่ผู้เข้ารับการรักษาถูกวางยาสลบใน การผ่าตัด ขั้นตอนการผ่าตัดรวมทั้งกรรมวิธีต่างๆ ในการรักษาย่อมไม่อยู่ในความรู้อันเห็นของผู้เข้ารับ การรักษา และถึงแม้ในคดีแพ่งกฎหมายจะอนุญาตให้มีพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าเบิกความให้ ความเห็นเกี่ยวกับข้อเท็จจริงในคดีก็ตาม แต่วิชาชีพเวชกรรมเป็นวิชาชีพที่ไม่อาจสรุปได้ว่าวิธีการ

รักษาที่ใช้นั้นเป็นแนวทางการรักษาเพียงวิธีทางเดียวที่ถูกต้อง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมซึ่งเข้ามาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญอาจให้ความเห็นเกี่ยวกับวิธีการรักษาที่แตกต่างกันออกไปตามความชำนาญและความเชี่ยวชาญของตน ดังนั้น ผู้เสียหายจึงไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการรักษานั้นเป็นไปตามมาตรฐานของวิชาชีพหรือไม่ ซึ่งหากเปรียบเทียบการฟ้องคดีละเมิดทั่วไป ตัวอย่างเช่น คดีที่ถูกจ้างฟ้องนายจ้างเนื่องจากได้รับบาดเจ็บจากการทำงาน หรือคดีคนเดินถนนถูกรถยนต์ชนได้รับการบาดเจ็บ กับคดีที่ฟ้องแพทย์เรียกค่าเสียหายเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลนั้น ภาระการพิสูจน์ไม่เหมือนกัน คดี 2 ประเภทแรกการพิสูจน์ความผิดไม่ยากเหมือนกับคดีฟ้องแพทย์ประกอบกับ ไม่มีหลักเกณฑ์ใดที่จะนำมาใช้เป็นเครื่องชี้วัดได้ว่าอะไรคือมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ หรือแพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างดีที่สุดแล้ว ดังนั้น ผู้เสียหายจึงมักไม่ประสบผลสำเร็จในการฟ้องคดี

ความรับผิดทางสัญญา ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับแพทย์หรือจำเลย ซึ่งจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าตนเองมิได้ปฏิบัติผิดหน้าที่หรือมิได้ฝ่าฝืนมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพเวชกรรม และความเสียหายนั้นไม่ใช่เป็นผลโดยตรงมาจากการกระทำของตน ซึ่งในแง่ของภาระการพิสูจน์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นของผู้เสียหายนั้นง่ายกว่าการพิสูจน์ความผิดของแพทย์ในกรณีละเมิด เนื่องจากผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงขนาดของความระมัดระวังหรือขนาดแห่งมาตรฐานในการประกอบวิชาชีพ เพียงแต่ผู้เสียหายพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า การรักษาหรือการกระทำของแพทย์ในลักษณะเช่นใดที่ถือว่าเป็นการรักษาที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังหรือเป็นการรักษาที่ไม่ได้มาตรฐานและความเสียหายเกิดมาจากการรักษาพยาบาลนั้น ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ป่วยเข้ามารับบริการถอนฟันกับทันตแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนแห่งหนึ่ง ซึ่งก่อนหน้านี้ผู้ป่วยไม่เคยมีประวัติการเจ็บป่วย ไม่เคยมีโรคประจำตัว ไม่เคยมีประวัติแพ้ยา ประกอบกับผู้ป่วยเป็นดูแลรักษาสุขภาพของตนเองเป็นอย่างดี มีการตรวจสุขภาพเป็นประจำทุกๆ ปี และก่อนเข้ารับการรักษาก็ไม่ปรากฏว่ามีอาการเจ็บป่วยแต่อย่างใด แต่หลังจากเข้ารับการถอนฟันแล้วปรากฏว่าผู้ป่วยช็อคหมดสติและหลังจากนั้นผู้ป่วยก็รู้สึกตัวอีกเลย ในกรณีเช่นแพทย์ผู้ทำการรักษาจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นและเชื่อว่าตนเองมิได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ และในการรักษาพยาบาลนั้นตนได้ใช้ความระมัดระวัง เป็นอย่างดีแล้วหรือการรักษาของตนได้เป็นไปตามมาตรฐานของวิชาชีพ ซึ่งแพทย์จะนำพยานหลักฐานต่างๆ มาแสดงต่อศาลเพื่อยืนยันความบริสุทธิ์ของตนเอง หากแพทย์ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายหรือความผิดพลาดเกิดมาจากตัวผู้เสียหายแล้ว ในกรณีเช่นนี้ แพทย์ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนผู้เสียหายเองก็ต้องแสดงให้ศาลเห็นว่าตนเองได้รับความเสียหายมาจากการเข้ารับการรักษาของแพทย์ โดยในการนำสืบความเสียหายนั้น

