

แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของ
ผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพทนายความ
และวิชาชีพแพทย์

รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ
หัวหน้าคณะวิจัย

แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของ
ผู้ประกอบการวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์
The Approach to Trial on Civil and Criminal Liabilities of the
Professions: Case Studies on the Lawyers and Medical Professions

รองศาสตราจารย์ ดร. ปูม โชคเหมา *

หัวหน้าคณะวิจัย **

Associate Professor Dr. Poom Chokmoh and Staff

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้เรียบเรียงจากการศึกษาวิจัยเรื่อง “แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์” ซึ่งเป็นการศึกษาถึงแนวคิดและมาตรการทางกฎหมาย ตลอดจนศึกษาวิเคราะห์และเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ โดยศึกษาวิจัยข้อมูลของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ประกอบด้วยประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ สหรัฐอเมริกา อังกฤษ และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คำว่า “วิชาชีพ” หมายถึงอาชีพที่มีลักษณะเป็นผู้มีความรู้ขั้นสูงที่จะต้องผ่านการศึกษาอบรมเป็นเวลาหลายปีจนมีความรู้ความชำนาญ และเป็นอาชีพที่เป็นหมู่คณะ มีขนบธรรมเนียมและจรรยาบรรณของตนโดยเฉพาะ แต่บทบาทหน้าที่และการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพทั้งสองต่างก็มีผลกระทบต่อประชาชนผู้รับบริการและต่อสังคมโดยรวม จึงมีการออกกฎหมายเฉพาะ

* อาจารย์อาวุโส รองผู้อำนวยการหลักสูตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

** ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสถาบันวิจัยและพัฒนาที่ดี สำนักงานศาลยุติธรรม.

โดยมีหลักการและวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบวิชาชีพโดยการจัดตั้งองค์กรวิชาชีพ กำหนดมาตรฐานและจริยธรรมวิชาชีพ กำหนดคุณสมบัติผู้ประกอบวิชาชีพต้องได้รับการฝึกอบรม มีความรู้ในวิชาชีพอย่างเป็นระบบ และได้มีการขึ้นทะเบียนรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ คือการประกอบวิชาชีพของทนายความ มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดให้สภาทนายความเป็นองค์กรวิชาชีพ และการประกอบวิชาชีพของแพทย์มีพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดให้แพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพ ทั้งนี้ ในการประกอบวิชาชีพของทนายความ และแพทย์หากเกิดความเสียหายต่อประชาชนผู้รับบริการ นอกจากต้องมีความผิดตามกฎหมายการประกอบวิชาชีพแล้ว อาจต้องมีความผิดในทางแพ่งและหรือทางอาญาร่วมด้วย หากมีการกระทำผิดเข้าเงื่อนไขและองค์ประกอบของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา **ในการพิจารณาคดีความผิดเกี่ยวกับกฎหมายวิชาชีพของทนายความและแพทย์นั้น** องค์กรวิชาชีพทั้งของไทยและต่างประเทศ จะมีแนวทางและมาตรการที่ค่อนข้างสอดคล้องกันคือการใช้กระบวนการมาตรฐานทางจริยธรรมวิชาชีพ โดยอาศัยกฎระเบียบ ข้อบังคับองค์กร เพื่อดำเนินกระบวนการสอบสวนและการลงโทษภายในองค์กร โดยมีโทษตั้งแต่ขั้นตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักการใช้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตามระยะเวลาที่กำหนด และเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ ตามความหนักเบาแห่งคดี ในกรณีมาตรฐานวิชาชีพของทั้งสองวิชาชีพ พบว่านอกจากยังมีปัญหาและข้อจำกัดในบางประเด็น เช่น การกำหนดคุณสมบัติผู้ประกอบวิชาชีพไว้ค่อนข้างต่ำ การกำหนดใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตลอดชีวิต การไม่มีระบบการตรวจสอบ ติดตามประเมินผล และระบบการศึกษาต่อเนื่องแล้ว ในส่วนของกระบวนการพิจารณาคดีจริยธรรมวิชาชีพทั้งทนายความและแพทย์ยังมีปัญหาในประเด็นความโปร่งใส ความเป็นกลาง การกำหนดระยะเวลาสอบสวน ตลอดจนถึงประเด็นเรื่องสิทธิในการอุทธรณ์ภายในของฝ่ายปกครองอีกด้วย **ในการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและแพทย์นั้น** กระบวนการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่โดยที่ได้มีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์กำหนดให้การฟ้องคดีเกี่ยวกับคำว่าจ้างทนายความและการฟ้องคดีเกี่ยวกับการบริการทางการแพทย์หรือสาธารณสุข ถือเป็นคดีผู้บริโภค จึงต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่มีหลักการแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหลายประการ เช่น การยื่นคำฟ้องหรือคำให้การ คู่ความอาจกระทำด้วยวาจาได้ การยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมให้แก่ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค ภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) ที่ใช้หลัก Res Ipsa Loquitur โดยหลักการภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้อยู่เห็น โดยเฉพาะของผู้ประกอบธุรกิจให้ตกแก่ผู้ประกอบธุรกิจ รวมทั้งการให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในการนำระบบการไต่สวน (Inquisitorial

System) มาใช้ในการพิจารณาคดี โดยให้อำนาจศาลในการพิจารณาค้นหาความจริงเพื่อนำมาวินิจฉัยและตัดสินคดี โดยศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร ศาลเป็นผู้ซักถามพยานเอง คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อศาลอนุญาต สภาพปัญหาอันเกิดขึ้นจากการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่ง โดยเฉพาะสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีแพทยคือ ในการพิจารณาคดี ศาลยังไม่มีบทบาทในเชิงรุกมากนัก โดยยังไม่ได้นำระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ เพราะความเคยชินกับระบบกล่าวหาแบบเดิมที่ให้ความรู้ทั้งสองฝ่ายได้นำเสนอพยานหลักฐานของตนให้ศาลเป็นผู้พิจารณา จำนวนคดีผู้บริโภคที่มาสู่ศาลต่าง ๆ มีจำนวนคดีค่อนข้างมาก ตลอดจนปัญหาในการพิจารณามาตรฐานวิชาชีพของแพทย์และการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ โดยศาลไทยยังมีข้อจำกัดในการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งในเรื่องของความเชื่อถือ มาตรฐานหรือระดับความเชี่ยวชาญตลอดจนความเป็นกลางในการให้ความเห็น ในขณะที่สหรัฐอเมริกา อังกฤษ สาธารณรัฐฝรั่งเศสและสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้ความสำคัญกับพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์เป็นอย่างมาก โดยพยานผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่ในการให้รายละเอียดและความเห็นในข้อเท็จจริงของรูปคดีต่อศาล นอกจากนั้นยังมีปัญหาในส่วนของการกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งของศาลซึ่งไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน สำหรับการพิจารณาคดีความผิดทางอาญาของทนายความและแพทย์นั้น กระบวนการพิจารณาคดีอาญาเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ใช้ระบบกล่าวหา ยึดถือหลักการดำเนินคดีอาญาตามหลักภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) หลักการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (Prove beyond a reasonable doubt) โดยอาศัยพยานผู้เชี่ยวชาญทางแพทย์ อีกทั้งการยอมรับหลักการว่าด้วยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (Causation) โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับคดีทรมานเวชปฏิบัติทางการแพทย์ (Medical Malpractice) มีปัญหาในเรื่องภาระการพิสูจน์ ที่ตกแก่ผู้เสียหายเป็นหลัก ปัญหาในการหาและเข้าถึงพยานหลักฐาน โดยเฉพาะเรื่องมาตรฐานวิชาชีพ และเวชระเบียน (Medical Record) ที่ไม่มีกฎหมายกำหนดชัดเจน ตลอดจนความไม่เชื่อถือในพยานผู้เชี่ยวชาญจากสภาวิชาชีพ การชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่ต้องเป็นการกระทำให้เกิดความเสียหายโดยชัดแจ้ง และโดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทของแพทย์ซึ่งกฎหมายไทยใช้หลักความประมาทเลินเล่อในทางแพ่ง (Negligence) ในขณะที่สหรัฐอเมริกาและสหราชอาณาจักร (อังกฤษ) การกระทำของแพทย์ที่จะเป็นความผิดทางอาญา ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) โดยมีเจตนาร้าย (Mens Rea) เท่านั้น

คณะผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอแนะแนวทางและมาตรการแก้ไขปัญหาด้านการพิจารณาคดีความผิดตามกฎหมายวิชาชีพของทั้งสองวิชาชีพ โดยปรับปรุงมาตรฐานวิชาชีพให้มีความชัดเจน

ปรับปรุงคุณสมบัติด้านอายุของผู้ประกอบวิชาชีพ และระบบการติดตามประเมินผล การศึกษาต่อเนื่องให้มีความเหมาะสม จัดให้มีระบบฐานข้อมูลกลางของผู้ประกอบวิชาชีพ ปรับปรุงกระบวนการสอบสวนคดีจริยธรรมให้มีความชัดเจน เป็นธรรมและสอดคล้องกับหลักการของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และให้มีการเพิ่มโทษปรับทางปกครอง เพื่อความเหมาะสมในระดับของการลงโทษ และให้มีการจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้กับผู้ได้รับความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพ

ในการพิจารณาตีความผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ สมควรนำกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาใช้กับคดีบริการของวิชาชีพทนายความด้วย เพราะจะทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อประชาชนหรือลูกความผู้เสียหาย เนื่องจากมีความสะดวก ประหยัด รวดเร็ว ภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นของทนายความผู้ประกอบการธุรกิจบริการ สำหรับวิชาชีพแพทย์ ในการนำระบบไต่สวนมาใช้ในการพิจารณาตีความเกี่ยวกับการบริการทางการแพทย์ สมควรให้ศาลปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีในเชิงรุกให้มากขึ้น มีบทบาทในการเป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงมากขึ้น โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่เป็นความเห็นทางการแพทย์หรือเกี่ยวกับมาตรฐานวิชาชีพ ให้มีการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งศาลแต่งตั้งและขึ้นบัญชีเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล ซึ่งผ่านความเห็นชอบร่วมกันกับแพทยสภาและราชวิทยาลัยในแต่ละสาขา เพื่อให้ได้ผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีความรู้และมีมาตรฐานวิชาชีพที่แท้จริง ตลอดจนนำระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาใช้สำหรับคดีแพทย์ทุกคดี นอกจากนั้น คณะผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่าคดีบริการทางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากคดีผู้บริโภคทั่วไป ดังนั้น จึงอาจจำเป็นต้องมีมาตรการหรือวิธีพิจารณาตีความที่แตกต่างไปจากคดีผู้บริโภคในบางประเด็น เช่น การกำหนดอายุความ การกำหนดมาตรการในการกลั่นกรองคดีการฟ้องแพทย์ การกำหนดระยะเวลาในการนัดพิจารณา ให้มีความเหมาะสมและเป็นธรรม เป็นต้น โดยมีลักษณะของวิธีพิจารณาที่สร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณีคือประชาชนผู้เสียหายและผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ โดยคำนึงถึงหน้าที่และเกียรติภูมิในการประกอบวิชาชีพ และสำหรับวิธีพิจารณาความผิดทางอาญา ในส่วนของวิชาชีพทนายความ ควรกำหนดให้มีการไต่สวนในคดีละเมิดอำนาจศาลทุกกรณี และในส่วนของวิชาชีพแพทย์ ควรปรับปรุงหลักความรับผิดโดยประมาทให้การกระทำของแพทย์ที่จะเป็นความผิดทางอาญาต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

Abstract

This article was compiled from research. "The Approach to Trial on Civil and Criminal Liabilities in the Professions: Case Studies on the Legal and Medical Professions." It is a study of the concept itself, and of legal measures to support it. The study analyzes the problem and proposes appropriate legal measures to be adopted in the trials of civil and criminal offenses by professionals, specifically lawyers and medical professionals. The study compares data to the legal systems of other countries. The methodology included the written law of the United Kingdom, the United States, the French Republic, and the Federal Republic of Germany.

The term "professional" derives from "profession" which means in Latin "devoted herself for a life time." In many countries, the term "profession" carries a similar connotation to "vocation" (English), and "Beruf," (German), which means a profession that requires a high level of knowledge and training for many years, followed by the passing of a professional license examination administered by an entity controlling norms and ethics. Since the role and performance of professionals directly affects the public and society, it is indispensable to promulgate laws and regulations to provide principles and objectives to regulate the profession. This is best done by establishing a Commission that will set the standard and the code of conduct, stipulate the requirement for applicants, and administer applications for a professional license. In Thailand, the Lawyers Act B.E. 2528 vested this power in the Lawyer Society of Thailand as regards lawyers. The Medical Professions Act B.E. 2525 vested a similar power in the Medical Council. Lawyers and doctors are responsible for civil or criminal liability if they breach the elements of civil or criminal law. Regarding the professional responsibility of lawyers and medical professionals, their professional boards in Thailand and foreign

countries are similar in employing guidelines and measures of ethical standards and professional responsibility to carry out unbiased investigations and impose appropriate punishments. These range from a warning, probation, or suspension, to a revocation of licenses. Nevertheless, there are several problems, including: a low requirement for qualification; life-time licensing; an absence of measures to monitor performance; and no requirement for continuing education.

