

วารสารนิติพัฒน์ นิต้า  
ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2558)  
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Journal  
Volume 4 No.1 January - June 2015  
Graduate School of Law  
National Institute of Development Administration

**วารสารนิติพัฒน์ นิต้า**  
**ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2558)**

**กองบรรณาธิการเกียรติคุณ**

ศาสตราจารย์ ดร. สุรพล นิติไกรพจน์	ศาสตราจารย์ ดร. บรรเจิด สิงคะเนติ
ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร. อักขราทร จุฬารัตน	ศาสตราจารย์ ดร. สุนทร มณีสวัสดิ์
ศาสตราจารย์ พิชัยศักดิ์ หรยางกูร	รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร
ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชัย อริยะนันท์ทกะ	

**บรรณาธิการ**

อาจารย์ ดร. ธาตุกร ศิริยุทธ์วัฒนา	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
-----------------------------------	------------------------------

**รองบรรณาธิการ**

อาจารย์ เกียรติพร อำไพ	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
------------------------	------------------------------

**กองบรรณาธิการ**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. อมรรัตน์ กุลสุจริต	มหาวิทยาลัยเกริก
อาจารย์ ดร. สุปรียา แก้วละเอียด	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ดร. ธเนศ สุจารีกุล	มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ล้าเลิศ	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

**ผู้จัดการ**

รองศาสตราจารย์ ปิยะนุช โปตะวงษ์	สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
---------------------------------	------------------------------

**กองจัดการ**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปุ่น วิชชุไตรภพ
อาจารย์ ดร. พัชรวรรณ นุชประยูร	ว่าที่ร้อยตรีหญิง มิรา รัตนสัญญา

NITIPAT NIDA Journal  
Volume 4 No.1 January - June 2015

## จุดมุ่งหมายและขอบเขตการดำเนินงานวารสาร

วารสารนิติพัฒน์ นิด้า (NITIPAT NIDA Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารปีละ 2 ฉบับ จัดพิมพ์ขึ้นเพื่อเป็นการสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน ซึ่งบทความต้องไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน เปิดรับพิจารณาผลงานวิชาการ บทความวิจัย บทความวิชาการ บทความปริทรรศน์ บทความหนังสือ และบทความบทความ

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์		
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถากร ชั้น 5		
	เลขที่ 118 ถ.เสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240		
โทรศัพท์:	02-727-3706	โทรสาร:	02-374-4731
E-mail:	niti.nida@gmail.com		

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในวารสารนิติพัฒน์ นิด้า เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

ออกแบบและพิมพ์ที่

บริษัท จรัลสนิทวงศ์การพิมพ์ จำกัด เลขที่ 219,221,223,225,227,229,231,233

แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160

โทรศัพท์ 0-2809-2281-3 โทรสาร 0-2809-2284

<http://www.fast-books.com> E-mail: [info@fast-books.com](mailto:info@fast-books.com)

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท

## บทบรรณาธิการ

“หากจะให้ครบถ้วนของความเป็นพัฒนาบริหารศาสตร์ ต้องมีนิติศาสตร์อยู่ด้วย” จากคำรุดังกล่าวของท่าน ศาสตราจารย์ ดร.บุญชนะ อรรถการ อธิการบดีท่านแรกของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ จึงได้จัดตั้งขึ้นในวันที่ 3 ธันวาคม 2552 ในสมัยของท่านอธิการบดี ศาสตราจารย์ ดร.สมบัติ ธำรงธัญวงศ์ หากเปรียบเทียบบริหารศาสตร์เป็นภาพ ก็กล่าวได้ว่าภาพศาสตร์เพื่อการพัฒนาภาพนี้ได้ครบถ้วนบริบูรณ์

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ตระหนักในภารกิจอันยิ่งใหญ่ในการที่จะนำสังคมและประเทศชาติสู่การพัฒนาในทิศทางที่ถูกต้องและมั่นคง จึงมุ่งมั่นในการให้ความรู้ทางนิติศาสตร์และสร้างนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญ และเพียบพร้อมด้วยคุณธรรม จริยธรรม

นอกจากการจัดการศึกษาแล้ว เพื่อให้บรรลุความมุ่งหมายในการให้ความรู้แก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึงและกว้างขวางที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ คณะนิติศาสตร์จึงได้จัดทำวารสารนิติพัฒน์ นิต้า โดยเลือกสรรบทความทางนิติศาสตร์ที่น่าสนใจและมีเนื้อหาสาระอันเป็นประโยชน์ และได้ยึดถือหลักเกณฑ์คุณภาพวารสารสาขามนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ของสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย

สำหรับวารสารนิติพัฒน์ นิต้า ฉบับที่ 1/2558 นี้จัดทำขึ้นโดยการรวบรวมบทความของนักกฎหมายไทยซึ่งจบการศึกษาระดับปริญญาโทและปริญญาเอกด้านกฎหมายจากประเทศฝรั่งเศสเป็นหลัก เนื้อหาของบทความทั้งหมดรวมทั้งคอลัมน์แนะนำหนังสือและปกิณกะกฎหมายในวารสารฉบับนี้จึงมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับกฎหมายฝรั่งเศสทั้งสิ้น

เริ่มจากบทความแรก ระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสและความเชื่อมโยงกับสมาชิกวุฒิสภา นำเสนอโดย ดร.ยอดพล เทพสิทธิ นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิตจากมหาวิทยาลัย Aix-Marseille III ประเทศฝรั่งเศส ลำดับต่อมาเป็นบทความวิชาการเรื่อง ข้อพิจารณาเรื่ององค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษาเปรียบเทียบกับโครงสร้างและองค์การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศส โดย ดร.ศิริระณัฐ วิทยธรธรรมธัช นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิตจากมหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole ลำดับที่สามเป็นบทความวิชาการเรื่อง การระงับข้อพิพาททางปกครอง : สัญญาประนีประนอมยอมความในฝรั่งเศส โดยคุณปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิตจากมหาวิทยาลัย Aix-Marseille III ลำดับที่สี่เป็นบทความวิชาการเรื่อง การเสียโอกาส (Perte de chance หรือ Loss of chance) ในคดีความรับผิดชอบเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุขในประเทศฝรั่งเศส โดยคุณชมพูนุท ตั้งถาวร นิติศาสตร์มหาบัณฑิตจากมหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole ลำดับที่ห้าเป็นบทความวิชาการเรื่อง กฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส โดยคุณพศธร คงเถลิงศิริวัฒนา นักศึกษาระดับปริญญาโทด้านกฎหมายมหาชนมหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole และลำดับสุดท้ายเรื่อง Reviewing Legal Protection of Well-Known Trademarks: A French Case Study โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

สำหรับส่วนอื่นๆของวารสารประกอบไปด้วยบทความแนะนำหนังสือซึ่งฉบับนี้แนะนำหนังสือกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองไทยซึ่งเขียนโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศส: Le système constitutionnel et

politique de la Thaïlande ของศาสตราจารย์ ดร. Jean-Marie Cruzatier แห่งมหาวิทยาลัย Toulouse I - Capitole ซึ่งนำเสนอโดยบรรณาธิการ และในที่สุดท้ายยังมีปกิณกะกฎหมายโดย รองศาสตราจารย์ ดร.วิษณุ วรรณุญ นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิตจากมหาวิทยาลัย Paris II และปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด

ท้ายที่สุดนี้บรรณาธิการขอขอบคุณกรรมการทุกท่าน ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งให้เกียรติอ่านประเมินบทความและเจ้าหน้าที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ที่มีส่วนร่วมจัดทำวารสารฉบับนี้ รวมทั้งขอขอบคุณสมาชิกวารสารนิติพัฒนและผู้่านทุกท่านที่ติดตาม

ธำกูร ศิริยุทธ์วัฒนา

บรรณาธิการ

# สารบัญ

วารสารนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มกราคม-มิถุนายน 2558)

หน้า

## บทความ

ระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสและความเชื่อมโยงกับสมาชิกวุฒิสภา

- ยอดพล เทพสีทา..... 2

ข้อพิจารณาเรื่ององค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค: ศึกษาเปรียบเทียบกับโครงสร้างและองค์การบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศส

- ศิระณัฐ วิทยาทรรณรัช..... 12

การระงับข้อพิพาททางปกครอง: สัญญาประนีประนอมยอมความในฝรั่งเศส

- ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์..... 22

การเสียโอกาส (Perte de chance หรือ Loss of chance) ในคดีความรับผิดอันเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุขในประเทศฝรั่งเศส

- ชมพูนุท ตั้งถาวร..... 36

กฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส

- พสธร คงเถลิงศิริวัฒนา..... 54

Reviewing Legal Protection of Well-Known Trademarks: A French Case Study

- Wariya Lamert..... 67

## แนะนำหนังสือ

Le système constitutionnel et politique de la Thaïlande

- ฐาณูร ศิริยุทธีวัฒนา..... 82

## ปกิณกะกฎหมาย

การจัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาตุลาการของฝรั่งเศส (Recueil des obligations déontologiques des magistrats)

- วิษณุ วรรณุญ..... 85

คำแนะนำการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารนิติพัฒน์ นิต้า..... 90

# คำแนะนำการส่งบทความ

## คำแนะนำการส่งบทความเพื่อลงพิมพ์ในวารสารนิติพัฒน์ นิต้า

- 1) วารสารนิติพัฒน์ นิต้า หรือ NITIPAT NIDA Journal เป็นวารสารปีละ 2 ฉบับ กำหนดการออกวารสาร ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน) ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม)
- 2) เรื่องที่จะส่งมาเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ต้องเป็นงานวิชาการทางพัฒนบริหารศาสตร์ ด้านกฎหมาย
- 3) บทความเป็นประเภทบทความวิจัย (Research Article) บทความวิชาการ (Journal Article) บทความปริทัศน์ (Review Article) บทวิจารณ์หนังสือ (Book Review) และบทวิจารณ์บทความ (Article Review)
- 4) บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น
- 5) บทความที่เสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่าน โดยวารสารใช้นโยบายการไม่เปิดเผยข้อมูลในการประเมินบทความแบบไม่เปิดเผยชื่อผู้ประเมินสองทาง (Double-blind Review) ผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นสิ้นสุด
- 6) บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏอยู่ในวารสารนิติพัฒน์ นิต้า เป็นของผู้เขียนโดยเฉพาะ ผู้เขียนต้องรับผิดชอบต่อความคิดเห็นของตน คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย
- 7) การเขียนบทความต้องมีส่วนประกอบ ดังนี้
  - ชื่อเรื่อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
  - ชื่อผู้เขียนทุกคน ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ประวัติของผู้เขียนให้เขียนเป็นเชิงอรรถ ระบุคุณวุฒิสูงสุด ตำแหน่งทางวิชาการ (ถ้ามี) และสถานที่ทำงานของผู้เขียนทุกคน โดยให้ใส่เครื่องหมาย \* เยื้องไปด้านขวามือท้ายนามสกุลของผู้เขียน
  - บทคัดย่อ ทั้งภาษาไทย และภาษาอังกฤษ ความยาวไม่น้อยกว่า 150 คำ และไม่เกิน 250 คำ
  - คำสำคัญ (Keywords) จำนวน 3-5 คำ
- 8) ต้นฉบับต้องพิมพ์บนกระดาษ A4 แบบหน้าเดียว ความยาวไม่เกิน 25 หน้า เว้นห่างจากขอบบน 2.5 ซม. ขอบซ้าย 2.5 ซม. ขอบขวา 2 ซม. และขอบล่าง 2 ซม. โดยใช้อักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 pt. ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ.
- 9) ส่งต้นฉบับพร้อมแบบฟอร์มการเสนอบทความ โดยส่งผ่านระบบวารสารอิเล็กทรอนิกส์ ทาง URL: <http://www.tci-thaijo.org/index/php/NTP> ในกรณีที่ไม่สามารถส่งผ่านระบบดังกล่าวได้สามารถส่งทาง E-mail: [niti.nida@gmail.com](mailto:niti.nida@gmail.com)
- 10) การพิมพ์เชิงอรรถ วิธีการอ้างอิงประยุกต์จากแบบ The Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) ตัวอย่าง ดังนี้

### หนังสือ

ชื่อผู้แต่ง, ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง), (พิมพ์ครั้งที่, เมืองหรือสถานที่พิมพ์, สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), หน้าที่อ้างอิง  
 สุณีย์ มัลลิกะมาลย์, *วิทยาการวิจัยทางนิติศาสตร์*, (พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า

Burrows Andrew, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, (3<sup>rd</sup> ed., OUP 2004), p.317



**บทความ**

ชื่อผู้แต่งบทความ, ชื่อบทความ (ตัวเอียง), (ชื่อวารสาร เล่มที่ ปีที่พิมพ์ วันเดือนปีของการตีพิมพ์วารสาร), หน้าที่อ้างอิง

ธานินทร์ กรียวิเชียร, *การใช้ราชาศัพท์กฎหมาย*, (ตุลพาห เล่มที่ 4 ปีที่ 4 (ตุลาคม-ธันวาคม 2538), หน้า 8  
Waldron Jeremy, *The Core of the Case against Judicial Review*, (115 Yale LJ 1346, 2006), p.1372

**วิทยานิพนธ์**

ชื่อผู้แต่งวิทยานิพนธ์, ชื่อวิทยานิพนธ์ (ตัวเอียง), (ชื่อย่อปริญญา thesis, ชื่อมหาวิทยาลัย, ปีที่สำเร็จการศึกษา), หน้าที่อ้างอิง

นัทมน คงเจริญ, *การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ช้างในประเทศไทย*, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 68

Herberg Javan, *Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment*, (DPhil thesis, University of Oxford, 1989), p.123

**เว็บไซต์**

ชื่อผู้แต่ง, 'ชื่อข้อความที่อ้าง', (ชื่อคอลัมน์, วันเดือนปี ที่อ้าง), ชื่อเว็บไซต์

Cole Sara, 'Virtual Friend Fires Employee' (Naked Law, 1 <May 2009), <http://www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009

**หนังสือพิมพ์**

ชื่อผู้แต่ง, 'ชื่อข้อเขียน', ชื่อหนังสือพิมพ์, (สถานที่พิมพ์, วันเดือนปี), หน้าที่อ้างอิง

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'แผนที่ประเทศไทยไม่มีแม่น้ำลำคลอง', หนังสือพิมพ์มติชนรายวัน, (กรุงเทพมหานคร, วันศุกร์ที่ 24 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2554), หน้า 16

Croft Jane, 'Supreme Court Warms on Quality', Financial Times, (London, 19 June 2009, p.3

**บทสัมภาษณ์**

สัมภาษณ์ (Interview with), ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์, ตำแหน่งหน้าที่การงาน, สถานที่ทำงาน, (วันเดือนปีที่สัมภาษณ์)

สัมภาษณ์, เกษม สนิทวงศ์ ณ อยุธยา, ปลัดกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม, (3 กุมภาพันธ์ 2539)

Interview with Edict Timothy, Director of Graduate Studies, Faculty of Law, University of Oxford (Oxford 1 April 2005)

**คดีของศาลไทยและต่างประเทศ**

คำพิพากษา(ระบุงศาลที่พิพากษา)เลขที่และปีของคำพิพากษา, ชื่อเอกสารที่คำพิพากษาปรากฏ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2544, ตุลพาห

Corr v IBC Vehicles Ltd (2008) UKHL 13, (2008) AC 884

**กฎหมายหลักและกฎหมายรอง**

ชื่อกฎหมายและปี, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ ตอนที่ (ฉบับพิเศษ), (วันที่ตีพิมพ์), มาตราที่อ้างอิง

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 109 ตอนที่ 39 (ฉบับพิเศษ),  
(วันที่ 6 เมษายน 2535), มาตรา 13 ทวิ  
กฎกระทรวง ฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2529), ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 103 ตอนที่ 100 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 11  
มิถุนายน 2529), ข้อ 4

\* สำหรับรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับการอ้างอิงโปรดดู <http://law.nida.ac.th>

### สถานที่ติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารนิติพัฒน์ นิด้า

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

โทรศัพท์ 02-727-3706

โทรสาร 02-274-4731

E-mail: [niti.nida@gmail.com](mailto:niti.nida@gmail.com)



## แบบเสนอบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารนิติพัฒน นิต้า

บทความวิจัย  บทความวิชาการ  อื่นๆ.....

ชื่อบทความ

ภาษาไทย.....

ภาษาอังกฤษ.....

### ชื่อ/นามสกุลผู้เขียน (ตัวบรรจง)

ภาษาไทย.....

ภาษาอังกฤษ.....

หน่วยงาน (สังกัด).....

วุฒิการศึกษา.....

อยู่ระหว่างศึกษา.....สถาบันการศึกษา.....

ตำแหน่งทางวิชาการ (ถ้ามี).....

ตำแหน่งทางบริหาร (ถ้ามี).....

### ที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้สะดวก

บ้านเลขที่..... ซอย..... ถนน.....

แขวง..... เขต..... จังหวัด.....

รหัสไปรษณีย์..... E-mail.....

โทรศัพท์..... มือถือ.....

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความดังกล่าวไม่เคยลงพิมพ์ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่น โดยเจ้าของบทความมิได้คัดลอกหรือละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้ใด

ทั้งนี้ กองบรรณาธิการวารสารนิติพัฒน นิต้า มีนโยบายไม่เปิดเผยรายชื่อกองบรรณาธิการผู้ประเมินบทความและผู้ทรงคุณวุฒิที่อ่านประเมินบทความไม่ว่ากรณีใดๆ เพื่อรักษาประโยชน์และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อบุคคลเหล่านั้น ซึ่งเป็นแนวทางปฏิบัติที่เป็นสากลโดยทั่วไป ในการปฏิบัติงานวารสารที่ใช้นโยบายการไม่เปิดเผยข้อมูลในการประเมินบทความแบบไม่เปิดเผยชื่อผู้ประเมินสองทาง (Double-blind Review) ท่านได้รับทราบและยอมรับแนวทางปฏิบัติดังกล่าวของกองบรรณาธิการด้วยแล้ว

ลงชื่อ.....

(.....)

...../...../.....



## ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารนิติพัฒนา นิต้า

ชื่อผู้สั่งซื้อ/สมาชิก.....  
จัดส่งวารสารที่ บ้านเลขที่..... ซอย..... ถนน.....  
แขวง..... เขต..... จังหวัด.....  
รหัสไปรษณีย์..... E-mail.....  
โทรศัพท์..... มือถือ.....

### ขอสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารนิติพัฒนา นิต้า ดังนี้

- สมัครสมาชิก/ต่ออายุสมาชิกวารสาร (ปีละ 300 บาท/2 ฉบับ) เป็นเงิน.....บาท
- กำหนดเวลา.....ปี
- เริ่มฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ. ....ถึงฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.....
- ซื้อวารสารนิติพัฒนา นิต้า รวมเป็นเงิน.....บาท
- ฉบับเดือนมิถุนายน 2558 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับเดือนธันวาคม 2558 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับเดือนมิถุนายน 2559 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม

### โดยชำระเงิน:

- เงินสด
- โอนเงินเข้าบัญชี โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิต้า”  
ธนาคารกรุงเทพ เลขที่ 944-0-10841-4 สาขา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

### กรุณาแนบเอกสารการโอนเงินและส่งกลับมาที่

กองบรรณาธิการวารสารนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

โทรศัพท์ 02-727-3706 โทรสาร 02-274-4731

Website: <http://law.nida.ac.th> E-mail: [niti.nida@gmail.com](mailto:niti.nida@gmail.com)

**บทความ**

# ระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศส และความเชื่อมโยงกับสมาชิกวุฒิสภา

ยอดพล เทพสิทธิ์<sup>1</sup>

## บทคัดย่อ

การจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายอำนาจที่แต่เดิมเคยถูกผูกขาดโดยส่วนกลาง(administration centrale)และส่วนภูมิภาค(administration déconcentrée) โดยวัตถุประสงค์หลักของการกระจายอำนาจนั้นนอกจากจะเป็นการกระจายภารกิจของรัฐให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วนั้นยังเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมของรัฐมากขึ้นโดยวิธีการที่หลากหลายมากขึ้น โดยการมีส่วนร่วมของประชาชนในกิจกรรมของรัฐระดับท้องถิ่นนั้นสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ 1.การมีส่วนร่วมทางการเมือง (la participation politique) อันได้แก่กระบวนการการมีส่วนร่วมในขอบเขตของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายอื่น โดยทั่วไปแล้วการมีส่วนร่วมทางการเมืองมักจะถูกแสดงออกในรูปแบบของการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นเป็นต้น อย่างไรก็ตามในปัจจุบันได้มีการเพิ่มการมีส่วนร่วมทางการเมืองเพื่อให้สอดคล้องกับสังคมที่มีความเปลี่ยนแปลง นอกจากนั้นยังเป็นกระบวนการเพิ่มอำนาจให้แก่ประชาชนในฐานะพลเมืองอีกด้วย เช่นการเข้าชื่อเพื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นหรือการเข้าชื่อเพื่อถอดถอนผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นเป็นต้น และ 2.การมีส่วนร่วมทางปกครอง (la participation administrative) ซึ่งเป็นการมีส่วนร่วมภายใต้ปริมณฑลของกฎหมายปกครอง อันได้แก่การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น การมีส่วนร่วมในบริการสาธารณะของท้องถิ่นเป็นต้น

นอกจากการมีส่วนร่วมดังกล่าวแล้วความสำคัญขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของฝรั่งเศสนั้นยังแสดงออกในการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา เนื่องจากการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของฝรั่งเศสนั้นมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยให้สิทธิแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการเลือกตั้งวุฒิสภาแทนประชาชนในท้องถิ่นนั้นๆ

ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าสมาชิกวุฒิสภามีความเกี่ยวเนื่องและเชื่อมโยงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างที่ไม่อาจแยกได้ซึ่งแสดงให้เห็นถึงหลักการมีผู้แทนของท้องถิ่นที่แท้จริงบนเวทีการเมืองในระดับชาติ

**คำสำคัญ:** ระบบการเลือกตั้ง, สมาชิกสภาท้องถิ่น, สมาชิกวุฒิสภา

<sup>1</sup> น.บ.(จุฬา), น.ม.(กฎหมายมหาชน จุฬา), Docteur en droit public (mention très honorable) Aix-Marseille Université

## Abstract

The object of the local administration is to decentralize the power from the central administration and the deconcentration. Moreover, the local administration open space for the participation in public's affairs. The participation in the local administration can be classified into two types first the politic participation and the administrative participation.

In addition to the participation, the French local administration is the source of the member of senate. According to the article 24 of Constitution 1958 that fix the relation between local administration and the senate. The senate represent the people in their territory.

So it can be said that senators are related and linked to the local administration.

## บทนำ

### ส่วนที่ 1 การได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่น

การกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทำหน้าที่ในการตอบสนองความต้องการของประชาชนในแต่ละท้องถิ่น นอกจากนี้เหตุผลดังกล่าวการกระจายอำนาจยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงระบบประชาธิปไตยในระดับท้องถิ่นอีกด้วย<sup>2</sup>

ประมวลกฎหมายว่าด้วยการปกครองส่วนท้องถิ่น(Code général des collectivités territoriales) ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งผู้แทนของท้องถิ่นโดยให้มาจากการเลือกตั้งทั่วไปของประชาชนที่มีภูมิลำเนาในท้องถิ่นนั้นๆ<sup>3</sup>

การกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีผู้แทนที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชนนั้นสะท้อนหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น(libre administration des collectivités territoriales) ออกมา โดยที่หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นสามารถจำแนกออกได้เป็นสามประการได้แก่

1. ความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายในการบริหารงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ความเป็นอิสระในด้านนี้ได้แก่ให้อิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดนโยบายที่จำเป็นต่อการตอบสนองความต้องการของประชาชนในแต่ละพื้นที่เพราะในระบบการบริหารราชการแบบเดิมได้แก่ส่วนกลางและส่วนภูมิภาคนั้น ข้าราชการที่เป็นตัวแทนจากส่วนกลางไม่ใช่คนในท้องถิ่นนั้นๆจึงอาจจะไม่เข้าใจถึงความต้องการที่แท้จริงของคนในท้องถิ่น การกระจายอำนาจจึงได้มอบความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถูกจัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกระจายอำนาจจากส่วนกลางให้แก่ส่วนท้องถิ่นในการปกครองตนเอง ดังนั้นการบริหารจัดการภายในองค์กรจึงมีความแตกต่างกับระเบียบบริหารราชการแบบอื่น โดยที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นทั้งผู้บริหารและสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นล้วนมาจากการเลือกตั้งทั้งสิ้นซึ่งแตกต่างจากการบริหารราชการแบบอื่นที่ข้าราชการมาจากการแต่งตั้งทั้งสิ้น เมื่อผู้บริหารมาจากการเลือกตั้งแล้วนั้นการบริหารกำลังคนจึงเป็นอิสระ

<sup>2</sup> Jean-Bernard Auby, Jean-François Auby, Rozen Noguellou, Droit des collectivités locales, Paris : PUF, 2009

<sup>3</sup> Article L1111-1-1 Les élus locaux sont les membres des conseils élus au suffrage universel pour administrer librement les collectivités territoriales dans les conditions prévues par la loi. Ils exercent leur mandat dans le respect des principes déontologiques consacrés par la présente charte de l'élu local

ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดตำแหน่งรวมถึงสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลนั้นยังรวมไปถึงการให้พ้นจากตำแหน่ง การให้สิทธิประโยชน์ต่างๆแก่พนักงานอีกด้วย

3. ความเป็นอิสระในด้านการเงินและการงบประมาณ ในการจัดทำบริการสาธารณะทุกประเภทไม่สามารถปฏิเสธได้ว่างบประมาณเป็นปัจจัยสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะไม่ว่าจะในระดับชาติหรือในระดับท้องถิ่น ความเป็นอิสระด้านการเงินและการงบประมาณไม่ได้หมายความว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะใช้จ่ายงบประมาณอย่างไรก็ได้หากแต่หมายถึงการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถหารายได้ด้วยตัวเองผ่านการจัดเก็บภาษีและค่าธรรมเนียมต่างๆที่เกิดขึ้นในพื้นที่ของแต่ละท้องถิ่นเองนอกจากนี้ยังสามารถบริหารจัดการเงินรายได้ประเภทเงินอุดหนุนที่ได้รับจากรัฐบาลได้อย่างอิสระโดยที่ไม่ถูกควบคุมจากส่วนกลาง การที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะมีความสามารถในการสรรหารายได้รวมถึงการบริหารงบประมาณนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้เป็นการเฉพาะ

การที่กฎหมายกำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีความเป็นอิสระในการบริหารงานนั้นเป็นเพราะไม่ต้องการให้เกิดสถานะที่ส่วนกลางเข้ามาควบคุมส่วนท้องถิ่นและส่งผลให้การบริหารงานเกิดความล่าช้า เพราะระบบราชการส่วนกลาง

การเลือกตั้งผู้แทนท้องถิ่นถือเป็นเครื่องมือประการหนึ่ง que แสดงออกถึงหลักความเป็นอิสระในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ลักษณะพิเศษของการเป็นผู้แทนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้แก่การเปิดโอกาสให้ผู้ที่ไม่มีสัญชาติฝรั่งเศสสามารถเป็นผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นได้ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด<sup>4</sup> โดยกำหนดไว้ในมาตรา LO 228-1 แห่งประมวลกฎหมายเลือกตั้งที่กำหนดคุณสมบัติของพลเมืองในสหภาพยุโรปที่สามารถใช้สิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งในระดับเทศบาลได้โดยมีภูมิลำเนาในเขตเทศบาลนั้นและได้ลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลนั้นตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ในปีที่มีการเลือกตั้ง นอกจากคุณสมบัติด้านภูมิลำเนาดังกล่าวแล้วพลเมืองต่างชาติยังต้องมีส่วนร่วมในการปกครองส่วนท้องถิ่นโดยตรงเช่นการเสียภาษีให้แก่เทศบาล เป็นต้น เหตุที่กำหนดให้พลเมืองของสหภาพยุโรปมีสิทธิเลือกตั้งในระดับเทศบาลได้นั้นเป็นไปตามสนธิสัญญามาสทริชท์ ที่ก่อตั้งสหภาพยุโรปขึ้น นอกจากนั้นยังมีแนวปฏิบัติลำดับที่ 94/80 (Directive 94/80) และคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐลงวันที่ 19 ธันวาคม 1994 ที่รับรองสิทธิในการเลือกตั้งในระดับเทศบาลของพลเมืองยุโรป

คุณสมบัติของผู้มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นถูกกำหนดโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้ง (code électoral) โดยที่กฎหมายกำหนดคุณสมบัติต่างๆไว้ดังต่อไปนี้<sup>5</sup>

1. ผู้มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งจะต้องมีสัญชาติฝรั่งเศสหรือเป็นพลเมืองของสหภาพยุโรปตามสนธิสัญญามาสทริชท์ แต่พลเมืองของสหภาพยุโรปนั้นสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงสมาชิกสภาเทศบาลเท่านั้นไม่สามารถดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือผู้ช่วยได้ รวมถึงการเป็นผู้มีสิทธิเลือกสมาชิกวุฒิสภา<sup>6</sup> คุณสมบัติของพลเมืองสหภาพยุโรปขึ้นอยู่กับว่าเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งเช่นกัน

<sup>4</sup> Article LO228-1 Sont en outre éligibles au conseil municipal ou au Conseil de Paris les ressortissants des Etats membres de l'Union européenne autres que la France qui :

a) Soit sont inscrits sur la liste électorale complémentaire de la commune ;

b) Soit remplissent les conditions légales autres que la nationalité française pour être électeurs et être inscrits sur une liste électorale complémentaire en France et sont inscrits au rôle d'une des contributions directes de la commune ou justifient qu'ils devaient y être inscrits au 1er janvier de l'année de l'élection.