ผู้เสียหายไม่จำเป็นต้องถึงขนาดเสาะแสวงหาพยานหลักฐานในที่เกิดเหตุหรือหาพยานแพทย์มาเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญในการเบิกความประกอบ เพียงแต่ผู้เสียหายนำเอาประวัติการรักษาหรือประวัติการตรวจสุขภาพของตนเองมาแสดงหรือยืนยันว่าตนเองเป็นผู้มีสุขภาพแข็งแรงและมีได้มีปัญหาด้านสุขภาพแต่อย่างใดก่อนเข้ารับการรักษา แต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการรักษาหรือการกระทำของแพทย์ก็น่าจะเป็นการเพียงพอแล้ว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการพิสูจน์ความรับผิดทางสัญญาเป็นการพิสูจน์เกี่ยวกับลักษณะของการรักษาหรือการกระทำของแพทย์ว่าในลักษณะเช่นใดที่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งต่างกับละเมิดที่เป็นการพิสูจน์ถึงขนาดของความระมัดระวังหรือขนาดของมาตรฐานแห่งวิชาชีพซึ่งเป็นการพิสูจน์ที่ยากกว่าสัญญา

2.2 พยานหลักฐาน

ความรับผิดทางละเมิด ผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าแพทย์มิได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ ซึ่งพยานหลักฐานที่แสดงหรือพิสูจน์ให้เห็นว่าแพทย์ได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อในการรักษาพยาบาลก็คือเวชระเบียน (medical record) ซึ่งในการฟ้องละเมิดผู้เสียหายมักจะประสบปัญหาการเข้าถึงเวชระเบียน เนื่องจากเวชระเบียนเป็นพยานหลักฐานที่สำคัญที่ศาลใช้ในการประกอบการพิจารณาคดีที่มีการฟ้องแพทย์หรือสถานพยาบาล และเป็นหลักฐานเดียวในที่เกิดเหตุ แต่อยู่ในความครอบครองของแพทย์ ดังนั้นผู้เสียหายจึงไม่สามารถขอทำสำเนาเวชระเบียนเพื่อนำไปตรวจสอบได้อย่างทันท่วงที ทั้งที่มีสิทธิตามกฎหมาย เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ¹³ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร พ.ศ. 2540¹⁴

¹³ มาตรา 56 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ

มาตรา 61 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค.....”

¹⁴ มาตรา 25 ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 14 และมาตรา 15 บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะรู้ถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนและเมื่อบุคคลนั้นมีคำขอเป็นหนังสือ หน่วยงาน

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522¹⁵ พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550¹⁶ และคำประกาศสิทธิผู้ป่วย¹⁷ แต่กฎหมายต่างๆ เหล่านี้กลับไม่มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ซึ่งโรงพยาบาลหรือแพทย์มักจะอ้างเสมอว่าเวชระเบียนเป็นสมบัติของโรงพยาบาลให้ไม่ได้ แต่จะใช้วิธีเลือกถ่ายสำเนาให้เป็นบางส่วน ให้ไม่ครบหรือดึงส่วนสำคัญออก ซึ่งกว่าจะร้องเรียนผ่านหน่วยงานก็ใช้เวลานาน เอื้อให้มีการแก้ไขต้นฉบับ เป็นการยากแก่การตรวจสอบ หรือทำเป็นแค่เพียงใบสรุปประวัติการรักษาให้เท่านั้น ซึ่งมักจะไม่ตรงกับข้อเท็จจริง หรือ อ้างว่าเวชระเบียนสูญหาย นอกจากจะประสบปัญหาในด้านของพยานเอกสารแล้วผู้เสียหายยังประสบความ

ของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นจะต้องให้บุคคลนั้นหรือผู้กระทำการแทนบุคคลนั้นได้ตรวจสอบหรือได้รับสำเนาข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับบุคคลนั้น และให้นำมาตรา 9 วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การเปิดเผยรายงานการแพทย์เกี่ยวกับบุคคลใด ถ้ากรณีมีเหตุอันควรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเปิดเผยต่อเฉพาะแพทย์ที่บุคคลนั้นมอบหมายก็ได้

ถ้าบุคคลใดเห็นว่าข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนส่วนใดไม่ถูกต้องตามที่ตนเป็นจริงให้มีสิทธิยื่นคำขอเป็นหนังสือให้หน่วยงานของรัฐที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือลบข้อมูลข่าวสารส่วนนั้นได้.....”

¹⁵ มาตรา 4 ผู้บริโภคมีสิทธิได้รับความคุ้มครองดังต่อไปนี้

(1) สิทธิที่จะได้รับข่าวสารรวมทั้งคำพรรณนาคุณภาพที่ถูกต้องและเพียงพอเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ

(2) สิทธิที่จะมีอิสระในการเลือกหาสินค้าหรือบริการ

(3) สิทธิที่จะได้รับความปลอดภัยจากการใช้สินค้าหรือบริการ

(3 ทวิ) สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา

(4) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาและชดเชยความเสียหาย

ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายว่าด้วยการนั้นๆ หรือพระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้

¹⁶ มาตรา 8, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3.

¹⁷ ข้อ 9 ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลเฉพาะของตนที่ปรากฏในเวชระเบียนเมื่อร้องขอ ทั้งนี้ข้อมูลดังกล่าวต้องไม่เป็นการละเมิดสิทธิส่วนตัวของบุคคลอื่น

ยากลำบากในการหาพยานผู้เชี่ยวชาญทางวิชาชีพมาให้การ เพราะพยานผู้เชี่ยวชาญที่เป็นแพทย์มักจะไม่วางใจที่จะเปิดเผยความเป็นปฏิปักษ์กับผู้ร่วมวิชาชีพเดียวกัน ดังนั้น การต่อสู้คดีโดยไม่พยานหลักฐาน(พยานเอกสาร พยานวัตถุ พยานผู้เชี่ยวชาญ) ผู้เสียหายแทบไม่มีหนทางที่จะชนะคดีได้เลย

ความรับผิดชอบทางสัญญา แม้ผู้เสียหายจะไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความผิดของแพทย์ได้ ประกอบกับในการพิจารณาคดีศาลยังได้รับฟังพยานหลักฐานจากแพทย์สภาซึ่งถือว่าเป็นพยานหลักฐานที่น่าเชื่อถือที่สุดและเมื่อแพทย์สภาได้วินิจฉัยหรือชี้ขาดเป็นอย่างไรแล้วต้องรับฟังได้เป็นดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าแพทย์สภาซึ่งเป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประพฤติของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้เป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม กับทั้งคอยดูแลรักษาสถาบันแพทย์ให้ดำรงไว้ซึ่งเกียรติและศักดิ์ศรีแห่งวิชาชีพ รวมทั้งซึ่งการยอมรับนับถือจากสังคม หากแพทย์สภาได้ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลาง มีอิสระปราศจากการแทรกแซงหรือถูกครอบงำจากกลุ่มนายทุน ให้ความยุติธรรมกับทั้งผู้ประกอบวิชาชีพและผู้เสียหายด้วยการให้คำวินิจฉัยหรือเสนอพยานหลักฐานที่ถูกต้องตามหลักวิชาชีพ ไม่เอนเอียงหรือเข้าข้างผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันแล้ว ผู้เขียนมีความเชื่อมั่นว่าการนำหลักความรับผิดชอบทางสัญญามาปรับใช้นั้นกลับจะเป็นผลดีต่อผู้ประกอบและผู้เสียหาย เพราะหากศาลเห็นว่าได้แพทย์ได้ปฏิบัติหน้าที่หรือผิดสัญญาจริง แพทย์ย่อมต้องรับผิดชอบ ในทางกลับกันหากศาลได้วินิจฉัยแล้วแพทย์มิได้ปฏิบัติหน้าที่หรือปฏิบัติผิดสัญญา แพทย์ก็ไม่ต้องรับผิดชอบ