Examining the procedure for professional ethics cases raises problems such as lack of transparency, doubtful neutrality, the determination of the inquisition time, and the right to appeal within the administrative body. In a civil case against a lawyer or a medical doctor, trial procedure in the past followed the Civil Procedure Code. However, recently the Chief Justice of the Appeals Court has ruled that a case against a lawyer for legal fees, or a lawsuit against a medical professional, must be treated as a consumer case, and must comply with the Consumer Procedure Act B.E. 2551. There are many procedural differences between the Civil Procedure Code and the Consumer Procedure Act B.E. 2551, such as the method of filing a complaint, the nature of verbal testimony, potential waiver of the Court's fee, and the requirement of a legal representative to submit a case to the Court. The burden of proof is different as well, with the Consumer Procedure Act using the *Res Ipsa Loquitur* principle, which shifts the burden of proof from the consumer to the business provider. The act also provides for a judge's proactive role in utilizing the inquisitorial system to seek out the truth by ordering evidence to be proved in the court as appropriate. Judges can directly examine witnesses, but the litigants or their representatives can only inquire of the witnesses after receiving permission from the court. In medical malpractice cases, the court is not as active as the system requires. A judge does not employ the full extent of the inquisitorial role, as he or she is accustomed to the long tradition that both parties present their evidence. Also troublesome is the large number of consumer cases that are filed with the court. Furthermore, the standards of the medical profession regarding expert witnesses hamper the role of the court in hearing expert testimony due to

reliability issues, the criteria for the qualification of experts, and doubtful neutrality. In the United States of America, the United Kingdom, the Republic of France and the Federal Republic of Germany, the emphasis is placed on the expert witness's duty to provide reliable information and expert opinions to the court. Additionally, there is the problem of estimating damages in the civil cases due to the vague and uncertain criteria.

As for criminal proceedings against lawyers and medical professions, the provisions of the criminal procedure code require that the criminal proceedings must comply with the burden of proof principle. The plaintiff must prove his case beyond a reasonable doubt, and he may employ medical expert witnesses. Furthermore, the principle of the relation of the cause and direct effect (Causation) must be adopted. In medical malpractice cases, the burden of proof mainly falls with the injured person. There are also many difficulties for the injured person in their search for and access to evidence. Professional standards and medical records may be difficult to obtain; stipulated regulations may be unclear; and unreliable testimony by expert witnesses from professional councils may obstruct the injured person from gathering evidence. Under the Thai law, the proof for medical imprudence employs the civil negligence principle, which means the plaintiff must prove by conclusive evidences the cause of the damage and directly relate that cause to negligence in the civil case. In contrast, in the United States of America and the United Kingdom, the conclusive evidence must indicate gross negligence with a pure bad faith (Mens Rea).

The researchers, therefore, propose the following guidelines and measures to resolve the problems in malpractice case proceeding: implementing clearer professional standards; increasing the minimum age qualification; creating an effective evaluation process and monitoring system; providing continuing education; constructing a central database of professionals; improving disciplinary investigative procedures with clearer provisions in accordance with the principles of administrative law; and increasing the administrative fine for a suitable penalty. An

initial remedies fund should also be established to benefit persons injured by professional malpractice.

In a civil case related to professional malpractice by lawyers, the researchers propose that the Consumer Procedure Act should apply to this type of legal cases. That would provide justice to all people and the injured client because the procedure is convenient, economical and fast. The burden of proof shall fall upon the lawyer who offered the service. In case of medical professionals, the Court must play a more active role in searching for evidence in malpractice cases. The Court should also insure that the appointed and registered expert witnesses proposed by the Medical Council and Specialized Medical Board are actually true professional experts with the knowledge that the standard requires. Also, mediation under the Consumer Procedure Act should be applied in all medical malpractice cases. Moreover, the researchers conclude that since medical malpractice cases possess some unique characteristics, the procedural laws should be different from other consumer cases. Those laws include: statutes of limitation; the requirement of prima facie proof; the appropriate and justified determination of the hearing time so as to provide a fair trial for both parties, the injured persons and the medical professions, to maintain the duties and dignity of the professions. In a criminal case related to the professional malpractice of a lawyer, the researchers are of the opinion that there should be a hearing for contempt of court in every case. For the medical profession, it is essential that deliberate intention, or gross negligence with Mens Rea, shall be required for criminal liability.

คำสำคัญ: วิชาชีพทนายความ, วิชาชีพแพทย์, ทุรเวชปฏิบัติ

Keywords: Lawyer Professions, Medical Professions, Medical Malpractice

บทนำ

สำนักงานศาลยุติธรรมเป็นส่วนราชการได้กำหนดยุทธศาสตร์เพื่อความเข้มแข็งและมุ่งสู่ความเป็นเลิศในการอำนวยความยุติธรรมและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วยความเสมอภาค เพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยมีสถาบันวิจัยและพัฒนาฯ ซึ่ง เป็นหน่วยงานที่ดำเนินโครงการเสริมสร้างความเข้มแข็งในกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีแต่ละประเภท ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีผู้บริโภคและคดีสิ่งแวดล้อมในทุกชั้นศาล เพื่ออำนวยความยุติธรรมแก่สังคม อันเป็นที่มาของโครงการวิจัยเรื่องแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพ เฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ศาลยุติธรรมมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ และสามารถนำไปใช้ในการปฏิบัติงานได้อย่างเป็นมาตรฐานเดียวกัน

คณะผู้วิจัยได้ทำการศึกษาวิจัยโดยจำแนกหัวข้อใหญ่ออกเป็น 2 หัวข้อ ได้แก่ แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ในต่างประเทศ จำนวน 4 ประเทศ และแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย ดังนี้

1. แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ในต่างประเทศ

ในส่วนของแต่ละประเทศ ได้จัดแบ่งแนวทางการพิจารณาคดีความผิดออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ได้แก่ สหรัฐอเมริกา และ อังกฤษ กับกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยศึกษาถึงความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ และผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ตามลำดับ กล่าวคือ

1.1 สหรัฐอเมริกา

1.1.1 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในสหรัฐอเมริกา ในอดีตสหรัฐอเมริกาไม่มีกฎหมายของรัฐบาลกลางหรือกฎหมาย

ของสหพันธรัฐเป็นการเฉพาะ ต่อมาหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมอเมริกันได้จัดตั้งสมาคมเนติบัณฑิตอเมริกัน (American Bar Association : ABA) ทำหน้าที่เป็นผู้ประสานงานระหว่างเนติบัณฑิตของแต่ละมลรัฐ (State Bar) อีกทั้งมีบทบาทสำคัญในการออกกฎหมายต้นแบบหรือกฎหมายแม่บท (Model Law) ที่สำคัญที่สุดได้แก่ ข้อบังคับแม่บทว่าด้วยการประพฤติปฏิบัติของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ (Model Rules of Professional Conduct)¹ เช่น ข้อบังคับที่ได้กำหนดขอบเขตของการทำหน้าที่ตัวแทนตัวความและการแบ่งแยกอำนาจระหว่างตัวความและทนายความ การสื่อสารระหว่างทนายความกับลูกความ การรักษาความลับของข้อมูลลูกความ² ข้อกำหนดเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกันกับลูกความคนปัจจุบัน และข้อกำหนดเกี่ยวกับผลประโยชน์ขัดกันกับลูกความปัจจุบันเป็นการเฉพาะ ซึ่งแต่ละข้อมีรายละเอียดที่เป็นหลักการและข้อยกเว้นไว้อันเป็นผลให้ศาลอเมริกันต้องวินิจฉัยคดีความรับผิดชอบของทนายความอเมริกันโดยอาศัยกฎระเบียบดังกล่าว

1.1.2 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในสหรัฐอเมริกา นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 (พ.ศ. 2523) เป็นต้นมา สหรัฐอเมริกาได้มีการยอมรับการปฏิบัติหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญเพื่อที่จะให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้เสียหายและให้ความช่วยเหลือแก่แพทย์ผู้รักษาผู้ป่วย ทำให้มีการว่าจ้างพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในกระบวนการพิจารณาของศาลยุติธรรมและคณะลูกขุนอเมริกัน ทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ เป็นผลให้ศาลอเมริกันต่างต้องตระหนักถึงบทบาทหน้าที่ของพยานผู้เชี่ยวชาญในการตัดสินคดีทรวงเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice)³ ทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยนั้น ต้องได้รับการยอมรับว่ามีคุณสมบัติเหมาะสมเพียงพอที่จะเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญได้ ดังนั้น คดีทรวงเวชปฏิบัติในสหรัฐอเมริกานอกจากต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาแล้ว ยังต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบว่าด้วยพยานผู้เชี่ยวชาญแห่งสหพันธรัฐ (Federal Rules of Evidence : FRE) เทียบได้กับกฎหมายลักษณะพยานที่จำต้องมีพยานผู้เชี่ยวชาญในกระบวนการฟ้องร้องดำเนินคดีการกระทำผิดต่อหน้าที่ทางการแพทย์ (The Expert

¹ New York State Unified Court System Port 1200 [Online], available URL: http://nycourts.gov/rules/joint_appellate/NY-Rules-Prof-Conduct-1200.pdf, 2557 (กรกฎาคม, 29).

² Winn, Peter: "Criminal Prosecutions under ItiPAA, 'United State Attorneys' Bullentin 53, 5 (2005).

³ Peter P. Budetti M. Waters, Medical Malpractice Law in United States, 2005 (May), p. 2.

Witness in Medical Malpractice Litigation)⁴ ศาลอเมริกันได้อาศัยมาตรฐานในการพิจารณาหลักฐานและคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญ โดยกระบวนการหรือวิธีการทางวิทยาศาสตร์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดีนั้นจะต้องเป็นที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปในวงการวิทยาศาสตร์การแพทย์ เรียกว่า “Frye Standard” ในการพิจารณาพยานผู้เชี่ยวชาญของศาลจะต้องทำตามมาตรฐานดังนี้ คือ

(1) ศาลมีหน้าที่ต้องตรวจสอบ (Gatekeeper) และวิเคราะห์ว่าหลักฐานที่พยานผู้เชี่ยวชาญกล่าวอ้างนั้นมาจากกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่ถูกต้องและยอมรับทั่วไปในวงการวิทยาศาสตร์

(2) ศาลต้องพิจารณาจนมั่นใจว่าหลักฐานคำให้การของพยานผู้เชี่ยวชาญนั้นถูกต้อง น่าเชื่อถือและเกี่ยวข้องกับคดี ไม่สามารถพิจารณาจากการชั่งน้ำหนักของคณะลูกขุนโดยลำพัง

(3) ศาลต้องแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาคดีนั้นได้ใช้ความรู้ทางวิทยาศาสตร์เป็นพื้นฐานในการวิเคราะห์ข้อมูล และต้องแสดงให้เห็นถึงกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ที่นำมาใช้ในการพิจารณาคดี และ

(4) ศาลต้องทบทวนความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญ อาจต้องทดสอบทฤษฎีทางการแพทย์ที่พยานผู้เชี่ยวชาญกล่าวอ้าง พิจารณาความเป็นไปได้ของข้อผิดพลาดของทฤษฎีทางการแพทย์ที่พยานผู้เชี่ยวชาญกล่าวอ้าง และแสดงให้เห็นว่าทฤษฎีทางการแพทย์ที่พยานผู้เชี่ยวชาญกล่าวอ้างนั้นเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปทางการแพทย์

1.2 อังกฤษ

1.2.1 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในอังกฤษ สืบเนื่องจากอังกฤษมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทนายความหลายฉบับ เนื่องจากทนายความในอังกฤษมีสิทธิเกี่ยวข้องกับคดีแตกต่างกันไปในแต่ละชั้นศาล และจากการที่อังกฤษได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป เป็นผลให้ทนายความอังกฤษต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของสมาคมเนติบัณฑิตยระหว่างประเทศที่มีผลบังคับกับทนายความในสหภาพยุโรป ทั้งหมดด้วย อนึ่ง กฎหมายดังกล่าวประกอบด้วย พระราชบัญญัติทนายความ ค.ศ. 1974 (Solicitor

⁴Bal, B. (2009). The Expert Witness in Medical Malpractice Litigation. Clinical Orthopaedics and Related Research, [online] 467(2), p. 383. [Online], available URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628518/>, 2013 (March, 1).