<sup>5</sup> Jean-Bernard Auby, Jean-François Auby, Rozen Noguellou, Droit des collectivités locales, Paris : PUF, 2009 หน้า 120.

<sup>6</sup> ARTICLE 88-3 Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1992, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales peut être accordé aux seuls citoyens de l'Union



2. ผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งจะต้องลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง(liste électorale) หรือได้รับการลงทะเบียนในวันเลือกตั้ง โดยการที่จะลงทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งได้นั้น ประกอบไปด้วยคุณสมบัติคือ ต้องมีภูมิลำเนาในเขตเทศบาลไม่น้อยกว่า 6 เดือนหรือเสียภาษีไม่น้อยกว่า 5 รอบ ปีภาษีในกรณีที่ไม่ได้อาศัยในเขตเทศบาลนั้นจริงหรือในกรณีของข้าราชการที่ปฏิบัติหน้าที่ในเขตเทศบาลนั้น<sup>7</sup>

3. เงื่อนไขด้านอายุ จะต้องมียุไม่ต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ สำหรับการดำรงตำแหน่งนายกเทศมนตรี ต้องไม่น้อยกว่า 21 ปี

4. ต้องไม่เป็นหรือดำรงตำแหน่งข้าราชการการเมืองในระดับชาติหรือเป็นข้าราชการ

5. ต้องไม่เป็นผู้มีคุณสมบัติต้องห้าม เช่น ถูกถอดถอนจากตำแหน่งนายกเทศมนตรีหรือสมาชิกสภาเทศบาล<sup>8</sup>

โดยที่ระบบการเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสจะมีรูปแบบที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นดังต่อไปนี้

1. การเลือกตั้งในระดับเทศบาล (La commune) ประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้กำหนดจำนวนสมาชิกสภาเทศบาลไว้ตามจำนวนของผู้อาศัยในเขตเทศบาลได้แก่<sup>9</sup>

- ประชากรน้อยกว่า 100 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 9 คน
- ประชากรตั้งแต่ 100- 499 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 11 คน
- ประชากรตั้งแต่ 500- 1499 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 15 คน
- ประชากรตั้งแต่ 1500- 2499 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 19 คน
- ประชากรตั้งแต่ 2500- 3499 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 23 คน
- ประชากรตั้งแต่ 3500- 4999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 27 คน
- ประชากรตั้งแต่ 5000- 9999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 29 คน
- ประชากรตั้งแต่ 10000- 19999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 33 คน

---

résident en France. Ces citoyens ne peuvent exercer les fonctions de maire ou d'adjoint ni participer à la désignation des électeurs sénatoriaux et à l'élection des sénateurs. Une loi organique votée dans les mêmes termes par les deux assemblées détermine les conditions d'application du présent article.

<sup>7</sup> Article L11 Sont inscrits sur la liste électorale, sur leur demande :

1° Tous les électeurs qui ont leur domicile réel dans la commune ou y habitent depuis six mois au moins ;

2° Ceux qui figurent pour la cinquième fois sans interruption, l'année de la demande d'inscription, au rôle d'une des contributions directes communales et, s'ils ne résident pas dans la commune, ont déclaré vouloir y exercer leurs droits électoraux. Tout électeur ou toute électrice peut être inscrit sur la même liste que son conjoint au titre de la présente disposition ;

3° Ceux qui sont assujettis à une résidence obligatoire dans la commune en qualité de fonctionnaires publics.

Sont également inscrits, dans les mêmes conditions, les citoyens qui, ne remplissant pas les conditions d'âge et de résidence ci-dessus indiquées lors de la formation des listes, les rempliront avant la clôture définitive.

L'absence de la commune résultant du service national ne porte aucune atteinte aux règles ci-dessus édictées pour l'inscription sur les listes électorales.

<sup>8</sup> Article L236 Tout conseiller municipal qui, pour une cause survenue postérieurement à son élection, se trouve dans un des cas d'inéligibilité prévus par les articles L. 230, L. 231 et L. 232 est immédiatement déclaré démissionnaire par le préfet, sauf réclamation au tribunal administratif dans les dix jours de la notification, et sauf recours au Conseil d'État, conformément aux articles L. 249 et L. 250. Lorsqu'un conseiller municipal est déclaré démissionnaire d'office à la suite d'une condamnation pénale définitive prononcée à son encontre et entraînant de ce fait la perte de ses droits civiques et électoraux, le recours éventuel contre l'acte de notification du préfet n'est pas suspensif.

<sup>9</sup> Article L2121-2 ประมวลกฎหมายว่าด้วยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น(CGCT)

- ประชากรตั้งแต่ 20000- 29999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 35 คน
- ประชากรตั้งแต่ 30000- 39999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 39 คน
- ประชากรตั้งแต่ 40000- 49999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 43 คน
- ประชากรตั้งแต่ 50000- 59999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 45 คน
- ประชากรตั้งแต่ 60000- 69999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 49 คน
- ประชากรตั้งแต่ 70000- 79999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 53 คน
- ประชากรตั้งแต่ 80000- 89999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 55 คน
- ประชากรตั้งแต่ 90000- 99999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 59 คน
- ประชากรตั้งแต่ 100000- 149999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 61 คน
- ประชากรตั้งแต่ 150000- 199999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 65 คน
- ประชากรตั้งแต่ 200000- 249999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 69 คน
- ประชากรตั้งแต่ 250000- 299999 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 73 คน
- ประชากรตั้งแต่ 300000 คน มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ 77 คน

อย่างไรก็ตามวิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลนั้นก็ยังมีความแตกต่างกันตามแต่จำนวนประชากรในเขตเทศบาล โดยที่เทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า 1000 คนนั้นจะใช้วิธีเลือกตั้งที่พิเศษยิ่งกว่าเทศบาลประเภทอื่นๆกล่าวคือ ในเทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า 1000 คน นั้นจะใช้วิธีการเลือกตั้งแบบปาร์ตี้ลิสต์ผสม (scrutin majoritaire plurinominal avec panachage : Open list) กล่าวคือ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ผูกพันที่จะเลือกเฉพาะพรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองใดกลุ่มการเมืองหนึ่งเท่านั้นหากแต่ผู้มีสิทธิเลือกตั้งยังสามารถเลือกสมาชิกของพรรคการเมืองและกลุ่มการเมืองอื่นมารวมกันในบัญชีเดียวกันได้<sup>10</sup> วิธีการดังกล่าวใช้ระบบการเลือกตั้งสอปรอบกล่าวคือหากในการลงคะแนนรอบแรกมีผู้ที่ได้คะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาด (majorité absolue) และจะต้องมีผู้มาใช้สิทธิไม่น้อยกว่า 1 ส่วน 4 ของผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลนั้นๆผู้ที่ได้รับคะแนนมากกว่ากึ่งหนึ่งจะได้รับการเลือกตั้งโดยอัตโนมัติ แต่ถ้าไม่มีผู้ใดที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาดจะต้องทำการเลือกตั้งรอบ 2 โดยที่การลงคะแนนในรอบ 2 นั้นจะใช้เพียงแค่นับเสียงข้างมากทั่วไป ในกรณีที่มีผู้ได้รับคะแนนเสียงเท่ากันให้ใช้หลักอาวุโสในการกำหนดผู้ที่ได้รับเลือกตั้ง ในกรณีของเทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า 1000 คนนั้นผู้สมัครทุกคนอาจได้รับการเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้ขึ้นอยู่กับจำนวนของสมาชิกสภาที่สามารถมีได้และจำนวนผู้สมัคร

ภายใต้การปฏิรูประบบการเลือกตั้งท้องถิ่นในปี ค.ศ. 2013 กำหนดให้เงื่อนไขสำคัญของผู้สมัครเป็นสมาชิกสภาเทศบาลจำเป็นต้องประกาศหรือแสดงเจตนาว่าจะลงสมัครรับเลือกตั้ง ณ ศาลากลางจังหวัด (préfecture) หรือที่ทำการย่อยของจังหวัด (sous-préfecture) หากผู้สมัครไม่ทำการประกาศหรือแสดงเจตนา จะไม่สามารถเป็นสมาชิกสภาเทศบาลได้

สาเหตุหลักของการปฏิรูประบบการเลือกตั้งท้องถิ่นในปี ค.ศ. 2013 ได้แก่ การปฏิรูปเพื่อให้สอดคล้องกับระบบประชาธิปไตยและความเท่าเทียมกันระหว่างเพศเนื่องจากสถิติพบว่าในเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า 3500 คนนั้นมีสัดส่วนผู้หญิงเป็นสมาชิกสภาเทศบาลประมาณ ร้อยละ 48.5 แต่ในเทศบาลที่มีขนาดเล็กคือมีประชากรตั้งแต่ 1000 คน แต่ไม่เกิน 3500 คนนั้นกลับมีสัดส่วนผู้หญิงเพียงร้อยละ 32.5<sup>11</sup>

ระบบปาร์ตี้ลิสต์แบบผสมนี้จะช่วยเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ผูกพันกับบัญชีของพรรคการเมืองหรือกลุ่มการเมืองที่กำหนดรายชื่อสมาชิกให้แบบจำกัด โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถเลือกข้ามบัญชีรายชื่อได้

<sup>10</sup> เกิดจากการปฏิรูประบบการเลือกตั้งท้องถิ่นตามรัฐบัญญัติลำดับที่ n°2013-403 du 17 mai 2013 โดยจะใช้ครั้งแรกในการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลในปี 2014

<sup>11</sup> Michel Verpeaux, « Réformes des modes de scrutin locaux : révolutions et continuités », La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales, no 2186, 24 juin 2013

แต่ระบบปาร์ติลิสต์แบบผสมนี้ใช้ได้เทศบาลขนาดเล็กเท่านั้นเพราะผู้สมัครรับเลือกตั้งกับประชาชนมีความใกล้ชิดกันจนกฎหมายเปิดโอกาสให้สามารถใช้ระบบผสมข้ามบัญชีได้

ในทางกลับกันเทศบาลที่มีประชากรเกินกว่า 1000 คนนั้นกฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อรูปแบบสัดส่วน ในระบบบัญชีรายชื่อแบบนี้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่สามารถที่จะเลือกข้ามบัญชีได้ต้องเลือกตามบัญชีที่จัดมาแล้วเท่านั้น

ระบบการเลือกตั้งของเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า 1000 คนนั้นใช้ระบบบัญชีรายชื่อรูปแบบสัดส่วน (scrutin proportionnel de liste) และลงคะแนนสองรอบโดยที่บัญชีที่จะได้เข้าไปสู่การลงคะแนนรอบ 2 จะต้องได้คะแนนไม่น้อยกว่า ร้อยละ 10 ของผู้มาใช้สิทธิเลือกตั้งในเขตเทศบาลนั้นๆ ส่วนบัญชีที่ได้รับคะแนนเสียงไม่ถึงร้อยละ 10 แต่ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 ไม่มีสิทธิเข้าสู่การลงคะแนนรอบสองแต่บัญชีรายชื่ออาจนำมาเพิ่มเติมในกรณีที่ได้สมาชิกสภาเทศบาลไม่ครบในภายหลัง ระบบการลงคะแนนนี้จะทำการจัดสรรจำนวนที่นั่งในสภาท้องถิ่นอย่างสมเหตุสมผลและได้สัดส่วนเช่น ในเทศบาลแห่งหนึ่งมีประชากร 81000 คน สามารถมีจำนวนสมาชิกสภาเทศบาลได้ 53 คน ในการเลือกตั้งรอบแรกมีผู้มาลงคะแนนเป็นบัตรดี 43000 คน

- บัญชี A ได้รับคะแนน 21000
- บัญชี B ได้รับ 12000 คะแนน
- บัญชี C ได้รับ 8000 คะแนน
- บัญชี D ได้รับ 2000 คะแนน

จะเห็นได้ว่าในรอบแรกไม่มีบัญชีใดที่ได้รับเสียงส่วนมากเด็ดขาดคือ 21501 คะแนน จึงทำให้ต้องมีการลงคะแนนรอบสองส่งผลให้บัญชี D ไม่สามารถเข้าสู่อันดับสองได้เพราะได้รับคะแนนไม่ถึงร้อยละ 10 (43000 คะแนน)

ในการลงคะแนนรอบสองมีการลงคะแนนเป็นบัตรดี 41990 คะแนน

- บัญชี A ได้รับ 20000 คะแนน
- บัญชี B ได้รับ 11990 คะแนน
- บัญชี C ได้รับ 10000 คะแนน

ในการลงคะแนนรอบสองยังไม่มีบัญชีใดได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดจึงทำให้ต้องมีการแบ่งสัดส่วนจำนวนสมาชิกกันดังนี้ บัญชี A มีสมาชิกสภาเทศบาลได้ครั้งหนึ่งคือ 27 คนเป็นลำดับแรกและยังเหลือจำนวนสมาชิกอีก 26 คน ให้คิดเป็นค่าน้ำหนักของจำนวนสมาชิกที่เหลือต่อจำนวนบัตรลงคะแนนดีได้แก่  $41990/26 = 1615$  สัดส่วนน้ำหนักของจำนวนสมาชิกที่เหลือ 26 คนได้แก่ 1615 คะแนนต่อสมาชิก 1 คน เท่ากับว่า บัญชี A จะมีสมาชิกเพิ่มคิดเป็น  $20000/1615 = 12.38$  บัญชี B จะได้รับสมาชิก  $11990/1615 = 7.42$  และบัญชี C ได้รับ  $10000/1615 = 6.19$  เมื่อนำผลรวมมาคำนวณแล้วพบว่ายังเหลือสมาชิกอีก 1 คน จึงต้องคำนวณโดยคิดเป็นสมาชิกที่ยังเหลือ (1 คน) รวมกับจำนวนเต็มของสัดส่วนของแต่ละบัญชีจะได้ผลดังนี้ 13, 8, 7 ตามลำดับให้นำผลรวมดังกล่าวไปหารกับจำนวนคะแนนเสียงของแต่ละบัญชีจะได้ผลดังนี้  $A 20000/13 = 1538.46$   $B 11990/8 = 1498.75$   $C 10000/7 = 1428.00$  จะเห็นได้ว่า บัญชี A มีค่าน้ำหนักต่อสัดส่วนมากที่สุดคือ 1538.46 ดังนั้นสมาชิกที่เหลือ 1 ตำแหน่งจึงเป็นของบัญชี A เท่ากับว่าแต่ละบัญชีจะได้รับสมาชิกดังนี้  $A 27+12+1 = 40$  คน,  $B = 7$  คน และ  $C = 6$  คน

## 2. การเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (département)

การเลือกตั้งสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนจังหวัด (conseiller départemental) นั้นใช้ระบบแบ่งเขตเลือกตั้งโดยเขตเลือกตั้งในระดับจังหวัดนั้นเรียกว่า canton ทั่วฝรั่งเศสหลังการปฏิรูปและการจัดการแบ่งเขตเลือกตั้งใหม่ในปี ค.ศ. 2013 นั้นปรากฏว่ามี canton ทั้งหมด 2054 แห่ง ทำให้มีสมาชิกสภาจังหวัดได้ทั้งสิ้น

4108 คน โดยการเลือกตั้งนั้นรายชื่อของผู้สมัครจะแยกกันระหว่างชายและหญิงเพื่อความเท่าเทียมกันในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองในระดับท้องถิ่น

วิธีการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดนั้นใช้ระบบการเลือกตั้งสองรอบกล่าวคือหากการลงคะแนนรอบแรกไม่มีผู้ได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดหรือได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาดแต่มีจำนวนน้อยกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ต้องจัดให้มีการลงคะแนนในรอบที่สอง โดยการลงคะแนนในรอบที่สองนั้นผู้ที่เข้าสู่วงการลงคะแนนรอบสองจะต้องได้รับเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 12.5 ของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง การลงคะแนนรอบสองใช้ระบบเสียงข้างมากทั่วไปเท่านั้น

### 3. การเลือกตั้งสมาชิกสภาภาคหรือมณฑล(région)

ในการปฏิรูปการปกครองปี ค.ศ.2013 มีการลดจำนวนภาคบนภาคพื้นทวีป(métropole)ลงจากเดิม 22 ภาคเหลือ 13 ภาค โดยไม่มีการปรับเปลี่ยนในส่วนของดินแดนโพ้นทะเล(Collectivité territoriale d'outre-mer : CTOM) ระบบการลงคะแนนสมาชิกสภาภาคนั้นใช้รูปแบบเดียวกับเทศบาลจึงไม่ขอก้าวซ้ำในส่วนนี้ แต่มีข้อยกเว้นในบางพื้นที่ได้แก่ Corse ที่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าการเข้าสู่วงการลงคะแนนรอบสองนั้นได้รับคะแนนเพียง ร้อยละ 7 ก็เพียงพอแล้ว และบัญชีที่ได้คะแนนมากที่สุดจะได้รับจำนวนสมาชิกประมาณ 9 ที่ หรือประมาณร้อยละ 18 นอกจากดินแดน Corse แล้วยังมีการกำหนดข้อกำหนดพิเศษใน Guyane และ Martinique อีกเช่นกัน เหตุผลที่กำหนดข้อกำหนดพิเศษเป็นเพราะดินแดน Corse นั้นมีความอ่อนไหวในเรื่องของวัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากภาคพื้นค่อนข้างมากและการปกครองส่วนท้องถิ่นของCorseถือเป็นองค์กรที่มีอิทธิพลต่อระบบการเมืองของประชากรสูง จนศาลรัฐธรรมนูญต้องเข้ามาแทรกแซงการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นในดินแดนแห่งนี้ในบางกรณี เช่น การกำหนดในข้อบัญญัติท้องถิ่นว่าประชาชนCorse (Peuple Corse) นั้นถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญเป็นต้น<sup>12</sup>

จะเห็นได้ว่าวิธีการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสนั้นใช้ทั้งระบบแบ่งเขตและบัญชีรายชื่อ โดยการบริหารจัดการจะขึ้นอยู่กับความสำคัญของแต่ละพื้นที่อันนำมาซึ่งวิธีการที่แตกต่างกัน แต่สิ่งหนึ่งที่สะท้อนออกมาจากการเลือกตั้งในระดับท้องถิ่นของประเทศฝรั่งเศสนั้นได้แก่ในทุกะดับของการเลือกตั้งจะเป็นการเลือกตั้งทางตรงทั้งสิ้น นั่นเป็นเพราะสภาท้องถิ่นเป็นองค์กรที่ใกล้ชิดกับชีวิตประจำวันของประชาชนมากที่สุดจึงมีความจำเป็นต้องใช้วิธีการเลือกตั้งทางตรงในการได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่น

## ส่วนที่ 2 การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา

รัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 มาตรา 24 ได้กำหนดให้วุฒิสภาเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>13</sup> เหตุผลที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ที่มาของสมาชิกวุฒิสภาแตกต่างจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นเพราะต้องการให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นหลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและต้องการให้มีที่มาที่แตกต่างจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อก่อให้เกิดหน้าที่ที่แตกต่างกันในเนื้อหา แม้ว่าที่มาจะแตกต่างกันแต่ถือได้ว่าทั้งสององค์กรนั้นต่างมาจากการเลือกตั้งทั้งสิ้น ไม่มีองค์กรใดที่มาจากแต่งตั้งเพราะถือว่าขัดต่อหลักแห่งการเป็นผู้แทนของสาธารณะรัฐและไม่เป็นประชาธิปไตย

<sup>12</sup> DC, n° 91-290 DC du 09 mai 1991, Loi portant statut de la collectivité territoriale de Corse

<sup>13</sup> ARTICLE 24 Le Sénat, dont le nombre de membres ne peut excéder trois cent quarante-huit, est élu au suffrage indirect. Il assure la représentation des collectivités territoriales de la République.

นอกจากสมาชิกวุฒิสภาจะเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแล้วนั้นสมาชิกวุฒิสภายังเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการปกป้องสิทธิของพลเมืองฝรั่งเศสที่อาศัยอยู่ในต่างประเทศอีกด้วยเพราะการปฏิรูปสถาบันการเมืองในปี 2013 ได้กำหนดให้มีสมาชิกวุฒิสภา 12 คนเป็นตัวแทนของพลเมืองฝรั่งเศสในต่างประเทศ

รัฐบัญญัติลงวันที่ 2 สิงหาคม 2013 ได้กำหนดวิธีการและสัดส่วนในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาใหม่โดยกำหนดให้ผู้ทำหน้าที่ในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาประกอบไปด้วย

- สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา
- สมาชิกสภาภาคที่ได้รับเลือกตั้งในจังหวัด
- สมาชิกสภาจังหวัด

- และสมาชิกสภาเทศบาลรวมกับตัวแทนที่ได้รับเลือกจากสมาชิกสภาเทศบาลอีกจำนวนหนึ่งซึ่งคิดจากจำนวนสมาชิกสภาเทศบาลโดยแบ่งเป็น ผู้แทนเพิ่มเติม 1 คนสำหรับเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลไม่เกิน 11 คน ผู้แทนเพิ่มเติม 3 คนสำหรับเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลไม่เกิน 15 คน ผู้แทนเพิ่มเติม 5 คน สำหรับเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลไม่เกิน 19 คน ผู้แทนเพิ่มเติม 7 คน สำหรับเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาลไม่เกิน 23 คน และผู้แทนเพิ่มเติม 15 คน สำหรับเทศบาลที่มีสมาชิกสภาเทศบาล 27-29 คน สำหรับเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า 30000 คน ให้มีผู้แทนเพิ่มเติมได้ทุกๆ 1 คนต่อประชากร 800 คน

นอกจากผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวแล้วยังมีผู้ทำหน้าที่ในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาในส่วนของตัวแทนจากต่างประเทศโดยมาจาก บรรดากงสุลของฝรั่งเศส สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นผู้แทนของพลเมืองฝรั่งเศสนอกประเทศและ ผู้ที่ถูกเลือกโดยเหล่ากงสุล

ผู้ทำหน้าที่เลือกสมาชิกวุฒิสภาเรียกว่า *grands électeurs* จะทำหน้าที่ในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาโดยผู้ทำหน้าที่นี้จะมีประมาณ 162000 คน<sup>14</sup>

วิธีการลงคะแนนเลือกสมาชิกวุฒิสภา ใช้ระบบการเลือกตั้งแบบสองรอบในกรณีที่การลงคะแนนรอบแรกนั้นไม่มีผู้ที่ได้รับเสียงข้างมากเด็ดขาด นอกจากการใช้ระบบการลงคะแนนสองรอบแล้วการเลือกสมาชิกวุฒิสภาในเขตที่สามารถมีสมาชิกวุฒิสภาได้มากกว่า 3 คนนั้นให้ใช้ระบบการลงคะแนนแบบสัดส่วน กล่าวคือในการลงคะแนนผู้ลงคะแนนจะต้องเลือกจากบัญชีรายชื่อที่จัดให้แล้วเท่านั้นไม่สามารถเลือกข้ามบัญชีได้ซึ่งแตกต่างกับการเลือกตั้งในระดับเทศบาล แต่ในเขตที่สามารถมีสมาชิกวุฒิสภาได้น้อยกว่า 3 คนให้ใช้วิธีการเลือกตั้งแบบสองรอบปกติ โดยในบัตรลงคะแนนจะมีช่องให้กรอกชื่อของผู้สมัครซึ่งสามารถกรอกได้ไม่เกิน 2 รายชื่อเท่านั้น

## บทสรุป

ในระบอบการเมืองการปกครองแบบประชาธิปไตยนั้นไม่สามารถที่จะก่อตั้งบุคคลผู้ใช้อำนาจทางการเมืองโดยปราศจากความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยได้ ระบบการเลือกตั้งจึงถูกออกแบบขึ้นเพื่อเป็นการหาตัวแทนของประชาชนเข้าไปทำหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐทั้งในระดับชาติและในระดับท้องถิ่น

การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาของฝรั่งเศสนั้นเป็นการเลือกตั้งทางอ้อมที่ออกแบบมาให้ค่อนข้างซับซ้อนเพื่อเฉลี่ยความเป็นผู้แทนไม่ให้เกิดการกระจุกตัวของความเป็นผู้แทนเฉพาะของกลุ่มประชาชนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งเท่านั้น กลไกดังกล่าวถูกออกแบบโดยรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้สมาชิกวุฒิสภามีหน้าที่ที่แตกต่างจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จนทำให้เกิดการออกแบบรูปแบบการลงคะแนนที่แตกต่างกันแม้จะเป็นการเลือกตั้ง

<sup>14</sup> L'article L.285 du code électoral permet désormais, à partir de 30 000 habitants, la désignation par le conseil municipal d'un délégué supplémentaire par tranche de 800 et non plus de 1 000 habitants.

สมาชิกสภาท้องถิ่นประเภทเดียวกัน หากแต่จำนวนประชากรที่แตกต่างกันย่อมนำมาซึ่งวิธีการเลือกตั้งที่แตกต่างกันตามมาด้วย บทบาทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและวุฒิสมาชิกจึงไม่อาจแยกจากกันได้อย่างเด็ดขาดในระบบการเมืองของประเทศฝรั่งเศส

### **บรรณานุกรม**

Jean-Bernard Auby, Jean-François Auby, Rozen Noguellou, Droit des collectivités locales, Paris : PUF, 2009

Jean-Claude Bastion, Nicole Chabannier, Le droit des élections locales, Paris : L.G.D.J, 2004

Jean-Marie Pontier, La régionalisation des élections régionales, Revue administrative, 1999, p.175

Jean-Yves Vincent, Elections locales, Juris-Classeur collectivités territoriales

Michel Verpeaux, « Réformes des modes de scrutin locaux : révolutions et continuités », La Semaine juridique, édition administrations et collectivités territoriales, no 2186, 24 juin 2013

# ข้อพิจารณาเรื่ององค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค : ศึกษาเปรียบเทียบกับโครงสร้างและองค์การบังคับใช้กฎหมาย คุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศส

ดร.ศิระณัฐ วิทยาธรรมธัช<sup>1</sup>

## บทคัดย่อ

การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งในการพัฒนาเศรษฐกิจ ในสภาวะการณ์ปัจจุบันที่การทำธุรกิจมีความซับซ้อนมากขึ้นการคุ้มครองผู้บริโภคยิ่งทวีความสำคัญและมีพลวัตอยู่เสมอไม่ว่าจะในสังคมใด การคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยเป็นที่รู้จักอย่างเป็นทางการจากการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้จัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค(สคบ.) แต่ในหลายครั้ง สคบ. มักถูกวิจารณ์ว่าทำงานล่าช้า และไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ ในช่วงการปฏิรูปการเมืองอันนำมาซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 มาตรา 57 วรรคสอง บัญญัติให้มี “องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎหมาย กฎ และข้อบังคับ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค” อย่างไรก็ตาม องค์การดังกล่าวก็ไม่ได้มีการจัดตั้งขึ้นจนรัฐธรรมนูญถูกยกเลิกไปโดยการรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2549 เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่บทบัญญัติทำนองเดียวกันก็ปรากฏขึ้นอีกในมาตรา 61 วรรคสอง โดยกำหนดให้มี “องค์การเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย”

อาจกล่าวได้ว่าความพยายามในการตั้งองค์กรที่เป็นอิสระและประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เชื่อมั่นในศักยภาพของ สคบ. ที่จะปกป้องผลประโยชน์ของผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งองค์กรอิสระของผู้บริโภคก็มีข้อกังขาว่าจะเป็นการแก้ปัญหาที่ถูกจุดหรือไม่เนื่องจากปัญหาของการคุ้มครองผู้บริโภคในเมืองไทยนอกจากสาเหตุด้านการขาดตัวบทกฎหมายที่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงของการประกอบธุรกิจองค์กรที่เข้ามาจัดการเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคก็เป็นปัญหาเช่นเดียวกัน การเรียนการสอนกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยมักมุ่งเน้นไปที่ว่าผู้บริโภคมีสิทธิและได้รับความคุ้มครองอย่างไรบ้าง แต่การอภิปรายถกเถียงเรื่ององค์กรที่จะบังคับใช้ตัวบทกฎหมายกลับมีไม่มากนักทั้งที่การบังคับใช้กฎหมายคือกลไกสำคัญที่จะชี้วัดประสิทธิภาพของกฎหมายฉบับนั้นๆ

ในบทความนี้ผู้เขียนจะนำเสนอประเด็นการจตุตงค์กรบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อปรับใช้กับองค์การอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค แต่การจะเข้าใจโครงสร้างองค์กรได้จำเป็นต้องวิเคราะห์โครงสร้างตัวบทและเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเสียก่อน โดยอาศัยการศึกษาตัวอย่างจากประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณีอย่างสหรัฐอเมริกาหรือสหราชอาณาจักรจะมีความก้าวหน้าด้านเนื้อหากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่การจัดวาง

<sup>1</sup> นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยตุลัส ประเทศฝรั่งเศส

องค์กรที่น่าจะปรับใช้เข้ากับประเทศไทยได้ควรศึกษาจากฝรั่งเศสเพราะนอกจากจะใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเหมือนกันแล้วฝรั่งเศสกับไทยยังมีความใกล้เคียงกันอีกหลายอย่างทั้งรูปแบบของรัฐที่เป็นรัฐเดี่ยว การแบ่งส่วนการปกครองออกเป็นส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น ขนาดพื้นที่และจำนวนประชากร รูปแบบการจัดองค์กรของประเทศฝรั่งเศสน่าจะเป็นตัวอย่างที่ดีที่สามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้

**คำสำคัญ:** การคุ้มครองผู้บริโภค, องค์กรอิสระ, ฝรั่งเศส

## Abstract

Consumer protection remains an active issue in Thailand since the promulgation of Consumer protection Act in 1979. Consumer associations have urged for an organ comprising of consumer representatives due to unsatisfying performance of the Office of the consumer protection board created by the Act. The establishment of such organ was programmed by both the Constitution of 1997 and that of 2007 without any implementation. The project is being reintroduced after the coup d'état in 2014.

