

การใกล้เคียงข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนการฟ้องคดี ในคดีละเมิดทางการแพทย์ในบริบทประเทศไทย



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ ไม่สังกัดภาควิชา/เทียบเท่า  
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2562  
ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Mandatory Pre-Suit Mediation in Medical Malpractice Cases in Thailand



A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of Master of Laws in Laws

Common Course

FACULTY OF LAW

Chulalongkorn University

Academic Year 2019

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนการฟ้องคดี ในคดี  
ละเมิดทางการแพทย์ในบริบทประเทศไทย

โดย

น.ส.วัฒนาภรณ์ ยั่งยืน

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา รัตติ

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของ  
การศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปาริณา ศรีวินิชย์)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(ศาสตราจารย์ (พิเศษ)วิชัย อริยะนนท์)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา รัตติ)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทีนพงศ์พันธ์)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย  
(อาจารย์วิภาณันท์ ประสมปลื้ม)

วัฒนธรรม ยั่งยืน : การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนการฟ้องคดี ในคดีละเมิดทางการแพทย์ในบริบทประเทศไทย. (Mandatory Pre-Suit Mediation in Medical Malpractice Cases in Thailand) อ.ที่ปรึกษาหลัก : ผศ. ดร.สุรัชดา ตรี

ในปัจจุบันประเทศไทยมีปริมาณข้อพิพาททางการแพทย์ขึ้นสู่ศาลเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องซึ่งส่งผลกระทบต่อคู่พิพาท และยังก่อให้เกิดผลกระทบทางกฎหมายและสังคม งานวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาทางกฎหมายในกรณีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ โดยมุ่งประเด็นการศึกษาในการจัดการข้อพิพาทเพื่อหาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เหมาะสมกับคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย

จากการศึกษาเปรียบเทียบวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกในกรณีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ และสหภาพยุโรป โดยพิจารณาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก 4 วิธี ได้แก่ ระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) พบว่า แนวคิดในเรื่องกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) เป็นกระบวนการที่เหมาะสมที่สุดในการนำมาปรับใช้ในประเทศไทย เพราะวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการที่ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของคู่พิพาทได้ดี และประสบความสำเร็จสูงในต่างประเทศ นอกจากนี้ การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งเป็นข้อกำหนดให้คู่พิพาทต้องผ่านขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงสามารถที่จะดำเนินคดีในชั้นศาลได้ มีจุดประสงค์เพื่อให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีโอกาสทำความเข้าใจในประเด็นข้อพิพาทที่มีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ช่วยเหลือ หากคู่พิพาทสามารถทำความเข้าใจและตกลงระงับข้อพิพาทกันได้ ส่งผลให้เป็นการลดต้นทุนทางด้านต่าง ๆ ที่เกิดจากการดำเนินคดีในชั้นศาล และรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท ซึ่งจากการศึกษาพบว่า เป็นกระบวนการที่ได้นำมาใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดาประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีการกำหนดเงื่อนไขให้คู่พิพาทต้องผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสียก่อนภายในขอบเขตระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และมีหน่วยงานสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่กำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและทางด้านทางการแพทย์ ส่งผลให้เกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการ และยังส่งผลให้คู่พิพาทสามารถเข้าใจถึงข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอย่างแท้จริงเพื่อร่วมกันหาข้อตกลงที่เป็นประโยชน์ร่วมกันที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมรับ จึงประสบความสำเร็จในการยุติข้อพิพาทโดยเร็ว จึงเป็นกระบวนการที่มีความเหมาะสมในการปรับใช้ในกรณีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยจึงทำการเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพ.ศ. 2562 กำหนดให้ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีโดยการกำหนดระยะเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่แน่นอน และหน่วยงานไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีความเป็นกลางมีลักษณะเฉพาะในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและยุติธรรมยิ่งขึ้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

สาขาวิชา นิติศาสตร์  
ปีการศึกษา 2562

ลายมือชื่อนิสิต .....  
ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาหลัก .....

# # 6186068734 : MAJOR LAWS

KEYWORD: Mediation Alternative dispute resolution

Wattanaporn Yungyuen : Mandatory Pre-Suit Mediation in Medical Malpractice Cases in Thailand. Advisor: Asst. Prof. Surutchada Reekie, Ph.D.

Currently, in Thailand, there is a steady increase in the number of medical litigation, causing an adverse effect on the parties, as well as generating legal and social problems. The purpose of the research is to study legal issues relevant to medical malpractice. The research focuses on the study of dispute management to find alternative dispute resolution methods that is suitable for medical liability cases in Thailand.

In order to achieve this, the research conducted a comparative study of alternative dispute resolution methods for medical liability cases in the United Kingdom, The United States of America., Singapore and the European Union. Four alternative dispute resolution methods were identified: compensation systems or medical liability insurance, arbitration, negotiation and mediation. The research found that the concept of mandatory mediation process is the most suitable process for Thailand. This is because the mediation method is a method that encourages active participation of the parties and has achieved a high level of success in the comparator countries. In addition, by making the mediation process compulsory, the parties are required to go through the dispute resolution process before being able to pursue court litigation. It is intended to give both parties an opportunity to understand dispute issues with an assistance of a neutral mediator. If the parties are able to settle the dispute, it will reduce the costs arising from the court proceedings and maintain the relationship between the parties. The study found that the process can be effectively used to resolve medical disputes in the states of South Carolina and Florida, both of which require that the parties must enter the process of resolving disputes within the time limited by law. Moreover, in both states there is an agency whose role is to mediate disputes for medical liability, with mediators who possess both legal and medical expertise. This approach has resulted in a greater public confidence in the process and also helped the parties to better understand relevant legal issues in order to find a mutually beneficial agreement that both parties accept. Therefore, this approach has been proven highly successful in resolving the medical liability disputes amicably and quickly, and hence is the process that Thailand should consider as a potential model.

With the reasons mentioned above, the researcher therefore proposed amendments to the Dispute Mediation Act 2019. Medical malpractice cases should be entered into mandatory mediation before prosecution, by setting an exact duration of mediation of the dispute and establishing a dispute mediation agency that acts as the neutral third party, with the aim to render medical malpractice lawsuit more appropriate and fairer for both parties involved.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

Field of Study: Laws

Student's Signature .....

Academic Year: 2019

Advisor's Signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ไม่อาจสำเร็จล่วงไปได้ หากปราศจากความเมตตาและความอนุเคราะห์ จากคณาจารย์ทั้งหลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีคี ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่า รับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ให้กับผู้วิจัย โดยท่านได้ให้คำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ ต้นจนจบ ในเวลาที่ผู้วิจัยเกิดปัญหาบางประการในงานวิจัย ท่านจะคอยชี้แนะแนวทางและหาทาง แก้ปัญหาให้แก่ผู้วิจัยอย่างเสมอ อีกทั้งยังคอยตรวจสอบแก้ไขข้อบกพร่อง ตลอดจนชี้แนะแนวทางใน การศึกษาค้นคว้าหาข้อมูลจนทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับดังกล่าวสำเร็จล่วงและคอยให้กำลังใจในตลอด ระยะเวลาในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยรู้สึกภาคภูมิใจเสมอที่ได้เป็นศิษย์ในที่ปรึกษาของท่าน อาจารย์ ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรัชดา ธีคี เป็นอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนนทกะ ที่กรุณาได้รับเป็นประธาน กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วิโรจน์ วาทินพงศ์พันธ์ และท่านอาจารย์วิภาณันท์ ประสมปลื้ม ที่รับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทุกท่านได้ให้ความรู้และข้อคิดเห็นที่เป็นประโยชน์จน ทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จล่วงได้อย่างสมบูรณ์ รวมทั้งให้ความเมตตาสละเวลาอันมีค่าเพื่อมา ดำเนินการสอบวิทยานิพนธ์แก่ผู้วิจัย

นอกจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายข้างต้นแล้ว ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณบุคคลผู้สำคัญมากที่สุด ในชีวิตของผู้วิจัย คือ บิดามารดาของผู้วิจัย นายพรเกียรติ ยิ่งยืน และนางพรรณวดี ยิ่งยืน อีกทั้งคุณน้า ของผู้วิจัย คือนางสาวมาลีมาศ เสนะวงศ์ ทุกท่านได้คอยให้ความรัก ความเมตตา อีกทั้งเป็นแรงผลักดัน และสนับสนุนผู้วิจัยเสมอมา ผู้วิจัยขอขอบคุณ รุ่นพี่ เพื่อนทุกคน ที่ให้คำปรึกษาและกำลังใจแก่ผู้วิจัยใน ระหว่างการจัดทำวิทยานิพนธ์ และบุคคลสุดท้ายที่ผู้วิจัยขอขอบคุณ นายนรภัทร นาควิจิตร ผู้ซึ่งเป็น กัลยาณมิตร คอยช่วยเหลือและให้คำปรึกษาแก่ผู้วิจัยอย่างเสมอจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จล่วง

ผู้วิจัยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะเกิดประโยชน์แก่สังคมและผู้อ่านทุกท่าน หาก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เกิดคุณประโยชน์ประการใด ผู้วิจัยขอมอบความดีนั้นให้แก่บุคคลทุกท่านที่ผู้วิจัยได้ กล่าวมาทั้งหมด แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อผิดพลาดหรือข้อบกพร่องประการใด ผู้วิจัยต้องกราบขอ อภัยมา ณ ที่นี้ และขอน้อมรับความผิดนั้นไว้แต่เพียงผู้เดียว

วัฒนาภรณ์ ยิ่งยืน

## สารบัญ

	หน้า
.....	ค
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ค
.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	ง
กิตติกรรมประกาศ.....	จ
สารบัญ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ช
บทที่ 1 .....	1
บทนำ.....	1
1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย.....	12
1.3 ขอบเขตของการวิจัย.....	13
1.4 สมมติฐานการวิจัย.....	13
1.5 วิธีการวิจัย.....	13
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	14
บทที่ 2.....	16
กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์.....	16
2.1 หลักการความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์.....	17
2.1.1 ความรับผิดทางละเมิด มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	17
2.1.1.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาเรื่องของการกระทำโดย จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ.....	18

2.1.1.2 ความรับผิดชอบในการบริการทางการแพทย์ด้วยความตั้งใจ .....	24
2.1.1.3 ความรับผิดชอบในการบริการทางการแพทย์โดยประมาณเส้นเลือด .....	25
2.2 ความรับผิดชอบทางละเมิดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 .....	32
2.2.1 ลักษณะของคดีผู้บริโภค.....	33
2.2.2 การปรับใช้กฎหมายโดยการตีความของศาล .....	36
2.2.2.1 ความหมายคำว่า “บริการ” .....	37
2.2.2.2 ความหมายคำว่า “บริการทางการแพทย์” .....	38
2.2.3 การดำเนินการพิจารณาคดีผู้บริโภค.....	43
2.2.3.1 หลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา.....	44
2.2.3.2 ระบบไต่สวนกับวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค .....	47
2.2.3.3 ภาระการพิสูจน์.....	51
2.3 แนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการรับบริการทาง การแพทย์.....	54
2.3.1 แนวคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย .....	57
2.3.2 ประเภทการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย.....	58
2.3.2.1 กองทุนเยียวยาความเสียหายทางการแพทย์ (Compensation Systems)...	59
2.3.2.2 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration).....	65
2.3.2.3 การเจรจา (Negotiation) .....	79
2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation).....	85
บทที่ 3 .....	109
การระงับข้อพิพาททางเลือกในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ในกฎหมายต่างประเทศ.....	109
3.1 แนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาททางละเมิดในต่างประเทศ .....	110
3.1.1 วิธีการบริหารจัดการความขัดแย้ง .....	112
3.1.1.1 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ (Power).....	112



3.1.1.2	การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ (Rights).....	113
3.1.1.3	การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการยึดหลักผลประโยชน์ (Interest).....	113
3.1.2	ประเภทของวิธีการระงับข้อพิพาท .....	115
3.1.2.1	การระงับข้อพิพาทกระแสหลัก หรือวิธีการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับ (Compulsory Dispute Resolution).....	115
3.1.2.2	วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution).....	117
3.2	วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ในกฎหมาย ต่างประเทศ.....	120
3.2.1	ระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance).....	122
3.2.1.1	แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยใน ความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ .....	122
3.2.1.2	กองทุนชดเชยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ (Compensation Systems).....	123
3.2.1.3	ระบบประกันภัยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา (Medical Liability Insurance).....	131
3.2.2	การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration) .....	135
3.2.2.1	แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ .....	135
3.2.2.2	การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ สหรัฐอเมริกา .....	140
	(ก) มลรัฐฟลอริดา.....	141
3.2.2.3	การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ สิงคโปร์.....	146
3.2.3	การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration).....	150
3.2.3.1	แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ .....	150

3.2.3.2 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ	
สหรัฐอเมริกา.....	151
(ก) มลรัฐยูทาห์.....	151
(ข) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย.....	153
(ค) มลรัฐวอชิงตัน.....	155
(ง) มลรัฐออริกอน.....	156
3.2.4 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า (Negotiation and early apology).....	158
3.2.4.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง ....	158
3.2.4.2 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ใน	
ประเทศอังกฤษ.....	162
3.2.4.3 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ใน	
ประเทศสหรัฐอเมริกา.....	163
3.2.4.4 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ใน	
ประเทศสิงคโปร์.....	166
3.2.4.5 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ใน	
สหภาพยุโรป.....	168
3.2.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ (Voluntary Mediation).....	169
3.2.5.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ .....	169
3.2.5.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ	
อังกฤษ.....	174
3.2.5.3 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ	
สหรัฐอเมริกา.....	179
3.2.5.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ	
สิงคโปร์.....	182
3.2.5.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในสหภาพ	
ยุโรป.....	186

3.2.6 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation).....	189
3.2.6.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ .....	189
3.2.6.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศ สหรัฐอเมริกา.....	191
(ก) มลรัฐเซาท์แคโรไลนา .....	193
(ข) มลรัฐฟลอริดา.....	197
(ค) มลรัฐวอชิงตัน .....	200
(ง) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย.....	201
บทที่ 4 .....	204
วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทในคดีความรับผิด ทางละเมิด ทางการแพทย์ .....	204
4.1 วิเคราะห์การดำเนินคดีทางศาลที่มีผลกระทบต่อข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย .....	204
4.1.1 ความรับผิดในการบริการทางการแพทย์อันเกิดจากความความประมาทเลินเล่อ .....	204
4.1.2 ความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค .....	212
4.1.2.1 ปัญหาในด้านการนิยามของคำว่า “บริการ” .....	212
4.1.2.2 ผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา.....	215
4.2 วิเคราะห์แนวคิดของการระงับข้อพิพาททางเลือก .....	223
4.2.1 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ .....	223
4.2.2 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้ผลประโยชน์ .....	224
4.2.3 ลักษณะร่วมกันของการระงับข้อพิพาททางเลือก.....	224
4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทาง ละเมิดทางการแพทย์.....	229
4.3.1 การเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือก .....	229

4.3.1.1 ความสมัครใจของคู่พิพาทในการทำความตกลงในการเลือกรูปวิธีการระงับข้อพิพาท .....	229
(ก) กองทุนชดเชยหรือการประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ (Compensation Systems).....	230
(ข) การอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัครใจ (Voluntary Arbitration).....	233
(ค) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) .....	237
(ง) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ (Voluntary Mediation).....	240
4.3.1.2 เงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือุก่อนการดำเนินคดีในชั้นศาล .....	249
(ก) การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) .....	250
(ข) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration).....	252
4.3.2 การดำเนินกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางการแพทย์.....	264
(ก) ระบบกองทุนชดเชยและระบบประกันภัยในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ (Compensation Systems).....	265
(ข) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) .....	267
(ข.1) การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration).....	267
(ข.2) การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) .....	271
(ค) การเจรจาต่อรอง (Negotiation).....	274
(ง) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) .....	275
(ง.1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยการสมัครใจ (Voluntary Mediation) ....	276
(ง.2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) .....	280
4.3.3 การสิ้นสุดกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกและบังคับตามข้อตกลง .....	284
4.3.3.1 ระบบกองทุนชดเชยในความรับผิดทางการแพทย์ (Compensation Systems) .....	284

4.3.3.2 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) .....	285
4.3.3.3 การเจรจาต่อรอง (Negotiation).....	287
4.3.3.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation).....	287
4.4 การพิจารณาความเหมาะสมกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย .....	288
4.4.1 การดำเนินการพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 .....	289
4.4.1.1 ผู้ไกล่เกลี่ย.....	289
4.4.1.2 หน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท .....	290
4.4.1.3 ประเภทคดี.....	291
4.4.2 การสิ้นสุดกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกการบังคับตามข้อตกลงว่าด้วย การ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท.....	294
4.4.2.1 การบังคับตามข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท.....	294
4.4.2.2 อายุความ .....	295
4.5 วิเคราะห์ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิง บังคับก่อนฟ้องคดี.....	300
4.5.1 ประเด็นปัญหาเรื่องหลักการการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย .....	302
4.5.2 เปรียบเทียบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับกับการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่น .....	305
4.5.3 แนวความคิดของประเทศไทยต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ .....	309
บทที่ 5 .....	324
บทสรุปและข้อเสนอแนะ .....	324
5.1 บทสรุป .....	324
5.2 ข้อเสนอแนะ .....	330
บรรณานุกรม.....	335
ประวัติผู้เขียน.....	358



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบองค์ประกอบความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ 206	
ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยความสมัครใจ..... 262	262
ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นเงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการ ระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนหากต้องการดำเนินคดีในชั้นศาล ..... 263	263
ตารางที่ 4 เปรียบเทียบขั้นตอนในการนำการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้ในความรับผิดชอบทางละเมิดทาง การแพทย์กับกฎหมายไทย..... 310	310



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ที่มาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันประเทศไทยมีการร้องเรียนและฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับบริการทางการแพทย์เพิ่มมากขึ้น ตามที่ปรากฏในสื่อต่าง ๆ ทั้งการฟ้องเพื่อดำเนินคดีทางแพ่ง คดีอาญา หรือคดีปกครอง<sup>1</sup> จากสถิติ 20 ปี ย้อนหลังของกระทรวงสาธารณสุขพบว่า การฟ้องคดีเกี่ยวกับบริการทางการแพทย์ เป็นการฟ้องดำเนินคดีแพ่งจำนวน 287 คดี คดีผู้บริโภคจำนวน 168 คดี คดีปกครองจำนวน 3 คดี รวมเป็น 499 คดี โดยศาลตัดสินคดีถึงที่สุดแล้ว 66 คดี และการฟ้องคดีเกี่ยวกับบริการทางการแพทย์มีแนวโน้มสูงขึ้น<sup>2</sup> ในส่วนประเด็นสถิติการใช้ทุนทรัพย์ในการฟ้องคดีคิดโดยรวมประมาณ 3,192 ล้านบาท สาเหตุเกิดจากการรักษาผิดพลาดโดยประมาณเกินกว่าที่ควรที่สุดจำนวน 116 ราย โดยกระทรวงสาธารณสุขในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีได้ชำระเงินตามคำพิพากษาแล้ว 31 ล้านบาท และมีผู้ที่ได้รับเงินช่วยเหลือตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 จำนวน 68 รายที่นำเรื่องมาร้องเรียนต่อกระทรวงสาธารณสุขและสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข<sup>3</sup>

การเกิดข้อพิพาททางการแพทย์จนวนนำไปสู่การฟ้องและดำเนินคดีทางศาลในประเทศไทย มักเป็นกรณีความรับผิดทางละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>4</sup> ซึ่งเป็นความรับผิดทางละเมิดโดยทั่วไปที่ศาลไทยได้วางแนวทางในการประกอบวินิจฉัยตามองค์ประกอบ

<sup>1</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข,” วารสารจลนนิติ (พฤษภาคม - มิถุนายน 2554): 47.

<sup>2</sup> อธิธิพล สูงแข็ง, “เจาะลึกกระบวนสุขภาพ ชี้นำแนวโน้มการฟ้องร้องทางการแพทย์สูงขึ้นเรื่อย ๆ,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.hffocus.org/content/2019/01/16725>.

<sup>3</sup> กลุ่มกฎหมาย สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, “สถิติคดีแพทย์,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: [http://www.legal.moph.go.th/index.php?option=com\\_remository&Itemid=814&func=fileinfo&id=472\[2559](http://www.legal.moph.go.th/index.php?option=com_remository&Itemid=814&func=fileinfo&id=472[2559).

<sup>4</sup> มาตรา 420 “ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่น โดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดีแก่ร่างกายก็ดีอนามยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น”



ความรับผิดชอบ ได้แก่ การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ ในการตรวจวินิจฉัย และรักษาผู้ป่วยที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพโดยการกระทำที่จงใจ หรือโดยประมาทเลินเล่อในหน้าที่ ซึ่งการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยโดยตรง นอกจากนี้ความรับผิดชอบทางละเมิดในคดีทางการแพทย์แตกต่างจากการกระทำผิดทางละเมิดโดยทั่วไป คือ เรื่องมาตรฐานการรักษา (standard of care)<sup>5</sup> กล่าวคือศาลไทยนำมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ที่ผู้มีการกระทำพิสูจน์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การกระทำที่ ถูกกล่าวหา มีความแตกต่างไปจากมาตรฐานการรักษาหรือไม่ อย่างไร โดยประเทศไทยได้ใช้หลัก มาตรฐานการรักษาตามพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 31 ประกอบกับข้อบังคับ แพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ข้อ 15 ที่กำหนดว่า

*“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพ  
เวชกรรมภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตามภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ที่มีอยู่  
ในสถานการณ์นั้น ๆ”*

ดังนั้นคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์การพิจารณาว่าประมาทเลินเล่อหรือไม่ จะพิจารณาจากภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 เป็นหลักดังมีคำพิพากษาฎีกาที่ 899/2555 “ศาลเห็นว่า การจะวินิจฉัยว่า แพทย์ผู้ตรวจรักษาโรคหัวใจที่ 1 ประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จำเลยได้รับความเสียหายหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาจากการใช้ความระมัดระวังของแพทย์ผู้นั้นเปรียบเทียบกับผู้อื่น ในวิชาชีพเดียวกันที่อยู่ในสถานะเช่นนั้น จำต้องมีตามวัสดุและพฤติการณ์ การตรวจรักษาของแพทย์ ผู้ทำการรักษาถูกต้องตามมาตรฐานการแพทย์แล้ว ถือว่า ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้ ประกอบวิชาชีพแพทย์จึงไม่เป็นการกระทำละเมิด” จากหลักการพิจารณาของศาลดังกล่าวทำให้เห็น ได้ชัดเจนถึงแนวทางของศาลในเรื่องการกระทำโดยประมาทเลินเล่อในการรักษาพยาบาล แพทย์จึง ต้องใช้ความระมัดระวังอย่างเต็มที่ และต้องปฏิบัติตามวิธีการ ขั้นตอนการรักษาตามหลักวิชาการ

<sup>5</sup> Shafeek S. Sanbar, *Legal Medicine*, 4th (Philadelphia: Mosby-Year Book, 2007), p.253.

อย่างดีที่สุดในสถานการณ์ขณะนั้น แม้ผลการรักษาจะไม่เป็นไปตามที่คาดหวังของผู้ป่วย ก็ไม่ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อให้เกิดความเสียหาย ดังคำพิพากษาฎีกาที่ 8513/2553 ที่วางบรรทัดฐานไว้ว่า “จำเลยที่ 2 ให้การรักษาถูกต้องตามหลักวิชาชีพแล้ว ไม่เป็นละเมิด” หรือคำพิพากษาฎีกาที่ 5018/2550 “มีการใช้ทีมแพทย์พยาบาลตามมาตรฐาน และใช้ความระมัดระวังในการตรวจรักษา ตามความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแล้วไม่ถือเป็นการละเมิดต่อโจทก์”

การวินิจฉัยคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ของประเทศไทยได้นำเรื่องมาตรฐานการรักษามาใช้ประกอบการพิจารณาตัดสินในชั้นศาล แต่ยังขาดความชัดเจนในองค์ประกอบความรับผิด เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับแนวความคิดในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ จะเห็นได้ว่า มีการแบ่งหลักองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ไว้ชัดเจน 4 ประการ<sup>6</sup> อันได้แก่

- 1) หน้าที่ที่ผู้ประกอบวิชาชีพอื่นจะต้องทำการรักษาผู้ป่วยด้วยมาตรฐานวิชาชีพ (Duty)
  - 2) การกระทำอันผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ (Breach of the Standard of Care)
  - 3) ความเสียหายที่เกิดต่อผู้ป่วยที่ได้รับการรักษา (Damages) และ
  - 4) ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการกระทำผิดจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ (Causation)
- หลักองค์ประกอบความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ดังที่ระบุไว้ชัดเจน 4 ประการ อธิบายได้ว่า หน้าที่ของแพทย์อื่นมีต่อผู้ป่วยจะเริ่มจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย ที่แพทย์มีหน้าที่อื่นจะต้องรักษาผู้ป่วยให้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ ตามหลักพิจารณาต่างกันไปตามบริบท หรือวิสัยและพฤติการณ์ของสภาวะการณ์นั้น ๆ หากมีการกระทำอันผิดไปจากมาตรฐาน และก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยที่เป็นผลโดยตรงจากการละเมิดนี้ย่อมถือว่าครบองค์ประกอบความรับผิดทางการแพทย์ หรือทฤษฎีปฏิบัติ (Medical Malpractice)

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบรรทัดฐานทางกฎหมายของต่างประเทศแสดงให้เห็นว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามที่ชัดเจนขององค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่เป็นการเฉพาะ แต่เป็นเพียงแนวคำพิพากษาฎีกาที่ศาลได้เคยวินิจฉัยไว้ในแต่ละองค์ประกอบความรับผิดดังนี้

<sup>6</sup> Ibid., 253.

องค์ประกอบแรก หน้าที่ตามวิชาชีพของแพทย์ต่อผู้ป่วย (Duty) ต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า แพทย์มีหน้าที่ที่จะต้องตรวจรักษาผู้ป่วยนั้น ๆ ตามมาตรฐานวิชาชีพ โดยเริ่มจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย (physician patient relationship) เช่น ความยินยอมของผู้ป่วยให้แพทย์ทำการรักษา อาจเป็นหน้าที่ที่เกิดจากสัญญาหรือเป็นหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด สำหรับศาลไทยได้มีคำพิพากษาไว้เป็นบรรทัดฐานใน คำพิพากษาฎีกาที่ 11332/2555 กรณีผู้ป่วยประสบอุบัติเหตุมีภาวะการบอบช้ำของสมองและเลือดออกในสมอง ถูกนำส่งโรงพยาบาลเอกชน แต่เจ้าหน้าที่พยาบาลประจำห้องฉุกเฉิน ไม่รีบตรวจอาการผู้ป่วยเบื้องต้น แต่กลับสอบถามถึงสิทธิการรักษาพยาบาล และผู้รับผิดชอบรักษา เมื่อไม่พบจึงปฏิเสธการรับผู้ป่วยไว้รักษาและให้ผู้นำส่งพาผู้ป่วยไปรักษาที่โรงพยาบาลรัฐ แต่ผู้ป่วยได้เสียชีวิตขณะนำส่งต่อ ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าการปฏิเสธไม่รับผู้ป่วยไว้รักษาถือเป็นผลโดยตรงที่ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย โรงพยาบาลที่เป็นผู้ควบคุมดูแลตามพระราชบัญญัติสถานพยาบาลมาตรา 36 จึงต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ เมื่อเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยแล้ว ความสัมพันธ์นี้จะสิ้นสุดลง เมื่อเป็นความตกลงร่วมกันและการรับรู้ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย เช่น การรักษาสันต์ลง หรือการที่แพทย์หมดภาระหน้าที่ในการรักษาผู้ป่วยโดยการย้าย ลาออก หรือส่งผู้ป่วยไปรักษาต่อกับแพทย์ท่านอื่นโดยที่ผู้ป่วยรับรู้<sup>7</sup>

องค์ประกอบที่สอง การประกอบวิชาชีพที่ผิดจากมาตรฐาน (Breach of the Standard of Care) ในประเทศสหรัฐอเมริกามาตรฐานการรักษาเป็นองค์ประกอบสำคัญของการวินิจฉัยคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ จะใช้เกณฑ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์สาขาเดียวกัน และอยู่ในภาวะ วัสดุ และพฤติการณ์ในการทำงานเดียวกันการพิสูจน์มาตรฐานการรักษาในทางการแพทย์จำเป็นต้องอ้างอิงจากพยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์มีหลากหลายระดับได้แก่ มาตรฐานการรักษาโดยใช้พื้นที่เป็นเกณฑ์: ระดับท้องถิ่นเดียวกัน (locality rule), ระดับท้องถิ่นใกล้เคียง (similar locality rule), และระดับชาติ (national rule)<sup>8</sup> แตกต่างจากประเทศไทยที่ใช้เพียงการ

<sup>7</sup>Ibid., 254.

<sup>8</sup> Sonny Bal, “An Introduction to Medical Malpractice in the United States,” *Clinical Orthopaedics and Related Research*, 467 (Feb 2009): 339–347.

อ้างอิงมาตรฐานการรักษาโดยใช้ความเชี่ยวชาญของแพทย์เป็นเกณฑ์ (specialization) โดยไม่ได้จำกัดให้รับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญเฉพาะที่ปฏิบัติงานในพื้นที่หรือท้องถิ่นเดียวกับที่เกิดเหตุแต่มักจะเป็นผู้เชี่ยวชาญที่ปฏิบัติงานอยู่ในโรงเรียนแพทย์ที่อยู่ในกรุงเทพมหานครหรือจังหวัดใหญ่ๆ ซึ่งศาลไทยมักให้ความสำคัญกับการอ้างอิงพยานผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางที่เกี่ยวข้องกับภาวะโรคของผู้เสียหายในคดีนั้น ๆ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10416/2555 เป็นกรณีที่ผู้ป่วยเสียชีวิตระหว่างการผ่าตัดไส้ติ่งอักเสบที่โรงพยาบาลชุมชน พยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายโจทก์เป็นแพทย์ทั่วไป มาเบิกความทำนองว่าการให้ยาชาเข้าไขสันหลังของแพทย์ไม่ได้มาตรฐาน ส่วนพยานผู้เชี่ยวชาญฝ่ายจำเลยเป็นอาจารย์แพทย์สาขาวิสัญญีวิทยา ได้ให้ความเห็นต่อศาลว่าการกระทำของแพทย์ถูกต้องตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพ คดีนี้ศาลเห็นว่าพยานฝ่ายจำเลยมีน้ำหนักน่าเชื่อถือมากกว่าพยานฝ่ายโจทก์เนื่องจากปฏิบัติงานเป็นวิสัญญีแพทย์โดยตรง และพิพากษายกฟ้อง

องค์ประกอบที่สาม ความเสียหายที่เกิดจากการรักษา (Actual Harm or Injury) กล่าวคือ การต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ป่วย ซึ่งความเสียหายนี้ปกติจะเป็นจุดเริ่มต้นของการฟ้องร้องทั้งในคดีอาญาและคดีแพ่ง ในทางแพ่ง กฎหมายเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิด มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องมีความเสียหายเกิดขึ้นจึงจะครบองค์ประกอบความผิดในฐานละเมิด และศาลฎีกาเคยวินิจฉัยในประเด็นนี้ว่าหากยังไม่มี ความเสียหายเกิดขึ้น แพทย์ย่อมไม่ต้องรับผิดชอบละเมิด เช่น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5637/2533 โจทก์ฟ้องว่าแพทย์สั่งฉีดวัคซีนเพื่อป้องกันโรคหัดเยอรมันแก่โจทก์ในขณะที่ตั้งครรภ์โดยโจทก์อ้างว่าวัคซีนนี้อาจจะทำให้ทารกในครรภ์เกิดมา มีความพิการได้หลังจากฉีดยาโจทก์มีความกังวลอย่างมากจนไปขอรับการทำแท้งจากแพทย์กรณีนี้ ความเสียหายที่จะเกิด คือทารกที่เกิดมา มีความพิการ แต่ความเสียหายนี้ยังไม่ได้เกิดขึ้น การที่โจทก์ไปขอทำแท้ง เพราะกลัวไปเองว่าทารกจะคลอดออกมาพิการ การกระทำของแพทย์จึงไม่เป็นการละเมิด

องค์ประกอบที่สี่ ความเสียหายต้องสัมพันธ์กับการผิดมาตรฐานวิชาชีพ (Causation) ความเสียหายนั้นต้องเป็นผลโดยตรงจากการประกอบวิชาชีพที่ผิดไปจากมาตรฐานวิชาชีพ ซึ่งการพิสูจน์จะยากกว่าคดีละเมิดทั่วไป กล่าวคือ โจทก์ในคดีความเสียหายทางการแพทย์มักจะเป็นผู้ป่วยจากโรคใดโรคหนึ่งอยู่ก่อนแล้ว ดังนั้นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายเหล่านี้จึงมิได้หลายสาเหตุทั้งจากพยาธิสภาพของโรคเอง หรือความผิดพลาดในการรักษา หรืออาจจะเกิดร่วมกัน

ซึ่งการพิสูจน์ความสัมพันธ์นี้ต้องใช้ความรู้จากผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ แต่ในประเทศไทยยังมีข้อจำกัดในการพิสูจน์โดยใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ที่ทันสมัยมาวินิจฉัยสาเหตุที่แท้จริงของความเสียหาย ส่วนใหญ่จึงเป็นการพิสูจน์โดยอาศัยความคิดเห็นของพยานผู้เชี่ยวชาญเพียงลำพังที่พิจารณาจากประวัติย้อนหลังของผู้ป่วย เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 6887/2559 เป็นคดีคลอดบุตร ที่ระหว่างการคลอดพบปัญหาการคลอดยากในกรณีแพทย์เวรที่โรงพยาบาลชุมชนได้พยายามช่วยทำคลอดทางช่องคลอดโดยใช้เครื่องดูดสุญญากาศ แต่ไม่สำเร็จจึงได้ส่งผู้ป่วยไปโรงพยาบาลประจำจังหวัดเพื่อทำการผ่าตัดคลอด ต่อมาพบว่าเด็กคลอดออกมามีความพิการเกิดขึ้น แต่คดีนี้พยานผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่าความผิดปกติของทารกเกิดได้หลายสาเหตุ เช่น ระหว่างตั้งครรภ์มารดารับประทานยาขับประจำเดือน หรือมีการติดเชื้อระหว่างตั้งครรภ์ เป็นต้น ประกอบกับการบันทึกของแพทย์พบว่า ขณะคลอดเด็กมีเพียงภาวะการขาดออกซิเจนอย่างอ่อน ร่วมกับการที่ศาลพิจารณาเห็นว่าการดูแลผู้ป่วยของทีมแพทย์ที่โรงพยาบาลชุมชนเป็นไปตามมาตรฐานตามสถานการณ์แล้ว ศาลจึงวินิจฉัยว่ากรณีนี้ยังไม่อาจชี้ชัดได้ว่าการพิการทางสมองของทารกเป็นผลโดยตรงจากการคลอดที่ล่าช้าที่โรงพยาบาลชุมชน จึงยกฟ้อง

ความรับผิดชอบทางละเมิดเป็นลักษณะหนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกระบวนการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งโดยทั่วไปเป็นไปตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ได้มีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ 8/2551<sup>9</sup> กำหนดให้การฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการบริการทางการแพทย์หรือสาธารณสุข ถือเป็นคดีผู้บริโภคจึงต้องถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่มีหลักการแตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งหลายประการ เช่น การยื่นคำฟ้องหรือคำให้การ ภาระการพิสูจน์ที่ใช้หลัก Res Ipsa Loquitur โดยหลักการภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้อันเห็นให้ตกแก่ผู้ประกอบการ รวมทั้งการให้ศาลมีบทบาท

<sup>9</sup> ศูนย์วิทยบริการศาลยุติธรรมเฉลิมพระเกียรติ หอสมุดศาลยุติธรรม, “รวมคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ในคดีผู้บริโภค ปี 2551,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.library.coj.go.th/info/50238?c=92474041>.

เชิงรุกในการนำระบบการไต่สวนมาใช้ในการพิจารณาคดี ในการพิจารณาค้นหาความจริงเพื่อนำมาวินิจฉัยและตัดสินคดี<sup>10</sup>

จากหลักการดังกล่าวที่กำหนดวิธีพิจารณาความผิดทางแพ่ง โดยเฉพาะคดีที่เกี่ยวข้องกับการบริการทางการแพทย์และสาธารณสุข ทำให้เกิดปัญหาหลัก 3 ประการได้แก่ ประการแรก เนื่องจากความเคยชินกับระบบพิจารณาคดีแบบกล่าวหาที่ให้ผู้ความทั้งสองฝ่ายได้นำเสนอพยานหลักฐานของตนให้ศาลเป็นเพียงผู้พิจารณา ยังไม่มีบทบาทเชิงรุกมากนัก และยังไม่นำระบบการพิจารณาคดีแบบไต่สวนมาใช้อย่างเต็มรูปแบบ ประการที่สอง ภาระการพิสูจน์มาตรฐานวิชาชีพของแพทย์ และการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญทางด้านการแพทย์นั้น ศาลไทยยังมีข้อจำกัดในการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญ เนื่องจากมาตรฐานวิชาชีพ และความชำนาญในการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะทางวิชาชีพ ประการที่สาม การกำหนดค่าเสียหายทางแพ่งของศาลยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน<sup>11</sup> ดังนั้น การใช้กระบวนการพิจารณาทางศาลในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ด้วยการฟ้องคดีจึงไม่ใช่ทางออกที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายใด ในฝ่ายผู้ป่วยไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้โดยเร็ว ในฝ่ายของแพทย์ไม่ได้รับความยุติธรรมในการวินิจฉัยคดี รวมไปถึงศาลเองก็ประสบปัญหาคดีล้นศาล จึงเสียเวลา และค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นกับทุกฝ่ายดังเช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกาค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่สูง ซึ่งค่าใช้จ่ายด้านการดำเนินคดีสูงถึงร้อยละ 40 ของค่าเสียหายที่เรียกร้อง อีกทั้งยังไม่คิดรวมค่าใช้จ่ายในการป้องกันตัวเองทางการแพทย์ (Cost of Defensive Medicine) ที่แพทย์มักใช้ปกป้องตนเองโดยการส่งตรวจซ้ำ ๆ เกินความจำเป็นที่สูงถึงเป็นหลักพันล้านดอลลาร์<sup>12</sup> โดยทั้งหมดนี้ชี้ให้เห็นผลกระทบเป็นลูกโซ่ที่ทำให้เกิดความสูญเสียแก่ทุกฝ่ายและมีผลโดยตรงต่อระบบสุขภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>13</sup> เพื่อเป็นการลด

<sup>10</sup> ธนภุต วรรณชากุล, “การพิสูจน์ความรับผิดชอบของแพทย์จากการกระโดยประมาทเลินเล่อ,” *วารสารจลนนิติ* (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559): 42.

<sup>11</sup> ภูมิ โชคเหมาะ, “แนวทางการพิจารณาความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ : ศึกษากรณีวิชาชีพทันตกรรมและวิชาชีพแพทย์,” *วารสารรวมคำแห่ง ฉบับนิติศาสตร์* 5, 2 (2559): 114-115.

<sup>12</sup> David Arkush, Taylor Lincoln, “Defensive Medicine: The Doctored Crisis,” *Public Citizen* (March 2011): 2-3.

<sup>13</sup> Douglas Mossman, “Defensive medicine: can it increase your malpractice risk? Citation metadata,” *Current Psychiatry* 8, 12 (2009): 86.

ผลกระทบต่อระบบการรักษาและต่อแพทย์เอง แม้ประเทศไทยการฟ้องคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาตรา 18 ที่การยื่นคำฟ้องตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในคดีผู้บริโภคได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง แต่ไม่รวมถึงความรับผิดในค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นที่สุด แต่อย่างไรก็ดีบทบัญญัติในมาตรานี้ไม่รวมถึงความรับผิดในค่าฤชาธรรมเนียม เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ให้ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภครับผิดในค่าฤชาธรรมเนียมที่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งได้เสียไป และบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้บริโภคเท่านั้นไม่รวมถึงการได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมที่ผู้ประกอบการจะต้องชำระกรณีผู้ประกอบการประสงค์จะฟ้องผู้บริโภค ฟ้องแย้ง หรือร้องสอด จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ที่ฟ้องคดีซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของที่บัญญัติว่าจะต้องเป็นไปด้วยความสะดวก รวดเร็ว และเป็นธรรม ทำให้โจทก์หากเป็นผู้ประกอบการก็ต้องได้รับความเสียหาย และขาดความสะดวก ในการดำเนินคดีอย่างสมควร

ความรับผิดทางละเมิดในคดีที่เกี่ยวกับการบริการทางการแพทย์ นอกจากการฟ้องเป็นคดีต่อศาลยังมีรูปแบบการชดเชยให้คู่ความกรณี จากเหตุไม่พึงประสงค์ที่เกิดจากการรักษาของแพทย์ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545<sup>14</sup> ซึ่งเป็นวิธีที่สามารถยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก่อนที่จะฟ้องดำเนินคดี โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 55<sup>15</sup> ปัจจุบันประเทศไทยมีระบบหลักประกันสุขภาพที่สำคัญอยู่ 3 ระบบ ได้แก่ ระบบประกันสังคม ระบบสวัสดิการรักษายาบาลข้าราชการ และระบบหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ซึ่งทั้งสามระบบมีความแตกต่างกันตามลักษณะเฉพาะของสังคมไทย และสภาพเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ สังคม ที่ทำให้เกิดความแตกต่างทางด้านภาวะสุขภาพ แต่ต่างก็ใช้งบประมาณแผ่นดินเหมือนกัน ที่รัฐต้องจัดให้ประชาชนทุกคนอย่างเท่าเทียมกันผ่านกลไกของรัฐ เช่น พระราชบัญญัติกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 โดยมี

<sup>14</sup> ขวัญชัย โชติพันธ์, คดีทางการแพทย์ แนวทางการศึกษาเพื่อป้องกันและต่อสู้คดี, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซีเอ็ดดูเคชั่น จำกัด (มหาชน), 2555), หน้า 18.

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 55 “รัฐต้องดำเนินการให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง เสริมสร้างให้ประชาชนมีความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการส่งเสริมสุขภาพ และการป้องกันโรคและส่งเสริมสนับสนุนให้มีการพัฒนาภูมิปัญญาด้านแพทย์แผนไทย ให้เกิดประโยชน์สูงสุดที่ได้ประกาศใช้”

วัตถุประสงค์หลัก คือ ทำให้ประชาชนมีสุขภาพดี ทั้งร่างกายและจิตใจ การดำเนินงานของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.) ภายใต้การกำกับของคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติที่ให้บริการสุขภาพฟรีแก่ประชาชน 48 ล้านคน แต่กลับจ่ายเงินตามสิทธิให้แก่โรงพยาบาลไม่เพียงพอกับภาระงานในการดูแลรักษาโรคที่ให้บริการจริง ทำให้โรงพยาบาลในสังกัดกระทรวงสาธารณสุขต้องรับภาระค่าใช้จ่ายการให้การรักษายาบาลผู้ป่วยในระบบหลักประกันสุขภาพ ซึ่งมีค่าใช้จ่ายเพิ่มสูงขึ้น และขาดสภาพคล่องทางการเงิน จนประชาชนได้รับความเสียหายจากการยกเลิกสิทธิ และมีการร้องเรียนและฟ้องร้องเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ดังนั้นการมีระบบประกันสุขภาพหลายระบบที่แตกต่างกันก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคในการเข้ารับบริการและสร้างภาระให้กับโรงพยาบาล จึงเป็นประเด็นปัญหาสำคัญที่เกิดขึ้น ฉะนั้นจากพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ดังที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ยังมีปัญหาในการนำไปบังคับใช้ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ และเมื่อกำหนดหลักเกณฑ์ใหม่ขึ้นมา กลับทำให้มาตรการที่กำหนดไว้นั้น มีความขัดแย้งกัน<sup>16</sup> ไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาการชะลอเข้าสู่การฟ้องร้องคดีได้แท้จริง

ในปัจจุบันนอกจากการชดเชยด้วยกองทุนที่รัฐจัดหาให้ดังกล่าวข้างต้นแล้ว ได้มีความพยายามที่จะพัฒนากระบวนการหรือรูปแบบที่จะช่วยบรรเทาภาระของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ได้แก่ การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ที่ได้รับความนิยมในระดับสากล และประเทศไทยได้นำมาใช้ในบางรูปแบบ ได้แก่<sup>17</sup>

1. กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) คือ วิธีการระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะกึ่งตุลาการ โดยการตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลด้วยการคัดเลือกของคู่พิพาทเข้ามาทำหน้าที่ในการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท และคู่พิพาทตกลงที่จะปฏิบัติตามคำชี้ขาดนั้นภายใต้กฎหมายและ

<sup>16</sup> สุจารี ตั้งแสงยมวิสัย, ดร. ลาวัญย์ ถนัดศิลป์กุล, นพ. ประกาย วิบูลย์วิภา, “การศึกษาเปรียบเทียบบริการสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 กับบริการสุขภาพตามกฎหมายอื่น ๆ,” *วารสารพยาบาล* 62, 3 (กรกฎาคม - กันยายน 2556): 53-54.

<sup>17</sup> สุรชัย ศรีจันทร์, “มาตรการทางกฎหมายในการระงับข้อพิพาทคดีละเมิด จากการเข้ารับบริการทางการแพทย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2560).



ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการ อีกทั้งความสำเร็จหรือความล้มเหลวของการระงับข้อพิพาทนั้นขึ้นอยู่กับบุคคลผู้เป็นอนุญาโตตุลาการ<sup>18</sup>

2. การเจรจา (Negotiation) คือ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเจรจาท่องเพื่อหาข้อยุติข้อพิพาทกันเองโดยไม่มีบุคคลที่สาม รูปแบบนี้อาจทำให้การเจรจาทหาข้อยุติประสบความสำเร็จได้ยาก<sup>19</sup>

3. การไกล่เกลี่ย (Mediation) คือ การเจรจาท่องที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นคนกลาง เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำ ซึ่งไม่มีอำนาจในการตัดสินข้อพิพาท โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความด้วยความสมัครใจของคู่พิพาทเป็นสำคัญด้วยการทำข้อตกลงเป็นสัญญา หากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตาม อีกฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอให้ศาลออกคำสั่งบังคับได้โดยไม่ต้องนำข้อพิพาทมาฟ้องเป็นคดีอีก รูปแบบนี้มีความรวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่าย สามารถรักษาความลับและชื่อเสียงของคู่พิพาท และรักษาความสัมพันธ์ของคู่พิพาทได้อย่างดี<sup>20</sup>

ส่วนในต่างประเทศการฟ้องคดีทางการแพทย์ต่อศาลเป็นวิกฤตที่มีมาเป็นเวลาหลายสิบปีจึงได้มีการบริหารคดีเพื่อลดการนำคดีเข้าสู่ศาล ซึ่งได้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกหลากหลายวิธี เช่นการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบการอนุญาโตตุลาการที่ประเทศสหรัฐอเมริกามีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration)<sup>21</sup> แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ประสบผลสำเร็จ เนื่องจากมีลักษณะของการอนุญาโตตุลาการยังเป็นลักษณะกึ่งศาล จึงทำให้ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) แต่เมื่อพิจารณาแล้วขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>22</sup> แม้ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ แต่การที่ฝ่ายหนึ่งบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าทำสัญญา

<sup>18</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 75.

<sup>19</sup> ภาณุ รังสีหัทธ, “การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท,” ตุลาการ 2 (เมษายน-มิถุนายน 2538): 146.

<sup>20</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 23-24.

<sup>21</sup> Catherine S. Meschievitz, “Mediation and Medical Malpractice: Problems with Definition and Implementation,” [Online] Accessed 2020, January 2 Available from: <https://www.jstor.org/stable/1191859?seq=1>.

<sup>22</sup> Florence Yee, “Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis,” Cardozo J. of Conflict Resolution 7 (August 2007): 416.

สามารถเปรียบเทียบได้กับประเด็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 และเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล ซึ่งขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560<sup>23</sup>

ดังนั้นจากที่กล่าวมาข้างต้น แนวคิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงน่าจะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกนอกศาลวิธีหนึ่งที่สามารถระงับข้อพิพาทอย่างมีประสิทธิภาพและคงไว้ซึ่งความต้องการของทุกฝ่าย เนื่องจากเป็นกระบวนการที่คู่พิพาทได้ร้องขอให้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือคู่พิพาทในการตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทฉันทมิตร<sup>24</sup> แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็ยังไม่เป็นที่นิยมมากนักในประเทศไทยแม้มีการบัญญัติตั้งแต่ปี พ.ศ. 2477 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เนื่องจากความล่าช้าของกระบวนการดำเนินงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในปัจจุบัน อีกทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังไม่แพร่หลายไปยังประชาชนจึงขาดความรู้ความเข้าใจและหันกลับมาข้อพิพาทไปฟ้องคดีในศาลแทน ดังจะเห็นได้จากสถิติการเข้าสู่กระบวนการก่อนฟ้องคดีในคดีแพ่งและคดีผู้บริโภคประจำปีงบประมาณ 2563 (เดือนตุลาคม 2562-พฤษภาคม 2563) ซึ่งคดีที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีเพียงไม่เกิน 2,000 คดี แต่คดีที่เข้าสู่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาลมีเป็นจำนวนเกือบ 200,000 คดี<sup>25</sup> จึงกล่าวได้ว่า คดีที่ประชาชนสมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นมีเพียงส่วนน้อย คิดเป็นเพียง 1% ของจำนวนคดีทั้งหมดในปีงบประมาณ 2563 ทั้งที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีข้อดีหลายประการ ได้แก่ ช่วยประหยัดเวลา รักษาความสัมพันธ์ของคู่พิพาทหากสามารถยุติข้อพิพาทได้ เพราะข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทเกิดจากการที่คู่พิพาทต่างพึงพอใจในข้อตกลงนั่นเอง ดังนั้นวิธีการระงับข้อ

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 26 การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิ หรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าวต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม ไม่เพิ่มภาระ หรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง

<sup>24</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 23-24.

<sup>25</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “สถิติการไกล่เกลี่ย ประจำปีงบประมาณ 2563 เดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/content/category/detail/id/8/cid/84/id/197511>.

พิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมีความเหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์อย่างมาก

ผู้วิจัยจึงต้องการศึกษาความเป็นไปได้ในการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ หรือ Mandatory Mediation<sup>26</sup> กล่าวคือ เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบหนึ่ง ที่คู่พิพาททุกฝ่ายต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนเข้าสู่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาล ถือว่าเป็นเงื่อนไขอย่างหนึ่งของการฟ้องคดี โดยจัดตั้งคนกลางที่เป็นที่คู่พิพาทยอมรับมาทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาททางการแพทย์ ด้วยความเป็นธรรม รวดเร็ว ประหยัด มีกลไกการบังคับที่มีประสิทธิภาพ และไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความปรองดองสมานฉันท์เพื่อให้คดียุติได้ก่อนนำขึ้นสู่ศาล จึงเป็นการแก้ไขปัญหาคดีล้นศาล และแก้ไขปัญหาการพิจารณาคดีความรับผิดชอบทางละเมิดจากการรักษาโดยประมาทเลินเล่อในประเด็นการพิจารณามาตรฐานวิชาชีพของแพทย์และการรับฟังพยานผู้เชี่ยวชาญทางด้านการแพทย์ด้วยการวินิจฉัยที่มีหลักเกณฑ์มาตรฐานเฉพาะที่ชัดเจน สร้างความยุติธรรมระหว่างแพทย์และผู้ป่วยให้สมดุลกัน

วิทยานิพนธ์เล่มนี้จึงต้องการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบทางละเมิด การพิจารณาคดีความรับผิดชอบทางละเมิดในคดีทางการแพทย์ การระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีละเมิดที่เกิดขึ้นกับการแพทย์ของประเทศไทย โดยนำไปพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศและประสบการณ์ของการบังคับใช้กฎหมายในต่างประเทศเพื่อการพัฒนากฎหมายของประเทศไทยให้สอดคล้องกับกฎหมายในระดับสากลและมีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยในปัจจุบันต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์การวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกิดขึ้นในคดีทางการแพทย์
- 2) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์การพิจารณาคดีความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกิดขึ้นในคดีทางการแพทย์

<sup>26</sup> Dwight Golann, Jay Folberg, *Mediation: The Roles of Advocate and Neutral*, (U.S.: Aspen Publishers, 2016), p. 89.

3) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการวางแนวทางการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกิดขึ้นในคดีทางการแพทย์

4) เพื่อเสนอแนะแนวทางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีให้สามารถนำไปสู่การลดข้อพิพาทในการนำคดีขึ้นสู่ศาล

### 1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษารายละเอียด ปัญหา และผลกระทบของการปฏิบัติงานของแพทย์ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกิดขึ้นในคดีทางการแพทย์ และการพิจารณาคดีรวมถึงการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดี ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ตี และเทียบเคียงการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์

### 1.4 สมมติฐานการวิจัย

เนื่องจากการฟ้องร้องคดีละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทยมีแนวโน้มสูงขึ้นเรื่อย ๆ ดังนั้น เพื่อให้กระบวนการระงับข้อพิพาทเป็นไปด้วยความเหมาะสม และยุติธรรมต่อทุกฝ่ายจึงเห็นสมควรที่จะนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนการฟ้องคดีมาปรับใช้กรณีความรับผิดชอบทางละเมิดที่เกิดขึ้นทางการแพทย์

### 1.5 วิธีการวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการวิจัยทางเอกสารเป็นหลัก โดยศึกษาถึงปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับหลักเกณฑ์และมาตรฐานในการให้บริการทางการแพทย์และการระงับข้อพิพาททางเลือกของ

ผู้ปฏิบัติงานทางการแพทย์ โดยพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 และกฎหมายที่ลำดับศักดิ์เท่ากัน กฎหมายลำดับรอง ตลอดจนกฎหมายต่างประเทศประกอบกับการค้นคว้าเอกสารทางวิชาการที่เกี่ยวข้องทั้งไทยและต่างประเทศ เช่น หนังสือ ตำรา วิทยานิพนธ์ รายงานวิจัย บทความวิชาการ ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ทั้งทางนิติศาสตร์และเวชศาสตร์ทางการแพทย์ และนอกจากการวิจัยทางเอกสาร ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์บุคลากรทางการแพทย์ที่มีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อที่จะได้มาซึ่งข้อมูลเพิ่มเติม เพื่อนำมาศึกษาและวิเคราะห์ในการหาข้อสรุปและแนวทางการปรับปรุงกฎหมายให้เหมาะสมต่อไปเพื่อลดข้อพิพาทในการนำคดีขึ้นสู่ศาล

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. เพื่อให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทางการแพทย์ได้เข้าใจถึงความรับผิดชอบที่เกื้อหนุนทาง การแพทย์ภายใต้กรอบ หลักเกณฑ์ มาตรฐานของการปฏิบัติงาน
2. เพื่อทราบถึงแนวความคิดทางทฤษฎีและที่มาของบทบัญญัติ ความรับผิดชอบและข้อยกเว้นใน ความรับผิดชอบละเมิด รวมถึงกระบวนการพิจารณาคดีตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่เกิดขึ้นของทางการแพทย์
3. เพื่อทราบถึงแนวความคิดทางทฤษฎีและที่มาของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนแนวทาง ของกฎหมายต่างประเทศในการระงับข้อพิพาททางเลือก และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีใน เชิงบังคับที่สามารถลดข้อพิพาทในการนำคดีขึ้นสู่ศาลในความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นในระบบการบริการทาง การแพทย์
4. เพื่อเสนอแนะและแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข เพิ่มเติมข้อกฎหมายที่เหมาะสมเกี่ยวกับ ความรับผิดชอบละเมิดที่เกิดขึ้นทางการแพทย์ และนำไปสู่การเกิดข้อพิพาทระหว่างผู้ให้บริการ ทางทางการแพทย์และผู้รับบริการทางการแพทย์ที่สามารถเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือก ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในเชิงบังคับได้ จะช่วยเป็นการสร้างกำลังใจในการปฏิบัติงาน

ได้ทัน่วงทีโดยไม่ต้องกังวลต่อความรับผิดชอบที่จะเกิดขึ้นในภายหลัง และสร้างความเข้าใจอันดีให้เกิดขึ้น  
ในสังคมและลดความขัดแย้ง อีกทั้งนำไปสู่การลดปัญหาการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาล



## บทที่ 2

### กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดในคดีทางการแพทย์

ในการประกอบวิชาชีพนั้น แพทย์หรือผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขย่อมต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ป่วย ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะนอกจากรักษาโรคให้แก่ผู้ป่วยแล้ว ยังต้องสร้างความเชื่อถือและความไว้วางใจซึ่งกันและกัน โดยแต่เดิมนั้นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นเรื่องความนับถือที่เกี่ยวกับสถานะของบุคคลมากกว่าความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมาย ความสัมพันธ์ที่ขึ้นอยู่กับความนับถือไว้วางใจนี้เรียกว่า “Fiduciary Relationship”<sup>1</sup> ซึ่งอาจเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ในอดีตไม่มีการฟ้องร้องระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมากนัก แต่รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยนั้นเป็นความสัมพันธ์ที่มีลักษณะของความเป็นพลวัต ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามบริบทต่าง ๆ อย่างไม่หยุดนิ่งและเป็นประเด็นที่มีความซับซ้อน นอกเหนือจากรูปแบบความเจ็บป่วย สภาพเศรษฐกิจและสังคม<sup>2</sup> รวมทั้งด้านกฎหมายในปัจจุบันที่เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจึงมีการร้องเรียนและฟ้องร้องเรื่องทางการแพทย์นอกจากฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายเป็นจำนวนเงินที่มากแล้ว ขณะเดียวกันถ้าเรื่องที่ฟ้องร้องนั้นเป็นความผิดพลาดจนเกิดความสูญเสีย และความเสียหายสามารถที่จะฟ้องคดีในทางแพ่งและคดีอาญาได้<sup>3</sup>

ในประเด็นการฟ้องเรียกค่าเสียหายในคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เป็นกฎหมายที่บัญญัติความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล จึงจัดเป็นกฎหมายเอกชน (private law) เพราะกำหนดสิทธิหน้าที่ที่บุคคลพึงมีต่อกัน ในกรณีของแพทย์กับผู้ป่วยนั้น แต่เดิมแทบไม่กล่าวถึงประเด็นด้านกฎหมายทางแพ่ง เนื่องจากแพทย์เป็นผู้ให้ความเมตตารักษาศึกษาผู้ป่วยให้พ้นทุกข์ แพทย์จึงได้รับความนับถือจากผู้คนในชุมชน แต่ปัจจุบันนี้ความสัมพันธ์ที่ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้เปลี่ยนแปลงไป กลายเป็นความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมายเข้ามาแทนที่ สำหรับความสัมพันธ์ในเชิงกฎหมายแพ่งสามารถ

<sup>1</sup> John B Ballem, *The Scope of the Fiduciary Relationship* (Canada: Alberta Law Review, 1981), p. 869.

<sup>2</sup> ดวงมล ศรีประเสริฐ, “อำนาจแพทย์ และรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย,” *วารสารธรรมศาสตร์* 37. 1 (2561): 82.

<sup>3</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข,” *วารสารจุลนิติ* (พฤษภาคม - มิถุนายน 2554): 48.

แบ่งเป็นความสัมพันธ์ใน 2 ส่วนหลัก คือ (1) ความสัมพันธ์ในทางสัญญา (contractual relationship) และ (2) ความรับผิดจากการละเมิด (liability for malpractice)<sup>4</sup> ซึ่งในทาง การแพทย์ไม่สามารถปฏิเสธการรักษาผู้ป่วยได้ นำไปสู่ความผิดพลาดที่เกิดขึ้นได้ง่ายและมักเป็นความ รับผิดจากการละเมิด มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

## 2.1 หลักการความรับผิดทางละเมิดในคดีทางการแพทย์

### 2.1.1 ความรับผิดทางละเมิด มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คดีทางการแพทย์มักเกิดจากความรับผิดทางละเมิด จึงมีหลักเกณฑ์คำว่า “ละเมิด” ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ได้บัญญัติว่า

“ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือ สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อ การนั้น”

คำว่า “โดยผิดกฎหมาย” หมายถึง ทำโดยไม่มีสิทธิหรือข้อแก้ตัวตามกฎหมาย ให้ทำได้ก็ถือเป็นการกระทำโดยผิดกฎหมายอยู่ในตัว และรวมถึงการใช้สิทธิที่ทำให้ผู้อื่นเสียหายด้วย ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ดังนี้

“การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่า เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

จากบทบัญญัติสองมาตราดังกล่าว การกระทำละเมิดนั้นเกิดขึ้นได้โดยผู้กระทำ กระทำด้วยความจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ดังนั้น การให้บริการทางการแพทย์อาจจะกระทำละเมิด

<sup>4</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 49.



ผู้ป่วยได้หากผู้ให้บริการทางการแพทย์ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง<sup>5</sup> ประกอบกับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาการกระทำนั้นเป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งไม่ว่าผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึกนั้นจะเกิดจากความจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถือว่ามีน้ำหนักเท่ากันในการที่จะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดแต่อาจแตกต่างกันสำหรับการกำหนดค่าสินไหมทดแทนที่ต้องชำระ โดยจะได้พิจารณาเป็นลำดับต่อไป

### 2.1.1.1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาเรื่องของการกระทำโดย

#### จงใจหรือประมาทเลินเล่อ

ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดทางกฎหมายมี 2 ทฤษฎีใหญ่ดังต่อไปนี้

#### (ก) ทฤษฎีรับภัย (Theories du ris que)

ทฤษฎีนี้เห็นว่า หลักเกณฑ์แห่งความรับผิดทางละเมิดนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ละเมิดจะต้องกระทำความผิด เมื่อความเสียหายเกิดขึ้น และรู้ว่าผู้ใดเป็นผู้กระทำหรือผู้ก่อภัยแล้ว ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้ละเมิดไม่ว่าการกระทำที่ก่อความเสียหายนั้นจะถูกหรือผิด<sup>6</sup> เพราะถือว่ามนุษย์เมื่อได้กระทำการใด ๆ ขึ้นแล้วย่อมเป็นการเสี่ยงภัยอย่างหนึ่ง คือ อาจมีผลดีหรือผลร้ายย่อมได้ ผู้กระทำจะต้องรับผลแห่งการเสี่ยงภัยนั้น ถ้ามีภัยหรือความเสียหายเกิดขึ้น ผู้กระทำจะต้องรับความเสียหายนั้นโดยไม่พิจารณาถึงองค์ประกอบภายในด้านจิตใจของผู้กระทำอย่างจงใจหรือประมาทเลินเล่อ<sup>7</sup>

#### (ข) ทฤษฎีความผิด (Theory of Fault) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า ความรับผิดที่อยู่บนพื้นฐานของความผิด (Liability Based on Fault)

ทฤษฎีนี้เป็นแนวคิดที่ได้รับการพัฒนาต่อมาจากทฤษฎีรับภัยโดยได้รับอิทธิพลทางศาสนามากขึ้น และมีการยอมรับหลักที่ว่า ผู้ก่อความเสียหายจะต้องรับผิดต่อเมื่อการ

<sup>5</sup> ศนันกรณ โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควร์ได้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561), หน้า 65.

<sup>6</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2553), หน้า 105-110.

<sup>7</sup> สุขุม ศุภนิต, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2555), หน้า 7.

กระทำของตนเป็นความผิด หรือหลัก “ไม่มีความรับผิดถ้าปราศจากความผิด” (Liability as a Result of Fault)<sup>8</sup> ซึ่งต่างกับทฤษฎีรับภัยที่ถือว่า อาจมีความรับผิดได้แม้ไม่มีความผิดก็ตามซึ่งการที่จะพิจารณาว่า ผู้ใดทำละเมิดหรือไม่ต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบภายในจิตใจด้วยกล่าวคือ ความรับผิดทางละเมิดจะมีได้เมื่อการกระทำนั้น เป็นความผิด (Fault) โดยผู้กระทำได้กระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อ ทำให้ผู้อื่นเสียหายจึงต้องรับผิด<sup>9</sup>

เนื่องจากองค์ประกอบเรื่องจงใจ หรือประมาทเลินเล่อในเรื่องของละเมิดนั้น ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องนำประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ แต่ความรับผิดทางแพ่งและทางอาญานั้นอยู่บนพื้นฐานความคิดที่แตกต่างกัน การนำมาปรับใช้ จึงต้องมีความแตกต่าง เพราะกฎหมายอาญามุ่งลงโทษผู้กระทำความผิดจึงต้องมีกฎหมายกำหนดความผิดและโทษไว้เป็นฐานความผิดเฉพาะ และองค์ประกอบเรื่องเจตนาหรือประมาทเลินเล่อจึงเป็นเฉพาะฐานความผิด และจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ต้องมีการพิสูจน์ให้สิ้นสงสัย ในขณะที่ความรับผิดทางละเมิดอันเป็นความรับผิดทางแพ่งนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นฐานให้ต้องรับผิดเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา แต่ได้มีการกำหนดเป็นหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ไว้ในมาตรา 420 เท่านั้น ประกอบกับความมุ่งหมายของการกำหนดให้รับผิดทางแพ่ง คือ การเยียวยาผู้เสียหายให้กลับไปอยู่ในฐานะเสมือนความเสียหายนั้นมิได้เกิดขึ้นไม่ได้มุ่งหมายจะลงโทษผู้กระทำละเมิดแต่อย่างใด จึงนำประมวลกฎหมายอาญาตามมาตรา 59 มาเป็นเพียงแนวทางการพิจารณาในเรื่องจงใจหรือประมาทเลินเล่อตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น<sup>10</sup>

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>9</sup> ไพจิตร บุญญพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่อง ประมวลกฎหมายอาญาลักทรัพย์โดยใช้อุบายมิได้หรือไม่และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2517), หน้า 52.

<sup>10</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 106.

### (ข.1) การกระทำโดยจงใจ

“โดยจงใจ” มีความหมายคล้ายกับ “เจตนา” ในทางอาญา<sup>11</sup> ไม่ว่าจะ เป็นเจตนาประสงค์ต่อผล หรือเจตนาเล็งเห็นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 การอธิบายจงใจ ในความรับผิดทางละเมิดโดยไม่กล่าวถึงความรับผิดทางอาญาอาจทำให้เกิดความไม่ชัดเจน

ในส่วนของกรกระทำโดยจงใจนั้น หมายถึง บุคคลที่ทำละเมิดนั้นมุ่งหมายที่จะก่อความเสียหายให้บุคคลอื่นด้วยการกระทำของตน เหตุที่อธิบายว่า “จงใจ” หมายถึงมุ่งหมายให้บุคคลอื่นเสียหายตามที่ท่านศาสตราจารย์ จิตติ ดิงศภักดิ์<sup>12</sup> อธิบายว่าบทบัญญัติมาตรา 420 เองที่บัญญัติว่า “ผู้ใดจงใจ...ให้เขาเสียหาย...”

การ “รู้” ว่าทำให้เขาเสียหายนั้น ท่านศาสตราจารย์ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช กล่าวว่า เป็นความรู้ความตั้งใจของตนเอง อาการเคลื่อนไหวของบุคคลอันเกิดด้วยความตั้งใจ ต่อผลอย่างใดอย่างหนึ่ง อาจเป็นได้ทั้งมุ่งหมายให้เป็นเช่นนั้น (ประสงค์ต่อผล) รวมทั้งคาดหมายได้ว่า ผลเสียหายนั้นจะเกิดขึ้น (เล็งเห็นผล)<sup>13</sup>

ศาสตราจารย์ จี๊ด เศรษฐบุตร<sup>14</sup> กล่าวว่า “จงใจ” เป็นการกระทำโดยจงใจให้เขาเสียหาย

อาจารย์พจน์ บุษปาคม<sup>15</sup> กล่าวว่า “จงใจ” ได้แก่ การกระทำโดยสำนึกในการกระทำเหมือนกัน และในขณะเดียวกันรู้ว่าจะทำให้เขาเสียหาย

ศาสตราจารย์ ดร. วารีย์ นาสกุล<sup>16</sup> กล่าวว่า “การกระทำโดยจงใจ” ได้แก่ การกระทำด้วยความรู้สำนึกว่าการกระทำหรือการงดเว้นนั้นมีผลให้เกิดความเสียหายขึ้น และยอมรับเอาผลเสียหายนั้น

<sup>11</sup> สุขุม ศุภนิติย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2555), หน้า 15.

<sup>12</sup> ศันนักรณ โสคติพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกวรรได้, หน้า 76.

<sup>13</sup> ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วยลักษณะละเมิด, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ สุวรรณศรี, 2478), หน้า 134

<sup>14</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 106.

<sup>15</sup> พจน์ บุษปาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2517), หน้า 470.

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า “จงใจ” มีสองความหมายคือ ตั้งใจทำให้คนอื่นเสียหาย กรณีหนึ่ง หรือรู้ว่าจะทำให้คนอื่นเสียหายอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งในกรณีหลังอาจหมายความว่า ไม่ได้ตั้งใจทำให้คนอื่นเสียหาย แต่รู้ว่าการกระทำของตนจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนอื่นก็ยังคงทำ ย่อมหมายความว่าจงใจอยู่ดี ส่วนผลเสียหายที่เกิดขึ้นจะมากหรือน้อยเท่าไรไม่สำคัญ<sup>17</sup>

## (ข.2) การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ

การกระทำโดยประมาทเลินเล่อ มิได้มีจำกัดความไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องศึกษาตามความหมายในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ มาปรับใช้ได้ใจความว่า บุคคลที่กระทำละเมิดนั้นมิได้ตั้งใจ หรือมุ่งหมายให้เขาเสียหาย คือมิได้ตั้งใจ ต่อผลหรือไม่เล็งเห็นผล แต่ทำไปโดยขาดความระมัดระวัง จึงอาจกล่าวได้ว่าความเสียหายเกิดเพราะความเลินเล่อ<sup>18</sup> กล่าวคือการไม่ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์

นักกฎหมายไทยจึงใช้หลักการพิจารณาความประมาทเลินเล่อ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่<sup>19</sup> ซึ่งพอแยกพิจารณาหลักเกณฑ์คำว่า ประมาทเลินเล่อได้ 3 ข้อ ดังนี้ คือ

(1) เป็นการกระทำโดยมิได้ตั้งใจ

(2) เป็นการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งบุคคลในภาวะ เช่นนั้น จักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ โดยมีนักกฎหมายได้อธิบายถ้อยคำในหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ไว้

ศาสตราจารย์ จิต เศรษฐบุตร ได้อธิบายถ้อยคำต่อไปนี้ไว้ดังนี้

<sup>16</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพฯ พบลีซิ่ง, 2557), หน้า 35.

<sup>17</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมิควรรได้, หน้า 77.

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ บัญญัติว่า “กระทำโดยประมาท” ได้แก่ กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้นั้นอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

“บุคคล” ก็ต้องเปรียบเทียบกับคนที่เหมือนกัน เช่น เพศ อายุ ฐานะ หรืออาชีพเดียวกัน<sup>20</sup>

“ในภาวะเช่นนั้น” คือบุคคลที่อยู่ในภาวะเดียวกับผู้กระทำ โดยเปรียบเทียบกับบุคคลทั่วไปหรือวิญญูชนที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นควรใช้ความระมัดระวังเพียงใด<sup>21</sup>

“วิสัย” หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของบุคคลผู้กระทำ เช่น วิสัยของเด็กต้องซุกซน วิสัยของคนเมาสุราก็เดินทรงตัวไม่ดี<sup>22</sup>

“พฤติการณ์” หมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ หรือต้องพิจารณาพฤติการณ์ภายนอกจากตัวผู้กระทำประกอบด้วย เช่น เวลา สถานที่ หรือความพร้อมทางการแพทย์ของโรงพยาบาลแต่ละแห่ง เป็นต้น ซึ่งเป็นปัญหาที่ยากสำหรับศาล ที่ต้องรู้ถึงความรู้สึกในใจของผู้ต้องหา แต่จะรู้ได้อย่างไร นอกจากดูพฤติการณ์ภายนอกที่แสดงออกมาแล้ว จึงจะให้เห็นความรู้สึกในใจของเขาแต่ไม่เพียงพอที่จะวินิจฉัยว่าความผิดใดเป็นจงใจหรือไม่ บางกรณีกฎหมายถือว่าความประมาทอย่างร้ายแรงมีผลเท่ากับความผิดโดยจงใจ การวินิจฉัยความประมาทย่อมจะยากมากขึ้นไปอีก เพราะไม่ใช่การหาความเจตนาร้าย เป็นการหาความประมาท หาความเลินเล่อซึ่งเขาควรรู้หรือไม่ว่าเป็นผิด<sup>23</sup>

ศาสตราจารย์ ดร. วารี นาสกุล ได้อธิบายถ้อยคำต่อไปนี้ไว้ดังนี้

“วิสัย” หมายถึง ลักษณะที่เป็นอยู่ของผู้กระทำบางที่เรียกว่าสภาพภายในตัวผู้กระทำ เช่น เป็นเด็กพิการหรือบกร่องทางกายหรือจิตใจ วิสัย แยกได้เป็น 2 ข้อ<sup>24</sup> คือ

1. วิสัยของคนธรรมดาสามัญ ต้องพิจารณาจาก อายุ เพศ การศึกษา ความชัดเจนแห่งชีวิต ฯลฯ เช่น เด็กย่อมระมัดระวังอย่างเด็กจะให้อบอบขนาดผู้ใหญ่ไม่ได้ เป็นต้น

<sup>20</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 121.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 122.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 123.

<sup>23</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 124-125.

<sup>24</sup> วารี นาสกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิควรได้, หน้า 39.

2. วิสัยของบุคคลผู้มีวิชาชีพ หมายถึง บุคคลผู้มีวิชาชีพจะต้องมีความระมัดระวังตามวิสัยของผู้มีวิชาชีพนั้น เช่น แพทย์ต้องมีความระมัดระวังแบบแพทย์ ซึ่งต้องใช้ความระมัดระวังมากกว่าบุคคลธรรมดา ฉะนั้นถ้าเด็กตายเพราะให้ยาเกินขนาดแพทย์ต้องรับผิดชอบ อนุคาร ผู้ชำระบัญชีจะต้องใช้ความระมัดระวังในการทำหน้าที่ หรือธุรกรรมทางการเงินในระดับเดียวกันที่ผู้ประกอบวิชาชีพนั้นจะพึงกระทำ

“พฤติการณ์” หมายถึง ข้อเท็จจริงประกอบการกระทำ บางทีก็เรียกว่า เหตุภายนอกตัวผู้กระทำ เช่น ในการขับรถ ได้แก่ สภาพรถ ถนน แสงสว่าง ความพลุกพล่านของการจราจร หรือในการใช้ปืน เช่น ปืนขนาดไหน บรรจุกระสุนหรือไม่ต้องพิจารณาว่าถ้าบุคคลตกอยู่ในภาวะเช่นนี้จะใช้ความระมัดระวังเพียงใดภายใต้พฤติการณ์ที่แตกต่างกัน บุคคลย่อมไม่ใช้ความระมัดระวังแตกต่างกัน<sup>25</sup>

(3) ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่านั้นได้แต่หาได้ใช้เพียงพอไม่หมายความว่า เมื่อได้มาตรฐานที่วิญญูชน หมายความว่า เมื่อได้มาตรฐานที่วิญญูชนที่อยู่ในภาวะเช่นนั้นจะต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์แล้วจะถือว่าเป็นประมาทต้องปรากฏด้วยว่า ผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังในระดับเช่นว่านั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ เช่น แพทย์ต้องผ่าตัดฉุกเฉินกลางป่า ย่อมไม่ใช้ความระมัดระวังดังเช่นในโรงพยาบาลไม่ได้ แม้จะให้ความระมัดระวังไม่เท่าแพทย์ในโรงพยาบาล แต่ได้ใช้เท่าที่สามารถใช้กลางป่าเท่านั้น แม้ผู้ป่วยจะตายก็ไม่ถือว่า แพทย์ได้กระทำโดยประมาท<sup>26</sup>

ดังนั้น การพิจารณาว่าบุคคลผู้ก่อความเสียหาย “ประมาทเลินเล่อ” หรือไม่ จึงต้องสมมติบุคคลขึ้นมาคนหนึ่งในลักษณะที่เป็นนามธรรม เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับบุคคลที่ก่อความเสียหาย แท้จริง บุคคลที่สมมตินั้น คือ บุคคลที่มีความระมัดระวัง แต่จะระมัดระวังมากหรือน้อยนั้นเป็นการยากที่จะพิจารณาจึงควรถือแต่เพียงว่ามีความระมัดระวังเท่านั้น กล่าวได้ว่า บุคคลที่สมมติต้องอยู่ในสภาพภายนอกเช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายขณะกระทำผิด และอยู่ในสภาพ

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 44.

เช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายซึ่งเป็นส่วนที่มีสาระสำคัญ แต่การที่ให้บุคคลสมมติอยู่ในสภาพเหมือนกับผู้ก่อความเสียหายนั้นเป็นการยาก เพราะย่อมหมายความว่า ผู้ก่อความเสียหายกับบุคคลที่สมมติเป็นคน ๆ เดียวกัน จึงควรพิจารณาถึงความประพฤติกของบุคคลที่สมมติให้อยู่ในสภาพบางอย่าง เช่นเดียวกับผู้ก่อความเสียหายเท่านั้น<sup>27</sup> นักนิติศาสตร์เห็นคล้อยด้วยกันว่า สภาพที่อยู่และเหมือนกับผู้ก่อความเสียหายนั้น คือ สภาพภายนอก (circumstance extern) เป็นสภาพตรงกันข้ามกับสภาพใน (circumstance interne) สภาพภายนอกก็คือ เหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ไม่ได้มาจากตัวของผู้ก่อความเสียหาย เช่น ถ้าบุคคลที่ก่อความเสียหายเป็นหญิง ก็สมมติผู้หญิงขึ้นมาคนหนึ่ง แล้วพิจารณาว่าหากบุคคลที่สมมติผู้นั้นอยู่ในสภาพการณ์เดียวกับที่บุคคลที่ก่อความเสียหายได้ก่อความเสียหายขึ้น บุคคลที่สมมติจะทำอย่างไร หากบุคคลที่สมมติไม่กระทำเช่นที่ผู้ก่อความเสียหายกระทำ ก็ต้องถือว่าผู้ก่อความเสียหายนั้นประมาท<sup>28</sup>

### 2.1.1.2 ความรับผิดชอบในการบริการทางการแพทย์ด้วยความจงใจ

ความรับผิดชอบทางการแพทย์ในเรื่องจงใจนั้นต้องเป็นการกระทำที่เรียกว่า ตั้งใจ หรือเจตนาทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหาย เช่น แพทย์ผ่าตัดอวัยวะส่วนใดส่วนหนึ่งของผู้ป่วยออกไปโดยผู้ป่วยไม่ยินยอมหรือไม่ทราบ ถือได้ว่าการกระทำของแพทย์นั้นกระทำโดยไม่มีสิทธิ มีความเสียหายเกิดขึ้น ถือว่าเป็นการจงใจ ความรับผิดชอบละเมิดต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้กับผู้เสียหาย หรือกรณีที่ผู้ป่วยให้ความยินยอมให้แพทย์ผ่าตัด แต่ผู้ป่วยให้ความยินยอมโดยสำคัญผิดในสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ ทำให้สัญญาระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยเป็นโมฆะ ถ้าแพทย์ทำการผ่าตัด การผ่าตัดนั้นก็เป็นการกระทำโดยจงใจ แพทย์ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายในส่วนของแพทย์นั้น หากจงใจปกปิดข้อเท็จจริงที่ผู้ป่วยควรจะได้รู้ โดยไม่บอกหรืออธิบายให้ผู้ป่วยเข้าใจ การปกปิดดังกล่าวเป็นผลให้ผู้ป่วยลงชื่อให้ความยินยอมแก่แพทย์โดยเข้าใจผิด ความยินยอมของผู้ป่วยดังกล่าวย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย แต่การละเมิดโดยจงใจนี้ ถ้าผู้ป่วยให้ความยินยอมโดยสมบูรณ์ โดยความยินยอมในการผ่าตัดมีหลักการว่า บุคคลทุกคนที่มีอายุพอสมควรและมีสภาพจิตปกติ ย่อมมีสิทธิจะยอมให้ใคร

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

<sup>28</sup> จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 124-125.

กระทำหรือมิให้กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตนได้ แม้การกระทำนั้นจะผิดกฎหมายโดยแจ้งชัด การกระทำนั้นย่อมไม่เป็นความรับผิดทางละเมิด ตามหลักกฎหมายที่ว่า “ความยินยอมไม่เป็นละเมิด” ดังกรณีตัวอย่างในคำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510<sup>29</sup> วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ดังนี้

“การที่โจทก์ทำให้จำเลยฟันเพื่อทดลองคาถาอาคม ซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่คงนั้น เป็นการที่โจทก์ก็ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำร้ายร่างกายตน เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้ พิพากษายกฟ้องโจทก์”

อย่างไรก็ดี ความยินยอมอาจเป็นไปโดยชัดแจ้ง (expressed) หรือโดยปริยาย (implied) ความยินยอมต้องเป็นการให้ความยินยอมทั้งหมดด้วยความสมัครใจ (fully given and freely given)<sup>30</sup> ความยินยอมนั้นต้องให้หลังจากที่ได้รับการอธิบายอย่างถูกต้องพอสมควรและยุติธรรมถึงสภาพแห่งการรักษา และบอกถึงผลที่อาจเกิดขึ้นข้างเคียง เว้นแต่ ถ้ามีพฤติการณ์บังคับว่าจะต้องกระทำการนั้นก่อนจะขอความยินยอมได้ เช่น ผู้ป่วยหมดสติหลังเกิดอุบัติเหตุและโดยสภาพมีความจำเป็นต้องทำการรักษาพยาบาลทันทีเพื่อรักษาชีวิตของผู้ป่วยไว้ ในกรณีเช่นนี้แพทย์ฉุกเฉินที่ทำการรักษาย่อมไม่มีความเสี่ยงต่อความรับผิดที่ตนได้ทำการทำโดยยังไม่ได้ได้รับความยินยอม แต่ทั้งนี้ต้องเป็นกรณีฉุกเฉินและไม่สามารถรอผู้ป่วยฟื้นขึ้นมาให้ความยินยอมได้

### 2.1.1.3 ความรับผิดในการบริการทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อ

จะเห็นได้ว่าการกระทำของบุคคล แบบใดเรียกว่า ประมาทเลินเล่อเป็นความผิด กล่าวคือ กระทำสิ่งซึ่งบุคคลที่ใช้ความระมัดระวังที่บุคคลทั่วไปไม่กระทำกัน หลักนี้ควรจะใช้กับบุคคลทั่ว ๆ ไปโดยไม่มีข้อยกเว้น และในความรับผิดของแพทย์ในคดีละเมิดส่วนใหญ่ มักจะเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อมากกว่าการกระทำโดยจงใจ<sup>31</sup> ดังนั้น คำว่า “บุคคล” “ในภาวะเช่นนั้น” “วิสัย” และ “พฤติการณ์” จึงมีส่วนสำคัญต่อการวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำนั้น ๆ การ

<sup>29</sup> ฎีกา, “คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: <https://deka.in.th/view-67556.html>.

<sup>30</sup> จี๊ด เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายลักษณะละเมิด, หน้า 126.

<sup>31</sup> สุขุม ศุภนิต, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 27.



กระทำโดยประมาทปราศจากความระมัดระวังอันเป็นการทำละเมิดแล้วหรือไม่ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่

นอกจากนี้หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อมีแนวความคิดมาจากกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศอังกฤษ ในช่วงศตวรรษที่ 19<sup>32</sup> ได้ให้ความหมายของคำว่า ประมาทเลินเล่อ (Negligence) หมายความว่า เป็นส่วนที่สำคัญในกฎหมายสมัยใหม่ในกฎหมายเรื่องของการละเมิดที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดในหน้าที่การดูแลและก่อให้เกิดผลความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหาย ตัวอย่างของประเภทคดีที่อาจนำมาซึ่งความประมาทเลินเล่อ คืออุบัติเหตุทางรถยนต์ หรือการรักษาพยาบาลผิดพลาด เป็นต้น<sup>33</sup>

ความประมาทเลินเล่อในกฎหมายละเมิด (Tort Law) ของประเทศอังกฤษสามารถอธิบายได้ว่า ผู้ละเมิดต้องมีหน้าที่ในการดูแลและระมัดระวังต่อผู้เสียหาย หากผู้ละเมิดได้ล่วงสิทธิผิดหน้าที่ของความระมัดระวังเช่นว่านั้น และความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำที่ประมาทเลินเล่อของผู้ละเมิดที่ไม่ใช้ความระมัดระวังในหน้าที่ ผู้ละเมิดต้องรับผิดในการกระทำของตน<sup>34</sup> ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์สำคัญได้ 4 ประการ ดังนี้

1. Duty of care หมายความว่า ผู้ละเมิด มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังต่อผู้เสียหาย กล่าวคือ การพิจารณาว่าผู้ละเมิดจะมีหน้าที่ต่อผู้เสียหายได้นั้นต้องพิจารณาจากความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้เสียหายและผู้ละเมิด ว่ามีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันเพียงใด และเป็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นต่อบุคคลหนึ่งบุคคลใดเฉพาะเจาะจงไม่ใช่เป็นความสัมพันธ์เป็นการทั่วไป<sup>35</sup> และการใช้ความระมัดระวังของผู้ละเมิด สามารถคาดการณ์ได้อย่างสมเหตุสมผลหรือไม่<sup>36</sup>

ในส่วนของความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อพิจารณาว่า หน้าที่ในการดูแลผู้ป่วยของแพทย์ที่ต้องใช้ความระมัดระวังนั้น แพทย์และผู้ป่วยต้องมี

<sup>32</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7<sup>th</sup> edition (Edinburgh: Pearson Education Limited, 2009), p. 18.

<sup>33</sup> Markesinis, Deakin, *Tort Law*, 4<sup>th</sup> edition (Oxford: Oxford University Press Inc., 1999), p.69.

<sup>34</sup> Ibid., p. 69.

<sup>35</sup> Ibid., p. 84-86.

<sup>36</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7: p.23.

ความสัมพันธ์ระหว่างกัน กล่าวคือ แพทย์มีหน้าที่ในการรับดูแลผู้ป่วยที่เริ่มตั้งแต่การวินิจฉัยโรคและการรักษาโรคสำหรับผู้ป่วยแต่ละคน และความระมัดระวังดังกล่าวของแพทย์คือ การมีและใช้ความรู้ความชำนาญตลอดจนการตัดสินใจด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานเท่ากับผู้ประกอบการวิชาชีพเดียวกันในสถานการณ์เดียวกัน<sup>37</sup>

2. Breach of Duty หมายความว่า ผู้ละเมิดได้ล่วงสิทธิหน้าที่ หรือฝ่าฝืนหน้าที่ของความระมัดระวังเช่นว่านั้น<sup>38</sup> โดยผู้ละเมิดได้ปฏิบัติหน้าที่ต่ำกว่ามาตรฐานตามหลักวิญญูชน (The Standard of Reasonable Person)<sup>39</sup> และก่อให้เกิดความผิดพลาดจนเกิดความเสียหายในสถานการณ์เดียวกันกับวิญญูชนพึงระมัดระวังได้ (Negligence Distinguished from “Mere Errors”)<sup>40</sup>

ในส่วนของความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อ การฝ่าฝืนหน้าที่และมาตรฐานในการดูแลผู้ป่วยต้องพิจารณาตามแต่ละคดีไป โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา 2 หลักเกณฑ์ ได้แก่ หลักเกณฑ์แรก มาตรฐานทางวิชาชีพทางการแพทย์ในการวินิจฉัยโรค และการรักษาโดยพิจารณาตามมาตรฐานในขณะที่ทำการรักษาไม่ใช่ขณะการพิจารณาคดี และหลักเกณฑ์ที่สอง ภาระการพิสูจน์เป็นหน้าที่ของแพทย์ผู้ทำละเมิด ต้องพิสูจน์ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังในมาตรฐานทางวิชาชีพแล้วเนื่องจาก ความรู้ความเชี่ยวชาญ ทักษะต่าง ๆ ในการรักษา เป็นสิ่งที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายแพทย์ ตามหลัก Res Ipsa Loquitur ถ้าแพทย์พิสูจน์ได้ก็ไม่มี ความรับผิดทางละเมิด นอกจากนั้นมีหลักการ Bolam test หากแพทย์ได้กระทำตามมาตรฐานทางวิชาชีพ แพทย์แล้ว และกรณีแพทย์ที่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษตามสาขาความเชี่ยวชาญของตน ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของผู้มีความรู้ความสามารถในการประกอบวิชาชีพแพทย์ แม้แพทย์จะได้รับความยินยอมจากคนไข้หรือผู้ป่วย แพทย์ก็ไม่ผิดฐานละเมิดโดยประมาทเลินเล่อ<sup>41</sup>

<sup>37</sup> Markesinis, Deakin, *Tort Law*, 4: p.273-274.

<sup>38</sup> Ibid., p. 155-156.

<sup>39</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7: p.82.

<sup>40</sup> Markesinis, Deakin, *Tort Law*, 4: p.159.

<sup>41</sup> Ibid., p.285-286.

3. Causation หมายความว่า ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผลของการกระทำโดยหลักเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผล ประกอบด้วย 2 ส่วน คือ Causation in fact และ Causation in law<sup>42</sup>

3.1 Causation in fact หมายความว่า มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลในทางข้อเท็จจริง หรือได้รับความเสียหายทางพฤตินัย กล่าวคือ การตรวจสอบในทางข้อเท็จจริงถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำกับผลเสียหายว่า ผลเสียหายนั้นได้เกิดจากการกระทำของผู้ละเมิด โดยจะทำการทดสอบด้วยหลักเงื่อนไข (But-for test)<sup>43</sup> คือ ถ้าไม่มีเหตุของการกระทำนั้น ผลเสียหายก็ไม่เกิดขึ้น เว้นแต่จะมีเหตุแทรกแซง ต้องพิสูจน์ตามทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม แต่ความเสียหายนั้นเกิดจากการกระทำของผู้ละเมิดเท่านั้นยังไม่อาจพิสูจน์ความรับผิดชอบได้ เพราะต้องประกอบหลักเกณฑ์ที่สองด้วย<sup>44</sup>

3.2 Causation in law หมายความว่า มีความสัมพันธ์ระหว่างเหตุกับผลในทางกฎหมาย หรือได้รับความเสียหายโดยนิตินัย<sup>45</sup> กล่าวคือ ระยะห่างของผลกับความเสียหายนั้น ผลที่ผู้กระทำได้กระทำให้เกิดขึ้น ต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ หรือการกระทำต้องใกล้ชิดกับผลของการกระทำ (Causation in law Remoteness of Damages or Proximate cause)<sup>46</sup>

ดังนั้น แพทย์ผู้ทำการรักษา จึงมีภาระการพิสูจน์ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยห่างไกลจากการกระทำตามหน้าที่ของตน หากแพทย์พิสูจน์ได้ก็ไม่ต้องรับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อ เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นเกิดจากโรคที่ผู้ป่วยเป็นมาก่อนเข้ารับการรักษา ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการรักษาของแพทย์แต่อย่างใด<sup>47</sup>

<sup>42</sup> Ibid., p.174.

<sup>43</sup> Ibid., p.178.

<sup>44</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7: p.99.

<sup>45</sup> Markesinis, Deakin, *Tort Law*, 4: p.174.

<sup>46</sup> Ibid., p.191.

<sup>47</sup> Ibid., p.289.

4. Damage or Injury หมายความว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำประมาทเลินเล่อของผู้ละเมิดที่ฝ่าฝืนต่อการกระทำตามที่ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อร่างกาย ทรัพย์สิน ความสูญเสียทางเศรษฐกิจ หรือการสูญเสียโอกาส<sup>48</sup>

หลักเกณฑ์ทั้ง 4 ข้ออาจพอเทียบเคียงกับกฎหมายละเมิดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 และมาตรา 421 ได้ ดังนั้นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อที่เป็นละเมิดทางการแพทย์ควรมีลักษณะดังนี้ คือ

(1) เป็นการกระทำต่อบุคคลอื่น โดยปราศจากความระมัดระวัง และความระมัดระวังนั้น หมายถึง ความระมัดระวังในระดับวิญญูชน ซึ่งอาจเทียบได้กับความระมัดระวังของบุคคลในอาชีพเดียวกันกับผู้กระทำนั้นเองควรมีอยู่ ตามมาตรฐานความระมัดระวังทางแพ่ง (Standard of care) หรือหมายถึงหน้าที่ที่ต้องระวัง (Duty of care) ในทางวิชาชีพ

(2) เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย หมายถึง การกระทำที่ไม่มีสิทธิ หรือข้อแก้ตัวตามกฎหมายและยังรวมไปถึงการใช้สิทธิที่ทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 เรียกว่า เป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมายด้วย (Unlawful act)

(3) มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้ถูกระทำ และความเสียหายนั้นเป็นสัมพันธกับการกระทำจากความประมาทเลินเล่อ หรือเป็นผลที่ใกล้ชิดจากความประมาทนั้น ซึ่งแม้ในต้วบทในมาตรา 420 จะมีได้บัญญัติไว้ก็เป็นที่ยอมรับโดยทั่วกันสำหรับการละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์ (Professional negligence or malpractice)

ข้อสังเกตบางประการต่อมาพบว่ากรณีการฟ้องแพทย์ให้รับผิดชอบละเมิดนั้นก็มักจะทำให้ต้องรับผิดชอบอาญาด้วย และกรณีฟ้องแพทย์ให้รับผิดชอบละเมิดต่อร่างกายนั้นศาลไทยจะเปรียบเทียบระดับความมีมาตรฐานทางการแพทย์ถ้าแพทย์มีระดับมาตรฐานในการรักษาพยาบาลที่ดีอยู่แล้วโจทก์ในฐานะผู้เสียหายก็จะฟ้องแพทย์ให้รับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ได้

<sup>48</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, Tort Law, 7: p.96.

เว้นแต่จะเป็นการให้การรักษาผู้ป่วยที่ต่ำกว่ามาตรฐานแล้วมีความเสียหายเกิดขึ้นซึ่งโจทก์สามารถฟ้องแพทย์ได้ทั้งทางแพ่งและอาญา<sup>49</sup>

อย่างไรก็ตาม จากหลักความรับผิดชอบทางละเมิด จะสังเกตได้ว่าความจริงแล้วแพทย์ย่อมมีอาจประมาทเลินเล่อต่อผู้ป่วยได้เลย เพราะแพทย์ย่อมให้การรักษาแบบมีมาตรฐานทางการแพทย์อยู่แล้ว ในทางตรงกันข้ามแพทย์ย่อมมีอาจละเมิดต่อผู้ป่วยได้ ยกตัวอย่างเช่น แพทย์ใช้มาตรฐานการรักษาแต่ผู้ป่วยมีอาการของโรคในขั้นวิกฤต ในขณะที่แพทย์ได้ใช้ความพยายามเพื่อรักษาชีวิตผู้ป่วย ผู้ป่วยที่เสียชีวิต ไม่ถือว่าแพทย์การทำละเมิดต่อผู้ป่วย ถึงแม้แพทย์จะใช้มาตรฐานการรักษาที่ดีแล้วแพทย์ก็ยังคงต้องสร้างความเข้าใจระหว่างตนเองกับผู้ป่วย อธิบายผลดี ผลเสียของกระบวนการรักษาให้ผู้ป่วยทราบเพื่อลดความขัดแย้ง แต่ก็อาจมีบางกรณีที่มีการสร้างความเข้าใจถึงวิธีการรักษาดังกล่าวอาจมีแพทย์รายอื่นมีความเห็นขัดแย้ง<sup>50</sup> และให้ความเห็นไปในทางตรงข้ามส่งผลให้ผู้ป่วยเชื่อว่าแพทย์เจ้าของคนไข้อธิบายวิธีการรักษาคลาดเคลื่อนไม่ถูกต้องจนเกิดความขัดแย้งได้

ถ้าพิจารณาถึงเกณฑ์มาตรฐานผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมของแพทยสภา พ.ศ. 2535 พบว่าเกณฑ์มาตรฐานดังกล่าวกำหนดคุณสมบัติที่พึงประสงค์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม โดยวางหลักว่าแพทย์พึงเป็นผู้ที่จะต้องมีความรู้ ทักษะการสื่อสาร และการสร้างสัมพันธภาพ (Communication and interpersonal) โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องมีทักษะในการรับฟังปัญหา สามารถตอบคำถามอธิบายให้คำปรึกษา และคำแนะนำอย่างเหมาะสม ในกรณีที่จะต้องอธิบายโดยใช้หลักวิทยาศาสตร์นั้น แพทย์อาจให้คำปรึกษา และคำแนะนำด้วยภาษาและสำนวนที่ผู้ป่วยเข้าใจได้โดยง่าย และมีศิลปะในการแจ้งข่าว หรือสถานการณ์ร้ายได้อย่างเหมาะสม<sup>51</sup> เช่น การแจ้งผลการตรวจที่พบว่าผู้ป่วยเป็นโรคร้ายแรง การแจ้งขอชันสูตรพลิกศพตามระเบียบ เป็นต้น แพทย์ควรมีศิลปะในการสร้างความเข้าใจกับญาติของผู้ป่วยได้อย่างมีประสิทธิภาพ รู้วิธีการสร้างความสมดุลระหว่างกรณีที่จะต้องเปิดเผยข้อมูลการรักษากับกรณีที่จะต้องรักษาความลับของผู้ป่วย แพทย์อาจต้องจัดทำบันทึกทาง

<sup>49</sup> สุขุม ศุภนิต, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด, หน้า 27.

<sup>50</sup> สุธี อยู่สถาพร, “ความรับผิดชอบตามกฎหมายของแพทย์ในการรักษาผู้ป่วยกับหลักวิธีปฏิบัติเพื่อเป็นเลิศทางการแพทย์,” *วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข* 2, 1 (มกราคม-เมษายน 2559): 144.

<sup>51</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 144.

การแพทย์ที่เกี่ยวข้อง จัดทำ และออกใบรับรองแพทย์ ใบส่งต่อผู้ป่วย เอกสารทางการแพทย์อื่น ๆ ประกอบตามเกณฑ์มาตรฐานขั้นต่ำ ที่สอดคล้องกับมาตรา 11 หมวด 2 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525<sup>52</sup> และพบว่าเกณฑ์มาตรฐานดังกล่าวนอกจากกำหนดทักษะของแพทย์ในการสร้างความเข้าใจอันดีกับผู้ป่วยแล้ว ยังกำหนดให้แพทย์ต้องให้การรักษาอย่างดีที่สุด หรือที่เรียกว่า “หลักหรือวิธีการปฏิบัติเพื่อความเป็นเลิศ” (The Best Practice)

ดังนั้น ในประเทศไทยปัจจุบันนี้การฟ้องความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ไม่มีการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะจึงได้นำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดประกอบกับมาตรา 59 แห่งประมวลกฎหมายอาญามาปรับใช้ในการพิจารณาความรับผิดของแพทย์ ไม่ว่าจะกระทำด้วยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อเพื่อให้ผู้เสียหายได้รับการชดเชยค่าเสียหาย แต่ในความเป็นจริงหลักความรับผิดในการปฏิบัติวิชาชีพแพทย์ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เป็นผู้นำสืบว่าตนได้ปฏิบัติครบถ้วนตามหลักปฏิบัติในวิชาชีพของตน และอีกนัยหนึ่ง ได้ใช้ความระมัดระวังดีแล้วจึงไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น หลักดังกล่าวจึงมีความแตกต่างจากหลักละเมิดทั่วไปซึ่งในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่เป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะจึงไม่เกิดความสับสนในการปรับใช้กฎหมาย เนื่องจากความรับผิดทางละเมิดในการประกอบวิชาชีพแพทย์ตั้งอยู่บนหลักเกณฑ์ของความรับผิดโดยประมาทเลินเล่อที่อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดการกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังก่อให้เกิดความรับผิดได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเป็นผู้ผิดอันมีองค์ประกอบ 3 ประการ องค์ประกอบแรก ได้แก่ หน้าที่ตามกฎหมายที่มีต่อโจทก์ในการที่จะต้องระมัดระวัง องค์ประกอบที่สอง ได้แก่ จำเลยละเลยต่อหน้าที่เช่นนั้น และองค์ประกอบสุดท้าย ได้แก่ ได้ก่อให้เกิดความเสียหายให้แก่โจทก์ อันเป็นผลโดยตรงจากการที่จำเลย

<sup>52</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 11 สมาชิกแพทยสภาได้แก่ผู้มีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) มีความรู้ในวิชาชีพเวชกรรมโดยได้รับปริญญาหรือประกาศนียบัตรในวิชาแพทยศาสตร์ที่แพทยสภารับรอง
- (3) ไม่เป็นผู้ประพฤดิเสียหาย ซึ่งคณะกรรมการเห็นว่าน่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
- (4) ไม่เคยต้องโทษจคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมายให้จคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าน่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ
- (5) ไม่เป็นผู้มีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ หรือไม่เป็นโรคที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา

ละเลยหน้าที่ดังกล่าว แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดของประเทศไทยสามารถเทียบเคียงกับระบบกฎหมายจารีตประเพณีได้ก็ตาม แต่ก็ยังขาดความชัดเจนในการปรับใช้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดีในศาลเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ได้

## 2.2 ความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2478 ที่มีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คดีแพ่งทุกประเภทต้องดำเนินกระบวนการพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ต่อมาเมื่อมีการพัฒนากฎหมายสารบัญญัติอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 และพระราชบัญญัติอื่น ๆ แต่เมื่อมีข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทตามกฎหมายดังกล่าวและนำคดีมาสู่ศาลก่อนปี พ.ศ. 2551 การดำเนินคดียังใช้วิธีพิจารณาความแพ่งเช่นเดียวกับคดีแพ่งธรรมดา ทำให้การคุ้มครองผู้บริโภคมีความเสียเปรียบในการบังคับทางศาล ไม่มีความเหมาะสมหรือประสิทธิภาพเพียงพออย่างแท้จริง จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กำหนดวิธีพิจารณาแบบพิเศษสำหรับใช้ดำเนินคดีผู้บริโภคเป็นการเฉพาะในศาลยุติธรรม ไม่ได้จัดตั้งเป็นศาลชำนาญพิเศษขึ้นมาพิจารณาคดีผู้บริโภคและการปรับเปลี่ยนระบบวิธีพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจากระบบกล่าวหาที่กำหนดให้ฝ่ายผู้ฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีมีภาระการพิสูจน์ในข้อเท็จจริงนั้น เปลี่ยนมาเป็นระบบไต่สวนที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค กำหนดวิธีพิจารณาแบบพิเศษเพื่อให้การพิจารณาคดีผู้บริโภคเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเหมาะสมอันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทุกฝ่าย ได้แก่ การดำเนินคดีที่สะดวก รวดเร็ว ไม่ยุ่งยากซับซ้อน ประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย และสามารถที่จะเสริมสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้บริโภค ข้อควรพิจารณาที่สำคัญเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่ทำให้เกิดข้อถกเถียงกันทั้งในทางวิชาการ และทางปฏิบัติในการใช้กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีตามพระราชบัญญัติวิธี

พิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551<sup>53</sup> กล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร มีความสำคัญในการช่วยเหลือผู้บริโภครที่ได้รับความเสียหายจากการบริโภครสินค้าและบริการ ให้ได้รับการเยียวยาด้วยความรวดเร็ว และเหมาะสม พร้อมทั้งส่งเสริมให้ผู้ประกอบธุรกิจหันมาให้ความสำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการให้มีมาตรฐานยิ่งขึ้นซึ่งจะส่งผลดีต่อคุณภาพชีวิตของคนในสังคมและความมั่นคงของระบบเศรษฐกิจของประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม การนำพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปปฏิบัติยังพบว่ามีปัญหาข้อขัดข้องบางประการ ที่ทำให้การนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครไปปฏิบัติ<sup>54</sup> ยังไม่สามารถบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายได้อย่างเต็มที่ในส่วนของความรับผิดชอบทางการแพทย์ มีประเด็นที่สำคัญที่ต้องพิจารณา คือ ลักษณะของคดีผู้บริโภครและการพิจารณาคดีผู้บริโภคร

### 2.2.1 ลักษณะของคดีผู้บริโภคร

ก่อนที่พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 จะมีผลใช้บังคับความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยได้ดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เมื่อมีบทบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ขึ้น เกิดข้อโต้แย้งกันหลายฝ่ายว่าสามารถนำมาใช้บังคับกับความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทยในการดำเนินคดีแพ่งในศาลเกี่ยวกับความรับผิดในวิชาชีพได้หรือไม่<sup>55</sup> จึงต้องการพิจารณาก่อนว่าคดีใดเป็นคดีผู้บริโภครซึ่งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ตามคำนิยามคำว่า “คดีผู้บริโภคร” “ผู้บริโภคร” “ผู้ประกอบธุรกิจ” ในมาตรา 3 ดังต่อไปนี้

**“คดีผู้บริโภคร หมายความว่า**

<sup>53</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559), หน้า 1-3.

<sup>54</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 42, 3 (2556): 468.

<sup>55</sup> ธานิศ เกศวพิทักษ์, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ยูเนี่ยน อุลตราไวโอเลต จำกัด, 2551), หน้า 11.



1) คดีแพ่งระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทน  
ผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่น กับผู้ประกอบการธุรกิจซึ่งพิพาทกัน  
เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือ  
บริการ

2) คดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบ  
เสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย

3) คดีแพ่งที่เกี่ยวข้องพ้องกับคดีตามข้อ 1 หรือข้อ 2

4) คดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตาม  
พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551”

คดีผู้บริโภคที่มีความเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ใน  
วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ คดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (1) และตามมาตรา 3 (3) ดังต่อไปนี้

กรณีคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (1) การนิยามความหมายของคดีผู้บริโภค  
ตามมาตรานี้ได้ยึดเอาสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทและสาเหตุของข้อพิพาทเป็นสำคัญ  
โดยไม่ได้คำนึงถึงข้อหาหรือกฎหมายเป็นตัวชี้วัด<sup>56</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา คือ

1) ต้องเป็นคดีแพ่งเพียงอย่างเดียวไม่รวมถึงข้อพิพาททางแพ่งที่เกี่ยวข้อง  
ในคดีอาญาแม้ข้อพิพาทนั้นจะมีความเกี่ยวข้องกับการบริโภคสินค้าหรือบริการก็ตาม

2) ต้องเป็นคดีระหว่างผู้บริโภค หรือผู้มีอำนาจฟ้องแทนผู้บริโภคตาม  
มาตรา 19<sup>57</sup> หรือกฎหมายอื่น

สำหรับผู้บริโภคอันจะทำให้ลักษณะคดีเป็นคดีผู้บริโภคต้องเป็นตาม  
คำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 กล่าวคือ

<sup>56</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-13.

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 19 วรรคแรก บัญญัติว่า ให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือสมาคมที่  
คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค มีอำนาจฟ้องและดำเนินคดีผู้บริโภคแทนผู้บริโภคได้  
โดยให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการฟ้องและการดำเนินคดีแทนตามกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับโดยอนุโลม

“ผู้บริโภค หมายความว่า ผู้บริโภคตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึงผู้เสียหายตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย”<sup>58</sup>

ฉะนั้น คำว่า ผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 จึงต้องพิจารณาบทนิยามในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 หมายความว่า ผู้ซื้อ หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจ หรือผู้ซึ่งได้รับการเสนอ หรือการชักชวนจากผู้ประกอบธุรกิจเพื่อให้ซื้อสินค้า หรือรับบริการ และหมายความรวมถึงผู้ใช้สินค้า หรือผู้ได้รับบริการจากผู้ประกอบธุรกิจโดยชอบ แม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนก็ตาม

สำหรับผู้ประกอบธุรกิจอันจะทำให้ลักษณะคดีเป็นคดีผู้บริโภคต้องเป็นตามคำนิยามในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 กล่าวคือ

“ผู้ประกอบการ หมายความว่า ผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค และให้หมายความรวมถึงผู้ประกอบการตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยด้วย”<sup>59</sup>

ฉะนั้น คำว่า ผู้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 หมายความว่า ผู้ขาย ผู้ผลิตเพื่อขาย ผู้ส่งหรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อขาย หรือผู้ซื้อเพื่อขายต่อซึ่งสินค้า หรือผู้ให้บริการ และหมายความรวมถึงผู้ประกอบการโฆษณาด้วย

สำหรับ “ผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค” มาตรา 19 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือสมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องและดำเนินคดีแทนผู้บริโภคโดยตรง<sup>60</sup>

<sup>58</sup> ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค, หน้า 1.

<sup>59</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 2.

<sup>60</sup> ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551), หน้า 12.

3) ต้องเป็นคดีที่พิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ

กรณีคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (3) เป็นข้อพิพาทที่นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจนั้น อาจจะมีปัญหาเรื่องประกันแห่งหนึ่ง ซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับสัญญาหลักซึ่งเป็น “คดีผู้บริโภค” ตามมาตรา 3 (1) หรือ 3 (2) ด้วยก็ได้ เช่น สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจอาจมีการค้าประกัน จำนอง หรือจำนำ<sup>61</sup>

จะเห็นได้ว่าคดีผู้บริโภคต้องเป็นคดีแพ่ง และจำกัดเฉพาะ 4 ประเภทตามมาตรา 3 บัญญัติเท่านั้น คดีอาญารวมถึงคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาที่มีได้แยกมาดำเนินคดีต่างหากจากคดีอาญาจึงมิใช่คดีผู้บริโภค โดยคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3(1) เป็นคดีแพ่งระหว่างผู้บริโภค หรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3(3) อาจมิใช่เป็นคดีระหว่างผู้บริโภคหรือผู้ประกอบธุรกิจโดยตรง แต่เป็นคดีที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีผู้บริโภค

จากการนิยามความหมายดังกล่าวได้ทำให้ขอบเขตของการคุ้มครองผู้บริโภคมีนิยามที่กว้างจากที่ได้พิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 ว่ามีสี่ประเภทหลักและเป็นเฉพาะคดีแพ่งเท่านั้น นอกจากนี้กรณีใดที่มีข้อถกเถียงกันว่าคดีใดเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่ ให้อำนาจประธานศาลอุทธรณ์เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการดำเนินงาน โดยตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ดังจะกล่าวต่อไป

## 2.2.2 การปรับใช้กฎหมายโดยการตีความของศาล

เมื่อพิจารณาในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 หากคู่พิพาท หรือศาลเกิดปัญหาสงสัยว่ากรณีใดเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่นั้น สามารถส่งประเด็นนั้นให้ประธานศาลอุทธรณ์เป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดได้ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 8 บัญญัติว่ากรณีมีปัญหาว่าคดีใดเป็นคดีผู้บริโภคตามความหมายในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 หรือไม่นั้น คู่พิพาท หรือศาลอาจเห็นสมควรขอให้ประธานศาลอุทธรณ์เป็นผู้ที่วินิจฉัยว่าคดีนั้นเป็นคดีผู้บริโภคหรือไม่ หรือเจ้าหน้าที่ศาลชั้นต้นที่ได้รับมอบหมายนำส่งเอกสาร

<sup>61</sup> ธานิส เกศวพิทักษ์, กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, หน้า 24.

ภายในวันนัดพิจารณา หรือในวันขึ้นสองสถาน หรือวันสี่พยาน และแจ้งผลไปยังศาลชั้นต้นโดยเร็ว ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ให้มีผลเป็นที่สุด แต่ไม่กระทบถึงกระบวนการพิจารณาใด ๆ ที่ได้กระทำไปก่อนที่จะมีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ คดีใดจะเข้าข่ายเป็นคดีผู้บริโภคมหรือไม่ จะพิจารณาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่อันเนื่องมาจากการ “บริการ” ตามเรื่องที่ยื่นฟ้องคดีได้

### 2.2.2.1 ความหมายคำว่า “บริการ”

ในปัจจุบัน สำนักงานศาลยุติธรรมได้กำหนดคดีแพ่งซึ่งเป็นคดีผู้บริโภคไว้ โดยแบ่งเป็นประเภทต่าง ๆ เช่น เรื่องซื้อขาย เรื่องเช่าทรัพย์ เรื่องกู้ยืมเงิน เรื่องประกันภัย และที่สำคัญที่มีประเด็นถกเถียงกันในทางวิชาการกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการบริการทางการแพทย์ที่ประธานศาลอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยว่าเป็นคดีผู้บริโภค ในคำวินิจฉัย 8/2551<sup>62</sup> วินิจฉัยว่า ส่วนราชการที่ดำเนินกิจการให้บริการด้านการสาธารณสุขแก่ประชาชน โดยเรียกค่ารักษาพยาบาล หรือค่าธรรมเนียม การตรวจเป็นการตอบแทน รวมทั้งแพทย์ผู้ตรวจรักษา ถือเป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบการ คดีพิพาทระหว่างส่วนราชการดังกล่าว หรือโรงพยาบาลในสังกัดและแพทย์ผู้ตรวจรักษาประชาชนที่เข้ารับการรักษา รวมทั้งทายาทของผู้เข้าการรักษา

จากคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ จะเห็นได้ว่า ประธานศาลอุทธรณ์จะพิจารณาเฉพาะคดีที่เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่อันเนื่องมาจากการ “บริการ” ตามเรื่องที่ยื่นฟ้องคดี ซึ่งคำว่า “บริการ” ไม่ได้บัญญัติคำนิยามไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

<sup>62</sup> คำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ ที่ 8/2551 วินิจฉัยว่า “... ได้ความตามฟ้องว่า โรงพยาบาลสุรินทร์ ซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดโจทก์ ดำเนินกิจการให้บริการด้านการสาธารณสุขแก่ประชาชน โดยเรียกค่ารักษาพยาบาลเป็นการตอบแทน จึงถือได้ว่า โจทก์เป็นผู้ให้บริการ และเป็นผู้ประกอบการ ส่วนจำเลยที่ 2 เป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล โดยมีความรับผิดชอบที่จะต้องชำระค่ารักษาพยาบาล จำเลยที่ 2 จึงเป็นผู้ใช้บริการและผู้บริโภค เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกให้จำเลยที่ 2 ชำระค่ารักษาพยาบาลดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้บริการ เป็นคดีผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 (1) สำหรับจำเลยที่ 1 เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกให้ร่วมชำระค่ารักษาพยาบาลจำเลยที่ 2 ในฐานะเป็นผู้รับประกันภัยรถยนต์ที่เสียหายจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 2 ได้มอบอำนาจให้โจทก์ขอรับค่าเสียหายเบื้องต้นเพื่อนำมาชำระหนี้ดังกล่าวแล้วอันมีลักษณะเป็นคดีที่เกี่ยวข้องกันกับคดีตามมาตรา 3(1) เป็นคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (3)”

แต่นิยามไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3<sup>63</sup> ซึ่งคำว่า “บริการ” มีลักษณะความหมายที่ค่อนข้างกว้างทั้งคำนิยามที่บัญญัติในกฎหมาย และการตีความของประธานศาลอุทธรณ์ที่มีหลายประเภทคดีที่ถูกนำมาฟ้องเป็นคดีผู้บริโภคที่ และพบว่าคำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยกรณีการรักษาพยาบาลว่าอยู่ในความหมายของคำว่า “บริการ”

### 2.2.2.2 ความหมายคำว่า “บริการทางการแพทย์”

คำว่า “บริการ” หมายรวมถึง “การบริการทางการแพทย์” ได้มีคำนิยามตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ พ.ศ. 2545 มาตรา 3 ได้กำหนดนิยามของคำว่า บริการสาธารณสุขไว้ ดังนี้

“บริการสาธารณสุข” หมายความว่า บริการด้านการแพทย์และสาธารณสุขซึ่งให้โดยตรงแก่บุคคลเพื่อการสร้างเสริมสุขภาพ การป้องกันโรค การตรวจวินิจฉัยโรค การรักษาพยาบาล และการฟื้นฟูสมรรถภาพที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิต ทั้งนี้ ให้รวมถึงการบริการการแพทย์แผนไทย และการแพทย์ทางเลือกตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบโรคศิลปะ นอกจากนี้ได้มีคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ได้วินิจฉัยว่าการรักษาพยาบาลเป็นการบริการตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไม่ว่าจะเป็น การให้บริการในโรงพยาบาลรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชน ดังคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ ต่อไปนี้

(1) ส่วนราชการที่ดำเนินกิจการให้บริการด้านการสาธารณสุขแก่ประชาชน โดยเรียกค่ารักษาพยาบาล หรือค่าธรรมเนียมการตรวจเป็นการตอบแทน รวมทั้งแพทย์ผู้ตรวจรักษา ถือเป็นผู้ให้บริการ และเป็นผู้ประกอบธุรกิจ คดีพิพาทระหว่างส่วนราชการดังกล่าวหรือโรงพยาบาลในสังกัดและแพทย์ผู้ตรวจรักษาประชาชนที่เข้ารับการรักษา รวมทั้งทายาทของผู้เข้ารับการรักษา เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 โดยศาลอุทธรณ์วินิจฉัยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 8 พิจารณาแล้ว เช่น ในคำวินิจฉัยประธานศาลอุทธรณ์ที่

<sup>63</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 “บริการ” หมายถึง การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

8/2551<sup>64</sup> กรณีโจทก์ คือ โรงพยาบาลสุรินทร์เป็นส่วนราชการในสังกัดโจทก์ ฟ้องว่า จำเลยที่ 2 ที่ได้รับบาดเจ็บและเข้ารับการรักษาพยาบาล และจำเลยที่ 1 ผู้รับประกันภัยต้องจ่ายค่าเสียหายเบื้องต้นแก่ผู้ประสบภัย แต่จำเลยที่ 1 เพิกเฉยไม่ชำระค่ารักษาพยาบาล หรือ ค่าวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 166/2551<sup>65</sup> โจทก์เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายฟ้องว่าผู้ตายเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลภูมิพล สังกัดกรมการแพทย์ทหารอากาศ โรงพยาบาลรัฐและแพทย์ได้จ่ายยาชนิดหนึ่งซึ่งผู้ตายได้รับมาเป็นยาใช้ภายนอกแต่ในใบสั่งยาเขียนว่า ใช้อิม ผู้ตายรับประทานยานี้นั้นตามคำสั่งแพทย์ทำให้ผู้ตายเสียชีวิตในเวลาต่อมา

(2) โรงพยาบาลเอกชน รวมทั้งแพทย์ของโรงพยาบาลประกอบกิจการสถานพยาบาล ซึ่งโดยปกติย่อมมีการเรียกค่าตอบแทน จึงเป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนผู้เข้ารับการรักษาเป็นผู้ได้รับบริการและเป็นผู้บริโภค คดีพิพาทระหว่างโรงพยาบาลและแพทย์ผู้ทำการตรวจรักษากับผู้เข้ารับการรักษา เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 โดยศาลอุทธรณ์วินิจฉัยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 8 พิเคราะห์แล้ว เช่น ค่าวินิจฉัยศาลอุทธรณ์ที่ 29/2551<sup>66</sup> โจทก์ที่ 1 เป็นบุตรโดยชอบด้วยกฎหมาย

<sup>64</sup> อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 47.

