

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ก่อนฟ้องคดี Pre-Suit Mediation in Medical Disputes

อรรถพงษ์ ทิพย์อักษร¹
Attapong Tipaksorn

บทคัดย่อ

ลักษณะของข้อพิพาททางการแพทย์มักเกิดจากการรักษาไม่เป็นไปตามที่ผู้ป่วยคาดหวังไว้ ไม่ว่าจะเกิดจากเหตุสุดวิสัยหรือความผิดพลาดของแพทย์ก็ตาม ในปัจจุบันปริมาณข้อพิพาททางการแพทย์ที่นำมาฟ้องเป็นคดีมีเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้ มิได้หมายความว่าแพทย์มีความประมาทเลินเล่อสูง หรือมีมาตรฐานในวิชาชีพด้อยลง แต่เป็นเพราะระบบสังคม กฎหมาย ความรู้ความเข้าใจ หรือความตระหนักต่อสิทธิและหน้าที่ของคนในสังคมที่มีมากขึ้น ประเทศไทยใช้วิธีการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ด้วยการบังคับไกล่เกลี่ย “หลังจาก” ที่ฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลแล้ว ทำให้โอกาสในการที่จะไกล่เกลี่ยสำเร็จนั้นเป็นไปได้ยากขึ้น เนื่องจากคู่กรณียังขาดความรู้ความเข้าใจในการไกล่เกลี่ย และฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีมักจะเข้าใจคลาดเคลื่อนไปว่า การยอมตกลงในการไกล่เกลี่ย หมายถึง การยอมรับว่าตนกระทำความผิดตามฟ้อง บทความนี้มุ่งศึกษาประเด็นสำคัญ 2 ประการคือ (1) ศึกษาลักษณะเฉพาะของข้อพิพาททางการแพทย์และนิติสัมพันธ์ของคู่กรณีแต่ละฝ่าย เพื่อพิจารณาแนวทางการระงับข้อพิพาททางเลือกที่เหมาะสม โดยเฉพาะการไกล่เกลี่ย “ก่อน” ฟ้องคดี (pre-suit mediation) และ (2) ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการในการระงับข้อพิพาททางเลือกของสหรัฐอเมริกา เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: ข้อพิพาททางการแพทย์ การไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี การระงับข้อพิพาททางเลือก

Abstract

Medical disputes mostly arise from the treatment of patients that do not meet the latter's expectations, whether this is the result of a force majeure or a medical malpractice. Today the number of medical disputes that become lawsuits is steadily increasing. This does not mean that present-day medical doctors are more careless in their practice, or that the treatment they give increasingly deviates from the accepted norms or standards. The main reason for the rise in the number of medical lawsuits is that society, the legal system, public knowledge and understanding have all contributed to greater awareness of the rights and obligations of people's in society. Thailand has adopted a post-suit mediation approach. This results in the success of mediation becoming more difficult, because the parties to the disputes lack knowledge and understanding of mediation, and those against whom the lawsuit is being taken often have a misperception that agreeing to a settlement in mediation means accepting that they are the wrong party in the lawsuit that is being brought against them. This paper aims to study only two important issues, namely (1) to study the specific features of

¹ ผู้ช่วยผู้จัดการฝ่ายนิติการ บริษัท โรงพยาบาลไทยนครินทร์ จำกัด (มหาชน); นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย

medical disputes and legal relations of the parties to the disputes with a view to selecting a proper pre-suit mediation approach, and (2) to compare measures for alternative dispute resolution (ADR) in the United States with those in Thailand for the purpose of improving Thai law relevant to the resolution of this type of disputes.

Keywords: medical disputes, pre-suit mediation, alternative dispute resolution (ADR)

1. บทนำ

เมื่อยุคสมัยเปลี่ยนไปอาการของโรคและการเจ็บป่วยต่าง ๆ มีมากขึ้น ทำให้คนไทยเกิดความตระหนักในการรักษาพยาบาลด้วยการเข้าโรงพยาบาลเพื่อให้ได้รับบริการด้านการแพทย์ แพทย์ได้วินิจฉัยและทำการรักษาด้วยวิธีทางการแพทย์แผนปัจจุบัน ซึ่งมีพัฒนาการที่ก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว ทั้งในด้านยาที่ใช้รักษา เครื่องมือแพทย์ และเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ ซึ่งเดิมคนไทยมักจะเข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาลของรัฐ แต่จากจำนวนผู้ป่วยที่มีมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง ทำให้ของโรงพยาบาลที่ภาครัฐจัดไว้ให้ประชาชนมีไม่เพียงพอ ทำให้เกิดปัญหาความแออัดของผู้ใช้บริการในโรงพยาบาลของรัฐ ส่งผลให้ในปัจจุบันคนไทยมีพฤติกรรมในการรับการรักษาพยาบาลที่เปลี่ยนไป หันมารับการรักษาพยาบาลกับโรงพยาบาลเอกชนมากขึ้นเรื่อย ๆ จนเกิดเป็นธุรกิจโรงพยาบาลเอกชน ซึ่งสร้างรายได้อย่างมหาศาล กิจกรรมโรงพยาบาลเอกชนมีอัตราเติบโตขึ้นอย่างต่อเนื่อง โรงพยาบาลเอกชนหลายแห่งจัดตั้งในรูปแบบของบริษัทมหาชน จำกัด เพื่อเข้าลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ จุดเด่นของโรงพยาบาลเอกชนที่ดึงดูดคนเข้ารับการรักษาพยาบาล คือ การให้บริการด้านการแพทย์ที่สะดวกสบาย ใช้เวลารวดเร็วในการเข้ารับการรักษาพยาบาล มีเครื่องมือแพทย์ที่ทันสมัย สถานที่มีความโอ่อ่า อย่างไรก็ตาม สิ่งอำนวยความสะดวกทั้งหลายนี้ ต้องแลกกับการคิดค่าบริการในอัตราที่สูงกว่าโรงพยาบาลของภาครัฐอย่างมาก ปัจจุบันประเทศไทยมีโรงพยาบาลเอกชนเป็นจำนวนมากถึง 349 แห่ง (ข้อมูล ณ วันที่ 16 พฤษภาคม 2560)²

แม้ว่าคนไทยจะมีทัศนคติที่เปลี่ยนไปเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล และมีความเชื่อมั่นในการเข้ารับการรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาลว่าจะสามารถรักษาตนให้หายจากอาการเจ็บป่วยได้ และการแพทย์แผนปัจจุบันได้มีวิวัฒนาการก้าวหน้าไปมากแล้วก็ตาม แต่การรักษาพยาบาลผู้ป่วยต่าง ๆ อาจไม่สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยให้หายขาดจากความเจ็บป่วยได้ทุกรายเสมอไป อันเนื่องจากปัจจัยหลายสาเหตุ ไม่ว่าจะเป็นสภาพร่างกายและจิตใจของตัวผู้ป่วยก็ดี ภาวะแทรกซ้อนก็ดี เกิดจากประเภทของโรคและความเป็นไปของพยาธิของโรคทำให้เป็นไปก็ดี เพราะความประมาทเลินเล่อของแพทย์ผู้ทำการรักษาที่ดี หรือเหตุการณ์ไม่พึงประสงค์ หรือเหตุสุดวิสัยอย่างอื่นใดก็ดี ทำให้ผู้ป่วยหรือครอบครัวของผู้ป่วยเกิดความผิดหวังจากการเข้ารับการรักษาพยาบาลในโรงพยาบาล ซึ่งความผิดหวังนี้มีมากน้อยแตกต่างกันออกไปตามแต่ความคาดหวังของผู้ป่วยแต่ละราย และความสูญเสียที่เกิดขึ้น ซึ่งมีตั้งแต่รักษาอาการเจ็บป่วยไม่หาย จนถึงขั้นพิการ หรือเสียชีวิต

เมื่อเกิดความล้มเหลวจากการรักษาพยาบาลขึ้น หากแพทย์และโรงพยาบาลสามารถอธิบายสาเหตุของการรักษาที่ไม่เป็นไปตามที่คาดหวังได้อย่างชัดเจน ผู้ป่วยหรือญาติอาจเข้าใจและยอมรับกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นได้โดยไม่มี

² สำนักสถานพยาบาลและการประกอบโรคศิลปะ กรมสนับสนุนบริการสุขภาพ กระทรวงสาธารณสุข, 'รายชื่อสถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน' <http://mrd.hss.moph.go.th/display_document_all.jsp?showGroup=DG00227> สืบค้นวันที่ 17 มิถุนายน 2560

ข้อพิพาท แต่ในทางปฏิบัตินั้น การหาสาเหตุของโรคหรือความเจ็บป่วยที่แน่ชัดไม่ใช่เรื่องง่ายเสมอไป และบางครั้งอาจเกิดจากความประมาทเลินเล่อหรือไม่ชำนาญของแพทย์เองด้วย เพราะไม่สามารถอธิบายสื่อสารกันให้เข้าใจได้ หรือการเจรจาต่อรองกันซึ่งไม่สามารถตกลงกันได้ เพราะทั้งสองฝ่ายต่างมองกันคนละมุม ฝ่ายผู้ป่วยหรือญาติอาจมองว่าฝ่ายแพทย์และโรงพยาบาลต้องการให้เรื่องยุติลงเพื่อปกปิดความบกพร่องของตนโดยไม่ต้องเสียค่าชดเชยใด ๆ หรือเสียค่าชดเชยให้น้อยที่สุด ในขณะที่ฝ่ายแพทย์และโรงพยาบาลอาจมองว่า การที่ผู้ป่วยหรือญาติไม่ยอมรับฟังคำอธิบายชี้แจง หรือไม่ยินยอมตกลงในเรื่องนี้ใด ๆ ในการเจรจาต่อรองกัน เป็นเพราะต้องการที่จะเรียกร้องค่าชดเชยเป็นเงินจำนวนมาก นำไปสู่การต่อว่า ตาหนอ ร้องเรียน กล่าวหา กล่าวโทษ ร้องทุกข์ และหลายครั้งที่การรักษาพยาบาลต้องจบลงด้วยการยุติข้อพิพาทในชั้นศาลแทน

สาเหตุสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้การเจรจาต่อรองระหว่างฝ่ายผู้ป่วยกับฝ่ายโรงพยาบาลไม่ประสบความสำเร็จเป็นเพราะคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาเจรจาต่อรองกันเอง “โดยตรง” โดยไม่มีผู้ทำหน้าที่ “คนกลาง” คอยไกล่เกลี่ยเพื่อลดความรุนแรงในการเจรจาปะทะกัน ส่งผลให้การเจรจาเพื่อหาทางระงับข้อพิพาทเบื้องต้นของคู่กรณี มักจะไม่สามารถตกลงเพื่อยุติข้อพิพาทได้ และฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลในที่สุด โดยเฉพาะคดีฟ้องร้องระหว่างผู้ป่วยกับโรงพยาบาลเอกชน เนื่องจากผู้ป่วยที่เข้ามารับการรักษาพยาบาลกับโรงพยาบาลเอกชนโดยส่วนใหญ่มักคิดว่า ในเมื่อตนจะต้องเสียค่าใช้จ่ายราคาแพงเพื่อรักษาอาการเจ็บป่วยของตนเองหรือญาติพี่น้องแล้ว ก็จะทำให้เกิดความคาดหวังในผลของการรักษาพยาบาลว่าแพทย์ของโรงพยาบาลเอกชนจะต้องรักษาด้วยวิธีการที่ดีที่สุด ด้วยเครื่องมือแพทย์ เวชภัณฑ์และยาที่ดีที่สุด และตนเองหรือญาติพี่น้องจะต้องหายจากอาการเจ็บป่วย เมื่อการรักษาพยาบาลของโรงพยาบาลเอกชนไม่เป็นไปตามที่คาดหวังไว้ และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเจรจาต่อรองกันแล้วแต่ไม่สามารถตกลงกันได้ ผู้ป่วยหรือญาติจึงมักจะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์และโรงพยาบาลเอกชน มากกว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์และโรงพยาบาลของรัฐ