Act 1974) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและการให้บริการทางกฎหมาย ค.ศ. 1990 (The Courts and Legal Services Act 1990) พระราชบัญญัติการให้บริการทางกฎหมาย ค.ศ. 2007 (The Legal Service Act 2007)⁵ และสมาคมเนติบัณฑิตระหว่างประเทศ (International Bar Association: IBA) สมาคมแห่งนี้ได้ประกาศหลักการระหว่างประเทศกำหนดความประพฤติปฏิบัติสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย (International Principles on Conduct for the Legal Profession) ซึ่งกฎระเบียบดังกล่าวข้างต้นมิได้มุ่งหมายที่จะนำมาใช้สำหรับบ่งชี้ความผิด หรือมีบทกำหนดโทษ หมายความซึ่งหากได้กระทำไปด้วยความไม่เป็นอิสระ (Independence) ในการปกป้องคุ้มครองลูกค้า ซึ่งมีได้รับความเป็นธรรม อีกทั้งความซื่อสัตย์ ยึดในหลักคุณธรรม ตรงไปตรงมา (Honesty Integrity and Fairness) ซึ่งศาลยุติธรรมของอังกฤษต่างได้นำกฎหมายและกฎระเบียบดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งในมูลละเมิดทำให้เกิดความเสียหายทางการเงิน หรือกระทำโดยประมาททำให้ลูกค้าได้รับความเสียหาย เช่น คดีพินัยกรรม เป็นต้น

1.2.2 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในอังกฤษ สืบเนื่องจากอังกฤษได้สร้างหลักประกันสุขภาพของประชาชนนับตั้งแต่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา อังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติการให้บริการสาธารณสุขแห่งชาติ ค.ศ. 1946 (The National Health Service Act 1946) ถือว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์ (Medical Law) ที่ได้มีการจัดตั้งองค์การให้บริการสาธารณสุขแห่งชาติ (The National Health Service : NHS) ขึ้นในปี ค.ศ. 1948 (พ.ศ. 2491) โดยรัฐเป็นผู้จัดให้มีบริการทางการแพทย์แก่ประชาชน⁶ มีการวางแผนโรงพยาบาล (Hospital Plan) ขึ้นในปี ค.ศ. 1962 และจัดระบบบัญชีรอแพทย์ (Waitlist) มีการแยกผู้ซื้อบริการกับผู้ให้บริการขึ้นในปี ค.ศ. 1989 โดยยังคงไว้ซึ่งหลักประกันสำหรับประชาชนทุกคนด้วยการนำและใช้ภาษีทั่วไป มาใช้ในการสนับสนุนการแยกองค์กรและบทบาทระหว่างผู้ซื้อบริการกับผู้ขายบริการซึ่งต้องผูกพันโดยข้อสัญญา ให้อิสระแก่หน่วยงานผู้ให้บริการด้านสาธารณสุข (Health Authority) โดยเฉพาะกระทรวงสาธารณสุขที่ก่อตั้งขึ้นจากพระราชบัญญัติสาธารณสุข (The Health Act) เป็นกระทรวงหลักในการดูแลหลักประกันสุขภาพทั่วหน้าแก่ประชาชน กฎหมายอื่นที่สำคัญ เช่น พระราชบัญญัติการดูแลสาธารณสุขและสังคม (The

⁵ Legal Services Act 2007 [Online], available URL: <http://www.legalservicesboard.org.uk/>, 2013 (March, 1).

⁶ ปาณสมักย์ เจิมพิพัฒน์, “การฟ้องคดีบริการทางการแพทย์ในอังกฤษ (An Action of English Medical Services),” *ตุลพาท* (พฤษภาคม-สิงหาคม 2554): 149.

Health and Social Care Act 2012) เพื่อเพิ่มความแข็งแกร่งให้แก่ระบบสาธารณสุขจากส่วนกลาง ไปอยู่ส่วนท้องถิ่น โดยรัฐบาลท้องถิ่นเป็นผู้รับช่วงไปดำเนินการตั้งแต่ ค.ศ. 2013 เป็นต้นมา อนึ่ง องค์การ NHS ได้กำหนดสิทธิของผู้ป่วยไว้ในธรรมนูญขององค์กร (The NHS Constitution)⁷ จำนวน 13 ข้อ ตั้งแต่ ค.ศ. 2009 ประกอบด้วย สิทธิที่จะพบแพทย์ทั่วไป สิทธิในการขอความเห็นที่สองจากแพทย์ สิทธิที่จะเปลี่ยนแพทย์ สิทธิที่จะได้รับการรักษาจากโรงพยาบาล สิทธิที่จะพบและปรึกษาแพทย์ สิทธิที่จะเลือกห้องและจองสิทธิที่จะร้องทุกข์หากรอคอยนาน สิทธิในหอผู้ป่วย สิทธิที่จะให้ความยินยอม ในการตรวจและรักษา สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา สิทธิที่จะตาย สิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลสุขภาพของตน และสิทธิที่จะได้รับข้อมูลบริการทางการแพทย์ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมสิทธิของผู้ป่วย เพื่อให้การเข้าถึงบริการทางการแพทย์หรือสาธารณสุขอีก 6 ข้อ ประกอบด้วย สิทธิที่จะได้รับการบริการของ NHS โดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย สิทธิที่จะเข้าถึงบริการของ NHS โดยไม่ถูกปฏิเสธโดยไม่มีเหตุผล สิทธิที่จะคาดหวังให้ NHS เข้าถึงความต้องการของประชาชนซึ่งเป็นชุมชนท้องถิ่น สิทธิที่จะเข้ารับบริการทางการแพทย์ในพื้นที่สมาชิกสหภาพยุโรป สิทธิที่จะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม และ สิทธิที่จะเข้าถึงการใช้บริการโดยมีการเสียค่ารักษาพยาบาลภายในระยะเวลาที่รอคอย

อนึ่ง ความผิดทางแพ่งของแพทย์อังกฤษนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาที่มีองค์ประกอบ 4 ประการ ได้แก่ มีข้อตกลง มีค่าตอบแทน มีวัตถุประสงค์ชอบด้วยกฎหมาย และ คู่สัญญามีความสามารถตามกฎหมาย และจากการที่แพทย์มีหน้าที่รักษาพยาบาล แพทย์ต้องไม่กระทำผิดหน้าที่อันอาจเป็นสาเหตุให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย สำหรับการกระทำผิดของแพทย์อาจมีทั้งโดยตั้งใจหรือจงใจ รวมทั้งดວັນในการที่มีหน้าที่ต้องกระทำ ดังนั้น แพทย์ของอังกฤษอาจต้องรับผิดทางอาญารัฐมาผู้อื่นโดยเจตนา หรือทำร้ายเป็นเหตุให้ผู้อื่นตาย ประทุษร้าย และทำร้ายร่างกาย

1.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

1.3.1 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในสาธารณรัฐฝรั่งเศส สืบเนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพทนายความเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติยศและศักดิ์ศรี มีความเชื่อว่า คำว่า “ทนาย” นั้นมาจากคำว่า “ทำนาย” ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสเรียกทนายความ (Advocat(e)) ว่า “Maître” แปลว่า “นาย” หากให้เกียรติกันมากเรียกว่า

⁷The NHS Constitution : the NHS belongs to us all for England [Online], available URL: <http://www.gov.uk/government/uploads/system>, 2014 (August, 12).

“ท่านนาย” โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพทนาย มีทั้งกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติ (La Loi) และกฤษฎีกา (Le Décret) ได้แก่ กฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติ ลงวันที่ 3 ธันวาคม 1971 (La Loi du 3 décembre 1971), กฤษฎีกา ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 1991 (Le Décret du 27 novembre 1991) และ กฤษฎีกา ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 2005 (Le Décret du 12 juillet 2005) กฎหมายดังกล่าวมีข้อบัญญัติให้ทนายความฝรั่งเศสต้องประกอบวิชาชีพด้วยความซื่อสัตย์สุจริตต่อลูกค้าของตนโดยปราศจากการครอบงำจากสิ่งใด ๆ ทั้งปวง อีกทั้งยังต้องเคารพสิทธิและศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ โดยต้องรักษามาตรฐานการประกอบวิชาชีพ (Professional Standard) และมาตรฐานด้านวินัย (Professional Discipline)⁸ โดยมีองค์กรผู้ทำหน้าที่กำกับดูแล ได้แก่ สภาคณะกรรมการบริหาร (Exécutive Comité Conseil) เป็นผู้มีอำนาจลงโทษทางวินัยแก่ทนายความซึ่งประพฤติตนขัดต่อข้อประพฤติปฏิบัติสำหรับวิชาชีพ (Professional Conduct) ตามปกติทนายความฝรั่งเศสต่างก็มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ทำไว้กับลูกค้า หากไม่ปฏิบัติตามสัญญา ทนายความอาจถูกฟ้องทางแพ่งให้รับผิดชอบและชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น และต้องมีการชดเชยค่าเสียหาย หรือทนายความอาจกระทำโดยประมาททำให้ต้องรับผิดชอบทางแพ่งในมูลละเมิดด้วยการชดเชยค่าสินไหมทดแทน ซึ่งเป็นหน้าที่ของโจทก์ต้องพิสูจน์ถึงความผิด (Fault) การกระทำและผลของการกระทำ (Causation) รวมทั้งอันตรายที่ได้รับ (Harm) ขณะเดียวกันทนายความฝรั่งเศสอาจต้องรับผิดชอบทางอาญาพร้อมด้วยรับโทษทางวินัย ในกรณีที่เปิดเผยข้อมูลลับของลูกค้า โดยมีองค์ประกอบความผิดดังนี้ คือ

(1) ทนายความได้รับหรือครอบครองข้อมูลนั้น

(2) ทนายความเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ และ

(3) ทนายความมีหน้าที่รักษาความลับของข้อมูลนั้น แม้เป็นการชั่วคราว แต่ได้เปิดเผยข้อมูลนั้นโดยมิได้รับอนุญาตจากลูกค้าหรือศาลหรือแพทย์ซึ่งต้องนำพยานหลักฐานทางการแพทย์ในการนำสืบความผิดของจำเลยในศาล⁹ อนึ่ง สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้จำแนกความรับผิดชอบทางอาญาออกเป็น 3 ระดับ ได้แก่ (1) ความผิดอาญา/ฉกรรจ์ (Les Crimes) (2) ความผิดมิชฌิมโทษ (Les Délites) และ (3) ความผิดลหุโทษ (Les Contraventions) สำหรับความผิดทางอาญาในระดับมิชฌิมโทษที่มีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 2 เดือน แต่ไม่ถึง 15 ปี นั้น ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส

⁸Principes de base relatifs au rôle du barreau [Online], available URL: <http://www.ohchr.org/French/law/barreau.htm>, 2013 (March, 1).

⁹C. Ambroise. Casterot, <<Droit Pénal Spécial et des affaires>>, Gualino Coll Master Droit, 3 V. Malabat, <<Droit Pénal Spécial>>, Dalloz hypereours, 5^{ème} éd. 2011.

ฉบับปี ค.ศ. 1993 ได้บัญญัติทางเลือกให้ศาลนำไปลงโทษได้ทางใดทางหนึ่งใน 3 ทาง คือ (1) ปรับรายวัน (2) ทำงานให้บริการสาธารณะ (3) ห้ามหรือจำกัดสิทธิบางประการ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกระทำความผิด เช่น พักใช้ใบอนุญาตขับรถยนต์ หรือห้ามการประกอบวิชาชีพเป็นระยะเวลาไม่เกินช่วงเวลาที่ถูกกฎหมายกำหนด รวมทั้งการริบ ลบล้าง หรือเพิกถอนสิทธิ เป็นต้น

1.3.2 แนวทางการพิจารณาความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศส รัฐสภาฝรั่งเศสได้อนุมัติรัฐบัญญัติว่าด้วยสิทธิของผู้ป่วยและคุณภาพของการดูแลสุขภาพพยาบาล (Patient's Rights and Quality of Care Act no. 2002-303) โดยมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ (1) ส่งเสริมการรับฟังเสียงเรียกร้องของประชาชนผู้ป่วย และเสียงเรียกร้องนั้นจะต้องได้รับการพิจารณา (2) ปรับปรุงคุณภาพการบริการทางการแพทย์ โดยให้มีการศึกษาต่อเนื่องและมีการประเมินผลการปฏิบัติงานวิชาชีพ และ (3) ชดเชยความเสียหายจากการบริการทางการแพทย์โดยไม่คำนึงว่าจะเกิดจากการกระทำความผิดหรือไม่

อนึ่ง การให้บริการทางการแพทย์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีส่วนคล้ายคลึงกับของอังกฤษ กล่าวคือ เป็นการให้บริการโดยหน่วยงานของรัฐ ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นจากความเสียหายในการให้บริการทางการแพทย์เดิมนั้นใช้ระบบประกันสังคมฝรั่งเศส (French Social Security System) ก่อนที่จะเปลี่ยนไปใช้ระบบไม่มีความผิด (No Fault System) ในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการให้บริการทางการแพทย์ ตามที่มีบทบัญญัติดังกล่าวในประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code of Public Health)¹⁰ ยกเว้นกรณีที่ผู้ป่วยเกิดโรคจากการกระทำของแพทย์ (iatrogenic) หรือการติดเชื้อจากโรงพยาบาล หรือจากการประเมินความเสียหายของผู้ป่วยจากการรับบริการทางการแพทย์โดยแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ยังคงถือว่าการให้บริการทางการแพทย์นั้นเป็นโทษทางอาญาและอาจต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนทางแพ่งโดยใช้สิทธิเรียกร้องผ่านคณะกรรมการไกล่เกลี่ยค่าสินไหมทดแทน (Committee of Conciliation and Compensation) เป็นผู้พิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาความเป็นศัตรูระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ขณะเดียวกันเมื่อคดีการให้บริการทางการแพทย์ต้องไปสู่กระบวนการของศาล แม้ไม่มีกฎหมายลักษณะพยานเป็นการเฉพาะเหมือนเช่นประเทศไทย ศาลฝรั่งเศสได้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งฝรั่งเศส (Civil Procedure Code of France) ด้วยการให้คู่ความนำพยานผู้เชี่ยวชาญเข้าสืบในคดีส่วนแพ่ง โดยมีบทบัญญัติให้พยานผู้เชี่ยวชาญแสวงหาข้อเท็จจริงหรือเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงเท่านั้น หรืออาจเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลตั้งให้ อาจมากกว่า 1 คนก็ได้

¹⁰ มาโรจน์ ขจรไพศาล, “การคุ้มครองความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส,” ใน *ดุลพាห* 1, 59 (มกราคม-เมษายน, 2555): 81.