<sup>65</sup> ค่าวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ 166/2551 วินิจฉัยว่า “... ได้ความตามคำฟ้องและคำให้การว่า นอกจากจำเลยมีหน้าที่ป้องกันราชอาณาจักรแล้วจำเลยยังดำเนินการให้บริการด้านสาธารณสุขแก่ประชาชนที่โรงพยาบาลภูมิพล วันที่ 11 กรกฎาคม 2545 นายชาญณรงค์ ศรีพรหมมินทร์ ผู้ตาย ได้เข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลดังกล่าวโดยได้รับการตรวจและจ่ายยา 3 ชนิดเพื่อรักษาอาการปวด การตรวจรักษาดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ป่วยหายจากอาการเจ็บป่วยซึ่งมีลักษณะเป็นการจัดทำกรงานให้อย่างหนึ่ง และถึงแม้จะมีการเรียกค่ารักษาพยาบาลผ่านโครงการบัตรทอง 30 บาท รักษาทุกโรคก็ต้องถือว่ามี การเรียกค่าตอบแทนแล้ว การดำเนินงานของจำเลยในส่วนนี้จึงเป็นการให้บริการโดยถือได้ว่าจำเลยเป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบธุรกิจด้านสาธารณสุข ส่วนผู้ตายเป็นผู้ได้รับบริการและเป็นผู้บริโภค โจทก์เป็นบิดาโดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายดังนั้น เมื่อโจทก์อ้างเหตุแห่งการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำของจำเลยโดยโรงพยาบาลภูมิพลต่อผู้ตายซึ่งเป็นผู้บริโภค จึงถือว่าเป็นการกล่าวอ้างสิทธิในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่เกี่ยวข้องกันกับคดีผู้บริโภค เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3(3)”

<sup>66</sup> ค่าวินิจฉัยศาลอุทธรณ์ที่ 29/2551 วินิจฉัยว่า “... ได้ความตามคำฟ้องว่า โจทก์ที่ 2 ไปพบจำเลยที่ 1 ที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 2 เพื่อตรวจอาการทารกในครรภ์ และจำเลยทั้งสองได้ให้การตรวจรักษาครรภ์แก่โจทก์ที่ 2 จนกระทั่งคลอดโจทก์ที่ 1 การตรวจรักษาตัวดังกล่าวก็เพื่อให้การตั้งครรภ์ของโจทก์ที่ 2 กลับคืนเป็นปกติ จึงมีลักษณะเป็นการรับจัดทำกรงานให้อย่างหนึ่ง และปรากฏตามคำฟ้องว่าจำเลยทั้งสองมีอาชีพรับจ้างด้วยการประกอบกิจการสถานพยาบาล ซึ่งโดยปกติย่อมมีการเรียกค่าตอบแทน การดำเนินงานของจำเลยทั้งสองจึงเป็นการให้บริการ โดยจำเลยทั้งสองเป็นผู้ให้บริการหรือผู้ประกอบธุรกิจและโจทก์ที่ 2 อยู่ในฐานะผู้รับบริการหรือผู้บริโภค ส่วนโจทก์ที่ 1 นั้นแม้มิได้เป็นผู้เสียค่าตอบแทนแต่ได้รับการตรวจรักษาจากจำเลยทั้งสองภายหลังคลอด จึงเป็นผู้ได้รับบริการโดยชอบ

ของโจทก์ที่ 2 ฟ้องว่า จำเลยที่ 1 เป็นแพทย์ผู้ทำการตรวจรักษาผู้ป่วยและเป็นลูกจ้างของโรงพยาบาล จำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นโรงพยาบาลเอกชน จำเลยที่ 1 ได้รับฝากครรภ์และรับการตรวจรักษาโจทก์ที่ 2 แต่โจทก์ที่ 1 คลอดมาแล้วกลายเป็นพิการโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของจำเลยที่ 1 ทำให้โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหาย

จากคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ คดีที่มีข้อพิพาทระหว่างแพทย์ในทางความรับผิดชอบทางละเมิดจึงเป็นคดีผู้บริโภค เนื่องจากการรักษาพยาบาลไม่ว่าในโรงพยาบาลรัฐบาล หรือเอกชนที่มีการเสียค่ารักษาพยาบาลเป็นค่าตอบแทนการรักษาพยาบาล ถือว่าเข้านิยามการบริการ และเป็นคดีผู้บริโภคเนื่องจากการกล่าวอ้างสิทธิในการเรียกค่าสินไหมทดแทนที่เกี่ยวข้องกันกับคดีผู้บริโภค จึงเป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3(3) ทำให้เกิดความกังวลต่อผู้ให้บริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาล และส่งผลกระทบต่อในวงกว้าง เช่น การขาดแคลนบุคลากรที่จะมาเป็นผู้ให้บริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาล ทั้ง ๆ ที่วัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้แท้จริงแล้วมีความประสงค์จะให้ข้อพิพาทได้รับความเป็นธรรมยิ่งขึ้นภายใต้ระบบวิธีพิจารณาคดีที่กำหนดขึ้นใหม่เป็นการเฉพาะ แต่ “บริการทางการแพทย์” มีลักษณะเฉพาะตัวที่แตกต่างจากคำว่า “บริการ” ที่เป็นบริการอื่นทั่วไป นอกจากนั้นบริการทางการแพทย์ในโรงพยาบาลอยู่ในสถานะที่ไม่อาจเลือกที่จะให้หรือไม่ให้บริการได้ด้วยเหตุผลที่ว่า การบริการทางการแพทย์เป็นวิชาชีพที่อาศัยคุณธรรม โดยมีข้อบังคับแพทย์สภาว่าด้วยการรักษากฎจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2526 ที่คอยควบคุมและกำกับประกอบวิชาชีพให้อยู่บนพื้นฐานของจริยธรรมดังกล่าว ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยจึงมีความแตกต่างกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคทั่วไป เนื่องจากการเข้ารับการรักษาของผู้ป่วยไม่มีสิทธิที่จะเลือกบุคคลในการรักษาได้ แตกต่างจากผู้บริโภคทั่วไปในการมีสิทธิเลือกผู้ประกอบการธุรกิจ หรือผู้ให้บริการจึงมีประเด็นในการศึกษาถึงปัญหาในการนำกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคมาใช้กับข้อพิพาททางละเมิดระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยที่มีปัญหาว่า คดีแพ่งที่พิพาทระหว่างผู้ประกอบการกิจการโรงพยาบาล

---

ถือว่าเป็นผู้บริโภคเช่นกัน เมื่อโจทก์ทั้งสองฟ้องจำเลยทั้งสองให้รับผิดชอบในมูลละเมิด อันเกิดจากการความประมาทเลินเล่อของจำเลยทั้งสอง จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค ซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้บริการ เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3(1)”

หรือแพทย์ผู้ทำการรักษาก็ผู้ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล จะถือว่าเป็นคดีผู้บริโภคตาม คำนียามของคำว่าบริการเหมาะสมหรือไม่<sup>67</sup> มีนักกฎหมายให้ความเห็นไว้ดังนี้

ศาสตราจารย์พิเศษ จรัญ ภักดีธนากุล<sup>68</sup> มีความคิดเห็นว่าขอบเขต หรือเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 นี้ได้มีความหมายครอบคลุม การให้บริการของแพทย์ หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพ แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาถึงความ รับผิดชอบของแพทย์ หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสุขภาพนั้นควรที่จะมีการแยกพิจารณาโดยแบ่งเป็น ความรับผิดในทางอาญา และความรับผิดในทางแพ่ง

นายชาญณรงค์ ปราณีจิตต์<sup>69</sup> เห็นว่า เรื่องการบริการทางการแพทย์ ในโรงพยาบาลของรัฐ สามารถพิจารณาได้ว่า การรักษาพยาบาล คือ การดูแลรักษาผู้ป่วยอันมี ลักษณะเป็นการทำงานให้ผู้ป่วย จึงถือว่าเป็นการรับจัดทำกรงานอย่างหนึ่ง หากมีการเรียก ค่าตอบแทนเป็นเงิน หรือผลประโยชน์อื่น ย่อมถือว่าเป็นการให้บริการ ถึงแม้ว่าผู้ที่รับภาระจ่าย ค่าตอบแทนนั้นในท้ายที่สุด อาจเป็นผู้รับประกันภัย ระบบประกันสังคม หรือหน่วยงานราชการ ลักษณะของการให้การรักษาพยาบาลของรัฐไม่แตกต่างกับโรงพยาบาลเอกชน จึงถือว่าเป็นการรับจัดทำ งานให้เช่นเดียวกัน เมื่อโรงพยาบาลของรัฐเป็นผู้ให้บริการจึงอยู่ในฐานะเป็นผู้ประกอบธุรกิจ ส่วนผู้ ที่ได้รับการรักษาพยาบาลย่อมอยู่ในฐานะผู้รับบริการและเป็นผู้บริโภค คดีพิพาทระหว่างผู้รับบริการ กับโรงพยาบาลของรัฐจึงถือว่าเป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เช่นเดียวกับกรณีโรงพยาบาลเอกชน แม้จำนวนค่าตอบแทนที่โรงพยาบาลของรัฐเรียกเก็บนั้นจะเป็น จำนวนเงินที่น้อยเมื่อเทียบกับโรงพยาบาลเอกชนก็ตาม มีความแตกต่างเพียงกรณีโรงพยาบาลของรัฐ มีเฉพาะในเรื่องความรับผิดของแพทย์ กล่าวคือในกรณีที่เป็นโรงพยาบาลของรัฐนั้น ผู้บริโภคที่ได้รับ ความเสียหายจากการรับบริการจะดำเนินคดีได้แต่เฉพาะหน่วยงานของรัฐ คือ กระทรวงสาธารณสุข

<sup>67</sup> ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, หน้า 4.

<sup>68</sup> จรัญ ภักดีธนากุล, “ตุลาการศาล รธน.ฆ่าแหละปมคนไข้ฟ้องแพทย์ ชี้คดีผู้บริโภคมีผลกับหมอเอกชน,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://www.hfocus.org/quote/2018/08/16156>.

<sup>69</sup> ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551, หน้า 47.



เป็นจำเลยเท่านั้น จะฟ้องแพทยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามพระราชบัญญัติความรับผิดละเมิดเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง

นางสาวสกลวรรณ โลณวัฒน์<sup>70</sup> เห็นว่า ความหมายของคำว่า “บริการ” ที่ประธานศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยให้เป็นคดีผู้บริโภค เป็นการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่าง “ผู้บริโภค” กับ “ผู้ประกอบการ” โดยวินิจฉัยถึง “ผู้ให้บริการ” ที่เรียกค่าตอบแทนไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์ในการเก็บค่าตอบแทนเพื่อประโยชน์ใดจำนวนมากน้อยเพียงใด หากมีการเรียกเก็บเงินแล้วยอมเป็นคดีผู้บริโภค นอกจากนี้ “บริการ” ที่วินิจฉัยให้เป็นคดีผู้บริโภค นั้น จะไม่คำนึงว่าผู้ให้บริการได้จัดทำบริการเหล่านั้นเพื่อวัตถุประสงค์หรือประโยชน์อื่นใด ส่งผลให้การให้ “บริการ” ที่ดำเนินการโดยมุ่งหวังผลกำไรกับการให้ “บริการสาธารณะ” ที่จัดทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมมีความหมายเป็นอย่างเดียวกันคือ เป็น “บริการ” ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งแท้จริงแล้วกฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องในการดำเนินคดีของผู้บริโภคที่มีอยู่ในสถานะด้อยกว่าผู้ประกอบการ อันเนื่องมาจากฐานะเงินทุน ความรู้ความสามารถที่ผู้ประกอบการมีเหนือกว่า เพื่อผู้บริโภคมีสถานะในการต่อสู้คดีได้เท่าเทียมและมีบทลงโทษผู้ประกอบการที่มุ่งเอาเปรียบผู้บริโภคโดยกำหนดให้มี “ค่าเสียหายเชิงลงโทษ” เป็นบทลงโทษให้ผู้ประกอบการเกิดความเข็ดหลาบจนไม่หวนกลับมาทำพฤติกรรมเช่นเดิม ซึ่งกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวจะมากน้อยเพียงใดจะพิจารณาจากความชั่วร้ายภายในจิตใจของผู้กระทำละเมิด นอกจากนี้ค่าเสียหายเชิงลงโทษยังเป็นการป้องปรามผู้ประกอบการที่มีความคิดจะกระทำพฤติกรรมเอาเปรียบผู้บริโภคให้เกิดความเกรงกลัวต่อผลของคำตัดสิน ซึ่งจะมีอิทธิพลเหนือไปกว่าการลงโทษทั่ว ๆ ไป เพราะเป็นวิธีการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการอื่น ๆ คิดพฤติกรรมเลียนแบบ จึงถือว่าการลงโทษให้สังคมได้รับทราบด้วย จึงมีความเห็นว่าการกำหนดให้ผู้ให้บริการสาธารณะจะถูกปฏิบัติและมีความรับผิดเช่นเดียวกับผู้ประกอบการ ทั้ง ๆ ที่วัตถุประสงค์ในการให้บริการมีความแตกต่างกันจึงไม่มีความเหมาะสมและอาจส่งผลกระทบต่อผู้ให้บริการสาธารณะ

<sup>70</sup> สกลวรรณ โลณวัฒน์, “ความหมายของคำว่า บริการ ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กับความรับผิดของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), 144.

ดังนั้น การให้บริการทางการแพทย์จึงมีความเสี่ยงจากการถูกฟ้องคดี เพราะกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจให้การฟ้องคดีต่อผู้ให้บริการทางการแพทย์เป็นไปได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และประหยัดขึ้น ซึ่งจะก่อให้เกิดผลกระทบในชั้นถัดไป คือทำให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์ ต้องแบกรับความเสี่ยงในการถูกฟ้องร้องมากขึ้น อันจะส่งผลในทางลบต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ ให้บริการทางการแพทย์และผู้รับบริการทางการแพทย์เป็นอย่างมาก ในส่วนของผู้ให้บริการทางการแพทย์ อาจส่งผลให้แพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยในลักษณะที่เป็นการป้องกันตัวเองจากการถูกฟ้องร้อง จึงเพิ่มขึ้นตอนในการรักษาที่เกินจำเป็น ส่งผลให้ทำการรักษาผู้ป่วยได้ในจำนวนที่น้อยลง และผู้ป่วยใช้ ระยะเวลายาวนานมากขึ้นในการเข้ารับบริการ รวมทั้งในส่วนของโรงพยาบาลรัฐที่ต้องรับภาระหนัก จากปริมาณคนไข้ประกอบกับแต่เดิมจำนวนแพทย์ในภาครัฐไม่พอเพียงกับปริมาณประชาชนอยู่แล้ว ปัญหาเหล่านี้ จึงส่งผลผู้ป่วยบางรายได้หันไปรับบริการในโรงพยาบาลเอกชนที่มีค่ารักษาพยาบาลที่ ค่อนข้างสูง ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ป่วยที่มีฐานะเป็นผู้บริโภคจะต้องรับภาระในด้านค่าใช้จ่าย และใน ด้านความสะดวกรวดเร็วในการรักษาพยาบาลที่ลดลง ส่วนผู้ให้บริการทางการแพทย์ จะต้องรับภาระ ในด้านการให้บริการรักษาโรคที่มีความยุ่งยากซับซ้อนขึ้นภายในบริบทของข้อจำกัดของทรัพยากรของ ระบบสาธารณสุขของประเทศไทย รวมทั้งการรับภาระความเสี่ยงในการถูกฟ้องร้องอีกด้วย

### 2.2.3 การดำเนินการพิจารณาคดีผู้บริโภค

ในส่วนของประเทศไทยการพิจารณาคดีแพ่งมีขั้นตอนและกระบวนการที่มี หลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด จึงทำให้มีกรณีที่คู่พิพาทแพ่งคดีเนื่องจาก ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนและกระบวนการ หรือระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้ จึงถือเป็นการแพ่งคดี ทางเทคนิคโดยที่ศาลยังมีได้พิจารณาในเนื้อหาของคดี และผู้ที่ได้รับความเสียหายยังต้องมีภาระการ พิสูจน์ถึงความจงใจ และความประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบธุรกิจที่ทำให้ตนได้รับความเสียหายนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 ทั้งที่ในความเป็นจริงข้อพิพาทเกี่ยวกับสินค้าและบริการนั้นความรู้หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิตจะอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบธุรกิจ<sup>71</sup> ดังนั้น กระบวนการดำเนินคดีผู้บริโภคในศาลยุติธรรมจึงอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติตามประมวล

<sup>71</sup> สุขุม ศุภนิต, คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, หน้า 16.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ที่ถูกออกแบบขึ้นมาสำหรับการดำเนินคดีที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีสถานะที่เท่าเทียมกัน ซึ่งในความเป็นจริงความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคไม่ได้อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน หลักการพิจารณาคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงไม่อาจบรรลุเจตนารมณ์ของการเยียวยาความเสียหายให้กับผู้บริโภค<sup>72</sup> จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเท่าเทียมให้เกิดขึ้นในกระบวนการดำเนินคดีระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ<sup>73</sup>

### 2.2.3.1 หลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา<sup>74</sup>

(1) หลักความสะดวกและประหยัด เป็นหลักการสำคัญเพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรมได้ง่ายขึ้น ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 18<sup>75</sup> ที่กำหนดให้ผู้บริโภคหรือ

<sup>72</sup> ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551, หน้า 4.

<sup>73</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ปัจจุบันระบบเศรษฐกิจมีการขยายตัวอย่างรวดเร็ว และมีการนำความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาใช้ในการผลิตสินค้าและบริการมากขึ้น ในขณะที่ผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ในเรื่องของคุณภาพสินค้าหรือบริการตลอดจนเทคนิคการตลาดของผู้ประกอบการ ทั้งยังขาดอำนาจต่อรองในการเข้าทำสัญญาเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการ ทำให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบอยู่เสมอ นอกจากนี้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น กระบวนการในการเรียกร้องค่าเสียหายต้องใช้เวลาอันยาวนานและสร้างความยุ่งยากให้แก่ผู้บริโภคที่จะต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงต่าง ๆ ซึ่งไม่อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง อีกทั้งต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง ผู้บริโภคจึงตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบจนบางครั้งนำไปสู่การใช้วิธีการที่รุนแรงและก่อให้เกิดการเผชิญหน้าระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับกลุ่มผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมอันส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ สมควรให้มีระบบวิธีพิจารณาคดีที่เอื้อต่อการใช้สิทธิเรียกร้องของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายได้รับการแก้ไขเยียวยาด้วยความรวดเร็ว ประหยัด และมีประสิทธิภาพ อันเป็นการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ขณะเดียวกัน เป็นการส่งเสริมให้ผู้ประกอบการหันมาให้ความสำคัญต่อการพัฒนาคุณภาพของสินค้าและบริการให้ดียิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

<sup>74</sup> ชาญณรงค์ ปราณีจิตต์, คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551, หน้า 5.

<sup>75</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551.มาตรา 18 วรรคแรก ภายใต้อำนาจของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย การยื่นคำฟ้องตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในคดีผู้บริโภคซึ่งดำเนินการโดยผู้บริโภค หรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง แต่ไม่รวมถึงความรับผิดชอบในค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นที่สุด

ผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง หรือมาตรา 20<sup>76</sup> และ 26<sup>77</sup> ที่ให้ โจทก์และจำเลยสามารถยื่นฟ้องหรือให้การด้วยวาจาได้ เป็นต้น

(2) หลักความรวดเร็ว มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการ เยียวยาความเสียหายโดยเร็วและไม่ให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจเกินสมควร ดังปรากฏอยู่ใน มาตรา 24<sup>78</sup> ที่กำหนดให้การนัดพิจารณาครั้งแรกจะต้องกระทำโดยเร็ว และในกรณีที่จำเป็นต้อง สืบพยานจะต้องสืบพยานติดต่อกันไปโดยไม่เลื่อนคดี เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอันไม่อาจก้าวล่วงเสียได้ หรือมาตรา 49<sup>79</sup> ที่บัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นศาลชั้นที่สุด ต้อง ดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว เป็นต้น

(3) หลักไม่เป็นทางการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในคดีผู้บริโภค มีลักษณะ ที่ไม่เคร่งครัดต่อระเบียบพิธีการเหมือนคดีแพ่งทั่วไปเพื่อมิให้อาชนะกันโดยอาศัยเทคนิค ทางกฎหมาย หลักการดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 9<sup>80</sup> ที่ให้อำนาจศาลสั่งให้คู่พิพาททำการแก้ไขข้อ

<sup>76</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 20 วรรคแรก การฟ้องคดีผู้บริโภค โจทก์จะฟ้องด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ ก็ได้ ในกรณีที่โจทก์ประสงค์จะฟ้องด้วยวาจา ให้เจ้าพนักงานคดีจัดให้มีการบันทึกรายละเอียดแห่งคำฟ้องแล้วให้โจทก์ลงลายมือชื่อไว้ เป็นสำคัญ

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 26 วรรคแรก ถ้าคู่ความไม่อาจตกลงกันหรือไม่อาจประนีประนอมยอม ความกันได้ และจำเลยยังไม่ได้ยื่นคำให้การ ให้ศาลจัดให้มีการสอบถามคำให้การของจำเลยโดยจำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือหรือจะ ให้การด้วยวาจาก็ได้ ในกรณีที่ยื่นคำให้การเป็นหนังสือ หากศาลเห็นว่าคำให้การดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาล อาจมีคำสั่งให้จำเลยแก้ไขคำให้การในส่วนนั้นให้ถูกต้องหรือชัดเจนขึ้นก็ได้ ในกรณีให้การด้วยวาจา ให้ศาลจัดให้มีการบันทึกคำให้การ นั้นและให้จำเลยลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

<sup>78</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 24 เมื่อศาลสั่งรับคำฟ้องแล้ว ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็ว และ ออกหมายเรียกจำเลยให้มาศาลตามกำหนดนัดเพื่อการไต่ถามถ้อยคำให้การ และสืบพยานในวันเดียวกัน ทั้งนี้ ให้ศาลส่งสำเนาคำฟ้องหรือ สำเนาบันทึกคำฟ้องให้จำเลย และสั่งให้โจทก์มาศาลในวันนัดพิจารณานั้นด้วย

จำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือก่อนวันนัดพิจารณาดามวรรคหนึ่งก็ได้

<sup>79</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 49 การพิจารณาพิพากษาคดีผู้บริโภคในศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภค หรือศาลอุทธรณ์ภาคแผนกคดีผู้บริโภคต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นโดยเร็ว ทั้งนี้ ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา

ภายใต้บังคับมาตรา 51 คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์แผนกคดีผู้บริโภคและศาลอุทธรณ์ภาคแผนกคดีผู้บริโภคให้เป็นที่สุด

<sup>80</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 9 ในกรณีที่ปรากฏว่ามีข้อผิดระเบียบหรือผิดพลาดในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของคู่ความฝ่ายใด ให้ศาลสั่งให้คู่ความที่ดำเนินกระบวนการพิจารณาผิดระเบียบหรือผิดพลาดนั้นทำการแก้ไขให้ถูกต้องภายใน ระยะเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควรกำหนด เว้นแต่ข้อผิดระเบียบหรือผิดพลาดดังกล่าวเกิดจากความไม่สุจริตของคู่ความฝ่ายนั้น

ผิดระเบียบหรือผิดหลงภายในระยะเวลาและเงื่อนไขที่ศาลเห็นสมควรกำหนดได้ หรือมาตรา 15<sup>81</sup> ที่ศาลอาจมีคำสั่งให้ยื่นหรือขยายระยะเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

(4) หลักสุจริต การใช้สิทธิภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะต้องกระทำด้วยความสุจริตไม่ว่าจะเป็นฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจ หรือฝ่ายผู้บริโภค ดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 12<sup>82</sup> ซึ่งบังคับว่า ในการใช้สิทธิหรือการชำระหนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริต หรือมาตรา 18 วรรคสอง<sup>83</sup> ที่กำหนดสภาพบังคับว่า ถ้าผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคนำคดีมาฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลนั้นชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับยกเว้นก็ได้ หรือมาตรา 41<sup>84</sup> ที่ให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ผู้บริโภคได้นั้นจะต้องคำนึงถึงความสุจริตของผู้บริโภคประกอบด้วยเป็นต้น

<sup>81</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 15 ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้นำมาใช้บังคับ หรือระยะเวลาตามที่ศาลกำหนดไว้ เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความร้องขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายระยะเวลาได้ตามความจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 12 ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 18 วรรคสองถ้าความปรากฏแก่ศาลว่าผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคนำคดีมาฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เรียกร้องค่าเสียหายเกินสมควร ประพฤติตนไม่เรียบร้อย ดำเนินกระบวนการอันมีลักษณะเป็นการประวิงคดีหรือไม่จำเป็น หรือมีพฤติการณ์อื่นที่ศาลเห็นสมควร ศาลอาจมีคำสั่งให้บุคคลนั้นชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับยกเว้นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนต่อศาลภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรกำหนดก็ได้ หากไม่ปฏิบัติตาม ให้ศาลมีอำนาจสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 41 วรรคแรก ในคดีที่ผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคเป็นโจทก์ฟ้องขอให้ผู้ประกอบการธุรกิจรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องของสินค้า หากศาลเชื่อว่าความชำรุดบกพร่องดังกล่าวมีอยู่ในขณะส่งมอบสินค้านั้นและไม่อาจแก้ไขให้กลับคืนสภาพที่ใช้งานได้ตามปกติหรือถึงแม้จะแก้ไขแล้วแต่หากนำไปใช้บริโภคแล้วอาจเกิดอันตรายแก่ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัยของผู้บริโภคที่ใช้สินค้านั้น ให้ศาลมีอำนาจพิพากษาให้ผู้ประกอบการธุรกิจเปลี่ยนสินค้าใหม่ให้แก่ผู้บริโภคแทนการแก้ไขซ่อมแซมสินค้าที่ชำรุดบกพร่องนั้นก็ได้ ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงลักษณะของสินค้าที่อาจเปลี่ยนทดแทนกันได้ พฤติการณ์ของผู้ประกอบการธุรกิจ ตลอดจนความสุจริตของผู้บริโภคประกอบด้วย และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้บริโภคได้รับประโยชน์จากการใช้สินค้าหรือได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สินค้านั้น ให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้บริโภคชดใช้ค่าใช้จ่ายหรือค่าเสียหาย แล้วแต่กรณี ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจนั้นได้ตามที่เห็นสมควร

### 2.2.3.2 ระบบไต่สวนกับวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค

เพื่อให้วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคเป็นไปอย่างรวดเร็ว และเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาอย่างทันที่สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จึงได้มีการกำหนดให้ศาลใช้ระบบไต่สวน ในการสืบพยานหลักฐาน ซึ่งจะเห็นว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ศาลมีบทบาทในการค้นหาความจริงอย่างกว้างขวาง โดยสามารถจำแนกบทบาทของศาลในการใช้วิธีค้นหาความจริงแบบระบบไต่สวนสำหรับคดีผู้บริโภคได้ดังนี้

(1) บทบาทของศาลในการให้ถือข้อเท็จจริงตามคดีก่อนโดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐาน

มาตรา 30<sup>85</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กำหนดให้ศาลในคดีหลังมีอำนาจสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงที่พิพาทเป็นอันยุติเช่นเดียวกับคดีก่อนโดยไม่ต้องมีการนำสืบพยานหลักฐานเพื่อให้ทุกคดีฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกัน อันเป็นหลักการที่แตกต่างจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 155 ที่วางหลักให้ถือข้อเท็จจริงตามคดีก่อน ซึ่งเป็นดุลพินิจของศาลตามที่เห็นสมควร แต่แม้ศาลจะมีคำสั่งให้ถือข้อเท็จจริงตามคดีก่อนแล้วก็ตามก็อาจมีการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมได้ โดยศาลเห็นสมควรเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองหรือคู่พิพาทได้รับอนุญาตจากศาล ถ้ามีเหตุที่ข้อเท็จจริงในคดีก่อนไม่เพียงพอต่อการวินิจฉัยคดี หรือเพื่อให้โอกาสแก่คู่พิพาทที่เสียเปรียบต่อคู่คดี จะเห็นว่าบทบัญญัตินี้เป็นบทบัญญัติที่ให้ศาลมีดุลพินิจในการที่จะสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมหรือไม่ อันถือเป็นบทบาทของผู้พิพากษาในระบบไต่สวน

(2) บทบาทของศาลในการเรียกพยานสืบเองได้ตามสมควร

<sup>85</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 30 ถ้าภายหลังที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีผู้บริโภคแล้ว ปรากฏว่ามี การฟ้องผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันเป็นคดีผู้บริโภคอีกโดยข้อเท็จจริงที่พิพาทเป็นอย่างเดียวกับคดีก่อนและศาลในคดีก่อนได้วินิจฉัยไว้ แล้ว ศาลในคดีหลังอาจมีคำสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้นเป็นอันยุติเช่นเดียวกับคดีก่อนโดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐาน เว้นแต่ศาล เห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีก่อนนั้นยังไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี หรือเพื่อให้โอกาสแก่คู่ความที่เสียเปรียบต่อคู่คดี ศาลมีอำนาจเรียก พยานหลักฐานมาสืบเองหรืออนุญาตให้คู่ความนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควรก็ได้

มาตรา 33<sup>86</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

กำหนดให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม โดยให้ถือเป็นดุลยพินิจของศาล ในการนี้ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานคดีตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นแล้วรายงานให้ศาลทราบ รวมทั้งศาลมีอำนาจเรียกสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หน่วยงานหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูลหรือให้จัดส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้ พยานหลักฐานดังกล่าวจะต้องแจ้งให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบและไม่ตัดสิทธิคู่พิพาทในอันที่จะโต้แย้งพยานหลักฐาน

โดยในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นเพื่อให้ได้ความชัดเจนในข้อเท็จจริงแห่งคดี และมอบหมายให้เจ้าพนักงานคดีดำเนินการเพื่อให้มีการตรวจสอบพยานหลักฐานอันเป็นประเด็นแห่งคดี อาจเป็นพยานหลักฐานที่คู่พิพาทอ้างหรือศาลเห็นว่าจำเป็นต้องนำมาสืบก็ได้ เช่น ให้ตรวจสอบกระบวนการผลิตสินค้าหรือบริการ การตรวจพิสูจน์สินค้าหรือความเสียหายอันเกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ การตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน หนี้สิน ทุนจดทะเบียน รายได้ ชื่อหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือกรรมการของผู้ประกอบธุรกิจ หรือเรียกให้หน่วยงานหรือบุคคลใดให้ข้อมูลหรือจัดส่งพยานหลักฐาน หรือตรวจสอบข้อเท็จจริงอื่นใดเพื่อประโยชน์แก่การพิจารณาพิพากษาคดี จะเห็นว่าในคดีผู้บริโภคนั้น “เจ้าพนักงานคดี” จะมีบทบาทอย่างมากในการช่วยเหลือศาลในการค้นหาความจริงและรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ แม้จะมีใช้พยานหลักฐานที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายอ้างและอาจมิใช่ข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในคำคู่พิพาทเลยก็ได้ แต่เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยคดี ทั้งนี้จะต้องเป็นกรณีที่ศาลมอบหมายให้ทำ และจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งที่ได้รับมอบหมายเท่านั้น

### (3) บทบาทของศาลในการซักถามพยาน

<sup>86</sup>พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 33 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะให้ความกระจ่างชัดในข้อเท็จจริงแห่งคดี ให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร ในการนี้ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานคดีตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นแล้วรายงานให้ศาลทราบ รวมทั้งมีอำนาจเรียกสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูล หรือให้จัดส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

พยานหลักฐานที่ได้มาตามวรรคหนึ่งต้องแจ้งคู่ความทุกฝ่ายทราบและไม่ตัดสิทธิคู่ความในอันที่จะโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าว

มาตรา 34<sup>87</sup> แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.

2551 วางหลักให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยานบุคคลที่จะเบิกความ ทั้งนี้เพราะความมุ่งหมายที่ว่าในคดีที่ผู้บริโภคเป็นผู้เสียหายนั้นหากศาลเป็นผู้ซักถามพยานด้วยตนเองจะทำให้ได้ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องและมี ทำให้คู่พิพาทที่ไม่มีทนายความต้องเสียเปรียบในการซักถามพยานบุคคลที่มาเบิกความ โดยให้ศาลซักถามพยานก่อนไม่ว่าพยานนั้นจะเป็นพยานที่คู่พิพาทอ้างหรือที่ศาลเรียกมาเอง คู่พิพาทจะต้องซักถามเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ซึ่งคู่พิพาทหรือทนายความจะมีสิทธิแต่เพียงซักถามพยานเพิ่มเติมเท่านั้น ไม่มีการถามค้าน หรือถามดิงอย่างคดีแพ่งทั่วไป จะเห็นว่าบทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติให้อำนาจศาลอย่างเต็มที่ในการให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยานเพื่อค้นหาความจริงด้วยตนเอง อันเป็นบทบาทของผู้พิพากษาในระบบไต่สวนอย่างชัดแจ้ง อย่างไรก็ตามในวรรคสองของมาตรา 34 กำหนดให้ศาลมีอำนาจซักถามข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีนอกเหนือจากการซักถามพยานตามมาตรา 34 วรรคหนึ่ง โดยมาตรา 34 วรรคสอง นี้ให้อำนาจศาลในการซักถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีได้แม้จะไม่มีคู่พิพาทฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม เช่น ศาลอาจซักถามถึงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับผลกำไรที่ผู้ประกอบการธุรกิจได้รับจากการประกอบกิจการที่ถูกฟ้องร้องเพื่อประโยชน์ในการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ เป็นต้น ทั้งนี้เป็นการทำให้ศาลมีบทบาทในการให้ความเป็นธรรมแก่คู่พิพาทได้มากขึ้น เนื่องจากคู่พิพาทมีข้อจำกัดที่จะต้องซักถามพยานถึงข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นพิพาทในคดีโดยตรงที่เกิดจากคำฟ้องและคำให้การเท่านั้น

(4) บทบาทของศาลในการขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิ หรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี

<sup>87</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 34 ในการสืบพยานไม่ว่าจะเป็นพยานที่คู่ความฝ่ายใดอ้างหรือที่ศาลเรียกมาเอง ให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยาน คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล

ให้ศาลมีอำนาจซักถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีแม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม



มาตรา 36<sup>88</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551

ได้กำหนดบทบาทของศาลไว้โดยเฉพาะในการขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดี แต่ทั้งนี้ต้องให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบและให้โอกาสคู่พิพาทตามสมควรในอันที่จะเรียกผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตนมาให้ความเห็นแย้งหรือเพิ่มเติมความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว

ทั้งนี้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมีหน้าที่มาให้ความเห็นต่อศาล มิใช่มาเบิกความเพื่อให้คู่พิพาทซักถามดังเช่นพยานอื่นทั่ว ๆ ไป ดังนั้น ศาลจะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คู่พิพาทซักถามผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญก็ได้

(5) บทบาทของศาลในการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมภายหลังเสร็จสิ้นการพิจารณา

มาตรา 37<sup>89</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจศาลในการค้นหาความจริงโดยตราบไต่ที่ศาลยังมีได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง หากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ให้ศาลทำการสืบพยานต่อไปได้ อารวมทั้งการเรียกพยานหลักฐานที่สืบไปแล้วมาสืบใหม่ โดยไม่ต้องมีคู่พิพาทฝ่ายใดร้องขอ อันถือเป็นบทบาทค้นหาความจริงของผู้พิพากษาในเชิงรุก อย่างไรก็ตามบทบัญญัตินี้ใช้แก่คู่พิพาทในคดีทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจ ดังนั้นศาลจะต้องพิจารณาถึงประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายและความสุจริตในการดำเนินคดีประกอบดุลพินิจดังกล่าว

<sup>88</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ศาลอาจขอให้ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีได้ แต่ต้องให้คู่ความทุกฝ่ายทราบและให้โอกาสคู่ความตามสมควรในอันที่จะขอให้เรียกผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญฝ่ายตนมาให้ความเห็นโต้แย้งหรือเพิ่มเติมความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญดังกล่าว

ผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้เชี่ยวชาญที่ศาลขอให้มาให้ความเห็นมีสิทธิได้รับค่าป่วยการ ค่าพาหนะเดินทาง และค่าเช่าที่พักตามระเบียบที่กำหนดโดยคณะกรรมการบริหารศาลยุติธรรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการศาลยุติธรรม

<sup>89</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 37 เมื่อได้สืบพยานหลักฐานตามที่จำเป็นและคู่ความได้แถลงการณ์ ถ้าหากมีเสร็จแล้ว ให้ถือว่ากรณีการพิจารณาเป็นอันสิ้นสุดและให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยเร็ว แต่ตราบไต่ที่ยังมิได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง หากศาลเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่จะต้องนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ให้ศาลทำการสืบพยานหลักฐานต่อไปได้ ซึ่งอารวมทั้งการเรียกพยานที่สืบแล้วมาสืบใหม่ด้วย โดยไม่ต้องมีฝ่ายใดร้องขอ

### 2.2.3.3 ภาระการพิสูจน์

กฎหมายวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภคของไทยฉบับปัจจุบันเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบเมื่อพิจารณาตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 กำหนดว่า “ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่พิพาทฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับคู่พิพาทฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว ถือเป็นภาระยกเว้นหลักการนำสืบโดยทั่วไป ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นนำสืบ” ตามมาตรา 84/1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ในคดีผู้บริโภค โดยปกติแล้วภาระการพิสูจน์ในคดีแพ่งทั่วไปนั้นเป็นไปตามหลักที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นมีภาระการพิสูจน์ เว้นแต่มีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมาย หรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์ที่เป็นคุณแก่คู่พิพาทฝ่ายใดคู่พิพาทฝ่ายนั้นพิสูจน์แต่เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานครบถ้วนแล้ว ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 84/1 ซึ่งมีการแก้ไขล่าสุดโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในคดีผู้บริโภคนั้นยังคงเป็นไปตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 84/1 แต่มีบางประเด็นที่มีการผลักภาระการพิสูจน์ให้กับผู้ประกอบการ เนื่องจากข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นของผู้ประกอบธุรกิจ มาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า “ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่พิพาทฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับคู่พิพาทฝ่ายที่ เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น” สาเหตุที่กฎหมายผลักภาระการพิสูจน์ให้กับผู้ประกอบการ เพราะเป็นการยากที่ผู้บริโภคซึ่งมิใช่ผู้ประกอบการ จะรู้ถึงรายละเอียดดังกล่าวและเห็นว่าข้อเท็จจริงนั้น คนที่รู้ดีที่สุด คือผู้ประกอบการเมื่อมีการผลัก

ภาระให้กับผู้ประกอบการก็จะได้ข้อเท็จจริงที่ตรงกับความจริงที่สุด ทำให้การตัดสินใจถูกต้องมากขึ้น

ประเด็นข้อพิพาทที่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว โดยเมื่อผู้บริโภคฟ้องคดีของตนต่อศาลและเป็นฝ่ายกล่าวอ้างข้อเท็จจริงว่าสินค้าและบริการไม่มีคุณภาพตามที่ได้โฆษณาไว้ ผลจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ที่บัญญัติให้คู่พิพาทฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อเท็จจริงใดมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นให้เป็นที่ไปตามที่ตนกล่าวอ้างอันเป็นหลักกฎหมายพยานหลักฐานที่ว่าผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้นั้นมีหน้าที่นำสืบ (ภาระการพิสูจน์) ผู้บริโภคดังกล่าวจึงต้องมีภาระการพิสูจน์ว่าการผลิตสินค้า ส่วนผสมสินค้า หรือการให้บริการได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อตนอย่างไร ทั้งที่ส่วนผสมของสินค้า และบริการมิได้อยู่ในความรู้เห็นของตนเอง เนื่องจากพยานหลักฐานที่ต้องใช้ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงดังกล่าวจะอยู่ที่ความรู้เห็นและความชำนาญของผู้ประกอบการ ที่ผู้บริโภคไม่สามารถเข้าถึงหรือยากแก่การทำความเข้าใจได้ เหล่านี้ทำให้คดีที่ผู้บริโภคได้รับความเสียหายไม่ได้รับการเยียวยาอย่างเที่ยงธรรม จึงนำไปสู่การตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551

เช่นเดียวกับการพิจารณาความรับผิดชอบละเมิดของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ การที่ผู้ป่วยจะฟ้องแพทย์หรือผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขในกรณีละเมิดจากความประมาทเลินเล่อ นั้น เป็นเรื่องยากที่ผู้ป่วยซึ่งได้รับความเสียหายที่เป็นฝ่ายโจทก์จะหาพยานเพื่อนำมาพิสูจน์ความประมาทของแพทย์ได้ โดยเฉพาะการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามหลักภาระการพิสูจน์<sup>90</sup> ในหลักทางแพ่งทั่วไปในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ซึ่งภาระการพิสูจน์ในการดำเนินคดีถือเป็นสิ่งสำคัญ เพราะฝ่ายใดจะชนะคดีขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานที่นำมาสืบ เนื่องจากผู้บริโภคส่วนใหญ่ไม่สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้ เป็นอุปสรรคสำคัญต่อการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหาย<sup>91</sup>

<sup>90</sup> ธนภฤต วรนิชชากุล, “การพิสูจน์ความรับผิดของแพทย์จากการกระทำความประมาทเลินเล่อ,” วารสารจลนนิติ (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559): 42.

<sup>91</sup> เรื่องเดียวกัน.

สำหรับประเทศไทยพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.

2551 กำหนดไว้ในมาตรา 29 ให้มีการผลักระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดที่อยู่ในความรูู้เห็นโดยเฉพาะของคู่พิพาทฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้การะการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นตกอยู่กับคู่พิพาทที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ และศาลยุติธรรมได้วางแนวการวินิจฉัยไว้แล้วว่า คดีแพ่งที่พิพาทระหว่างผู้ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล กับผู้ประกอบกิจการโรงพยาบาล ทั้งโรงพยาบาลของรัฐและโรงพยาบาลเอกชน เป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งจะต้องนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับ ดังนั้น ข้อเท็จจริงในเรื่องกระบวนการ ขั้นตอน วิธีการ มาตรฐาน ในการรักษาผู้ป่วย ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรูู้เห็นโดยเฉพาะของแพทย์ (Exclusive knowledge) ผู้ป่วยไม่อาจรูู้เห็นข้อเท็จจริงเหล่านี้ได้ การะการพิสูจน์ว่าแพทย์ทำการรักษาผู้ป่วยโดยประมาทหรือไม่ จึงตกอยู่กับแพทย์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ตามหลัก Res Ipsa Loquitur และสอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 ส่วนท้ายว่า ถ้ามีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่พิพาทฝ่ายใด คู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว และก่อนที่จะมีการบัญญัติเรื่องข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงไว้ในมาตรา 84/1 จึงทำให้ฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นแพทย์ที่ได้กระทำประมาทเลินเล่อรับการะการพิสูจน์ที่จะนำมาใช้ในการพิสูจน์ความรับผิดชอบของแพทย์มีดังต่อไปนี้<sup>92</sup>

- (1) ความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดจากเครื่องมือ และการให้บริการรักษาทางการแพทย์นั้น ๆ อยู่ภายใต้การดูแลจัดการของฝ่ายจำเลยหรือโรงพยาบาล
- (2) สาเหตุของการเกิดอันตรายหรือผลร้ายที่อ้างนั้น โดยปกติธรรมดาถ้าไม่มีความประมาทเลินเล่อเกิดขึ้น จะไม่เกิดผลดังกล่าวขึ้น
- (3) อันตรายที่เกิดขึ้น โจทก์หรือผู้เสียหายไม่มีส่วนเกี่ยวข้องที่ทำให้เกิดอันตรายนั้นเกิดขึ้นได้”

<sup>92</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 43.

ดังนั้น ถ้าความเสียหายต่อโจทก์เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว โจทก์ก็ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงความประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด แต่จำเลยต้องมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ว่าตนมิได้ประมาท ถ้าพิสูจน์ไม่ได้ก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั่นเอง

จากการพิจารณาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคข้างต้น ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคในมุมมองของผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองสิทธิเป็นอย่างมาก แต่ในมุมมองของผู้ผลิตและขายสินค้า หรือผู้ให้บริการซึ่งรวมทั้งบริการด้านสุขภาพกลับเป็นผู้ที่ได้รับผลกระทบและรับภาระมากขึ้นเพราะบริการด้านสุขภาพมีลักษณะที่แตกต่างจากบริการด้านอื่น เพราะมีปัจจัยหลายอย่างที่ควบคุมไม่ได้ เช่น การให้ยารักษาผู้ป่วยติดเชื้อที่วินิจฉัยโรคแบบเดียวกันให้ยาอย่างเดียวกันในผู้ป่วย 2 คน อาจเกิดผลลัพธ์ที่แตกต่างกัน กล่าวคือ คนหนึ่งอาจหายอีกคนหนึ่งอาจตาย เนื่องจากแพ้ยา หรือคนหนึ่งอาจหายเร็ว คนหนึ่งอาจหายช้า เพราะร่างกายตอบสนองไม่เหมือนกัน หรือคนหนึ่งอาจหายอีกคนอาจไม่หายเพราะเชื้อดื้อยา จะบอกว่ารักษาผิดก็ไม่ใช่ แต่เมื่อเกิดความเสียหายจากการรักษาของแพทย์ที่เกิดขึ้นโดยประมาทเลินเล่อกลับถูกฟ้องเป็นคดีผู้บริโภคได้ง่าย และรวดเร็ว จนคดีฟ้องมากขึ้น ความทุกข์และความเครียดของทั้งแพทย์และผู้ป่วยจะมากขึ้น ผู้วิจัยจึงได้เสนอแนวความคิดให้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเสียก่อน เพื่อให้คู่พิพาทและผู้ป่วยหาข้อยุติข้อพิพาทด้วยหลักสมานฉันท์และสันติวิธี โดยวิธีการที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัดเวลา ค่าใช้จ่าย และเป็นธรรมแก่ทุกฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดแพ้ฝ่ายใดชนะ ช่วยลดปริมาณคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาล และเป็นการแบ่งเบาภาระคดีของศาลอีกทางหนึ่ง

## 2.3 แนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการรับบริการทางการแพทย์

ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทในประเทศไทยแบ่งเป็น 2 ประเภท ได้แก่

ประเภทแรก วิธีการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับ (Compulsory Dispute Resolution) โดยวิธีการลักษณะนี้เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือวิธีการฟ้องคดีต่อศาล (Litigation)<sup>93</sup> ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดถูกโต้แย้งสิทธิจึงต้องนำข้อพิพาทฟ้องเป็นคดี ซึ่งศาลจะดำเนินกระบวนการพิจารณาตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายให้ไว้ เช่น มาตรา 55 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อขอให้ศาลพิจารณา และตัดสินข้อพิพาทว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบหรือไม่อย่างไร เหตุที่ถือว่ากระบวนการฟ้องร้องต่อศาลเป็นกระบวนการบังคับเนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น คู่พิพาทที่อ้างว่าตนมีสิทธิเรียกร้องต่ออีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้ทันทีโดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาทอีกฝ่าย แม้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่พิพาทอีกฝ่ายจะไม่เข้าร่วมดำเนินการใดก็ตาม แต่การไม่เข้าร่วมดำเนินการนั้นจะมีผลทำให้คู่พิพาทนั้นต้องเสียสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามไป ซึ่งอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นแพ้คดีได้จึงเป็นปัจจัยในการบังคับให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อรักษาสิทธิของตนเอง และเมื่อศาลมีคำพิพากษาอย่างหนึ่งอย่างใด จะมีกระบวนการที่จะบังคับการให้เกิดผลตามคำพิพากษาของศาลด้วย ศาลจึงเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาทที่มีมาตรฐาน เนื่องจากการกำหนดวิธีพิจารณาได้อย่างชัดเจน และคดีจะถูกตัดสินโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพที่มีความเป็นกลาง ศาลจึงเป็นองค์กรหลักในการระงับข้อพิพาทที่ทุกสังคมให้การยอมรับ มาอย่างยาวนาน นอกจากการกำหนดมาตรฐานกระบวนการพิจารณาเพื่อการบริหารกระบวนการยุติธรรมในระบบศาลแล้ว ในระบบศาลยังกำหนดให้มีการถ่วงดุลและตรวจสอบการใช้อำนาจระหว่างศาลเดียวกันโดยระบบชั้นศาล กล่าวคือเมื่อคู่พิพาทไม่พอใจคำพิพากษาของศาลชั้นต้นก็สามารถที่จะยื่นอุทธรณ์ หรือฎีกาต่อศาลสูงได้ตามลำดับชั้นศาล และตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมแก่คู่พิพาท แต่วิธีดำเนินการโดยศาลนั้นมีกฎเกณฑ์ขั้นตอนที่ต้องปฏิบัติและมีขั้นตอนที่ซับซ้อนมาก ต้องใช้เวลาในการดำเนินการที่ยาวนาน และสิ้นเปลืองค่าใช้จ่าย ส่งผลให้การป้องกันและแก้ไขปัญหาข้อพิพาทในสังคมไม่อาจเยียวยาคู่พิพาทได้ แต่กลับยิ่งสร้างความขัดแย้งให้มามาก และส่งผลทำให้ข้อพิพาทต่าง ๆ

<sup>93</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: บริษัทธนาเพรส จำกัด, 2550), หน้า 26.

หลังไหลเข้าสู่กระบวนการฟ้องคดีต่อศาลเป็นจำนวนมาก<sup>94</sup>และในส่วนความรับผิดชอบทางการแพทย์ กระบวนการระงับข้อพิพาทประเภทนี้ได้นำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ดังที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 2.2

ประเภทที่สอง วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก เป็นวิธีการที่คู่พิพาทสามารถเลือกที่จะเข้าร่วมในกระบวนการหรือไม่ก็ได้และการที่คู่พิพาทเลือกที่จะไม่ใช้วิธีการทางเลือกจะไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อคู่พิพาทแต่อย่างใด วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คู่พิพาทสามารถนำไปใช้ได้มีหลายวิธี เช่น การเจรจาต่อรอง (Negotiation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) เป็นต้น แต่เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้ววิธีการเหล่านี้จะมีลักษณะบางประการร่วมกัน ดังนี้ การเข้าร่วมเป็นไปโดยสมัครใจ คู่พิพาทมีอิสระที่จะเลือกใช้วิธีการเหล่านี้ในการระงับข้อพิพาทของตนหรือไม่ก็ได้<sup>95</sup> การจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงจำเป็นต้องอาศัย “ความสมัครใจ หรือความยินยอม (Consent)” ของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่สมัครใจ หรือยินยอมที่จะให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกแล้วก็จะไม่สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาทเหล่านี้ให้มีผลผูกพันคู่พิพาทที่ไม่ได้สมัครใจหรือยินยอมได้ คู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาทสามารถเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการได้โดยตรง คู่พิพาทมีทางเลือกที่จะถอนตัวจากกระบวนการและหันไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบบังคับได้เสมอ (ยกเว้นกรณีอนุญาโตตุลาการ) คนกลางจะไม่มีอำนาจกำหนดผลที่จะสามารถนำไปบังคับคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใด (ยกเว้นกรณีอนุญาโตตุลาการ) โดยคนกลางจะเพียงแต่ช่วยคู่พิพาทในการหาวิธีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น<sup>96</sup>

<sup>94</sup> ณัฐนันท์ คุณเงิน และคณะ, กฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด, 2560), หน้า 3-4.

<sup>95</sup> อนันต์ จันทโรภาส, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 2.

<sup>96</sup> สรวิต ลิ้มปรางษ์, ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, หน้า 28.

### 2.3.1 แนวคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย

การระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยมีตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530 กฎหมายไทย ได้มีแนวโน้มให้ความสำคัญกับการพัฒนาทางเลือกต่าง ๆ ในการระงับข้อพิพาทมากขึ้น เช่น การตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 และได้แก้ไขปรับปรุงโดยใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บังคับใช้แทน มีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการขึ้นที่กระทรวงยุติธรรม เมื่อมีการแยกศาลออกจากสำนักงานศาลยุติธรรม สถาบันอนุญาโตตุลาการก็มาเป็นส่วนหนึ่งของสำนักกระงับข้อพิพาทของสำนักงานยุติธรรม ซึ่งไม่เพียงแต่ให้บริการในเรื่องของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ยังให้บริการในเรื่องของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นเป็นการเฉพาะ นอกจากนี้เมื่อมีการฟ้องคดีเข้ามาในศาลแล้ว ศาลยุติธรรมยังมีนโยบายที่ส่งเสริมให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนในลักษณะที่เป็น Court-Annexed Program โดยมีความคาดหวังว่า เมื่อมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วคู่พิพาทจะตกลงกันได้ ซึ่งมีผลทำให้คดีออกไปจากศาลได้รวดเร็วขึ้น<sup>97</sup>

ในการบริหารกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพ ศาลจึงต้องพยายามแสวงหาเครื่องมือ และกลไกขึ้นมาเพื่อระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมในปัจจุบันที่ต้องการความรวดเร็วและเป็นธรรม บรรลุวัตถุประสงค์ในอันที่จะคุ้มครองสังคมให้มีความสงบกระบวนการยุติธรรมในปัจจุบันจึงมีวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น ๆ นอกจากวิธีการทางศาล (Outside of the courtroom) โดยเรียกว่า วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution: ADR) ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการที่มีลักษณะกึ่งศาล และวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในกระบวนการ คือ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการประนีประนอมข้อพิพาท ซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ และสามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกจึงกระทำได้หลายวิธีการ วิธีการระงับข้อพิพาทแบบใดจะดีหรือไม่ดีกว่าอีกแบบหนึ่งอาจจะเป็นปัญหาที่ตัดสินได้ยากเนื่องจาก

<sup>97</sup> ศาลยุติธรรม, “แผนยุทธศาสตร์ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2561 – 2564” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/file/get/file/201901315b7e7041ba828faadd269e1b37e36c86104421.pdf>.



แต่ละวิธีการต่างก็มีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันออกไป วิธีการใดจะเหมาะกับข้อพิพาทได้นั้นนอกจากจะขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วยังอาจต้องคำนึงถึงตัวคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากการระงับข้อพิพาททางเลือกส่วนใหญ่จำเป็นต้องอาศัยความร่วมมือ และการมีส่วนร่วมของคู่พิพาทไม่มากนักน้อย ดังนั้น คู่พิพาทจึงมีส่วนสำคัญที่จะทำให้วิธีการระงับข้อพิพาทนั้นประสบความสำเร็จหรือล้มเหลว<sup>98</sup>

### 2.3.2 ประเภทการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย

การระงับข้อพิพาทนอกศาล เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่ง หมายถึง การดำเนินการจัดการยุติข้อพิพาทโดยใช้วิธีการอื่นนอกจากศาล การระงับข้อพิพาททางเลือกมีวิธีการต่าง ๆ เช่น การประเมินความขัดแย้ง (Conflict Assessment) การประสานความขัดแย้ง (Facilitation) การเจรจา (Negotiation) การประนอมข้อพิพาท (Conciliation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) การหารือเชิงนโยบาย (Policy Dialogues) การประเมินเบื้องต้นโดยคนกลาง (Early Neutral Evaluation) การสืบพยานโดยย่อ (Minitrial) การค้นหาความจริง (Fact Finding) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)<sup>99</sup> แสดงให้เห็นว่าการระงับข้อพิพาททางเลือกมีได้หลากหลายวิธี แต่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยที่ได้รับความนิยม และนำมาปรับใช้ในความรับผิดชอบทางการแพทย์ โดยจะทำการศึกษาตามลำดับ ดังต่อไปนี้ วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีอื่น วิธีการต่อมาการอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่มีลักษณะคนกลางทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดีซึ่งมีลักษณะกึ่งตุลาการ และกรณีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คู่พิพาทเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการจนนำไปสู่ข้อตกลง ได้แก่ การเจรจา (Negotiation) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

<sup>98</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>99</sup> สรวิต ลิ้มปรางค์, ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, หน้า 37.

### 2.3.2.1 กองทุนเยียวยาความเสียหายทางการแพทย์ (Compensation Systems)

เป็นระบบชดเชยความเสียหายจากการใช้บริการทางการแพทย์ที่ประเทศไทยเริ่มสร้างระบบการชดเชยความเสียหายในพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 เหตุผลที่จัดทำระบบการชดเชยแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขเนื่องจากเหตุผลดังนี้<sup>100</sup>

1. ความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขมีเพิ่มมากขึ้นทั้งที่หลีกเลี่ยงได้ (avoidable) และหลีกเลี่ยงไม่ได้ (unavoidable)<sup>101</sup>

2. การขาดกลไกช่วยเหลือผู้เสียหายให้ได้รับการชดเชยอย่างเป็นธรรม และมีประสิทธิภาพ

2.1 การช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41 ของ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2545 เน้นการช่วยเหลือเพื่อบรรเทาความเดือดร้อนเบื้องต้น โดยปัจจุบันวงเงินช่วยเหลือสูงสุดเท่ากับ 200,000 บาท (กรณีเสียชีวิตหรือทุพพลภาพถาวร)

2.2 การเรียกร้องค่าเสียหายตาม พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 สำหรับความเสียหายที่เกิดจากสถานพยาบาลของรัฐ

<sup>100</sup> พระราชบัญญัติ หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติให้ชนชาวไทยย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการสาธารณสุขที่ได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายบัญญัติ และการให้บริการสาธารณสุขของรัฐต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชนมีส่วนร่วมเท่าที่จะกระทำได้ และมาตรา 82 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้รัฐต้องจัดและส่งเสริมการสาธารณสุขให้ประชาชนได้รับบริการที่ได้มาตรฐานและมีประสิทธิภาพอย่างทั่วถึง ด้วยเหตุนี้จึงต้องจัดระบบการให้บริการสาธารณสุขที่จำเป็นต่อสุขภาพและการดำรงชีวิตให้มีการรักษาพยาบาลที่มีมาตรฐาน โดยมีองค์กรกำกับดูแลซึ่งจะดำเนินการโดยการมีส่วนร่วมกันระหว่างภาครัฐและภาคประชาชน เพื่อจัดการให้มีระบบการรักษาพยาบาลที่มีประสิทธิภาพทั้งประเทศ และให้ประชาชนชาวไทยมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานด้วยกันทุกคน นอกจากนี้เนื่องจากในปัจจุบันระบบการให้ความช่วยเหลือในด้านการรักษาพยาบาลได้มีอยู่หลายระบบ ทำให้มีการเบิกจ่ายเงินซ้ำซ้อนกัน จึงสมควรนำระบบการช่วยเหลือดังกล่าวมาจัดการรวมกันเพื่อลดค่าใช้จ่าย ในภาพรวมในด้านสาธารณสุขไม่เกิดการซ้ำซ้อนดังกล่าว และจัดระบบใหม่ให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

<sup>101</sup> สลิลลา สิงห์พันธ์, “การช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้รับบริการ ตามมาตรา 41,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://www.nhso.go.th/ARCHIVES/section5/detail5.aspx>.

2.3 การฟ้องร้องค่าเสียหายผ่านกลไกทางศาลยุติธรรมที่พิจารณาคดีแพ่งซึ่งมีจุดแข็งคือ เป็นหลักประกันความเป็นธรรมสำหรับประชาชน จุดอ่อนคือ การพิจารณาใช้เวลานาน มีค่าใช้จ่ายมาก และจ่ายชดเชยเฉพาะกรณีที่พบว่าเป็นความผิดพลาดของผู้ให้บริการเท่านั้น

**(ก) หลักการสำคัญของระบบชดเชย ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545**

(ก.1) ชดเชยความเสียหายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดและหาคนผิด

หลักการที่เป็นหัวใจของระบบนี้ คือ การช่วยเหลือเยียวยาผู้เสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข โดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดและใครเป็นคนผิด (No fault liability compensation) เป็นระบบที่มุ่ง “ชดเชยความเสียหาย” ไม่ใช่มุ่งหาตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ<sup>102</sup>

(ก.2) ชดเชยอย่างรวดเร็วเพื่อช่วยเหลือเยียวยาอย่างทัน่วงที

(ก.3) ชดเชยอย่างเป็นธรรมเพื่อจูงใจให้ใช้กลไกนี้แทนการฟ้องร้องต่อศาล

(ก.4) มุ่งแก้ไข้ปัญหาและป้องกันการเกิดปัญหาในระยะยาว

ระบบนี้มุ่งเน้นแก้ไข้ปัญหาไม่ใช่แก้ช้อกล่าวหา (fixing problem rather than fixing blame) โดยมองและวิเคราะห์ปัญหาเชิงระบบมิใช่ปัญหาเชิงบุคคล ค้นหาว่าระบบมีปัญหอะไร ไม่ใช่ค้นหาว่าใครเป็นนทำให้เกิดความผิดพลาดเสียหายขึ้น จึงเป็นระบบที่เปลี่ยนจากวัฒนธรรมการกล่าวโทษ (culture of blame) ไปสู่วัฒนธรรมการสร้างความปลอดภัย (culture of safety)<sup>103</sup>

<sup>102</sup> ลือชัย ศรีเงินยวง, นฤพงศ์ ภัคดี, จิราพร ชมศรี, จเร วิษาไทย, ประสบการณ์ต่างแดน: ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วันดีคืนดี, 2553), หน้า 1.

<sup>103</sup> สลิลลา สิงห์พันธ์, “การช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้รับบริการ ตามมาตรา 41,” [ออนไลน์].

(ข) หลักการชดใช้ความเสียหายอันเกิดจากบริการทางการแพทย์จาก  
พระราชบัญญัติประกันสุขภาพ พ.ศ.2545 การจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41

ตามมาตรา 41 จะมีการให้คณะกรรมการกันเงินไว้ไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการ เพื่อกันไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล และจะมีการจ่ายเงินตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กรรมการกำหนดเจตนารมณ์ของ มาตรา 41 เป็นมาตรการทางศีลธรรมเพราะไม่ต้องพิสูจน์ถูกผิด<sup>104</sup> เป็นมาตรการบรรเทาความเดือดร้อน เน้นความรวดเร็ว ลดความขัดแย้ง แบบ Win-Win

(ข.1) เนื้อหาสาระสำคัญของมาตรา 41

บทบัญญัติของมาตรา 41 มุ่งเพื่อช่วยเหลือให้ผู้รับบริการได้รับค่าเสียหายจากการรักษาพยาบาล โดยเป็นการช่วยเหลือเบื้องต้นในลักษณะเป็นการเยียวยา หรือบรรเทาความเดือดร้อน และในขณะเดียวกันต้องการรักษาความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างผู้รับบริการและผู้ให้บริการ ในการจะร่วมกันคลี่คลายปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการให้บริการสาธารณสุข

คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ให้กันเงินจำนวนไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการ เมื่อผู้ป่วยไปรับบริการ ในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายในเวลาอันสมควร

ในการดำเนินงาน คณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ได้ออกประกาศเป็นข้อบังคับว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นกรณีผู้รับบริการได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาล พ.ศ. 2555 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2555 เป็นต้นไป โดยมีสาระสำคัญดังนี้ คือ

<sup>104</sup> ลันดา อุตมะโกคิน, “ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ : การปฏิรูประบบบริการสาธารณสุขของไทย,” *จุลนิตี* (พฤษภาคม – มิถุนายน 2554): 61.

1. ผู้มีสิทธิยื่นคำร้อง ได้แก่ ผู้รับบริการ ทายาท ผู้อุปการะ หรือหน่วยบริการที่ให้บริการ ซึ่งต้องใช้สิทธิในการยื่นคำร้องภายในกำหนด 1 ปี นับจากวันที่ได้รับความเสียหาย

2. กำหนดเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาล ซึ่งเป็นเหตุให้ร้องขอรับเงินช่วยเหลือไม่ได้ ได้แก่ (1) การดำเนินไปตามพยาธิสภาพของโรค (2) เหตุแทรกซ้อนของโรคที่เป็นไปตามสภาพปกติธรรมดาของโรคนั้นอยู่แล้ว

3. กำหนดประเภทของความเสียหายที่เกิดจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการและอัตราการจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นไว้ 3 ประเภท ได้แก่

3.1 เสียชีวิต หรือทุพพลภาพอย่างถาวร หรือเจ็บป่วยเรื้อรังที่ต้องได้รับการรักษาตลอดชีวิต และมีผลกระทบต่อการดำรงชีวิต จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ตั้งแต่ 240,000 บาท แต่ไม่เกิน 400,000 บาท

3.2 สูญเสียอวัยวะหรือพิการ ที่มีผลกระทบต่อการดำเนินชีวิต จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ตั้งแต่ 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 240,000 บาท

3.3 บาดเจ็บหรือเจ็บป่วยต่อเนื่อง จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ไม่เกิน 100,000 บาท

สำหรับกรณีที่มีความเสียหายไม่อาจจัดเป็นประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กำหนดได้ เป็นอำนาจของคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐานบริการสาธารณสุขที่จะพิจารณาเทียบเคียงกับประเภทความเสียหายที่กำหนดไว้ได้ตามความเหมาะสม

4. การพิจารณาจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นที่ผู้รับบริการยื่นคำร้องขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้น แยกได้เป็น 2 กรณี คือ 1) กรณีผู้รับบริการยื่นคำร้องขอรับเงินช่วยเหลือเบื้องต้นครั้งแรก 2) กรณีอุทธรณ์ เป็นกรณีเมื่อผู้รับบริการ ทายาท หรือผู้อุปการะ ไม่เห็นด้วยกับผล

การวินิจฉัยของคณะกรรมการ มีสิทธิยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการควบคุมคุณภาพและมาตรฐาน บริการสาธารณสุข โดยต้องยื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับทราบผลการวินิจฉัย

## (ข.2) ผลการดำเนินงานตาม มาตรา 41

ตลอดระยะเวลาของการดำเนินการตามมาตรา 41 ที่ผ่านมา เป็น เรื่องของการช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นที่เกิดจากความเสียหายจากการรักษาพยาบาล ซึ่งไม่ได้เกิดจาก ผลตามปกติของการรักษา โดยเน้นการช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นแก่ผู้เสียหายอย่างรวดเร็วตาม กำหนดระยะเวลา ที่สำคัญคือ ยังไม่เคยมีการพิสูจน์ถูกผิด นอกจากเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วยและญาติ ที่ได้รับผลกระทบจากความเสียหายบริการสาธารณสุขแล้ว ยังเป็นแนวทางนำไปสู่การลดความขัดแย้ง ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยได้

ในปีงบประมาณ 2562 การสร้างหลักประกันสุขภาพให้กับคนไทย ภายใต้อำนาจของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติระยะ 5 ปี พ.ศ. 2561-2565 มุ่งหวังให้ “ทุกคนที่อาศัยอยู่บนแผ่นดินไทย ได้รับความคุ้มครองหลักประกันสุขภาพอย่างถ้วนหน้า ด้วยความมั่นใจ” โดยตั้ง 3 เป้าประสงค์หลักคือ ประชาชนเข้าถึงบริการ การเงินการคลังมั่นคง ดำรง ธรรมาภิบาล ปีงบประมาณ 2562 ได้รับการจัดสรรงบประมาณหลักประกันสุขภาพแห่งชาติสำหรับผู้มี สิทธิหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (Universal Coverage Scheme : UCS) จำนวน 48.575 ล้านคน วงเงิน 181,584.09 ล้านบาท (เป็นเงินเดือนของหน่วยบริการภาครัฐ 47,314.96 ล้านบาท) คิดเป็น ร้อยละ 6.05 ของงบประมาณประเทศในอัตราเหมาจ่ายเท่ากับ 3,426.56 บาทต่อผู้มีสิทธิ และได้รับ การจัดสรรงบประมาณเพื่อการบริหารจัดการในสำนักงานจำนวน 1,344.81 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 0.74 เทียบกับงบประมาณหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ<sup>105</sup>

จำนวนเรื่องร้องเรียน จำแนกตามประเด็นการร้องเรียน ใน ปีงบประมาณ 2562 รวม 5,248 เรื่อง เป็นประเด็นที่ร้องเรียนเกี่ยวกับการไม่ได้รับบริการตามสิทธิที่

<sup>105</sup> สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.), “แผนปฏิบัติการของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ระยะ 5 ปี พ.ศ. 2561 – 2565,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-contentdetail.aspx?CatID=MTAzMg>.

กำหนด ถูกเรียกเก็บเงินโดยไม่มีสิทธิเรียกเก็บ ไม่ได้ได้รับความสะดวกตามสมควร และมาตรฐานการให้บริการสาธารณสุข<sup>106</sup>

ดังนั้นตลอดระยะเวลาของการดำเนินการตามมาตรา 41 ที่ผ่านมาเป็นเรื่องของการช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นที่เกิดความเสียหายจากการรักษาพยาบาล ซึ่งไม่ได้เกิดจากผลตามปกติของการรักษา โดยเน้นการช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นแก่ผู้เสียหายอย่างรวดเร็วตามกำหนดระยะเวลา ที่สำคัญกล่าวคือ ยังไม่เคยมีการพิสูจน์ถูกผิด นอกจากเป็นการช่วยเหลือผู้ป่วยและญาติที่ได้รับผลกระทบจากการบริการสาธารณสุขแล้ว ยังเป็นแนวทางการลดความขัดแย้งระหว่างแพทย์และผู้ป่วย นำไปสู่ความสำเร็จของระบบการช่วยเหลือเยียวยาตามมาตรา 41 ทำให้เกิดความเข้าใจกันระหว่างผู้รับบริการและผู้ให้บริการ นอกจากการช่วยเหลือเยียวยาแล้ว ยังมีกระบวนการอื่น เช่น การใช้สันติวิธีในการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และให้ความช่วยเหลือดูแลผู้ที่ได้รับความเสียหายอย่างไม่มีฝ่ายใดถูกหรือผิด ลดการฟ้องร้องและช่วยคลี่คลายปัญหาได้ ตัวอย่างกรณีการเยียวยา ได้แก่ เรื่องการผ่าตัดต่อกระดูกและเกิดการติดเชื้อทำให้คนไข้ตาบอด ที่โรงพยาบาลศูนย์ขอนแก่น จังหวัดขอนแก่น เมื่อปี พ.ศ. 2553 มีการให้ความช่วยเหลือเยียวยาที่ตีทั้งการจ่ายเงินช่วยเหลือ และดูแลผู้ป่วยตลอดไป ทำให้ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบไม่มีการฟ้องร้อง หน่วยบริการออกมายอมรับผิด และให้การดูแลช่วยเหลือเป็นอย่างดี<sup>107</sup>

อย่างไรก็ตามการให้ความช่วยเหลือเยียวยาเบื้องต้นก็มีผลกระทบหลายด้าน<sup>108</sup> ประการแรกต่อประชาชนผู้ร้องเรียนเพื่อขอเงินช่วยเหลือเบื้องต้น และฟ้องศาลมากขึ้น ซึ่งประชาชนอาจได้รับผลเสียหายจากความผิดพลาดในการตรวจรักษาหรือประชาชนเข้าใจผิดว่าโรคแทรกซ้อนอันเป็นเหตุสุดวิสัยทางการแพทย์นั้น เกิดจากความบกพร่องของระบบ 30 บาทรักษาทุกโรค หรือเกิดจากความผิดพลาดของผู้ให้บริการทางการแพทย์และ/หรือโรงพยาบาล หรือประชาชน

<sup>106</sup> สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.), “รายงานการสร้างระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติประจำปี” งบประมาณ 2562,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: [https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-about\\_result.aspx](https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-about_result.aspx).

<sup>107</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>108</sup> เจิดชู อริยศรีวัฒนา, “ผลกระทบ พ.ร.บ.หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ที่มีต่อประเทศไทย,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 28 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2008/11/19073>.

เชื่อว่าการบริการรักษาราคาจะถูกจะเป็นบริการที่ดีได้อย่างไร ประชาชนจึงร้องเรียนเพื่อขอความช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41 ของพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545

ตามมาตรา 41 ของพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 นำไปสู่การฟ้องคดีต่อศาลมักเป็นประเด็นที่เห็นว่าผลการพิจารณาไม่ถูกต้อง ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการจ่ายเงินไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นการฟ้องคดีทางศาลปกครอง ฟ้องในคำสั่งที่มีมติออกมาจากทั้งหมดหมื่นกว่ารายที่ได้รับเงินช่วยเหลือตามมาตรา 41 มีการฟ้องศาลประมาณ 60 คดี ผลการตัดสินส่วนใหญ่ยกคำฟ้อง มีแค่ 1-2 ราย ที่ศาลให้มาทบทวน โดยส่งมาให้เราพิจารณา ก็เป็นการจ่ายเงินเพิ่มขึ้น<sup>109</sup>

ในการรับพิจารณาคดีในศาลปกครอง ต้องอยู่ในชั้นของการอุทธรณ์ ส่วนการไปฟ้องที่ผู้ประกอบการหรือหน่วยบริการโดยตรง ก็จะไปฟ้องที่กระทรวงสาธารณสุข หรือฟ้องที่ตัวบุคคล เช่น แพทย์ ก็พยายามประสานงานขอข้อมูลจากกระทรวงเพื่อมาประเมินว่าเป็นเรื่องมาตรา 41 หรือไม่ แต่ตัวเลขที่ได้มาไม่ชัดเจน ซึ่งก็น้อยมาก โดยประเด็นในการฟ้องร้องตัวบุคคล มีกฎหมายที่คุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพ คือ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด ถ้ามีการประมาท เลินเล่อร้ายแรง หน่วยงานจะเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหาย<sup>110</sup>

### 2.3.2.2 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

#### (ก) ความหมายการอนุญาโตตุลาการ

การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นกลางเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะคนเดียวหรือหลายคน บุคคลที่สามดังกล่าวได้รับการคัดเลือก หรือแต่งตั้งเข้ามาทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการนี้จะต้องพิจารณาคดีและทำคำวินิจฉัยและชี้ขาดข้อพิพาทว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิดหรือฝ่ายใดถูก การระงับข้อพิพาททางเลือกโดยอนุญาโตตุลาการจึงมีความแตกต่างจากการเจรจา และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กฎหมายไทยได้มี

<sup>109</sup> ฉัตรสมุน พฤตภูมิปัญญา, “ระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่พิสูจน์ความผิด,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 1,1 (มกราคม-เมษายน 2558).

<sup>110</sup> เรื่องเดียวกัน.



บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตตุลาการมาตั้งแต่กฎหมายตราสามดวง ในกฎหมายดังกล่าวได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาตตุลาการ โดยเรียกว่า “อนุญาต” ซึ่งเป็นตุลาการ (ตระลาการ หรือ กระลาการ) ประเภทหนึ่ง ที่คู่พิพาทยินยอมสมัครใจแต่งตั้งขึ้นเพื่อวินิจฉัยคดีพิพาทของตน เมื่ออนุญาตตุลาการตัดสินอย่างไรต้องผูกพันกับคำชี้ขาด คู่พิพาทไม่มีสิทธิจะอุทธรณ์ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายตราสามดวงที่กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการแลคู่พิพาทนั้นยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้นคู่พิพาทมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาบังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นทั้งสองกอปรอุตสาห์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ”<sup>111</sup> นอกจากนี้กฎหมายตราสามดวงยังมีบทบัญญัติให้ความคุ้มครองแก่ผู้ทำหน้าที่เป็นอนุญาตตุลาการไว้ด้วย โดยบัญญัติไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่พิพาททั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซ้ร์ หาโทษมิได้ เหตุคู่พิพาททั้งสองข้างให้บังคับเอง” การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการตามกฎหมายโบราณของไทยจึงอยู่บนพื้นฐานของแนวคิดว่าด้วยความสมัครใจของคู่พิพาท กฎหมายตราสามดวงนี้ได้ใช้บังคับเรื่อยมาจนถึงสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมหาราชเมื่อมีการปฏิรูปกฎหมายให้เป็นแบบตะวันตกในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการนั้นได้ถูกนำไปบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติกระบวนวิธีพิจารณาคความแพ่ง ร.ศ. 115 หมวดที่ 19 มาตรา 116-121<sup>112</sup> มีผลทำให้รัฐเข้าแทรกแซงการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้มากขึ้น และพยายามที่จะจำกัดการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการก็ต่อเมื่อมีข้อพิพาทเป็นคดีอยู่ในศาลชั้นต้นอยู่แล้ว และคู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันและร้องขอต่อศาลให้เชิญผู้หนึ่งผู้ใด คนเดียวหรือหลายคนมาเป็นอนุญาตตุลาการเพื่อตัดสินคดีนั้น<sup>113</sup> ซึ่งแตกต่างจากในปัจจุบันด้วยเหตุที่การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการได้รับความนิยมนำไปใช้อย่างกว้างขวาง จึงได้มีความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายอนุญาตตุลาการของประเทศไทยให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศที่ได้ทำไว้<sup>114</sup> จึงได้มีการ

<sup>111</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 22.

<sup>112</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

<sup>113</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาตตุลาการ, หน้า 81-82.

<sup>114</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาตตุลาการ, หน้า 25.

ยกเลิกบัญญัติว่าด้วยอนุญาโตตุลาการนอกระบบนอกศาลในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (มาตรา 21) โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 11) พ.ศ. 2530 และมีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้นใช้บังคับ แต่ต่อมาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>115</sup> อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ. 2562 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ได้เพิ่มหมวด 2/1 ว่าด้วยอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นคนต่างด้าว

### (ข) ลักษณะที่สำคัญของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ

(ข.1) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งแตกต่างจากกระบวนการดำเนินคดีในศาล โดยการอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นศาลเฉพาะตัวของคู่พิพาท หรือที่เรียกว่า Private court ซึ่งตรงข้ามกับกระบวนการดำเนินคดีในศาลที่มีลักษณะเป็น Public courts กล่าวคือ เปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถเข้ารับฟังกระบวนการพิจารณาคดีได้อย่างเปิดเผย แต่ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ หากไม่ใช่คู่พิพาทที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทจะไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าห้องพิจารณาคดีได้ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากคู่พิพาททั้งสองฝ่าย<sup>116</sup>

(ข.2) ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องไม่ใช่คู่พิพาทหรือผู้แทนของคู่พิพาท หรือมีความสัมพันธ์ในลักษณะมีส่วนได้เสียกับคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หากแต่เป็นบุคคลภายนอกที่เป็นอิสระและเป็นกลางโดยได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งจากคู่พิพาทไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม หรือได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามที่กฎหมายกำหนดตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 18<sup>117</sup>

<sup>115</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 84.

<sup>116</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 73.

<sup>117</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 18 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น

ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้

(ข.3) โดยหลักการพื้นฐานแล้ว ข้อพิพาทจะเข้าสู่การอนุญาโตตุลาการได้ต้องอาศัยความยินยอมของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการจึงเป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาท ดังนั้นอนุญาโตตุลาการจึงกระทำการเกินขอบเขตอำนาจที่คู่พิพาทกำหนดไว้ในสัญญาได้<sup>118</sup> ส่วนคู่พิพาทจะมีเสรีภาพในการตกลงกันได้มากน้อยเพียงใดเป็นเรื่องที่กฎหมายของแต่ละประเทศจะกำหนด

(ข.4) อนุญาโตตุลาการมีหน้าที่ชี้ขาดว่าคู่พิพาทฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด หรือฝ่ายถูก โดยในคำชี้ขาดนั้นจะต้องดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาโดยชอบ จะชี้ขาดตัดสินตามอำเภอใจมิได้ หน้าที่ของอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะเป็นการดำเนินการเสมือนตุลาการ (Quasi-Justice) กล่าวคือ อยู่บนพื้นฐานของแนวคิดหลักนิติธรรมในเรื่องของกระบวนการยุติธรรม (Due Process) เป็นต้นว่า การปฏิบัติต่อคู่พิพาทโดยเท่าเทียมกัน การให้โอกาสคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนำเสนอหลักฐานเพื่อสนับสนุนข้อขัดแย้งของตนตามสมควรแก่พฤติการณ์ การชี้ขาดตัดสินข้อพิพาทต้องอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐานที่ปรากฏในคดี แต่การดำเนินการกระบวนการพิจารณาคดีมีความยืดหยุ่นมากกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาล<sup>119</sup>

(ข.5) อนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องที่คู่พิพาทสมัครใจในการเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการ จึงสนับสนุนการให้เสรีภาพข้อแก่พิพาทค่อนข้างกว้างในการที่จะตกลงกันในเรื่อง

ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(2) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน

ในกรณีที่การตั้งอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดวิธีการอื่นใดที่ทำให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามศาลเห็นสมควรได้ หากปรากฏว่า

- (1) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้
- (2) คู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ได้ หรือ
- (3) บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

<sup>118</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 73.

<sup>119</sup> เสาวนีย์ อัครวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, หน้า 33.

ต่าง ๆ เช่น การตกลงกันในเรื่องกระบวนการพิจารณาคดี การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ อำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการ โดยรัฐจะพยายามหลีกเลี่ยงที่จะไม่เข้าแทรกแซง หรือก้าวล่วงโดยไม่จำเป็น แต่จะสนับสนุนการอนุญาโตตุลาการเพื่อสร้างบรรยากาศที่เอื้อต่อการค้า และการลงทุน<sup>120</sup>

(ข.6) โดยทั่วไปแล้ว คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุด และมีผลผูกพันคู่พิพาทที่จะต้องปฏิบัติตาม หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตาม อีกฝ่ายหนึ่งสามารถร้องขอต่อศาลเพื่อบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2045/2557 กรณีที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดแล้วอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเพียงคัดค้านคำร้องเพื่อให้ศาลปฏิเสธไม่บังคับตามคำชี้ขาดเท่านั้น แต่ไม่อาจเรียกร้องแย้งให้บังคับตามคำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการได้ตัดสินในส่วนที่ตนชนะเพื่อให้อีกฝ่ายชดใช้เงินแก่ตนได้

(ข.7) การพิจารณาและทำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลในรัฐ ศาลจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับคดีก็เพียงกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อให้คู่พิพาทปฏิบัติตามความตกลง ตรวจสอบความเป็นกลางและความเป็นอิสระของอนุญาโตตุลาการ ตรวจสอบกระบวนการพิจารณาคดีของอนุญาโตตุลาการ หรือบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เมื่อการพิจารณาและชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไม่ใช่การใช้อำนาจอธิปไตยทางศาลของรัฐ อนุญาโตตุลาการและคู่พิพาทจึงสามารถตกลงกันในเรื่องเกี่ยวกับสถานที่ในการทำอนุญาโตตุลาการ (Place of Arbitration) ได้<sup>121</sup> แม้สถานที่ดังกล่าวจะอยู่ในต่างประเทศ และการนำคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการไปบังคับในประเทศสมาชิกก็ทำได้ง่ายกว่าการบังคับตามคำชี้ขาดของศาลต่างประเทศ<sup>122</sup> ดังนั้นในการออกแบบกฎหมายอนุญาโตตุลาการจึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดว่าเรื่องใดบ้างที่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการ เรื่องใดบ้างที่จะอยู่ในอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจ ณ สถานที่ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ และเรื่องใดบ้างเป็นอำนาจของศาลที่มีเขตอำนาจในการ

<sup>120</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 76.

<sup>121</sup> พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 26 วรรคแรก คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท

<sup>122</sup> The New York Convention the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards of 1958, (New York Convention 1958).

บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะในกรณีของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศก็จะมีสนธิสัญญาหรืออนุสัญญาต่าง ๆ เข้ามาเกี่ยวข้อง

ดังนั้น ความมีประสิทธิภาพของกระบวนการอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับกฎหมายและข้อบังคับที่ดีของสำนักงานบริหารคดีอนุญาโตตุลาการที่มีประสิทธิภาพ คุณภาพของทนายความที่ช่วยดำเนินคดี ทักษะและประสิทธิภาพของตุลาการในการช่วยประคับประคองกระบวนการอนุญาโตตุลาการตั้งแต่ขั้นพิจารณาจนถึงการบังคับตามคำชี้ขาด ตลอดจนท่าทีของรัฐบาลที่มีต่อกระบวนการอนุญาโตตุลาการ<sup>123</sup> เมื่อระบบอนุญาโตตุลาการมีความก้าวหน้าอย่างมีคุณภาพจะสามารถที่จะแข่งขันกับสถาบันอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ เช่น International Chamber of Commerce (ICC) สถาบันอนุญาโตตุลาการของประเทศสิงคโปร์ หรือฮ่องกง เป็นต้น<sup>124</sup>

### (ค) ประเภทอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการชี้ขาดกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท<sup>125</sup> ดังนี้

#### (ค.1) อนุญาโตตุลาการแบบสถาบัน (Institution Arbitration)

อนุญาโตตุลาการนี้เป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่อยู่ภายใต้การดูแลและจัดการของสถาบันอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งทำหน้าที่อำนวยความสะดวกและดูแลให้ดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปด้วยความเรียบร้อยภาระหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการนั้นอาจแบ่งได้เป็น 3 ส่วนดังนี้ หน้าที่ดูแลให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามข้อสัญญาและชอบด้วยกฎหมาย หน้าที่ในการดำเนินกระบวนการที่สัญญาหรือข้อบังคับของสถาบันกำหนด และหน้าที่อำนวยความสะดวกให้กับคู่พิพาท สถาบันอนุญาโตตุลาการอาจแบ่งได้หลายระดับ คือระดับระหว่างประเทศหรือระดับโลก ระดับภูมิภาค และระดับประเทศหรือระดับชาติ

<sup>123</sup> พิชัยศักดิ์ หรยางกูร, “การปรับปรุงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย” *ตุลพาท* 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2562): 64.

<sup>124</sup> วิชัย อริยะนันท์, “ย้อนอดีต 15 ปี และวิสัยทัศน์สำหรับอนุญาโตตุลาการไทย” *วารสารอนุญาโตตุลาการ* (2549): 15.

<sup>125</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, *คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ*, หน้า 30.

ในประเทศไทยมีสถาบันที่ให้บริการอนุญาโตตุลาการทั้งข้อพิพาทภายในประเทศไทย และระหว่างประเทศที่สำคัญอยู่สองสถาบัน คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute: TAI) และสถาบันอนุญาโตตุลาการ (Thailand Arbitration Center: THAC)

### (ค.2) อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจ (Ad Hoc Arbitration)

อนุญาโตตุลาการแบบเฉพาะกิจเป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทต้องดำเนินการต่าง ๆ ด้วยตนเองตั้งแต่ต้นจนกว่าจะสิ้นกระบวนการโดยตั้งอนุญาโตตุลาการและกำหนดรายละเอียดของวิธีพิจารณาต่าง ๆ และให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทหลังจากที่อนุญาโตตุลาการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทแล้วก็ต้องทำคำชี้ขาดโดยปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับกับการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมมีผลผูกพันให้คู่พิพาทต้องปฏิบัติตาม

การอนุญาโตตุลาการประเภทนี้เหมาะสมสำหรับกรณีที่คู่พิพาทพิพาทเต็มใจเข้าร่วมการอนุญาโตตุลาการ และให้ความร่วมมืออย่างเต็มที่ แต่อาจเกิดปัญหาและความยุ่งยากได้ง่าย ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เต็มใจหรือบิดพลิ้วไม่ยอมให้ความร่วมมือกับอนุญาโตตุลาการ แม้จะได้ตกลงใช้วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวมาก่อนก็ตาม และคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้วิธีการแก้ไขที่มีอยู่ตามกฎหมายอนุญาโตตุลาการ ซึ่งอาจเป็นเพราะไม่มีความรู้และไม่มีผู้ที่มีความรู้ในเรื่องดังกล่าวคอยช่วยเหลือหรืออื่น ๆ

### (ง) สาระสำคัญของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติ

#### อนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยในปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยประเทศไทยได้ยกร่างกฎหมายฉบับนี้โดยการอิงกับแนวของกฎหมายต้นแบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ หรือ UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) มาเป็นแบบอย่าง เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมาย

แม่แบบอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งทำให้กฎหมายอนุญาโตตุลาการในทางการค้าระหว่างประเทศมีความเป็นเอกภาพ<sup>126</sup> กฎหมายอนุญาโตตุลาการของทุกประเทศยอมรับว่าโดยผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือโดยสัญญา อนุญาโตตุลาการไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายวิธีพิจารณาเช่นเดียวกับศาล เว้นแต่หลักการพื้นฐานของกระบวนการพิจารณา 3 ประการ คือ ประการแรก คู่พิพาททุกฝ่ายต้องได้รับโอกาสในการเสนอพยานหลักฐานและในการรับฟังข้อโต้แย้งของตน ประการที่สอง ก่อนที่อนุญาโตตุลาการจะชี้ขาดตามพยานหลักฐานใด ๆ ซึ่งเสนอโดยคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ต้องให้โอกาสคู่พิพาทได้โต้แย้งพยานหลักฐานนั้น และประการสุดท้าย อนุญาโตตุลาการต้องชี้ขาดข้อพิพาทด้วยดุลยพินิจของตนและต้องไม่อยู่ภายใต้อิทธิพลของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหลักการดังกล่าวทั้งสามนี้ไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นได้ และหากอนุญาโตตุลาการฝ่าฝืนหลักการดังกล่าว ถือว่ากระบวนการพิจารณาไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งมีผลให้คำชี้ขาดอาจถูกเพิกถอนภายหลังได้<sup>127</sup> แม้ว่ากฎหมายอนุญาโตตุลาการของไทยจะได้กำหนดให้ข้อพิพาทที่คู่พิพาททำสัญญาระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้<sup>128</sup> แต่การอนุญาโตตุลาการโดยส่วนใหญ่เป็นการระงับข้อพิพาทในทางแพ่งและทางธุรกิจพาณิชย์ ตามที่กำหนดในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545<sup>129</sup>

<sup>126</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “ย้อนอดีต 15 ปี และวิสัยทัศน์สำหรับอนุญาโตตุลาการไทย,” วารสารอนุญาโตตุลาการ (2549): 12.

<sup>127</sup> สุรรัตน์ ประจวบจันทน์, “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิตศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), 113-114.

<sup>128</sup> มาตรา 11 วรรคแรก สัญญาอนุญาโตตุลาการ หมายถึง สัญญาที่ตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการทั้งนี้ สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้

<sup>129</sup> เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 คือ โดยที่ปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับการยอมรับและใช้กันอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศแต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้วบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จึงไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับ และรู้จักกันอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมนานาชาติและส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลอีกทางหนึ่งจึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

และพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง<sup>130</sup> ได้กำหนดข้อพิพาทที่สามารถตกลงระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการได้ ดังนั้น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นต้องพิจารณาด้วยว่าสามารถระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการได้หรือไม่ข้อพิพาทในทางแพ่งของไทยต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

จากลักษณะของการอนุญาโตตุลาการดังที่กล่าวข้างต้นพบว่ามีความน่าสนใจที่จะศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับการนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ เนื่องจากยังไม่เคยนำวิธีนี้มาใช้ในประเทศไทยมาก่อน เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ประกอบข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ แล้วมีบทบัญญัติที่สามารถปรับใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการทางการแพทย์ ดังต่อไปนี้

#### (ง.1) สัญญาอนุญาโตตุลาการ

สัญญาอนุญาโตตุลาการได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 11 สามารถเสนอได้ทั้งก่อน และหลังมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่สัญญาสามารถตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ไม่ว่าจะเกิดจากนิติสัมพันธ์ทางสัญญาหรือไม่โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญาเพื่อเป็นหลักฐานในการระงับข้อพิพาท<sup>131</sup>

<sup>130</sup> อ้างถึงแล้ว เจริญธรรมที่ 170.

<sup>131</sup> มาตรา 11 วรรคสอง สัญญาอนุญาโตตุลาการต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อคู่สัญญา เว้นแต่ถ้าปรากฏข้อสัญญาในเอกสารที่คู่สัญญาได้ตอบทางจดหมายโทรสาร โทรเลข โทรพิมพ์ การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยมีการลงลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือทางอื่นซึ่งมีการบันทึกข้อสัญญานั้นไว้ หรือมีการกล่าวอ้างข้อสัญญาในข้อเรียกร้องหรือข้อคัดค้านและคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กล่าวอ้างไม่ปฏิเสธให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว

สัญญาที่มีหลักฐานเป็นหนังสืออันได้กล่าวถึงเอกสารใดที่มีข้อตกลงให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ข้อตกลงนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาหลัก ให้ถือว่า มีสัญญาอนุญาโตตุลาการแล้ว



ดังนั้น สัญญาหรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เป็นจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการอยู่หรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจใช้บังคับได้ หรือข้อสัญญาไม่ครอบคลุมไปถึงข้อพิพาท ก็ไม่จำเป็นต้องผูกพันให้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ หากมีข้อโต้แย้งอย่างไร คู่พิพาทก็ชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องร้องต่อศาลกันตามกฎหมายต่อไป

## (ง.2) อนุญาโตตุลาการ

การอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ รวมทั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ด้วยใจสมัครของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อระงับข้อพิพาทโดยการตั้งคนกลางที่เรียกว่า อนุญาโตตุลาการเพื่อทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกระบวนการอนุญาโตตุลาการจะแตกต่างจากกระบวนการทางศาลในสาระสำคัญ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับที่คู่พิพาทไม่สามารถบังคับให้อีกฝ่ายหนึ่งเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ หากคู่พิพาทอีกฝ่ายไม่ตกลงหรือไม่เคยตกลงให้มอบข้อพิพาทให้ และอนุญาโตตุลาการต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ที่สำคัญ ได้แก่ ความเป็นกลางและความอิสระจากคู่พิพาท และเปิดเผยข้อเท็จจริงหากคู่พิพาทมีเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ หรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกันตามมาตรา 19<sup>132</sup>

ดังนั้น ในส่วนอนุญาโตตุลาการทางการแพทย์ควรเป็นผู้มีคุณสมบัติที่ได้รับการยอมรับจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเป็นผู้ที่มีความเป็นกลางและยุติธรรม ไม่ลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เป็นผู้ที่ไม่มีความประวัติดีเสียทางด้านคุณธรรม จริยธรรม และควรเป็นแพทย์ที่มีความรู้ ความ

<sup>132</sup> มาตรา 19 อนุญาโตตุลาการต้องมีความเป็นกลางและเป็นอิสระรวมทั้งต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือในกรณีที่คู่สัญญาตกลงกันให้หน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ดำเนินการต้องมีคุณสมบัติตามที่หน่วยงานดังกล่าวกำหนด

บุคคลซึ่งจะถูกตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งอาจเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนและนับแต่เวลาที่ได้รับการตั้งและตลอดระยะเวลาที่ดำเนินการทาง

อนุญาโตตุลาการ บุคคลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งเวลานั้นต่อคู่พิพาทโดยไม่ชักช้า เว้นแต่จะได้แจ้งให้คู่พิพาทรู้ล่วงหน้าแล้วอนุญาโตตุลาการอาจถูกคัดค้านได้ หากปรากฏข้อเท็จจริงซึ่งเป็นเหตุอันควรสงสัยถึงความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือการขาดคุณสมบัติตามที่คู่พิพาทตกลงกัน แต่คู่พิพาทจะคัดค้านอนุญาโตตุลาการซึ่งตนเป็นผู้ตั้งหรือร่วมตั้งมิได้ เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายนั้นมิได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการคัดค้านในขณะที่ตั้งอนุญาโตตุลาการนั้น

เชี่ยวชาญในสาขาปัญหาเรื่องที่พิพาท ต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ทางด้านกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแพทย์หรืออาจจะเป็นแพทย์ที่จบทางด้านกฎหมายมาก็จะเป็นประโยชน์ต่อการอนุญาโตตุลาการทางการแพทย์เป็นอย่างมาก รวมถึงในองค์คณะของอนุญาโตตุลาการ อาจประกอบด้วยบุคคลที่อยู่นอกวิชาชีพที่มีความรอบรู้และเข้าใจในบริบททางการแพทย์และสาธารณสุข โดยอาจจะเป็นองค์กรพัฒนาเอกชน (NGO) หรือเป็นบุคลากรที่ทำงานทางด้านสุขภาพ รวมถึงต้องเข้าใจในเรื่องของสิทธิบุคคล

### (ง.3) วิธีพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการ

การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการตามปกติจะเป็นไปตามที่คู่พิพาทตกลงกัน อย่างไรก็ตาม หากเป็นการอนุญาโตตุลาการแบบสถาบันทุกสถาบันก็จะมีข้อบังคับให้คู่พิพาทได้เลือกใช้ ซึ่งจะระบุถึงรายละเอียดต่าง ๆ ที่จำเป็นในกระบวนการอนุญาโตตุลาการไว้ทั้งหมด รวมถึงระยะเวลาที่ใช้ในกระบวนการอนุญาโตตุลาการ แต่ข้อบังคับของสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นเพียงแนวทางในการบริหารจัดการคดีอนุญาโตตุลาการให้เสร็จสิ้นไปด้วยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพเท่านั้น ไม่ได้มีผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาชั้นอนุญาโตตุลาการแต่อย่างใด สำหรับข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 7<sup>133</sup> การเริ่มต้นกระบวนการจะเริ่มจากผู้เรียกร้องยื่นคำเสนอข้อพิพาทโดยทำหนังสือบอกกล่าวไปยัง

<sup>133</sup> ข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 7 ให้คู่พิพาทเสนอข้อพิพาทของตน (ซึ่งต่อไปเรียกว่า “ผู้เรียกร้อง”) โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อสถาบัน คำเสนอข้อพิพาทต้องประกอบด้วยรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) คำขอให้ระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ
- (2) ชื่อและที่อยู่ของคู่พิพาท รวมถึงที่อยู่ทางอิเล็กทรอนิกส์ (ถ้ามี)
- (3) ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือสัญญาอนุญาโตตุลาการ
- (4) สัญญาหรือนิติสัมพันธ์อันก่อให้เกิดหรือที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท
- (5) ข้อเท็จจริงอันเป็นฐานแห่งข้อเรียกร้องและจำนวนเงินที่เรียกร้อง
- (6) ข้อเรียกร้องและคำขอบังคับ
- (7) จำนวนอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ใน (3)

ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการเกินกว่าหนึ่งคน ให้เสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ และหนังสือแสดงความยินยอมของบุคคลดังกล่าวมาพร้อมข้อเรียกร้องนั้น

ให้ผู้เรียกร้องแนบสำเนาข้อเสนอข้อพิพาทในจำนวนที่เพียงพอเพื่อส่งให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง (ซึ่งต่อไปเรียกว่า “ผู้คัดค้าน”) และคณะอนุญาโตตุลาการ

คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>134</sup> ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ในข้อสัญญาจะมีการระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) หรือไม่ต่อไป จะพิจารณาเรื่องจำนวนอนุญาโตตุลาการว่า สัญญากำหนดไว้อย่างไร เพราะจะมีผลถึงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับ ถ้าหากในสัญญากำหนดให้มีอนุญาโตตุลาการ 1 คน คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าสัญญากำหนดไว้ 3 คน แต่ละฝ่ายก็ต้องตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายตนเข้ามาก่อน พร้อมกับการยื่นคำเสนอข้อพิพาท หรือคำคัดค้าน จากนั้นเมื่ออนุญาโตตุลาการฝ่ายได้รับการแต่งตั้งแล้ว อนุญาโตตุลาการฝ่ายก็จะดำเนินการเลือกประธานคณะอนุญาโตตุลาการต่อไป หากคู่พิพาทไม่สามารถที่จะร่วมกันตั้งได้ ในข้อบังคับก็จะกำหนดให้ใช้กระบวนการเสนอรายชื่อโดยคู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องร่วมกันเสนอ 3 รายชื่อต่อสถาบัน จากนั้นจะเป็นการเรียงลำดับคะแนน บุคคลในรายชื่อท่านใดที่ได้คะแนนสูงสุด ก็จะได้รับบทบาทมาเป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ

เมื่อตั้งอนุญาโตตุลาการผู้พิจารณาคดีแล้ว อนุญาโตตุลาการจะนัดคู่พิพาททั้งสองฝ่ายมาเพื่อกำหนดระยะเวลา สถานที่ที่จะทำการพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท<sup>135</sup> ภาษาที่จะใช้ในการพิจารณา<sup>136</sup> และกำหนดประเด็นพิพาทเพื่อดำเนินการสืบพยาน<sup>137</sup> โดยวิธีพิจารณาของ

<sup>134</sup> มาตรา 27 ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ ให้ถือว่ามีการมอบข้อพิพาท ให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาตามมาตรา 193/14 (4) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะเริ่มต้นในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งได้รับหนังสือจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งขอให้ระงับข้อพิพาทนั้น โดยวิธีอนุญาโตตุลาการ

(2) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งบอกกล่าวเป็นหนังสือแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการหรือให้ความเห็นชอบในการตั้งอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทนั้น

(3) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีหนังสือแจ้งข้อพิพาทที่ประสงค์จะระงับต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ในกรณีที่สัญญาอนุญาโตตุลาการกำหนดคณะอนุญาโตตุลาการไว้

(4) เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอข้อพิพาทต่อหน่วยงานซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ตกลงกันได้

<sup>135</sup> มาตรา 26 คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่โดยคำนึงถึงสภาพแห่งข้อพิพาทและความสะดวกของคู่พิพาท

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจกำหนดสถานที่อื่นใดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ตามวรรคหนึ่งเพื่อดำเนินการปรึกษาหารือ เพื่อสืบพยานบุคคล ผู้เชี่ยวชาญหรือคู่พิพาท หรือเพื่อตรวจสอบวัตถุ สถานที่หรือเอกสารใด ๆ ก็ได้

<sup>136</sup> มาตรา 28 คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดภาษาที่จะใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาได้ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนด และถ้ามิได้กำหนดไว้โดยเฉพาะเป็นอย่างอื่น ข้อตกลงหรือข้อกำหนดเช่นว่านี้ให้ใช้บังคับถึงข้อเรียกร้อง คำคัดค้าน คำร้องที่ให้เป็นหนังสือของคู่พิพาท การสืบพยาน คำชี้ขาด คำวินิจฉัยหรือการสื่อสารใด ๆ ที่ทำโดยหรือทำต่อคณะอนุญาโตตุลาการด้วย

การอนุญาตตุลาการตามกฎหมายจะให้เป็นที่คู่พิพาทตกลงกันได้เป็นหลัก แต่ถ้าคู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีพิจารณาไว้ ก็เป็นที่คู่พิพาทตกลงกันไม่ได้ และถ้าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายก็อยู่ในดุลพินิจของอนุญาตตุลาการ โดยต้องคำนึงถึงคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อเท็จจริงและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น<sup>138</sup>

ในระหว่างการศึกษาหาอนุญาตตุลาการประสงค์จะดำเนินการสอบสวนพิจารณาใด ๆ ซึ่งไม่สามารถทำได้เองสามารถขอให้ศาลดำเนินการได้ เช่น วิธีการคุ้มครองชั่วคราวในระหว่างการศึกษา<sup>139</sup> แต่ศาลมีอำนาจวินิจฉัยเพียงว่าเข้าเหตุตามหลักเกณฑ์การขอคุ้มครองชั่วคราวหรือไม่เท่านั้นส่วนเนื้อหาของข้อพิพาทเป็นอำนาจของคณะอนุญาตตุลาการ

#### (ง.4) การสิ้นสุดของการดำเนินการทางอนุญาตตุลาการ

คณะอนุญาตตุลาการอาจมีคำสั่งให้แนบคำแปลเอกสารที่คู่พิพาทอ้างเป็นพยาน เป็นภาษาตามที่คู่พิพาทตกลงกันได้หรือตามที่คณะอนุญาตตุลาการกำหนดก็ได้

<sup>137</sup> มาตรา 29 ภายในระยะเวลาที่คู่พิพาทตกลงกันหรือที่คณะอนุญาตตุลาการกำหนด ถ้าคู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องต้องแสดงข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนข้อเรียกร้อง ประเด็นข้อพิพาท และค่าของบังคับของตน ส่วนคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องต้องแสดงในคำคัดค้านถึงข้อต่อสู้ของตน ทั้งนี้ คู่พิพาทอาจแนบเอกสารที่เกี่ยวข้องหรือบัญชีระบุพยานที่ระบุถึงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นที่ประสงค์จะอ้างเป็นพยานมาด้วยก็ได้

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอแก้ไขเพิ่มเติมข้อเรียกร้องหรือคำคัดค้านในระหว่างพิจารณาก็ได้ เว้นแต่คณะอนุญาตตุลาการเห็นว่าแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไม่สมควรเมื่อคำนึงถึงความล่าช้าที่จะเกิดขึ้น

<sup>138</sup> มาตรา 25 ในการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอข้อเท็จจริงและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาตตุลาการมีอำนาจดำเนินการสอบสวนพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาตตุลาการนี้ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน และการชี้แจงน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม

<sup>139</sup> มาตรา 16 คู่สัญญาที่ได้ทำสัญญาอนุญาตตุลาการไว้อาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งใช้วิธีการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของตนก่อนหรือขณะดำเนินการทางอนุญาตตุลาการได้ ถ้าศาลเห็นว่ากระบวนการพิจารณานั้นหากเป็นการพิจารณาของศาลแล้วศาลทำให้ได้ก็ให้ศาลจัดการให้ตามคำร้องนั้น ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายวิธีพิจารณาความของศาล ในส่วนที่เกี่ยวกับการนั้นมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งตามคำร้องของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่งถ้าคู่สัญญาฝ่ายที่ยื่นคำร้องมิได้ดำเนินการทางอนุญาตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งหรือภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด ให้ถือว่าคำสั่งนั้นเป็นอันยกเลิกเมื่อครบกำหนดดังกล่าว

การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ ไม่มีการเพิกถอนจากศาลและสามารถใช้บังคับได้หรือคณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งยุติกระบวนการพิจารณาตาม มาตรา 38<sup>140</sup> และเมื่อมีคำชี้ขาดแล้วคำชี้ขาดย่อมผูกพันคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามมิใช่ผูกพันตามสัญญาเดิมการที่นำข้อพิพาทเดิมมาให้คณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดอีกเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การทำคำชี้ขาดเป็นหน้าที่ของคณะอนุญาโตตุลาการต้องวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามกฎหมาย และต้องเป็นไปตามข้อสัญญา<sup>141</sup> และในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันได้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยที่ฟังไว้โดยชัดแจ้ง แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใด ให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่าย

<sup>140</sup> มาตรา 38 การดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงเมื่อมีคำชี้ขาดเสร็จเด็ดขาดหรือโดยคำสั่งของคณะอนุญาโตตุลาการตามวรรคสอง

คณะอนุญาโตตุลาการมีคำสั่งให้ยุติกระบวนการ เมื่อ

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องขอถอนข้อเรียกร้อง เว้นแต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องได้คัดค้านการถอนข้อเรียกร้องดังกล่าว และคณะอนุญาโตตุลาการเห็นถึงประโยชน์อันชอบด้วยกฎหมายของคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องในการที่จะได้รับการวินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทนั้น

(2) คู่พิพาทตกลงกันให้ยุติกระบวนการ

(3) คณะอนุญาโตตุลาการเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะดำเนินกระบวนการต่อไปหรือไม่อาจดำเนินกระบวนการต่อไปได้

ภายใต้บังคับมาตรา 39 และมาตรา 40 วรรคสี่ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจะสิ้นสุดลงพร้อมกับการยุติของกระบวนการพิจารณา

<sup>141</sup> มาตรา 34 ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดถึงกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทไว้ ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายไทยเว้นแต่เป็นกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ให้พิจารณาจากหลักว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายที่คณะอนุญาโตตุลาการเห็นสมควรนำมาปรับใช้

คู่พิพาทอาจกำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม

การวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญาและหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย

ในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46 ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 37 วรรคสอง<sup>142</sup>

จากการศึกษาพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มีบทบัญญัติ การนำอนุญาโตตุลาการที่สามารถนำมาใช้ในคดีทางการแพทย์โดยรูปแบบ และขั้นตอนในการดำเนิน กระบวนการของอนุญาโตตุลาการนั้นมีส่วนในการช่วยอำนวยความสะดวกแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย มากกว่าที่จะนำคดีความขึ้นสู่ศาล แต่ต้องมีการสร้างความรู้ความเข้าใจที่ถูกต้องเกี่ยวกับการ อนุญาโตตุลาการให้กับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเมื่อเกิดกรณีพิพาททางการแพทย์ก่อนที่จะนำมาใช้ในเรื่อง ของการเลือกผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางแพทย์มาเป็นผู้พิจารณาตัดสินปัญหาข้อพิพาทที่ เกิดขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่าตามหลักการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทมักจะเลือกผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญมาเป็นผู้พิจารณาตัดสินคดีนั้น มีความเหมาะสมเป็นอย่างยิ่งที่คดีทางการแพทย์ควร ได้รับการพิจารณาตัดสินจากผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาด้านนั้น ๆ เพราะสามารถทำการสืบ พยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องและทำความเข้าใจกับสิ่งที่เกิดขึ้นได้เป็นอย่างดี เนื่องจากคดีทางการแพทย์ ในแต่ละคดีมีความละเอียดอ่อนที่อาจจะสลับซับซ้อนแตกต่างกันออกไป แต่บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นผู้ ตัดสินต้องเป็นผู้ที่ได้รับการยอมรับจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริงโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องทำ การคัดเลือกร่วมกัน สำหรับประเทศไทยที่ไม่เคยนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในคดีแพทยจึงควรศึกษา เปรียบเทียบกับกฎต่างประเทศในบทที่ 3 ต่อไปเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับคดีทางการแพทย์ใน ประเทศไทย

### 2.3.2.3 การเจรจา (Negotiation)

#### (ก) ความหมายของการเจรจา

การเจรจา เป็นกระบวนการต่อรองที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของคู่ เจรจาทั้งสองฝ่าย เพื่อนำไปสู่ความตกลง ไม่ว่าจะเป็นความตกลงในนิติสัมพันธ์ต่าง ๆ ระหว่างคู่เจรจา

<sup>142</sup> มาตรา 37 วรรคสอง ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น ค่าชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง แต่ จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลง ประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการ หรือค่าป่วยการ อนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46

หรือเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้ว หรือที่อาจเกิดขึ้นได้ในภายภาคหน้า ดังนั้น การเจรจาจึงต้องมีคู่พิพาทอย่างน้อยสองฝ่าย ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่อาจดำเนินการเจรจาได้โดยลำพัง<sup>143</sup>

การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาจึงมีลักษณะที่แตกต่างจากการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอื่น ๆ เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ หรือการดำเนินคดีในชั้นศาล เนื่องจากการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจานั้นเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับคู่พิพาทโดยตรงที่ตกลงกันในลักษณะฉันทามติ ไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงจึงทำให้อำนาจในการควบคุมอยู่ที่คู่พิพาทมากกว่าการระงับประเภทอื่น โดยมีลักษณะที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเจรจาด้วยตนเอง หรืออาจมีทนายความ หรือนักกฎหมายของฝ่ายตนเข้ามาช่วยในการเจรจา<sup>144</sup> เพื่อเข้ามาช่วยระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างคู่พิพาทได้

### (ข) ลักษณะที่สำคัญของการเจรจา

ลักษณะที่สำคัญของการเจรจาข้อพิพาทมีความเป็นธรรม ประหยัด รวดเร็ว สามารถรักษาความลับและสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่พิพาท ตลอดจนมีสภาพบังคับที่ดีที่สุดเห็นจะเป็นการเจรจาต่อรองเพื่อตกลงกันในระหว่างคู่พิพาทด้วยตนเอง<sup>145</sup> เนื่องจากคู่พิพาทเจรจากันเองโดยไม่มีบุคคลที่สามจึงมีความประหยัดรวดเร็ว สามารถรักษาความลับและความสัมพันธ์ภาพระหว่างคู่พิพาทด้วยกันได้เป็นอย่างดี เหตุที่ถือว่าการแก้ปัญหาโดยวิธีนี้มีความเป็นธรรมเนื่องจากคู่พิพาทเป็นผู้เจรจากลกลงกันเองเป็นผู้เลือกผลแห่งการเจรจา จึงต้องถือว่าเป็นธรรมและให้ความรู้สึกแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายว่าเป็นผู้ชนะ (win/win) ไม่ใช่ฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ (win/lose) เช่นการพิจารณาพิพากษาโดยศาล หรือการพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามสัญญา

<sup>143</sup> อนันต์ จันทโรภาส, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า1.

<sup>144</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า1.

<sup>145</sup> วิชัย อริยะนันทกะ, การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, ในรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศ กฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540) หน้า 2-3.

ประนีประนอมก็ทำได้ง่าย เนื่องจากเกิดความสมัครใจของคู่พิพาทเอง วิธีการเจรจาต่อรองนี้ถือเป็นวิธีการพื้นฐานที่สุด และมักจะเป็นส่วนหนึ่งในการระงับข้อพิพาทประเภทอื่น<sup>146</sup>

### (ค) ประเภทของการเจรจา

การเจรจาต่อรองมีสองประเภท ได้แก่ แบบแบ่งสันปันส่วน (distributive) และแบบบูรณาการ (integrative)

(ค.1) แบบแบ่งสันปันส่วน (distributive) หมายถึงการเจรจาต่อรองในกรณีหลาย ๆ ฝ่ายจะเจรจาต่อรองเกี่ยวกับการกระจายผลประโยชน์ที่มีปริมาณคงที่และจำกัด โดยคำถามสำคัญในการเจรจาต่อรองแบบนี้ คือ “ใครจะได้ผลประโยชน์มากที่สุด” ในการเจรจาต่อรองแบบแบ่งสันปันส่วนนี้เมื่อมีผู้ได้ผลประโยชน์ในส่วนนั้นไปประเด็นสำคัญในการเจรจาต่อรองแบบแบ่งสันปันส่วน ก็คือ ใครจะเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์สูงสุด หรือเรียกว่าการเจรจาต่อรองแบบผลรวมเป็นศูนย์ (zero-sum) หรือผลรวมคงที่ (constant-sum) คือมูลค่าสำหรับคนที่ได้เพิ่มและคนที่สูญเสียมีจำนวนเท่ากัน กล่าวคือ มีผลการแพ้-ชนะ (win-lose) ที่เกิดขึ้น<sup>147</sup>

(ค.2) แบบบูรณาการ (integrative) หมายถึงการเจรจาต่อรองในกรณีหลายฝ่ายให้ความร่วมมือเพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดร่วมกัน โดยการบูรณาการผลประโยชน์ให้เป็นข้อตกลง การทำข้อตกลงในลักษณะนี้เป็นการสร้างสรรค์ และเรียกร่องผลประโยชน์การเจรจาต่อรองแบบบูรณาการทุกฝ่ายที่ร่วมเจรจาต่อรองจะร่วมมือกันเพื่อสร้างผลประโยชน์โดยรวมให้มากที่สุด โดยบูรณาการผลประโยชน์ของแต่ละฝ่ายให้กลายเป็นข้อตกลงในขณะเดียวกันจะมีการแข่งขัน เพื่อจัดสรรผลประโยชน์รวมที่ได้สร้างขึ้นมา ในการเจรจาต่อรองแบบบูรณาการหน้าที่ของนักเจรจาต่อรองมีสองประการ ได้แก่ ประการแรก การสร้างผลประโยชน์ รวมทั้งของตนและฝ่ายตรงข้ามให้มากที่สุด

<sup>146</sup> พรหมยง พุฒิมิษา, *กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก*, ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, รวบรวมโดยสรวิศ ลิ้มปริงสี, สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550), หน้า 25-26.

<sup>147</sup> อนันต์ จันทร์โอภาส, *ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท : การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาท* อนุญาโตตุลาการ, หน้า 3.



เท่าที่จะทำได้ ประการที่สอง การเรียกร้องผลประโยชน์ให้กับตนเอง เรียกรการเจรจาต่อรองแบบนี้ว่า (ชนะ-ชนะ) (win-win)<sup>148</sup>

### (ง) การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจา

ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นที่นำการเจรจามารงับข้อพิพาทในประเทศไทย นิยมนำมาปรับใช้กับข้อพิพาททางแรงงานเพื่อเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง และข้อพิพาทอีกประเภทหนึ่งคือการเจรจาเป็นส่วนหนึ่งในการระงับข้อพิพาท ได้แก่ ข้อพิพาททางการบริการทางการแพทย์เพื่อลดปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างผู้ให้บริการทางการแพทย์กับผู้ป่วยในเริ่มแรกที่เกิดข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์กับผู้ป่วยได้สื่อสารกัน

#### (ง.1) ข้อพิพาททางแรงงาน

การเจรจาเป็นการระงับข้อพิพาทในกฎหมายไทยที่สามารถเห็นได้ชัดเจนในระบบกฎหมายแรงงานตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งมีความสำคัญต่อการทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ที่ทำให้ลูกจ้างมีเสถียรภาพในการเจรจาต่อรอง และมีเสถียรภาพในการทำสัญญาเท่าเทียมกับนายจ้างยิ่งกว่าการตกลงกันเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งลูกจ้างส่วนใหญ่จะไม่มีอำนาจในการเจรจาต่อรองกับนายจ้าง เว้นแต่ลูกจ้างที่มีฝีมือพิเศษ อันเป็นผลให้หลักเสถียรภาพในการทำสัญญาในส่วนของลูกจ้างคงเหลือเพียงการตกลงเป็นลูกจ้างตามเงื่อนไขและข้อกำหนดของนายจ้างเท่านั้น<sup>149</sup> การเจรจาต่อรองร่วมระหว่างฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้างเป็นกระบวนการที่สำคัญที่สุดกระบวนการหนึ่งของระบบแรงงานสัมพันธ์ กรณีเมื่อได้มีการแจ้งข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสภาพการจ้างเพื่อแก้ไข เปลี่ยนแปลงข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างแล้ว นายจ้างและลูกจ้างต้องตั้งตัวแทนเพื่อการเจรจาต่อรองตามข้อเรียกร้องของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งตาม

<sup>148</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

<sup>149</sup> อภินันท์ ทัพฝั่ง, “การทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), 107.