อย่างไรก็ตาม การจัดการปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์ด้วยการฟ้องร้อง ไม่ใช่ทางออกที่เป็นประโยชน์กับฝ่ายใดเลย เนื่องจากผู้ป่วยก็มักจะเกิดความเสียเปรียบในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดี และฝ่ายแพคดีเสียเป็นส่วนใหญ่ด้วย เพราะการที่จะพิสูจน์ว่า แพทย์และโรงพยาบาลเป็นผู้กระทำผิดนั้น จะต้องทำให้ศาลเห็นได้ว่าการรักษาพยาบาลของแพทย์และโรงพยาบาลในครั้งนั้น ไม่เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ โดยการที่จะอธิบายให้เห็นว่าการรักษาพยาบาลเช่นนั้นเป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพหรือไม่ จำเป็นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้ความสามารถในทางการแพทย์มาเป็นผู้อธิบาย เพื่อให้ศาลได้เห็นว่า การรักษาพยาบาลครั้งนั้นไม่เป็นไปตามมาตรฐานอย่างไร ซึ่งเป็นกรยากที่ผู้ป่วยหรือผู้บริโภคนั้นเป็นบุคคลธรรมดาทั่วไปจะสามารถหาพยานที่เป็นบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในทางการแพทย์มาอธิบายในชั้นพิจารณาคดีของศาล เพื่อสนับสนุนข้ออ้างหรือข้อกล่าวหาของฝ่ายตนได้ในทางกลับกัน ฝ่ายแพทย์และโรงพยาบาลกลับมีความสามารถที่จะสรรหาบรรดาบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในทางการแพทย์ และมีชื่อเสียงในการรักษาพยาบาลด้านนั้น ๆ มาอธิบาย ให้ความเห็น หรือเบิกความ เพื่อพิสูจน์ว่าการรักษาพยาบาลของตนเองนั้น เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพอย่างง่ายดาย อันเป็นสาเหตุที่ทำให้คดีที่ผู้ป่วยฟ้องร้องแพทย์และโรงพยาบาลส่วนใหญ่แล้ว ศาลจะมีคำพิพากษายกฟ้อง ดังจะเห็นได้จากสถิติในคดีที่มีข้อพิพาททางการแพทย์ของแพทย์และโรงพยาบาล พบว่าฝ่ายผู้ป่วยเป็นฝ่ายแพคดีมากถึงร้อยละ 93³

³ ibid.

จะเห็นได้ว่า การระงับข้อพิพาทโดยใช้กระบวนการพิจารณาคดีทางอาญาและทางแพ่งในคดีทางการแพทย์ของประเทศไทยปัจจุบันนั้น *ไม่ก่อให้เกิดประโยชน์กับฝ่ายใดเลย* ไม่ว่าจะเป็นผู้ป่วยและญาติซึ่งมักจะเป็นโจทก์ แต่กลับเป็นฝ่ายแพคดีเป็นส่วนใหญ่ หรือแพทย์และโรงพยาบาลซึ่งเป็นฝ่ายจำเลย ถึงแม้จะชนะคดีเป็นส่วนใหญ่ แต่ก็เสียทั้งเวลาและชื่อเสียง รวมไปถึงศาลเองก็ประสบปัญหาคดีล้นศาล เป็นต้น นอกเหนือจากการที่คู่กรณีจะเข้าเจรจาต่อรองกันด้วยตนเอง หรือใช้สิทธิทางศาลเพื่อฟ้องร้องต่อกันแล้ว ยังมีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นอยู่อีก โดยเฉพาะการระงับข้อพิพาทกันก่อนเป็นคดีชั้นสู่ศาล เช่น การแต่งตั้งบุคคลที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องในกรณีพิพาทเพื่อทำหน้าที่เป็นคนกลางในการเจรจาข้อพิพาทหรือที่เรียกว่า “การไกล่เกลี่ย” (mediation) ซึ่งน่าจะเป็นทางเลือกที่ดีกว่าการฟ้องร้องคดีระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์และโรงพยาบาล

ทว่า การไกล่เกลี่ยก็ยังไม่เป็นที่นิยมมากนัก เนื่องจากความล่าช้าของกระบวนการดำเนินงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในปัจจุบัน อีกทั้งการไกล่เกลี่ยนี้ยังไม่แพร่หลายไปยังคนส่วนมาก ประชาชนส่วนใหญ่ยังขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องการไกล่เกลี่ย ทั้งที่การไกล่เกลี่ยมีประโยชน์มาก เพราะช่วยประหยัดเวลา เกิดความสบายใจทั้งสองฝ่ายหากสามารถยุติข้อขัดแย้งได้ เพราะข้อตกลงในการระงับข้อพิพาทเกิดจากการที่คู่กรณีต่างพึงพอใจในข้อตกลงนั้น นอกจากนี้ ยังเอื้อประโยชน์ต่อศาลในการลดปริมาณคดี ไม่มีการบังคับคดี จึงไม่ต้องยึดหรืออายัดทรัพย์สินกัน ทำให้การระงับข้อพิพาทเกิดแต่ความสมานฉันท์

เพื่อให้การระงับข้อพิพาทของคดีทางการแพทย์ในประเทศไทยเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากขึ้น และได้ผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทเป็นที่สมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย มากกว่าการนำข้อพิพาทมาเป็นคดีชั้นสู่ศาล และเพื่อสามารถรักษาสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยหรือญาติของผู้ป่วยกับแพทย์และโรงพยาบาลไว้ ไม่ก่อให้เกิดความบาดหมางเคลือบแคลงใจกันในระยะยาวต่อไป ผู้เขียนมองว่า วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีมีความเหมาะสมกับปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์อย่างมาก แต่การไกล่เกลี่ยกลับไม่เป็นที่นิยม และไม่เป็นที่รู้จักเท่าที่ควรในประเทศไทย ผู้เขียนจึงต้องการศึกษาความเป็นไปได้ในการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยการไกล่เกลี่ย “เชิงบังคับ” กล่าวคือ ให้คู่กรณีต้องนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก “ก่อน” นำคดีชั้นสู่ศาลในทางแพ่ง ด้วยการไกล่เกลี่ย โดยจัดตั้งคนกลางที่เป็นที่ยอมรับของทั้งสองฝ่ายมาเป็นผู้ทำหน้าที่คนกลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เพื่อให้สามารถนำการไกล่เกลี่ยเข้ามาใช้ระงับข้อพิพาททางการแพทย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

2. แนวคิดทั่วไปเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางเลือก

การให้บริการเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในปัจจุบันได้แปรเปลี่ยนไปมาก จากเดิมที่ผู้ป่วยเคยรู้สึกว่าเป็นแพทย์เปรียบเสมือนบุชณียบุคคลที่น่าเคารพนับถือ และวิชาชีพแพทย์มีพื้นฐานเกิดขึ้นมาจากการให้ความช่วยเหลือกันในเชิงมนุษยธรรม แต่ปัจจุบันการรักษาพยาบาลได้เปลี่ยนไปเป็นรูปแบบของสัญญาให้บริการ กล่าวคือ การเกิดสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบระหว่างกันของผู้ป่วยหรือญาติกับแพทย์และโรงพยาบาล มีความชัดเจนในทางกฎหมายมากขึ้น กล่าวคือ ต่างฝ่ายต่างมีหน้าที่ในทางกฎหมายที่ต้องปฏิบัติต่อกัน แพทย์และโรงพยาบาลมีหน้าที่ต้องให้บริการรักษาพยาบาลให้เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ และเป็นไปตามที่ตนได้โฆษณา ส่วนผู้ป่วยหรือญาติก็มีหน้าที่ต้องชำระเงินค่าตอบแทนตามอัตราที่โรงพยาบาลได้กำหนดและแจ้งให้ทราบ หากฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตาม ย่อมถือเป็นการ

กระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นการผิดสัญญา ก่อให้เกิดสิทธิที่ตนจะดำเนินการตามกฎหมายเพื่อเรียกร้องสิ่งที่ตนควรจะได้รับจากการสัญญา⁴

เมื่อได้พิจารณาในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายผู้ป่วย แพทย์ และโรงพยาบาลแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่พิเศษกว่าความสัมพันธ์ตามปกติทั่วไป เนื่องจากมีมาตรฐานทางวิชาชีพ และสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสากลเข้ามาเกี่ยวข้อง การระงับข้อพิพาทในศาลอาจไม่ใช่หนทางแก้ปัญหาที่เหมาะสมต่อความสัมพันธ์ในลักษณะพิเศษดังกล่าว กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือก (alternative dispute resolution หรือ ADR) จึงได้รับความนิยมมากขึ้น กล่าวคือ เป็นทางเลือกของการระงับข้อพิพาทนอกเหนือจากการฟ้องคดีในศาล ซึ่งหมายถึง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ให้ความเป็นธรรมในทางกฎหมาย หรือแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งแก่บุคคล โดยใช้รูปแบบวิธีการที่แตกต่างจากระบบการระงับข้อพิพาทกระแสหลักด้วยวิธีการฟ้องร้องคดีต่อศาล ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นระหว่างขั้นตอนการพิจารณาคดีในศาล หรือก่อนหน้านั้นก็ได้ กระบวนการดังกล่าวมีส่วนสำคัญในการช่วยแก้ไขปัญหาเรื่องต้นทุน ทั้งในแง่ค่าใช้จ่าย และเวลาในการดำเนินการตามกระบวนการระงับข้อพิพาทแบบฟ้องร้องต่อศาล นอกจากนี้ ยังมุ่งเน้นการให้ความสำคัญต่อคู่กรณีทั้งสองฝ่าย ด้วยการเปลี่ยนจากการเผชิญหน้า มาเป็นการพูดคุยหรือ รวมถึงมุ่งฟื้นฟูตัวบุคคลทั้งฝ่ายผู้กระทำและผู้เสียหาย ดังนั้น ADR จึงกลายเป็นทางเลือกของการระงับข้อพิพาทสำหรับผู้คนจำนวนมาก ซึ่งการระงับข้อพิพาททางเลือกอาจแบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

(1) การเจรจาต่อรอง (negotiation) หมายถึง การที่คู่พิพาทสมัครใจเจรจาต่อรองเพื่อหาข้อตกลงกันเอง โดยไม่มีบุคคลที่สามเข้ามาเกี่ยวข้อง⁵

(2) การไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาท (mediation หรือ conciliation) หมายถึง การที่คู่พิพาทสมัครใจให้มีบุคคลที่สามซึ่งเรียกว่า “ผู้ไกล่เกลี่ย” หรือ “ผู้ประนอมข้อพิพาท” เข้ามาช่วยให้เกิดการประนีประนอมยอมความกัน แต่ไม่มีอำนาจบังคับให้คู่พิพาทตกลงกัน หรือกำหนดผลลัพธ์ของกระบวนการไกล่เกลี่ย⁶

(3) การอนุญาโตตุลาการ (arbitration) หมายถึง การที่คู่พิพาทสมัครใจให้อนุญาโตตุลาการซึ่งหมายถึง บุคคลหรือคณะบุคคลที่เป็นกลางที่มาจากทางเลือกร่วมกันระหว่างคู่พิพาท หรือได้รับการแต่งตั้งตามวิธีการที่คู่พิพาทตกลงกัน หรือตามที่กฎหมายกำหนด มาทำหน้าที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท โดยผลคำชี้ขาดดังกล่าวจะผูกพันคู่พิพาท หากมีการละเมิดคำชี้ขาดขึ้นภายหลัง ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งสามารถฟ้องร้องต่อศาลหรือองค์การของรัฐได้⁷

การที่จะทำให้การระงับข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศไทยเป็นไปโดยมีประสิทธิภาพมากขึ้น และได้ผลลัพธ์ของการระงับข้อพิพาทเป็นที่สมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย มากกว่าการนำข้อพิพาทมาเป็นคดีขึ้นสู่ศาล และเพื่อให้สามารถรักษาความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยหรือญาติกับแพทย์และโรงพยาบาลไว้ ไม่ก่อให้เกิดความบาดหมางเคลือบแคลงใจกันในระยะยาวต่อไปนั้น วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดีมีความเหมาะสมกับปัญหา ข้อพิพาททางการแพทย์อย่างมาก แต่วิธีการระงับข้อพิพาทดังกล่าวกลับไม่เป็นที่นิยมและไม่เป็นที่รู้จักเท่าที่ควรในประเทศไทย เราจะพิจารณาปัญหาของการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศไทยในหัวข้อต่อไป

⁴ แสง บุญเฉลิมวิภาส, ‘ปัญหาฟ้องร้องทางการแพทย์และแนวทางแก้ไข’ (2555) 3 วารสารจลนิติ 47.