2.3 การกำหนดค่าเสียหาย

ความรับผิดชอบทางละเมิด ความมุ่งหมายในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเป็นหลักการพื้นฐานคือการให้ผู้เสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมเมื่อยังไม่มีภาระละเมิด ดังนั้น กฎหมายจึงมิได้กำหนดกฎเกณฑ์จำนวนค่าเสียหายไว้เหมือนอย่างเช่นค่าสินไหมทดแทนกรณีผิดสัญญา เนื่องจากไม่สามารถคาดคะเนความเสียหายได้ล่วงหน้า ค่าสินไหมทดแทนอันพึงชดเชยให้แก่ผู้เสียหาย ได้แก่ การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิดหรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 438¹⁸ ซึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้นครอบคลุมถึงความเสียหายทุกๆ กรณีมิใช่แต่

¹⁸ มาตรา 438 ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด

เฉพาะแค่ความเสียหายทางด้านทรัพย์สินเท่านั้น แต่ยังรวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อ ความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นด้วย เช่น ความเสียหายทางด้านชื่อเสียง หรือ ความเสียหายทางด้านจิตใจด้วย เพราะจุดมุ่งหมายของการเยียวยาเพื่อต้องการให้ผู้เสียหาย กลับคืนสู่ฐานะเดิมหรือให้ใกล้เคียงกับฐานเดิมมากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และในการกำหนด ค่าเสียหายนั้น ศาลมีดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายได้ตามควรแก่พฤติการณ์และ ความร้ายแรงแห่งละเมิด

ความรับผิดทางสัญญา เป็นรับผิดอันเกิดจากการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ และการไม่ชำระ หนี้้นั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ การเรียกค่าเสียหายจึงเป็นผลมาจากความเสียหายที่ เจ้าหนี้ได้รับการที่ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ดังนั้น ระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้จึงต้องมีนิติสัมพันธ์ต่อกัน อยู่ก่อนแล้ว และเป็นนิติสัมพันธ์ที่เกิดจากนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งโดยปกติทั่วไปในการเข้าทำ สัญญาคู่สัญญาย่อมที่จะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนได้ส่วนเสียที่ได้รับจากการเข้าทำสัญญา ก่อนแล้ว ดังนั้น ค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญา ได้แก่ ค่าสินไหมทดแทนเพื่อความ เสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้ หรือค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายอัน เกิดแต่พฤติการณ์พิเศษที่คาดเห็นหรือควรจะได้คาดเห็นก่อนล่วงหน้า ซึ่งเป็นการเรียกค่าเสียหาย ตามมาตรา 222¹⁹ เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายแล้วเห็นว่าค่าเสียหายอันเนื่องมาจาก การผิดสัญญามีขอบเขตการชดเชยที่แคบกว่าค่าเสียหายในกรณีละเมิด

แม้การเรียกค่าเสียหายทางละเมิดผู้เสียหายจะได้รับประโยชน์มากกว่าการเรียก ค่าเสียหายทางสัญญา ในแง่ที่เรียกค่าเสียหายได้กว้างกว่าและศาลมีดุลพินิจในการกำหนด ค่าเสียหาย แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่าพื้นฐานในการเรียกค่าเสียหายทางละเมิดกับสัญญานั้น มีความต่างกัน กล่าวคือ ละเมิดเป็นนิติเหตุมิได้เกิดจากนิติกรรมหรือสัญญา การทำละเมิดถือเป็น