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 12<sup>150</sup> กำหนดให้คู่พิพาทเริ่มเจรจาต่อรองภายใน 3 วันนับแต่ได้มีการแจ้งข้อเรียกร้อง เมื่อคู่พิพาทเจรจาต่อรอง ภายใน 3 วันแล้ว หากสามารถตกลงกันได้ย่อมถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง แต่หากคู่พิพาทไม่สามารถเริ่มเจรจาต่อรองภายใน 3 วัน ย่อมถือว่าข้อพิพาทแรงงานได้เกิดขึ้นแล้ว

## (ง.2) ข้อพิพาททางการบริการทางการแพทย์

กรณีข้อพิพาททางการบริการทางการแพทย์ของประเทศไทยได้มีแนวคิดการนำวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาโดยกระทรวงสาธารณสุข เพื่อลดปัญหาข้อขัดแย้งในระบบบริการทางการแพทย์และสาธารณสุขมี 2 กระบวนการ ดังต่อไปนี้<sup>151</sup>

(1) การเจรจาไกล่เกลี่ยกันเอง การแก้ไขปัญหาตามแนวทางนี้ ใช้ในกรณีที่ฝ่ายโรงพยาบาล พยาบาล หรือแพทย์มีความผิดพลาดบกพร่องในกระบวนการรักษาพยาบาล เป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต หรือพิการ หรือผิดปกติไป เนื่องจากกรณีเช่นนี้หากผู้คดีในชั้นศาลมีแนวโน้มว่าจะแพ้คดี และศาลอาจให้ชดเชยค่าเสียหายจำนวนมาก วิธีการที่จะทำได้ คือ การตั้งตัวแทนหรือมอบหมายให้ผู้ที่มีความสามารถในการเจรจาต่อรองไปพบปะพูดคุยกับฝ่ายผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยเพื่อคลี่คลายข้อขัดแย้งพร้อมเสนอการช่วยเหลือเยียวยา ซึ่งอาจเป็นตัวเงินหรือทรัพย์สิน หรือการให้การช่วยเหลือดูแลผู้ป่วยวิธีอื่น หากยังไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ต้องเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคนกลาง

(2) การเจรจาไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง เป็นการที่คู่พิพาทพยายามจะแก้ปัญหาโดยความช่วยเหลือของบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่สามที่เป็นที่ยอมรับของทุกฝ่าย โดยพยายาม

<sup>150</sup> พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 12 ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง มีผลใช้บังคับภายในระยะเวลาที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงกัน แต่จะตกลงกันให้มีผลใช้บังคับเกินกว่าสามปีไม่ได้ ถ้ามิได้กำหนดระยะเวลาไว้ ให้ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างมีผลใช้บังคับหนึ่งปีนับแต่วันที่นายจ้างและลูกจ้างได้ตกลงกัน หรือนับแต่วันที่นายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงาน แล้วแต่กรณี

ในกรณีที่ระยะเวลาที่กำหนดตามข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างสิ้นสุดลง ถ้ามิได้มีการเจรจาทกลงกันใหม่ ให้ถือว่าข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างนั้นมีผลใช้บังคับต่อไปอีกคราวละหนึ่งปี

<sup>151</sup> กระทรวงสาธารณสุข, “คู่มือกฎหมายและคดีทางการแพทย์สำหรับแพทย์,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.tm.mahidol.ac.th/legal/sites/default/files/305.pdf>.

ทำหน้าที่เป็นคนกลาง กล่าวคือ การช่วยให้คู่พิพาทหรือคู่เจรจาทางออกร่วมกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั้งสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อันจะนำไปสู่ทางออกของความขัดแย้งระหว่างกัน โดยพยายามไม่ให้เกิดกระบวนการเปลี่ยนไปในทางที่จะเอาชนะกันจนมีฝ่ายหนึ่งแพ้และอีกฝ่ายหนึ่งชนะคดี

สำหรับความจำเป็นจะต้องใช้การเจรจาในข้อขัดแย้งจากการรักษาพยาบาลเนื่องจากผลของการรักษาพยาบาลที่เกิดจากเหตุอันไม่พึงประสงค์มักก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย และเป็นเหตุที่เกิดโดยไม่เจตนา และส่วนใหญ่เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ แต่เหตุผลสำคัญที่ทุกฝ่ายต้องการ คือ การช่วยเหลือเยียวยาผู้ป่วย หรือญาติผู้ป่วยกรณีเสียชีวิต การเอาชนะกันจึงไม่ใช่ทางออกและไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย การพิสูจน์ผิดถูกแม้จะสามารถทำได้แต่ก็ไม่ได้เกิดผลดีแก่ทุกฝ่าย รวมทั้งต่อสังคมโดยรวม ผู้ให้บริการทางแพทย์ พยาบาล โรงพยาบาล ผู้ป่วย ประชาชน ยังคงต้องอยู่ร่วมกันในสังคม ต้องพึ่งพาอาศัยกันและกัน การคลี่คลายปัญหาข้อขัดแย้งโดยให้ผลที่สุดความสัมพันธ์ของทุกฝ่ายยังคงมีอยู่เช่นเดิม นับเป็นสิ่งที่ถูกต้อง เหมาะสม และสมควรกระทำ การเจรจาจึงเป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกหนึ่งในการนำมายุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการแพทย์และเป็นวิธีการแรกที่สามารถกระทำได้ทันทีเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นและมีการแทรกในทุกขั้นตอนของการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ และการดำเนินคดีในชั้นศาล<sup>152</sup>

ดังนั้น การเจรจาจึงเป็นการระงับข้อพิพาทที่สร้างความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทในการกำหนดทิศทางของการยุติข้อพิพาทด้วยตัวคู่พิพาท การเจรจาจึงนับว่าเป็นการระงับข้อพิพาทก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลวิธีหนึ่ง ซึ่งหากมีการเจรจาที่ดีเป็นที่ยอมรับของคู่พิพาทก็อาจทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นยุติลงได้ทันที โดยไม่ต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นหรือในการดำเนินคดีในศาลในทางกลับกันอุปสรรคที่ทำให้การเจรจาไม่ประสบความสำเร็จ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาทางด้านเนื้อหากระบวนการ หรือบุคคลคู่เจรจา<sup>153</sup> เช่น คู่พิพาทมีการติดต่อสื่อสารที่ล้มเหลว ขาดความชำนาญใน

<sup>152</sup> อนันต์ จันทโรภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 17.

<sup>153</sup> นิรมล อิมวิทยา, “การนำหลักการเจรจาต่อรองมาใช้ในคดีแพ่ง,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.library.coj.go.th/Book/30074?c=952734506>.

การเจรจา ขาดข้อมูล และขาดความเข้าใจในประเด็นที่ซับซ้อน ทศนคติทางกฎหมายแตกต่างกันและ คู่พิพาทต้องการผู้มีอำนาจตัดสินใจในการชี้ขาด เป็นต้น<sup>154</sup> ปัญหาของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการนี้ คือ หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมพร้อมใจเข้าร่วมเจรจา ก็ไม่สามารถไปบีบบังคับได้ และไม่มีอะไรรับประกันได้ว่า ท้ายที่สุดทั้งสองฝ่ายจะสามารถหาข้อยุติได้ เนื่องจากในการเจรจาต่อรองนั้น จำเป็นต้องใช้วาทศิลป์ในการโน้มน้าวความคิดเห็นของอีกฝ่ายมากพอสมควร<sup>155</sup>

### 2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

การนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อระงับข้อพิพาทให้สอดคล้องกับความต้องการของสังคมในปัจจุบันได้รับการยอมรับว่าเป็นวิธีที่สะดวก รวดเร็ว ประหยัด มีประสิทธิภาพ และสามารถรักษาความลับของคู่พิพาทได้ ตั้งแต่กลางทศวรรษที่ 19 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงได้รับความนิยมอย่างรวดเร็วในหลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>156</sup>

#### (ก) ความหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

แม้คำจำกัดความของการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ย หรือ Mediation ยังไม่มีคำจำกัดความที่ยอมรับเป็นการทั่วไป แต่ก็สามารถเข้าใจความหมายทั่วไปว่า หมายถึงการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยบุคคลที่สามดังกล่าวไม่ได้ทำหน้าที่ในการตัดสินว่าคู่พิพาทฝ่ายใดผิดหรือฝ่ายใดถูก<sup>157</sup>

นักวิชาการของไทย คำว่า “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” ซึ่งมีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้

<sup>154</sup> บุญธรรม วิเศษลา, “ปัญหาการเจรจาต่อรองแบบผสมผสาน : กรณีศึกษาเฉพาะศาลจังหวัดมหาสารคาม,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 27 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/User/Downloads/02306668.pdf.

<sup>155</sup> พรธมยง พุฒิมิษา, กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก, ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, หน้า 25-26.

<sup>156</sup> Michael McManus, Brianna Silverstein, “Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States,” . Cadmus Journal 1, 3 (2011): 100-102.

<sup>157</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 23.

ภาณุ รังสีหัทธ<sup>158</sup> ได้ให้ความหมายว่า การไกล่เกลี่ย คือผลผลิตประการหนึ่งที่เข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง โดยเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือกระตุ้นเตือนให้คู่ความเจรจาทกลงกันได้ดียิ่งขึ้น แต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่ความ แต่ทั้งวิธีการดังกล่าวมิใช่เป็นการเจรจาต่อรอง

โชติช่วง ท้าววงศ์<sup>159</sup> ได้ให้ความหมายว่า การไกล่เกลี่ยคือกระบวนการแก้ไขข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่มีความเป็นกลางเข้ามาช่วยเหลือแนะนำในการเจรจาต่อรองระหว่างคู่กรณีเพื่อระงับข้อพิพาท

ปรัชญา อยู่ประเสริฐ<sup>160</sup> ได้ให้ความหมายว่า การไกล่เกลี่ยหรือการประนีประนอมข้อพิพาทคือการตกลงยินยอมให้บุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางที่มีความอิสระแต่ไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาททางการช่วยเหลือ ในการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ทั้งสองฝ่ายลดหย่อนผ่อนปรนให้แก่กันและกันจนกระทั่งสามารถตกลงกันได้ โดยทำสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาทที่มีต่อกันต่อไป

เกษม คมสัจธรรม<sup>161</sup> การประนีประนอมข้อพิพาท หมายถึงการที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กันและกัน หรือการที่บุคคลหรือองค์กรตัวแทนเข้าไปเกี่ยวข้อง เข้าไปแทรกแซงหรือเข้าไปอยู่กลางระหว่างบุคคลสองคนหรือสองฝ่ายเพื่อขจัดข้อขัดแย้งหรือสร้างความปรองดอง ทั้งนี้โดยไม่มีการใช้อำนาจบังคับไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม

## (ข) ลักษณะที่สำคัญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

### (ข.1) หลักการรักษาความลับ (Confidentiality)

<sup>158</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, กฎหมายน่ารู้, (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2548), หน้า 141.

<sup>159</sup> สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, การปฏิบัติงานของอาสาสมัครไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชุมชน (อ.ก.ช.): ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข, (กรุงเทพมหานคร: เพชรรุ้งการพิมพ์, 2547), หน้า 6.

<sup>160</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 6.

<sup>161</sup> สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: เพชรรุ้งการพิมพ์, 2552), หน้า 47.

หลักการรักษาความลับเป็นหลักการที่คู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ยต้องใช้อย่างเคร่งครัดในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการกระทำ หรือข้อมูลใดที่ได้เกิดขึ้นตั้งแต่เริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนได้ข้อตกลงเป็นที่ยุติ โดยหลักการเป็นความลับมีอยู่ 2 กรณี กรณีแรก การเป็นความลับโดยห้ามคู่พิพาทนำข้อมูลที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยไปใช้ประโยชน์ในการดำเนินคดีในกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยไม่เป็นผลสำเร็จ และกรณีที่สอง การเป็นความลับโดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่นำข้อมูลที่ได้จากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งไปให้อีกฝ่ายหนึ่ง และผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับความคุ้มครองมิให้ศาลหมายเรียกผู้ไกล่เกลี่ยไปให้การในศาลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับทราบจากการทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ๆ<sup>162</sup> ซึ่งหลักการรักษาความลับดังกล่าวนี้แตกต่างจากหลักการต่าง ๆ ที่เกิดในการพิจารณาของศาล กล่าวคือ หลักการรักษาความลับถูกออกแบบมาเพื่อให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายสามารถที่จะเปิดเผยข้อมูลที่คู่พิพาทเห็นว่า มีความสำคัญกับข้อพิพาทของตนโดยไม่มีข้อจำกัด ทั้งที่เหตุการณ์ในอดีต หรือที่มาของข้อพิพาท ซึ่งรวมถึงลักษณะความสัมพันธ์ต่าง ๆ ของคู่พิพาทที่มีต่อกัน การเปิดเผยข้อมูลในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความแตกต่างกับการพิจารณาคดีชั้นศาลที่มุ่งพิจารณาถึงคำฟ้อง หรือคำให้การที่เกิดเป็นประเด็นข้อพิพาทเท่านั้น ดังนั้น หลักการรักษาความลับจึงถูกออกแบบมาเพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ข้อตกลงที่ดีที่สุดด้วยการตัดสินใจร่วมกันของคู่พิพาทเอง ในทางปฏิบัติ หลักการรักษาความลับจะถูกระบุไว้ในสัญญาระหว่างคู่พิพาทที่ตกลงให้มีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย<sup>163</sup> ซึ่งระดับของการรักษาความลับที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของทั้งสองฝ่าย และแม้ไม่มีข้อสัญญาคู่พิพาทต้องรักษาความลับอย่างเคร่งครัดเพื่อประโยชน์ของคู่พิพาทด้วยกันเอง<sup>164</sup>

## (ข.2) หลักความสมัครใจ (Voluntariness)

<sup>162</sup> ภาณุ รังสีสหัส, “การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท,” *อุลพาท* 2. (เมษายน-มิถุนายน 2538): 91.

<sup>163</sup> Chartered Institute of Arbitrators, “Practice Guideline 1: Confidentiality in Mediation,” [Online] Accessed 2020, March 2 Available from: <https://www.ciarb.org/media/4171/practice-guideline-1-confidentiality-in-mediation-2007.pdf>.

<sup>164</sup> David Spencer, Michael Brogan, *Mediation Law and Practice*, แปลโดย เนติ กิจโกศล, “ปัญหาการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกลงมาใช้ในศาล: ศึกษาเฉพาะกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), 34-35.

หลักความสมัครใจทุกฝ่ายต้องเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรณีของคู่พิพาท หลักความสมัครใจเป็นหนึ่งในหลักการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเนื่องจากการที่ คู่พิพาทมีความประสงค์ที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยปราศจากการบังคับจาก บุคคลภายนอกหรือปัจจัยอื่นใดใน หรือผู้ไกล่เกลี่ยไม่สามารถที่จะบังคับขู่เข็ญคู่พิพาทให้เข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยได้<sup>165</sup> และความสมัครใจของคู่พิพาทนั้นจะต้องมีอยู่ตลอดทั้งกระบวนการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนกระทั่งการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุด หากระหว่างการดำเนินการไป แล้วบางส่วน คู่พิพาทบางฝ่ายอาจจะไม่สมัครใจที่จะใช้วิธีการดังกล่าวนี้อีกต่อไป การดำเนินการก็จะ สิ้นสุดลงทันทีที่ความสมัครใจหรือความยินยอมนี้สิ้นสุดลงด้วย ในส่วนของผู้ไกล่เกลี่ยต้องเกิดจาก ความยินยอมที่จะเป็นคนกลางในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>166</sup> และเมื่อดำเนินกระบวนการ แล้วได้ผลอย่างหนึ่งอย่างใด ผลนั้นย่อมผูกพันคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องซึ่งได้ตกลงให้ใช้วิธีการเหล่านี้ทุกฝ่าย ด้วย<sup>167</sup>

### (ข.3) หลักการให้อำนาจแก่คู่พิพาท (Empowerment)

ในหลักการให้อำนาจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นตั้งอยู่ บนพื้นฐานที่คู่พิพาทจะเป็นผู้ควบคุมและร่วมกันทำข้อความตกลงในผลลัพธ์สุดท้ายของการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือในกระบวนการเพื่อให้ได้ข้อตกลงเป็นการยุติแต่ไม่มี อำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท ดังนั้น คู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีอำนาจตัดสินใจใน ขั้นสุดท้ายในผลลัพธ์ของการไกล่เกลี่ยนั้นจะออกมาเป็นอย่างไร<sup>168</sup> โดยไม่ต้องมีการกำหนดไว้ใน เอกสารอื่นใดของการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยอีก เพราะวัตถุประสงค์ที่สำคัญของกระบวนการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทเน้นให้คู่พิพาทเพื่อช่วยเหลือในการตัดสินใจอย่างแท้จริง<sup>169</sup> คู่พิพาทต้องตระหนักถึง

<sup>165</sup> ปรีชญา อยู่ประเสริฐ, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลฎีกากับแนวทางในการพัฒนา”, (หลักสูตรผู้พิพากษาผู้บริหารในศาลชั้นต้น ศาลยุติธรรม, 2551), 5.

<sup>166</sup> ชลัท ประเทืองรัตน, การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง :เส้นทางแห่งการสร้างความสำเร็จร่วมกัน. (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศูนย์การ พิมพ์แก่นจันทร์ จำกัด, 2559), หน้า 35.

<sup>167</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

<sup>168</sup> พรธมยง พุฒิมิษา, กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก, หน้า 52.

<sup>169</sup> ชลัท ประเทืองรัตน, “การไกล่เกลี่ยคนกลางและการแก้ไขความขัดแย้ง,” วารสารความยุติธรรมปริทัศน์ (2557): 61.

ความสำคัญในการใช้อำนาจในการตัดสินใจด้วยตัวคู่พิพาทเองในการค้นหาความต้องการของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย ไม่ควรให้ทนายความ หรือที่ปรึกษากฎหมายเข้ามาร่วมในการตัดสินใจมากเกินไป เพราะหากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จและการดำเนินเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาล คู่พิพาทจะหมดสิทธิในอำนาจในการตัดสินใจในผลลัพธ์โดยปริยายเนื่องจากอำนาจในการตัดสินใจเป็นของผู้พิพากษาเจ้าของคดี<sup>170</sup> นอกจากคู่พิพาทจะสูญเสียอำนาจในการตัดสินใจแล้ว คู่พิพาทนั้นอาจจะต้องเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่อาจจะต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวกว่าปกติ และค่าใช้จ่ายที่จะเกิดขึ้นอีกจำนวนมากในการแก้ไขข้อขัดแย้ง ดังนั้น การให้อำนาจแก่คู่พิพาทในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมจะส่งผลให้แก่คู่พิพาท สามารถตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ ได้ดี และมองสิ่งต่าง ๆ จากคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ได้นำเสนอข้อเท็จจริงมา ส่งผลให้เกิดความเข้าใจในกระบวนการและควบคุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ดีขึ้น รู้สึกว่าตนเองเป็นบุคคลสำคัญในกระบวนการระงับข้อพิพาทที่จะให้ความร่วมมือเพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยนำไปสู่ความสำเร็จในการระงับข้อพิพาทจนได้ข้อตกลงที่สมบูรณ์เป็นที่ยุติ<sup>171</sup>

#### (ข.4) หลักความเป็นกลาง (Neutrality)

หลักความเป็นกลาง คือหลักการพื้นฐานที่เป็นหัวใจสำคัญในการระงับข้อพิพาทไม่ว่าจะด้วยวิธีการใด โดยเฉพาะกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากหลักความเป็นกลางนั้นช่วยให้การสื่อสารระหว่างคู่พิพาทจะเหมาะสมกับสถานการณ์ที่ไม่สามารถพูดคุยกันเอง จึงมีความจำเป็นต้องใช้บุคคลที่สามเข้ามาช่วยกำกับกระบวนการ ผู้ไกล่เกลี่ยจะมีหน้าที่ช่วยให้คู่พิพาทหาทางออกร่วมกัน ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั้งสองฝ่ายหรือหลายฝ่าย อันจะนำไปสู่ทางออกของความขัดแย้งระหว่างกัน โดยพยายามไม่ให้กระบวนการเปลี่ยนไปในทางที่จะเอาชนะกันจนเกิดว่าฝ่ายหนึ่งแพ้ฝ่ายหนึ่งชนะ<sup>172</sup> หลักการความเป็นกลางจะเกิดขึ้นได้เมื่อผู้ไกล่เกลี่ยสามารถแยกความเห็นของตนที่มีต่อข้อพิพาทนั้นออกจากผลลัพธ์ที่คู่พิพาทที่สามารถตกลงกันได้ และหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นเพียงช่วยเหลือคู่พิพาทในกระบวนการเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงที่คู่พิพาทตัดสินใจนั้นด้วยตนเองโดย

<sup>170</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี, ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก, หน้า 32.

<sup>171</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 36-37.

<sup>172</sup> ชลัท ประเทืองรัตนนา, “การไกล่เกลี่ยคนกลางและการแก้ไขความขัดแย้ง,” หน้า 62.



ปราศจากความเอนเอียงที่จะช่วยเหลือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และผู้ไกล่เกลี่ยยังคงต้องแสดงตนให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายรู้สึกว่าคุณไกล่เกลี่ยนั้นดำรงความเป็นกลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น ๆ ด้วย เพื่อให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเปิดใจยอมรับความช่วยเหลือจากผู้ไกล่เกลี่ยโดยความเป็นกลาง ผู้ไกล่เกลี่ยจึงมักจะทำงานเป็นคณะเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจ และสามารถตรวจสอบซึ่งกันและกันได้ เพื่อป้องกันความลำเอียงใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นโดยที่ผู้ไกล่เกลี่ยไม่รู้ตัว<sup>173</sup>

#### (ข.5) หลักเรื่องผลลัพธ์มีลักษณะเฉพาะตัว (A unique solution)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้เปิดกว้างให้แก่คู่พิพาทที่จะออกแบบและค้นหาความต้องการของคู่พิพาทเพื่อนำไปสู่ความตกลงถึงทางแก้ไขข้อพิพาทที่เกิดขึ้นด้วยการปรึกษาและประชุมกันในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อมูลที่แต่ละฝ่ายได้นำเสนอมาระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนนำไปสู่ข้อตกลงร่วมกันของคู่พิพาท<sup>174</sup> ดังนั้นข้อตกลงที่เป็นผลลัพธ์สุดท้ายในแต่ละกระบวนการไกล่เกลี่ยของคู่พิพาทที่แตกต่างกันจึงมีลักษณะเป็นการเฉพาะที่คู่พิพาทได้ตกลงกันในประเด็นนั้น ๆ แสดงถึงทางออกของข้อพิพาทนั้นมีความหลากหลายมากกว่า และไม่ถูกจำกัดอยู่ภายใต้กรอบของทางออกที่ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายอย่างเช่นคำพิพากษาของศาล ผลลัพธ์ที่เป็นเอกลักษณ์ของกระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นเป็นไปได้หลายแบบด้วยกัน ขึ้นอยู่กับความต้องการของคู่พิพาททุกฝ่ายที่มีข้อพิพาทกัน ซึ่งผลลัพธ์เหล่านั้นส่วนมากมักเป็นไปได้หากคู่พิพาทใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่น โดยเฉพาะวิธีการระงับข้อพิพาททางศาลที่ผลลัพธ์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น ประเด็นความรับผิดชอบละเมิดคำพิพากษามีได้ 2 ทาง ได้แก่ ยกฟ้องโจทก์หรือพิพากษาให้จำเลยให้ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่โจทก์เท่านั้น<sup>175</sup>

#### (ค) ประเภทของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบหนึ่งที่สามารถทำได้ทันทีนับแต่เกิดข้อพิพาทขึ้น เพื่อแก้ไขปัญหาการฟ้องคดี

<sup>173</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 37-38.

<sup>174</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก, หน้า 35.

<sup>175</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 38-39.

ในศาลให้มีจำนวนน้อยลงจึงมีหน่วยงานที่ให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล เช่น ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม หรือหน่วยงานที่ให้บริการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งในและนอกศาล เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้<sup>176</sup>

### (ค.1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลโดยศาลเป็นผู้ดำเนินการให้ หากคู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ก็จะมีกรทำสัญญาประนีประนอมยอมความและศาลจะมีคำพิพากษาตามที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือโจทก์อาจถอนฟ้องเมื่อตกลงกันได้ หรือการรับข้อเท็จจริงในการฟ้องคดีโดยมีข้อยกเว้นบางประการ หรือหากตกลงกันได้เพียงบางส่วนศาลก็จะสืบพยานและพิพากษาในประเด็นที่ตกลงกันเท่านั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลนั้นประเทศไทยสามารถเข้าสู่กระบวนการได้ 3 กรณี คือ<sup>177</sup>

(1) กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในช่วงก่อนพิจารณาคดี ซึ่งเริ่มตั้งแต่เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องคดี โดยศาลจะสอบถามความสมัครใจของฝ่ายโจทก์ และเมื่อส่งหมายเรียกและสำเนาคำฟ้องให้จำเลยก็จะแจ้งให้จำเลยทราบ หากจำเลยประสงค์จะให้ศาลไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการดำเนินคดีได้ด้วยตนเอง ดังเช่น พระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 21<sup>178</sup> โดยเป็นบทบัญญัติ

<sup>176</sup> อนันต์ จันทโรภาส, ทางเลือกในการกระงับข้อพิพาท การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนีประนอมข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ, หน้า 54.

<sup>177</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 54-56.

<sup>178</sup> พระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 21 ถ้าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสอบถามความสมัครใจของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ถ้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำหน่ายคำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น และแจ้งให้คู่พิพาทผู้ยื่นคำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบ

ในกรณีที่มิใช่คู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย และคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทที่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

เกี่ยวกับการร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแต่อาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานภาคเอกชน และภาคประชาชน ที่มีกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเฉพาะทาง รวมทั้งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการสนับสนุนและส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการไกล่เกลี่ยให้แก่ประชาชน อีกทั้งยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับนำสัญญาประนีประนอมยอมความนอกศาลไปยื่นคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอม<sup>179</sup> และในวันที่ 8 กันยายน 2563 ได้มีการประกาศแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 32) พ.ศ. 2563 โดยจะมีผลใช้บังคับวันที่ 7 พฤศจิกายน 2563 บัญญัติให้คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องต่อศาลที่อยู่ในเขตอำนาจตนว่าจะประสงค์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในศาล<sup>180</sup>

---

การยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รายละเอียดของคำร้อง และระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประกาศกำหนด

<sup>179</sup> ธนพร ผดุงอิทธิ, “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งก่อนฟ้องคดี,” วารสารมหาวิทยาลัยนครพนม 6 ,10 (ธันวาคม 2562): 5826.

<sup>180</sup> พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 32) พ.ศ. 2563 มาตรา 20 ตรี ก่อนยื่นฟ้องคดี บุคคลที่จะเป็นคู่ความอาจยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจหากมีการฟ้องคดีนั้น เพื่อขอให้ศาลแต่งตั้งผู้ประนีประนอมทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้คู่กรณีที่เกี่ยวข้องได้ตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาท โดยคำร้องนั้นให้ระบุชื่อและภูมิลำเนาของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องรวมทั้งรายละเอียดของข้อพิพาท เมื่อศาลเห็นสมควร ให้ศาลรับคำร้องนั้นไว้แล้วดำเนินการสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย หากคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งยินยอมเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ให้ศาลมีอำนาจเรียกคู่กรณีที่เกี่ยวข้องมาศาลด้วยตนเองโดยคู่กรณีจะมีหน้าความมาด้วยหรือไม่ก็ได้ และแต่งตั้งผู้ประนีประนอมดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไปโดยให้นำความในมาตรา 20 ทวิ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าคู่กรณีที่เกี่ยวข้องสามารถตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันได้ให้ผู้ประนีประนอมเสนอข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาล หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นไปตามเจตนาของคู่กรณี หลักแห่งความสุจริตเป็นธรรม และไม่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย ก็ให้คู่กรณีลงลายมือชื่อในข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น

ในวันทำข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความตามวรรคหนึ่งคู่สัญญาอาจร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอม พร้อมแสดงเหตุผลความจำเป็นต่อศาล หากศาลเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นที่สมควรจะมีคำพิพากษาไปในเวลานั้น ก็ให้ศาลมีคำพิพากษาไปตามข้อตกลงหรือสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้โดยให้นำความในมาตรา 138 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

การขอและการดำเนินการตามมาตรานี้ ไม่ต้องเสียค่าขึ้นศาล

คำสั่งของศาลที่ออกตามความในมาตรานี้ให้เป็นที่สุด

(2) กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในช่วงคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาโดยผู้พิพากษาในศาล เป็นกรณีที่ผู้พิพากษาใช้อำนาจทั่วไปตามกฎหมาย เพื่อให้คู่พิพาทได้มีโอกาสไกล่เกลี่ยประนีประนอมยอมความกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19<sup>181</sup> มาตรา 20<sup>182</sup> และมาตรา 20 ทวิ<sup>183</sup>

ในมาตรา 19 และมาตรา 20 ทั้งสองมาตราเป็นบทบัญญัติให้ศาลจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล และศาลก็ได้เริ่มโครงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลอย่างเป็นระบบตั้งแต่ปี พ.ศ. 2537 เป็นต้นมา โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการส่งเสริมให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันได้โดยฉันทมิตร และให้คดีออกไปจากศาลได้รวดเร็วขึ้น บทบัญญัติมาตรา 19 และ 20 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเป็นเพียงแต่การให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้คู่พิพาทมาศาลด้วยตนเอง หรือพยายามเปรียบเทียบเพื่อให้คู่พิพาทได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันเท่านั้น แต่มิได้ให้อำนาจศาลที่จะบังคับให้คู่พิพาทยินยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ดังนั้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลจึงยังคงขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่พิพาท

---

เมื่อศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้ประนีประนอมแล้วแต่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่า อายุความครบกำหนดไปแล้วหลังจากยื่นคำร้องหรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง

<sup>181</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่พิพาททุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่พิพาทนั้น ๆ จะได้มีทนายความว่าต่างแยกต่างอยู่แล้วก็ตาม อนึ่งถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่พิพาทมาศาลด้วยตนเองอาจยังให้เกิดความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่พิพาทมาศาลด้วยตนเอง

<sup>182</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้น

<sup>183</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ทวิ เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งโดยจะให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้

เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอมเพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทได้ประนีประนอมกัน

หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาโดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกา

ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกากาตามวรรคสาม เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ในส่วนของมาตรา 20 ทวิ เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทได้ประนีประนอมกัน

(3) กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนดบังคับจะเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ศาลออกหมายเรียกไปยังจำเลยและกำหนดวันนัดให้จำเลยมาศาลเพื่อการไกล่เกลี่ย ให้การ สืบพยาน ในวันเดียวกัน ในคดีโมโนสาเร่ และคดีผู้บริโภค

คดีโมโนสาเร่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 193 บัญญัติว่า ในคดีโมโนสาเร่ ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็วและออกหมายเรียกไปยังจำเลย ในหมายนั้นให้จัดแจ้งประเด็นแห่งคดีและจำนวนทุนทรัพย์หรือราคาที่เรียกร้อง และข้อความว่าให้จำเลยมาศาลเพื่อการไกล่เกลี่ย ให้การ และสืบพยานในวันเดียวกัน และให้ศาลสั่งให้โจทก์มาศาลในวันนัดพิจารณานั้นด้วย

ในวันนัดพิจารณา เมื่อโจทก์และจำเลยมาพร้อมกันแล้ว ให้ศาลไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้นก่อน

CHULALONGKORN UNIVERSITY

คดีผู้บริโภคพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551

มาตรา 24 บัญญัติว่า เมื่อศาลสั่งรับคำฟ้องแล้ว ให้ศาลกำหนดวันนัดพิจารณาโดยเร็ว และออกหมายเรียกจำเลยให้มาศาลตามกำหนดนัดเพื่อการไกล่เกลี่ย ให้การ และสืบพยานในวันเดียวกัน ทั้งนี้ ให้ศาลส่งสำเนาคำฟ้องหรือสำเนาบันทีกคำฟ้องให้จำเลย และสั่งให้โจทก์มาศาลในวันนัดพิจารณานั้นด้วย

จำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือก่อนวันนัดพิจารณาตามวรรคหนึ่งก็ได้

มาตรา 25 บัญญัติว่า ในวันนัดพิจารณา เมื่อโจทก์และจำเลยมาพร้อมกันแล้วให้เจ้าพนักงานคดีหรือบุคคลที่ศาลกำหนดหรือที่คู่พิพาทตกลงกันทำการไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันก่อน ในการไกล่เกลี่ย ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอหรือผู้ไกล่เกลี่ยเห็นสมควรผู้ไกล่เกลี่ยจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ได้

หลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาในการไกล่เกลี่ย ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกา

## (ค.2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล หรือแม้จะฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แต่คู่พิพาทยังสามารถดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกันเอง โดยไม่ได้ดำเนินการกันในชั้นศาล<sup>184</sup> วิธีนี้คู่พิพาทต้องอาศัยคนกลางมาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในคดี ทำหน้าที่เป็นเพียงผู้ให้คำปรึกษา ให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับความคิดหรือข้อเสนอต่าง ๆ ต่อคู่พิพาท เพื่อนำไปสู่การยุติข้อพิพาท หรือให้ข้อมูลเกี่ยวกับความชอบธรรม และความสมเหตุสมผลของข้อเรียกร้องของคู่พิพาทแต่ละฝ่าย ให้ความเห็นในการประเมินสถานะของข้อพิพาทให้กับแต่ละฝ่ายอย่างเป็นกลาง ให้ข้อความเป็นไปได้ในการยุติข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ตลอดจนให้คำแนะนำวิธีการในการวิเคราะห์ปัญหาและการหาทางออก แต่ไม่ใช่ผู้ตัดสินข้อพิพาท เนื่องจากอำนาจในการตัดสินข้อพิพาทนั้นอยู่ที่คู่พิพาทเป็นสำคัญ ดังนั้น ในขณะที่ศาลยุติธรรมประสบปัญหาคดีล้นศาลเป็นเหตุให้การพิจารณาคดีของศาลล่าช้า ผู้พิพากษาต้องรับผิดชอบงานคดีที่มีปริมาณมาก จึงได้มีความพยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยใช้วิธีการบริหารจัดการคดี (Case

<sup>184</sup> ศาลยุติธรรม, “E Board การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 2563,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://pyojc.coj.go.th/th/file/get/file/202002269139b6cd25f0ba4f161c5ca5be342816121448.pdf>.

management)<sup>185</sup> และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล อีกทั้งสภาพสังคมและเศรษฐกิจของไทยได้เปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว จำนวนความขัดแย้งเริ่มมีจำนวนสูงขึ้นเรื่อย ๆ หากยังคงให้ศาลเป็นองค์กรเดียวที่รับผิดชอบข้อขัดแย้งทุกเรื่องย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวมอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ถึงแม้ว่าจะมีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในศาลโดยผู้พิพากษา ผู้พิจารณาคดี หรือผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ควบคู่กับการพิจารณาพิพากษาคดี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 แล้วก็ตามแต่มีขั้นตอนการปฏิบัติที่ใช้เวลาและมีความยุ่งยาก ดังนั้นการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) ก่อนการฟ้องคดีจึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมในการระงับข้อพิพาท เพื่อลดปัญหาคดีที่มีปริมาณมากในศาลและส่งเสริมความสัมพันธ์ที่ดีต่อกันแก่คู่พิพาท ในปัจจุบันได้มีพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยพระราชบัญญัติมี 6 หมวด หมวด 1 ผู้ไกล่เกลี่ย หมวด 2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง หมวด 3 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญา หมวด 4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นสอบสวน หมวด 5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน และหมวด 6 บทกำหนดโทษ

### (ง) สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

คำว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้นิยามไว้ในมาตรา 3<sup>186</sup> หมายถึง การดำเนินการเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสเจรจาตกลงกันระงับข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญา โดยสันติวิธีและปราศจากการวินิจฉัยชี้ขาด หากพิจารณาจากประเภทของผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื้อหาของพระราชบัญญัตินี้จะสามารถแบ่งได้เป็น 3 ส่วน

**ส่วนที่ 1** คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ

<sup>185</sup> ศาลยุติธรรม, “แผนยุทธศาสตร์ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2561 – 2564,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 16 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/file/get/file/201901315b7e7041ba828faadd269e1b37e36c86104421.pdf>.

<sup>186</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้นิยามไว้ในมาตรา 3 “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท” หมายความว่า การดำเนินการเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสเจรจาตกลงกัน ระงับข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญาโดยสันติวิธีและปราศจากการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ดำเนินการในชั้นศาลและในชั้นการบังคับคดี

**ส่วนที่ 2** คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นสอบสวน ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยพนักงานสอบสวน

**ส่วนที่ 3** คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชน ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม

ในการนี้จะขอกล่าวเฉพาะพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในหมวด 1 และ 2 ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง ดังนี้

### หมวด 1 ผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในอันที่จะเอื้ออำนวยให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นไปได้ด้วยความเรียบร้อยคู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ แต่ข้อจำกัดเกี่ยวกับบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยนั้นก็ค่อนข้างมาก เนื่องจากเป็นผู้ที่อยู่ในฐานะเป็นคนกลางที่ทำหน้าที่ประนีประนอมสร้างความเข้าใจแก่คู่พิพาทให้ตรงกัน และเห็นแนวทางร่วมกันในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ผู้ไกล่เกลี่ยจึงไม่ได้มีบทบาทเชิงรุก หรือโน้มน้าวไปในแนวทางต่าง ๆ ที่ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นควร แต่กระทำได้เพียงการสร้าง ความเข้าใจในแง่มุมต่าง ๆ ของข้อพิพาท ทางเลือกหรือทางออกของการระงับข้อพิพาทมีแนวทางใดบ้าง มีข้อเสียอย่างไร คู่พิพาทแต่ละฝ่ายคิดเห็นอย่างไร สมัครงใจที่จะยุติข้อพิพาทกันหรือไม่ นอกจากนี้แล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยยังเป็นสื่อกลาง หรือผู้ประสานการเจรจากันให้เป็นไปได้ด้วยความราบรื่น แม้ว่าในที่สุดจะตกลงกันไม่ได้ก็ตาม แต่ก็เป็นการสร้างความเข้าใจ และเปิดโอกาสให้มีการได้พูดคุยเจรจากันโดยมีคนกลางเป็นผู้ประสาน เมื่อบทบาทของผู้ไกล่เกลี่ยมีความสำคัญดังกล่าว<sup>187</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จึงได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้ไกล่เกลี่ยไว้ตั้งแต่มาตรา 9 ถึงมาตรา 19 โดยบัญญัติตั้งแต่คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ใน

<sup>187</sup> ชลัท ประเทืองรัตนา, การไกล่เกลี่ยโดยคนกลางเส้นทางแห่งการสร้างความเข้าใจร่วมกัน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักสันติวิธี และธรรมาภิบาล สถาบันพระปกเกล้า, 2559).



มาตรา 10<sup>188</sup> อำนาจหน้าที่ของผู้ไกล่เกลี่ยตามมาตรา 11<sup>189</sup> ตลอดจนการสิ้นสุดความเป็นผู้ไกล่เกลี่ย  
ในมาตรา 17<sup>190</sup>

ฉะนั้นจะเห็นได้ว่า หลักการสำคัญในหมวดที่ 1 คือ จะเกี่ยวกับบุคคลที่จะ  
เป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัตินี้ต้องผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่รับรองโดยคณะกรรมการ  
พัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ และต้องมีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์ต่อ  
การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 10 เช่น เคยต้องโทษจำคุก หรือ  
เป็นคนไร้ความสามารถ โดยสามารถยื่นคำขอขึ้นทะเบียนต่อนายทะเบียนซึ่งก็คือหัวหน้าหน่วยงาน  
ของรัฐตามมาตรา 9 เช่น กรณีของสำนักงานศาลยุติธรรม หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ คือ เลขาธิการ

<sup>188</sup> มาตรา 10 ผู้ขึ้นทะเบียนเป็นผู้ไกล่เกลี่ยต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

ก. คุณสมบัติ

(1) ผ่านการอบรมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามหลักสูตรที่คณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติตาม  
กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติรับรอง

(2) เป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ อันจะเป็นประโยชน์แก่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ข. ลักษณะต้องห้าม

(1) เคยรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือ  
ความผิดลหุโทษ

(2) เป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ความสามารถ หรือ  
คนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ

(3) เคยถูกเพิกถอนการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัตินี้ และยังไม่พ้นห้าปี นับถึงวันยื่นคำขอรับหนังสือรับรองการ  
ขึ้นทะเบียน

<sup>189</sup> มาตรา 11 ผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่และอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) กำหนดแนวทางและจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(2) ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และเสนอแนะคู่พิพาทในการหาแนวทางยุติข้อพิพาท

(3) ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความเป็นกลาง

(4) จัดทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในกรณีที่ผู้ไกล่เกลี่ยกระทำการตามหน้าที่โดยสุจริต  
ย่อมได้รับการคุ้มครองไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา

<sup>190</sup> มาตรา 17 ความเป็นผู้ไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง เมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) สิ้นสภาพการเป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือถูกเพิกถอนการเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

(4) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 10

สำนักงานศาลยุติธรรม และผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับค่าตอบแทนรวมค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา 19<sup>191</sup> แต่ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามระเบียบของกระทรวงยุติธรรม

## หมวด 2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง

### กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง

ข้อพิพาทที่สามารถไกล่เกลี่ยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 20<sup>192</sup> คือ ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินซึ่งไม่ใช่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก ข้อพิพาทอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และข้อพิพาทอื่นที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาทหรือไม่เกินจำนวนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ทั้งนี้ไม่รวมข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องด้วยสิทธิแห่งสภาพบุคคล เช่น การพิพาทเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติ จะนำมาไกล่เกลี่ยไม่ได้ สิทธิในครอบครัว คือเรื่องที่อยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งบรรพ 5 ครอบครัว จะนำมาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ได้ เช่น เรื่องค่าทดแทน

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งเริ่มต้นจากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยหน่วยงานของรัฐจะสอบถามอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้าอีกฝ่ายหนึ่งตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาททั้งสองก็จะตกลงแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยหรือขอให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยให้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยเหล่านี้จะเป็นผู้ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนไว้แล้ว กระบวนการไกล่เกลี่ยต้องดำเนินการอย่างต่อเนื่องและแล้วเสร็จโดยเร็ว ผู้ไกล่เกลี่ยสามารถไกล่เกลี่ยต่อหน้าคู่พิพาททุกฝ่าย หรือถ้ามีเหตุจำเป็นก็สามารถไกล่เกลี่ยลับหลังอีกฝ่ายหนึ่งได้

<sup>191</sup> มาตรา 19 ในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยในหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ผู้ไกล่เกลี่ยได้รับค่าตอบแทนและค่าใช้จ่ายอื่นที่จำเป็นในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตามระเบียบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมกำหนดโดยความเห็นชอบของกระทรวงการคลัง

<sup>192</sup> มาตรา 20 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งสภาพบุคคล สิทธิในครอบครัว หรือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ไม่สามารถกระทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งให้กระทำได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์
- (2) ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก
- (3) ข้อพิพาทอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

(1) ข้อพิพาทอื่นนอกจาก (1) (2) และ (3) ที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาท หรือไม่เกินจำนวนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

อาจอนุญาตให้ทนายความหรือญาติหรือที่ปรึกษาของคู่พิพาทหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยก็ได้ตามมาตรา 21<sup>193</sup>

กระบวนการไกล่เกลี่ยจะสิ้นสุดลงได้มีอยู่ 3 กรณีคือ กรณีที่หนึ่ง คู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาท กรณีที่สอง คู่พิพาทถอนตัว และกรณีที่สาม ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยต่อไปก็จะไม่เกิดประโยชน์จึงสั่งยุติการไกล่เกลี่ยระหว่างที่มีการดำเนินการไกล่เกลี่ย เพื่อไม่ให้เกิดข้อกังวลต่อคู่พิพาท ตามมาตรา 31<sup>194</sup>

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้มีการขยายอายุความตามมาตรา 6<sup>195</sup> กล่าวคือ หากการไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล ถ้าปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ย หรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวัน นับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง

<sup>193</sup> มาตรา 21 ถ้าคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสอบถามความสมัครใจของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ถ้าคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำหน่ายคำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น และแจ้งให้คู่พิพาทผู้ยื่นคำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบ

ในกรณีที่คู่พิพาทมากกว่าสองฝ่าย และคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทที่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

การยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รายละเอียดของคำร้อง และระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประกาศกำหนด

<sup>194</sup> มาตรา 31 กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลงในกรณี ดังต่อไปนี้

- (1) คู่พิพาทตกลงระงับข้อพิพาทกันได้
- (2) คู่พิพาทถอนตัวจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรา 27
- (3) ผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไปจะไม่เป็นประโยชน์และให้ยุติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

<sup>195</sup> มาตรา 6 ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทตามมาตรา 33 ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยให้นับระยะเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่คำสั่งของศาลถึงที่สุด

อีกหลักการหนึ่งในเรื่องของกระบวนการไกล่เกลี่ย คือ ข้อเท็จจริงในชั้นไกล่เกลี่ยต้องเป็นความลับต้องห้ามไม่ให้รับฟังเป็นพยานหลักฐานซึ่งเป็นจริยธรรมทั้งตัวคู่พิพาทและผู้ไกล่เกลี่ย เช่น ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับความประสงค์ของคู่พิพาทที่เข้าร่วมในการไกล่เกลี่ย ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับแนวทางการไกล่เกลี่ยของคู่พิพาท ข้อเสนอใด ๆ ที่เสนอโดยผู้ไกล่เกลี่ย เอกสารที่จัดทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการไกล่เกลี่ย ต้องห้ามรับฟังเป็นพยานหลักฐานทั้งในการดำเนินคดี กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรือกระบวนการพิจารณาอื่นใด เว้นแต่เพื่อการบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท

### การบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาททางแพ่ง

ข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่ได้จากการดำเนินการไกล่เกลี่ยตามพระราชบัญญัตินี้ มีความศักดิ์สิทธิ์ ถ้าคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติตามข้อตกลงไม่ปฏิบัติตามอีกฝ่ายหนึ่งสามารถยื่นคำร้องต่อศาล เพื่อขอให้บังคับตามข้อตกลงได้ตามมาตรา 32<sup>196</sup> ภายในสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท มีลักษณะคล้ายกับกรณีขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ โดยพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกำหนดให้เสียค่าขึ้นศาลกรณียื่นคำร้องขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทเท่ากับค่าขึ้นศาลกรณียื่นคำร้องต่อศาลขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศไทย หากเปรียบเทียบกับค่าขึ้นศาล เช่น กรณียื่นฟ้องคดีมีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าสิบล้านบาท ต้องเสียค่าขึ้นศาลอัตราร้อยละสองของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินสองแสนบาท กรณีที่ขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทุนทรัพย์ไม่เกินห้าสิบล้านบาทจะเสียเพียงอัตราร้อยละ 0.5 ของทุนทรัพย์ แต่ไม่เกินห้าหมื่นบาท ซึ่ง

<sup>196</sup> มาตรา 32 เมื่อคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท คู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อขอให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้

การร้องขอตามวรรคหนึ่งต้องกระทำภายในสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ถ้าไม่ได้รับรองภายในกำหนดดังกล่าว ให้มูลหนี้ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นอันระงับไป

การร้องขอตามวรรคหนึ่งให้ยื่นต่อศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาลนั้น หรือศาลยุติธรรมที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้มีการไกล่เกลี่ยนั้น และให้เสียค่าขึ้นศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในอัตราเดียวกับคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ

เท่ากับประมาณ 1 ใน 4 เท่านั้น ถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยกว่ามาก การเข้าไปตรวจสอบของศาลในชั้น บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท ศาลถูกจำกัดบทบาทไว้พอสมควรอาจกล่าวได้ว่า ศาลต้องมีคำสั่ง บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทเสมอ เว้นแต่มีเหตุที่ศาลอาจปฏิเสธไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อ พิพาทได้ โดยอาจปรากฏต่อศาลเอง หรือคู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้ปฏิบัติตามข้อตกลงพิสูจน์ให้ ศาลเห็น เช่น กรณีคู่พิพาทบกพร่องในเรื่องความสามารถ อาจเป็นคนไร้ความสามารถ คนเสมือนไร้ ความสามารถหรือบุคคลวิกลจริต หรือกรณีข้อตกลงระงับข้อพิพาทเกิดจากกลฉ้อฉล การบังคับ การชู้ เชิญเมื่อศาลมีคำสั่งแล้ว มีการกำหนดว่า ห้ามอุทธรณ์คำสั่งศาล เว้นแต่บางกรณี เช่น ศาลมีคำสั่งไม่ บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท ศาลมีคำสั่งไม่เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทและคำพิพากษา หรือคำสั่งของศาลชั้นอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ดังนั้น กระบวนการในชั้นศาลจึงเหลือเพียงขั้นตอนการบังคับตาม ข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยศาลที่มีเขตอำนาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท คือ ศาลยุติธรรม เท่านั้น แบ่งเป็น 3 ประเภท ประเภทแรก คือ ศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขต ศาลนั้น ประเภทที่สอง คือ ศาลยุติธรรมที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล และ ประเภทที่สาม คือ ศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้มีการไกล่เกลี่ยนั้น

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### C (จ) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์

อย่างไรก็ตามปัจจุบันระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ของ ประเทศไทย ไม่สามารถบริหารจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ การระงับข้อพิพาททาง การแพทย์โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องเป็นคดีในประเทศไทยนั้นมีหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่ คือ ศูนย์สันติวิธี กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กระทรวงสาธารณสุขตั้งขึ้นตามคำสั่ง สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขที่ 2037/2547 ลงวันที่ 24 กันยายน 2547 โดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อดำเนินงานด้านการพัฒนาทักษะความสามารถของบุคลากร การแสวงหาและพัฒนาองค์ความรู้

การจัดการความขัดแย้งในระบบการแพทย์และสาธารณสุขด้วยสันติวิธีโดยการเจรจาไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ยังเป็นหน่วยงานที่คอยให้ความช่วยเหลือแนะนำ รวมถึงไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์

อย่างไรก็ดี การไกล่เกลี่ยของศูนย์สันติวิธียังประสบกับปัญหาหลายประการ ปัญหาประการแรกเกิดจากทัศนคติของประชาชนต่อการตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยของศูนย์สันติวิธี ดังจะเห็นได้จากข้อมูลของนายแพทย์บรรพต ตันธีรวงศ์ ซึ่งเป็นผู้จัดตั้งและผู้อำนวยการศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข ในปี พ.ศ. 2548 ซึ่งได้แสดงทรรศนะไว้ในงานสัมมนา เรื่อง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ทางเลือกใหม่ของสังคมไทย ว่าศูนย์สันติวิธีนั้น “เนื่องจากเป็นหน่วยงานภายในของกระทรวงสาธารณสุข จึงยังถูกมองว่าอาจไม่มีความเป็นกลาง รวมถึงข้อพิพาทที่เข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยมีไม่มากนัก ทำให้บุคลากรที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยยังขาดประสบการณ์ เป็นเหตุให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่บรรลุผลสำเร็จเท่าที่ควร”<sup>197</sup> ทั้งนี้บุคลากรซึ่งทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีความรู้และเข้าใจระบบทางการแพทย์และสาธารณสุขเป็นอย่างดี

นอกจากนี้ จากการที่ผู้วิจัยได้ดำเนินการสัมภาษณ์ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงและเป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจในประเด็นนี้เป็นอย่างดี ท่านแรกได้แก่คุณอรสา นารายณะคามิน อดีตรองผู้อำนวยการศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข และตำแหน่งปัจจุบันคือที่ปรึกษาให้กับศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี ซึ่งเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรวมทั้งเป็นผู้ฝึกอบรมให้แก่บุคลากรทางสาธารณสุขของแต่ละโรงพยาบาลที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้กรุณาให้ข้อมูลสามารถสรุปความเห็นได้ว่า จำนวนคดีทางการแพทย์ที่เข้าสู่ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขยังมีจำนวนน้อยมากปีหนึ่งไม่ถึง 10 คดี เนื่องจากศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขเป็นเพียงหน่วยงานศูนย์กลางในการดักจับปัญหาและให้ความช่วยเหลือกับโรงพยาบาลในเครือข่ายตามภูมิภาค และจังหวัดที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยจะเป็นการฝึกอบรมให้กับแต่ละโรงพยาบาลมากกว่าการรับเรื่องร้องเรียนโดยตรง เพราะศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขจะรับคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่ไม่สามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้โรงพยาบาล

<sup>197</sup> นายแพทย์บรรพต ตันธีรวงศ์ ในการสัมมนา เรื่อง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ทางเลือกใหม่ของสังคมไทย วันที่ 17 เมษายน 2548 ณ สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม.

และการส่งเรื่องให้ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขดังกล่าวนี้ผู้ที่ส่งเรื่องได้ต้องเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาล ทำหนังสือราชการเพื่อส่งเรื่องต่อให้กับศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>198</sup>

ผู้ที่ให้การสัมภาษณ์ท่านต่อมาก็คือ นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตนานายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี ซึ่งเป็นแพทย์ผู้เคยมีประสบการณ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในโรงพยาบาล ได้กรุณาให้ข้อมูลสามารถสรุปความเห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในโรงพยาบาลจะเกิดขึ้นเมื่อผู้ป่วยไม่พอใจในผลการรักษาของแพทย์จะเริ่มต้นยื่นข้อร้องเรียนต่อโรงพยาบาลที่ทำการรักษา ต่อมาจะมีบุคลากรของโรงพยาบาล เช่น นิติกรพยาบาล เกสัชกร เข้ามาเป็นคนกลางระหว่างแพทย์ผู้ทำการรักษาและผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายเพื่อพิจารณาในเบื้องต้นว่า ให้เกิดความเข้าใจกัน หากสามารถตกลงกันได้ข้อพิพาทก็จะยุติ แต่หากไม่สามารถตกลงกันได้บางครั้งผู้ป่วยก็จะดำเนินการยื่นฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งนายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตนานา ไม่เห็นด้วยกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในโรงพยาบาลโดยมีบุคลากรในโรงพยาบาลเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากนอกจากฝ่ายผู้ป่วยจะรู้สึกถึงความไม่เป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยแล้ว ในฝ่ายของแพทย์เองการไกล่เกลี่ยของโรงพยาบาล หรือในระบบสาธารณสุขเป็นการที่แพทย์หรือโรงพยาบาลไม่ได้รับประโยชน์แต่อย่างใด เพราะ เป็นการเสนอเงินเยียวยาไปพร้อมกับทำความเข้าใจในการรักษาในเพียงเบื้องต้นเพื่อให้ปัญหาจบลงโดยเร็วมากกว่าที่จะนำหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแท้จริงมาใช้<sup>199</sup>

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

นอกจากนี้จากการสัมภาษณ์เพื่อสอบถามข้อมูลจากแพทย์ผู้ทำการรักษาในโรงพยาบาล ถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในโรงพยาบาล หรือในระบบสาธารณสุขในปัจจุบันเกี่ยวกับความคิดเห็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีทางการแพทย์ มี 2 ความเห็น ดังต่อไปนี้

<sup>198</sup> สัมภาษณ์ อรสา นารายณะคามิน, อติตรงผู้อำนวยการศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, 18 กันยายน 2563.

<sup>199</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตนานายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี, 18 กันยายน 2563.

ความเห็นแรก ไม่เห็นด้วยที่มีกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาท และการใกล้เคียงข้อพิพาทในโรงพยาบาลยังไม่เหมาะสมที่จะแก้ปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์ที่เกิดขึ้นได้ เนื่องจาก ความเสียหายที่เกิดขึ้นในบางกรณีไม่ได้เกิดจากการรักษาทางการแพทย์ทั้งหมด แต่มีปัจจัยอื่นที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ เช่น โรคแทรกซ้อนที่เกิดขึ้นระหว่างการรักษา หรือโรคประจำตัวของผู้ป่วย และในบางครั้งเป็นพฤติกรรมของผู้ป่วยเองที่ไม่สามารถควบคุมสติตนเองได้ เช่น คนเมาสุรา หรือติดยาเสพติด การที่ผลการรักษาไม่เป็นไปตามที่ต้องการของผู้ป่วยแล้วเกิดการร้องเรียนต่อโรงพยาบาลและเมื่อเข้าสู่ระบบการใกล้เคียงข้อพิพาท ผลสุดท้ายโรงพยาบาลเพื่อตัดปัญหาไม่ให้เกิดประเด็นข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลจึงเยียวยาค่าเสียหายไปเพื่อให้ข้อพิพาทยุติไป จากการสัมภาษณ์เพื่อสอบถามข้อมูลบุคคลดังต่อไปนี้ นายแพทย์บารมี อักษรชู นายแพทย์ระดับปฏิบัติการ โรงพยาบาลตะโหนด จังหวัดพัทลุง<sup>200</sup> และนายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตนา นายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี<sup>201</sup> ได้กรุณาให้ข้อมูลสามารถสรุปความเห็นได้ว่า ไม่เป็นธรรมต่อแพทย์ที่ทำการรักษา เนื่องจากการจ่ายเงินชดเชยในลักษณะนี้เป็นการยอมรับว่าแพทย์ผู้ทำการรักษาเป็นผู้ผิดพลาดในการรักษาที่ทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย จึงเห็นควรฟ้องดำเนินคดีต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความรับผิดชอบมากกว่าการใกล้เคียงข้อพิพาทในโรงพยาบาลและจบด้วยการเยียวยาค่าเสียหายเป็นจำนวนเงิน

ความเห็นที่สอง เป็นฝ่ายแพทย์ที่เห็นด้วยกับการมีกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทในโรงพยาบาล และในระบบสาธารณสุขจากการสัมภาษณ์เพื่อสอบถามข้อมูลบุคคลดังต่อไปนี้ นายแพทย์วิษณุ สุทธิโมกษ์ นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลรัตภูมิ จังหวัดสงขลา<sup>202</sup>, แพทย์หญิงดวงฤทัย โชติมงคลทรัพย์ นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลป่าพะยอม จังหวัดพัทลุง<sup>203</sup> และนายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลสวรรคโลก จังหวัดสุโขทัย แพทย์ผู้ไม่ประสงค์ออก

<sup>200</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์บารมี อักษรชู, นายแพทย์ระดับปฏิบัติการ โรงพยาบาลตะโหนด จังหวัดพัทลุง, 17 กันยายน 2563.

<sup>201</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตนา, นายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี, 18 กันยายน 2563.

<sup>202</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์วิษณุ สุทธิโมกษ์, นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลรัตภูมิ จังหวัดสงขลา, 19 กันยายน 2563.

<sup>203</sup> สัมภาษณ์ แพทย์หญิงดวงฤทัย โชติมงคลทรัพย์, นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลป่าพะยอม จังหวัดพัทลุง, 17 กันยายน 2563



นาม<sup>204</sup> ได้กรุณาให้ข้อมูลสามารถสรุปความเห็นได้ว่า เมื่อเกิดข้อพิพาทที่เกิดการรักษา การทำความเข้าใจกันระหว่างฝ่ายแพทย์และฝ่ายผู้ป่วยกันก่อนในเบื้องต้นย่อมส่งผลดีกับทั้งสองฝ่ายในการได้มีโอกาสสื่อสารกันกันในข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากหากไปฟ้องคดีแพทยดังกล่าว เห็นว่า การไปสื่อสารกันในชั้นศาลในความรู้สึกของผู้ป่วยที่เป็นผู้เสียเป็นเหมือนการแก้ตัวของแพทย์ผู้ทำการรักษา มากกว่าเพื่อให้ตนพ้นผิด ดังนั้น การให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีจึงเป็นผลดีกับทุกฝ่ายที่แพทย์ได้มีโอกาสได้ให้ข้อมูลในการวินิจฉัยโรคว่ามีเหตุผลใดที่รักษาในลักษณะนี้ และเพราะเหตุใดจึงมีความเสียหายในลักษณะแบบนี้เกิดขึ้น โดยมีคนกลาง คือผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลากรทางด้านสาธารณสุขเป็นผู้ช่วยเหลือในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

นอกจากศูนย์สันติวิธีแล้ว ยังมีหน่วยงานหลักอีกแห่งที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยตรง ได้แก่ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม แต่ปัญหาที่มักจะพบ คือ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาหรือผู้ประนอมข้อพิพาทล้วนไม่มีความเข้าใจในระบบการแพทย์ การสาธารณสุข การรักษาพยาบาล รวมถึงเวชปฏิบัติต่าง ๆ เพียงพอ เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติผู้ประนอมว่าต้องเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการแพทย์<sup>205</sup> ทำให้การใช้ข้อมูลการเสนอแนวทางแนะนำเพื่อให้คู่พิพาทบรรลุข้อตกลงเป็นไปได้ยาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่พิพาทต่างมีปัญหาข้อพิพาทเนื่องจากการรักษาพยาบาลมักเกี่ยวข้องกับชีวิตและร่างกายที่ในบางครั้งไม่สามารถที่ประเมินเป็นเงินได้ และมีผลกระทบทางด้านจิตใจทั้งฝ่ายแพทย์และฝ่ายผู้ป่วย<sup>206</sup> แม้คู่พิพาทจะสมัครใจเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เมื่อผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือประนอมข้อพิพาทยังขาดความรู้ความเข้าใจในระบบการรักษาพยาบาล การช่วยเหลือแนะนำอธิบายถึงข้อดีข้อเสียต่าง ๆ ให้แก่คู่พิพาทจึงเกิดปัญหาข้อขัดข้อง นอกจากนี้ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่พบ คือ การที่คู่พิพาทไม่ยอมเปิดใจหรือให้รายละเอียดข้อมูลอันเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาททางการแพทย์ เนื่องจาก

<sup>204</sup> สัมภาษณ์ แพทย์ผู้ไม่ประสงค์ออกนาม, นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลสวรรค์โลก จังหวัดอุทัย, 19 กันยายน 2563.

<sup>205</sup> อำนาจ อาดำ, “ปัญหาอุปสรรคการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ : กรณีศึกษาในศาลจังหวัดนนทบุรี,” (หลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รุ่นที่ 17 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรม, 2561), หน้า 46-47.

<sup>206</sup> ปริญญากร กมฺพชาติ, “กรณีศึกษา การจัดการความขัดแย้งทางการแพทย์ของโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2, 2 (2559): 204-207.

เกรงว่าหากตกลงกันไม่ได้รายละเอียดหรือข้อมูลที่ให้ในการไกล่เกลี่ยจะถูกนำมาเป็นข้อต่อสู้ในการสืบพยาน ซึ่งในความเป็นจริง ๆ แล้วข้อมูลทั้งหมดจะต้องเก็บเป็นความลับ ในขณะที่ฝ่ายแพทย์ และโรงพยาบาลก็มีข้อกังวลว่า หากตกลงกันแล้วจะถือเป็นการยอมรับผิดไปด้วยหรือไม่ และเกรงว่าจะส่งผลกระทบต่ออื่นตามมาอีก จึงทำให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายเข้าใจว่า การฟ้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลพิจารณาและพิพากษาจะเหมาะสมมากกว่า<sup>207</sup>

ดังนั้น สำหรับประเทศไทย กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเป็นที่รู้จักและมีการนำมาใช้เป็นเวลานาน โดยสามารถแบ่งได้เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล อย่างไรก็ตาม แม้ในประเทศไทย กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกรับด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นที่รู้จัก และมีการนำมาใช้ในประเทศไทยเป็นระยะเวลาหนึ่ง แต่ก็ยังประสบปัญหาทัศนคติความลังเล และประชาชนยังได้รับความยุติธรรมที่ล่าช้าอยู่ สาเหตุประการสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาดังกล่าวคือกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทยยังขาดประสิทธิภาพ การขาดกลไกที่ส่งเสริมและจูงใจคู่พิพาทพิพาทให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก การขาดระบบการกลั่นกรองคดีก่อนเข้าการยื่นฟ้องต่อศาลที่มีประสิทธิภาพ การบังคับคดีแฝงให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนเริ่มพิจารณา การที่ตัวความไม่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยด้วยตัวเอง การกำหนดค่าตอบแทนในการไกล่เกลี่ย รวมถึงการขาดความรู้ความเข้าใจในการระงับข้อพิพาททางเลือกและขาดหน่วยงานที่จะส่งเสริมและสนับสนุน

ดังนั้น จากการศึกษาความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ของประเทศในปัจจุบันการพิจารณาคดีใช้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาใช้บังคับสามารถลดภาระของผู้ป่วยในการดำเนินคดีและส่งผลให้ผู้ประกอบวิชาชีพแพทยมีความระมัดระวังในการประกอบวิชาชีพมากยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกันระบบวิธีพิจารณาดังกล่าวก็ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ในอีกด้านหนึ่งเช่นกัน เนื่องจากการประกอบวิชาชีพแพทยมีความแตกต่างเป็นพิเศษจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอื่น กล่าวคือ การประกอบวิชาชีพเวชกรรมเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับศาสตร์และศิลป์ในการ

<sup>207</sup> บรรหาร กำลา, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท:ทางเลือกสังคมไทย,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2563. แหล่งที่มา: [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/4seminar/s7%20jun\\_2\\_3.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s7%20jun_2_3.pdf).

รักษาพยาบาลซึ่งมีอาจตั้งมาตรฐานได้ตายตัว ดังเช่นการขายสินค้าหรือการให้บริการโดยทั่วไป เพราะผลของการรักษามีได้ขึ้นอยู่กับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์เพียงประการเดียว หากแต่ยังขึ้นกับปัจจัยอื่นอีกหลายประการที่ส่งผลต่อความสำเร็จในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์อาทิ สภาวะร่างกายของผู้ป่วย ความแตกต่างของโรคที่ซ่อนนภายในอวัยวะของผู้ป่วยที่อาจตรวจไม่พบในตอนแรก พฤติกรรม การดูแลสุขภาพ การบริโภคอาหาร ยา การปฏิบัติตามคำแนะนำของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์และความรู้พื้นฐานของผู้ป่วยแต่ละราย เป็นต้น จึงได้มีแนวความคิดการระงับข้อพิพาทมาใช้กับควารับผิดทางละเมิดทางการแพทย์เพื่อหลีกเลี่ยงการพิจารณาคดีในชั้นศาล โดยในประเทศไทยได้มีกฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกกำหนดไว้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีกฎหมายกลางได้แก่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ตี และการอนุญาโตตุลาการในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

ในบทถัดไปจะเป็นการศึกษาการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ตามกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาแนวทางหรือมาตรการในการพัฒนาระบบการระงับข้อพิพาทในคดีละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทยต่อให้เหมาะสมที่สุดกับประเทศไทย

### บทที่ 3

#### การระงับข้อพิพาททางเลือกในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในกฎหมายต่างประเทศ

กรณีข้อพิพาทที่เกิดจากความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ที่มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ในต่างประเทศ และมีการฟ้องร้องสู่กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ปรากฏชัดในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกิดปัญหาค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่สูงขึ้นเกือบ 4 เท่า เมื่อเทียบกับอัตราการเติบโตของเศรษฐกิจประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>1</sup> นอกจากนี้ถูกมองว่ามีผลกระทบเชิงลบในระดับบุคคลแล้ว ระบบการฟ้องคดียังส่งผลกระทบต่อฐานะทางการเงินการคลังของระบบสุขภาพทั้งระบบ เช่นในประเทศอังกฤษ องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (National Health Service: NHS) ต้องจ่ายเงินเพื่อเป็นค่าชดเชยความเสียหายและค่าใช้จ่ายในกระบวนการฟ้องคดีหลายล้านปอนด์ โดยที่ทั้งจำนวนการฟ้องคดีและวงเงินชดเชยกลับไม่ลดลง<sup>2</sup> ดังนั้น ในต่างประเทศจึงได้มีแนวความคิดในการหาวิธีการระงับข้อพิพาทนอกศาลแทนการฟ้องคดี ในบทนี้ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาแนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาททางละเมิดในต่างประเทศที่เป็นแนวคิดพื้นฐานสำหรับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ และกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยเน้นศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง และคำขอกล่าวโทษ (Negotiation and early apology) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) และระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance) ซึ่งจะทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และสหภาพยุโรป เพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาและวิเคราะห์สำหรับเสนอวิธีการแก้ไขปัญหาในการระงับข้อพิพาททางเลือกคดีละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทยให้เกิดประสิทธิภาพ และเหมาะสมกับสภาพทางกฎหมายและสังคมต่อไป

<sup>1</sup> John J. Fraser, the Committee on Medical Liability, “Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice,” [Online] Accessed 2020, January Available from: <https://pediatrics.aappublications.org/content/107/3/602>.

<sup>2</sup> William J. Gaine, “No-fault compensation systems” *BMJ Journals* 326 (2003): 997-998.

### 3.1 แนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาททางละเมิดในต่างประเทศ

แนวคิดเรื่องความรับผิดทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศเริ่มตั้งแต่ประมวลกฎหมายของอัมมูราบีที่มีลักษณะการลงโทษแบบ “ตาต่อฟันต่อฟัน”<sup>3</sup> จนกระทั่งอิทธิพลทางกฎหมายโรมันรุ่งเรืองได้มีการยอมรับความรับผิดทางการแพทย์ เรียกว่า “การทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ (Medical Malpractice)”<sup>4</sup> ที่มีความรับผิดต่อกฎหมายโรมัน โดยแนวคิดดังกล่าวนี้ได้รับการขยายไปสู่ทวีปยุโรปในปี ค.ศ.1200<sup>5</sup> รวมทั้งได้มีต้นกำเนิดในกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษในช่วงต้นของยุคกลาง<sup>6</sup> และได้ส่งอิทธิพลไปสู่ประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ.1800 จนถึงปัจจุบัน โดยความรับผิดที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อทางแพทย์มีพื้นฐานมาจากแนวความคิดกฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีวิวัฒนาการในเรื่องความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพตลอดหลายทศวรรษ<sup>7</sup> และได้มีคำนิยามใน Black’s law dictionary กำหนดว่า “ละเมิด (Tort)” เป็นความรับผิดทางกฎหมายที่กระทำต่อบุคคล หรือทรัพย์สินโดยไม่เกี่ยวข้องกันสัญญา”<sup>8</sup> เป็นแนวความคิดที่ครอบคลุมลักษณะการกระทำหลายประเภท เช่น ความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (Negligence) ความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ (Professional Negligence) และการกระทำโดยจงใจ (Intentional Torts) ซึ่งการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์เป็นรูปแบบหนึ่งของลักษณะการกระทำ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>3</sup> B.S.Bal, “ An introduction to medical malpractice in the United States,” [Online] Accessed 2020, May 2 Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513>.

<sup>4</sup> Black’s law dictionary negligence means “the failure to exercise the standard of care that a reasonably prudent person would have exercised in a similar situation; any conduct that falls below the legal standard established to protect others against unreasonable risk of harm, except for conduct that is intentionally , wantonly , willfully disregarding of others rights”

<sup>5</sup> B.S.Bal, “An introduction to medical malpractice in the United States,” [Online].

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Reed Neil Olsen, “ The Reform of Medical Malpractice Law: Historical Perspectives,” *The American Journal of Economics and Sociology* 5 (July 1996).

<sup>8</sup> Black’s Law Dictionary defines it, “A tort is a legal wrong committed upon the person or property independent of contract”

ด้วยความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ (Professional Negligence)<sup>9</sup> จนทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายนำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างแพทย์ผู้ทำการรักษาและผู้ป่วย ซึ่งมีหลากหลายสาเหตุ เช่น วินิจฉัยผิดพลาด หรือการวินิจฉัยล่าช้า ทางเลือกในการรักษาที่ไม่เหมาะสม ข้อผิดพลาดในการดำเนินการรักษา เป็นต้น<sup>10</sup>

ในประเทศอังกฤษ กรณีความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์มีพื้นฐานมาจากกฎหมายละเมิด เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาที่เป็นรูปแบบหนึ่งของลักษณะการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อทางวิชาชีพ (Professional Negligence) โดยมีจุดเด่นในเรื่องของการเรียกร้องค่าเสียหาย<sup>11</sup> ซึ่งได้มีการพัฒนาเป็นระบบกองทุนชดเชยจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ตั้งแต่กลางทศวรรษที่ 1990 ที่ให้ผู้เสียหายเรียกร้องต่อ องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) ซึ่งเป็นองค์กรของภาครัฐที่ดูแลเรื่องของระบบสาธารณสุขในประเทศอังกฤษโดยเฉพาะ<sup>12</sup>

ในประเทศสิงคโปร์ กฎหมายละเมิดมีพื้นฐานมาจากกฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ<sup>13</sup> จึงเป็นระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งการพิจารณาในชั้นศาลต้องนำคำพิพากษาคดีก่อนที่มีข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันเป็นหลักในการพิจารณา<sup>14</sup> ดังนั้นประเทศสิงคโปร์จึงนำหลักการพิจารณาคดีละเมิดทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อในศาลฎีกาประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบในการพิจารณาคดี เช่น คดี *Montgomery v Lanarkshire Health Board*<sup>15</sup>

ดังนั้น “การทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ (Medical Malpractice)” ถือว่าเป็นความรับผิดชอบทางประมาทเลินเล่อ ซึ่งถือว่าเป็นการประมาททางวิชาชีพที่แพทย์ขาดความระมัดระวังในการรักษาพยาบาลไม่ได้ตามมาตรฐานที่วิชาชีพแพทย์ได้กำหนดไว้ หรือการกระทำหรือการงดเว้นการ

<sup>9</sup> B.S.Bal, “An introduction to medical malpractice in the United States,” [Online].

<sup>10</sup> Thomas Allan Heller, “An Overview of Medical Malpractice Law in the United States Including Legislative and the Health Care Industry’s Responses to Increased Claims,” *Medicine, Law & Society* 10, 2 (October 2017): 139-163.

<sup>11</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7th edition (Edinburgh: Pearson Education Limited, 2009), p. 8.

<sup>12</sup> Markesinis, Deakin, *Tort Law*, 4th edition (Oxford: Oxford University Press Inc., 1999), p.238.

<sup>13</sup> Eugene Tan, Gray Kok Yew, “The Singapore Legal System,” *Laws of Singapore* (2015): 5.

<sup>14</sup> Cristian Witting, Yihan Goh, “Evolving Personal Tort,” *Singapore Academy of Law Journal* (2015): 612.

<sup>15</sup> *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] SC 11 [2015] 1 AC 1430.

กระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในการตรวจวินิจฉัยและรักษาผู้ป่วยที่ผิดไปจากมาตรฐานแห่งวิชาชีพ จนก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย โดยทั่วไปความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ถูกจัดอยู่ในกฎหมายลักษณะละเมิด (Tort Law) ที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์<sup>16</sup> ซึ่งถือว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ด้วยความประมาทเลินเล่อที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อที่ 2.1.1.3 จนนำไปสู่การเกิดข้อขัดแย้งที่คู่พิพาทมีความคิดเห็นที่แตกต่างกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยแต่ละฝ่ายต่างเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการ หรือยอมรับสภาพ หรือสถานะอย่างใดอย่างหนึ่ง กรณีดังกล่าวจึงควรมีมาตรการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้น และจำเป็นต้องมีวิธีการบริหารจัดการความขัดแย้ง<sup>17</sup> ได้มีการกำหนดไว้ 3 แนวทาง ได้แก่ 1. การใช้อำนาจ (Power) 2. การใช้สิทธิ (Rights) และ 3. การใช้ผลประโยชน์ (Interest) เป็นแนวความคิดของ Ury , Brett และ Goldberg ในปี ค.ศ. 1988<sup>18</sup>

### 3.1.1 วิธีการบริหารจัดการความขัดแย้ง

#### 3.1.1.1 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ (Power)

อำนาจ คือ บุคคลหนึ่งสามารถใช้อิทธิพลเหนือบุคคลอีกคนหนึ่งในสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่ง ซึ่งจะพบว่าการใช้อำนาจนี้จะมีฝ่ายหนึ่งอยู่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ จึงสามารถใช้อำนาจทางกายภาพ หรือวิธีการที่รุนแรงได้ในลักษณะการลงโทษ ส่งผลให้เกิดความสัมพันธ์ที่ไม่ดีต่อกันระหว่างคู่ขัดแย้งและผลกระทบไปทางที่ขัดแย้งในวงกว้างมากกว่าการยุติข้อพิพาท เช่น สงคราม ความวุ่นวายในสังคม และการแก้แค้นทดแทน อย่างไรก็ตามอาจมีความเหมาะสมในบางสถานการณ์ ในฐานะผู้ปกครองอาจจะจำเป็นต้องใช้

<sup>16</sup> American Board of Professional Liability, “Attorneys What is Medical Malpractice?,” [Online] Accessed 2020, May 2 Available from: “<https://www.abpla.org/what-is-malpractice#:~:text=Medical>”

<sup>17</sup> สำนักกระบวนวิธีพิพาท สำนักงานยุติธรรม, คู่มือการระงับข้อพิพาท, (กรุงเทพมหานคร: บริษัทคัมปาย อิมเมจจิ้ง จำกัด, 2555), หน้า 1-3.

<sup>18</sup> Suzanne McCorkle, Melanie J. Reese Mediation Theory and Practice, (Pearson Education, Inc., 2005) p 5.

พลังทางกายภาพในการบังคับบัญชา หรือสั่งการจากเบื้องบนสู่เบื้องล่างเพื่อควบคุมดูแลบุคคลในสังคม<sup>19</sup>

### 3.1.1.2 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ (Rights)

การแก้ไขปัญหาความขัดแย้งประเภทนี้ได้รับอิทธิพลมาจากทฤษฎีความรู้ในเรื่องสิทธิที่มีการพัฒนาโดยผ่านประวัติศาสตร์ของทวีปยุโรป และนำมาประยุกต์ใช้ในระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา การแก้ไขปัญหาประเภทนี้ถือว่า สิทธิของปัจเจกชน (Rights of Individual) เป็นหัวใจสำคัญในการนำมาซึ่งความยุติธรรม และแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในระบบกฎหมาย โดยระบบกฎหมายจะกำหนดโครงสร้างวิธีการในการแก้ปัญหาของคู่พิพาทผ่านทางผู้มีอำนาจตัดสินข้อพิพาท<sup>20</sup>

การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ เช่น การนำคดีไปฟ้องต่อศาล หรือการให้อนุญาตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาด ที่มีการกำหนดมาตรฐาน หรือหลักเกณฑ์ไว้อาจเป็นกฎหมาย หรือจารีตประเพณีทางสังคมอื่น ๆ ที่กำหนดว่าฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเสียประโยชน์ จึงทำให้เกิดการแพ้-ชนะคดีต่อกัน<sup>21</sup> เช่นเดียวกับกับการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ (Power) แตกต่างกันเพียงว่าวิธีการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิมีมาตรฐาน หรือหลักเกณฑ์กำหนดขอบเขตผู้ตัดสินคดีไว้<sup>22</sup>

### 3.1.1.3 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการยึดหลักผลประโยชน์ (Interest)

การจัดการความขัดแย้งวิธีนี้ไม่ได้ยึดหลักการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายโดยตรง แต่ยึดหลักผลประโยชน์ที่ได้รับการเผยแพร่จากฟิชเชอร์ (Fisher) ยูรี (Ury) และ แพทตอน (Patton) ในโครงการเจรจาของฮาร์เวิร์ด (Harvard Negotiation Project)<sup>23</sup> เป็นการกล่าวถึง

<sup>19</sup> Ibid.

<sup>20</sup> Ibid., 7.

<sup>21</sup> มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต, “การบริหารความขัดแย้ง” ใน การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับ การไกล่เกลี่ย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2555) หน้า 13.

<sup>22</sup> Suzanne McCorkle, *Melanie J. Reese Mediation Theory and Practice*, p.7.

<sup>23</sup> Ibid.



หลักการเจรจาต่อรองที่มีประสิทธิภาพสามารถนำมาปรับใช้กับข้อพิพาทได้หลายประเภท วิธีการจัดการความขัดแย้งผ่านการยึดหลักผลประโยชน์เป็นกระบวนการที่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์และความต้องการที่แท้จริงของคู่พิพาท<sup>24</sup> โดยผลประโยชน์ของคู่พิพาทนี้อาจจะมีประเด็นเกี่ยวกับการใช้อำนาจ หรือการใช้สิทธิรวมไปถึงสิ่งที่เป็นนามธรรม เช่น ความเคารพ (Respects) ความนับถือ (Esteem) และความรู้สึก (Feeling)<sup>25</sup> สามารถที่จะนำมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาททางเลือกแม้จะไม่ใช้หลักการทางกฎหมายโดยตรงก็ตามเนื่องจากการคำนึงถึงผลประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นสิ่งสำคัญที่ไม่ได้มุ่งถึงผลแพ้ - ชนะระหว่างคู่พิพาท แต่เป็นการจัดการกับความขัดแย้งที่คู่พิพาททุกฝ่ายร่วมกันแก้ปัญหาเพื่อแสวงหาทางออกซึ่งเป็นที่ยอมรับและพอใจกับทุกฝ่าย<sup>26</sup>

ฉะนั้น การบริหารจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ (power) การใช้สิทธิ (rights) หรือโดยยึดหลักผลประโยชน์ (interests) การจะเลือกวิธีการจัดการความขัดแย้งแต่ละวิธีขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น รวมทั้งปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความต้องการของคู่พิพาท ประเด็นข้อพิพาท แหล่งที่มาของอำนาจของแต่ละฝ่าย รวมไปถึงความกังวลที่จะทำให้สังคมดีขึ้น<sup>27</sup>

ข้อสังเกตความแตกต่างระหว่างความขัดแย้งกับข้อพิพาท กล่าวคือ ความขัดแย้ง (Conflict) อาจจะมีรูปแบบและลักษณะจำนวนมาก ที่บุคคลฝ่ายต่าง ๆ มีความคิดเห็นแตกต่างกันต่อประเด็น หรือข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง แต่เมื่อใดที่ความขัดแย้งที่มีอยู่พัฒนาจนฝ่ายหนึ่งเกิดการเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องกระทำการ หรือต้องยอมรับสภาพ หรือสถานะอย่างใดอย่างหนึ่ง ความขัดแย้งที่มีการเรียกร้องระหว่างกันนี้จึงเรียกว่า “ข้อพิพาท (Dispute)”<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Roger Fisher ,William L Ury, Bruce Patton, *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving*, (USA: Penguin Books 2011), p.42.

<sup>25</sup> Suzanne McCorkle, *Melanie J. Reese Mediation Theory and Practice*, p.8

<sup>26</sup> มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต, *การบริหารความขัดแย้ง*, หน้า 16.

<sup>27</sup> Suzanne McCorkle, *Melanie J. Reese Mediation Theory and Practice*, p.9

<sup>28</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี่, *ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก*, (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์ความรู้การระงับข้อพิพาททางเลือก สำนักการระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, 2555), หน้า 26.

### 3.1.2 ประเภทของวิธีการระงับข้อพิพาท

เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นแล้ว ทางออกของคู่พิพาทอาจมีได้หลายวิธี ตามลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในส่วนของการจัดการข้อขัดแย้ง หรือข้อพิพาททางการแพทย์ดั้งเดิมเป็นการจัดการข้อพิพาททางการแพทย์ด้วยลักษณะการลงโทษแบบ “ตาต่อตา ฟันต่อฟัน”<sup>29</sup> ซึ่งสอดคล้องกับการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้อำนาจ (Power) ต่อมาได้มีระบบการดำเนินคดีในชั้นศาล (Litigation) ที่มีกระบวนการพิจารณาโดยใช้ระบบคณะลูกขุนหรือผู้พิพากษา<sup>30</sup> ที่เป็นการระงับข้อพิพาทกระแสหลักในปัจจุบันสอดคล้องกับการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ (Rights) และได้มีแนวความคิดในเรื่องการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) สามารถขจัดความขัดแย้งที่เกิดขึ้นได้ด้วยสันติวิธี ตอบสนองความต้องการของคู่พิพาททุกฝ่ายสอดคล้องกับการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการยึดหลักผลประโยชน์ (Interest) ดังนั้นในปัจจุบันจึงแบ่งประเภทการระงับข้อพิพาทเป็น 2 ประเภทใหญ่ ได้แก่ การระงับข้อพิพาทกระแสหลัก หรือวิธีการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับ (Compulsory Dispute Resolution) และการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution)

#### 3.1.2.1 การระงับข้อพิพาทกระแสหลัก หรือวิธีการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับ (Compulsory Dispute Resolution)

การใช้วิธีการเชิงบังคับ โดยวิธีการลักษณะนี้เห็นได้ชัดเจนที่สุดคือ วิธีการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อขอให้ศาลพิพากษาตัดสินว่าแต่ละฝ่ายมีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบหรือไม่ อย่างไร เหตุที่ถือว่ากระบวนการฟ้องคดีต่อศาลเป็นกระบวนการบังคับเนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาท คู่พิพาทที่อ้างว่าตนมีสิทธิเรียกร้องต่ออีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิที่จะนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้ทันทีโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง แม้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคู่พิพาทอีกฝ่ายจะไม่เข้าร่วมดำเนินการใดด้วยก็ตาม แต่การไม่เข้าร่วมดำเนินกระบวนการพิจารณานั้นจะมีผลทำให้คู่พิพาทนั้นต้องเสียสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งซึ่งอาจทำให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นแพ้คดีได้ จึงเป็นปัจจัยในการ

<sup>29</sup> B.S.Bal, “An introduction to medical malpractice in the United States,” [Online].

<sup>30</sup> Ibid.

บังคับให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นต้องเข้าร่วมกระบวนการพิจารณาเพื่อรักษาสีทธิของตน และเมื่อศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดคู่พิพาททุกฝ่ายต้องผูกพันตามคำพิพากษาของศาล<sup>31</sup>

การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีโดยศาล มีหลักเกณฑ์ วิธีการ และรูปแบบที่กำหนดขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ของวิธีการพิจารณานำไปสู่การตัดสินปัญหาของคดีที่มาสู่ศาล<sup>32</sup> และเป็นวิธีการที่ได้ผลแน่นอนประการหนึ่งว่า ผลสุดท้ายของข้อพิพาทจะถูกระงับไปด้วยคำพิพากษาอันเป็นที่สุด แต่วิธีการดังกล่าวกลับมีปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ปัญหาประการแรก คือ ความล่าช้า ก่อนที่ศาลจะสามารถวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทได้ จะต้องมีการนำสืบพยานหลักฐาน ในอดีตที่ผ่านมากระบวนการสืบพยานจะเสร็จสิ้นต้องใช้เวลาานพอสมควร เนื่องจากจำนวนคดีที่เพิ่มขึ้นทุกปี แต่จำนวนผู้พิพากษาไม่สามารถเพิ่มขึ้นให้สอดคล้องกัน ทำให้ผู้พิพากษาแต่ละคนต้องรับผิดชอบคดีจำนวนมาก ส่งผลให้คำพิพากษาอันเป็นที่สุด ต้องใช้เวลาานเป็นหลักปี เนื่องจากคู่พิพาทอาจอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลสูงได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้เกิดจากความสลับซับซ้อนของกระบวนการและขั้นตอนต่าง ๆ ในชั้นศาลต้องดำเนินการตามกฎหมายวิธีพิจารณาความกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด<sup>33</sup>

ปัญหาประการต่อมา คือ ค่าใช้จ่าย นอกจากเรื่องค่าฤชาธรรมเนียมศาลเมื่อยื่นขอฟ้องคดีแล้ว คู่พิพาทอาจจะต้องเสียค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกจำนวนมาก เช่น ค่าตอบแทนทนายความ ในบางครั้งอาจคิดตามระยะเวลาดำเนินคดี นอกจากนั้นหากปัญหาที่พิพาทเป็นเรื่องทางเทคนิคที่มีความสลับซับซ้อนมาก เช่น ความรับผิดทางวิชาชีพ ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีอาจจะขาดความรู้ ความชำนาญทางเทคนิคเฉพาะด้านในเรื่องที่พิพาทกัน แม้คู่พิพาทจะนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความอธิบายเรื่องราว แต่การจะสื่อสารถึงปัญหาทางเทคนิคให้แก่ผู้ที่ไม่คุ้นเคยอาจจะต้องใช้เวลามากเป็นพิเศษ และความเข้าใจที่ได้ก็อาจจะไม่ตรงกับสิ่งที่ต้องการสื่อออกมา

<sup>31</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี่, “ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก,” ใน การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2555) หน้า 27.

<sup>32</sup> วรณชัย บำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, สิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 61.

<sup>33</sup> Albert K. Fiadjoe, “Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective page 7,” [Online] Accessed 2020, May 3 Available from: [https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id).

รวมทั้งหากคู่พิพาทแต่ละฝ่ายต่างนำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความคนละทิศทางจะก่อให้เกิดปัญหาในการตัดสินเพิ่มมากขึ้น<sup>34</sup>

ปัญหาสำคัญประการสุดท้าย คือ การรักษาสัมพันธภาพระหว่างคู่พิพาท เนื่องจากบรรยากาศของกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลมีลักษณะของการเผชิญหน้าเป็นปรปักษ์ซึ่งกันและกัน ที่คู่พิพาทแต่ละฝ่ายจะพยายามหาทุกวิถีทางเพื่อจะเอาชนะ แต่เมื่อคดีถึงที่สุดแล้วจะต้องมีฝ่ายหนึ่งชนะและอีกฝ่ายหนึ่งแพ้คดี จึงเป็นการยากที่ความสัมพันธ์ของคู่พิพาทจะกลับไปเป็นเช่นเดิม<sup>35</sup>

จากปัญหาข้างต้นจึงมีความพยายามที่จะค้นหารูปแบบต่าง ๆ ที่จะช่วยในการบรรเทาภาระของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ได้แก่ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่จะศึกษาในหัวข้อถัดไป

### 3.1.2.2 วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution)

การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution : ADR) หมายถึง การดำเนินการยุติข้อพิพาทโดยใช้วิธีการอื่นนอกจากการฟ้องคดีต่อศาล ในต่างประเทศได้มีจุดเริ่มต้นมาจากการที่ประชาชนต้องการหลีกเลี่ยงวิธีการระงับข้อพิพาทกระแสหลักอย่างกระบวนการทางศาล เพราะมีอุปสรรคในหลายด้าน เช่น มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีค่อนข้างสูง ความล่าช้าในการดำเนินกระบวนการพิจารณา จึงมีแนวคิดที่จะลดปัญหาดังกล่าวทั้งการระงับข้อพิพาททางเลือกยังมีผลดีที่คู่พิพาทสามารถควบคุมขั้นตอน หรือกระบวนการในการระงับข้อพิพาทได้ด้วยตนเอง คู่พิพาทจะเข้าร่วมกระบวนการหรือไม่ก็ได้ หรือเมื่อเข้าร่วมแล้วจะเปลี่ยนใจไม่เข้าร่วมได้ เพราะเป็นกระบวนการที่อาศัยความสมัครใจของคู่พิพาทเป็นสำคัญ<sup>36</sup> ในอดีตการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นคำที่อธิบายถึงการแก้ไขข้อพิพาทนอกกระบวนการดำเนินคดีอย่างเป็นทางการ<sup>37</sup>

<sup>34</sup> พรหมยง พุฒินาถ “กระบวนการระงับข้อพิพาท การจัดการความขัดแย้ง สำนักงานศาลยุติธรรม” ใน การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2555) หน้า 49.

<sup>35</sup> พรหมยง พุฒินาถ, กระบวนการระงับข้อพิพาท การจัดการความขัดแย้ง สำนักงานศาลยุติธรรม, หน้า 50.

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 51.

<sup>37</sup> Albert K. Fiadjoe, “Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective page 19,” [Online] Accessed 2020, May 3 Available from: [https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id).

จนกระทั่งประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่น่าเอาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในช่วงปี ค.ศ. 1970<sup>38</sup> เนื่องจากหลายทศวรรษที่ผ่านมาข้อพิพาทที่มีการฟ้องคดีในศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีความซับซ้อน และค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีที่เพิ่มสูงขึ้น เกิดปัญหาเกี่ยวกับประสิทธิภาพในการพิจารณาคดีที่เริ่มล่าช้าลง จำนวนผู้พิพากษา และงบประมาณไม่เพียงพอจึงจำเป็นต้องนำวิธีการบริหารจัดการคดี (Case Management)<sup>39</sup> มาใช้และได้ออกกฎหมาย The 1990 Civil Reform Act<sup>40</sup> กำหนดให้ศาลสหรัฐหรือศาลของรัฐบาลกลางทุกศาลจัดตั้งโครงการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Programs) ต่อมาปี ค.ศ. 1998 รัฐสภาสหรัฐ (Congress) ออกกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution Act of 1998) กำหนดให้ศาลสหรัฐต้องนำวิธีระงับข้อพิพาททางเลือกไปใช้ และนำวิธีการบริหารจัดการคดีผสมผสานกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ทำให้คดีเสร็จสิ้นโดยใช้เวลาที่น้อยลง และเป็นการแก้ไขปัญหาค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาท<sup>41</sup> โดยคดีแพ่งที่ขึ้นสู่ศาลสามารถยุติได้ก่อนการสืบพยานถึงร้อยละ 90<sup>42</sup>

ต่อมาเมื่อศึกษาแนวคิดในทวีปยุโรปโดยมีสหราชอาณาจักรเป็นประเทศที่มีอิทธิพลประเทศหนึ่ง ในช่วงแรกนักกฎหมายและทนายความในสหราชอาณาจักรไม่ค่อยเห็นด้วยกับแนวคิดการใช้การระงับข้อพิพาททางเลือก เนื่องจากเห็นว่าการยุติข้อพิพาทควรผูกขาดอยู่กับองค์กรศาล และอาจมีผลกระทบต่อหน้าที่การงานของตน เพราะประชาชนอาจไม่จำเป็นต้องพึ่งพาผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายเหล่านี้ในการช่วยเตรียมสำนวนคดีต่าง ๆ ต่อมาสหราชอาณาจักรได้มีการปฏิรูป

<sup>38</sup> Scott Brown Christine Cervenak David Fairman, “ Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide,” [Online] Accessed 2020, February 4 Available from: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf>.

<sup>39</sup> John J. Fraser, the Committee on Medical Liability “ Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice ,” [Online] Accessed 2020, May 5 Available from: <https://www.researchgate.net/publication/12100383>.

<sup>40</sup> Leonidas Ralph Mecham, Secretary, “The Civil Justice Reform Act of 1990 Final Report Alternative Proposals for Reduction of Cost and Delay Assessment of Principles, Guidelines & Techniques,” [Online] Accessed 2020, February 5 Available from: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2017/CJRA-6-2-%20Civil%20Justice%20Reform%20Act%20Final%20Report%205-97.pdf>.

<sup>41</sup> Ibid., 18.

<sup>42</sup> David H. Sohn, Sonny Bal, “ Medical Malpractice Reform: The Role of Alternative Dispute Resolution,” *Clinical Orthopaedics and Related Research* 470, 5 (May 2012): 1370.

กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Rules 1999) ให้มีกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในกระบวนการพิจารณาในชั้นศาล<sup>43</sup> จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญให้สหราชอาณาจักรหันมาสนใจกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมากขึ้นและส่งผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลมีจำนวนคดีลดลงถึงร้อยละ 25 ภายหลังจากที่มีการปฏิรูปกฎหมายเพียง 1 ปี<sup>44</sup>

ฉะนั้น การระงับข้อพิพาททางเลือกจึงมีส่วนในการปฏิรูปกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร โดยพบว่าเมื่อมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกนอกระบบศาล สามารถแก้ปัญหาความซับซ้อนได้ดีกว่าการระงับข้อพิพาททางศาล และสามารถตอบสนองความต้องการของคู่พิพาท ส่งผลทำให้หลายประเทศนิยมนำการระงับข้อพิพาททางเลือกรูปแบบของสหรัฐอเมริกาหรือ สหราชอาณาจักรเป็นต้นแบบไปใช้โดยตรง หรือปรับใช้ควบคู่กับการระงับข้อพิพาทดั้งเดิมของประเทศตน

ปัจจุบันวิธีในการระงับข้อพิพาททางเลือกมีหลายวิธี<sup>45</sup> เช่น การประเมินความขัดแย้ง (Conflict Assessment) การประสานความขัดแย้ง (Facilitation) การเจรจาต่อรอง (Negotiation) ประนีประนอมยอมความ (Conciliation) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) การประชุมปรึกษาหารือข้อพิพาท (Settlement Conferences) การประเมินเบื้องต้นโดยคนกลาง (Early Neutral Evaluation) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควบคู่กับการอนุญาโตตุลาการ (Mediation - Arbitration)<sup>46</sup> เป็นต้น ในช่วงเริ่มต้นการระงับข้อพิพาททางเลือกนิยมใช้ในระบบกฎหมายการค้าและการเมืองเป็นเป้าหมายหลัก และอีกทางเลือกหนึ่ง

<sup>43</sup> Civil Procedure Rules 1999 PART 1 - OVERRIDING OBJECTIVE Rule 1.4

(2) Active case management includes – (e) encouraging the parties to use an alternative dispute resolution (GL) procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure.

<sup>44</sup> Loukas A Mistelis, “ADR in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership,” *Rev. Int’l Arb* (2001): 14.

<sup>45</sup> Miller law, “Alternative Dispute Resolution is the use of methods such as mediation and arbitration to resolve a dispute instead of litigation,” [Online] Accessed 2020, April 11 Available from: [https://millerlawpc.com/alternative-dispute-resolution/#Community\\_Dispute\\_Resolution\\_Program](https://millerlawpc.com/alternative-dispute-resolution/#Community_Dispute_Resolution_Program).

<sup>46</sup> Cathy A. Klein, “Alternative Dispute Resolution : An Overview,” [Online] Accessed 2020, April 11 Available from: [https://journals.lww.com/tnpj/Citation/2007/12000/Alternative\\_Dispute\\_Resolution\\_An\\_Overview.5.aspx](https://journals.lww.com/tnpj/Citation/2007/12000/Alternative_Dispute_Resolution_An_Overview.5.aspx).

สำหรับคดีที่ซับซ้อน เช่น คดีเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ คดีล้มละลาย และคดีในเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของแพทย์ หรือความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์<sup>47</sup>

ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์มีวิธีการจัดการข้อพิพาท ได้โดยวิธีทางศาลและการระงับข้อพิพาททางเลือก วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะอธิบายการระงับข้อพิพาททางเลือก ได้แก่ เริ่มต้นจากการศึกษาการระงับข้อพิพาทในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์มีเรื่องระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance) ที่มีลักษณะกองทุนชดเชยโดยรัฐและการประกันภัยโดยเอกชน ที่เป็นการยุติข้อพิพาทวิธีหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการทางศาล ถือเป็นกระบวนการวิธีหนึ่งของหน่วยงานทางสาธารณสุขโดยตรงที่มีขึ้นเพื่อช่วยเหลือให้กับคดีความผิดทางละเมิดทางการแพทย์หากสามารถชดเชยเป็นที่พอใจต่อผู้เสียหายได้ซึ่งมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีอื่น กรณีที่สอง การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) ที่มีลักษณะคนกลางทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดีซึ่งมีลักษณะกึ่งตุลาการที่คู่พิพาทมีบทบาทในการมีส่วนร่วมในกระบวนการไม่มากนักโดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 วิธีการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration) และการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) และกรณีต่อมาการระงับข้อพิพาททางเลือกที่คู่พิพาทเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการเป็นอย่างมากตั้งแต่เริ่มต้นจนนำไปสู่ข้อตกลงการยุติข้อพิพาท ได้แก่ การเจรจาต่อรองและขอโทษล่วงหน้า (Negotiation and early apology) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) โดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 วิธี ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ (Voluntary Mediation) และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) ที่จะศึกษาในหัวข้อถัดไปตามลำดับ

### 3.2 วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในกฎหมายต่างประเทศ

การฟ้องคดีทางการแพทย์ที่มีปริมาณเพิ่มมากขึ้น มีการใช้จ่ายค่าชดเชยที่สูง ส่งผลให้เกิดความสูญเสียแก่ทุกฝ่าย และมีผลกระทบต่อระบบสุขภาพของสังคมในหลายประเทศ จึงทำให้เกิด

<sup>47</sup> Michael McManus, Brianna Silverstein, “ Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States,” *Cadmus* 1, 3 (2011): 101.

แนวความคิดนำวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อระงับข้อขัดแย้งที่เกี่ยวกับการละเมิดทางการแพทย์<sup>48</sup> ส่งผลต่อผู้ให้บริการทางการแพทย์มีความสนใจวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกแทนการฟ้องคดีแบบดั้งเดิม โดยจะทำการศึกษานวคิดพื้นฐานการระงับข้อพิพาททางเลือกในแต่ละวิธีและกฎหมายต่างประเทศเพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับข้อพิพาทในความรับผิดที่เกิดขึ้นจากความละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย ตามลำดับดังต่อไปนี้ ได้แก่

วิธีการที่หนึ่ง ระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance) ซึ่งเป็นวิธีการที่แตกต่างหากจากการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีอื่น เนื่องจากเป็นระบบที่เป็นการคุ้มครองแพทย์ที่กระทำ ความรับผิดทางละเมิดไม่ต้องเผชิญหน้ากับผู้ป่วยโดยตรง แต่จะมีกองทุนชดเชยหรือบริษัทประกันภัยเข้ามาให้การชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยตามที่กำหนดไว้ตามหลักเกณฑ์ของกองทุน หรือขอบเขตความรับผิดในกรมธรรม์ประกันภัยสำหรับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในต่างประเทศจะศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศอังกฤษเป็นกองทุนชดเชยโดยภาครัฐให้การสนับสนุนทางด้านงบประมาณ เรียกว่า องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) และประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะการประกันภัยโดยบริษัทประกันภัยเอกชน

วิธีการที่สอง การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีลักษณะคล้ายศาลโดยมีคนกลางเป็นผู้ชี้ขาด เรียกว่า อนุญาโตตุลาการ โดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 วิธี

(1) การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration) ได้ทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา และประเทศสิงคโปร์

(2) การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) ได้ทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ มลรัฐยูทาห์ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐออริกอน

วิธีการที่สาม การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า (Negotiation and early apology) เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกิดขึ้นจากความสมัครใจของคู่พิพาทในการเข้าสู่กระบวนการจนถึงสุดกระบวนการ ซึ่งจะทำการศึกษาการเจรจาต่อรองที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทาง

<sup>48</sup> Ibid., 102-103.



ละเมิดทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเท็กซัส มลรัฐฟลอริดา มลรัฐนิวยอร์ก ประเทศสิงคโปร์ และสหภาพยุโรป

วิธีการที่สี่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) เป็นวิธีการที่มีคนกลาง เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย เป็นผู้ช่วยเหลือ และแนะนำแนวทางในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เข้าใจปัญหาที่เกิดขึ้น แต่ผลการตัดสินทั้งหมดอยู่ในอำนาจของคู่พิพาทโดยแบ่งการศึกษาเป็น 2 วิธี ได้แก่

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ (Voluntary Mediation) ได้ทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ ประเทศสิงคโปร์ และสำหรับสหภาพยุโรป

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) เป็นวิธีการให้คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้ทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนากฎหมายหลายมลรัฐเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับขึ้น ได้แก่ มลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐอูชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

โดยการระงับข้อพิพาททางเลือกในแต่ละวิธีจะได้พิจารณาในรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 3.2.1 ระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ (Compensation Systems or Medical Liability Insurance)

#### 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์

วิกฤตในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์<sup>49</sup> เกิดขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1970 และ 1980 และวิกฤตดังกล่าวร้ายแรงเพิ่มมากขึ้นในปัจจุบัน เกิดผลกระทบที่สำคัญประการหนึ่ง คือ การฟ้องเพื่อดำเนินคดีในศาลเพื่อเรียกร้องให้มีการชดเชยความเสียหาย หรือการขอโทษจากผู้ให้บริการทางการแพทย์ ส่งผลให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและแพทย์เกิดความตึงเครียดเพิ่มมากขึ้นก่อให้เกิดความกดดันทำให้แพทย์หมดกำลังใจในการทำงาน จึงนำวิธีการทำประกันภัยความรับผิดทางวิชาชีพเพื่อหลีกเลี่ยงจากการถูกฟ้องให้ต้องรับผิด และชดใช้ค่าชดเชยจำนวนมาก ในการปกป้อง

<sup>49</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," Cardozo J. of Conflict Resolution, 397-403.

ตนเองจากการถูกฟ้อง (defensive medicine) เป็นต้น<sup>50</sup> ซึ่งถือเป็นวิธีการหลีกเลี่ยงกระบวนการพิจารณากระแสหลักในการป้องกันคดีต่อศาล

ในส่วนการประกันภัยความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในต่างประเทศ จะศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะการประกันภัยโดยบริษัทประกันภัย เอกชน และประเทศอังกฤษเป็นลักษณะที่แพทย์รวมตัวกันเป็นสมาคมเพื่อประกันภัยตนเอง ซึ่งเป็นความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ที่มีความเสี่ยงในลักษณะเดียวกันโดยภาครัฐให้การสนับสนุนทางด้านงบประมาณ

### 3.2.1.2 กองทุนชดเชยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ (Compensation Systems)

ประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบที่รัฐนำเงินภาษีมาใช้สนับสนุนให้มีหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้าทั้งประเทศ เรียกว่า ระบบบริการสุขภาพแห่งชาติ ซึ่งบริหารจัดการโดยองค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) ที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ.1948<sup>51</sup> ในขณะที่โครงสร้างที่เป็นกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งในปัจจุบันเรียกว่า Department of Health (DH) มีพัฒนาการมาก่อนหน้านั้น โดยในปี ค.ศ.1805 เริ่มมีหน่วยงานในระดับชาติที่ดูแลเรื่องสุขภาพ เรียกว่า Board of Health ต่อมาในปี ค.ศ.1854 ได้มีการตั้ง General Board of Health กระทรวงสุขภาพและเปลี่ยนแปลงชื่อเป็นกระทรวงสาธารณสุข (Ministry of Health) และในปี ค.ศ.1911 ได้มีกระทรวงประกันสังคม (Ministry of Social Security) จนกระทั่งในปี ค.ศ.1968 กระทรวงสาธารณสุข และกระทรวงประกันสังคมถูกยุบรวมกัน ตั้งเป็นองค์กรใหม่เรียกว่า Department of Health and Social

<sup>50</sup> เวชศาสตร์ เรื่องโสภณัฐ, “การประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2 (กันยายน – ธันวาคม 2559): 348.

<sup>51</sup> Peter Greengross, Ken Grant, Elizabeth Collini, “The History and Development of The UK National Health Service 1948 – 1999 DFIDmHealth System Resource Center 1999,” [Online] Accessed 2020, June 22 Available from: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08d91e5274a31e000192c/The-history-and-development-of-the-UK-NHS.pdf>.

Security (DHSS) และในปี ค.ศ.1988 แยกเป็น Department of Health (DH) และ Department of Social Security (DSS) อีกครั้งจนกระทั่งถึงปัจจุบัน<sup>52</sup>

กลไกสำคัญที่ทำให้รัฐสามารถเข้าไปดูแลและบริหารจัดการ เพื่อให้มีบริการสุขภาพสำหรับประชาชนทุกคนโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ด้อยโอกาสคือ การนำงบประมาณที่เก็บมาจากภาษีทั่วไป (General tax) มาใช้ในการบริหารจัดการโดยไม่จำกัดว่าจะต้องจัดสรรไปยังภาครัฐเท่านั้น แต่สามารถจัดสรรไปยังสถานบริการ และผู้ให้บริการในภาคเอกชนและองค์กรการกุศล ตลอดจนซื้อกิจการจากภาคเอกชนตามความจำเป็น<sup>53</sup>

การรักษาพยาบาลในประเทศอังกฤษใช้ระบบหลักประกันสุขภาพขององค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS)<sup>54</sup> ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐบาลเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการดูแลสุขภาพให้ประชาชน สำหรับเงินสนับสนุนโรงพยาบาลนั้น รัฐบาลได้จากเงินภาษีทั่วไปของประชาชนที่เสียให้กับรัฐบาลโดยจัดตั้งเป็นกองทุน และหากเกิดความเสียหายจากการรับบริการทางการแพทย์ ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะร้องเรียนค่าสินไหมทดแทนได้โดยระบบ NHS Indemnity ซึ่งในปัจจุบันได้แยกออกเป็น 2 ส่วน ส่วนแรกคือ Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST) ซึ่งเป็นกองทุนชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการแพทย์ในส่วนของ NHS Trusts ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานพยาบาลประเภทต่าง ๆ ของรัฐ และส่วนที่สองคือ Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) ซึ่งตั้งขึ้นใหม่ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2562<sup>55</sup> เพื่อแยกกองทุนชดเชยความเสียหายจากบุคลากรทางการแพทย์ในส่วนของการแพทย์เวชศาสตร์ทั่วไป (General Practice: GP) ออกมาโดยเฉพาะ

### (ก) Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST)

<sup>52</sup> นพ.ยงยุทธ พงษ์สุภาพ, “เรียนรู้ดูงานระบบบริการสุขภาพประเทศอังกฤษ สู... การพัฒนาในประเทศไทย” วารสารระบบบริการปฐมภูมิและเวชศาสตร์ครอบครัว 1,1 (พ.ย.2551-ก.พ.2552): 56-66.

<sup>53</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>54</sup> Peter Greengross, Ken Grant, Elizabeth Collini, “The History and Development of The UK National Health Service 1948 – 1999 DFIDmHealth System Resource Center 1999,” [Online].

<sup>55</sup> Rule 1 of The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019.

Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST) เป็น กองทุนชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการแพทย์ในส่วนของ NHS Trusts ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานพยาบาลประเภทต่าง ๆ ของรัฐ ที่ครอบคลุมค่าเสียหายจากการเรียกร้องในความรับผิดชอบทางละเมิดโดยประมาณที่เกินกว่าที่คิดจากการรักษาทางการแพทย์ในอนาคตที่จะเกิดขึ้น โดยเป็นการรวบรวมเงินจากสมาชิกที่เป็นคู่สัญญากับผู้ให้บริการ และเงินสมทบที่เก็บจากสมาชิก หรือ Trust ต่าง ๆ โดยมีการคำนวณอัตราการเก็บที่พิจารณาจากความเสี่ยงและประสบการณ์ที่เกิดขึ้น<sup>56</sup> การที่เป็น NHS Trust นั้นจะทำให้โรงพยาบาลมีอิสระ สามารถที่จะตั้งระดับเงินเดือนของตนเอง และสามารถที่จะเลือกจ้างบุคลากร และกระทำธุรกรรมใด ๆ ก็ตามที่ก่อให้เกิดรายได้ แต่รายได้หลักได้มาจากสัญญาการที่จะจัดให้บริการ (contract) ที่ทำต่อ District Health Authorities และ GP Fundholders บนหลักการของ Trust คือ ไม่เป็นการแสวงหากำไร ถึงแม้จะไม่เป็นการแสวงหากำไรแต่เงินที่เหลือจากรายได้นั้นยังคงอยู่ใน Trust และสามารถใช้จ่ายต่อไปได้หน่วยงานต่าง ๆ<sup>57</sup>

#### (ก.1) ผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้ CNST

CNST ให้ความคุ้มครองสำหรับความรับผิดชอบของการกระทำโดยประมาณที่เกินกว่าที่คิดของบุคลากรทางการแพทย์ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานพยาบาลประเภทต่าง ๆ ของรัฐ จึงครอบคลุมถึงบริการทางการแพทย์หลักที่อยู่ภายใต้บริการทางการแพทย์ทั่วไป (General Medical Services: GMS) บริการทางการแพทย์ส่วนบุคคล (Personal Medical Services: PMS) และการจัดทำสัญญาบริการทางการแพทย์ทางเลือก (Alternative Provider Medical Services: APMS) เห็นได้ว่าไม่เพียงแต่ครอบคลุมถึงแค่ทางการแพทย์เวชศาสตร์ทั่วไปเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงผู้ประกอบวิชาชีพด้านการดูแลสุขภาพที่ที่ฝึกงาน และพนักงานฝึกหัดอื่น ๆ เช่น พนักงานต้อนรับ และ

<sup>56</sup> พรชัย เจตมาน และคณะ, “การวิเคราะห์และศึกษาแนวทางมาตรการทางกฎหมายการประนอมข้อพิพาทก่อนขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสำหรับประเทศไทย กรณีศึกษา 5 ประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้,” สถาบันอนุญาโตตุลาการ (2560): 93-94.

<sup>57</sup> ชีระเกียรติ เจริญเศรษฐศิลป์, “รายงานการศึกษาวิจัยเรื่องการปฏิรูประบบสุขภาพกรณีศึกษาประเทศอังกฤษ,” 2001 (สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข, 2554), หน้า 6.

พยาบาลฝึกหัดที่ดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการแพทย์ขั้นต้น ในเวลาทำการ และนอกเวลาทำการ<sup>58</sup>

### (ก.2) เงื่อนไขการได้รับค่าเสียหาย

การร้องขอค่าชดเชยของผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจะมีวงเงินการเรียกร้องที่แตกต่างกันไปในแต่ละ Trust ที่เป็นสมาชิก เมื่อมีการเรียกร้องต่อสมาชิกของ CNST หน่วยงานของ NHS ยังคงเป็นจำเลยตามกฎหมาย ที่ต้องรับผิดชอบอย่างเต็มที่ในการจัดการการอ้างสิทธิ์และดำเนินการตามค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง ในส่วนของ CNST นี้จะรับผิดชอบในส่วน of ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2562 เป็นต้นไป และอยู่ในดุลยพินิจของผู้ดูแลระบบ Trust สิทธิประโยชน์ทั้งหมดที่มีให้กับสมาชิกภายใต้โครงการนี้จะมอบให้อยู่ในดุลยพินิจของผู้ดูแลระบบ แต่เพียงผู้เดียวในนามของเลขาธิการแห่งรัฐซึ่งการตัดสินใจในเรื่องเหล่านี้ถือเป็นที่สุดและมีผลผูกพัน<sup>59</sup>

ดังนั้น โครงการ CNST เป็นโครงการที่ชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการแพทย์ในส่วนของ NHS Trusts ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานพยาบาลประเภทต่าง ๆ ของรัฐ ที่ครอบคลุมค่าเสียหายจากการเรียกร้องในความรับผิดชอบทางละเมิดโดยประมาทเลินเล่อที่เกิดจากการรักษาทางการแพทย์ในอนาคต และคุ้มครองบุคลากรทุกคนที่อยู่ในสถานพยาบาลของรัฐไม่จำกัดเพียงแพทย์ผู้ให้บริการ นอกจากนี้การเก็บเงินสมาชิกไว้เป็นทุนสำรองเป็นผลดีที่ทำให้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้ป่วย เมื่อผู้ป่วยยื่นคำร้องขอค่าชดเชยก็สามารถที่จ่ายค่าเสียหายได้ทันที

### (ข) Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP)

Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) เป็นโครงการการชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการรับบริการทางการแพทย์กรณีที่แพทย์ได้กระทำประมาทเลินเล่อซึ่ง CNSGP อยู่ภายใต้กฎ The National Health Service

<sup>58</sup> National Health Service Resolution, “General practice indemnity guidance for Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST) members,” [Online] Accessed 2020, August 22 Available from: <https://resolution.nhs.uk/wp-content/uploads/2019/03/CNSGP-Guidance-for-CNST-members.pdf>.

<sup>59</sup> Ibid.

(Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019 โดยมีเงื่อนไขในการให้ค่าชดเชยต่อเมื่อเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อจากการให้บริการทางการแพทย์ที่เป็นความรับผิดชอบซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายละเมิดของประเทศอังกฤษ (Tort Law) กล่าวคือ เป็นการกระทำ หรือองค์วินการกระทำของผู้ให้บริการทางการแพทย์ที่ฝ่าฝืนหน้าที่ของความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพที่กำหนดไว้ และผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วยที่กำหนดเงื่อนไขไว้ในข้อ 5 ของกฎ CNSGP<sup>60</sup>

(ข.1) ผู้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎ CNSGP

โดยกฎของ CNSGP ให้ความคุ้มครองสำหรับความรับผิดชอบของการกระทำโดยประมาทเลินเล่อจากการให้บริการทางการแพทย์เวชศาสตร์ทั่วไป (General Practice: GP) และบุคคลที่ทำงานเกี่ยวข้องกับการแพทย์เวชศาสตร์ทั่วไป ในกิจกรรมที่ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ขององค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่ง (NHS) ที่เรียกว่า “Eligible Person” หมายถึง ผู้ที่ทำข้อตกลง หรือผู้ที่รับคำสั่งจากผู้ให้บริการทางการแพทย์ในขั้นต้นภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน<sup>61</sup> หาก

<sup>60</sup> The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019

Rule 5.—(1) The Scheme applies to any liability in tort under the law of England and Wales that arises as a consequence of a breach of a duty of care owed by an eligible person to a third party in connection with a relevant function where—

(a) an act, or an omission to act, on the part of the eligible person, or any other person specified in paragraph (2), results in personal injury or loss to the third party;

(b) the act, or omission to act, is in connection with the diagnosis of an illness or the provision of care or treatment to the third party; and

(c) the act, or omission to act, occurs on or after 1st April 2019.

<sup>61</sup> National Health Service Act 2006 Section 83 Primary medical services

(1) The Board must, to the extent that it considers necessary to meet all reasonable requirements, exercise its powers so as to secure the provision of primary medical services throughout England.

(2) The Board may (in addition to any other power conferred on it) make such arrangements for the provision of primary medical services as it considers appropriate; and it may, in particular, make contractual arrangements with any person.

(2A) Arrangements made for the purposes of subsection (1) or (2) may include arrangements for the performance of a service outside England.]

บุคคลดังกล่าวได้ฝ่าฝืนหน้าที่ของความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพ และผลของการกระทำ ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ป่วย ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากบุคคลดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องต่อ CNSGP เพื่อขอค่าชดเชยความเสียหายได้ ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ 4 ของกฎ CNSGP<sup>62</sup>

(ข.2) เงื่อนไขการได้รับค่าเสียหาย

เมื่อผู้ได้รับความเสียหายจากความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์โดย ประมาทเลินเล่อได้ยื่นคำร้องขอชดเชยค่าเสียหายจาก CNSGP แล้ว ขั้นตอนต่อมาจะมีผู้พิจารณา จำนวนค่าเสียหายที่ผู้ป่วยจะได้รับเรียกว่า “Secretary of State” ซึ่งเป็นเลขาธิการแห่งรัฐผู้บริหาร โครงการ CNSGP เป็นผู้พิจารณาว่าผู้เสียหายจะได้รับค่าชดเชยจำนวนเท่าใดโดยเป็นดุลพินิจของผู้ พิจารณาดังกล่าวเป็นผู้กำหนดซึ่งต้องคำนึงถึงเรื่องที่เกี่ยวข้องดังที่ระบุไว้เงื่อนไข ข้อ 7 ของกฎ CNSGP<sup>63</sup> ซึ่งผู้ป่วยอาจจะไม่ได้รับเต็มจำนวนตามที่ได้ยื่นคำร้องมา เช่น กรณีที่ศาลมีคำชี้ขาดกำหนด

---

(3) The Board must publish information about such matters as may be prescribed in relation to the primary medical services provided under this Act.