⁵ Guy Bowe, ‘Skills and Values: Alternative Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, Collaborative Law, and Arbitration’ (2014) 6 Yearbook on Arbitration and Mediation, 469-475.

⁶ ibid 475-79.

⁷ ibid 482-84.

3. ปัญหาการระงับข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศไทย

3.1 ลักษณะของข้อพิพาททางการแพทย์กับการระงับข้อพิพาททางเลือกด้วยการไกล่เกลี่ย

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ป่วยหรือญาติกับแพทย์และโรงพยาบาล เป็นความสัมพันธ์ลักษณะพิเศษที่มีความสำคัญ ปัจจุบันวิชาชีพแพทย์ มีการเปลี่ยนแปลงไปในเชิงธุรกิจมากขึ้น⁸ เมื่อเกิดข้อพิพาทกันขึ้นระหว่างผู้ป่วยกับแพทย์และโรงพยาบาล มักจะมีการนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีทันที เพราะผู้ป่วยมองว่าเป็นเรื่องของสัญญาทางธุรกิจ เมื่อผิดสัญญาย่อมต้องการได้รับการชดเชยค่าเสียหาย ประกอบกับในโลกสมัยใหม่ที่เต็มไปด้วยข้อมูลข่าวสาร ประชาชนมีความรู้และรับรู้สิทธิของตนมากขึ้น แต่การสื่อสารระหว่างกันกลับน้อยลง ดังนั้น การให้คำอธิบายแก่ผู้ป่วยหรือญาติเกี่ยวกับโรคที่ทำการรักษาหรือการวินิจฉัยโรค จึงเป็นเรื่องที่จำเป็นมาก ตั้งแต่แผนการรักษา ขั้นตอนการรักษา โอกาสสำเร็จ รวมถึงปัญหาหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น และควรอธิบายด้วยข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ รวมทั้งการแสดงออกถึงความตั้งใจและจริงใจในการดูแลรักษา การบันทึกขั้นตอนการรักษาในเวชระเบียน ถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ และถือเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่จะเข้าถึงได้ นอกจากนี้ การเข้าใจบทบาทขององค์กรวิชาชีพ โดยเฉพาะวิชาชีพแพทย์ ซึ่งเป็นศาสตร์ที่มีความรู้พิเศษเฉพาะทางอย่างมาก แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายกรณีนั้น ประชาชนทั่วไปไม่สามารถรับรู้ได้ด้วยสามัญสำนึกธรรมดาว่า สิ่งที่แพทย์ทำอยู่ถูกต้องตามหลักวิชา หรือถูกต้องตามจริยธรรมแล้วหรือไม่ ผู้ที่จะรู้และควบคุมให้การประกอบวิชาชีพเป็นไปโดยถูกต้องก็จะเป็นบุคคลในวิชาชีพเดียวกัน คือ แพทยสภา แต่เพราะสังคมไทยมีรากฐานมาจากสังคมอุปถัมภ์ ทำให้เกิดความรู้สึกว่า “พวกเดียวกันต้องช่วยกัน” ทำให้อาจเกิดความเข้าใจผิดว่า บทบาทของแพทยสภาคือ การช่วยเหลือและปกป้องบุคคลากรทางการแพทย์มากกว่าจะคอยสอดส่องจับผิด ดังนั้น ทำให้เมื่อเกิดข้อพิพาททางการแพทย์ขึ้น แทนที่ผู้ป่วยจะไปร้องเรียนต่อแพทยสภา กลับจะใช้วิธีร้องเรียนผ่านสื่อ หรือฟ้องศาลแทน

นอกจากลักษณะความสัมพันธ์พิเศษของข้อพิพาททางการแพทย์ตามที่กล่าวข้างต้น จะเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดการฟ้องร้องเป็นคดีความกันมากแล้ว ระบบการไกล่เกลี่ยของประเทศไทยในปัจจุบัน ก็ไม่สามารถบริหารจัดการได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย กล่าวคือ การระงับข้อพิพาททางการแพทย์โดยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องเป็นคดีในประเทศไทยนั้นมีหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่ คือ ศูนย์สันติวิธี กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งเป็นหน่วยงานที่กระทรวงสาธารณสุขตั้งขึ้นตามคำสั่งสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุขที่ 2037/2547 ลงวันที่ 24 กันยายน 2547 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินงานด้านการพัฒนาทักษะความสามารถของบุคลากร การแสวงหาและพัฒนานองค์ความรู้ การจัดการความขัดแย้งในระบบการแพทย์และสาธารณสุขด้วยสันติวิธีโดยการเจรจาไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ยังเป็นหน่วยงานที่คอยให้ความช่วยเหลือแนะนำ รวมถึงไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางการแพทย์ แต่การไกล่เกลี่ยของศูนย์สันติวิธีดังกล่าว ยังประสบกับปัญหาข้อขัดข้อง เนื่องจากเป็นหน่วยงานภายในของกระทรวงสาธารณสุข จึงยังถูกมองว่าอาจไม่มีความเป็นกลาง รวมถึงข้อพิพาทที่เข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยมีไม่มากนัก ทำให้บุคลากรที่ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยยังขาดประสบการณ์ เป็นเหตุให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่บรรลุผลสำเร็จเท่าที่ควร ทั้งที่บุคลากรซึ่งทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยเป็นผู้มีความรู้ และเข้าใจระบบทางการแพทย์และสาธารณสุขเป็นอย่างดี⁹

นอกจากศูนย์สันติวิธีแล้ว ยังมีหน่วยงานหลักอีกแห่งที่ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทโดยตรง ได้แก่ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม แต่ปัญหาที่มักจะพบ คือ ไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษาหรือผู้ประนอมข้อพิพาทล้วนไม่มีความรู้

⁸ อานาจ กุศลานันท์, ‘เมื่อแพทย์ไม่ต้องถูกจำคุก’ (2551) 286 วารสารคลินิก 118.

⁹ ศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข กระทรวงสาธารณสุข, ‘ประวัติความเป็นมาศูนย์สันติวิธีสาธารณสุข’ <<http://www.peaceinhealth.org/cphc//cphc/about1/>> สืบค้นวันที่ 17 มิถุนายน 2560

ความเข้าใจในระบบการแพทย์ การสาธารณสุข การรักษาพยาบาล รวมถึงเวชปฏิบัติต่าง ๆ เพียงพอ ทำให้การใช้ข้อมูล การเสนอแนวทางแนะนำเพื่อให้คู่ความบรรลุข้อตกลงเป็นไปได้ยาก และโดยเฉพาะอย่างยิ่งคู่ความต่างมีปัญหาข้อพิพาทค่อนข้างรุนแรง เนื่องจากการรักษาพยาบาลมักเกี่ยวข้องกับชีวิตและร่างกาย แม้คู่ความจะสมัครใจ เข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย เมื่อผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยหรือประนอมข้อพิพาทยังขาดความรู้ความเข้าใจในระบบการรักษาพยาบาล การช่วยเหลือแนะนำอธิบายถึงข้อดีข้อเสียต่าง ๆ ให้แก่คู่ความจึงเกิดปัญหาข้อขัดข้อง นอกจากนี้ ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่งที่พบ คือ การที่คู่ความไม่ยอมเปิดใจหรือให้รายละเอียดข้อมูลต่าง ๆ อันเป็นหัวใจสำคัญของการไกล่เกลี่ยในข้อพิพาททางการแพทย์ เนื่องจากเกรงว่าหากตกลงกันไม่ได้ รายละเอียดหรือข้อมูลที่ให้การไกล่เกลี่ยจะถูกนำมาเป็นข้อต่อสู้ในการสืบพยาน (ซึ่งจริง ๆ แล้วข้อมูลทั้งหมดจะต้องเก็บเป็นความลับ) ในขณะที่ฝ่ายแพทย์และโรงพยาบาลก็มีข้อกังวลว่า หากตกลงกันแล้วจะถือเป็นการยอมรับผิดไปด้วยหรือไม่ และเกรงว่าจะส่งผลกระทบต่ออื่นตามมาอีก จึงทำให้คู่กรณีแต่ละฝ่ายเข้าใจว่า การฟ้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลพิจารณาและพิพากษาจะเหมาะสมมากกว่า

3.2 การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีข้อพิพาททางการแพทย์

สหรัฐอเมริกา มีอัตราการฟ้องร้องแพทย์ให้รับผิดชอบสูงกว่าประเทศไทยมาก ทั้งนี้ได้หมายความว่า แพทย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามีความประมาทเลินเล่อสูง หรือมีมาตรฐานในวิชาชีพด้อยกว่าประเทศไทย แต่เป็นเพราะระบบสังคม กฎหมาย ความรู้ความเข้าใจ หรือความตระหนักต่อสิทธิและหน้าที่ของคนที่แตกต่างกัน การฟ้องคดีในชั้นศาลของสหรัฐอเมริกามีความซับซ้อน และมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีสูงมาก นอกจากนี้ ยังมีเรื่องของประสิทธิภาพในการพิจารณาคดี และมีวิธีพิจารณาคดีที่ต้องนำมาพิจารณาด้วย ทำให้มีการพยายามหาวิธีการทางเลือกอื่น ๆ เข้ามาใช้แทนการฟ้องคดีในศาลมากขึ้น การนำเอาวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้ในการระงับข้อพิพาท ซึ่งมีจุดประสงค์สำคัญเพื่อให้เกิดการประนีประนอมยอมความโดยการตัดสินใจของคู่ความเอง จึงเป็นที่นิยมในสหรัฐอเมริกามากกว่าประเทศไทย¹⁰

การไกล่เกลี่ยจะไม่มีผลผูกพันเป็นการส่วนตัว และเป็นความลับ เพื่อให้เกิดความเชื่อถือ มีความเป็นกลาง และเข้าใจความรู้สึกของคู่กรณี หรือคู่พิพาทเป็นอย่างดี พื้นฐานหลักสำคัญที่คู่กรณีต้องทำความเข้าใจเสียก่อน คือ กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นการสานประโยชน์ร่วมกันของคู่กรณีที่ไม่เกี่ยวกับการตรวจสอบใบอนุญาต หรือการประกอบวิชาชีพที่ไม่ได้มาตรฐาน (malpractice) โดยกระบวนการไกล่เกลี่ยจะนำไปสู่การเจรจา แนะนำ ให้ข้อมูลสนับสนุนในแต่ละประเด็นเพื่อประกอบการตัดสินใจ ไม่ใช่การค้นหาความจริงว่าถูกหรือผิด หรือจะให้เกิดการแพ้หรือชนะจากการที่ศาลได้นำวิธีการไกล่เกลี่ยมาใช้จนเป็นที่ยอมรับของผู้พิพากษา ทนายความ และประชาชน ทำให้หน่วยงานต่าง ๆ ของสหรัฐอเมริกานิยมใช้การระงับข้อพิพาทโดยทางอื่นแทนการฟ้องคดีต่อศาล และมีการพัฒนาขึ้นไปเรื่อย ๆ จนมีบางมลรัฐได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับขึ้น เพื่อบังคับใช้กับในข้อพิพาทบางประเภท ซึ่งรวมถึงข้อพิพาททางการแพทย์ด้วย โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขให้คู่กรณีต้องมีการผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยเสียก่อน จึงจะนำ

¹⁰ สำนักกระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม, 'การพัฒนาระบบงานศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย ระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและบันทึกคำพยาน' (2545) 58 บทบัณฑิตย 32-33.