This article aims to analyse the structure of this Independent consumer organization in order to determine if it can contribute to the consumer protection. The study takes an example from French consumer law from its foundation to its current structure. We find out that France has established various organs specialising in each consumer domain. More importantly, the number of consumer and professional representatives is equally nominated in each organ. By this parity, the organ is legitimate to adopt a decision or issue a recommendation.

At last, the author suggests that the future Independent consumer organization should include some representatives from business sectors. This participation does not reduce the force of consumer, but indeed improve its credibility.

## บทนำ

การศึกษากฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศสอาจแบ่งได้เป็นสองส่วนคือ **พัฒนาการของกฎหมาย(1)** และ **โครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมาย(2)**

### 1. พัฒนาการกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศฝรั่งเศส

การเกิดขึ้นของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคย่อมเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการยอมรับสถานะและสิทธิของ “ผู้บริโภค” ผู้บริโภคจะมีตัวตนขึ้นได้ก็ต้องการพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมขนาดใหญ่และการพัฒนาดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อประเทศอยู่ในสภาวะปกติไม่มีศึกสงครามหรือสภาวะฉุกเฉิน เงื่อนไขเหล่านี้ทำให้เราสามารถเข้าใจได้ว่าทำไมการคุ้มครองผู้บริโภคจึงเริ่มเป็นที่พูดถึงในช่วงทศวรรษที่ 70 (ค.ศ.



1970 – ค.ศ. 1979 หรือ พ.ศ. 2513 – พ.ศ. 2522)<sup>2</sup> ซึ่งเป็นปรากฏการณ์ร่วมกันของทั้งประเทศไทยและฝรั่งเศส ต้องเข้าใจในเบื้องต้นก่อนว่าเมื่อสงครามโลกครั้งที่สองสิ้นสุดลงในพ.ศ. 2488 ย่อมเกิดปัญหาการค้าขาดแคลนเครื่องอุปโภคบริโภคอันเนื่องมาจากภาวะสงคราม แต่ภายหลังจากนั้นเศรษฐกิจได้เจริญเติบโตไปอย่างก้าวกระโดดเพื่อตอบสนองต่อการบูรณะฟื้นฟูประเทศ ในยุโรปรวมถึงฝรั่งเศสยุคหลังสงครามคือยุค 30 ปีแห่งความรุ่งโรจน์ (Trente Glorieuses) เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและนำพาประเทศไปสู่สังคมแห่งการบริโภค สำหรับประเทศไทยเราอาจถือการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในพ.ศ. 2504 เป็นจุดเริ่มต้นของการเติบโตทางเศรษฐกิจ

### 1.1 การออกกฎหมายเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคในฝรั่งเศส

นับตั้งแต่หลังสงครามโลกครั้งที่สอง ฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อตอบสนองต่อปัญหาที่เกิดขึ้นจากการเติบโตทางเศรษฐกิจไล่มาตั้งแต่การออกกฎหมายห้ามแชร์ลูกโซ่ใน พ.ศ. 2496 กฎหมายลงโทษการโฆษณาเท็จใน พ.ศ. 2506 แนวคิดเรื่องผู้บริโภคได้รับการยอมรับและรวมอยู่ในอนุสัญญาบรัสเซลส์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2511 (Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters 1968) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการจัดตั้งตลาดร่วม (Common market) ในกรอบประชาคมยุโรป เซกชั่นที่ 4 ของอนุสัญญาฉบับดังกล่าวได้วางหลักเขตอำนาจศาลในกรณีสัญญาการบริโภค (Consumer contract) และยังได้วางลักษณะของสัญญาการบริโภคไว้ด้วย

นับตั้งแต่ทศวรรษที่ 1970 ฝรั่งเศสได้ทยอยออกกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในหลายๆเรื่อง เช่น การขายตรง ณ ภูมิลำเนาผู้ซื้อ (démarchage à domicile) ค.ศ. 1972 สัญญาสินเชื่อเพื่อการบริโภค (crédit à la consommation) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (clauses abusives) ค.ศ. 1978 สัญญาสินเชื่อเพื่ออสังหาริมทรัพย์ (crédit immobilier) ค.ศ. 1979 ความปลอดภัยของผู้บริโภค (sécurité des consommateurs) ค.ศ. 1983 การใช้สิทธิฟ้องคดีของสมาคมผู้บริโภค ค.ศ. 1988<sup>3</sup> ฯลฯ

### 1.2 การจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภค

หมุดหมายสำคัญของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศส คือ การจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภคซึ่งแนวคิดนี้เริ่มมีมาตั้งแต่ ค.ศ. 1982 มีการตั้งคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายการบริโภค (Commission de refonte du droit de la consommation) ซึ่งมี Jean CALAIS-AULOY อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย Montpellier เป็นประธาน คณะทำงานใช้เวลาสามปีจัดทำรายงานและร่างประมวลกฎหมายการบริโภคตีพิมพ์เป็นข้อเสนอเพื่อการจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภค (Propositions pour un code de la consommation)

ในข้อเสนอดังกล่าวอาจารย์ Jean CALAIS-AULOY ได้ให้ความเห็นว่าประมวลกฎหมายการบริโภคจะเป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับเดียวที่รวบรวมกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเรื่องต่างๆไว้ด้วยกันโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวโยงสัมพันธ์กันเพื่อลดการบัญญัติกฎหมายที่ซ้ำซ้อนและเป็นแนวคิดที่ดีกว่าการแทรกบทบัญญัติด้านการคุ้มครองผู้บริโภคกระจ่ายไปตามประมวลกฎหมายหลักสี่ฉบับ กล่าวคือ ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภคเป็นการเตรียมความพร้อมรับการเป็นตลาดเดียว (single market) ใน

<sup>2</sup> อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดเรื่องผู้บริโภคเป็นปลายทางของการปฏิวัติอุตสาหกรรมในศตวรรษที่ 18 และแนวคิดเรื่องระบบเศรษฐกิจเสรี (Laissez-faire) ปรากฏการณ์สองอย่างนี้ไม่ได้ทำให้เกิดกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแต่นำไปสู่การพัฒนากฎหมายแรงงานซึ่งจะกล่าวถึงต่อไปในบทความ

<sup>3</sup> Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>nd</sup> edition, 2011, p. 12

กรอบของสหภาพยุโรป<sup>4</sup> อย่างไรก็ตามร่างประมวลกฎหมายการบริโภคของคณะทำงานของอาจารย์ CALAIS-AULOY กลับไม่ได้นำไปใช้จริงเพราะองค์กฤษฎีบัญญัตินี้เห็นว่า เป็นร่างที่ก้าวหน้ามากเกินไป

ประมวลกฎหมายการบริโภค (Code de la consommation) ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเกิดจากการรวบรวมกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฉบับต่างๆเข้าด้วยกันโดยแบ่งเป็นสองส่วน คือ ส่วนรัฐบัญญัติ (Partie législative) รวบรวมกฎหมายที่ออกในรัฐบัญญัติ (loi) ที่วางกรอบสำคัญๆโดยรัฐสภา และส่วนรัฐกฤษฎีกา (Partie réglementaire) รวบรวมกฎหมายลูกที่ออกมาในรูปของรัฐกฤษฎีกา (décret) ในแต่ละส่วนก็จะแบ่งเป็น 5 บรรพ (livre) ซึ่งครอบคลุมด้านการบริโภคทั้งหมดตั้งแต่ บรรพ 1 การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคและการทำสัญญา บรรพ 2 ความสอดคล้องและความปลอดภัยของสินค้าและบริการ บรรพ 3 การเป็นหนี้สินล้นพ้นตัว บรรพ 4 สมาคมผู้บริโภค และบรรพ 5 องค์การผู้บังคับใช้กฎหมาย ส่วนสำคัญของประมวลกฎหมายฉบับนี้อยู่ในบรรพ 1 ซึ่งมีบทบัญญัติควบคุมสัญญาการบริโภคเป็นการเฉพาะ เช่น สัญญาที่ทำทางไกล สัญญาให้บริการอินเทอร์เน็ต สัญญาเช่าบ้าน สัญญาซื้อขายโลหะมีค่า เช่น ทอง เงิน ทองคำขาว ซึ่งมีกฎหมายออกมาควบคุมมากขึ้นเรื่อยๆ เช่น สัญญาซื้อขายโลหะเพ็งมีกฎหมายออกมาควบคุมเมื่อ ค.ศ. 2014

ประมวลกฎหมายการบริโภคส่วนรัฐบัญญัติมีผลบังคับใช้ในปี 1993 และส่วนรัฐกฤษฎีกาในปี 1997 อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายฉบับนี้ถูกวิจารณ์ในสองประเด็นหลักๆคือ

1. ประมวลกฎหมายการบริโภคเป็นเพียงการรวบรวมบทบัญญัติกฎหมาย (compilation) แต่ไม่ใช่การจัดระเบียบเชื่อมโยงบทบัญญัติต่างๆเข้าด้วยกัน (codification) ประมวลกฎหมายการบริโภคจึงไม่ใช่ประมวลกฎหมายในความหมายที่เราเข้าใจโดยทั่วไป

2. ประมวลกฎหมายการบริโภคไม่ได้รวบรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคไว้ทั้งหมด เนื่องจากการคุ้มครองผู้บริโภคมีความหมายกว้างและเกี่ยวพันเชื่อมโยงกับกฎหมายอื่นๆ เช่น การควบคุมโฆษณาสินค้าเหล่านี้หรือมีวัตถุประสงค์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคด้วย แต่กฎหมายเหล่านี้กลับไม่ได้อยู่ในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแต่อยู่ในประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) หรือความรับผิดชอบที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัยซึ่งตามกฎหมายไทยเห็นว่าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกลับถูกรวมเข้าไปในประมวลกฎหมายแพ่ง

### 1.3 มุมมองต่อการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศฝรั่งเศส

การจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภคเป็นก้าวสำคัญของการจัดการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศฝรั่งเศสและทำให้เราสามารถวิเคราะห์มุมมองของประเทศฝรั่งเศสที่มีต่อการคุ้มครองผู้บริโภคได้โดยอาศัยข้อพิจารณาสองประการ

(1) **การวิเคราะห์คำที่ใช้เรียกชื่อกฎหมาย** กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในฝรั่งเศสมีชื่อเรียกว่า Droit de la consommation หรือ Consumption law หากแปลตามตัวอักษรคือกฎหมายการบริโภค ในขณะที่เมืองไทยเรียก กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค หรือ Consumer protection law เราจะเห็นมุมมองกฎหมายที่ต่างกันระหว่างกฎหมายฝรั่งเศสที่มุ่งความสนใจไปที่การบริโภคโดยรวม แต่ในประเทศไทยจะมองว่ากฎหมายมีไว้เพื่อปกป้องผู้บริโภคซึ่งในมุมมองของไทยเห็นว่าเป็นฝ่ายเสียเปรียบเสมอในการทำสัญญา

(2) **การจัดทำประมวลกฎหมายการบริโภค** การตราประมวลกฎหมายการบริโภคทำให้เกิดคำถามว่ากฎหมายการบริโภคได้กลายเป็นสาขากฎหมายที่เป็นเอกเทศจากกฎหมายแขนงอื่นหรือไม่ การหาตำแหน่งแห่งที่ของกฎหมายการบริโภคไม่ใช่เรื่องง่าย แต่ละประเทศต่างมีแนวทางจัดการกฎหมายเป็นของตัวเอง ในเยอรมนีส่วนหนึ่งของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่ง ที่มลรัฐ

<sup>4</sup> Jean CALAIS-AULOY, *Proposition pour un code de la consommation*, La documentation française, 1990, p. 10

ควิบก ประเทศแคนาดาตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคไม่ได้รวมอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งก็มีบทบัญญัติรับรองสัญญาการบริโภค ที่สเปนไม่มีการแยกประมวลกฎหมายการบริโภค ส่วนอิตาลีก็ตราประมวลกฎหมายการบริโภคแยกไปต่างหากเหมือนฝรั่งเศส<sup>5</sup>

อาจกล่าวได้ว่าโดยรูปแบบการทำประมวลกฎหมายการบริโภคแยกต่างหากเป็นการสร้างความเป็นเอกเทศให้แก่กฎหมายการบริโภค แต่ฝ่ายนิติบัญญัติของฝรั่งเศสในขณะนั้นก็ยังไม่กล้าพอที่จะยอมรับประมวลกฎหมายในแบบที่เป็นประมวลกฎหมายจริงๆตามที่คณะของอาจารย์ Jean CALAIS-AULOY ได้ยกร่างไว้ แต่กลับไปใช้วิธีรวบรวมกฎหมายเข้าไว้ด้วยกัน ปรากฏการณ์ดังกล่าวมีนัยยะสองประการดังนี้

**ในมุมมองหนึ่ง**ฝรั่งเศสพยายามที่จะสร้างสาขากฎหมายการบริโภคแต่ก็ไม่กล้าทำให้กฎหมายนี้แยกขาดเป็นอิสระจากกฎหมายแพ่งได้เสียเลยทีเดียว ซึ่งเรื่องนี้อาจารย์ Guy RAYMOND แห่งมหาวิทยาลัย Poitiers เปรียบเทียบพัฒนาการของกฎหมายการบริโภคกับกฎหมายแรงงานซึ่งกฎหมายแรงงานเริ่มมีการพัฒนาในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 และต้องอาศัยระยะเวลาหนึ่งเพื่อแยกตัวเป็นเอกเทศจากกฎหมายอื่น ฉะนั้นแม้ในขณะนี้กฎหมายการบริโภคจะเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งแต่ในอนาคตกฎหมายการบริโภคก็จะสามารถกลายเป็นสาขาเฉพาะได้เช่นกัน<sup>6</sup>

**ในอีกมุมมองหนึ่ง**การจัดทำประมวลกฎหมายสะท้อนให้เห็นถึงการเปลี่ยนแนวคิดของกฎหมายการบริโภคจากการเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแพ่งไปเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายตลาด (Droit du marché) ฝรั่งเศสไม่ได้มองการบริโภคว่าเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลสองฝ่ายคือผู้ประกอบการกับผู้บริโภคอีกต่อไป แต่เห็นว่าทั้งสองฝั่งต่างเป็นผู้เล่นในตลาด กฎเกณฑ์ต่างๆในกฎหมายการบริโภคส่วนหนึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคแต่วัตถุประสงค์ที่สำคัญกว่าคือการรักษาระเบียบในตลาด ผู้บริโภคไม่ได้รับการปกป้องเพียงเพื่อผลประโยชน์ของตนเองหรือเพราะสถานะของตนเอง แต่เป็นเพราะการบริโภคเป็นการกระตุ้นตลาดและเศรษฐกิจจึงจำเป็นต้องมีมาตรการให้ผู้บริโภคเกิดความเชื่อมั่นเพื่อให้กิจกรรมทางเศรษฐกิจดำเนินต่อไปได้<sup>7</sup>

ในมุมมองของกฎหมายฝรั่งเศสสมมติฐานความเสียหายเปรียบเทียบของผู้บริโภคในการทำสัญญาไม่ใช่เงื่อนไขสำคัญในการจัดทำกฎหมายการบริโภค มุมมองใหม่ต่อกฎหมายการบริโภคย่อมมีผลต่อเนื่องไปสู่การจัดวางองค์กรเพื่อบังคับใช้กฎหมายด้วย

## (2) โครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคฝรั่งเศส

เมื่อกล่าวถึงองค์กรบังคับใช้กฎหมายในบทความนี้จะหมายความเฉพาะองค์กรฝ่ายปกครองซึ่งถูกจัดตั้งภายใต้แนวคิดต่อกฎหมายการบริโภคดังที่ได้นำเสนอไปดังกล่าว ในขณะที่องค์กรตุลาการไม่ได้รับอิทธิพลจากแนวคิดนี้มากนัก การนำเสนอโครงสร้างองค์กรบังคับใช้กฎหมายจะแบ่งเป็นสองส่วน

### 2.1 ประเภทขององค์กร

เราอาจแบ่งองค์กรบังคับใช้กฎหมายออกได้เป็น 3 ประเภท

(1) **องค์กรสอบสวน รับเรื่องร้องเรียน และลงโทษ** ฝรั่งเศสได้จัดตั้งสำนักงานกลางแข่งขันทางการค้า การบริโภค และการปราบปรามการทุจริต (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes หรือ DGCCRF) เมื่อ ค.ศ. 1985 สำนักงานนี้ยังกระจายอยู่ตามจังหวัด (Département) ต่างๆ จึงอาจเปรียบเทียบกับ DGCCRF ได้กับ สคบ.ของประเทศไทย DGCCRF

<sup>5</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation, *RTD Com.*, 2012 p. 705

<sup>6</sup> Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Litec, 2<sup>nd</sup> edition, 2011, p. 3

<sup>7</sup> Alain GHOZI, *La conformité*, ใน Faut-il recodifier le droit de la consommation ?, *Economica*, 2002, p. 103

มีหน้าที่รับเรื่องร้องเรียน สอบสวน และลงโทษปรับทางปกครองผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมายการบริโภค ข้อแตกต่างที่สำคัญคือ DGCCRF จะไม่ดำเนินการเรื่องการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความข้อขัดแย้งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ เพราะเป็นเรื่องผลประโยชน์เฉพาะคู่ขัดแย้งกันเอง หน่วยงานจะไม่เข้าไปยุ่ง อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าไม่มีหน่วยงานของรัฐที่จัดการไกล่เกลี่ยหรือประนีประนอมยอมความเลย ในขณะที่ไทยการไกล่เกลี่ยเป็นกลไกสำคัญที่ สคบ. นำมาใช้เพื่อระงับข้อพิพาท

(2) **องค์กรให้ความเห็น** เมื่อการคุ้มครองผู้บริโภคมีความหมายกว้างและเพื่อให้การคุ้มครองผู้บริโภคมีประสิทธิภาพฝรั่งเศสได้จัดตั้งองค์กรในรูปของคณะกรรมการมีอำนาจให้ความเห็นและข้อเสนอแนะในกรอบความชำนาญเฉพาะเรื่อง เช่น คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม (Commission des clauses abusives) ซึ่งมีอำนาจพิจารณาว่าข้อสัญญามีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (clause abusive) หรือไม่ คณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภค (Commission de la sécurité des consommateurs) ซึ่งมีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับความปลอดภัยของสินค้าและบริการ หรือคณะกรรมการว่าด้วยการไกล่เกลี่ยการบริโภค (Commission de la médiation de la consommation) ซึ่งไม่ได้มีอำนาจไกล่เกลี่ยแต่มีหน้าที่ให้ความเห็นในเรื่องการไกล่เกลี่ย นอกจากนี้ ยังมีองค์กรให้ความเห็นด้านการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นการทั่วไปด้วยคือสภาการบริโภคแห่งชาติ (Conseil national de la consommation)

(3) **องค์กรสนับสนุน** มีหน้าที่จัดทำรายงานการศึกษา ตรวจสอบสินค้า และให้ความรู้และข้อมูลแก่ผู้บริโภค หน่วยงานหลักในองค์กรประเภทนี้คือ สถาบันการบริโภคแห่งชาติ (Institut national de la consommation) ซึ่งให้ความรู้และข้อมูลแก่ผู้บริโภคผ่านเว็บไซต์และสื่อสิ่งพิมพ์รวมถึงช่วยประชาสัมพันธ์งานขององค์กรให้ความเห็นอื่นๆ

## 2.2 องค์ประกอบและลักษณะการใช้อำนาจขององค์กร

จะเห็นได้ว่าองค์กรบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในฝรั่งเศสมีลักษณะกระจายไปตามความเชี่ยวชาญและภารกิจ ความท้าทายสำคัญของการมีองค์กรหลากหลายรูปแบบอยู่ที่การกำหนดอำนาจขององค์กรให้พอเหมาะพอควรและการจัดวางความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเพื่อความสอดคล้องกันในการคุ้มครองผู้บริโภค การนำเสนอองค์กรบังคับใช้กฎหมายในเชิงรูปแบบทำให้เราสามารถวิเคราะห์องค์กรเหล่านี้ในเชิงเนื้อหาได้ซึ่งมีข้อสังเกตดังต่อไปนี้

(1) **โดยหลักการ องค์กรด้านการคุ้มครองผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องเป็นองค์กรอิสระ** องค์กรใดควรมีลักษณะเป็นองค์กรอิสระหรือไม่ขึ้นอยู่กับพิจารณาจากสองปัจจัยดังนี้

**ประการแรก** ภารกิจที่องค์กรรับผิดชอบนั้นต้องมีความซับซ้อนทางเทคนิคและอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านซึ่งไม่ใช่ลักษณะโดยทั่วไปของการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีความหมายกว้างและมีแนวทางพิจารณาแตกต่างกัน บางเรื่องเป็นเรื่องเทคนิค เช่น ความปลอดภัยของสินค้าและบริการ แต่บางเรื่องก็ไม่ใช่เสียทีเดียว เช่น ข้อสัญญาไม่เป็นธรรม กฎหมายฝรั่งเศสจึงสร้างองค์กรเฉพาะแยกไปเป็นเรื่องๆและขณะเดียวกันก็สร้างองค์กรอย่างสภาการบริโภคแห่งชาติเพื่อสนับสนุนให้มีการปรึกษาหารือกันระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคในเรื่องทั่วไปด้วย

**ประการที่สอง** ภารกิจดังกล่าวจำเป็นต้องมีองค์กรเฉพาะที่มีอำนาจชี้ขาด การวิเคราะห์เรื่องนี้ต้องเทียบเคียงกับกฎหมายแข่งขันทางการค้าซึ่งเมื่อได้มีการออกกฎหมายเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม โดยเนื้อหาของกฎหมายเองทำให้แต่ละประเทศต้องสร้างองค์กรเฉพาะขึ้นมาเพื่อกำกับดูแลการแข่งขันทางการค้าเพราะองค์กรตุลาการไม่ได้มีองค์ความรู้ด้านการแข่งขันทางการค้ามากพอที่จะตัดสินคดีได้อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแล้วจะพบว่าศาลยัง

สามารถตัดสินข้อพิพาทด้านการคุ้มครองผู้บริโภคได้เพราะเป็นปัญหาเกี่ยวเนื่องกับประเด็นด้านกฎหมายแพ่ง จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะสถาปนาองค์กรทางปกครองให้มีอำนาจถึงขั้นชี้ขาดหรือมีลักษณะเป็นอิสระ ตัวอย่างของข้อสมมุติฐานนี้เห็นได้จากอำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมซึ่งในกรณีมีความเห็นในศาล ศาลสามารถยื่นเรื่องขอความเห็นจากคณะกรรมการได้ว่าข้อสัญญาในคดีพิพาทมีลักษณะเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ คณะกรรมการมีอิสระเต็มที่ในการวินิจฉัย แต่เมื่อวินิจฉัยออกมาแล้วศาลย่อมไม่ผูกพันกับความเห็นของคณะกรรมการและอาจตีความไปในทางตรงกันข้ามก็เป็นได้

จากข้อพิจารณาทั้งสองจะเห็นได้ว่ามีเฉพาะคณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภคที่ถูกจัดว่าเป็นองค์กรอิสระตามการศึกษาของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งเป็นเรื่องที่น่าพอใจได้หากมองว่าความปลอดภัยของสินค้าและบริการเป็นเรื่องทางเทคนิคต้องอาศัยความชำนาญเฉพาะ อย่างไรก็ตาม อำนาจของคณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภคยังจำกัดอยู่เพียงการให้ความเห็นโดยไม่มีผลบังคับผูกพันศาล

(2) องค์กรให้ความเห็นต้องมีตัวแทนผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจในสัดส่วนที่เท่ากัน ดังที่เราได้ศึกษาไปก่อนหน้านี้ถึงประเภทขององค์กรต่างๆ เราจะพบองค์ประกอบขององค์กรที่แตกต่างกันตามภารกิจ องค์กรสอบสวนรับเรื่องร้องเรียนอย่าง DGCCRF อาจใช้อำนาจกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน เช่น การเข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจ การตรวจค้น ยึดทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำผิด ผู้ที่มีอำนาจบริหารองค์กรนี้จึงต้องเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ส่วนองค์กรสนับสนุน เช่น สถาบันการบริโภคแห่งชาติ กรรมการบริหารองค์กรนี้อาจมาจากทั้งเจ้าหน้าที่รัฐและตัวแทนของผู้บริโภคก็ได้เมื่อคำนึงว่าตัวแทนผู้บริโภคน่าจะสามารถจัดกิจกรรมด้านการประชาสัมพันธ์ให้มีประสิทธิภาพกว่า

แต่สำหรับองค์กรให้ความเห็นแล้วองค์ประกอบขององค์กรเป็นเรื่องที่สำคัญมาก แม้ว่าองค์กรเหล่านี้จะมีอำนาจเพียงการออกความเห็นหรือข้อแนะนำโดยไม่มีอำนาจชี้ขาด แต่ในทางปฏิบัติความเห็นหรือข้อแนะนำเหล่านี้ถือว่ามีค่าบังคับอยู่พอสมควร การทำให้การใช้อำนาจของคณะกรรมการเหล่านี้มีความน่าเชื่อถือจึงเป็นเรื่องจำเป็น ปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยได้คือการออกแบบคณะกรรมการที่มีความชอบธรรมมากพอ ความชอบธรรมนี้ไม่ได้มาจากความเชี่ยวชาญแต่เพียงอย่างเดียวแต่มาจากการที่ความเห็นหรือข้อแนะนำต่าง ๆ นั้นมาจากการอภิปรายถกเถียงกันระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคซึ่งมีเสียงในคณะกรรมการเท่ากัน เช่น คณะกรรมการว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรมมีกรรมการ 13 คน ประกอบด้วย ผู้พิพากษาศาลยุติธรรม 1 คน เป็นประธาน ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง 2 คน ผู้เชี่ยวชาญด้านสัญญา 2 คน ตัวแทนผู้บริโภค และตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจฝั่งละ 4 คน ตัวแทนผู้บริโภคและตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจจึงมีเสียงรวมกันเกินกึ่งหนึ่งของคณะกรรมการทั้งหมด ส่วนคณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยของผู้บริโภคประกอบด้วยประธานและกรรมการอีก 15 คน ได้แก่ ผู้พิพากษาจากศาลฎีกา (Cour de cassation) 1 คน และจากศาลบัญชี (Cour des comptes) 1 คน อาจารย์มหาวิทยาลัยผู้เชี่ยวชาญกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค 1 คน ตัวแทนผู้บริโภค 3 คน ตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจ 3 คน ผู้เชี่ยวชาญแขนงต่างๆ อีก 6 คน จะเห็นว่าในคณะกรรมการนี้ ตัวแทนผู้บริโภคและตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้มีเสียงรวมกันเกินกึ่งหนึ่งเพราะต้องให้ความสำคัญแก่กรรมการผู้เชี่ยวชาญตามภารกิจเรื่องความปลอดภัยในสินค้าและบริการ ถึงกระนั้นกรรมการตัวแทนผู้บริโภคและตัวแทนผู้ประกอบธุรกิจก็ยังจำเป็นต้องมีในสัดส่วนที่เท่ากันอยู่ดี