<sup>62</sup> The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019

Rule 4.—(1) An eligible person is a person who is, or who, on the relevant date, was—

(a) a Part 4 contractor;

(b) a primary medical services sub-contractor; or

(c) a person with whom a Part 4 contractor or a primary medical services sub-contractor has made arrangements for that person to provide ancillary health services.

(2) For the purposes of paragraph (1),—

(a) “relevant date” means the date on which a breach of a duty of care, as mentioned in regulation 5(1), occurred; and

(b) “arrangements” in sub-paragraph (c) excludes arrangements made under a contract of employment.

<sup>63</sup> The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019

Rule 7.—(1) In determining the amount of any payment to be made under regulation 6 in the circumstances specified in each of paragraphs (2) to (7), the Secretary of State must have regard to the relevant matters specified in each of those paragraphs, as appropriate.

(2) Where an award of damages has been made by a court against an eligible person, the relevant matters are the amount of—

(a) the award;

(b) the legal and associated costs awarded to the claimant; and

(c) any legal and associated costs incurred by or on behalf of the eligible person.

ค่าเสียหายต่อผู้ให้บริการทางการแพทย์จำนวนค่าเสียหายที่ได้รับจะสอดคล้องกับคำตัดสินของศาล รวมทั้งได้รับค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องได้เสียไปในระหว่างการดำเนินคดี หรือกรณีที่มีการตกลงกันในการดำเนินการทางกฎหมายใด ๆ การกำหนดจำนวนค่าเสียหายจะพิจารณาจากข้อตกลงที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ได้ตกลงกับผู้เรียกร้อง เป็นต้น

นอกจากนี้ ผู้พิจารณาจำนวนค่าเสียหายมีสิทธิที่จะไม่ให้ค่าเสียหายแก่ผู้ป่วยได้หากเข้าตามหลักเกณฑ์ข้อ 8 ของกฎ CNSGP<sup>64</sup> เช่น กรณีที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ได้ยอมรับความผิดโดยไม่ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจาก Secretary of State ก่อน หรือให้บริการทางการแพทย์ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดโดย Secretary of State ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง

ในส่วนของการขั้นตอนการอุทธรณ์ เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ไม่พอใจต่อคำตัดสินในส่วนของค่าเสียหายของผู้พิจารณา หรือกรณีเห็นว่าการกระทำของตนไม่ได้เกิด

---

(3) Where, in any legal proceedings, a settlement has been agreed to by, or on behalf of an eligible person, the relevant matters are the amount of—

(a) any sum paid or payable by the eligible person in relation to the claimant's claim for damages;

(b) the eligible person's contribution towards any legal and associated costs incurred by the claimant;

and

(c) any legal and associated costs incurred by or on behalf of the eligible person.

<sup>64</sup> The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019

Rule 8. Without limit to the Secretary of State's powers under regulation 6, no payments may be made in respect of a relevant liability of an eligible person or a person falling within paragraph (3)(a) of that regulation where—

(a) the eligible person has made an admission of liability, without first obtaining the Secretary of State's written consent;

(b) liability has been determined by a court in proceedings conducted by, or on behalf of, the eligible person, otherwise than in consultation with the Secretary of State;

(c) the eligible person has not complied with a condition imposed by the Secretary of State relating to a claim;



จากความประมาทเลินเล่อ ผู้ให้บริการทางการแพทย์ก็สามารถอุทธรณ์ได้ต่อผู้บริหารระดับสูงของผู้พิจารณาคำตัดสินอีกชั้นหนึ่งได้เพื่อให้ตรวจสอบคำตัดสินอีกครั้งหนึ่ง<sup>65</sup>

ดังนั้น โครงการ CNSGP จึงเป็นรูปแบบที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ที่ความคุ้มครองครอบคลุมถึง GP ทั้งหมดและคนอื่นที่ทำงานด้านเวชปฏิบัติทั่วไปซึ่งกำลังดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการทางการแพทย์ในขั้นต้นซึ่งกระทำโดยประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วย ที่ CNSGP จะเป็นผู้รับผิดชอบชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยโดยไม่ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ดังกล่าวสามารถมายื่นคำร้องขอรับค่าชดเชยได้เพียงเข้าใจว่าความเสียหายที่ผู้ป่วยได้รับเกิดจากความรับผิดชอบละเมิดโดยประมาทเลินเล่อฝ่าฝืนหน้าที่ที่ตนต้องใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานวิชาชีพ แต่ค่าเสียหายที่ผู้เสียหายจะได้เท่าใดนั้นอยู่ในดุลพินิจของ Secretary of State ของ CNSGP เป็นผู้กำหนด และหากผู้ให้บริการทางการแพทย์ไม่พอใจในผลคำตัดสินก็สามารถอุทธรณ์ได้

ฉะนั้นระบบกองทุนชดเชยในประเทศอังกฤษตามระบบ CNSGP เป็นการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดโดยประมาทเลินเล่อของแพทย์โดยเฉพาะ แต่มีข้อจำกัดในเรื่องของจำนวนค่าเสียหายที่อยู่ในดุลพินิจของผู้พิจารณาของ CNSGP ที่สามารถใช้ดุลพินิจกำหนดค่าเสียหายให้ผู้ป่วยเท่าใดก็ได้ภายใต้หลักเกณฑ์การวินิจฉัยในข้อ 7 ของกฎ CNSGP ซึ่งอาจจะไม่เต็มจำนวนที่ผู้เสียหายต้องการส่งผลให้เกิดความไม่พอใจต่อผู้ป่วยได้

จากการศึกษา กองทุนชดเชย CNST และ CNSGP พบว่าเมื่อผู้ป่วยได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการความรับผิดชอบละเมิดโดยประมาทเลินเล่อจากบุคลากรทางการแพทย์สามารถที่จะยื่นคำร้องต่อกองทุนชดเชยได้ทันทีโดยไม่ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาล จึงส่งผลให้ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายได้รับการชดเชยที่รวดเร็ว และทำให้บุคลากรทางการแพทย์เกิดความรู้สึก

<sup>65</sup> Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) Scheme rules

Rule. 11. Appeals procedure

11.1 In the event that an Eligible Person disagrees with a decision made by the Administrator pursuant to these rules or regarding the management of a Claim the dispute will be referred to the Chief Executive of the Administrator or their nominated representative.

อุ้นใจที่มีกองทุนชดเชยแล้วตนจะไม่ถูกฟ้องคดีได้โดยง่าย เป็นการผสมผสานความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลากรที่การแพทย์และผู้ป่วยในอนาคตต่อไป

### 3.2.1.3 ระบบประกันภัยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา (Medical Liability Insurance)

ระบบบริการสุขภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา แม้ในด้านหนึ่งจะได้ชื่อว่าเป็นระบบที่มีความทันสมัยที่สุดในโลกด้วยความก้าวหน้าของวิชาการและเทคโนโลยีสมัยใหม่ แต่อีกด้านหนึ่งกลับถูกมองว่าเป็นระบบที่ขาดประสิทธิภาพ ไม่เป็นธรรม และแพงที่สุดในโลก เพราะประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศพัฒนาแล้วประเทศหนึ่ง ที่ไม่มีระบบประกันสุขภาพโดยรัฐเพื่อคนส่วนใหญ่ สถานพยาบาลในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมักเป็นของเอกชนและบริหารโดยเอกชน ทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกามีค่าใช้จ่ายสุขภาพ (Health expenditure) สูงเป็นอันดับสามของโลก คนอเมริกันมีค่าใช้จ่ายด้านสุขภาพต่อหัวมากกว่าคนในประเทศอื่น (ราว 2.26 พันล้านดอลลาร์ หรือ 7,439 ดอลลาร์ต่อคน ในปี ค.ศ. 2007 และเพิ่มเป็นประมาณ 8,047 ดอลลาร์/คน ในปี 2009) และมีสัดส่วนค่าใช้จ่ายสุขภาพต่อ GDP ที่สูงกว่าเกือบทุกประเทศในโลก (16% of GDP ในปี 2006) พร้อม ๆ กับที่มีคนอเมริกันเกือบ 50 ล้านคน ที่ไม่สามารถเข้าถึงบริการสุขภาพรายงานการสำรวจของ US Census Bureau ในปี ค.ศ. 2008 พบว่า มีคนอเมริกันราวร้อยละ 15.3 หรือ 46.3 ล้านคนที่ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของระบบประกันสุขภาพใด ๆ ขณะที่อีกประมาณร้อยละ 35 ที่มีประกันเพียงบางส่วน<sup>66</sup> และมีการคาดการณ์ว่าสัดส่วนผู้ที่มีหลักประกันดังกล่าวกำลังเพิ่มขึ้น สำหรับประชาชนที่มีประกันสุขภาพ ส่วนใหญ่ เป็นการประกันโดยนายจ้าง (Employer-based) ร้อยละ 59.3 ในลักษณะของการประกันกลุ่มที่มีลูกจ้างร่วมจ่าย และมีคนอเมริกันเพียงร้อยละ 9 ที่ทำประกันสุขภาพผ่านบริษัทประกันเอกชนด้วยตนเอง<sup>67</sup> อย่างไรก็ตามสิ่งที่คนอเมริกันที่มีประกันสุขภาพกำลังเผชิญก็คือ เบี้ยประกันที่ต้องจ่ายสูงขึ้น และค่ารักษาพยาบาลที่ต้องจ่ายเอง กรณีที่ไม่ถูกคุ้มครองโดยประกัน

<sup>66</sup> Carmen DeNavas-Watt, Bernadette D. Proctor , Jessica C. Smith, “ Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2010” U.S. CENSUS BUREAU (September 2011).

<sup>67</sup> Ibid.

สำหรับหลักประกันสุขภาพที่ดำเนินการโดยรัฐบาลจะเป็นการให้แก่กลุ่มบุคคลเฉพาะกลุ่ม ได้แก่โครงการ Medicaid เป็นโครงการจัดบริการสุขภาพสำหรับคนจนและมีรายได้น้อย ดำเนินการโดยรัฐบาลกลางและรัฐต่าง ๆ และ โครงการ Medicare เป็นระบบประกันสุขภาพสำหรับผู้สูงอายุชาวอเมริกันครอบคลุมประชากรร้อยละ 27.8 หรือ 83 ล้านคน ซึ่งส่วนใหญ่คือคนชรา ผู้พิการ เด็ก ทหาร ผ่านศึก และคนจน ขณะที่ระบบประกันสุขภาพอื่น ๆ ที่จัดให้กับกลุ่มเป้าหมายเฉพาะ เช่น TRICARE Children's Health Insurance และ Veterans Health Administration เป็นต้น<sup>68</sup>

การที่แพทย์ถูกฟ้องคดีต่อศาลในการเรียกค่าเสียหายจำนวนมากในประเทศสหรัฐอเมริกา ทำให้ที่ผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์มีความสนใจในการทำประกันภัยความรับผิดทางวิชาชีพ เพื่อคุ้มครองตนเองไม่ให้เกิดความเสียหายในทางทรัพย์สินหากต้องถูกฟ้องให้รับผิด ขณะเดียวกันแพทย์เองก็ต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานในการรักษา โดยการตรวจทุกอย่างเท่าที่จะทำได้แม้ไม่มีอาการบ่งชี้ทางกายภาพใด ๆ ก็ตาม จนทำให้การตรวจรักษานั้นเป็นไปในลักษณะเกินความจำเป็น (Over treatment) เพื่อป้องกันการปฏิเสธความรับผิดของบริษัทประกันภัย จากข้อมูลการประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในอัตราการยื่นฟ้องบริษัทประกันภัยได้มีการเพิ่มเบี้ยประกันภัยความรับผิดมากถึง 25% ในปี ค.ศ. 2001 และ ในปี ค.ศ. 2004 ได้เพิ่มสูงมากขึ้นถึง 40%<sup>69</sup> และในปี ค.ศ. 2020 ได้มีการเพิ่มเบี้ยประกันภัยความรับผิด<sup>70</sup> เนื่องจากมีราคาที่เพิ่มขึ้นตามตำแหน่งของผู้ให้บริการทางการแพทย์ โดยเฉพาะแพทย์ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการผ่าตัดที่มีความเสี่ยงสูง<sup>71</sup> และในปี ค.ศ. 2020 มีรายงานการวิจัย US Medical Malpractice Insurance Market ให้การวิเคราะห์ที่ครอบคลุมเกี่ยวกับการประเมินมูลค่าตลาดการประกันภัยการทุจริตต่อ

<sup>68</sup> Centers for Medicare, Medicaid, "Brief Summaries of Medicare & Medicaid," [Online] Accessed 2020, May 10 Available from: <https://www.cms.gov/files/document/brief-summaries-medicare-medicaid-november-15-2019.pdf>.

<sup>69</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution*,: 339-400.

<sup>70</sup> Colin Nability, "How Much Does Medical Malpractice Insurance Cost in 2020?," [Online] Accessed 2020, April 8 Available from: <https://www.leveragerx.com/blog/medical-malpractice-insurance-cost>.

<sup>71</sup> Jeff Bendix, "The ABCs of malpractice insurance," [Online] Accessed 2020, April 8 Available from: <https://www.medicaleconomics.com/news/abcs-malpractice-insurance>.

หน้าที่ประเมินการประมาณการรายได้ และแนวโน้มการเติบโตในธุรกิจตลาดประกันภัยการทุจริตต่อหน้าที่แพทย์มีถึง 19.7 พันล้านเหรียญสหรัฐภายในปี ค.ศ. 2020

ค่าใช้จ่ายของการประกันความรับผิดทางการแพทย์ได้เพิ่มขึ้นอย่างสูงมากในช่วงทศวรรษที่ผ่านมา เนื่องจากจำนวนการฟ้องคดีทางละเมิดทางการแพทย์ที่เพิ่มขึ้นตลอดเวลา<sup>72</sup> แต่กลับส่งผลกระทบต่อผู้ป่วยที่ต้องสิ้นเปลืองเงินในการรักษาพยาบาลโดยไม่จำเป็น เป็นการแพทย์ผลกระทบค่าเบี้ยประกันภัยความรับผิดไปให้ผู้ป่วยโดยคิดรวมอยู่ในค่ารักษาพยาบาล นักกฎหมายส่วนใหญ่จึงเห็นว่า การฟ้องคดีต่อศาลเพื่อแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการรักษาพยาบาลนั้นจะทำให้เป้าหมายที่มุ่งให้แพทย์ทำการรักษาแบบมีคุณภาพสูงสุดไม่สำเร็จ เนื่องจากการฟ้องคดีต่อศาลนำมาซึ่งบรรยากาศของความสัมพันธ์ที่ไม่ดีระหว่างแพทย์และผู้ป่วย ค่าใช้จ่ายในการรักษาที่สูงขึ้น รวมทั้งความล่าช้าในการรักษาที่แพทย์เพิ่มขึ้นตอนการรักษาเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้น<sup>73</sup>

การประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลายรูปแบบ แต่โดยทั่วไปจะเป็นลักษณะการประกันภัยภาคสมัครใจ เช่น ในมลรัฐเท็กซัส มลรัฐอลาบามา ได้มีการบัญญัติเรื่องการประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์เป็นหมวดหนึ่งในประมวลกฎหมายประกันภัย<sup>74</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งการประกันภัยในกรณีนี้ออกเป็น 3 กลุ่ม<sup>75</sup> ดังนี้

(1) การประกันภัยส่วนบุคคล ผู้เอาประกันภัย ได้แก่ ผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ประเภทต่าง ๆ ได้แก่ อายุรแพทย์ ศัลยแพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล แพทย์ด้านกระดูก จักษุแพทย์ ช่างวัดสายตา และเจ้าหน้าที่เทคนิคการแพทย์ประเภทต่าง ๆ

(2) การประกันภัยของโรงพยาบาลและสถาบันทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้อง เช่น บ้านพักคนชรา สถานพยาบาลโรคจิต และสถานอื่น ๆ ที่มีที่พักสำหรับผู้ป่วย

<sup>72</sup> MarketWatch, “ US Medical Malpractice Insurance Market 2020, Global Industry Analysis, Key Strategies, Demand, Size, Share and Regional Trends by Forecast to 2022,” [Online] Accessed 2020, April 8 Available from: <https://www.marketwatch.com/press-release/us-medical-malpractice-insurance-market-2020>.

<sup>73</sup> วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, “การประกันความรับผิดจากการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา,” *นิติเวชปริทัศน์* (กรกฎาคม 2540): 438.

<sup>74</sup> Texas Insurance Code Subtitle B. Chapter 1901 Professional Liability Insurance for Physicians and Health Care Provider และ Code of Alabama Title 27: Insurance- Chapter 1-Medical Liability Insurance.

<sup>75</sup> วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, “การประกันความรับผิดจากการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา,” *นิติเวชปริทัศน์*: 439.

(3) การประกันภัยของคลินิก ร้านขายยา สถานพยาบาล ซึ่งไม่มีที่พัก สำหรับการประกันภัยทั้งสามกลุ่มดังกล่าวเป็นการเอาประกันภัยเพื่อให้ผู้รับประกันภัยจ่ายเงินชดเชยผู้เอาประกันภัยอันเนื่องมาจากผู้ป่วยได้รับความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อ (Malpractice) ความผิดพลาด (Error) หรือความบกพร่อง (Mistake) จากกรให้บริการทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพที่แพทย์เป็นผู้เอาประกันภัย

สาระสำคัญของกรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดในประเทศสหรัฐอเมริกา มีลักษณะเป็นบริษัทประกันภัยความรับผิดจากการประกอบอาชีพ ซึ่งมาตรฐานกรมธรรม์ประเภทนี้มีลักษณะเป็นข้อตกลงในสัญญาประกันภัย (Insurance Agreement) โดยข้อตกลงในสัญญาเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นการต่อสู้คดีและการประนีประนอมยอมความ (Defense and Settlement) ผู้เอาประกันภัยและบริษัทผู้รับประกันภัยจะตกลงกันว่า บริษัทผู้รับประกันภัย จะต่อสู้คดีในศาลที่มีการฟ้องแพทย์ผู้เอาประกันภัย หรือใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการ เป็นต้น เนื่องจากการประกอบวิชาชีพ หรือละเลยการประกอบวิชาชีพ หากบริษัทผู้รับประกันภัยจะเป็นตัวแทนที่มีอำนาจจะประนีประนอมยอมความในข้อเรียกร้องใดตามที่กรมธรรม์ระบุให้และจะรับประกันภัยการต่อสู้คดีให้ทุกคดี แม้แต่จะเป็นคดีที่ไม่มีมูลก็ตามบริษัทผู้รับประกันภัยก็มีหน้าที่ต่อสู้คดีโดยจัดหาทนายความแก้ต่างให้กับผู้เอาประกันภัย

ดังนั้น จากสถานการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องการประกันภัยทางความรับผิดการแพทย์พบว่า การที่ผู้ป่วยฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกร้องค่าชดเชยมีส่วนทำให้ค่าใช้จ่ายทางการแพทย์เพิ่มสูงขึ้นอย่างมาก ส่งผลถึงความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์ผู้ให้บริการกับผู้ป่วยเลวร้ายลง และผู้รับประกันภัยจากการประกันภัยทางการแพทย์แท้จริงไม่ใช่แพทย์ผู้รับประกันภัยหรือผู้ป่วยที่ควรได้รับการชดเชยความเสียหาย เนื่องจากประโยชน์ที่แท้จริงจากการทำประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์อยู่ที่บริษัทประกันภัยและทนายที่เชี่ยวชาญด้านการฟ้องคดีทางการแพทย์ ส่งผลให้แพทย์ผลักรถในเบี้ยประกันไปสู่ผู้ป่วยที่ต้องแบกรับภาระในการรักษา ในขณะที่แพทย์บางสาขาตัดสินใจเลิกประกอบอาชีพแพทย์ เพราะแบกรับค่าเบี้ยประกันภัยที่เพิ่มสูงขึ้นทุกปีไม่ไหว เช่น ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มีความพยายามแก้ปัญหาค่าชดเชยที่สูงขึ้น และถูกผลักดันให้เป็นภาระของผู้บริโภค โดยในปี ค.ศ. 1975 ได้ออกกฎหมายควบคุมค่าชดเชยที่ไม่เกี่ยวข้องทางด้านการเงิน

(ค่าชดเชยที่ยากต่อการคำนวณเป็นตัวเงิน เช่น ความเจ็บปวด ความทรมาณทางกายและใจ) 250,000 เหรียญสหรัฐ แม้นักวิชาการจะสนับสนุนให้ประเทศสหรัฐอเมริกาทดลองทำโครงการนำร่องลักษณะนี้ แต่ไม่สามารถผลักดันให้เกิดขึ้นได้เพราะหลังมีกฎหมายควบคุมค่าชดเชยทำให้ค่าเบี้ยประกันไม่เพิ่มสูงขึ้น หรือปัญหาได้รับการแก้ไขไปแล้ว กลุ่มผู้ให้บริการและกลุ่มนักกฎหมาย รวมทั้งนักการเมืองก็ไม่ได้คิดว่าจะเป็นปัญหาที่เร่งด่วนอีกต่อไป จึงคงมีระบบการฟ้องศาลเป็นระบบเสริม กล่าวคือ หากมูลค่าความเสียหายที่ควรชดเชยมากกว่าเพดานที่กำหนดไว้ ผู้เสียหายสามารถไปฟ้องศาลเพื่อพิสูจน์ถูกผิด ถ้าชนะคดีจะได้รับการชดเชยเพิ่มเติมจากเพดานที่กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม หากระบบบริหารจัดการชดเชยกำหนดเพดานการจ่ายชดเชยไว้ต่ำ โอกาสที่ผู้เสียหายจะไปฟ้องศาลต่อก็เป็นไปได้มากขึ้น ผลสืบเนื่องคือ จะทำให้องค์กรประกันภัย (Malpractice insurance) ต้องเพิ่มเบี้ยประกันเพื่อป้องกันความเสี่ยงทางการเงิน จึงเสมือนเป็นการแก้ปัญหาก็ที่ปลายเหตุไม่ได้ทำให้การฟ้องคดีในศาลลดลงแต่อย่างใด

จากการศึกษาระบบกองทุนชดเชยในประเทศอังกฤษและการประกันภัยทางความรับผิดการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า จุดเด่นของระบบดังกล่าวส่งผลดีต่อฝ่ายผู้ป่วยที่สามารถขอรับค่าชดเชยความเสียหายได้ง่ายเพียงการยื่นคำร้องต่อกองทุนชดเชย หรือฝ่ายแพทย์และผู้ป่วยไม่ต้องมีการเผชิญหน้ากัน แต่ระบบดังกล่าวนี้ก็มีผลเสียจากการจำกัดจำนวนค่าเสียหายที่ผู้วินิจฉัยจำนวนค่าเสียหายเป็นบุคคลากรในกองทุนชดเชยที่สามารถใช้ดุลพินิจในการกำหนดค่าเสียหายภายใต้กรอบที่กำหนดได้ รวมไปถึงระบบประกันภัยที่มีการจำกัดค่าเสียหายที่ชดเชยได้ภายใต้กรรมธรรม์ที่แพทย์ทำสัญญาไว้ ดังนั้น วิธีการดังกล่าวนี้อาจยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ตรงจุดเนื่องจากหากผู้ป่วยไม่พอใจในผลของคำตัดสินของกองทุนชดเชยก็สามารถที่จะฟ้องแพทย์เป็นคดีต่อศาลต่อไปได้

### 3.2.2 การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration)

#### 3.2.2.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ

##### (ก) แนวคิดพื้นฐานเรื่องการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ

การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ คือ การตัดสินโดยสมัครใจของคู่พิพาท ในการเลือกให้บุคคลภายนอกก่อนข้อพิพาทหรือหลังจากที่ข้อพิพาทเกิดขึ้น เพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาส ตรวจสอบตัวเลือกที่ดีที่สุดสำหรับการแก้ไขข้อเรียกร้องของตน<sup>76</sup> และเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานตั้งแต่ยุคเริ่มแรกที่เกิดขึ้นก่อนองค์กรศาลซึ่งเป็นองค์กรหลักของการระงับข้อพิพาทในปัจจุบัน<sup>77</sup>

อนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมตั้งแต่ยุคกรีกและยุคโรมันและถ่ายทอดไปสู่ประเทศต่าง ๆ ผ่านทางการติดต่อค้าขาย เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการนิยมใช้กันอย่างแพร่หลายในหมู่พ่อค้าของประเทศต่าง ๆ และในระดับระหว่างประเทศ เช่น ในประเทศอังกฤษ ซึ่งมีสมาคมการค้า อยู่ในเมืองต่าง ๆ ที่มีบทบาทในวงการค้าเป็นอย่างมากก็ได้จัดให้มีการระงับข้อพิพาทระหว่างพ่อค้าซึ่งเป็นสมาชิกโดยการอนุญาโตตุลาการ และการอนุญาโตตุลาการยิ่งได้รับความนิยมมากขึ้น เมื่อบริษัทต่าง ๆ ของประเทศอังกฤษได้ทำการค้ากับต่างประเทศกันอย่างกว้างขวางจึงได้มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเป็นลายลักษณ์อักษรในปี ค.ศ. 1697 และประเทศสหรัฐอเมริกาได้เริ่มใช้การอนุญาโตตุลาการตั้งแต่สมัยที่เป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษโดยใช้กันในหมู่พ่อค้าและมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาโตตุลาการในปี ค.ศ. 1767 ซึ่งได้รับต้นแบบจากกฎหมายประเทศอังกฤษ

แนวคิดเรื่องอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศ ได้ฝังรากอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับรวมถึงอนุสัญญาฉบับนครนิวยอร์ก ค.ศ. 1958 ว่าด้วยการยอมรับนับถือและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะลักษณะของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นจะต้องกระทำในดินแดนของประเทศใด ประเทศหนึ่งซึ่งแต่ละประเทศก็มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศของตนเองใช้บังคับอยู่ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดว่าการ

<sup>76</sup> The FoolProof Team Category: Articles, “Binding Mandatory Arbitration: A Fact Sheet Details Written,” [Online] Accessed 20 20, January 31 Available from: <https://www.foolproofme.org/articles/237-binding-mandatory-arbitration-a-fact-sheet>.

<sup>77</sup> Samsan L. Sempasa, Obstacles to International Commercial Arbitration in Africa Countries, 41(2) national and comparative Law Quarterly อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554) หน้า 18.

ดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นหรือไม่ ที่เรามักจะเรียกกันว่า lex loci arbitri แต่เนื่องจากในอดีตนั้น กฎหมายอนุญาโตตุลาการของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันอย่างมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำกฎหมายอนุญาโตตุลาการให้มีความใกล้เคียงกันหรือเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยจัดทำความตกลงระหว่างประเทศ ที่เรียกว่า Geneva Protocol on Arbitration Clauses 1923 พิธีสารฉบับนี้กำหนดให้ประเทศภาคีมีพันธกรณีที่จะต้องยอมรับข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทที่จะมอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดแต่แม้จะมีความตกลงระหว่างประเทศฉบับนี้ ก็ยังมีปัญหาว่า บางประเทศไม่ยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดตามความตกลงดังกล่าว ดังนั้นจึงมีการจัดทำอนุสัญญาขึ้นอีกฉบับหนึ่งที่มีชื่อเรียกว่า Convention for the Execution of Foreign Arbitral Awards, League of Nations, Geneva, 1927 มีการลงนามเมื่อวันที่ 26 กันยายน ค.ศ. 1927 เพื่อแก้ปัญหาข้อจำกัดของอนุสัญญาดังกล่าวสหประชาชาติได้จัดทำอนุสัญญาฉบับใหม่ขึ้น คือ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, New York, 1958<sup>78</sup>

### (ข) ทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ

ทฤษฎีเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการมีผลต่อทัศนคติในการดำเนินการของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ความสำคัญต่อการกำหนดขอบเขตอำนาจของอนุญาโตตุลาการ อำนาจของศาลในการแทรกแซงการดำเนินงานของอนุญาโตตุลาการ ความผูกพันของคำชี้ขาด ตลอดจนการบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วทฤษฎีเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการแบ่งได้เป็น 4 ทฤษฎี ดังนี้

#### (ข.1) ทฤษฎีอำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)

ผู้ที่กล่าวอ้างทฤษฎีนี้คือศาสตราจารย์เฟรดเดอริก อเล็กซานเตอร์ มานน์ (Professor Frederick Alexander Mann)<sup>79</sup> และประเทศที่ยึดถือและปฏิบัติตามทฤษฎีนี้

<sup>78</sup> อนันต์ จันทร์โอภากร, “กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 1 เมษายน 2563. แหล่งที่มา: <https://tai.coj.go.th/th/file/get/file/20190507d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e104904.pdf>.

<sup>79</sup> Frederick Alexander Mann, “Lex Facit Arbitrium”, เสวนีย์ อัสวโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554) หน้า 34.



ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่อยู่ในระบบสังคมนิยม ซึ่งมีการอนุญาโตตุลาการโดยสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ดำเนินการโดยหน่วยงานของรัฐ โดยลักษณะเด่นของทฤษฎีนี้ คือ เน้นอธิปไตยของชาติ โดยพื้นฐานของทฤษฎีนี้ ถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีข้อพิพาททั้งปวง ดังนั้นถ้ารัฐตรากฎหมายอนุญาโตให้เอกชนตกลงกันเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการได้ คณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐ รัฐเท่านั้นจึงมีอำนาจควบคุมดูแลการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการและผลแห่งคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายของรัฐว่าบัญญัติไว้เช่นไร การเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการจึงเป็นเรื่องที่รัฐอนุญาต ไม่ใช่สิทธิของคู่พิพาท ดังนั้นตามแนวคิดแบบดั้งเดิมนี้อำนาจของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจึงต้องเป็นไปตามกฎหมาย และเป็นกฎหมายของรัฐที่อันเป็นสถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ<sup>80</sup>

### (ข.2) ทฤษฎีสัญญา (The Contractual Theory)

ทฤษฎีนี้มีนักกฎหมายชั้นนำหลายท่านที่ให้การสนับสนุน เช่น เจ พี นิโบเย่ (J.P. Niboyet) และศาสตราจารย์ ดร.มาร์ติน ดอมเก้ (Professor Dr. Martin Domke)<sup>81</sup> มองว่าอนุญาโตตุลาการเป็นสัญญาโดยธรรมชาติ ทั้งหมดของกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีนี้จึงถือว่า การอนุญาโตตุลาการมาจากสัญญาระหว่างคู่พิพาท ดังนั้นคู่พิพาทจึงเป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาและรายละเอียดต่าง ๆ ของการระงับข้อพิพาท เป็นเรื่องของความสมัครใจของคู่พิพาทที่จะระงับข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทด้วยวิธีการที่คู่พิพาทสมัครใจตกลงกัน อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการจึงเกิดขึ้นจากสัญญาไม่ใช่กฎหมายให้อำนาจ ดังนั้นหากทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเป็นไปตามรายละเอียดของสัญญา โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายของประเทศใดก็ต้องเป็นไปตามนั้น<sup>82</sup>

### (ข.3) ทฤษฎีผสม (The Hybrid Theory)

<sup>80</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์,” [ออนไลน์].

<sup>81</sup> Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (Dobbs Ferry, New York: Oceana Publication, Inc., 1978) อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554) หน้า 35.

<sup>82</sup> Ibid.

ผู้ที่พัฒนาทฤษฎีนี้คือศาสตราจารย์จอร์จ ซอสเซออร์-ฮอลล์ (Professor Georges Sauser-Hall)<sup>83</sup> โดยทฤษฎีนี้พยายามประนีประนอมความขัดแย้งของสองทฤษฎีแรก เห็นว่าทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยลำพังไม่สามารถอธิบายลักษณะ และธรรมชาติของการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ การตกลงที่จะเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ รูปแบบของการอนุญาโตตุลาการ การแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ และกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการ ล้วนอยู่ภายใต้ข้อตกลงของคู่สัญญา แต่ผลของข้อตกลง และการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจำเป็นต้องมีกฎหมายกำกับดูแล ผลของทฤษฎีนี้คือยอมรับความสำคัญของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และสัญญาก็มีขอบเขตจำกัดโดยกฎหมายของรัฐส่วนในเรื่องวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการนั้นก็จะเป็นไปตามข้อตกลงของคู่พิพาทได้เช่นกันเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายของถิ่นที่มีการอนุญาโตตุลาการ<sup>84</sup>

#### (ข.4) ทฤษฎีความเป็นเอกเทศ (The Autonomous Theory)

ผู้นำทางความคิดในทฤษฎีนี้คือ มาตาม รูเบลลิน เดอวิช (Madame Rubellin Devichi)<sup>85</sup> ทฤษฎีนี้เห็นว่าการอนุญาโตตุลาการมีสภาพหรือลักษณะที่เป็นเอกเทศเป็นอิสระในตัวเอง เพราะลักษณะของการอนุญาโตตุลาการต้องพิจารณาจากการใช้ และวัตถุประสงค์ของการอนุญาโตตุลาการที่มีขึ้นเพื่อระงับข้อพิพาท กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการเป็นแต่เพียงสิ่งที่พัฒนาขึ้นมาตามความจำเป็นเพื่อช่วยเหลือให้การอนุญาโตตุลาการเป็นไปได้ด้วยดีไม่ว่าจะเป็นการบังคับตามสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ มิได้เกิดขึ้นจากสัญญาหรืออำนาจของรัฐ แต่เป็นผลจากความจำเป็นในทางปฏิบัติของการอนุญาโตตุลาการ เพื่อให้การระงับข้อพิพาทดังกล่าวดำเนินไปได้ด้วยดี<sup>86</sup>

<sup>83</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์,” [ออนไลน์].

<sup>84</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>85</sup> Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration* (Dobbs Ferry, New York: Oceana Publication, Inc., 1978) อ้างถึงใน เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยอนุญาโตตุลาการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554) หน้า 36.

<sup>86</sup> อนันต์ จันทโรภากร, “กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์,” [ออนไลน์].

หากพิเคราะห์ลึกลงไปในเชิงประวัติศาสตร์แล้ว จะพบว่าทฤษฎีสัญญาเกิดขึ้นเพราะรัฐใช้อำนาจเกินขอบเขตทำให้เอกชนเสียเสรีภาพ ทฤษฎีว่าด้วยเขตอำนาจที่ว่า การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการมีได้เพราะรัฐมอบอำนาจให้ยอมไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของสังคม ส่วนทฤษฎีสัญญาถือว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นเรื่องหนึ่งของสัญญา เมื่อรัฐยอมรับหลักเสรีภาพในการทำสัญญาแล้วรัฐก็ไม่ควรแทรกแซงก็เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ไม่มีเสรีภาพใดไม่มีขอบเขต แต่ละสังคมย่อมมีส่วนได้เสียในกระบวนการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ รัฐจึงควรเป็นผู้เข้ามาดูแลเรื่องนี้ ส่วนทฤษฎีผสมและทฤษฎีความเป็นเอกเทศก็ขาดความชัดเจน เพราะไม่ได้เสนอว่าศาลควรกำกับดูแลการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการเรื่องใดและอย่างไร ทฤษฎีนี้เพียงแต่เสนอว่าการให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเป็นเรื่องที่คู่สัญญาจะตกลงกัน เมื่อตกลงกันแล้ว ศาลจะเป็นผู้กำกับดูแลผลของสัญญาอนุญาโตตุลาการและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น<sup>87</sup>

การอนุญาโตตุลาการโดยความสมัครใจมีความเหมาะสมต่อคู่พิพาททุกฝ่าย โดยประเทศที่จะศึกษาในการนำการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์

### 3.2.2.2 การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจในข้อพิพาทความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ เริ่มตั้งแต่การปฏิรูปกฎหมายกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2000 ในรัฐวอชิงตันของประเทศสหรัฐอเมริกา และมีการประกาศใช้กฎหมายเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ. 2006<sup>88</sup> บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจดังกล่าวนี้อนุญาตให้คู่พิพาทหลังจากที่ได้ยื่นฟ้องคดีแพ่งต่อศาลที่จะเลือกแก้ไขข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหรือจะดำเนินคดีทางศาล หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่เห็นด้วยคดีจะอยู่ในระบบศาลแพ่ง หากคู่พิพาทเลือกอนุญาโตตุลาการก็จะนำ

<sup>87</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>88</sup>Gary Morse, " Successful Examples of Voluntary Arbitration and Mandatory Arbitration," *The Physicians Report* (2003): 22.

กฎหมายอนุญาตตุลาการบางข้อที่เกี่ยวข้องนำไปใช้ เช่น ข้อจำกัด การค้นพบข้อจำกัด จำนวนผู้เชี่ยวชาญ และกระบวนการที่ส่งผลให้เกิดการตัดสินขั้นสุดท้ายภายในหนึ่งปีนับจากวันที่เริ่มมีการฟ้องร้อง ค่าตัดสินอาจได้รับการอุทธรณ์แต่มีข้อจำกัดมากกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาล และค่าตัดสินใด ๆ แก่โจทก์นั้นจำกัดค่าเสียหายอยู่ที่ 1 ล้านดอลลาร์ การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตตุลาการจึงเป็นที่นิยมของทุกฝ่ายเนื่องจากประหยัดค่าใช้จ่ายและประหยัดเวลาในการดำเนินคดี

### (ก) มลรัฐฟลอริดา

มลรัฐฟลอริดา ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการอนุญาตตุลาการโดยความสมัครใจที่มีผลผูกพัน (Voluntary binding arbitration of medical negligence claims) ตามบทบัญญัติกฎหมาย The 2019 Florida มาตรา 766.207<sup>89</sup> เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สามารถกระทำได้ตั้งแต่ขั้นตอนแรกของการฟ้องคดี ในคดีทางการแพทย์ที่เกิดจากการทุจริตต่อหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องให้ยื่นข้อเสนอให้คณะอนุญาตตุลาการเพื่อให้จำเลยยอมรับความผิด และกำหนดความเสียหายให้แก่ฝ่ายผู้เสียหาย ที่คู่พิพาทสามารถยื่นข้อเรียกร้องเพื่อใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาตตุลาการโดยความสมัครใจ เว้นแต่การดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับมลรัฐฟลอริดา หรือหน่วยงาน เขตการปกครอง หรือเจ้าหน้าที่พนักงานหรือตัวแทนที่เกี่ยวข้อง<sup>90</sup> โดยช่วงระยะเวลาก่อนฟ้องคดีต่อศาลในคดีความรับผิดชอบโดยความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ คู่พิพาทสามารถเลือกที่จะระงับข้อพิพาทโดยคณะอนุญาตตุลาการ<sup>91</sup> คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องภายใน 90 วันหลังจากที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้องจะดำเนินคดีกับอีกฝ่ายโดยการอนุญาตตุลาการ การบริการของ

<sup>89</sup> The 2019 Florida Statutes Title XLV TORTS Chapter 766 MEDICAL MALPRACTICE AND RELATED MATTERS 766.207 Voluntary binding arbitration of medical negligence claims.

<sup>90</sup> 766.207 Voluntary binding arbitration of medical negligence claims.—

(1) Voluntary binding arbitration pursuant to this section and ss. 766.208-766.212 shall not apply to rights of action involving the state or its agencies or subdivisions, or the officers, employees, or agents thereof, pursuant to s. 768.28.

<sup>91</sup> Fla. Stat. §766.207(2).

การแจ้งเตือนของผู้เรียกร้องของความตั้งใจที่จะเริ่มต้นการดำเนินคดีกับจำเลย<sup>92</sup> หากมีจำเลยหลายคน ผู้เรียกร้องจะต้องยื่นข้อเสนอเพื่ออนุญาตตุลาการต่อจำเลยแต่ละรายที่ผู้เรียกร้องต้องการดำเนินคดี<sup>93</sup> ในทางกลับกันหากมีผู้เรียกร้องหลายคนจำเลยที่ประสงค์จะเสนออนุญาตตุลาการจะต้องยื่นข้อเสนอระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาตตุลาการให้กับผู้เรียกร้องตามสิทธิแต่ละรายเช่นกัน<sup>94</sup> การยอมรับคำร้องขอจากคู่พิพาทภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดถือว่าคู่พิพาทมีภาระผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการที่ได้มีคำชี้ขาด<sup>95</sup> กฎหมายของมลรัฐฟลอริดาระบุเพิ่มเติมว่า หากเป็นกรณีมีการประกันภัยทางการแพทย์ ห้ามมิให้บริษัทประกันภัย หรือนายประกันเสนอให้ระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาตตุลาการ หรือรับข้อเสนอของผู้เรียกร้องในการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาตตุลาการโดยไม่ได้ได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่พิพาทที่แท้จริง<sup>96</sup>

เมื่อการอนุญาตตุลาการได้รับข้อเรียกร้องจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ห้ามผู้เรียกร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ได้เข้าร่วมการเยียวยาความเสียหายอื่นใดอีก เพราะจะได้รับค่าเสียหายจากกฎหมายฉบับนี้และ The Wrongful Death Act<sup>97</sup> และระยะเวลาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับคู่พิพาทฝ่ายต่าง ๆ และคณะอนุญาโตตุลาการ ที่ประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการ 3 คน ถูกเลือกจากผู้เรียกร้อง จำเลย และผู้พิพากษากฎหมายบริหารจากฝ่ายพิจารณาคดีปกครองที่ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าอนุญาโตตุลาการ<sup>98</sup> โดยองค์คณะอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นอิสระจากคู่พิพาท พยาน และทนายความ<sup>99</sup> อนุญาโตตุลาการทุกคนต้องดำเนินการไต่สวนคำร้องแต่ไม่จำเป็นต้องมีฉันทามติในข้อพิพาทในการพิจารณาประเด็นข้อเท็จจริงทุกคน หรือคำชี้ขาดสุดท้ายจะถือตามอนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่<sup>100</sup> และหัวหน้าคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นผู้ตัดสินชี้ขาด

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(k).

<sup>94</sup> Ibid.

<sup>95</sup> Fla. Stat. §766.207(3).

<sup>96</sup> Fla. Stat. §766.207(8).

<sup>97</sup> Fla. Stat. §766.207(7).

<sup>98</sup> Fla. Stat. §766.207(4).

<sup>99</sup> Fla. Stat. §766.207(5).

<sup>100</sup> Fla. Stat. §706.207(7)(l).

ทั้งหมด<sup>101</sup> หากคู่พิพาทตกลงที่จะส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการผลกระทบที่เกี่ยวข้องกับความเสียหาย ค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียม และการอุทธรณ์ ผลที่ตามมาเหล่านี้อาจเป็นประโยชน์หรือข้อจำกัดขึ้นอยู่กับสถานะของคู่พิพาทว่าเป็นฝ่ายใด ลักษณะของข้อเรียกร้องพื้นฐาน จำนวนผู้เรียกร้องและจำเลย และประเภทของความเสียหายที่สามารถเรียกคืนได้ที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะของมลรัฐฟลอริดา

ประโยชน์ที่ฝ่ายจำเลยได้รับจากการระงับข้อพิพาทวิธี  
อนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ

(1) ข้อจำกัดเกี่ยวกับความเสียหาย กรณีค่าเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ที่คณะอนุญาโตตุลาการสามารถให้ได้สูงสุด 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ และสามารถลดลงได้อีกตามอัตราร้อยละที่เกี่ยวข้องกับขีดความสามารถของผู้เรียกร้องในการประกอบกิจการงาน<sup>102</sup> เช่นหากคณะอนุญาโตตุลาการพบว่า การบาดเจ็บมีความเสียหายลดลง เนื่องจากผู้เรียกร้องสามารถประกอบกิจการงานได้ร้อยละ 50 ค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระจึงเหลือเพียง 125,000 ดอลลาร์สหรัฐ และไม่มีภาระให้ค่าเสียหายเชิงลงโทษ<sup>103</sup>

(2) ข้อจำกัดเกี่ยวกับความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ ประกอบไปด้วยค่าใช้จ่ายทางการแพทย์ทั้งในอดีตและอนาคต ได้แก่ ค่าใช้จ่ายที่ผู้เรียกร้องเสียค่ารักษาทางการแพทย์ตั้งแต่เริ่มต้น และค่าเสียหายในการเสียความสามารถประกอบกิจการงาน โดยมีข้อกำหนดการชำระเงินตามระยะเวลา<sup>104</sup> นอกจากนี้ความเสียหายสำหรับความสูญเสียความสามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ในอนาคต จำเลยสามารถชำระเป็นงวดโดยหักกลบลบหนี้กับหลักประกันในอนาคต<sup>105</sup> ดังนั้นจึงช่วยบรรเทาผลกระทบทางการเงินต่อจำเลยได้

(3) การมีส่วนร่วม และการป้องกันการเรียกร้องเงินสมทบ เมื่อจำเลยหลายคนมีส่วนร่วมในการเรียกร้องค่าเสียหายจากการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์จำเลยที่เข้า

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(b).

<sup>103</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(d).

<sup>104</sup> Fla. Stat. §766.207(7).

<sup>105</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(c).

ร่วมจริงในอนุญาโตตุลาการ จะได้รับความยืดหยุ่นและการคุ้มครองเกี่ยวกับสิทธิในการช่วยเหลือจำเลยที่เข้าร่วมในอนุญาโตตุลาการที่ต้องจ่ายค่าเสียหายมีสิทธิที่จะขอความช่วยเหลือจากจำเลยที่ไม่ได้มีส่วนร่วมซึ่งได้รับความเสียหาย<sup>106</sup> นอกจากนี้การชำระเงินตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ โดยจำเลยที่เข้าร่วมคนใดคนหนึ่งสามารถระงับความรับผิดชอบของจำเลยคนอื่นได้<sup>107</sup>

ประโยชน์ที่ผู้เรียกร้องจะได้รับจากการระงับข้อพิพาทวิธี

### อนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ

(1) การแก้ไขข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจส่งเสริมให้ข้อพิพาทยุติโดยรวดเร็ว ในลักษณะที่ประหยัดต้นทุนให้ผู้เรียกร้องในความยุ่งยากที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีและค้นหาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับพยานผู้เชี่ยวชาญในระหว่างกระบวนการฟ้องคดีต่อศาล และเพื่อความคล่องตัวในการยุติข้อพิพาทสามารถการยุบคณะอนุญาโตตุลาการและแต่งตั้งใหม่<sup>108</sup> หากพบว่าคณะอนุญาโตตุลาการไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้

(2) การยับยั้งการอุทธรณ์ คำชี้ขาดที่ตัดสินโดยคณะอนุญาโตตุลาการ ถือว่าเป็นที่สุด ไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดได้ และศาลไม่มีอำนาจพิจารณาในข้อเท็จจริงที่พิพาทกันซึ่งได้ข้อยุติแล้ว<sup>109</sup> แต่ศาลมีอำนาจเพียงบังคับคำชี้ขาดที่คู่พิพาทได้ร้องขอตามเขตอำนาจศาล<sup>110</sup> หรือมีอำนาจเพียงทบทวนกระบวนการพิจารณาว่าขัดต่อหลักกฎหมายหรือไม่เท่านั้น<sup>111</sup> เพื่อความยุติธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่าย<sup>112</sup> บทบัญญัติเหล่านี้อาจดึงดูดความสนใจของผู้เรียกร้องโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อได้รับคำชี้ขาดจากคณะอนุญาโตตุลาการ ผู้เรียกร้องจะได้รับการชำระ

<sup>106</sup> Fla. Stat. §766.208(6).

<sup>107</sup> Fla. Stat. §766.208(5).

<sup>108</sup> Fla. Stat. §766.21(1).

<sup>109</sup> Fla. Stat. §766.212(2).

<sup>110</sup> Fla. Stat. §766.212(1).

<sup>111</sup> Ibid.

<sup>112</sup> Fla. Stat. §766.212(2).

เงินอย่างรวดเร็วโดยไม่มีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูง และไม่มีความเสี่ยงสูงที่คำชี้ขาดจะเปลี่ยนแปลงจากการอุทธรณ์ของจำเลย

ดังนั้น อนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจในการระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์มลรัฐฟลอริดาเป็นที่ชัดเจนที่จะสนับสนุนให้หลีกเลี่ยงการดำเนินคดีในชั้นศาล สถานิติบัญญัติมอบผลประโยชน์ให้กับทุกฝ่ายในการยอมรับข้อเสนอ และใช้ประโยชน์จากความเสี่ยงในการกีดกันฝ่ายที่ปฏิเสธข้อเสนออนุญาโตตุลาการ แรงจูงใจในการเสนออนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันโดยสมัครใจในขั้นตอนแรกสุดของข้อพิพาททางทฤษฎิต่อหน้าที่ทางการแพทย์ทำให้กระบวนการทางกฎหมายนี้ ได้รับการประเมินอย่างรอบคอบโดยทนายความที่เป็นตัวแทนของลูกค้าความในกรณีการทฤษฎิต่อหน้าที่ทางการแพทย์และ บริษัทประกันภัยในการประเมินมูลค่าของการเรียกร้องทนายความและผู้ประกันตนจะต้องทำการวิเคราะห์อย่างรอบคอบและครอบคลุมถึงผลกระทบของบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันโดยสมัครใจเพื่อให้ความช่วยเหลือที่มีประสิทธิภาพมีประสิทธิภาพและเป็นมืออาชีพแก่ลูกค้า และเป็นมลรัฐที่บัญญัติชัดเจนว่าคู่พิพาทจะได้รับประโยชน์อย่างไรบ้างเมื่อเข้าสู่กระบวนการซึ่งเป็นจุดเด่นของมลรัฐนี้<sup>113</sup>

ในช่วงครึ่งหลังของปี ค.ศ. 2012 มีคดีที่ได้รับการตัดสินโดยอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ ได้แก่ คดี A General Surgery Case Resolved by Voluntary Arbitration<sup>114</sup> มีข้อกล่าวหาว่า แพทย์ที่ได้รับการประกันกับบริษัทประกันภัยทำการผ่าตัดระบบทางเดินปัสสาวะในผู้ป่วยชาย แพทย์ผู้ประกันภัยถูกเรียกให้เข้ารับการรักษาก่อนการฉีกขาดทางทวารหนัก และเขาดำเนินการรักษาทวารหนักแพทย์จำต้องดำเนินการศัลยกรรมทำรูเปิดลำไส้ใหญ่ ที่เป็ยงเบนไปแต่เกิดภาวะแทรกซ้อนจากลำไส้ใหญ่ส่งผลให้ผู้ป่วยได้รับบาดเจ็บเพิ่มขึ้น ผู้ป่วยจึงเรียกร้องค่าเสียหาย 1 ล้านเหรียญสหรัฐ ประกอบด้วยค่ารักษาพยาบาลความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน และธุรกิจที่ล้มเหลวจากการต้องรักษาตัวเป็นระยะเวลานานขึ้น ผลการตัดสินของอนุญาโตตุลาการซึ่งเคย

<sup>113</sup> Daniel J. D'Alesio, "The Benefits and Risks of Using Presuit Voluntary Binding Arbitration As An Alternative Dispute Resolution Process in Medical Malpractice Cases," [Online] Accessed 2020, April 20 Available from: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/the-benefits-and-risks-of-using-presuit-voluntary-binding-arbitration-as-an-alternative-dispute-resolution-process-in-medical-malpractice-cases>.

<sup>114</sup> Ibid.



เป็นผู้พิพากษาหัวหน้าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา ตัดสินว่า โจทก์ต้องชดใช้ด้วยเงิน 59,000 เหรียญสหรัฐ

### 3.2.2.3 การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสิงคโปร์

แม้ในประเทศสิงคโปร์จะไม่มีการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ โดยเฉพาะเกี่ยวกับข้อพิพาททางการแพทย์ เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทันสมัย ประกอบไปด้วย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 10) (ฉบับแก้ไข 2002) หรือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Cap. 143A) (IAA) จะควบคุมการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการถูกตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับกับอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับกฎหมายต้นแบบของ UNCITRAL ปี 1985 เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ (กฎหมายต้นแบบ)

ประเทศสิงคโปร์มีกระบวนการอนุญาโตตุลาการใน 3 รูปแบบ

1) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (International Arbitration Act (IAA)) ซึ่งนำกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL 1985 เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการพาณิชย์ระหว่างประเทศเป็นต้น

2) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Act (AA)) ใช้ควบคุมการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศ

3) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทการลงทุนระหว่างประเทศ (Arbitration (International Investment Disputes) Act (AIDA)) เพื่อให้สอดคล้องต่ออนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ๆ (อนุสัญญา ICSID)

สถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่ยอมรับในประเทศสิงคโปร์ ได้แก่ สถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์ (SIAC - Singapore International Arbitration Centre) ถือได้ว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับเป็นอันดับต้น ๆ ของโลก เนื่องด้วยการมีข้อบังคับและ

หลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน ครอบคลุม รวดเร็ว อีกทั้งเป็นที่ยอมรับในเรื่องความเชี่ยวชาญพิเศษของบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในสาขาต่าง ๆ นอกจากนี้เป็นองค์กรที่ให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่ไม่ใช่ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายครอบครัวถือเป็นทางเลือกหนึ่งระงับข้อพิพาทที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศสิงคโปร์ศูนย์ระงับข้อพิพาทประเทศสิงคโปร์ SIAC อยู่ภายใต้สังกัดจากองค์กรที่ควบคุมดูแลของ The Singapore Academy of Law (SAL) ซึ่งเป็นองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อสร้างความยุติธรรมให้กับการแข่งขันในด้านการแสวงหาประโยชน์ของสมาชิกต่อสาธารณะชนแต่องค์กรนี้ไม่ได้มีลักษณะที่แสวงหากำไร หรือธุรกิจแต่อย่างใดความเป็นอิสระไม่ต้องขึ้นตรงกับหน่วยงานของรัฐบาลสิงคโปร์และเป็นองค์กรที่แยกออกจากศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของสิงคโปร์ด้วย

แสดงให้เห็นว่าประเทศสิงคโปร์แยกกฎหมายข้อพิพาทระหว่างอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกับภายในประเทศออกจากกัน เนื่องจากประเทศสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับสถานที่ที่สำคัญ ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะทำการศึกษาการดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการภายในประเทศสิงคโปร์อยู่ในกฎหมายอนุญาโตตุลาการสิงคโปร์ (Singapore Arbitration Act) มีทั้งสิ้น 11 ส่วน ประกอบไปด้วย 65 มาตรา มีบทบัญญัติที่สำคัญดังนี้

ตามมาตรา 4<sup>115</sup> “ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ” หมายถึงข้อตกลงที่คู่พิพาทเสนอในการระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการ ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการโดยจัดทำเป็น

<sup>115</sup> Singapore ARBITRATION ACT PART II ARBITRATION AGREEMENT Definition and form of arbitration agreement

4. (1) In this Act, “arbitration agreement” means an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not.

(2) An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(3) An arbitration agreement shall be in writing.

(4) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct or by other means.

(5) The requirement that an arbitration agreement shall be in writing is satisfied by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference.

ลายลักษณ์อักษรอาจอยู่ในรูปแบบของข้อสัญญาในสัญญาหลัก หรือในรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร การเริ่มดำเนินการด้วยอนุญาโตตุลาการเริ่มจากเมื่อเกิดข้อพิพาท คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อสถานที่อนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ในสัญญา

มาตรา 9<sup>116</sup> เป็นการดำเนินการสอบสวนพิจารณาของอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทที่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นจะเริ่มในวันที่มีการร้องขอให้มีการส่งข้อพิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 32<sup>117</sup> กฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาท คณะอนุญาโตตุลาการจะตัดสินข้อพิพาทตามกฎหมายที่คู่พิพาทเลือกที่เหมาะสมกับเนื้อหาของข้อพิพาท ถ้าคู่พิพาทไม่ได้เลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับเนื้อหาของข้อพิพาทอนุญาโตตุลาการจะใช้กฎหมายที่บังคับใช้ขณะนั้นในการพิจารณาคดี คณะอนุญาโตตุลาการอาจตัดสินข้อพิพาทหากคู่พิพาทเห็นพ้องกับการพิจารณาอื่น ๆ ตามที่ได้รับความเห็นชอบจากคู่พิพาทหรือกำหนดโดยศาล

---

(6) Where in any arbitral or legal proceedings, a party asserts the existence of an arbitration agreement in a pleading, statement of case or any other document in circumstances in which the assertion calls for a reply and the assertion is not denied, there shall be deemed to be an effective arbitration agreement as between the parties to the proceedings.

(7) A reference in a contract to any document containing an arbitration clause shall constitute an arbitration agreement in writing if the reference is such as to make that clause part of the contract.

(8) A reference in a bill of lading to a charter party or other document containing an arbitration clause shall constitute an arbitration agreement in writing if the reference is such as to make that clause part of the bill of lading.

<sup>116</sup> Singapore Arbitration Act 9. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute shall commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.

<sup>117</sup> Singapore Arbitration Act 32.—(1) The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with the law chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute.

(2) If or to the extent that the parties have not chosen the law applicable to the substance of their dispute, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules.

(3) The arbitral tribunal may decide the dispute, if the parties so agree, in accordance with such other considerations as are agreed by them or determined by the tribunal.

มาตรา 33<sup>118</sup> การทำคำชี้ขาด เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น คณะอนุญาโตตุลาการอาจทำคำชี้ขาดมากกว่าหนึ่งคำชี้ขาด ณ เวลาต่างกันในช่วงกระบวนการพิจารณาคดีในแง่ต่าง ๆ ของเรื่องที่จะพิจารณา โดยเฉพาะอนุญาโตตุลาการอาจให้คำชี้ขาดเกี่ยวกับปัญหาที่มีผลต่อการเรียกร้องทั้งหมด หรือส่วนหนึ่งเท่านั้นของการเรียกร้องการตอบโต้การเรียกร้องหรือการเรียกร้องข้ามซึ่งถูกส่งไปยังศาลเพื่อการตัดสินใจหากคณะอนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดตามมาตรา<sup>119</sup> ให้ระบุไว้ในคำชี้ขาดประเด็นหรือข้อเรียกร้องหรือส่วนหนึ่งของข้อเรียกร้องซึ่งเป็นเรื่องของคำชี้ขาด

มาตรา 46<sup>119</sup> การบังคับตามคำชี้ขาดชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต้องบังคับโดยศาลด้วยการยื่นคำร้องต่อศาลภายใน 6 ปีหลังจากที่มีคำชี้ขาดตามข้อตกลงอนุญาโตตุลาการอาจมีผลบังคับใช้เมื่อออกจากศาลในลักษณะเดียวกับคำตัดสินหรือคำสั่งของศาลให้มีผลเช่นเดียวกัน

ดังนั้น กระบวนการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจทางการแพทย์ที่ได้ทำการศึกษาในมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศสิงคโปร์ เป็นกระบวนการที่ยังมีคนกลางมาตัดสินชี้ขาดว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายชนะหรือฝ่ายแพ้คดี อันอาจส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ของคู่พิพาทในเชิงลบ ซึ่ง

<sup>118</sup> Singapore Arbitration Act 33.—(1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may make more than one award at different points in time during the proceedings on different aspects of the matters to be determined.

(2) The arbitral tribunal may, in particular, make an award relating to —

(a) an issue affecting the whole claim; or

(b) a part only of the claim, counter-claim or cross-claim, which is submitted to the tribunal for decision.

(3) If the arbitral tribunal makes an award under this section, it shall specify in its award, the issue, or claim or part of a claim, which is the subject-matter of the award.

<sup>119</sup> Singapore ARBITRATION ACT 46.—(1) An award made by the arbitral tribunal pursuant to an arbitration agreement may, with leave of the Court, be enforced in the same manner as a judgment or order of the Court to the same effect.

(2) Where leave of the Court is so granted, judgment may be entered in the terms of the award.

(3) Notwithstanding section 3, subsection (1) shall apply to an award irrespective of whether the place of arbitration is Singapore or elsewhere.

เป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการนำคดีละเมิดทางการแพทย์เข้าสู่ระบบกระบวนการยุติธรรมทางศาล ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทนำ แม้ว่าวิธีการอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจจะเกิดจากคู่พิพาทในการเข้าทำสัญญาระงับข้อพิพาททางการแพทย์ก็ตาม

### 3.2.3 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration)

#### 3.2.3.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ

การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ คือ การบังคับใช้อนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาท ตามข้อสัญญาที่กำหนดให้คู่พิพาทส่งคดีให้แก่อนุญาโตตุลาการ เป็นกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการหนึ่งคนหรือคณะอนุญาโตตุลาการ<sup>120</sup> เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีหนึ่งที่ต้องการแก้ไขการนำคดีขึ้นสู่ศาลที่มีจำนวนมากโดยการเบี่ยงเบนไปให้ใช้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาดคดีแทนศาล โดยเริ่มต้นจากการปฏิรูประบบกฎหมายละเมิดของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้ใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกแบบสมัครใจมาระยะหนึ่ง จึงเริ่มมีความคิดในหลายมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเริ่มหันมาใช้อนุญาโตตุลาการเชิงบังคับโดยร่วมกับศาลเป็นวิธีการปฏิรูปการละเมิดที่มีประสิทธิผลและมีประสิทธิภาพที่ศาลต้องการลดจำนวนข้อพิพาทจึงให้คู่พิพาทหันไปใช้การชี้ขาดอนุญาโตตุลาการแทน ตามกฎหมาย Mandatory Arbitration and the Federal Arbitration Act<sup>121</sup>

ต่อมาเมื่อมีกฎหมายอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับดังกล่าวคู่พิพาทจึงได้หันมาทำความเข้าใจกันเป็นสัญญาว่าหากเกิดข้อพิพาทให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ แม้ว่าอนุญาโตตุลาการจะเกิดจากความสมัครใจที่คู่พิพาทได้ตกลงในสัญญา แต่การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับมีเงื่อนไขหนึ่งที่บังคับให้ต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ไม่สามารถเข้าสู่การ

<sup>120</sup> US Legal Support, “Compulsory Arbitration Law and Legal Definition,” [Online] Accessed 2020, February 10 Available from: <https://definitions.uslegal.com/c/compulsory-arbitration>.

<sup>121</sup> Congressional Research Service, “Mandatory Arbitration and the Federal Arbitration Act,” [Online] Accessed 2020, August 11 Available from: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44960.pdf>.

ฟ้องคดีและดำเนินคดีในชั้นศาลได้เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>122</sup>

ในส่วนของทฤษฎีการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ มีลักษณะเดียวกันกับการอนุญาโตตุลาการสมัครใจ เนื่องจากพื้นฐานการอนุญาโตตุลาการในการตัดสินชี้ขาดคดีไม่แตกต่างกัน โดยมีพื้นฐานจากทฤษฎีสัญญา ที่คู่พิพาทเป็นผู้กำหนดกระบวนการพิจารณาและรายละเอียดต่าง ๆ ของการระงับข้อพิพาท เพียงแต่การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับมีการเพิ่มข้อสัญญาในการบังคับให้คู่พิพาทระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ไม่สามารถฟ้องคดีต่อศาลและไม่สามารถอุทธรณ์คำชี้ขาดได้

ในการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับได้นำมาใช้กับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ในช่วงที่เกิดวิกฤตระบบประกันทางวิชาชีพในประเทศสหรัฐอเมริกาจะในหัวข้อถัดไปจึงการศึกษาการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยมลรัฐยูทาห์ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐออริกอน

### 3.2.3.2 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

#### (ก) มลรัฐยูทาห์

ในปี ค.ศ.1999 มลรัฐยูทาห์ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกพระราชบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล<sup>123</sup> ใช้บังคับเพื่อเป็นการจูงใจให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์มีความมั่นใจเกี่ยวกับการต่อสู้คดีในการถูกเรียกค่าเสียหายเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล โดยฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐยูทาห์แสดงเหตุผลพื้นฐานของพระราชบัญญัตินี้ว่าเนื่องจากการเพิ่มขึ้นของการฟ้องร้องทางการแพทย์ที่มีมาหลายปี เป็นสาเหตุของการเพิ่มขึ้นอย่างมากของเบี้ยประกัน และการที่เบี้ยประกันแพงขึ้นนั้นก็เป็สาเหตุที่ทำให้ระบบการรักษาพยาบาลมีราคาสูงขึ้น และผลัภาวะ

<sup>122</sup> Matthew Parrott, “ Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution,” *Fordham Law Review* 75,5 (2007): 2689.

<sup>123</sup> The Utah Health Malpractice Act.

ไปยังคนผู้ป่วย ดังนั้น สถานิติบัญญัติของยูทาห์ เริ่มทำการควบคุมอัตราเบี้ยประกันที่สูงขึ้นโดยการบัญญัติพระราชบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดสภาวะการณ์ที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์และผู้ป่วยต้องเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการที่มีผลบังคับใช้ได้ ตามกฎหมาย<sup>124</sup> โดยการทำข้อตกลงต้องอยู่ภายใต้ The Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. Sec. 1 ที่ระบุว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือและผู้ป่วยต้องได้รับการแจ้งและอธิบาย ทั้งในรูปแบบด้วยวาจาหรือเป็นลายลักษณ์อักษรถึงสิทธิและหน้าที่ และที่สำคัญผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องทำการแจ้งแก่ผู้ป่วยว่า

(1) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะปฏิเสธที่จะเข้าร่วมทำสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวและยังได้รับการรักษาพยาบาลอยู่ แต่ถ้า

(2) ผู้ป่วยยินดีที่จะสละสิทธิที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาลในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น

(3) ผู้ป่วยอาจจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ในการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ

(4) สัญญาอนุญาโตตุลาการจะมีอายุหนึ่งปี และจะทำการต่อสัญญาโดยอัตโนมัติ เว้นแต่ผู้ป่วยจะปฏิเสธเป็นลายลักษณ์อักษรก่อนครบกำหนดวันต่อสัญญา

(5) ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับคำตอบจากคำถามเกี่ยวกับสัญญา

ดังนั้น เมื่อเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างผู้ให้บริการทางการแพทย์และผู้ป่วยต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการ ไม่สามารถเข้าสู่การดำเนินคดีโดยศาลได้ ฉะนั้นจึงอธิบายถึงบทบาทหน้าที่ของผู้ที่มาทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการและความประพฤติของอนุญาโตตุลาการที่ถูกเลือก โดยการเลือกอนุญาโตตุลาการนั้นฝ่ายผู้ป่วยจะเลือกหนึ่งคน ฝ่ายผู้ให้บริการทางการแพทย์เลือกหนึ่งคน และอนุญาโตตุลาการคนกลางคนที่สาม (a third neutral arbitrator) คู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันเลือก

<sup>124</sup> 2006 Utah Code - 78-14-17 — Arbitration agreements.

## (ข) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ในปัจจุบันความขัดแย้งระหว่างโครงการเกี่ยวกับการรักษาสุขภาพ (Health Care Plans)<sup>125</sup> และผู้ป่วยเพิ่มมากขึ้น โดยเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้วทั้ง 2 ฝ่ายก็จะพยายามตกลงประนีประนอมเพื่อระงับข้อพิพาทกัน หากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ก็จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่นต่อไป โดยผู้ให้บริการทางการแพทย์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะให้ผู้ได้รับความเสียหายได้มีโอกาสใช้วิธีการร้องเรียนและการอุทธรณ์ภายในโครงการเกี่ยวกับการรักษาสุขภาพก่อน แต่ถ้าไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ผู้ให้บริการทางการแพทย์ส่วนใหญ่ก็จะร้องขอให้ผู้ป่วยใช้วิธีอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการสุดท้ายในการระงับข้อพิพาท ทั้งผู้ป่วยและผู้ให้บริการทางการแพทย์จะถูกผูกพันโดยสัญญาอนุญาโตตุลาการต้องยอมรับคำชี้ขาดจากอนุญาโตตุลาการ

ในปี ค.ศ. 1975 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนียถูกแก้ไขเพื่อให้สามารถทำสัญญาสำหรับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ (CCC section 1295)<sup>126</sup> กฎหมายในปัจจุบันบังคับให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องบอกกล่าวให้ชัดเจนต่อผู้ป่วย ว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะสละสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในสิทธินำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล และยอมรับการใช้อนุญาโตตุลาการ ผู้บริโภคที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ California health maintenance organization (HMO) จะอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐ (Health and Safety Code section 1363 (a) (10) and 1373)<sup>127</sup> ที่จะได้รับการแจ้งจากผู้ให้บริการทางการแพทย์ถึงชนิดของข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และวิธีการเริ่มกระบวนการดังกล่าว

บทบัญญัติมาตรา 1295 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติถึงการใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ไว้ดังนี้

<sup>125</sup> John E. Rolph, Elizabeth S. Rolph, Erik Moller, “ Binding Arbitration is Not Frequently Used to Resolve Health Care Disputes,” [Online] Accessed 2020, February 10 Available from: [https://www.rand.org/pubs/research\\_briefs/RB9030.html](https://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9030.html).

<sup>126</sup> California Code, Code of Civil Procedure Arbitration: Section 1295 (Medical Malpractice).

<sup>127</sup> California Code, Health and Safety Code - HSC § 1363.



a) สัญญาใด ๆ ก็ตามที่ใช้ในการให้บริการทางการแพทย์ซึ่งมีส่วนประกอบของบทบัญญัติสำหรับการอนุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในเรื่องความประมาทในวิชาชีพ (Professional negligence) ของผู้ให้บริการทางการแพทย์ (Health care provider) จะต้องมีบทบัญญัติในข้อแรกของสัญญาในทำนองว่า “เป็นที่เข้าใจว่าข้อพิพาทต่าง ๆ ในเรื่องความผิดในทางการแพทย์ เช่นในเรื่องการให้บริการทางการแพทย์ที่กระทำภายใต้สัญญานี้ กระทำโดยไม่จำเป็น หรือไม่ได้รับอนุญาต หรือกระทำโดยมิชอบ กระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ หรือกระทำโดยไร้ความสามารถ จะถูกเสนอเรื่องให้แก่อนุญาตตุลาการตามกฎหมายแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยไม่ใช้การฟ้องคดี หรือดำเนินคดีทางศาล เว้นแต่ศาลสามารถทบทวนข้อกฎหมายของกระบวนการอนุญาตตุลาการว่ากระทำโดยชอบหรือไม่ตามอำนาจที่กฎหมายแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ไว้ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเมื่อตกลงเข้าทำสัญญานี้ยอมที่จะสละสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการนำข้อพิพาทฟ้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาล และใช้อุญาตตุลาการในการระงับข้อพิพาทแทน

b) ก่อนที่จะให้ลงนามในสัญญาสำหรับการให้บริการทางการแพทย์จะต้องปรากฏข้อความต่อไปนี้ “คุณตกลงใจที่จะนำปัญหา หรือข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ให้อนุญาตตุลาการตัดสิน และคุณสละสิทธิที่จะให้คณะลูกขุนหรือการไต่สวนโดยศาล และให้ดูในสัญญาข้อ 1”

c) เมื่อทำการลงนามในสัญญาแล้ว สามารถเพิกถอนสัญญาได้โดยต้องทำเป็นหนังสือเพิกถอน และต้องเพิกถอนภายใน 30 วันนับแต่วันลงนามในสัญญา ในกรณีนี้ผู้ป่วยเป็นคนไร้ความสามารถ หรือผู้เยาว์ ให้ผู้ปกครอง หรือผู้อนุบาล หรือผู้พิทักษ์ของผู้ป่วยสามารถที่จะทำหนังสือเพิกถอนแทนผู้ป่วยได้

d) สัญญาการให้บริการทางการแพทย์ที่ใช้กับผู้เยาว์จะไม่สามารถนำมาเป็นประเด็นในการที่จะไม่รับรอง ถ้าสัญญาดังกล่าวถูกลงนามโดยผู้ปกครองของผู้เยาว์หรือผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ของผู้เยาว์ตามกฎหมาย

e) สัญญาที่มีข้อกำหนดตาม (a) (b) (c) ของมาตรานี้ จะไม่ถือว่าเป็นสัญญาสำเร็จรูป หรือข้อสัญญาไม่เป็นธรรมหรือสัญญาที่มีชอบ

f) (a) (b) (c) จะไม่ถูกนำมาใช้กับสัญญาต่าง ๆ ของโครงการให้บริการทางการแพทย์ที่ถูกละเมิดโดยองค์กรซึ่งดำเนินการตาม Article 2.5 (เริ่มตั้งแต่มาตรา 12530) ของ division 3 ของ Title 2 ของ Government Code หรือได้รับอนุญาตตาม Chapter 2.2 (เริ่มตั้งแต่มาตรา 1340) ของ Division 2 ของ Health and Safety Code ซึ่งมีเรื่องสัญญาอนุญาตโศกนาฏกรรม ถ้าโครงการดำเนินการตามย่อหน้า (10) ของ (1) ของมาตรา 1363 ของ Health and Safety Code หรือมีเช่นนั้นก็มีวิธีดำเนินการสำหรับแจ้งข้อเท็จจริงแก่ผู้มาลงทะเบียนว่าโครงการมีบทบัญญัติเรื่องอนุญาตโศกนาฏกรรม และสัญญาของโครงการสอดคล้องกับ (h) ของมาตรา 1373 ของ Health and Safety Code

พระราชบัญญัติอนุญาตโศกนาฏกรรมแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California's Arbitration Act) (Code of Civil Procedure, section 1295) ออกมาเพื่อการส่งเสริมการใช้สัญญาโศกนาฏกรรม และพระราชบัญญัติ Knox-Keene (Knox-Keene Act) พระราชบัญญัตินี้วางหลักเค้าโครงสำหรับผู้ให้บริการทางการแพทย์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียรวมทั้งการประกาศ และการใช้การอนุญาตโศกนาฏกรรมภายใต้ Health and safety Code section 1363.1 ผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องเปิดเผยกับผู้มาลงทะเบียนว่าอนุญาตโศกนาฏกรรมเชิงบังคับจะเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ที่เกิดจากการรักษาพยาบาล Health and Safety Code section 1373.20 บัญญัติเหตุให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องเป็นผู้แบกรับภาระค่าธรรมเนียมอนุญาตโศกนาฏกรรมและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ California Code of Civil Procedure section 1286.2 บัญญัติว่าเหตุที่ศาลสามารถเพิกถอนคำวินิจฉัยได้

### (ค) มลรัฐวอชิงตัน

ในมลรัฐวอชิงตัน คดีที่เกิดจากความรับผิดชอบผิดทางละเมิดทางการแพทย์โดยผู้ป่วยที่เสียหายเรียกร้องความเสียหายไม่เกิน 100,000 ดอลลาร์สหรัฐ<sup>128</sup> ให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาตโศกนาฏกรรมทันที<sup>129</sup> แต่ก็มีข้อถกเถียงกันว่าไม่เหมาะสมเนื่องจากอนุญาตโศกนาฏกรรมที่ทำคำชี้

<sup>128</sup> RCW 7.06.020 Actions subject to civil arbitration—Court may authorize mandatory arbitration of maintenance and child support.

<sup>129</sup> Alexander J.S. Colvin, “ The growing use of mandatory arbitration,” Economic Policy Institute Washington, DC (2018): 1.

ขาดอาจไม่เป็นที่รู้จักแก่คู่พิพาทหรือ ไม่มีประสบการณ์ ไม่เข้าใจความซับซ้อนของความประมาท  
 เลินเล่อทางการแพทย์<sup>130</sup>

### (ง) มลรัฐออริกอน

ในมลรัฐออริกอน การอนุญาตตุลาการเชิงบังคับมักใช้จัดการความ  
 ขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในประเด็นข้อพิพาทการนัดหยุดงาน ที่กำหนดคำศัพท์ ตามมาตรา  
 ORS § 243.650(5)<sup>131</sup> “อนุญาตตุลาการเชิงบังคับ” หมายถึง ขั้นตอนที่ฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องใน  
 ข้อพิพาทแรงงานจะต้องใช้กฎหมายในการส่งข้อพิพาทที่มีประเด็นถกเถียงกันไปยังบุคคลที่สาม  
 สำหรับการตัดสินใจครั้งสุดท้าย และมีผลผูกพันกับคู่พิพาท<sup>132</sup> แต่ในการอนุญาตตุลาการเชิงบังคับมี  
 ข้อเสียคือ เมื่อได้ลงนามในสัญญาอนุญาตตุลาการเชิงบังคับแล้วคู่พิพาทจะไม่มีทางเลือกในการระงับ  
 ข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกจากต้องยุติข้อพิพาทผ่านการอนุญาตตุลาการเท่านั้น

ข้อเสียของอนุญาตตุลาการเชิงบังคับ การบังคับอนุญาตตุลาการ  
 ที่มีผลผูกพันมักมีค่าใช้จ่ายสูงกว่าการฟ้องคดีต่อศาล ในหลายกรณีเช่นคู่พิพาทอาจต้องจ่าย  
 ค่าธรรมเนียมจำนวนมากเพื่อเริ่มกระบวนการอนุญาตตุลาการ หรือเมื่อรวมค่าธรรมเนียมทั้งหมดจน  
 สิ้นสุดกระบวนการอาจเป็นจำนวนที่สูงมาก<sup>133</sup> รวมทั้งบางกรณีอนุญาตตุลาการไม่ปฏิบัติตาม  
 กฎระเบียบและขั้นตอนที่ชัดเจนแตกต่างจากการดำเนินคดีในระบบศาลที่เคร่งครัดในกระบวนการ  
 พิจารณาตัดสินคดี เช่น อนุญาตตุลาการไม่ต้องปฏิบัติตามให้ขอข้อมูลจากอีกฝ่ายหนึ่ง (ศาลเรียกว่า  
 “การไต่สวน”) ผลที่ได้คือ คู่พิพาทฝ่ายที่มีข้อมูลที่จำกัดทำให้มีปัญหาในการรับข้อมูลที่จำเป็นในการ  
 สนับสนุนข้อเรียกร้องได้ นอกจากนี้ผู้อนุญาตตุลาการไม่นำกฎหมายและแบบอย่างทางกฎหมายมา  
 พิจารณาช่วยในการตัดสินใจ การตัดสินใจส่วนใหญ่ไม่สามารถอุทธรณ์ได้ และไม่มีหน่วยงาน

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Chapter 146 Oregon Laws 2019 (HB 3252)

Relating to employment classification of certain employees of Oregon State Police; creating new provisions; and amending ORS 243.650.

<sup>132</sup> Osborne Scott, “Oregon Shortens Notice Period, Imposes New Requirements on Employment-Related Binding Arbitration,” *Jackson Lewis P.C.* (July 2011): 1.

<sup>133</sup> Ibid.

ตรวจสอบ หรือการกำกับดูแลอื่น ๆ เพื่อให้แน่ใจว่าอนุญาโตตุลาการปฏิบัติตามกระบวนการยุติธรรม หรือกฎหมาย<sup>134</sup> นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการฟ้องร้องประการหนึ่งกล่าวคือ ผู้พิพากษาถูกแทนที่โดยอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการ การบังคับใช้อนุญาโตตุลาการ ก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรงรวมถึงการละเมิดมาตรการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>135</sup> และบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของหลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่รับประกัน การแยกอำนาจนิติบัญญัติ และตุลาการสิทธิในการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน และสิทธิในการเข้าถึง กระบวนการศาล จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการ ขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>136</sup>

เพื่อแก้ไขข้อกังวลดังกล่าวสถานะนิติบัญญัติของรัฐจึงเข้ามาแทนที่ บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ บทบัญญัติเหล่านี้มี วัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการสร้างข้อกำหนดรายละเอียดที่ยังคงเป็นอุปสรรคต่อการ อนุญาโตตุลาการ และการวิจัยเชิงประจักษ์ได้แสดงให้เห็นว่า แม้เปลี่ยนมาเป็นอนุญาโตตุลาการแบบ สมัครใจก็ไม่ทำให้คู่พิพาทเลือกมาใช้ระงับข้อพิพาททางการแพทย์มากขึ้น นอกจากนี้สิ่งที่น่าสนใจ ที่สุด คือ บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจเหล่านี้ยังคงก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วยเช่นกัน

ฉะนั้น จึงเกิดแนวความคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เพิ่มบทบาทของ คู่พิพาททุกฝ่าย ให้มีส่วนร่วมในกระบวนการระงับข้อพิพาทตั้งแต่ขั้นตอนการเข้าสู่กระบวนการจน ไปสู่การทำความตกลงในผลลัพธ์สุดท้าย และในขณะเดียวกันก็ลดบทบาทของบุคคลภายนอกคดีลงมา เป็นคนกลางที่มีส่วนร่วมในกระบวนการน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งได้แก่ การเจรจาต่อรอง และ ขอโทษล่วงหน้า และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่จะพิจารณาในลำดับถัดไป

<sup>134</sup> Ibid.

<sup>135</sup> Sternlight Jean, "In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company)," *Scholarly Works* (2007): 90-91.

<sup>136</sup> Matthew Parrott, "Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution," *Fordham Law Review*: 2689.

### 3.2.4 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า (Negotiation and early apology)

การเจรจาต่อรองเป็นรูปแบบการสื่อสาร ระหว่างคู่พิพาทสองฝ่ายขึ้นไปเพื่อวัตถุประสงค์ให้ได้ข้อยุติที่ทุกฝ่ายตกลงร่วมกัน อาจกระทำด้วยตัวผู้เจรจาเอง หรือตัวแทนผู้เจรจาที่สามารถจะควบคุมการดำเนินการตามกระบวนการเจรจาต่อรองได้<sup>137</sup> การเจรจาต่อรองยังได้รับการระบุว่า เป็นวิธีหนึ่งที่โดดเด่นในการแก้ไขข้อพิพาท ซึ่งสามารถใช้กับทุกระดับในสังคมทั้งในระดับบุคคล ระดับสถาบัน ระดับชาติ หรือระดับโลก และการเจรจาต่อรองสามารถนำไปใช้ในบริบทของกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่น ๆ เช่น การดำเนินคดีในชั้นศาล การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เป็นต้น<sup>138</sup>

การเจรจาต่อรองจึงเป็นขั้นตอนพื้นฐานที่สำคัญวิธีหนึ่งซึ่งใช้ในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์<sup>139</sup> เพื่อให้คู่พิพาทได้เข้าใจในข้อพิพาทตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ จึงได้ทำการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง และการเจรจาต่อรองที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเทกซัส มลรัฐฟลอริดาและมลรัฐอูชิงตัน ประเทศสิงคโปร์และสหภาพยุโรปตามลำดับ

#### 3.2.4.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

##### (ก) แนวคิดพื้นฐานในการเจรจาต่อรอง

(ก.1) แนวคิดการเจรจาต่อรองแบบแข่งขัน (Competitive Negotiation)<sup>140</sup> มองว่าการเจรจาต่อรองเป็นเครื่องมือที่ช่วยให้ผู้เจรจาได้ในสิ่งที่ตนเองต้องการโดยไม่คำนึงถึงวิธีการ ผู้เจรจาจะใช้กลยุทธ์ และกลวิธีทุกอย่างเพื่อเอาชนะ และทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องยอมรับข้อเสนอของตน เป็นลักษณะรูปแบบการแพ้ชนะ (win-lose)<sup>141</sup> จึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่า

<sup>137</sup> Albert K. Fiadjoe, “Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective page 22,” [Online] Accessed 2020, May 3 Available from: [https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id).

<sup>138</sup> Roger Fisher ,William L Ury, Bruce Patton, *Getting to Yes : Negotiating Agreement Without Giving*, 3-11.

<sup>139</sup> John J. Fraser, the Committee on Medical Liability “Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice ,” [Online].

<sup>140</sup> FAO Policy Learning Programme, “Negotiation Theory and Practice A Review of the Literature,” *EASYPOL Module 179 Conceptual and Technical Material* (2008): 7.

<sup>141</sup> Ibid.

มุ่งเน้นไปที่ผลประโยชน์ของฝ่ายตนมากกว่าที่จะพยายามมองถึงผลประโยชน์ที่แท้จริงของทุกฝ่าย หรือเรียกว่า การเจรจาต่อรองแบบมุ่งผลแพ้ชนะ (Distributive Negotiation)<sup>142</sup> ดังที่เบอร์นาร์ด เมเยอร์ แห่ง CDR Associates of Boulder, Colorado<sup>143</sup> ได้กล่าวไว้

(ก.2) แนวคิดการเจรจาต่อรองแบบร่วมมือ (Integrative Negotiation)<sup>144</sup> มองว่าการเจรจาต่อรองเป็นเรื่องของการสร้างความร่วมมือระหว่างคู่พิพาท ผลสำเร็จของการเจรจาต่อรองไม่ได้อยู่ที่การเอาแพ้เอาชนะในการเจรจา แต่อยู่ที่การหาข้อยุติซึ่งทำให้ทั้งสองฝ่ายได้ประโยชน์ ส่งผลให้เกิดความร่วมมือในการทำงานร่วมกันต่อไป<sup>145</sup>

การเจรจาต่อรองแบบมุ่งเน้นความร่วมมือนี้จึงเป็นวิธีที่ได้รับการยอมรับ เนื่องจากนำไปสู่การแก้ไขความขัดแย้งได้เป็นอย่างดีแท้จริง เกิดความพึงพอใจหรือผลลัพธ์ที่ชนะ-ชนะ และนำไปสู่การสร้างความร่วมมือต่อกันในระยะยาว ไม่นำไปสู่ความเคียดแค้นต่อกัน<sup>146</sup> โดยมีหลักการสำคัญของ Roger Fisher<sup>147</sup> และ William Ury Bruce Patton<sup>148</sup> ที่จะนำไปปรับใช้กับการระงับข้อพิพาททางกฎหมายได้แก่ การแยกคนออกจากปัญหาโดยเน้นที่ความต้องการของแต่ละฝ่าย เพื่อสร้างทางเลือกที่เป็นประโยชน์และหาทางเลือกที่ดีที่สุดสำหรับข้อตกลงตามบรรทัดฐานที่กำหนดไว้

### (ข) ทฤษฎีการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

(ข.1) ทฤษฎีเกม (Game Theory) มองเรื่องการเจรจาต่อรองเหมือนการเล่นเกมที่หนึ่ง โดยตั้งสมมติฐานว่า ผู้เจรจานั้นต้องมีความรู้ความสามารถเท่าเทียมกัน และมี

<sup>142</sup> นายชลัท ประเทืองรัตนนา, “การเจรจาแบบมุ่งผลแพ้ชนะ (Distributive Negotiation),” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%>

<sup>143</sup> เมเยอร์, เบอร์นาร์ด, *พลวัตการจัดการความขัดแย้ง* แปลโดย บรรพต ตันธีรวงศ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์คบไฟ, 2553)

<sup>144</sup> FAO Policy Learning Programme, *Negotiation Theory and Practice A Review of the Literature*, 15.

<sup>145</sup> นายชลัท ประเทืองรัตนนา, “การเจรจาแบบมุ่งเน้นความร่วมมือ (Integrative Negotiation) (ตอนที่ 1),” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%>.

<sup>146</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>147</sup> ฟิชเชอร์, โรเจอร์., ยูรี, วิลเลียม, แพทตัน, บรูซ, *กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง* แปลโดย ก้องเกียรติ โอภาสวงการ (กรุงเทพมหานคร: ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2545).

<sup>148</sup> ยูรี, วิลเลียม, *เอาชนะคำว่าไม่ใช่เรื่องยาก*. แปลโดย วันชัย วัฒนศัพท์ (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2545).

ข้อมูลจำนวนมากและเท่ากัน ความสำเร็จในการเจรจาต่อรองจึงอยู่ที่การใช้กลยุทธ์ต่าง ๆ ของ คู่พิพาทและแนวคิดในการเจรจาต่อรอง ทฤษฎีเกมแบ่งออกได้เป็น 3 ลักษณะ คือ เกมศูนย์ เกมลบ และเกมบวก<sup>149</sup>

ทฤษฎีเกมศูนย์ (Zero Sum Game) คือ ทฤษฎีที่ตั้งอยู่บนสมมติฐาน ว่าการเจรจาใด ๆ จะต้องเป็นผู้ได้และผู้เสีย (Win-Lose Position)<sup>150</sup>

ทฤษฎีเกมลบ (Negative Sum Game) เป็นทฤษฎีที่คู่พิพาทมองว่า การเจรจาต่อรองเป็นเรื่องของการเสียผลประโยชน์ทั้งสองฝ่าย ถ้าหากไม่มีการตกลงกัน (Lose-Lose Position) คู่พิพาทจึงถูกบีบบังคับโดยสถานการณ์ให้ต้องหันหน้าเข้ามาเจรจากัน แต่ยังคงใช้การเจรจา ต่อรองที่ทำให้ตนเสียผลประโยชน์น้อยที่สุด<sup>151</sup>

ทฤษฎีเกมบวก (Positive Sum Game) เป็นทฤษฎีที่คู่พิพาทมองว่า การเจรจาต่อรองที่ให้ทุกฝ่ายได้ผลประโยชน์ คู่พิพาทจะพยายามหันหน้ามาเจรจากันเพื่อหาทางออก ร่วมกัน และพยายามหลีกเลี่ยงความล้มเหลวในการเจรจาต่อรองถือว่าเป็นทฤษฎีที่เห็นว่าทุกฝ่ายเป็น ฝ่ายได้ผลประโยชน์ (Win-Win Position)<sup>152</sup>

(ข.2) ทฤษฎี H.L.M. มีแนวคิดที่ว่าเมื่อคู่พิพาทเข้าสู่การเจรจาต่อรอง แต่ละฝ่ายจะมีเป้าหมายในการเจรจาต่อรองเป็น 3 ระดับ<sup>153</sup> ได้แก่ ระดับ “H” (High) เป็นการ ตั้งเป้าหมายสูงสุด 100% ระดับ “M” (Medium) เป็นเป้าหมายระดับกลาง แม้ไม่บรรลุเป้าหมาย สูงสุด แต่ก็ถือว่าบรรลุผล 75% และระดับ “L” (Low) เป็นจุดต่ำสุดที่คู่พิพาทสามารถรับได้ ถือว่าได้ อย่างน้อยกว่า 50% ซึ่งจะทำให้สามารถวางเงื่อนไขและข้อจำกัดเพื่อให้อีกฝ่ายยอมตกลงในเงื่อนไขที่ กำหนดไว้ได้

<sup>149</sup> John Forbes Nash, Jr. “Function in game theory,” [Online] Accessed 2020, May 22 Available from: <https://www.britannica.com/biography/John-Nash#ref82383>.

<sup>150</sup> Gary T. Lowenthal, “A General Theory of Negotiation Process, Strategy, and Behavior page 95,” [Online] Accessed 2020, May 21 Available from: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ukalr31&div=6&id=&page=>

<sup>151</sup> John Forbes Nash, Jr. “Function in game theory,” [Online].

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> วิชัย โสสุวรรณจินดา, ครบเครื่องเรื่องการเจรจาต่อรอง, พิมพ์ครั้งที่ 5. (กรุงเทพมหานคร: สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทย-ญี่ปุ่น) 2554), หน้า 25.

(ข.3) ทฤษฎีปัจจัยในการเจรจาต่อรอง (Exchange Factors) มองว่าการเจรจาต่อรองไม่ได้มีปัจจัยการต่อรองเพียงปัจจัยเดียว แต่อาจมีหลายปัจจัยขึ้นอยู่กับเงื่อนไขและความต้องการของคู่พิพาท และปัจจัยในการเจรจาต่อรองนั้นมีทั้งที่จับต้องได้ (Tangible Factors) และจับต้องไม่ได้ (Intangible Factors) บางปัจจัยคำนวณเป็นเงินได้ และบางปัจจัยไม่สามารถคำนวณเป็นเงินได้ ขึ้นอยู่กับเป้าหมายในการเจรจาต่อรองของแต่ละฝ่าย ตัวอย่างปัจจัยในการเจรจาต่อรอง เช่น ราคา ปริมาณ เวลา การบริการ ระยะทาง คุณภาพ ชื่อเสียง ความสัมพันธ์ ความไว้วางใจ<sup>154</sup>

(ข.4) ทฤษฎีทางเลือกในการเจรจาต่อรอง (BATNA-Best Alternative to Negotiation Agreement)<sup>155</sup> มองว่าการเจรจาต่อรองให้ประสบผลสำเร็จนั้น ผู้เจรจาต้องมีหลายๆ ทางเลือก และสามารถใช่วิธีเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาต่อรอง หากไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ยังมีทางเลือกอื่นไว้สำรองใช้<sup>156</sup>

จากทฤษฎีที่ได้ทำการศึกษาข้างต้นพบว่า ทฤษฎีเกมบวก (Positive Sum Game) และ ทฤษฎีทางเลือกในการเจรจาต่อรอง (BATNA-Best Alternative to Negotiation Agreement) เป็นสองทฤษฎีหลักที่สอดคล้องกับการระงับข้อพิพาททางกฎหมายที่เป็นไปในทิศทางเดียวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกในการให้ความสำคัญกับคู่พิพาทที่ทำให้ทุกฝ่ายได้ผลประโยชน์ (Win-Win Position) และสามารถใช่วิธีเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาต่อรองในการยุติข้อพิพาท ประกอบกับทฤษฎี H.L.M และทฤษฎีปัจจัยในการเจรจาต่อรองให้การเจรจาสำเร็จโดยอาศัยปัจจัยแวดล้อมและกำหนดเป้าหมายเพื่อคาดคะเนเป้าหมายของคู่พิพาทในการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างคู่พิพาทด้วยกัน

<sup>154</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

<sup>155</sup> พิชเชอร์, โรเจอร์, ยูริ, วิลเลียม, แพทตัน, บรูซ, กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง, แปลโดย ก้องเกียรติ โอภาสวงการ (กรุงเทพมหานคร: ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2545).

<sup>156</sup> วิชัย โสสุวรรณจินดา, ครบเครื่องเรื่องการเจรจาต่อรอง, หน้า 27.



### 3.2.4.2 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์

#### ในประเทศอังกฤษ

การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองในประเทศอังกฤษ เกิดขึ้นเนื่องจากประเทศอังกฤษต้องการปฏิรูปการฟ้องคดีต่อศาลที่มีจำนวนมากโดยการนำข้อพิพาทออกจากการพิจารณาคดีในศาล การเจรจาต่อรองจึงเป็นวิธีเริ่มต้นที่ศาลนำมาใช้โดยการให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการเจรจาต่อรองก่อนการพิจารณาคดีในศาล หากสามารถตกลงกันได้จะทำข้อตกลงที่เกิดจากระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจาในศาล<sup>157</sup>

สำหรับในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ เมืองครีกรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) ที่ทำหน้าที่รับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาทางการแพทย์ เมื่อ องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ NHS รับเรื่องร้องเรียนแล้ววิธีการเริ่มต้นได้แก่ การเจรจาต่อรองเพื่อค้นหาข้อเท็จจริง และคำอธิบายระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อให้เกิดความเข้าใจ และฝ่ายแพทย์ผู้กระทำความผิดได้กล่าวคำขอโทษกับฝ่ายผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหาย และการเจรจาต่อรองยังเป็นขั้นตอนสำคัญในการทำความเข้าใจเรื่องค่าเสียหายระหว่างฝ่ายผู้ให้บริการทางการแพทย์ และฝ่ายผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายยอมรับในค่าเสียหายที่ตกลงกัน<sup>158</sup>

การเจรจาต่อรองเป็นวิธีการหนึ่งที่สามารถแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายแพทย์และฝ่ายผู้ป่วยในกรณีที่อยู่ในช่วงวิกฤตขณะที่เกิดข้อพิพาทกันได้ทั้งคู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันเองได้ จึงต้องมีบุคคลภายนอกที่เป็นกลาง คือ NHS Trust เข้ามาช่วยแก้ไขความขัดแย้งเพื่อให้สามารถคลี่คลายสถานการณ์ที่ขัดแย้งระหว่างนี้ได้อย่างรวดเร็วในเบื้องต้น เนื่องจากคนกลางมีทักษะในการเจรจาในการค้นหาผลลัพธ์ที่เป็นประโยชน์ที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมรับได้ และผู้ผลานความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยให้ยังคงอยู่ไม่เสียไป<sup>159</sup>

<sup>157</sup> Steve Walker, "NHS Litigation," *Medico-Legal Journal* 68,1 (2000): 10-12.

<sup>158</sup> Liam Donaldson, "Conflict, Power, Negotiation," *British Medical Journal* 310, 6972 (January 1995): 106.

<sup>159</sup> *Ibid.*, 107.

### 3.2.4.3 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์

#### ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์และการแพทย์ไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจน เนื่องจากการเจรจาต่อรองเป็นวิธีการที่สอดแทรกอยู่ในขั้นตอนเริ่มแรกของการระงับข้อพิพาทวิธีต่าง ๆ หรือระหว่างการดำเนินการระงับข้อพิพาทไปได้ ช่วงเวลาหนึ่งที่คู่พิพาทเผชิญหน้าสื่อสารต่อกัน การเจรจาต่อรองจึงเป็นขั้นตอนพื้นฐานสำหรับกระบวนการระงับข้อพิพาท<sup>160</sup> เพื่อให้คู่พิพาทได้เข้าใจข้อพิพาทตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ โดยมีประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐเทกซัส และมลรัฐฟลอริดาเป็นแนวคิดในกระบวนการทางกฎหมายการระงับข้อพิพาทในกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ที่ส่งเสริมให้มีการเจรจาต่อรองก่อนฟ้องคดีภายใน 60 วันนับแต่ที่คู่พิพาทต้องการใช้สิทธิเรียกร้องในการดำเนินคดี ตามกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ของรัฐเทกซัสมาตรา 4590i<sup>161</sup> และกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ของมลรัฐฟลอริดาในมาตรา 766.106 (4)<sup>162</sup> ต่อมาการเจรจาต่อรองในความรับผิดชอบทางการแพทย์ได้มีแนวความคิดมาจากการปฏิรูปความรับผิดชอบทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงปี ค.ศ.2009 สมัยประธานาธิบดีบารัคโอบามามีการจัดสรรเงินอุดหนุนสำหรับโครงการต่าง ๆ เพื่อการปฏิรูปความรับผิดชอบทางการแพทย์<sup>163</sup> ได้แก่ โครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษา (A Judge-Directed Negotiation Program) ในมลรัฐนิวยอร์ก

โครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษา ในมลรัฐนิวยอร์กจึงเป็นโครงการหนึ่งที่ได้รับเงินอุดหนุนในการสนับสนุนการระงับข้อพิพาทให้มีการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาคอย

<sup>160</sup> John J. Fraser, the Committee on Medical Liability, “ Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice ,” [Online].

<sup>161</sup> Steven C. Laird, “Statute of Limitations Update- Medical Malpractice,” [Online] Accessed 2020, May 3 Available from: [https://www.texlawyers.com/images/documents/medical\\_malpractice\\_statute\\_of\\_limitations.pdf](https://www.texlawyers.com/images/documents/medical_malpractice_statute_of_limitations.pdf).

<sup>162</sup> Mark R. Osherow, “ Florida Medical Malpractice and The Statute of Limitations,” *Florida Bar Journal* 77, 7 (July-August 2003): pp 38.

<sup>163</sup> Barack Obama, President of the U.S., “ Overhauling Health Care: Address to a Joint Session of Congress (Sept. 9, 2009),” [Online] Accessed 2020, May 22 Available from: [http:// www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.09.09.html](http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.09.09.html) [hereinafter the President’s Address to a Joint Sessions of Congress].

ช่วยเหลือศูนย์การแพทย์ห้าแห่งในรัฐนิวยอร์ก ถือว่าเป็นกระบวนการที่ผู้พิพากษาต้องมีความรู้ทางการแพทย์และการเจรจาต่อรองโดยตรงในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์มากกว่าที่จะมีการพิจารณาคดีในชั้นศาลตามปกติ ซึ่งผู้พิพากษาจะทำการเริ่มการเจรจาต่อรองในช่วงต้นของการดำเนินคดีตั้งแต่การยื่นฟ้องคดี และอำนวยความสะดวกในการสื่อสาร แลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างคู่พิพาทและทนายความเกี่ยวกับข้อเรียกร้องจนนำไปสู่ข้อตกลง<sup>164</sup>

ความสำเร็จของโครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาสำหรับคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ ส่งผลให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีลดลงและอัตราการยุติข้อพิพาทเพิ่มขึ้นมีปัจจัยมาจาก

#### (1) ผู้พิพากษา

เป็นผู้ที่มีความสำคัญต่อความสำเร็จของโครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาในมลรัฐนิวยอร์ก เป็นผู้ทำหน้าที่โดยอัตโนมัติในการเริ่มกระบวนการเจรจาต่อรองจะพยายามหาหรือแก้ไขสถานการณ์ และให้คำแนะนำแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อนำไปสู่การยุติข้อพิพาท<sup>165</sup> โดยผู้พิพากษาที่จะสามารถเข้าโครงการดังกล่าวได้ต้องเป็นผู้พิพากษาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายนอกเหนือจากทางด้านกฎหมายพร้อมทั้งผ่านการฝึกอบรมเป็นพิเศษเนื่องจากความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์นอกเหนือจากความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้แล้วยังมีความเสียหายทางด้านจิตใจที่ต้องมีการเยียวยาคู่พิพาทที่ได้รับ ความเสียหาย<sup>166</sup>

#### (2) กระบวนการการเจรจาต่อรอง

เช่นเดียวกับผู้พิพากษาที่เป็นตัวบุคคลขับเคลื่อนย่อมต้องไปพร้อมกับกระบวนการเจรจาต่อรอง ฉะนั้นกระบวนการการเจรจาต่อรองจึงเป็นอีกส่วนที่สำคัญของโครงการดังกล่าว การเจรจาต่อรองสามารถนิยามได้ว่าเป็นกระบวนการที่คู่พิพาทสามารถแลกเปลี่ยนข้อมูลเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจในข้อตกลงร่วมกันของการระงับข้อพิพาท ผู้พิพากษา McKeon พบว่า

<sup>164</sup> Kristine Gamboa, "Positive Prognosis for Judges: A Look into Judge-Directed Negotiations in Medical Malpractice Cases," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 13,2 (2013): 10.

<sup>165</sup> Ibid.

<sup>166</sup> Leonard J. Marcus, "A Culture of Conflict: Lesson from Renegotiating Health Care," *Journal of Health Care Law and Policy* 5,2 (2002): 447.

คู่พิพาททุกฝ่ายหากสมัครใจเข้าสู่กระบวนการและสื่อสารแลกเปลี่ยนข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับจุดแข็งและจุดอ่อนต่อกันมีความเป็นไปได้ที่จะนำไปสู่การยุติข้อพิพาทโดยเร็วแทนที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายจำนวนมากตามที่คุณเสียหายได้เรียกร้อง แสดงให้เห็นว่าการเจรจาต่อรองนอกจากจะเป็นการสื่อสารระหว่างกันของคู่พิพาทแล้ว ลักษณะสภาพแวดล้อมที่เหมือนกับการประชุมมากกว่าการพิจารณาคดีเป็นเหตุผลหนึ่งทำให้สามารถระงับข้อพิพาทความรับผิดชอบทางการแพทย์ได้สำเร็จ<sup>167</sup>

ขั้นตอนกระบวนการของการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษา เริ่มต้นเมื่อมีการยื่นฟ้องคดีการความรับผิดชอบทางการแพทย์ ผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องการแพทย์จะเป็นบุคคลสำคัญของคดีในการดูแลกระบวนการทั้งหมด และเรียกคู่พิพาทเพื่อหารือเกี่ยวกับคดีและช่วยเหลือในการระงับข้อพิพาท สิ่งที่แตกต่างกันอย่างมากจากขั้นตอนการพิจารณาคดีทางศาลได้แก่ จะไม่มีการเก็บค่าธรรมเนียมจนกว่าจะถึงขั้นตอนสุดท้ายของกระบวนการ ดังนั้นการแก้ไขปัญหาความรับผิดชอบทางการแพทย์ในโครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาจึงเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายในการระงับข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็ว และใช้ระบบศาลซึ่งเป็นทรัพยากรที่มีอยู่มาปรับใช้เพียงปรับเปลี่ยนวิธีการระงับข้อพิพาทจากการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่มีผลการแพ้-ชนะคดีกันเป็นการเจรจาต่อรองที่สามารถให้คู่พิพาททั้งสองฝ่ายสามารถสื่อสารกันได้นอกเหนือจากการระงับข้อพิพาทได้รวดเร็วแล้วยังเป็นการรักษาความสัมพันธ์ให้กับคู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายพิเศษใด ๆ มาปรับใช้<sup>168</sup>

คดีตัวอย่าง หนายความของผู้เสียหายได้เข้าร่วมในการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาซึ่งกรณีนี้ผู้เสียหายอายุ 19 ปี ถูกบุคคลที่เมาสุราขับรถชน โจทก์ถูกนำตัวส่งโรงพยาบาลด้วยอาการบาดเจ็บที่ศีรษะอย่างรุนแรง โรงพยาบาลรักษาผู้เสียหายจนรอดชีวิตมาได้ แต่ในคดีความ

<sup>167</sup> Kristine Gamboa, "Positive Prognosis for Judges: A Look into Judge-Directed Negotiations in Medical Malpractice Cases," *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*: 11.

<sup>168</sup> *Ibid.*, 12.

ผู้เสียหายอ้างว่าประสบปัญหาทางจิตใจอย่างถาวร เพราะโรงพยาบาลไม่ได้ทำการตรวจวินิจฉัยที่เหมาะสมหรือทำการผ่าตัดทันที<sup>169</sup>

กรณีดังกล่าวหากเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีทางศาลโรงพยาบาลสามารถต่อสู้ได้ว่าสามารถรักษาได้อย่างเต็มความสามารถแล้วตามมาตรฐานวิชาชีพ แต่ด้วยการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษาเชื่อว่าจะสามารถเข้าสู่ความซับซ้อนของคดีได้ด้วยผู้พิพากษาที่มีประสบการณ์ที่เข้าใจปัญหาทางการแพทย์ทำให้สามารถพบปัญหาของผู้เสียหายที่ได้รับผลกระทบทางด้านจิตใจ ผู้พิพากษาจึงเป็นผู้ที่เข้าช่วยเหลือให้ทั้งสองฝ่ายเข้าใจและยุติข้อพิพาทในที่สุด<sup>170</sup>

ดังนั้น การเจรจาต่อรองในความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่ได้ทำการศึกษาในสามมรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นขั้นตอนแรกที่เกิดขึ้นก่อนการดำเนินคดีในชั้นศาลที่ศาลพยายามให้คู่พิพาทเจรจาต่อรองกันก่อนภายในกำหนดเวลาเพื่อให้คู่พิพาทได้สื่อสารกันเบื้องต้นถึงปัญหาที่เกิดขึ้นหากสามารถตกลงกันได้ขั้นตอนนี้ก็ทำให้คู่พิพาทไม่ต้องนำข้อพิพาทไปสู่ศาล

#### 3.2.4.4 การเจรจาต่อรอง และขอโทษล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ ในประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์มีเป้าหมายในการตอกย้ำความมุ่งมั่นในการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมร่วมกัน ได้แก่ การก่อให้เกิดความเชื่อถือ และความเชื่อมั่นของประชาชนด้วยการมีกระบวนการยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพและเข้าถึงได้โดยศาลรัฐ (State Court) มีส่วนร่วมในการผลักดันในการบริการจัดการคดี<sup>171</sup> ในส่วนของการเจรจาต่อรอง ปรากฏในคดีรถชน เนื่องจากคดีที่เกิดจากอุบัติเหตุทางรถยนต์นั้นมีถึงประมาณร้อยละ 30 ของคดีแพ่งที่มีการยื่นฟ้องที่ State Court ในแต่ละปี ศาลจึงได้จัดคู่มือการประเมินความรับผิดชอบของคู่พิพาทในคดีรถชน (Motor Accident

<sup>169</sup> Crain's N.Y. Business, "Med mal cases get expert hearings Hearings: Bronx System Uses Judges, Not Juries, Streamlines Costly Process," [Online] Accessed 2020, May 22 Available from: <https://www.craigslist.com/article/20100822/SUB/308229981/med-mal-cases-get-expert-hearings>.

<sup>170</sup> Michelle Andrews, "Malpractice Program May Offer Model For Medical Liability Cases," [Online] Accessed 2020, May 22 Available from: <https://khn.org/news/ny-malpractice-program-judge/>.

<sup>171</sup> State Courts Singapore, "The Justice Statement," [Online] Accessed 2020, August 10 Available from: <https://www.statecourts.gov.sg/cws/AboutStateCourts/Pages/TheJusticeStatement.aspx>.

Guide หรือ MAG) เพื่อให้คู่พิพาทมีแหล่งข้อมูลอ้างอิงที่น่าเชื่อถือในการประเมินความรับผิดชอบในการยอมเจรจาต่อรองให้ได้ข้อยุติของคดีเมื่อเกิดเหตุการณ์พาหะชนกัน<sup>172</sup>

ในปัจจุบันประเทศสิงคโปร์ได้มีการพัฒนาเป็นระบบ E-Negotiation เป็นการเปิดช่องทางเลือกเพิ่มมากขึ้นให้แก่คู่พิพาท ไม่ต้องกังวลกับการเผชิญหน้ากับอีกฝ่ายหนึ่ง โดยคู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องทางอิเล็กทรอนิกส์หากประสงค์จะเจรจาต่อรองก่อนวันนัดพิจารณาของศาล โดยแต่ละฝ่ายมีสิทธิยื่นข้อเสนอได้ 3 ครั้งเท่านั้น หากสามารถตกลงกันได้ คู่พิพาทอาจถอนฟ้องโดยใช้แบบที่อยู่ให้บริการ E-Service หรือ อาจขอเป็นคำพิพากษาตามยอม (Consent Order) เพื่อใช้ในการบังคับคดีต่อไป<sup>173</sup>

ในส่วนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์กรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาล คู่พิพาทสามารถที่จะยื่นคำร้องในการเจรจาต่อรองทางอิเล็กทรอนิกส์ได้เช่นกัน E-Negotiation และมีข้อสังเกตว่าการเจรจาต่อรองเป็นขั้นตอนหนึ่งในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศูนย์การไกล่เกลี่ยประเทศสิงคโปร์ (Singapore Mediation Center :SMC) ที่มีการฝึกอบรมด้านการเจรจาต่อรองสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยให้มีความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย และข้อพิพาทที่มีลักษณะซับซ้อนที่ต้องอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น ข้อพิพาทเกี่ยวกับวิชาชีพ เพื่อให้อำนวยความสะดวกในการเจรจาระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่ายและชี้นำทิศทางของการสื่อสารโดยมีจุดประสงค์เพื่อหาทางออกที่ยอมรับร่วมกัน<sup>174</sup> ซึ่งถือว่าการเจรจาต่อรองเป็นส่วนหนึ่งในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในประเทศสิงคโปร์

<sup>172</sup> กนก จุลมนต์, “ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์,” *อุลพาท* 62,1 (มกราคม-เมษายน 2558): 114.

<sup>173</sup> State Courts Singapore, “ E- Negotiation,” [Online] Accessed 2020, August 10 Available from: <https://www.statecourts.gov.sg/cws/SmallClaims/Pages/e-Negotiation.aspx>.

<sup>174</sup> Singapore Mediation Center, “ Singapore Mediation Center Mediation Service The Mediation Procedure,” [Online] Accessed 2 0 2 0 , August 10 Available from: <https://www.mediation.com.sg/wp-content/uploads/2020/01/CMS-Mediation-Procedure-Rules-with-Annexes-1Jan2020.pdf>.

### 3.2.4.5 การเจรจาต่อรอง และข้อพิพาทล่วงหน้า ในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ ในสหภาพยุโรป

การเจรจาต่อรองในสหภาพยุโรปส่วนใหญ่เป็นการเจรจาต่อรองระหว่างประเทศสมาชิกในการทำข้อตกลงในเรื่องต่าง ๆ ระหว่างประเทศ และเพื่อสร้างความสัมพันธ์กันระหว่างประเทศสมาชิก<sup>175</sup> แม้จะไม่มีการเจรจาต่อรองในกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในสหภาพยุโรปไว้โดยตรง แต่สหภาพยุโรปได้มีกฎชื่อว่า Legislation on Alternative Dispute Resolution and Online Dispute Resolution (Directive 2013/11 / EU) (ADR Directive)<sup>176</sup> และกฎเกณฑ์ The Online Dispute Resolution Regulation No 524/2013 OF The European Parliament and of The Council 2013<sup>177</sup> ช่วยให้ผู้บริโภคในสหภาพยุโรปสามารถเข้าถึงกลไกการระงับข้อพิพาทนอกศาลได้ที่มีความน่าสนใจเป็นเรื่องของการระงับข้อพิพาทออนไลน์ในคดีผู้บริโภค และประเทศไทยได้จัดตั้งความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์เป็นคดีผู้บริโภค จึงได้ทำการศึกษาแนวทาง ADR Directive โดยวิธีการเจรจาต่อรองออนไลน์ ที่มีคณะกรรมการสหภาพยุโรปดูแลและมีการจัดตั้งคณะกรรมการผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวการระงับข้อพิพาทออนไลน์เพื่ออำนวยความสะดวกและให้คำปรึกษากับคู่พิพาท

ในส่วนของการเจรจาออนไลน์ เป็นการให้คู่พิพาทที่มีข้อพิพาทระหว่างกัน ได้หารือหรือหาทางออกร่วมกันโดยคู่พิพาททั้ง 2 ฝ่าย ไม่จำเป็นต้องเดินทางเข้ามาพบกันโดยตรง แต่จะเจรจาต่อรองติดต่อผ่านทางออนไลน์ โดยข้อจำกัดของการเจรจาจะใช้ได้กับเฉพาะข้อพิพาทที่มีการเจรจาเป็นตัวเลขและเรื่องจำนวนค่าเสียหายเท่านั้น<sup>178</sup> ไม่สามารถที่จะกำหนดว่าใครเป็นผู้ต้อง

<sup>175</sup> Cardinal Richelieu, "Negotiation Theory and The EU Accession Negotiations," *Slovak Foreign Policy Affairs* 4, 1 (2003): 78.

<sup>176</sup> Official Journal of the European Union, "Directive 2013/11/EU of The European Parliament and of The Council of 21 May 2013," [Online] Accessed 2020, August 11 Available from: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>.

<sup>177</sup> Official Journal of the European Union, "Regulation (EU) No 524/2013 of The European Parliament and of The Council of 21 May 2013," [Online] Accessed 2020, August 11 Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>.

<sup>178</sup> สรวิต ลิ้มปริงชี, "Cyberspace: พรมแดนใหม่ของการระงับข้อพิพาททางเลือก," *ตุลพาท* 2, 52 (ตุลาคม 2548): 127.

รับผิดชอบในข้อพิพาทได้ รวมทั้งลักษณะเฉพาะของข้อพิพาททางที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคนั้น ส่วนใหญ่ผู้บริโภคมักมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ประกอบการธุรกิจ ดังนั้นถ้าใช้การเจรจาออนไลน์อาจทำให้ผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรม เนื่องจากในการเจรจาต่อรองจะมีเฉพาะคู่พิพาทเท่านั้น ไม่มีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย แม้ว่าจะมีการตกลงและทำเป็นสัญญากันแล้ว หากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ยังต้องใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยศาลต่อไป จึงขาดสภาพบังคับที่มีกฎหมายรองรับ<sup>179</sup>

ดังนั้น การเจรจาต่อรองจึงควรเป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งที่จะช่วยเสริมให้การระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งจะเหมาะสมมากกว่าใช้วิธีการเจรจาต่อรองเพียงวิธีเดียวในการระงับข้อพิพาท ดังนั้นจึงได้เกิดแนวความคิดที่ว่า ควรจะมีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาทให้สามารถนำไปสู่ข้อตกลง ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

### 3.2.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ (Voluntary Mediation)

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจเป็นวิธีในการแก้ไขข้อพิพาททางการแพทย์เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อที่คู่พิพาทเลือกใช้วิธีการหนึ่ง เพราะสามารถชี้แจงข้อขัดแย้งและอาจนำไปสู่การรับรู้ปัญหาจนนำไปสู่การยุติข้อพิพาทได้<sup>180</sup> ในหัวข้อนี้จึงได้ทำการศึกษาแนวคิดพื้นฐานในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจเพื่อเป็นพื้นฐานในการศึกษาการระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ด้วยการไกล่เกลี่ยในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ และสหภาพยุโรป

#### 3.2.5.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ

##### (ก) แนวคิดพื้นฐานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ

<sup>179</sup> ธนัชพร กังสังข์, “การระงับข้อพิพาทออนไลน์สำหรับข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค,” วารสารวิชาการ (2558): 101.

<sup>180</sup> John J. Fraser, the Committee on Medical Liability, “Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice ,” [Online].



ในทางนิติศาสตร์ พิจารณาว่า เมื่อมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นวิธีการจัดการความขัดแย้งหรือข้อพิพาท ในอดีตมักจัดการกับความขัดแย้งด้วยวิธีมุ่งเอาชนะกัน จนพัฒนารูปแบบการจัดการกับความขัดแย้งให้ผู้นำในสังคมเป็นผู้จัดการและพัฒนาไปสู่รูปแบบของศาลโดยมีผู้พิพากษาเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท<sup>181</sup> แต่กลับพบว่ากระบวนการทางศาลไม่อาจแก้ไขปัญหาความขัดแย้งของผู้คนในสังคมให้หมดไปได้ เพราะคำตัดสินของศาลย่อมต้องมีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ชนะและอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้แพ้ ด้วยเหตุนี้แนวคิดในการหาทางออกร่วมกันเพื่อระงับข้อขัดแย้งหรือจัดการกับปัญหาข้อพิพาทจึงเกิดขึ้น โดยมีเป้าหมายให้คู่พิพาทสามารถทำความเข้าใจในปัญหาที่เกิดขึ้นและสามารถดำเนินชีวิตร่วมกันต่อไปได้ อันจะส่งผลต่อความสงบสุขของสังคมโดยรวม การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทที่มีบุคคลที่สามารถเข้ามาทำหน้าที่เป็นคนกลาง ในการช่วยเหลือชักจูงให้คู่พิพาทอ่อนผันเข้าหากันอันจะนำไปสู่การทำความเข้าใจตกลงร่วมกันระหว่างคู่พิพาท ด้วยเหตุนี้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นทางเลือกหนึ่งในการระงับข้อพิพาท เนื่องจากทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ชนะคดี (win-win)<sup>182</sup>

ในความเห็นของหลักสากลทั่วไปการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่ใช้แก้ปัญหาความขัดแย้งหรือระงับข้อพิพาทระหว่างบุคคล และยังมีผู้ให้ความหมายไว้หลายท่าน ดังนี้ พจนานุกรม Black's Law<sup>183</sup> ให้ความหมายว่า การแทรกแซง หรือการสอดแทรกของบุคคลที่สามเพื่ออยู่ระหว่างกลางบุคคลสองฝ่ายที่มีข้อพิพาท เพื่อโน้มน้ามนำให้บุคคล

<sup>181</sup> สุรัชย์ เลียงบุญเลิศชัย, “หลักการและแนวคิดในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, ทนายความผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท,” (กรุงเทพมหานคร : ฝ่ายวิชาการสภาทนายความ สภาทนายความ, 2557), หน้า 1-3.