ข้อพิพาทของตนมาฟ้องเป็นคดีในชั้นศาลได้ เช่น มลรัฐเซาท์แคโรไลนา¹¹ (South Carolina) และมลรัฐฟลอริดา¹² (Florida) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับในสหรัฐอเมริกาจะกระทำได้อีกต่อเมื่อกำหนดไว้ในกฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับของศาล หรือโครงการของภาครัฐและเอกชนแล้ว ซึ่งก่อนที่ผู้วางนโยบายหรือผู้เกี่ยวข้องจะเสนอหรือ กำหนดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับ จึงมีข้อควรพิจารณาที่สำคัญ¹³ ดังนี้

1. *ประเภทของคดี* เนื่องจากการเลือกใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะเป็นประโยชน์อย่างมากต่อข้อพิพาท ในลักษณะที่เป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ และคู่กรณีมีความจำเป็นหรือมีความต้องการที่จะติดต่อกันอีก ในภายหน้า เพื่อผลประโยชน์ระยะยาวของความสัมพันธ์ที่มีต่อกันในอนาคต แต่หากเป็นความขัดแย้งทางผลประโยชน์ ที่คู่กรณีไม่มีความสัมพันธ์ต่อกัน หรือไม่มีความจำเป็นที่ต้องติดต่อกันอีกในอนาคต การบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่ กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับอาจจะไม่เหมาะสม และไม่ประสบความสำเร็จ ในกรณีที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิ กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทย่อมดีกว่ากระบวนการพิจารณาคดีในศาล เพราะผู้ไกล่เกลี่ยจะพยายามหาแนวทางหรือ กระบวนการเพื่อฟื้นฟู หรือให้ความรู้คู่กรณีเกี่ยวกับสิทธิของคู่กรณีทั้งสอง ซึ่งแตกต่างจากกระบวนการของศาล

2. *ความแตกต่างทางสถานะและอำนาจของคู่กรณี* การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะมีประโยชน์อย่างมาก หากเป็น กลไกที่ช่วยให้คู่กรณีฝ่ายที่อ่อนแอสสามารถต่อสู้กับคู่กรณีฝ่ายที่แข็งแกร่งกว่าได้ในระดับเดียวกัน ความอ่อนแอของ คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งนี้ หมายถึง ความอ่อนแอกว่าในทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ มีฐานะยากจนกว่าหรือไม่สามารถเข้าถึง ข้อมูลได้เท่ากับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง

¹¹ The South Carolina Code of Laws, Title 15 - Civil Remedies and Procedures, CHAPTER 79, Medical Malpractice Actions, s. 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 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".

¹² The 2018 Florida Statutes, s. 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.

¹³ เปรรมมิศา หนูเรืองงาม, 'การพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางเลือก: กรณีศึกษาการนำกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้ ในประเทศไทย' (2556) 2 วารสารกระบวนการยุติธรรม 105-108.

3. ความเข้าใจในกระบวนการไกล่เกลี่ยของประชาชน ความสับสนและขาดความเข้าใจต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยของคู่กรณีและทนายความ อาจเป็นสาเหตุสำคัญของการทำให้การไกล่เกลี่ยไม่เป็นที่นิยม ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากประชาชนไม่มีความเข้าใจและไม่ทราบข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยที่ดีพอ การบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยจะเป็นวิธีการที่ให้ความรู้ความเข้าใจ และให้คู่กรณีทำความรู้จักกับวิธีการไกล่เกลี่ยด้วยตนเอง นอกจากนี้ ยังช่วยให้คู่กรณีที่ไม่แน่ใจหรือลังเลว่าจะเข้าสู่กระบวนการหรือไม่ ได้มีโอกาสเข้ามาสู่กระบวนการและขจัดอคติที่ว่า การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแสดงถึงความอ่อนแอของคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่สามารถจะชนะในการต่อสู้ทางคดีได้

4. ความขัดแย้งทางผลประโยชน์ของทนายความ ในสหรัฐอเมริกา นั้น ทนายความจะพยายามหลีกเลี่ยงหรือแนะนำมิให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ทั้งนี้ มิใช่เพราะทนายความไม่มีความรู้ ความเข้าใจ หรือขาดประสบการณ์เกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น แต่เนื่องมาจากผลประโยชน์ของทนายความเอง แม้กระบวนการไกล่เกลี่ยนั้นจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคู่ความก็ตาม ทั้งนี้ หากทนายความแนะนำให้คู่กรณีนำคดีหรือข้อพิพาทของตนเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย จะทำให้ทนายความขาดรายได้จากการให้คำปรึกษาหรือว่าความในคดีนั้น ๆ ดังนั้น หากประเทศไทยมีมาตรการบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย จะทำให้ทนายความไม่สามารถปฏิเสธกระบวนการไกล่เกลี่ยได้

4. ข้อดีและข้อเสียของการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ

ประการแรก การบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย อาจเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นให้คู่กรณีเห็นความสำคัญและเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกได้มากขึ้น ทั้งนี้ เมื่อคู่ความเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยแล้ว ผู้ไกล่เกลี่ยที่ผ่านการฝึกฝนมาอย่างดี จะไม่ปล่อยให้โอกาสที่จะทำให้คู่ความเข้าใจถึงกระบวนการไกล่เกลี่ย และช่วยทำให้การเจรจาระหว่างคู่กรณีสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันในการระงับข้อพิพาทได้

ประการที่สอง การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับที่กำหนดให้คู่กรณี ซึ่งมีอคติเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ยได้เข้าร่วมในกระบวนการและสามารถระงับข้อพิพาทนั้น ด้วยวิธีการไกล่เกลี่ย นอกจากจะเป็นการทำให้คู่กรณีได้มีโอกาสในการระงับข้อพิพาทที่มีต่อกันแล้ว ในทางกลับกัน ยังช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาลด้วย

ประการที่สาม การบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย ยังช่วยแก้ปัญหาความเข้าใจผิดที่มีต่อการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ โดยเฉพาะการที่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมองว่า การเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยเป็นสัญญาณที่แสดงถึงความกลัวที่จะเสียเปรียบในการดำเนินคดี

นอกจากนี้ การบังคับให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยยังเป็นการเพิ่มโอกาสให้ผู้มีอรรถคดีได้เข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรมทางเลือก และทำความคุ้นเคยกับกระบวนการ ซึ่งจากการสอบถามคู่กรณีที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ คู่กรณีได้รับประโยชน์จากการประหยัดทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย

อย่างไรก็ตาม แม้การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับจะมีประโยชน์ในหลายด้าน แต่ก็ไม่สามารถปฏิเสธได้ว่ามีข้อกังวลบางประการ ทั้งในด้านกฎหมายและด้านนโยบายในการนำการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้ได้ นักนโยบายและนักวิชาการด้านยุติธรรมบางคนตั้งข้อสังเกตในหลาย ๆ ประการ เช่น การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับเป็นการละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญของคู่กรณีหรือไม่ เพราะการจำกัดเสรีภาพในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมจำเป็นต้องมีการอธิบายถึงเหตุผลและความจำเป็นในเรื่องนั้นโดยละเอียด

นอกจากนี้ การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับยังขัดกับหลักการสมัครใจในการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นสาระสำคัญของกระบวนการไกล่เกลี่ย อีกทั้ง หากบังคับให้เข้าสู่การไกล่เกลี่ยแล้ว แต่กลับไม่สามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันได้ จะถือว่าเป็นการบังคับให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมลำดับรองหรือไม่ ทั้งนี้ หากคู่กรณีที่ต้องการจะนำคดีขึ้นสู่ศาลแต่เพียงอย่างเดียว แต่กลับมีการบังคับให้เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยก่อน คู่กรณีนี้จะไม่ได้รับประโยชน์อะไรเลยจากการผ่านกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ แต่กลับเป็นการทำให้คู่กรณีเสียค่าใช้จ่าย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องเสียเวลาเพิ่มขึ้นในการระงับข้อพิพาท ทั้งในกระบวนการทางเลือกและกระบวนการยุติธรรมปกติ

5. ปัญหาและอุปสรรคของกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ

การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมีทั้งข้อดีและข้อเสียดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น ผู้วางนโยบายและผู้เกี่ยวข้อง ในกระบวนการยุติธรรมที่ต้องการจะนำการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้ จะต้องชั่งน้ำหนักเปรียบเทียบข้อดีและข้อเสีย รวมถึงการหาแนวทางที่เหมาะสมมาปรับใช้ให้เข้ากับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริง เพราะนอกจากข้อดีข้อเสียแล้ว หลังจากการศึกษาเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับในสหรัฐอเมริกา พบว่ายังมีปัญหาและอุปสรรคบางประการที่จำเป็นต้องมีการปรับปรุงเพื่อให้การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในประเด็น ดังต่อไปนี้

1. *การเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยสุจริต* กล่าวคือ การกำหนดให้มีการเข้าร่วมในกระบวนการไกล่เกลี่ยโดยสุจริตมีความมุ่งหมายให้คู่กรณีได้เข้ามาในกระบวนการไกล่เกลี่ย เพื่อปลดปล่อยหรือหาทางออกให้กับข้อพิพาทของตน มิให้เข้ามาเพื่อประวิงคดีนั้นให้ยืดยาวออกไป และยังเพื่อป้องกันมิให้คู่กรณีเข้ามาในกระบวนการไกล่เกลี่ยและมีข้อตกลง แต่เจตนาที่แท้จริงไม่ประสงค์จะทำตามข้อตกลงที่มีร่วมกันในกระบวนการไกล่เกลี่ยนั้น

2. *การบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลง* ปัญหาของการบังคับตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นในกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับให้เป็นไปกฎหมายนั้น ยังเป็นข้อกังวลของหลาย ๆ ฝ่าย ทั้งนี้ หากไม่สามารถบังคับข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับแล้ว ก็ไม่เกิดประโยชน์ใด ๆ ในการบังคับให้คู่ความเข้าสู่กระบวนการ อย่างไรก็ตามผู้เชี่ยวชาญหลายคนเสนอว่า ให้ร่างข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับสามารถบังคับได้ตามกฎหมาย¹⁴

กล่าวโดยสรุป แม้ปัญหาของการที่กระบวนการยุติธรรมทางเลือกไม่เป็นที่นิยมใช้ในประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาจะคล้ายคลึงกัน คือ ประชาชนอาจไม่มีความรู้ความเข้าใจที่แท้จริงเกี่ยวกับกระบวนการ รวมถึงปัญหาความไม่คุ้นเคยกับวิธีการ หรือเกรงว่าจะไม่ได้รับความเป็นธรรมจากกระบวนการ แต่กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับย่อมมีทั้งข้อดีและข้อเสีย การนำแนวคิดเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับมาใช้ อาจช่วยเพิ่มจำนวนข้อพิพาทที่เข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ยรวมถึงกระบวนการยุติธรรมทางเลือกอื่น ๆ ในขณะเดียวกัน ก็ต้องคำนึงถึงข้อเสียในด้านอื่น ๆ ประกอบด้วย เช่น การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับต้องไม่เป็นช่องทางที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะนำไปใช้เป็นหนทางในการทำคดียืดเยื้อออกไป และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้คู่ความสามารถบรรลุข้อตกลงกันได้ด้วยใจสุจริต และสามารถบังคับตามข้อตกลงนั้นได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเด็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้น คือ มีการฟ้องร้องคดีทางการแพทย์ในทางอาญาและแพ่งจำนวนมาก โดยเฉพาะการฟ้องร้องกันในทางแพ่ง ซึ่งส่วนใหญ่แล้วท้ายที่สุดก็ไม่ได้เกิดประโยชน์กับฝ่ายใดเลย โดยสาเหตุหลักของปัญหา

¹⁴ ibid 105-111.