## บทสรุปและข้อเสนอแนะ

มุมมองด้านกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคของไทยที่มุ่งเน้นไปที่การปกป้องและการให้ความช่วยเหลือผู้บริโภคเป็นมุมมองที่มีมาตั้งแต่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และด้วยทัศนคติเช่นนี้เองที่ทำให้มีการผลักดันให้มีการตั้งองค์กรอิสระของผู้บริโภคตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับปี 2540 เป็นเวลาเกือบยี่สิบปีแล้ว ที่องค์กรอิสระดังกล่าวไม่ถูกจัดตั้งขึ้น ความล่าช้าล้มเหลวในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวอาจเกิดมาจากการขัดขวางของกลุ่มผู้ประกอบการที่ไม่อยากให้มืองค์กรผู้บริโภคซึ่งนั่นก็ยิ่งเป็นการเน้นบรรยากาศของการเผชิญหน้าและความขัดแย้งระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการ

อย่างไรก็ตาม เราควรตั้งคำถามเช่นกันว่าตลอดเวลาเกือบยี่สิบปีสถานการณ์ของการคุ้มครองผู้บริโภคได้มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรบ้าง และเราควรจะยังคงมุมมองต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคแบบเดิมไว้หรือไม่ บทความนี้พยายามยกแนวทางของประเทศฝรั่งเศสโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดที่มองกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเครื่องมือในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากกว่าจะมองว่าเป็นการช่วยเหลือผู้บริโภค ซึ่งแนวคิดดังกล่าวส่งผลต่อการกำหนดบทบาทหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองผู้บริโภค ฝ่ายปกครองของฝรั่งเศสจะไม่เน้นการระงับข้อพิพาทส่วนตัวระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการเมื่อมีปัญหาเกิดขึ้นแล้ว แต่มุ่งเน้นไปที่การป้องกันล่วงหน้า เช่น การบังคับให้แจ้งข้อมูล การติดฉลาก การห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น ฝ่ายปกครองฝรั่งเศสไม่ได้เป็นผู้สร้างกฎเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง แต่เปิดโอกาสให้ตัวแทนของผู้บริโภคและผู้ประกอบการได้พูดคุย ปรึกษา และเจรจาเพื่อหามติร่วมกันว่าการคุ้มครองผู้บริโภคควรจะอยู่ในระดับไหน แนวทางดังกล่าวถูกนำมาใช้อย่างเป็นทางการด้วยการกำหนดให้มีตัวแทนจากทั้งสองกลุ่มในจำนวนที่เท่ากันเป็นกรรมการในองค์กรประเภทให้ความเห็น

การจัดตั้งองค์กรอิสระเพื่อผู้บริโภคซึ่งมีองค์ประกอบเป็นตัวแทนผู้บริโภคทั้งหมดดังที่กำลังรณรงค์อยู่ในเวลานี้อาจมีจุดอ่อนสำคัญอยู่ที่การขาดความหลากหลาย องค์กรที่ตั้งขึ้นด้วยความไม่ไว้วางใจ ไม่ไว้วางใจผู้ประกอบการและมีแต่กรรมการจากผู้บริโภคทั้งหมดอาจให้ความเห็นในทางที่ สุดโต่ง ขาดมุมมองที่รอบด้าน และไม่สามารถปฏิบัติได้จริง องค์กรประกอบขององค์กรดังกล่าวจะเห็นว่าไม่ต่างจากสมาคมผู้บริโภคซึ่งก่อตั้งขึ้นเพื่อเป็นกระบอกเสียงหรือฟองคติเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค การออกกฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์กรซ้อนเข้าไปให้มีสถานะเป็นอิสระเท่ากับเป็นการยกฐานะองค์กรโดยไม่จำเป็น เพื่อป้องกันความล้มเหลวดังกล่าวจึงควรปรับสัดส่วนของคณะกรรมการให้มีตัวแทนของผู้ประกอบการเข้าไปด้วยจำนวนหนึ่งโดยไม่ต้องถึงขั้นมีจำนวนเท่ากันหากทางกลุ่มผู้บริโภคยังมีความกังวล

การมีผู้ประกอบการจะทำให้มุมมองการให้ความเห็นกว้างขวางขึ้นและยังเป็นการลดบรรยากาศการเผชิญหน้ากันระหว่างสองฝ่าย หากแนวทางดังกล่าวใช้ได้ผลดีในอนาคตอาจปรับให้มีกรรมการจากฝั่งผู้ประกอบการในจำนวนที่เท่ากับกรรมการจากฝั่งผู้บริโภคคล้ายกับสภาการบริโภคแห่งชาติ (Conseil national de la consommation) ของฝรั่งเศสเพื่อที่ความเห็นขององค์กรจะได้มีน้ำหนักมากขึ้น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าประเทศไทยจะสามารถเปลี่ยนมุมมองที่มีต่อกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคได้ช้าเร็วเพียงใด

ในสภาวะปัจจุบันที่รูปแบบการทำธุรกิจมีความซับซ้อนมากขึ้น การคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเรื่องสำคัญและไม่ใช่ว่าภาระของหน่วยงานรัฐแต่ฝ่ายเดียวอีกต่อไป รัฐควรเปิดโอกาสให้ทั้งผู้ประกอบการและผู้บริโภคเข้ามา มีบทบาทสำคัญในการกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตาม การจัดวางอำนาจที่สมดุลกันอาจไม่ใช่เรื่องง่ายนักและความท้าทายที่แท้จริงของการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทยอาจไม่ได้อยู่ที่การ “มี” หรือ “ไม่มี” องค์กรอิสระเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค แต่อยู่ที่การค้นหาโครงสร้างที่จะทำให้องค์กรดังกล่าวมีส่วนช่วยในการคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างแท้จริง

## การระงับข้อพิพาททางปกครอง : สัญญาประนีประนอมยอมความในฝรั่งเศส (un recours à la transaction pour régler amiablement les conflits)

ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์\*

### บทคัดย่อ

การประนีประนอมยอมความเป็นการที่คู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นระหว่างกัน ซึ่งการประนีประนอมยอมความอาจอยู่ในรูปของข้อตกลงหรือสัญญา และอาจเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินการกระบวนการพิจารณา (en cours d'instance) หรือเกิดขึ้นนอกศาลก็ได้ (en dehors de toute instance) ในแดนกฎหมายมหาชน คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญา หรือคดีพิพาทประเภทที่ขอให้ศาลลงโทษ เช่น โทษทางภาษี เป็นต้น นั้น เป็นคดีพิพาทที่อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความ โดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความได้ ซึ่งโดยหลักแล้วเมื่อมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับผูกพันคู่สัญญาทันที อย่างไรก็ตาม ในกรณียกเว้น คู่กรณีอาจขอให้ศาลพิพากษาตามยอม (une homologation) เพื่อให้ข้อความในสัญญาประนีประนอมยอมความมีผลบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลก็ได้ เนื่องจากคู่กรณีเกรงว่าจะมีการปฏิเสธการดำเนินการส่งจ่ายเงินที่ควรต้องส่งจ่าย การขอให้ศาลปกครองพิพากษตามยมนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการในการดำเนินกระบวนการอันมีลักษณะเฉพาะสำหรับศาลในการพิจารณาคำขอให้พิพากษตามยอมก็ตาม ศาลปกครองก็มีอำนาจรับคำขอดังกล่าวไว้พิจารณาได้ ส่วนการพิจารณาว่าศาลใดมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความให้พิจารณาว่า ข้อพิพาทอันเป็นเหตุให้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดเป็นสำคัญ

**คำสำคัญ:** การระงับข้อพิพาททางปกครอง, สัญญาประนีประนอมยอมความ, ฝรั่งเศส

### Abstract

Compromise is a settlement of the dispute that has occurred or will occur between the parties. Compromise may be in form of agreement or contract and may arise within the court's proceeding (*en cours d'instance*) or out of the court's (*en dehors de toute instance*).

\* ร.บ. เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง (สงขลานครินทร์), น.บ. (สุโขทัยธรรมมาธิราช), Master II Droit public général (Aix-Marseille III), พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด

Within the sphere of the public law, compromise may be carried out in the case involving a dispute in relation to an administrative contract, the case of non-contractual liability or the repressive dispute (*le contentieux de répressif*) e.g. tax sanction. These kinds of cases tend to be settled by the contract of compromise. In principle, when the contract of compromise is made, such contract will bind the contract parties immediately. However, in the exceptional case, the parties may ask the court for the compromise verdict (*une homologation*) in order to make the terms of contract binding like the court's verdict itself because the parties afraid that the discharge might be denied. Although no legal provisions provide specifically the procedures and methods for the court to proceed the compromise verdict case, the administrative court still has a jurisdiction over such case. Nevertheless, which court has a jurisdiction over the compromise contract case needs to consider that the dispute leading to the compromise contract is within which jurisdiction-the court of justice or the administrative court.

## บทนำ

การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นการระงับข้อพิพาทโดยไม่ใช้วิธีการทางศาล แต่เป็นการที่คู่กรณีตกลงที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วให้ยุติลงอย่างรวดเร็ว หรือป้องกันมิให้เกิดข้อพิพาทขึ้นในอนาคต การที่คู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทโดยวิธีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ มีประโยชน์ทั้งต่อฝ่ายปกครองและผู้ที่มีความเดือดร้อนเสียหายในลักษณะที่ฝ่ายปกครองสามารถชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้รวดเร็วยิ่งขึ้นและเป็นจำนวนค่าเสียหายที่ผู้เสียหายพึงพอใจในระดับหนึ่ง สำหรับศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการก็จะได้รับประโยชน์ในแง่ที่เป็นการลดภาระการทำงาน ประหยัดงบประมาณที่อาจต้องใช้จ่ายในการดำเนินกระบวนการพิจารณา เนื่องจากการประนีประนอมยอมความเป็นการแก้ไขบรรดาปัญหาในทางข้อเท็จจริงที่อาจนำไปสู่ประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย ส่วนการวินิจฉัยคดีโดยศาลเป็นการวินิจฉัยประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่อาจประนีประนอมยอมความกันได้ หรือเป็นข้อกฎหมายที่ซับซ้อนยุ่งยาก ดังนั้น หากมีการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทเสียก่อนที่จะฟ้องคดีต่อศาล คดีที่จะเข้ามาสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลอาจจะเป็นเฉพาะคดีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนหรือคดีที่มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องใช้วิธีการทางศาลในการระงับข้อพิพาทเท่านั้น ซึ่งคดีพิพาทที่มีแนวโน้มใช้วิธีการระงับข้อพิพาทโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญา หรือคดีพิพาทที่ขอให้ศาลลงโทษ เช่น โทษทางภาษี เป็นต้น

แนวทางปฏิบัติในการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในฝรั่งเศส มีแนวโน้มที่จะได้รับการยอมรับและพัฒนามากขึ้นเรื่อยๆ ดังจะเห็นได้จากหนังสือเวียนของนายกรัฐมนตรีนฝรั่งเศส ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1995<sup>1</sup> ว่าด้วยการพัฒนาการประนีประนอมยอมความทางปกครอง ซึ่งเป็นหนังสือเวียนที่สนับสนุนให้มีการเจรจาตกลงแก้ไขข้อพิพาทที่ฝ่ายปกครองเป็นคู่กรณีโดยใช้วิธีการประนีประนอมยอมความทางปกครองให้มากขึ้น หนังสือเวียนของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ลงวันที่ 7 กันยายน 2009<sup>2</sup> ว่าด้วยการใช้วิธีการระงับข้อพิพาทเพื่อป้องกันมิให้เกิดความขัดแย้งและข้อพิพาทเกี่ยวกับ

<sup>1</sup> หนังสือเวียน Circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits

<sup>2</sup> หนังสือเวียน Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique



การปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งเป็นหนังสือเวียนที่มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดกฎเกณฑ์เงื่อนไขที่ใช้ในการตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความ และการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาทในคดีเกี่ยวกับการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง และหนังสือเวียนของนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ 6 เมษายน 2011<sup>3</sup> ว่าด้วยการปรับปรุงและพัฒนาการใช้วิธีการประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาท ซึ่งหนังสือเวียนฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ต้องการพัฒนาคุณภาพในการให้บริการสาธารณะแก่ผู้ใช้บริการ ป้องกันหรือระงับข้อพิพาท และแก้ไขความขัดแย้งที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นในอนาคต

บทความชิ้นนี้ได้ทำการศึกษาลักษณะทั่วไปและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ (Principes généraux et Directives pratiques concernant la transaction) รวมถึงการขอให้ศาลปกครองพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

## 1. หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ (Principes généraux concernant la transaction)

### 1.1 นิยาม “สัญญาประนีประนอมยอมความ”

สัญญาประนีประนอมยอมความ “เป็นสัญญาที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นนั้นให้เสร็จไป” (มาตรา 2044 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง)<sup>4</sup> ซึ่งอาจพิจารณาความแตกต่างระหว่างการใช้วิธีการไกล่เกลี่ยโดยศาล การไกล่เกลี่ยโดยมีคนกลาง หรือการระงับข้อพิพาทโดยใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการ ได้ดังนี้

การไกล่เกลี่ยโดยศาล (la conciliation) และการไกล่เกลี่ยโดยมีคนกลาง (la médiation) เป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยนั้น เป็นวิธีการระงับข้อพิพาทก่อนที่จะเริ่มต้นการดำเนินกระบวนการวินิจฉัยหรือในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ได้ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนก่อนดำเนินการพิจารณาหรือระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา คู่กรณีอาจตกลงยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความหรือตกลงระงับข้อพิพาทโดยใช้รูปแบบอื่นก็ได้

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ (l'arbitrage) เป็นการระงับข้อพิพาทที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายอาจตั้งอนุญาโตตุลาการขึ้นมาเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ซึ่งคำวินิจฉัยจะออกมาในรูปของคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ที่มีผลบังคับผูกพันคู่กรณี

รัฐเริ่มหันมาใช้วิธีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาท นับแต่สภาแห่งรัฐมีคำวินิจฉัยในคดี Dreux-Brézé<sup>5</sup> และคำวินิจฉัยในคดี Compagnie du Nord, de l'Est et autres<sup>6</sup>

### 1.2 กฎหมายที่บังคับใช้กับสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชน (Droit applicable aux transactions conclues par des personnes publiques)

สัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นโดยหน่วยงานทางปกครองจะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดนั้น ให้พิจารณาว่าหากศาลใดเป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาในเนื้อหาแห่งคดี

<sup>3</sup> หนังสือเวียน Circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits

<sup>4</sup> การประนีประนอมยอมความ มาตรา 850 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย บัญญัติว่า การประนีประนอมยอมความ คือ สัญญาซึ่งผู้เป็นคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายระงับข้อพิพาทอันใดอันหนึ่งซึ่งมีอยู่หรือจะมีขึ้นให้เสร็จไปด้วยต่างยอมผ่อนผันให้แก่กัน ส่วนมาตรา 851 บัญญัติว่า สัญญาประนีประนอมถ้าไม่ได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือลายมือชื่อตัวแทนของฝ่ายนั้นเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีกันไม่ได้ และมาตรา 852 บัญญัติว่า ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความ ทำให้การเรียกร้องซึ่งแต่ละฝ่ายได้ยอมสละนั้น ระงับไป และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามที่แสดงในสัญญานั้นว่าเป็นของตน

<sup>5</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 23 décembre 1887, Dreux-Brézé

<sup>6</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 17 mars 1893, Compagnie du Nord, de l'Est et autres

(le litige au fond) เรื่องนั้น ก็ให้ศาลนั้นเป็นศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความ ตามนัยคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี Société Briançon Bus<sup>7</sup> ที่วินิจฉัยว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความ (Contrat de transaction) โดยหลักแล้วอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เว้นแต่ในกรณีที่ข้อพิพาทตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้นเป็นเรื่องที่โดยสภาพแล้วอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

สัญญาประนีประนอมยอมความจะถือเป็นสัญญาทางปกครองก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์ของสัญญาเป็นการระงับหรือป้องกันข้อพิพาททางปกครองอันเป็นเหตุให้ต้องใช้วิธีการประนีประนอมยอมความ และเมื่อเกิดข้อพิพาทจากสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวก็จะเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง<sup>8</sup> เช่น

(1) การประนีประนอมยอมความที่เกี่ยวกับสัญญางานโยธาสาธารณะ<sup>9</sup> (marchés de travaux publics)

(2) การประนีประนอมยอมความเกี่ยวกับค่าเสียหายที่เกิดขึ้นจากงานโยธาสาธารณะ<sup>10</sup> (un dommage de travaux publics)

บรรดากฎหมายที่ศาลปกครองใช้ในการวินิจฉัยคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายเอกชน เช่น การประนีประนอมยอมความในเรื่องที่เกี่ยวกับภาษี

**1.3 เงื่อนไขที่ทำให้สัญญาประนีประนอมยอมความมีผลบังคับ (Conditions de validité de la transaction) มีดังนี้**

(1) **คู่สัญญาต้องมีความสามารถในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (la capacité à transiger)** มาตรา 2045 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง บัญญัติว่า บุคคลที่เข้ามาทำสัญญาประนีประนอมเพื่อระงับข้อพิพาทนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีความสามารถในการกำหนดวัตถุประสงค์ในสัญญา<sup>11</sup> โดยในกรณีที่ฝ่ายปกครองทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับบริษัทต้องพิจารณาว่า ผู้แทนของบริษัทเอกชนที่จะเข้าทำสัญญาเป็นตัวแทนที่มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทหรือไม่ และกรณีที่ทนายความของคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้เข้าทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น แยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่เป็นการทำสัญญาประนีประนอมยอมความในศาลยุติธรรมก็ให้เป็นไปตามมาตรา 417 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องตัวแทน (mandat) ส่วนสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นในศาลปกครอง การดำเนินวิธีพิจารณาในศาลปกครองนั้น ต้องเป็นกรณีที่ทนายความได้รับมอบอำนาจอย่างชัดแจ้ง

ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครอง (les autorités administratives) มอบอำนาจให้บุคคลอื่นทำสัญญาประนีประนอมยอมความ (habilités à transiger) อาจพิจารณาได้ ดังนี้

<sup>7</sup> คำวินิจฉัยของศาลชี้ขาดคดีขัดกัน TC, 18 juin 2007 Société Briançon Bus

<sup>8</sup> Les transaction qui ont pour objet le règlement ou la prevention de litiges pour le jugement desquels le juge administrative sera competent sont donc des contrats administratifs

<sup>9</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE,23 octobre 1970, Sieur Clot et Saint Oréface คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE,10 novembre 2004,entreprise Paul Millet, n°256031

<sup>10</sup> คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน TC 26 octobre 1981,Syndicat des copropriétaires de l'immeuble Armenonville c.ville de Cannes และคำพิพากษาศาลฎีกา C.Cass.26 juin 2001,n°99-17586,Bull.2001,n°185,p.117

<sup>11</sup> Al. 2045 du Code Civil "Pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction.

Le tuteur ne peut transiger pour le mineur ou le majeur en tutelle que conformément à l'article 467 au titre " De la minorité, de la tutelle et de l'émancipation " ; et il ne peut transiger avec le mineur devenu majeur, sur le compte de tutelle, que conformément à l'article 472 au même titre.

Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Premier ministre.

-กรณีรัฐ (l'Etat) : รัฐมนตรีแต่ละกระทรวงที่เกี่ยวข้องมีอำนาจทำการประนีประนอมยอมความในนามของรัฐ (au nom de l'Etat) ในเรื่องที่รัฐมนตรีกระทรวงนั้นๆ รับผิดชอบ หรืออาจมอบอำนาจดังกล่าวโดยกระทำในลักษณะของการมอบอำนาจทั่วไป (une délégation générale) หรืออาจกระทำในลักษณะเป็นการมอบอำนาจพิเศษก็ได้ (une délégation spéciale)

-กรณีองค์การมหาชนของรัฐ (Les établissements publics de l'Etat) : ปัจจุบันนี้ แม้ว่าจะมีรัฐกฤษฎีกาให้อำนาจและสถานะแก่องค์การมหาชนของรัฐในการประนีประนอมยอมความได้แล้วก็ตาม<sup>12</sup> แต่ก่อนที่จะลงนามในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความก็ต้องได้รับอนุญาตจากนายกรัฐมนตรี<sup>13</sup> เสียก่อน

-กรณีองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่น (Les collectivités territoriales et leurs établissements publics) : องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์การมหาชนส่วนท้องถิ่นสามารถทำการประนีประนอมยอมความได้อย่างอิสระ ทั้งนี้ อาศัยอำนาจตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 2 มีนาคม 1982<sup>14</sup> ซึ่งเป็นกฎหมายพื้นฐานว่าด้วยการกระจายอำนาจของรัฐให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบต่างๆ อย่างไรก็ตาม ก่อนที่หน่วยงานส่วนท้องถิ่นจะลงนามในสัญญาประนีประนอมยอมความก็ต้องได้รับการอนุญาตในเบื้องต้นจากสภาท้องถิ่นเสียก่อน<sup>15</sup>

**(2) สัญญาประนีประนอมต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย (L'objet de transaction doit être licite)** โดยหลักแล้วการทำสัญญาประนีประนอมยอมความต้องเป็นสัญญาที่สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ไม่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี โดยฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความเพื่อละทิ้งอำนาจหน้าที่ของตนและไม่อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความในเรื่องที่ฝ่าฝืนหรือขัดต่อกฎหมาย ในกรณีต่อไปนี้กฎหมายบัญญัติห้ามมิให้มีการประนีประนอมยอมความ เช่น กรณีที่มีประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักแล้วจะอยู่นอกเหนือขอบเขตของการประนีประนอมยอมความ ซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจตกลงยินยอมรับเงินค่าชดเชยความเสียหายไว้โดยที่ปล่อยให้คำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายคงอยู่ต่อไป หน่วยงานทางปกครองไม่อาจประนีประนอมยอมความในผลแห่งคำวินิจฉัยอันเป็นที่สุดซึ่งมีผลบังคับผูกพันคู่กรณี<sup>16</sup> (les effets de la chose jugée) ฝ่ายปกครองไม่อาจประนีประนอมยอมความเรื่องเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของสาธารณสมบัติของแผ่นดิน<sup>17</sup> หรือฝ่ายปกครองไม่อาจประนีประนอมยอมความในลักษณะที่ว่าจะไม่ชดเชยค่าเสียหายทางจิตใจที่กำหนดไว้แล้ว<sup>18</sup> อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองอาจประนีประนอมยอมความในเรื่องจำนวนค่าเสียหายที่ต้องชดเชยอันเป็นค่าเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและฝ่ายปกครองยินยอมที่จะยกเลิกคำสั่งดังกล่าว

**(3) ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาในการประนีประนอมยอมความ** การทำสัญญาประนีประนอมยอมความมิวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่อาจจะเกิดขึ้น รวมถึงในกรณีที่ไม่มีข้อพิพาทกันแต่มีเหตุที่ไม่อาจตกลงกันได้ในเรื่องจำนวนเงินค่าเสียหายก็อาจมีความจำเป็นต้องทำสัญญา

<sup>12</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 23 avril 2001, Ceccaldi-Raynaud, n°215552

<sup>13</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 14 décembre 1998, chambre d'agriculture de la Réunion

<sup>14</sup> Loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions

<sup>15</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, Section des travaux publics, avis 21 janvier 1997, n°359996

<sup>16</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 15 avril 1869., Section, Saint Lovand

<sup>17</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 20 juin 1975, Leverrier

<sup>18</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 17 octobre 2003, ministre de l'intérieur et syndicat intercommunal d'assainissement du Beausset

ประนีประนอมยอมความกันก็ได้ โดยในการตกลงกันเพื่อระงับข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญานั้น คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องได้รับความพึงพอใจในสิ่งที่ทั้งสองฝ่ายตกลงกัน สำหรับศาลปกครองจะมีหลักการที่เคร่งครัดมากกว่าศาลยุติธรรม กล่าวคือ ฝ่ายปกครองต้องไม่อนุมัติให้ชดใช้เงินค่าเสียหายสำหรับค่าเสียหายที่ฝ่ายปกครองไม่สมควรต้องชดใช้<sup>19</sup> (*l'administration n'est jamais autorisée à payer une somme qu'elle ne doit pas*) เช่น กรณีที่ฝ่ายปกครองทำการประนีประนอมยอมความในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความรับผิด ฝ่ายปกครองสามารถทำข้อตกลงประนีประนอมยอมความได้ หากปรากฏว่าฝ่ายปกครองต้องเป็นผู้รับผิดชอบ (*sa responsabilité est établie*) และเฉพาะในค่าเสียหายที่ฝ่ายปกครองสามารถชดใช้ให้ได้เท่านั้น (*les seuls chefs de préjudices indemnisables*)

**(4) ผลของการประนีประนอมยอมความ (Effets de la transaction)** โดยหลักแล้วเมื่อหน่วยงานทางปกครองทำสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วย่อมต้องถือว่ามีความผูกพันตามกฎหมายกับคู่กรณี โดยไม่อาจทำการแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงข้อเสนอดี เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิเสธที่จะยอมรับตามข้อเสนอดังกล่าวด้วย หรือในกรณีที่มีความผิดพลาดในทางเนื้อหา ข้อเสนอนี้ในสัญญาประนีประนอมยอมความจึงต้องเขียนในลักษณะที่ว่ามิเจตนาจะทำข้อตกลงในลักษณะดังกล่าว และผู้ลงนามในสัญญาประนีประนอมยอมความของแต่ละฝ่ายนั้นต้องอยู่ในระดับเดียวกัน

ผลของสัญญาประนีประนอมยอมความ คือ มีผลบังคับผูกพันให้คู่กรณีต้องปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความ (*exécutoire de plein droit*) เพื่อให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นระงับไป โดยที่ประชุมใหญ่สภาแห่งรัฐได้ให้ความเห็นในประเด็นปัญหาข้อกฎหมาย คดี *Syndicat intercommunal des établissements du district de l'Hay-les-roses*<sup>20</sup> ตามที่ศาลปกครองชั้นต้นร้องขอ และวินิจฉัยไว้ในคดี *Société Krupp Hazemag*<sup>21</sup> ว่า “สัญญาประนีประนอมยอมความมีผลบังคับผูกพันสมบูรณ์ตามกฎหมายโดยที่ไม่ถือว่าการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นการทำสัญญาที่ขัดกับระเบียบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับบัญชีสาธารณะ “*sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique*”

สัญญาประนีประนอมยอมความนอกจากจะมีผลบังคับผูกพันคู่สัญญาให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาแล้วยังส่งผลกระทบต่ออีก 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก เรียกว่า “*Un effet extinctif*” หรือผลเสร็จเด็ดขาด กล่าวคือ เมื่อสัญญาประนีประนอมยอมความทำขึ้นโดยชอบแล้ว คู่สัญญามีสิทธิและหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญา และไม่นำเรื่องเดียวกันนั้นมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้อีก หากยื่นฟ้องคดีต่อศาล ศาลจะไม่รับคำฟ้องลักษณะดังกล่าวไว้พิจารณา<sup>22</sup>