<sup>182</sup> Ellen Waldman, “The Concept of Justice in Mediation: A Psychobiography” [Online] Accessed 2020, June 2 Available from:

<https://books.google.co.th/books?id=2ifnDwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Ellen+Waldman+THE+CONCEPT+OF+JUSTICE+IN+MEDIATION:A+PSYCHOBIOGRAPHY&source=bl&ots=yuNHPApR04&sig>

<sup>183</sup> “MEDIATION” : Intervention; interposition ; the act of a third person who interferes between two contending parties with a view to reconcile them or persuade them to adjust or settle their dispute. In international law and diplomacy, the word denotes the friendly interference of a state in the controversies of others, for the purpose, by its influence and by adjusting their difficulties, of keeping the peace in the family of nations.

ที่มีข้อพิพาทปรับเปลี่ยน หรือตกลงในปัญหาข้อพิพาทได้โดยการกระทำที่เป็นกลาง หรือบุคคลที่เป็นกลาง

เบอร์นาร์ด เมเยอร์<sup>184</sup> นักวิชาการต่างประเทศ ได้กล่าวไว้ว่า การไกล่เกลี่ยคนกลาง (Mediation) คือ การจัดการความขัดแย้ง นอกจากนี้การไกล่เกลี่ยคนกลางยังถูกมองว่าเป็นเครื่องมือหลักสำหรับการจัดการความขัดแย้ง และแสดงถึงความเป็นวิชาชีพได้เป็นอย่างดี มุมมองเช่นนี้เป็นที่เข้าใจได้แต่ก็ค่อนข้างจำกัดมากทั้งในบริบทของการจัดการความขัดแย้งโดยรวม และในแวดวงของนักไกล่เกลี่ยเองโดยเฉพาะ นักไกล่เกลี่ยคนกลางมีหน้าที่เพียงให้คำปรึกษากับคู่พิพาท

Henry J. Brown and Arthur L.<sup>185</sup> กล่าวไว้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคือ กระบวนการที่ส่งเสริมช่วยเหลือคู่พิพาทด้วยบุคคลที่สามที่เป็นกลางที่เรียกว่าผู้ไกล่เกลี่ย (Mediator) เป็นบุคคลที่ช่วยให้คู่พิพาทสามารถตกลงกันแก้ปัญหาข้อพิพาทของตนได้ โดยผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการตัดสินใจใด ๆ ที่จะมีผลผูกพันคู่พิพาท แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้กระบวนการ เทคนิค และความรู้ ความเชี่ยวชาญต่าง ๆ ในการช่วยให้คู่พิพาทเจรจาตกลงกันได้ข้อพิพาทที่มีอยู่โดยปราศจากการพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาล

ผู้ไกล่เกลี่ยจึงกระทำการในฐานะคนกลางเป็นผู้ช่วยเหลือในระหว่างที่มีการเจรจาต่อรองระหว่างคู่พิพาท จุดประสงค์ของการช่วยเหลือก็เพื่อให้ข้อพิพาทระงับไปด้วยความสมัครใจ และเป็นความสำเร็จของทั้งสองฝ่ายที่ยอมรับว่าเป็นการตกลงที่เป็นธรรม ถึงแม้จะไม่มีฝ่ายใดได้ประโยชน์ครบถ้วนตามที่ได้เรียกร้อง หลักปฏิบัติทั่วไปผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่ให้คำแนะนำ หรือให้คำตัดสินหรือออกความเห็นว่าคุณพิพาทควรตกลงกันอย่างไร แต่ผู้ไกล่เกลี่ยมักจะเสนอแนวคิดริเริ่มโดยใช้การสอบถามที่มีความชำนาญจากการฝึกอบรม โดยผู้ไกล่เกลี่ยจะแยกข้อเท็จจริงสำคัญ ๆ ออกจาก

<sup>184</sup> เมเยอร์ เบอร์นาร์ด, พลวัตการจัดการความขัดแย้ง, หน้า 276.

<sup>185</sup> J Brown, Arthur L Marriott, “ADR Principles and Practice,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: [https://pdfs.semanticscholar.org/7eb6/37b6d329760821bd21f24dd72e872e72cb9c.pdf?\\_ga=2.246075783.2051534314.1587963383-33012576.1587963383](https://pdfs.semanticscholar.org/7eb6/37b6d329760821bd21f24dd72e872e72cb9c.pdf?_ga=2.246075783.2051534314.1587963383-33012576.1587963383).

ข้อเท็จจริงที่ไม่เกี่ยวข้องโดยเร็ว คำนึงถึงประโยชน์ และส่วนได้เสียของคู่พิพาทมากกว่าการเจรจาต่อรองของคู่พิพาทที่มีการใช้อารมณ์<sup>186</sup>

ดังนั้น สามารถสรุปสาระสำคัญได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง การดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการช่วยเหลือ เสาะแสวงหาวิธีการ หรือแนะนำแนวทางเพื่อทำให้ การเจรจาสามารถหาข้อยุติร่วมกัน โดยความยินยอมของคู่พิพาทตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป โดยบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นกลาง ที่มีใจคู่พิพาทที่โต้แย้งกัน และไม่มีผลประโยชน์ได้เสียกับประเด็นข้อพิพาทดังกล่าว ทั้งนี้ คู่พิพาทมีสิทธิเป็นผู้ตัดสินใจที่จะเลือกแนวทางที่ผู้ไกล่เกลี่ยแนะนำหรือไม่ก็ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจ ในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าว เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือ และให้ความเห็นเพื่อการประนีประนอม ของคู่พิพาทและหาทางออกที่เป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายร่วมกัน

### (ข) ทฤษฎีเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในทางนิติศาสตร์ได้อธิบายถึงทฤษฎีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ 2 ทฤษฎีดังนี้

#### (ข.1) ทฤษฎีการแข่งขัน (Competitive theory)

โดยพฤติกรรมนักกฎหมายประเภทนี้ถือหลักยุทธศาสตร์แบบแข่งขัน โดยนักกฎหมายตามทฤษฎีแข่งขันมักจะเป็นผู้แข็งกร้าวยืนอยู่ในจุดของตนในการเรียกร้อง และพยายามให้ฝ่ายของตนได้ชัยชนะจากการเจรจา ตามหลักที่ว่าผู้เข้มแข็งกว่าย่อมสามารถอยู่ในสังคมได้ อย่างแท้จริง จะให้บรรลุความต้องการของตนมากที่สุด ทฤษฎีการแข่งขันมองโลกในแง่ที่ว่าทรัพยากร มีอยู่อย่างจำกัด<sup>187</sup> ซึ่งจะต้องแบ่งปันโดยการแข่งขันเพื่อให้เกิดประสบความสำเร็จในแต่ละเรื่อง ทำให้ มนุษย์กลายเป็นศัตรูกัน ตามทฤษฎีนี้รูปแบบการเจรจាកำหนดขึ้นโดยผลประโยชน์ของตนเองเป็น สำคัญ เพื่อให้ตนเองได้รับผลประโยชน์มากที่สุด และอีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ภายใต้ทฤษฎีการแข่งขัน นี้วัตถุประสงค์เบื้องต้นของนักกฎหมาย คือการควบคุมขั้นตอนการเจรจาข้อขัดแย้ง ในการเผชิญหน้า กันนักกฎหมายผู้ซึ่งเข้าใจระบบการแข่งขันจะได้เปรียบในการกำหนดรูปแบบและขั้นตอนของการ

<sup>186</sup> Christopher W. M. อั้งถึงใน ชลากร เทียนส่องใจ, “การเจรจาไกล่เกลี่ยคนกลางเชิงพุทธ: หลักการและเครื่องมือสำหรับการ จัดการความขัดแย้ง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาตุษย์บัณฑิต, มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย, 2553), 52

<sup>187</sup> สรายุทธ เบญจกุล, เทคนิคการไกล่เกลี่ย : ยุทธศาสตร์ และทฤษฎีเจรจา (กรุงเทพมหานคร: ศาลแพ่ง, 2539) หน้า73-74.

เจรจา การเจรจาต่อรองที่เชิงกร้าวจะเหนือกว่าฝ่ายที่ด้อยกว่า ดังนั้น ข้อขัดแย้งจึงยุติลงได้ แต่ผลของการเจรจาจะคาดหมายได้ยาก<sup>188</sup>

## (ข.2) ทฤษฎีการแก้ไขปัญหา (Problem Solving Theory)

ทฤษฎีนี้ถือหลักว่าผู้เข้าร่วมเจรจาทุกคนมีผลประโยชน์ร่วมกัน ทุกคนอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมของสังคมเดียวกัน จึงมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหาร่วมกันเพื่อให้สามารถทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจโดยมีหลักการสำคัญ<sup>189</sup> ได้แก่

1. แยกปัญหาความสัมพันธ์ส่วนตัวออกจากข้อขัดแย้งและแก้ไขในแต่ละปัญหาแยกต่างหากหากจากกัน
2. เน้นความสำคัญของประโยชน์ได้เสีย และความต้องการของคู่พิพาท
3. คิดหาทางเลือกหลายวิธีเพื่อให้คู่พิพาทได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน
4. ยืนยันการใช้ข้อบังคับประกอบต่าง ๆ ที่ต้องนำมาใช้ในการตัดสินใจ
5. เข้าใจและแสวงหาทางเลือกที่ดีที่สุดในการเจรจาดตกลงทำสัญญา

จากทฤษฎีการแข่งขันและทฤษฎีการแก้ไขปัญหาดังได้กล่าวไว้ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ทฤษฎีการแข่งขันมีข้อดี คือ สามารถกำหนดรูปแบบและขั้นตอนการเจรจาที่เชิงกร้าวจะเหนือกว่าฝ่ายที่ด้อยกว่า ทำให้ข้อพิพาทสามารถยุติลงได้ แต่มีข้อเสีย คือคู่พิพาทต้องเผชิญหน้ากัน แต่ละฝ่ายต่อสู้เพื่อชัยชนะทำให้เป็นศัตรูกันเมื่อฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสียประโยชน์ ส่วนทฤษฎีการแก้ไขปัญหามีข้อดี คือเป็นการแก้ไขปัญหาร่วมกันโดยคำนึงถึงความชอบธรรมของผลประโยชน์และความประสงค์ของอีกฝ่ายหนึ่ง มิได้มุ่งเพื่อชัยชนะแต่เพียงอย่างเดียว แต่มีข้อเสีย คือไม่อาจใช้ร่วมกับทฤษฎีการแข่งขันในแง่ที่ว่าแม้ทรัพยากรจะมีอยู่อย่างจำกัดในการแบ่งปัน ฝ่ายหนึ่ง

<sup>188</sup> ณัฐนันท์ คุณเงิน และคณะ, กฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานยุติธรรม, 2560) หน้า 3-8.

<sup>189</sup> สรายุทธ เบญจกุล, เทคนิคการไกล่เกลี่ย : ยุทธศาสตร์ และทฤษฎีเจรจา, หน้า 77-78.

อาจได้ประโยชน์โดยไม่ทำให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสีย ดังนั้นเมื่อทั้งสองทฤษฎีต่างมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงสมควรที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเลือกนำเฉพาะข้อดีของแต่ละทฤษฎีมาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดบนพื้นฐานแห่งสภาพปัญหาและสภาพแวดล้อมของคดีหรือข้อพิพาทนั้น ๆ

ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในแต่ละประเด็นปัญหาย่อมมีความแตกต่างกันออกไป ไม่ว่าจะเป็นตัวประเด็นปัญหา นักกฎหมายหรือตัวคู่พิพาท ซึ่งกรณีนักกฎหมาย หรือ คู่พิพาทมักจะอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีแข่งขันทั้งสิ้น เพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และอีกฝ่ายหนึ่งต้องสูญเสียหรือได้ประโยชน์น้อยกว่าตน ฉะนั้นคนกลางที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นับว่าเป็นผู้ที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในการค้นหาระดับความพึงพอใจที่แตกต่างกันของคู่พิพาท ทั้งนี้ อาจใช้ทฤษฎีการแข่งขันผสมผสานกับทฤษฎีการแก้ไขปัญหาในการจัดการความขัดแย้ง และยุติข้อพิพาทได้ตามหลักวิธีทางเลือกที่ดีที่สุดแทนการตกลงจากการเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (BATNA-Best Alternative To Negotiated Agreement)<sup>190</sup>

### 3.2.5.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี เมื่อเกิดข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ ภาครัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการบริการทางการแพทย์ ดังนั้น การดำเนินคดีทางการแพทย์จึงใช้กฎหมายทั่วไปเช่นเดียวกับประเทศอื่น ทั้งกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา และกฎหมายเกี่ยวกับวิชาชีพ รวมทั้งระบบการจัดการเพื่อรองรับความเสียหายจากบริการทางการแพทย์ได้สนับสนุนให้ใช้วิธีระงับข้อพิพาททางเลือกอันมีลักษณะเฉพาะที่ช่วยแก้ไขปัญหาคความขัดแย้ง และลดปัญหาการฟ้องคดีทางการแพทย์ โดยศาลประเทศอังกฤษ ส่งเสริมการใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้น ทำให้มีการนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้เป็นทางเลือกแก่ประชาชน และได้เริ่มมีการพัฒนาการบัญญัติกฎหมายที่นำมาใช้ในการระงับข้อพิพาท ได้แก่ The Commercial Code of Practice 2016 มีผลใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในหลาย

<sup>190</sup> สจดี ปีถวี, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : หลักการและกรณีศึกษา,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา: [https://www.ombudsman.go.th/ombstudies/ewt\\_news.php?nid=320&filename=index](https://www.ombudsman.go.th/ombstudies/ewt_news.php?nid=320&filename=index).

กรณีรวมถึงข้อพิพาททางการแพทย์ จนมีการพัฒนากฎหมายในการให้อำนาจองค์กรระงับข้อพิพาท ที่เน้นความยืดหยุ่นภายในองค์กร และฝึกฝนผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทให้มีความชำนาญ<sup>191</sup>

ในการระงับข้อพิพาทโดยวิธีการไกล่เกลี่ยของประเทศอังกฤษจึงได้มีการพัฒนาและนำมาใช้ในภาคอุตสาหกรรมและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับปัญหาครอบครัวมากขึ้นในปี ค.ศ. 1974 และได้เริ่มนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในคดีแพ่ง<sup>192</sup> โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยที่ผ่านการอบรมการไกล่เกลี่ยภายใต้การดูแลของสมาคมกฎหมาย (The Law Society) ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการกำหนดแนวทางการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมากที่สุด และต่อมาในปี ค.ศ.1990 ประเทศอังกฤษได้จัดตั้งคณะทำงานเกี่ยวกับทางเลือกใหม่รวมทั้งมีการส่งเสริมให้ใช้กระบวนการทางเลือกใหม่ในการระงับข้อพิพาทนอกศาล โดยเน้นถึงคุณภาพขององค์กรผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยให้เป็นมืออาชีพ และให้ได้มาตรฐานสูงเพื่อเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่ดีมีคุณภาพ ส่งผลต่อการระงับข้อพิพาทในคดีแพ่ง และคดีทางการค้า รวมทั้งคดีทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษสำเร็จไปได้ด้วยดี โดยได้มีการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทขึ้นมา ได้แก่ The Centre for Dispute Resolution, The British Academy of Experts และ IDR Limited ซึ่งได้นำมาใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในภาคเอกชน ภายใต้กฎหมาย The Commercial Code of Practice Act<sup>193</sup> มีผลใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและทางการค้า กล่าวคือ คู่พิพาทไม่ว่าฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยนี้ ดังนั้นในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นไปด้วยความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ โดยจะเห็นได้ว่าระบบการระงับข้อพิพาทนอกศาลของอังกฤษได้รับการสนับสนุนจากภาครัฐอย่างเป็นรูปธรรม ก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อประชาชน

กระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ มีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสองหน่วยงาน ได้แก่ ศาล และองค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS)

<sup>191</sup> Paul Randolph, *The Psychology of Conflict: Mediating in a Diverse World* (London: Bloomsbury Continuum, 2016), pp 499-500.

<sup>192</sup> ธรรมบุญ พิทยาภรณ์, “การปฏิรูประบบงานศาล: ประสบการณ์ของประเทศไทย,” *วารสารบทบัญญัติ* (2545): 11 -15.

<sup>193</sup> Donald Lambert, Nicole Finlayson, “Mediation in United Kingdom,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>.

(1) กระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลประเทศอังกฤษนั้น เมื่อคู่พิพาทประสงค์จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล ศาลจะดำเนินการส่งต่อให้หน่วยงานผู้ให้บริการไกล่เกลี่ยภายนอก (Service Providers) เช่น ศูนย์ระงับข้อพิพาทแบบมีประสิทธิภาพ (Centre for Effective Dispute Resolution)<sup>194</sup> ซึ่งเป็นองค์กรอิสระภาคเอกชนที่ตั้งขึ้นเพื่อช่วยเหลือไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยไม่แสวงหากำไร โดยหน่วยงานนี้จะเป็นผู้ดำเนินการประสานงานวันนัดต่าง ๆ รวมถึงการคัดเลือกผู้ไกล่เกลี่ยที่เข้ามาทำหน้าที่ในแต่ละคดี และด้วยเหตุนี้เองที่ทำให้การบริการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลต้องมีการคิดค่าบริการ เนื่องจากว่าแม้หน่วยงานเหล่านี้อาจไม่ใช่หน่วยงานทางธุรกิจที่แสวงหากำไรแต่ก็ต้องมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินการพอสมควร ในส่วนหนึ่งอาจเกิดจากการพัฒนางานและผู้ไกล่เกลี่ยในระบบของประเทศอังกฤษที่มีการดำเนินงานจนทำให้ผู้ไกล่เกลี่ยกลายเป็นวิชาชีพที่สามารถคิดค่าตอบแทนจากผู้มาใช้บริการได้ โดยได้มีการกำหนดขั้นตอนการไกล่เกลี่ยที่ผู้ไกล่เกลี่ยต้องปฏิบัติตาม และแนวทางกลางให้ทุกศาลของประเทศอังกฤษให้สามารถเข้าถึงบริการของผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับรองจากสภาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง (the Civil Mediation Council: CMC)<sup>195</sup>

ในการใช้กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกนั้น ในข้อ 26.4 (1)<sup>196</sup> ของข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของสหราชอาณาจักร (English Civil Procedure Rules) บัญญัติว่า คู่พิพาทที่ประสงค์จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก หลังจากที่ได้กรอกแบบสอบถามเรียบร้อยแล้ว จะต้องยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อศาลขอให้ศาลมีคำสั่งให้งดการพิจารณาคดีของศาลไว้ในระหว่างที่คู่พิพาทกำลังดำเนินการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทเลือกใช้เพื่อหาข้อยุติร่วมกัน

<sup>194</sup> สรวิต ลิ้มปริงซี่. “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลประเทศอังกฤษ,” *ศาลยุติธรรมปริทัศน์* (กันยายน-ธันวาคม 2549): 51-64.

<sup>195</sup> Her majesty's courts service, “Civil Court Mediation Service Manual”, [Online] Accessed 2020, May 5 Available from: [https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/civil\\_court\\_mediation\\_service\\_manual\\_v3\\_mar09.pdf](https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/civil_court_mediation_service_manual_v3_mar09.pdf).

<sup>196</sup> English Civil Procedure Rules: Rule 26.4(1) provides that “ a party may,when filing the completed allocation questionnaire, make a written request for the proceedings to be stayed while the parties try to settle the case by alternative dispute resolution or other means. The court/judiciary can also stay the case of considered appropriate.”

กรณีของการเกิดข้อพิพาทจากการเข้ารับบริการทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษ มีมาตรการส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยผ่านองค์กร หรือหน่วยงานผู้ให้บริการไกล่เกลี่ยภายนอก (Service Providers) โดยศาลจะดำเนินการส่งต่อการดำเนินการไปให้หน่วยงานดังกล่าวเช่นเดียวกันกับวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง และทางการค้า โดยคู่พิพาทจะตกลงแต่งตั้งคนกลางซึ่งเป็นคนกลางภายนอกที่มีความรู้ความสามารถทางด้านทางการแพทย์ นั้นโดยเฉพาะคู่พิพาทที่ยินยอมเสียค่าใช้จ่ายในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งให้ความคุ้มค้ำมากกว่า และได้รับการดำเนินการที่รวดเร็ว เกิดประโยชน์และเป็นธรรมแก่คู่พิพาท เพื่อเป็นการแบ่งเบากระบวนการยุติธรรม ลดปริมาณคดีแก่ศาลได้เป็นอย่างดี หากคู่พิพาทใช้บริการการไกล่เกลี่ยแบบไม่เสียค่าใช้จ่าย คู่พิพาทอาจเพียงแต่เข้าร่วมให้เสร็จสิ้นกระบวนการเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าการเข้ากระบวนการนั้น จะสำเร็จผลหรือไม่อย่างไร

(2) กระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขององค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) หลังจากโครงการนำร่องที่ประสบความสำเร็จในปี ค.ศ. 2014 NHS Resolution ได้แต่งตั้งหน่วยงานเพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อการดูแลสุขภาพ<sup>197</sup> และในปี ค.ศ. 2017 สำนักงานบริการสุขภาพแห่งชาติ (The NHS Litigation Authority : NHS LA)<sup>198</sup> สำหรับให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบใหม่ ในการแก้ไขข้อพิพาทความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยเฉพาะที่มีประโยชน์สำหรับผู้เสียหายที่ต้องได้รับการเยียวยาได้อย่างทันท่วงที

สำนักงานบริการสุขภาพแห่งชาติ (NHS LA) มีพันธกิจที่สำคัญคือ การบริหารจัดการในกรณีมีการร้องเรียน หรือฟ้องร้องที่มีต่อองค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติด้วย หลักการที่ว่า การใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ให้เกิดประโยชน์ต่อการดูแลสุขภาพประชาชนเผชิญกับการร้องเรียนที่ไม่มีเหตุผลหรือไม่ชอบธรรมอย่างจริงจัง ตรงไปตรงมา ด้วยความชอบธรรม มี

<sup>197</sup> Kirsty Allen, “Mediation in Medical Negligence Claims: Risks and Benefits,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/mediation-in-medical-negligence-claims-risks-and-benefits>.

<sup>198</sup> The NHS Litigation Authority (NHSLA) is manages negligence and other claims against the NHS in England on behalf of its member organizations. Our aim is to help resolve disputes fairly; share learning about risks and standards in the NHS and help to improve safety for patients and staff.



ประสิทธิภาพและส่งเสริมให้มีมาตรการป้องกันมากขึ้นโดยขั้นตอนการเรียกร้องค่าชดเชย ซึ่งมีกระบวนการร้องเรียนต่อองค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ มีด้วยกัน 3 ขั้นตอน<sup>199</sup> คือ

ขั้นตอนที่ 1 เมื่อผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลสามารถร้องเรียนด้วยวาจาในระดับสถานบริการหน่วยงานระดับต้นจะเป็นผู้ทำหน้าที่คลี่คลายเรื่องราว

ขั้นตอนที่ 2 หากการร้องเรียนไม่ได้รับการแก้ไขหรือคลี่คลายในระดับต้น ผู้เสียหายจะต้องเสนอข้อร้องเรียนเป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้อำนวยการสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ (Chief Executive) เมื่อได้รับเรื่องร้องเรียนจะดำเนินการภายใน 2 วันทำการและต้องมีการตรวจสอบหาสาเหตุความผิดพลาดและหาข้อสรุปเพื่อชี้แจงต่อผู้เสียหายภายใน 21 วันนับจากได้รับข้อร้องเรียน

ขั้นตอนที่ 3 ในกรณีได้รับความเสียหายแต่ยังไม่เป็นที่พอใจจากการเสนอเรื่องในคดีจากสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ ผู้เสียหายสามารถอุทธรณ์ได้ภายใน 21 วันหลังจากได้รับการชี้แจงจากผู้อำนวยการสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ (Chief Executive) ในกรณีนี้ National Health Service Litigation Authority จะนำเรื่องเข้าสู่คณะกรรมการอิสระเพื่อทำการพิจารณาเรื่องจะดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 21 วันเช่นกัน ซึ่งขอบเขตความรับผิดชอบนั้นจะรับผิดชอบเฉพาะตามโครงการและตาราง (Clinical Negligence Program) ต้องไม่ใช่มาจากการร้องเรียนหรือปัญหาจากกฎระเบียบภายใต้องค์กร การฟ้องร้องคดีผู้ต้องการใช้สิทธิต้องติดต่อเจ้าหน้าที่กฎหมาย (Solicitors) ซึ่งจะเป็นตัวแทนติดต่อ องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS) โดยเจ้าหน้าที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ (Medical Solicitor) มีค่าใช้จ่ายในการใช้สิทธิโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือค่าจ้างเจ้าหน้าที่ทางกฎหมายจนกว่าจะชนะคดี โดยเจ้าหน้าที่กฎหมายจะปฏิบัติหน้าที่เป็นโจทก์ และมีกรอบในการทำงานอาจเรียกระบบว่า การระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution)<sup>200</sup>

<sup>199</sup> Andrew Gray, "The NHS Litigation Authority's New Mediation Scheme – What Should I Be Aware Of?," [Online] Accessed 2020, April 16 Available from: <https://www.truthlegal.com/nhs-litigation-authority-new-mediation-scheme/>.

<sup>200</sup> ธรรมนูญ พิทยาภรณ์, "การปฏิรูประบบงานศาล: ประสบการณ์ของประเทศไทย," วารสารบทบัญญัติ 11 -15.

กระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดย NHSLA นี้จะมีการติดตามผลการไกล่เกลี่ยในแต่ละครั้ง และมีการร้องขอความคิดเห็นจากผู้เข้าร่วมไกล่เกลี่ยเพื่อทำความเข้าใจและประเมินผลของกระบวนการ และประสิทธิภาพของผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ให้บริการการไกล่เกลี่ยจะต้องรายงานจำนวนการไกล่เกลี่ยที่เสร็จสมบูรณ์ และอุปสรรคที่พบเพื่อพัฒนากระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอำนวยความสะดวกในการมีส่วนร่วมกับบริการเรียกร้องการไกล่เกลี่ย โครงการมีการฝึกอบรมผู้ไกล่เกลี่ยอย่างต่อเนื่อง การนำเสนอและการตีพิมพ์บทความที่ได้ดำเนินการเพื่อส่งเสริมและประชาสัมพันธ์บริการเรียกร้อง การไกล่เกลี่ยให้กับเจ้าหน้าที่ของ NHS Resolution คณะกรรมการกฎหมายสมาชิกผู้อ้างสิทธิ์ และผู้มีส่วนได้ส่วนเสียให้กว้างขึ้น<sup>201</sup>

### 3.2.5.3 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติกฎหมายว่า การยุติข้อพิพาทโดยวิธีทางอื่นนอกเหนือจากการพิจารณาคดีของศาล (Alternative Dispute Resolution Act 1998)<sup>202</sup> กำหนดให้ศาลต้องนำวิธีการยุติข้อพิพาทวิธีอื่นมาใช้เพื่อให้คดีแพ่งเสร็จสิ้นโดยเร็ว คดีส่วนใหญ่จึงยุติลงได้ด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการสืบพยาน ต่อมาประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ในระบบศาล โดยมีหลักการเกี่ยวกับการรักษาความลับถูกบัญญัติไว้ใน The Uniform Mediation Act และได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2003 จนถึงปัจจุบัน The Uniform Mediation Act จึงได้รับการยอมรับจากหลายมลรัฐของสหรัฐอเมริกา นอกจากนี้ยังได้มีการพัฒนากฎหมายเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น โดยการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นมาใหม่ เรียกว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท (The Uniform Mediation Act 2003)” และนำมาบังคับใช้กับการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ด้วยเช่นกัน แต่ไม่จำกัดขอบเขต

<sup>201</sup> Andrew Gray, “The NHS Litigation Authority’s New Mediation Scheme – What Should I Be Aware Of?,” [Online].

<sup>202</sup> United States Court of Federal Claims, “Key ADR Statutes,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.adr.gov/adrguide/04-statutes.html>.

การบังคับใช้เพียงแต่หากมีคู่พิพาทประสงค์เข้าร่วมกระบวนการดังกล่าวก็สามารถใช้ได้อย่างอิสระ และมีผลผูกพันคู่พิพาทตามกฎหมาย<sup>203</sup>

หลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายรัฐบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ย ประณอมข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกา (The Uniform Mediation Act 2003) ได้คำนึงถึงความสำคัญของการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อเป็นทางเลือกให้กับการระงับข้อพิพาทและช่วยส่งเสริมสิทธิของผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้กฎหมายและกฎเกณฑ์สามารถบังคับใช้ได้ในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกาเป็นรูปแบบเดียวกันและเป็นที่ยอมรับในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา การคุ้มครองตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ มีผลต่อผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่พิพาทยอมรับถึงวิธีการไกล่เกลี่ยหรือการเข้ามาไกล่เกลี่ยโดยศาลหรือหน่วยงานอื่น ๆ<sup>204</sup> ซึ่งผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถได้รับเอกสิทธิ์คุ้มครองคำบอกกล่าวของตนที่สร้างขึ้นในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยไม่ต้องเปิดเผยในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลได้ตาม มาตรา 4<sup>205</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประณอมข้อพิพาทในการจำกัดการเปิดเผยข้อมูลของผู้ไกล่เกลี่ยต่อผู้พิพากษาและบุคคลอื่น ๆ ที่อาจจะอยู่ในคดีและในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น รัฐบัญญัติฉบับนี้ต้องการให้มีการเปิดเผยความขัดแย้งกันของความต้อการที่แท้จริงของคู่พิพาทโดยผู้ไกล่เกลี่ย และต้องการให้มีการเปิดเผยคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อมีการถูกสอบถามตามมาตรา 9<sup>206</sup> นอกจากนี้ คู่พิพาทสามารถให้ทนายความหรือบุคคลอื่นเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ไม่ว่าจะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในหน่วยงานใดก็ตามมาตรา 10<sup>207</sup>

<sup>203</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution* 7 (August 2007): 416.

<sup>204</sup> Monica Rausch, "The Uniform Mediation Act" *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 18, 2 (2003).

<sup>205</sup> The Uniform Mediation Act 2003. Section. 4. (b) In a proceeding, the following privileges apply:

(1) A mediation party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication.

<sup>206</sup> The Uniform Mediation Act 2003. Section 9. (c) At the request of a mediation party, an individual who is requested to serve as a mediator shall disclose the mediator's qualifications to mediate a dispute.

<sup>207</sup> The Uniform Mediation Act 2003. Section 10. Participation in Mediation. An attorney or other individual designated by a party may accompany the party to and participate in a mediation. A waiver of participation given before the mediation may be rescinded.

เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ได้มีการสนับสนุนให้มีการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายส่งเสริมการระงับข้อพิพาทส่วนตัว โดยใช้การพิจารณาตัดสินใจด้วยตนเองระหว่างคู่พิพาทจึงมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศูนย์ยุติธรรมฉันทันเพื่อน (Neighborhood Justice Centers) และคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) ดังนี้

(1) ศาลยุติธรรมในสหรัฐอเมริกาได้นำวิธีการการระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นนอกจากการพิจารณาของศาล อันเป็นวิธีการที่ได้การยอมรับจากประชาชน หมายความว่า อัยการผู้พิพากษา ว่าเป็นวิธีการที่สามารถรักษาสัมพันธ์ภาพ ลดการเป็นปรปักษ์ต่อกัน ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายมาก ต่อมามีการพัฒนามากฎหมายในเรื่องการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทซึ่งเรียกว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาท” (Uniform Mediation Act) ซึ่งเป็นกระบวนการที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลที่ทำให้ปริมาณคดีในศาลประเทศสหรัฐอเมริกาลดน้อยลง และเป็นกระบวนการเริ่มต้นที่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐสภาสหรัฐที่ออกกฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อส่งเสริมให้ศาลนำกระบวนการระงับข้อพิพาทไปปรับใช้กับคดี<sup>208</sup>

(2) ศูนย์ยุติธรรมฉันทันเพื่อนบ้าน (Neighborhood Justice Centers : NJC) เป็นองค์กรเอกชนก่อตั้งขึ้นโดยสภานิติบัญญัติเนวาดาในปี 1991 ได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้เพื่อให้บริการแก่ประชาชนอีกทางเลือกหนึ่ง เนื่องจากการไม่ได้รับความเชื่อถือในกระบวนการระงับข้อพิพาทของภาครัฐ ซึ่งศูนย์นี้จะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยทั่ว ๆ ไปที่เป็นข้อพิพาทเล็ก ๆ น้อย ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อพิพาทได้ข้อยุติโดยความตกลงกับคู่พิพาท ซึ่งมีการดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรม แม้จะดำเนินการโดยองค์กรเอกชนแต่ก็มีความเป็นอิสระในการทำงาน และได้รับการยอมรับจากประชาชน และวิสัยทัศน์ของ NJC คือการให้ความรู้แก่ประชาชนเกี่ยวกับทางเลือกในการดำเนินคดี ดังนั้นจึงเป็นการสร้างโอกาสที่มากขึ้นและความสามารถในการจัดการกับข้อพิพาทในลักษณะที่เผชิญหน้ากัน<sup>209</sup>

<sup>208</sup> National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, “Uniform Mediation Act,” [Online] Accessed 2020, June 2 Available from: <https://cardozoocr.com/vol7no2/CAC203.pdf> <https://www.mediate.com/articles/daiz2.cfm>.

<sup>209</sup> Las Vegas Justice Court, “Neighborhood Justice Center,” [Online] Accessed 2020, June 2 Available from: [http://www.lasvegasjusticecourt.us/services/neighborhood\\_justice\\_center/](http://www.lasvegasjusticecourt.us/services/neighborhood_justice_center/).

(3) คณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งใน Health Care System ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์มากขึ้น โดยมีคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) รับเรื่องข้อกล่าวหาหรือร้องเรียน แล้วก็เริ่มกระบวนการสอบสวนว่ามีมูลหรือไม่ ถ้าข้อกล่าวหาไม่ใช่วินัย แพทย์ผู้กล่าวหา และผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับหนังสือแนะนำให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคนกลางในระบบ (Health Care) ซึ่งจะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยในระบบทั่วไป คือ จะใช้คนกลาง 2 คน หรือคนกลางร่วมเพื่อให้คู่พิพาทเกิดความสบายใจเนื่องจากคนกลางร่วมคนหนึ่งจะเป็นกลางทั่วไป ส่วนคนกลางร่วมอีกคนหนึ่งจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดี ซึ่งจะไม่มีผลผูกมัดเป็นการส่วนตัวและเป็นความลับ เพื่อที่จะทำให้เกิดความเชื่อมั่นมีความเป็นกลางและเข้าใจความรู้สึกของคู่พิพาทเป็นอย่างดี หลักสำคัญที่คู่พิพาทต้องทำความเข้าใจเสียก่อนว่ากระบวนการนี้เพื่อประสานผลประโยชน์ร่วมกันของคู่พิพาท ที่ไม่เกี่ยวกับการตรวจสอบใบอนุญาต หรือการประกอบวิชาชีพที่ไม่ได้มาตรฐาน (Malpractice) ซึ่งได้รับการกลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกโดยคณะกรรมการการแพทย์ โดยกระบวนการนี้ไม่ใช้การโต้แย้ง และไม่ทำให้เกิดการแพ้หรือชนะ<sup>210</sup>

#### 3.2.5.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีขึ้นในช่วงทศวรรษที่ 1990<sup>211</sup> โดยเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งโดยผู้พิพากษาศาลเขต (District Judges) ต่อมาในปี ค.ศ. 1995 มีการจัดตั้งศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นศาล (Court Mediation Centre) และในปี ค.ศ. 1998 มีการเปลี่ยนชื่อเป็นศูนย์ยุติข้อพิพาทเบื้องต้น (Primary Dispute Resolution Centre) จนได้พัฒนาเป็นศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลชั้นต้น (State Courts Centre for Dispute Resolution) ในปี ค.ศ. 2015 นอกจากจะดำเนินการโดยศูนย์ยุติข้อพิพาทในศาลชั้นต้นแล้ว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทใน

<sup>210</sup> United States Court of Federal Claims, “Key ADR Statutes,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.adr.gov/adrguide/04-statutes.html>.

<sup>211</sup> Singapore International Arbitration Centre, “Arbitration Act (Chapter 10),” [Online] Accessed 2020, April 16 Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001>.

ชั้นศาลยังดำเนินการโดยหน่วยงานอื่น ๆ ได้แก่ แผนกระงับข้อพิพาททางครอบครัว (Family Resolutions Chambers) และศูนย์ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับเด็ก (Child Focused Resolution Centre) ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทในคดีครอบครัว นายทะเบียนศาลคดีมโนสารี (Registrar at the Small Tribunal Court) ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยคดีมโนสารีที่ฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินจำนวนไม่มาก และบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาประจำศาล มีอำนาจพิจารณาคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่มาก (Magistrate) โดยผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินคดี ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายประเทศสิงคโปร์เพื่อลดจำนวนคดีที่ขึ้นสู่ศาล รัฐบาลสิงคโปร์จึงให้การสนับสนุนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมีเป้าหมายให้ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลาง (Hub) ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศทั้งในระดับอาเซียนและระดับโลก นอกจากนี้กระบวนการดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นอย่างมากจากประชาชน เพราะประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายมากกว่าการฟ้องเพื่อดำเนินคดีในชั้นศาล โดยใช้ระบบกฎหมายแบบอังกฤษ คือ ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และมีแนวความคิดตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) มีทัศนคติไปในแนวทางเดียวกันว่า บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกัน และระบบกฎหมายจารีตประเพณีไม่เน้นความแตกต่างระหว่างฝ่ายเอกชน กับฝ่ายเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ โดยถือว่าทั้งสองฝ่ายอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน เมื่อมีกรณีพิพาทจึงต้องขึ้นสู่การพิจารณาโดยศาลยุติธรรม กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสิงคโปร์ มี 2 ประเภท คือ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีก่อนฟ้อง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังฟ้องคดี ซึ่งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเริ่มได้รับความนิยมเนื่องจากเป็นขั้นตอนที่มีค่าใช้จ่ายน้อยกว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีความหลังฟ้อง รวมทั้งให้คู่พิพาทสามารถเจรจาตกลงกันร่วมกัน<sup>212</sup>

ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย คือ The Mediation Act 2017 และ The Community Mediation Centres Act โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศ

<sup>212</sup>พรชัย เจตมาน และคณะ, “การวิเคราะห์และศึกษาแนวทางมาตรการทางกฎหมายการระงับข้อพิพาทก่อนขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสำหรับประเทศไทย กรณีศึกษา 5 ประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้,” สถาบันอนุญาโตตุลาการ (2560): 23-24.

สิงคโปร์ส่วนใหญ่เป็นสถาบัน แบ่งออกเป็น 2 ประเภทหลักได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยสถาบันนอกศาล<sup>213</sup> ดังนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล หมายถึง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในศาลหลังจากที่คู่พิพาทได้เริ่มดำเนินคดี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประเภทนี้ส่วนใหญ่ดำเนินการโดยศาลของรัฐ สำหรับข้อพิพาททางแพ่งเกี่ยวกับชุมชน การละเมิดและการจ้างงานและความผิดทางอาญาเล็กน้อย และศาลยุติธรรมครอบครัว การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประเภทนี้แต่เดิมดำเนินการโดยศาลแห่งรัฐเพื่อการระงับข้อพิพาท (State Courts Centre for Dispute Resolution: SCCDR)

(2) สถาบันที่สองการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยสถาบันนอกศาลโดยศูนย์การไกล่เกลี่ยประเทศสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre : SMC) เป็นสถาบันการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1997 เป็นองค์กรที่ไม่แสวงหาผลกำไรซึ่งรับประกันโดยสถาบันทางกฎหมายประเทศสิงคโปร์ที่เชื่อมโยงกับสถาบันของสมาคมวิชาชีพ สมาคมการค้า และได้รับการสนับสนุนจากศาลยุติธรรมและตามกฎหมายประเทศสิงคโปร์ SMC จึงประสบความสำเร็จในการเป็นผู้นำในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ในปัจจุบัน และทุ่มเทให้การส่งเสริมข้อพิพาทที่เป็นมิตรและมีประสิทธิภาพ ที่มีกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการตามลำดับขั้นตอน ดังนี้<sup>214</sup>

ขั้นตอนแรก กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ SMC เริ่มโดยศาลส่งข้อพิพาทมายัง SMC หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายส่งเรื่องมายัง SMC โดยตรง ทั้งนี้ หากเป็นการติดต่อโดยคู่พิพาทเพียงฝ่ายเดียว SMC จะต้องติดต่อไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อชักจูงให้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย

ขั้นตอนที่สอง ก่อนเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ย SMC จะอธิบายให้คู่พิพาทเข้าใจกระบวนการในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ SMC เบื้องต้นเพื่อให้แน่ใจว่าคู่พิพาททั้งสอง

<sup>213</sup> Singapore International Arbitration Centre, “Arbitration Act Chapter 10,” [Online].

<sup>214</sup> Singapore Mediation Centre, “How do I apply for mediation?,” [Online] Accessed 2020, April 16 Available from: <https://www.mediation.com.sg/our-services/overview-of-services/mediation/>.

ฝ่ายได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอแก่การตัดสินใจผูกพันต่อผลของการไกล่เกลี่ย โดยคู่พิพาททุกฝ่าย จะต้องลงนามในความตกลงไกล่เกลี่ยของ SMC (SMC's Agreement to Mediate)

ขั้นตอนที่สาม SMC จะกำหนดวันและเวลาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคำนึงถึงความสะดวกของคู่พิพาท ซึ่งในกรณีทั่วไปคือหนึ่งสัปดาห์หลังได้รับเรื่อง หรือภายใน 24 ชั่วโมงในกรณีเร่งด่วน โดยการจัดประชุมไกล่เกลี่ยจะมีขึ้นในสถานที่ของ SMC เพื่อประกันความเป็นกลางในการดำเนินการ

ขั้นตอนที่สี่ SMC จะแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยที่เหมาะสมจากบัญชีรายชื่อผู้ไกล่เกลี่ยของ SMC ทั้งนี้ คู่พิพาทสามารถปฏิเสธผู้ไกล่เกลี่ยที่เสนอโดย SMC ได้ หากมีเหตุผลที่เหมาะสม เช่น ผลประโยชน์ขัดกันของผู้ไกล่เกลี่ย เป็นต้น ในขณะเดียวกันทั้งคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะแลกเปลี่ยนข้อเสนอของแต่ละฝ่าย รวมถึงเอกสารสำคัญที่เกี่ยวข้อง

ขั้นตอนที่ห้า ในวันไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยแนะนำคู่พิพาทในการหาข้อยุติร่วมกัน โดยทนายความของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะมีบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือผู้ไกล่เกลี่ยและแนะนำคู่พิพาทระหว่างการระงับข้อพิพาท เมื่อสามารถตกลงกันได้แล้วจะมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ได้รับการสนับสนุนอย่างมากจากศาลยุติธรรมโดยในปี ค.ศ. 1994 โดยศาลได้เปิดตัวการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลในปี ค.ศ. 2010 ศาลได้สนับสนุนและแนะนำให้ใช้การไกล่เกลี่ยโดยการแนะนำให้เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ในขั้นตอนการขอหมายเรียกสำหรับข้อพิพาททางแพ่ง ต่อมาในปี ค.ศ. 2012 ในคดีแพ่งทุกคดีจะต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ ก่อนดำเนินคดีในชั้นศาล การปฏิเสธการใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกที่ไม่มีเหตุผลสมควรส่งผลให้มีการลงโทษตาม Order 59 rule 5 ของกฎหมาย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีบทบาทสำคัญในศาลยุติธรรมครอบครัวซึ่งการหย่าร้างกับคู่รักที่มีเด็กอายุต่ำกว่า 21 ปี จะต้องได้รับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและให้คำปรึกษา แสดงให้เห็นว่า รัฐบาลสิงคโปร์ส่งเสริมการไกล่เกลี่ยอย่างจริงจัง และสนับสนุนให้ทุกฝ่ายลองใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่



จะไปดำเนินคดีในศาล และมีการจัดตั้งเครือข่ายศูนย์การไกล่เกลี่ยชุมชนที่เข้าถึงได้ง่าย เพื่อส่งเสริมการทำงานร่วมกันทางสังคมระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ<sup>215</sup>

### 3.2.5.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในสหภาพยุโรป

ในอดีตที่ผ่านมาเขตอำนาจศาลยุโรปจะใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกในกฎหมายภายในประเทศแต่ไม่เป็นที่นิยมมากนัก เนื่องจากยังยึดถือกระบวนการพิจารณาคดีตามระบบศาล แต่ในปัจจุบันได้นำหลักการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยซึ่งในระยะเริ่มแรกเป็นการไกล่เกลี่ยโดยสมัครใจเท่านั้นไม่ได้บังคับให้คู่พิพาทต้องดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ อย่างไรก็ตามทัศนคตินี้เปลี่ยนแปลงไปตามกฎหมายของ EU Mediation Directive (Directive 2008/52 / EC)<sup>216</sup> กฎของสหภาพยุโรปฉบับนี้ ซึ่งมุ่งเน้นไปที่บางแง่มุมของการไกล่เกลี่ยในเรื่องทางแพ่ง และเชิงพาณิชย์ได้รับการรับรองโดยรัฐสภาสหภาพยุโรปมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2008 และต่อมาได้มีการแก้ไขเป็น EU: The impact of the EU Mediation Directive 2018/C 377/01<sup>217</sup> ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน กฎของสหภาพยุโรปที่ใช้กับทุกประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปนอกเหนือจากเดนมาร์ก เป้าหมายหลักของกฎของสหภาพยุโรป คือ เพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงการระงับข้อพิพาททางเลือกในสหภาพยุโรปเมื่อจัดการกับข้อพิพาทข้ามพรมแดน แนะนำว่าสิ่งนี้สามารถทำได้โดยการส่งเสริมการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยและสร้างความมั่นใจว่ามีความสัมพันธ์ที่สมดุลระหว่างการไกล่เกลี่ยและกระบวนการยุติธรรมในเขตอำนาจศาลของสหภาพยุโรปทั้งหมด

หลักการสำคัญในการแก้ไข EU: The impact of the EU Mediation Directive 2018/C 377/01 สามารถสรุปได้ดังนี้

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Official Journal of the European Union, “DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL,” [Online] Accessed 2020, January 2 Available from: <https://www.mediate.com/articles/rifelmanJ1.cfm>.

<sup>217</sup> Official Journal of the European Union, “DIRECTIVE 2018/C 337/01 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT,” [Online] Accessed 2020, March 2 Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/>.

ประการแรก การเริ่มต้นของการไกล่เกลี่ย มีสองรูปแบบเป็นแนวทางให้กับประเทศสมาชิก<sup>218</sup>

(1) ความสมัครใจของคู่พิพาทในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย

คู่พิพาทสามารถร่วมกันตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยได้ก่อน หรือหลังที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้นได้ โดยมีการกำหนดขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการจนถึงสิ้นสุดกระบวนการให้มีความชัดเจนในกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของแต่ละประเทศสมาชิกเพื่อเป็นแนวทางให้แก่คู่พิพาท และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทสามารถเข้าใจและนำไปใช้ปรับใช้กับข้อพิพาทของตนได้ นอกจากนี้ต้องมีการรับรองผลของข้อตกลงที่คู่พิพาทได้จัดทำขึ้นหลังจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดให้ข้อตกลงสามารถบังคับใช้ได้จะโดยศาลหรืออนุญาโตตุลาการก็ได้

(2) เริ่มต้นด้วยการบังคับคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย

(2.1) การเข้าร่วมในลักษณะเป็นเงื่อนไขก่อนการดำเนินคดี

เป็นเพียงเงื่อนไขบังคับให้คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในชั้นตอนอื่น แต่ไม่ได้บังคับให้คู่พิพาทต้องทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทเนื่องจากหากดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วไม่สามารถที่จะตกลงกันก็สามารถที่นำข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนินคดีในชั้นศาลได้ โดยต้องคำนึงว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่เป็นการเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและไม่เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดี และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับนี้ใช้ในข้อพิพาทบางประเภท เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกฎหมายครอบครัว กฎหมายแรงงาน การพิจารณาเรื่องกรรมสิทธิ์

(2.2) การส่งคดีไปไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีโดยผู้

พิพาท

เป็นการให้ผู้พิพาทประเมินลักษณะของคดีและให้คู่พิพาท

ต้องเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะดำเนินคดีต่อไป

<sup>218</sup> European Commission for The Efficiency of Justice (CEPEJ), “European Handbook for Mediation Lawmaking,” [Online] Accessed 2020, June 2 Available from: <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>.

### ประการที่สอง กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>219</sup>

ขั้นตอนแรก ก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางโดยแต่งตั้งจากศาล หรือคู่พิพาทตกลงกันเลือกผู้ไกล่เกลี่ย

ขั้นตอนที่สอง การเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยต้องมีการกำหนดช่วงเวลาในการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจนว่าจะเริ่มต้นกระบวนการและสิ้นสุดกระบวนการในวันใด

ขั้นตอนที่สาม ระหว่างการไกล่เกลี่ย อนุญาตและส่งเสริมการใช้สื่ออิเล็กทรอนิกส์ในระหว่างการไกล่เกลี่ยและการไกล่เกลี่ยออนไลน์หากคู่พิพาทยินยอมและส่งเสริมการมีส่วนร่วมของนักกฎหมาย หรือบุคคลที่สาม (รวมถึงผู้เชี่ยวชาญ) ตามคำร้องขอหรือยินยอมของคู่พิพาท

ขั้นตอนที่สี่ การทำข้อตกลง โดยมีรูปแบบและเนื้อหาที่กำหนดให้มีการทำเป็นลายลักษณ์อักษรและให้คู่พิพาทรวมทั้งผู้ไกล่เกลี่ยลงนาม และหากไม่สามารถตกลงกันได้ อนุญาตให้มีการระงับข้อพิพาทอื่นเพื่อดำเนินการต่อไป

การบังคับใช้ข้อตกลงรับรองว่าเนื้อหาของการประนีประนอมสามารถบังคับใช้ผ่านศาลในการกระทำรับรองข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือสามารถบังคับใช้โดยตรงจากข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยเฉพาะกรณีที่คู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันและไม่ได้ขัดกับกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน<sup>220</sup>

ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจทางการแพทย์ที่ได้ทำการศึกษาในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสิงคโปร์ และสหภาพยุโรป มีจุดเด่นร่วมกันในการให้ความสำคัญกับคู่พิพาทในการตัดสินใจหรือทำความเข้าใจที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายยอมรับโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ร่วมกันและสิทธิที่แต่ละฝ่ายจะได้รับ โดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางผู้คอยช่วยเหลือ และชี้แนะแนวทางให้เข้าสู่ประเด็นที่สำคัญจนคู่พิพาททุกฝ่ายร่วมกันทำความเข้าใจข้อพิพาท แต่ก็ยังมีข้อสังเกตว่าในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจนั้น มีจุดเริ่มต้นของกระบวนการจากการที่คู่พิพาทสมัครใจยื่นคำร้องต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ย แต่หาก

<sup>219</sup> Ibid.

<sup>220</sup> Ibid.

คู่พิพาทไม่ได้ยื่นคำร้องดังกล่าว กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่สามารถจะเริ่มต้นได้เนื่องจากในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจนั้นอำนาจทั้งหมดอยู่ที่ตัวคู่พิพาท โดยที่บุคคลภายนอกไม่ว่าเป็นผู้ใดก็ไม่สามารถที่จะบังคับคู่พิพาทให้เข้าสู่กระบวนการได้ แม้ว่าการเข้าสู่กระบวนการจะเป็นผลดีต่อคู่พิพาทเอง ดังเห็นได้จากสถิติที่เมื่อคู่พิพาทได้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีผลสำเร็จคิดเป็นร้อยละ 80-90 ดังที่เห็นจากสถิติในประเทศไทยเรื่องความสำเร็จของการระงับข้อพิพาทในกรณีที่คู่พิพาทเลือกที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งและคดีผู้บริโภคซึ่งได้พิจารณาไปแล้วในบทที่ 1<sup>221</sup> จึงมีแนวคิดเรื่องการระงับข้อพิพาทวิธีการต่อมา ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ซึ่งเป็นวิธีการกำหนดเงื่อนไขบังคับก่อนให้คู่พิพาทที่จะประสงค์ยื่นฟ้องคดีต่อศาลต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน

### 3.2.6 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation)

#### 3.2.6.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ

แนวคิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นการนำคำที่มีความหมายตรงข้ามกันมารวมเป็นคำเดียวกัน (Oxymoron)<sup>222</sup> กล่าวคือ หลักความสมัครใจซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประการหนึ่งได้กล่าวไว้ในหัวข้อที่ 2.3.2.2 แต่เมื่อนำคำว่าเชิงบังคับมาใช้ร่วมกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเกิดข้อสงสัยว่าจะขัดกับหลักการความสมัครใจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ จากการศึกษาพบว่า เป็นเพียงการบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดี หรือการดำเนินคดีในชั้นศาลเท่านั้น เพื่อแก้ไขปัญหากรณีคู่พิพาทไม่ยอมเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ และให้ประชาชนในสังคมเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ตระหนักถึงความสำคัญการระงับข้อพิพาทการไกล่เกลี่ยที่คู่พิพาทสามารถระงับข้อพิพาทด้วยตัวคู่พิพาทเองโดยมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางในการอำนวยความสะดวกและช่วยเหลือคู่พิพาท ในส่วนของ

<sup>221</sup> สำนักส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม, “สถิติการไกล่เกลี่ย ประจำปีงบประมาณ 2563 เดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/content/category/detail/id/8/cid/84/iid/197511>.

<sup>222</sup> Dorcas Quek, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program,” *Cardozo J. of Conflict Resolution* 11 (2010): 484-485.

การกระบวนการภายหลังจากเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว มีลักษณะไม่แตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ<sup>223</sup>

ในทางทฤษฎีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมีแนวความคิดลักษณะเดียวกันกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจโดยเฉพาะทฤษฎีการแก้ไขปัญหาเนื่องจากการบังคับให้คู่พิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยเพื่อให้ทุกฝ่ายต้องเผชิญหน้ากันสื่อสารระหว่างกันและนำไปสู่การทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจบรรลุผลประโยชน์ร่วมกันและเป็นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท พบว่าเมื่อบังคับให้เข้าสู่กระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำให้การสื่อสารระหว่างคู่พิพาทและทนายความดีขึ้น นอกจากนี้การศึกษาส่วนใหญ่แสดงให้เห็นว่ากรณีที่มีการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมีอัตราการยุติคดีมากกว่าคดีที่ไม่ผ่านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และอัตราการปฏิบัติตามคำข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทที่มากขึ้นกว่าการตัดสินผ่านกระบวนการดำเนินคดีในชั้นศาล<sup>224</sup>

ประเด็นของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ<sup>225</sup> ในกรณีที่คู่พิพาทถูกเรียกร้องสิทธิโดยกระบวนการพิจารณาคดีทางแพ่ง เช่น คดีครอบครัว คดีทรัพย์สินทางปัญญา คดีความรับผิดทางแพทย์ เป็นต้น จึงมีการบังคับให้คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่คดีจะได้รับการดำเนินการฟ้องคดีในศาล พบว่ามีหลายประเทศได้นำแนวคิดการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องไปใช้ในการระงับข้อพิพาทเพื่อแก้ไขหรือตัดสินคดี เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีผลบังคับใช้ค่อนข้างเร็วโดยการบังคับให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายพิจารณาคัดค้านและจุดอ่อนของข้อพิพาทก่อนในช่วงเริ่มต้น แตกต่างจากระบบศาลที่ศาลเป็นผู้กำหนดให้ต้องดำเนินการตามกระบวนการพิจารณาของศาล อีกทั้งการฟ้องคดีมีค่าใช้จ่ายที่สูงและคาดเดาถึงผลของการตัดสินไม่ได้ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในต่างประเทศเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางการแพทย์โดยตรง ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกาหลายมลรัฐซึ่งเป็นประเทศที่มีแนวคิดในเรื่องดังกล่าวเป็นประเทศแรก

<sup>223</sup> Ibid., 486.

<sup>224</sup> Dean G. Pruitt, "Process and Outcome in Community Mediation," *Negotiation Journal* 11 (October 1995): 372–373.

<sup>225</sup> Kevin Ng, "Mandatory Counselling and Mediation Child Focused Resolution Centre ("CFRC")," [Online] Accessed 2020, February 15 Available from: <https://www.imimmediation.org/resources/background/mandatory-mediation>.

### 3.2.6.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ใน ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ เป็นการบังคับ  
คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางศาล แต่ผลการ  
ตัดสินใจในการระงับข้อพิพาทก็ยังคงเป็นของคู่พิพาทซึ่งไม่มีกฎหมายใดจะมาบังคับให้คู่พิพาทต้อง  
ยอมรับผลของข้อตกลงโดยที่คู่พิพาทไม่สมัครใจนั้นได้ ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจะ  
กระทำได้เมื่อมีบทบัญญัติของกฎหมายระเบียบข้อบังคับของศาล เช่น ในคดี Design Benefit Plans  
V. Enright<sup>226</sup> ที่ศาลรัฐบาลกลางนำพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการของรัฐบาลกลางมาปรับใช้โดยให้  
ดำเนินการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ เป็นต้น หรืออาจทำได้โดยทำสัญญาเป็นข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทว่า  
หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาก่อนที่จะนำคดีขึ้น  
สู่การพิจารณาต่อไป เช่น คดี Cecala V. Moore<sup>227</sup> ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศหนึ่ง  
ส่งเสริมให้คู่พิพาทต้องผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะนำไปฟ้องต่อศาลเพื่อลดปริมาณ  
คดีที่จะขึ้นสู่ศาลเนื่องจากมีจำนวนผู้พิพากษาไม่เพียงพอกับจำนวนคดีที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วทำให้แต่ละ  
คดีใช้เวลาในการพิจารณานาน ส่งผลให้ธุรกิจที่กำลังดำเนินอยู่ต้องหยุดชะงักกลางคัน คนอเมริกันโดย  
ส่วนใหญ่ต้องการที่จะทำทุกอย่างให้แล้วเสร็จอย่างรวดเร็ว ทุกอย่างต้องแข่งขันกับเวลา จึงไม่นิยมที่  
จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยเห็นว่ามีคามยุ่งยากและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี<sup>228</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งองค์กรที่ให้บริการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
ขึ้น โดยปัจจุบันได้มีการวางหลักเกณฑ์ข้อบังคับภายในเพื่อเป็นแนวทางการปฏิบัติให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง  
และมีการฝึกอบรมความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านให้แก่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้คู่พิพาทได้รับความ

<sup>226</sup> U.S. District Court for the Northern District of Illinois, “Design Benefit Plans, Inc. v. Enright, , 940 F. Supp. 200 (N.D. Ill. 1996),” [Online] Accessed 2020, April 17 Available from: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/940/200/2355599>.

<sup>227</sup> U.S. District Court for the Northern District of Illinois, “Cecala v. Moore, 982 F. Supp. 609 (N.D. Ill. 1997),” [Online] Accessed 2020, April 18 Available from: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/982/609/1528140>.

<sup>228</sup> นายอรุณพงศ์ ทิพย์อักษร, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี” วารสารนิติพัฒน์ ปีที่: 32-33.

สะดวกได้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีคุณภาพอันจะทำให้การระงับข้อขัดแย้งเป็นไปด้วยความราบรื่นและรวดเร็ว ตัวอย่างขององค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ สมาคมอนุญาโตตุลาการแห่งอเมริกัน (American Arbitration Association : AAA) สมาคม CDR (CDR Associates) และสถาบันระงับข้อพิพาท CPR (CPR Institute for Dispute Resolution) เป็นต้น<sup>229</sup>

ประเภทคดีที่ถูกลงกำหนดให้มีการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับในสหรัฐอเมริกา ได้แก่

- (1) คดีครอบครัวและมรดก
- (2) คดีเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของแพทย์
- (3) คดีสิทธิของประชาชน
- (4) คดีผู้บริโภค

ในมลรัฐต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกกฎหมายบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางเลือกก่อน หากไม่สามารถตกลงกันได้จึงค่อยนำดำเนินคดีทางศาล ประโยชน์ที่ได้รับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับนั้น เป็นกลไกที่ช่วยให้คู่พิพาทฝ่ายที่อ่อนแอสั่งอาจหมายถึง ความอ่อนแอในทางเศรษฐกิจ หรือความอ่อนแอในการเข้าถึงข้อมูลบางอย่าง สามารถต่อสู้กับคู่พิพาทฝ่ายที่แข็งแกร่งกว่าได้ หากคดีเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วผู้ไกล่เกลี่ยจะหาข้อสรุป หรือข้อตกลงที่สามารถประนีประนอมแก่ทั้งสองฝ่ายได้โดยไม่ต้องนำขึ้นสู่ศาล นอกจากนี้การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นคนกลางสามารถให้คำปรึกษาระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและทำให้คู่พิพาทได้มีโอกาสปรับความเข้าใจกันซึ่งนำไปสู่ข้อตกลงอันเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือช่วยทำลายอคติที่ว่า การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นแสดงถึงความอ่อนแอของคู่พิพาทที่ไม่สามารถจะชนะในการต่อสู้ทางคดีได้<sup>230</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกามีอัตราการฟ้องร้องแพทย์ให้รับผิดชอบละเมิดสูงกว่าประเทศไทยมาก ทั้งนี้ได้หมายความว่าแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามีความประมาท

<sup>229</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

<sup>230</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-36.

เลนเล่สูง หรือมีมาตรฐานในวิชาชีพด้อยกว่าประเทศไทย แต่เป็นเพราะระบบสังคม กฎหมาย ความรู้ความเข้าใจ หรือความตระหนักต่อสิทธิและหน้าที่ของคนในสังคมที่แตกต่างกัน การฟ้องคดีในชั้นศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีความซับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงมาก นอกจากนี้ ยังมีเรื่องของประสิทธิภาพในการพิจารณาคดี และมีวิธีพิจารณาคดีที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย ทำให้มีการพยายามหาวิธีทางเลือกอื่น ๆ เข้ามาใช้แทนการฟ้องคดีในศาลมากขึ้น การนำเอาวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีจุดประสงค์สำคัญเพื่อให้ความรับผิดชอบทางการแพทย์ได้มีกระบวนการประนีประนอมยอมความโดยการตัดสินใจของคู่พิพาทก่อนที่จะเข้าสู่การดำเนินกระบวนการพิจารณาทางศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจะเป็นความลับเพื่อให้เกิดความเชื่อถือ มีความเป็นกลางและเข้าใจความรู้สึกของคู่พิพาท หลักสำคัญที่คู่พิพาทต้องทำความเข้าใจเสียก่อน คือ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการสานประโยชน์ร่วมกันของคู่พิพาทที่โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจะนำไปสู่การเจรจา แนะนำ ให้ข้อมูลสนับสนุนในแต่ละประเด็นเพื่อประกอบการตัดสินใจ ไม่ใช่การค้นหาความจริงว่าถูกหรือผิด หรือจะทำให้เกิดการแพ้หรือชนะ แต่เป็นการหาข้อยุติโดยเร็ว ที่ให้ประโยชน์สูงสุดแก่คู่พิพาทจากการที่ศาลได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้จนเป็นที่ยอมรับของผู้พิพากษา ทนายความ และประชาชน ทำให้หน่วยงานต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าใจกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมากขึ้น และมีการพัฒนาขึ้นไปเรื่อย ๆ จนมีบางมลรัฐได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับขึ้น เพื่อบังคับใช้กับในข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งรวมถึงข้อพิพาททางการแพทย์ด้วย โดยเป็นเงื่อนไขให้คู่พิพาทต้องผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสียก่อน จึงจะนำข้อพิพาทของตนมาฟ้องเป็นคดีในชั้นศาลได้ จะทำการศึกษา มลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

### (ก) มลรัฐเซาท์แคโรไลนา

ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ความรับผิดชอบทางการแพทย์เรียกว่า คดีการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์มักจะเป็นคดีที่มีความซับซ้อนไม่ว่าในรัฐใด ๆ รวมถึงมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ปัญหาแรก คือ มีปัญหาทั้งทางกฎหมายและทางการแพทย์ที่มีความซับซ้อนเป็น



ส่วนมาก และประการที่สอง โจทก์ (ผู้ป่วยที่ได้รับบาดเจ็บหรือทนายของโจทก์) จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนอย่างน้อยหนึ่งข้อที่เป็นลักษณะเฉพาะของการฟ้องร้องประเภทนี้ โจทก์ต้องเข้าใจว่าข้อจำกัดค่าชดเชยตามกฎหมาย (ค่าเสียหายที่ครอบคลุม) จะมีผลต่อคดีในศาลที่ประสบความสำเร็จได้อย่างไร โดยมีคำนิยามที่สำคัญบัญญัติไว้ในมาตรา 79-15-110 ดังต่อไปนี้

“ การทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ ” หรือ “ Medical malpractice ”<sup>231</sup> หมายถึง การกระทำที่ผู้ให้บริการดูแลสุขภาพไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาที่ปราศจากเหตุผล ซึ่งผู้ให้บริการดูแลสุขภาพอื่นสามารถใช้ความระมัดระวังในการรักษาได้ในสถานการณ์เดียวกันหรือคล้ายกัน

“ ผู้ให้บริการดูแลสุขภาพ ” หมายความว่ารวมถึงแพทย์ พยาบาล ศัลยแพทย์ นักกายภาพบำบัด ทันตแพทย์ หรือบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตอื่น ๆ ที่ให้การดูแลสุขภาพ กรณีนี้สามารถถูกนำมาใช้กับหน่วยงานขนาดใหญ่ เช่น โรงพยาบาล คลินิก สถานบริการดูแลสุขภาพระยะยาว เช่น สถานพยาบาลและศูนย์ดูแลเด็ก ดังนั้น ทางทางการแพทย์ฉุกเฉินจึงเข้าตามนิยามนี้

ในส่วนของมาตรา 15-79-120<sup>232</sup> ได้บัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและการอนุญาโตตุลาการว่า ในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีการดำเนินการด้านการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ คู่พิพาทจะต้องมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยภายใต้กระบวนการที่จัดตั้งขึ้นในศาลของมลรัฐเซาท์แคโรไลนาก่อนที่จะนำคดีฟ้องสู่ศาล ตามเงื่อนไข มาตรา 15-79-125<sup>233</sup> ดังต่อไปนี้

## CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>231</sup>The South Carolina Code of Laws Section 79-15-110 Medical malpractice" means doing that which the reasonably prudent health care provider or health care institution would not do or not doing that which the reasonably prudent health care provider or health care institution would do in the same or similar circumstances.

<sup>232</sup> The South Carolina Code of Laws Section 15-79-120

“ At any time before a medical malpractice action is brought to trial, the parties shall participate in mediation governed by procedures established in the South Carolina Circuit Court Alternative Dispute Resolution Rules in effect at the time for the State or any portion of the State. Parties may also agree to participate in binding arbitration, nonbinding arbitration, early neutral evaluation, or other forms of alternative dispute resolution.”

<sup>233</sup> The South Carolina Code of Laws, Section 15-79-125 Mediation and arbitration: “At any time before a medical malpractice action is brought to trial, the parties shall participate in mediation governed by procedures established in the South Carolina Circuit Court Alternative Dispute Resolution Rules in effect at the time for the

(1) ก่อนที่จะยื่นฟ้องหรือเริ่มต้นดำเนินคดีทางแพ่งที่อ้างว่าได้ รับผิดชอบต่อหรือเสียชีวิตเนื่องจากการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ โจทก์จะต้องยื่นคำบอกกล่าว เจตจำนงยื่นคำร้องขอเบิกความและพยานเบิกความของผู้เชี่ยวชาญพร้อมกันตามข้อกำหนดของ หนังสือรับรองที่กำหนดไว้ในมาตรา 15-36-100 ในเขตอำนาจศาลตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับการ ยื่นหรือเริ่มต้นการดำเนินคดีทางแพ่ง คำบอกกล่าวนั้นจะต้องระบุชื่อฝ่ายที่ถูกฟ้องในฐานะจำเลยและ ต้องมีค่าแถลงสั้น ๆ ที่ชัดเจนของข้อเท็จจริงที่แสดงว่าฝ่ายที่ยื่นหนังสือแจ้งนั้นมีสิทธิ์ที่จะได้รับการ บรรเทา ต้องลงนามโดยโจทก์หรือทนายความของโจทก์ การเปิดเผยที่คล้ายกันซึ่งกำหนดโดย กฎหมายมลรัฐเซาท์แคโรไลนาของกระบวนการพิจารณาความแพ่ง การยื่นคำบอกกล่าวเจตจำนงต่อ ศาลมีค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดีด้วย

(2) หลังจากที่มีการยื่นคำร้อง และแสดงความจำนงในการยื่น คำร้องขอให้ยื่นฟ้องคดีคู่พิพาทที่มีชื่อทุกคน อาจมีหมายศาลบันทึกทางการแพทย์ และเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ตามกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยบริการ

(3) ภายใน 90 วัน และไม่ช้ากว่า 120 วันนับจากการ ประกาศใช้เจตจำนงในการยื่นคำร้องต่อศาลให้คู่พิพาทเข้าร่วมในการประชุมไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เว้น แต่ศาลจะอนุญาตให้มีการขยายเวลาอีกไม่เกิน 60 วันหากมีเหตุอันสมควร เว้นแต่จะไม่สอดคล้องกับ กฎหมายการระงับข้อพิพาททางเลือกของศาลที่มีผลบังคับใช้ ณ เวลาของการประชุมไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทสำหรับทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของรัฐจะควบคุมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมถึงการ ชดเชยผู้ไกล่เกลี่ยและการชำระค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายของการประชุมไกล่เกลี่ย ฝ่ายต่าง ๆ ต้อง รับผิดชอบค่าใช้จ่ายของตนเองที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรานี้

(4) ศาลมีอำนาจที่จะบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรานี้

(5) หากไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยการไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทโจทก์ อาจเริ่มดำเนินคดีทางแพ่งโดยยื่นหมายเรียกและร้องทุกข์ตามระเบียบทางกระบวนการ พิจารณาคดีแพ่งของศาลมลรัฐเซาท์แคโรไลนาโดยการดำเนินการจะต้องยื่น:

(5.1) ภายใน 60 วันหลังจากที่ผู้ไกล่เกลี่ยตัดสินว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สามารถปฏิบัติได้หรือการไกล่เกลี่ยควรสิ้นสุด หรือ

(5.2) ก่อนที่จะถึงวันหมดเวลาที่กฎหมายกำหนด แล้วแต่ว่าอะไรจะเกิดขึ้นภายหลัง

(6) การมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามมาตรานี้ไม่ได้ทำให้สิทธิในการฟ้องคดีของผู้เสียหายเปลี่ยนแปลงหรือหมดสิทธิแต่อย่างใด และการมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ได้ทำให้ข้อผูกพันใด ๆ ของคู่พิพาทที่จะเข้าร่วมในการระงับข้อพิพาททางเลือกหลังจากที่มีการดำเนินคดีทางแพ่งแล้ว อย่างไรก็ตามไม่มีข้อกำหนดสำหรับการมีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาททางเลือกมากกว่าหนึ่งประเภทหลังจากการขอหมายเรียก และการยื่นฟ้องคดีเพื่อเริ่มดำเนินการทางแพ่งในคดีการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์

ความเสียหายในกฎหมายการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ของมลรัฐเซาท์แคโรไลนาที่สามารถเรียกร้องได้แบ่งความเสียหายเป็นสองประเภทหลักได้แก่ ความเสียหายที่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ และความเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ แต่แพทย์สามารถได้รับการยกเว้นความผิดหากพิสูจน์ได้ตามองค์ประกอบ 4 ประการต่อไปนี้:

(1) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย ที่แพทย์ต้องพิสูจน์ว่า เกิดจากการรับผู้ป่วยเข้ารับการรักษาโดยผู้ป่วยก็แสดงเจตนาเข้ารับการรักษากับแพทย์

(2) แพทย์กระทำโดยประมาท พยานผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ต้องชี้แจงว่าแพทย์ในสาขาที่คล้ายกันได้ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพแล้ว

(3) ความประมาทของแพทย์ทำให้เกิดการบาดเจ็บอย่างต่อเนื่อง ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์สามารถแสดงให้เห็นว่าข้อผิดพลาดทำให้เกิดการบาดเจ็บ

(4) การบาดเจ็บนำไปสู่ความเสียหายที่เฉพาะเจาะจง หากแพทย์ดำเนินการต่ำกว่ามาตรฐานที่คาดไว้ แต่ผู้ป่วยไม่ได้รับอันตรายใด ๆ การเรียกร้องจะไม่ประสบความสำเร็จ ส่วนความเจ็บปวดทางร่างกายและมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจะต้องนำสืบ

## (ข) มลรัฐฟลอริดา

มลรัฐฟลอริดาในประเทศสหรัฐอเมริกา มีกระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์<sup>234</sup> ส่งผลดีทำให้เป็นการลดค่าใช้จ่าย ลดคดีที่ไม่สำคัญหรือเล็กน้อยขึ้นสู่ศาล การดำเนินคดีใช้เวลาน้อยกว่าการฟ้องคดีต่อศาล สะดวก รวดเร็ว รักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทเนื่องจากการได้มีการสื่อสารทำความเข้าใจกัน ทำให้โครงสร้างกระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ในมลรัฐฟลอริดาประสบความสำเร็จและมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยมีรูปแบบของการกำหนดให้ภาครัฐร่วมกับภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ให้มีการจัดทำเอกสารตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนอย่างน้อยหนึ่งครั้ง จึงจะสามารถนำข้อพิพาททางการแพทย์ มาฟ้องเป็นคดีได้

Jenkin, Smillov and Goodwin<sup>235</sup> กล่าวว่า Florida Patient Safety and Pre-Suit Mediation Program (FLPSM) เป็นกระบวนการการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่มีมากกว่าระยะเวลา 5 ปี เป็นกระบวนการที่มีความรวดเร็ว และเป็นธรรม จำกัดค่าใช้จ่ายของผู้ให้บริการด้านสุขภาพที่เกิดขึ้นในกระบวนการฟ้องร้องคดีตามกฎหมาย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของมลรัฐฟลอริดาเป็นพื้นฐานสำคัญในการส่งเสริมให้มีการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีต่อไปในอนาคตอย่างต่อเนื่องโดยอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

แนวคิดในการนำการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมาใช้ในการระงับข้อพิพาทในมลรัฐฟลอริดา มาจากค่าใช้จ่ายในการฟ้องร้องคดีในความผิดพลาดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามีค่าใช้จ่ายที่เป็นค่าใช้จ่ายในทางการแพทย์ และทางกฎหมายในการฟ้องร้อง การดำเนินคดีใช้เวลานาน ผู้ที่รับผิดชอบค่าใช้จ่ายทั้งหมด คือ ผู้ป่วย (ผู้ฟ้อง) ทั้งค่าธรรมเนียมและพยานผู้เชี่ยวชาญ นอกจากค่าใช้จ่ายที่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินแล้ว การ

<sup>234</sup> Randall C, Jenkins Gregory, Firestone, Kari L. Aasheim, Brian W. Boelens, "Mandatory Pre-Suit Mediation for Medical Malpractice : Eight-Year Result and Future Innovation," [Online] Accessed 2019, December 26 Available from: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/crq.21194>.

<sup>235</sup> Ibid.

ฟ้องร้องที่ใช้เวลานานบางครั้งก็ไม่มีประสิทธิภาพ ส่งผลต่อความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทที่ไม่ติดต่อกันได้ จึงเกิดการปฏิรูปให้มีการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี โดย University of Florida Health (UF Health)<sup>236</sup> เห็นว่า การลดต้นทุนค่าใช้จ่ายที่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ และค่าใช้จ่ายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้จากการฟ้องร้องคดี โดยการนำกระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางแพทย์ของมลรัฐฟลอริดาที่พัฒนาอย่างรวดเร็วสามารถแก้ไขปัญหาเรื่องการเรียกร้องได้รวดเร็วขึ้นและเร่งกระบวนการให้ระงับ ลดค่าใช้จ่ายในทางกฎหมายให้ทุกฝ่าย รวมทั้งสร้างความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างผู้ป่วยกับผู้ให้บริการ

กระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางแพทย์ของมลรัฐฟลอริดา มี วัตถุประสงค์ 3 ประการ ได้แก่

- (1) ชดเชยผู้ป่วยได้อย่างรวดเร็วและเป็นธรรม
- (2) อำนวยความสะดวกให้ผู้ป่วยเข้าใจได้อย่างถูกต้อง ทันเวลา ถึงความปลอดภัย เป็นการลดการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลได้
- (3) ลดการฟ้องร้องคดีในเรื่องเล็ก ๆ น้อย ๆ รวมถึงลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีทุกประเภทให้แก่ทุกฝ่าย

กรณีที่ผู้ป่วยลงนามในข้อตกลงก่อนการรักษาทางการแพทย์ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี ข้อตกลงนี้มีคณะกรรมการมูลนิธิ UF Health สำหรับการดูแลทางการแพทย์และการรักษาที่ดำเนินการโดยผู้ให้บริการด้านสุขภาพก็จะพยายามแก้ไขข้อเรียกร้องโดยผ่านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน และรักษาความลับโดยนำบุคคลที่สามารถมาช่วยในการระงับข้อพิพาทเพื่อให้ได้ข้อตกลงที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับกัน โดยทุกฝ่ายมีโอกาสจะเสนอข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนฝ่ายตนและข้อโต้แย้งฝ่ายตรงข้าม และข้อตกลงในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะผูกพันกับคู่พิพาท แต่ไม่ตัดสิทธิในการฟ้องคดีถ้าตกลงกันไม่ได้

กฎหมายของมลรัฐฟลอริดาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทบัญญัติในมาตรา 766.108 of the Florida Statutes mandates in person- mandatory of medical

<sup>236</sup> Ibid.

negligence actions<sup>237</sup> มีเงื่อนไขว่าภายใน 120 วัน ให้มีการบังคับให้มีการไกล่เกลี่ยภายหลังฟ้องคดี และมักจะได้อัตโนมัติก่อน 120 วัน ที่จะมีการพิจารณาคดี และในการดำเนินคดีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตในความรับผิดชอบทางการแพทย์ไม่ว่าจะเกิดจากละเมิด หรือสัญญา ต้องเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างน้อย 3 สัปดาห์ก่อนถึงกำหนดการพิจารณาคดี จึงทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพแม้จะบังคับในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแต่การตัดสินใจในข้อตกลงเป็นของคู่พิพาท

ดังนั้น แนวทางที่ครอบคลุมยิ่งขึ้นน่าจะช่วยลดเวลาในการแก้ไขข้อกังวลของผู้ป่วย และเหตุการณ์ที่ไม่พึงประสงค์ ลดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นสำหรับผู้ป่วยและผู้ให้บริการทางการแพทย์ วิธีการที่ทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ชนะ (Win-Win Methods) วิธีการนี้คู่พิพาทของความขัดแย้งประสบผลสำเร็จในการแก้ปัญหาาร่วมกัน และทำให้สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้ตามที่ทั้งสองฝ่ายต้องการ เนื่องจากทั้งสองฝ่ายเป็นผู้ชนะ สำหรับวิธีการที่นิยมใช้กันคือ การแก้ไขปัญหาร่วมกัน (Integrative Problem Solving) หรือ เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า การเผชิญหน้ากัน (Confrontation) วิธีการนี้จะไม่มีการเข้าไปกำจัดความขัดแย้ง หรือประนีประนอมกันใด ๆ ทั้งสิ้น หากแต่เป็นการเปิดโอกาสให้คู่พิพาทเข้ามาร่วมกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อหาแนวทางแก้ไขที่ทั้งสองฝ่ายพึงพอใจและยอมรับกันได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องทำให้คู่พิพาทเกิดความรู้สึกขึ้นมาว่า ทุกคนสามารถแก้ไขข้อขัดแย้งร่วมกันได้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกัน และต้องสร้างบรรยากาศให้คู่พิพาทของความขัดแย้งสามารถแลกเปลี่ยนความคิดเห็นได้อย่างเป็นอิสระ

<sup>237</sup>. The 2018 Florida Statutes, Section 766.108 Mandatory mediation and mandatory settlement conference in medical negligence actions. –

(1) Within 120 days after the suit is filed, unless such period is extended by mutual agreement of all parties, all parties shall attend in-person mandatory mediation in accordance with s. 44.102 if binding arbitration under s. 766.207 has not been agreed to by the parties. The Florida Rules of Civil Procedure shall apply to mediation held pursuant to this section.

(2) (a) In any action for damages based on personal injury or wrongful death arising out of medical malpractice, whether in tort or contract, the court shall require a settlement conference at least 3 weeks before the date set for trial.

(b) Attorneys who will conduct the trial, parties, and persons with authority to settle shall attend the settlement conference held before the court unless excused by the court for good cause.

### (ค) มลรัฐวอชิงตัน

มลรัฐวอชิงตัน ได้มีบทบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับใน ความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ตามมาตรา RCW 7.70.100<sup>238</sup> มีขั้นตอนดังนี้

(1) ก่อนการพิจารณาคดีของศาลไม่ว่าจะเป็นความรับผิดชอบ ทางละเมิด สัญญา หรืออื่น ๆ สำหรับความเสียหายที่เกิดจากความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ตาม จะต้องได้รับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ยกเว้นตามที่ระบุไว้ใน (4)

(2) ศาลต้องปฏิบัติตามขั้นตอนในการดำเนินการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับภายใต้บทบัญญัตินี้ ในการดำเนินการพิจารณาที่จะต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทเชิงบังคับเว้นแต่ส่วนย่อย (4) กฎเกณฑ์ของการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับอย่างน้อยต้องมี

(a) ขั้นตอนการแต่งตั้งและคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีประสบการณ์ หรือความเชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่เกิดขึ้นจากความรับ ผิดทางละเมิดทางการแพทย์ตาม และเป็นสมาชิกของสมาคมเนติบัณฑิตยสภาของรัฐที่เป็นเวลาอย่าง น้อยห้าปี หรือผู้พิพากษาเกษียณ ศาลอาจกำหนดคุณสมบัติเพิ่มเติมของผู้ไกล่เกลี่ย

(b) ข้อจำกัดที่เหมาะสม กับจำนวน หรือลักษณะของ การชดเชยสำหรับผู้ไกล่เกลี่ย

(c) ภายใต้บทบัญญัตินี้จำนวนวันหลังจากการยื่น คำเรียกร้องซึ่งจะต้องมีการเลือกผู้ไกล่เกลี่ย

(d) วิธีเลือกผู้ไกล่เกลี่ย และกฎเกณฑ์ที่ศาลสามารถ เลือกการไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทในกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงเลือกผู้ไกล่เกลี่ยได้

(e) จำนวนวันหลังจากการเลือกผู้ไกล่เกลี่ยคนกลางซึ่ง จะต้องมีการประชุมไกล่เกลี่ย

(f) ภายใต้บทบัญญัตินี้หากผู้ไกล่เกลี่ยเห็นว่า การไกล่ เกลี่ยไม่เหมาะสมต่อข้อพิพาท สามารถดำเนินคดีโดยศาลได้โดยไม่ต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ และ

<sup>238</sup> RCW 7.70.100 Mandatory mediation of health care claims—Procedures.

(๑) เรื่องอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่าจำเป็น

(3) ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องไม่เปิดเผยข้อมูลที่ได้รับจากคู่พิพาท

(4) ข้อกำหนดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับของ (2)

ไม่ได้นำไปใช้กับการดำเนินการภายใต้บังคับอนุญาโตตุลาการภายใต้ Chapter 7.06 RCW หรือ การกระทำที่คู่พิพาทได้ตกลงหลังจากการเรียกร้องสิทธิในการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ภายใต้ Chapter 7.04A หรือ 7.70A RCW

### (ง) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย

ในปี ค.ศ. 1981 รัฐแคลิฟอร์เนียได้ออกกฎหมายบังคับใช้กฎหมาย และกระบวนการพิจารณาคดีไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการดูแลเด็ก<sup>239</sup> (CALIFORNIA CHILD CUSTODY MEDIATION LAW)<sup>240</sup> วัตถุประสงค์ในการประกาศบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว คือ การลดความรุนแรงของผู้ปกครอง ส่งเสริมความตั้งใจของเด็กตามความสนใจ และส่งเสริมหลักการของการติดต่อจากพ่อแม่สูงสุด ในช่วงหลายทศวรรษที่ผ่านมา นับตั้งแต่มีการออกกฎหมายครั้งแรกได้มีการประกาศใช้ บทบัญญัติแก้ไขและมีการวิพากษ์วิจารณ์ที่หลากหลายเกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกระบวนการ บังคับให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี แม้จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงการบังคับให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในกรณีคดีที่เกี่ยวกับความรุนแรงในครอบครัว แม้ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ไม่ได้มีบทบัญญัติในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีสำหรับคดีการกระทำละเมิดทางการแพทย์ โดยตรง แต่สามารถศึกษาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในคดีครอบครัวเทียบเคียงในแนวคิดและ หลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายได้

กฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนฟ้องคดี “ไม่เกิน 60 วันหลังจากการยื่นคำร้อง” ในกรณีที่มีประวัติความรุนแรงในครอบครัว ระหว่างคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีจะถูกจัดขึ้นในคนละช่วงเวลาโดยการประชุม แยกกันระหว่างคู่พิพาท และมีการปกป้องสำหรับผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อ ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับอำนาจตามดุลย

<sup>239</sup> Jeff Rifleman December, “Mandatory Mediation: Implications and Challenges,” [Online] Accessed 2020, January

2 Available from: <https://www.mediate.com/articles/riflemanJ1.cfm>.

<sup>240</sup> Fam. Code 3170 and Fam. Code 3175.



พินิจของตนแต่เพียงผู้เดียว ในการยกเว้นที่ปรึกษาและ / หรือบุคคลในครอบครัวเพื่อให้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>241</sup>

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นเรื่องที่มีการวิจารณ์อย่างรุนแรง โดยเฉพาะเมื่อนำไปใช้กับผู้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงในครอบครัว นักวิจารณ์บางคนให้เหตุผลว่า “ การไกล่เกลี่ยมีศักยภาพที่จะทำร้ายผู้หญิง ” โดยการเปิดเผยให้ผู้ตกเป็นเหยื่อของความรุนแรงในครอบครัวได้รับการทารุณกรรมเพิ่มเติม และโดยการกำหนดกระบวนการที่ผู้หญิงอาจเสียเปรียบโดยธรรมชาติเนื่องจากอคติทางสังคมและแนวโน้มทางสังคมวิทยา นอกจากนี้ความมุ่งมั่นของการตัดสินใจด้วยตนเองในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถูกเปลี่ยนแปลงโดยการบังคับใช้ข้อบังคับ แม้จะถูกรื้อถอนก็ตามแต่จากการศึกษาพบว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นทางเลือกที่ดีกว่าในแง่ของอัตราการระงับข้อพิพาท ในแคลิฟอร์เนียประมาณ 20-30 เปอร์เซ็นต์ของครอบครัวที่แยกจากกันได้รับการแก้ไขปัญหาคาดูแลเด็กผ่านระบบศาล และได้รับคำสั่งให้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาล พบว่าร้อยละ 10-15 ของข้อพิพาททั้งหมด ได้รับการแก้ไขอย่างสมบูรณ์ และสองในสาม 13-20 เปอร์เซ็นต์ของข้อพิพาททั้งหมด ได้รับการแก้ไขบางส่วนผ่านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี<sup>242</sup>

ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในความรับผิดชอบทางการแพทย์มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนในประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ตระหนักถึงระบบสังคม กฎหมาย ความรู้ความเข้าใจ หรือสิทธิและหน้าที่ของคนในสังคมที่แตกต่างกันการฟ้องคดีในชั้นศาลของสหรัฐอเมริกามีความซับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงมาก นอกจากนี้ ยังมีเรื่องของประสิทธิภาพในการพิจารณาคดี และมีวิธีพิจารณาคดีที่ต้องนำมาพิจารณาดูด้วย ทำให้มีการพยายามหาวิธีการทางเลือกอื่น ๆ เข้ามาใช้แทนการฟ้องคดีในศาลมากขึ้น การนำเอาวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีจุดประสงค์สำคัญเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความโดยการตัดสินใจของคู่พิพาท จึงเป็นที่นิยมในประเทศสหรัฐอเมริกาในการระงับข้อพิพาทในความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์

<sup>241</sup> Jeff Rifleman December, “Mandatory Mediation: Implications and Challenges”. [Online].

<sup>242</sup> Ibid.

จากการศึกษาการระงับข้อพิพาททางเลือกในกฎหมายต่างประเทศพบว่ากระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมีหลากหลายประเภท และรายละเอียดที่หลากหลายมากกว่ากฎหมายประเทศไทย เนื่องจากมีกฎหมายเฉพาะกำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ อย่างในกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายมลรัฐก็ได้บัญญัติข้อพิพาทดังกล่าวไว้ หรือกรณีอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งเมื่อได้ทำการศึกษาแสดงให้เห็นว่าประเทศที่มีกฎหมายการระงับข้อพิพาทอย่างครบถ้วนทุกประเภท ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา แสดงให้เห็นถึงความสนใจในกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกกว่ามีส่วนสำคัญไม่น้อยไปกว่าการดำเนินคดีในศาล และได้รับความนิยมมากขึ้นในปัจจุบัน ดังนั้น บทถัดไปจะเป็นการวิเคราะห์พัฒนาการหลักกฎหมาย และช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องในคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์



## บทที่ 4

### วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาทในคดีความรับผิด ทางละเมิดทางการแพทย์

ปัจจุบันปัญหาการฟ้องคดีในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์เพื่อชดใช้ความเสียหายจากการใช้บริการทางการแพทย์ และกลายเป็นประเด็นปัญหาการฟ้องคดีต่อศาลในการลงโทษผู้กระทำผิดส่งผลกระทบต่อการศึกษาที่มีจำนวนมาก ทุกประเทศจึงพยายามแก้ไขปัญหาวิกฤตดังกล่าวโดยการปฏิรูปกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระงับข้อพิพาท เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาให้เหมาะสมกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ในบทนี้จะทำการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาที่สำคัญ 2 ประเด็นคือ ประการแรก การดำเนินคดีทางศาลที่มีผลกระทบต่อความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทยที่เกิดเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันว่าความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์เหมาะสมที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยศาลหรือไม่ ประการต่อมาเป็นการวิเคราะห์ถึงแนวคิดของการระงับข้อพิพาททางเลือก กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือก เพื่อหาวิธีการที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยในการระงับข้อพิพาททางความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 4.1 วิเคราะห์การดำเนินคดีทางศาลที่มีผลกระทบต่อข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย

##### 4.1.1 ความรับผิดในการบริการทางการแพทย์อันเกิดจากความความประมาทเลินเล่อ

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการทางการแพทย์กับผู้ป่วยในอดีตเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะอุปถัมภ์ช่วยเหลือเกื้อกูลก่อให้เกิดความไว้วางใจระหว่างกัน เมื่อผู้ป่วยได้รับการรักษาจากความเจ็บป่วยทุกข์ทรมานก็จะสำนึกในบุญคุณของแพทย์ผู้ทำการรักษาสอดคล้องกับลักษณะของ

สังคมไทยที่มีความกตัญญูทเวทีสำนึกในบุญคุณผู้ช่วยเหลือ<sup>1</sup> แม้ว่าในบางครั้งการให้ความช่วยเหลือในการรักษาของแพทย์จะเกิดจากความผิดพลาดจนผู้ป่วยเกิดความสูญเสียทางร่างกายหรือจนถึงแก่ชีวิต ผู้ป่วยก็ไม่ได้เอาผิดกับแพทย์ผู้ทำการรักษา เพราะเชื่อว่าแพทย์รักษาพยาบาลอยู่บนพื้นฐานการรักษาที่ดีที่สุดจึงยังไม่มีปัญหาการฟ้องร้องเป็นคดีความ<sup>2</sup>

จนเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงเป็นสังคมการค้าพาณิชย์พร้อมกับการเปลี่ยนแปลงของโลกยุคสมัยที่เปลี่ยนไป การให้บริการทางการแพทย์ไม่ใช่เป็นเพียงการช่วยเหลือเกื้อกูลเช่นเดียวกับในอดีต แต่มีการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาล ประกอบกับแนวคิดต่างประเทศในทวีปยุโรปและประเทศสหรัฐอเมริกา ที่มีการฟ้องคดีเมื่อเกิดความผิดพลาดจากการรักษาพยาบาล จึงทำให้สังคมไทยมีแนวความคิดที่เปลี่ยนไปในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย โดยที่มีความเป็นปรปักษ์ต่อกันมากขึ้น รวมทั้งผู้ป่วยมีความรู้มากขึ้นถึงสิทธิที่ตนเองจะได้รับตามกฎหมายในการเข้ารับบริการรักษาพยาบาล<sup>3</sup> ส่งผลต่อความคาดหวังในการรับบริการรักษาพยาบาลที่มีมาตรฐานสูง<sup>4</sup> หากผลการรักษาไม่เป็นไปตามที่คาดหวังหรือเกิดความเสียหายขึ้น จึงนำไปสู่การฟ้องดำเนินคดีกับผู้ให้บริการทางการแพทย์ตามกฎหมาย โดยคดีความที่เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องผู้ให้บริการทางการแพทย์ส่วนใหญ่มักจะเกิดจากการกล่าวหาว่าแพทย์กระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นผลให้เกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย ของบุคคลแล้วแต่กรณี

ในกรณีความรับผิดชอบทางแพ่งของประเทศไทย การกระทำโดยประมาทเลินเล่อเป็นองค์ประกอบของความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ต้องพิจารณาประกอบกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ จากบทบัญญัติดังกล่าว การจะวินิจฉัยว่าแพทย์ได้การกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่ จะเปรียบเทียบกับบุคคลซึ่งอยู่ในภาวะเช่นนั้นที่พิจารณา

<sup>1</sup> สมหญิง สายธนู, รัชตะ ตั้งศิริพัฒน์, วงเดือน จินดาวัฒนะ, วิโรจน์ ตั้งเจริญเสถียร, “การจัดการความรับผิดจากการรักษาทางการแพทย์,” วารสารวิชาการสาธารณสุข 12,6 (พฤศจิกายน - ธันวาคม 2546): 877.

<sup>2</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส, “ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์ และแนวทางแก้ไข,” *จลนิตติ* (พฤษภาคม - มิถุนายน 2554): 47.

<sup>3</sup> บรรพต ต้นธีรวงศ์, “การใกล้เกลี่ยข้อยพิพาททางเลือกของสังคมไทย,” วารสารศาลยุติธรรม (2548): 115.

<sup>4</sup> Shafeek S. Sanbar, *Legal Medicine*, 4th (Philadelphia: Mosby-Year Book, 2007), p.253.

ตามวิสัยและพฤติการณ์ ซึ่งในประเด็นความรับผิดชอบทางการแพทย์จะขึ้นอยู่กับมาตรฐานของวิชาชีพว่า ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการรักษาทางการแพทย์หรือไม่<sup>5</sup>

ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อมีแนวความคิดมาจากกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศอังกฤษ ที่มีพื้นฐานความคิดมาจากความกฎหมายละเมิด ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ (Tort of Negligence)<sup>6</sup> ไว้ 4 หลักเกณฑ์ ได้แก่ หลักเกณฑ์แรก บุคคลต้องมีหน้าที่จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานที่กำหนดไว้โดยเฉพาะบุคคลในวิชาชีพนั้น ๆ (Duty of care) หลักเกณฑ์ที่สอง บุคคลได้ฝ่าฝืนหน้าที่ของความระมัดระวังเช่นว่านั้นโดยการกระทำหรืองดเว้นการกระทำ (Breach of Duty) หลักเกณฑ์ที่สาม ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และผลของการกระทำต้องไม่ไกลเกินกว่าเหตุ หรือการกระทำต้องใกล้ชิดกับผลของการกระทำ (Causation) และหลักเกณฑ์สุดท้าย มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำของผู้ละเมิดที่ฝ่าฝืนต่อการกระทำตามหน้าที่<sup>7</sup> เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างองค์ประกอบความรับผิดชอบของกฎหมายไทยสามารถเปรียบเทียบได้ตารางดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 ตารางเปรียบเทียบองค์ประกอบความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420	Tort of Negligence
1. ผู้ใด	1. บุคคลต้องมีหน้าที่จะต้องกระทำด้วยความระมัดระวังตามมาตรฐานที่กำหนดไว้โดยเฉพาะในวิชาชีพนั้น ๆ (Duty of care)
2. ประมาทเลินเล่อ (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสี่ - มิได้ตั้งใจ	2. บุคคลได้ฝ่าฝืนหน้าที่ของความระมัดระวัง (Breach of Duty)

<sup>5</sup> ดูในหัวข้อ 2.1.1.3 ความรับผิดชอบในการบริการทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อ

<sup>6</sup> Catherine Elliott, Frances Quinn, *Tort Law*, 7<sup>th</sup> edition (Edinburgh: Pearson Education Limited, 2009), p. 18.

<sup>7</sup> ดูในหัวข้อ 2.1.1.3 ความรับผิดชอบในการบริการทางการแพทย์โดยประมาทเลินเล่อ

<ul style="list-style-type: none"> <li>- ปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะ เช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัย และพฤติการณ์</li> <li>- ไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง</li> </ul>	
3. โดยผิดกฎหมาย	3. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ และ ผลของการกระทำ (Causation)
4. ให้เขาเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด	4. Damage or Injury หมายความว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นเป็นผลมาจากการกระทำประมาทเลินเล่อของผู้ละเมิดที่ฝ่าฝืนต่อการกระทำตามหน้าที่

ดังนั้น ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ของประเทศอังกฤษที่บางกรณีเรียกว่า การทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ (Medical Malpractice) ได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนในกฎหมายละเมิดที่แพทย์ได้กระทำประมาทเลินเล่อไว้ จึงมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิดที่นำมาใช้กับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ฉะนั้น กฎหมายต่างประเทศที่บัญญัติในเรื่องดังกล่าวนี้สามารถนำมาศึกษาและวิเคราะห์กับกฎหมายไทยในเรื่องความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ได้

#### จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

มีข้อสังเกตว่าการกระทำความผิดทางละเมิดทางการแพทย์มีลักษณะที่แตกต่างจากการกระทำผิดละเมิดทั่วไป เนื่องจากมีประเด็นที่สามารถพิจารณาได้ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ที่มีความสัมพันธ์ช่วยเหลือเกื้อกูลกัน ถึงแม้ว่าปัจจุบันความสัมพันธ์ดังกล่าวจะลดน้อยลงไปบ้าง แต่โดยทั่วไปความรู้สึกของผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษามุ่งที่จะคาดหวังผลการรักษาให้ตนหลุดจากโรคร้ายไข้เจ็บซึ่งแพทย์ผู้ทำการรักษาก็ต้องพยายามที่จะทำการรักษาตามมาตรฐานวิชาชีพตามหลักเกณฑ์ที่แพทย์สภาได้

กำหนด<sup>8</sup> ดังนั้น ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงมีจุดเริ่มต้นที่มีลักษณะการเอื้อเพื่อ เกื้อกูล และในบางครั้งมีการตัดสินใจร่วมกันระหว่างแพทย์ผู้รักษากับผู้ป่วยจึงทำให้เกิดเป็นความสัมพันธ์ของ บุคคลสองฝ่ายที่มีความใกล้ชิดกันมากกว่าความสัมพันธ์ทางละเมียดทั่วไปที่เกิดจากบุคคลสองฝ่ายที่มี ลักษณะแปลกหน้ากัน ซึ่งความสัมพันธ์ลักษณะนี้ เป็นความสัมพันธ์ที่สมควรรักษาให้คงอยู่ต่อไปแม้ หลังจากการมีข้อพิพาท<sup>9</sup> และในประเทศไทยได้มีบทเรียนการฟ้องคดีทางการแพทย์ โดยแพทย์ผู้ทำ การรักษาได้ผ่าตัดไส้ติ่งจนผู้ป่วยเสียชีวิตในคดีแพทย์หญิงในโรงพยาบาลร่อนพิบูลย์ จังหวัด นครศรีธรรมราช จุดเริ่มต้นในการยื่นฟ้องดำเนินคดีในชั้นศาลทั้งคดีอาญาและคดีแพ่ง เนื่องจาก การ ไม่สื่อสารระหว่างแพทย์ผู้ทำการรักษาหรือโรงพยาบาลกับผู้ป่วยให้เกิดความเข้าใจกันถึงผลความ เสียหายที่เกิดขึ้น และแม้ผลสุดท้ายของคดีอาญาศาลอุทธรณ์ภาค 8 ได้ยกฟ้องคำพิพากษาศาลจังหวัด พังงงให้แพทย์ไม่ต้องรับผิดชอบ<sup>10</sup> และในส่วนของคดีแพ่งที่ต้องสู้คดีกันถึงชั้นฎีกาโดยฝ่ายแพทย์ หรือ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขต้องชดเชยค่าเสียหายเป็นจำนวนหลักล้านและระยะเวลาในการ ดำเนินคดีที่ใช้เวลาเป็น 10 ปี<sup>11</sup> ส่งผลให้นอกจากคู่พิพาทจะเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายแล้ว ผลสุดท้าย ความสัมพันธ์ที่ติระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยก็ถูกทำลายจนยากที่จะกลับคืนดังเดิม รวมทั้งฝ่ายแพทย์ผู้ทำ การรักษาซึ่งในคดีนี้เป็นเพียงแพทย์ประจำบ้าน (Resident) สูญเสียกำลังใจในการทำงานและไม่สามารถที่จะทำงานที่โรงพยาบาลร่อนพิบูลย์ต่อไปได้เป็นการสูญเสียทรัพยากรทางการแพทย์ที่ ปัจจุบันก็มีอยู่จำนวนจำกัด<sup>12</sup> แสดงให้เห็นว่าการยื่นฟ้องคดีในชั้นศาลส่งผลเสียให้กับทุกฝ่ายทั้งด้าน เวลา ค่าใช้จ่าย และจิตใจรวมทั้งทรัพยากรทางด้านบุคคลากรทางการแพทย์ ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2525 มาตรา 31 ประกอบกับข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพ พ.ศ. 2549 แก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2560 ข้อ 15 ที่กำหนดว่า

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องรักษามาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรมภายใต้ความสามารถและข้อจำกัดตาม ภาวะ วิสัย และพฤติกรรมที่มีอยู่ในสถานการณ์นั้น ๆ”

<sup>9</sup> Susan Dorr Goold, “The Doctor–Patient Relationship Challenges, Opportunities, and Strategies,” *Journal of General Internal Medicine* 14 (1999): 26–33.

<sup>10</sup> คำพิพากษาศาลจังหวัดพังงง คดีหมายเลขแดงที่ 2961/2550

<sup>11</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 14813/2558

<sup>12</sup> ผู้จัดการออนไลน์, “จำกัด 3 ปี หมอ รพ.ร่อนพิบูลย์ ผ่าไส้ติ่งตาย,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2563. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/qol/detail/9500000144864>.

จะเลือกหาวิธีการระงับข้อพิพาทที่มีความเหมาะสมที่สุดในด้านการรักษาความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะพิเศษเช่นนี้

ประเด็นที่สอง ความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ ความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ มักเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย และอนามัยของผู้ป่วยซึ่งเป็นลักษณะความเสียหายที่ค่อนข้างร้ายแรงในบางครั้งไม่สามารถที่จะประเมินค่าความเสียหายที่คำนวณเป็นเงินได้จึงมีการกำหนดค่าเสียหายที่ไม่สามารถคำนวณเป็นจำนวนเงินได้ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 438 วรรคแรก บัญญัติว่า “ค่าสินไหมทดแทนจะพึงใช้โดยสถานใดเพียงใดนั้น ให้ศาลวินิจฉัยตามควรแก่พฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งละเมิด” ซึ่งแม้ว่าอาจเป็นผลดีต่อผู้ได้รับความเสียหายที่สามารถเรียกค่าเสียหายจำนวนเท่าใดก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติการวินิจฉัยจำนวนค่าเสียหายยังขึ้นอยู่กับศาลเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจในการวินิจฉัย<sup>13</sup> อีกทั้งในบางกรณีความรู้สึกของผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายอาจคิดว่าการมาตีค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นกับชีวิต ร่างกายของบุคคลเป็นเรื่องที่กระทบต่อความรู้สึกเป็นอย่างมาก จึงเป็นการไม่เหมาะสมที่จะนำประเด็นละเอียดอ่อนเรื่องชีวิตและสุขภาพมาตีเป็นจำนวนเงินในกระบวนการทางศาล ซึ่งหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะมีการต่อสู้คดีในประเด็นนี้ระหว่างทนายของทั้งสองฝ่าย

ประเด็นที่สาม อำนาจที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยเฉพาะความเหลื่อมล้ำทางด้านข้อมูล ซึ่งเป็นที่แน่นอนได้ว่าฝ่ายแพทย์ผู้ให้บริการย่อมมีข้อมูลในการรักษามากกว่าผู้ป่วยที่เข้ารับบริการ เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นผู้ที่จะให้ข้อมูลทางการรักษารวมทั้งข้อมูลทางเวชศาสตร์ต่าง ๆ ย่อมเป็นฝ่ายแพทย์ ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดภาระการพิสูจน์ให้ข้อมูลที่อยู่ในความรู้เห็นของฝ่ายใดให้ฝ่ายนั้นเป็นผู้พิสูจน์<sup>14</sup> เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์ของผู้ป่วยที่เข้ารับการรักษาจากแพทย์ ภาระหน้าที่สำคัญและเจตนาดีของแพทย์ในการรักษาผู้ป่วย

<sup>13</sup> สันต์สุดา สิทธิประเสริฐ, “การใช้ดุลพินิจของศาลไทยในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ความตาย,” *วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์* (2560):786-787.

<sup>14</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.3.3 ภาระการพิสูจน์



ประเด็นที่สี่ ซึ่งเป็นประเด็นที่สำคัญมาก คือเรื่องการเก็บรักษาความลับทางการแพทย์เกี่ยวกับข้อมูลของผู้ป่วย เป็นหลักการที่มีลักษณะการยอมรับกันทั่วโลก ในประเทศไทยได้บัญญัติในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 7<sup>15</sup> ข้อมูลด้านสุขภาพของบุคคล เป็นความลับส่วนบุคคลผู้ใดจะนำไปเปิดเผยในประการที่น่าจะทำให้บุคคลนั้นเสียหายไม่ได้<sup>16</sup> ประกอบกับปัจจุบันมีพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 26<sup>17</sup> ได้จัดให้ข้อมูลทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับผู้ป่วย เช่น การเข้ารับบริการทางการแพทย์ ณ โรงพยาบาล เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความละเอียดอ่อน (Sensitive Personal Data) การเก็บรวบรวมข้อมูล ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจะมีหลักการที่เข้มงวดกว่าข้อมูลส่วนบุคคลทั่วไป โดยจะกระทำได้หากดำเนินการตามหลักการใดหลักการหนึ่ง เช่น ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้ง (Explicit Consent) จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล, เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เป็นต้น แต่เมื่อเกิดข้อพิพาทและนำคดีขึ้นสู่ศาลหลักความลับดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้หลักการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย<sup>18</sup> ซึ่งมีผลทำให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าฟังการพิจารณาได้ และการทำคำพิพากษานั้น ศาลต้องทำกระทำโดยเปิดเผย<sup>19</sup> ทำให้มีการนำข้อมูลทางการแพทย์ที่ใช้รักษาผู้ป่วยมาเปิดเผยในขั้นตอนการ

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 7 “ข้อมูลด้านสุขภาพบุคคล เป็นความลับส่วนบุคคล ผู้ใดจะนำไปเปิดเผยในประการที่น่าจะทำให้บุคคลนั้นเสียหายไม่ได้ เว้นแต่การเปิดเผยนั้น เป็นไปตามความประสงค์ของบุคคลนั้นโดยตรง หรือมีกฎหมายบัญญัติให้ต้องเปิดเผย แต่ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ผู้ใดจะอาศัยอำนาจหรือสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการ หรือกฎหมายอื่น เพื่อขอเอกสารเกี่ยวกับข้อมูลด้านสุขภาพของบุคคลที่ไม่ใช่ของตนไม่ได้”

<sup>16</sup> ศักดา สลธิ์เรื่องชัย, “การรักษาความลับของผู้ป่วย,” *เวชบันทึกศิริราช* 6 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2556): 78-83.

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มาตรา 26 ห้ามมิให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรมข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสุขภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใดซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใน ทานองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่

(1) เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม

<sup>18</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 36 วรรคหนึ่ง การนั่งพิจารณาคดีจะต้องกระทำในศาลต่อหน้าคู่ความที่มาศาลและโดยเปิดเผย

<sup>19</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 140 (3) การอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่ง ให้อ่านข้อความทั้งหมดในศาลโดยเปิดเผยตามเวลาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ ต่อหน้าคู่ความทั้งสองฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในกรณีเช่นว่านี้ ให้ศาลจดลงไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือในรายงานซึ่งการอ่านนั้น และให้คู่ความที่มาศาลลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

พิจารณาคดีที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องนำพยานหลักฐานมาต่อสู้คดีกัน รวมทั้งในการทำคำพิพากษาของศาลที่ศาลจำเป็นต้องอธิบายข้อเท็จจริงประกอบคำตัดสิน ทำให้ข้อมูลทางการรักษาของผู้ป่วยมีบุคคลอื่นนอกจากตัวคู่พิพาท เช่น ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ในศาล ทนายความทั้งสองฝ่าย หรือประชาชนที่เข้าฟังการพิจารณาคดีมีโอกาสรับรู้ข้อมูลทางการรักษา ที่ผู้ป่วยอาจต้องการให้เป็นความลับได้ เนื่องจากผลการรักษาในบางกรณีกระทบกับความรู้สึกของผู้ป่วย และเกิดความอับอายต่อผู้ป่วยที่มีบุคคลอื่นมารับรู้ข้อมูลดังกล่าวนี้<sup>20</sup>

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทในคดีละเมิดทางการแพทย์ ซึ่งวิธีการหลักในปัจจุบันยังเป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลซึ่ง เป็นวิธีการนำพยานหลักฐานมาต่อสู้กันเพื่อหาผู้รับผิดชอบในเรื่องดังกล่าว จึงอาจจะไม่เหมาะสมต่อกรณีความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่มีลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทที่มีความใกล้ชิดต่อกัน ความเสียหายที่เกิดขึ้นมักเป็นความเสียหายที่ตีราคาเป็นจำนวนเงินได้ยาก ความรู้ทางการแพทย์ที่ไม่เท่าเทียมกัน อีกทั้งยังเป็นกรณีคู่พิพาทอาจมีความต้องการให้มีการเก็บข้อมูลทางการแพทย์ไว้เป็นความลับ ไม่เปิดเผยออกสู่สาธารณะ ผู้วิจัยจึงได้พิจารณาถึงผลกระทบที่เกิดจากการฟ้องคดีต่อศาลซึ่งในปัจจุบันอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค และหาแนวทางการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีการอื่นนอกจากการยื่นฟ้องคดีในชั้นศาล เพื่อเป็นทางเลือกให้กับคู่พิพาททั้งฝ่ายแพทย์และฝ่ายผู้ป่วยให้ได้รับความเป็นธรรมและไม่สูญเสียต้นทุนที่ไม่จำเป็นในการดำเนินคดีในชั้นศาล เช่น ต้นทุนทางด้านเวลา ทางด้านค่าใช้จ่าย ทางด้านจิตใจ รวมทั้งบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมที่มีอยู่จำกัด ดังนั้น ในหัวข้อถัดไปจะเป็นการพิจารณาผลกระทบในการนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาปรับใช้กับความรับผิดชอบทางการแพทย์เพื่อนำไปสู่การหาทางออกของการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นนอกจากศาลที่จะนำมาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ของประเทศไทยในปัจจุบันที่มีคดีจำนวนมากขึ้นสู่ศาลได้ในลำดับถัดไป

<sup>20</sup> ดามร คำไตรย, “หลักการและความเป็นจริงในศาล: การเรียนรู้ผ่านการสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดี” *วารสารนิติสังคมศาสตร์* 9 1 (มกราคม-มิถุนายน 2559): 203-204.