อนึ่งค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้แก่การคืนทรัพย์สินอันผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะละเมิด หรือใช้ราคาทรัพย์สินนั้น รวมทั้งค่าเสียหายอันจะพึงบังคับให้ใช้เพื่อความเสียหายอย่างใดๆ อันได้ก่อให้เกิดขึ้นนั้นด้วย

¹⁹ มาตรา 222 การเรียกเอาค่าเสียหายนั้น ได้แก่เรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ความเสียหายเช่นที่ตามปกติย่อมเกิดขึ้นแต่การไม่ชำระหนี้

เจ้าหนี้จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้ แม้กระทั่งเพื่อความเสียหายอันเกิดแต่พฤติการณ์ พิเศษ หากว่าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้คาดเห็น หรือควรจะได้คาดเห็นพฤติการณ์เช่นนั้นล่วงหน้าก่อน แล้ว

บ่อเกิดแห่งหนึ่งให้ชดใช้ค่าเสียหายตามที่กฎหมายกำหนด โดยผู้ถูกละเมิดกับผู้ทำละเมิดไม่เคย มีนิติสัมพันธ์ต่อกันแต่อย่างใด ส่วนการเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญา นั้นเป็นผล มาจากการที่ลูกหนี้มีได้ชำระตามสัญญาที่มีอยู่ต่อกันอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งในการเข้ารับบริการ ด้านการแพทย์ แพทย์กับผู้ป่วยมีนิติสัมพันธ์ทางสัญญาต่อกันอยู่ก่อนแล้ว เมื่อมีความเสียหาย เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลของแพทย์ จึงถือว่าเป็นการผิดสัญญา การเรียก ค่าเสียหาย จึงเป็นผลมาจากการที่แพทย์ปฏิบัติผิดหน้าที่หรือฝ่าฝืนข้อกำหนดในสัญญา ดังนั้น การเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการด้านการแพทย์จึงต้องเรียกให้รับผิดชอบใช้ฐาน ผิดสัญญา มิใช่ฐานละเมิด นอกจากนี้เมื่อการเข้ารับบริการด้านการแพทย์ ถือเป็นสัญญาต่าง ตอบแทนอย่างหนึ่งที่ไม่ใช่ซื้อและเป็นสัญญาที่กฎหมายมิได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง ดังนั้น แพทย์กับผู้ป่วยสามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ของสัญญาไว้เป็นอย่างไรก็ได้ ตามหลักอิสระในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กรอบ ของกฎหมายคือวัตถุประสงค์แห่งสัญญานั้นจะต้องไม่เป็นการต้องห้ามชัดเจนโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ผู้เขียน จึงเห็นว่า ในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์หรือในสัญญารักษาพยาบาล แพทย์กับผู้ป่วยอาจจะ ตกลงกำหนดเงื่อนไขในเรื่องเกี่ยวกับค่าชดเชยความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นไว้สัญญาได้ เนื่องจาก การเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาตามมาตรา 222 มีวัตถุประสงค์ในการชดใช้หรือ เยียวยาให้เจ้าหนี้ได้รับความเสียหายกลับอยู่ในสถานะเช่นเดียวหรือเสมือนกับว่าเจ้าหนี้ได้รับ ชำระหนี้จากลูกหนี้ตามสัญญา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าความเสียหายจากการเข้ารับบริการด้านแพทย์นั้น ความเสียหายบางอย่างเป็นความเสียหายที่สามารถประมาณการได้ อย่างเช่น เงินหรือค่าใช้จ่ายที่ ผู้เสียหายต้องเสียไปหรือต้องจ่ายเพื่อเป็นค่ารักษาพยาบาล หรือต้องเสียไปเพราะผู้เสียหายต้อง ว่าจ้างแพทย์อื่นให้มาทำการรักษาต่อ หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ อันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการทาง การแพทย์ เพราะก่อนการรักษาแพทย์และผู้ป่วยได้มีการตกลงกันในเรื่องเงื่อนไขของการ รักษาพยาบาล ซึ่งก็รวมถึงค่าใช้จ่ายต่างๆ ในการรักษาพยาบาลด้วย ดังนั้นค่าเสียหายที่เป็น ค่าใช้จ่ายจึงเป็นค่าเสียหายที่สามารถประมาณการได้ก่อนเข้าทำสัญญา

ปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า การกำหนดค่าชดเชยหรือค่าเสียหายไว้ในสัญญา นั้นจะถือเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม²⁰ และเป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นว่าด้วยลักษณะของวิชาชีพแพทย์แล้ว ถือเป็นวิชาชีพที่มีฐานะหรือมีอำนาจการต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าผู้ป่วยอยู่แล้ว การกำหนดค่าเสียหายหรือการกำหนดความรับผิดของผู้ประกอบวิชาชีพไว้ในสัญญา ในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายแล้วอาจไม่สามารถที่จะกระทำได้เพราะถือว่าไม่เป็นธรรมสำหรับผู้ป่วย แต่ในทางกลับกันหากมองในแง่ของผู้ป่วย การกำหนดเงื่อนไขความรับผิดในเรื่องค่าเสียหายไว้ในสัญญา วัตถุประสงค์ของการกำหนดค่าเสียหายเพื่อเป็นการชดเชยหรือเยียวยาแก้ไขความเสียหายในเบื้องต้นที่ผู้ป่วยได้รับ เพราะหากจะให้ผู้ป่วยไปฟ้องคดีแล้วให้ศาลสั่งให้ได้รับค่าเสียหายนั้น ย่อมเป็นที่ทราบอยู่แล้วว่าผู้ป่วยแทบที่จะไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไขได้เลย เนื่องจากข้อจำกัดในการฟ้องคดีดังที่กล่าวมาแล้วนั้น ดังนั้น การกำหนดค่าเสียหายไว้ในสัญญากลับจะเป็นประโยชน์สำหรับผู้ป่วย นอกจากนี้เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 จะพบว่ากฎหมายกำหนดให้ “ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา...ให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น” นั้นย่อมหมายความว่าคู่สัญญาสามารถกำหนดข้อตกลงความรับผิดในสัญญาได้ โดยให้มีผลบังคับได้เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี ดังนั้น ในการกำหนดความรับผิดในเรื่องค่าเสียหายไว้ในสัญญาจึงสามารถที่

²⁰ มาตรา 4 บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่กฎหมายจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา...”

กระทำได้และกฎหมายย่อมบังคับให้ได้ แต่ข้อตกลงหรือจำกัดสิทธิอื่นๆ เช่น แพทย์กับผู้ป่วยตกลงกันว่าหากมีความเสียหายขึ้นจากการเข้ารักษาพยาบาล แพทย์จะรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่ตามผู้เสียหายต้องเสียไปเพราะการเข้ารับการรักษาพยาบาล และค่าเสียหายอื่นๆ อันเป็นผลมาจากการรักษา ในกรณีเช่นสามารถที่จะกระทำได้ แต่ถ้าในสัญญานั้นมีข้อตกลงไว้ว่าเมื่อแพทย์ได้ชดใช้ค่าเสียหายแล้ว ผู้ป่วยจะต้องไม่ใช้สิทธิฟ้องร้องใดๆ อีก ข้อตกลงเช่นนี้ถือว่าไม่เป็นธรรมสำหรับผู้ป่วยจึงไม่สามารถบังคับได้ นอกจากจะเป็นการขัดกับกฎหมายดังกล่าวแล้ว การจำกัดสิทธิการฟ้องร้องคดียังถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญอีกด้วย จึงบังคับตามข้อตกลงนั้นไม่ได้ แต่ข้อตกลงในเรื่องค่าเสียหายยังสามารถบังคับได้ไม่เสียไปแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เพื่อมิให้เกิดประเด็นข้อโต้แย้งด้านกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดค่าเสียหายไว้ในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรมีการปรับแก้กฎหมายให้สอดคล้องกับความเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการด้านการแพทย์ โดยกฎหมายต้องให้สิทธิคู่สัญญา(แพทย์กับผู้ป่วย) สามารถที่จะกำหนดเงื่อนไขความรับผิดในเรื่องค่าเสียหายไว้ในสัญญาได้ในลักษณะที่เป็นการเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้น และการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการจำกัดสิทธิตามที่กฎหมายคุ้มครองและรับรองให้ไว้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายอีกด้วย ซึ่งหากสามารถกระทำได้เช่นนี้ผู้เขียนมีความเชื่อมั่นว่าการนำหลักความรับผิดทางสัญญา มาปรับใช้กับความรับผิดในทางการแพทย์จะก่อให้เกิดโยชน์และเป็นธรรมกับผู้ป่วย อีกทั้งยังเป็นการลดปัญหาความขัดแย้งอันนำไปสู่การฟ้องร้องการแพทย์ได้อีกด้วย เพราะเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นผู้ป่วยส่วนมากต้องการได้รับการเยียวยาแก้ไขในสิ่งผิดพลาด โดยไม่มีเจตนาที่จะฟ้องร้องแต่ที่ฟ้องร้องเพราะที่ผ่านมาเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาล ผู้ประกอบวิชาชีพมักจะปฏิเสธความรับผิด ผู้ป่วยจึงไม่มีทางเลือก แต่ถ้ามีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายในเบื้องต้นและได้กระทำในทันทีแล้วเชื่อว่าผู้ป่วยหรือผู้เสียหายส่วนมากมักพอใจและเลือกที่จะไม่ฟ้องร้อง