เกิดจากช่องโหว่ทางกฎหมายในขั้นตอนการนำคดีขึ้นสู่ชั้นศาล โดยเฉพาะคดีผู้บริโภค ซึ่งมีเจตนาบรรณให้ผู้บริโภคเข้าถึงกระบวนการศาลยุติธรรมได้โดยสะดวกและรวดเร็ว แต่กลับส่งผลทำให้ขั้นตอนในการดำเนินคดีผู้บริโภคทางแพ่งในคดีบางประเภทที่มีความละเอียดอ่อนในแง่ของความสัมพันธ์ระหว่างคู่กรณี และในแง่ของการสืบพยานเพื่อพิสูจน์ความผิด เช่น ข้อพิพาททางการแพทย์ ไม่สามารถระงับข้อพิพาทได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฟ้องคดีกันอย่างง่ายและอย่างไม่สมเหตุสมผล เช่น การเรียกค่าเสียหายที่สูงมาก จนทำให้การเจรจาต่อรองเพื่อประนีประนอมยอมความไม่เกิดประสิทธิภาพ หรือแทบจะไม่เกิดขึ้นเลย ทำให้ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทเล็กหรือใหญ่ร้ายแรงมากหรือน้อย ฝ่ายใดจะผิดจะถูก ทุกอย่างให้นำขึ้นเป็นคดีในชั้นศาลทั้งหมด เหมือนกับการฟ้องร้องไปเสียก่อนเรียกค่าเสียหายไปเสียก่อน ผลเป็นอย่างไรค่อยพิจารณาอีกครึ่งหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นการแก้ปัญหาที่ไม่มีประสิทธิภาพ

กระบวนการเพื่อระงับข้อพิพาททางเลือุกก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นที่ควรจะต้องพัฒนามากขึ้น ซึ่งหากมีผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการไกล่เกลี่ยคอยทำหน้าที่เจรจาให้กับคู่กรณีทั้งสองฝ่าย เพื่อค้นหาความต้องการของทั้งสองฝ่ายว่าเป็นเช่นไร และหาจุดที่สมประสงค์ต่อความต้องการนั้นให้ได้มากที่สุดแล้ว ก็จะทำให้กระบวนการระงับข้อพิพาทก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาลมีความเป็นไปได้มากขึ้น ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีทบัญญัติกฎหมายใดที่มีลักษณะเป็นเชิงบังคับว่าในคดีพิพาททางการแพทย์จะต้องเข้าสู่การไกล่เกลี่ย หรือการอนุญาโตตุลาการก่อนจึงจะสามารถนำข้อพิพาทมาเป็นคดีขึ้นสู่ศาลได้ แตกต่างจากในต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ซึ่งมีกฎหมายเพื่อจำกัดอำนาจในการนำคดีข้อพิพาทขึ้นสู่ศาล โดยกำหนดให้มีการเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทเชิงบังคับ โดยกำหนดสำหรับคดีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับครอบครัว แรงงาน สิ่งแวดล้อม และการทำละเมิดทางการรักษาพยาบาล ซึ่งจะใช้วิธีฟ้องร้องเป็นคดีขึ้นสู่ศาลไม่ได้ หากไม่ได้ผ่านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนมากนัก เพื่อลดปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล โดยมีทั้งในรูปแบบของการกำหนดให้เป็นทบัญญัติของกฎหมาย ให้เป็นหนึ่งในเงื่อนไขของการฟ้องร้องเป็นคดีว่า หากข้อพิพาททางการแพทย์ยังมิได้ผ่านการไกล่เกลี่ยมาก่อน ก็จะไม่สามารถนำมาฟ้องร้องเป็นคดีที่ศาลได้ เช่น ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา หรือมีทั้งในรูปแบบของการกำหนดให้ภาครัฐร่วมกับภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ให้มีการจัดทำเอกสารตกลงไกล่เกลี่ยข้อพิพาทก่อนอย่างน้อยหนึ่งครั้ง จึงจะสามารถนำข้อพิพาททางการแพทย์มาฟ้องร้องเป็นคดีได้ เช่น ในมลรัฐฟลอริดา ซึ่งปรากฏว่ากระบวนการดังกล่าวนี้ ได้ผลลัพธ์เป็นที่น่าพึงพอใจ ในการลดปัญหาการฟ้องคดีทางการแพทย์ อีกทั้ง ยังช่วยลดค่าใช้จ่ายในการระงับข้อพิพาทได้เป็นจำนวนมาก หากประเทศไทยนำการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีมาใช้กับข้อพิพาททางการแพทย์แล้ว ก็อาจจะช่วยลดหรือระงับข้อพิพาททางการแพทย์ที่เกิดขึ้นโดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลต่อไปได้ อันจะเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับประเทศไทยในปัจจุบัน

ความยุ่งยากในการดำเนินการสำหรับการนำแนวคิดเรื่องการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ ตามแนวทางของสหรัฐอเมริกานั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของสภาพสังคมประเทศไทยและสังคมอเมริกันในหลายปัจจัย เช่น วัฒนธรรมในการระงับข้อพิพาทของไทยอิงกับระบบศาลยุติธรรมเป็นระยะเวลาหลายศตวรรษ การเปลี่ยนแปลงทัศนคติการให้ความเชื่อถือต่อระบบศาล ซึ่งถือเป็นกระบวนการยุติธรรมหลักมาเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก จำเป็นต้องอาศัยระยะเวลาและการให้ความรู้ความเข้าใจ ไม่เฉพาะกับประชาชนเท่านั้น แต่รวมถึงบุคลากรในกระบวนการยุติธรรม เพื่อสร้างความเข้าใจและทราบถึงกระบวนการยุติธรรมทางเลือกอันจะนำมาซึ่งการให้ความรู้ ความเข้าใจแก่ประชาชน และช่วยให้ประชาชนเข้าสู่กระบวนการมากยิ่งขึ้น

การนำแนวคิดเรื่องการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้กับข้อพิพาททางการแพทย์ในประเทศไทยนั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงสภาพปัญหาหรือสาเหตุของการที่การไกล่เกลี่ยไม่เป็นที่ยอมรับ โดยในเบื้องต้น อาจทำแบบสอบถามเพื่อสอบถามผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและประชาชนทั่วไป เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่มีอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมองว่า การนำการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับมาใช้น่าจะมีส่วนสนับสนุนให้ประชาชนได้รู้จักกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะการเริ่มด้วยการไกล่เกลี่ยก่อนฟ้องคดี และนอกจากการสร้างความรู้ความเข้าใจให้กับประชาชนแล้ว การพัฒนาการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับในประเทศไทยอาจนำแนวทางการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับของสหรัฐอเมริกาบางส่วนมาประยุกต์ใช้ให้เหมาะสมกับประเทศไทยได้ โดยอาจแบ่งเป็นกระบวนการทางกฎหมาย และทางนโยบาย ดังนี้

กระบวนการทางกฎหมาย

1. ควรเริ่มใช้กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับก่อนฟ้องคดีจากข้อพิพาทที่มีทุนทรัพย์ไม่มาก แต่เป็นคดีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ซึ่งคดีประเภทนี้มักเป็นคดีที่ไม่มีความซับซ้อน แล้วจึงค่อยพัฒนาเข้าสู่ข้อพิพาทที่มีความซับซ้อนมากขึ้นและทุนทรัพย์สูงขึ้น กระบวนการไกล่เกลี่ยจะช่วยให้ผู้บริโภครับการคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูล หรือผู้บริโภคที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าผู้ประกอบการ ทั้งนี้ กระบวนการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับควรอยู่ในรูปแบบที่กำหนดโดยกฎหมาย เช่น กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค โดยอาจกำหนดว่า ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับผู้บริโภค ควรให้มีการไกล่เกลี่ยอย่างน้อยหนึ่งครั้งก่อนนำคดีขึ้นสู่ศาล เป็นต้น

2. ควรกำหนดข้อยกเว้นในกฎหมาย ในกรณีที่ผู้บริโภคได้เข้าสู่การไกล่เกลี่ยแล้ว แต่ไม่ประสงค์จะใช้งานดำเนินการไกล่เกลี่ยต่อไป ผู้บริโภคต้องยื่นคำร้องหรือแจ้งความประสงค์ พร้อมชี้แจงเหตุผลในการขอออกจากการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับนั้น โดยผู้มีอำนาจต้องพิจารณาคำร้องดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนด

3. ควรกำหนดระยะเวลาของการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับที่แน่นอน เช่น การไกล่เกลี่ยไม่ว่าคดีใด ๆ ต้องดำเนินการให้เสร็จสิ้นภายใน 1 เดือน เป็นต้น

4. สำหรับกระบวนการบังคับให้เป็นไปตามข้อตกลงที่เกิดขึ้นจากการไกล่เกลี่ยนั้น ประเทศไทยอาจกำหนดให้ข้อตกลงที่เกิดขึ้นเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความที่สามารถมีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย

กระบวนการทางนโยบาย

1. ในระยะเริ่มแรก รัฐบาลควรเป็นผู้สนับสนุนค่าใช้จ่ายให้กับกลไกการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับ เพื่อดึงดูดให้คู่กรณีเข้าสู่กระบวนการ และลดปัญหาที่ว่า การไกล่เกลี่ยเชิงบังคับอาจทำให้คู่ความเสียค่าใช้จ่ายมากขึ้นกว่าเดิม หากคู่ความไม่สามารถบรรลุข้อตกลงกันจากการไกล่เกลี่ยเชิงบังคับได้

2. รัฐบาลอาจสนับสนุนให้มีการแก้ไขกฎหมายการนบอายุความให้แก่ข้อพิพาทที่เข้าสู่การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีให้มีการนบอายุความในระหว่างที่คดีอยู่ในการไกล่เกลี่ย ซึ่งจะช่วยลดข้อกังวลของคู่กรณีได้หากการไกล่เกลี่ยไม่ประสบผลตามที่คาดหวัง

3. หน่วยงานราชการที่มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับดูแลโรงพยาบาล อาจกำหนดเป็นแบบฟอร์มมาตรฐาน หรือขอความร่วมมือจากโรงพยาบาล คลินิก และผู้ประกอบการวิชาชีพแพทย์ โดยให้โรงพยาบาลทำสัญญากับผู้ป่วยว่าจะต้องใช้วิธีการไกล่เกลี่ยเสียก่อนในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น หากตกลงกันไม่ได้ถึงจะไปฟ้องคดีต่อไป (premediation agreement)

ปัญหาการบังคับใช้สิทธิที่จะลบข้อมูลส่วนบุคคลในโลกออนไลน์: ศึกษากรณีกฎหมายคุ้มครอง ข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป

Problems with the Enforcement of the Right to Erasure in the Online Environment: The Case of EU Personal Data Protection Law

อัญธิกา ณ พิบูลย์¹

Auntika Na Pibul

บทคัดย่อ

ในสังคมยุโรป ความเป็นส่วนตัวและการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญของพลเมืองทุกคน กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป โดยเฉพาะกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของยุโรป จึงกำหนดภาระหน้าที่ให้บุคคลใดก็ตามที่ดำเนินการต่าง ๆ เกี่ยวข้องกับข้อมูลส่วนบุคคล จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ในส่วนของสิทธิในการลบข้อมูลส่วนบุคคล หรือสิทธิที่จะถูกลืมนั้น กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป ได้กำหนดสิทธิดังกล่าวขึ้นเพื่อสนับสนุนอำนาจในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูล ซึ่งสิทธิประเภทนี้ได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากปัจจุบันกิจกรรมต่าง ๆ ที่กระทำต่อข้อมูลส่วนบุคคล ส่วนใหญ่จะอยู่ในโลกออนไลน์ ซึ่งเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้นำข้อมูลดังกล่าวเข้าสู่โลกออนไลน์แล้ว อำนาจในการควบคุมข้อมูลดังกล่าวส่วนหนึ่งก็จะตกเป็นของผู้ให้บริการเครือข่ายอินเทอร์เน็ต กระนั้นก็ตาม การบังคับใช้สิทธิดังกล่าวในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาอยู่มาก เนื่องจากยังไม่มีหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ชัดเจนที่จะใช้ในการตัดสินว่า พฤติการณ์ใดบ้างที่ผู้ถือครองข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าว จะต้องลบข้อมูลออกจากฐานข้อมูลของตน ในกรณีนี้ แม้จะมีคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปกำหนดแนวทางไว้ในคดีต่าง ๆ แต่ก็ยังไม่มีความชัดเจน และยังคงถือเป็นเรื่องที่อยู่ภายในดุลยพินิจในการพิจารณาของศาล

คำสำคัญ: สิทธิที่จะลบข้อมูลส่วนบุคคล กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล การบังคับใช้สิทธิ โลกออนไลน์ สหภาพยุโรป

¹ อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ (นิด้า); น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (เกียรตินิยมอันดับ 2); น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; LL.M. Innovation Technology and the Law, The University of Edinburgh (UK); Ph.D. in Law, The University of Strathclyde (UK).