#### 4.1.2 ความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค

ในปัจจุบันในส่วนของวิธีสบัญญัติกระบวนการพิจารณาคดีข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สิทธิและคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญเพื่อได้รับการเยียวยาในความเสียหายได้อย่างเหมาะสม สามารถเข้าถึงกระบวนการพิจารณาทางศาลได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว ประหยัด เป็นธรรมและมีประสิทธิภาพ ส่งเสริมผู้ประกอบการธุรกิจให้เกิดการพัฒนาสินค้าและบริการเพิ่มขึ้น จึงมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคดีที่แยกต่างหากออกจากการพิจารณาคดีแพ่งทั่วไป<sup>21</sup> และเมื่อคดีข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ได้นำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาปรับใช้พบว่ายังมีบางบทบัญญัติที่ได้ส่งผลกระทบต่อการนำไปพิจารณาคดีผู้บริโภคไปใช้กับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ ดังนี้

##### 4.1.2.1 ปัญหาในด้านการนิยามของคำว่า “บริการ”

คำว่า “บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการโดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน<sup>22</sup> หลักเกณฑ์และกระบวนการวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคจึงเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการวิชาชีพที่เป็นผู้ให้บริการ สถานพยาบาลของเอกชนหรือสถานพยาบาลของรัฐ หากมีการเรียกค่ารักษาพยาบาลเป็นการตอบแทน ไม่ว่าจะค่ารักษาพยาบาลจะถูกจ่ายภายใต้ระบบสวัสดิการราชการ ระบบประกันสังคม ระบบประกันสุขภาพ หรือมีผู้รับประกันภัยก็ตามย่อมเข้าลักษณะเป็นการบริการตามกฎหมาย โดยมีผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมและสถานพยาบาลเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลเป็นผู้บริโภค<sup>23</sup> แต่ในการวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 8 พิจารณาแล้ว ได้ความตามคำฟ้อง

<sup>21</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.1 ลักษณะคดีผู้บริโภค

<sup>22</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้ “บริการ” หมายความว่า การรับจัดทำกรงาน การให้สิทธิใด ๆ หรือการให้ใช้หรือให้ประโยชน์ในทรัพย์สินหรือกิจการใด ๆ โดยเรียกค่าตอบแทนเป็นเงินหรือผลประโยชน์อื่นแต่ไม่รวมถึงการจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน

<sup>23</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.2.2 ความหมายคำว่า “บริการทางการแพทย์”

ว่า โรงพยาบาลสุรินทร์ ซึ่งเป็นส่วนราชการในสังกัดโจทก์ ดำเนินกิจการให้บริการด้านการสาธารณสุขแก่ประชาชน โดยเรียกค่ารักษาพยาบาลเป็นการตอบแทน จึงถือได้ว่าโจทก์เป็นผู้ให้บริการและเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ส่วนจำเลยที่ 2 เป็นผู้เข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล โดยมีความรับผิดชอบที่จะต้องชำระค่ารักษาพยาบาล จำเลยที่ 2 จึงเป็นผู้ใช้บริการและเป็นผู้บริโภค เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกให้จำเลยที่ 2 ชำระค่ารักษาพยาบาลดังกล่าว จึงเป็นคดีพิพาทระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภคเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการใช้บริการ เป็นคดีผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 (1) สำหรับจำเลยที่ 1 เมื่อโจทก์ฟ้องเรียกให้ร่วมชำระค่ารักษาพยาบาลจำเลยที่ 2 ในฐานะเป็นผู้รับประกันภัยรถยนต์ที่เกี่ยวชนจำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 2 ได้มอบอำนาจให้โจทก์ขอรับค่าเสียหายเบื้องต้นเพื่อนำมาชำระหนี้ดังกล่าวแล้วอันมีลักษณะเป็นคดีที่เกี่ยวพันกันกับคดีตามมาตรา 3 (1) เป็นคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (3) วินิจฉัยว่า คดีของโจทก์เป็นคดีผู้บริโภค<sup>24</sup> ซึ่งเป็นการขยายขอบเขตคำว่า บริการโดยการตีความของประธานศาลอุทธรณ์ที่อาศัยอำนาจของกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 8 ทำให้บริการทางการแพทย์อยู่ในความหมายของคำว่าบริการในพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้

ผู้วิจัยจึงพิจารณาแยกเป็น 2 ประเด็นในแง่ของความหมาย และวัตถุประสงค์ของการบริการทางการแพทย์ได้ดังนี้

(1) ประเด็นแรก พิจารณาในแง่ของความหมายของการบริการตามคำนิยามของคดีผู้บริโภค บริการหมายความว่า เป็นการรับจัดทำอย่างหนึ่งเมื่อมีการเรียกค่าตอบแทนจึงถือว่าเป็นคดีผู้บริโภคตามความหมายในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ฉะนั้น การบริการทางการแพทย์ที่ได้มีการเสียค่าตอบแทนในการรักษาจึงเข้าตามคำนิยามของคำว่าบริการในคดีผู้บริโภค

(2) ประเด็นที่สอง พิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 พบว่าพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้บัญญัติเพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็วยิ่งขึ้น และแก้ไขปัญหาความไม่เป็นธรรมของกระบวนการทางกฎหมาย

<sup>24</sup> คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ 8/2551

ที่เป็นอยู่ ตลอดจนเพื่อส่งเสริมจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจและป้อมปรามผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่สุจริต อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ แต่เนื่องจากสภาพความเป็นจริงของการให้บริการทางการแพทย์ มิได้มีวัตถุประสงค์ในการมุ่งหวังผลกำไรอย่างการทำธุรกิจ แต่เป็นการให้บริการเพื่อรักษาโรคร้ายไข้เจ็บของผู้ป่วยให้บรรเทาต่อความเจ็บป่วย อีกทั้งการรักษาพยาบาลแม้มีมาตรฐานทางการแพทย์กำหนดไว้เฉพาะแต่ไม่สามารถที่จะปฏิบัติได้อย่างเคร่งครัดแตกต่างจากการขายสินค้าหรือบริการอื่น เนื่องจากยังมีหลายปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อการรักษาพยาบาล เช่น สุขภาพพื้นฐานของผู้ป่วยที่มีอยู่ก่อนการรักษา เช่น โรคประจำตัว หรือพันธุกรรม การปฏิบัติตนหลังจากทำการรักษา รวมทั้งการรักษาพยาบาลเป็นกระบวนการแห่งการคาดคะเนถึงความเป็นไปได้ประกอบกับหลักการรักษาทางการแพทย์และสถิติของโรคที่มีการรักษาก่อนหน้านี้ ดังนั้น การรักษาพยาบาลจึงมีหลายปัจจัยไม่ใช่เพียงแค่ผู้ให้บริการทางการแพทย์แต่ยังขึ้นอยู่กับสภาพของผู้ป่วยและความชำนาญประกอบกับประสบการณ์ในการรักษาของผู้ให้บริการทางการแพทย์ และในปัจจุบันแพทย์ก็ไม่สามารถทำการรักษาได้ทุกโรค ในส่วนของโรงพยาบาลของรัฐแม้การบริการทางการแพทย์มีการคิดค่าบริการ แต่เงินจำนวนนี้น่าจะเปรียบเทียบกับเงินค่าธรรมเนียมที่ทางราชการเรียกเก็บจากประชาชนที่ไปรับบริการของทางราชการ และการบริการสาธารณสุขของนั้น ถึงแม้จะเป็นการให้บริการแต่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะไม่ใช่เกิดจากการทำธุรกิจแต่อย่างใด เพราะการจัดบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ เป็นภาระหน้าที่ของรัฐบาลที่จะต้องจัดให้แก่ประชาชนทั่วไป โดยกระทรวงสาธารณสุขมีภารกิจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านสาธารณสุข เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนที่เจ็บป่วยให้ได้รับการตรวจรักษาฟื้นฟูสุขภาพ รวมทั้งการส่งเสริมสุขภาพและการป้องกันโรค ทั้งนี้ ในการจัดทำบริการสาธารณะนี้ ใช้เงินทุนในการดำเนินงานจากงบประมาณแผ่นดินและอีกส่วนหนึ่งมาจากค่าตอบแทนการบริการของผู้ใช้บริการ แต่ไม่ใช่กิจการที่แสวงหากำไรเหมือนการทำธุรกิจของเอกชน และในส่วนของโรงพยาบาลเอกชนที่อาจจะมึข้อสังเกตว่าเป็น “การประกอบธุรกิจทางสาธารณสุข” แต่การประกอบกิจการสถานพยาบาลนั้น ก็มีกฎหมายสถานพยาบาลที่ควบคุมคุณภาพมาตรฐานสถานพยาบาลกำกับ และลงทะเบียนได้ในสถานพยาบาลทุกแห่ง และแพทย์ในโรงพยาบาลเอกชนก็อยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมายประกอบวิชาชีพเวชกรรมอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนิยามคำว่าบริการในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภครวมถึงการบริการทางการแพทย์

ดังนั้น หากพิจารณาในด้านของคำนิยาม พบว่า การบริการทางการแพทย์เป็นการ รับผิดชอบอย่างหนึ่งในความหมายของคำว่าบริการ แต่เมื่อพิจารณาทางด้านวัตถุประสงค์ของ กฎหมายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคประกอบกับลักษณะของการบริการทางการแพทย์ แล้ว พบว่าไม่สอดคล้องกัน กล่าวคือพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคบัญญัติเพื่อคุ้มครอง ผู้บริโภคที่เป็นฝ่ายที่มีอำนาจน้อยกว่าให้สามารถเข้าถึงการดำเนินคดีทางศาลได้สะดวก รวดเร็ว ไม่ถูก ฝ่ายผู้ประกอบการธุรกิจเอาเปรียบ แต่การบริการทางการแพทย์ลักษณะแตกต่างที่สถานะของฝ่ายแพทย์ และผู้ป่วยไม่ได้มีฝ่ายใดอยู่เหนือกว่าฝ่ายใดโดยเป็นการที่แพทย์เป็นผู้ให้บริการปฏิบัติหน้าที่ตาม วิชาชีพในการรักษาพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยบรรเทาความเจ็บป่วยไม่ได้มุ่งเน้นถึงกำไรสูงสุดที่จะได้รับ อย่างเช่นการประกอบธุรกิจและการบริการทางการแพทย์ถือว่าการบริการขั้นพื้นฐานของ ประชาชนตามสิทธิในรัฐธรรมนูญ

#### 4.1.2.2 ผลกระทบต่อกระบวนการพิจารณา

กระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคที่ดำเนินการในศาลมีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หลายฉบับตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 7 ได้บัญญัติไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาใช้บังคับแก่ คดีผู้บริโภคได้โดยตรง หากกรณีไม่มีบทบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวให้นำบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม แยกเป็นการพิจารณาดังต่อไปนี้

##### (1) การเข้าถึงกระบวนการพิจารณา (Access of Justice)

เมื่อพิจารณาจากหลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา คดี ผู้บริโภคพบว่า หลักความสะดวกและประหยัด หลักความรวดเร็ว หลักไม่เป็นทางการ<sup>25</sup> ทำให้ กระบวนการพิจารณาคดีผู้บริโภคเข้าถึงง่ายในมุมมองด้านผู้บริโภคที่ได้รับความเสียหายย่อมส่งผลดีใน การใช้สิทธิที่ตนจะได้รับความคุ้มครอง ในส่วนของด้านผู้ให้บริการทางการแพทย์การเข้าสู่ กระบวนการทางศาลได้โดยง่ายนี้ส่งผลถึงการถูกฟ้องดำเนินคดีได้ง่ายขึ้นแม้ความเสียหายที่เกิดขึ้นมี เพียงเล็กน้อยก็ตาม ทำให้แพทย์สร้างเกราะป้องกันตนเองในการเพิ่มขึ้นตอนการรักษาสะท้อนกลับไป

<sup>25</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.3.1 หลักการสำคัญในการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ยังผู้ป่วยได้รับให้ได้รับบริการที่ช้า ดังนั้น การนำพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาใช้กับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์เป็นปัญหาที่ได้รับผลกระทบกับทุกฝ่ายตั้งแต่เริ่มต้น กระบวนการดำเนินคดี

จากการศึกษาพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ปัญหาของคดีผู้บริโภครทำให้แพทย์เป็นผู้ได้รับผลกระทบในการบังคับใช้ ตามคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่วินิจฉัยให้บริการทางการแพทย์เป็นบริการที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 ทำให้แพทย์ได้รับภาระต้องไปต่อสู้อคดีในศาลมากจนเกินไป ประกอบกับหลักการในการยื่นฟ้องดำเนินคดีได้โดยง่ายตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาตรา 20<sup>26</sup> และ มาตรา 26<sup>27</sup> เรื่องอายุความที่มีการขยายอายุความเพื่อสิทธิผู้บริโภครมีระยะเวลาในการยื่นฟ้องคดีที่จำกัดเฉพาะกรณีมีความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยหรือสุขภาพของผู้บริโภคร<sup>28</sup> ส่งผลให้เกิดการฟ้องร้องแพทย์มากขึ้น ประการต่อมาเนื่องจากการดำเนินคดีผู้บริโภครเป็นการดำเนินคดีระบบไต่สวน ที่แตกต่างจากการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมในคดีทางแพ่งทั่วไปโดยศาลเป็นผู้ค้นหาข้อเท็จจริงเพื่อนำมาปรับใช้กับหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง แม้ในความเป็นจริงคดีผู้บริโภครซึ่งอยู่ในการพิจารณาของศาลยุติธรรมยังคงใช้วิธีการดำเนินคดีแบบกล่าวหา เนื่องจากความคุ้นชินของผู้พิพากษาในการตัดสินคดีประเภทอื่นในศาลยุติธรรม<sup>29</sup> แต่ศาลยังคงมีบทบาทที่สำคัญที่พระราชบัญญัติวิธี

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

CHULALONGKORN UNIVERSITY

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ.2551 มาตรา 20 วรรคแรก การฟ้องคดีผู้บริโภคร โจทก์จะฟ้องด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ ในกรณีที่โจทก์ประสงค์จะฟ้องด้วยวาจา ให้เจ้าพนักงานคดีจัดให้มีการบันทึกรายละเอียดแห่งคำฟ้องแล้วให้โจทก์ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ.2551 มาตรา 26 วรรคแรก ถ้าคู่ความไม่อาจตกลงกันหรือไม่อาจประนีประนอมยอมความกันได้ และจำเลยยังไม่ได้ยื่นคำให้การ ให้ศาลจัดให้มีการสอบถามคำให้การของจำเลยโดยจำเลยจะยื่นคำให้การเป็นหนังสือหรือจะให้การด้วยวาจาก็ได้ ในกรณีที่ยื่นคำให้การเป็นหนังสือ หากศาลเห็นว่าคำให้การดังกล่าวไม่ถูกต้องหรือขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาลอาจมีคำสั่งให้จำเลยแก้ไขคำให้การในส่วนนั้นให้ถูกต้องหรือชัดเจนขึ้นก็ได้ ในกรณีให้การด้วยวาจา ให้ศาลจัดให้มีการบันทึกคำให้การนั้นและให้จำเลยลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคร พ.ศ. 2551 มาตรา 13 ในกรณีที่ความเสียหายเกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย สุขภาพ หรืออนามัย โดยผลของสารที่สะสมอยู่ในร่างกายของผู้บริโภครหรือเป็นกรณีที่ต้องใช้เวลาในการแสดงอาการ ผู้บริโภครหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภครต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในสามปีนับแต่วันที่อยู่ถึงความเสียหายและรู้ตัวผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องรับผิดชอบ แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่อยู่ถึงความเสียหาย

<sup>29</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.3 การดำเนินการพิจารณาคดีผู้บริโภคร

พิจารณาคดีผู้บริโศก พ.ศ. 2551 ให้อำนาจไว้ เช่น ศาลมีอำนาจในการตีความตามมาตรา 8 ถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่าคดีประเภทใดเป็นคดีผู้บริโศก หรืออำนาจศาลในการสืบพยานเองตามมาตรา 33<sup>30</sup> แสดงให้เห็นว่าในกรณีของคดีผู้บริโศกภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโศก พ.ศ. 2551 ศาลมีบทบาทค่อนข้างมากตั้งแต่เริ่มต้นคดีจนกระทั่งพิพากษาคัดสินคดี เนื่องจากศาลเป็นผู้กำหนดทิศทางของคดี แม้จะมีคลายความเคร่งครัด หรือกฎเกณฑ์ที่เป็นเทคนิควิธีของกฎหมายพิจารณาออกแล้วก็ตาม

## (2) ภาระการพิสูจน์

ประเด็นการพิจารณาต่อมาได้แก่ ภาระการพิสูจน์ที่มีการผลักระการพิสูจน์ (Res Ipsa Loquitur)<sup>31</sup> มาใช้วินิจฉัยคดี ซึ่งศาลฎีกาของไทยในระยะแรกได้ยืนยันว่าบทสันนิษฐานตามความเป็นจริง Res Ipsa Loquitur ไม่มีในกฎหมายไทย แต่ในปี 2540 เป็นต้นมา แนวคิดนี้เริ่มเปลี่ยนไปในการนำหลักดังกล่าวมาใช้ประกอบการวินิจฉัยคดีความรับผิดชอบละเมิด โดยเฉพาะในความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่เกิดขึ้นด้วยความประมาทเลินเล่อของแพทย์ผู้เป็นจำเลย ที่มีการผลักระการพิสูจน์ให้กับจำเลยเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบเพื่อบรรเทาภาระการพิสูจน์ของโจทก์ในกรณีที่โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ได้เนื่องจากเป็นกรณีที่ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความประมาทเลินเล่ออยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของจำเลยซึ่งเป็นต้นเหตุของเหตุการณ์<sup>32</sup> จึงทำให้ผู้ป่วยที่เป็นผู้เสียหายซึ่งแพทย์ให้รับผิดชอบใช้ค่าเสียหายฐานละเมิดได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงตามหลัก Res Ipsa Loquitur<sup>33</sup>

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโศก พ.ศ. 2551 มาตรา 33 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะให้ความเข้มงวดในข้อเท็จจริงแห่งคดี ให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร ในการนี้ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานคดีตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นแล้วรายงานให้ศาลทราบ รวมทั้งมีอำนาจเรียกสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูล หรือให้จัดส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

<sup>31</sup> ดูในหัวข้อ 2.2.3.3 ภาระการพิสูจน์

<sup>32</sup> ชนกฤต วรธัชชากุล, “การพิสูจน์ความรับผิดชอบละเมิดของแพทย์จากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ,” *มูลนิธิ (พฤษภาคม - มิถุนายน 2559)*: 43.

<sup>33</sup> วิฑูรย์ อังประพันธ์, “เปรียบเทียบความรับผิดชอบละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย,” *บทบัณฑิตย* 49 (กันยายน 2536): 59.



แนวคำพิพากษาของศาลไทยที่เกี่ยวข้องกับการผลักรักระพสุจน์ให้แพทย์ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1604/2527 จำเลยที่ 2 เป็นศัลยแพทย์ตกแต่ง เป็นลูกจ้างของจำเลยที่ 1 เจ้าของคลินิก ทำศัลยกรรมตกแต่งจมูกของโจทก์ด้วยความประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้จมูกอักเสบและมีเลือดคั่งที่หน้าผากต้องรักษา ประมาณ 2 เดือนเศษ ดังนี้ จำเลยทั้งสองต้องใช้ค่าเสียหายในการที่โจทก์เจ็บปวดทรมานค่าขาดประโยชน์ในการทำมาหาได้ และค่ารักษาพยาบาลจากแพทย์อื่น คดีนี้ศาลตัดสินให้โจทก์ชนะคดีโดยที่โจทก์ไม่ได้นำพยานผู้เชี่ยวชาญมาเบิกความว่าจำเลยประมาทเลินเล่อไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามมาตรฐานการรักษาทางการแพทย์อย่างไร

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 292/2542 จำเลยที่ 2 เป็นแพทย์ผู้ชำนาญพิเศษในแขนงสาขาวิชาศัลยศาสตร์ตกแต่งจากประเทศญี่ปุ่น จำเลยที่ 2 กระทำการผ่าตัดหน้าอกโจทก์ ที่มีขนาดใหญ่ให้มีขนาดเล็กลงตามสภาพปกติที่โรงพยาบาลจำเลยที่ 1 หลังผ่าตัดแล้วจำเลยที่ 2 นัดให้โจทก์ไปผ่าตัดแก้ไขที่คลินิกจำเลยที่ 2 อีก 3 ครั้ง แต่อาการไม่ดีขึ้น โจทก์จึงให้แพทย์อื่นทำการรักษาต่อ และแพทย์ที่ทำการรักษาต่อจากจำเลยที่ 2 ได้ทำการผ่าตัดเพื่อแก้ไขทรวงอก 3 ครั้ง จนมีสภาพทรวงอกดีขึ้นกว่าเดิม แพทย์ผู้ทำการผ่าตัดคนหลังเป็นพยานคนกลางสอดคล้องกับโจทก์ คำเบิกความของพยานโจทก์ทั้งสอง คือ โจทก์และแพทย์ที่ทำการรักษาต่อจากจำเลยที่ 2 นำเชือกถักมีน้ำหนักรับฟังได้ แม้พยานโจทก์ทั้งสองไม่สามารถนำสืบให้เห็นว่าจำเลยที่ 2 ประมาทเลินเล่อในการผ่าตัดและรักษาพยาบาลโจทก์อย่างไร การที่แพทย์คนใหม่ต้องทำการผ่าตัดแก้ไขทรวงอกโจทก์อีก 3 ครั้ง แสดงว่าจำเลยที่ 2 ผ่าตัดมามีข้อบกพร่องต้องแก้ไข ยิ่งกว่านั้นจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นแพทย์เชี่ยวชาญด้านศัลยกรรมด้านเลเซอร์ผ่าตัด แสดงว่ามีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์เป็นพิเศษ การที่จำเลยที่ 2 ผ่าตัดโจทก์เป็นเหตุให้ต้องผ่าตัดโจทก์เพื่อแก้ไขถึง 3 ครั้ง ย่อมแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่ใช้ความระมัดระวังในการผ่าตัดและไม่แจ้งให้ผู้ป่วยทราบถึงขั้นตอนการรักษาระยะเวลาและกรรมวิธีในการดำเนินการรักษาจนเป็นเหตุให้โจทก์ได้รับความเสียหาย นับว่าเป็นความประมาทเลินเล่อ ถือได้ว่าจำเลยที่ 2 ทำละเมิดต่อโจทก์

คำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 2 คดีข้างต้นนี้ จึงถือได้ว่าศาลฎีกาได้นำเอาหลัก “Res Ipsa Loquitur” มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีความรับผิดชอบละเมิดของแพทย์อัน

เกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อ ตั้งแต่ก่อนที่จะมีการบัญญัติเรื่องข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริงไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 แล้ว มาใช้ในการผลักระการพิสูจน์ไปให้จำเลยจะต้องมีการพิสูจน์ว่าจำเลยที่ไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการรักษาพยาบาล ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ของแพทย์แล้วหากจำเลยพิสูจน์ไม่ได้ก็ต้องรับผิดที่กำหนดไว้ในตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิดประกอบกับประมวลกฎหมายอาญา

สำหรับประเทศไทยได้เริ่มมีการบัญญัติเรื่องข้อสันนิษฐานไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1<sup>34</sup> และเมื่อมีพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคม พ.ศ. 2551 โดยประธานศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์เป็นคดีผู้บริโภค<sup>35</sup> ในเรื่องของภาระการพิสูจน์จึงวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29<sup>36</sup> ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12498/2558 คดีนี้ เด็กหญิง ก โดยนาย ม และนาง ย ผู้แทนโดยชอบธรรม เป็นโจทก์ฟ้องสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข จำเลย เรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำละเมิด กรณีแพทย์ของจำเลยวินิจฉัยโรคผิดพลาด โจทก์มีนายแพทย์มาเบิกความประกอบว่า เมื่อนายแพทย์ ฐ ดูฟิล์มเอกซเรย์แล้วปรากฏว่ามีฝ้าขาว ๆ ที่ปอด ควรคิดว่าโจทก์เป็นวัณโรคและควรตรวจยืนยันให้แน่ชัดว่าเป็นวัณโรคจริงหรือไม่ แต่ไม่ได้กระทำการที่ไม่รักษาตั้งแต่เริ่มแรก ทำให้โจทก์มีอาการช้ำ สมองได้รับการกระทบกระเทือนและพิการ เชื่อว่าเกิดจากการรักษาวัณโรคในสมองล่าช้า และศาลได้พิจารณาการรักษาของนายแพทย์ ฐ ซึ่งเป็นผู้รักษาโจทก์คนแรก เปรียบเทียบกับแพทย์หญิง น ซึ่งรับช่วงในการรักษาโจทก์ต่อมา ว่า

<sup>34</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้ามีข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือมีข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว

<sup>35</sup> คำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ 8/2551

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่กับคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น

นายแพทย์ ฐ ไม่ได้ส่งผลเอกซเรย์โจทก์ไปให้ผู้เชี่ยวชาญ และไม่ได้ซักประวัติคนใกล้ชิดของโจทก์ถึง การป่วยเป็นวัณโรค อย่างที่แพทย์หญิง น กระทำ

ในคดีนี้ศาลมีการผลการพิจารณาพิสูจน์ไปยังจำเลยตามพระราชบัญญัติ วิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 ที่กำหนดให้มีการผลการพิจารณาพิสูจน์ข้อเท็จจริงใดที่อยู่ใน ความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจ ให้การพิจารณาพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้นตก อยู่กับคู่ความที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจด้วย สอดคล้องกับหลัก “Res Ipsa Loquitur” ซึ่งเป็นข้อ สันนิษฐานตามข้อเท็จจริง มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี พิจารณาเห็นว่าข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการ รักษาโจทก์ เช่น ข้อเท็จจริงในเรื่องกระบวนการ ขั้นตอน วิธีการ มาตรฐานของแพทย์ ในการรักษา ผู้ป่วย เป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะ (Exclusive knowledge) ของฝ่ายแพทย์ผู้ทำการ รักษา โจทก์ไม่สามารถทราบข้อมูลเหล่านี้ได้ จึงมีการผลการพิจารณาพิสูจน์ในคดีไปยังจำเลย โดยฝ่าย จำเลยหรือแพทย์ผู้ทำการรักษามีหน้าที่พิสูจน์ว่าตนไม่ได้ประมาทเลินเล่อในการวินิจฉัยโรค จนเป็น เหตุทำให้โจทก์หรือผู้ป่วยได้รับความเสียหาย สมองได้รับความกระทบกระเทือนจากวัณโรคขึ้นสมอง และพิการตลอดชีวิต ส่วนผู้ป่วยหรือโจทก์มีการพิจารณาพิสูจน์เพียงเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับ ประโยชน์จาก ข้อสันนิษฐาน ได้แก่ ใครเป็นแพทย์ผู้ทำการรักษาตนและตนได้รับความเสียหายจาก การรักษาของแพทย์ โดยไม่ต้องมีการพิจารณาพิสูจน์ว่าแพทย์ประมาทเลินเล่อแต่อย่างใด

การศึกษาและทำความเข้าใจแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ผ่านมาในคดี เกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของแพทย์ดังกล่าวมานี้ มีข้อสังเกตว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ ระบบประมวลกฎหมาย หรือระบบ Civil law คำพิพากษาของศาลแม้เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาก็ไม่ ถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ฉะนั้นข้อเท็จจริงในคดีที่เป็นอย่างเดียวกันอาจถูกตัดสินให้เป็นอย่างอื่นใน ภายหลังได้ภายใต้ประมวลกฎหมาย ถึงแม้ว่าในทางปฏิบัติศาลไทยมักจะตัดสินคดีตามแนวทางที่ศาล ฎีกาได้เคยวินิจฉัยเอาไว้หากมีข้อเท็จจริงในคดีเป็นอย่างเดียวกันก็ตาม แต่ศาลสามารถตัดสินแตกต่าง ไปจากแนวทางที่ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ เนื่องจากคำพิพากษาศาลฎีกาไม่ได้มีผลผูกพันเป็นกฎหมาย ให้ศาลในคดีอื่นต้องตัดสินตาม แต่เป็นเพียงแนวทางและตัวอย่างในการวินิจฉัยคดีในการบังคับใช้ กฎหมายของศาลภายใต้ระบบประมวลกฎหมายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย

จารีตประเพณี หรือระบบ Common Law เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยกฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับกับคดีส่วนใหญ่มักจะเป็นคำพิพากษาศาลในคดีก่อนๆ และคำพิพากษาศาลในแต่ละคดีก่อให้เกิดกฎหมายที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่จะนำไปใช้บังคับกับคดีอื่น ๆ ที่มีข้อเท็จจริงในคดีเป็นอย่างเดียวกัน

ดังนั้นการใช้หลัก Res Ipsa Loquitur ซึ่งเป็นหลักการผลักภาระพิสูจน์ของกฎหมายจารีตประเพณีที่กฎหมายไทยนำมาใช้และได้มีกฎหมายรับรองไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1 และพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 29 จึงเป็นประโยชน์สำหรับผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายที่ให้แพทย์พิสูจน์ เพราะอยู่ในข้อสันนิษฐานตามข้อเท็จจริง มาใช้เป็นหลักสำคัญของพยานหลักฐานในการพิจารณาพิพากษาคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อ ผู้ป่วยจึงได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามหลัก Res Ipsa Loquitur ไม่ต้องพิสูจน์ว่าแพทย์กระทำประมาทเลินเล่ออย่างไร มีภาระการพิสูจน์เพียงเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน ได้แก่ แพทย์คนใดเป็นผู้รักษา และตนได้รับความเสียหายอย่างไร ในทางกลับกันพิจารณาทางด้านแพทย์ที่ต้องรับภาระการพิสูจน์ว่าตนรักษาตามมาตรฐานวิชาชีพแพทย์ครบถ้วนถูกต้อง และได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาผู้ป่วยตามวิสัยและพฤติการณ์ของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์แล้ว หากพิสูจน์ไม่ได้ก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ป่วย จึงเป็นมุมมองที่มองได้ว่าเป็นการลงโทษผู้ที่ประสบความสำเร็จไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่ามีข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐานอยู่จริงทำให้ภาระการพิสูจน์อยู่ในความเสี่ยงในเรื่องของพยานหลักฐาน ที่ทำให้เกิดการแพ้-ชนะคดีเกิดจากความเชื่อของศาลในการที่ฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์นำพยานหลักฐานมานำสืบ

จากการวิเคราะห์กฎหมายวิธีสบัญญัติในการนำมาวินิจฉัย สำหรับความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่กระทำโดยประมาทเลินเล่อของประเทศไทยอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ที่มีวัตถุประสงค์ปกป้องผู้บริโภคและให้ผู้บริโภคได้รับความสะดวกในการใช้สิทธิทางกฎหมาย แสดงให้เห็นว่าเมื่อผู้ป่วยซึ่งเป็นผู้บริโภคมีความเสียหายเกิดขึ้นไม่

ว่ามาก หรือน้อยจากการรักษาของแพทย์สามารถฟ้องดำเนินคดีแพทย์ได้เพียงแค่อื่นฟ้องด้วยวาจา<sup>37</sup> และได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวงในการดำเนินคดี<sup>38</sup> แต่ในทางกลับกันเป็นการสร้างภาระให้กลับแพทย์ผู้ให้บริการที่ต้องถูกฟ้องดำเนินคดีต่อศาลเป็นจำนวนมาก หากผู้ป่วยไม่พอใจในผลการรักษา และเมื่อเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีแล้ว แพทย์ผู้เป็นจำเลยต้องรับภาระในการพิสูจน์ให้ได้ว่าตนไม่ได้กระทำประมาทเลินเล่อในการรักษา เพื่อไม่ให้ต้องรับผิด ตามหลัก Res Ipsa Loquitur ส่งผลให้แพทย์มีภาระและความเสี่ยงที่จะฟ้องดำเนินคดี จึงหาทางออกเพื่อป้องกันการถูกฟ้องคดีในชั้นศาลโดยการหาแนวทางอื่น เช่น การเพิ่มขึ้นตอนที่ไม่จำเป็นในการรักษา หรือการประกันความรับผิดทางการแพทย์ซึ่งเป็นหนทางหนึ่งที่จะลดความเสี่ยงจากการถูกฟ้องร้องอันเนื่องมาจากการประกอบวิชาชีพ ที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้แก่ ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่นำวิธีการประกันทางการแพทย์ เรียกกันว่า Malpractice Insurance มาใช้มาใช้แก้ไขปัญหาการฟ้องคดีที่มีจำนวนมาก แต่กลับพบว่าการมีประกันทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่แพทย์หรือโรงพยาบาลจะทำประกันไว้เพื่อป้องกันการฟ้องคดีเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำของแพทย์ แต่ท้ายที่สุดค่าประกันภัยที่แพทย์จ่ายไปนั้นกลับกระจายไปสู่ค่ารักษาพยาบาล (Medical Bills) ทำให้ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลในประเทศสหรัฐอเมริกาสูงขึ้นจึงไม่ใช่ทางออกที่ดีในการแก้ปัญหาการฟ้องคดีในชั้นศาลที่ผลลัพธ์สุดท้ายผู้ที่ได้รับผลกระทบกลับเป็นผู้ป่วยผู้ได้รับความเสียหาย<sup>39</sup> นอกจากนี้การฟ้องคดีต่อศาลที่มุ่งเน้นถึงผลแพ้-ชนะคดีย่อมเป็นการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย

ฉะนั้นการดำเนินการตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นการดำเนินคดีทางศาลอาจไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ในปัจจุบันได้

<sup>37</sup> อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 15.

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 18 วรรคแรก ภายใต้อำนาจของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย การยื่นคำฟ้องตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในคดีผู้บริโภคซึ่งดำเนินการโดยผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคให้ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง แต่ไม่รวมถึงความรับผิดในค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นที่สุด

<sup>39</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution* 7 (August 2007): 397-403.

จึงมีความจำเป็นต้องหาแนวทางการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นที่เหมาะสม และส่งผลกระทบต่อ คู่พิพาทน้อยที่สุด หัวข้อถัดไปจึงเป็นการวิเคราะห์หาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เหมาะสมในการ ปรับใช้กับการระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์

## 4.2 วิเคราะห์แนวคิดของการระงับข้อพิพาททางเลือก

แนวคิดพื้นฐานที่สำคัญที่ก่อให้เกิดกระบวนการระงับข้อพิพาทรูปแบบต่าง ๆ ได้แก่ ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลในสังคมที่มีความคิดเห็นที่แตกต่างกันต่อประเด็น หรือเรื่องใดเรื่องหนึ่ง โดยแต่ละฝ่ายต่างเรียกร้องให้อีกฝ่ายหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งยอมรับสภาพ หรือสถานะอย่างใดอย่างหนึ่ง การเรียกร้องให้ฝ่ายที่มีความเห็นแตกต่างจากฝ่ายตนกระทำการ หรือยอมรับความเห็นของตน กรณีดังกล่าวจึงควรมีมาตรการจัดการความขัดแย้งที่เกิดขึ้น และจำเป็นต้องมีวิธีการบริหารจัดการความขัดแย้ง ได้มีการกำหนดวิธีการบริหารความขัดแย้งไว้ 3 แนวทาง ได้แก่ 1. การใช้อำนาจ (Power) 2. การใช้สิทธิ (Rights) 3. การใช้ผลประโยชน์ (Interest) ซึ่งเป็นแนวความคิดของ Ury , Brett และ Goldberg ในปี ค.ศ. 1988<sup>40</sup>

เมื่อนำแนวความคิดในการบริหารความขัดแย้งมาศึกษาร่วมกับแนวคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกพบว่า แนวคิดการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ (Rights) และการจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้ผลประโยชน์ (Interest) สอดคล้องกับการระงับข้อพิพาททางเลือก

### 4.2.1 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้สิทธิ

วิธีการดังกล่าวนี้จะเน้นไปที่ “สิทธิ” ของคู่พิพาทที่มีการกำหนดไว้ในมาตรฐาน หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่พิพาท มาตรฐานหรือหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจเป็นกฎหมาย จารีต ประเพณีทางสังคมอื่น ๆ ที่กำหนดว่าฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ หรือสิ่งที่ต้องการ ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายเสียประโยชน์ ก็ทำให้เกิดมีการแพ้ชนะกัน มีการกำหนดว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูกและอีกฝ่ายหนึ่งผิด ผ่านการใช้สิทธิมีหลักเกณฑ์ทางกฎหมายกำหนดไว้ ส่งผลให้เกิดความไม่พอใจต่อฝ่ายที่แพ้ มี

<sup>40</sup> ดูในหัวข้อ 3.1.1 วิธีการบริหารจัดการความขัดแย้ง

ความรู้สึกสูญเสียและขัดข้องใจ ได้แก่ การให้อำนาจอนุญาตโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่มี อนุญาตโตตุลาการเป็นผู้ตัดสินข้อพิพาทว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายชนะคดีที่พิพาทกันสอดคล้องกับ ทฤษฎี อำนาจรัฐ (The Jurisdictional Theory)<sup>41</sup> ที่เน้นอำนาจอธิปไตยของชาติ โดยพื้นฐานของทฤษฎีนี้ ถือว่ารัฐเท่านั้นที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีข้อพิพาทและรัฐตรากฎหมายอนุญาตให้เอกชนตกลงกันเสนอข้อ พิพาทต่ออนุญาตโตตุลาการได้ คณะอนุญาตโตตุลาการจะเป็นผู้ใช้อำนาจแทนรัฐตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้

#### 4.2.2 การจัดการความขัดแย้งโดยผ่านการใช้ผลประโยชน์

เป็นกระบวนการที่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ และความต้องการที่แท้จริงของ คู่พิพาท ซึ่งถือเป็นกรอบของกระบวนการแก้ไขปัญหาที่คำนึงถึงต้องการของคู่พิพาทเพื่อประสาน ผลประโยชน์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่าย โดยไม่ได้มุ่งถึงผลแพ้ชนะระหว่างคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง เป็นการ จัดการกับความขัดแย้งที่คู่พิพาททุกฝ่ายร่วมกันแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น และแสวงหาทางออกซึ่งเป็นที่ยอมรับกับทุกฝ่าย ได้แก่ การเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่มีแนวความคิดการระงับข้อ พิพาทด้วยการทำข้อตกลงร่วมกันที่คู่พิพาทได้สื่อสารระหว่างกันสอดคล้องกับการเจรจาต่อรองแบบ ร่วมมือ (Integrative Negotiation) หรือมีคนกลางที่คอยช่วยเหลือในการทำความเข้าใจข้อพิพาทสอดคล้องกับทฤษฎีการแก้ไขปัญหา<sup>42</sup> (Problem Solving Theory) ของไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่ง ทั้งการเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมุ่งเน้นผลประโยชน์ร่วมกันของคู่พิพาทในการแก้ไข ปัญหาาร่วมกันเพื่อให้สามารถทำข้อตกลงด้วยความสมัครใจมีความแตกต่างเพียงการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทมีบุคคลภายนอกเข้ามาช่วยเหลือให้การดำเนินระงับข้อพิพาทนำไปสู่ข้อตกลง

#### 4.2.3 ลักษณะร่วมกันของการระงับข้อพิพาททางเลือก

การจัดการความขัดแย้งจะมีลักษณะที่แตกต่างกันตามแต่ละแนวคิดที่สอดคล้องกับ การระงับข้อพิพาทแต่ละวิธี อย่างไรก็ตามวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์

<sup>41</sup>ดูในหัวข้อ 3.2.4.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาตโตตุลาการแบบสมัครใจ

<sup>42</sup>ดูในหัวข้อ 3.2.2.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ

ฉบับนี้ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ เมื่อพิจารณาวิธีการเหล่านี้ในภาพรวมแล้ว อาจจะสามารถกล่าวได้ว่าวิธีการเหล่านี้มีลักษณะบางประการร่วมกันดังนี้

(1) การเข้าร่วมเป็นไปโดยสมัครใจ เป็นวิธีการที่คู่พิพาทมีอิสระที่จะเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทของตนหรือไม่ก็ได้ การที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกได้ จึงจำเป็นต้องอาศัย “ความสมัครใจหรือความยินยอม (Consent)” ของคู่พิพาทที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย หากคู่พิพาทฝ่ายใดไม่สมัครใจหรือยินยอมที่จะให้ใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกแล้ว จะไม่สามารถดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกได้ แต่วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกบางลักษณะ เช่น การเจรจาต่อรอง หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท องค์กรประกอบของความสมัครใจ หรือความยินยอมนี้จะต้องมีอยู่ตั้งแต่เริ่มต้นจนกระทั่งการดำเนินการสิ้นสุด แต่ในบางกรณีองค์กรประกอบของความสมัครใจ หรือความยินยอมนี้ อาจจะเป็นเฉพาะเพียงในขั้นเริ่มต้นที่ตกลงเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท เช่น กระบวนการอนุญาโตตุลาการ หรืออยู่ในขั้นตอนการดำเนินการระงับข้อพิพาท เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation)

(2) คู่พิพาทหรือตัวแทนของคู่พิพาทสามารถเข้ามีส่วนร่วมในกระบวนการได้โดยตรง ในวิธีการระงับข้อพิพาททุกวิธีการจะเน้นที่บทบาทการมีส่วนร่วมของคู่พิพาทซึ่งการมีส่วนร่วมนี้อาจจะเป็นการมีส่วนร่วมด้วยตนเอง หรืออาจจะทำโดยผ่านตัวแทนจะเป็นช่องทางที่ทำให้คู่พิพาทสามารถสื่อสารข้อมูลหรือความต้องการของตนเองไปยังคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง หรือไปยังผู้ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือในการหาวิธีการแก้ไขปัญหาในฐานะคนกลาง นอกจากนี้ ระดับของการมีส่วนร่วมของคู่พิพาทในแต่ละกระบวนการอาจจะมีข้อแตกต่างกัน เช่น การเจรจาต่อรอง หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ระดับการมีส่วนร่วมของคู่พิพาทจะมีอยู่ค่อนข้างสูง เนื่องจากคู่พิพาทจะมีส่วนร่วมตั้งแต่ต้นในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น การค้นหาวิธีการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น และการตัดสินใจเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น แต่ในขณะที่วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกบางประเภท เช่น กระบวนการอนุญาโตตุลาการ คู่พิพาทอาจจะมีส่วนร่วมเพียงในการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพปัญหา และการเลือกผู้ที่จะทำหน้าที่คนกลางเพื่อช่วยหาข้อยุติในข้อพิพาทที่



เกิดขึ้น<sup>43</sup> แต่เมื่อถึงขั้นตอนของการตัดสินใจเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาก็เหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จะเป็นอำนาจของผู้ที่ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในการตัดสินใจ โดยคู่พิพาทไม่ได้มีส่วนร่วมในการตัดสินใจเลือกเหมือนในกรณีของการเจรจาต่อรองและการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

(3) คู่พิพาทมีทางเลือกที่จะถอนตัวจากกระบวนการ และหันไปใช้วิธีการระงับข้อพิพาทแบบบังคับได้เสมอ ลักษณะข้อนี้เป็นผลสืบเนื่องจากองค์ประกอบของความสมัครใจ และความยินยอมในการใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกซึ่งได้กล่าวถึงแล้วข้างต้น ดังนั้น เมื่อมีการดำเนินกระบวนการไปแล้ว ปรากฏว่าคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจและไม่ยินยอมเข้าร่วมดำเนินการอีกต่อไป โดยอาจจะเกิดขึ้นได้จากสาเหตุหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นสาเหตุจากการไม่สามารถหาข้อยุติได้ คู่พิพาทประสงค์จะเปลี่ยนไปใช้วิธีการอื่น คู่พิพาทฝ่ายนั้นย่อมมีสิทธิที่จะถอนตัวจากกระบวนการได้ตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นในกรณีของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่องค์ประกอบของความสมัครใจหรือยินยอมนั้น จำเป็นเฉพาะในช่วงเริ่มแรกที่ตัดสินใจว่า จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท<sup>44</sup> เพราะคู่พิพาทต้องการให้มีบุคคลที่สามารถมาช่วยตัดสินใจปัญหาที่เกิดขึ้นตั้งแต่แรก การระงับข้อพิพาทจะระงับไปก็ด้วยการมีคำตัดสินของบุคคลที่สามนี้ และคำตัดสินของบุคคลที่สามนี้ก็จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอม

<sup>43</sup> มาตรา 18 ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้กำหนดวิธีการตั้งคณะอนุญาโตตุลาการไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการเพียงคนเดียว ถ้าคู่พิพาทไม่อาจตกลงกันได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการแทน

(2) ในกรณีที่กำหนดให้คณะอนุญาโตตุลาการประกอบด้วยอนุญาโตตุลาการมากกว่าหนึ่งคน ให้คู่พิพาทตั้งอนุญาโตตุลาการฝ่ายละเท่ากันและให้อนุญาโตตุลาการดังกล่าวร่วมกันตั้งอนุญาโตตุลาการอีกคนหนึ่ง แต่ถ้าคู่พิพาทฝ่ายใดมิได้ตั้งอนุญาโตตุลาการภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งให้ตั้งอนุญาโตตุลาการ หรือถ้าอนุญาโตตุลาการทั้งสองฝ่ายไม่อาจร่วมกันตั้งประธานคณะอนุญาโตตุลาการได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้นั้นได้รับการตั้งให้เป็นอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้มีคำสั่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือประธานคณะอนุญาโตตุลาการแทน

ในกรณีที่การตั้งอนุญาโตตุลาการตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดวิธีการอื่นใดที่ทำให้สามารถตั้งอนุญาโตตุลาการได้ ให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจให้ดำเนินการตั้งอนุญาโตตุลาการตามศาลเห็นสมควรได้ หากปรากฏว่า

(1) คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้  
 (2) คู่พิพาทหรืออนุญาโตตุลาการไม่อาจตกลงกันตามวิธีการที่กำหนดไว้ได้ หรือ  
 (3) บุคคลที่สามหรือหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งมิได้ดำเนินการตามวิธีการที่กำหนดไว้

<sup>44</sup> พุฒพงษ์ จงก้องเกียรติ, “ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ” รวมบทความเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (2560):70.

จากคู่พิพาทอีก ดังนั้น เมื่อกระบวนการดำเนินมาจนถึงขั้นที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดแล้ว ความศักดิ์สิทธิ์ของคำชี้ขาดจึงไม่มีความแตกต่างจากคำพิพากษาของศาล คู่พิพาทไม่อาจอ้างหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนามาตกลงกันเพื่อยกเลิก หรือเพิกถอนการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นได้ การจะกระทำเช่นนั้นมิได้แต่เฉพาะกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น<sup>45</sup>

(4) คนกลางจะไม่มีอำนาจกำหนดผลที่สามารถนำไปบังคับคู่พิพาทให้ต้องปฏิบัติตามอย่างหนึ่งอย่างใด (ยกเว้นกรณีอนุญาโตตุลาการ)<sup>46</sup> โดยคนกลางจะเพียงแต่ช่วยคู่พิพาทในการหาวิธีการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ในวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกร่างต่าง ๆ มีหลายวิธีการที่จะสร้างบทบาทให้บุคคลที่สามซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้น บทบาทของบุคคลที่สามซึ่งทำหน้าที่เป็น คนกลางใน

<sup>45</sup> มาตรา 40 วรรคสอง คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีที่มีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความ คำชี้ขาดหรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

(1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาโตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาโตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาโตตุลาการ หรือการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาโตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น(ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ แต่ถ้าคำชี้ขาดที่วินิจฉัยเกินขอบเขตนั้นสามารถแยกออกได้จากคำชี้ขาดส่วนที่วินิจฉัยในขอบเขตแล้ว ศาลอาจเพิกถอนเฉพาะส่วนที่วินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อตกลงนั้นก็ได้ หรือ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาโตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น องค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

<sup>46</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.3 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration) (ง) สาระสำคัญของอนุญาโตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

กระบวนการนี้ อาจจะมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไปบ้างตามลักษณะเฉพาะของแต่ละวิธีการ แต่สิ่งหนึ่งที่คล้ายคลึงกันในวิธีการระงับข้อพิพาทส่วนใหญ่ คือ บทบาทของคนกลางนี้จะเพียงบทบาทของการช่วยเหลือคู่พิพาทในการทำให้กระบวนการพูดคุย หรือและปรึกษาหาทางแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เป็นไปด้วยความเรียบร้อย และพยายามทำให้เกิดวิธีการแก้ไขปัญหาที่เป็นที่ยอมรับได้ของคู่พิพาททุกฝ่าย โดยคนกลางเหล่านี้จะไม่มีอำนาจในการบังคับให้คู่พิพาทต้องดำเนินการ<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม ลักษณะบทบาทของคนกลางข้างต้นเป็นข้อยกเว้นสำหรับวิธีการอนุญาโตตุลาการ เพราะบทบาทของคนกลางในกระบวนการ อนุญาโตตุลาการมีลักษณะที่ค่อนข้างแตกต่างจากกระบวนการอื่น โดยคนกลางวิธีนี้คือผู้ที่ทำหน้าที่เป็น “อนุญาโตตุลาการ” เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งผลของคำตัดสินนี้จะมีสภาพบังคับตามกฎหมายที่สามารถนำไปบังคับให้คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้<sup>48</sup>

(5) คู่พิพาทจะต้องยินยอมในผลหรือวิธีที่จะใช้แก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้น คือ ผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นจากการแก้ไขปัญหาคู่พิพาททุกฝ่ายต้องยอมรับว่าเป็นวิธีการหรือแนวทางที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น เนื่องจากในการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกรี้ มุ่งไปยังการแก้ไข บรรเทา หรือเยียวยาปัญหาของคู่พิพาททุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยมองว่าคู่พิพาทแต่ละฝ่ายย่อมมีปัญหาและความต้องการของตนเอง<sup>49</sup> จึงจำเป็นต้องแก้ไขเยียวยา หรืออย่างน้อยที่สุดควรบรรเทาสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นให้กับคู่พิพาททุกฝ่าย ด้วยเหตุนี้ผลลัพธ์หรือวิธีการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทที่จะเกิดขึ้น จึงต้องได้รับการยอมรับจากคู่พิพาทแต่ละฝ่ายก่อนว่า เป็นวิธีการที่ช่วยแก้ไขเยียวยาปัญหาของตนได้ อย่างไรก็ตาม ลักษณะดังกล่าวนี้มีข้อยกเว้นในกรณีของวิธีการอนุญาโตตุลาการ ซึ่งเป็นผลจากลักษณะเฉพาะที่แตกต่างไปของความต้องการหาคนกลางมาตัดสินชี้ขาดดังที่ได้กล่าวถึงแล้ว

<sup>47</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.3) หลักการให้อำนาจแก่คู่พิพาท (Empowerment)

<sup>48</sup> สรวิต ลิ้มปรีงษ์, “คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ,” *รวมบทความเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม* (2560): 177-185.

<sup>49</sup> สรวิต ลิ้มปรีงษ์, “ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก,” *การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท* (มกราคม 2555): 28.

### 4.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบ ละเมิดทางการแพทย์

กระบวนการในการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้ศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้แก่ การเจรจา ต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และการอนุญาโตตุลาการ กองทุนชดเชยหรือการประกันภัยความรับผิดชอบทางการแพทย์ โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบตั้งแต่เริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการจนถึงสุดกระบวนการ

#### 4.3.1 การเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือก

กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยหลักพื้นฐานอยู่ภายใต้หลักความสมัครใจของคู่พิพาทในการทำความเข้าใจในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทที่ทั้งสองฝ่ายเห็นว่ามีเหมาะสมกับข้อพิพาทของตนเพื่อหลีกเลี่ยงในการดำเนินคดีในชั้นศาล ต่อมาได้มีแนวความคิดที่พัฒนาขึ้นว่าให้การระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นเงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนหากต้องการดำเนินคดีในชั้นศาล

##### 4.3.1.1 ความสมัครใจของคู่พิพาทในการทำความเข้าใจในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท

จากทำการศึกษาวិธีการระงับข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของคู่พิพาท ดังต่อไปนี้ โดยเริ่มต้นจากกระบวนการที่แยกต่างหากจากการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีการอื่น ได้แก่ กองทุนชดเชยหรือการประกันภัยความรับผิดชอบทางการแพทย์ และกระบวนการต่อมาเป็นกรณีที่มีผู้ตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทลักษณะคล้ายคลึงกับการตัดสินคดีในชั้นศาล ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัคร และกระบวนการสุดท้าย เป็นกรณีที่คู่พิพาทมีส่วนร่วมในการระงับข้อพิพาทเป็นอย่างมาก ได้แก่ การเจรจาต่อรอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ ผู้วิจัยจะทำการพิจารณาเป็นลำดับดังต่อไปนี้

## (ก) กองทุนชดเชยหรือการประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ (Compensation Systems)

แบ่งการพิจารณาเป็น 2 กรณี ได้แก่ กองทุนชดเชยที่จะวิเคราะห์ใน ประเทศอังกฤษและประเทศไทย ในส่วนของการประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์จะวิเคราะห์ใน ประเทศสหรัฐอเมริกา

### (ก.1) กองทุนชดเชยความเสียหาย

เป็นกระบวนการที่รองรับข้อพิพาทความรับผิดทางละเมิดทาง การแพทย์โดยมีการชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายจากการรับบริการทาง สาธารณสุขทุกรายโดยไม่ต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ให้บริการ ผู้ให้การสนับสนุนแนวทางนี้เสนอว่าการ นำระบบชดเชยความเสียหายมาใช้ จะช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและสามารถจ่ายเงิน ชดเชยแก่ผู้ได้รับความเสียหายได้อย่างรวดเร็ว แม่นยำ และทั่วถึง

#### (ก.1.1) ประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษเป็นต้นแบบการมีหลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า ทั้งประเทศ ภายใต้องค์กรสำนักงานการสาธารณสุขแห่งชาติ (National Health Service: NHS) โดยมีระบบ Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) เป็นโครงการชดเชย ความเสียหายให้แก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการรับบริการทางการแพทย์กรณีที่เกิดการกระทำ ประมาทเลินเล่อ ซึ่ง CNSGP อยู่ภายใต้กฎ The National Health Service (Clinical Negligence Scheme for General Practice) Regulations 2019 มีขั้นตอนประการสำคัญในการร้องเรียน หรือ การขอรับการชดเชย ได้กำหนดไว้ในกฎดังกล่าว ที่กำหนดสิทธิของผู้เสียหายที่จะได้รับยื่นคำร้องต่อ CNSGP หากเป็นกรณีที่ผู้ป่วยได้รับความเสียหายจากการกระทำของแพทย์ที่กระทำละเมิดโดยความ ประมาทเลินเล่อ เมื่อรับคำร้องแล้ว CNSGP ก็จะดำเนินการพิจารณาค่าเสียหายให้ผู้ป่วยโดย “Secretary of State” ซึ่งเป็นเลขาธิการแห่งรัฐผู้บริหารโครงการ CNSGP<sup>50</sup> และมี Clinical

<sup>50</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.6.2 กองทุนชดเชยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ (Compensation Systems)

Negligence Scheme for Trusts (CNST) เป็นกองทุนชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการแพทย์ในส่วนของ NHS Trusts ซึ่งเป็นผู้ควบคุมดูแลสถานพยาบาลประเภทต่าง ๆ ของรัฐ ที่สมาชิกสามารถยื่นคำร้องได้เมื่อเกิดความเสียหาย

### (ก.1.2) ประเทศไทย

ในประเทศไทย กองทุนชดเชยความเสียหายอันเกิดจากความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติตามพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติประกันสุขภาพ พ.ศ.2545 การจ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นตามมาตรา 41 สำหรับผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด ได้แก่ เสียชีวิต หรือทุพพลภาพอย่างถาวร หรือเจ็บป่วยเรื้อรังที่ต้องได้รับการรักษาตลอดชีวิต และมีผลกระทบอย่างรุนแรงต่อการดำรงชีวิต จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ตั้งแต่ 240,000 บาท แต่ไม่เกิน 400,000 บาท หรือสูญเสียอวัยวะหรือพิการ ที่มีผลกระทบต่อการใช้ชีวิต จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ตั้งแต่ 100,000 บาท แต่ไม่เกิน 240,000 บาท และบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยต่อเนื่อง จ่ายเงินช่วยเหลือเบื้องต้นได้ ไม่เกิน 100,000 บาทโดยยื่นคำร้องภายในกำหนด 1 ปี นับจากวันที่ได้รับความเสียหายซึ่งผู้ที่ได้ค่าชดเชยเป็นผู้ได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือบาดเจ็บที่รุนแรงถึงขั้นพิการตลอดชีวิต จึงเป็นการจำกัดคุณสมบัติผู้ที่ได้รับค่าชดเชยรวมทั้งจำกัดวงเงินที่ผู้เสียหายได้รับภายใต้ขอบเขตของเวลาที่กฎหมายกำหนด และคณะกรรมการหลักประกันสุขภาพแห่งชาติการพิจารณาให้ค่าชดเชยแก่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้น ต้องเกิดจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการที่ขึ้นทะเบียนกับกระทรวงสาธารณสุข โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้ แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายในเวลาอันสมควร<sup>51</sup>

### (ก.2) ประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์

<sup>51</sup> พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ มาตรา 41 ให้คณะกรรมการกันเงินจำนวนไม่เกินร้อยละหนึ่งของเงินที่จะจ่ายให้หน่วยบริการไว้เป็นเงินช่วยเหลือเบื้องต้นให้แก่ผู้รับบริการ ในกรณีที่ผู้รับบริการได้รับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการรักษาพยาบาลของหน่วยบริการ โดยหาผู้กระทำผิดมิได้หรือหาผู้กระทำผิดได้แต่ยังไม่ได้รับค่าเสียหายภายในระยะเวลาอันสมควร ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

มีลักษณะเป็นการชดเชยค่าเสียหายให้ตามที่ระบุในกรมธรรม์ ประกันภัยความรับผิดของบริษัทประกันภัยความรับผิดจากการประกอบอาชีพ มีลักษณะเป็นข้อสัญญาทางแพ่งอย่างหนึ่งระหว่างผู้ให้บริการทางการแพทย์และบริษัทประกัน

### (ก.2.1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา การประกันภัยทางการแพทย์มีลักษณะเป็น กรมธรรม์ประกันภัยความรับผิดของบริษัทประกันภัยความรับผิดจากการประกอบอาชีพ ซึ่งมาตรฐาน กรมธรรม์ประเภทนี้มีลักษณะเป็นข้อตกลงในสัญญาประกันภัย (Insurance Agreement) โดย ข้อตกลงในสัญญาเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นการต่อสู้คดีและการประนีประนอมยอมความ (Defense and Settlement)<sup>52</sup> เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามีหลายมลรัฐ กฎหมายประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐไม่ได้ใช้กฎหมายกลาง (Federal law) แต่จะเป็นการใช้กฎหมายของแต่ละมลรัฐตน เช่น มลรัฐเทกซัส<sup>53</sup> มลรัฐอลาบามา<sup>54</sup>

การทำสัญญาประกันภัยทางความรับผิดทางการแพทย์ เกิดจาก ผู้เอาประกันภัย และบริษัทผู้รับประกันภัยจะตกลงกันว่า บริษัทผู้รับประกันภัยจะต่อสู้คดีในศาลที่มีการฟ้องแพทย์ผู้เอาประกันภัย หรือใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น เนื่องจากการประกอบวิชาชีพ หรือละเลยการประกอบวิชาชีพ หากบริษัทผู้รับประกันภัยจะเป็นตัวแทนที่มีอำนาจประนีประนอมยอมความในข้อเรียกร้องใดตามที่ กรมธรรม์ระบุให้และจะรับประกันภัยการต่อสู้คดีให้ทุกคดี แม้แต่จะเป็นคดีที่ไม่มีมูลก็ตามบริษัทผู้รับประกันภัยก็มีหน้าที่ต่อสู้คดีโดยจัดหาทนายความแก้ต่างให้กับผู้เอาประกันภัย<sup>55</sup>

ดังนั้น สำหรับประเทศไทย การเข้าสู่กระบวนการของระบบกองทุนชดเชย ความเสียหายมีลักษณะคล้ายกับประเทศอังกฤษที่หากผู้ป่วยได้รับความเสียหายต้องการรับค่าชดเชยที่

<sup>52</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.6.3 ระบบประกันภัยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา (Medical Liability Insurance)

<sup>53</sup> Texas Insurance Code Subtitle B. Chapter 1901 Professional Liability Insurance for Physicians and Health Care Provider

<sup>54</sup> Code of Alabama Title 27: Insurance- Chapter 1-Medical Liability Insurance.

<sup>55</sup> วิฑูรย์ อั้งประพันธ์, “การประกันความรับผิดจากการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา,” นิติเวชปริทัศน์: 439.

ตนมีสิทธิได้ เริ่มต้นยื่นคำเรียกร้องกับหน่วยงานสาธารณสุขที่รับผิดชอบเกี่ยวกับกองทุนชดเชยภายใน เวลาที่กำหนด อย่างไรก็ตามประเทศอังกฤษมีประสบการณ์ในเรื่องกองทุนชดเชยระยะเวลานาน และ NHS มีความรับผิดชอบเฉพาะด้านทางด้านสาธารณสุขที่มีรัฐสนับสนุนงบประมาณเต็มที่ครอบคลุมทั้ง ระดับภาคและท้องถิ่นที่ให้ความสำคัญกับพื้นฐานของประชาชนในการเข้าถึงด้านสุขภาพโดยมีการยื่น คำร้องต่อ CNSGP หรือ CNST ที่เป็นหน่วยงานเฉพาะที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ ที่กระทำละเมิดโดยประมาทเล็กน้อยที่ผู้เสียหายสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อ CNSGP หรือ CNST ได้เพื่อ ขอค่าชดเชยที่เกิดขึ้นจากการกระทำของแพทย์ดังกล่าว ฉะนั้นการเข้าสู่กระบวนการยื่นคำร้องต่อ CNSGP หรือ CNST ที่รับผิดชอบในประเทศอังกฤษ และประเทศไทยไม่ได้มีความแตกต่างกันมาก เพราะนอกจากจะยื่นคำร้องแล้ว หากไม่พอใจผู้เสียหายยังสามารถอุทธรณ์ข้อเรียกร้องให้ คณะกรรมการอุทธรณ์วินิจฉัยอีกครั้งหนึ่งได้ เป็นการทบทวนการดำเนินการหรือการตัดสินใจเกี่ยวกับคำ ร้องของผู้เสียหายได้อีกครั้งหนึ่ง ในส่วนของการดำเนินการพิจารณาคำร้องจะทำการวิเคราะห์ต่อไปใน หัวข้อที่ 4.3.2 การดำเนินกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ (ง) ระบบกองทุนชดเชย หรือระบบประกันภัยในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์

### (ข) การอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัครใจ (Voluntary Arbitration)

การสมัครใจใช้อุญาโตตุลาการเป็นการที่คู่พิพาท เริ่มต้นด้วยการทำ ข้อตกลงร่วมกันเป็นข้อสัญญาในสัญญาหลัก หรือตกลงทำสัญญาต่างหากเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการ เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นคู่พิพาทก็สามารถเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการได้ตามที่ระบุในสัญญา จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย ขั้นตอนการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ ด้วยความสมัครใจเกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### (ข.1) มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยความสมัครใจที่มีผลผูกพัน (Voluntary binding arbitration of



medical negligence claims) ตามบทบัญญัติกฎหมาย The 2019 Florida มาตรา 766.207<sup>56</sup> ในการระงับข้อพิพาททางเลือกที่สามารถกระทำได้ตั้งแต่ขั้นตอนแรกของข้อพิพาทที่ไม่มีการฟ้องคดี โดยการยื่นข้อเสนอให้คณะอนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันในข้อสัญญาหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้รับความเสียหายจนเกิดเป็นข้อพิพาททางการแพทย์ขึ้น มีข้อสังเกตพบว่าการยื่นคำร้องมีขอบเขตของเวลาภายหลังจากที่ได้ยื่นคำร้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ต้องมีการแจ้งเตือนให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเข้าสู่กระบวนการภายใน 90 วัน โดยฝ่ายที่ได้รับความเสียหายต้องยื่นข้อเสนอนี้ให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งที่ต้องการดำเนินคดีทุกรายจึงจะทำให้กระบวนการอนุญาโตตุลาการเริ่มต้นขึ้น

## (ข.2) ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ มีพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ มาตรา 4 กำหนดให้ข้อตกลงอนุญาโตตุลาการได้จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรอาจอยู่ในรูปแบบของข้อสัญญาในสัญญาหลัก หรือในรูปแบบของสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากจากสัญญาหลัก การเริ่มดำเนินการด้วยอนุญาโตตุลาการเริ่มจากเมื่อเกิดข้อพิพาท คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องต่อสถานที่อนุญาโตตุลาการที่ตกลงกันไว้ในสัญญาโดยยื่นต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการให้แก่ Singapore International Arbitration Centre (SIAC) ที่รองรับคู่พิพาทที่ตกลงระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการสามารถยื่นคำร้องต่อ SIAC ได้ที่ถือได้ว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับเป็นอันดับต้น ๆ ของโลก เนื่องด้วยการมีข้อบังคับและหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน ครอบคลุม รวดเร็ว อีกทั้งเป็นที่ยอมรับในเรื่องความเชี่ยวชาญพิเศษของบุคคลผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการในสาขาต่าง ๆ นอกจากนี้เป็นองค์กรที่ให้บริการทางด้านอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งที่ถือเป็นทางเลือกหนึ่งระงับข้อพิพาทที่ใช้กันอย่างแพร่หลายในประเทศสิงคโปร์ แม้ประเทศสิงคโปร์ไม่ได้มีกำหนดประเภทคดีไว้สำหรับข้อพิพาททางการแพทย์ไว้แต่เมื่อได้ทำการศึกษา เห็นว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการมีกฎหมายและหน่วยงานที่สนับสนุนให้ข้อพิพาททางแพ่งที่เกิดขึ้นในประเทศสิงคโปร์สามารถตกลงเลือกใช้การระงับข้อพิพาท

<sup>56</sup> The 2019 Florida Statutes Title XLV TORTS Chapter 766 MEDICAL MALPRACTICE AND RELATED MATTERS 766.207 Voluntary binding arbitration of medical negligence claims.

โดยอนุญาโตตุลาการได้ ซึ่งข้อพิพาทความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ถือว่าเป็นข้อพิพาททางแพ่งลักษณะหนึ่ง หากคู่พิพาทตกลงเลือกระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์ไม่ได้จำกัดสิทธิไว้สามารถใช้กฎหมายและหน่วยงานสำหรับการอนุญาโตตุลาการภายในประเทศได้

### (ข.3) ประเทศไทย

ประเทศไทย สัญญาอนุญาโตตุลาการสามารถเสนอได้ทั้งก่อน และหลัง มีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่สัญญาสามารถตกลงให้ระงับข้อพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต ทั้งนี้สัญญาอนุญาโตตุลาการอาจเป็นข้อสัญญาหนึ่งในสัญญาหลัก หรือเป็นสัญญาอนุญาโตตุลาการแยกต่างหากก็ได้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11 การเริ่มต้นกระบวนการจะเริ่มจากผู้เรียกร้องยื่นคำเสนอข้อพิพาทตามข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยการอนุญาโตตุลาการ ข้อ 7 ซึ่งมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า ในข้อสัญญาจะมีการระบุข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) และจำนวนอนุญาโตตุลาการหรือไม่ เพราะจะมีผลถึงกระบวนการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการตามข้อบังคับด้วย

ดังนั้น สัญญา หรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (Arbitration Clause) เป็นจุดเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาโตตุลาการ หากไม่มีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่อาจใช้บังคับได้ หรือข้อสัญญาไม่ครอบคลุมไปถึงข้อพิพาท ก็ไม่จำต้องผูกพันให้มีการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ<sup>57</sup> และปรากฏได้ชัดเจนในกรณีการลงทุนข้ามชาติที่ประสงค์อาศัยช่องทางในการระงับข้อพิพาทกับรัฐโดยผ่านทางสัญญาและสนธิสัญญา ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีสนธิสัญญากับรัฐผู้รับการลงทุน (host state) หรือสนธิสัญญาที่มีอยู่ไม่เปิดช่องให้นักลงทุนฟ้องรัฐผู้รับการลงทุนได้ นักลงทุนก็สามารถเจรจาสัญญากับรัฐโดยกำหนดเป็นข้อสัญญาได้โดยตรง เพื่อสามารถช่วยลดความเสี่ยงและสร้างกรอบทางกฎหมายที่เชื่อถือได้ เป็นอิสระและแน่นอนมากขึ้น<sup>58</sup>

<sup>57</sup> วิชัย อริยะนันท์ทกะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” *ตุลพาท* 3, 40 (กรกฎาคม - กันยายน 2540): 114-116.

<sup>58</sup> วิภาณันท์ ประสมปลื้ม, “การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/595878>.

ในกรณีที่สัญญาหรือข้อสัญญาอนุญาตตุลาการมีผลบังคับใช้แล้ว เมื่อเกิดข้อพิพาทคู่พิพาทต้องทำการยื่นข้อเรียกร้องต่อสถาบันอนุญาตตุลาการ ไม่สามารถที่จะดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น รวมทั้งการยื่นฟ้องคดีต่อศาล สอดคล้องกับทฤษฎีสัญญา<sup>59</sup> ที่ต้องเกิดจากสัญญาที่คู่พิพาทตกลงที่จะระงับข้อพิพาทโดยการอนุญาตตุลาการ มิฉะนั้นคู่พิพาทไม่สามารถระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาตตุลาการได้ แสดงให้เห็นว่าสัญญาหรือข้อสัญญาเป็นสิ่งสำคัญต่อขั้นตอนเริ่มต้นของการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตตุลาการและความอิสระของคู่พิพาทในการเลือกระงับข้อพิพาทด้วยตัวคู่พิพาททั้งสองฝ่ายร่วมกันเลือกและจะไม่เข้าสู่การดำเนินคดีในศาลเมื่อเกิดข้อพิพาท

สำหรับอนุญาตตุลาการทางการแพทย์มีเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาที่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้เฉพาะให้กับคู่พิพาทที่เลือกระงับข้อพิพาททางการแพทย์ด้วย<sup>60</sup> ในมลรัฐฟลอริดา (Voluntary binding arbitration of medical negligence claims) ตามบทบัญญัติกฎหมาย The 2019 Florida มาตรา 766.207 ที่มีจุดเด่นในเรื่องขอบเขตของเวลาให้ฝ่ายที่ได้รับความเสียหาย มีต้องมีการแจ้งเตือนให้คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งทุกรายเข้าสู่กระบวนการภายใน 90 วัน จึงจะทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการเริ่มต้นขึ้นได้ และตัดสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายเพิ่มเติมจากกระบวนการอื่นเพื่อไม่ให้เกิดการเอาเปรียบคู่พิพาทอีกฝ่ายมากเกินไป และให้ตัวคู่พิพาทเท่านั้นในการเสนอคดีเพื่อระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาตตุลาการ เห็นได้จากกรณีมีการประยุทธ์ทางการแพทย์กฎหมายดังกล่าว ห้ามมิให้บริษัทประกันภัยเสนอดีกับอนุญาตตุลาการโดยคู่พิพาทไม่ยินยอม จึงแสดงให้เห็นถึงหลักความสมัครใจและยินยอมของคู่พิพาทเป็นสำคัญ

สำหรับการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาตตุลาการแบบสมัครใจในกฎหมายมลรัฐฟลอริดามีข้อจำกัดในเรื่องของจำนวนค่าเสียหาย ที่คณะอนุญาตตุลาการสามารถให้ได้สูงสุดเพียง 250,000 ดอลลาร์สหรัฐ และสามารถลดลงได้อีกตามอัตราร้อยละที่เกี่ยวข้องกับขีดความสามารถของผู้เรียกร้องในการประกอบกิจการ<sup>61</sup> เช่นหากคณะอนุญาตตุลาการพบว่า การ

<sup>59</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.4.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานเรื่องการอนุญาตตุลาการแบบสมัครใจ

<sup>60</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.4.2 การอนุญาตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>61</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(b).

บาดเจ็บมีความเสียหายลดลง เนื่องจากผู้เรียกร้องสามารถประกอบการงานได้ร้อยละ 50 ค่าเสียหายที่จำเลยต้องชำระจึงเหลือเพียง 125,000 ดอลลาร์สหรัฐ และไม่มีค่าใช้จ่ายเชิงลงโทษ<sup>62</sup> และเมื่อการอนุญาตตุลาการได้รับข้อเรียกร้องจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว ห้ามผู้เรียกร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ได้เข้าร่วมการเยียวยาความเสียหายอื่นได้อีก เพราะจะได้รับค่าเสียหายจากกฎหมายฉบับนี้และ The Wrongful Death Act ซึ่งการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวนี้เป็นการใช้ดุลพินิจของคณะอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทไม่มีส่วนร่วมในการตัดสิน จึงเป็นการทำซ้ำซ้อนที่เป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความแตกต่างจากการตัดสินคดีของศาลที่ผู้ตัดสินเป็นคนกลาง และคู่พิพาทไม่สามารถเรียกค่าเสียหายใดเพิ่มเติมได้อีกหากมีความเสียหายเกิดขึ้น ส่งผลให้ผู้เสียหายอาจไม่ได้รับค่าชดเชยความเสียหายที่แท้จริง ย่อมเกิดความไม่พึงพอใจต่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ การแก้ไขด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการจึงไม่ใช่ทางออกที่เหมาะสมต่อการระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ที่ผลลัพธ์สุดท้ายย่อมมีฝ่ายที่แพ้ หรือฝ่ายที่ชนะคดี ฉะนั้นผลลัพธ์สุดท้ายต้องมีฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์ และอีกฝ่ายหนึ่งเสียประโยชน์

ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า ยังไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากการให้บริการทางการแพทย์ที่ตรงจุด และคิดว่าในทางปฏิบัติไม่สามารถเป็นไปได้ที่ประชาชนธรรมดาจะมีอำนาจที่จะมากำหนดขั้นตอนต่าง ๆ ในการตัดสินข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้เอง รวมทั้งเข้าใจว่าการอนุญาโตตุลาการไม่แตกต่างจากการตัดสินคดีโดยศาลเพียงแต่ผู้ตัดสินเป็นอนุญาโตตุลาการ ผู้วิจัยจึงได้หาแนวทางในการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่คู่พิพาททุกฝ่ายสามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการได้ตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการ ได้แก่ การเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ยแบบสมัครใจ

### (ค) การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

การเจรจาต่อรองทางการแพทย์ไม่ได้มีกฎหมายที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ การเข้าสู่กระบวนการการเจรจาต่อรองได้มีแนวความคิดของร็อบบิ้นส์<sup>63</sup> เริ่มกระบวนการตั้งแต่การ

<sup>62</sup> Fla. Stat. §766.207(7)(d).

<sup>63</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

เตรียมการและวางแผน (Preparation and planning) โดยคู่พิพาทต้องมีการเตรียมความพร้อมในข้อมูลที่จะนำมาเจรจาต้องทำการศึกษาข้อมูลทั้งฝ่ายของตนและฝ่ายตรงข้ามเพื่อไม่ให้เกิดการเสียเวลาเมื่อเริ่มเข้าสู่กระบวนการและไม่หลุดจากกรอบของประเด็นหลักในข้อพิพาทที่ร่วมกันเจรจาเป็นขั้นตอนแรกที่มีความสำคัญในการเจรจาต่อรองที่ผู้เจรจาสามารถเตรียมการล่วงหน้าในเรื่องต่าง ๆ ได้ และมีส่วนสำคัญต่อการกำหนดประเด็นข้อพิพาทเพื่อนำไปสู่ขั้นตอนการเจรจาต่อไป นอกจากนี้รวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องแล้วยังเป็นขั้นตอนที่มีการวิเคราะห์คู่เจรจาในเบื้องต้นว่ามีลักษณะนิสัยอย่างไรเพื่อกำหนดท่าที กลยุทธ์ และวิธีการเบื้องต้นที่จะใช้ในการเจรจาซึ่งสิ่งเหล่านี้จะปรับเปลี่ยนไปตามพฤติกรรมของการเจรจาและพฤติกรรมของคู่เจรจา เพื่อค้นหา “ทางเลือกที่ดีที่สุดที่เป็นข้อตกลงของการเจรจาต่อรอง” (Best Alternative To a Negotiated Agreement BATNA)<sup>64</sup>

### (ค.1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

มีแนวคิดในกระบวนการทางกฎหมายการระงับข้อพิพาทในกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ที่ส่งเสริมให้มีการเจรจาก่อนฟ้องคดีก่อนภายใน 60 วันนับแต่ที่คู่พิพาทต้องการใช้สิทธิเรียกร้องในการดำเนินคดีตามกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ของรัฐเท็กซัสมาตรา 4590i<sup>65</sup> และกฎหมายว่าด้วยการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ของมลรัฐฟลอริดาในมาตรา 766.106 (4)<sup>66</sup> ต่อมาได้มีโครงการเจรจาต่อรองโดยผู้พิพากษา (A Judge-Directed Negotiation Program) ในมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่กำหนดให้ผู้พิพากษาต้องช่วยเหลือให้คู่พิพาทมีการเจรจาต่อรองก่อนที่จะพิจารณาคดีขั้นตอนต่อไป

### (ค.2) ประเทศไทย

การเจรจาต่อรองเริ่มต้นเมื่อ กรณีที่ฝ่ายโรงพยาบาล พยาบาล หรือแพทย์มีความผิดพลาดบกพร่องในกระบวนการรักษาพยาบาล เป็นเหตุให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิต หรือพิการ หรือผิดปกติไป การตั้งตัวแทนหรือมอบหมายให้ผู้ที่มีความสามารถในการเจรจา

<sup>64</sup> คู่มือข้อ 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

<sup>65</sup> Texas Statute of Limitations Update- Medical Malpractice.

<sup>66</sup> Florida Medical Malpractice and The Statute of Limitations.

ต่อรองไปพบปะพูดคุยกับฝ่ายผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยเพื่อคลี่คลายข้อขัดแย้งพร้อมเสนอการช่วยเหลือเยียวยา ซึ่งอาจเป็นตัวเงินหรือทรัพย์สิน หรือการให้การช่วยเหลือดูแลผู้ป่วยวิธีอื่น หากยังไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ต้องเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคนกลาง<sup>67</sup>

ดังนั้น การเจรจาต่อรองเริ่มต้นเข้าสู่กระบวนการด้วยตัวคู่พิพาทเองที่ต้องการสื่อสารกันในข้อพิพาทโดยสามารถเข้าสู่กระบวนการได้โดยง่ายเพียงฝ่ายหนึ่งเข้าไปพูดคุยกับอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำความเข้าใจกัน และอีกรูปแบบหนึ่งในมลรัฐเท็กซัส มลรัฐฟลอริดา และมลรัฐนิวยอร์กประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการเจรจาก่อนที่จะดำเนินคดีในชั้นศาล และได้มีการจัดทำโครงการในศาลเป็นเงื่อนไขให้ผู้พิพากษาต้องดำเนินการเจรจาในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์เพื่อให้คู่พิพาททำความเข้าใจในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งทั้งสองรูปแบบในการเข้าสู่กระบวนการเจรจาต่อรองไม่ได้มีกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนจึงอาจทำให้ไม่เกิดแรงจูงใจให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการได้ถือเป็นข้อเสียของกระบวนการเจรจา

อย่างไรก็ตามถือว่าการเจรจาต่อรองเป็นจุดเริ่มต้นของการสื่อสารระหว่างคู่พิพาทเพื่อให้เกิดความเข้าใจระหว่างกัน และขั้นตอนนี้แสดงให้เห็นว่าเป็นจุดเริ่มต้น และเป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่น กล่าวคือการเจรจาต่อรองเป็นขั้นตอนแรกที่คู่พิพาทได้เผชิญหน้ากันภายหลังจากที่เกิดข้อพิพาทขึ้นให้มีในการสื่อสารระหว่างคู่พิพาทในการประเมินข้อพิพาทเบื้องต้นว่าสามารถที่จะใช้วิธีการใดในการระงับข้อพิพาทให้เหมาะสมกับข้อพิพาทของตน หากคู่พิพาทเห็นว่าข้อพิพาทของตนสามารถระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองได้จึงเริ่มกำหนดประเด็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องทั้งหมดว่า สาเหตุที่เกิดข้อพิพาทเพื่อหาประโยชน์ร่วมกันของทุกฝ่ายสอดคล้องกับทฤษฎีเกมบวก (Positive Sum Game)<sup>68</sup> และเมื่อนำมาใช้กับความรับผิดชอบทางการแพทย์แล้ว เห็นว่าการเจรจาต่อรองสามารถเริ่มต้นได้ตั้งแต่แพทย์ได้ทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่สามารถสื่อสารให้ผู้ป่วยเข้าใจถึงกระบวนการรักษาและข้อผิดพลาดที่เกิดขึ้นได้เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทัน่วงทีโดยยื่นข้อเสนอในการช่วยเหลือผู้ป่วยหรือญาติผู้ป่วยในรูปแบบต่าง ๆ

<sup>67</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.1 แนวคิดการระงับข้อพิพาททางเลือกในประเทศไทย

<sup>68</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง (ข.1) ทฤษฎีเกม (Game Theory)

เช่น การชดเชยค่าเสียหายในรูปแบบตัวเงิน การยกเว้นค่ารักษาพยาบาล การให้ค่าเลี้ยงดูบุตรของผู้เสียชีวิตโดยพิจารณาจากระดับความช่วยเหลือจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับความสามารถในการเจรจา และความพอใจของคู่เจรจา มีข้อสังเกต กรณีผู้เสียหายไม่ว่าฐานะในสังคมเป็นอย่างไร ค่าชดเชยที่ได้รับนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของความสูญเสียทางกายและเงินที่ได้จ่ายไปในการรักษาพยาบาลเท่านั้น ไม่ได้พิจารณาถึงความสูญเสียทางจิตใจ

### (ง) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ (Voluntary Mediation)

การสมัครใจใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการที่คู่พิพาท เริ่มต้นกระบวนการโดยการยื่นคำร้องต่อศาลหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายต้องการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย คู่พิพาทจะเป็นผู้เริ่มกระบวนการในการหาทางออกให้กับข้อพิพาทโดยการมีคนกลางเข้ามาช่วยเหลือให้คู่พิพาทพยายามที่จะหาทางออกร่วมกัน ตามความหมายที่นักกฎหมายต่างประเทศ<sup>69</sup> และนักกฎหมายไทย<sup>70</sup> ให้ความหมายไว้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หมายถึง การดำเนินการใด ๆ เพื่อเป็นการช่วยเหลือแสวงหาวิธีการ หรือแนะนำแนวทาง เพื่อให้สามารถหาข้อยุติร่วมกันโดยความยินยอมของคู่พิพาทตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป และมีบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลาง เรียกว่าผู้ไกล่เกลี่ย ทั้งนี้คู่พิพาทมีสิทธิเป็นผู้ตัดสินใจที่จะเลือกแนวทางที่ผู้ไกล่เกลี่ยแนะนำหรือไม่ก็ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทดังกล่าวเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือและให้ความเห็นเพื่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการหาทางออกที่เป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่ายร่วมกันจึงเป็นกรณีที่สอดคล้องกับทฤษฎีการแก้ไขปัญหาคู่พิพาทร่วมกันหาประโยชน์ และความประสงค์ของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายโดยมิได้มุ่งเพื่อชัยชนะแต่เพียงอย่างเดียว จึงเป็นกระบวนการที่เน้นความสัมพันธ์มากกว่าที่มีข้อขัดแย้งต่อกัน จุดเริ่มต้นของกระบวนการจึงต้องเริ่มต้นไปในทิศทางที่ยืดถึงประโยชน์ของคู่พิพาทเป็นสำคัญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ของการไกล่เกลี่ยตามหลักความสมัครใจที่เป็นหนึ่งในหลักการสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายมีความประสงค์ที่จะเข้าสู่กระบวนการโดยปราศจากการบังคับของบุคคลภายนอก

<sup>69</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

<sup>70</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ก) ความหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศกับกฎหมายไทย ขั้นตอนการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจที่มีความเกี่ยวข้องกับความรู้ผิดทางการแพทย์มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### (ง.1) ประเทศอังกฤษ

การสมัครใจใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แบ่งเป็นการที่คู่พิพาทยื่นข้อเรียกร้องต่อศาล หรือองค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ (National Health) กรณีแรก คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อศาลยุติธรรมตามข้อกำหนดว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งของสหราชอาณาจักร (English Civil Procedure Rules) ในข้อ 26.4 (1)<sup>71</sup> ศาลขอให้มีคำสั่งให้จัดการพิจารณาคดีไว้ในระหว่างที่คู่พิพาทกำลังดำเนินการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเพื่อหาข้อยุติร่วมกันของทั้งสองฝ่าย กรณีที่สอง คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องเป็นหนังสือหรือวาจาต่อ NHS และมีการพัฒนากฎหมาย The Commercial Code of Practice 2016 เพื่อให้คู่พิพาทสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจที่มีระบบกฎหมายรับรองเพื่อให้คู่พิพาทมั่นใจในการเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยและมีหน่วยงานรองรับสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการยื่นข้อเรียกร้องต่อศาล หรือ NHS ซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐนอกจากนี้ยังมีแนวทางกลางให้ทุกศาลของประเทศอังกฤษให้สามารถเข้าถึงบริการของผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับรองจากสภาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง (The Civil Mediation Council: CMC)<sup>72</sup> แสดงให้เห็นว่าประเทศอังกฤษมีการส่งเสริมให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

### (ง.2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

การสมัครใจใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ศาลยุติธรรม ศูนย์ยุติธรรมฉันทันเพื่อน (Neighborhood Justice Centers) และคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) ภายใต้ The Uniform Mediation Act 2003 เป็นกฎหมายกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้ทุก

<sup>71</sup> English Civil Procedure Rules: Rule 26.4(1)

<sup>72</sup> Civil Court Mediation Service Manual



มลรัฐมีแนวทางในการนำกฎหมายไปใช้ในรัฐของตนและเป็นนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ส่งเสริมผลักดันให้สามารถระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นแทนที่การฟ้องคดีต่อศาลเป็นการลดปริมาณคดีต่อศาลที่มีจำนวนมากรวมทั้งสามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการแพทย์หากคู่พิพาทมีความประสงค์เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและมีหน่วยงานที่คู่พิพาทสามารถเลือกได้สามหน่วยงานที่มีความแตกต่างกันตามหน้าที่เพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถใช้ได้ตรงตามประเด็นกับประเภทข้อพิพาทนั้น ๆ กล่าวคือ

หน่วยงานแรก ศาลยุติธรรมเป็นหน่วยงานที่ประชาชนพึงพาเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นจึงเป็นหน่วยงานที่สำคัญในการแนะนำให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแทนที่การดำเนินคดีในชั้นศาล

หน่วยงานที่สอง Neighborhood Justice Centers เป็นหน่วยงานเอกชนที่สร้างความเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เกิดความน่าเชื่อถือในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและมุ่งเน้นข้อพิพาทเล็ก ๆ น้อย ๆ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อพิพาทได้ช้อยุติโดยความตกลงกับคู่พิพาท

หน่วยงานที่สาม Medical Licenses Board เป็นหน่วยงานไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์โดยเฉพาะที่มีลักษณะแตกต่างกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั่วไป กล่าวคือ ผู้ไกล่เกลี่ยมีจำนวน 2 คน เพื่อให้คู่พิพาทเกิดความเชื่อมั่นเนื่องจากคนกลางร่วมคนหนึ่งจะเป็นคนกลางที่มีความชำนาญทางด้าน การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนคนกลางร่วมอีกคนหนึ่งจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดี

ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การกำหนดผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ ความชำนาญในเรื่องทางการแพทย์และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแสดงให้เห็นว่าคนกลางที่คู่พิพาทเลือกมาสามารถช่วยเหลือคู่พิพาทได้รอบด้านทั้งกระบวนการทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทและระบบทางการแพทย์ เป็นการเสริมสร้างกระบวนการให้เกิดความเชื่อมั่นต่อคู่พิพาทที่เลือกเข้าสู่การไกล่

เกลี้ยข้อพิพาท และสอดคล้องต่อทฤษฎีแก้ไขปัญหาที่มุ่งหาประโยชน์ของคู่พิพาทตั้งแต่เริ่มต้นยื่นคำร้อง

### (ง.3) ประเทศสิงคโปร์

การสมัครใจใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทสามารถยื่นคำร้องเป็นหนังสือต่อศาล หรือสถาบันนอกศาล (Singapore Mediation Centre : SMC) จุดเด่นของประเทศสิงคโปร์ ได้แก่ การทำงานร่วมกันของศาลและสถาบันเอกชนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของ SMC เริ่มจากศาลส่งข้อพิพาทมายัง SMC หรือคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้งสองฝ่ายส่งเรื่องมายัง SMC โดยตรง ทั้งนี้ หากเป็นการติดต่อโดยคู่พิพาทเพียงฝ่ายเดียว SMC จะต้องติดต่อไปยังคู่พิพาทเพื่อชักจูงให้เข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>73</sup>

การเริ่มต้นกระบวนการของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์มีจุดเด่นที่แตกต่างจากประเทศอื่น ได้แก่การทำงานร่วมกันของศาล และสถาบันการไกล่เกลี่ยเอกชน ซึ่งในศาลยุติธรรมมีบทบาทที่สำคัญมากในการสนับสนุนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยการแนะนำให้คู่พิพาทในคดีแพ่งทุกคดีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ ก่อนดำเนินคดีในชั้นศาล แสดงให้เห็นว่าภาครัฐมีแนวความคิดในการส่งเสริมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างจริงจัง และสนับสนุนให้ทุกฝ่ายลองใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะไปดำเนินคดีในศาล และมีการจัดตั้งเครือข่ายศูนย์การไกล่เกลี่ยชุมชนที่เข้าถึงได้ง่าย เพื่อส่งเสริมการทำงานร่วมกันทางสังคมระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ

ดังนั้นการเริ่มต้นของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสิงคโปร์สามารถเชื่อมโยงเข้าถึงกันระหว่างหน่วยงานภาครัฐและภาคเอกชนทำให้คู่พิพาทสามารถเข้าถึงกระบวนการได้ทุกช่องทางด้วยการใช้หลักเกณฑ์เดียวกันตาม The Mediation Act 2017 และ

<sup>73</sup> พรชัย เจตมาน และคณะ, “การวิเคราะห์และศึกษาแนวทางมาตรการทางกฎหมายการประนอมข้อพิพาทก่อนขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสำหรับประเทศไทย กรณีศึกษา 5 ประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้,” สถาบันอนุญาโตตุลาการ (2560): 23-24.

The Community Mediation Centres Act<sup>74</sup> ไม่เกิดความสับสนให้แก่คู่พิพาทในหลักเกณฑ์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทส่งผลให้การไกล่เกลี่ยในประเทศสิงคโปร์เป็นที่นิยมและเป็นสากล<sup>75</sup> เนื่องจากค่าใช้จ่ายที่น้อยกว่าเมื่อเปรียบเทียบระหว่างการฟ้องคดีและระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เอื้ออำนวยให้ทุกขั้นตอนไว้เป็นลำดับขั้นตอนชัดเจนตั้งแต่นั้นคำร้อง เลือกผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและอธิบายรายละเอียดในทุกขั้นตอนให้แก่คู่พิพาทเกิดความเข้าใจในกระบวนการอย่างชัดเจน

ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของประเทศสิงคโปร์ แม้ไม่ได้บัญญัติกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำหรับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ไว้โดยเฉพาะเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ หรือประเทศสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตามกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสิงคโปร์ได้มีการบัญญัติการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เปิดช่องให้คู่พิพาทสามารถเลือกได้ว่าจะยื่นคำร้องต่อศาล หรือหน่วยงาน SMC ที่เป็นภาคเอกชนโดยตรงภายใต้หลักเกณฑ์ The Mediation Act 2017 และ The Community Mediation Centres Act เดียวกัน และไม่ได้จำกัดประเภทข้อพิพาททางแพ่งทั้งยังเป็นการส่งเสริมสนับสนุนให้ข้อพิพาททางแพ่งทุกคดีมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในชั้นศาลจึงย่อมนำความรวมถึงความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ และนโยบายของรัฐบาลสิงคโปร์ที่สนับสนุนให้ทุกฝ่ายพยายามเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการจัดตั้งเครือข่ายศูนย์การไกล่เกลี่ยชุมชนที่เข้าถึงได้ง่าย เพื่อส่งเสริมการทำงานร่วมกันทางสังคมระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติได้อย่างทั่วถึง แสดงให้เห็นถึงความพร้อมของประเทศสิงคโปร์ในการมีหน่วยงานสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงเป็นจุดสำคัญทำให้ประชาชนมีความสนใจ และเลือกใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแทนการฟ้องคดีต่อศาล ทำให้เป็นการแก้ปัญหาคดีล้นศาลวิธีกรหนึ่ง

#### (ง.4) สหภาพยุโรป

<sup>74</sup> Singapore International Arbitration Centre, “Arbitration Act (Chapter 10),” [Online] Accessed 2020, April 16 Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001>.

<sup>75</sup> พรชัย เจตมาน และคณะ, “การวิเคราะห์และศึกษาแนวทางมาตรการทางกฎหมายการประนอมข้อพิพาทก่อนขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสำหรับประเทศไทย กรณีศึกษา 5 ประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้,” สถาบันอนุญาโตตุลาการ.: 45.

การสมัครใจใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ตาม The EU Mediation Directive 2018/C 377/01 คู่พิพาทสามารถสามารถร่วมกันตกลงในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ก่อนหรือหลังที่จะมีข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยมีการกำหนดขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการให้มีความชัดเจนเพื่อเป็นแนวทางให้แต่ละประเทศสมาชิกนำไปปรับใช้กับกฎหมายของประเทศตน

โดยขั้นตอนแรก คือก่อนที่จะเริ่มการไกล่เกลี่ยต้องมีการแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยเป็นคนกลางโดยศาล หรือคู่พิพาทตกลงกันเลือก และการกำหนดช่วงระยะเวลาในการไกล่เกลี่ยว่าจะเริ่มต้นและสิ้นสุดกระบวนการในวันใด เห็นได้ว่า ตาม The EU Mediation Directive 2018/C 377/01<sup>76</sup> การกำหนดกฎเกณฑ์เริ่มต้นในการไกล่เกลี่ยด้วยความสมัครใจ ที่เป็นการเปิดช่องให้ประเทศสมาชิกสามารถนำไปปรับใช้กับประเทศตนตามความเหมาะสมของสภาพสังคมและกฎหมาย โดยให้ความสำคัญกับหลักความยินยอมและความสมัครใจของคู่พิพาทที่เป็นการสอดคล้องกับหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งกฎของสหภาพยุโรปดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดประเภทคดีไว้เฉพาะเจาะจง เพียงแต่เป็นการกำหนดเป็นคดีแพ่งและพาณิชย์ที่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แสดงถึงความยืดหยุ่นให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกใช้ได้กับข้อพิพาทในประเทศตนได้

#### (ง.5) ประเทศไทย

สำหรับประเทศไทย การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นรูปแบบการไกล่เกลี่ยด้วยความสมัครใจทั้งประเภทการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล โดยให้ความสำคัญกับคู่พิพาทในการเลือกการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยในการระงับข้อพิพาทซึ่งต้องเกิดจากความสมัครใจและความยินยอมของคู่พิพาทในการเข้าสู่กระบวนการ หากแบ่งการพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

(1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลเริ่มต้นภายหลังโจทก์ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาล หรือช่วงคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาที่ศาลมีบทบาทในการสนับสนุนให้คู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยการสอบถามคู่พิพาทว่าประสงค์จะดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในศาลหรือไม่ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา

<sup>76</sup> ดูหัวข้อ 3.2.2.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในสหภาพยุโรป

21 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 และมาตรา 20 ทวิ<sup>77</sup> และมีกรณี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนดบังคับให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังจาก ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้วคู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะทำการสืบพยาน โฉทก์และจำเลยที่ปรากฏในคดีมีโนสาเร่และคดีผู้บริโภคร

(2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล เป็นกรณีที่เริ่มดำเนินการก่อนฟ้อง คดี หรือหลังจากฟ้องคดีไปแล้วที่คู่พิพาทตกลงกันไม่ดำเนินคดีในชั้นศาลแต่หันไปใช้การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทแทน<sup>78</sup> ในปัจจุบันมีพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางสำหรับ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยไว้เมื่อพิจารณาขั้นตอนการเริ่มเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยได้ให้ความสำคัญกับคู่พิพาทที่ต้องมีความสมัครใจที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ยื่นคำร้องต่อหน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการไกล่เกลี่ย โดยหน่วยงานของรัฐจะสอบถามอีกฝ่ายหนึ่ง ถ้า อีกฝ่ายหนึ่งตกลงไกล่เกลี่ย คู่พิพาททั้งสองก็จะตกลงแต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ย ถ้าคู่พิพาทไม่สามารถตกลง แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยได้ก็สามารถขอให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้แต่งตั้งผู้ไกล่เกลี่ยให้<sup>79</sup>

สำหรับคดีทางการแพทย์ในประเทศไทยมีศูนย์สันติวิธี กระทรวง สาธารณสุข ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กระทรวงสาธารณสุขมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งในการจัดการ ความขัดแย้งในระบบการแพทย์และสาธารณสุขด้วยสันติวิธีโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท นอกจากนี้ เป็นหน่วยงานที่คอยให้ความช่วยเหลือแนะนำ รวมถึงไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ แต่ยังคงประสบ กับปัญหา เนื่องจากเป็นหน่วยงานภายในของกระทรวงสาธารณสุข จึงยังถูกมองว่าอาจไม่มีความเป็นกลาง<sup>80</sup> รวมถึงข้อพิพาทที่เข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยมีไม่มากนัก ทำให้บุคลากรที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยยังขาด ประสบการณ์ เป็นเหตุให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่บรรลุผลสำเร็จเท่าที่ควร จากตัวอย่างสถิติของ โรงพยาบาลราชวิถีประจำปีงบประมาณ 2562 พบว่า จำนวนเรื่องที่รับร้องเรียน 444 เรื่อง แต่มีการ

<sup>77</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ค.1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

<sup>78</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ค.2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนอกศาล

<sup>79</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ง) สารสำคัญของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

<sup>80</sup> บรรพต ดันธีรวงศ์, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางเลือกของสังคมไทย,” *วารสารศาลยุติธรรม*: 116.

เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพียง 32 เรื่อง<sup>81</sup> ทั้งนี้บุคลากรซึ่งทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีความรู้ และเข้าใจระบบทางการแพทย์และสาธารณสุขเป็นอย่างดี

นอกจากนี้ จากการวิเคราะห์ข้อมูลที่ได้รับจากการสัมภาษณ์ คุณอรสา นารายณะคามิน อติตรองผู้อำนวยการศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข โดยปัจจุบันดำรงตำแหน่งเป็นที่ปรึกษาให้กับศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี ซึ่งได้กรุณาให้ข้อมูลสรุปความเห็นได้ว่า จำนวนคดีทางการแพทย์ที่เข้าสู่ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขยังมีจำนวนน้อยมากปีหนึ่งไม่ถึง 10 คดี และการส่งเรื่องให้ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขดังกล่าวนี้ผู้ที่ส่งเรื่องได้ต้องเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาลทำหนังสือราชการเพื่อส่งเรื่องต่อให้กับศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>82</sup> และการพิจารณาข้อมูลสัมภาษณ์จากแพทย์ผู้ทำการรักษาในโรงพยาบาลเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีละเมิดทางการแพทย์ ดังต่อไปนี้ นายแพทย์บารมี อักษรชู นายแพทย์ระดับปฏิบัติการ โรงพยาบาลตะโหมด จังหวัดพัทลุง<sup>83</sup> และ นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตน์ นายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี<sup>84</sup> ผู้วิจัยจึงพิจารณา เห็นว่า การมีศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขในปัจจุบันยังไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากผู้ที่จะยื่นเรื่องต่อศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขจำกัดเฉพาะผู้อำนวยการโรงพยาบาลรวมทั้งขั้นตอนในทางราชการที่สร้างความยุ่งยากให้กับคู่พิพาทจึงยังไม่ได้ได้รับความสนใจและการตอบรับมากเท่าที่ควรจากแพทย์ผู้เป็นคู่พิพาท ทั้งที่แพทย์ที่เคยเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เห็นว่า ระบบการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นวิธีการที่ส่งผลดีต่อทั้งฝ่ายแพทย์ และฝ่ายผู้ป่วยให้สามารถยุติข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาล และเป็นการไม่สูญเสียเวลา ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมทั้งชื่อเสียงของตัวแพทย์ในการฟ้องร้องดำเนินคดี อย่างไรก็ตามก็ตีความเห็นในทางตรงกันข้าม ซึ่งเห็นว่า การเข้าสู่ระบบ

<sup>81</sup> โรงพยาบาลราชวิถี, “รายงานสถิติประจำปีงบประมาณ 2562,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 2 สิงหาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.rajavithi.go.th/rj/wp-content/uploads/2020/06/624c9b5eb58bd4c4c6955de296e6c028.pdf>.

<sup>82</sup> คู่มือหัวข้อ 2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (จ) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์

<sup>83</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์บารมี อักษรชู, นายแพทย์ระดับปฏิบัติการ โรงพยาบาลตะโหมด จังหวัดพัทลุง, 17 กันยายน 2563.

<sup>84</sup> สัมภาษณ์ นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตน์, นายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี, 18 กันยายน 2563.

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของโรงพยาบาลเป็นเพียงการแก้ไขเฉพาะหน้าให้สามารถยุติข้อพิพาทไปเพียง การจ่ายค่าเสียหายเยียวยาผู้ป่วย<sup>85</sup> ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ในโรงพยาบาลยังมีความเห็นแตกออกเป็น 2 ทิศทางที่ยังถกเถียงกัน

นอกจากนี้ยังมีสำนักกระบวนข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม แต่ปัญหาที่มักจะพบ คือ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษา หรือผู้ประนอมข้อพิพาทไม่ได้มีความเข้าใจในระบบการแพทย์ การสาธารณสุข การรักษาพยาบาล รวมถึงเวชปฏิบัติต่าง ๆ เพียงพอ ทำให้การใช้ข้อมูลการเสนอแนวทางแนะนำเพื่อให้คู่พิพาทบรรลุข้อตกลงเป็นไปได้ยาก<sup>86</sup> โดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่พิพาทต่างมีปัญหาข้อพิพาทจากการรักษาพยาบาลเป็นเรื่องที่กระทบต่อความเสียหายในชีวิต ร่างกาย อนามัยของผู้เสียหาย รวมทั้งกระทบต่อจิตใจทางด้านฝั่งแพทย์ที่ถูกฟ้องดำเนินคดีในการสูญเสียกำลังใจในการทำหน้าที่รักษาผู้ป่วยและสูญเสียชื่อเสียงในการถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้กระทำผิด<sup>87</sup> แม้คู่พิพาทจะสมัครใจเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เมื่อผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือประนอมข้อพิพาทยังขาดความรู้ความเข้าใจในระบบการรักษาพยาบาล การช่วยเหลือแนะนำอธิบายถึงข้อดีข้อเสียต่าง ๆ ให้แก่คู่พิพาทจึงเกิดปัญหาข้อขัดข้อง ส่งผลต่อความเชื่อมั่นของคู่พิพาทในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นสาเหตุอย่างหนึ่งที่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทยยังไม่ได้ได้รับความนิยม

จากการวิเคราะห์ถึงกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจในแต่ละประเทศ จะเห็นได้ว่าการเริ่มต้นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจเป็นการยื่นคำร้องของคู่พิพาทต่อศาล หรือหน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงและยินยอมที่จะเข้าสู่การไกล่เกลี่ยและต้องไม่มีฝ่ายใดโต้แย้ง มิฉะนั้นกระบวนการไกล่เกลี่ยย่อมไม่

<sup>85</sup> คู่มือข้อ 2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (จ) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์

<sup>86</sup> สิริรัชต์ เมตตามิตรพงศ์, “การระงับข้อพิพาทคดีทางการแพทย์โดยการไกล่เกลี่ย,” (สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, 2559) หน้า 17.

<sup>87</sup> ผู้จัดการออนไลน์, “จำคุก 3 ปี หมอ รพ.รอนพิบูลย์ ผ่าไส้ติ่งตาย,” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 21 กันยายน 2563. แหล่งที่มา: <https://mgronline.com/qol/detail/9500000144864>.

เกิดขึ้นสอดคล้องกับหลักความสมัครใจของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>88</sup> จุดที่แตกต่างกันของแต่ละประเทศ ได้แก่กฎหมายและนโยบายของรัฐในการสนับสนุนและเปิดช่องให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งหากพิจารณาประเทศสิงคโปร์ สังเกตได้ว่ามีลักษณะเฉพาะที่หน่วยงานศาลและหน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทดำเนินกระบวนการที่เกี่ยวพันกัน แสดงให้เห็นถึงแรงจูงใจในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่เปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สะดวกและมีทางเลือกมากขึ้นแต่ไม่ได้กำหนดสำหรับข้อพิพาททางการแพทย์ไว้เป็นการเฉพาะ แตกต่างจากประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีหน่วยงานการไกล่เกลี่ยรองรับสำหรับข้อพิพาททางการแพทย์ในการให้คู่พิพาทยื่นคำร้องได้โดยตรงทำให้เกิดความสะดวกกับคู่พิพาทและมีผู้ที่มีความรู้ความชำนาญทางด้านกฎหมายและทางด้านทางการแพทย์เป็นผู้ไกล่เกลี่ยยอมทำให้คู่พิพาทเชื่อมั่นในกระบวนการมากกว่าระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั่วไป สำหรับประเทศไทยแม้มีหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำหรับคดีทางการแพทย์ แต่พบว่าเกิดความสงสัยแก่ประชาชนในเรื่องความเป็นกลางซึ่งเป็นหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและขั้นตอนในการยื่นเรื่องต่อศูนย์สันติวิธีสาธารณสุขที่มีขั้นตอนยุ่งยากในระบบของราชการรวมทั้งมีแพทย์บางกลุ่มไม่เชื่อมั่นต่อระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของระบบสาธารณสุขและให้มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลให้เป็นผู้แก้ไขข้อพิพาทจะเหมาะสมกว่า ส่งผลให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ของประเทศไทยไม่ได้รับความนิยม ผู้วิจัยพิจารณาการระงับข้อพิพาทที่มีเงื่อนไขบังคับก่อนให้มีขั้นตอนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนฟ้องคดีในหัวข้อถัดไป

#### 4.3.1.2 เงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนการดำเนินคดีในชั้นศาล

แนวคิดในการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการที่มีความเกี่ยวข้องกับคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์มี 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรก การอนุญาตตุลาการเชิงบังคับ เป็นการเริ่มต้นกระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยข้อสัญญาที่แพทย์กับผู้ป่วยตกลงกันระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาตตุลาการโดยไม่เข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีในชั้นศาล

<sup>88</sup> ดูหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.2) หลักความสมัครใจ (Voluntariness)



ต่อไป กรณีที่สอง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับที่เป็นการกำหนดเงื่อนไขให้คู่พิพาทเข้าสู่ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาลได้

### (ก) การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration)

การบังคับใช้ระบบการอนุญาโตตุลาการเป็นการที่คู่พิพาท เริ่มต้นกระบวนการโดยการต้องผ่านกระบวนการการอนุญาโตตุลาการเสมอซึ่งกำหนดในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการโดยไม่สามารถที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลได้ สำหรับการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับนี้ไม่มีกำหนดในกฎหมายไทย จึงได้มีการศึกษาในกฎหมายต่างประเทศในประเด็นการเข้าสู่กระบวนการ ดังต่อไปนี้

#### (ก.1) มลรัฐยูทาห์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐยูทาห์ ได้ออกพระราชบัญญัติความรับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล<sup>89</sup> โดยการทำข้อตกลงต้องอยู่ภายใต้ The Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. Sec. 1 ที่ระบุว่าสัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวต้องทำเป็นหนังสือ และผู้ป่วยต้องได้รับการแจ้ง อธิบายทั้งในรูปแบบด้วยวาจา หรือเป็นลายลักษณ์อักษรถึงสิทธิหน้าที่ และที่สำคัญผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องทำการแจ้งแก่ผู้ป่วยว่า เมื่อเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการนั้นหากเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างผู้ให้บริการทางการแพทย์ และผู้ป่วยต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการไม่สามารถเข้าสู่การดำเนินคดีโดยศาลได้

#### (ก.2) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนียถูกแก้ไขเพื่อให้สามารถทำสัญญาสำหรับการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยวิธีอนุญาโตตุลาการได้ (CCC section 1295)<sup>90</sup> กฎหมายในปัจจุบันบังคับให้ผู้ให้บริการทางการแพทย์ต้องบอกกล่าวให้ชัดเจนต่อผู้ป่วย ว่าคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเมื่อเข้าทำสัญญาแล้ว

<sup>89</sup> The Utah Health Malpractice Act.

<sup>90</sup> California Code, Code of Civil Procedure Arbitration: Section 1295 (Medical Malpractice).

คู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะสละสิทธิพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญในสิทธินำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล และยอมรับการใช้อนุญาโตตุลาการ ผู้บริโภคที่ขึ้นทะเบียนไว้กับ California health maintenance organization (HMO) จะอยู่ภายใต้กฎหมายของมลรัฐ (Health and Safety Code section 1363 (a) (10) and 1373)<sup>91</sup> ที่จะได้รับการแจ้งจากผู้ให้บริการทางการแพทย์ถึงชนิดของข้อพิพาทที่สามารถระงับโดยวิธีอนุญาโตตุลาการ และวิธีการเริ่มกระบวนการดังกล่าว

### (ก.3) มลรัฐออริกอน ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐออริกอน การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับมักใช้จัดการความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในประเด็นข้อพิพาทการนัดหยุดงาน ที่กำหนดคำศัพท์ ตามมาตรา ORS § 243.650(5)<sup>92</sup> “อนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ” หมายถึง ขั้นตอนที่ฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในข้อพิพาทแรงงานจะต้องใช้กฎหมายในการส่งข้อพิพาทที่มีประเด็นถกเถียงกันไปยังบุคคลที่สามสำหรับการตัดสินใจครั้งสุดท้าย และมีผลผูกพันกับคู่พิพาท แต่ในการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับมีข้อเสียคือเมื่อได้ลงนามในสัญญาอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับแล้วคู่พิพาทจะไม่มีทางเลือกในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นนอกจากต้องยุติข้อพิพาทผ่านทางอนุญาโตตุลาการเท่านั้น

ดังนั้น การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับในมลรัฐยูทาห์ และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เป็นการทำสัญญาระหว่างคู่พิพาทก่อนการรักษาพยาบาลที่ผู้ป่วยต้องทำข้อตกลงกับผู้ให้บริการทางการแพทย์หากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริการทางการแพทย์ กำหนดให้ต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท และไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีในชั้นศาลได้ ในส่วนมลรัฐออริกอนเป็นการทำข้อตกลงระหว่างนายจ้างและลูกจ้างในข้อพิพาททางแรงงานให้เข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น ฉะนั้นการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับจึงเป็นจุดที่แตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นเพียงเงื่อนไขของการฟ้องคดีที่ต้องเริ่มต้นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน หากไม่สามารถตกลง

<sup>91</sup> California Code, Health and Safety Code - HSC § 1363.

<sup>92</sup> Chapter 146 Oregon Laws 2019 (HB 3252) Relating to employment classification of certain employees of Oregon State Police; creating new provisions; and amending ORS 243.650.

กันได้ยังสามารถฟ้องคดีต่อศาลต่อไปได้ ในส่วนของอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเท่านั้นตามหลักของทฤษฎีสัญญาจึงเป็นข้อเสียในการเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่จำกัดการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม และในหลายกรณีเช่นคู่พิพาทอาจต้องจ่ายค่าธรรมเนียมจำนวนมากเพื่อเริ่มกระบวนการอนุญาโตตุลาการ

นอกจากนี้อนุญาโตตุลาการแตกต่างจากการฟ้องร้องประการหนึ่งกล่าวคือผู้พิพากษาถูกแทนที่โดยอนุญาโตตุลาการ หรือคณะอนุญาโตตุลาการ การบังคับใช้อนุญาโตตุลาการก่อให้เกิดปัญหาร้ายแรงรวมถึงการละเมิดมาตรการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา และบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญของหลายมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่รับประกันการแยกอำนาจนิติบัญญัติ และตุลาการสิทธิในการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน และสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการศาล จึงถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>93</sup>

### (ข) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration)

การบังคับใช้ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการที่คู่พิพาท เริ่มต้นกระบวนการโดยต้องผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงสามารถที่จะดำเนินคดีในชั้นศาลได้ หากไม่ผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดขั้นตอนตั้งแต่เริ่มต้น หากหลังจากนั้นได้มีการดำเนินการใดก็ไม่สามารถที่จะผูกพันคู่พิพาทได้

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกลายเป็นที่นิยมในคดีแพ่งและพาณิชย์ และในหลายสิบปีที่ผ่านมาได้เริ่มมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้ก่อนเริ่มต้นการดำเนินคดีในชั้นศาล<sup>94</sup> เนื่องจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ผ่านมา เมื่อคู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการแล้วมีการเปลี่ยนแนวความคิดจากการเป็นผู้ชนะและผู้แพ้คดี เป็นการยอมรับถึงปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อร่วมกัน

<sup>93</sup> Matthew Parrott, “Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution,” *Fordham Law Review* 75,5 (2007): 2689.

<sup>94</sup> นายอรรถพงษ์ ทิพย์อักษร, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี” *วารสารนิติพัฒน์* หน้า: 32-33.

หาทางออกให้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น จึงเป็นการส่งเสริมให้เกิดการสื่อสารระหว่างคู่พิพาทเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้มีการประนีประนอมยอมความกัน ส่งผลให้เป็นการรักษาความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างคู่พิพาท รวมทั้งเป็นการประหยัดเวลา และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินคดีในชั้นศาลที่สามารถลดค่าทนายความและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ได้ถึงร้อยละ 50<sup>95</sup> สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับนี้ไม่มีกำหนดในกฎหมายไทย จึงได้มีการศึกษาในกฎหมายต่างประเทศในประเด็นการเข้าสู่กระบวนการ ดังต่อไปนี้

### (ข.1) มลรัฐเซาท์แคโรไลนา ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันศาลของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ได้มีการระงับข้อพิพาททางเลือกกรณีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้บังคับในชั้นศาล ที่ผู้พิพากษาอาจสั่งให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หากพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วจะเกิดประโยชน์มากกว่าเข้าสู่กระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีในชั้นศาล<sup>96</sup> และมีการกำหนดกฎการระงับข้อพิพาททางเลือกเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ให้สำหรับการบังคับใช้ในเกือบทุกประเภทคดี<sup>97</sup> จึงเป็นการที่มลรัฐเซาท์แคโรไลนาได้มีการสนับสนุนให้ศาลและคู่พิพาทสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในทุกประเภทคดีรวมทั้งคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ที่มลรัฐเซาท์แคโรไลนา เห็นว่าควรเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับตามที่บัญญัติในกฎหมาย The South Carolina Code of Laws

<sup>95</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution* 7 (August 2007): 418-421.

<sup>96</sup> South Carolina Bar, "ADR provides alternatives to lawsuits and trials. The three primary methods of ADR include negotiation, mediation and arbitration," [Online] Accessed 2020, August 15 Available <https://www.scbars.org/public/get-legal-help/common-legal-topics/alternative-dispute-resolution-adr>.

<sup>97</sup> United States District Court District of South Carolina, "Alternative Dispute Resolution Statement and Certification Guidelines," [Online] Accessed 2020, August 15 Available <http://www.scd.uscourts.gov/Mediation/guideline.asp>.

มลรัฐเซาท์แคโรไลนา ในส่วนของความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ บัญญัติไว้ในมาตรา 15-79-120<sup>98</sup> ได้บัญญัติเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทว่า ในเวลาใด ๆ ก่อนที่จะมีการดำเนินการด้านการทุจริตต่อหน้าที่ทางการแพทย์ คู่พิพาทจะต้องมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยภายใต้กระบวนการที่จัดตั้งขึ้นในศาลของมลรัฐเซาท์แคโรไลนาก่อนที่จะนำคดีฟ้องสู่ศาลตามเงื่อนไขมาตรา 15-79-125<sup>99</sup> ซึ่งได้มีการกำหนดขั้นตอนในการเข้าสู่กระบวนการว่าจะยื่นฟ้อง หรือเริ่มต้นดำเนินคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ โจทก์จะต้องยื่นคำบอกกล่าวเจตจำนงขอเบิกความและพยานเบิกความของผู้เชี่ยวชาญพร้อมระบุชื่อฝ่ายที่ถูกฟ้องในฐานะจำเลย และภายใน 90 วันแต่ไม่ช้ากว่า 120 วันนับจากการประกาศใช้เจตจำนงในการยื่นคำร้องต่อศาลให้คู่พิพาทเข้าร่วมในการประชุมไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้มีการขยายเวลาอีกไม่เกิน 60 วันหากมีเหตุอันสมควร แสดงให้เห็นว่า มลรัฐเซาท์แคโรไลนาได้กำหนดบังคับให้คู่พิพาทที่ต้องการดำเนินคดีในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ต้องเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนทุกคดีและมีการกำหนดเวลาให้ยื่นดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถือเป็นจุดที่สำคัญที่กฎหมายได้กำหนดเวลาไว้เพื่อป้องกันคู่พิพาทในการประวิงคดีให้ช้าลง

ฉะนั้น กระบวนการบังคับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา อันมีกำหนดเวลาในช่วงเริ่มต้นในความรับผิดชอบทางการแพทย์ต้องเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี จึงเป็นรูปแบบที่น่าสนใจที่การกำหนดเวลาเป็นการป้องกันการประวิงคดีของคู่พิพาท และไม่ทำให้คู่พิพาทรู้สึกเป็นการเพิ่มขั้นตอนเกินจำเป็น จึงเป็นรูปแบบที่มีความน่าสนใจที่ประเทศไทยอาจนำมาปรับใช้ในช่วงเริ่มต้นกระบวนการก่อนฟ้องคดีได้

## (ข.2) มลรัฐมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา มีกระบวนการการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ตามมาตรา 766.108 of the Florida Statutes mandates in person-

<sup>98</sup> The South Carolina Code of Laws Section 15-79-120.

<sup>99</sup> The South Carolina Code of Laws Section 15-79-125.

mandatory of medical negligence actions<sup>100</sup> มีเงื่อนไขว่าในการดำเนินคดีที่มีความค่าเสียหายเกิดขึ้นจากการบาดเจ็บ หรือเสียชีวิตในความรับผิดชอบทางการแพทย์ไม่ว่าจะเกิดจากละเมิด หรือสัญญา ต้องเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างน้อย 3 สัปดาห์ก่อนถึงกำหนดการพิจารณาคดี จึงเป็นมลรัฐหนึ่งที่กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในชั้นศาลโดยการทำข้อตกลงระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยก่อนมีการรักษาหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะไปฟ้องดำเนินคดีโดยมีคณะกรรมการ UF Health<sup>101</sup> เป็นผู้ดำเนินการ แสดงให้เห็นว่าเป็นกระบวนการที่เกิดจากข้อตกลงของคู่พิพาทก่อนการรักษาพยาบาล

กระบวนการการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบ แพทย์โดยคณะกรรมการ UF Health นี้ ประสบผลสำเร็จเป็นอย่างมาก และส่งผลให้เป็นการลดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีที่ไม่สำคัญถึง 87 เปอร์เซ็นต์<sup>102</sup> เมื่อเทียบกับการดำเนินคดีแบบเดิม และลดระยะเวลาในการแก้ไขข้อพิพาทโดยเฉลี่ยน้อยกว่าหกเดือน<sup>103</sup> นอกจากนี้ยังมีผลดีในด้านการอำนวยความสะดวกในช่วงต้นของการไกล่เกลี่ย เนื่องจากมีผู้ไกล่เกลี่ยที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือและสื่อสารเพื่อเพิ่มความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและผู้ให้บริการ ทำให้คู่พิพาทมีความเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยมากขึ้น

ฉะนั้นกระบวนการการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบแพทย์ของมลรัฐฟลอริดา อันมีผู้ไกล่เกลี่ย ซึ่งในที่นี้คือคณะกรรมการ UF Health ทำหน้าที่เป็นคนกลางผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี จึงเป็นรูปแบบของการดำเนินการเพื่อยุติข้อพิพาทที่มีความน่าสนใจ และอาจมีความเหมาะสมในการนำมาพิจารณาปรับใช้ในประเทศไทย เพราะเป็นระบบที่ได้ดำเนินการมาแล้วจนประสบความสำเร็จเป็นอย่างมากในการช่วยเหลือคู่พิพาทในการยุติข้อพิพาท

<sup>100</sup> The 2018 Florida Statutes, Section 766.108

<sup>101</sup> Randall C, Jenkins Gregory, Firestone, Kari L. Aasheim, Brian W. Boelens, “Mandatory Pre-Suit Mediation for Medical Malpractice : Eight-Year Result and Future Innovation,” [Online] Accessed 2019, December 26 Available from: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/crq.21194>.

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Ibid.

### (ข.3) มลรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐวอชิงตัน ได้มีบทบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับใน ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ตามมาตรา RCW 7.70.100<sup>104</sup> มีขั้นตอนดังนี้ก่อนการพิจารณา คดีของศาลไม่ว่าจะเป็นความรับผิดทางละเมิด สัญญา หรืออื่น ๆ สำหรับความเสียหายที่เกิดจาก ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ตามจะต้องได้รับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการพิจารณาคดีใน ชั้นศาลยกเว้นตามที่ระบุไว้ใน (4)

การร้องขอเพื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ภายใต้ RCW 7.70.110 มีข้อสังเกตสำหรับฝ่ายเรียกร้องให้ระงับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่รู้ถึง ความเสียหายจะได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดี แม้ว่าคดีที่นำมาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนี้จะ เคยถูกยกฟ้องโดยศาลมาแล้วก็ตาม<sup>105</sup> หรือเคยดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วแต่ไม่สำเร็จ<sup>106</sup> ถ้าร้อง ขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีภายใน 1 ปี สามารถยกเว้นค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดี ได้ แสดงให้เห็นว่า มลรัฐวอชิงตันได้มีการสนับสนุนให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยการยกเว้น ค่าธรรมเนียมให้คู่พิพาทที่ทำให้ผู้เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยรู้สึกว่าเป็นการบังคับ หรือเสียเวลาในการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหากไม่ไปดำเนินคดีในชั้นศาล แต่เป็นการส่งเสริมให้คู่พิพาทได้หันหน้าเข้ามา สื่อสารกันถึงปัญหาที่เกิดขึ้นได้โดยเร็ว และเกิดผลสำเร็จให้คู่พิพาทพิจารณาเพียงประเด็นที่สำคัญ เกี่ยวกับข้อพิพาทโดยไม่มีการพิจารณาในประเด็นอื่นที่ไม่เกี่ยวข้อง

ฉะนั้นกระบวนการการบังคับการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีใน ความรับผิดทางแพทย์ของมลรัฐวอชิงตัน อันมีกำหนดขอบเขตเวลาที่คู่พิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทภายในกำหนดเวลาจะได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียม ทำหน้าให้เป็นการจูงใจให้คู่พิพาทเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเร็ว ย่อมส่งผลดีให้คู่พิพาทสามารถทำความเข้าใจข้อพิพาท ได้ในระยะเวลาอันสั้นโดยไม่ต้องมีการดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไป จึงเป็นรูปแบบของการดำเนินการที่มี

<sup>104</sup> RCW 7.70.100 Mandatory mediation of health care claims—Procedures.

<sup>105</sup> Morris v. Swedish Health Servs No. 61467-3-I. Decided: January 20, 2009.

<sup>106</sup> Breuer v. Presta, No. 26843-8-III. Decided: January 29, 2009.

แรงจูงใจให้คู่พิพาทยุติข้อพิพาทที่มีความน่าสนใจ และอาจมีความเหมาะสมในการนำมาพิจารณาปรับใช้ในประเทศไทย

#### (ข.4) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี “ไม่เกิน 60 วันหลังจากการยื่นคำร้อง” ในกรณีที่มีประวัติความรุนแรงในครอบครัวระหว่างคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีจะถูกจัดขึ้นในคนละช่วงเวลาโดยการประชุมแยกกันระหว่างคู่พิพาท และมีการปกป้องสำหรับผู้ที่ถูกเป็นเหยื่อ ผู้ไกล่เกลี่ยจะได้รับอำนาจตามดุลยพินิจของตนแต่เพียงผู้เดียว ในการยกเว้นที่ปรึกษาและ / หรือบุคคลในครอบครัวเพื่อให้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>107</sup>

กรณีของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ไม่ได้มีบัญญัติไว้เฉพาะในเรื่องของความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ แต่ได้มีการนำมาใช้กับคดีครอบครัว โดยมีจุดประสงค์เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายเจรจายุติข้อพิพาทอย่างสันติและเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาด้วยการสื่อสารที่เปิดเผยและตรงไปตรงมาระหว่างกัน เพื่อให้ผสานความสัมพันธ์ของคู่พิพาท และลดความรุนแรงของผู้ปกครองที่ส่งเสริมการแก้ปัญหาที่เน้นเด็กเป็นสำคัญ<sup>108</sup>

ฉะนั้นในกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ที่ใช้กับคดีครอบครัว ที่มุ่งเน้นการรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทเป็นสำคัญ จึงเป็นรูปแบบที่น่าสนใจการพิจารณาการดำเนินการของผู้ไกล่เกลี่ยที่ช่วยระงับข้อพิพาทและยังคงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทไม่ให้เสียไป

#### (ข.5) สหภาพยุโรป

<sup>107</sup> Fam. Code 3170 and Fam. Code 3175.