ประการที่สอง เรียกว่า “*Un effet relatif*” หรือผลผูกพัน กล่าวคือ แม้โดยหลักแล้วสัญญาประนีประนอมยอมความจะมีลักษณะเหมือนสัญญาอื่นๆ ที่มีผลบังคับผูกพันเฉพาะระหว่างคู่สัญญา<sup>23</sup> ก็ตาม แต่การประนีประนอมยอมความอาจส่งผลผูกพันต่อทายาทผู้สืบสิทธิของคู่สัญญาที่อาจต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา เช่น ในคดี *Ministre de l'éducation nationale*<sup>24</sup> สภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า เมื่อ

<sup>19</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE Section, 19 mars 1971, Sieurs Merguy

<sup>20</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal de établissements du second degré de L'Hay-les-Rose

<sup>21</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, Ass 11 juillet 2008, société Krupp Hazemag

<sup>22</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 8 février 1956, Dame Germain และคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 31 mars 1971, Sieur Baysse

<sup>23</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 15 janvier 1984, OPHLM de la Ville de Firminy

<sup>24</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 12 décembre 2008, ministre de l'éducation nationale, n°296982

หน่วยงานทางปกครองดำเนินการชดใช้ค่าเสียหายตามข้อตกลงในสัญญาประนีประนอมยอมความแล้ว หน่วยงานทางปกครองยังมีสิทธิไล่เบ้ย (une action récursoire) ต่อบุคคลที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเป็นการส่วนตัว (la faute personnelle)

ประการที่สาม เรียกว่า “Un effet recognitif” หรือผลที่พึงรับรู้ กล่าวคือ การประนีประนอมยอมความไม่ได้ทำให้คู่สัญญาเกิดสิทธิขึ้นใหม่แต่อย่างใด แต่เป็นการนำความขัดแย้งที่เกิดขึ้นก่อนทำสัญญามาหาข้อยุติโดยวิธีการทำสัญญาเท่านั้น

## 2. แนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการประนีประนอมยอมความ (Directives pratiques concernant la transaction)

### 2.1 วัตถุประสงค์ในการประนีประนอมยอมความ

วัตถุประสงค์ในการประนีประนอมยอมความก็เพื่อให้แต่ละฝ่ายสามารถตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรือคาดว่าจะเกิดขึ้นได้ โดยฝ่ายปกครองไม่อาจใช้วิธีการเพื่อให้ตนเองได้รับทางออกที่พึงพอใจมากที่สุดแต่ฝ่ายเดียวได้ เนื่องจากในการระงับข้อพิพาทโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น แต่ละฝ่ายจะต้องได้รับความพึงพอใจในลักษณะที่เสมอภาคกันหรือในลักษณะที่ว่าต่างฝ่ายต่างพอใจเท่านั้น และโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองไม่ต้องชดใช้ค่าเสียหาย ในส่วนที่ไม่สมควรต้องชดใช้อยู่แล้ว

### 2.2 การตรวจสอบเอกสารและหลักฐานต่างๆ

หากฝ่ายปกครองตัดสินใจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความ ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการพิจารณาเอกสารต่างๆ ให้ละเอียดรอบคอบทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเพื่อที่จะสามารถเสนอวิธีการระงับข้อพิพาทที่ดีที่สุดได้ และหากการประนีประนอมยอมความขึ้นสู่การพิจารณาของศาล ศาลต้องพิจารณาเอกสารอย่างระมัดระวังเพราะมีความเสี่ยงที่อาจจะเกิดข้อพิพาทตามมาได้

### 2.3 การประเมินจำนวนเงินที่เหมาะสม

การกำหนดจำนวนเงินค่าเสียหายที่เหมาะสมที่ฝ่ายปกครองต้องชดใช้ตามสัญญาประนีประนอมยอมความ อาจพิจารณาโดยอาศัยหลักการที่กำหนดตามแนวคำพิพากษาของศาล ดังนี้

(1) ต้องมีความสัมพันธ์กันโดยตรงระหว่างการกระทำของฝ่ายปกครอง (le comportement de l'administration) และความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับ

(2) ค่าเสียหายที่ชดใช้ให้นั้น อาจชดใช้ให้แก่ผู้เสียหายโดยตรงหรือผู้สืบสิทธิของผู้เสียหาย (une victime direct ou d'un ayant droit) และในกรณีดังกล่าวให้พิจารณาด้วยว่า ผู้สืบสิทธิมีความสัมพันธ์โดยตรงกับผู้เสียหายหรือไม่

(3) ค่าเสียหายต้องเป็นค่าเสียหายที่แน่นอนและเป็นปัจจุบัน (Le préjudice doit être actuel et certain) กล่าวคือ ค่าเสียหายในอนาคตไม่อาจชดใช้ให้ได้ เว้นแต่ค่าเสียหายนั้นเป็นค่าเสียหายที่ต่อเนื่องมาจากค่าเสียหายโดยตรงแน่นอนและเป็นปัจจุบัน

(4) การประเมินจำนวนค่าเสียหายต้องประเมินโดยอาศัยหลักเกณฑ์เดียวกับที่ศาลใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

(5) จำนวนเงินค่าเสียหายที่เสนอเพื่อให้ประนีประนอมยอมความนั้น ต้องไม่สูงเกินกว่าจำนวนเงินค่าเสียหายที่ต้องชดใช้

(6) จำนวนเงินค่าเสียหายที่เสนอให้ประนีประนอมยอมความนั้นต้องพิจารณาถึงการแบ่งส่วนความรับผิดชอบกับบุคคลอื่นที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้นด้วย หรือแบ่งส่วนความรับผิดชอบกับผู้ยื่นคำร้องขอ เมื่อผู้ยื่นคำร้องขอกระทำผิดที่โดยสภาพแล้วเป็นความรับผิดชอบของรัฐ

(7) สำหรับค่าเสียหายทางร่างกาย อาจอ้างอิงจำนวนเงินค่าเสียหายที่ต้องชดใช้จากคำพิพากษาของศาลก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับว่าคดีนั้นจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

(8) ผู้เชี่ยวชาญ คู่กรณีที่ใช้วิธีการประนีประนอมยอมความอาจร้องขอต่อศาลให้เรียกผู้เชี่ยวชาญเข้ามาเพื่อประเมินจำนวนเงินค่าเสียหายที่สามารถชดใช้ให้ได้

#### 2.4 การทำสัญญาประนีประนอมยอมความ

สัญญาประนีประนอมยอมความต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร และเขียนให้ชัดเจนและสมบูรณ์ที่สุด เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในภายหลัง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่มีการกำหนดรูปแบบของสัญญาประนีประนอมไว้อย่างชัดเจน แต่ในสัญญาประนีประนอมยอมความต้องประกอบด้วยสาระสำคัญของประการ ดังต่อไปนี้

(1) ชื่อ สถานะทางสังคม ข้อมูลของคู่สัญญา และลงนามในฐานะใด

(2) การกล่าวถึงข้อเท็จจริง วันที่เริ่มนับเพื่อคิดคำนวณค่าเสียหาย หรือระบุแนวทางการระงับข้อพิพาท

(3) การอ้างถึงรายงานผู้เชี่ยวชาญ เช่น รายงานทางการแพทย์ เป็นต้น

(4) ระบุจำนวนเงินค่าเสียหายที่รัฐต้องชดใช้ ในกรณีที่ต้องระบุค่าเสียหายโดยละเอียด เช่น ค่าเสียหายทางร่างกาย ค่าเสียหายที่ต้องทุกข์ทรมาน และค่าเสียหายที่เกี่ยวกับความงาม นั้น ต้องระบุค่าเสียหายโดยละเอียดดังกล่าวไว้ในสัญญาประนีประนอมยอมความด้วย

(5) ต้องระบุไว้ในสัญญาประนีประนอมยอมความว่าจะไม่นำข้อเท็จจริงที่ได้ประนีประนอมยอมความโดยยุติแล้วไปดำเนินคดีต่อศาลอีกในภายหลัง

(6) คู่สัญญาในสัญญาประนีประนอมยอมความลงนามกำกับในส่วนท้ายของทุกหน้าในสัญญา และลงชื่อในฐานะคู่สัญญาในหน้าสุดท้าย และผู้แทนของหน่วยงานทางปกครองลงนามในหน้าสุดท้ายในฐานะคู่สัญญา

#### 2.5 การปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

ฝ่ายปกครองต้องสุจริตในการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำไว้กับคู่สัญญา ในกรณีที่ไม่มีกรณีชดใช้เงินภายในเวลาที่กำหนดไว้ สัญญาอาจสิ้นผลบังคับ เว้นแต่ข้อสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม โดยทั่วไปแล้วเมื่อฝ่ายปกครองได้ทำสัญญาประนีประนอมยอมความกับเอกชน ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงเพื่อระงับข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวภายในระยะเวลาที่เร็วที่สุด

### 3. การขอให้ศาลปกครองพิพากษตามยอม (L'homologation de la transaction par le juge administratif)

โดยหลักแล้วสัญญาประนีประนอมยอมความมีผลบังคับผูกพันโดยสภาพของตัวสัญญาอยู่แล้ว การใช้วิธีการทางศาลยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความถือเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น และศาลปกครองจะรับคำร้องที่ขอให้ศาลพิพากษตามยอม (une demande d'homologation) เฉพาะกรณีที่เกิดข้อขัดข้องหรือปัญหาร้ายแรง<sup>25</sup> (une difficulté sérieuse) ในการปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความ และการพิจารณาว่าศาลใดเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษากรณีที่เกิดปัญหาอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมนั้น ให้พิจารณาจาก

<sup>25</sup> คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ CAA Douai, 13 avril 2006, n°02DA00157

ลักษณะข้อพิพาท หากเป็นข้อพิพาททางปกครองให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความ (l'homologation par le juge administratif) อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐให้ความเห็นไว้โดยที่ประชุมใหญ่ คดี Syndicat intercommunal des établissements du district de l'Hay-les-roses<sup>26</sup> “เปิดโอกาสให้ศาลปกครองมีอำนาจรับคำร้องขอให้ศาลรับรองการประนีประนอมยอมความไว้พิจารณาได้ แม้จะยังไม่มี การฟ้องคดีต่อศาล (en dehors de toute instance juridictionnelle) โดยสภาแห่งรัฐให้เหตุผลว่าต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมและต้องเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการประนีประนอมยอมความต่อศาลเป็นไปเพื่อเยียวยาสถานะต่างๆ ที่ก่อตั้งขึ้นภายหลังจากการเพิกถอนคำสั่ง หรือมีการแก้ไขคำสั่งให้ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หรือเป็นกรณีที่เกิดความยุ่งยากหรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติให้เป็นไปตามการประนีประนอมยอมความ” และศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมือง Lyon มีคำวินิจฉัยในคดี Société Brace ingénierie<sup>27</sup> ว่า เมื่อศาลพิจารณาคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความ ศาลต้องตรวจสอบและพิจารณาโดยเคร่งครัดเสียยิ่งกว่าศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลจะพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ในการทำสัญญาประนีประนอมยอมความต้องไม่ต้องห้ามอย่างชัดแจ้ง โดยกฎหมาย (la licéité de l'objet) ต้องไม่มีอิสระโดยปราศจากกรอบ (l'absence de liberté) และต้องสอดคล้องกับข้อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยและศาลปกครองจะใช้ระยะเวลาในการตรวจสอบเรื่องดังกล่าวมากกว่าศาลยุติธรรม ซึ่งหากศาลปฏิเสธไม่พิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความ เพราะเหตุว่าสัญญาประนีประนอมยอมความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะทำให้สัญญาประนีประนอมยอมความ มีผลเป็นโมฆะและไม่มีผลบังคับ (la transaction nulle et de nul effet)

### การขอให้ศาลปกครองพิพากษาตามยอมมีขั้นตอน ดังนี้

#### 3.1 การรับคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอม

การพิจารณารับหรือไม่รับคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมนั้น ต้องปรากฏว่า เมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ส่วนรวมแล้ว การทำสัญญาประนีประนอมยอมความมีวัตถุประสงค์เพื่อเยียวยาสถานการณ์หรือผลที่เกิดจากการเพิกถอน หรือเมื่อพิจารณาความไม่ถูกต้องที่เกิดขึ้นแล้วเห็นว่าเป็นกรณีที่อาจดำเนินการให้ถูกต้องได้ หรือในกรณีที่การปฏิบัติให้เป็นไปตามสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะมีข้อยุ่งยากหลายประการ เป็นต้น ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความเพื่อระงับข้อพิพาท

#### 3.2 ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอม

ผู้ยื่นคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมอาจเป็นคู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายก็ได้<sup>28</sup> โดยศาลจะส่งคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมไปยังบุคคลที่อยู่ในสถานะคู่กรณีในกระบวนการพิจารณา และส่งไปให้ผู้แทนรัฐในกรณีเป็นสัญญาที่ต้องผ่านการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายเสียก่อน

#### 3.3 เขตอำนาจศาล

การทำสัญญาประนีประนอมยอมความต้องเป็นสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และสัญญาประนีประนอมยอมความที่จะให้ศาลพิจารณาเพื่อพิพากษาตามยอมนั้น ต้องเป็นสัญญาที่ผ่านการพิจารณาหรือได้รับอนุมัติจากองค์กรที่มีอำนาจหรือผู้แทนของรัฐเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญา

<sup>26</sup> อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 18

<sup>27</sup> คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ CAA Lyon 7 janvier 2010, Société Brace ingénierie, n°08LY00326

<sup>28</sup> คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น TA Paris, 22 avril 2003, STE KPMG, n°0299346

ดังกล่าวเสียก่อน นอกจากนี้ ร่างข้อเสนอเพื่อการประนีประนอมยอมความที่ยังไม่ได้มีการลงนามของคู่สัญญา นั้น ไม่ถือเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความที่อาจขอให้ศาลพิพากษาตามยอมได้<sup>29</sup>

### 3.4 เงื่อนไขในการพิพากษาตามยอม

เมื่อศาลพิจารณาคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความศาลจะพิจารณาตรวจสอบว่า คู่สัญญาตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความกันโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น วัตถุประสงค์แห่งสัญญาต้องไม่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ในกรณีที่การทำสัญญาประนีประนอมยอมความไม่ได้เป็นไปตามเงื่อนไขดังกล่าวให้ถือว่าสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นโมฆะ นอกจากนี้ การขอให้ศาลพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ต้องไม่มีลักษณะเป็นวิธีการที่จะเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาเพิกถอน<sup>30</sup>

### 3.5 ขั้นตอนการดำเนินกระบวนการพิจารณา

ศาลจะนำหลักเกณฑ์การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลเท่าที่ไม่ขัดกับการขอให้ศาลพิพากษาตามยอมมาใช้บังคับ โดยศาลจะแสวงหาข้อเท็จจริงจากเอกสารพยานหลักฐานและรับฟังคำชี้แจงของคู่กรณี และเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงและแสดงพยานหลักฐาน และอาจสั่งให้คู่กรณีส่งเอกสาร ชี้แจงข้อเท็จจริงและให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อการจัดทำคำวินิจฉัยของศาลก็ได้ หรือศาลอาจปฏิเสธที่จะพิพากษาตามยอม หากปรากฏว่าคู่กรณีไม่ได้ส่งเอกสารและหลักฐานที่จำเป็นแก่การวินิจฉัยคดีต่อศาล ทั้งนี้ ให้นำหลักเกณฑ์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้ผู้เชี่ยวชาญ การตรวจสอบสถานที่ และการไต่สวน มาปรับใช้กับการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นการขอให้ศาลพิพากษาตามยอม

การดำเนินกระบวนการพิจารณากรณีขอให้ศาลพิพากษาตามยอม ผู้ยื่นคำขอไม่จำเป็นต้องมีทนายความ เนื่องจากการขอให้ศาลพิพากษาตามยอมตามสัญญาประนีประนอมยอมความเป็นการทำให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นแล้วหรือที่คาดว่าจะเกิดขึ้นยุติไปโดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ

### 3.6 อำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบ

อำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบกรณีที่มีการขอให้ศาลพิพากษาตามยอมนั้น ศาลปกครองใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบในระดับปกติ เรียกว่า *Contrôle normal*<sup>31</sup> โดยอำนาจของศาลในการขอให้ศาลพิพากษาตามยอมเพื่อระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องจากการยกเลิกสัญญาจัดซื้อจัดจ้างนั้น ศาลจะพิจารณาว่าจำนวนเงินที่ตกลงประนีประนอมยอมความเป็นจำนวนเงินที่มีการประเมินอย่างถูกต้อง (*une juste appréciation*) สอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการจัดซื้อจัดจ้างหรือไม่<sup>32</sup> โดยศาลมีอำนาจตรวจสอบการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวเพื่อให้หน่วยงานทางปกครองชดเชยจำนวนเงินค่าเสียหายสอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง และต้องเป็นค่าเสียหายในส่วนที่หน่วยงานทางปกครองผูกพันที่จะต้องรับผิดชอบ

### 3.7 การอุทธรณ์หรือโต้แย้งคำสั่ง

<sup>29</sup> คำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ CAA Marseille, 28 août 2003, M et Mme Calas, n°03MA00291

<sup>30</sup> คดี M. et Mme Calas, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 28

<sup>31</sup> อำนาจของศาลปกครองในการควบคุมตรวจสอบในระดับปกติ นั้น เป็นอำนาจของศาลในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เช่น คำสั่งทางปกครองออกโดยไม่มีอำนาจ ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยวินิจฉัยข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงผิดพลาด หรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับข้อกฎหมายโดยผิดพลาด เป็นต้น

<sup>32</sup> คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น TA Melun, 11 mars 2003, Syndicat intercommunal du district de l'Hay-les-Rose et société CDI, n°02-660



กรณีศาลปกครองมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำร้องขอให้ศาลพิพากษาตามยอมตามสัญญา ประนีประนอมที่เกิดขึ้นนอกกระบวนการวิธีพิจารณานั้น ถือเป็นคำสั่งศาลที่อาจยื่นอุทธรณ์โต้แย้งต่อไปได้ ทั้งนี้ ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในส่วนที่เกี่ยวกับการโต้แย้งคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นมาปรับใช้<sup>33</sup>

### 3.8 ผลผูกพันของคำพิพากษาตามยอม

คำพิพากษาตามยอมมีผลบังคับผูกพันคู่กรณี (l'autorité de la chose jugée) ซึ่งในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาตามยอมนั้น ศาลมีอำนาจใช้มาตรการกำหนดค่าปรับตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม 1980 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995 ในส่วนที่ว่าด้วยการไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครอง<sup>34</sup>

### 3.9 ศาลที่มีเขตอำนาจกรณีที่เกิดข้อพิพาท

โดยหลักแล้วสัญญาประนีประนอมยอมความที่ทำขึ้นโดยนิติบุคคลมหาชนเป็นสัญญาทางแพ่ง โดยสภาพ (contrat de nature civil) การพิพากษาตามยอมและข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ศาลได้พิพากษาตามยอมให้แล้วนั้น จึงต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่อย่างไรก็ตาม หากเป็นการทำสัญญาประนีประนอมยอมความที่ใช้เอกสิทธิ์พิเศษของฝ่ายปกครอง หรือเป็นการให้เอกชนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ และเป็นการเห็นอย่างชัดแจ้งว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิพากษาตามยอม หรือมีอำนาจพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามให้เป็นไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่ศาลได้พิพากษาตามยอม ตามนัยคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในคดี บริษัท Briançon Bus<sup>35</sup>

## บทสรุป

การประนีประนอมยอมความเป็นการที่คู่กรณีตกลงระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นระหว่างกัน ซึ่งการประนีประนอมยอมความอาจอยู่ในรูปของข้อตกลงหรือสัญญา และอาจเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณา (en cours d'instance) หรือเกิดขึ้นนอกศาลก็ได้ (en dehors de toute instance) ในแดนกฎหมายมหาชน คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญา คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบนอกเหนือสัญญา หรือคดีพิพาทประเภทที่ขอให้ศาลลงโทษ เช่น โทษทางภาษี เป็นต้น นั้น เป็นคดีพิพาทที่อาจใช้วิธีการประนีประนอมยอมความ โดยการทำสัญญาประนีประนอมยอมความได้ ซึ่งโดยหลักแล้วเมื่อมีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความ สัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับผูกพันคู่สัญญาทันที อย่างไรก็ตาม ในกรณียกเว้น คู่กรณีอาจขอให้ศาลพิพากษาตามยอม (une homologation) เพื่อให้ข้อความในสัญญาประนีประนอมยอมความมีผลบังคับเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลก็ได้ เนื่องจากคู่กรณีเกรงว่าจะมีการปฏิเสธการดำเนินการส่งจ่ายเงินที่ควรต้องส่งจ่าย การขอให้ศาลปกครองพิพากษาตามยอมนั้นแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติขั้นตอนและวิธีการในการดำเนินกระบวนการพิจารณาอันมีลักษณะเฉพาะสำหรับศาลในการพิจารณาคำขอให้พิพากษาตามยอมก็ตาม ศาลปกครองก็มีอำนาจรับคำขอดังกล่าวไว้พิจารณาได้ ส่วนการพิจารณาว่าศาลใดมีอำนาจพิจารณาเกี่ยวกับสัญญาประนีประนอมยอมความให้พิจารณาว่า ข้อพิพาทอันเป็นเหตุให้มีการทำสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดเป็นสำคัญ

<sup>33</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, avis 4 avril 2005, Sté Cabinet JPR Ingénierie

<sup>34</sup> คำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ CE, 1 février 1984, Sté de promotion et de réalisation hospitalières, n°49583

<sup>35</sup> คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล TC, 18 juin 2007, Sté Briançon Bus et B.

## บรรณานุกรม

### หนังสือภาษาฝรั่งเศส

Christian HUGLO, Corinne LEPAGE, *Code de justice administrative*, Litec, 2011

René CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> édition, Montchrestien, 2008

Rémi ROUQUETTE, *Petit traité du procès administratif*, 4<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2010, p. 847-853

Jacqueline MORAND-DEVILLER, *Cours de Droit administratif*, 10 édition, Montchrestien, 2007

### บทความทางวิชาการ

Gilles LE CHATELIER (Maitre des requêtes au Conseil d'Etat), Commissaire du Gouvernement, "*L'homologation juridictionnelle des transactions en droit administratif*", Conclusions sur Conseil d'Etat, Assemblée, 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses et société CDI 2000, RFDA, N° 2, mars-avril 2003

ประสาธ พงษ์สุวรรณ, *การระงับข้อพิพาททางปกครองโดยวิธีอื่นนอกจากการฟ้องคดีหรือพิพาทษาโดยศาลปกครอง*, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เล่มที่ 33 ฉบับที่ 3, 2546, หน้า 470-487

# “การเสียโอกาส” (Perte de chance หรือ Loss of chance) ในคดีความรับผิดอันเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุข ในประเทศฝรั่งเศส

นางสาวชมพูนุท ตั้งถาวร<sup>1</sup>

## บทคัดย่อ

การเสียโอกาส (Perte de chance หรือ Loss of chance) เป็นหลักที่ได้รับการพัฒนาอย่างยาวนานในประเทศฝรั่งเศสเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการปรับใช้ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ หรือทฤษฎีเงื่อนไข ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ใช้ในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ อันส่งผลให้ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีที่เกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์เนื่องมาจากการรักษาพยาบาล ซึ่งโจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ดังกล่าวได้เลย แม้จำเลยจะมีความผิด ทำให้โจทก์ไม่ได้รับการเยียวยา จนปัจจุบันศาลฝรั่งเศสถือว่าการเสียโอกาสนั้นเป็นความเสียหายอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งจะทำให้โจทก์ได้รับการเยียวยาแต่ไม่เต็มจำนวน หลักการดังกล่าวนี้ได้รับการนำมาประยุกต์ใช้อย่างมากโดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวกับความรับผิดของแพทย์อันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลที่ไม่ถูกหลักวิชา บทความนี้ จึงมุ่งกล่าวถึงเหตุผลที่ต้องมีการพัฒนาหลักเรื่องการเสียโอกาส หลักการ และการใช้หลักเรื่องการเสียโอกาสในคดีที่เกี่ยวกับการบริการทางสาธารณสุข

**คำสำคัญ:** การเสียโอกาส, ความรับผิดอันเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุข, ฝรั่งเศส

## Abstract

This article investigates the development of the principle of “loss of chance” (Perte de chance) adapted by the French courts, both judicial courts and administrative courts, in the cases of medical malpractice in order to solve the difficulty of proving the uncertain causation usually proved by applying the condition theory (But-for test). If the causation cannot be proved, the victim cannot be compensated despite the clear existence of the fault. At present, in France, loss of chance is considered independent from the final prejudice which allows the victim to be partially compensated.

## บทนำ : หลักความรับผิดอันเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุขในประเทศฝรั่งเศส

แต่เดิม ความรับผิดทางแพ่งที่เกิดจากการบริการทางสาธารณสุขในประเทศฝรั่งเศส (เช่น การฟ้องให้แพทย์ หรือสถานพยาบาลรับผิดอันเนื่องมาจากการวินิจฉัยโรคผิดพลาด หรือ การรักษาพยาบาลด้วยความประมาทเลินเล่อจนก่อให้เกิดความเสียหาย) นั้น ถือเป็นความรับผิดในทางละเมิด (Responsabilité

<sup>1</sup> นักวิชาการสำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา สถาบันพระปกเกล้า

délictuelle) โดยศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศส (Cour de cassation) ได้วางหลักไว้ในคำพิพากษาลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1835<sup>2</sup>

ต่อมาศาลฎีกาฝรั่งเศสได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1936 (หรือที่เรียกว่า Arrêt Mercier) ซึ่งพิพากษาให้ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการบริการทางสาธารณสุขเป็นความรับผิดชอบในทางสัญญา (Responsabilité Contractuelle) โดยวางหลักว่า ระหว่างแพทย์ (ผู้ให้บริการสาธารณสุข) และผู้ป่วย (ผู้รับบริการสาธารณสุข) มีสัญญาระหว่างกัน ว่าผู้ให้บริการสาธารณสุขจะให้การรักษาพยาบาลแก่ผู้รับบริการ สอดคล้องกับความรู้ทางวิทยาการที่มีอยู่ในขณะนั้น (Données acquises de la science) และถ้าหากผู้ให้บริการสาธารณสุขไม่ได้ทำการรักษาพยาบาลให้สอดคล้องกับความรู้ทางวิทยาการดังกล่าว เช่น รักษาผู้ป่วย โดยไม่ถูกต้องหลักวิชา ความรับผิดที่เกิดขึ้น ถือเป็นความรับผิดเนื่องจาก “ผิดสัญญา”<sup>3</sup> และตั้งแต่นั้นมา ศาลก็ยึดถือตามหลักดังกล่าวมาตลอด คือ ให้ความรับผิดในการบริการสาธารณสุข เป็นความรับผิดทางสัญญาแต่ก็มีการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการมาตลอดว่า แท้จริงแล้ว ความรับผิดในการให้บริการสาธารณสุข โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรับผิดของแพทย์ในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานวิชาชีพจนทำให้ผู้ป่วยได้รับความเสียหายนั้น ควรเป็นความรับผิดทางละเมิด หรือความรับผิดทางสัญญา

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการออกรัฐบัญญัติลงวันที่ 4 พฤษภาคม ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) หลายหมวดหลายมาตรา และหนึ่งในนั้นก็คือการบัญญัติกำหนดความรับผิดในการบริการสาธารณสุขไว้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งบัญญัติในมาตรา L.1142-1 I. ดังนี้

“ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขตามที่บัญญัติไว้ในตอนที่สี่แห่งประมวลกฎหมายนี้<sup>4</sup> รวมถึงสถานที่หรือหน่วยงาน ที่ดำเนินการป้องกันโรค วินิจฉัยโรค หรือรักษาโรค จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินการป้องกันโรค วินิจฉัยโรค หรือรักษาโรค ก็ต่อเมื่อมีความผิด เว้นแต่เป็นกรณีความรับผิดอันในกรณีผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ

สถานที่ หรือหน่วยงานตามที่ระบุไว้ในวรรคก่อนจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเนื่องมาจากการติดเชื้อในสถานพยาบาล เว้นเสียแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการติดเชื้อนั้นเกิดจากสาเหตุอื่น”<sup>5</sup>

บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดในการบริการสาธารณสุขดังกล่าวทำให้การวิพากษ์วิจารณ์เรื่องฐานความรับผิดว่าเป็นความรับผิดทางละเมิด หรือความรับผิดทางสัญญานั้นหมดไป แต่เมื่อพิจารณาแล้ว จะเห็นว่า ไม่ว่าจะมีความรับผิดในทางละเมิด ความรับผิดในทางสัญญา หรือความรับผิดตามที่ประมวลกฎหมายสาธารณสุขบัญญัติก็ตาม หลักความรับผิดในการบริการสาธารณสุขก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลง กล่าวคือ ความรับผิดในการบริการสาธารณสุขเป็นความรับผิดเมื่อ “มีความผิด” (Responsabilité pour faute) เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น อย่างเช่น ความรับผิดอันเนื่องมาจากผู้ป่วยติดเชื้อในสถานพยาบาล ซึ่งเป็นความ

<sup>2</sup>Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris, p. 451

<sup>3</sup>Cass. civ., 20 Mai 1936, S. 1937, 1, 321 note Breton ; D. 1936, 1, 88 concl. Matter, rapp. Josserand.