เนื่องจากศาลฝรั่งเศสยังจำเป็นต้องทราบข้อเท็จจริงบางอย่างก่อนที่จะตัดสินคดีที่เป็นปัญหาทางด้านเทคนิคที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญพิเศษเฉพาะทางที่อยู่นอกเหนือความสามารถของตน ทำให้เกิดมาตรการแสวงหาข้อเท็จจริง (Les mesures d’instruction) ขึ้นโดยศาลเอง¹¹ โดยให้คู่ความมาเบิกความที่ศาลด้วยตนเอง โดยให้บุคคลภายนอกเข้ามาเบิกความในคดีและโดยการให้มีผู้ชำนาญการหรือผู้เชี่ยวชาญ (L’expert) เข้ามาดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริง โดยเฉพาะคดีพิพาทเกี่ยวกับการให้และรับบริการทางการแพทย์มักปรากฏปัญหาทางเทคนิคเสมอ จึงจำเป็นต้องอาศัยพยานผู้มีความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ (L’expert) เช่น การวินิจฉัยความผิดปกติทางกายวิภาคหรือบางส่วนของคนไข้ ศาลฝรั่งเศสจำต้องอาศัยความช่วยเหลือจากพยานผู้ชำนาญการซึ่งจะให้ข้อมูลที่จำเป็นแก่ศาลในรูปของความคิดเห็น เช่นเดียวกับการกระทำผิดทางอาญาของแพทย์ฝรั่งเศสก็ต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส (Criminal Code of France) และศาลฝรั่งเศสยังคงต้องดำเนินการกระบวนการพิจารณาภายใต้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศส (Criminal Procedure Code of France) เนื่องจากยังคงประสบปัญหาทางเทคนิค ศาลจึงอาจมีคำสั่งเองหรือตามที่พนักงานอัยการหรือคู่ความร้องขอให้มีการแต่งตั้งพยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของศาล¹² สำหรับผู้เชี่ยวชาญนั้นอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล (ที่ต้องระบุตัวแทนไว้ด้วย) ก็ได้ แต่ต้องขึ้นทะเบียนไว้ในหอทะเบียนแห่งชาติที่ศาลฎีกาเป็นผู้จัดทำขึ้น หรือปรากฏชื่ออยู่ในทะเบียนที่ศาลอุทธรณ์จัดทำขึ้น และก่อนให้การเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญก็ต้องสาบานตนว่าจะให้ความร่วมมือกับศาลด้วยเกียรติและความตระหนักรู้ที่ดีของตน

1.4 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

1.4.1 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากทนายความในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นวิชาชีพที่มีเกียรติ เป็นที่ยอมรับและไว้วางใจจากประชาชนในการทำหน้าที่เป็นตัวแทนในศาล เป็นวิชาชีพที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญทางกฎหมายเป็นพิเศษ อีกทั้งยังทำหน้าที่เป็นที่ปรึกษากฎหมาย โดยอาจดำเนินการเป็นเอกเทศส่วนบุคคลหรือรวมตัวกันในรูปแบบเป็นบริษัทก็ได้ คล้ายกับทนายความในประเทศไทย แต่ทนายความเยอรมันทุกคนต้องอยู่ภายใต้บังคับบัญญัติ

¹¹ ธนฤต วรณชชากุล, มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง : มองเทศแล้วย้อนมามองไทย, วารสารอัยการ 23, 257 (ตุลาคม-ธันวาคม 2553) : 111-128.

¹² Criminal Code of France, Art. 161.

รัฐบาลสหพันธ์หรือรัฐบาลกลางเกี่ยวกับทนายความ ค.ศ. 1959 (The Federal Lawyers Act 1959) โดยที่ไม่มีการจำแนกทนายความเยอรมันออกเป็นหลายประเภทเหมือนเช่นทนายความอังกฤษ ดังนั้น ทนายความเยอรมันจึงมีสิทธิร้องขอว่าความได้ทุกชั้นศาล (All Courts) ยกเว้นศาลยุติธรรมแห่งสหพันธ์ (Federal Court of Justice) อนึ่งทนายความเยอรมันยังต้องอยู่ภายใต้กฎข้อบังคับผู้ประกอบวิชาชีพทนายความ (Regulation of the Profession Lawyer) ที่ถือว่าเป็นกฎหมายลำดับรองที่นำมาใช้ควบคุมความประพฤติของทนายความ โดยมีหลักการสำคัญคือ (1) ให้ความเป็นอิสระแก่การประกอบวิชาชีพทนายความ (A Liberal Profession) กล่าวคือ ปลอดจากการแทรกแซงทางการเงิน และมีความเป็นอิสระทางการเงิน (2) มีสิทธิในการเป็นตัวแทนประชาชนในฐานะลูกความ เพื่อว่าความคดีทุกประเภท เว้นแต่จะมีกฎหมายจำกัดไว้เป็นอย่างอื่น และเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) และการรักษากระบวนการยุติธรรมหรือความเที่ยงธรรม ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลใด ๆ อีกทั้งต้องไม่เปิดเผยความลับของลูกความ ไม่มีผลประโยชน์ขัดกัน ต้องทำหน้าที่ด้วยความสามารถโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์หลักของคดีนั้น ๆ กรณีที่ทนายความเปิดเผยความลับ ย่อมเป็นการกระทำความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal Code 1871) คู่ความและศาลมีหน้าที่ต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (German Code of Criminal Procedure) หรือกรณีที่ทนายความเยอรมันกระทำการละเมิด เช่น การเปิดเผยความลับทำให้ลูกความได้รับความเสียหาย หรือกรณีให้คำปรึกษาทางอาชญากรรมโดยละเอียดหรือประมาทเลินเล่อ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ลูกความ ทนายความก็ต้องผูกพันรับผิดชอบใช้คำสันนิษฐานใหม่ทดแทนภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) และต้องใช้คู่กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (German Civil Procedure Code) เช่นเดียวกับประเทศไทย

1.4.2 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สืบเนื่องจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เยอรมันต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของสหพันธ์รัฐ เพื่อการออกใบอนุญาต (Federal Level Licensing) และเพื่อควบคุมความประพฤติของแพทย์ ขณะเดียวกันทั้งแพทย์และคนไข้หรือผู้ป่วยต่างก็ต้องอยู่ภายใต้บังคับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (German Civil Code) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (German Civil Procedure Code) ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน (German Criminal/ Penal Code) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (German Code of Criminal Procedure) เช่นเดียวกับสาธารณรัฐฝรั่งเศสและประเทศไทย เนื่องจากเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil/Code Law System) เหมือนกัน แต่ในคดีทนายวิชาชีพทาง

การแพทย์ (Medical Malpractice) ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี¹³ ก็ไม่แตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) เช่นในสหรัฐอเมริกาและในอังกฤษ ในทางปฏิบัติ

ศาลเยอรมันได้วินิจฉัยความผิดทางแพ่งและทางอาญาของแพทย์เยอรมันเป็นรายกรณี (Case Law) ส่วนใหญ่ได้แก่การรักษาพยาบาลที่บกพร่อง (Defective Treatment) ปฏิเสธการรักษาหรือละเลยที่จะรักษา ละเลยเพิกเฉยต่อการเปิดเผยความจริงให้ผู้ป่วยทราบ (Lack of Disclosure) รวมทั้งทำการรักษาพยาบาลโดยที่ผู้ป่วยมิได้ให้ความยินยอม (Informal Refusal/ Unauthorized Treatment) คดีความผิดทางแพ่งส่วนใหญ่แล้วเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบตามกฎหมายเมื่อมีการตกลงยินยอมเข้ารับการรักษา (Informed Consent) เรียบร้อยแล้ว จึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญาและละเมิด (Torts) เว้นแต่จะเข้ากรณีที่ผู้ป่วยประสบอุบัติเหตุไม่มีสติรู้ตัวแล้ว ต้องเป็นหน้าที่ของญาติของผู้ประสบอุบัติเหตุซึ่งเป็นผู้ให้ความยินยอมแทน อีกทั้งในการทำสัญญาให้และรับบริการรักษาพยาบาลนั้นจะต้องไม่มีข้อกำหนดใดเพื่อยกเว้นความรับผิดของแพทย์ในกรณีที่เกิดการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Negligence) ในการรักษาพยาบาล แล้วให้ถือว่าสัญญาดังกล่าวขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Count as Immoral) เป็นเหตุให้สัญญาไม่มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย อนึ่ง ในกรณีที่ผู้ป่วยมีอาการของโรคที่ไม่ปรากฏหรือแอบแฝง แพทย์ไม่อาจตรวจพบในระยะแรก ก็ไม่ถือว่าแพทย์เป็นฝ่ายผิดสัญญา แต่แพทย์มีหน้าที่ดูแลรักษาผู้ป่วยต่อไปเนื่องจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีถือว่าผู้ป่วยเป็นศูนย์กลาง ผู้ป่วยเป็นผู้ตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination)ว่าจะยอมรับการรักษาแบบใด เช่น ผ่าตัด หรือ ผ่าแหว่ หรือขอให้มีการรักษาแบบประคับประคองแทน แพทย์เป็นเพียงคู่สัญญาซึ่งให้คำแนะนำหรือให้ข้อมูลการรักษาตามมาตรฐาน ไม่ประมาทเลินเล่อหรือบกพร่องในการรักษา สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับความผิดทางอาญาของแพทย์เยอรมันในอดีตนั้น โดยเฉพาะยุคนาซีที่ปกครองรัฐบาลเยอรมันในขณะนั้นได้อนุญาตให้แพทย์สามารถจบชีวิตผู้ป่วยตามโครงการ “Euthanasia” หรือ “Mercy Killing” ซึ่งผู้ป่วยส่วนใหญ่เป็นยิว รัสเซีย และโปแลนด์ รวมทั้งผู้พิการทางกายและผู้มีจิตบกพร่องต่าง ๆ ถือว่าเป็นการฆ่าเพื่อนมนุษย์ และตกอยู่ในฐานะเป็นอาชญากรรมสงครามภายหลังที่สิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่สองแล้ว อนึ่ง คดีความผิดทางอาญาของแพทย์เยอรมันอันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลนั้นมีน้อยมาก อันเนื่องมาจากการเป็นรัฐสวัสดิการเหมือนเช่นสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แก่ระบบประกันสังคมเยอรมัน (German Social Security

¹³ **Medical Malpractice Liability: Germany** [Online], available URL: [http://www.loc.go/Law Library, Research & Report Legal Topics, 2013 \(March, 1\).](http://www.loc.go/Law Library, Research & Report Legal Topics, 2013 (March, 1).)

System) คดีอาญาส่วนใหญ่มักเป็นกรณีที่แพทย์ละเว้นหรือปล่อยปละละเลยไม่ดูแลผู้ป่วยตามมาตรฐานทางการแพทย์ แพทย์ขาดความรู้ความชำนาญแล้วยังฝืนให้การรักษาพยาบาลแก่ผู้ป่วย (Gross Lack of Competence) ใช้ยาผิดรักษาผู้ป่วย (The use of drugs by doctors) เป็นผลให้ผู้ป่วยได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ต่างถือว่าเป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบสุขของบ้านเมือง ควรต้องรับโทษทางอาญาในฐานความผิดต่าง ๆ เช่น ฐานละเว้นไม่ช่วยเหลือบุคคล (ผู้ป่วย) ซึ่งประสบอุบัติเหตุหรือตกอยู่ในอันตรายและทำให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายโดยประมาท

2. แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

2.1 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทย สำหรับแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความของไทย โดยพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพทนายความ สภาพปัญหาและอุปสรรค พร้อมด้วยแนวทางในการแก้ไขปัญหาหรือข้อเสนอแนะ โดยพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพทนายความไทย ความผิดทางแพ่ง และความผิดทางอาญาของทนายความไทย กล่าวคือ

ก. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพทนายความไทย

1) การอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 กำหนดให้สภาทนายความเป็นองค์กรวิชาชีพ มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ (ใบอนุญาตมีประเภทตลอดชีพ และแบบอายุ 2 ปี ต่ออายุได้คราวละ 2 ปี โดยต้องยื่นคำขอต่ออายุภายใน 90 วันก่อนวันเดือนปีที่ใบอนุญาตจะสิ้นอายุ (มาตรา 39)) เป็นผลให้มีการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตลอดชีวิต ทำให้การควบคุม ติดตามประเมินผลการปฏิบัติงานของทนายความมีข้อจำกัด ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่ อนึ่ง ในกรณีที่มีการขาดต่ออายุใบอนุญาต มีผลทำให้ทนายความผู้นั้นไม่มีอำนาจในการว่าความรวมทั้งการร่างคำฟ้องและคำให้การต่าง ๆ หากมีการฝ่าฝืนอาจถูกศาลลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้

อนึ่ง ทนายความต้องมีสำนักงานที่จดทะเบียนเพียงแห่งเดียว การจัดตั้งสำนักงานทนายความให้นายทะเบียนจดทะเบียนสำนักงานทนายความไว้ในทะเบียนทนายความ (มาตรา 42) ดังนั้น สำนักงานทนายความจึงมีบทบาทสำคัญต่อการปฏิบัติงานของทนายความเป็นอย่างมาก การที่ไม่มี

กฎหมายควบคุมการจัดตั้งสำนักงานทนายความ ทำให้การควบคุมของสภาทนายความไม่ครอบคลุมทั้งระบบ เป็นอุปสรรคต่อการควบคุม กำกับ และหรือดูแล