<sup>108</sup> Jennifer Winestone, “Mandatory Mediation: A Comparative Review of How Legislatures in California and Ontario are Mandating the Peacemaking Process In Their Adversarial Systems,” [Online] Accessed 2020, July 26 <https://www.mediate.com/articles/WinestoneJ4.cfm>.



สหภาพยุโรปเริ่มต้นด้วยการบังคับคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย มีสองกรณีซึ่งก็เป็นแนวทางอยู่ในกฎของ EU: The EU Mediation Directive 2018/C 377/01<sup>109</sup>

(1) การเข้าร่วมในลักษณะเป็นเงื่อนไขก่อนการดำเนินคดีเป็นเพียงเงื่อนไขบังคับให้คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในชั้นตอนอื่น แต่ไม่ได้บังคับให้คู่พิพาทต้องทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทเนื่องจากหากดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วไม่สามารถที่จะตกลงกันก็สามารถที่นำข้อพิพาทเข้าสู่การดำเนินคดีในชั้นศาลได้ โดยต้องคำนึงว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต้องไม่เป็นการเสียค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและไม่เกิดความล่าช้าในการดำเนินคดี และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบบังคับนี้ใช้ในข้อพิพาทบางประเภท เช่น ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากกฎหมายครอบครัว กฎหมายแรงงาน การพิจารณาเรื่องกรรมสิทธิ์

(2) การส่งคดีไปไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีโดยผู้พิพากษา เป็นการให้ผู้พิพากษาประเมินลักษณะของคดีและให้คู่พิพาทต้องเข้าร่วมในการไกล่เกลี่ยก่อนที่จะดำเนินคดีต่อไป

กฎของสหภาพยุโรปดังกล่าวกำหนดขึ้นเป็นแนวทางให้แก่ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปในการเลือกระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับเพื่อให้บรรลุความสัมพันธ์ที่ดีในอนาคต และสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วมากกว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ รวมทั้งเป็นการกระตุ้นให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากขึ้นโดยการอาศัยกลไกที่เป็นเงื่อนไขให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี<sup>110</sup>

ดังนั้น เงื่อนไขการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันในกรณีที่เป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลที่คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนเสมอจึงจะสามารถเข้าสู่ชั้นตอนถัดไปได้ แต่มีความแตกต่างกันในเรื่องของกฎเกณฑ์ในส่วนรายละเอียด ในเรื่องกำหนดเวลาให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อ

<sup>109</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.5 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในสหภาพยุโรป

<sup>110</sup> Giuseppe De Palo, "A Ten-Year-Long "EU Mediation Paradox" When an EU Directive Needs To Be More ...Directive," [Online] Accessed 2020, July 26 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL\\_BR\(2018\)608847\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BR(2018)608847_EN.pdf).

พิพาทเพื่อให้มีการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างรวดเร็วในการยุติข้อพิพาท หรือหากไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้ก็สามารถที่จะดำเนินกระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอื่นได้ซึ่งการกำหนดเวลาเพียง 90 วัน หรือ 120 วัน

กำหนดเวลาดังกล่าวนี้ วิเคราะห์ได้ว่า เป็นขอบเขตเวลาที่เหมาะสม เพราะเป็นระยะเวลาที่ไม่ได้มาก หรือน้อยจนเกินไปที่จะทำให้คู่พิพาทเสียเวลาในการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย และเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีดำเนินคดีในชั้นศาล ถือว่าเป็นระยะเวลาที่น้อยมาก ในส่วนของข้อกำหนดประเภทคดีซึ่งมีเพียงมลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้คดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการฟ้องคดีในชั้นศาล ในส่วนของมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกามีจุดที่แตกต่างกับมลรัฐอื่น และสหภาพยุโรปที่เป็นการตกลงโดยข้อตกลงระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยกันล่วงหน้าที่จะระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี แม้เป็นการตกลงให้เข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนก็ไม่ได้ตัดสิทธิคู่พิพาทที่จะดำเนินคดีด้วยวิธีการอื่น

ข้อดีของการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ วิเคราะห์ได้ดังนี้

(1) การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย อาจเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นให้คู่พิพาทเห็นความสำคัญ และเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกได้มากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากประสบการณ์ของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ฟลอริดา วอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปที่เป็นการจูงใจให้เห็นถึงความสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อเข้าร่วมดำเนินการแล้วจะมีผู้ไกล่เกลี่ยให้ความช่วยเหลือแก่คู่พิพาทนำข้อพิพาทที่มีปัญหาร่วมกันเพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจนได้ข้อตกลงเป็นที่ยุติจากการตัดสินใจของคู่พิพาท

(2) การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับที่กำหนดให้คู่พิพาท ซึ่งมีอคติเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยได้เข้าร่วมในกระบวนการ และสามารถระงับข้อพิพาทนั้นด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย นอกจากจะเป็นการทำให้ได้มีโอกาสในการระงับข้อพิพาทที่มีต่อกันแล้ว ในทางกลับกัน ยังช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลด้วย ส่งผลให้มีการลดเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี ซึ่งจะเห็นได้จากประสบการณ์ของมลรัฐวอชิงตัน ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดให้สำหรับฝ่ายเรียกร้องให้ระงับการไกล่เกลี่ยข้อ

พิพาทภายในเวลาหนึ่งปีนับแต่รู้ถึงความเสียหาย จะได้รับยกเว้นค่าธรรมเนียมในการดำเนินคดี<sup>111</sup> จึงเป็นการจูงใจให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้อย่างเต็มใจแม้จะเป็นเงื่อนไขที่ บังคับเข้าสู่กระบวนการก็ตาม

(3) การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ยังช่วยแก้ปัญหา ความเข้าใจผิดที่มีต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยเฉพาะการที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมองว่า การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นสัญญาณที่แสดงถึงความกลัวที่จะเสียเปรียบในการดำเนินคดี ซึ่งจะเห็นได้จากประสบการณ์ของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป

ในส่วนอุปสรรคในการเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยสุจริต กล่าวคือ การกำหนดให้มีการเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยสุจริตมีความมุ่งหมายให้คู่พิพาทได้เข้ามาใน กระบวนการไกล่เกลี่ยเพื่อหาทางออกให้กับข้อพิพาท มิใช่เข้ามาเพื่อประวิงคดีให้ยืดยาวออกไป และ ยังเพื่อป้องกันมิให้คู่พิพาทเข้ามาในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและมีข้อตกลง แต่หากคู่พิพาทที่ เข้ามาไม่เจตนาที่แท้จริงไม่ประสงค์จะทำตามข้อตกลงที่มีร่วมกันในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นย่อม ไม่เกิดผลสำเร็จในกระบวนการที่จะได้ข้อตกลงในการยุติข้อพิพาท แต่ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีกำหนดขอบเขตของ เวลาเพื่อป้องกันคู่พิพาทในการประวิงคดี และอาศัยโอกาสจากการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อหาช่องทางให้ฝ่ายตนได้รับประโยชน์ที่ไม่เป็นธรรมกับอีกฝ่ายหนึ่งได้ จึงเป็นผลให้ลดระยะเวลาใน การแก้ไขข้อพิพาทโดยเฉลี่ยน้อยกว่าหกเดือน<sup>112</sup>

จากข้อพิจารณาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเข้าสู่กระบวนการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับนี้มีทั้งข้อดี และอุปสรรคในการเข้าสู่กระบวนการ เมื่อพิจารณาความ เหมาะสมกับการนำมาปรับใช้กับการระงับข้อพิพาทของประเทศไทยนั้น พบว่ากฎหมายของไทยได้มี

<sup>111</sup> Morris v. Swedish Health Servs No. 61467-3-I. Decided: January 20, 2009.

<sup>112</sup> Randall C, Jenkins Gregory, Firestone, Kari L. Aasheim, Brian W. Boelens, "Mandatory Pre-Suit Mediation for Medical Malpractice : Eight-Year Result and Future Innovation," [Online].

การบังคับให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีมโนสารและคดีผู้บริโภค<sup>113</sup> แต่เป็นกระบวนการภายหลังที่ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้ว ที่ศาลจะกำหนดนัดวันไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนวันนัดสืบพยานโจทก์-จำเลย และสอดคล้องกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลที่ศาลสามารถบังคับและจูงใจให้คู่พิพาทไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีได้ แต่กฎหมายไทยยังไม่มีกระบวนการบังคับให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี เป็นเพียงการบังคับให้ไกล่เกลี่ยภายหลังจากฟ้องคดีเท่านั้น และกรณีที่คู่พิพาทต้องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นด้วยความสมัครใจของคู่พิพาทต้องมีการยื่นคำร้องตามรูปแบบที่ศาลกำหนดไว้จึงจะเข้าสู่กระบวนการได้ไม่ได้เป็นการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยอัตโนมัติ

ดังนั้น สามารถพิจารณาได้ว่าการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีละเมิดทางการแพทย์สามารถที่นำมาใช้กับประเทศไทยได้จากที่กล่าวมา เนื่องจากได้เริ่มมีแนวคิดบังคับให้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการดำเนินคดีในคดีทางแพ่งถือว่าเป็นทิศทางที่ดีในการสนับสนุนให้เกิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และจากการวิเคราะห์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรป พบว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเมื่อนำมาใช้กับความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์เป็นกระบวนการที่สร้างความเข้าใจ และความรู้สึกให้คู่พิพาทได้สื่อสาร เจรจาระหว่างกันโดยมีคนกลางเป็นผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ความชำนาญทั้งด้านคดีและทางการแพทย์ ทำให้คู่พิพาทเข้าใจถึงข้อเท็จจริงในแต่ละประเด็นที่เป็นปัญหาให้เกิดความขัดแย้งระหว่างกันเพื่อประกอบการตัดสินใจร่วมกันระหว่างคู่พิพาท ไม่ใช่การพยายามค้นหาความจริงว่าฝ่ายใดถูกหรือผิด หรือเกิดการแพ้ชนะคดีกัน แต่เป็นการร่วมมือกันค้นหาคำตอบสุดท้ายของปัญหาที่สามารถยุติกันได้ด้วยตัวคู่พิพาท ฉะนั้นการแก้ไขกฎหมายให้มีกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นเงื่อนไขให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีจึงเป็นประโยชน์ต่อคู่พิพาทในการผสานความสัมพันธ์ที่ดีต่อไปในอนาคต และเป็นการลดขั้นตอนการพิจารณา สืบพยาน พิพากษาคดีในชั้นศาลส่งผลให้เป็นการประหยัดเวลาและประหยัดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

<sup>113</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

เมื่อพิจารณาการเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่ได้กล่าวข้างต้นมีสองรูปแบบได้แก่ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยความสมัครใจของคู่พิพาทในการทำความตกลงเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทที่ทั้งสองฝ่ายเห็นว่าเป็นความเหมาะสมกับข้อพิพาทของตนเพื่อหลีกเลี่ยงในการดำเนินคดีในชั้นศาล และการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นเงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนหากต้องการดำเนินคดีในชั้นศาล โดยจะเริ่มเปรียบเทียบวิธีการระงับข้อพิพาทแบบสมัครใจที่มีวิธีการเจรจา การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การอนุญาโตตุลาการ และกองทุนการชดเชยดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยความสมัครใจ

วิธีการระงับข้อพิพาท/ ประเด็น	การเจรจา	การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท	การอนุญาโตตุลาการ	กองทุนการชดเชย
การสมัครใจเข้าสู่ กระบวนการ	คู่พิพาทเริ่มต้น กระบวนการเจรจา ด้วยตัวคู่พิพาท	ยื่นคำร้องต่อศาลหรือ หน่วยงานไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท	คู่พิพาทมีข้อสัญญาตกลง ในการระงับข้อพิพาทด้วย อนุญาโตตุลาการ และ ยื่นคำร้องต่อสถาบัน อนุญาโตตุลาการ	ยื่นคำร้องต่อ หน่วยงานสาธารณสุข ที่เกี่ยวข้องกับ กองทุนชดเชย ภายในระยะเวลา กำหนดนับแต่รู้ถึง ความเสียหาย

จากตารางดังกล่าวการระงับข้อพิพาททางเลือกแบบสมัครใจ การเข้าสู่กระบวนการของคู่พิพาททุกวิธีการระงับข้อพิพาทเกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาทเป็นพื้นฐานสำคัญในการตัดสินใจเข้าร่วมกระบวนการ แต่ละประเภทมีการเข้าสู่กระบวนการที่แตกต่างกันตามหลักการพื้นฐานของการระงับข้อพิพาทวิธีการนั้น ๆ เพื่อเป็นแนวทางให้คู่พิพาทสามารถเลือกใช้วิธีที่เหมาะสมกับ

ข้อพิพาทของตนมากที่สุด หากคู่พิพาทเห็นว่าวิธีดังกล่าวไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทของตนจึงไม่สมัครใจที่จะเข้าร่วมกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกก็สามารถไปใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องดำเนินคดีต่อกันได้

ในส่วนตารางต่อไปจะเป็นการเปรียบเทียบการระงับข้อพิพาททางเลือกเชิงบังคับ การเข้าสู่กระบวนการจะเป็นเงื่อนไขของการฟ้องคดีในชั้นศาล โดยมี 2 วิธี ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ และการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ ที่สามารถเปรียบเทียบได้ดังตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 3 ตารางเปรียบเทียบการระงับข้อพิพาททางเลือกเป็นเงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนหากต้องการดำเนินคดีในชั้นศาล

วิธีการระงับข้อพิพาท/ ประเด็น	การเจรจา	การไกล่เกลี่ย ข้อพิพาท	การอนุญาโตตุลาการ	กองทุน การชดเชย
เงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่ กระบวนการระงับข้อ พิพาททางเลือกก่อนหาก ต้องการดำเนินคดีในชั้น ศาล	-	เป็นการบังคับ คู่พิพาทเข้าสู่ กระบวนการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทก่อน เข้าสู่การดำเนินการ ชั้นศาล	คู่พิพาทมีข้อสัญญาตกลงใน การระงับข้อพิพาทด้วย อนุญาโตตุลาการและจะไม่ สามารถดำเนินคดีในชั้นศาล ได้	-

จากตารางดังกล่าวเป็นการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับซึ่งมีเพียงวิธีการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และอนุญาโตตุลาการที่มีการบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการดังกล่าวก่อนเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้น แต่มีความแตกต่างกันในประเด็นการเข้าสู่การดำเนินคดีในชั้นศาล พบว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีในชั้นศาลได้แตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับที่เป็นเพียงเงื่อนไขของการฟ้องคดีที่ต้องเริ่มต้น

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน หากไม่สามารถตกลงกันได้ยังสามารถฟ้องคดีต่อศาลต่อไปได้ และมีการวิพากษ์วิจารณ์ทั้งสองกรณีว่าขัดรัฐธรรมนูญในเรื่องการละเมิดมาตรการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันของรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>114</sup> พบว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>115</sup> เนื่องจากเป็นการจำกัดสิทธิการเข้าถึงการดำเนินคดีในชั้นศาลที่เมื่อทำสัญญาจะไม่สามารถเข้าสู่ศาลได้ และขัดต่อการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ แต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับไม่ได้จำกัดสิทธิการเข้าสู่กระบวนการอื่นแต่อย่างใดเป็นเพียงแค่เงื่อนไขบังคับก่อนเท่านั้นเพื่อเปิดโอกาสให้คู่พิพาทได้พยายามสื่อสารตกลงกันในข้อพิพาทด้วยตัวคู่พิพาทก่อน หากไม่สามารถทำความตกลงในข้อพิพาทได้คู่พิพาทสามารถเข้าสู่การดำเนินคดีในชั้นศาล หรือวิธีการระงับข้อพิพาทอื่นที่คู่พิพาทตกลงกันได้ โดยในประเทศไทยยังไม่มีกระบวนการเข้าสู่การระงับข้อพิพาทลักษณะบังคับในสองรูปแบบนี้ หากจะนำกระบวนการใดมาใช้ในกฎหมายไทยควรนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้เนื่องจากไม่เป็นการขัดรัฐธรรมนูญและกฎหมายไทยมีการสนับสนุนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการดำเนินคดีในศาลหลายฉบับจึงมีความเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้ซึ่งจะวิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อที่ 4.5

#### 4.3.2 การดำเนินกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษาการดำเนินการระงับข้อพิพาทแต่ละประเภท พิจารณาได้ว่าการดำเนินการระงับข้อพิพาททางเลือกแต่ละวิธีจะมีลักษณะเฉพาะที่เป็นจุดเด่นให้คู่พิพาทสามารถนำไปปรับใช้กับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นที่มีทั้งการดำเนินกระบวนการพิจารณาด้วยตัวคู่พิพาทเองโดยไม่ต้องมีบุคคลอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาท หรือการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นเพียงผู้ช่วยเหลือให้ความสะดวกแก่คู่พิพาทแต่การตัดสินใจในชั้นตอน

<sup>114</sup> Florence Yee, “Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis,” *Cardozo J. of Conflict Resolution*: 413-414.

<sup>115</sup> Matthew Parrott, “Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution,” *Fordham Law Review* 75,5 (2007): 2689.

สุดท้ายอยู่ที่ตัวคู่พิพาท ได้แก่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือกรณีที่คนกลางมีส่วนร่วมในการตัดสินข้อพิพาท ได้แก่ การอนุญาโตตุลาการ ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างในการดำเนินการระงับข้อพิพาทแต่ละวิธี เพื่อให้เหมาะสมกับลักษณะข้อพิพาทแต่ละประเภทและคู่พิพาทเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ทุกฝ่าย

### (ก) ระบบกองทุนชดเชยและระบบประกันภัยในความรับผิดชอบทางการแพทย์ (Compensation Systems)

ในส่วนการประกันภัยความรับผิดชอบทางการแพทย์ในต่างประเทศที่ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีลักษณะการประกันภัยโดยบริษัทประกันภัยเอกชน และประเทศอังกฤษเป็นลักษณะที่แพทย์รวมตัวกันเป็นสมาคมเพื่อประกันภัยตนเอง ซึ่งเป็นความร่วมมือกันระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพทางการแพทย์ที่มีความเสี่ยงในลักษณะเดียวกันโดยภาครัฐให้การสนับสนุนทางด้านงบประมาณ

#### (ก.1) ประเทศอังกฤษ

ประการสำคัญกรณีที่มีการร้องเรียน (Complaints) หรือการขอรับการชดเชย NHS ผ่านทาง Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) เมื่อผู้ป่วยยื่นคำร้องแล้วจะมีผู้พิจารณาจำนวนค่าเสียหายที่ผู้ป่วยจะได้รับเรียกว่า “Secretary of State” ซึ่งเป็นเลขาธิการแห่งรัฐผู้บริหารโครงการ CNSGP เป็นผู้พิจารณาว่าผู้เสียหายจะได้รับค่าชดเชยจำนวนเท่าใดโดยเป็นการใช้ดุลพินิจของผู้พิจารณาดังกล่าวที่ระบุไว้ในเงื่อนไข ข้อ 7 ของกฎ CNSGP ซึ่งผู้ป่วยอาจจะไม่ได้รับเต็มจำนวนตามที่ได้ยื่นคำร้องมา และในบางกรณีผู้ป่วยอาจจะไม่ได้รับค่าชดเชยได้ตามหลักเกณฑ์ข้อ 8 ของกฎ CNSGP และมี Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST) เป็นกองทุนชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติงานของบุคลากรทางการแพทย์ที่มีเงินสำรองไว้สำหรับสมาชิก<sup>116</sup>

ในส่วนของประเทศไทยแม้มีพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ พ.ศ. 2545 ที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับกองทุนชดเชยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดทาง

<sup>116</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.6.2 กองทุนชดเชยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ (Compensation Systems)



การแพทย์เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษที่รัฐนำงบประมาณมาช่วยเหลือกองทุนเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้น แต่ประสบปัญหาเนื่องจากงบประมาณมีไม่เพียงพอเนื่องจากกองทุนชดเชยเป็นระบบที่ต้องใช้เงินจำนวนมากในการสนับสนุนและไม่สามารถสร้างระบบที่เป็นธรรมได้ ด้วยเหตุที่เป็นการคุ้มครองเฉพาะผู้ป่วยภายใต้โครงการหลักประกันสุขภาพเท่านั้น และจำกัดวงเงินชดเชยไว้ค่อนข้างน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับความสูญเสียของผู้ป่วยจึงยังไม่เกิดประสิทธิภาพในการชดเชยความเสียหายให้กับผู้ป่วยได้อย่างทั่วถึง<sup>117</sup> และประเทศไทยไม่ได้มีหน่วยงานที่กำหนดชัดเจนถึงการให้ค่าชดเชยในกรณีที่เกิดแพทย์กระทำละเมิดโดยความประมาทเลินเล่ออย่างเช่นประเทศที่มีหน่วยงาน CNSGP หรือ CNST รองรับไว้ชดเชยความเสียหายแก่ผู้ป่วยที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำดังกล่าวสามารถยื่นคำร้องต่อ CNSGP หรือ CNST ได้ แต่ประเทศไทยเป็นการพิจารณาถึงลักษณะความเสียหายที่เกิดขึ้นที่คู่พิพาทจะได้รับค่าชดเชยดังที่ปรากฏในพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพ พ.ศ. 2545 มาตรา 41 ที่จะให้ค่าชดเชยเมื่อเกิดความเสียหายถึงแก่ชีวิต หรือมีความพิการไม่สามารถช่วยเหลือตนเองได้

ฉะนั้น ในประเด็นเรื่องกองทุนชดเชยความเสียหายมีความแตกต่างกันที่ประเทศอังกฤษมีการกำหนดชัดเจนถึงการกระทำของแพทย์ผู้ให้บริการต้องเกิดจากความรับผิดชอบโดยประมาทเลินเล่อ โดยไม่ได้คำนึงถึงความเสียหายที่ผู้ป่วยได้รับจึงเป็นการพิจารณาในด้านของการกระทำของผู้ให้บริการทางการแพทย์ แต่ในประเทศไทยเป็นการพิจารณาในส่วนผลของการกระทำที่ผู้ป่วยได้รับความเสียหายในการพิจารณาจ่ายค่าชดเชย

## (ก.2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ระบบประกันเป็นการที่ผู้ให้บริการทางการแพทย์ใช้ระบบป้องกันตัวเองเมื่อเกิดความเสียหายที่ต้องชดเชยค่าเสียหายต่อผู้ป่วย ผู้รับประกันภัยจะเข้ามารับผิดชอบแทนแพทย์ผู้เอาประกันภัย การประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหลายรูปแบบ แต่โดยทั่วไปจะเป็นลักษณะการประกันภัยภาคสมัครใจ เช่น ในมลรัฐเท็กซัส มลรัฐอลาบามา แบ่งการประกันภัยในกรณีนี้ออกเป็น 3 กลุ่ม การประกันภัยส่วนบุคคล การประกันภัยของ

<sup>117</sup> เวชศาสตร์ เรื่อง โสภิษฐ, “การประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2,3 (กันยายน – ธันวาคม 2559): 349.

โรงพยาบาลและสถาบันทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้อง และการประกันภัยของคลินิก ร้านขายยา สถานพยาบาล ซึ่งไม่มีที่פק สำหรับการประกันภัยทั้งสามกลุ่มดังกล่าวเป็นการเอาประกันภัยเพื่อให้ผู้รับประกันภัยจ่ายเงินชดเชยผู้เอาประกันภัยอันเนื่องมาจากผู้ป่วยได้รับความเสียหายอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อจากการให้บริการทางวิชาชีพของผู้ประกอบวิชาชีพที่แพทย์เป็นผู้เอาประกันภัย ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่าไม่เป็นทางออกที่ดีในการแก้ปัญหา เนื่องจากการมีประกันภาระับผิดชอบในวิชาชีพของแพทย์ เรียกกันว่า Malpractice Insurance ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่แพทย์หรือโรงพยาบาลจะทำประกันไว้เพื่อป้องกันการฟ้องคดีเมื่อเกิดความเสียหายขึ้นจากการกระทำของแพทย์ แต่ท้ายที่สุดค่าประกันภัยที่แพทย์จ่ายไปนั้นกลับกระจายไปสู่ค่ารักษาพยาบาล (Medical Bills) ทำให้ค่าใช้จ่ายในการรักษาพยาบาลในประเทศสหรัฐอเมริกาสูงขึ้นจึงไม่ใช่ทางออกที่ดีในการแก้ปัญหาการฟ้องคดีในชั้นศาลที่ผลลัพธ์สุดท้ายผู้ที่ได้รับผลกระทบกลับเป็นผู้ป่วยผู้ได้รับความเสียหาย<sup>118</sup>

### (ข) การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการอนุญาโตตุลาการด้วยความสมัครใจ หรือการบังคับการอนุญาโตตุลาการในช่วงดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อมเกิดจากข้อสัญญาที่คู่พิพาทได้กำหนดขึ้นเพื่อให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ เพียงแต่การบังคับการอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทจะมีเงื่อนไขในข้อตกลงไม่ให้นำมาดำเนินการพิจารณาคดีทางศาลได้อีกต่อไป สำหรับการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการสามารถแยกพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

#### (ข.1) การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Voluntary Arbitration)

การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ เป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทโดยคู่พิพาทตกลงกันทำเป็นสัญญาด้วยความสมัครใจของทั้งสองฝ่าย ที่มีใจความสำคัญ คือ การเสนอข้อพิพาทของตนที่เกิดขึ้นในอนาคตให้อนุญาโตตุลาการเป็นผู้ชี้ขาด ไม่ว่าจะมีการกำหนดตัวผู้เป็นอนุญาโตตุลาการไว้ในขณะทำสัญญาหรือไม่ แสดงให้เห็นว่าเป็นการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกิดจากความยินยอมพร้อมใจของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายในการมอบอำนาจให้

<sup>118</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution*: 397-403.

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาท ซึ่งในต่างประเทศการอนุญาโตตุลาการเป็นที่นิยมในการระงับข้อพิพาททางการการค้าจึงมีอนุญาโตตุลาการนอกศาล มี 2 รูปแบบ คือ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (Institute Arbitration) อนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ (ad hoc Arbitration) ข้อสังเกตการอนุญาโตตุลาการที่นำมาใช้กับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในต่างประเทศมักเป็นการอนุญาโตตุลาการนอกศาลที่เป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่นในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>119</sup> เนื่องจากสถาบันอนุญาโตตุลาการ มีชื่อเสียง และประสบการณ์ในการชี้ขาดตัดสินคดี ตลอดจนมีกฎเกณฑ์เฉพาะในแต่ละสถาบันที่ทำให้คู่สัญญาเชื่อมั่นในการตัดสิน เมื่อมีคำชี้ขาดออกมาก็สามารถมีแนวโน้มที่คู่พิพาทจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดมากกว่าที่จะทำตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการมากกว่าอนุญาโตตุลาการเฉพาะกิจ<sup>120</sup>

#### (ข.1.1) มลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา

มลรัฐฟลอริดา ได้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ กระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยความสมัครใจที่มีผลผูกพัน (Voluntary binding arbitration of medical negligence claims) ตามบทบัญญัติกฎหมาย The 2019 Florida มาตรา 766.207<sup>121</sup> ในคดีทางการแพทย์ที่เกิดจากการทุจริตต่อหน้าที่โดยความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจเรียกร้องให้เมื่อยื่นข้อเสนอมให้คณะอนุญาโตตุลาการเพื่อให้จำเลยยอมรับความผิด และกำหนดความเสียหายให้แก่ฝ่ายผู้เสียหายแล้ว เมื่อการอนุญาโตตุลาการได้รับข้อเรียกร้องจากคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้ว มีข้อห้ามผู้เรียกร้องดำเนินคดีกับจำเลยที่ได้เข้าร่วมการเยียวยาความเสียหายอื่นใดอีก และระยะเวลาในการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการขึ้นอยู่กับคู่พิพาทฝ่ายต่าง ๆ และคณะอนุญาโตตุลาการ แสดงให้เห็นว่า มลรัฐฟลอริดา มีกฎหมายเฉพาะสำหรับกระบวนการอนุญาโตตุลาการโดยความสมัครใจในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์กำหนดไว้ แต่ไม่ได้มีการ

<sup>119</sup> ดูในหัวข้อ 3.3.3.3 กระบวนการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการในคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ (ก) การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจ (Compulsory Arbitration) ประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>120</sup> เสาวนีย์ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 40-41.

<sup>121</sup> The 2019 Florida Statutes Title XLV TORTS Chapter 766 MEDICAL MALPRACTICE AND RELATED MATTERS 766.207 Voluntary binding arbitration of medical negligence claims.

กำหนดระยะเวลาในการชี้ขาดข้อพิพาท เนื่องจากการพิจารณาข้อพิพาทระยะเวลาขึ้นอยู่กับตัว คู่พิพาททั้งสองฝ่ายและอนุญาโตตุลาการผู้ตัดสินคดี ส่งผลให้การดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ไม่ได้ กำหนดขอบเขตเวลาเป็นผลเสียที่คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประวิงคดีได้

### (ข.1.2) ประเทศสิงคโปร์

แม้ในประเทศสิงคโปร์จะไม่มี การระงับ ข้อพิพาท ด้วย อนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะเกี่ยวกับข้อพิพาททางการแพทย์ แต่เนื่องจากประเทศสิงคโปร์เป็น ประเทศที่มีกฎหมายอนุญาโตตุลาการที่ทันสมัย ประกอบไปด้วย พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ (ฉบับที่ 10) (ฉบับแก้ไข 2002) หรือพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ (Cap. 143A) (IAA) ที่ควบคุมการดำเนินการของอนุญาโตตุลาการถูกตราขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้บังคับ กับอนุญาโตตุลาการภายในประเทศกับกฎหมายต้นแบบ UNCITRAL ปี 1985 เกี่ยวกับ อนุญาโตตุลาการการค้าระหว่างประเทศ และมีสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นที่ยอมรับในประเทศ สิงคโปร์ ได้แก่ สถาบันอนุญาโตตุลาการประเทศสิงคโปร์ (SIAC - Singapore International Arbitration Centre) ถือได้ว่าเป็นสถาบันอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการยอมรับเป็นอันดับต้น ๆ ของ โลก เนื่องด้วยการมีข้อบังคับและหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ชัดเจน ครบคลุม รวดเร็ว อีกทั้งเป็นที่ยอมรับในเรื่องความเชี่ยวชาญพิเศษของบุคคลผู้ทำหน้าที่ อนุญาโตตุลาการในสาขาต่าง ๆ ขั้นตอนการดำเนินการได้บัญญัติไว้ชัดเจนในพระราชบัญญัติ อนุญาโตตุลาการถึงกระบวนการดำเนินการอนุญาโตตุลาการ เห็นว่า มาตรา 9 เป็นมาตราที่สำคัญใน การดำเนินกระบวนการพิจารณาของอนุญาโตตุลาการคู่พิพาทที่ตกลงกันเป็นอย่างอื่นกระบวนการ พิจารณาของอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทนั้นจะเริ่มในวันที่มีการร้องขอให้มีการส่งข้อ พิพาทไปยังอนุญาโตตุลาการ<sup>122</sup>

ผู้วิจัยพิจารณาเห็นว่า หลักการของการอนุญาโตตุลาการแบบสมัคร ใจมีลักษณะพิเศษ คือการให้คู่พิพาททำสัญญาตกลงกันที่จะเลือกบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็น อนุญาโตตุลาการเพื่อทำการตัดสินชี้ขาด และด้วยความยุ่งยากสลับซับซ้อนของคดีอนุญาโตตุลาการที่

<sup>122</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.4.3 การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสิงคโปร์

คู่พิพาทมักเลือกจะเป็นผู้ที่มีความรู้มีความเชี่ยวชาญในเรื่องที่พิพาทเป็นอย่างดีทำให้เข้าใจเรื่องที่พิพาทและพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้รวดเร็วซึ่งส่งผลให้การชี้ขาดข้อพิพาททำได้อย่างรวดเร็วและยุติธรรม<sup>123</sup> และยังสามารถจะรักษาความลับของคู่พิพาทได้เป็นอย่างดี ประเด็นที่สำคัญคือผลคำตัดสินจะผูกพันคู่พิพาทได้ตามกฎหมาย อนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจจึงเป็นวิธีการหนึ่งอาจสามารถนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ดังที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐฟลอริดา<sup>124</sup> จึงเป็นการช่วยลดปัญหาการนำคดีทางการแพทย์ขึ้นสู่ศาล ลดระยะเวลาในการฟ้องคดี ทำให้การพิจารณาคดีมีความรวดเร็ว และการพิจารณาคดียังมีการพิจารณาเป็นการลับไม่ก่อให้เกิดผลเสียกับคู่พิพาทด้วยลักษณะของวิธีการนี้ต้องเกิดจากการที่คู่พิพาทตกลงกันที่จะเลือกใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท เป็นการแสดงให้เห็นว่าคู่พิพาทต้องการที่จะรักษาสัมพันธภาพระหว่างกันเป็นผู้ให้บริการและผู้รับบริการที่ดีต่อกัน และถือว่าเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่มีความเป็นทางการเทียบเท่าการพิจารณาคดีในชั้นศาล และมากกว่าการเจรจาต่อรอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

อนุญาโตตุลาการยังมีจุดแข็ง ในกรณีผู้ตัดสินคู่พิพาทสามารถเลือกผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ที่เฉพาะเจาะจง แทนที่จะปล่อยให้คณะลูกขุน หรือผู้พิพากษาที่ไม่เข้าใจปัญหาที่แท้จริง การอนุญาโตตุลาการจึงมีข้อได้เปรียบที่เป็นเอกลักษณ์ของการมีผู้ตัดสินที่มีทักษะและมีความรู้ อนุญาโตตุลาการเกือบจะเป็นคำจำกัดความที่มีประสิทธิภาพอย่างยิ่งในการหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีในชั้นศาล แต่ยังมีข้อจำกัดกรณีเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดอุทธรณ์การตัดสินใจ เมื่อพบว่าการตัดสินของผู้ชี้ขาดสามารถถูกพลิกกลับได้สำหรับข้อผิดพลาดในกระบวนการความลำเอียงหรือเกิดจากการหลอกลวง ฉ้อฉล

ส่วนของข้อบกพร่องหากจะนำการอนุญาโตตุลาการมาใช้ในทางการแพทย์นั้น เนื่องจากการอนุญาโตตุลาการอาจเป็นเพียงทางเลือกอีกทางหนึ่งที่จะเลือกนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาท แต่ลักษณะของการอนุญาโตตุลาการยังเป็นลักษณะกึ่งศาล คือยังต้องมีการตัดสินให้มีฝ่ายที่เป็นผู้แพ้ และฝ่ายที่เป็นผู้ชนะ วิธีการนี้จึงอาจยังไม่ใช่วิธีการแก้ปัญหาความขัดแย้งเพื่อยุติข้อพิพาททางการแพทย์ และทำให้เกิดความสมานฉันท์ได้ตรงจุด หากการจัดระบบไม่ดีก่อให้เกิด

<sup>123</sup> ศรีรุ่ง ทองพรรณ, “อนุญาโตตุลาการทางการแพทย์,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 1, 1 (มกราคม-เมษายน 2558): 375.

<sup>124</sup> คู่มือหัวข้อ 3.2.4.2 การอนุญาโตตุลาการแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

ความไม่ยุติธรรมในการชี้ขาดข้อพิพาทได้นำไปสู่การไม่เชื่อมั่นในการที่จะนำมาใช้โดยเฉพาะเกี่ยวกับเรื่องของตัวบุคคลที่จะถูกเลือกมาเป็นอนุญาโตตุลาการ หากเป็นผู้ที่ไม่มีความยุติธรรม ไม่มีความรู้ ไม่มีความซื่อสัตย์ในหน้าที่ ไม่มีประสบการณ์และไหวพริบที่เหมาะสมกับเรื่องที่พิพาทก็อาจจะส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของคู่พิพาท และเมื่อมีคำชี้ขาดออกมาอาจทำให้มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ยอมรับที่จะปฏิบัติตามก่อให้เกิดการสูญเสียเวลาที่ไม่จำเป็นต้องกลับไปดำเนินการคดีในศาลต่อไป และบางกรณีหากใช้การพิจารณาคดีโดยอนุญาโตตุลาการก็อาจจะมีความใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูงกว่าการดำเนินการในศาลการที่จะนำอนุญาโตตุลาการมาใช้ในทางการแพทย์อาจพบปัญหาเรื่องของความขัดแย้งที่เกิดจากข้อพิพาททางการแพทย์ซึ่งส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการทางการแพทย์นั้น การใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจช่วยรักษาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ให้และผู้รับบริการทางการแพทย์ได้ในระดับหนึ่ง แต่ด้วยลักษณะของการอนุญาโตตุลาการยังต้องใช้การตัดสินใจให้มีฝ่ายแพ้และฝ่ายที่ชนะคดี การใช้การอนุญาโตตุลาการในคดีทางการแพทย์จึงอาจจะยังไม่ใช่ทางเลือกที่ดีและเหมาะสมที่สุด

## (ข.2) การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration)

จากการศึกษาเกี่ยวกับการนำระบบอนุญาโตตุลาการมาใช้ในการดำเนินคดีฟ้องร้องทางการแพทย์ โดยชี้แจงว่า ที่ผ่านมาได้มีการวางระบบอนุญาโตตุลาการเพื่อนำมาใช้แทนระบบศาลในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>125</sup> โดยสามารถแบ่งออกเป็นสามประเภท ได้แก่ รูปแบบที่หนึ่ง คือ ระบบอนุญาโตตุลาการแบบดั้งเดิม (Traditional Arbitration) ซึ่งเป็นระบบใกล้เคียงข้อพิพาทที่ดำเนินการโดยสถานบริการทางการแพทย์โดยระบบนี้ผู้บริโภคร หรือผู้ป่วยมักไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากจะยินยอมใกล้เคียงข้อพิพาทหรือไม่เท่านั้น จากการศึกษาพบว่าโรงพยาบาลมีความพึงพอใจเพราะค่าใช้จ่ายไม่มากนักและการเจรจาส่วนใหญ่ฝ่ายแพทย์จะมีความได้เปรียบสูง ในทางตรงกันข้ามผู้ป่วยมักเป็นฝ่ายเสียเปรียบ เพราะไม่เพียงแต่ไม่มีอำนาจในการต่อรอง แต่เมื่อตัดสินใจแล้วก็เท่ากับสละสิทธิในการฟ้องร้องทางศาลไปโดยปริยาย รูปแบบที่สอง คือระบบอนุญาโตตุลาการที่ได้รับการส่งเสริมและสนับสนุนโดยภาครัฐ (Facilitated Arbitration) ซึ่งมีรูปแบบที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น

<sup>125</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.5 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration)

เพราะรัฐเป็นผู้กำหนดกติกาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาทเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมด้านผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย และรูปแบบที่สาม คือ ระบบอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ (Mandatory Arbitration) ซึ่งรัฐจะออกกฎหมายเพื่อบังคับให้คดีฟ้องร้องต่าง ๆ ต้องผ่านการคัดกรองโดยอนุญาโตตุลาการก่อนจะนำขึ้นพิจารณาในชั้นศาล ในระบบนี้อนุญาโตตุลาการจะไม่เพียงทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย แต่จะเป็นกลไกที่ทำการคัดกรองรูปความก่อนที่คู่กรณีจะไปสู้คดีต่อในศาล ทั้งนี้จากการศึกษาพบว่ากลไกคัดกรองโดยอนุญาโตตุลาการส่งผลกระทบต่อจำนวนคดีฟ้องร้องในศาลเพียงเล็กน้อยเท่านั้น

ข้อสังเกต ในระหว่างมีการปฏิรูปการละเมิดทางการแพทย์ในปี ค.ศ. 1980 มลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่ได้ใช้กฎหมายในการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ<sup>126</sup> โดยหวังว่าจะช่วยบรรเทาความล่าช้า ลดค่าใช้จ่าย แต่กลับทำให้เกิดปัญหา รวมถึงเป็นการละเมิดมาตรฐานการคุ้มครองที่เท่าเทียมกันในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องของการใช้อำนาจอธิปไตยที่มีการแยกอำนาจนิติบัญญัติและตุลาการออกจากกัน<sup>127</sup> จึงทำให้สิทธิในการพิจารณาคดีของคู่พิพาทโดยคณะลูกขุนและสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลถูกจำกัด ขัดต่อรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกา โดยประเด็นขัดแย้งทางรัฐธรรมนูญของอนุญาโตตุลาการต่อการระงับข้อพิพาทในคดีความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ ส่งผลให้เกิดการยกเลิกการบังคับใช้กฎหมายอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับ<sup>128</sup> การตัดสินใจโดยอนุญาโตตุลาการที่มีผลผูกพันยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ เพราะนักกฎหมายยืนยันว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการละเมิดกระบวนการยุติธรรม เพราะผู้ดำเนินคดีความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากคู่พิพาทอื่น ๆ เนื่องจากข้อตกลงอนุญาโตตุลาการ มีการจำกัดสิทธิการเข้าสู่ขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลด้วยการตกลงในข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนทำ

<sup>126</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.5.2 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>127</sup> Matthew Parrott, "Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution," *Fordham Law Review* 75,5 (2007): 2689.

<sup>128</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution*,: 413-415.

การรักษาทุกครั้งว่า ผู้ป่วยเมื่อได้รับความเสียหายจากการรักษาพยาบาลจะนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการและต้องไม่นำข้อพิพาทฟ้องต่อศาล ในทางตรงกันข้ามหากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีผลผูกพันเป็นเพียงผู้ช่วยเหลือให้เกิดข้อตกลงร่วมกันของคู่พิพาท ไม่ได้ละเมิดสิทธิในการพิจารณาคดีโดยคณะลูกขุน เพราะคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ยอมรับคำชี้ขาดนั้นได้ และสามารถไปดำเนินการพิจารณาคดี ดังนั้น อนุญาโตตุลาการเชิงบังคับที่คำชี้ขาดมีผลผูกพันคู่พิพาทเป็นการขัดรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อแก้ไขข้อกังวลดังกล่าวสภานิติบัญญัติของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเข้ามาแทนที่บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับด้วยบทบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจ มีวัตถุประสงค์เพื่อเพิ่มรายละเอียดที่ยังเป็นอุปสรรคต่อการอนุญาโตตุลาการ และจากการวิจัยเชิงประจักษ์ได้แสดงให้เห็นว่า การแก้ไขนี้ไม่ได้ทำให้วิธีอนุญาโตตุลาการถูกนำไปใช้ระงับข้อพิพาททางการแพทย์เพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้สิ่งที่น่าสนใจที่สุดคือ บทบัญญัติอนุญาโตตุลาการโดยสมัครใจเหล่านี้ยังคงก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ว่าละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ป่วย ในการที่โรงพยาบาล หรือแพทย์ได้ให้ผู้ป่วยทำสัญญาก่อนการรักษาว่าจะระงับข้อพิพาทด้วยอนุญาโตตุลาการโดยไม่ดำเนินคดีในชั้นศาล

จากการวิเคราะห์ผู้วิจัยพบว่า กฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาในมลรัฐยูทาห์ มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐออริกอนที่ได้กำหนดให้ผู้ป่วยทำสัญญากับผู้ให้บริการทางการแพทย์ก่อนทำการรักษา ว่าเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นในอนาคตจะต้องระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการตามที่ได้ตกลงกันในสัญญาไม่สามารถนำข้อพิพาทขึ้นสู่ศาลได้ แม้การเข้าทำสัญญาจะเกิดจากความยินยอมของผู้ป่วยในการจะเข้าทำสัญญาหรือไม่ แต่ในทางปฏิบัตินั้น แพทย์มักมีเงื่อนไข และการโน้มน้ามให้ผู้ป่วยเข้าทำสัญญาอนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะทำการรักษาซึ่งในสถานการณ์ขณะนั้นที่ผู้ป่วยต้องการได้รับการรักษาย่อมมีระยะเวลาสั้นในการตัดสินใจจึงเข้าทำสัญญาตามการชักจูงของแพทย์ จึงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันในประเทศสหรัฐอเมริกาว่าเป็นการขัดรัฐธรรมนูญที่ผู้ป่วยหมดสิทธิการนำคดีขึ้นสู่ศาล<sup>129</sup>

<sup>129</sup> Ibid.



### (ค) การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

หลังจากที่ทั้งสองฝ่ายได้แลกเปลี่ยนข้อเสนอเบื้องต้นที่เป็นจุดยืนของแต่ละฝ่ายแล้ว ต้องหาเหตุผลเพื่อสนับสนุนจุดยืนของตน ถือเป็นโอกาสดีที่แต่ละฝ่ายจะได้เรียนรู้ได้ให้การศึกษาหรือได้แจ้งให้ทราบซึ่งกันและกันเกี่ยวกับประเด็นเจรจาว่ามีความสำคัญอย่างไร และแต่ละฝ่ายจะบรรลุความต้องการของตนได้อย่างไร ขึ้นต่อมาเป็นการต่อรองและแก้ปัญหาความสำคัญของกระบวนการเจรจาต่อรองก็คือมีทั้งการให้และการรับ (give and take) เพื่อให้ได้ข้อยุติเกิดขึ้น ทั้งสองฝ่ายจำเป็นต้องโอนอ่อนผ่อนปรนซึ่งกันและกันทักษะการเจรจาต่อรองจึงสำคัญมากในขั้นตอนการดำเนินการเจรจาต่อรองนี้

การเจรจาต่อรองจึงเป็นเพียงการประชุมระหว่างทั้งสองฝ่ายเพื่อหาหรือเกี่ยวกับความขัดแย้ง และพยายามบรรลุการแก้ไขข้อพิพาท แม้ว่าความปรารถนาที่จะได้ยินคำอธิบายและคำขอโทษมักเป็นแรงผลักดันหลักที่อยู่เบื้องหลังของการฟ้องร้องคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์ แต่กลับขัดแย้งเป็นภัยคุกคามจากการฟ้องร้อง แพทย์และระบบโรงพยาบาลมีความกังวลว่าจะมีการขอโทษจะเป็นการยอมรับว่าได้กระทำความประมาทเลินเล่อ<sup>130</sup> และการเจรจาต่อรองอย่างเปิดเผยเกี่ยวกับสิ่งที่เกิดขึ้นอาจเป็นเพียงแรงกระตุ้นเพิ่มเติมสำหรับทนายความของโจทก์ในการพิจารณาคดีมากกว่าที่จะยุติคดี และการเจรจาต่อรองจะหาข้อยุติเป็นผลสำเร็จได้ยังต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่น ๆ เช่น โรงพยาบาลมีความสัมพันธ์ที่ดีกับชุมชน ความสนใจและความเป็นผู้นำของผู้บริหารโรงพยาบาลที่มีส่วนสำคัญในการเจรจาต่อรอง โดยเฉพาะผู้ที่เป็นที่เคารพนับถือของชุมชน และสิ่งที่สำคัญที่สุด คือการให้ข้อมูลที่ครบถ้วนชัดเจนแก่ฝ่ายผู้ป่วย เมื่อหาข้อยุติได้ผู้ร้องเรียนควรทำความเข้าใจในความตกลงในการเจรจาต่อรองเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะยุติการฟ้องร้องต่อไป

ในทางตรงกันข้ามหากไม่สามารถที่จะหาข้อยุติได้ซึ่งมักมาจากการสื่อสารที่ไม่เข้าใจกันระหว่างคู่เจรจา ผู้ร้องเรียนอาจจะดำเนินการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหรือฟ้อง

<sup>130</sup> นายอรรถพงษ์ ทิพย์อักษร, “การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี” วารสารนิติพัฒน์ ปีที่: 31.

คดีต่อศาล<sup>131</sup> ได้เนื่องจากการเจรจาต่อรองไม่ได้มีกฎหมายในการจำกัดสิทธิในการเข้าสู่การดำเนินการในชั้นศาล ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การเจรจาต่อรองเป็นขั้นตอนที่มีความสำคัญกับการเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นมากกว่าระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรองวิธีการเดียว เนื่องจากการเจรจาต่อรองเป็นกระบวนการที่ไม่มีสภาพบังคับตามกฎหมาย และเกิดจากการที่คู่เจรจาเริ่มต้นและสิ้นสุดกระบวนการด้วยตนเอง เมื่อเกิดปัญหาภายหลังทำข้อตกลงกันและฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถทำตามข้อตกลงได้ก็ต้องเข้าสู่กระบวนการในชั้นศาลจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาลดจำนวนข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลได้อย่างแท้จริง และการเจรจาในทางกฎหมายเป็นการเจรจาตามแนวความคิดแบบร่วมมือกันระหว่างคู่พิพาทในการหาข้อยุติให้ทั้งสองฝ่ายได้ประโยชน์ที่ดีที่สุด<sup>132</sup> กล่าวคือ เป็นการดำเนินกระบวนการโดยคู่พิพาทเองที่ไม่มีบุคคลภายนอกเข้ามาเกี่ยวข้องจึงเป็นวิธีการที่มีความประหยัด รวดเร็ว สามารถรักษาความลับ และสงวนความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาทด้วยกันเป็นอย่างดี<sup>133</sup>

### (ง) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจ หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงการบังคับ ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่าในช่วงดำเนินกระบวนการพิจารณาย่อมเกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาททั้งสิ้น และมีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นผู้ช่วยเหลือในการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพียงแต่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจะมีการกำหนดประเภทคดี และเวลาไว้ชัดเจนให้กระทำการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากหากไม่สามารถทำความตกลงกันได้จะต้องเข้าไปสู่กระบวนการพิจารณาคดีในศาลต่อไป แสดงให้เห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับไม่ได้เป็นการตัดสิทธิการดำเนินคดีในชั้นศาล การที่กฎหมายกำหนดขอบเขตเวลาในการดำเนินการก็เพื่อไม่ให้เกิดการเพิ่มขั้นตอนทำให้คู่พิพาทสูญเสียโอกาสที่จะได้รับความยุติธรรม สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งสองประเภทสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

<sup>131</sup> เวชศาสตร์ เรื่องโสภิชฐ, “การประกันภัยความรับผิดชอบทางการแพทย์ในประเทศไทย,” วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2,3 (กันยายน - ธันวาคม 2559): 347.

<sup>132</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

<sup>133</sup> วิชัย อริยะนันทะ, “การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ,” ดุลพาห (กรกฎาคม - กันยายน 2540): 107.

## (ง.1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยการสมัครใจ (Voluntary Mediation)

### (ง.1.1) ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีหน่วยงานระดับข้อพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยตรง ได้แก่ The NHS Litigation Authority (NHS LA) เป็นองค์กรอิสระเพื่อทำหน้าที่โต้ตอบและจัดการกับการฟ้องร้องรัฐในกรณีความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์โดยเป็นกลไกของ NHS ที่เป็นศูนย์กลางการบริการกรณีข้อเรียกร้องจึงมีแนวคิดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>134</sup> และมีการกำหนดขั้นตอนในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อมีการร้องเรียนต่อ NHSLA ภายหลังได้รับเรื่องร้องเรียนประเทศอังกฤษได้มีการกำหนดเวลาดำเนินการและตรวจสอบข้อเท็จจริงพร้อมสรุปข้อเท็จจริงให้ผู้เสียหายทราบภายใน 21 วันหากขั้นตอนนี้ไม่เป็นผลสำเร็จจะมีคณะกรรมการพิจารณาการดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน 21 วัน<sup>135</sup> ดังนั้นระยะเวลาในการดำเนินจึงมีเพียง 42 วัน จึงเป็นข้อดีของการกำหนดขอบเขตเวลาให้ดำเนินการไม่เป็นการประวิงคดี และทำให้การดำเนินการเสร็จโดยเร็ว นอกจากนี้ผู้ไกล่เกลี่ย คือ เจ้าหน้าที่ของ NHS ซึ่งมีความเชี่ยวชาญได้รับการฝึกอบรมทางด้านไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและทางด้านการแพทย์ซึ่งทำให้ได้ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ความชำนาญที่เกี่ยวกับข้อพิพาทโดยตรงสามารถช่วยเหลือคู่พิพาทและเข้าใจในข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

### (ง.1.2) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประสบการณ์ของความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นจุดเริ่มต้นและการพัฒนาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประเทศแรก ๆ และมีกฎหมายกลางสำหรับทุกมลรัฐได้แก่ The Uniform Mediation Act 2003 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในการให้ความสำคัญ และส่งเสริมให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อหลีกเลี่ยงการดำเนินคดีใน

<sup>134</sup> ลือชัย ศรีเงินยวง, นฤพงศ์ ภัคดี, จิราพร ชมศรี, จเร วิชชาไทย, *ประสบการณ์ต่างแดน: ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วันดีคืนดี, 2553), หน้า 92.

<sup>135</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ

ชั้นศาล สำหรับคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ มีคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) เป็นหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา หลังจากได้รับเรื่องข้อกล่าวหาหรือร้องเรียน แล้วก็จะเริ่มกระบวนการสอบสวนว่ามีมูลหรือไม่ แพทย์ผู้กล่าวหา และผู้ถูกกล่าวหาจะได้รับหนังสือแนะนำให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยคนกลางในระบบ (Health Care) ซึ่งจะแตกต่างจากการไกล่เกลี่ยในระบบทั่วไป คือ จะใช้คนกลาง 2 คน หรือคนกลางร่วมเพื่อให้คู่พิพาทเกิดความเข้าใจในข้อพิพาทเนื่องจากคนกลางร่วมคนหนึ่งจะเป็นกลางทั่วไป<sup>136</sup> ส่วนคนกลางร่วมอีกคนหนึ่งจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดี จึงเป็นการดำเนินการโดยผู้ไกล่เกลี่ยที่ได้รับการฝึกอบรม สามารถแก้ปัญหาของข้อพิพาทให้คู่พิพาทแต่ละฝ่ายมีโอกาสอธิบายหรือรับคำขอโทษหรือให้อภัยต่อกันเพื่อให้ความสัมพันธ์ทั้งสองดีขึ้น ในข้อพิพาททางการแพทย์แม้การรักษาแต่ละครั้งจบลงจะทำให้ความสัมพันธ์สิ้นสุดลงก็ตาม แต่อย่างไรก็ตามเมื่อเกิดข้อพิพาททางการแพทย์ และเกิดความเสียหาย ผู้ป่วยฝ่ายที่เสียหายย่อมต้องการคำอธิบายในสิ่งที่เกิดขึ้น และได้รับชดเชยค่าเสียหายที่เหมาะสม ในส่วนของฝ่ายผู้ให้บริการทางการแพทย์รวมถึงสถานพยาบาลต้องการรักษาชื่อเสียงในการต้องประกอบวิชาชีพต่อไป

### (ง.1.3) ประเทศสิงคโปร์

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ได้รับการสนับสนุนอย่างมากจากศาลยุติธรรมแนะนำให้ใช้การไกล่เกลี่ยโดยการแนะนำให้เป็นการระงับข้อพิพาททางเลือก ในขั้นตอนการขอหมายเรียกสำหรับข้อพิพาททางแพ่ง ต่อมาในปี 2012 ในคดีแพ่งทุกคดีจะต้องมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่น ๆ ก่อนดำเนินคดีในชั้นศาล การปฏิเสธการใช้การระงับข้อพิพาททางเลือกที่ไม่มีเหตุสมควรส่งผลให้มีการลงโทษตาม Order 59 rule 5 ของกฎศาล การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงมีบทบาทสำคัญในศาลยุติธรรมครอบครัวซึ่งการหย่าร้างกับคู่รักที่มีเด็กอายุต่ำกว่า 21 ปี จะต้องได้รับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและให้คำปรึกษา แสดงให้เห็นว่า รัฐบาลสิงคโปร์ส่งเสริมการไกล่เกลี่ยอย่างจริงจัง และสนับสนุนให้ทุกฝ่ายพยายามใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะ

<sup>136</sup> United States Court of Federal Claims, “Key ADR Statutes,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.adr.gov/adrguide/04-statutes.html>.

ไปดำเนินคดีในศาล และมีการจัดตั้งเครือข่ายศูนย์การไกล่เกลี่ยชุมชนที่เข้าถึงได้ง่าย เพื่อส่งเสริมการทำงานร่วมกันทางสังคมระดับท้องถิ่นจนถึงระดับชาติ ในวันไกล่เกลี่ย ผู้ไกล่เกลี่ยจะคอยแนะนำคู่พิพาทในการหาข้อยุติร่วมกัน โดยทนายความของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายจะมีบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือผู้ไกล่เกลี่ยและแนะนำคู่พิพาทระหว่างการระงับข้อพิพาท เมื่อสามารถตกลงกันได้แล้วจะมีการจัดทำบันทึกข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรและลงนามโดยคู่พิพาททั้งสองฝ่าย

### (ง.1.3) ประเทศไทย

แม้ประเทศไทยไม่มีกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์เป็นกฎหมายเฉพาะ แต่ได้มีแนวคิดในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจก่อนการพิจารณาคดีในชั้นศาลในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายกลางของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีการดำเนินการหลายหน่วยงาน ตั้งแต่ก่อนฟ้องคดี ระหว่างการพิจารณาคดี จนกระทั่งถึงขั้นบังคับคดี กฎหมายฉบับนี้แสดงให้เห็นว่า ประเทศไทยได้สนับสนุนให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นสามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจของคู่พิพาทตั้งแต่ก่อนฟ้องคดี ซึ่งจะวิเคราะห์โดยละเอียดในหัวข้อ 4.4

ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงสามารถแก้ไขปัญหาในข้อพิพาททางการแพทย์ไม่ให้เกิดการทำลายความสัมพันธ์ และรักษาความสัมพันธ์ของผู้ป่วยกับแพทย์ผู้ทำการรักษาในการตกลงให้อายุติข้อพิพาทไปตามทิศทางที่คู่พิพาทตกลงกันได้ดีกว่าการต่อสู้คดีทางศาล และการอนุญาตตุลาการที่ต้องมีฝ่ายหนึ่งแพ้หรือชนะคดีเป็นการสอดคล้องกับทฤษฎีการแก้ไขข้อพิพาท อีกทั้งข้อพิพาททางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะที่ทำให้เกิดความท้าทายของผู้ไกล่เกลี่ยในการเป็นคนกลางให้กับคู่พิพาทในการระงับข้อพิพาท เนื่องจาก

ประการแรก ข้อเท็จจริงทางการแพทย์มีความซับซ้อนที่ข้อมูลในทางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะในทางเวชศาสตร์ที่ฝ่ายแพทย์จะเป็นผู้ที่รู้ข้อเท็จจริงมากกว่าฝ่ายผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหาย

ประการที่สอง ข้อพิพาททางการแพทย์มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลนอกเหนือ  
คู่พิพาทที่เป็นแพทย์และผู้ป่วย เช่น ทนายความ ญาติผู้ป่วย สถานพยาบาล บริษัทประกัน เป็นต้น

ประการที่สาม ความรู้เห็นในข้อมูลไม่สมดุลกันระหว่างคู่พิพาทที่พบว่า  
แพทย์มักมีความรู้ความเชี่ยวชาญมากกว่าผู้ป่วยในข้อเท็จจริงทางการแพทย์

ประการที่สี่ การรักษาความลับในข้อพิพาททางการแพทย์ที่มีการบันทึก  
ข้อมูลทางด้านสุขภาพซึ่งมีลักษณะเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครอง และ

ประการสุดท้าย ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นคนกลางให้กับคู่พิพาทจึงต้องมีความ  
เชี่ยวชาญทั้งด้านการแพทย์และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงจะสามารถระงับข้อพิพาทได้ตาม  
วัตถุประสงค์ของคู่พิพาท และสอดคล้องกับหลักการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในความรับผิดชอบทาง  
ละเมิดทางการแพทย์ ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า ผู้ไกล่เกลี่ยในประเทศสหรัฐอเมริกา มีจุดเด่นของผู้ไกล่  
เกลี่ยที่กำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ย 2 คน ทั้งผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและทางการแพทย์ทำให้การ  
ดำเนินการเกิดความเชื่อมั่นกับคู่พิพาทในข้อพิพาทความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ว่ามีผู้ไกล่เกลี่ยที่  
เป็นผู้ช่วยเหลือมีความเชี่ยวชาญในด้านข้อพิพาททางการแพทย์ และกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
เพื่อให้เกิดข้อตกลง วิธีการดำเนินการโดยผู้ไกล่เกลี่ยในลักษณะนี้สามารถแก้ไขปัญหาสำคัญใน  
ประเทศไทย คือการขาดความเชื่อมั่นในผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของกระทรวงสาธารณสุขที่มีเพียง  
ผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์และเป็นบุคลากรการของกระทรวง<sup>137</sup> ดังนั้น หากมีการนำแนวคิดของผู้  
ไกล่เกลี่ยของประเทศไทยมาปรับใช้ ก็ย่อมจะส่งผลไปในทิศทางที่ดีทำให้คู่พิพาทหมดความ  
สงสัยในความเป็นกลางและเกิดความสนใจที่จะนำข้อพิพาทของตนเข้าสู่การระงับข้อพิพาทด้วยการ  
ไกล่เกลี่ย ทั้งอาจสามารถลดขั้นตอนที่ไม่มีความจำเป็นของระบบราชการลงจะสามารถที่จะเข้าสู่  
กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถระงับข้อพิพาททาง  
ละเมิดทางการแพทย์ได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ จึงได้เกิดแนวความคิดให้บังคับ

<sup>137</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (จ) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์

เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททันทีเพื่อสามารถแก้ไขข้อบกพร่องในขั้นตอนที่ไม่จำเป็นของระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจของประเทศไทยได้

## (ง.2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation)

การบังคับให้มีการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีลักษณะที่น่าสนใจในการดำเนินการระงับข้อพิพาทที่ทุกขั้นตอนจะมีการกำหนดเวลาชัดเจนให้กระทำการให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากหากไม่สามารถทำความเข้าใจกันได้จะต้องเข้าไปสู่กระบวนการพิจารณาคดีในศาล และมีการกำหนดประเภทที่จะเข้าสู่กระบวนการอย่างไรก็ตาม ดังรายละเอียดในกฎหมายต่างประเทศดังนี้

### (ง.2.1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในสหรัฐอเมริกาการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกำหนดไว้ในกฎหมาย กฎระเบียบข้อบังคับของศาล หรือโครงการของภาครัฐและเอกชนแล้ว<sup>138</sup> ซึ่งก่อนที่ผู้วางนโยบายหรือผู้เกี่ยวข้องจะเสนอหรือกำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ จึงมีข้อควรพิจารณาที่สำคัญ ดังนี้

1) ประเภทของคดี เนื่องจากการเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และคู่พิพาทมีความจำเป็นหรือมีความต้องการที่จะติดต่อกันอีกในภายหน้า เพื่อผลประโยชน์ระยะยาวของความสัมพันธ์ที่มีต่อกันในอนาคต แต่หากเป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ที่คู่พิพาทไม่มีความสัมพันธ์ต่อกัน หรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องติดต่อกันอีกในอนาคต การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับอาจจะไม่เหมาะสม และไม่ประสบความสำเร็จ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมดีกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพราะผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามหาแนวทางหรือกระบวนการเพื่อฟื้นฟู หรือให้ความรู้คู่พิพาทเกี่ยวกับสิทธิของคู่พิพาททั้งสอง

<sup>138</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.3.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

2) ความแตกต่างทางสถานะและอำนาจของคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะมีประโยชน์อย่างมาก หากเป็นกลไกที่ช่วยให้คู่พิพาทฝ่ายที่อ่อนแอสามารถต่อสู้กับคู่พิพาทฝ่ายที่แข็งแกร่งกว่าได้ในระดับเดียวกัน ความอ่อนแอของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งนี้ หมายถึงความอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ มีฐานะยากจนกว่าหรือไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลได้เท่ากับคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งหรืออ่อนแอทางด้านข้อมูลอีกฝ่ายมีความเชี่ยวชาญทางด้านข้อมูลมากกว่า เช่น ข้อมูลทางการแพทย์ หรือความรู้ในการรักษาที่มักจะอยู่ที่ฝ่ายแพทย์

3) การบังคับให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้คู่พิพาทจะต้องมีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยภายใต้กระบวนการที่จัดตั้งขึ้นก่อนที่จะนำคดีฟ้องศาลตามเงื่อนไขที่มีการกำหนดระยะเวลาให้คู่พิพาทใช้เวลาไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แตกต่างไปแต่ละมลรัฐ อย่างมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ภายใน 90 วันนับแต่ได้มีการยื่นข้อเรียกร้อง มลรัฐฟลอริดาภายใน 120 วันนับแต่ได้มีการยื่นข้อเรียกร้อง เป็นต้น

จากการพิจารณาวิเคราะห์ในเรื่อง การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ของประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่าข้อดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ได้แก่ การระงับข้อพิพาทด้วยความสุจริตที่คู่พิพาทร่วมกันหาข้อยุติให้แก่ข้อพิพาท และสามารถลดค่าใช้จ่าย และเวลาที่มากเกินไปของการพิจารณาคดีทางศาลและอนุญาโตตุลาการ จากที่พิจารณาถึงการกำหนดขอบเขตเวลาดำเนินการไว้ให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วเสร็จภายในเวลาที่แต่ละมลรัฐกำหนดส่งผลดีต่อคู่พิพาท และสามารถช่วยลดความขัดแย้งได้โดยเร็ว ในขณะที่เดียวกันลดจำนวนคดีในศาลลง เนื่องจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลที่กำหนดประเภทคดีตามกฎหมายต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสียก่อน และเป็นกระบวนการที่เป็นความลับ มีความเป็นส่วนตัวเฉพาะคู่พิพาทในการยุติข้อพิพาท รวมทั้งข้อตกลงที่คู่พิพาทยอมรับสามารถมีผลผูกพันที่ศาลไม่สามารถบังคับให้คู่พิพาทได้ โดยศาลไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทโต้แย้งกัน

ดังนั้นแม้จะมีประเด็นที่น่ากังวลอยู่บ้างในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ อาทิเช่น การมีส่วนร่วมโดยสุจริต ความกังวลเกี่ยวกับการรักษาความลับ และความสามารถใน



การบังคับใช้ข้อตกลงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ และการอนุญาโตตุลาการ ประเด็นเหล่านี้สามารถได้รับการแก้ไขโดยการใช่วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ที่มีศาลเป็นหน่วยงานที่สำคัญในการแนะนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ให้เห็นว่าเป็นวิธีการที่จะตอบสนองความต้องการของคู่พิพาทได้ และเป็นการลดภาระการดำเนินคดีในการเรียกร้องความเสียหายในชั้นศาล และเป็นการกระตุ้นให้คู่พิพาทมีความสนใจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทซึ่งเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการหนึ่งที่สามารถเข้ามาแทนที่ในการดำเนินคดีในชั้นศาล แม้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับไม่สามารถสะท้อนมาตรฐานได้เทียบเท่ากับการดำเนินคดีในชั้นศาลหรืออนุญาโตตุลาการ แต่สามารถให้คู่พิพาทได้มีโอกาสร่วมกันแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนที่จะยื่นฟ้องคดีต่อศาล ที่มีคนกลางเป็นผู้ไกล่เกลี่ยคอยช่วยเหลือคู่พิพาทในการแก้ไขปัญหา เพื่อนำไปสู่ข้อตกลงที่เกิดจากคู่พิพาท<sup>139</sup>

ข้อสังเกตบางประการสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับทางการแพทย์ที่ประสบความสำเร็จ เมื่อพิจารณาจากหลักการพื้นฐานของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับที่มีความสอดคล้องกับลักษณะสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท มีดังต่อไปนี้<sup>140</sup>

(1) การตัดสินใจด้วยตนเองของคู่พิพาท หมายถึง แม้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นเงื่อนไขให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการก่อนดำเนินคดีในชั้นศาล แต่การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท คู่พิพาทเป็นผู้ดำเนินการในทุกขั้นตอน คู่พิพาทจึงมีส่วนสำคัญกับไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมากที่สุด<sup>141</sup>

(2) ความเป็นกลาง หมายถึง ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องเป็นกลางเพื่อให้คู่พิพาทมีความไว้วางใจ และให้กระบวนการมีความน่าเชื่อถือ เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความไม่สมดุลของอำนาจของคู่พิพาทในการประนีประนอมต่อกัน ผู้ไกล่เกลี่ยจึงต้องเป็นผู้ช่วยเหลือคู่พิพาท

<sup>139</sup> Jeff Rifleman, "Mandatory Mediation: Implications and Challenges," [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.mediate.com/articles/riflemanJ1.cfm>.

<sup>140</sup> ดูหัวข้อ 3.2.2.3 กระบวนการการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ (ข) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation)

<sup>141</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.3) หลักการให้อำนาจแก่คู่พิพาท (Empowerment)

ที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าในการปกป้องผลประโยชน์ให้ แต่ต้องไม่เป็นการสนับสนุนฝ่ายที่อำนาจต่อรองน้อยกว่า<sup>142</sup>

(3) ความยืดหยุ่น หมายถึง ผลการตัดสินที่ยุติจะมีความสอดคล้องกับข้อพิพาท และความคาดหวังของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเนื่องจากเป็นผู้ที่หาทางแก้ไขปัญหาในข้อพิพาทนี้<sup>143</sup>

(4) การรักษาความลับ หมายถึง เป็นสิ่งสำคัญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับซึ่งเป็นกระบวนการที่เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนเริ่มต้นกระบวนการดำเนินคดีทางศาลที่ต้องไม่นำข้อเท็จจริงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้เพื่อประโยชน์ในการต่อสู้คดีในชั้นศาลหากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จ<sup>144</sup>

ข้อเสียของการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ ที่น่ากังวลว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลที่เป็นสิทธิพื้นฐานของการเข้าถึงความยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตามสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ไม่ได้จำกัดเพียงการพิจารณาคดีโดยศาล การเข้าถึงความยุติธรรม อาจมีการเข้าถึงการแก้ไขข้อพิพาทด้วยวิธีการอื่นที่คู่พิพาทสามารถหาข้อยุติให้ข้อโต้แย้งทั้งสองฝ่ายได้แม้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ คือการชะลอการเข้าถึงความยุติธรรมวิธีการพิจารณาคดีทางศาล แต่ไม่ใช่ปฏิเสธสิทธิในการเข้าถึงวิธีการพิจารณาคดีทางศาล คู่พิพาทสามารถเข้าถึงได้เพียงแต่ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสียก่อน หากพิจารณาอีกมุมมองหนึ่งกรณีที่มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับไม่สำเร็จผล เกิดความล่าช้าในการเข้าสู่ความยุติธรรมขั้นต้น<sup>145</sup> รวมทั้งการเสียเวลาที่ไม่จำเป็น และค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และในการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการอาจทำให้คู่พิพาทบางฝ่ายไม่ค่อยเต็มใจที่จะเข้าร่วมส่งผลให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีอุปสรรคเกิดขึ้นจึงทำให้คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้และต้องเข้าสู่การดำเนินคดีชั้นศาลต่อไป แต่การพิจารณาถึงผลของความสำเร็จในการเข้าสู่การไกล่

<sup>142</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.4) หลักความเป็นกลาง (Neutrality)

<sup>143</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.5) หลักเรื่องผลลัพธ์มีลักษณะเฉพาะตัว (A unique solution)

<sup>144</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข.1) หลักการรักษาความลับ (Confidentiality)

<sup>145</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.3.1 แนวความคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation)

เกลี้ยข้อพิพาทเชิงบังคับที่ได้ทำการศึกษาในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเซาท์แคโรไลนาที่สามารถ  
 ระบุข้อพิพาทได้สำเร็จภายในระยะเวลาไม่กี่เดือน และในมลรัฐฟลอริดากระบวนการการบังคับการ  
 ไกล่เกลี้ยก่อนฟ้องคดีในความรับผิดชอบทางแพทย์โดยคณะกรรมการ UF Health นี้ ประสบผลสำเร็จเป็น  
 อย่างมาก และส่งผลให้เป็นการลดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีที่ไม่สำคัญถึง 87  
 เปอร์เซ็นต์<sup>146</sup> เมื่อเทียบกับการดำเนินคดีแบบเดิม และลดระยะเวลาในการแก้ไขข้อพิพาทโดยเฉลี่ย  
 น้อยกว่าหกเดือน<sup>147</sup> นอกจากนี้ยังมีผลดีในด้านการอำนวยความสะดวกในช่วงต้นของการไกล่เกลี่ย  
 เนื่องจากมีผู้ไกล่เกลี่ยที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือ และสื่อสารเพื่อเพิ่มความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยและผู้  
 ให้บริการ ทำให้คู่พิพาทมีความเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยมากขึ้น

#### 4.3.3 การสิ้นสุดกระบวนการการระบุข้อพิพาททางเลือกและบังคับตามข้อตกลง

จากการศึกษาวิธีการระบุข้อพิพาทแต่ละวิธีนั้น ผู้วิจัยพบว่า เมื่อข้อตกลงระหว่าง  
 คู่พิพาท หรือมีคำชี้ขาดเกิดขึ้น หากต้องการให้มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายต้องยื่นคำร้องต่อศาลให้มี  
 การบังคับข้อตกลงหรือคำชี้ขาดให้ แต่ศาลไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาในข้อตกลง หรือคำชี้ขาด  
 ที่เสร็จสิ้นแล้ว เว้นแต่กระบวนการดำเนินการระบุข้อพิพาทขัดต่อกฎหมาย หรือขัดต่อความสงบ  
 เรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

##### 4.3.3.1 ระบบกองทุนชดเชยในความรับผิดชอบทางการแพทย์ (Compensation Systems)

จากการศึกษาในระบบกองทุนชดเชยของประเทศอังกฤษทั้งระบบกองทุน  
 ชดเชยความเสียหาย Clinical Negligence Scheme for General Practice (CNSGP) และ  
 Clinical Negligence Scheme for Trusts (CNST)<sup>148</sup> เมื่อคณะกรรมการพิจารณาวินิจฉัยความ  
 เสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ป่วยจะกำหนดจำนวนค่าเสียหายที่ผู้ป่วยได้รับ ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 41

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.1.2 กองทุนชดเชยกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ (Compensation Systems)

พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติของประเทศไทย<sup>149</sup> จึงเป็นผลดีที่ผู้ป่วยจะได้รับการเยียวยาความเสียหายในเบื้องต้นเพียงแค่ว่าเข้าสู่ระบบกองทุนชดเชยและเข้าหลักเกณฑ์ที่กองทุนชดเชยกำหนด

สำหรับข้อบกพร่องของระบบกองทุนชดเชยนี้ ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า ระบบกองทุนชดเชยความเสียหายในความรับผิดชอบทางการแพทย์แม้การเข้าสู่กระบวนการจะกระทำได้โดยง่ายเพียงการยื่นคำร้องต่อกองทุนชดเชย แต่การพิจารณาถึงจำนวนค่าเสียหายเป็นดุลพินิจของบุคคลากรที่เป็นคณะกรรมการในระบบกองทุนชดเชยในแต่ละกรณีรวมทั้งการจำกัดจำนวนค่าเสียหายที่ได้รับการเยียวยา ส่งผลให้ผู้ป่วยที่ได้รับความเสียหายเกิดความไม่พอใจในผลของการตัดสินจำนวนค่าเสียหายที่ตนได้รับ และนำคดีไปยื่นฟ้องต่อศาล แสดงให้เห็นว่าระบบกองทุนชดเชยดังกล่าวไม่ใช่การแก้ไขปัญหาการระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ให้ออกจากระบบศาลอีกทั้งเป็นการแก้ไขปัญหาก็ที่ปลายเหตุโดยเพียงการจ่ายค่าชดเชยให้กับผู้เสียหาย แต่คู่พิพาทไม่ได้เข้ามาทำความเข้าใจในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเมื่อเกิดความไม่พอใจในจำนวนค่าชดเชยก็ต้องย้อนกลับไปสู่ศาลให้เป็นผู้ตัดสินจึงเป็นการเพิ่มขึ้นตอนที่มีความซับซ้อน และสูญเสียต้นทุนทางเวลาที่ไม่จำเป็นให้แก่คู่พิพาท

#### 4.3.3.2 การอนุญาโตตุลาการ (Arbitration)

ทั้งการอนุญาโตตุลาการทางสมัครใจและการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดออกมาเพื่อบังคับใช้แก่คู่พิพาทต้องผ่านศาลในการกระทำรับรองข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร และไม่ได้ขัดกับกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของประชาชน

โดยมีข้อสังเกตว่าเมื่อสิ้นสุดกระบวนการอนุญาโตตุลาการแล้วสามารถจะไปดำเนินการพิจารณาในชั้นศาลต่อไปได้หรือไม่ ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่าไม่มีกฎหมายเรื่องการระงับข้อพิพาทในประเทศไทย ที่มีการบัญญัติห้ามมิให้คู่พิพาทใช้สิทธิในการเข้าสู่กระบวนการในชั้นศาล แต่ในส่วนของอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>150</sup> พบว่ามีการห้ามมิให้คู่พิพาทใช้สิทธิในดำเนินคดีในชั้นศาลหากเป็นกรณีคู่พิพาทได้ตกลงระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการ จึงถูก

<sup>149</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.1 กองทุนเยียวยาความเสียหายทางการแพทย์ (Compensation Systems)

<sup>150</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.5.2 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

วิพากษ์วิจารณ์ว่าการระงับข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ ประเทศสหรัฐอเมริกา และขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ<sup>151</sup>

จากการศึกษาการอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับที่นำมาใช้กับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า การบังคับให้คู่พิพาททำสัญญาเพื่อเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการแต่ไม่สามารถเข้าสู่การระงับข้อพิพาททางศาล เป็นการขัดรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาเรื่องสิทธิในการเข้าสู่ความยุติธรรมในการที่คู่พิพาทสามารถจะเลือกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม และการบังคับเข้าทำสัญญาโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเนื่องจากแพทย์ หรือโรงพยาบาลมักให้ผู้ป่วยทำสัญญาระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการก่อนการรักษา เป็นการบังคับผู้ป่วยฝ่ายที่ไม่มีอำนาจต่อรองให้เข้าทำสัญญา

เมื่อพิจารณาในกฎหมายไทยถือว่าเป็นพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม<sup>152</sup> ของประเทศไทยได้ และเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลซึ่งขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในการกำหนดการดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมที่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้การรับรอง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ เพื่อให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ เพื่อกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างที่ปรารถนา แตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับแม้เป็นการบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน แต่ไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการที่คู่พิพาทสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น

<sup>151</sup> Sternlight Jean, "In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company)," *Scholarly Works* (2007): 90-91.

<sup>152</sup> หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมหรือสัญญาที่ใช้บังคับผู้มีพื้นฐานมาจากเสรีภาพของบุคคล ตามหลักของความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา รัฐจะไม่เข้าแทรกแซงแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่จะเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่ในปัจจุบัน สภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักดังกล่าวเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมากซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมและไม่สงบสุขในสังคมสมควรที่รัฐจะกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจแก่ศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ไม่สำเร็จผล เพียงแต่กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้คู่พิพาทสามารถหันหน้าแก้ไข ปัญหาด้วยตัวคู่พิพาทเอง

#### 4.3.3.3 การเจรจาต่อรอง (Negotiation)

เมื่อสิ้นสุดการเจรจาและการได้ข้อตกลงอย่างเป็นทางการซึ่งจะต้อง ดำเนินการในรายละเอียดและจัดทำขั้นตอนสู่การปฏิบัติต่อไป ตัวอย่างของการเจรจาต่อรองที่พบบ่อย เช่น ข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ข้อตกลงการเช่าทรัพย์สิน ข้อตกลงการซื้อขายทรัพย์สิน เป็นต้น ข้อตกลงที่เกิดขึ้นสามารถนำไปใช้บังคับด้วยตนเองไม่มีการนำข้อตกลงไปให้ศาลบังคับให้ เนื่องจากไม่ได้มีกฎหมายไว้ แต่หากมีการผิดข้อตกลงและมีการทำข้อตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร สามารถนำไปดำเนินคดีในชั้นศาลได้ภายใต้หลักของสัญญาที่แต่ละฝ่ายมีหน้าที่ต้องปฏิบัติ และหาก การเจรจาเป็นส่วนหนึ่งของการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีอื่น ๆ ก็เป็นเพียงการสื่อสารในข้อเท็จจริง หรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้คู่พิพาททั้ง 2 ฝ่ายเข้าใจในเบื้องต้นก่อนการดำเนินการระงับข้อพิพาท ทางเลือกวิธีอื่น ๆ ต่อไป<sup>153</sup>

#### 4.3.3.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation)

ทั้งการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางสมัครใจ และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ การบังคับใช้ข้อตกลงรับรองว่าเนื้อหาของการประนีประนอมสามารถบังคับใช้ต้องผ่านศาลในการ กระทำรับรองข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือสามารถบังคับใช้โดยตรงจากข้อตกลงในการไกล่ เกลี่ยเฉพาะกรณีที่คู่พิพาทเห็นพ้องต้องกันและไม่ได้ขัดกับกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน<sup>154</sup> สำหรับประเทศไทยมีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 32-33 และมีจุดเด่นในกฎหมายประเทศอังกฤษที่มีการติดตามผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทด้วยความสมัครใจโดยองค์กรสำนักงานสาธารณสุขแห่งชาติ (NHS)<sup>155</sup> ทำการติดตามผลการไกล่เกลี่ย

<sup>153</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.1.1 แนวคิดหรือทฤษฎีพื้นฐานการระงับข้อพิพาทด้วยการเจรจาต่อรอง

<sup>154</sup> Dorcas Quek, “Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining The Feasibility of Implementing A Court-Mandated Mediation Program,” *Cardozo J. of Conflict Resolution* 11 (2010): 484-485.

<sup>155</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.2 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศอังกฤษ

ในแต่ละครั้ง และมีการร้องขอความคิดเห็นจากผู้เข้าร่วมไกล่เกลี่ยเพื่อทำความเข้าใจและประเมินผลของกระบวนการ และประสิทธิภาพของผู้ไกล่เกลี่ย ผู้ให้บริการการไกล่เกลี่ยจะต้องรายงานจำนวนการไกล่เกลี่ยที่เสร็จสมบูรณ์ และอุปสรรคที่พบเพื่อพัฒนากระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่ออำนวยความสะดวกในการมีส่วนร่วมกับบริการเรียกร้องการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ยังมีการฝึกอบรมผู้ไกล่เกลี่ยอย่างต่อเนื่อง เป็นกระบวนการที่เป็นจุดเด่นของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเศอังกฤษ<sup>156</sup> เนื่องจากการกระบวนการติดตามผลนั้นสามารถที่จะนำข้อมูลมาปรับปรุงให้เกิดการพัฒนากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีประสิทธิภาพขึ้นและเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละช่วงเวลาและลักษณะข้อพิพาทเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในกระบวนการระงับข้อพิพาทซ้ำได้

#### 4.4 การพิจารณาความเหมาะสมกับการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาท ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศไทย

จากการพิจารณาในหัวข้อที่ 4.2-4.3 ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีบัญญัติอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งจะทำการวิเคราะห์พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากผู้วิจัยพิจารณาได้ว่ากฎหมายฉบับนี้เพียงพอต่อการนำไปปรับใช้กับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์โดยไม่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาเฉพาะเพื่อระงับข้อพิพาทในข้อพิพาทดังกล่าวนี้ เพียงแต่แก้ไขบทบัญญัติที่มีให้สอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศที่ประสบความสำเร็จในการใช้บังคับจะมีประโยชน์ยิ่งกว่าการบัญญัติกฎหมายฉบับใหม่ขึ้นมาที่ต้องเสียเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอน และให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 คือ การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย ต้องจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น เพื่อไม่ให้เป็นการแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังเมื่อกฎหมายมี

<sup>156</sup> Andrew Gray, “The NHS Litigation Authority’s New Mediation Scheme – What Should I Be Aware Of?,” [Online].

ผลใช้บังคับแล้วเพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป และการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย<sup>157</sup>

#### 4.4.1 การดำเนินการพิจารณาระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมีการฟ้องคดีต่อศาล หรือแม้จะฟ้องคดีต่อศาลแล้ว แต่คู่พิพาทยังสามารถดำเนินการให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้โดยไม่ต้องดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไปและการดำเนินคดีในชั้นไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะมีคนกลางในการช่วยเหลือมาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย

##### 4.4.1.1 ผู้ไกล่เกลี่ย

ผู้ไกล่เกลี่ยเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีการกำหนดคุณสมบัติและข้อห้ามของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ในมาตรา 10 นอกจากนี้ต้องเป็นผู้ที่ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่คณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติรองรับ เพื่อให้เป็นการสร้างมาตรฐานการไกล่เกลี่ยในประเทศไทยให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน นับว่าผู้ไกล่เกลี่ยแม้เป็นเพียงผู้ให้คำปรึกษา ให้ความคิดเห็นเกี่ยวกับความคิดหรือข้อเสนอต่าง ๆ ต่อคู่พิพาทเพื่อนำไปสู่การหาข้อยุติข้อพิพาทหรือให้ภาพสะท้อนต่าง ๆ ต่อคู่พิพาทเกี่ยวกับความชอบธรรม และความสมเหตุสมผลในข้อเรียกร้องของคู่พิพาทแต่ละฝ่ายก็ตาม ยังเป็นผู้ให้ความเห็นในการประเมิน

<sup>157</sup> หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรกำหนดหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย การตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมาย การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องและการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย และการเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน หลักเกณฑ์การตรวจสอบเนื้อหาของร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ และการกำหนดโทษอาญา เพื่อให้การตรากฎหมายเป็นไปโดยละเอียดรอบคอบ ไม่สร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้วเพื่อพัฒนากฎหมายให้ทันสมัยและสอดคล้องกับบริบทที่เปลี่ยนแปลงไป และการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน ทั้งนี้ ตามนัยมาตรา 77 ประกอบกับมาตรา 258 ค.ด้านกฎหมาย (1) และ (2) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้



สถานะของคดีข้อพิพาทให้กับแต่ละฝ่ายอย่างเป็นกลาง และให้ข้อคิดต่าง ๆ เกี่ยวกับความเป็นไปได้ ทั้งหลายในการยุติข้อพิพาทระหว่างคู่พิพาท ตลอดจนยังสามารถให้คำแนะนำแก่คู่พิพาทเกี่ยวกับ วิธีการในการวิเคราะห์ปัญหา และการหาทางออกแต่ไม่ใช่ผู้ที่จะมาตัดสินข้อพิพาท เนื่องจากอำนาจ ในการตัดสินข้อพิพาทนั้นอยู่ที่คู่พิพาทเป็นสำคัญกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในช่วงก่อนพิจารณาคดี จะเริ่มตั้งแต่เมื่อโจทก์ยื่นฟ้องคดีโดยจะสอบถามความสมัครใจของฝ่ายโจทก์ และเมื่อส่งหมายเรียก และสำเนาคำฟ้องให้จำเลยก็จะแจ้งให้จำเลยทราบเพื่อหากจำเลยประสงค์จะให้ศาลไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท ศาลก็จะจัดให้มีขั้นตอนไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนพิจารณาคดี เมื่อไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จก็ จะให้กำหนดนัดพิจารณาสืบพยานต่อไป หรือคู่พิพาทจะยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทหากประสงค์ที่จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนการดำเนินคดี ดังเช่น พระราชบัญญัติไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 21<sup>158</sup>

#### 4.4.1.2 หน่วยงานที่ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

หน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาชนเพื่อขจัดปัญหาความขัดแย้งกันในทุกระดับ ให้สอดคล้องกับเป้าหมาย ของรัฐที่สำคัญ คือ การสร้างความปรองดองสมานฉันท์ในสังคม โดยมีการกำหนดบัญญัติไว้ใน กฎหมายต่าง ๆ อาทิ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพ.ศ. 2560 มาตรา 164 (4) กำหนดว่า “ใน การบริหารราชการแผ่นดิน คณะรัฐมนตรีต้องสร้างเสริมให้ทุกภาคส่วนในสังคมอยู่ร่วมกันอย่างเป็น ธรรม ผาสุก และสามัคคีปรองดองกัน” แต่ในปัจจุบันหน่วยงานที่มีบทบาทตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

<sup>158</sup> มาตรา 21 บัญญัติว่า ถ้าคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ยื่นคำร้องต่อหน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท

ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสอบถามความสมัครใจของคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท

ถ้าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำหน่าย คำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น และแจ้งให้คู่กรณีผู้ยื่นคำร้องไกล่เกลี่ยข้อพิพาททราบ

ในกรณีที่มีคู่กรณีมากกว่าสองฝ่าย และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้สามารถ ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่กรณีที่สมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

การยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รายละเอียดของคำร้อง และระยะเวลาในการพิจารณาคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ให้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่หน่วยงานซึ่งดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประกาศกำหนด

ได้แก่ หน่วยงานของรัฐที่ดำเนินการตามหน้าที่และอำนาจของตนตามพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 4 และหน่วยงานของรัฐอาจดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัตินี้ก็ได้โดยต้องแจ้งให้กระทรวงยุติธรรมทราบพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 5 แต่ยังไม่มีความตราทางกฎหมายเกี่ยวกับการสนับสนุนและส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการไกล่เกลี่ยให้แก่ประชาชนเหมือนกับของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>159</sup> ประเทศสิงคโปร์<sup>160</sup> มีเพียงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนในพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 68 -70 โดยมีศูนย์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนแต่ยังอยู่ภายใต้กำกับดูแลของหน่วยงานของรัฐ คือ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ดังนั้นแสดงให้เห็นว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมีเพียงหน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่และมีอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ภาคเอกชนยังไม่บทบาทมากในปัจจุบัน

#### 4.4.1.3 ประเภทคดี

ประเภทคดีที่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ได้ทั้งข้อพิพาททางแพ่งและทางอาญา

(ก) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง ไม่สามารถทำได้ทุกคดี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งให้กระทำได้ในกรณี ดังต่อไปนี้

- 1) ข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่มีใช้ข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์
- 2) ข้อพิพาทระหว่างทายาทเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดก
- 3) ข้อพิพาทอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- 4) ข้อพิพาทอื่นนอกจาก 1) , 2) และ 3) ที่มีทุนทรัพย์ไม่เกินห้าล้านบาท หรือไม่เกินจำนวนตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

<sup>159</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.3 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

<sup>160</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสิงคโปร์

คดีทางแพ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ ได้แก่ คดีเกี่ยวกับสิทธิแห่ง  
สภาพบุคคล คดีเกี่ยวกับสิทธิในครอบครัว หรือ คดีเกี่ยวกับการพิพาทเรื่องกรรมสิทธิ์ใน  
อสังหาริมทรัพย์ สาเหตุที่ไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีดังกล่าวได้ เพราะ เป็น  
ข้อพิพาทที่มีความสำคัญและเกิดผลติดตามมาหลายประการ

(ข) กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาจำกัดเฉพาะคดีที่  
สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ ดังต่อไปนี้

- 1) คดีความผิดอันยอมความได้
- 2) คดีความผิดลหุโทษ แห่งประมวลกฎหมายอาญา และความผิด  
ลหุโทษอื่นที่ไม่กระทบต่อส่วนรวมตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา
- 3) คดีความผิดที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินสามปี ตามบัญชี  
ท้ายพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562

ดังนั้นในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 มีข้อจำกัดใน  
หลายประเด็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง ผู้ไกล่เกลี่ยที่ถึงแม้จะมีการกำหนดคุณสมบัติและข้อห้ามไว้ใน  
กฎหมายก็ตาม แต่เป็นการกำหนดคุณสมบัติและข้อห้ามเป็นการทั่วไปสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่เป็นเพียง  
การผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรของคณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติตาม  
กฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติ และเป็นผู้มีประสบการณ์ในด้านต่าง ๆ ตาม  
พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 มาตรา 10 ผู้วิจัยพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นการ  
กำหนดที่เป็นเพียงแนวทางให้แต่ละหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปปรับใช้ ดังนั้น หากเป็นกรณี  
ความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์จากการที่ผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์ในแต่ละประเทศที่นำวิธีการ  
ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ระดับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ พิจารณาได้ว่า ประเทศ  
สหรัฐอเมริกามีการกำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจำนวน 2 คน คนที่หนึ่งจะเป็นกลางทั่วไปเข้าใจใน

กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนคนที่สองจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดีซึ่งได้รับการ  
 กลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกโดยคณะกรรมการการแพทย์และจะทำการไกล่เกลี่ยร่วมกัน

ประเด็นที่สอง หน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปัจจุบันตาม  
 พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ได้แก่ หน่วยงานของรัฐ และภาคประชาชน และ  
 มาตรา 20 ตรี แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแพ่งที่คู่พิพาทสามารถยื่นต่อศาลได้ หรือกรณี  
 ความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่มีศูนย์สันติวิธี กระทรวงสาธารณสุข ยังเกิดปัญหาว่า หน่วยงานทั้งหมด  
 ดังกล่าวเป็นหน่วยงานราชการและเป็นหน่วยงานที่อยู่ในกำกับดูแลของบุคคลากรทางการแพทย์  
 ทำให้เกิดความสงสัยในความไม่เป็นกลางของหน่วยงาน และระบบราชการที่มีขั้นตอนในการ  
 ดำเนินการที่มีความยุ่งยาก หลายขั้นตอนเกิดการสูญเสียเวลาที่ไม่มีความจำเป็นให้แก่คู่พิพาทส่งผลให้  
 ไม่เกิดแรงจูงใจต่อคู่พิพาทที่จะเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท อีกทั้งการมีหลายหน่วยงานให้  
 มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้โดยไม่มีการกำหนดว่าหน่วยงานใดไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประเภทใดจึงเกิด  
 ความซ้ำซ้อนและสับสนในการเข้าใช้บริการของคู่พิพาท รวมทั้งการไม่เปิดโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามา  
 มีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทส่งผลต่อความไม่เชื่อมั่นและไว้วางใจต่อประชาชนและจำกัดสิทธิให้  
 เพียงการระงับข้อพิพาทที่มีเพียงแค่หน่วยงานภาครัฐเท่านั้น

ประเด็นที่สาม ประเภทคดี ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ไม่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
 ได้ทุกประเภทคดีซึ่งก็เป็นประโยชน์กับคดีที่มีความสำคัญที่ควรให้ศาลที่เป็นองค์กรการระงับข้อพิพาท  
 ทางการตามบทบัญญัติกฎหมาย เช่น สิทธิแห่งสภาพบุคคล กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หาก  
 พิจารณาในอีกมุมมองหนึ่งคู่เมื่อพิพาทประสงค์จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีที่ต้องห้ามตาม  
 พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อ  
 พิพาท พ.ศ.2562 ได้ แสดงถึงข้อจำกัดสิทธิของคู่พิพาทที่ต้องการระงับข้อพิพาททางเลือกชนิดอื่นได้

#### 4.4.2 การสิ้นสุดกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกการบังคับตามข้อตกลงว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

ในปัจจุบันเมื่อได้มีประกาศพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่ได้กล่าวถึงมาโดยในกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งครอบคลุมประเด็นที่ได้กล่าวถึงผลบังคับของ “ข้อตกลงระงับข้อพิพาท” ตามกฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 32 เมื่อคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเรียกร้องให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทแล้ว แต่คู่กรณีฝ่ายที่ถูกเรียกร้องนั้นไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท คู่กรณีฝ่ายที่เรียกร้องอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ โดยกระทำได้ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทได้ ถ้าไม่ได้ร้องขอภายในกำหนดดังกล่าว ให้มูลหนี้ตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นเป็นอันระงับไป และให้ยื่นต่อศาลยุติธรรมที่มีการทำข้อตกลงระงับข้อพิพาทในเขตศาลนั้น หรือศาลยุติธรรมที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทซึ่งได้มีการไกล่เกลี่ยนั้น และให้เสียค่าขึ้นศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในอัตราเดียวกับคำร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในประเทศ และให้ศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท เว้นแต่จะเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 33 และห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งศาลตาม เว้นแต่ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือศาลมีคำสั่งไม่เป็นไปตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท หรือศาลมีคำสั่งบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทโดยฝ่าฝืนวรรคหนึ่ง

##### 4.4.2.1 การบังคับตามข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

จากพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 32 และ มาตรา 33 เป็นการกำหนดให้ข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอันมีผลเป็นการยุติปัญหาข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งเรียกว่าเป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีผลทางกฎหมายและเป็นข้อตกลงที่เกิดขึ้นในชั้นศาลเท่านั้น โดยการเปิดช่องทางให้คู่พิพาทที่มีสิทธิเรียกร้องสามารถร้องขอให้ศาลบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องใช้วิธีการที่ไปยื่นฟ้องแล้วขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอม ในการพิจารณาของศาล กฎหมายจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าให้ศาลบังคับตามข้อตกลงนั้น เว้น

แต่จะมีเหตุที่เป็นข้อยกเว้นอยู่เพียงไม่กี่ประการเท่านั้น เพื่อให้ข้อตกลงระดับข้อพิพาทนั้นมีผลทางกฎหมายที่เคร่งครัดมากกว่าการทำสัญญาประนีประนอมยอมความธรรมดา ผลที่สำคัญประการหนึ่งคือ ความต้องการอยู่ร่วมกันอย่างสันติสุขหากมีปัญหาข้อพิพาทใด ๆ ที่เกิดขึ้น เรามุ่งหวังให้ระงับไปอย่างสันติวิธี ไม่มุ่งหวังที่จะพาดพิงเอาชนะอีกฝ่ายหนึ่ง

#### 4.4.2.2 อายุความ

อายุความ เป็นกรณีอายุความของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นผลเรื่องของข้อพิพาทนั้น หากจะมีการฟ้องคดีต่อศาล ก็ต้องดำเนินการภายในบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความเรื่องนั้น ๆ กรณีมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเข้ามาเกี่ยวข้อง คู่พิพาทก็อาจจะเกิดความกังวลเกี่ยวกับอายุความที่ต้องเดินอยู่ตลอดเวลา และอาจจะสิ้นสุดลง แล้วต่อมาปรากฏว่าการไกล่เกลี่ยไม่เป็นผล อาจจะเกิดผลกระทบ หรือเป็นปัญหาต่อการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ซึ่งอาจต้องใช้เวลาในการเจรจาทำความตกลงกัน พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จึงบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ กล่าวคือ ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง และในกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทตามมาตรา 33 ประกอบมาตรา 6 วรรคสอง<sup>161</sup> ก็บัญญัติ ให้นำความในวรรคหนึ่งทีกล่าวมาแล้วมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยให้นับระยะเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่คำสั่งของศาลถึงที่สุด จะเห็นได้ว่า เป็นการบัญญัติไปตามแนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติเรื่องอายุความสะดุดหยุดลงตามมาตรา 193/7<sup>162</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ

<sup>161</sup> พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 6 บัญญัติว่า ในกรณีที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลงโดยไม่เป็นผล หากปรากฏว่าอายุความครบกำหนดไปแล้วในระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือจะครบกำหนดภายในหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง ให้อายุความขยายออกไปอีกหกสิบวันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลง

ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งไม่บังคับตามข้อตกลงระดับข้อพิพาทตามมาตรา 33 ให้นำความในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยให้นับระยะเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่คำสั่งของศาลถึงที่สุด

<sup>162</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/7 บัญญัติว่า ถ้ามีการขยายระยะเวลาออกไปโดยมิได้มีการกำหนดวันเริ่มต้นแห่งระยะเวลาที่ขยายออกไป ให้นับวันที่ต่อจากวันสุดท้ายของระยะเวลาเดิมเป็นวันเริ่มต้น

พาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 14<sup>163</sup> ซึ่งเป็นกรณีการเจรจาแต่จำกัดเฉพาะเกี่ยวกับค่าเสียหายที่พึงจ่าย ให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับในระหว่างนั้น จนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกเลิกการเจรจา ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นที่นำมาใช้บังคับ หรือระยะเวลาที่ศาลกำหนดไว้ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายระยะเวลาได้ตามความจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ตามมาตรา 15<sup>164</sup>

เหตุที่ต้องบัญญัติหลักการเรื่องอายุความโดยให้อายุความสะดุดหยุดลงกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นผล เพื่อไม่ให้คู่พิพาทที่ไม่สุจริตอาศัยความไม่รู้ของคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งในการเอาเปรียบโดยใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีมาเป็นประโยชน์แก่ตน โดยในกรณีที่คู่พิพาทเห็นว่าคดีใกล้จะขาดอายุความแล้ว อาจใช้เทคนิควิธีการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเพื่อยืดเวลาออกไปจนพ้นกำหนดอายุความเป็นการเสียสิทธิที่มาจากเทคนิคในทางกฎหมาย มิใช่จากการต่อสู้ในเนื้อหาของคดีก่อให้เกิดความเสียหายและไม่เป็นธรรมแก่คู่พิพาทอย่างมาก เห็นได้ว่าบทบัญญัติเรื่องอายุความสะดุดหยุดอยู่ระหว่างการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเป็นการป้องกันคู่พิพาทไม่ให้เสียสิทธิในการดำเนินคดีจากการที่คดีจะขาดอายุความหากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องไม่สำเร็จ และการที่อายุความสะดุดหยุดอยู่เป็นการชะลอคดีการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีต่อศาลได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
 CHULALONGKORN UNIVERSITY  
 กรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นผลมีระยะเวลาเตรียมความพร้อมในการฟ้องคดีต่อศาล 60 วันนับแต่วันที่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสิ้นสุดลงนับว่าเป็นเวลาที่เพียงพอต่อการเตรียมพร้อมในการฟ้องคดีต่อศาล เนื่องจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้ผ่านการเตรียมพร้อมในการรวบรวมข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์มาตั้งแต่ขั้นตอนการร้องขอให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ตามมาตรา 21 ประกอบกับระเบียบสำนักงานศาล

<sup>163</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 14 บัญญัติว่า ถ้ามีการเจรจาเกี่ยวกับค่าเสียหายที่พึงจ่ายระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค หรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค ให้อายุความสะดุดหยุดอยู่ไม่นับในระหว่างนั้นจนกว่าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้บอกเลิกการเจรจา

<sup>164</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค มาตรา 15 บัญญัติว่า ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นที่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ให้นำมาใช้บังคับ หรือระยะเวลาตามที่ศาลกำหนดไว้ เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความร้องขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายระยะเวลาได้ตามความจำเป็นและเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม

ยุติธรรมว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ระบุรายละเอียดของคำร้อง ดังต่อไปนี้ ข้อพิพาท หรือข้อเรียกร้องตามกฎหมาย คำบรรยายอันเกี่ยวกับลักษณะแห่งข้อพิพาท ได้แก่ข้อเท็จจริงทั้งปวง อันเป็นมูลเหตุแห่งข้อเรียกร้องข้อกฎหมายหรือข้ออ้างทั้งหลายที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อพิพาท และคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์ หรือจำนวนเงินที่เรียกร้อง สถานที่ที่มูลคดีเกิดหรือข้อเท็จจริงทั้งหลายเกี่ยวกับการกระทำความผิด สถานที่ซึ่งเกิดการกระทำนั้นและฐานความผิด ชื่อและที่อยู่ของคู่กรณีอีกฝ่าย หนังสือแสดงความสมัครใจเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของคู่กรณีอีกฝ่าย (ถ้ามี) ซึ่งมีลักษณะ เหมือนกับการยื่นคำฟ้องในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง<sup>165</sup> คำฟ้อง ต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่งข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่ง ข้อหาเช่นว่านั้น และพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคน พ.ศ.2551 มาตรา 20<sup>166</sup> การฟ้องคดี ผู้บริโภค โจทก์จะฟ้องด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือก็ได้ ในกรณีที่โจทก์ประสงค์จะฟ้องด้วยวาจา ให้เจ้า พนักงานคดีจัดให้มีการบันทึกรายละเอียดแห่งคำฟ้องแล้วให้โจทก์ลงลายมือชื่อไว้เป็นสำคัญ คำฟ้อง ต้องมีข้อเท็จจริงที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีรวมทั้งคำขอบังคับชัดเจนพอที่จะทำให้เข้าใจได้ หากศาล เห็นว่าคำฟ้องนั้นไม่ถูกต้อง หรือขาดสาระสำคัญบางเรื่อง ศาลอาจมีคำสั่งให้โจทก์แก้ไขคำฟ้องในส่วน นั้นให้ถูกต้องหรือชัดเจนขึ้นก็ได้

จากที่ศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพ.ศ. 2562 ผู้วิจัย  
พิจารณาได้ว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY

(1) การเข้าสู่กระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทยังมีลักษณะที่คู่พิพาทต้อง  
สมัครใจยื่นคำร้องต่อศาลสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางเลือกได้ง่าย สะดวก และรวดเร็ว  
ยิ่งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 21 เป็นการเน้นที่ความสมัครใจ  
ของคู่พิพาทเป็นสำคัญโดยมาตรานี้ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า หน่วยงานที่รับเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท  
ต้องสอบถามถึงความสมัครใจของคู่พิพาทว่าต้องการที่จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่

<sup>165</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 172 วรรคสอง บัญญัติว่า คำฟ้องต้องแสดงโดยแจ้งชัดซึ่งสภาพแห่ง  
ข้อหาของโจทก์และคำขอบังคับทั้งข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งข้อหาเช่นว่านั้น

<sup>166</sup> พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 20 บัญญัติว่า ไม่ว่าจะการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้ว  
เพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อที่พิพาทนั้น



หากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายประสงค์จะเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก็จะดำเนินขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป แต่ทางกลับกันหากคู่พิพาทไม่ยื่นคำร้อง หรือมีคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจที่จะเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเท่ากับว่าการดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะไม่เกิดขึ้น ฉะนั้นผู้วิจัยพิจารณาได้ว่าในประเด็นนี้ยังเป็นข้อบกพร่องที่ในกฎหมายฉบับนี้ที่เป็นช่องว่างให้คู่พิพาทไม่ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

(2) การกำหนดประเภทคดี ในประเด็นนี้มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ บัญญัติเพียงว่าข้อพิพาทใดบ้างที่ไม่สามารถเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตามกฎหมายฉบับนี้ได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ประเภทคดีอื่นนอกจากที่บัญญัตินี้สามารถยื่นคำร้องขอไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ทั้งหมด ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การบัญญัติเช่นนี้ยังขาดความชัดเจนและเป็นการสร้างภาระที่เพิ่มมากขึ้นในการพิจารณาคดีที่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

(3) การมีส่วนร่วมของภาคเอกชนที่กฎหมายไม่มีมาตรการในการสนับสนุนและส่งเสริมให้หน่วยงานภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เนื่องจากพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 กำหนดเพียงหน่วยงานของรัฐ และภาคประชาชนที่มีกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเฉพาะทาง โดยการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาททางแพ่งก่อนฟ้องคดีโดยฝ่ายบริหาร ในปัจจุบันมีหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยมีกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค เช่น คณะกรรมการหมู่บ้าน คณะกรรมการกลางหมู่บ้านอาสาพัฒนาและป้องกันตัวเอง (อพป.) นอกจากนี้ยังมีหน่วยงานภาครัฐที่แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งก่อนฟ้องคดีโดยตรง แต่เมื่อเป็นหน่วยงานที่มีบทบาทในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ได้แก่ สำนักงานอัยการสูงสุด และสำนักงานศาลยุติธรรม และกรณีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งก่อนฟ้องคดีโดยภาคประชาชน ในปัจจุบันอยู่ในความดูแลของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 หมวด 5 ซึ่งมีความแตกต่างจากในประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ที่มีนโยบายของ

รัฐบาลสนับสนุนให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมและมีการเชื่อมโยงระหว่างภาครัฐและภาคเอกชนในการยื่นคำร้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแม้จะยื่นคำร้องต่อศาล

โดยในประเทศอังกฤษได้มีกฎหมายการจัดตั้งศูนย์ระงับข้อพิพาทขึ้นมา ได้แก่ The Centre for Dispute Resolution, The British Academy of Experts และ IDR Limited ซึ่งได้นำมาใช้ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในภาคเอกชน ภายใต้กฎหมาย The Commercial Code of Practice Act<sup>167</sup> มีผลใช้บังคับกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งและทางการค้า

ในประเทศสหรัฐอเมริกาหลักเกณฑ์ในการบังคับใช้กฎหมายรัฐบัญญัติว่าด้วยรูปแบบการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทของสหรัฐอเมริกา (The Uniform Mediation Act 2003) ได้คำนึงถึงความสำคัญของการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อเป็นทางเลือกให้กับการระงับข้อพิพาท และช่วยส่งเสริมสิทธิของผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทำให้กฎหมายและกฎเกณฑ์สามารถบังคับใช้ได้ในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกาเป็นรูปแบบเดียวกันและเป็นที่ยอมรับในทุกมลรัฐของสหรัฐอเมริกา การคุ้มครองตามรัฐบัญญัติฉบับนี้ มีผลต่อผู้มีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเมื่อมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดขึ้น โดยคู่พิพาทยอมรับถึงวิธีการไกล่เกลี่ยหรือการเข้ามาไกล่เกลี่ยโดยศาลหรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่เป็นหน่วยงานเอกชน<sup>168</sup> ที่เกี่ยวข้องกับทางแพทย์ ได้แก่ ศาลยุติธรรม คณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board)

ในประเทศสิงคโปร์ในปัจจุบันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการไกล่เกลี่ย คือ The Mediation Act 2017 และ The Community Mediation Centres Act โดยมีสถาบันเอกชนในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ได้แก่ ศูนย์การไกล่เกลี่ยประเทศสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre : SMC) เป็นสถาบันการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ ที่เชื่อมโยงกับสถาบันของสมาคมวิชาชีพ สมาคมการค้า และได้รับการสนับสนุนจากศาลยุติธรรมและตามกฎหมายประเทศสิงคโปร์ SMC จึงประสบความสำเร็จในการเป็นผู้นำในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสิงคโปร์ในปัจจุบัน และทุ่มเท

<sup>167</sup> Donald Lambert, Nicole Finlayson, "Mediation in United Kingdom," [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>.

<sup>168</sup> Monica Rausch, "The Uniform Mediation Act" *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 18, 2 (2003).

ให้การส่งเสริมข้อพิพาทที่เป็นมิตรและมีประสิทธิภาพ ที่มีการกำหนดกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้คู่พิพาทได้เข้าสู่กระบวนการตามลำดับขั้นตอนที่ศาลกับหน่วยงาน SMC จะทำงานร่วมกัน

(4) พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในส่วนของการทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทในศาลเท่านั้นที่ศาลสามารถบังคับตามข้อตกลงได้โดยไม่ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 32-33 แต่หากเป็นกรณีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันนอกศาลไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ศาลสามารถบังคับตามสัญญาได้โดยไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล

ผู้วิจัยจึงพิจารณาได้ว่า พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งเป็นการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยโดยสมัครใจยังมีข้อบกพร่องและการสนับสนุนให้ภาคเอกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในปัจจุบันยังมีความซ้ำซ้อนในการทำงาน รวมทั้งการสมัครใจให้เข้าร่วมกระบวนการยังขาดแรงจูงใจในการให้คู่พิพาทเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท จึงเห็นว่าวิธีการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสมต่อความรับผิดชอบทางการแพทย์ควรจะเป็นการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับซึ่งจะทำการวิเคราะห์ในหัวข้อถัดไป

#### 4.5 วิเคราะห์ความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดี

แม้ประเทศไทยจะมีการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้ทั้งในศาล และนอกศาลเป็นช่วงระยะเวลาหนึ่งแล้ว แต่กระบวนการดังกล่าวก็ยังไม่สามารถขจัดปัญหาคดีล้นศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเนื่องมาจากสาเหตุหลักประการหนึ่งคือประชาชนไม่ได้ให้ความสนใจและไม่นิยมที่จะใช้กระบวนการดังกล่าว<sup>169</sup> ด้วยสาเหตุหลายประการ เช่น การไม่เข้าใจขั้นตอนหรือกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เชื่อมั่นต่อการบังคับใช้ ปัญหา กฎ ระเบียบ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ

<sup>169</sup> หลักการและเหตุผลใน “รายงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม สถาปนาปฏิรูปแห่งชาติ เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการยุติข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนขึ้นศาล พ.ศ. ...”

กระบวนการยุติธรรมทางไกลไกล่เกลี่ย และแม้มีพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 เป็นกฎหมายกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทกลับไม่เปิดโอกาสและส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมเป็นหน่วยงานสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากที่กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 4.4

ดังนั้น แนวคิดในเรื่องกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) จึงได้มีการพัฒนาขึ้นเพื่อสนับสนุนให้มีการใช้การระงับข้อพิพาททางวิธีการอื่นนอกจากการดำเนินคดีทางศาลมากขึ้น โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ย มีการจัดระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) เป็นรูปแบบการจัดการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่กำหนดให้คดีบางประเภทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนที่คู่พิพาทจะมีสิทธิที่จะดำเนินคดีต่อไป

สำหรับในต่างประเทศ จากการศึกษาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า ได้มีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับขึ้นเพื่อบังคับใช้ในข้อพิพาทบางประเภทซึ่งรวมถึงข้อพิพาทความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ด้วย โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขให้คู่พิพาทต้องมีการผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเสียก่อนภายในขอบเขตระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด จึงจะนำข้อพิพาทของตนมาฟ้องเป็นคดีในชั้นศาลได้ เช่น มลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดา พบว่าเป็นการประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายรวมทั้งเป็นการผสมผสานความสัมพันธ์ของคู่พิพาทด้วยความสุจริตไม่ได้ใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาประวิงคดีถึงร้อยละ 50 ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา<sup>170</sup> และลดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีที่ไม่สำคัญถึง 87 เปอร์เซ็นต์<sup>171</sup> เมื่อเทียบกับการดำเนินคดีแบบเดิม และลดระยะเวลาในการแก้ไขข้อพิพาทโดยเฉลี่ยน้อยกว่าหกเดือน<sup>172</sup> ในมลรัฐฟลอริดา ในส่วนข้อสังเกตที่จะไม่ให้คู่พิพาทประวิงคดีได้ คือ การกำหนดระยะเวลาในทุกขั้นตอนของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับไว้

ในขณะที่สหภาพยุโรปมีแนวทางตาม The EU Mediation Directive 2018/C 377/01 ซึ่งเป็นกฎของสหภาพยุโรปที่มีแนวทางให้กับประเทศสมาชิกในการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วย

<sup>170</sup> Florence Yee, "Mandatory Mediation: The extra dose needed to cure the medical malpractice crisis," *Cardozo J. of Conflict Resolution*: 418-421.

<sup>171</sup> Ibid.

<sup>172</sup> Ibid.