Abstract

In European society, privacy and the protection of personal data can be considered as one of the fundamental civil rights enjoyed by everybody. The EU data protection law, the General Data Protection Regulation (GDPR) in particular, imposes certain duty upon any person, who deals with personal data, to comply with regulations with a view to protecting such rights. As far as the right to erasure is concerned, the GDPR has been prescribed so as to support the authority of data subjects. Such right is now at the forefront of academic debates since most of the activities affecting personal data are being carried out online. When the data subject puts his/her personal data in an online system, to some extent, the authority to control such data will be in the hand of online service providers. Nonetheless, in practice, the enforcement of such right still faces many problems since there are no explicit criteria that can be used to determine circumstances in which online service providers who control personal data should delete such data from their database upon the request of the data subject. Although the European Court of Justice has just rendered its decisions with regard to this matter, the content of the decisions did not give a clear-cut benchmark and the Court still uses a considerable discretion in this matter.

Keywords: right to erasure, personal data protection law, enforcement, online environment, European Union (EU)

1. บทนำ

กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรปได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่า เป็นกฎหมายที่ค่อนข้างมีความเข้มงวดสูง เนื่องจากกฎหมายดังกล่าว อยู่บนแนวคิดของการให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว และสิทธิการคุ้มครองข้อมูล ในฐานะที่เป็นสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ อยู่ภายกฎหมาย 3 ฉบับแรก คือ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights) มาตรา 8 ได้กำหนดไว้ว่า

1. ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเคารพในสิทธิความเป็นส่วนตัวและชีวิตครอบครัว ที่อยู่อาศัย และสถานที่ที่ติดต่อได้
2. การเข้าแทรกแซงสิทธิดังกล่าว โดยการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ไม่สามารถกระทำได้ เว้นแต่จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือมีความจำเป็นสำคัญต่อสังคมแบบประชาธิปไตย ผลประโยชน์ของความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยของสังคมและระบบเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมคุ้มครองสุขภาพหรือศีลธรรม หรือสำหรับการคุ้มครองสิทธิและความเป็นอิสระของผู้อื่น

กฎหมายฉบับที่สอง คือ กฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (the Charter on Fundamental Rights of the European Union) โดยมาตรา 7 รับรองสิทธิความเป็นส่วนตัว และมาตรา 8 ได้รับรองสิทธิการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลไว้ว่า

1. บุคคลมีสิทธิได้รับความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวกับตนเอง
2. ข้อมูลดังกล่าวจะต้องถูกประมวลผลอย่างเป็นธรรม สำหรับวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงและอยู่บนพื้นฐานความยินยอมของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และอยู่บนหลักการของความชอบด้วยกฎหมายตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้ และทุกคนมีสิทธิที่จะเข้าถึงข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับตนเอง และมีสิทธิที่จะขอแก้ไขข้อมูลดังกล่าวให้ถูกต้อง
3. การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ทั้งหลายเหล่านี้อยู่ภายใต้การควบคุมของเจ้าหน้าที่ที่มีความเป็นอิสระ

นอกจากนั้น เพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น ยังมีกฎหมายฉบับที่สาม คือ กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของยุโรป (The General Data Protection Regulation: GDPR) จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล² กฎหมายดังกล่าวได้ให้คำนิยามของคำว่า “ประมวลผล” ว่าหมายถึง “การกระทำใด ๆ ต่อข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ว่าจะด้วยวิธีการโดยอัตโนมัติ หรือไม่ก็ตาม เช่น การรวบรวม การบันทึก การจัดระบบ การวางแผนโครงสร้าง การเก็บ การปรับปรุง การเปลี่ยนแปลง การกู้คืน การจัดตำแหน่ง การผสมรวม การใช้ การเปิดเผย โดยการโอน การแจกจ่าย หรือการกระทำอื่นใดที่ทำให้ข้อมูลมีการแพร่หลาย การรวบรวม การจำกัด การลบ หรือการทำลาย”³ และได้ให้คำนิยามของคำว่า “ข้อมูลส่วนบุคคล” ว่าหมายถึง “ข้อมูลที่สามารถระบุตัวบุคคลได้ ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม เช่น ชื่อ นามสกุล เลขประจำตัวประชาชน ข้อมูลที่แสดงถึงสถานที่ตั้ง หรือข้อมูลใด ๆ ที่แสดงถึงลักษณะ ทางกายภาพ ทางชีวภาพ ทางกรรมพันธุ์ ทางจิตใจ ทางเศรษฐกิจ ทางวัฒนธรรม หรืออัตลักษณ์ทางสังคมของบุคคลดังกล่าว”⁴

โดยกฎหมายดังกล่าว กำหนดภาระหน้าที่ให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการการประมวลผลข้อมูลนั้น ๆ ได้แก่ (a) ผู้ควบคุมข้อมูล (data controller) เป็นผู้กำหนดวัตถุประสงค์และวิธีการในการประมวลผลข้อมูล และ (b) ผู้ประมวลผลข้อมูล (data processor) ตามคำสั่งของผู้ควบคุมข้อมูลดังกล่าว⁵ ดำเนินการต่าง ๆ เช่น

ประการแรก กำหนดให้มีการประมวลผลข้อมูลในลักษณะที่ (1) ถูกต้องตามหลักกฎหมาย เป็นธรรม และมีความโปร่งใส⁶ และ (2) มีวัตถุประสงค์เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น เช่น ในกรณีที่ต้องการรักษาผลประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือเพื่อประโยชน์ส่วนรวม⁷

ประการที่สอง กำหนดให้มีการร้องขอความยินยอมอย่างชัดเจน เป็นลายลักษณ์อักษรจากเจ้าของข้อมูลก่อนการประมวลผลข้อมูลในกรณีต่าง ๆ เช่น การประมวลผลข้อมูลที่มีลักษณะพิเศษ ตัวอย่างเช่น ข้อมูลที่เปิดเผยถึงแหล่งกำเนิดของเชื้อชาติและจริยธรรม ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อทางศาสนา ทางปรัชญา หรือรสนิยมทางเพศ⁸ เป็นต้น

² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of such Data, and Repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

³ GDPR, s 4 (2).

⁴ GDPR, s 4 (1).

⁵ GDPR, s 4 (7).

⁶ GDPR, s 4 (8).

⁷ GDPR, s 5 and 6.

⁸ GDPR, s 9.

ประการที่สาม การกำหนดให้สิทธิต่าง ๆ แก่เจ้าของข้อมูล เช่น (1) สิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของตนจากผู้ควบคุมข้อมูล และ/หรือผู้ประมวลผลข้อมูล เช่น ตัวตนและข้อมูลติดต่อของผู้ควบคุมข้อมูลและผู้แทนของผู้ควบคุม วัตถุประสงค์ในการประมวลผล และระยะเวลาในการเก็บข้อมูล⁹ (2) สิทธิที่จะร้องขอให้ผู้ประมวลผลข้อมูล จำกัดการประมวลผลข้อมูลของตนเอง เมื่อมีการประมวลผลข้อมูลที่ไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้และเจ้าของข้อมูลปฏิเสธที่จะลบข้อมูลนั้น¹⁰ (3) สิทธิที่จะได้รับคืนข้อมูลที่ตนเป็นผู้ให้ไว้กับผู้ควบคุมข้อมูล คืนจากผู้ควบคุมข้อมูล ในรูปแบบที่ใช้สามารถนำไปใช้โดยทั่วไป และมีสิทธิที่จะโอนย้ายข้อมูลดังกล่าวไปยังผู้ควบคุมข้อมูลรายอื่น ๆ ได้¹¹ และ (4) สิทธิที่จะคัดค้านการประมวลผลข้อมูลของตน เช่น กรณีเป็นไปเพื่อการโฆษณาและการตลาดของผู้ควบคุมข้อมูล¹² เป็นต้น

ประการที่สี่ การกำหนดให้ผู้ควบคุมและผู้ประมวลผลข้อมูล ใช้วิธีการที่เหมาะสมในการคุ้มครองความปลอดภัยของข้อมูล เช่น การเข้ารหัสข้อมูล (encryption)¹³

ประการที่ห้า การกำหนดให้ในกรณีที่ต้องมีการโอนข้อมูลไปยังประเทศที่ไม่ใช่สมาชิกของสหภาพยุโรป และไม่ใช้ประเทศไอร์แลนด์ ลิกเตนสไตน์ นอร์เวย์ และสวิตเซอร์แลนด์ รวมถึงประเทศโลกที่สาม (Third Country) และองค์การระหว่างประเทศ (international organisation) การโอนดังกล่าว จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น เช่น ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลมีวิธีการที่เหมาะสมในการให้ความคุ้มครองข้อมูล โดยเจ้าของข้อมูลสามารถบังคับใช้สิทธิของตนเองได้ และมีวิธีการในการเยียวยาความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจนจากเจ้าของข้อมูล ภายหลังจากการแจ้งให้ทราบถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการโอนข้อมูลนั้น¹⁴

ประการสุดท้าย การกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลและผู้ประมวลผลข้อมูลที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม GDPR จะต้องรับผิดชอบโดยการชดเชยค่าเสียหายให้กับเจ้าของข้อมูล และอาจถูกปรับตามจำนวนที่พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ควบคุมกำหนด¹⁵

2. ความเป็นมาของสิทธิที่จะลบข้อมูล (the right to erase or the right to be forgotten)

สิทธิที่เจ้าของข้อมูลจะลบข้อมูลของตนเองจากโลกออนไลน์ หรือที่รู้จักกันอย่างแพร่หลายในฐานะเป็นสิทธิที่จะถูกลืม (the right to be forgotten) เป็นแนวคิดที่ปรากฏมาตั้งแต่เมื่อ European Union Data Protection Directive 95/46/EC (DPD) ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 ธันวาคม 2538¹⁶ โดยมาตรา 12 (2) ได้กำหนดว่าเจ้าของข้อมูลมี

⁹ GDPR, s 12 – 15.

¹⁰ GDPR, s 18.

¹¹ GDPR, s 20.

¹² GDPR, s 21.

¹³ GDPR, s 32.

¹⁴ GDPR, s 44-49. ประเทศที่เป็นสมาชิกของสหภาพยุโรปมีทั้งหมด 28 ประเทศ คือ ออสเตรีย เบลเยียม บัลแกเรีย โครเอเชีย ไซปรัส เดนมาร์ก เอสโตเนีย เช็กเกีย ฟินแลนด์ ฝรั่งเศส เยอรมัน กรีซ ไอร์แลนด์ อิตาลี ลัตเวีย ลิทัวเนีย ลักเซมเบิร์ก มอลตา เนเธอร์แลนด์ โปแลนด์ โปรตุเกส โรมาเนีย สโลวาเกีย สโลวีเนีย สเปน สวีเดน และสหราชอาณาจักร.

¹⁵ GDPR, s 77-84.

¹⁶ The Data Protection Directive 95/46/EC on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of their Personal Data and on the Free Movement of such Data.