<sup>4</sup>ตอนที่สี่แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุขบัญญัติถึงสถานพยาบาล และผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขประเภทต่างๆ ได้แก่ แพทย์รักษาโรคทั่วไป ทันตแพทย์ ผดุงครรภ์ รวมถึงเภสัชกร เป็นต้น

<sup>5</sup>Code de la santé publique, Article L1142-1 I.

« Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.

Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère ».

รับผิดชอบที่กฎหมายกำหนดให้สถานพยาบาลต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีความผิด (Responsabilité sans faute) การรับผิดชอบในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดชอบแม้ไม่มีความผิดนี้หมายความว่า ทันทีที่เกิดการติดเชื้อในสถานพยาบาลขึ้น สถานพยาบาลจะต้องรับผิดชอบทันที เว้นแต่สถานพยาบาลจะพิสูจน์ได้ว่า การติดเชื้อมีสาเหตุอื่น ไม่ใช่การติดเชื้อในสถานพยาบาล

ทั้งนี้ ความรับผิดชอบที่เป็นความรับผิดชอบเนื่องจากมีความผิดนั้น ผู้เสียหายที่เรียกร้องให้ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุข หรือสถานพยาบาลรับผิดชอบ จะต้องดำเนินการพิสูจน์สิ่งเหล่านี้เสียก่อน ถึงจะได้รับการเยียวยาความเสียหาย<sup>6</sup> ได้แก่

ประการที่หนึ่ง พิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็ความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากการกระทำ หรือ ความผิดที่เกิดขึ้นเนื่องจากการละเว้นการกระทำ เช่น พิสูจน์ว่าแพทย์ดำเนินการรักษาพยาบาลไม่ถูกต้องตามหลักวิชาชีพ หรือดำเนินการรักษาพยาบาล หรือการวินิจฉัยโรคด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงจนก่อให้เกิดความเสียหาย หรือ พิสูจน์ว่าสถานพยาบาลดำเนินการดูแลผู้ป่วยไม่ได้มาตรฐาน เป็นต้น ซึ่งการพิสูจน์ว่ามีความผิดในประเทศฝรั่งเศสนี้ สิ่งที่มีกั้ใช้เป็นหลักฐานสำคัญ คือ เวย์ชเรเบียน (Dossier médical)

ประการที่สอง พิสูจน์ว่า มีความเสียหายเกิดขึ้นจริง ซึ่งความเสียหายนี้ อาจเป็ความเสียหายทางกายภาพที่เห็นได้อย่างชัดเจน เช่น ความพิการ หรือการเสียชีวิต หรืออาจเป็ความเสียหายที่ต้องเยียวยาแก่บุคคลที่สามในกรณีผู้ป่วยถึงแก่ความตาย เป็นต้น

ประการที่สาม พิสูจน์ว่า มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำในการกระทำ ความผิด และความเสียหายที่เกิดขึ้น (lien de causalité หรือที่ภาษาอังกฤษใช้คำว่า causation) ซึ่งเป็นการพิสูจน์ว่า ความผิดของผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุข หรือสถานพยาบาลนั้น เป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหาย

การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนี้ ศาลในประเทศฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็ศาลยุติธรรม (ในกรณีที่สถานพยาบาลนั้นเป็สถานพยาบาลเอกชน หรือผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขนั้นเป็ผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ) หรือศาลปกครอง (ในกรณีที่เป็นสถานพยาบาลของรัฐ) จะใช้ทฤษฎีหลักสองทฤษฎี ได้แก่ ทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุ หรือทฤษฎีเงื่อนไข (l'équivalence des conditions) ซึ่งถือว่า ทุกๆ เงื่อนไขที่มีส่วนก่อให้เกิดผลนั้น มีความสำคัญเท่ากันทั้งหมดในการทำให้เกิดผล<sup>7</sup> หรือทฤษฎีเหตุที่เหมาะสม (la causalité adéquate) ซึ่งถือว่า ทุกๆ เงื่อนไขที่มีส่วนก่อให้เกิดผลนั้น มีความสำคัญไม่เท่ากัน เหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบ ต้องเป็เหตุที่ทำให้เกิดผลที่คาดหมายได้เท่านั้น<sup>8</sup>

ส่วนใหญ่ศาลฝรั่งเศส ไม่ว่าจะเป็ศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง<sup>9</sup> จะปรับใช้ทฤษฎีเงื่อนไขมากกว่า เนื่องจากเป็คนแก่ผู้เสียหาย โดยทฤษฎีเงื่อนไข จะมีหลักการสำคัญคือ “ถ้าหากปราศจากเหตุหนึ่งแล้ว ผลจะไม่เกิด ต้องถือว่าผลเกิดจากเหตุหนึ่ง”<sup>10</sup> และในทางกลับกัน ถ้าหากว่า แม้ไม่มีเหตุหนึ่งแล้ว ผลก็ยังคงเกิด ก็จะต้องถือว่า ผลเกิดจากเหตุหนึ่งไม่ได้ เช่น ก. ยิง ข. กระสุนโดนจุดสำคัญทำให้ ข. ตาย เช่นนี้ จะเห็นได้ว่า ถ้าหาก ก. ไม่ยิง ข. ข. ก็จะไม่ตาย จึงถือว่า การกระทำของ ก. เป็เหตุทำให้เกิดผล คือ ความตายของ ข. เป็นต้น

<sup>6</sup>Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris, p. 472-489

<sup>7</sup>Philippe Le Tourneau. (2010). *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz : Paris, p. 565

<sup>8</sup>Ibid.

<sup>9</sup>ในคดีความรับผิดชอบในการบริการสาธารณสุข ที่เป็นการเรียกร้องให้ผู้ให้บริการ ไม่ว่าจะเป็ผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ หรือสถานพยาบาล ต้องรับผิดชอบโดยการชดใช้ค่าเสียหายนั้น อยู่ในเขตอำนาจศาลได้ทั้งสองประเภท คือ ศาลยุติธรรม (ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องร้องเป็สถานพยาบาลเอกชน หรือผู้ประกอบวิชาชีพอิสระ) และศาลปกครอง (ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องเป็สถานพยาบาลของรัฐ) แตกต่างจากประเทศไทยที่ไม่ว่าจะเป็คดีที่ฟ้องสถานพยาบาลประเภทใด ก็อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมทั้งสิ้น

<sup>10</sup>Ibid. หลักการดังกล่าวนี้ ให้ผลลัพธ์ที่เหมือนกับการใช้หลัก But-For Test ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี

อย่างไรก็ตาม ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณสุขนั้น ถ้าหากใช้ทฤษฎีดังกล่าวในการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำแล้ว ก็อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้เสียหายได้ในหลายกรณี เนื่องจาก วิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ในบางเรื่อง ยังไม่มีข้อสรุปที่แน่นอน ว่าการรักษาพยาบาลเช่นใด จะทำให้เกิดผลเช่นนั้นเสมอไป อีกทั้ง ในบางกรณี อาจจะเป็นไปไม่ได้เลยที่ผู้เสียหายจะสามารถพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำได้ เนื่องจากจะเกิดคำถามตามมาทันทีว่า

“แม้ไม่มีการกระทำความผิดของผู้ให้บริการสาธารณสุขแล้ว โดยพยาธิสภาพของผู้ป่วยเอง จะก่อให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นอยู่แล้วหรือไม่ ?”

เช่น ด.ช. ก ตกต้นไม้จึงไปพบแพทย์ เมื่อแพทย์ได้ทำการวินิจฉัยแล้ว ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ส่งผลให้ในเบื้องต้นตรวจไม่พบว่ามี ความผิดปกติที่แขนด้วย จึงไม่ได้ทำการรักษา ต่อมาจึงมีอาการอักเสบจนเกิดความผิดปกติในการเคลื่อนไหวอย่างถาวร เช่นนี้ ถ้าหากจะต้องพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการวินิจฉัยอย่างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของแพทย์ กับความผิดปกติในการเคลื่อนไหวแขนอย่างถาวรที่เกิดขึ้นของ ด.ช. ก แล้ว จะเกิดคำถามตามมาทันที คือ ความผิดปกติในการเคลื่อนไหวแขนอย่างถาวรนั้น เป็นผลที่เกิดจากการวินิจฉัยอย่างประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของแพทย์ จริงหรือไม่ เนื่องจาก ถ้าหากว่า ด.ช. ก ตกจากต้นไม้แล้ว ไม่ได้มีการวินิจฉัยของแพทย์ ด.ช. ก ก็คงยังคงเกิดความผิดปกติที่แขน ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดความผิดปกติในการเคลื่อนไหวแขนอย่างถาวรอยู่แล้วหรือไม่ ? ซึ่งถ้าหากเป็นเช่นนั้น ก็จะต้องถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำไม่ได้ เพราะแม้ไม่มีเหตุ ผลก็จะเกิดขึ้นอยู่นั่นเอง

ศาลในประเทศตะวันตกหลายประเทศ ไม่ว่าจะประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็มีการวางหลักในเรื่องการเรียกให้มีความรับผิดชอบในกรณีที่ทำให้เกิดการ “เสียโอกาส” (Perte de chance หรือ Loss of chance) กล่าวคือ การกระทำความผิดอาจไม่ได้ทำให้เกิดความเสียหายเช่นนั้นโดยตรง แต่การกระทำความผิดนั้น ทำให้ผู้เสียหายต้องเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากอันตรายนั้น หรือเสียโอกาสที่จะได้รับผลดีบางประการ อย่างเช่น ตัวอย่างเรื่อง ด.ช. ก ตกต้นไม้ที่กล่าวข้างต้น ถ้าหากสามารถพิสูจน์ได้ว่า การวินิจฉัยโดยประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของแพทย์ ทำให้ ด.ช. ก เสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงความผิดปกติในการเคลื่อนไหวแขนอย่างถาวร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ พิสูจน์ว่า ถ้าหากมีการวินิจฉัยอย่างถูกต้องตามหลักวิชาแล้ว ด.ช. ก จะได้รับการรักษาอย่างทันที่ และมีโอกาสที่จะไม่เกิดความผิดปกติในการเคลื่อนไหวแขนอย่างถาวร เช่นนี้ ด.ช. ก ก็จะได้รับเยียวยาในความเสียโอกาสนั้น ทั้งนี้การเรียกให้มีการรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสนี้ จะใช้เฉพาะในกรณีที่เป็นการรับผิดชอบทางแพ่งให้ชดเชยค่าเสียหายเท่านั้น ไม่นำไปใช้กับความรับผิดในทางอาญาซึ่งยึดถืออย่างเคร่งครัดว่าความเสียหายจะต้องเป็นความเสียหายที่เห็นอย่างชัดเจน ไม่ใช่ความเสียหายที่คาดว่าจะเกิดขึ้นได้

อย่างไรก็ตาม หลักเรื่องการเรียกให้มีความรับผิดชอบในกรณีที่ทำให้เกิดการเสียโอกาส ยังเป็นหลักที่ไม่ได้วางเป็นหลักเกณฑ์ที่แน่นอน หากแต่ยังได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่องในหลายๆประเทศรวมถึงประเทศฝรั่งเศส ในบทความนี้ จะขอกล่าวถึง ความรับผิดเนื่องจากการเสียโอกาส ในกรณีที่เป็นความรับผิดในการบริการสาธารณสุขในประเทศฝรั่งเศส โดยจะกล่าวถึงหลักในการรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาส (1) ซึ่งจะกล่าวถึง หลักเกณฑ์ในความรับผิดเนื่องจากการเสียโอกาส (1.1) และ หลักในการเยียวยาการเสียโอกาส (1.2) จากนั้นจะกล่าวถึง กรณีตัวอย่างที่สำคัญที่มีการเรียกให้รับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาส (2) ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยในประเทศฝรั่งเศส และมีประเด็นที่น่าสนใจนำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทยได้ ได้แก่ กรณีการทำให้เสียโอกาส เนื่องจากไม่แจ้งข้อมูลให้ผู้ป่วยทราบ (2.1) และการทำให้เสียโอกาสในการทำแท้ง เนื่องจากการวินิจฉัยที่ผิดพลาด (2.2) จากนั้น จึงนำมาสรุป

## 1. หลักในการรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสกรณีความรับผิดชอบในการบริการสาธารณสุขในกฎหมายฝรั่งเศส

การพัฒนาหลักความรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสนั้น เริ่มแรกจะพัฒนามาจากความรับผิดชอบในทางสัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา และการผิดสัญญานั้น ส่งผลให้คู่สัญญาอีกฝ่าย ซึ่งนอกจากจะได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการผิดสัญญานั้นโดยตรงแล้ว ก็ยังส่งผลให้โจทก์ต้องเสียโอกาสบางประการอีกด้วย<sup>11</sup> เช่น ก. รับจ้างตัดชุดที่ ข. ออกแบบ เพื่อใช้ในการประกวดออกแบบเสื้อผ้า แต่ ก. ส่งชุดให้ ข. ไม่ทันในวันประกวด ส่งผลให้ ข. ไม่มีชุดเข้าประกวด เช่นนี้ เท่ากับว่า ข. เสียโอกาสที่จะชนะการประกวดออกแบบเสื้อผ้า แต่จะถือว่า การผิดสัญญาของ ก. ทำให้ ข. ไม่ชนะการประกวดไม่ได้ เพราะแม้ ข. จะมีโอกาสในการเข้าร่วมการประกวด แต่ก็ไม่มียืนยันได้เลยว่า ข. จะชนะการประกวดถ้าหากได้เข้าร่วมการประกวดจริง ความเสียหายของ ข. จึงเป็นเพียง “การเสียโอกาส” เท่านั้น หรืออีกตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน คือ ทุนความไปยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นไม่ทันกำหนดเวลาที่ให้อุทธรณ์ เช่นนี้ เท่ากับทุนความทำให้ลูกความ “เสียโอกาส” ที่จะชนะคดี จะถือว่า ทุนความทำให้ลูกความแพ้คดีไม่ได้ เพราะแม้จะยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นทันกำหนดเวลาก็ตาม แต่ก็ไม่แน่นอนเช่นกันว่า ลูกความจะชนะคดี

หลักการเรียกให้คู่กรณีรับผิดชอบเนื่องมาจากการ “เสียโอกาส” นี้ ได้พัฒนาขึ้นเรื่อยมาในหลายๆ ประเทศในทวีปยุโรป รวมถึงประเทศฝรั่งเศสด้วย และครอบคลุมไปถึงกรณีที่เป็นความรับผิดชอบในการให้บริการสาธารณสุข โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เป็นกรณีวินิจฉัยโรค หรือการรักษาพยาบาล เนื่องจากการรักษาพยาบาลนั้น ไม่สามารถกำหนดเป็นผลลัพธ์ที่แน่นอนและชัดเจนได้เพราะผลการรักษา ยังขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่นๆ อีก เช่น พยาธิสภาพของโรค ความประพฤติของผู้ป่วย ตลอดจนสุขภาพของผู้ป่วยเอง ด้วยเหตุนี้ ทุกครั้งที่มีการเรียกให้ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุข ต้องรับผิดชอบเนื่องจากการรักษาพยาบาลที่ผิดหลักวิชานั้น จึงเกิดคำถามตามมาเสมอว่า “แม้ว่าจะได้มีการรักษาอย่างถูกต้องตามหลักวิชาแล้ว ความเสียหายนั้น จะยังเกิดขึ้นอยู่หรือไม่ ?” ซึ่งทำให้ยากแก่การพิสูจน์มาก และถ้าหากพิสูจน์ไม่ได้ ผู้เสียหาย ก็จะไม่ได้รับการเยียวยาเลย

อย่างไรก็ตาม เมื่อประเทศฝรั่งเศสได้มีการพัฒนาหลักความรับผิดชอบเนื่องมาจากการเสียโอกาสแล้ว การเรียกให้ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขรับผิดชอบโดยส่วนใหญ่ จึงเป็นการเรียกให้รับผิดชอบเนื่องจาก “การเสียโอกาส” ทั้งสิ้น ซึ่งศาลในฝรั่งเศส ทั้งศาลยุติธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลสูง หรือ ศาลฎีกา (Cour de Cassation) และศาลปกครอง ก็ได้มีการวางหลัก และพัฒนาหลักการดังกล่าวเรื่อยมา ในที่นี้ จะขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในความรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาส (1.1) และ หลักในการเยียวยาการเสียโอกาส (1.2) ซึ่งในเมื่อการเสียโอกาส ไม่ใช่ “ความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในท้ายที่สุด” (Préjudice final) ซึ่งจะต้องมีความชัดเจน และแน่นอน แล้ว การเยียวยาค่าเสียหาย ก็ย่อมต้องแตกต่างกันด้วย

### 1.1 หลักเกณฑ์ในความรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาส

ทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการเสียโอกาส เป็นการหาข้อยุติระหว่างความไม่แน่นอน และความแน่นอน กล่าวคือ การเสียโอกาสเป็นเรื่องที่ “ไม่แน่นอน” เนื่องจาก ไม่แน่ว่าถ้าหากปราศจากการกระทำ ความผิดแล้ว ความเสียหายนั้นจะยังคงเกิดขึ้นหรือไม่ หรือผู้เสียหายจะได้รับสิ่งที่คาดหวังนั้นไว้หรือไม่ ดังตัวอย่างเรื่องการประกวดออกแบบเสื้อผ้าข้างต้น ในขณะเดียวกัน การกล่าวว่า “เสียโอกาส” ก็ต้องมีความแน่นอน คือ ถ้าหากไม่มีการทำความผิดนั้นแล้ว โอกาสที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหาย หรือโอกาสที่จะได้รับสิ่งที่

<sup>11</sup>Lara Khoury. (2006). Uncertain causation in medical liability. Oxford and Portland : Oregon, p. 94

คาดหวังไว้นั้นย่อมมีอยู่ แต่การกระทำความผิดนั้นได้พรากโอกาสนั้นไป หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ต้องเป็นที่แน่นอนว่าโอกาสนั้นมีอยู่จริง<sup>12</sup>

ทั้งนี้ การวางหลักในเรื่องการเรียกให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขรับผิดชอบเนื่องจากทำให้เกิดการเสียโอกาสในประเทศฝรั่งเศสนั้น ไม่ได้บัญญัติอยู่ในกฎหมายอย่างชัดเจน หากแต่เป็นการวางหลักของคำพิพากษาซึ่งยังมีการพัฒนาอยู่อย่างต่อเนื่อง เช่นเดียวกับการสร้างหลักสมมติฐานว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล (La présomption du lien causal) นอกเหนือจากกรณีที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์ในความรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสจึงต้องศึกษาจากคำพิพากษาเป็นหลัก

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat) และศาลฎีกาฝรั่งเศส (Cour de Cassation) ได้มีคำวินิจฉัย และคำพิพากษาที่กล่าวถึงเรื่องผู้ให้บริการสาธารณสุขทำให้ผู้ป่วย “เสียโอกาส” ในช่วงแรกๆ ตั้งแต่กลางศตวรรษที่ 20 และในช่วงเวลาที่ใกล้ๆ กัน คือ ก่อน ค.ศ. 1965 ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยเรียกให้สถานพยาบาลของรัฐต้องรับผิดชอบและเยียวยาให้แก่ผู้ป่วยเนื่องจากการรักษาอย่างไม่ถูกต้องหลักวิชาส่งผลให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะไม่ต้องตัดขาทั้ง<sup>13</sup>

ใน ค.ศ. 1965 ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1965 ซึ่งเป็นกรณีที่ผู้เสียหาย (เด็กชายอายุ 8 ปี) ตกจากที่สูง และได้รับบาดเจ็บ แพทย์ที่เข้าทำการวินิจฉัยและรักษาคนแรก (จำเลย) ได้วินิจฉัยว่าผู้เสียหายมีอาการบาดเจ็บที่บริเวณต้นแขนและทำการรักษา แต่ปรากฏว่าผู้เสียหายยังคงมีอาการบาดเจ็บอยู่อย่างต่อเนื่องจนได้เข้ารับการรักษาอีกครั้งโดยแพทย์คนละคน และแพทย์คนหลังได้วินิจฉัยว่า แท้จริงแล้วอาการบาดเจ็บนั้นเกิดจากข้อศอกเคลื่อน ไม่ได้มีอาการบาดเจ็บบริเวณต้นแขนแต่อย่างใด ซึ่งมีการฟ้องร้องในเวลาต่อมาว่าจำเลยวินิจฉัยและรักษาไม่ถูกต้องหลักวิชา ทำให้ผู้เสียหายมีอาการบาดเจ็บที่ข้อศอกเป็นเวลานาน อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเบิกความจากพยานผู้เชี่ยวชาญแล้ว ก็ยังมีข้อสงสัยว่า แม้จะมีการวินิจฉัยอย่างถูกต้องและรักษาได้ทันท่วงทีแล้ว ก็ยังจะเกิดอาการบาดเจ็บอยู่เหมือนเดิมหรือไม่ ซึ่งข้อสงสัยดังกล่าวนี้เอง ทำให้ศาลชั้นต้นยกฟ้องโจทก์ เนื่องจากถือว่าขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (เพราะแม้ไม่มีการกระทำผิดแล้ว ผลก็อาจจะยังเกิดขึ้นอยู่ เท่ากับผลไม่ได้เกิดจากการกระทำนั้น) อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ได้กล่าวถึงเรื่องการเสียโอกาสว่า

“...ในด้านหนึ่ง...แพทย์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายก็ต่อเมื่อมีหลักฐานที่แน่ชัดว่าความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายและการกระทำความผิดที่ได้กล่าวอ้างถึง...ในอีกด้านหนึ่ง...การกระทำความผิดของแพทย์ได้พรากไปซึ่งโอกาสของผู้เสียหายที่จะได้รับการรักษา(อย่างทันท่วงที)...”

แต่สุดท้ายศาลฎีกาก็ไม่ได้พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสแต่อย่างใด<sup>14</sup>

ต่อมา ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1974 ซึ่งเป็นคำพิพากษาแรกที่ชัดเจนที่สุดที่เรียกให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขต้องรับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้เสียหายเสียโอกาสในการรอดชีวิต คดีดังกล่าวเป็นกรณีที่ศัลยแพทย์ (จำเลย) ได้ทำศัลยกรรมพลาสติกให้แก่ผู้ป่วย และในการทำศัลยกรรมพลาสติกนี้จะต้องมีการให้ยาชาโดยใช้ไซโลเคน ในกรณีนี้ ศัลยแพทย์ที่ทำการผ่าตัดเป็นผู้วางยาชาเองไม่ได้ใช้วิสัญญีแพทย์ซึ่งมี

<sup>12</sup>Cour de cassation. La causalité à l'épreuve de caractère multifactoriel des dommages. Retrieved April 1, 2015, from [https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2007\\_2640/etude\\_sante\\_2646/dommages\\_survenus\\_2650/etablissement\\_responsabilite\\_2651/caractere\\_multifactoriel\\_11383.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_survenus_2650/etablissement_responsabilite_2651/caractere_multifactoriel_11383.html).

<sup>13</sup>Ibid.

<sup>14</sup>สุดท้าย ศาลอุทธรณ์พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำในกรณีนี้มีความเป็นไปได้ที่ชัดเจนจนสามารถสร้างสมมติฐานได้ว่าความเจ็บปวดของผู้เสียหาย เกิดจากการวินิจฉัยและรักษาอย่างไม่ถูกต้องหลักวิชาของจำเลย ดังนั้น จำเลยจึงต้องรับผิดชอบในความเสียหายโดยตรง โปรดดู Lara Khoury. (2006). Uncertain causation in medical liability. Oxford and Portland : Oregon, p. 110 และ Cass.civ 1<sup>er</sup>, 14 décembre 1965



ความเชี่ยวชาญในการใช้ยาชาเข้ามาปฏิบัติการแต่อย่างใด และผลจากการใช้ยานั้น ทำให้ผู้ป่วยเกิดอาการช็อกและเสียชีวิต ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้วิสัญญีแพทย์รับผิดชอบเนื่องจากการไม่เรียกให้วิสัญญีแพทย์ซึ่งมีความเชี่ยวชาญในการใช้ยามากกว่ามาดำเนินการ ทำให้ผู้ป่วยหมดโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากอันตรายดังกล่าว ศัลยแพทย์ได้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาโดยให้เหตุผลว่าแม้ว่าจะมีการเรียกให้วิสัญญีแพทย์มาเป็นผู้ให้ยาชาแก่ผู้ป่วยจริง แต่ก็ไม่มีอะไรยืนยันได้ว่าผู้ป่วยจะไม่เกิดอาการช็อกถ้าหากให้วิสัญญีแพทย์เป็นผู้ดำเนินการ เท่ากับว่าขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล จึงไม่สามารถเรียกให้ตนรับผิดชอบได้ อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า

*“ความเสียหายนั้น (การเสียชีวิตของผู้ป่วย) อาจป้องกันได้ ถ้าหากมีโอกาส แต่(จำเลย)ได้ทำให้โอกาสนั้นหมดไป”<sup>15</sup>*

หลังจากนั้น ก็มีคำพิพากษาต่อๆ มาอีกมากมายที่เรียกให้ผู้ใช้บริการสาธารณสุข ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบวิชาชีพ หรือสถานพยาบาล ต้องรับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะรอดชีวิต หรือทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะหายเป็นปกติ อันเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลที่ไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการแพทย์ แต่ในช่วงแรกๆ หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ยังไม่นิ่ง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1982 ซึ่งเป็นกรณีที่แพทย์ (จำเลย) ฉีดอากาศเข้าไปในจมูกผู้ป่วยขณะที่กำลังผ่าตัดไขสันหลัง ทำให้เส้นเลือดแดงอุดตัน และผู้ป่วยเป็นอัมพาต ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบเนื่องจากการทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากอันตรายนั้น แม้ว่าผู้ป่วยจะมีอาการตกเลือดซึ่งเป็นภาวะที่เสี่ยงอยู่ก่อนแล้วก็ตาม แต่การกระทำของจำเลยก็ทำให้ผู้ป่วยต้องตกอยู่ในความเสี่ยงมากยิ่งขึ้น<sup>16</sup> แต่ศาลฎีกากลับคำพิพากษาโดยให้เหตุผลว่า การใช้หลักเรื่องการเสียโอกาสเป็นการใช้เพื่อประเมินความเสียหายเท่านั้น ในเมื่อขาดความสัมพันธ์ที่ชัดเจนระหว่างการกระทำและผลแล้วก็ไม่สามารถเรียกให้จำเลยรับผิดชอบได้<sup>17</sup>ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวนี้เป็นกรณีตีความ และจำกัดการใช้หลักเรื่องการเสียโอกาสอย่างเคร่งครัด จนแทบจะบังคับใช้ไม่ได้เลย

อย่างไรก็ตาม ต่อมาศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1985 ซึ่งเป็นการนำหลักเรื่องการเสียโอกาสมาปรับใช้ในแนวทางก่อนที่จะมีคำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 1982 โดยที่คดีที่พิพากษาใน ค.ศ. 1985 เป็นกรณีที่คณะแพทย์ผู้ทำการรักษาผู้ป่วยได้ดำเนินการรักษาโดยการฉายรังสีที่บริเวณสะโพกของผู้ป่วย ซึ่งแท้จริงแล้วไม่มีความจำเป็นที่จะต้องรักษาด้วยวิธีการดังกล่าวเลย ผลจากการฉายรังสีทำให้เนื้อเยื่อบริเวณที่ถูกฉายรังสีอ่อนแอลง ต่อมา แพทย์ที่อยู่ในคณะแพทย์ที่ทำการรักษาดังกล่าวได้ใส่ยิวะเทียมให้แก่ผู้ป่วย และไม่กี่เดือนต่อมาก็เกิดการฉีกขาดขึ้น ทั้งนี้ ศาลฎีกาได้พิพากษาว่าแม้ว่าการฉีกขาดจะสามารถเกิดขึ้นได้เสมอแม้จะไม่ได้มีการฉายรังสีก็ตาม แต่การฉายรังสีมีส่วนที่ทำให้เนื้อเยื่อในบริเวณดังกล่าวอ่อนแอ ทำให้เกิดการฉีกขาดได้ง่ายยิ่งขึ้น ดังนั้น คณะแพทย์จึงต้องรับผิดชอบที่ทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากความเสียหายดังกล่าว โดยศาลฎีกาได้ให้เหตุผลไว้ด้วยว่า