2) การลงโทษทางจริยธรรม

การควบคุมจริยธรรมมรรยาททนายความ โดยมีคณะกรรมการมรรยาททนายความและมีข้อบังคับว่าด้วยมรรยาททนายความ พ.ศ. 2529 ซึ่งองค์ประกอบคณะกรรมการมรรยาททนายความมีเฉพาะทนายความ ไม่มีบุคคลภายนอก เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย ร่วมด้วย อาจถูกครหาความไม่โปร่งใส การเข้าข้างทนายความด้วยกัน และกรรมการสอบสวนมาจากเฉพาะผู้เป็นทนายความ

การมีข้อบังคับว่าด้วยการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ พ.ศ. 2542 กำหนดกระบวนการและขั้นตอนการสอบสวนคดีมรรยาททนายความ แต่ข้อบังคับฯ มิได้กำหนดกรอบเวลาการสอบสวนไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาความล่าช้า มีข้อครหาว่ายืดเวลาการสอบสวนเพื่อประโยชน์ของพวกเดียวกัน

กรณีที่มีคำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้แจ้งให้ศาลที่วราษาอาณาจักรและเนติบัณฑิตยสภาทราบ (มาตรา 70) แต่คำสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตนั้นไม่มีการประกาศต่อสาธารณะ และเป็นผลให้ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบได้

สำหรับการอุทธรณ์คำสั่งลงโทษทนายความ ให้สิทธิทนายความซึ่งถูกลงโทษทางจริยธรรมมีสิทธิอุทธรณ์ต่อสภานายกพิเศษ (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม) ภายในสามสิบวันนับแต่วันรับทราบคำสั่ง (มาตรา 68) แต่คำสั่งลงโทษทนายความให้สิทธิการอุทธรณ์เฉพาะทนายความซึ่งถูกลงโทษ แต่ผู้เสียหายซึ่งเป็นผู้ร้องเรียนไม่มีสิทธิอุทธรณ์ จึงต้องใช้ช่องทางของศาลปกครองเท่านั้น

สำหรับโทษผิดมรรยาททนายความนั้นมี 3 สถาน คือ ภาคทัณฑ์ ห้ามทำการเป็นทนายความมีกำหนดไม่เกินสามปี และลบชื่อออกจากทะเบียนทนายความ หากผิดเล็กน้อยและเป็นความผิดครั้งแรก จะงดโทษโดยกล่าวตักเตือนหรือให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือก็ได้ (มาตรา 52) แต่การภาคทัณฑ์นั้นมีลักษณะเป็นการแสดงความผิดให้ปรากฏ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ ทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติ และในกรณีที่โทษไม่ถึงขั้นร้ายแรงคือพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตควรมีมาตรการลงโทษตามความเหมาะสมเพื่อให้เกิดความหลากหลาย

สำหรับผู้ซึ่งถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพจะขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตใหม่อีก เมื่อเวลาได้พ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปีนับแต่วันถูกเพิกถอน แต่กลับไม่มีการเผยแพร่ข้อมูลให้สาธารณะได้รับทราบผลการดำเนินงานด้านการสอบสวน และการลงโทษคดีมรรยาททนายความ ทั้งในแง่ของการประกาศรายชื่อผู้ซึ่งถูกลงโทษหรือในแง่ของข้อมูลสถิติ

3) **มาตรฐานวิชาชีพทนายความไทย** มิได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน แต่พิจารณาจากคุณสมบัติของผู้ซึ่งประสงค์จะขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี ไม่เป็นผู้พิการ สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญาตรี หรืออนุปริญญาหรือประกาศนียบัตรทางด้านนิติศาสตร์ และเป็นสมาชิกเนติบัณฑิตยสภา (มาตรา 35) และได้ผ่านการฝึกอบรมมรรยาททนายความ หลักปฏิบัติเบื้องต้นในการว่าความ และการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายแล้ว เว้นแต่จะผ่านการฝึกหัดงานในสำนักงานทนายความมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปี (มาตรา 35 และ 38) แต่หากได้เปรียบเทียบกับต่างประเทศที่พัฒนาแล้ว มาตรฐานวิชาชีพทนายความไทยยังไม่เหมาะสมและเพียงพอในบางประเด็น เช่น อายุ หรือขาดการฝึกการปฏิบัติในการว่าความ เช่น พนักงานอัยการผู้ช่วย หรือผู้ช่วยผู้พิพากษา แม้ว่าจะมีการกำหนดมาตรฐานเฉพาะก่อนประกอบวิชาชีพ แต่เมื่อประกอบวิชาชีพแล้ว ขาดการติดตามประเมินผล การฝึกอบรมหรือการศึกษาต่อเนื่อง ไม่มีระบบการศึกษาอบรมเพื่อพัฒนาวิชาชีพในเชิงลึกหรือการเป็นผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพแต่ละด้าน เหมือนในประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ

4) **มาตรการเยียวยาความเสียหาย** ไม่มีมาตรการทางกฎหมายบัญญัติให้มีการเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้แก่ประชาชนซึ่งได้รับผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดจากการประกอบวิชาชีพทนายความ กรณียอมเป็นผลให้ประชาชนซึ่งได้รับผลกระทบหรือความเสียหายจากการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมายไม่ได้รับการเยียวยาหรือการให้ความช่วยเหลือเบื้องต้น

5) **การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท** ไม่มีมาตรการทางกฎหมายบัญญัติให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณียอมเป็นผลให้ไม่มีช่องทางในการให้คำปรึกษาหารือแก่ผู้เสียหายจากการปฏิบัติงานของทนายความโดยเฉพาะ ไม่มีระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การประนีประนอมในชั้นการพิจารณาคดีมรรยาททนายความ ทำให้แนวโน้มในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลเพิ่มมากขึ้น

6) **พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528** มิได้มีบทบัญญัติควบคุมที่ปรึกษากฎหมาย (Legal Consultant) เป็นผลให้ประชาชนผู้ใช้บริการที่ปรึกษากฎหมายอาจได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบจากที่ปรึกษากฎหมายซึ่งมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนเหมือนเช่นทนายความ และมีได้มีบทบัญญัติให้สำนักงบประมาณต้องจัดสรรงบประมาณแผ่นดินไว้ชัดเจนและเพียงพอต่อการให้บริการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย เป็นผลให้สหภาพทนายความได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาลน้อย ไม่เพียงพอต่อการให้บริการช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมาย

ข. ความผิดทางแพ่งของทนายความ

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

เนื่องจากนิติสัมพันธ์ระหว่างทนายความและลูกความมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของและขณะเดียวกันก็มีลักษณะเป็นสัญญาตัวแทนด้วยควบคู่กันไป กล่าวคือ

ความรับผิดตามสัญญา ปกติสัญญาจ้างทนายความถือเป็นสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ที่ถือเอาผลสำเร็จของงานคือการดำเนินคดีหรือทำหน้าที่ทนายความตั้งแต่เตรียมคดีและว่าต่างแก้ต่างในศาลไปจนคดีถึงที่สุด และการจ่ายสินจ้างถือเอาความสำเร็จของผลงานหรือสินจ้างตามที่ตกลงกันไว้ (ฎีกาที่ 6025/2539 และฎีกาที่ 7406/2540)

ความรับผิดในมูลละเมิด กรณีที่ทนายความได้กระทำหรือละเว้นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นผลให้เกิดความเสียหายต่อลูกความ กรณีย่อมเป็นผลให้ลูกความอาจฟ้องร้องทนายความให้รับผิดทางแพ่งทั้งทางสัญญาและทางละเมิดเพื่อเรียกร้องให้ชดเชยค่าเสียหายได้ แต่มีปัญหาดังนี้

(1) ปัญหามาตรฐานวิชาชีพ โดยที่มาตรฐานวิชาชีพทนายความมิได้มีการกำหนดเป็นขั้นตอนหรือแนวปฏิบัติในการประกอบวิชาชีพอันเป็นมาตรฐานการประกอบวิชาชีพกฎหมายไว้อย่างชัดเจน

(2) ปัญหาการใช้สิทธิทางศาล ทำให้เกิดภาระค่าใช้จ่าย ค่าธรรมเนียมศาลและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ รวมถึงค่าเสียหายที่อาจได้รับ หากขณะคดีก็มีความไม่แน่นอนเพราะขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลในการกำหนดค่าเสียหาย

(3) บทบัญญัติของกฎหมายวิชาชีพทนายความ ไม่มีบทบัญญัติในการให้ความช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายแต่อย่างใด

2) วิธีพิจารณาคดีความผิดของทนายความ

(1) **ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง** ในการดำเนินคดีทางแพ่ง กระบวนพิจารณาคดีเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นไปตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) อันมีหลักว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้หนึ่งมีหน้าที่ในการนำสืบ ดังนั้นภาระการพิสูจน์จึงเป็นหน้าที่ของคู่ความซึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่กล่าวอ้าง โดยกฎหมายไทยมีหลักว่า “ถ้าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างข้อเท็จจริงอย่างใด ๆ เพื่อสนับสนุนคำฟ้องหรือคำให้การของตน ให้หน้าที่นำสืบข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่แก่ฝ่ายที่กล่าวอ้าง” (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1) กรณีย่อมเป็นผลให้การฟ้องคดีแพ่งต่อทนายความผู้ซึ่งต้องรับผิด

ตามสัญญาหรือตามมูลละเมิดนั้น ประชาชนผู้ฟ้องคดีย่อมมีความเสียเปรียบทั้งในแง่ของความรู้ด้านกฎหมายและความชำนาญในการว่าความ อีกทั้งยังต้องมีภาระในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยซึ่งรู้ทางหนีทีไล่ในรูปคดีมากกว่าฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นประชาชนธรรมดา

(2) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ประธานศาลอุทธรณ์ ได้มีคำวินิจฉัยที่ 145/2551 และที่ 305/2552 วินิจฉัยการฟ้องคดีเกี่ยวกับค่าจ้างทนายความว่าเป็นเรื่องของการให้บริการโดยการรับจ้างว่าความจึงเป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 (1)

สำหรับระบบวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมีหลักการที่สำคัญคือ ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร (มาตรา 33) ศาลเป็นผู้ซักถามพยานเอง คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อศาลอนุญาต (มาตรา 34) ศาลขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีได้ (มาตรา 36) ตราบใดที่ยังไม่มีคำพิพากษา ศาลมีอำนาจในการสืบพยานเพิ่มเติมได้ หากเห็นว่าจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม (มาตรา 37) แสดงให้เห็นว่าการวินิจฉัยว่าคดีเฉพาะเกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าจ้างทนายความเท่านั้นที่เป็นคดีผู้บริโภค แต่การฟ้องร้องในคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือการบริการแก่ลูกค้าในการประกอบวิชาชีพของทนายความยังไม่ได้มีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ว่าเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่ ต่างจากคดีเกี่ยวกับบริการทางการแพทย์ที่มีคำวินิจฉัยว่าเป็นคดีผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็นคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องเรียกค่าจ้างหรือฟ้องเรียกค่าเสียหายในมูลละเมิดจากการปฏิบัติวิชาชีพในการให้บริการทางการแพทย์แก่คนไข้/ผู้ป่วย/ผู้ใช้บริการทางการแพทย์

ค. ความผิดทางอาญาของทนายความ

ความผิดทางอาญาของทนายความส่วนใหญ่แล้วเป็นเรื่องของการผิดข้อบังคับสภาทนายความเกี่ยวกับมรรยาททนายความและความผิดดังกล่าวนี้เป็นความผิดทางอาญา เช่น การทำเอกสารหรือหลักฐานเท็จ การแจ้งความเท็จ การให้สินบนแก่เจ้าพนักงาน การเปิดเผยความลับของลูกค้า การฉ้อโกง ยักยอก หน่วงเหนี่ยวทรัพย์สินของลูกค้า และการกระทำความผิดเกี่ยวกับมรรยาททนายความ หรือความผิดอาญาบางเรื่องก็อาจทำให้มีความผิดในฐานะละเมิดอำนาจศาลได้เช่นกัน เช่น การขาดต่ออายุใบอนุญาต มีผลทำให้ไม่มีอำนาจในการว่าความรวมทั้งการร่างคำฟ้องคำให้การต่าง ๆ ทั้งนี้ ในกรณีที่ทนายความกระทำความผิดเหล่านี้อาจถูกศาลลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลได้โดยไม่ต้องทำการไต่สวน

ข้อเสนอแนะสำหรับแนวทางการพิจารณาตีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

ก. ข้อเสนอแนะสำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

1) การอนุญาตประกอบวิชาชีพทนายความ

- ควรกำหนดอายุใบอนุญาตเป็นช่วงเวลา 3- 5 ปี เมื่อมีการขอต่ออายุ ให้มีการทดสอบประเมินผลหรือรับการศึกษาคู่มือเพื่อการพัฒนาวิชาชีพตามกระแสโลกาภิวัตน์

- ควรปรับปรุงกฎหมายควบคุมการจัดตั้งสำนักงานทนายความ โดยอาจให้สภาทนายความมีอำนาจในการควบคุมให้ครอบคลุมทั้งตัวผู้ประกอบวิชาชีพและสถานที่ปฏิบัติงาน

2) การลงโทษทางจริยธรรม

- ควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทนายความให้รวมถึงที่ปรึกษาทนายความ และกำหนดองค์ประกอบกรรมการให้มีผู้ทรงคุณวุฒิจากบุคคลภายนอกเข้าร่วมด้วย