2.4 อายุความ

ความรับผิดทางละเมิด การฟ้องคดีละเมิดมีอายุความ 1 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิด และรู้ตัวผู้พึงใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันทำละเมิด เมื่อการพิสูจน์ความผิดของแพทย์เป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก ดังนั้น คดีส่วนใหญ่จึงมักมีการฟ้องร้องต่อสู้คดีกันถึง 3 ศาล ซึ่งบางคดีอาจใช้ระยะเวลาเป็น 10 ปี และพยานหลักฐานต่างๆ ก็ยากต่อการนำมาพิสูจน์ข้อเท็จจริง

ในความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากเป็นวิธีการปฏิบัติตามวิชาชีพของแพทย์ซึ่งบุคคลธรรมดาอาจทราบได้

ความรับผิดทางสัญญา เนื่องจากสัญญาให้บริการด้านการแพทย์เป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่งที่ไม่มีชื่อ และกฎหมายไม่ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอายุความในการฟ้องคดีไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในการฟ้องคดีเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการที่แพทย์ได้ปฏิบัติผิดหน้าที่หรือฝ่าฝืนหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา จึงต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/30²¹ มาบังคับใช้ ดังนั้น ในการฟ้องร้องคดีเรียกค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาให้บริการด้านการแพทย์ จึงมีกำหนดอายุความ 10 ปี นับแต่วันที่ทราบถึงการผิดสัญญา และประเด็นที่ศาลจะพิจารณาก็คือมีการผิดสัญญากันหรือไม่ การผิดสัญญานั้นก่อให้เกิดความเสียหายอย่างไร ทั้งพยานหลักฐานในคดีก็สามารถนำสืบพิสูจน์ได้ง่ายกว่าในคดีละเมิด หากศาลวินิจฉัยแล้วเห็นว่าแพทย์ผิดสัญญาจริง ผู้ป่วยก็จะได้รับการชดเชยที่รวดเร็วกว่าฟ้องคดีละเมิด

ปัญหาว่าทำไมในปัจจุบันการฟ้องคดีทางการแพทย์ที่ผ่านมาและแนวคำวินิจฉัยของศาลส่วนใหญ่เป็นเรื่องของความประมาทเลินเล่อเป็นการละเมิดมิใช่เรื่องผิดสัญญา ผู้เขียนเห็นว่าแต่เดิมนั้นระบบการให้บริการด้านการแพทย์ของไทยเป็นการดำเนินการโดยรัฐมิใช่เอกชนโดยถือว่าเป็นบริการสาธารณะและไม่เสียค่าใช้จ่ายที่รัฐจัดไว้เพื่อให้บริการประชาชน ฐานะหรือความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจึงต่างกันกล่าวคือรัฐผู้ให้บริการมีฐานะที่เหนือกว่าประชาชนผู้รับบริการ หากเกิดกรณีพิพาทขึ้นระหว่างรัฐกับประชาชนจึงต้องบังคับตามกฎหมายพิเศษ ดังนั้น เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจึงไม่อาจสามารถฟ้องให้รับผิดทางสัญญาได้ แต่ต้องฟ้องเป็นละเมิด ดังนั้น ที่ผ่านมานำคำวินิจฉัยของศาลส่วนใหญ่หรืออาจจะกล่าวได้ว่าเกือบทั้งหมดเป็นเรื่องของความรับผิดในทางละเมิด