*“การกระทำความผิดของแพทย์ (การฉายรังสีเพื่อรักษาผู้ป่วยซึ่งที่ไม่มีความจำเป็น) มีความสัมพันธ์กับการทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาส...”<sup>18</sup>*

คำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการเสียโอกาสในคดีการบริการสาธารณสุขก็เป็นไปในแนวทางนี้มาโดยตลอด จนสามารถสรุปเป็นหลักได้ว่า ในกรณีที่มีการฟ้องร้องให้ผู้ใช้

<sup>15</sup>Cass civ 1<sup>er</sup> , 17 janvier 1974

<sup>16</sup>เหตุที่ไม่สามารถเรียกให้จำเลยรับผิดชอบเพราะทำให้ผู้ป่วยเป็นอัมพาตได้โดยตรง เนื่องจาก อากาศอาจเข้าไปในจมูกระหว่างทำการผ่าตัดได้ แม้ว่าแพทย์จะไม่ได้ฉีดอากาศเข้าไปก็ตาม จึงขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (ความเสียหายนั้นอาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน แม้ไม่มีความผิดของแพทย์)

<sup>17</sup>Cass. Civ 1<sup>er</sup> , 17 novembre 1982, Bull.1982, I, n.333, pourvoi 81-13.530

<sup>18</sup> Cass.civ 1<sup>er</sup> , 8 janvier 1985, Bull.1985 ; I, n. 10, p. 10, pourvoi n. 8314.852

บริการสาธารณสุขต้องรับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสนั้น นอกจากจะต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าผู้ให้บริการสาธารณสุขมีความผิดแล้ว ก็จะต้องมีเงื่อนไขต่อไปด้วย<sup>19</sup> นั่นคือ

**ประการที่หนึ่ง การเสียโอกาสถือว่าเป็นความเสียหายที่แยกต่างหากจากความเสียหายสุดท้าย (Préjudice final)** กล่าวคือ ปัจจุบัน ศาลฝรั่งเศสถือว่าการเสียโอกาส เป็นการประมาณความเสียหาย (quantification du dommage) จึงถือว่าเป็นความเสียหายลักษณะหนึ่งที่ยกออกจากความเสียหายสุดท้ายที่มีลักษณะแน่นอน ดังนั้น โจทก์ที่ฟ้องร้องเพราะต้องการเรียกให้จำเลยรับผิดชอบจะต้องกำหนดในคำฟ้องให้ชัดเจนว่าต้องการให้จำเลยรับผิดชอบและเยียวยาที่ทำให้โจทก์เสียโอกาส ไม่ใช่ฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบเนื่องจากทำให้เกิดความเสียหายสุดท้ายแต่เพียงอย่างเดียว แล้วพอพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำไม่ได้แล้ว ศาลจะเรียกให้จำเลยชดใช้ค่าเสียหายเนื่องจากการเสียโอกาสโดยอัตโนมัติ

เช่น นาย ก. เป็นโรคมะเร็งที่ปอด และมีอาการในระยะที่สองก็เข้าตรวจวินิจฉัยกับ ข. ซึ่งเป็นแพทย์ แต่ ข. ทำการวินิจฉัยไม่ถูกหลักวิชาทำให้ตรวจไม่พบที่นาย ก. เป็นมะเร็ง จนกระทั่ง ค. ซึ่งเป็นแพทย์อีกคนตรวจพบว่านาย ก. เป็นมะเร็ง แต่ช่วงที่ตรวจพบนั้น ก็เป็นมะเร็งระยะสุดท้ายแล้ว และนาย ก. เสียชีวิตเนื่องจากโรคร้ายดังกล่าว เช่นนี้ ถ้าหาก ญาติของนาย ก. ฟ้องให้ ข. ซึ่งเป็นแพทย์ผู้ตรวจรายแรกที่วินิจฉัยโรคไม่ถูกตามหลักวิชา รับผิดชอบในความตายของนาย ก. เช่นนี้ ถ้าหากพิสูจน์ไม่ได้ว่าการวินิจฉัยโรคไม่ถูกนั้น เป็นผลโดยตรงที่ทำให้นาย ก. เสียชีวิต ศาลก็จะไม่พิพากษาให้โจทก์ได้รับการเยียวยา (และโอกาสที่จะพิสูจน์ไม่ได้มีสูงมาก เนื่องจาก แม้จะมีการวินิจฉัยอย่างถูกต้อง นาย ก. ก็อาจเสียชีวิตอยู่นั่นเองเนื่องจากโรคมะเร็งปอด เพราะการวินิจฉัยพบแต่เนิ่นๆ อาจทำให้นาย ก. เข้ารับการรักษาได้เร็วกว่านี้ แต่ก็ไม่มีอะไรรับประกันได้ว่านาย ก. จะไม่เสียชีวิตอย่างแน่นอน) ด้วยเหตุนี้ ถ้าหากโจทก์ต้องการให้ศาลพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบเนื่องจากทำให้นาย ก. เสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากความเสียหายคือความตาย โจทก์ก็ต้องระบุไว้ให้ชัดเจนว่า เป็นการฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้ตายเสียโอกาสที่จะรอดชีวิต

**ประการที่สอง โอกาสที่ถูกกล่าวอ้างว่าทำให้เสียไปนั้น ต้องเป็นโอกาสที่แน่ชัดว่ามีอยู่จริง** ดังนั้น ถ้าหากผลการพิสูจน์ได้แสดงให้เห็นว่าแม้ว่าจะไม่มีการกระทำความผิดเลย ผู้ป่วยก็ต้องได้รับผลร้ายอย่างแน่นอนโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่นนี้ ถือว่าโอกาสที่กล่าวอ้างว่าถูกพรากไปนั้นไม่มีอยู่จริง เช่น นาย ก. ถูกยิงได้รับบาดเจ็บสาหัส เมื่อมาถึงโรงพยาบาล ปรากฏว่าโรงพยาบาลไม่มีแพทย์อยู่เวรที่แผนกฉุกเฉินตามมาตรฐานที่กำหนด ทำให้ไม่มีแพทย์มารักษานาย ก. และนาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ ถ้าหากต่อมาสามารถพิสูจน์ได้ว่าแม้ว่าจะทางโรงพยาบาลจะจัดให้มีแพทย์อยู่เวรที่แผนกฉุกเฉินตามมาตรฐานที่กำหนด และมีแพทย์รักษานาย ก. ทันเวลาก็ตาม แต่ด้วยพยาธิสภาพของนาย ก. แล้ว ไม่ว่าจะอย่างไร นาย ก. ก็ต้องเสียชีวิตอยู่นั่นเอง เช่นนี้ ถือว่าโอกาสที่นาย ก. จะรอดชีวิตนั้น ไม่เคยมีอยู่ ญาติของนาย ก. จะฟ้องร้องให้สถานพยาบาลรับผิดชอบเนื่องจากทำให้นาย ก. เสียโอกาสที่จะรอดชีวิตไม่ได้

**ประการที่สาม ต้องมีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดและการเสียโอกาสนั้น** นั่นคือ นอกจากโจทก์จะต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิดของจำเลย และโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากความเสียหายนั้น มีอยู่จริงแล้ว โจทก์ก็ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่า การกระทำความผิดของจำเลยนั้นทำให้โอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากความเสียหายถูกพรากไป ซึ่งเป็นการพิสูจน์ที่ง่ายกว่าการพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำความผิดและผลเสียหายสุดท้ายที่เกิดจากการกระทำความผิด เนื่องจากการพิสูจน์ดังกล่าวจะต้องพิสูจน์ให้เห็นเป็นที่แน่ชัดว่า ถ้าหากไม่มีการกระทำความผิดนั้นแล้ว ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้น แต่การพิสูจน์ว่าการกระทำความผิดมี

<sup>19</sup> Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris, p. 494

ความสัมพันธ์ระหว่างการเสียโอกาสนั้น เป็นเพียงการพิสูจน์ว่าการกระทำความผิดมีส่วนทำให้โอกาสนั้นหมดไปเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้จะเป็นที่แน่ชัดว่าการฟ้องร้องให้มีการรับผิดชอบเนื่องจากเสียโอกาสจะต้องมีการพิสูจน์ครบตามเงื่อนไขข้างต้น แต่คำพิพากษาศาลก็ยังมีการกำหนด “ความเคร่งครัด” ของเงื่อนไขแต่ละข้อแตกต่างกันอยู่บ้าง กล่าวคือ แม้ว่าโดยหลักแล้ว ศาลจะยึดถือเสมอว่าการกล่าวอ้างว่า “เสียโอกาส” นั้น จะต้องเป็นกรณีที่เป็นการที่แน่นอนอย่างชัดเจนว่าโอกาสนั้นมีอยู่จริง<sup>20</sup> อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ศาลฎีกาก็มีคำพิพากษาว่าการเสียโอกาสนั้นสามารถเรียกร้องให้อีกฝ่ายเยียวยาความเสียหายได้ แม้ว่าความเป็นไปได้ของโอกาสนั้นจะมีอยู่น้อยเพียงใดก็ตาม<sup>21</sup>

## 1.2 หลักเกณฑ์ในการเยียวยาเนื่องจากการเสียโอกาส

ถ้าหากโจทก์สามารถพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิด และสามารถพิสูจน์เรื่องการเสียโอกาสได้ครบตามเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ศาลก็จะพิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบและเยียวยาให้โจทก์เนื่องจากทำให้โจทก์เสียโอกาส โดยการเยียวยาให้โจทก์เนื่องจากทำให้โจทก์เสียโอกาสนั้น จะต่างจากการเยียวยาในกรณีที่เป็นการพิสูจน์ได้อย่างชัดเจนและแน่นอนว่าการกระทำของจำเลยมีผลโดยตรงต่อความเสียหายสุดท้ายของโจทก์ เนื่องจากการฟ้องให้จำเลยรับผิดชอบเนื่องจากทำให้โจทก์ “เสียโอกาส” เป็นเพียงเรื่องของการมี “ความเป็นไปได้” เท่านั้น ว่าถ้าหากไม่มีการกระทำความผิดของจำเลยแล้วผลร้ายอาจไม่เกิดขึ้น หรืออาจได้รับผลที่ดีขึ้นในบางประการ ดังนั้น ถ้าหากจะให้จำเลยต้องรับผิดชอบและเยียวยาค่าเสียหายให้โจทก์เต็มจำนวนเพราะหนึ่งว่าการกระทำของจำเลยเป็นผลโดยตรงที่ทำให้เกิดความเสียหาย ก็ดูจะไม่เป็นธรรมกับจำเลยเช่นกัน

ด้วยเหตุนี้ ศาลไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง ก็ได้วางหลักไปในทางเดียวกันว่าการเยียวยาในกรณีที่เป็นการเสียโอกาสนั้น จะเป็นการเยียวยาให้เพียงบางส่วนของความเสียหายจริงเท่านั้น เช่น คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 2008 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์วินิจฉัยว่าสถานพยาบาลต้องรับผิดชอบเนื่องจากมีการกระทำความผิดที่ทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสที่จะหลีกเลี่ยงจากการที่รูดหนักจนอันตรายถึงชีวิต แต่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์วินิจฉัยให้สถานพยาบาลต้องชดเชยค่าเสียหายที่ทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายเต็มจำนวน อย่างไรก็ตาม สถานพยาบาลได้อุทธรณ์คำวินิจฉัยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยยืนตามศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในประเด็นเรื่องการให้สถานพยาบาลรับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาส แต่กลับคำวินิจฉัยในประเด็นการเยียวยาความเสียหายโดยวินิจฉัยให้สถานพยาบาลใช้ค่าเสียหายเพียงบางส่วนเท่านั้น<sup>22</sup>

ทั้งนี้ ในการคำนวณว่าผู้กระทำความผิดจะต้องเสียค่าเสียหายบางส่วนเพื่อเยียวยาให้แก่ผู้ป่วยมาน้อยเพียงใดนั้น โดยทั่วไปแล้ว ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองจะพิจารณาจากรายงานของผู้เชี่ยวชาญเป็นสำคัญเพื่อพิพากษาหรือวินิจฉัยว่า ค่าเสียหายเพียงบางส่วนที่ผู้กระทำความผิดจะต้องเยียวยาให้แก่ผู้เสียโอกาสนั้น ควรเป็นจำนวนเท่าใด<sup>23</sup>

## 2. กรณีตัวอย่างที่สำคัญที่มีการเรียกให้รับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสในประเทศฝรั่งเศส

<sup>20</sup> Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 22 mars 2012, n. de pourvoi 11-10935 11-11237

<sup>21</sup> Cass, civ 1<sup>er</sup>, 16 janvier 2013

คำพิพากษาข้างต้นนี้ ไม่ใช่กรณีที่เป็นการเรียกให้รับผิดชอบเพราะทำให้โจทก์เสียโอกาสในการบริการสาธารณสุข แต่เป็นการฟ้องให้มีการรับผิดชอบในการเสียโอกาส เนื่องจากทนายความไม่ยื่นฟ้องอุทธรณ์ แต่ที่สะท้อนให้เห็นถึงการตีความในเรื่อง “ความเป็นไปได้” ของโอกาสโดยศาลฎีกาว่ายึดถือเคร่งครัดเพียงใด

<sup>22</sup> CE, 21 mars 2008, n. 303157

<sup>23</sup> Ibid.

การเรียกให้ผู้กระทำความผิดรับผิดชอบเนื่องจากทำให้เสียโอกาสนั้น ถูกนำมาปรับใช้บ่อยครั้งในกรณีที่ต้องเรียกให้มีการรับผิดชอบในการบริการสาธารณสุขเนื่องจากความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ ซึ่งทำให้การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการทำและผลของการกระทำนั้นเป็นไปได้ยาก ในที่นี้ จะขอกกล่าวถึงกรณีที่มีการนำเรื่องหลักการเสียโอกาสมาปรับใช้เป็นอย่างมากในปัจจุบัน ได้แก่ การเสียโอกาสเนื่องจากการไม่ได้รับแจ้งข้อมูลอย่างถี่ถ้วนในการรักษาพยาบาล (2.1) และกรณีที่มีการวิพากษ์วิจารณ์ ตลอดจนมีคดีที่คล้ายคลึงกันเกิดในประเทศไทยด้วย คือ การเสียโอกาสในการทำแท้ง (2.2)

## 2.1 การเสียโอกาสเนื่องจากการไม่ได้รับแจ้งข้อมูลอย่างถี่ถ้วนในการรักษาพยาบาล

ประมวลกฎหมายสาธารณสุข (Code de la santé publique) กำหนดให้ผู้ประกอบวิชาชีพสาธารณสุขมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลให้แก่ผู้เข้ารับการรักษา โดยบัญญัติให้ “บุคคลทุกคนมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพสุขภาพของตนเอง” (Toute personne a le droit d’être informée sur son état de santé.) เท่ากับว่ากำหนดสิทธิให้แก่ผู้เข้ารับการรักษา และกำหนดหน้าที่ให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูล โดยข้อมูลที่จะต้องแจ้งนั้น ประกอบด้วย ข้อมูลเกี่ยวกับวิธีการที่ต่างกันในการตรวจ การรักษา และการปฏิบัติการเพื่อป้องกันโรค ผลกระทบที่จะเกิดขึ้น ความเสี่ยงที่เกิดขึ้นบ่อย หรือความเสี่ยงที่รุนแรงซึ่งคาดหมายได้ รวมถึงผลกระทบและความเสี่ยงที่จะเกิดขึ้นของทางเลือกอื่น ๆ ที่เสนอเพื่อแก้ปัญหาความเสี่ยงดังกล่าว ตลอดจนผลกระทบที่คาดเห็นได้ในกรณีที่ปฏิเสธการรักษา นั้น เว้นแต่ว่าเป็นกรณีฉุกเฉิน หรือเป็นไปได้ที่จะแจ้งข้อมูลดังกล่าว และการแจ้งข้อมูลให้ทราบนี้ ก็เป็นหลักสำคัญที่ต้องทำก่อนได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยในการทำการรักษาด้วย<sup>24</sup>

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ให้บริการสาธารณสุขไม่ได้ให้ข้อมูลที่ครบถ้วนเพียงพอแก่ผู้เข้ารับบริการสาธารณสุข และผลจากการยินยอม หรือไม่ยินยอมในการรักษานั้น ทำให้เกิดผลร้ายตามมา เช่นนี้ จึงเกิดปัญหาในประเด็นเรื่องความรับผิดชอบตามมา เช่น นาย ก. เป็นมะเร็งที่ลำไส้ ได้เข้ารับการตรวจรักษาจากนายแพทย์ ข. ซึ่งเป็นแพทย์ผู้เชี่ยวชาญเรื่องโรคมะเร็ง นายแพทย์ ข. เห็นว่า ควรจะรักษาด้วยการฉายรังสี และได้แจ้งกับนาย ก. แต่ไม่ได้บอกนาย ก. ว่า การรักษาโรคมะเร็งด้วยการฉายรังสีนั้นจะทำให้เกิดความเสี่ยงที่จะมีผลข้างเคียงอะไรบ้าง และมีวิธีการใดในการบรรเทาผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้น ตลอดจนมีทางเลือกอื่นในการรักษาหรือไม่ แต่ละทางเลือกมีข้อดีข้อเสียอย่างไร เมื่อนาย ก. ได้ยินยอมในการเข้ารับการรักษาด้วยการฉายรังสีแล้ว หากปรากฏว่านาย ก. ได้รับผลร้ายจากผลข้างเคียงที่เกิดจากการฉายรังสีดังกล่าวแล้ว นาย ก. จะเรียกให้นายแพทย์ ข. (หรือสถานพยาบาลที่นายแพทย์ ข. สังกัดอยู่) รับผิดชอบในผลร้ายที่เกิดจากผลข้างเคียงนั้นได้หรือไม่

จะเห็นได้ว่า ถ้าหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายสาธารณสุขของฝรั่งเศสแล้ว นายแพทย์ ข. มีความผิด คือไม่แจ้งข้อมูลที่กฎหมายกำหนดให้ต้องแจ้งแก่ผู้เข้ารับบริการสาธารณสุขให้ครบถ้วน และมีความเสียหายที่เกิดขึ้นกับ นาย ก. คือ การได้รับผลข้างเคียงจากการฉายรังสี แต่เมื่อพิจารณาในเรื่องความสำคัญระหว่างการทำและผลของการกระทำแล้ว จะเห็นได้ว่าระหว่างการทำ ความผิด คือการไม่แจ้งข้อมูลและความเสียหายนั้น ไม่มีความสัมพันธ์กัน เพราะผลข้างเคียงนั้นเกิดจากการฉายรังสี ไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการไม่แจ้งข้อมูลให้ครบถ้วน

ด้วยเหตุนี้ ในประเทศฝรั่งเศส การฟ้องให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขรับผิดชอบเนื่องจากการไม่ให้ข้อมูลที่ครบถ้วนนั้น จึงมักเป็นการฟ้องให้รับผิดชอบเนื่องจากทำให้ผู้รับบริการ “เสียโอกาส” ที่จะหลีกเลี่ยงจากความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจาก ถ้าหากมีการแจ้งข้อมูลให้ทราบโดยครบถ้วนแล้ว ผู้รับบริการอาจไม่ยินยอมที่จะรับการรักษา (ผลข้างเคียงดังกล่าวก็จะไม่เกิดขึ้น) หรือเลือกวิธีการรักษาอื่นซึ่งจะทำให้ผู้รับบริการหลีกเลี่ยงความ

<sup>24</sup> ประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตรา L.1111-2 (Code de la santé publique, article L.1111-2)

เสียหายที่เกิดขึ้นนั้นได้ แต่ก็ไม่เป็นที่แน่นอนเช่นกันว่า ถ้าหากได้รับข้อมูลครบถ้วนแล้ว ผู้รับบริการจะตัดสินใจอย่างไร ดังนั้น คำถามสำคัญที่เกิดขึ้นเมื่อมีการฟ้องให้รับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสนั้น ก็คือ

“ถ้าหากผู้รับบริการได้รับทราบข้อมูลอย่างครบถ้วนจากผู้รับบริการแล้ว การตัดสินใจ (หรือการให้ความยินยอม) ของผู้รับบริการจะเปลี่ยนไปหรือไม่”<sup>25</sup>

ทั้งนี้ ถ้าหากมีโอกาสที่การตัดสินใจของผู้รับบริการจะเปลี่ยนไปถ้าหากได้รับข้อมูลจากผู้ให้บริการอย่างครบถ้วน ก็เท่ากับว่ามีการเสียโอกาสเกิดขึ้นจริง อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเรื่องการตัดสินใจของผู้รับบริการว่าจะเปลี่ยนไปหรือไม่ เป็นการพิจารณาที่ยากมาก เพราะถ้าหากเชื่อคำให้การของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงอย่างเดียว ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ย่อมต้องอ้างอยู่บนเองว่า ถ้าหากได้รับข้อมูลอย่างถี่ถ้วนแล้วจะไม่ตัดสินใจเช่นนั้น ดังนั้น ที่ผ่านมา ศาลฝรั่งเศสจึงใช้วิธีพิจารณาจากข้อเท็จจริงว่า ถ้าหากเป็นที่เห็นได้ว่าแม้ผู้รับบริการสาธารณสุขจะได้รับทราบข้อมูลอย่างครบถ้วนแล้ว ก็ยังคงตัดสินใจให้ความยินยอมในการเข้ารับการรักษา เช่นเดิมหรือไม่<sup>26</sup> เพราะถ้าหากไม่ว่าจะอย่างไร ผู้รับบริการก็จะตัดสินใจอย่างเดิม ก็จะถือว่า การไม่แจ้งข้อมูลนั้นไม่ได้ทำให้ผู้รับบริการสาธารณสุขเสียโอกาส

เช่น กรณีคำพิพากษาศาลฎีกาลงวันที่ 16 ธันวาคม ค.ศ. 2007<sup>27</sup> ซึ่งเดิม ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยว่าการที่แพทย์ผู้ทำการรักษา ไม่ได้แจ้งข้อมูลเรื่องความเสี่ยงในการผ่าตัดให้แก่ผู้ป่วย ว่าการผ่าตัดจะมีผลข้างเคียงที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ แม้ว่าความเสี่ยงดังกล่าวนั้นจะเป็นความเสี่ยงที่เกิดขึ้นได้ยาก แต่ก็มีความเสี่ยงที่เป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปว่าอาจเกิดขึ้นได้ และไม่มีเหตุอะไรที่แสดงให้เห็นว่าเป็นเหตุฉุกเฉินที่จะทำให้แจ้งข้อมูลก่อนทำการรักษาไม่ได้ จึงพิพากษาให้การไม่แจ้งข้อมูลดังกล่าวทำให้เสียโอกาสในการหลีกเลี่ยงการที่ต้องพบกับความเสี่ยงนั้น

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ โดยให้เหตุผลว่า แม้ว่าเหตุการณ์ดังกล่าวจะไม่ใช่กรณีฉุกเฉินที่จะทำให้ไม่อาจแจ้งข้อมูลได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงทั้งหมดประกอบกัน คือ ความสาหัสของความเจ็บป่วยที่เกิดกับหัวใจของผู้ป่วย (ซึ่งมีความรุนแรงมาก) และอาการของผู้ป่วยที่กำลังร้ายแรงรวดเร็ว ประกอบกับข้อมูลจากพยานผู้เชี่ยวชาญ ที่เบิกความว่า ความเสี่ยงดังกล่าวที่แพทย์ไม่ได้แจ้งแก่ผู้ป่วยนั้น เป็นความเสี่ยงที่มีโอกาสเกิดขึ้นน้อยมาก ข้อมูลเหล่านี้ ได้แสดงให้เห็นว่า ผู้ป่วยน่าจะตัดสินใจให้ดำเนินการรักษาด้วยการผ่าตัดดังกล่าวเช่นเดิม แม้ว่ามีความเสี่ยง จึงไม่อาจกล่าวได้ว่า การไม่แจ้งข้อมูลดังกล่าวนั้น ทำให้ผู้ป่วยเสียโอกาสในการหลีกเลี่ยงจากความเสียหายที่เกิดจากความเสี่ยง

## 2.2 การเสียโอกาสในการทำแท้ง

ประมวลกฎหมายสาธารณสุขฝรั่งเศสกำหนดให้การทำแท้งสามารถทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายสองกรณี คือ หนึ่ง การทำแท้งเนื่องจากความสมัครใจของมารดา (L'interruption volontaire de grossesse หรือ IVG) ซึ่งเป็นการทำแท้งที่ไม่มีเงื่อนไขจำกัดเหตุผล นั่นคือ มารดาจะร้องขอให้แพทย์ทำแท้งให้ตนด้วยเหตุผลอะไรก็ได้ แต่มีเงื่อนไขจำกัดอายุครรภ์ เพราะกฎหมายกำหนดให้การทำแท้งในกรณีนี้ ต้องทำก่อนที่ครรภ์จะมีอายุครบสิบสองสัปดาห์เท่านั้น<sup>28</sup> สอง การทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์ (L'interruption médicale de grossesse หรือ IMG) ซึ่งไม่มีเงื่อนไขในการจำกัดอายุครรภ์ นั้นหมายความว่า มารดาจะทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์เมื่อมีอายุครรภ์เท่าใดก็ได้ แต่มีเงื่อนไขจำกัดเรื่องเหตุผลในการทำแท้ง กล่าวคือ การทำแท้งเนื่องจากเหตุผลทางการแพทย์นั้น จะต้องมิแพทย์สองคนยืนยันหลังจากที่ได้ทำการ

<sup>25</sup> Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris, p. 494

<sup>26</sup> Ibid

<sup>27</sup> Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 16 décembre 2007, n. de pourvoi 06-19301

<sup>28</sup> ประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตรา L. 2212-1 (Code de la santé publique, article L.2212-1)

วินิจฉัยแล้ว และเห็นว่า การตั้งครุภนั้นจะเป็นอันตรายต่อสุขภาพของมารดา หรือมีความเป็นไปได้สูงมากกว่า ทารกที่เกิดมานั้นจะเป็นโรคร้ายที่มีลักษณะรุนแรงและไม่สามารถรักษาได้ด้วยวิทยาศาสตร์ทางการแพทย์ในขณะนั้น<sup>29</sup>

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาเรื่องการเยียวยาผู้เสียหายเนื่องจากการเสียโอกาสนั้น จึงแบ่งออกเป็นสองกรณี เนื่องจากการทำแท้งทั้งสองกรณีนี้นั้น มีความเป็นไปได้ที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ ถ้าหากเป็นกรณีการทำแท้งด้วยความสมัครใจของมารดานั้นจะขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของมารดาแต่เพียงผู้เดียว ในขณะที่ถ้าหากเป็นการทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์นั้น ต้องขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของแพทย์ด้วยว่าจะยอมให้ทำแท้งหรือไม่ ดังนั้น จึงขอแยกกล่าวถึง ดังนี้

- การเสียโอกาสในการทำแท้งกรณีการทำแท้งด้วยความสมัครใจของมารดา

การพิจารณาเรื่องการเสียโอกาสในการทำแท้งซึ่งเป็นการทำแท้งด้วยความสมัครใจของมารดานั้น มักจะเกิดจากการวินิจฉัยสภาพของทารกในครรภ์มารดาผิดปกติ หรือการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสุขภาพของมารดาแบบไม่ถูกต้อง และในขณะนั้นอายุครรภ์ยังไม่ถึงสิบสองเดือน ทำให้เข้าเงื่อนไขที่มารดาจะร้องขอให้แพทย์ทำแท้งให้ได้ และเมื่อมีการให้ข้อมูลผิดพลาด เช่น อาจจะตรวจสุขภาพมารดาแล้ววินิจฉัยไม่ถูกหลักวิชา ทำให้ตรวจไม่พบว่ามารดามีโรคร้ายที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตถ้าหากยังตั้งครุภต่อไป เมื่อแจ้งผลตรวจว่าปกติ ทำให้มารดาไม่ตัดสินใจขอให้แพทย์ทำแท้ง แต่ปรากฏว่าผลของโรคร้ายนั้นทำให้เกิดความเสียหายแก่มารดา หรือกรณีที่วินิจฉัยทารกในครรภ์อย่างไม่ถูกหลักวิชา ทำให้ไม่พบว่าทารกในครรภ์มีความผิดปกติ เช่น พิการอย่างร้ายแรง เมื่อแจ้งผลตรวจว่าทารกในครรภ์ปกติ ทำให้มารดาไม่ตัดสินใจทำแท้ง และเมื่อคลอดทารกออกมา ก็พบว่ามีความพิการอย่างรุนแรงที่ไม่สามารถรักษาได้ เป็นต้น