- ควรปรับปรุงองค์ประกอบคณะกรรมการสอบสวนจริยธรรมให้มีบุคคลภายนอกร่วมด้วยเพื่อความโปร่งใส และปรับปรุงข้อบังคับการสอบสวน โดยนำหลักการจากกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาบังคับใช้ มีการกำหนดกรอบเวลาการสอบสวนให้ชัดเจน มีความกระชับ

- ควรกำหนดให้การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ทำเป็นคำสั่งลงประกาศราชกิจจานุเบกษาและหนังสือพิมพ์ และเผยแพร่ให้ประชาชนได้ตรวจสอบโดยสะดวกทางเว็บไซต์ขององค์กร

- ควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สิทธิผู้เสียหายอุทธรณ์คำสั่งของสภาทนายความได้ เพื่อให้กระบวนการอุทธรณ์ภายในขององค์กรวิชาชีพมีความเป็นธรรม

- ควรแก้ไขปรับปรุงให้มีการกำหนดระยะเวลาการภาคทัณฑ์ไม่เกิน 5 ปี และให้มีบทเพิ่มโทษกรณีกระทำผิดซ้ำ และควรกำหนดมาตรการลงโทษปรับทางปกครอง (กำหนดจำนวนเงินค่าปรับ) เพิ่มขึ้นจากภาคทัณฑ์

- ควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ผลการดำเนินการร้องเรียน การลงโทษ ในเชิงสถิติข้อมูล สำหรับคำสั่งการลงโทษร้ายแรงให้มีประกาศในราชกิจจานุเบกษา หนังสือพิมพ์ และเว็บไซต์ขององค์กรด้วย

3) มาตรฐานวิชาชีพทนายความในประเทศไทย

ควรปรับปรุงแก้ไขคุณสมบัติด้านอายุอย่างต่ำ 25 ปี จบการศึกษาสูงกว่าปริญญาตรี เช่น มีวุฒิการศึกษาเนติบัณฑิตหรือนิติศาสตรมหาบัณฑิต เพื่อความเหมาะสมในวุฒิภาวะ

ไม่ตัดสิทธิผู้พิการทางร่างกาย ปรับปรุงมาตรฐานการศึกษาและฝึกอบรมให้มีการฝึกกว่าความหรือเป็น
 หนายความผู้ช่วยโดยยังไม่ต้องได้รับใบอนุญาต หรือจะกำหนดให้เมื่อรับใบอนุญาตแล้วให้ปฏิบัติงาน
 ในฐานะหนายความผู้ช่วยก่อนเป็นเวลาสองปี เพื่อฝึกปฏิบัติการว่าความให้มีความรู้อย่างแท้จริง จัดให้
 มีระบบการประเมินผล มีการฝึกอบรมเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ในการประกอบวิชาชีพอย่างต่อเนื่องและ
 พัฒนามาตรฐานวิชาชีพพระดับสูงเป็นหนายความผู้เชี่ยวชาญ

4) มาตรการเยียวยาความเสียหาย

องค์กรวิชาชีพคือสภาหนายความควรเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบในการกระทำ
 ของหนายความและที่ปรึกษากฎหมายด้วย โดยมีการจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้แก่
 ลูกความซึ่งได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติงานของหนายความและที่ปรึกษากฎหมาย หรือจัดให้มี
 ระบบประกันภัยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากหนายความและที่ปรึกษากฎหมาย

5) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ควรกำหนดให้สภาหนายความจัดให้มีช่องทางในการรับฟัง ให้คำปรึกษาแนะนำ
 ตลอดจนจรรยาบรรณการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสำนักงานศาลยุติธรรมมาใช้ในชั้นการพิจารณา
 คดีมรยาทหนายความด้วย

6) พระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. 2528

- ควรแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. 2528 ให้รวมถึงที่ปรึกษา
 กฎหมายด้วย (แต่ไม่ใช่เป็นที่ปรึกษากฎหมายของศาลเยาวชนฯ ตาม พระราชบัญญัติศาลเยาวชน
 และครอบครัวและวิธีพิจารณาความคดีเยาวชนและครอบครัว) โดยกำหนดคุณสมบัติไว้เช่นเดียวกัน
 กับหนายความ

- ควรทำการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหนายความ พ.ศ. 2528 เพื่อให้
 สภาหนายความได้รับงบประมาณอุดหนุนในส่วนที่เกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย
 แก่ประชาชนมากขึ้น เช่น รัฐต้องจัดสรรงบประมาณอุดหนุนให้เพียงพอต่อการให้บริการ
 ช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชนผู้มีรายได้น้อย เป็นต้น

ข. ข้อเสนอแนะสำหรับความผิดทางแพ่งของหนายความในประเทศไทย

1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สภาหนายความควรกำหนดมาตรฐานวิชาชีพหนายความให้มีความชัดเจน
 ด้านมาตรฐานแนวทางปฏิบัติ มาตรฐานความระมัดระวัง มาตรฐานความรู้ทางกฎหมาย มาตรฐาน
 การใช้ดุลพินิจ ฯลฯ เพื่อที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยความรับผิดชอบของหนายความโดยอ้างอิงมาตรฐาน
 ที่องค์กรวิชาชีพบัญญัติขึ้นโดยหลีกเลี่ยงการใช้ดุลพินิจที่เป็นอัตวิสัย นอกจากนั้น โดยที่ข้อเท็จจริง

ในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับวิชาชีพของทนายความนั้น ผู้ซึ่งรู้ดีที่สุดก็คือตัวทนายความนั่นเอง ดังนั้นจึงควรนำหลักการความรับผิดชอบเด็ดขาด (Strict liability) มาใช้กับคดีแพ่งที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้บริการของทนายความเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ประชาชนผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติงานของทนายความโดยปรับปรุงกฎหมายกำหนดให้การพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นหน้าที่ของทนายความ

2) วิธีพิจารณาความผิดของทนายความ

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

สมควรให้มีการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภคมานำมาใช้กับคดีบริการของวิชาชีพทนายความควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเพราะมีความเหมาะสม ทำให้เกิดความเป็นธรรมต่อประชาชนหรือลูกความผู้เสียหาย เนื่องจากมีความสะดวก ประหยัด รวดเร็ว ภาระในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงเป็นของทนายความผู้ประกอบการธุรกิจบริการ (มาตรา 29)

(2) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ควรนำเสนอคดีเกี่ยวกับข้อพิพาทหรือความผิดในการประกอบวิชาชีพของทนายความให้ประธานศาลอุทธรณ์วินิจฉัยว่าเป็นคดีผู้บริโภคที่ต้องใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความผิดผู้บริโภคหรือไม่ เพื่อให้เกิดความชัดเจน

ค. ข้อเสนอแนะสำหรับความผิดทางอาญาของทนายความในประเทศไทย

1) ควรแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยให้มีการไต่สวนในทุกกรณี

2) ควรแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในกรณีผู้ประกอบการวิชาชีพทนายความมีการกระทำอันเป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการประกอบวิชาชีพ (La faute professionnel) เหมือนเช่นในต่างประเทศบางประเทศ ในกรณีที่เป็นความผิดอันเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Reckless) อันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ สมควรกำหนดให้ต้องได้รับโทษจำคุกและปรับเพิ่มขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกระทำผิดและมีความระมัดระวังเพิ่มขึ้น เนื่องจากโดยวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องปฏิบัติงานวิชาชีพของตนอย่างระมัดระวังตามหน้าที่ทางวิชาชีพ (Professional Duties) หรือโดยหลักทางวิชาการ (Rule of Technology) เพื่อให้เกิดความเชื่อถือศรัทธาและไว้วางใจจากประชาชนในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีผลกระทบต่อสังคมและต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวม

2.2 แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย สำหรับแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ของไทย¹⁴ โดยพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพแพทย์ สภาพปัญหาและอุปสรรค พร้อมด้วยแนวทางในการแก้ไขปัญหาและข้อเสนอแนะ โดยพิจารณาจากมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพแพทย์ไทย ความผิดทางแพ่งและความผิดทางอาญาของแพทย์ไทย กล่าวคือ

ก. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

1) การอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 กำหนดให้มีแพทยสภาเป็นองค์กรวิชาชีพ มีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพและการลงโทษทางจริยธรรมวิชาชีพ โดยพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรมฯ ไม่มีการกำหนดเรื่องอายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ แต่ในข้อบังคับว่าด้วยหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนและการออกใบอนุญาตผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2548 กำหนดให้ใบอนุญาตสิ้นสุดลงเมื่อผู้นั้นสิ้นสุดการเป็นสมาชิกภาพของแพทยสภาหรือถูกสั่งเพิกถอนใบอนุญาต (ข้อ 14) กรณีย่อมเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการพัฒนาผู้ประกอบวิชาชีพนี้ เนื่องจากปัจจุบันวิชาชีพแพทย์เป็นวิชาชีพที่ต้องใช้วิชาการและเทคโนโลยีทางการแพทย์ ตลอดจนสถานการณ์ของโรคที่มีการเปลี่ยนแปลงรวดเร็วมาก จำเป็นที่แพทย์ต้องติดตามวิทยาการที่ก้าวหน้าทันต่อเหตุการณ์ การออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตลอดชีวิต ทำให้การควบคุม ติดตามประเมินผล การปฏิบัติงานของแพทย์มีข้อจำกัด ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มที่

2) การลงโทษทางจริยธรรมแพทย์ในประเทศไทย

- การควบคุมจริยธรรม โดยมีคณะกรรมการการจริยธรรมและมีข้อบังคับว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 แต่องค์ประกอบของคณะกรรมการการจริยธรรมและคณะกรรมการสอบสวนกำหนดไว้เฉพาะสมาชิกแพทยสภาเท่านั้น มิได้มีผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกมาร่วมด้วย ทำให้เกิดปัญหาความไม่เป็นกลาง ความไม่โปร่งใสในการปฏิบัติหน้าที่

- มีการกำหนดข้อบังคับว่าด้วยกระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับคดีด้านจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2548 โดยกำหนดกระบวนการและขั้นตอนการสอบสวนคดีจริยธรรม เช่น กำหนดให้ผู้เสียหาย หรือบุคคลอื่นซึ่งมิใช่ผู้เสียหาย มีสิทธิกล่าวหาแพทย์ว่ามีความ

¹⁴ ญัตติกร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา, “มาตรการทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี : ศึกษากรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง,” เอกสารงานวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิทยาลัยการยุติธรรม (สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552), หน้า 15.

ประพฤติผิดจริยธรรมภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ทราบเรื่องและรู้ตัวผู้กระทำแต่ไม่เกิน 3 ปี นับแต่วันเกิดเหตุ (มาตรา 32) และการถอนคำกล่าวหาไม่เป็นเหตุระงับการดำเนินคดีจริยธรรม (มาตรา 32 วรรคท้าย) แต่ข้อบังคับว่าด้วยกระบวนการพิจารณาได้กำหนดกรอบเวลาในการสอบสวนพิจารณาไว้อย่างชัดเจน อาจมีปัญหาความล่าช้า ถูกครหาว่าดึงเรื่องหรือถ่วงเวลา

- การส่งลงโทษทางจริยธรรมให้ทำเป็นคำสั่งของแพทยสภา (ข้อ 57)

- คำสั่งลงโทษของแพทยสภาให้ส่งสำเนาไปยังคุรุสภา ได้แก่ผู้บังคับบัญชาหรือนายจ้างของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ถูกลงโทษ กรณีลงโทษพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ให้ส่งสำเนาคำสั่งแจ้งต่อหัวหน้าสถานีตำรวจท้องที่ที่ผู้ถูกลงโทษมีถิ่นที่อยู่ และแจ้งต่อผู้อำนวยการกองประกอบโรคศิลปะและนายแพทย์สาธารณสุขจังหวัดที่ผู้นั้นประกอบวิชาชีพ (ข้อ 60 - 61)

- การเผยแพร่คำวินิจฉัยชี้ขาดและข้อเท็จจริงตามคำสั่งแพทยสภาแก่สื่อมวลชนให้อยู่ภายในดุลพินิจของคณะกรรมการแพทยสภาเป็นราย ๆ ไป (ข้อ 62)

- คำสั่งลงโทษของแพทยสภา ไม่อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการผู้ทำคำสั่งได้ คุรุธรรมีสหิทธิโต้แย้งโดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง (ข้อ 65) แต่คำสั่งลงโทษพักใช้หรือถอนใบอนุญาตไม่มีการประกาศต่อสาธารณะ ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบได้

- สำหรับโทษทางจริยธรรมมี 4 สถาน คือ ว่ากล่าวตักเตือน ภาคทัณฑ์ พักการใช้ใบอนุญาตมีกำหนดไม่เกิน 2 ปี และเพิกถอนใบอนุญาต (มาตรา 39) และผู้ซึ่งถูกเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพจะขอรับใบอนุญาตใหม่อีก เมื่อเวลาได้พ้นไปแล้วไม่น้อยกว่า 2 ปี นับแต่วันถูกเพิกถอน แต่หากถูกปฏิเสธ จะยื่นขอรับใบอนุญาตได้อีกครั้งเมื่อพ้นระยะเวลา 1 ปี หากถูกปฏิเสธเป็นครั้งที่สอง จะหมดสิทธิขอรับใบอนุญาตอีกต่อไป (มาตรา 42) แต่การภาคทัณฑ์ได้มีการกำหนดระยะเวลาไว้อย่างชัดเจน ทำให้มีปัญหาในทางปฏิบัติ