หรืออาจเป็นเพราะผู้เสียหายหรือทนายความไม่ทราบว่านอกจากการฟ้องให้รับผิดทางละเมิดแล้ว การฟ้องให้รับผิดทางสัญญาก็สามารถที่จะกระทำได้เช่นกัน เนื่องจากปัจจุบันการให้บริการด้านการแพทย์จัดเป็นการให้บริการเชิงพาณิชย์ที่มีการเรียกเก็บค่าบริการในจำนวนที่สูงส่งผลให้ผู้ป่วยคาดหวังในคุณภาพ มาตรฐาน รวมทั้งความปลอดภัยด้วยเช่นกัน จากลักษณะของการให้บริการของผู้ประกอบวิชาชีพกับการเข้ารับบริการของผู้ป่วย ถือว่าเป็นนิติสัมพันธ์ในทาง

²¹ มาตรา 193/30 อายุความนั้น ถ้าประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้มีกำหนดสิบปี

สัญญาต่อกัน ดังนั้น เมื่อแพทย์ไม่อาจให้การรักษาได้ตามมาตรฐานได้ หากมีความเสียหายเกิดขึ้น ถือว่าเป็นการผิดสัญญา นอกจากนี้การตั้งรูปประเด็นในคดีหรือฐานความผิดที่จะฟ้องแพทย์ โดยระบุหรือกำหนดข้อหาหรือฐานความผิดว่าเป็นการกระทำละเมิด มิได้ระบุว่าเป็นเรื่องผิดสัญญา ทำให้ศาลไม่สามารถพิจารณาและมีคำพิพากษาว่าเป็นเรื่องผิดสัญญาได้ เพราะไม่มีประเด็นเรื่องผิดสัญญาเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ศาลจึงไม่อาจมีคำวินิจฉัยในประเด็นเรื่องดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นการวินิจฉัยนอกฟ้องนอกประเด็นในคดีหรือเกินข้อหาในคำฟ้องและเป็นการพิพากษาเกินคำขอ (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 142)

จากที่ได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ตามวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้ได้ข้อสรุปว่า การนำหลักความรับผิดทางสัญญามาปรับใช้กับความเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการด้านการแพทย์ นั้นถือเป็นทางเลือกหนึ่งในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งทางการแพทย์และมีประโยชน์ต่อ ผู้เสียหายหรือผู้ป่วย เนื่องจากผู้เสียหายหรือผู้ป่วยจะได้รับการเยียวยาแก้ไขที่เหมาะสม และเป็นธรรม เพราะการฟ้องให้รับผิดทางละเมิดนั้นมีข้อจำกัดหลายด้านทำให้ที่ผ่านมาผู้เสียหายหรือผู้ป่วยไม่ได้รับการเยียวยาแก้ไข เนื่องจากเป็นฝ่ายแพ้คดี

อย่างไรก็ตามเพื่อให้ปัญหาดังกล่าวได้รับการเยียวยาแก้ไขอย่างจริงจัง อีกทั้งเป็นการให้ความคุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพและผู้เสียหายได้อย่างถูกต้องเหมาะสมและเป็นธรรม ผู้เขียนมีความเห็นว่าการผลักดันให้มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษ โดยให้มีความครอบคลุมถึงเรื่องหลักเกณฑ์ความยินยอมของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาล และครอบคลุมถึงความเสียหายอันเนื่องมาจากการเข้ารับบริการด้านการแพทย์ทุกๆ กรณี ในเรื่องนี้ผู้เขียนจะได้นำเสนอต่อไปในบทที่ 5 ซึ่งเป็นบทสรุปและข้อเสนอแนะ