สิทธิได้รับสิทธิจากผู้ควบคุมข้อมูลในการที่จะลบข้อมูลของตนเองได้ ถ้าข้อมูลนั้นถูกประมวลผลโดยวิธีการที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ DPD กำหนดไว้ โดยเฉพาะในกรณีที่ข้อมูลมีความไม่สมบูรณ์ และไม่ถูกต้อง

สิทธิดังกล่าวได้รับความสนใจเป็นอย่างมากจากประเทศต่าง ๆ ในยุโรป เนื่องจากเป็นสิทธิที่ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ที่มีความมุ่งหมายในการจะสนับสนุนอำนาจในการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูล ภายหลังจากได้มีการส่งมอบข้อมูลดังกล่าว ไว้ในความครอบครองของผู้ให้บริการออนไลน์ ประเภทต่าง ๆ ซึ่งทำให้เจ้าของข้อมูลไม่สามารถใช้อำนาจในการควบคุมข้อมูลดังกล่าวได้อย่างเต็มที่ เพราะอำนาจนั้นถูกแบ่งให้แก่ผู้ให้บริการนั้นเข้ามามีส่วนร่วม เพื่อจะได้สามารถให้บริการต่าง ๆ ตามที่เจ้าของข้อมูลร้องขอได้¹⁷

อย่างไรก็ตาม สิทธิที่จะถูกลืมนี้ ไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากทางสหรัฐอเมริกา โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายยุติธรรมอ้างว่า สิทธิดังกล่าวอาจทำให้เกิดความยากลำบากในการจัดการกับอาชญากรรม และการปกป้องความปลอดภัยของสังคม มีข้อสังเกตว่า ความเห็นดังกล่าวว่าจะมีเหตุผลเบื้องหลังคือ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของผู้ให้บริการออนไลน์รายใหญ่ ซึ่งส่วนใหญ่จะมีสัญชาติอเมริกัน เช่น Facebook และ Google¹⁸ นอกจากนี้ บริษัทต่างก็แสดงความเห็นว่า สิทธิดังกล่าวกระทบต่อเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นในโลกออนไลน์ ตลอดจนผู้ที่ประกอบวิชาชีพกฎหมาย เช่น ทนายความที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลก็ให้ความเห็นว่า สิทธิดังกล่าวจะทำให้เกิดความยุ่งยากต่อผู้ให้บริการ ที่จะต้องดำเนินการกับคำร้องขอมากมายจากเจ้าของข้อมูล ในการที่จะลบข้อมูลที่เจ้าของได้นำเข้าสู่ระบบออนไลน์ และจะต้องแจ้งให้บุคคลที่สามที่ได้ประมวลผลข้อมูลนั้น ทราบถึงการร้องขอของเจ้าของข้อมูลอีกด้วย¹⁹

ต่อมาในเดือนพฤษภาคม 2552 คณะกรรมาธิการยุโรป (The European Commission) ได้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่ข้อมูลส่วนบุคคลจะถูกประมวลผลโดยผู้ให้บริการออนไลน์ในหลากหลายรูปแบบ และจากผู้ให้บริการมากกว่าหนึ่งราย และเพื่อเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล และสิทธิความเป็นส่วนตัวของเจ้าของข้อมูลให้มากยิ่งขึ้น²⁰ ในที่สุดกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับใหม่ก็ออกมาภายใต้ชื่อ The General Data Protection Regulation หรือชื่อย่อว่า GDPR ในวันที่ 23 พฤษภาคม 2559 และมีผลบังคับใช้แทนที่ DPD ในวันที่ 25 พฤษภาคม 2561 ซึ่ง GDPR ยังคงให้สิทธิแก่เจ้าของข้อมูลในการลบข้อมูลของตนเอง แต่ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวมากขึ้นกว่าที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายคุ้มครองข้อมูลฉบับเก่า ซึ่งก็คือ DPD

¹⁷ Han Graux, Jef Ausloos and Pekky Valcke, 'The Right to be Forgotten in the Internet Era' (2012) ICRI Research Paper No. 11.

¹⁸ Spiegel Online, 'The Right to Be Forgotten: US Lobbyists Face Off with EU on Data Privacy Proposal' (17 October 2012) <<http://www.spiegel.de/international/business/us-government-and-internet-giants-battle-eu-over-data-privacy-proposal-a-861773.html>> accessed 1 March 2018.

¹⁹ ibid.

²⁰ Alessandro Mantelero, 'The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the Roots of the 'Right to be Forgotten'' (2013) 29 Computer Law & Security Review 229, 235; Voss W. Gregory, 'The Right to Be Forgotten in the European Union: Enforcement in the Court of Justice and Amendment to the Proposed General Data Protection Regulation' (2014) Journal of Internet Law 1, 4.

ดังจะเห็นได้จากในส่วนของ GDPR กำหนดเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลในการแก้ไขข้อมูลของตนให้ถูกต้อง และลบข้อมูลของตน โดยมาตรา 17 กำหนดชัดเจนถึงรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิในการลบข้อมูล พร้อมทั้งกำหนดชื่อเรียกอีกชื่อหนึ่งของสิทธิดังกล่าวว่าเป็นสิทธิที่จะถูกลืม ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

1. เจ้าของข้อมูลมีสิทธิที่จะได้รับจากผู้ควบคุมข้อมูล และผู้ประมวลผลข้อมูลในการลบข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตนเองโดยไม่ชักช้า และผู้ควบคุมข้อมูลมีหน้าที่ที่จะต้องลบข้อมูลดังกล่าวโดยไม่ชักช้าเมื่อ

- (a) ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถูกเก็บหรือถูกประมวลผลแล้ว
- (b) เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลถอนความยินยอมในการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลนั้น
- (c) เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลคัดค้านการประมวลผลข้อมูลของตนเองตามพฤติการณ์ที่กฎหมายกำหนด
- (d) ข้อมูลส่วนบุคคลถูกประมวลผลโดยมิชอบด้วยกฎหมาย
- (e) ข้อมูลส่วนบุคคลจำเป็นต้องถูกลบเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศสมาชิก โดยผู้ควบคุมข้อมูลตกอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายดังกล่าว

(f) ข้อมูลส่วนบุคคลถูกเก็บไว้ตามข้อเสนอของการให้บริการสังคมเกี่ยวกับข้อมูล

2. ในกรณีที่ผู้ควบคุมข้อมูลได้มีการเผยแพร่ข้อมูลดังกล่าวสู่สาธารณะ และมีหน้าที่ที่จะต้องลบข้อมูลดังกล่าวตามคำร้องขอของเจ้าของข้อมูล ผู้ควบคุมข้อมูลนั้นจะดำเนินการดังกล่าวอย่างเป็นเหตุเป็นผล โดยคำนึงถึงวิธีการในทางเทคนิคที่เกี่ยวข้อง และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ รวมถึงต้องแจ้งผู้ควบคุมข้อมูลคนอื่น ๆ ที่ได้มีการทำสำเนา ทำซ้ำซึ่งข้อมูลที่เจ้าของข้อมูลได้ร้องขอให้ลบข้อมูลนั้น ทราบถึงคำร้องขอของเจ้าของข้อมูลด้วย

3. แต่ข้อ 1-2 นี้จะไม่ใช้บังคับในกรณีที่

- (a) เพื่อเป็นการใช้สิทธิเกี่ยวกับเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นหรือแสดงข้อมูล
- (b) เพื่อเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศสมาชิก ซึ่งผู้ควบคุมข้อมูลนั้นอยู่ภายใต้บังคับต้องปฏิบัติตามเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ
- (c) เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ ในส่วนของสุขภาพ
- (d) เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในส่วนของประโยชน์สาธารณะ การทำวิจัยทางด้านวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ และทางสถิติ
- (e) เพื่อเป็นข้อต่อสู้ทางกฎหมาย

จากข้อมูลข้างต้นเห็นได้อย่างชัดเจนว่า GDPR กำหนดรายละเอียดมากขึ้นเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของข้อมูลในการลบข้อมูลของตนเอง โดยกำหนดถึงพฤติการณ์ที่ให้อำนาจแก่เจ้าของข้อมูล ในการร้องขอให้ลบข้อมูลได้ และยังกำหนดหน้าที่ตลอดจนวิธีการในการลบข้อมูลดังกล่าวให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ๆ ด้วย นอกจากนี้ เนื่องจากในสถานการณ์ปัจจุบันที่อาจมีผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมากกว่าหนึ่งคนเข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการประมวลผลข้อมูลชุดเดียวกัน GDPR จึงกำหนดให้ผู้ควบคุมที่ได้รับคำร้องขอให้ลบข้อมูลจากเจ้าของข้อมูลนั้น จะต้องแจ้งให้ผู้ควบคุมคนอื่นทราบถึงคำร้องขอนั้นด้วย และยังได้กำหนดข้อยกเว้นต่าง ๆ ที่ไม่สามารถให้อำนาจแก่เจ้าของข้อมูลลบข้อมูลของตนเองได้

โดยสรุปแล้ว อาจกล่าวได้ว่า GDPR พยายามที่จะเพิ่มการปกป้องคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยการสนับสนุนให้เจ้าของข้อมูลสามารถใช้อำนาจของตนได้อย่างเต็มที่ที่จะตัดสินใจว่า ควรจะอย่างไรต่อข้อมูลของตนเองได้บ้าง

แม้จะได้ส่งมอบข้อมูลดังกล่าวไว้กับผู้ใช้บริการรายต่าง ๆ แล้ว อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจนั้นก็จำเป็นต้องมีความชอบด้วยกฎหมายและไม่ขัดต่อผลประโยชน์ของสังคมโดยรวมด้วย²¹

3. ปัญหาในการบังคับใช้สิทธิ

สิทธิที่จะลบข้อมูลของตนเองหรือสิทธิที่จะถูกลืมถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลาย ดังจะเห็นได้จากข้อมูลทางสถิติที่ระบุว่า มีการยื่นคำร้องขอของเจ้าของข้อมูลไปยังผู้ใช้บริการออนไลน์ประเภทต่าง ๆ มากมาย เช่น ผู้ให้บริการ search engine ประเภทต่าง ๆ เช่น Google, Yahoo และ Bing เพื่อที่จะลบข้อมูลของตนออกจากรฐานข้อมูลดังกล่าว²² เนื่องจากผู้ใช้บริการ search engine จะมีการเก็บรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ ไว้มากมาย ซึ่งได้มาในหลากหลายลักษณะเพื่อวิเคราะห์เนื้อหาต่าง ๆ แล้วจัดทำดัชนีเพื่อแสดงผลการค้นหาที่ผู้ใช้บริการจะเห็นได้จากทางหน้าเว็บไซต์ เช่น Google รวบรวมข้อมูลผ่านทางหน้าเว็บไซต์ที่มีอยู่ในระบบอินเทอร์เน็ต จากรฐานข้อมูลสาธารณะทางอินเทอร์เน็ต และจากข้อมูลที่ใช้บริการนำเข้าสู่ระบบเอง²³

ก่อนที่ GDPR จะใช้บังคับ จะเห็นได้ว่า DPD ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนสำหรับการใช้สิทธิในการลบข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูล จึงทำให้เกิดปัญหาขึ้นมากมายในการตีความว่า ในกรณีใดบ้างที่ผู้ใช้บริการที่ได้รับคำร้องขอจากเจ้าของข้อมูลจะต้องลบข้อมูลดังกล่าว และมีข้อยกเว้นอย่างไรบ้าง²⁴ จนทำให้เกิดการโต้แย้งกันอย่างกว้างขวางในเรื่องความเหมาะสมของการมีอยู่ของสิทธิดังกล่าว²⁵

ตัวอย่างคดีในเรื่องดังกล่าว เกิดขึ้นระหว่าง นาย Mario Costeja González และ Google Spain โดยในคดีนี้มีข้อเท็จจริงว่า นาย Mario Costeja González ซึ่งเคยถูกนำทรัพย์สินขายทอดตลาด และการขายทอดตลาดนี้ถูกนำไปประกาศลงหนังสือพิมพ์ La Vanguardia ใน พ.ศ. 2544 และต่อมาข้อมูลนี้ถูกนำไปประกาศทางหน้าหนังสือพิมพ์ออนไลน์ ดังนั้น เมื่อผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตใส่ชื่อ นาย Mario Costeja González ลงไปใน Google แล้ว ทาง Google จะแสดงลิงก์ที่นำไปสู่ข่าวที่ปรากฏตามหนังสือพิมพ์ดังกล่าว ซึ่งแสดงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีที่เขาถูกฟ้อง กรณีเป็นหนี้กองทุนเงินประกันสังคม ทำให้ต้องมีการนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดด้วย นาย Mario Costeja González จึงร้องขอให้หนังสือพิมพ์ดังกล่าว นำข่าวนั้นออกจากหน้าเว็บไซต์ของหนังสือพิมพ์ เนื่องจากเป็นเรื่องราวในอดีตและคดีดังกล่าวได้สิ้นสุดลงแล้ว แต่ได้รับการปฏิเสธ เนื่องจากประกาศนั้นเป็นไปตามคำสั่งของรัฐมนตรีกระทรวงแรงงานและสังคม

²¹ Antoon D Baets, 'A Historian's View on the Right to be Forgotten' (2016) 30 International Review of Law Computer and Technology 57, 60; Bartolini Cesare and Siry Lawrence, 'The Right to be Forgotten in the Light of the Consent of the Data Subject' (2016) 32 Computer Law and Security Review 218, 220.

²² Katherine Rushton 'More than 280,000 People Ask Google for the Right to be Forgotten and Request More than a Million Pages Are Wiped from the Search Engine's Results' (10 July 2015) <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-3156779/More-280-000-people-ask-Google-right-forgotten-request-MILLION-pages-wiped-search-engine-s-results.html>> accessed 1 March 2018

²³ Eric Schmidt and Jonathan Rosenberg, *How Google Works* (Grand Central Publishing 2014); Google, 'วิธีการทำงานของ Google Search' <<https://support.google.com/webmasters/answer/70897?hl=th>> สืบค้นวันที่ 1 มีนาคม 2561

²⁴ TFE. Tjong Tjin Tai, 'The Right to Be Forgotten – Private Law Enforcement' (2015) 30 International Review of Law Computer & Technology 76, 87.