3) มาตรฐานวิชาชีพ

มาตรฐานวิชาชีพแพทยไทยได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายอย่างชัดเจน แต่พิจารณาจากคุณสมบัติของผู้ซึ่งจะขอรับทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต้องเป็นสมาชิกแพทยสภา และมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับฯ มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี สำเร็จการศึกษาในระดับปริญญา หรือประกาศนียบัตรทางด้านแพทยศาสตร์ที่แพทยสภารับรอง (มาตรา 11) มีคุณสมบัติเฉพาะและหรือความรู้ความสามารถในวิชาชีพเวชกรรม และได้ผ่านการประเมินทุกขั้นตอนและได้ใบรับรองจากศูนย์ประเมินและรับรองความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพ (ข้อบังคับฯ ข้อ 6) แต่เกณฑ์มาตรฐานวิชาชีพแพทยไทยยังไม่เหมาะสมและเพียงพอในบางประเด็น เช่น การกำหนดอายุผู้ประกอบวิชาชีพขั้นต่ำเพียง 20 ปี จึงมีปัญหาเรื่องวุฒิภาวะของแพทย์ และกำหนดมาตรฐานเฉพาะ

ก่อนประกอบวิชาชีพ แต่เมื่อประกอบวิชาชีพแล้ว ขาดการติดตามประเมินผล การฝึกอบรมหรือการศึกษาต่อเนื่อง

สำหรับข้อบังคับว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ได้กำหนดเกณฑ์มาตรฐานวิชาชีพแพทยว่า ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดในสถานการณ์นั้น ๆ ภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ที่มีอยู่ (ข้อ 15) นอกจากนั้น แพทยสภาได้ประกาศเกณฑ์มาตรฐานผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมของแพทยสภา พ.ศ. 2555 (ประกาศแพทยสภาที่ 11/2555) และเกณฑ์ความรู้ความสามารถในการประเมินเพื่อรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2555 (ประกาศแพทยสภาที่ 12/2555) ไว้แล้วนั้น คณะผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดเกณฑ์มาตรฐานของแพทยสภาดังกล่าวอาจมีปัญหาในการนำมาตราฐานที่กำหนดไว้ไปใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาในชั้นการพิจารณาคดีของศาล โดยมีความเห็นว่าเกณฑ์มาตรฐานของแพทย์ในระดับที่ดีที่สุดนั้น ยังมีความแตกต่าง ทั้งในระดับมาตรฐานการศึกษา ระดับมาตรฐานของแพทย์เวชกรรมทั่วไป และระดับมาตรฐานของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ โดยขึ้นอยู่กับความสามารถ และข้อจำกัดของแพทย์ตามภาวะวิสัยและพฤติการณ์ที่มีอยู่ เช่นมาตรฐานของแพทย์โรงพยาบาลชุมชน ย่อมแตกต่างจากแพทย์ในโรงพยาบาลในเขตกรุงเทพมหานครและหัวเมืองใหญ่ มาตรฐานของแพทย์ทั่วไปก็ย่อมแตกต่างจากมาตรฐานของแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ เป็นต้น เกี่ยวกับเรื่องนี้มีคดีตัวอย่างที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 7634/2554 ลงวันที่ 29 สิงหาคม 2554 วางเกณฑ์วินิจฉัยเรื่องมาตรฐานวิชาชีพแพทยว่า “ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า จำเลยเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ไม่ได้รักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมในระดับที่ดีที่สุดตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษจริยธรรมฯ หมวดที่ 3 ข้อที่ 1...”

4) การเยียวยาความเสียหาย

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 มาตรา 41 กำหนดให้มีการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลตามสิทธิในโครงการหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า รวมทั้งผู้ให้บริการหรือบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งได้รับความเสียหายด้วย แต่ปัจจุบันยังไม่มีการจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทยโดยตรง รวมทั้งผู้ป่วยในระบบอื่น ๆ เช่น ระบบประกันสังคม ระบบสวัสดิการข้าราชการ และผู้ป่วยในสถานพยาบาลเอกชน ยังไม่มีมาตรการเยียวยาความเสียหายแต่อย่างใด

5) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2530 ต่างก็มีให้มี

บทบัญญัติให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณียอมเป็นผลให้ไม่มีช่องทางในการให้คำปรึกษาหารือแก่ผู้เสียหายจากการปฏิบัติงานของแพทย์โดยเฉพาะ อีกทั้งไม่มีระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การประนีประนอมในชั้นการพิจารณาตัดสินจริยธรรมของแพทยสภา ทำให้แนวโน้มในการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลเพิ่มมากขึ้น

ข. ความผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

บทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับความผิดทางแพ่งของแพทย์นั้นมิได้มีบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ฉะนั้น ในกรณีที่แพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย กฎหมายแพ่งได้บัญญัติความรับผิดทางแพ่งไว้สองลักษณะ ได้แก่ ความรับผิดตามสัญญา และความรับผิดในมูลละเมิด กล่าวคือ

1) ความรับผิดตามสัญญา สัญญาการให้บริการทางการแพทย์มีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน (Reciprocal Contract/Contrat Réciprocité) หรืออาจเรียกว่าสัญญาการให้บริการรักษาพยาบาลก็ได้ แพทย์มีความผูกพันต้องทำการรักษาความเจ็บป่วยให้แก่ผู้ป่วย ผู้ป่วยมีหน้าที่ชำระค่ารักษาพยาบาล รวมทั้งศัลยกรรมเพื่อความงามด้วย

อนึ่ง รูปแบบของสัญญาทางการแพทย์ มีนิติสัมพันธ์ ดังนี้

(1) โรงพยาบาลและผู้ป่วย

(2) แพทย์และผู้ป่วย

(3) แพทย์และโรงพยาบาล

- แพทย์โรงพยาบาลเอกชน (สัญญาจ้างแรงงาน)

- แพทย์โรงพยาบาลรัฐ (ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐ)

- แพทย์เวร แพทย์ตรวจรักษาเป็นช่วงเวลาคิดค่าตอบแทนเหมาจ่าย

(สัญญาจ้างทำของ)

- แพทย์ปฏิบัติงานในคลินิกเฉพาะทางบางช่วงเวลา (สัญญาจ้างทำของ)

- แพทย์นำผู้ป่วยเข้ามารับการรักษา (คู่สัญญาอิสระ)

- แพทย์มีข้อตกลงขอใช้สถานที่โรงพยาบาล (สัญญาหุ้นส่วน)

2) ความรับผิดในมูลละเมิด มีองค์ประกอบคือแพทย์ได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ และเป็นการกระทำต่อผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย การกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ

โดยส่วนใหญ่แล้วเป็นเรื่องผิดสัญญาการให้บริการทางการแพทย์ เป็นผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยหรือผู้ใช้บริการและกลายเป็นมูลละเมิด ประกอบกับปัจจุบันสภาพสังคม

มีความเจริญก้าวหน้าทางวิทยาการและเทคโนโลยีต่าง ๆ เพิ่มมากขึ้น ซับซ้อนมากขึ้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับโรงพยาบาลก็เช่นเดียวกันมีรูปแบบและความสัมพันธ์ที่หลากหลายและซับซ้อนเพิ่มขึ้นตามบริบทของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ผู้ป่วยต่างก็ตระหนักถึงสิทธิของตนเองมากขึ้น จึงต้องพิจารณาในเนื้อหาของนิติสัมพันธ์นั้นให้แน่ชัดว่าเป็นรูปแบบใด เพื่อที่จะกำหนดตัวผู้รับผิดชอบในทางแพ่งหรืออาญาได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาล

3) วิธีพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งของแพทย์ในประเทศไทย

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในการดำเนินคดีทางแพ่ง กระบวนพิจารณาคดีเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นไปตามระบบกล่าวหา (Accusatorial System) อันมีหลักว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้หนึ่งมีหน้าที่ในการนำสืบ ดังนั้น ภาระการพิสูจน์จึงเป็นหน้าที่ของคู่ความซึ่งจะต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ต่อศาลให้เห็นจริงตามที่กล่าวอ้าง

(2) พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ประธานศาลอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยที่ 8/2551 และที่ 58/2551 วินิจฉัยการฟ้องคดีเกี่ยวกับบริการทางการแพทย์ว่าเป็นเรื่องของการให้บริการทางการแพทย์โดยได้รับค่าจ้าง จึงเป็นคดีผู้บริโภคตาม พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 (1)

ระบบวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคนอกจากมีหลักการที่สำคัญดังที่ได้กล่าวไว้ในส่วนของทนายความแล้ว ยังมีหลักการที่สำคัญอื่น ๆ อีก เช่น การยื่นคำฟ้องหรือคำให้การคู่ความด้วยวาจาได้ มีการยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมศาล มีการใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม มีการพิพากษาคดีให้มีผลถึงผู้บริโภคซึ่งไม่ใช่คู่ความในคดี มีการกำหนดค่าเสียหายในเชิงลงโทษ การกำหนดอายุความให้มีสิทธิฟ้องได้ภายใน 3 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย และรู้ตัวผู้ทำให้เกิดความเสียหายแต่ไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันที่รู้ถึงความเสียหาย

ขณะเดียวกัน ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานคดีดำเนินคดี ตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นได้ (มาตรา 4, 33) โดยเจ้าพนักงานคดีทำหน้าที่ช่วยเหลือศาลในการดำเนินคดีผู้บริโภค ตามที่ศาลมอบหมาย ได้แก่ การไต่ถามสืบคดีผู้บริโภค ตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐาน บันทึกคำพยาน ตรวจสอบข้อเท็จจริงและทำความเข้าใจเพื่อประกอบการทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง เป็นต้น

พยานหลักฐานที่ศาลเรียกมาสืบเองต้องให้คู่ความทุกฝ่ายทราบ และคู่ความมีสิทธิโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าว (มาตรา 33 วรรคสอง)

การที่ศาลขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็น ต้องให้คู่ความทุกฝ่ายทราบและให้โอกาสคู่ความที่จะขอให้เรียกผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตนมาให้ความเห็นโต้แย้งหรือเพิ่มเติมความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญดังกล่าวได้ (มาตรา 36 วรรคหนึ่ง)

หลักการที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือการกำหนดให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นพิจารณาของศาล โดยเมื่อศาลส่งรับคำฟ้องแล้ว ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็วและออกหมายเรียกจำเลยให้มาศาลตามกำหนดนัดเพื่อการไกล่เกลี่ย ให้การและสืบพยานในวันเดียวกัน (มาตรา 24) และในวันนัดพิจารณาเมื่อคู่ความมาพร้อมแล้วให้เจ้าพนักงานคดีหรือบุคคลซึ่งศาลกำหนดหรือที่คู่ความตกลงกันทำการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันก่อน โดยคู่ความสามารถทำสัญญาประนีประนอมยอมความได้ดังนี้

(1) การทำสัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาล ซึ่งเป็นการทำสัญญากันเองไม่ผ่านกระบวนการพิจารณาของศาล แต่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ และโจทก์ต้องมาขอถอนฟ้อง

(2) การทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาล ซึ่งเป็นการทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันตามขั้นตอนและกระบวนการของศาล รวมทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

อนึ่ง ในช่วงคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกา ถ้าคู่ความตกลงกันได้ก็อาจทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลกันได้ ถ้าศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาเห็นว่าข้อตกลงไม่ขัดต่อกฎหมายศาลก็จะพิพากษาตามยอมให้

จึงกล่าวได้ว่า คดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการให้และรับบริการทางการแพทย์ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ทำให้เกิดสภาพปัญหาอันเกิดขึ้นจากระบบวิธีพิจารณาคดีที่กฎหมายกำหนดว่าในคดีผู้บริโภคให้อยู่ภายใต้ระบบวิธีพิจารณาคดีที่กำหนดขึ้นใหม่ รวมทั้งข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานคดีในคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 การจะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้จะต้องเป็นกรณีที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคและข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาไม่ได้บัญญัติเอาไว้และจะนำมาใช้ได้โดยอนุโลมเท่านั้น สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในคดีแพทยคือ

(1) ในการพิจารณาคดี ศาลยังไม่มีบทบาทในเชิงรุกมากนัก โดยยังมิได้นำระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ เพราะความเคยชินกับระบบกล่าวหาแบบเดิมที่คู่ความทั้งสองฝ่ายได้นำเสนอพยานหลักฐานของตนให้ศาลเป็นผู้พิจารณา

(2) จำนวนคดีผู้บริโภคที่มาสู่ศาลต่างๆ มีจำนวนคดีค่อนข้างมากขึ้น เนื่องจากคดีผู้บริโภคสามารถฟ้องด้วยวาจาได้ ศาลต้องใช้เวลาในการตรวจคำฟ้อง โดยยึดถือตามมาตรา 20 วรรคสอง ที่กำหนดว่าหากศาลเห็นว่าคำฟ้องไม่ถูกต้องหรือขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ให้ศาลสั่งแก้ไขคำฟ้องนั้นให้ถูกต้องหรือชัดเจนขึ้น ทำให้ศาลต้องลงไปตรวจในสาระสำคัญของคำฟ้องคือข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการฟ้อง ทำให้ต้องใช้เวลาในแต่ละคดีค่อนข้างมาก