การไกล่เกลี่ยสามารถเลือกได้ว่าจะใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ (Voluntary Mediation) หรือการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Compulsory Mediation) ก่อนเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในศาล หรืออาจทำได้โดยข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทที่กำหนดในขั้นตอนการทำสัญญาว่า หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญาก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาต่อไป

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ที่กฎหมายกำหนดให้คดีบางประเภทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนที่คู่พิพาทจะมีสิทธิที่จะดำเนินคดีต่อไปตามปกติ สำหรับในต่างประเทศจากการวิเคราะห์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับตั้งแต่เริ่มต้นกระบวนการจนถึงที่สุดกระบวนการ พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา ในบางมลรัฐมีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดี และมีกฎหมายกำหนดประเภทคดีที่ชัดเจนว่าคดีประเภทใดที่บังคับให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี ได้แก่ มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดา โดยกำหนดให้คดีครอบครัวและมรดกคดีเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของแพทย์ คดีสิทธิของประชาชน และ คดีผู้บริโภค ต้องเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดี อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาที่ถกเถียงกันว่าการบังคับเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเป็นการขัดต่อหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์หลักการหลักการการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยเป็นประเด็นแรก และเปรียบเทียบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับกับการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นเพื่อวิเคราะห์ว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ในประเทศหรือไม่

#### 4.5.1 ประเด็นปัญหาเรื่องหลักการการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย

จากการศึกษาหลักการที่สำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้กล่าวไว้หัวข้อใน 2.3.2.4 การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) (ข) ลักษณะที่สำคัญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการไกล่เกลี่ยแบบสมัครใจ จึงมีความกังวลว่าเมื่อนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้ในกฎหมายแล้วจะขัดกับหลักการสำคัญของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ ผู้วิจัยจะพิจารณาแต่ละหลักการตามลำดับดังต่อไปนี้

### (ก) หลักการรักษาความลับ

เป็นหลักการที่ทั้งคู่พิพาทฝ่ายผู้ให้บริการทางการแพทย์ และฝ่ายผู้ป่วย รวมทั้งผู้ไกล่เกลี่ยต้องให้ความสำคัญ<sup>173</sup> เนื่องจากในการประชุม ปรึกษาในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท การรักษาความลับอย่างเคร่งครัดในข้อมูลที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นประโยชน์ที่คู่พิพาทจะให้ข้อมูลที่มีความสำคัญต่อคดีที่ผู้ไกล่เกลี่ยจะรับฟังข้อมูลทั้งหมดจากคู่พิพาททั้งสองฝ่ายเพื่อนำไปสู่ผลลัพธ์สุดท้ายที่ทุกฝ่ายพึงพอใจที่ สอดคล้องกับการแก้ไขปัญหาวิกฤตที่มักเกิดจากความไม่เข้าใจของผู้ให้บริการทางการแพทย์และผู้ป่วยในการไม่สื่อสารทำความเข้าใจในปัญหาที่เกิดขึ้นจากความผิดพลาดในการรักษาจนนำไปสู่การฟ้องคดีต่อศาลจำนวนมาก และสอดคล้องกับจริยธรรมในทางการแพทย์ที่แพทย์ผู้ให้บริการต้องรักษาความลับของผู้ป่วย<sup>174</sup>

### (ข) หลักความสมัครใจ

ประเด็นที่มีข้อถกเถียงเป็นอย่างมากว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจะขัดต่อหลักความสมัครใจหรือไม่ เนื่องจากหลักความสมัครใจเป็นหลักการหนึ่งที่มีความสำคัญเพื่อนำไปสู่การแก้ไขข้อพิพาทที่คู่พิพาทให้ความร่วมมือตลอดทั้งกระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>175</sup> เพียงแต่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นการบังคับเข้าสู่กระบวนการก่อนฟ้องคดี จึงอาจขัดต่อหลักความสมัครใจของคู่พิพาทในการเข้าร่วมกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแต่ด้วยวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ระงับข้อพิพาทโดยเร็ว และกระบวนการทั้งหมดยังอยู่การตัดสินใจทั้งหมดของคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจึงกำหนดกระบวนการให้คู่พิพาทเข้าร่วมการไกล่เกลี่ย ไม่ว่าจะยินยอมหรือไม่ก็ตามเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนในการฟ้องคดีต่อศาล ผู้วิจัยพิจารณาเห็นว่า การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เป็นการขัดต่อหลักความสมัครใจ เพราะอำนาจในการตัดสินใจทั้งหมดในการจะยอมรับ หรือปฏิเสธผลลัพธ์ หรือข้อเสนอต่าง ๆ ที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้เสนอในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับจึงถือเป็นเพียง

<sup>173</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 (ข.1) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หลักการรักษาความลับ

<sup>174</sup> ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2549 ข้อ 27 เรื่องการรักษาความลับของผู้ป่วยซึ่งถ้าผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมฝ่าฝืนข้อบังคับดังกล่าวผู้ประกอบวิชาชีพจะถูกดำเนินการลงโทษทางจริยธรรมโดยแพทยสภา

<sup>175</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 (ข.2) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หลักความสมัครใจ

กระบวนการที่กำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้คู่พิพาทเข้ามาสู่กระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยวิธีไกล่เกลี่ยเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะผลของการตัดสินใจในข้อตกลงสุดท้ายยังเป็นของคู่พิพาท โดยที่ไม่มีกฎหมาย หรือผู้ไกล่เกลี่ย หรือศาลจะมาบังคับให้คู่พิพาทต้องยอมรับข้อตกลงที่ไม่ได้เกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาทได้ และหากคู่พิพาทไม่พอใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจนไม่สามารถตกลงกันได้ คู่พิพาทยังสิทธิเข้าสู่การดำเนินการพิจารณาทางศาลต่อไป

### (ค) หลักการให้อำนาจคู่พิพาท

แม้เป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับยังอยู่ภายใต้การควบคุมของคู่พิพาทในกระบวนการตั้งแต่เริ่มต้นจนได้ข้อยุติเป็นข้อตกลงที่ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีอำนาจในการบังคับหรือตัดสินใด ๆ ในการข้อพิพาทแตกต่างจากผู้พิพากษา หรือ อนุญาโตตุลาการ โดยผู้ไกล่เกลี่ยมีหน้าที่เป็นผู้ช่วยเหลือคู่พิพาทเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงระหว่างคู่พิพาทในการตัดสินใจสุดท้าย<sup>176</sup> ในทางกลับกันหากคู่พิพาทไม่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สำเร็จ คู่พิพาทสามารถไปดำเนินคดีโดยศาลได้ หรืออาจจะเลือกไประงับข้อพิพาทด้วยวิธีอื่น ๆ ดังนั้น การให้อำนาจคู่พิพาทส่งผลให้คู่พิพาทให้ความสำคัญต่อการค้นหาข้อเท็จจริงที่เป็นประโยชน์แก่คดี โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเทคนิคทางกระบวนการ จึงทำให้เกิดความร่วมมือกันของคู่พิพาททั้งสองฝ่ายนำไปสู่ความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### (ง) หลักการความเป็นกลาง

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีความเหมาะสมกับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์มากกว่าการพิจารณาคดีโดยศาล ผู้ไกล่เกลี่ยที่มีความรู้ความชำนาญในเรื่องทางการแพทย์สามารถช่วยเหลือ ให้ความสะดวกในการแก้ปัญหาของที่ซับซ้อน<sup>177</sup> ดังที่ปรากฏในประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดให้มีผู้ไกล่เกลี่ย 2 คนที่คนหนึ่งมีความเชี่ยวชาญทางการแพทย์ ส่วนอีกคนหนึ่ง

<sup>176</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 (ข.3) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หลักการให้อำนาจคู่พิพาท

<sup>177</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 (ข.4) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หลักความเป็นกลาง

เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย<sup>178</sup> และข้อได้เปรียบ คือการโต้แย้งข้อพิพาทมีอิสระในการกำหนดผลลัพธ์ ผู้ไกล่เกลี่ยไม่มีหน้าที่ในการตัดสิน และไม่ควรมีความสนใจในผลลัพธ์แม้จะอยู่ในแนวทางที่สามารถยุติข้อพิพาท แต่เป็นเพียงผู้ฟัง หรือประเมินข้อพิพาทของแต่ละฝ่ายเพื่ออำนวยความสะดวกในการช่วยเหลือให้ฝ่ายต่าง ๆ ชี้แจงปัญหาเพื่อนำไปสู่ข้อตกลงระงับข้อพิพาท

### (จ) หลักของผลลัพธ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว

เป็นหลักการที่ต่อเนื่องจากหลักการอื่น ๆ ที่คู่พิพาทเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมกระบวนการตามที่คู่พิพาททั้งสองฝ่ายตกลงกัน จึงทำให้ผลลัพธ์สุดท้ายในแต่ละคดีในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีลักษณะแตกต่างกันออกไป มีลักษณะเฉพาะตัวตามที่คู่พิพาทคดีนั้น ๆ ได้ทำข้อตกลงกัน<sup>179</sup> เป็นหลักการที่แตกต่างจากการพิจารณาคดีในศาลที่เห็นได้ชัดจากระบบกฎหมายจารีตประเพณีที่ผู้พิพากษาในคดีจะค้นหาคำพิพากษาที่คล้ายคลึงกันก่อนหน้านั้น และใช้เป็นบรรทัดฐานในการวินิจฉัย แม้ประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้ประมวลกฎหมายในการปรับหลักกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในการพิจารณาพิพากษาคดีแต่ทางปฏิบัติการตัดสินคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายคลึงกันก็นำคำพิพากษาฎีกาก่อนหน้ามาปรับใช้เป็นแนวทางในการตัดสิน

#### 4.5.2 เปรียบเทียบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับกับการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่น

จากการได้ศึกษาการระงับข้อพิพาททางเลือกในกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดจากความรับผิดชอบทางการแพทย์ ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับสามารถที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้จึงได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นรวมทั้งการดำเนินคดีในชั้นศาล ดังต่อไปนี้

### (ก) การดำเนินคดีในชั้นศาล

<sup>178</sup> United States Court of Federal Claims, “Key ADR Statutes,” [Online] Accessed 2020, April 15 Available from: <https://www.adr.gov/adrguide/04-statutes.html>.

<sup>179</sup> ดูในหัวข้อ 2.3.2.2 (ข.5) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) หลักของผลลัพธ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว



ความแตกต่างที่สำคัญที่สุดระหว่างการดำเนินคดีทางชั้นศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ได้แก่ บทบาทของคนกลาง โดยผู้พิพากษา หรือคณะลูกขุนของการดำเนินคดีในชั้นศาลจะเป็นผู้ตัดสินในผลลัพธ์สุดท้ายที่พิพาทกัน ในขณะที่ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีบทบาทเพียงช่วยเหลือเพื่อให้คู่พิพาททำข้อตกลงด้วยตัวคู่พิพาทเอง และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะเบี่ยงเบนความสนใจของข้อพิพาทออกไปจากความรู้สึกว่าเป็นผู้ชนะและผู้แพ้ จึงเป็นการสร้างความยอมรับร่วมกัน และหากไม่พบวิธีแก้ปัญหาคู่พิพาททำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สำเร็จก็สามารถระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นต่อไปได้

ในขณะที่การเตรียมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในความรับผิดชอบทางการแพทย์ อาจเทียบเคียงได้กับการเตรียมการฟ้องคดีโดยทนายความในการดำเนินคดีในระบบกล่าวหาที่เป็นการดำเนินคดีโดยคู่พิพาทเริ่มต้นนำคดีเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมและนำพยานหลักฐานมาต่อสู้กัน<sup>180</sup> เพียงแต่การเตรียมข้อเท็จจริงในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการทำความเข้าใจในข้อเท็จจริงที่ได้แย้งกันของคู่พิพาทมิใช่การนำข้อเท็จจริงมาต่อสู้หักล้างกัน เนื่องจากเป้าหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นการเสริมสร้างการสื่อสารโดยมุ่งความสนใจไปที่ฝ่ายคู่พิพาท เปิดโอกาสให้มีการประนีประนอม และฟื้นฟูความสัมพันธ์ระหว่างกันในการแก้ไขข้อพิพาทที่คุ้มค่าต่อค่าใช้จ่ายและเวลา เป้าหมายสำคัญของข้อพิพาททางการแพทย์กับผู้ป่วยจึงสอดคล้องกับรูปแบบการรักษาความสัมพันธ์ที่ดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สอดคล้องกับทฤษฎีการแก้ไขปัญหาและการหาผลประโยชน์ร่วมกันของคู่พิพาท ในทางตรงกันข้ามการดำเนินคดีเป็นความต้องการของฝ่ายที่ฟ้องคดีฝ่ายเดียวในการเอาชนะกันของคู่พิพาทยากที่จะรักษาความสัมพันธ์ระหว่างกัน

### (ข) การอนุญาตตุลาการ

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการอนุญาตตุลาการเชิงบังคับ กรณีที่เป็นประเด็นให้ถกเถียงเช่นเดียวกัน ได้แก่ การจำกัดสิทธิเข้าสู่ความยุติธรรมในการที่คู่พิพาทจะดำเนินคดีทางชั้นศาล จากการศึกษาการอนุญาตตุลาการเชิงบังคับที่นำมาใช้กับความรับผิดชอบละเมิดทาง

<sup>180</sup> โสภณ รัตนการ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542), หน้า 1-2.

การแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>181</sup> พบว่า การบังคับให้คู่พิพาททำสัญญาเพื่อเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการแต่ไม่สามารถเข้าสู่การระงับข้อพิพาททางศาล เป็นการขัดรัฐธรรมนูญประเทศสหรัฐอเมริกาเรื่องสิทธิในการเข้าสู่ความยุติธรรมที่คู่พิพาทสามารถจะเลือกการระงับข้อพิพาทที่เหมาะสม และการบังคับเข้าทำสัญญาโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าเนื่องจากแพทย์ หรือโรงพยาบาลมักให้ผู้ป่วยทำสัญญาระงับข้อพิพาทวิธีอนุญาโตตุลาการก่อนการรักษา เป็นการบังคับผู้ป่วยฝ่ายที่ไม่มีอำนาจต่อรองให้เข้าทำสัญญา เมื่อพิจารณาตามกฎหมายไทยถือว่าเป็นพระราชบัญญัติข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และเป็นการจำกัดสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการพิจารณาในชั้นศาลซึ่งขัดรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ในการกำหนดการดำเนินการทางกระบวนการยุติธรรมที่มีบทบัญญัติให้การรับรอง และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลไว้ เพื่อให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพในด้านต่าง ๆ เพื่อกำหนดวิถีชีวิตของตนได้อย่างที่ปรารถนา

แตกต่างจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับแม้เป็นการบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนแต่ไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการที่คู่พิพาทสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นไม่สำเร็จผล เพียงแต่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนให้คู่พิพาทสามารถหันหน้าแก้ไขปัญหาด้วยตัวคู่พิพาทเอง หากสามารถตกลงกันได้ตั้งแต่ขั้นตอนการไกล่เกลี่ยก็ไม่จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณา สืบพยานในชั้นศาลอีกต่อไป เพียงแต่ให้ศาลบังคับตามข้อตกลงที่คู่พิพาทได้ร่วมกันหาคำตอบที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับให้มีผลตามกฎหมาย สามารถนำพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 32 และมาตรา 33 ปรับใช้ได้ในกรณีที่ทำความตกลงกันในศาลที่คู่พิพาทสามารถร้องขอศาลเพื่อให้บังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาทซึ่งกระทำได้ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามข้อตกลงระงับข้อพิพาท มิฉะนั้นข้อตกลงระงับข้อพิพาทเป็นอันสิ้นผลไปได้

### (ค) การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ

เมื่อเปรียบเทียบกับ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจ ในขั้นตอนการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 และ

<sup>181</sup> ดูในหัวข้อ 3.2.5.2 การอนุญาโตตุลาการเชิงบังคับกรณีข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 แล้วพบว่า คดีที่จะสามารถนำเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ต้องเกิดจากความสมัครใจของคู่ความเท่านั้น จากสถิติของศาลยุติธรรมในปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563) พบว่า ก่อนฟ้องคดีทั้งคดีทางการแพ่ง และคดีผู้บริโภคมีคู่พิพาทสมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรวมกันไม่เกิน 2,000 คดี<sup>182</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับคดีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังฟ้องคดีที่มีการกำหนดบังคับให้มีวันไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนที่จะดำเนินการพิจารณาสืบพยานตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 25 นั้นกำหนดไว้ว่าก่อนจะดำเนินการพิจารณาต่อไปต้องจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหากคู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภายหลังฟ้องคดี จากสถิติของศาลยุติธรรมในปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563) พบว่า คดีผู้บริโภคเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย 147,867 คดี ไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ 123,562 คดี คิดเป็นร้อยละ 83.56<sup>183</sup> ดังนั้นเห็นได้ว่าในปัจจุบันกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเริ่มมีความสำเร็จที่คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้โดยไม่ต้องมีการสืบพยานในชั้นศาล

ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการไกล่เกลี่ยเมื่อคู่พิพาทได้เข้าร่วมกระบวนการแล้วเกิดผลสำเร็จที่คู่พิพาทจะสามารถตกลงระงับข้อพิพาทกันได้โดยไม่ต้องดำเนินคดีในชั้นศาล หากนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนที่จะฟ้องคดีโดยเห็นควรที่จะนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้เพื่อให้คู่พิพาทในคดีผู้บริโภคทุกคดีได้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่ก่อนฟ้องคดีแต่ยังคงไว้ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจของคู่พิพาทในการตกลงกัน เป็นโอกาสแก่คู่พิพาทในการพบกับผู้เชี่ยวชาญมาให้คำปรึกษา เช่น แพทย์ ทั้งได้เห็นข้อดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สามารถทำให้คู่พิพาทได้ปรับความเข้าใจกันเป็นการทำลายอคติ และทำให้คู่พิพาทที่มีสถานะหรืออำนาจที่แตกต่างกันได้มีโอกาสร่วมกันยุติข้อพิพาทด้วย ทั้งนี้ ควรดำเนินกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเจ้าพนักงานคดีเนื่องจากเจ้าพนักงาน

<sup>182</sup> ศาลยุติธรรม, “สถิติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังฟ้อง ประจำปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563),” [ออนไลน์] เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา:

<https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/84/iid/197511http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%>

<sup>183</sup> เรื่องเดียวกัน.

คดีมีความรู้เฉพาะด้านในคดีผู้บริโภคซึ่งเป็นผู้มีความรู้ด้านกฎหมายเกี่ยวกับผู้บริโภคและผู้ที่เกี่ยวข้อง  
ทางด้านการแพทย์มาเป็นคนกลางมาช่วยเหลือระดับข้อพิพาท

#### 4.5.3 แนวความคิดของประเทศไทยต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ

สำหรับประเทศไทยเคยได้มีแนวคิดเกี่ยวกับการบังคับให้ไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีใน  
ร่างพระราชบัญญัติการยุติข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนขึ้นศาล พ.ศ. ... ที่มีหลักการและเหตุผลว่า  
“การไกล่เกลี่ยระดับข้อพิพาทเป็นกระบวนการที่สามารถลดปัญหาความขัดแย้งได้อย่างดี แต่ที่ผ่านมา  
กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเรื่องของความสมัครใจ ทำให้คดีความต้องนำไปขึ้นศาลเป็น  
จำนวนมาก ก่อให้เกิดความสูญเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย และสร้างความขัดแย้งให้กับประชาชนที่เป็น  
คู่พิพาทในคดี จนยากที่จะกลับคืนดีกันได้ และผ่านมาประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับการระงับ  
ข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ และเพื่อให้เกิดความมั่นใจในการทำหน้าที่ผู้ไกล่เกลี่ยที่สามารถ  
ทำได้อย่างมีมาตรฐาน และมีสถานที่ไกล่เกลี่ยในพื้นที่ของอำเภอ ตำบล และชุมชนให้เป็นระบบมี  
กฎหมายรองรับอันเป็นการสร้างความเข้มแข็งให้ประชาชนในการเข้าถึงการไกล่เกลี่ยได้โดยง่าย ช่วย  
ลดการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมหลักและเป็นการส่งเสริมความปรองดองสมานฉันท์ให้  
เกิดในชุมชนและประเทศชาติ”

ผู้วิจัยจึงได้ทำการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ย  
เชิงบังคับในต่างประเทศตามแต่ละขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์เพื่อเป็นแนวคิดให้  
ประเทศไทยสามารถนำมาปรับใช้ให้เข้ากับสังคม วัฒนธรรมและกฎหมายตามพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ย  
ข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งเป็นวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแบบสมัครใจที่เป็นกฎหมาย  
กลางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในประเทศไทยและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง  
มาตรา 20 ตรี ว่าสามารถเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายให้มีวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับใน  
พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง  
มาตรา 20 ตรี ได้โดยไม่ต้องมีการตรากฎหมายฉบับใหม่

ตารางที่ 4 เปรียบเทียบขั้นตอนในการนำการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้ในความรับผิดทางละเมิด  
ทางการแพทย์กับกฎหมายไทย

ประเทศ/ ประเด็น	มลรัฐเซาท์ แคโรไลน่า	มลรัฐฟลอริดา	มลรัฐ วอชิงตัน	มลรัฐ แคลิฟอร์เนีย	สหภาพยุโรป	ประเทศไทย (สมัครใจ)
กฎหมาย	The South Carolina Code of Laws Section 15-79-125	The 2019 Florida Statutes Title XLV TORTS Chapter 766	RCW 7.70.100 Mandatory mediation of health care claims— Procedures.	California Child Custody Mediation Law	EU Mediation Directive (Directive 2008/52 / EC)	-พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท พ.ศ. 2562 -ประมวล กฎหมายวิธี พิจารณาความ แพ่ง มาตรา 20 ตี
การเข้าสู่ กระบวนการ การ	-จะต้องยื่น คำขอ กล่าว เจตจำนงยื่น คำร้องขอ เบิกความ และพยาน เบิกความ ข้อ	-กระบวนการ การบังคับการ ไกล่เกลี่ยก่อน ฟ้องคดีในความ รับผิดทาง แพทย์	-ก อ น ก า ร พิจารณาคดี ของศาลไม่ว่า จะเป็นความ รับผิดทาง ละเมิด สัญญา หรือ อื่น ๆ สำหรับ ความเสียหาย	กระบวนการ การบังคับการ ไกล่เกลี่ยก่อน ฟ้องคดี	(1) การเข้า ร่วมใน ลักษณะเป็น เงื่อนไขก่อน การดำเนินคดี (2) การส่งคดี ไปไกล่เกลี่ย ข้อพิพาทก่อน ดำเนินคดีโดย	-พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 21 .คู่พิพาทร้องขอให้ มีการไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท ต่อ หน่วยงานของรัฐ หน้ ว ย ง า น


	<p>ผู้เชี่ยวชาญ พร้อมกัน ตาม ข้อกำหนด ของหนังสือ รับรองที่ กำหนดไว้ใน มาตรา 15-36-100 ใน เขต อำนาจศาล ตามที่ กฎหมาย กำหนด สำหรับการ ยื่น หรือ เริ่มต้นการ ดำเนินคดี ทางแพ่งตาม มาตรา 15- 79-125</p>		<p>ที่เกิดจาก ความรับผิดชอบ ทางละเมิด ทางการแพทย์ ตามจะต้อง ได้รับการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนการ พิจารณาคดี ในชั้นศาล ยกเว้นตามที่ ระบุไว้ใน</p>		<p>ผู้พิพากษา</p>	<p>ภาคเอกชน และ ภาคประชาชน ที่ มีกฎหมาย กำหนดให้มีหน้าที่ และอำนาจในการ ไกล่เกลี่ยข้อ พิพาทเฉพาะทาง -ประมวล กฎหมายวิธี พิจารณาความ แพ่ง มาตรา 20 ตรี คู่พิพาทร้อง ขอให้มีการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทต่อ ศาลที่อยู่ในเขต อำนาจตน</p>
<p><b>ประเภทคดี</b></p>	<p>ประเภทคดีที่ถูกกำหนดให้มีการใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ ในสหรัฐอเมริกา ได้แก่  (1) คดีครอบครัวและมรดก</p>				<p>-ข้อพิพาทที่ เกิดขึ้นจาก กฎหมาย</p>	<p>- พระราชบัญญัติ การไกล่เกลี่ยข้อ พิพาท พ.ศ.</p>

	แพทย์	(2) คดีเรื่องการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบของ  (3) คดีสิทธิของประชาชน  (4) คดีผู้บริโภคร			<p>คร อ บ ค ร ัว</p> <p>ก ฎ ห ม า ย</p> <p>ร ะ ง ง า น ก า ร</p> <p>พ ิ จ า ร ณา ร ี อ</p> <p>ก ร ร ม ส ี ท ธิ</p> <p>(เป็นเพียงการ</p> <p>น ะ น ำ ให้</p> <p>ป ะ ร ะ เ ท ศ</p> <p>ส มา ช ิ ก)</p>	<p>2562</p> <p>(1) ข้อพิพาททาง</p> <p>แพ่งยกเว้นเกี่ยว</p> <p>ด้วยสิทธิแห่ง</p> <p>สภาพบุคคล สิทธิ</p> <p>ในครอบครัว หรือ</p> <p>กรรมสิทธิ์ใน</p> <p>อสังหาริมทรัพย์</p> <p>(2) ข้อพิพาททาง</p> <p>อาญากรณีคดี</p> <p>ยอมความได้ หรือ</p> <p>คดีลหุโทษ</p> <p>-ป ะ ร ะ ม ว ล</p> <p>ก ฎ ห ม า ย วิ ธี</p> <p>พ ิ จ า ร ณา ค ว า ม</p> <p>พ ่ ง ม า ต ร า</p> <p>20 ต ร ี ค ตี พ ่ ง ท ุ ก</p> <p>ป ะ ร ะ เ ท ศ</p>
<p>การ</p> <p>กำหนดเวลา</p> <p>ในการไกล่</p> <p>เกลี่ย</p> <p>ข้อพิพาท</p>	<p>-ภายใน 90</p> <p>วันและไม่ช้า</p> <p>กว่า 120</p> <p>วันนับจาก</p> <p>การ</p> <p>ประกาศใช้</p>	<p>-มีเงื่อนไขว่า</p> <p>ภายใน 120 วัน</p> <p>ในการบังคับให้</p> <p>มีการไกล่เกลี่ย</p> <p>ก่อนฟ้องคดี</p> <p>และมักจะได้อ</p>	<p>-ไม่ได้กำหนด</p> <p>ไว้ชัดเจน</p>	<p>-กำหนดให้มี</p> <p>การไกล่เกลี่ย</p> <p>ข้อพิพาทก่อน</p> <p>ฟ้องคดี “ไม่</p> <p>เกิน 60 วัน</p> <p>หลังจากการ</p>	<p>ขั้นตอนแรก</p> <p>ก่อนที่จะเริ่ม</p> <p>การไกล่เกลี่ย</p> <p>ต้องมีการ</p> <p>แต่งตั้งผู้ไกล่</p> <p>เกลี่ยเป็นคน</p>	<p>-ไม่ได้กำหนดไว้</p> <p>ชัดเจน</p>

	<p>เจตจำนงในการยื่นคำร้องต่อศาลให้คู่พิพาทเข้าร่วมในการประชุมไกล่เกลี่ยข้อพิพาท</p>	<p>ข้อตกลงกันก่อน 120 วันที่จะมีการพิจารณาคดีจึงทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีเป็นกระบวนการที่มีประสิทธิภาพแม้จะบังคับในการเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแต่การตัดสินใจในข้อตกลงเป็นของคู่พิพาท</p>		<p>ยื่นคำร้อง” ในกรณีที่มีประวัติความรุนแรงในครอบครัวระหว่างคู่พิพาท การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีจะถูกจัดขึ้นในระยะเวลาโดยการประชุมแยกกันระหว่างคู่พิพาท</p>	<p>กลางโดยแต่งตั้งจากศาลหรือคู่พิพาทตกลงกันเลือกผู้ไกล่เกลี่ย</p> <p>ขั้นตอนที่สองการเริ่มกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยต้องมีกำหนดช่วงเวลาในการไกล่เกลี่ยไว้อย่างชัดเจนว่าจะเริ่มกระบวนการและจบกระบวนการในวันใด</p>	
<p><b>ผู้ไกล่เกลี่ย</b></p>	<p>จะใช้คนกลาง 2 คน คนที่หนึ่งจะเป็นกลางทั่วไป ส่วนคนที่สองจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดีซึ่งได้รับการกลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกโดยคณะกรรมการการแพทย์และจะทำการไกล่เกลี่ยร่วมกัน</p>			<p>ไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจน</p>	<p>ผู้ขึ้นทะเบียนไว้กับหน่วยงานที่มีหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทพร้อม</p>	



						ทั้งผ่านการ ฝึกอบรม มี คุณสมบัติและ เป็นผู้ต้องห้าม
หน่วยงานที่ ใกล้เคียง	ศาลยุติธรรม ศูนย์ยุติธรรมฉันทเพื่อน (Neighborhood Justice Centers) และ คณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) คณะกรรมการ UF Health (เฉพาะมลรัฐฟลอริดา)		-ไม่ได้กำหนด ไว้ชัดเจน			หน่วยงานของรัฐ ภาคประชาชน ศาล
ผลการบังคับ ใช้ข้อตกลง	ยื่นข้อตกลงที่คู่พิพาทตกลงกันได้ให้ศาลที่มีเขตอำนาจ					ยื่นข้อตกลงที่ คู่พิพาทตกลงกัน ได้ให้ศาลที่มีเขต อำนาจ
การ ดำเนินคดีใน ชั้นศาล	-หากไม่ สามารถ แก้ไขปัญหา ดังกล่าวได้ โดยการไกล่ เกลี่ยข้อ พิพาทโจทก์ อาจเริ่ม ดำเนินคดี ทางแพ่งโดย ยื่น หมายเรียก	-ไม่ได้กำหนดไว้ ชัดเจน	-ไม่ได้กำหนด ไว้ชัดเจน	-ไม่ได้กำหนด ไว้ชัดเจน	การบังคับใช้ ข้อตกลง รับรองว่า เนื้อหาของก ประนีประนอ มสามารถ บังคับใช้ผ่าน ศาลในการ กระทำรับรอง ข้อตกลงที่เป็น ลายลักษณ์ อักษร หรือ	-การไกล่เกลี่ย สิ้นสุดลงโดยไม่ เป็นผล หาก ปรากฏว่า อายุ ความครบกำหนด ไปแล้วหลังจาก ยื่นคำร้องหรือจะ ครบกำหนด ภายในหกสิบวัน นับแต่วันที่การ ไกล่เกลี่ยสิ้นสุดลง ให้อายุความขยาย

	<p>และ ร้อง ทุก ช้ ตาม ระเบียบทาง กระบวน พิจารณาคดี แพ่งของศาล มลรัฐเซาท์ แคโรไลน่า โดย การ ดำเนินการ จะต้องยื่น: ภายในหก สิบ วัน หลังจากที่ผู้ ไต่ถามคดี ตัดสินว่าการ ไต่ถามคดีข้อ พิพาทไม่ สามารถ ปฏิบัติได้ หรือการไต่ ถามคดีควร สิ้นสุด หรือ ก่อนที่จะถึง</p>	 <p>จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย CHULALONGKORN UNIVERSITY</p>			<p>สามารถบังคับ ใช้โดยตรงจาก ข้อตกลงใน การไต่ถามคดี เฉพาะกรณี ที่คู่พิพาทเห็น พ้องต้องกัน และไม่ได้ขัด กับกฎหมาย หรือความสงบ เรียบร้อยของ ประชาชน</p>	<p>ออกไปอีกหกสิบ วันนับแต่วันที่การ ไต่ถามคดีสิ้นสุดลง</p>
--	---	--	--	--	---	--

	วันหมดเวลา ที่กฎหมาย กำหนด แล้วแต่ว่า อะไรจะ เกิดขึ้น ภายหลัง					
--	---	--	--	--	--	--

จากตารางข้างต้นพบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์โดยมลรัฐเซาท์แคโรไลน่า ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติรายละเอียดครบถ้วนที่สุดทั้งกระบวนการเมื่อเปรียบเทียบกับอีกหลายมลรัฐและสหภาพยุโรป ที่ประเทศไทยควรนำมาศึกษาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ให้มีบทบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเพื่อนำไปใช้ในความรับผิดชอบทางการแพทย์ โดยมีประเด็นที่สำคัญดังนี้

**ประเด็นแรก** การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสำหรับมลรัฐเซาท์แคโรไลน่า ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15-36-100 จะต้องยื่นคำบอกกล่าวเจตจำนงขอเบิกความและพยานเบิกความของผู้เชี่ยวชาญพร้อมกันตามข้อกำหนดของหนังสือรับรองที่กำหนด ภายในกำหนดเวลา 90 วันแต่ไม่ช้ากว่า 120 วันนับจากการประกาศใช้เจตจำนงในการยื่นคำร้องต่อศาลให้คู่พิพาทเข้าร่วมในการประชุมไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เว้นแต่ศาลจะอนุญาตให้มีการขยายเวลาอีกไม่เกิน 60 วันหากมีเหตุอันสมควร แสดงให้เห็นว่า มลรัฐเซาท์แคโรไลน่าได้กำหนดบังคับให้คู่พิพาทที่ต้องการดำเนินคดีในความรับผิดชอบทางการแพทย์ต้องเข้าร่วมการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนทุกคดีและมีการกำหนดเวลาให้ยื่นดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ถือเป็นจุดที่สำคัญที่กฎหมายได้กำหนดเวลาไว้เพื่อป้องกันคู่พิพาทในการประวิงคดีให้ช้าลง และเป็นการบังคับให้คู่พิพาทต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนดำเนินคดีในชั้นศาลได้มีโอกาสให้คู่พิพาทได้สื่อสารระหว่างกัน แตกต่างจากใน

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ต้องเริ่มต้นโดยการยื่นคำร้องของคู่พิพาทที่ประสงค์จะไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ไม่ได้มีลักษณะที่เป็นแรงจูงใจให้คู่พิพาทสนใจที่เข้ากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ทั้งที่เมื่อเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วสามารถยุติข้อพิพาทได้โดยเร็วตั้งแต่นั้นขั้นตอนการไกล่เกลี่ยดังที่ปรากฏในคดีผู้บริโภคมจากสถิติของศาลยุติธรรมในปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563) พบว่า ไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ คิดเป็นร้อยละ 83.56<sup>184</sup>

**ประเด็นที่สอง** ประเภทคดี มลรัฐเซาท์แคโรไลนาได้กำหนดชัดเจนไว้แล้วตามมาตรา 15-79-125 ว่าคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ เห็นว่าคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ควรเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ ดังนั้นเมื่อคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์เกิดขึ้นต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ มิฉะนั้นเมื่อดำเนินคดีไปแล้วในชั้นศาล หากศาลตรวจพบหรือ คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ร้องขอต่อศาลให้มีการไกล่เกลี่ยศาลก็จะจำหน่ายคดีให้ไปไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อน ดังเช่นในคดี Shannon Ranucci, Petitioner, v. Corey K. Crain, Respondent<sup>185</sup> ในศาลฎีกามลรัฐเซาท์แคโรไลนา เนื่องจากต้องมีการจะต้องยื่นคำร้องเป็นหนังสือแสดงเจตจำนงพร้อมกัน พยานผู้เชี่ยวชาญซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษร แสดงให้เห็นถึงความสำคัญในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีที่ศาลพิจารณาแล้ว เห็นว่าคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์สามารถระงับข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยได้เพื่อรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท

**ประเด็นที่สาม** ผลการบังคับใช้ข้อตกลง ยื่นข้อตกลงที่คู่พิพาทตกลงกันได้ให้ศาลที่มีเขตอำนาจ เมื่อได้ศึกษาจากตารางข้างต้นพบว่า ทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎเกณฑ์เดียวกันในการบังคับข้อตกลงโดยศาลที่ไม่ต้องฟ้องเป็นคดีใหม่ รวมทั้งพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 หากมีข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชั้นศาลสามารถนำข้อตกลงดังกล่าวไป

<sup>184</sup> ศาลยุติธรรม, “สถิติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังฟ้อง ประจำปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563),” [ออนไลน์].

<sup>185</sup> State of South Carolina In The Supreme Court, “Ranucci v. Crain, 763 SE 2d 189 SC: Supreme Court (2014),” [Online] Accessed 2020, July 27 Available from: <https://casetext.com/case/ranucci-v-crain>.

ยื่นคำร้องต่อศาลได้ แต่มีข้อสังเกตว่าจำกัดเฉพาะข้อตกลงที่ทำขึ้นในศาลเท่านั้น หากเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นนอกศาลไม่สามารถที่จะยื่นให้ศาลบังคับได้

**ประเด็นที่สี่** การดำเนินคดีในชั้นศาล มลรัฐที่บัญญัติไว้ชัดเจน ได้แก่หากไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้โดยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโจทก์ อาจเริ่มดำเนินคดีทางแพ่งโดยยื่นหมายเรียกและร้องทุกข์ตามระเบียบทางกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของศาลมลรัฐเซาท์แคโรไลนาโดยการดำเนินการจะต้องยื่นภายใน 60 วันหลังจากที่ผู้ไกล่เกลี่ยตัดสินว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สามารถปฏิบัติได้หรือการไกล่เกลี่ยควรสิ้นสุด หรือก่อนที่จะถึงวันหมดเวลาที่กฎหมายกำหนด แล้วแต่ว่าจะอะไรจะเกิดขึ้นภายหลัง แสดงให้เห็นว่าแม้เริ่มต้นเป็นการบังคับให้ต้องสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่หากภายหลังการดำเนินการไกล่เกลี่ยยังไม่เสร็จสิ้นคู่พิพาทสามารถนำคดีไปดำเนินในชั้นศาลต่อไปได้กฎหมายไม่ได้จำกัดสิทธิคู่พิพาทไว้ ในส่วนของพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ไม่ได้มีบทมาตรใดที่เข้ามาจำกัดสิทธิคู่พิพาทไม่ให้ดำเนินคดีในชั้นศาลหากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่เกิดผลสำเร็จ

**ประเด็นที่ห้า** ทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้กฎหมายเดียวกัน ว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะใช้คนกลาง 2 คน คนที่หนึ่งจะเป็นกลางทั่วไปเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนคนที่สองจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดีซึ่งได้รับการกลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกโดยคณะกรรมการการแพทย์และจะทำการไกล่เกลี่ยร่วมกัน และมีหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board) แตกต่างจากพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่ผู้ไกล่เกลี่ยมีการกำหนดคุณสมบัติและข้อห้ามของผู้ไกล่เกลี่ยไว้ในมาตรา 10 นอกจากนี้ต้องเป็นผู้ที่ผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่คณะกรรมการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาการบริหารงานยุติธรรมแห่งชาติรองรับ เพื่อให้เป็นการสร้างมาตรฐานการไกล่เกลี่ยในประเทศไทยให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน แต่ไม่ได้มีการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยไว้สำหรับวิชาชีพโดยเฉพาะ เป็นการกำหนดคุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยโดยทั่วไปที่เข้าใจเพียงด้านกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแต่อาจไม่ได้มีความชำนาญในข้อพิพาทในเรื่องนั้น ๆ โดยตรง

**ประเด็นที่หก** ความเหมาะสมในการวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ บังคับกับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ นอกจากนี้ในมุมมองทางกฎหมายที่ได้กล่าวไว้ใน ประเด็นที่ห้าข้างต้น ในประเด็นนี้จะพิจารณาในบริบททางสังคมของการมีส่วนร่วมของคู่พิพาท ซึ่ง ในกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบไกล่เกลี่ยนี้ คู่พิพาทมีส่วนร่วมในทุกขั้นตอน ในระดับที่มากกว่า การเข้าสู่กระบวนการตัดสินชี้ขาดในศาลหรืออนุญาโตตุลาการซึ่งอำนาจชี้ขาดเป็นของบุคคลภายนอก คดี ดังนั้น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่มีข้อดีต่อคู่พิพาทและมีความเหมาะสม ต่อบริบททางสังคมของประเทศไทยมากกว่า เนื่องจากหากพิจารณาตามหลักการที่สำคัญของการไกล่ เกลี่ยข้อพิพาทแล้วพบว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่พิพาทในการพยายามที่จะระงับข้อพิพาทและทำ ความตกลงร่วมกันในอำนาจของคู่พิพาทเองโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเพียงผู้ให้ความช่วยเหลือและ ดึงประเด็นที่สำคัญเพื่อให้คู่พิพาทสามารถนำไปสู่จุดที่สมประสงค์ต่อความต้องการของคู่พิพาทมาก ที่สุดสอดคล้องกับหลักการให้อำนาจคู่พิพาทและหลักการของผลลัพธ์ที่มีลักษณะเฉพาะตัว และยังมี ความเหมาะสมกับบริบททางสังคมของไทยที่นิยมการประนีประนอมมากกว่าการเผชิญหน้ากัน ระหว่างคู่พิพาท

นอกจากนี้ความเสียหายที่เกิดขึ้นทางการแพทย์ที่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยของบุคคลเมื่อพิจารณาจากบริบททางสังคมในบางครั้งก็เป็นการยากที่จะคำนวณ ความเสียหายเป็นจำนวนเงินได้ ถึงแม้จะมีการเยียวยาด้วยจำนวนเงินแล้วก็ตามอาจไม่เพียงพอต่อ ผู้เสียหายและส่งผลกระทบต่อจิตใจได้ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ยากมาก รวมทั้งความเสียหายที่ เกิดขึ้น เช่น ในปัจจุบันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการศัลยกรรมตกแต่งเพื่อความงามที่เป็นการบริการ ทางทางการแพทย์ที่ได้รับความนิยมมาก เมื่อเกิดความผิดพลาดจากการรักษาการฟ้องคดีในชั้นศาลอาจ ก่อให้เกิดความอับอายต่อผู้เสียหายได้<sup>186</sup> เนื่องจากเมื่อเกิดข้อพิพาทและคดีขึ้นสู่ศาลหลักการ พิจารณาคดีในชั้นศาลที่ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย และการทำคำพิพากษานั้น ศาลต้องทำโดยเปิดเผย จึงทำให้มีการนำข้อมูลทางการแพทย์ที่ใช้รักษาผู้ป่วยมาเปิดเผยในขั้นตอนการพิจารณาคดีที่คู่พิพาท ทั้งสองฝ่ายต้องนำพยานหลักฐานมาต่อสู้คดีกันเพื่อพิสูจน์ว่าฝ่ายใดเป็นฝ่ายถูกหรือผิด รวมทั้งในการ

<sup>186</sup> อนุชานต์ ตรีทอง, “ความรับผิดชอบของแพทย์ผู้ให้บริการสาธารณสุขและศัลยกรรมตกแต่งเพื่อความงาม : ศึกษากรณีการ ลดข้อพิพาทในการฟ้องร้องคดีต่อศาล,” *การประชุมหาญใหญ่วิชาการระดับชาติ และนานาชาติ* 7 (2559):794-803.

ทำคำพิพากษาของศาลที่ศาลจำเป็นต้องอธิบายข้อเท็จจริงประกอบคำตัดสิน ทำให้ข้อมูลทางการรักษาของผู้ป่วยมีบุคคลอื่นนอกจากตัวคู่พิพาทรับรู้ เช่น ผู้พิพากษา เจ้าหน้าที่ในศาล ทนายความทั้งสองฝ่าย หรือประชาชนที่เข้าฟังการพิจารณาคดีหรืออ่านคำพิพากษามีโอกาสรับรู้ข้อมูลทางการรักษาที่ผู้ป่วยอาจต้องการให้เป็นความลับได้ เนื่องจากผลการรักษาในบางกรณีกระทบกับความรู้สึกของผู้ป่วย และเกิดความอับอายต่อผู้ป่วยที่มีบุคคลอื่นมารู้ข้อมูลดังกล่าวนี้<sup>187</sup> ดังนั้น กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีหลักการในการรักษาความลับของคู่พิพาทเพื่อให้คู่พิพาทสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่สำคัญให้ได้มากที่สุดและเป็นการปกป้องความรู้สึกของคู่พิพาทที่ไม่ต้องการให้บุคคลอื่นมารู้ถึงผลความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสุขภาพร่างกายของที่สุดสูญเสียไป<sup>188</sup>

**ประเด็นสุดท้าย** การที่คู่พิพาททางฝ่ายแพทย์ได้มีโอกาสได้อธิบายทำความเข้าใจในขั้นตอนการรักษาให้แก่ผู้ป่วยได้ทราบก่อนการฟ้องคดีจะมีผลดีกว่าในการให้ข้อมูลเพื่อทำการความเข้าใจว่า นอกจากกระบวนการในการรักษาแล้วผลกระทบข้างเคียงในบางกรณีที่คาดไม่ถึง เช่น โรคประจำตัวของผู้ป่วย โรคทางพันธุกรรม หรือโรคแทรกซ้อนที่ในบางครั้งแพทย์ไม่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ การเปิดโอกาสให้แพทย์ผู้ทำการรักษา ได้เข้ามาอธิบายข้อเท็จจริงแก่ผู้ป่วยก่อนที่จะมีการฟ้องคดีโดยมีคนกลางเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทช่วยเหลือย่อมส่งผลดีกว่าการไปเบิกความในชั้นศาล ซึ่งในความรู้สึกของผู้ป่วยขณะที่อยู่ในศาลอาจเห็นว่า เป็นการแก้ตัวของแพทย์มากกว่าการให้ข้อมูล เนื่องจากในการพิสูจน์ตนเองเพื่อให้ตนพ้นผิดจากหลักการการพิสูจน์ แพทย์ผู้เป็นจำเลยจะต้องทำการพิสูจน์ให้ได้ว่าการกระทำของตนไม่ใช่การรักษาที่ต่ำกว่ามาตรฐานทางวิชาชีพและตนได้ใช้ความระมัดระวังในการรักษาเมื่อเปรียบเทียบกับแพทย์ภาวะ วิสัยและพฤติการณ์เดียวกับตนแล้ว ซึ่งหากแพทย์พิสูจน์ได้ตนก็พ้นจากความรับผิด การพิจารณาในชั้นศาลจึงมีลักษณะการหาผู้รับผิดชอบมากกว่าที่จะทำความเข้าใจในปัญหาที่เกิดขึ้น ฉะนั้นวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีจึงเป็นวิธีการที่สามารถแก้ไขได้ทั้งด้านปัญหาทางกฎหมายและปัญหาทางสังคมที่ส่งผลกระทบต่อคู่พิพาททุกฝ่าย

<sup>187</sup> คู่มือข้อ 4.1.1 ความรับผิดในการบริการทางการแพทย์อันเกิดจากความความประมาทเลินเล่อ

<sup>188</sup> ปริญญา กมฺุทชาติ, "กรณีศึกษา การจัดการความขัดแย้งทางการแพทย์ของโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง," วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2, 2 (2559).

จากข้อพิจารณาข้างต้น ในประเด็นเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมาย พบว่ากฎหมายของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์โดยได้บัญญัติรายละเอียดครบถ้วนที่สุดทั้งกระบวนการจนถึงขั้นตอนการบังคับตามข้อตกลงเมื่อสามารถยุติข้อพิพาทได้ หากไม่สามารถที่จะทำความตกลงกันได้ก็ไม่ได้สิทธิคู่พิพาทในการดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไป และประสบผลสำเร็จในการลดต้นทุนทางด้านเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

ผู้วิจัยพิจารณาต่อไปได้ว่ามีประเด็นที่น่าสนใจนอกเหนือจากกฎหมายของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา และมลรัฐฟลอริดา ที่สามารถทำให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมีประสิทธิภาพในทุกคดีได้แก่ การติดตามผลของกฎหมายประเทศอังกฤษที่มีการติดตามผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยความสมัครใจที่น่าสนใจ ได้แก่ การติดตามผลการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในแต่ละครั้ง และมีการร้องขอความคิดเห็นจากผู้เข้าร่วมไกล่เกลี่ยเพื่อทำความเข้าใจและประเมินผลของกระบวนการและประสิทธิภาพของผู้ไกล่เกลี่ย โดยผู้ให้บริการการไกล่เกลี่ยจะต้องรายงานจำนวนการไกล่เกลี่ยที่เสร็จสมบูรณ์ และอุปสรรคที่พบเพื่อพัฒนากระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้สามารถอำนวยความสะดวกในการมีส่วนร่วมกับบริการเรียกร้องการไกล่เกลี่ย เนื่องจากการกระบวนการติดตามผลนั้นสามารถที่จะนำข้อมูลมาเก็บเป็นสถิติที่สามารถปรับปรุงให้เกิดการพัฒนากระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีประสิทธิภาพขึ้นและเหมาะสมกับสถานการณ์ในแต่ละช่วงเวลาและลักษณะข้อพิพาทเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในกระบวนการระงับข้อพิพาทซ้ำได้อีก หรือให้เกิดปัญหาในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทน้อยที่สุด

ฉะนั้นเพื่อเป็นการลดปัญหาคดีความทั้งปวงที่เกิดขึ้นในประเทศไทยโดยเฉพาะใน ความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ ประกอบกับเพื่อเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่พบในพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 จึงเห็นควรให้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทมาใช้เป็นมาตรการให้มีช้อยู่ดีก่อนนำคดีไปสู่ชั้นศาล โดยนำแนวทางของกฎหมายมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีความ



รับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์ไว้เฉพาะที่ได้บัญญัติรายละเอียดครบถ้วนที่สุดทั้งกระบวนการ และในขั้นตอนการติดตามผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศอังกฤษมาเป็นหลักในการศึกษา เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เหมาะสมกับประเทศไทย เนื่องจากกระบวนการการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทสามารถเสนอแนวทางการเยียวยาที่ไม่สามารถใช้ได้กับกระบวนการดำเนินคดีในศาล และการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทส่งผลให้ฝ่ายต่าง ๆ ได้รับความที่ต้องการโดยไม่ มีผู้ชนะหรือแพ้คดี (Win-Win) แสดงให้เห็นถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ในความรับผิดชอบละเมิดทางการแพทย์นั้น เป็นกลไกที่ช่วยให้คู่พิพาทฝ่ายที่อ่อนแอซึ่งอาจหมายถึง ความอ่อนแอในทางเศรษฐกิจ หรือความอ่อนแอในการเข้าถึงข้อมูลบางอย่าง สามารถต่อสู้กับคู่ความ ฝ่ายที่แข็งแกร่งกว่าได้ด้วยอย่าง เช่น เมื่อผู้ป่วยได้รับบาดเจ็บจากการรักษาของแพทย์ที่เกิดจากความ ประมาทเลินเล่อ หากคดีเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วผู้ไกล่เกลี่ยจะสามารถหาข้อสรุป หรือ ข้อตกลงที่จะสามารถประนีประนอมแก่ทั้งสองฝ่ายได้โดยไม่ต้องนำคดีขึ้นสู่ศาล แต่ถ้าคดีเข้าสู่ กระบวนการพิจารณาของศาลแล้วผู้ให้บริการทางการแพทย์ย่อมมีความสามารถในการเข้าถึงข้อมูล การจ้างทนายความที่มีความรู้ความสามารถ และสามารถคาดการณ์สถานการณ์หรือผลลัพธ์ที่อาจ เกิดขึ้นในคดีได้และสามารถเอาชนะผู้ป่วยได้ในที่สุด นอกจากนี้ การบังคับให้คู่พิพาทเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก็จะเป็นการช่วยผู้เชี่ยวชาญที่เป็นคนกลางซึ่งผู้ไกล่เกลี่ยสามารถจัดให้ มีผู้เชี่ยวชาญมาให้คำปรึกษาระหว่างกระบวนการไกล่เกลี่ยได้ และยังทำให้คู่พิพาทได้มีโอกาสปรับ ความเข้าใจกันซึ่งนำไปสู่ข้อตกลงอันเกิดจากความยินยอมของทั้งสองฝ่าย หรือช่วยทำลายอคติที่ว่า การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นแสดงถึงความอ่อนแอของคู่พิพาทอีกฝ่ายที่ไม่สามารถจะชนะใน การต่อสู้ทางคดีได้รวมถึงลดจำนวนคดีที่จะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาทางศาลได้ กล่าวโดยสรุป แม้ ปัญหาของการฟ้องดำเนินคดีในชั้นศาลเป็นจำนวนมาก และกระบวนการยุติธรรมทางเลือกไม่รับ ความนิยมใช้ในประเทศไทย คือ ประชาชนอาจไม่มีความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงเกี่ยวกับกระบวนการ รวมถึงปัญหาความไม่คุ้นเคยกับวิธีการ หรือเกรงว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการ หรือ ภาครัฐไม่ให้การสนับสนุน ส่งเสริมให้ใช้กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมากเท่าที่ควร

จากข้อพิจารณาที่กล่าวมาแล้วทั้งหมด สามารถสรุปได้ว่า กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมีความเหมาะสมที่สุดในบริบทของการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ที่สามารถแก้ไขปัญหาทางด้านกฎหมายและทางด้านมุมมองในเชิงสังคมและความรู้สึกของคู่พิพาท เนื่องจากการเพิ่มจำนวนข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยให้คู่พิพาทสามารถได้เข้ามาสื่อสารทำความเข้าใจถึงปัญหาของข้อพิพาทและร่วมกันหาผลประโยชน์ร่วมกันในการคำนึงถึงสิทธิ ประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายจะได้รับและทั้งสองฝ่ายยอมรับได้ย่อมเป็นวิธีที่เหมาะสมในการในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์ที่นำไปสู่ความยุติธรรมที่เกิดจากคู่พิพาททุกฝ่ายเป็นผู้ตกลงร่วมกันหาจุดสมดุลในเรื่องสิทธิ ประโยชน์ ความรับผิดชอบที่ทั้งสองฝ่ายยอมรับได้ แต่กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับย่อมมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งในขณะเดียวกัน ก็ต้องคำนึงถึงข้อเสียในด้านอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับต้องไม่เป็นช่องทางที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำไปใช้เป็นหนทางในการทำให้คดีใช้เวลาเนิ่นนานเกินไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้คู่พิพาทสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้ด้วยใจสุจริต และสามารถบังคับตามข้อตกลงนั้นได้ เพื่อไม่ต้องเข้าสู่การดำเนินคดีในชั้นศาลต่อไป

## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน กรณีการฟ้องคดีต่อศาลในคดีทางการแพทย์ทั้งทางอาญา และทางแพ่งที่มีจำนวนมาก โดยเฉพาะการฟ้องคดีในทางแพ่งซึ่งมักเป็นเรื่องความรับผิดทางละเมิดที่เกิดจากการกระทำของแพทย์ผู้ทำการรักษาได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ แต่กลับมีปัญหาเกิดขึ้นโดยสาเหตุหลักของปัญหาทางกฎหมายตั้งแต่ขั้นตอนการนำคดีขึ้นสู่ชั้นศาล โดยเฉพาะคดีผู้บริโภค ซึ่งมีเจตนารมณ์ให้ผู้บริโภคเข้าถึงกระบวนการศาลยุติธรรมได้โดยสะดวก และรวดเร็ว แต่กลับส่งผลทำให้ขั้นตอนในการดำเนินคดีผู้บริโภคทางแพ่งในคดีบางประเภทที่มีความละเอียดอ่อนในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท และการสืบพยานเพื่อพิสูจน์ความผิดอย่างกรณีของข้อพิพาททางการแพทย์ที่ไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยศาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีกันอย่างง่ายปราศจากเหตุผลที่สมควร เช่น การเรียกร้องค่าเสียหายที่สูงมากเกินจำเป็น ส่งผลให้คดีล้นศาล และในแต่ละคดีก็มีการใช้ระยะเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาเป็นเวลานานจึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างทันที่

ความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์อยู่ภายใต้กฎหมายสารบัญญัติได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด ประกอบกับการวินิจฉัยในส่วนขององค์ประกอบประมาทเลินเล่อต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 59 วรรคสี่ แต่ในส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติกลับไปใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคตามคำวินิจฉัยของประธานศาลอุทธรณ์ที่ดีความว่า “บริการทางการแพทย์” รวมอยู่ในคำนิยามของคำว่า “บริการ” จึงกลายเป็นคดีผู้บริโภคที่พิจารณาคดีภายใต้พระราชบัญญัติวิธีสบัญญัติ พ.ศ.2551 จึงเกิดปัญหาข้อถกเถียงกันว่าการดำเนินคดีทางศาลโดยใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้จะเกิดผลเสียมากกว่าผลดีที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในชั้นศาลได้ จึงหาวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่จะเหมาะสมกับคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์

กระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงเป็นวิธีการที่เป็นทางออกของปัญหาในการระงับข้อพิพาทความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ โดยกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกอาจทำได้หลายวิธีการซึ่งแต่ละวิธีการก็จะมีคุณลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยมีทั้งวิธีการที่ขึ้นอยู่กับตัวคู่พิพาทเป็นสำคัญไปจนถึงวิธีการที่มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับการฟ้องคดีต่อศาล วิธีการระงับข้อพิพาทแต่ละวิธีต่างก็มีข้อดี ข้อเสียแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับลักษณะของข้อพิพาทที่เกิดขึ้น รวมถึงตัวคู่พิพาทที่เกี่ยวข้อง วิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกที่มีการส่งเสริมให้นำมาใช้และนิยมนำมาใช้เป็นอย่างมากในปัจจุบันมี 3 วิธีการคือ 1. การเจรจาต่อรอง 2. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 3. อนุญาโตตุลาการ และในการเข้าสู่กระบวนการที่มีทั้งความสมัครใจของคู่พิพาทในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท หรือเป็นเงื่อนไขการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกก่อนการดำเนินคดีในชั้นศาล

ผู้วิจัยพิจารณาได้ว่า เมื่อศึกษาการระงับข้อพิพาททางเลือกวิธีต่าง ๆ การระงับข้อพิพาทที่มีความเหมาะสมกับความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ ได้แก่ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ (Mandatory Mediation) สามารถแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้ และพัฒนามากขึ้นซึ่งหากมีผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยคอยทำหน้าที่ช่วยเหลือคู่พิพาททั้งสองฝ่าย เพื่อค้นหาความต้องการของคู่พิพาทว่าจะตกลงเช่นไร และหาจุดที่สมประสงค์ต่อความต้องการเพื่อให้สามารถยุติข้อพิพาทได้ตามที่ตกลงกันให้ได้มากที่สุด ก็จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลมีความเป็นไปได้มากขึ้น ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่มีลักษณะเป็นเชิงบังคับว่าในคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ จะต้องเข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ก่อนจึงจะสามารถนำข้อพิพาทมาเป็นคดีขึ้นสู่ศาลได้ แตกต่างจากในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศสิงคโปร์ ซึ่งมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการนำคดีข้อพิพาทบางประเภทขึ้นสู่ศาลให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงสามารถฟ้องคดีเพื่อดำเนินคดีในชั้นศาลได้ ได้แก่ คดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว แรงงาน สิ่งแวดล้อม และการทำละเมิดทางการแพทย์รักษาพยาบาล เพื่อลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล โดยมีทั้งในรูปแบบของการกำหนดให้เป็นบทบัญญัติของกฎหมาย ให้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการฟ้องร้องเป็นคดีว่า หากข้อพิพาททางการแพทย์ยังมิได้ผ่านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

มาก่อน ก็จะไม่สามารถนำมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลได้ เช่น ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนาในกฎหมาย The South Carolina Code of Laws Section 15-79-125 หรือมีทั้งในรูปแบบของการกำหนดให้ ภาครัฐร่วมกับภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ให้มีการจัดทำเอกสารตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนอย่างน้อยหนึ่งครั้ง จึงจะสามารถนำข้อพิพาททางการแพทย์ มาฟ้องร้องเป็นคดีได้เช่น ในมลรัฐฟลอริดาตามกฎหมาย California Child Custody Mediation Law ซึ่งปรากฏว่ากระบวนการดังกล่าวนี้ ได้ผลลัพธ์เป็นที่น่าพึงพอใจให้แก่คู่พิพาท ในการลดปัญหาปริมาณการฟ้องคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ อีกทั้งยังช่วยลดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทได้เป็นจำนวนมาก หากประเทศไทยนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีมาใช้กับข้อพิพาททางการแพทย์แล้ว ก็อาจจะช่วยลด หรือระงับข้อพิพาททางการแพทย์ที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลได้อันจะเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยในปัจจุบันต่อความยุ่งยากในการดำเนินการเพื่อให้คู่พิพาทได้รับความยุติธรรมโดยเร็ว

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้แยกประเด็นการวิเคราะห์เพื่อเปรียบเทียบว่ากระบวนการระงับข้อพิพาทวิธีการใดเหมาะสมต่อการระงับข้อพิพาทความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ โดยแบ่งประเด็นการวิเคราะห์เป็น 3 ประเด็นได้แก่ กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ การเข้าสู่กระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกการดำเนินการ กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางการแพทย์ และการสิ้นสุดกระบวนการการระงับข้อพิพาททางเลือกและบังคับตามข้อตกลง

จากการพิจารณาพบว่ากระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับสามารถแก้ไขปัญหาได้และสามารถบังคับใช้ได้กับพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2560 ดังนี้

**ประเด็นที่หนึ่ง** การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยที่พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มาตรา 20 เป็นเพียงการสมัครใจเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา มลรัฐฟลอริดา รัฐวอชิงตัน มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปก็มีการบังคับให้คดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้

**ประเด็นที่สอง** ประเภทคดี ประเทศสหรัฐได้กำหนดชัดเจนไว้แล้วว่าคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ แต่สหภาพยุโรปแม้จะไม่ได้กำหนดประเภทคดีไว้เป็นการเฉพาะ แต่กำหนดเป็นเพียงแนวทางให้ประเทศสมาชิกนำไปปรับใช้ หากประเทศสมาชิกเห็นว่าคดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ควรเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีต่อศาลได้ก็สามารถนำหลักเกณฑ์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปใช้

**ประเด็นที่สาม** ผลการบังคับใช้ข้อตกลง ยื่นข้อตกลงที่คู่พิพาทตกลงกันได้ให้ศาลที่มีเขตอำนาจ พบว่า ในมลรัฐเซาท์แคโรไลน่า มลรัฐฟลอริดา รัฐวอชิงตัน มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา และสหภาพยุโรปมีการบังคับให้คดีความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ที่ได้ผลของข้อตกลงแล้วต้องไปยื่นให้ศาลบังคับจึงจะบังคับใช้ได้ตามกฎหมาย ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2560 มาตรา 32 และมาตรา 33

**ประเด็นที่สี่** การดำเนินคดีในชั้นศาลมลรัฐที่บัญญัติไว้ชัดเจน ได้แก่มลรัฐเซาท์แคโรไลน่า หากไม่สามารถไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้สำเร็จ โจทก์อาจเริ่มดำเนินคดีทางแพ่งโดยยื่นภายในหกสิบวันหลังจากที่ผู้ไกล่เกลี่ยตัดสินว่าการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่สามารถปฏิบัติได้ หรือการไกล่เกลี่ยควรสิ้นสุด หรือก่อนที่จะถึงวันหมดเวลาที่กฎหมายกำหนด แล้วแต่ว่าจะอะไรจะเกิดขึ้นภายหลัง แสดงให้เห็นว่าแม้กระบวนการเริ่มต้นเป็นการบังคับให้ต้องสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่หากภายหลังการดำเนินการไกล่เกลี่ยยังไม่เสร็จสิ้นคู่พิพาทสามารถนำคดีไปดำเนินในชั้นศาลต่อไปได้โดยที่กฎหมายไม่ได้จำกัดสิทธิคู่พิพาทไว้

**ประเด็นที่ห้า** ผู้ไกล่เกลี่ยของประเทศสหรัฐอเมริกามีจุดเด่นสำหรับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ ประกอบด้วยผู้ไกล่เกลี่ยจำนวน 2 คน คนที่หนึ่งจะเป็นกลางทั่วไปที่เข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนคนที่สองจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดีซึ่งได้รับการกลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกโดยคณะกรรมการการแพทย์และจะทำการไกล่เกลี่ยร่วมกัน ในหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคณะกรรมการการแพทย์ (Medical Licenses Board)

**ประเด็นที่หก** ความเหมาะสมในการวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ บังคับกับความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์นอกจากในมุมมองทางกฎหมายที่ได้กล่าวไว้ในประเด็น ที่ห้าข้างต้น ในประเด็นนี้จะพิจารณาในบริบททางสังคมที่การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่พิพาทใน กระบวนการระงับข้อพิพาทในทุกขั้นตอนมากกว่าที่จะเข้าสู่กระบวนการตัดสินชี้ขาดในศาลหรือ อนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นบุคคลภายนอกดี ย่อมดีกว่าเนื่องจากหากพิจารณาตามหลักการที่สำคัญของ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วพบว่า การเข้ามามีส่วนร่วมของคู่พิพาทในการพยายามที่จะระงับข้อพิพาท และทำความตกลงร่วมกันในอำนาจของคู่พิพาทเองโดยผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นเพียงผู้ให้ความ ช่วยเหลือและดึงประเด็นที่สำคัญเพื่อให้คู่พิพาทสามารถนำไปสู่จุดที่สมประสงค์ต่อความต้องการของ คู่พิพาทมากที่สุดสอดคล้องกับหลักการให้อำนาจคู่พิพาทและหลักการของผลลัพธ์ที่มีลักษณะ เฉพาะตัว

ในส่วนของความเสียหายที่เกิดขึ้นทางการแพทย์ที่เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อชีวิต ร่างกาย อนามัยของบุคคลเมื่อพิจารณาจากบริบททางสังคมในบางครั้งก็เป็นการยากที่จะคำนวณ ความเสียหายเป็นจำนวนเงินได้ ถึงแม้จะมีการเยียวยาด้วยจำนวนเงินแล้วก็ตามอาจไม่เพียงพอต่อ ผู้เสียหายและส่งผลกระทบต่อทางด้านจิตใจได้ซึ่งเป็นเรื่องที่พิสูจน์ยากมาก รวมทั้งความเสียหายที่ เกิดขึ้น เช่น ในปัจจุบันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการศัลยกรรมตกแต่งเพื่อความงามที่เป็นการบริการ ทางแพทย์ที่ได้รับความนิยมมาก เมื่อเกิดความผิดพลาดจากการรักษาการป้องกันในชั้นศาลอาจ ก่อให้เกิดความอับอายต่อผู้เสียหายได้เนื่องจากการพิจารณาคดีในชั้นศาลที่มีหลักการเปิดเผย ประชาชนสามารถเข้ารับฟังการพิจารณาคดีได้ ดังนั้น กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่มีหลักการใน การรักษาความลับของคู่พิพาทเพื่อให้คู่พิพาทสามารถเปิดเผยข้อเท็จจริงที่สำคัญให้ได้มากที่สุดและ เป็นการปกป้องความรู้สึกของคู่พิพาทที่ไม่ต้องการให้บุคคลอื่นมารู้ถึงผลความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อ สุขภาพร่างกายของที่สูญเสียไป

นอกจากนี้สำหรับการนำแนวคิดเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ ตามแนวทาง ของต่างประเทศมาปรับใช้นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของสภาพสังคมในหลายปัจจัย เช่น วัฒนธรรมในการระงับข้อพิพาทของประเทศไทยที่ขึ้นอยู่กับระบบศาลยุติธรรมเป็นระยะเวลา

หลายศตวรรษ การเปลี่ยนแปลงทัศนคติจากการให้ความเชื่อถือต่อระบบศาลซึ่งถือเป็นกระบวนการยุติธรรมหลักมาเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่เพิ่งได้รับความความนิยมในประเทศไทยได้เพียงไม่นาน แต่ก็เริ่มมีแนวคิดที่จะจัดหามาตรการต่าง ๆ การปรับเปลี่ยนกระบวนการในการจัดการคดี ซึ่งในปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาณที่ดีที่ภาครัฐ และภาคเอกชนให้ความสนใจในการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยเฉพาะการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีแม้เป็นวิธีการที่ต้องอาศัยความสมัครใจของคู่พิพาท เพื่อแก้ปัญหาในปัจจุบันที่ข้อพิพาททางแพ่ง และทางอาญาเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ภาครัฐจึงเห็นควรให้นำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งซึ่งมีทุนทรัพย์ไม่มากนัก และข้อพิพาททางอาญาบางประเภทมากำหนดเป็นกฎหมายกลางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐ พนักงานสอบสวน หรือศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคประชาชนใช้ในการยุติหรือระงับข้อพิพาทดังกล่าว โดยคำนึงถึงความยินยอมของคู่พิพาทเป็นสำคัญ ทำให้ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลลดน้อยลง ลดปัญหาความขัดแย้ง เกิดความสมานฉันท์ขึ้นในสังคม และเสริมสร้างสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข การตราพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยเริ่มมีความสนใจและเล็งเห็นถึงประโยชน์ในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ดังนั้นเพื่อควมมีประสิทธิภาพในการระงับข้อพิพาทในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับเป็นวิธีการที่เหมาะสมในการเข้ามาแก้ปัญหาโดยมีแนวความคิดที่สามารถส่งเสริม และสนับสนุนให้ประชาชนหันมาสนใจในการระงับข้อพิพาททางเลือก เช่น มีความสะดวก รวดเร็ว ประหยัดค่าใช้จ่ายมากกว่าการฟ้องคดีต่อศาล และยังเป็นการรักษาชื่อเสียงและความลับระหว่างคู่พิพาท รวมถึงรักษาความสัมพันธ์ระหว่างคู่พิพาท เนื่องจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะทำให้ข้อพิพาทระงับลงด้วยความพึงพอใจของทั้งสองฝ่ายอย่างแท้จริง สามารถลดปริมาณคดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลได้เป็นจำนวนมาก ซึ่งประเทศไทยจึงจำเป็นต้องอาศัยระยะเวลา และการให้ความรู้ความเข้าใจ โดยเฉพาะกับประชาชนเท่านั้น แต่รวมถึงบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม เพื่อสร้างความเข้าใจและทราบถึงกระบวนการยุติธรรมทางเลือกอันจะนำมาซึ่งการให้ความรู้ ความเข้าใจแก่ประชาชน และช่วยให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการได้อย่างมีประสิทธิภาพ



อย่างไรก็ดียังมีข้อจำกัดในเรื่องของการมีส่วนร่วมของภาคเอกชนที่กฎหมายไม่มีมาตรการในการสนับสนุน และส่งเสริมให้หน่วยงานภาคเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการให้บริการใกล้เคียงข้อพิพาท เนื่องจากพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 มีเพียงหน่วยงานของรัฐ และภาคประชาชนที่มีกฎหมายกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 20 ตี ที่เป็นศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ในส่วนของการทำข้อตกลงยุติข้อพิพาทในศาลเท่านั้นที่ศาลสามารถบังคับตามข้อตกลงได้โดยไม่ต้องมีการฟ้องคดีต่อศาลตามมาตรา 32-33 แต่หากเป็นกรณีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันนอกศาลไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่ให้ศาลสามารถบังคับตามสัญญาได้ โดยไม่มีการฟ้องคดีต่อศาล

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการบัญญัติกฎหมายที่ว่าด้วยกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ แต่มีกฎหมายกลางสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนฟ้องคดีทั้งคดีแพ่งและคดีอาญา ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาทำให้ปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลจำนวนมาก และส่งเสริมให้ลดปัญหาความขัดแย้งเกิดความสมานฉันท์ขึ้นในสังคม และเสริมสร้างสังคมให้อยู่ร่วมกันอย่างปกติสุข แต่ยังคงเกิดจากความสมัครใจของคู่พิพาทเป็นสำคัญ จึงทำให้จำนวนคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ซึ่งปัจจุบันเป็นคดีผู้บริโภคที่ยื่นฟ้องเข้ามาไม่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยทั้งหมด ดังนั้น เห็นควรที่จะนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับโดยนำแนวทางของกฎหมายมลรัฐเซาท์แคโรไลนาและมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในคดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ไว้เฉพาะที่ได้บัญญัติรายละเอียดครบถ้วนที่สุดทั้งกระบวนการ และในขั้นตอนการติดตามผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศอังกฤษมาเป็นหลักในการศึกษาเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขกฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้เหมาะสมกับประเทศไทย เพื่อให้คดีความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ทุกคดีได้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทตั้งแต่ก่อนฟ้องคดีแต่ยัง

คงไว้ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจของคู่พิพาทในการตกลงกันซึ่งจะเป็นโอกาสแก่คู่พิพาทในการพบกับผู้เชี่ยวชาญมาให้คำปรึกษาที่มีความเชี่ยวชาญทางด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและทางด้านการแพทย์ รวมทั้งจะได้เห็นข้อดีของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่สามารถทำให้คู่พิพาทได้ปรับความเข้าใจกันเป็นการทำลายอคติ และทำให้คู่พิพาทที่มีสถานะหรืออำนาจที่แตกต่างกันได้มีโอกาสร่วมกันยุติข้อพิพาทด้วยกระบวนการทางกฎหมายและทางนโยบายภาครัฐ มีข้อเสนอแนะดังนี้

### 5.2.1 กระบวนการทางกฎหมาย

5.2.1.1. แก้ไขพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 โดยเพิ่มการกำหนดประเภทคดีในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีจากข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่มาก แต่เป็นคดีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ซึ่งคดีประเภทนี้มักเป็นคดีที่ไม่มีความซับซ้อน แล้วจึงค่อยพัฒนาเข้าสู่ข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนมากขึ้น และทุนทรัพย์สูงขึ้น กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจะช่วยให้ฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าได้รับการคุ้มครอง ทั้งนี้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับควรอยู่ในรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย โดยอาจกำหนดว่า คดีประเภทที่กฎหมายกำหนดต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนจึงจะฟ้องคดีได้ เช่น ควรให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทอย่างน้อยหนึ่งถึงสองครั้งก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาล เป็นต้น

5.2.1.2. ในการแก้ไข หรือบัญญัติกฎหมายควรกำหนดข้อยกเว้นในกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมถึงปัญหาได้ตรงประเด็น เช่น ในกรณีที่คู่พิพาทได้เข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้ว แต่ไม่ประสงค์จะใช้การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทต่อไป คู่พิพาทต้องยื่นคำร้อง หรือแจ้งความประสงค์พร้อมชี้แจงเหตุผลในการขอยกจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับนั้น โดยผู้มีอำนาจต้องพิจารณาคำร้องดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด

5.2.1.3. ควรกำหนดระยะเวลาของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับที่แน่นอน เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ว่าคดีใด ๆ ต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 90 วัน หรือ 120 วัน เป็นต้น และเมื่อได้ทำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแล้วแต่ไม่ประสบผลสำเร็จจะต้องเข้าสู่การฟ้องคดีเพื่อดำเนินคดี

ในชั้นศาลภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น 60 วัน หรือ 90 วัน เป็นต้น เพื่อก่อให้เกิดความรวดเร็วในการระงับข้อพิพาทไม่เป็นการประวิงคดีของคู่พิพาทที่ไม่สุจริต

5.2.1.4. ผู้ไกล่เกลี่ยที่ควรใช้จำนวน 2 คนขึ้นไป อย่างน้อยคนที่หนึ่งจะเป็นกลางทั่วไปเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ส่วนคนที่สองจะเข้าใจระบบการแพทย์เป็นอย่างดีซึ่งได้รับการกลั่นกรองมาแล้วตั้งแต่แรกรวมทั้งมีหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยเฉพาะสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ แสดงให้เห็นถึงความเป็นกลางของผู้ไกล่เกลี่ยที่ไม่ได้จำกัดเพียงผู้มีความรู้ด้านใดด้านหนึ่ง แต่ยังเปิดโอกาสให้ผู้ที่มีความรู้เกี่ยวกับข้อพิพาทอย่างแท้จริงเข้ามามีส่วนร่วมไปพร้อมกับผู้ที่ชำนาญในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมส่งผลดีต่อคู่พิพาทในการมีช่วยเหลือที่มีความรู้ความชำนาญในทุกแง่มุมให้นำไปสู่ข้อตกลงระงับข้อพิพาททางละเมิดทางการแพทย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.2.1.5 สำหรับกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้น พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ได้มีการกำหนดไว้ในจากมาตรา 32 และมาตรา 33 เป็นการกำหนดให้ข้อตกลงที่ได้จากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเฉพาะที่เกิดขึ้นในชั้นศาลอันมีผลเป็นการยุติปัญหาข้อพิพาทระหว่างกัน ซึ่งเรียกว่าเป็นข้อตกลงระงับข้อพิพาทมีผลทางกฎหมาย โดยการเปิดช่องทางให้คู่พิพาทที่มีสิทธิเรียกร้องสามารถร้องขอให้ศาลบังคับตามข้อตกลงดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องใช้วิธีการที่ไปยื่นฟ้องแล้วขอให้ศาลมีคำพิพากษาตามยอม ในการพิจารณาของศาลพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ. 2562 ควรจะกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจนว่าให้ศาลบังคับตามข้อตกลงนั้น เพื่อทำให้ข้อตกลงระงับข้อพิพาทนั้นมีผลทางกฎหมายที่เคร่งครัดมากกว่าการทำสัญญาประนีประนอมยอมความธรรมดาจึงสามารถนำมาปรับใช้กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในความรับผิดทางละเมิดทางการแพทย์ได้และคำนึงถึงกรณีที่คู่พิพาททำความตกลงกันนอกศาลว่าศาลก็สามารถที่จะบังคับตามข้อตกลงได้เช่นกันหากเป็นการทำข้อตกลงในหน่วยงานการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และให้มีการติดตามผลการดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในแต่ละครั้งเพื่อเป็นการประเมินผลของความสำเร็จของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นเพื่อให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในครั้งต่อไปเกิดผลสำเร็จ

5.2.1.6 ควรมีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมให้ภาคเอกชนสามารถจัดตั้งองค์กรที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญสามารถรวมตัวกันจัดตั้งเป็นองค์กรในการขอขึ้นทะเบียนเป็นองค์กรไกล่เกลี่ยข้อพิพาทภาคเอกชน เพื่อทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้แก่ประชาชนที่มีข้อพิพาทได้ เพื่อให้กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับในความรับผิดชอบทางละเมิดทางการแพทย์ของประเทศไทยมีความก้าวหน้าและมีประสิทธิภาพเหมือนกับของต่างประเทศ เช่น คณะกรรมการทางการแพทย์ (Medical Licenses Board) และคณะกรรมการ UF Health ของมลรัฐฟลอริดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เป็นหน่วยงานทางด้านเอกชนในการสนับสนุนและรองรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางความรับผิดชอบทางการแพทย์เป็นเฉพาะแยกต่างหากจากความรับผิดชอบในกรณีอื่น ๆ อีกทั้งเมื่อพิจารณาในประเทศสิงคโปร์ที่มีหน่วยงานทางศาลและหน่วยงานทางเอกชน คือ Singapore Mediation Centre หรือ Singapore International Arbitration Centre ที่ทำงานส่งเสริมร่วมมือกันให้มีการระงับข้อพิพาทวิธีการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีในคดีแพ่งทุกคดี จึงเป็นการส่งเสริมให้ประชาชนมีเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท และมีการเชื่อมโยงการทำงานกันระหว่างหน่วยงานภาครัฐและหน่วยงานภาคเอกชนที่มีหน้าที่สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเพื่อให้เกิดความสะดวกต่อคู่พิพาทที่สามารถเข้าสู่การดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในหลักเกณฑ์เดียวกัน โดยการพัฒนาศูนย์สันติวิธี กระทรวงสาธารณสุขให้ทำงานร่วมกับองค์กรภาคเอกชนที่ตั้งขึ้นมาเฉพาะสำหรับคดีความรับผิดชอบทางการแพทย์เพื่อความเป็นกลางสำหรับผู้ไกล่เกลี่ยที่มาจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชน

## 5.2.2 กระบวนการเชิงนโยบาย

5.2.2.1 ในระยะเริ่มแรก รัฐบาลควรเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายให้กับกลไกการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ เพื่อดึงดูดให้คู่พิพาทเข้าสู่กระบวนการ และลดปัญหาที่ว่าการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับอาจทำให้คู่ความเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นกว่าเดิม หากคู่พิพาทไม่สามารถบรรลุข้อตกลงกันจากการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับได้

5.2.2.2 หน่วยงานราชการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับดูแลโรงพยาบาล อาจกำหนดเป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน หรือขอความร่วมมือจากโรงพยาบาล คลินิก และผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ โดยให้โรงพยาบาลทำสัญญากับผู้ป่วยว่าจะต้องใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเสียก่อนใน

กรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากตกลงกันไม่ได้จะไปฟ้องคดีต่อไป (pre-mediation agreement) เป็นวิธีเริ่มต้นในเบื้องต้นในการเริ่มนำวิธีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาปรับใช้กับคดีละเมิดทางการแพทย์



## บรรณานุกรม

### ภาษาอังกฤษ.

- . Albert K. Fiadjoe. Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective Page 7 [Online]. Available from:  
[https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id.](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id.)  
 [2020, May 3].
- . Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective Page 19 [Online]. Available from:  
[https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id.](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id.)  
 [2020, May 3]
- . Alternative Dispute Resolution : A Developing World Perspective Page 22 [Online]. Available from:  
[https://books.google.co.th/books/about/Alternative\\_Dispute\\_Resolution.html?id.](https://books.google.co.th/books/about/Alternative_Dispute_Resolution.html?id.)  
 [2020, May 3]
- Alexander J.S. Colvin. The Growing Use of Mandatory Arbitration. Economic Policy Institute Washington, DC (2018): 1.
- American Board of Professional Liability. Attorneys What Is Medical Malpractice? [Online]. Available from: <https://www.abpla.org/what-is-malpractice#:~:text=Medical> [2020, May 2]
- Andrew Gray. The Nhs Litigation Authority’s New Mediation Scheme – What Should I Be Aware Of? [Online]. Available from: <https://www.truthlegal.com/nhs-litigation-authority-new-mediation-scheme/>. [2020, April 16]
- B.S.Bal. An Introduction to Medical Malpractice in the United States [Online]. Available from: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2628513.> [2020, May 2]
- Barack Obama, and President of the U.S. [Online]. Available from: <http://>

[www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.09.09.html](http://www.presidentialrhetoric.com/speeches/09.09.09.html) [hereinafter the President's Address to a Joint Sessions of Congress]. [2020, May 22]

Cardinal Richelieu. Negotiation Theory and the Eu Accession Negotiations. *Slovak Foreign Policy Affairs* 4, 1 (2003): 78.

Carmen DeNavas-Watt, B. D. P., Jessica C. Smith, . Income, Poverty, Andhealth Insurance Coverage in the United States: 2010. U.S. CENSUS BUREAU (2011).

Catherine Elliott, and Frances Quinn. Tort Law. 7th ed. Edinburgh: Pearson Education Limited, 2009.

Catherine S. Meschievitz. Mediation and Medical Malpractice: Problems with Definition and Implementation [Online]. Available from: <https://www.jstor.org/stable/1191859?seq=1>. [2020, January 2]

Cathy A. Klein. Alternative Dispute Resolution : An Overview [Online]. Available from: [https://journals.lww.com/tnpj/Citation/2007/12000/Alternative\\_Dispute\\_Resolution\\_\\_An\\_Overview.5.aspx](https://journals.lww.com/tnpj/Citation/2007/12000/Alternative_Dispute_Resolution__An_Overview.5.aspx). [2020, April 11]

Centers for Medicare, M. Brief Summaries of Medicare & Medicaid [Online]. Available from: [2020, May 10] <https://www.cms.gov/files/document/brief-summaries-medicare-medicaid-november-15-2019.pdf>.]

Chartered Institute of Arbitrators. Practice Guideline 1: Confidentiality in Mediation [Online]. Available from: <https://www.ciarb.org/media/4171/practice-guideline-1-confidentiality-in-mediation-2007.pdf>. [2020, March 2].

Colin Nabity. How Much Does Medical Malpractice Insurance Cost in 2020? [Online]. Available from: <https://www.leveragerx.com/blog/medical-malpractice-insurance-cost>. [2020, April 8]

Congressional Research Service. Mandatory Arbitration and the Federal Arbitration Act [Online]. Available from: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R44960.pdf>. [2020, August 11].

Crain's N.Y. Business. Med Mal Cases Get Expert Hearings Hearings: Bronx System Uses

Judges, Not Juries, Streamlines Costly Process [Online]. Available from: <https://www.crainsnewyork.com/article/20100822/SUB/308229981/med-mal-cases-get-expert-hearings>. [2020, May 22]

Daniel J. D'Alesio. The Benefits and Risks of Using Presuit Voluntary Binding Arbitration as an Alternative Dispute Resolution Process in Medical Malpractice Cases [Online]. Available from: <https://www.floridabar.org/the-florida-bar-journal/the-benefits-and-risks-of-using-presuit-voluntary-binding-arbitration-as-an-alternative-dispute-resolution-process-in-medical-malpractice-cases>. [2020, April 20]

David Arkush, and Taylor Lincoln. Defensive Medicine: The Doctored Crisis. Public Citizen (2011): 2-3.

David H. Sohn, and Sonny Bal. Medical Malpractice Reform: The Role of Alternative Dispute Resolution. Clinical Orthopaedics and Related Research 470, 5 (2012): 1370.

Dean G. Pruitt. Process and Outcome in Community Mediation. Negotiation Journal (1995): 372-373.

Donald Lambert, and Nicole Finlayson. Mediation in United Kingdom [Online]. Available from: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02ee5416-79ba-484b-bd62-eb26318d330b>. [2020, April 15]

Dorcas Quek. Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program. Cardozo J. of Conflict Resolution 11 (2010): 484-485.

Douglas Mossman. Defensive Medicine: Can It Increase Your Malpractice Risk? Citation Metadata. Current Psychiatry 8, 12 (2009): 86.

Dwight Golann, and Jay Folberg. Mediation: The Roles of Advocate and Neutral. United States: Aspen Publishers, 2016.

Ellen Waldman. The Concept of Justice in Mediation: A Psychobiography [Online].



Available from:

<https://books.google.co.th/books?id=2ifnDwAAQBAJ&pg=PA69&lpg=PA69&dq=Ellen+Waldman+THE+CONCEPT+OF+JUSTICE+IN+MEDIATION:A+PSYCHOBIOGRAPHY&source=bl&ots=yuNHPApR04&sig.> [2020, June 2]

Eugene Tan, and Gray Kok Yew. *The Singapore Legal System. Laws of Singapore* (2015): 5.

European Commission for The Efficiency of Justice (CEPEJ). *European Handbook for Mediation Lawmaking* [Online]. Available from: <https://rm.coe.int/cepej-2019-9-en-handbook/1680951928>. [2020, June 2]

FAO Policy Learning Programme. *Negotiation Theory and Practice a Review of the Literature. EASYPol Module 179 Conceptual and Technical Material* (2008): 7.

Florence Yee. *Mandatory Mediation: The Extra Dose Needed to Cure the Medical Malpractice Crisis. Cardozo J. of Conflict Resolution* 7 (2007): 416.

———. *Mandatory Mediation: The Extra Dose Needed to Cure the Medical Malpractice Crisis. Cardozo J. of Conflict Resolution* 7 (2007): 146.

Gary Morse. *Successful Examples of Voluntary Arbitration and Mandatory Arbitration. The Physicians Report* (2003): 22.

Gary T. Lowenthal. *A General Theory of Negotiation Process, Strategy, and Behavior* Page 95 [Online]. Available from: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ukalr31&div=6&id=&page=> [2020, May 21]

Giuseppe De Palo. *A Ten-Year-Long “Eu Mediation Paradox” When an Eu Directive Needs to Be More ...Directive* [Online]. Available from: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL\\_BRI\(2018\)608847\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf). [2020, July 26].

Her majesty's courts service. *Civil Court Mediation Service Manual* [Online]. Available from: <https://www.judiciary.uk/wp->

content/uploads/JCO/Documents/Guidance/civil\_court\_mediation\_service\_manual\_v3\_mar09.pdf. [2020, May 5]

J Brown, and Arthur L Marriott. Adr Principles and Practice [Online]. Available from: [https://pdfs.semanticscholar.org/7eb6/37b6d329760821bd21f24dd72e872e72cb9c.pdf?\\_ga=2.246075783.2051534314.1587963383-33012576.1587963383](https://pdfs.semanticscholar.org/7eb6/37b6d329760821bd21f24dd72e872e72cb9c.pdf?_ga=2.246075783.2051534314.1587963383-33012576.1587963383). [2020, April 15]

Jeff Bendix. The Abcs of Malpractice Insurance [Online]. Available from: <https://www.medicaleconomics.com/news/abcs-malpractice-insurance>. [2020, April 8]

Jeff Rifleman December. Mandatory Mediation: Implications and Challenges [Online]. Available from: <https://www.mediate.com/articles/riflemanJ1.cfm>. [2020, January 2]

Jessica Brain. The Birth of the Nhs [Online]. Available from: <https://www.historic-uk.com/HistoryUK/HistoryofBritain/Birth-of-the-NHS>. [2020, April 10]

John B Ballem. The Scope of the Fiduciary Relationship Canada: Alberta Law Review, 1981.

John E. Rolph, Elizabeth S. Rolph, and Erik Moller. Binding Arbitration Is Not Frequently Used to Resolve Health Care Disputes [Online]. Available from: [https://www.rand.org/pubs/research\\_briefs/RB9030.html](https://www.rand.org/pubs/research_briefs/RB9030.html). [2020, February 10]

John Forbes Nash. Function in Game Theory [Online]. Available from: <https://www.britannica.com/biography/John-Nash#ref82383>. [2020, May 22]

John J. Fraser, and The Committee on Medical Liability. Technical Report: Alternative Dispute Resolution in Medical Malpractice [Online]. Available from: <https://www.researchgate.net/publication/12100383>. [2020, May 5]

Judith Allsop. Health Policy and the Nhs: Towards 2000 Page 249 [Online]. Available from: <https://books.google.co.th/books?id=yiapDwAAQBAJ&pg=PA214&lpg=PA214&dq=>

Judith+Allsop,+%E2%80%9CHealth+Policy+and+the+NHS:+Towards+2000+page+249. [May 10 2020].

Kevin Ng. Mandatory Counselling and Mediation Child Focused Resolution Centre (“Cfrc”) [Online]. Available from: <https://www.imimmediation.org/resources/background/mandatory-mediation>. [2020, February 15].

Kirsty Allen. Mediation in Medical Negligence Claims: Risks and Benefits [Online]. Available from: <https://www.kingsleynapley.co.uk/insights/blogs/blog-medical-negligence-law/mediation-in-medical-negligence-claims-risks-and-benefits>. [2020, April 15]

Kristine Gamboa. Positive Prognosis for Judges: A Look into Judge-Directed Negotiations in Medical Malpractice Cases. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 13, 2 (2013): 10.

———. Positive Prognosis for Judges: A Look into Judge-Directed Negotiations in Medical Malpractice Cases,. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*: 11.

Las Vegas Justice Court. Neighborhood Justice Center [Online]. Available from: [http://www.lasvegasjusticecourt.us/services/neighborhood\\_justice\\_center/](http://www.lasvegasjusticecourt.us/services/neighborhood_justice_center/). [2020, June 2]

Leonard J. Marcus. A Culture of Conflict: Lesson from Renegotiating Health Care. *Journal of Health Care Law and Policy* 5, 2 (2002): 447.

Leonidas Ralph Mecham, and Secretary. The Civil Justice Reform Act of 1990 Final Report Alternative Proposals for Reduction of Cost and Delay Assessment of Principles, Guidelines & Techniques [Online]. Available from: <https://www.fjc.gov/sites/default/files/2017/CJRA-6-2-%20Civil%20Justice%20Reform%20Act%20Final%20Report%205-97.pdf>. [2020, February 5]

Liam Donaldson. Conflict, Power, Negotiation. *British Medical Journal* 310, 6972 (1995):

106.

Loukas A Mistelis. *Adr in England and Wales: A Successful Case of Public Private Partnership*. *Rev. Int'l Arb* (2001): 14.

Mark R. Osherow. *Florida Medical Malpractice and the Statute of Limitations*. *Florida Bar Journal* 77, 7 (2003): 38.

Markesinis, and Deakin. *Tort Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press Inc., 1999.

Market Watch. *Us Medical Malpractice Insurance Market 2020, Global Industry Analysis, Key Strategies, Demand, Size, Share and Regional Trends by Forecast to 2022* [Online]. Available from: <https://www.marketwatch.com/press-release/us-medical-malpractice-insurance-market-2020>. [2020, April 8]

Matthew Parrott. *Is Compulsory Court-Annexed Medical Malpractice Arbitration Constitutional? How the Debate Reflects a Trend Towards Compulsion in Alternative Dispute Resolution*. *Fordham Law Review* 75, 5 (2007): 2689.

Michael McManus, and Brianna Silverstein. *Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States*. *Cadmus Journal* 1, 3 (2011): 100-102.

———. *Brief History of Alternative Dispute Resolution in the United States*. *Cadmus Journal* 1, 3 (2011): 101.

Michelle Andrews. *Malpractice Program May Offer Model for Medical Liability Cases* [Online]. Available from: <https://khn.org/news/ny-malpractice-program-judge/>. [2020, May 22].

Miller law. *Alternative Dispute Resolution Is the Use of Methods Such as Mediation and Arbitration to Resolve a Dispute Instead of Litigation* [Online]. Available from: [https://millerlawpc.com/alternative-dispute-resolution/#Community\\_Dispute\\_Resolution\\_Program](https://millerlawpc.com/alternative-dispute-resolution/#Community_Dispute_Resolution_Program). [2020, April 11]

Monica Rausch. *The Uniform Mediation Act*. *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 18, 2 (2003).

- National Conference of Commissioners on Uniform State Laws. Uniform Mediation Act [Online]. Available from: <https://cardozoocr.com/vol7no2/CAC203.pdf> <https://www.mediate.com/articles/daiz2.cfm>. [2020, June 2]
- National Health Service Resolution. General Practice Indemnity Guidance for Clinical Negligence Scheme for Trusts (Cnst) Members [Online]. Available from: <https://resolution.nhs.uk/wp-content/uploads/2019/03/CNSGP-Guidance-for-CNST-members.pdf>. [2020, August 22].
- Osborne Scott. Oregon Shortens Notice Period, Imposes New Requirements on Employment-Related Binding Arbitration. Jackson Lewis P.C (2011): 1.
- Official Journal of the European Union. Directive 2008/52/Ec of the European Parliament and of the Council [Online]. Available from: <https://www.mediate.com/articles/riflemanJ1.cfm>. [2020, January 2].
- . Directive 2013/11/Eu of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 [Online]. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:EN:PDF>. [2020, August 11]
- . Directive 2018/C 337/01 of the European Parliament [Online]. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/>. [2020, March 2]
- . Regulation (Eu) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 [Online]. Available from: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0524&from=EN>. [2020, August 11]
- Paul Randolph. The Psychology of Conflict: Mediating in a Diverse Worldpage London: Bloomsbury Continuum, 2016.
- Peter Greengross, Ken Grant, and Elizabeth Collini. The History and Development of the Uk National Health Service 1948 – 1999 Dfidmhealth System Resource Center 1999 [Online]. Available from: <https://assets.publishing.service.gov.uk/media/57a08d91e5274a31e000192c/The->

history-and-development-of-the-UK-NHS.pdf. [2020, June 22]

Randall C, Jenkins Gregory, Firestone, Kari L. Aasheim, and Brian W. Boelens.

Mandatory Pre-Suit Mediation for Medical Malpractice : Eight-Year Result and Future Innovation [Online]. Available from:

<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/crq.21194>. [2019, December 26]

Reed Neil Olsen. The Reform of Medical Malpractice Law: Historical Perspectives. *The American Journal of Economics and Sociology* 5 (1996).

Roger Fisher , William L Ury, and Bruce Patton. *Getting to Yes : Negotiating Agreement without Giving*. USA: Penguin Books 2011.

Scott Brown, Christine Cervenak, and David Fairman. *Alternative Dispute Resolution Practitioners Guide* [Online]. Available from:

<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200sbe.pdf>. [2020, February 4]

Shafeek S. Sanbar. *Legal Medicine*. 4th ed. Philadelphia: Mosby-Year Book, 2007.

Singapore International Arbitration Centre. *Arbitration Act (Chapter 10)* [Online].

Available from: <https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001>. [2020, April 16]

Singapore Mediation Center. *Singapore Mediation Center Mediation Service the Mediation Procedure* [Online]. Available from:

<https://www.mediation.com.sg/wp-content/uploads/2020/01/CMS-Mediation-Procedure-Rules-with-Annexes-1Jan2020.pdf>. [2020, August 10].

Singapore Mediation Centre. *How Do I Apply for Mediation?* [Online]. Available from:

<https://www.mediation.com.sg/our-services/overview-of-services/mediation/>. [2020, April 16]

Sonny Bal. *An Introduction to Medical Malpractice in the United States*. *Clinical Orthopaedics and Related Research* 497 (2009): 339-347.

South Carolina Bar. *Adr Provides Alternatives to Lawsuits and Trials. The Three Primary Methods of Adr Include Negotiation, Mediation and Arbitration* [Online].

Available from: <https://www.scbarr.org/public/get-legal-help/common-legal-topics/alternative-dispute-resolution-adr>. [2020, August 15].

State Courts Singapore. E- Negotiation [Online]. Available from:  
<https://www.statecourts.gov.sg/cws/SmallClaims/Pages/e-Negotiation.aspx>.  
[2020, August 10]

———. The Justice Statement [Online]. Available from:  
<https://www.statecourts.gov.sg/cws/AboutStateCourts/Pages/TheJusticeStatement.aspx>. [2020, August 10]

State of South Carolina In The Supreme Court. *Ranucci V. Crain*, 763 Se 2d 189 Sc: Supreme Court (2014) [Online]. Available from:  
<https://casetext.com/case/ranucci-v-crain>. [2020, July 27]

Sternlight Jean. In Defense of Mandatory Arbitration (If Imposed on the Company). *Scholarly Works* (2007): 90-91.

Steve Walker. Nhs Litigation. *Medico-Legal Journal* 68, 1 (2000): 10-12.

Steven C. Laird. Statute of Limitations Update- Medical Malpractice [Online]. Available from:  
[https://www.texlawyers.com/images/documents/medical\\_malpractice\\_statute\\_of\\_limitations.pdf](https://www.texlawyers.com/images/documents/medical_malpractice_statute_of_limitations.pdf). [2020, May 3]

Susan Dorr Goold. The Doctor–Patient Relationship Challenges, Opportunities, and Strategies. *Journal of General Internal Medicine* 14 (1999): 26–33.

Suzanne McCorkle. *Melanie J. Reese Mediation Theory and Practice*. Pearson: Education, Inc., 2005.

The FoolProof Team Category: Articles. Binding Mandatory Arbitration: A Fact Sheet Details Written [Online]. Available from:  
<https://www.foolproofme.org/articles/237-binding-mandatory-arbitration-a-fact-sheet>. [2020, January 31]

The National Health Service. Primary and Secondary Care Interface [Online].

Available from: <https://www.england.nhs.uk/gp/gpfv/workload/interface>. [2020, May 10]

The National Health Service Litigation Authority. The National Health Service (Clinical Negligence Scheme) (Amendment) Regulations 2014 [Online]. Available from: <https://resolution.nhs.uk/wp-content/uploads/2018/09/CNST-Rules.pdf>. [May 10 2020].

Thomas Allan Heller. An Overview of Medical Malpractice Law in the United States Including Legislative and the Health Care Industry's Responses to Increased Claims. *Medicine, Law & Society* 10, 2 (2017): 139-163.

Thomas Powell. The Structure of the Nhs in England. *Number CBP 07206* (2020): 14.

U.S. District Court for the Northern District of Illinois. *Cecala V. Moore*, 982 F. Supp. 609 (N.D. Ill. 1997) [Online]. Available from: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/982/609/1528140>. [2020, April 18]

———. *Design Benefit Plans, Inc. V. Enright*, , 940 F. Supp. 200 (N.D. Ill. 1996) [Online]. Available from: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/940/200/2355599>. [2020, April 17]

United States Court of Federal Claims. *Key Adr Statutes* [Online]. Available from: <https://www.adr.gov/adrguide/04-statutes.html>. [2020, April 15]

United States District Court District of South Carolina. *Alternative Dispute Resolution Statement and Certification Guidelines* [Online]. Available from: <http://www.scd.uscourts.gov/Mediation/guideline.asp>. [2020, August 15]

US Legal Support. *Compulsory Arbitration Law and Legal Definition* [Online]. Available from: <https://definitions.uslegal.com/c/compulsory-arbitration>. [2020, February 10]

William J Gaine. *No-Fault Compensation Systems*. *BMJ Journals* 326 (2003): 997-998.



## ภาษาไทย.

กนก จุลมนต์. ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์. ดุลพาห 62, 1 (2558): 114.

กระทรวงสาธารณสุข. คู่มือกฎหมายและคดีทางการแพทย์สำหรับแพทย์ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.tm.mahidol.ac.th/legal/sites/default/files/305.pdf>. [เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2563]

จรัญ ภัคดีธนากุล. ตุลาการศาล รธน.ฆ่าหละปมคนไข้ฟ้องแพทย์ ชี้คดีผู้บริโภคมีผลกับหมอเอกชน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.hfocus.org/quote/2018/08/16156>. [เข้าถึงเมื่อ 15 เมษายน 2563]

จิต เศรษฐบุตร. หลักกฎหมายลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ เดือนตุลา, 2553.

ฉัตรสุมน พฤทธิปัญญา. ระบบการชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่พึงสุจริต ความผิด. วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 1, 1 (2558).

ชลัท ประเทืองรัตนา. การเจรจาแบบมุ่งผลแพ้ชนะ (Distributive Negotiation) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%> [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563]

———. การเจรจาแบบมุ่งเน้นความร่วมมือ (Integrative Negotiation) (ตอนที่ 1) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%>. [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563]

———. การไกล่เกลี่ยคนกลางและการแก้ไขความขัดแย้ง. วารสารความยุติธรรมปริทัศน์ (2557): 61.

———. การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง :เส้นทางแห่งการสร้างความสำเร็จร่วมกัน. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ศูนย์การพิมพ์แก่นจันทร์ จำกัด, 2559.

———. การไกล่เกลี่ยโดยคนกลางเส้นทางแห่งการสร้างความสำเร็จร่วมกัน. กรุงเทพมหานคร: สำนัก สันติวิธี และธรรมาภิบาล สถาบันพระปกเกล้า.

ชลากร เทียนส่องใจ. การเจรจาไกล่เกลี่ยคนกลางเชิงพุทธ: หลักการและเครื่องมือสำหรับการจัดการ ความขัดแย้ง. ดุษฎีบัณฑิต, มหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย. 2553.

ชาญ ณรงค์ ปราณจิตรต์. คำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551.

กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2551.

เชิดชู อริยศรีวัฒนา. ผลกระทบ พ.ร.บ.หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 ที่มีต่อประเทศไทย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2008/11/19073>. [เข้าถึงเมื่อ 28 มกราคม 2563]

โชติพันธุ์, ข. คดีทางการแพทย์ แนวทางการศึกษาเพื่อป้องกันและต่อสู้คดี. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ซี เอ็ดดูเคชั่น จำกัด (มหาชน), 2555.

ฎีกา. คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://deka.in.th/view-67556.html>. [เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2562]

ณัฐกานต์ ตรีทอง. ความรับผิดทางละเมิดของแพทย์ผู้ให้บริการสาธารณสุขและศัลยกรรมตกแต่งเพื่อความงาม : ศึกษากรณีการลดข้อพิพาทในการฟ้องร้องคดีต่อศาล. การประชุมหาตใหญ่วิชาการระดับชาติ และนานาชาติ 7(2559): 794-803.

ณัฐนันท์ คุณเงิน และคณะ. กฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 1 กรุงเทพมหานคร: บริษัท แอคทีฟ พรินท์ จำกัด, 2560.

———. กฎหมายการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ สำนักงานยุติธรรม, 2560.

ดวงกมล ศรีประเสริฐ. อำนาจแพทย์ และรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย. วารสารธรรมศาสตร์ 37, 1 (2561): 82.

ตามร คำไตรย. หลักการและความเป็นจริงในศาล: การเรียนรู้ผ่านการสังเกตการณ์กระบวนการพิจารณาคดี. วารสารนิติสังคมศาสตร์ 9, 1 (2559): 203-204.

ชนกฤต วรรณชชากุล. การพิสูจน์ความรับผิดของแพทย์จากการกระโดยประมาทเลินเล่อ. วารสารจลนิติ (2559): 42.

———. การพิสูจน์ความรับผิดของแพทย์จากการกระโดยประมาทเลินเล่อ. วารสารจลนิติ (2559): 42.

ชนทร ผดุงธิตีฐ์. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งก่อนฟ้องคดี. วารสารมหาจุฬานาครทรรศน์ 6, 10 (2562): 5826.

ธนัชพร กังสังข์. การระงับข้อพิพาทออนไลน์สำหรับข้อพิพาททางพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ที่เกิดขึ้น

- ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค. วารสารวิชาการ (2558): 101.
- ธรรมบุญ พิทยาภรณ์. การปฏิรูประบบงานศาล:ประสบการณ์ของประเทศอังกฤษ. วารสารบัณฑิตย (2545): 11-15.
- ธานีศ เกศวิทักษ์. กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ยูเนียน อุลตราไวโอเล็ต จำกัด, 2551.
- ธีระเกียรติ เจริญเศรษฐศิลป์. รายงานการศึกษาวิจัยเรื่องการปฏิรูประบบสุขภาพกรณีศึกษาประเทศ อังกฤษ. สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข. 2554.
- นายแพทย์ชัยกฤต พรวิกุลรัตน์ นายแพทย์ปฏิบัติการ ประจำโรงพยาบาลหนองฉาง จังหวัดอุทัยธานี. สัมภาษณ์ 18 กันยายน 2563.
- นายแพทย์บารมี อักษรช. นายแพทย์ระดับปฏิบัติการ โรงพยาบาลตะโหมด จังหวัดพัทลุง. สัมภาษณ์ 17 กันยายน 2563.
- นายแพทย์วิชญะ สุทธิโมกษ์. นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลรัตนภูมิ จังหวัดสงขลา. สัมภาษณ์ 19 กันยายน 2563.
- นิรมล อิมวิทยา. การนำหลักการเจรจาต่อรองมาใช้ในคดีแพ่ง [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.library.coj.go.th/Book/30074?c=952734506>. [เข้าถึงเมื่อ 25 มกราคม 2563]
- เนติ กิจโกศล. ปัญหาการนำกระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมาใช้ในศาล: ศึกษาเฉพาะกรณีการ ไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง. นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556.
- บรรพต ต้นธีรวงศ์. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางเลือกของสังคมไทย. วารสารศาลยุติธรรม (2548): 115.
- บรรพการ กำลา. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางเลือกสังคมไทย [Online]. Available from: [https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub\\_Jun/4seminar/s7%20jun\\_2\\_3.pdf](https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s7%20jun_2_3.pdf). [25 มกราคม 2563.
- บุญธรรม วิเศษลา. ปัญหาการเจรจาต่อรองแบบผสมผสาน : กรณีศึกษาเฉพาะศาลจังหวัดมหาสารคาม [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: file:///C:/Users/User/Downloads/02306668.pdf. [เข้าถึงเมื่อ 27 มกราคม 2563]
- ปรัชญา อยู่ประเสริฐ. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลฎีกากับแนวทางในการพัฒนา. หลักสูตรผู้พิพากษา

ผู้บริหารในศาลชั้นต้น ศาลยุติธรรม. 2551.

ปริยากร กมฺพชาติ. กรณีศึกษา การจัดการความขัดแย้งทางการแพทย์ของโรงพยาบาลแห่งหนึ่ง.

วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2, 2 (2559): 204-207.

ผู้จัดการออนไลน์. จำคุก 3 ปี หมอ รพ.ร่อนพิบูลย์ ผ่าไส้ติ่งตาย [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:

<https://mgronline.com/qol/detail/9500000144864>. [เข้าถึงเมื่อ 21 กันยายน 2563]

พจน์ บุชปาคม. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2517.

พรชัย เจตมาน และคณะ. การวิเคราะห์และศึกษาแนวทางมาตรการทางกฎหมายการระงับข้อพิพาทก่อนขึ้นสู่กระบวนการพิจารณาของศาลสำหรับประเทศไทย กรณีศึกษา 5 ประเทศที่มีกฎหมายบังคับใช้. สถาบันอนุญาโตตุลาการ (2560): 23-24.

พรรณยง พุฒิภาษ. กระบวนการระงับข้อพิพาท การจัดการความขัดแย้ง สำนักงานศาลยุติธรรม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2555.

———. กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก. ใน สรวิศ ลิ้มปรังสี (บรรณาธิการ), ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร: สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, 2550.

พิชัยศักดิ์ หรยางกูร. การปรับปรุงกระบวนการอนุญาโตตุลาการของประเทศไทย. ดุลพาท 2(2562): 64.

พุฒิพงศ์ จงก้องเกียรติ. ความคุ้มกันและความรับผิดชอบของอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม(2560): 70.

แพทย์ผู้ไม่ประสงค์ออกนาม. นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลสวรรคโลก จังหวัดสุโขทัย. สัมภาษณ์ 19 กันยายน 2563.

แพทย์หญิงดวงฤทัย โชติมงคลทรัพย์. นายแพทย์ปฏิบัติการ โรงพยาบาลป่าพะยอม จังหวัดพัทลุง. สัมภาษณ์ 17 กันยายน 2563

ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายกฎหมายเฉพาะเรื่อง ประมวลกฎหมายอาญาหลักทรัพย์โดยใช้อุบายมิได้หรือไม่และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ข้อสันนิษฐานความผิดทางกฎหมาย.

กรุงเทพมหานคร: แสงทองการพิมพ์, 2517.

ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 3  
กรุงเทพมหานคร: บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2559.

พิชเชอร์, โรเจอร์., ยูริ, ว., แพ้ทตัน, and บรูซ. กลยุทธ์การเจรจาต่อรอง แปลโดย ก้องเกียรติ โอภาส  
วงการ. กรุงเทพมหานคร: ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2545.

ภานุ รังสีสหัส. การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท. ดุลพาห 2(2538): 146.

———. การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท. ดุลพาห 2(2538): 91.

ภูมิ โชคเหมาะ. แนวทางการพิจารณาคดีความผิดทางแพ่งและทางอาญาของผู้ประกอบวิชาชีพเฉพาะ :  
ศึกษากรณีวิชาชีพทนายความและวิชาชีพแพทย์. วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ 5, 2  
(2559): 114-115.

ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช. กฎหมายอังกฤษ ว่าด้วยลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ สุวรรณศรี,  
2478.

มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการ  
ไกล่เกลี่ย. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด, 2555.

———. การบริหารความขัดแย้ง. ใน การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ความรู้  
เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ย. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธนาเพรส จำกัด.

เมเยอร์, E. พลวัตการจัดการความขัดแย้ง ใน บรรพต ต้นธีรวงศ์ (บรรณาธิการ), กรุงเทพมหานคร:  
สำนักพิมพ์คบไฟ, 2553.

ยงยุทธ พงษ์สุภาพ. เรียนรู้ดูงานระบบบริการสุขภาพประเทศอังกฤษ สู่... การพัฒนาในประเทศไทย.  
วารสารระบบบริการปฐมภูมิและเวชศาสตร์ครอบครัว 1, 1 (2552): 56-66.

ยูริ, and วิลเลียม. เอาชนะคำว่าไม่ใช่เรื่องยาก. . แปลโดย วันชัย วัฒนศัพท์. นนทบุรี: สถาบัน  
พระปกเกล้า, 2545.

โรงพยาบาลราชวิถี. รายงานสถิติประจำปีงบประมาณ 2562 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา:  
[http://www.rajavithi.go.th/rj/wp-  
content/uploads/2020/06/624c9b5eb58bd4c4c6955de296e6c028.pdf](http://www.rajavithi.go.th/rj/wp-content/uploads/2020/06/624c9b5eb58bd4c4c6955de296e6c028.pdf). [เข้าถึงเมื่อ  
2 สิงหาคม 2563]

ลันตา อุตมะโกคิน. ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุขโดยไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ : การปฏิรูประบบบริการสาธารณสุขของไทย. จุลินิติ (2554): 61.

ลือชัย ศรีเงินยวง, นฤพงศ์ ภัคดี, จิราพร ชมศรี, and จเร วิชาไทย. ประสบการณ์ต่างแดน: ระบบชดเชยความเสียหายจากการรับบริการสาธารณสุข. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วันดีคืนดี, 2553.

วรรณชัย บำรุง, ธนกร วรปรัชญากุล, and สิริพันธ์ พลรบ. หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

วารี นาสกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง, 2557.

วิชัย โสสุวรรณจินดา. ครอบครองเรื่องการเจรจาต่อรอง. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สมาคมส่งเสริมเทคโนโลยี (ไทย-ญี่ปุ่น) 2554.

วิชัย อริยะนนท์ทกะ. การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาการค้าระหว่างประเทศ, ในรวมบทความข้อบังคับ ข้อตกลงระหว่างประเทศกฎหมายและคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานอนุญาโตตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2540.

———. ย้อนอดีต 15 ปี และวิสัยทัศน์สำหรับอนุญาโตตุลาการไทย. วารสารอนุญาโตตุลาการ (2549): 15.

วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. การประกันความรับผิดชอบจากการประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา. นิติเวชปริทัศน์: 439.

———. เปรียบเทียบความรับผิดเพื่อละเมิดจากการประกอบวิชาชีพของแพทย์ตามกฎหมายคอมมอนลอว์และกฎหมายไทย. บทบัญญัติ 49 (2536): 59.

วิภาณันท์ ประสมปลื้ม. การระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชน [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/595878>. [เข้าถึงเมื่อ 2 สิงหาคม 2563]

เวชศาสตร์ เรื่องโสภิชฐ. การประกันภัยความรับผิดทางการแพทย์ในประเทศไทย. วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2(2549): 348.

ศันนกรณ โสทธิพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลากมิกควรได้. พิมพ์ครั้งที่

พิมพ์ครั้งที่ 8 กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2561.

ศรีรุ่ง ทองพรรณ. อนุญาโตตุลาการทางการแพทย์. วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 1, 1 (2558): 375.

ศักดิ์ สติรเรื่องชัย. การรักษาความลับของผู้ป่วย. เวชบัณฑิตยสาร 6, 2 (2556): 78-83.

ศาลยุติธรรม. แผนยุทธศาสตร์ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2561 – 2564 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/file/get/file/201901315b7e7041ba828faadd269e1b37e36c86104421.pdf>. วันที่ 15 มกราคม 2563]

———. E Board การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 2563 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://pyojc.coj.go.th/th/file/get/file/202002269139b6cd25f0ba4f161c5ca5be342816121448.pdf>. [เข้าถึงเมื่อ 16 เมษายน 2563]

———. แผนยุทธศาสตร์ศาลยุติธรรม พ.ศ. 2561 – 2564 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://oia.coj.go.th/th/file/get/file/201901315b7e7041ba828faadd269e1b37e36c86104421.pdf>. [เข้าถึงเมื่อ 16 เมษายน 2563]

———. สถิติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหลังฟ้อง ประจำปีงบประมาณ 2563 (ระหว่างเดือนตุลาคม 2562 - พฤษภาคม 2563) [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/8/cid/84/iid/197511http://wiki.kpi.ac.th/index.php?title=%> [เข้าถึงเมื่อ 24 กรกฎาคม 2563]

สกลวรรณ โฉมวัฒน์. ความหมายของคำว่า บริการ ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 กับความรับผิดชอบของแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐ. นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2553.

สงัด ปัลลวี. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : หลักการและกรณีศึกษา [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.ombudsman.go.th/ombstudies/ewt\\_news.php?nid=320&filename=index](https://www.ombudsman.go.th/ombstudies/ewt_news.php?nid=320&filename=index). [เข้าถึงเมื่อ 15 ธันวาคม 2562]

สมหญิง สายธนู, รัชตะ ตั้งศิริพัฒน์, วงเดือน จินดาวัฒนะ, and วิโรจน์ ตั้งเจริญเสถียร. การจัดการความรับผิดชอบจากการรักษาทางการแพทย์. วารสารวิชาการสาธารณสุข 12, 6 (2546): 877.

สรวิศ ลิ้มปริงซี่. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลประเทศอังกฤษ. ศาลยุติธรรมปริทัศน์ (2549): 51-64.

สรวิศ ลิ้มปรางชี. Cyberspace: พรหมแดนใหม่ของการระงับข้อพิพาททางเลือก. ดุลพาห 2, 52 (2548): 127.

———. ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก. การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท : ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (2555): 28.

———. ความขัดแย้งและวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือก ในการจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: บริษัทธนาเพรส จำกัด, 2550.

———. คำชี้ขาดและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ. รวมบทความเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (2560): 177-185.

สรายุทธ เบญจกุล. เทคนิคการไกล่เกลี่ย : ยุทธศาสตร์ และทฤษฎีเจรจา กรุงเทพมหานคร: ศาลแพ่ง, 2539.

สลินลา สิงห์พันธ์. การช่วยเหลือเบื้องต้นแก่ผู้รับบริการ ตามมาตรา 41 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.nhso.go.th/ARCHIVES/section5/detail5.aspx>. [เข้าถึงเมื่อ 20 เมษายน 2563]

สันต์สุตา สิทธิประเสริฐ. การใช้ดุลพินิจของศาลไทยในการพิจารณาค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิดเป็นเหตุให้ผู้ถูกละเมิดถึงแก่ความตาย. วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์(2560): 786-787.

สำนักงานศาลยุติธรรม. คู่มือการระงับข้อพิพาทสำหรับประชาชน. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 5 กรุงเทพมหานคร: เพชรรุ่งการพิมพ์, 2552.

สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ (สปสช.). แผนปฏิบัติการราชการของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ระยะ 5 ปี พ.ศ. 2561 – 2565 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-contentdetail.aspx?CatID=MTAzMg>. [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563]

———. รายงานการสร้างระบบหลักประกันสุขภาพแห่งชาติประจำปีงบประมาณ 2562 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: [https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-about\\_result.aspx](https://www.nhso.go.th/FrontEnd/page-about_result.aspx). [เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563]

สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานยุติธรรม. คู่มือการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร: บริษัทคัมปาย



อิมเมจจิ้ง จำกัด, 2555.

สำนักกระบังข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม. การปฏิบัติงานของอาสาสมัครไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชุมชน (อ.ก.ช.): ปัญหาอุปสรรคและแนวทางแก้ไข. กรุงเทพมหานคร: เพชรรุ่งการพิมพ์, 2547.

สำนักส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม. กฎหมายน่ารู้. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรม, 2548.

สิริรัชต์ เมตตามิตรพงศ์. การระงับข้อพิพาทคดีทางการแพทย์โดยการไกล่เกลี่ย. สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม. 2559.

สุจารี ตั้งเสงี่ยมวิสัย, ลาวัณย์ รัตน์ศิลป์ และประกาย วิบูลย์วิภา. การศึกษาเปรียบเทียบบริการสุขภาพ ตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2545 กับบริการสุขภาพตามกฎหมายอื่น ๆ. วารสารพยาบาล 62, 3 (2556): 53-53.

สุธี อยู่สถาพร. ความรับผิดชอบตามกฎหมายของแพทย์ในการรักษาผู้ป่วยกับหลักวิธีปฏิบัติเพื่อเป็นเลิศทางการแพทย์. วารสารกฎหมายสุขภาพและสาธารณสุข 2, 1 (2559): 144.

สุรัชย์ เลียงบุญเลิศชัย. หลักการและแนวคิดในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, ทัศนคติผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. กรุงเทพมหานคร: ฝ่ายวิชาการสภานายความ สภานายความ, 2557.

สุรรัตน์ ประจันปัจจนิก. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง. นิตยสารดุสิตบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

สุขุม ศุภนิต. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2555.

สุขุม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะละเมิด. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2555.

เสาวนีย์ อัครวโรจน์. คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีการระงับข้อพิพาททางธุรกิจโดยการอนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมศาสตร์, 2554.

แสง บัญเฉลิมวิภาส. ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข. วารสารจูนิตี (2554): 47.

โสภณ รัตนการ. คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2542.

อนันต์ จันทโรภากร. กฎหมายไทยกับการส่งเสริมอนุญาโตตุลาการข้อพิพาททางพาณิชย์ [ออนไลน์].

แ ห ล่ ง ที่ ม า :

<https://tai.coj.go.th/th/file/get/file/20190507d41d8cd98f00b204e9800998ecf8427e104904.pdf>. [เข้าถึงเมื่อ 1 เมษายน 2563]

———. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท  
อนุญาโตตุลาการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

———. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท  
อนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

———. ปัญหาข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค. วารสารนิติศาสตร์  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 42, 3 (2556): 468.

อนันต์ จันทโรภาส. ทางเลือกในการระงับข้อพิพาท: การเจรจา การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาท  
อนุญาโตตุลาการ. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ  
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.

อภิวัฒน์ ทัพผิ้ง. การทำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง. นิติศาสตรมหาบัณฑิต,  
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2558.

อรรถพงษ์ ทิพย์อักษร. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี. วารสารนิติพัฒน์ นิต้า  
(2560): 32-33.

อรสา นารายณะคามิน. อติตรองผู้อำนวยการศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวง  
สาธารณสุข. สัมภาษณ์ 18 กันยายน 2563.

อำนาจ อาดำ. ปัญหาอุปสรรคการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ : กรณีศึกษาในศาลจังหวัดนนทบุรี.  
หลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาล รุ่นที่ 17 วิทยาลัยข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม สถาบัน  
พัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรม. 2561.

อิทธิพล สูงแข็ง. เจาะลึกระบบสุขภาพ ชีวเนวโนมการฟ้องร้องทางการแพทย์สูงขึ้นเรื่อย ๆ [ออนไลน์].

แ ห ล่ ง ที่ ม า :

[http://www.legal.moph.go.th/index.php?option=com\\_remository&Itemid=814&fu](http://www.legal.moph.go.th/index.php?option=com_remository&Itemid=814&fu)

nc=fileinfo&id=472[2559. [เข้าถึงเมื่อ 15 มกราคม 2563].





จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
**CHULALONGKORN UNIVERSITY**

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-สกุล	นางสาววัฒนาภรณ์ ยั่งยืน
วัน เดือน ปี เกิด	10 กรกฎาคม 2537
สถานที่เกิด	โรงพยาบาลหาดใหญ่ อำเภหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา
วุฒิการศึกษา	ประถมศึกษา : โรงเรียนธิดานุเคราะห์ มัธยมศึกษาตอนต้น : โรงเรียนธิดานุเคราะห์ มัธยมศึกษาตอนปลาย : โรงเรียนมอ.วิทยานุสรณ์ ปริญญาบัณฑิต : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ที่อยู่ปัจจุบัน	585 ซอย 22-13 หมู่บ้านเศรษฐกิจ แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพมหานคร



จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
CHULALONGKORN UNIVERSITY