²⁵ Kieron O' Hara, 'The Right to Be Forgotten: The Good, the Bad, and the Ugly' (2015) the Digital Citizens 73, 73-75.

ต่อมาใน พ.ศ. 2553 นาย Mario Costeja González ได้ยื่นคำร้องต่อสำนักงานของ Google ที่ประเทศสเปน ให้ลบลิงก์ (link) ที่นำไปสู่เว็บไซต์ข่าวของตนเอง จากนั้น Google ก็ส่งเรื่องกลับไปให้สำนักงานใหญ่พิจารณา ในที่สุด นาย Mario Costeja González ได้ยื่นคำร้องต่อเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลของสเปน (the Agencia Española de Protección de Datos: AEPD) เพื่อให้มีคำสั่งให้หนังสือพิมพ์ La Vanguardia ลบข้อมูลดังกล่าว ซึ่งเจ้าหน้าที่ได้ปฏิเสธคำร้องขอดังกล่าวด้วยเหตุผลเดียวกันกับที่หนังสือพิมพ์ให้ไว้ข้างต้น อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่ได้สนับสนุนข้อโต้แย้งที่มีต่อ Google Spain และ Google Inc. ในกรณีที่ให้มีการระงับการเข้าถึงเว็บไซต์ของหน้าหนังสือพิมพ์ที่แสดงข่าวนั้น และลบลิงก์ที่นำไปสู่ข่าวนั้นออกจากดัชนีของ Google²⁶

ต่อมา Google นำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อโต้แย้งความเห็นดังกล่าวของเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลของสเปน ต่อศาลสูงของประเทศสเปน ซึ่งศาลสูงงดการพิจารณาคดีไว้ชั่วคราว และส่งให้ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปพิจารณาตัดสินเกี่ยวกับคำถามบางประการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการลบข้อมูลของเจ้าของข้อมูลตามที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่ใช้บังคับในขณะนั้น คือ DPD ได้กำหนดไว้ ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป มีคำตัดสินในวันที่ 13 เมษายน 2557 ตามที่มีการร้องขอโดยศาลสูงสเปน โดยให้พิจารณาประเด็นที่ว่า สิทธิในการลบข้อมูลของเจ้าของข้อมูลตามที่กำหนดไว้ใน DPD รวมถึงกรณีที่เจ้าของข้อมูลผู้ที่ต้องการให้ข้อมูลของตนไม่เป็นที่รับรู้ของผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ต ดำเนินการร้องขอให้ผู้ให้บริการ search engine ป้องกันการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งถูกเผยแพร่ถูกต้องด้วยกฎหมายโดยเว็บไซต์ของบุคคลที่สามด้วยหรือไม่

ในกรณีนี้ ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป มีความเห็นว่า ผู้ให้บริการ search engine สามารถถูกผูกมัดให้มีภาระหน้าที่ในการลบออกซึ่งข้อมูลเกี่ยวข้องกับบุคคล ที่เป็นเจ้าของข้อมูลผู้ร้องขอให้ลบลข้อมูลดังกล่าวได้ แม้ว่าเว็บไซต์ที่เผยแพร่ข้อมูลนั้นจะยังไม่ได้ลบลข้อมูลดังกล่าวออกจากหน้าเว็บไซต์ของตนหรือ แม้ว่าการเผยแพร่ดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการที่ถูกต้องตามกฎหมาย และศาลยังคงยืนยันว่า เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทุกรายมีสิทธิที่จะถูกลืมทางอินเทอร์เน็ตได้²⁷

อย่างไรก็ตาม อัยการในคดีมีความเห็นต่างไปว่า หากตีความมาตรา 12(b) ของ DPD แล้ว เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิที่จะลบลข้อมูลส่วนบุคคลของตนเองแต่เพียงในกรณีที่ผู้ให้บริการ search engine มีการประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่ถูกต้องหรือไม่สมบูรณ์เท่านั้น เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่มีสิทธิโดยทั่วไป ในการจำกัดการเผยแพร่ข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้ แม้ว่าการเผยแพร่ที่มีผลกระทบในทางที่ไม่ดีต่อผลประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก็ตาม นอกจากนี้ นักวิชาการบางคนให้ความเห็นว่า การบังคับใช้สิทธิในการลบลข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนั้นควรเป็นไปอย่างจำกัด หากเป็นกรณีที่ข้อมูลดังกล่าวอยู่ภายใต้การประมวลผลของพนักงานเจ้าหน้าที่ เพราะการบังคับใช้สิทธิดังกล่าว จะส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณะในกรณีต่าง ๆ ซึ่งสังคมควรจะต้องรับรู้ข้อมูลดังกล่าว เช่น เพื่อเป็นการรักษามรดกทางวัฒนธรรม หรือเพื่อเป็นการป้องกันอาชญากรรมต่าง ๆ ²⁸

²⁶ Case C-131/12, *Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González* [2014].

²⁷ Eleni Frantziou, 'Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos*' [2014] 4 Human Rights Law Review 761, 770.

²⁸ AM Klingenberg, 'Catches to the Right to be Forgotten, Looking from an Administrative Law Perspective to Data Processing by Public Authorities' (2016) 30 International Review of Law Computer Technology 67, 70; Susanna

อีกคดีหนึ่งระหว่าง College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v M.E.E. Rijkeboer ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่านาย Rijkeboer ยื่นคำร้องขอต่อ the Board of Aldermen of Rotterdam ให้ชี้แจงว่าข้อมูลใดบ้างที่เกี่ยวกับตนที่ถูกบันทึกอยู่ในฐานข้อมูล โดยพนักงานเจ้าหน้าที่ท้องถิ่นได้มีการเปิดเผยออกไปบ้าง ภายในระยะเวลาสองปีก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องขอต่อศาล กล่าวคือ ในกรณีนี้ นาย Rijkeboer มีความมุ่งหมายที่จะทราบ ว่า ข้อมูลใดของตนบ้างที่ถูกเปิดเผย และถูกเปิดเผยแก่ใครบ้าง

ในคดีนี้ ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป มีคำตัดสินที่เป็นไปในทางที่เป็นสนับสนุนสิทธิในการเข้าถึงข้อมูล แต่เป็นปฏิบัติต่อการใช้สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการลบข้อมูลส่วนบุคคลของตนเอง เนื่องจากศาลมีความเห็นว่า หากไม่มีการจัดเก็บข้อมูลไว้เลย เจ้าของข้อมูลก็จะไม่สามารถที่จะใช้สิทธิต่าง ๆ ที่กฎหมายคุ้มครองข้อมูลกำหนดไว้ได้ เช่น การแก้ไขข้อมูลให้ถูกต้อง การคัดค้านการประมวลผลข้อมูลที่มีขอบด้วยกฎหมาย และไม่มีข้อมูลต่าง ๆ ที่สำคัญเพื่อนำไปใช้ประกอบการดำเนินคดีต่อผู้กระทำความผิด ตลอดจนได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกรณีข้อมูลมีการรั่วไหล²⁹

จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า การอนุญาตให้บังคับใช้สิทธิดังกล่าวได้เป็นการทั่วไป ถือเป็นกรณีสิทธิต่าง ๆ ของเจ้าของข้อมูล ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ข้อมูลส่วนบุคคลควรได้รับการจัดเก็บไว้ โดยมีการอนุญาตให้เจ้าของข้อมูลสามารถใช้สิทธิในการลบข้อมูลดังกล่าวได้ โดยเฉพาะกรณีที่จะไม่กระทบต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม และประโยชน์ที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั่วไปพึงจะได้รับจากการเก็บข้อมูล จะต้องน้อยกว่าประโยชน์ที่เจ้าของข้อมูลจะลบข้อมูลนั้น³⁰

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงเกิดปัญหาว่า อย่างไรก็ตามการบังคับใช้สิทธิลบข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลที่ทำให้เกิดความสมดุลระหว่างสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิตามการปกป้องข้อมูลส่วนบุคคล และสิทธิที่สาธารณะจะได้รับข้อมูลข่าวสาร³¹ ในกรณีนี้ แม้จะมี GDPR ซึ่งเพิ่งออกมาบังคับใช้เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2561 โดยกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับพฤติการณ์ต่าง ๆ ที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถบังคับใช้สิทธิตามมาตรา 17 ซึ่งได้กล่าวมาแล้ว แต่ประเด็นปัญหายังคงมีอยู่ว่า อย่างไรก็ตามพฤติการณ์ที่ตามมาตรา 17 นั้นกำหนดไว้ในกรณีนี้ยังคงต้องอาศัยการตีความของศาลตามพฤติการณ์ในแต่ละคดีไป เนื่องจากยังไม่ได้มีการกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณา³² ดังนั้น วิธีการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงควรมีการกำหนดแนวทางร่วมกันที่จะใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินได้ว่า กรณีใดบ้างที่ผู้ให้บริการทางอินเทอร์เน็ต ที่ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลประเภทต่าง ๆ จำเป็นที่จะต้องลบข้อมูล หรือดำเนินการจำกัดการเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวตามที่เจ้าของข้อมูลได้มีการ

Lindroos Hovinheimo 'Legal Subjectivity and the 'Right to be Forgotten': A Rancie' Rean Analysis of Google' in Law Critique (Springer 2016).

²⁹ Case C-553/07 *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v M.E.E. Rijkeboer* [2009].

³⁰ Michael J Kelly and David Satola, 'The Right to Be Forgotten' (2017) 1 Illinois Law Review 1, 20.

³¹ Case C-131/12 (n 26).

³² Frosio Giancarlo, 'Right to be Forgotten: Much Ado About Nothing' (2017) 15 Colorado Technology Law Journal 307 1, 15-20.

ร้องขอได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเพิ่มความคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์อันสูงสุดของกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลนั่นเอง³³

4. บทส่งท้าย

วัตถุประสงค์ของการให้สิทธิเจ้าของข้อมูลในจะลบข้อมูลส่วนบุคคลของตน หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า สิทธิที่จะถูกลืม นั้น คือ มุ่งที่จะสนับสนุนอำนาจของเจ้าของข้อมูลในการควบคุมข้อมูลของตน อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้สิทธิดังกล่าวในทางปฏิบัติ ยังคงมีปัญหาอยู่มาก ด้วยเหตุที่ว่าสิทธิดังกล่าวมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของสาธารณะ ในหลายกรณี ดังจะเห็นได้อย่างชัดเจนในกรณีข้อมูลที่ มีความจำเป็นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ในการแสวงหาข้อมูล ประมวลผลข้อมูล เพื่อรักษาผลประโยชน์ของสังคมส่วนรวม ประกอบกับแนวทางที่มีอยู่ในการบังคับใช้สิทธิดังกล่าว ก็มีความไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้สามารถพิจารณาได้ในทุกกรณีว่า ผู้ให้บริการจะต้องลบข้อมูลตามคำร้องขอที่ได้รับจากเจ้าของข้อมูลหรือไม่ จึงทำให้การบังคับใช้สิทธิดังกล่าวยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ต้องอาศัยการตีความของศาลเป็นกรณี ๆ ไป ดังนั้น การกำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนขึ้นเกี่ยวกับแนวทางในการพิจารณาลบข้อมูล โดยยึดถือแนวคิดของการสร้างสมดุลระหว่างการปกป้องคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล กับการปกป้องคุ้มครองผลประโยชน์ของสังคมและประเทศชาติ น่าจะเป็นหนทางที่ดีในการแก้ไขปัญหาในการใช้บังคับสิทธิที่จะลบข้อมูล หรือสิทธิที่จะถูกลืมของเจ้าของข้อมูลได้

³³ Cook Hannah, 'Flagging the Middle Ground of the Right to Be Forgotten: Combatting Old News with Search Engine Flags' (2017) 20 Vanderbilt Journal Entertainment & Technology Law 1, 20; Judith Townend, 'Data Protection and the 'Right to be Forgotten' in Practice: a UK Perspective' (2018) 45 International Journal of Legal Information 28, 32.