(3) การนัดพิจารณาในคดีผู้บริโภค ศาลจะกำหนดวันนัดพิจารณาและมีคำสั่งให้ส่งสำเนาคำฟ้องหรือเอกสารต่าง ๆ ให้แก่จำเลยเพื่อยื่นคำให้การหรือมาศาล ให้ศาลกำหนดนัดโดยเร็วไม่เกิน 30 วันนับแต่วันรับฟ้อง ซึ่งเป็นระยะเวลาที่เร็วมากหากเทียบกับคดีอื่น ๆ อาจเกิดปัญหาความไม่พร้อมของแพทย์ผู้ถูกฟ้องได้

(4) ปัญหาในการพิจารณามาตรฐานวิชาชีพของแพทย์

(5) ในส่วนของผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการกำหนดให้คดีแพทย์เป็นคดีผู้บริโภคทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อการปฏิบัติงานของแพทย์

ค. ความผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามีได้มีบทบัญญัติความรับผิดทางอาญาเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพแพทย์เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติความผิดอาญาทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ความผิดฐานทำให้เสื่อมเสียเสรีภาพ และความผิดอาญาที่เกิดจากการกระทำโดยประมาท เป็นต้น หากนำบททั่วไปมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ในการรักษาพยาบาลของแพทย์แล้ว ย่อมไม่เป็นธรรมกับแพทย์ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่เนื่องจากไม่มีเหตุยกเว้นความรับผิดของแพทย์ ได้แก่การนำหลักการและแนวปฏิบัติที่สำคัญ เช่น หลักความยินยอมในการรักษาพยาบาลของผู้ป่วย (Informed Consent) หลักการจัดทำพินัยกรรมชีวิต (Living Will) หลักการรักษาพยาบาลผู้ป่วยในวาระสุดท้าย (Advance Directive) เป็นต้น

สำหรับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ที่มีการบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ความผิดฐานเปิดเผยความลับ รับรองเท็จ ปลอมเอกสาร ละทิ้งผู้ป่วย ทำให้แท้งลูก และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ เป็นต้น บทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาดังกล่าวยังคงเป็นปัญหาข้อกฎหมายอยู่ต่อไป แม้จะมีกฎกระทรวงกำหนดคุ้มครองแพทย์ผู้ปฏิบัติ ในกรณี Living Will แต่ประมวลกฎหมายอาญามีได้มีการยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ จึงยังคงเป็นความผิดอยู่

ข้อเสนอแนะสำหรับแนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยในประเทศไทย

ก. ข้อเสนอแนะสำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพแพทยในประเทศไทย

1) การอนุญาตประกอบวิชาชีพแพทยในประเทศไทย

- ควรต้องแก้ไขปรับปรุงข้อบังคับแพทยสภาให้มีการกำหนดอายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพทุกระยะเวลา 5 ปี เช่นเดียวกับวิชาชีพพยาบาล สัตวแพทย์ วิศวกรและสถาปนิก เป็นต้น

- ควรต้องปรับปรุงแก้ไขข้อบังคับการสอบสวน โดยมีการกำหนดกรอบเวลาการสอบสวนให้ชัดเจน มีความกระชับเหมาะสมและไม่ล่าช้า

- ควรต้องปรับปรุงแก้ไขให้มีการกำหนดให้การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ทำคำสั่งลงประกาศราชกิจจานุเบกษาและหนังสือพิมพ์รายวัน และในเว็บไซต์ขององค์กรแพทยสภาด้วย

2) การลงโทษทางจริยธรรมแพทยในประเทศไทย

ในกรณีที่โทษไม่ถึงขั้นร้ายแรงคือพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ควรจะมีมาตรการลงโทษตามความเหมาะสมเพื่อให้เกิดความหลาบจำ ดังนั้นจึงควรต้องแก้ไขปรับปรุงให้มีการกำหนดระยะเวลาการภาคทัณฑ์ไม่เกิน 5 ปี และให้มีบทเพิ่มโทษกรณีกระทำผิดซ้ำ และควรกำหนดมาตรการลงโทษปรับทางปกครอง (กำหนดจำนวนเงินค่าปรับ) เพิ่มขึ้นจากภาคทัณฑ์

3) มาตรฐานวิชาชีพ

ควรต้องแก้ไขปรับปรุงคุณสมบัติด้านอายุอย่างต่ำ 25 ปี เพื่อความเหมาะสมในวุฒิภาวะของความเป็นแพทย์ และปรับปรุงให้มีระบบการศึกษาแบบต่อเนื่อง นำมาเป็นเกณฑ์ในการต่ออายุใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ

4) การเยียวยาความเสียหาย

เพื่อแก้ไขปัญหาเร่งด่วน คณะผู้วิจัยเห็นว่า องค์กรวิชาชีพคือแพทยสภาควรเข้ามามีส่วนร่วมรับผิดชอบในการกระทำของแพทย์ด้วย โดยมีการจัดตั้งกองทุนเยียวยาความเสียหายเบื้องต้นให้แก่ผู้ได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติงานของแพทย์โดยเฉพาะ

5) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ควรกำหนดให้แพทยสภาต้องจัดให้มีช่องทางในการรับฟัง ให้คำปรึกษาแนะนำ ตลอดจนนำระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในชั้นการพิจารณาคดีจริยธรรมของแพทยสภา

ข. ข้อเสนอแนะสำหรับความผิดทางแพ่งของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยในประเทศไทย

คณะผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาลักษณะนี้

1) ให้ศาลปรับปรุงระบบการพิจารณาคดีในเชิงรุกให้มากขึ้น มีบทบาทในการเป็นผู้แสวงหาข้อเท็จจริงมากขึ้น โดยกำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา

2) นำหลักการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญที่ศาลแต่งตั้งและขึ้นบัญชีเป็นพยานผู้เชี่ยวชาญของศาล โดยผ่านความเห็นชอบร่วมกันกับแพทยสภาและราชวิทยาลัยในแต่ละสาขาเพื่อให้ได้ผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีความรู้และมีมาตรฐานวิชาชีพที่แท้จริง

3) นำระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความผู้บริโภคมาใช้สำหรับคดีแพทย์ทุกคดี เพราะจากสถิติงานวิจัยในคดีแพทย์ของต่างประเทศพบว่าการฟ้องคดีแพทย์สามารถยุติได้โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยนอกศาลหรือในศาลเป็นจำนวนที่ค่อนข้างสูงและมีนัยสำคัญ

4) คณะผู้วิจัยเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่าคดียุติบริการทางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะที่แตกต่างจากคดีผู้บริโภคทั่วไป ดังนั้น จึงอาจจำเป็นต้องมีมาตรการหรือวิธีพิจารณาความที่แตกต่างไปจากคดีผู้บริโภค โดยมีลักษณะของวิธีพิจารณาที่สร้างความเป็นธรรมให้กับคู่กรณี คือประชาชนซึ่งเป็นผู้ป่วยและอยู่ในฐานะเป็นผู้เสียหายซึ่งใช้บริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนหรือคลินิกของเอกชนที่มีการจัดเก็บค่ารักษาหรือบริการทางการแพทย์ในอัตราที่สูงมากหากเปรียบเทียบกับโรงพยาบาลของรัฐ และผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ในสถานพยาบาลเอกชนกับสถานพยาบาลของรัฐ โดยคำนึงถึงหน้าที่และเกียรติยศและศักดิ์ศรีในการประกอบวิชาชีพของแพทย์ด้วยเสมอ

ค. ข้อเสนอแนะสำหรับความผิดทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทย

1) ควรปรับปรุงแก้ไขความรับผิดทางอาญาของแพทย์ ต้องเป็นการกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น

2) ควรแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญาในกรณีผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์มีการกระทำอันเป็นความผิดที่เกิดขึ้นจากการประกอบวิชาชีพ (La faute professionnel) เหมือนเช่นในต่างประเทศบางประเทศ ในกรณีที่เป็นความผิดอันเกิดขึ้นจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Gross Reckless/Negligence) อันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ สมควรกำหนดให้ต้องได้รับโทษจำคุกและปรับเพิ่มขึ้น เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบวิชาชีพกระทำผิดและมีความระมัดระวังเพิ่มขึ้น เนื่องจากโดยวิสัยของผู้ประกอบวิชาชีพจะต้องปฏิบัติงานวิชาชีพของตนอย่างระมัดระวังตามหน้าที่ทางวิชาชีพ (Professional Duties) หรือโดยหลักทางวิชาการ (Rule of Technology) เพื่อให้เกิดความเชื่อถือศรัทธาและไว้วางใจจากประชาชนในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพที่มีผลกระทบต่อสังคมและต่อประโยชน์สาธารณะโดยรวม

3) ควรปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวข้องกับหลักพินัยกรรมชีวิตให้มีความชัดเจน หรือแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 หรือให้ความคุ้มครองแพทย์ผู้รักษาไม่ให้อ้างอิงผิดในทางอาญา

บรรณานุกรม

- จิรนิติ หะวานนท์. **หลักวิชาชีพนักกฎหมาย (Legal Profession)**. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2546.
- จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ เดือนตุลา, 2556.
- โชติ เศรษฐบุตร. **วิชาการว่าความ**. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2516.
- ณัฐจักร ปัทมสิงห์ ณ อยุธยา. “มาตรการทางกฎหมายในการแก้ต่างคดี: ศึกษากรณีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมถูกฟ้อง.” เอกสารงานวิจัยส่วนบุคคล หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง วิชาการยุติธรรม. สำนักงานศาลยุติธรรม, 2552.
- ธนกฤต วรธนัชชากุล. “มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง : มองเทศแล้วย้อนมามองไทย.” **วารสารอัยการ** 23, 257 (ตุลาคม-ธันวาคม 2553): 111-128.
- ธนโรจน์ หล่อธนไพศาล. “ปัญหากฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้รับบริการทางการแพทย์.” เอกสารงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเวสเทิร์น จังหวัดกาญจนบุรี, 2557.
- นพพร โพธิ์รังสิยากร. “ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับทฤษฎีปฏิบัติจากการรักษาทางการแพทย์.” **ตุลพาท** 60, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม), 3 (กันยายน-ธันวาคม 2556).
- ปานสม์กัญญ์เจิมพิพัฒน์. “การฟ้องคดีบริการทางการแพทย์ในอังกฤษ (An Action of English Medical Services).” **ตุลพาท** (พฤษภาคม-สิงหาคม 2554): 149.
- ปานรวี ชีวติโสภณ. “ปัญหาความรับผิดชอบทางอาญาในการกระทำโดยประมาทของแพทย์.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2551.
- พรเลิศ ฉัตรแก้ว. “ประเด็นทางจริยศาสตร์และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย.” ใน **เอกสารประกอบคำบรรยายในการสัมมนาเรื่อง ความรับผิดชอบแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพทนายความและแพทย์**. กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหงและสถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์, วันที่ 13 มีนาคม 2557.
- เพ็ญจันทร์ คล้ายเอี่ยม. “ความรับผิดชอบในสัญญาให้บริการด้านการแพทย์.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2552.
- มาโรจน์ ขจรไพศาล. “แนวคิดทางกฎหมายเพื่อแก้ไขความเสียหายในบริการทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกา,” ใน **ตุลพาท** 3, 58 (กันยายน-ธันวาคม 2554).

- _____. “การคุ้มครองความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ของฝรั่งเศส,” ใน **ดุลพินิจ** 1, 59 (มกราคม-เมษายน 2555): 81.
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. **นิติเวชสารก ฌบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, 2530.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. **คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2556.
- อภิรมย์ เวชภูติ. “กระบวนการยุติธรรมเมื่อแพทย์ถูกฟ้องร้อง.” ใน เอกสารงานวิจัยส่วนบุคคลหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยการยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรม, 2551.
- อำพล จินดาวัฒนะ. “พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาวะของคนไทย.” ใน แสง บุญเฉลิมวิภาส. **นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555.
- Peter, P. Budetti & Teresa M. Waters **Medical Malpractice Law in the United States**. The Henry J. Kaiser Family Foundation Publication, May 2005.
- The Handbook to the NHS Constitution for Empanel**. London: NHS Constitution Unit, 2009.
- Winn. Peter. **Criminal Prosecutions under ltiPAA**. ‘United State Attorneys’ Bulletin 53. No. 5, 2005.
- Bal. B. Sonny. **An Introduction to Medical Malpractice in the United States**. Clin Orthop Relat Res. Feb 2009; 467(2): 339–347. [Online]. Available URL: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513/>, 2013 (March, 1).
- Legal Service Board. **The regulatory objectives, Legal Services Act 2007**. [Online]. Available URL: http://www.legalservicesboard.org.uk/news.../pdf/regulatory_objectives.pdf, 2013 (March, 1).
- Medical Malpractice. Implications of Rising Premiums on Access to Health Care**. Washington, D.C. U.S. General Accounting Office. August 2003. [Online]. Available URL: <http://www.gao.gov/new.items/d03836.pdf>, 2013 (March, 1).
- Medical Malpractice Liability: Germany**. [Online]. Available URL: <http://www.loc.go/, Law Library, Research & Report Legal Topics> 2013 (March, 1).

Medical Negligence: The Role of America's Civil Justice System in Protecting Patients' Rights, The American Association for Justice, February 2011 [Online]. Available URL: http://www.justice.org/resources/Medical_Negligence_Primer.pdf, 2013 (March, 1).

New York State Unified Court System Port 1200 [Online]. Available URL: http://nycourts.gov/rules/joint_appellate/NY-Rules-Prof-Conduct-1200.pdf, 2014 (July, 29).

Principes de base relatifs au rôle du barreau [Online]. Available URL: <http://www.2.ohchr.org/French/law/barreau.htm>, 2013 (March, 1).