การฟ้องให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขเยียวยาแก่ผู้รับบริการเนื่องจากทำให้เสียโอกาสในการทำแท้งด้วยความสมัครใจนั้น นอกจากจะต้องพิสูจน์ว่ามีการกระทำความผิด (เช่น การวินิจฉัยที่ไม่ถูกหลักวิชา) และพิสูจน์ว่าโอกาสที่เสียไปนั้นมีอยู่จริง (ซึ่งเป็นที่แน่ชัดว่าโอกาสนั้นมีอยู่จริง เพราะเป็นการทำแท้งที่เกิดขึ้นโดยความสมัครใจ) ก็ต้องพิสูจน์ด้วยว่า การกระทำความผิดนั้นมีผลต่อการตัดสินใจของมารดาที่จะไม่ทำแท้ง ซึ่งเป็นการพิสูจน์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั้นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่า “ถ้าหากมารดาได้รับผลการวินิจฉัยที่ถูกต้องแล้ว มารดาจะตัดสินใจทำแท้งหรือไม่” เพราะถ้าหากไม่ว่าอย่างไร มารดาก็จะไม่ตัดสินใจทำแท้งอยู่ดี ก็เท่ากับว่าขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ เพราะไม่ว่าอย่างไร โอกาสนั้นก็ต้องเสียไปอยู่นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม การพิสูจน์ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำในกรณีนี้ ถ้าหากฟังการเบิกความของโจทก์แต่เพียงอย่างเดียว ก็อาจจะไม่เป็นธรรมแก่จำเลย เนื่องจาก การจะตัดสินใจว่าทำแท้งหรือไม่ทำแท้งในกรณีที่เป็นการทำแท้งโดยสมัครใจนั้น เป็นการตัดสินใจของมารดาแต่เพียงฝ่ายเดียว ดังนั้น การพิพากษาให้โจทก์ได้รับการเยียวยาได้เนื่องจากการเสียโอกาสในการทำแท้งด้วยความสมัครใจนั้น ศาลจึงมักวางหลักในคำพิพากษาให้เห็นเสมอว่า มารดาจะต้องแสดงออกอย่างชัดเจนว่าตนประสงค์จะขอให้แพทย์ทำแท้งให้ ในกรณีที่ตรวจพบว่าทารกพิการ หรือตนเป็นโรคร้ายที่อาจเป็นอันตรายถ้าหากได้ตั้งครุภต่อไป

เช่น คำพิพากษาศาลฎีกา (ที่ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน ค.ศ. 2000<sup>30</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่มารดาซึ่งตั้งครุภและมีอายุครรภ์ไม่เกินสองเดือน ได้ป่วยเป็นหัดเยอรมันและได้รับการรักษาในขณะที่ตั้งครุภ ซึ่งขณะนั้นอายุครรภ์ยังไม่เกินสิบสองสัปดาห์ ทำให้มารดาที่อุ้มครรภ์อยู่เกรงว่าจะเกิดผลกระทบต่อทารก เพราะการป่วยดังกล่าวอาจทำให้ทารกพิการได้ และได้เข้ารับการตรวจวินิจฉัยด้วยการอัลตราซาวด์จาก

<sup>29</sup> ประมวลกฎหมายสาธารณสุข มาตรา L. 2213-1 (Code de la santé publique, article L.2213-1)

<sup>30</sup> Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 17 novembre 2000, n. de pourvoi 99-13701

แพทย์ และแพทย์ผู้ทำการวินิจฉัยได้แจ้งต่อมารดาว่าทารกในครรภ์เป็นปกติดี แต่ปรากฏว่าทารกที่คลอดออกมานั้นมีความพิการอย่างรุนแรงเนื่องจากการติดเชื้อหัดเยอรมันขณะที่ตั้งครรภ์ จึงเกิดการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากสถานพยาบาลอันเนื่องมาจากการวินิจฉัยที่ผิดพลาด ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาให้สถานพยาบาลใช้เยียวยาให้แก่โจทก์ เนื่องจากทำให้เสียโอกาสที่จะทำแท้งด้วยความสมัครใจ เพราะมารดาที่ตั้งครรภ์ในคดีนี้ได้แสดงเจตนาอย่างชัดเจนตั้งแต่แรกว่า ถ้าหากพบความผิดปกติของทารกเนื่องจากโรคหัดเยอรมัน ก็จะขอให้แพทย์ทำแท้งให้ แต่ศาลอุทธรณ์ไม่พิพากษาให้สถานพยาบาลต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ทารกที่พิการ (เช่น ค่ารักษาพยาบาลทารก ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการดัดแปลงสภาพแวดล้อม (เช่น ที่บ้าน) ให้เข้ากับการดำรงชีวิตของทารกที่พิการอย่างรุนแรงในกรณีนี้ ฯลฯ) เนื่องจาก การกระทำความผิด (การวินิจฉัยผิด) ไม่ใช่เหตุที่ทำให้เกิดความพิการ เพราะทารกพิการเนื่องจากการติดเชื้อ แต่ไม่ได้เกิดจากการวินิจฉัยที่ผิดพลาดของแพทย์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำนั่นเอง

นอกจากนี้ ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ได้พิพากษาเป็นไปในทางเดียวกับศาลอุทธรณ์ในประเด็นเรื่องการเสียโอกาสในการทำแท้ง โดยให้เหตุผลเดียวกันว่า เนื่องจากการมาได้แสดงเจตนาไว้อย่างชัดเจนก่อนทำการตรวจวินิจฉัยว่าถ้าหากทารกพิการ จะขอทำแท้ง แต่ศาลฎีกากลับคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ โดยพิพากษาให้สถานพยาบาลใช้ค่าเสียหายในความพิการของเด็กทารกด้วย โดยให้เหตุผลว่า ในเมื่อการวินิจฉัยที่ผิดพลาดแต่แรก ส่งผลให้มารดาเสียโอกาสในการทำแท้งเพื่อป้องกันการเกิดมาของเด็ก ดังนั้น จึงสามารถเรียกค่าเสียหายในความพิการของเด็กนั้นได้ อย่างไรก็ตาม การพิพากษาคดีดังกล่าวถูกวิพากษ์วิจารณ์เป็นอย่างมากว่าเป็นการเรียกให้จำเลยต้องรับผิดชอบโดยไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ อีกทั้งเป็นการแสดงให้เห็นว่า “การเกิด” อาจถือเป็น “ความเสียหาย” ได้ จึงเป็นที่มาให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายสุขภาพ ซึ่งบัญญัติอย่างชัดเจนว่า ในกรณีการวินิจฉัยครรภ์ผิดพลาดนี้ ให้เรียกได้เฉพาะค่าเสียหายของตัวมารดาเท่านั้น<sup>31</sup> ซึ่งได้แก่ ค่าเสียหายทางจิตใจ และค่าเสียโอกาสในการทำแท้ง เป็นต้น

*- การเสียโอกาสในการทำแท้ง กรณีการทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์*

การเรียกให้ผู้ให้บริการสาธารณสุขรับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสในการทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์นั้น มักเกิดในกรณีการวินิจฉัยครรภ์ผิดพลาดเช่นเดียวกับการทำแท้งด้วยความสมัครใจ แต่ในกรณีนี้มักจะเป็นกรณีที่การวินิจฉัยที่ผิดพลาดนั้น เกิดขึ้นเมื่ออายุครรภ์ของมารดาเกินกว่าสิบสองเดือนแล้ว ทำให้ทำแท้งด้วยความสมัครใจไม่ได้ ทั้งนี้ การทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์นั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับความตั้งใจของมารดาที่ตั้งครรภ์แต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังขึ้นอยู่กับแพทย์ที่ต้องทำการตรวจวินิจฉัยด้วยว่าสุขภาพของมารดาหรือทารกในครรภ์นั้น เข้าเงื่อนไขที่กฎหมายจะอนุญาตให้ทำแท้งหรือไม่ ซึ่งเท่ากับว่า การมีอยู่ของโอกาสนั้น มีความไม่แน่นอนยิ่งกว่าการทำแท้งด้วยความสมัครใจ

คำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีดังกล่าวนี้ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกา ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 2012<sup>32</sup> ซึ่งเป็นกรณีที่ทารกคลอดออกมามีความพิการอย่างรุนแรง คือ เท้าข้างซ้ายและมือทั้งสองข้างผิดปกติ และไม่มีเท้าขวา เนื่องจากการติดเชื้อในน้ำคร่ำ และแม้จะมีการวินิจฉัยด้วยอัลตราซาวด์มาตลอด ตั้งแต่ช่วงอายุครรภ์ยังไม่เกินสิบสองสัปดาห์<sup>33</sup> จนถึงช่วงที่อายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์แล้ว แต่ก็ไม่มีอาการแจ้งเลยว่ามีผิดปกติดังกล่าว จึงเกิดการฟ้องร้องให้สถานพยาบาลที่แพทย์นั้นสังกัดอยู่ต้องรับผิดชอบ เนื่องจากทำให้เสียโอกาสในการ

<sup>31</sup> ประมวลกฎหมายการดำเนินการทางสังคมและครอบครัว มาตรา L.114-5 (Code de l'action sociale et des familles, article L.114-5)

<sup>32</sup> Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 5 avril 2012, n. de pourvoi 11-14856

<sup>33</sup> โดยทั่วไปแล้ว การวินิจฉัยสภาพของทารกในครรภ์ จะต้องกระทำ 3 ช่วง คือ ช่วงแรก เมื่ออายุครรภ์ประมาณ 10-12 สัปดาห์ ช่วงที่สอง อายุครรภ์ประมาณ 20-22 สัปดาห์ และช่วงที่สาม เมื่ออายุครรภ์ประมาณ 30-32 สัปดาห์ (วิธีปฏิบัติที่ดีที่อ้างถึงในคำพิพากษา)

ทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์<sup>34</sup> และศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยไม่ให้ค่าเสียโอกาสในการทำแท้งในกรณีดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า “...ไม่มีหลักฐานใดแสดงให้เห็นได้เลยว่า ถ้าหากตรวจพบความผิดปกติของทารก หรือน้ำคร่ำ แล้ว แพทย์ที่ทำหน้าที่ตรวจวินิจฉัยจะอนุญาตให้ทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ได้ อีกทั้ง ไม่มีการแสดงออกอย่างชัดเจนเลยว่าถ้าหากตรวจพบความผิดปกติแล้ว จะมีการร้องขอให้แพทย์วินิจฉัยเพื่อทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์...”

ผลการวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แสดงให้เห็นว่า ศาลพิพากษาประเด็นเรื่องความแน่นอนของการมีอยู่ของโอกาสนั้นอย่างเคร่งครัด คือ ต้องมีหลักฐานที่ชัดเจนเท่านั้นว่า โอกาสดังกล่าวมีอยู่จริง อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ โดยพิพากษาว่า การวินิจฉัยที่ผิดพลาดที่ทำให้ไม่พบว่ามี ความผิดปกติของทารกในครรภ์ และความผิดปกติของน้ำคร่ำนั้น ทำให้ไม่มีการแจ้งแก่มารดาว่าทารกมีความผิดปกติ ส่งผลให้มารดาไม่มีโอกาสได้ขอให้มีการตรวจเพิ่มเติมจากศูนย์ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางซึ่งถ้าหากได้มี โอกาสตรวจแล้ว จะมีการตรวจพบว่าการพิการโดยเสียเท้าไปหนึ่งข้างนั้น ไม่สามารถรักษาให้หายได้ซึ่งเป็น เงื่อนไขที่สำคัญเงื่อนไขหนึ่งในการอนุญาตให้ทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ จึงถือว่า การวินิจฉัยที่ผิดพลาด นั้น ทำให้เสียโอกาสในการทำแท้งด้วย เท่ากับว่า ศาลฎีกาได้พิจารณาจากหลักฐานของผู้เชี่ยวชาญประกอบ และพิพากษาว่า โอกาสนั้นมีอยู่จริง เพราะสภาพของทารกเข้าเงื่อนไขที่แพทย์จะอนุญาตให้ทำแท้งด้วยเหตุผล ทางทางการแพทย์ได้

## บทสรุป

การพัฒนาหลักความรับผิดชอบเนื่องจากการ “เสียโอกาส” ในประเทศฝรั่งเศสที่ได้พัฒนามาอย่าง ต่อเนื่องยาวนานนั้น เกิดจากการพัฒนาหลักเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ” ในการเรียกให้จำเลยรับผิดชอบ จนเกิดการบังคับใช้หลักดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเสียก่อน ซึ่งการบังคับใช้หลัก ดังกล่าวอย่างเคร่งครัดตามทฤษฎีความเท่ากันแห่งเหตุตั้งที่ได้กล่าวไปแล้วตอนต้นนั้น ทำให้ในบางกรณี แม้ จำเลยจะมีการกระทำความจริง แต่ก็ไม่สามารถเรียกให้จำเลยรับผิดชอบได้ เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์หลักเรื่อง ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำ ความผิดกับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ด้วยเหตุนี้จึงต้องมีการสร้างหลักบาง ประการเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว และให้โจทก์ได้รับการเยียวยา เช่น การสร้างหลักสมมติฐานว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ (Présomption de lien causal) ซึ่งให้โจทก์แสดง หลักฐานบางประการ และศาลก็จะสันนิษฐานว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำ ทำให้ภาระการพิสูจน์ตกเป็นของจำเลย ที่จะพิสูจน์ว่าขาดความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการ กระทำ<sup>35</sup> และการพัฒนาหลักเรื่องการเสียโอกาสนี้ ก็เป็นหนึ่งในวิธีการที่ช่วยให้โจทก์ได้รับการเยียวยา โดยที่ ไม่ต้องแก้ไขหลักทฤษฎีเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำที่ศาลต่างๆในประเทศ ฝรั่งเศสได้ยึดถือมาอย่างยาวนาน

<sup>34</sup> แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าวนี้ จะมีการตรวจครรภ์ตั้งแต่ช่วงอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่สามารถทำแท้งด้วยความสมัครใจได้ ก็ตาม แต่ในเมื่อการวินิจฉัยที่ผิดพลาดจนไม่พบความผิดปกติของน้ำคร่ำที่เป็นเหตุให้เกิดการพิการดังกล่าวเลยในการตรวจทุกครั้ง ทำให้ไม่เป็นที่ แน่ชัดว่า ความผิดปกตินั้นเกิดขึ้นในช่วงใดของการตั้งครรภ์ ผู้เขียนเห็นว่าในกรณีนี้ ถ้าหากโจทก์ฟ้องให้รับผิดชอบเนื่องจากการเสียโอกาสในการทำแท้ง ด้วยความสมัครใจ แต่ผลปรากฏว่ามีความเป็นไปได้สูงมากว่าช่วงอายุครรภ์ดังกล่าวยังไม่มีความปกติ ก็เป็นไปได้เช่นกันว่าโจทก์จะไม่ได้รับการ เยียวยา เพราะการตรวจพบความผิดปกติที่พ้นอายุครรภ์ 12 สัปดาห์ไปแล้ว เท่ากับหมดโอกาสทำแท้งด้วยความสมัครใจแล้ว ดังนั้น จึงเลือกฟ้อง ว่าเสียโอกาสในการทำแท้งด้วยเหตุผลทางการแพทย์ เพราะการทำแท้งในกรณีดังกล่าวนี้ จะทำเมื่ออายุครรภ์เท่าใดก็ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ โอกาสนั้น มีอยู่ในทุกช่วงของการตั้งครรภ์นั่นเอง

<sup>35</sup> กรณีที่มีการสร้างสมมติฐานเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลของการกระทำในประเทศฝรั่งเศสนี้ ได้แก่ กรณีที่เป็นกรณี่ได้รับ ผลข้างเคียงจากการฉีดวัคซีน โปรตดู Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris, p. 497-499



## บรรณานุกรม

### ตำรา และบทความ

Anne Laude, Bertrand Mathieu et Didier Tabuteau. (2009). *Droit de la santé*. Presses universitaires de France : Paris

Lara Khoury. (2006). *Uncertain causation in medical liability*. Oxford and Portland : Oregon

Philippe Le Tourneau. (2010). *Droit de la responsabilité et des contrats*. Dalloz : Paris

### สื่ออิเล็กทรอนิกส์

Cour de cassation. *La causalité à l'épreuve de caractère multifactoriel des dommages*.

Retrieved April 1, 2015, from

[https://www.courdecassation.fr/publications\\_26/rapport\\_annuel\\_36/rapport\\_2007\\_2640/etude\\_sante\\_2646/dommages\\_survenus\\_2650/etablissement\\_responsabilite\\_2651/caractere\\_multifactoriel\\_11383.html](https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_survenus_2650/etablissement_responsabilite_2651/caractere_multifactoriel_11383.html).

### คำพิพากษา และคำวินิจฉัย

Cass. civ., 20 Mai 1936, S. 1937, 1, 321 note Breton ; D. 1936,1,88 concl. Matter, rapp. Josserand

Cass civ 1<sup>er</sup> , 17 janvier 1974

Cass. Civ 1<sup>er</sup> , 17 novembre 1982, Bull.1982, I, n.333, pourvoi 81-13.530

Cass.civ 1<sup>er</sup>, 8 janvier 1985, Bull.1985 ; I, n. 10, p. 10, pourvoi n. 8314.852

Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 17 novembre 2000, n. de pourvoi 99-13701

Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 16 décembre 2007, n. de pourvoi 06-19301

Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 22 mars 2012, n. de pourvoi 11-10935 11-11237

Cass, civ, 1<sup>er</sup>, 5 avril 2012, n. de pourvoi 11-14856

Cass, civ 1<sup>er</sup>, 16 janvier 2013

CE, 21 mars 2008, n. 303157.

## กฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส

พลธร คงเถลิงศิริวัฒนา\*

### บทคัดย่อ

กฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์ของประเทศไทยนั้นยังมีจำนวนไม่เพียงพอ และไม่สอดคล้องกับความเจริญก้าวหน้าทางการแพทย์ที่เปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา สถานการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมายในการปฏิบัติงานของผู้ประกอบวิชาชีพ ทั้งยังเป็นผลเสียต่อนโยบายของประเทศไทยที่ต้องการเป็นศูนย์กลางทางการแพทย์ในภูมิภาคเอเชีย เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น รัฐบาลที่ผ่านมาจึงเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับการแพทย์จำนวนมาก ซึ่งก็มีหลายฉบับที่ปัจจุบันบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว และหลายฉบับก็ยังคงอยู่ในกระบวนการร่างกฎหมาย ดังเช่น ร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ. ....

บทความฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายถึงภาพรวมกฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีชื่อเรียกว่ารัฐบัญญัติ Jardé โดยได้กล่าวถึงพัฒนาการของกฎหมาย ความหมายของการวิจัยในคน ผู้มีส่วนร่วมกับการวิจัยในคน หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำวิจัยในคน ซึ่งแม้รัฐบัญญัติดังกล่าวจะยังไม่มีผลบังคับใช้ รัฐบัญญัติดังกล่าวก็มีความสำคัญ เนื่องจากเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการจากการเน้นคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัยเป็นการสนับสนุนการวิจัยมากขึ้น ผู้เขียนหวังว่า การเรียนรู้จากประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสจะเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ. .... ที่กำลังพิจารณาอยู่ในปัจจุบัน

**คำสำคัญ:** กฎหมาย, การวิจัยในคน, ฝรั่งเศส

### Abstract

In absence of adequate regulation and personnel in the field of medical law, it is unclear that what can be or cannot be done in Thailand. This situation jeopardizes both the practitioners and the government's policy in promoting Thailand as the Medical Hub of Asia. In order to fix the problem, lots of regulation were made and are in the legislation process, including the Medical Research on Human B.E.... bill.

This article aims to illustrate the overview of the French Medical Research Law such as the development, the definitions, the actors and the conditions of Research. Although, the law "Jardé" is not in application, it remains important modification in France, shifting from protecting the participating party to facilitate the research. The author hopes that in learning from French experience, the Thai legislators will be able to create the regulation that suite the most for Thailand and to do it in the democratic fashion.

### บทนำ

\* นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน ด้านกฎหมายว่าด้วยสุขภาพ มหาวิทยาลัยตูลุส ประเทศฝรั่งเศส : นักศึกษาฝึกงานฝ่ายกฎหมาย สาธารณสุข สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

การวิจัยในคนเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับความก้าวหน้าทางการแพทย์ ตัวอย่างเช่น การคิดค้นยารักษาโรค ย่อมต้องมีการทดลองว่ายาให้ผลอย่างไร ทั้งกับคนปกติและผู้ป่วย หรือการพัฒนาเทคนิคต่างๆ ในการผ่าตัด เป็นต้น ปัจจุบัน ประเทศไทยกำลังมีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการวิจัยในคน พ.ศ.... เสนอโดยสำนักงานคณะกรรมการวิจัยแห่งชาติ<sup>1</sup> ซึ่งขณะนี้คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติในหลักการแล้ว บทความนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอภาพรวมของกฎหมายเรื่องการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณา ร่างกฎหมายดังกล่าวของไทย โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงวิวัฒนาการกฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคน ซึ่งจะได้กล่าวถึง พัฒนาการในทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน และจะได้ศึกษาถึงภาพรวมของกฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส โดยเน้นศึกษาในเรื่องผู้เกี่ยวข้องกับการวิจัย และเงื่อนไขการขออนุญาตทำการวิจัยในคน

### วิวัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการวิจัยในคน

เสรีภาพในการศึกษาวิจัย (Liberté de la recherche) เป็นเสรีภาพที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ โดยคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 94-345 DC นอกจากนี้ ยังเป็นเสรีภาพที่ได้รับการยืนยันโดยกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ตัวอย่างเช่น คำประกาศสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ปี ค.ศ. 1948 (La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948) สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ปี ค.ศ.1966 (Le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux de 1966) คำประกาศยูเนสโกว่าด้วยจิวมนมนุษย์และสิทธิมนุษยชน ปี 1997 (La Déclaration universelle de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997) เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการวิจัยนั้น ไม่ได้เป็นเสรีภาพเด็ดขาด จึงอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย เนื่องจากโดยสภาพของการศึกษาวิจัยทางการแพทย์ ย่อมต้องมีการกระทำที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่น

ด้วยเหตุที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่ใช้ทฤษฎี “เอกนิยม” กล่าวคือ นำกฎหมายระหว่างประเทศที่ตนให้สัตยาบันมาใช้บังคับโดยไม่ต้องอนุวัติให้เป็นกฎหมายภายในก่อน กฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นหนึ่งในบ่อเกิดของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวิจัยในคน เช่นเดียวกับกฎหมายภายใน<sup>2</sup>

#### 1) กฎหมายระหว่างประเทศ

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดในการจำกัดเสรีภาพในการวิจัยเกิดขึ้นภายหลังการสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเกิดเหตุการณ์ทดลองในมนุษย์โดยปราศจากความยินยอมโดยแพทย์ของฝ่ายนาซี<sup>3</sup> โดยภายหลังการพิจารณาคดีอาชญากรรมสงคราม ณ เมือง นูเรมเบิร์ก ในปี 1947 ได้มีการบัญญัติประมวลกฎหมายนูเรมเบิร์ก

<sup>1</sup> ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มีเหตุผลเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้เข้าร่วมการวิจัยในคนซึ่งมีจำนวนมากในปัจจุบัน โดยกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจริยธรรมประจำสถาบัน และกำหนดให้มีองค์การกำกับดูแลมาตรฐานการวิจัย (สามารถดูร่างพระราชบัญญัติได้ที่ [http://www.nrct.go.th/th/Portals/0/data/สก/นต/ร่าง\\_พรบ\\_วิจัยในคน.pdf](http://www.nrct.go.th/th/Portals/0/data/สก/นต/ร่าง_พรบ_วิจัยในคน.pdf) เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2558)

<sup>2</sup> มาตรา 55 แห่งรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ปี 1958

<sup>3</sup> การทดลองดังกล่าว อาจแบ่งได้เป็น 3 ประเภท คือ

1) การทดลองในห้องความดันต่ำ เพื่อทดสอบระดับความสูงสูงสุดที่พลรมสามารถทำการกระโดดร่มได้ หรือการทดสอบแช่แข็งนักโทษ เพื่อค้นหาวิธีการรักษาภาวะอุณหภูมิต่ำ (hypothermia)

2) การทดลองเพื่อคิดค้นยา วิธีรักษาโรคและบาดแผลที่อาจเกิดกับทหารนาซี เช่น การทดลองก๊าซมัสตาร์ดในนักโทษ

3) การทดลองที่มีลักษณะเหยียดเชื้อชาติ เช่น การทดลองทำให้ชนชาติต่างๆ ติดโรค เพื่อศึกษาว่าชนชาติต่างๆ มีภูมิคุ้มกันเป็นอย่างไร หรือการทำหมันให้กลุ่มเชื้อชาติบางเชื้อชาติ

(<http://www.ushmm.org/wlc/fr/article.php?ModuleId=25> เข้าถึงเมื่อ 15 พฤษภาคม 2558)

(Code de Nuremberg) ขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เบื้องต้น 10 ประการสำหรับการทดลองในมนุษย์ เช่น การทดลองจะทำได้โดยปราศจากความยินยอมของผู้เข้าร่วม การกำหนดให้ต้องมีการทดลองในสัตว์ก่อน การชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ที่จะได้รับการทดลองและความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหาย เป็นต้น

ในปี 1964 แพทยสภาสากลก็ได้ออกคำประกาศเฮลซิงกิ (La Déclaration d'Helsinki)<sup>4</sup> เป็นแนวทางในการปฏิบัติตนของแพทย์และผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยในคน ซึ่งแม้คำประกาศนี้จะไม่ใช่กฎหมายระหว่างประเทศ แต่ประเทศฝรั่งเศสก็รับปฏิญญามาใช้ในลักษณะเป็น soft law ผ่านความเห็นของคณะกรรมการที่ปรึกษาแห่งชาติ ว่าด้วยจรรยาบรรณ (Le Comité consultatif national d'éthique)

นอกจากนี้ ในปี 1997 สาธารณรัฐฝรั่งเศสได้ลงนามในสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและชีวเวชศาสตร์ มีเนื้อหาที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความยินยอมของผู้เข้าร่วมการวิจัย และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติด้วยเหตุทางพันธุกรรม ซึ่งสอดคล้องกับคำประกาศยูเนสโกว่าด้วยจรรยาบรรณมนุษย์ฯ ปี 1997 ที่กำหนดไว้ในมาตรา 15 ว่า “รัฐภาคีต้องมีมาตรการที่เหมาะสมในการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้เสรีภาพในการวิจัย...เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐาน และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์”

## 2) กฎหมายภายใน

กฎหมายเกี่ยวกับการวิจัยในคนฉบับแรก เกิดขึ้นในปี 1988 รัฐบัญญัติดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ 3 ประการ คือ เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัยโดยเฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความยินยอม การคุ้มครองประโยชน์ของผู้ทำการวิจัยโดยการทำให้การวิจัยเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายโดยกำหนดเงื่อนไขที่เข้มงวด และการวางหลักทั่วไปเกี่ยวกับการทำการวิจัย เนื้อหาหลักของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เป็นการวางระบบความรับผิดชอบที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหายจากการทำการวิจัย โดยบัญญัติว่า “ประโยชน์ของผู้เข้าร่วมการวิจัยทางชีวเวชศาสตร์ย่อมอยู่เหนือประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์และประโยชน์ของสังคม”

ในปี 1991 มีการก่อตั้งคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยทางชีวเวชศาสตร์ (CCPPRB : Comité de Protection des Personnes dans la recherche biomédicale) ซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นคณะกรรมการคุ้มครองบุคคล (CPP : Comité de protection des personnes) ตั้งแต่ปี 2004 ซึ่งเทียบได้กับคณะกรรมการว่าด้วยจรรยาบรรณในการวิจัย (Ethical research committees) ของประเทศในกลุ่มแองโกล-แซกซอน

ในปี 1994 มีการออกกฎหมาย 3 ฉบับ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดการข้อมูลในการวิจัยทางเวชศาสตร์ รัฐบัญญัติว่าด้วยการจัดการข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวิจัยทางการแพทย์<sup>5</sup> รัฐบัญญัติว่าด้วยความเคารพในร่างกายมนุษย์<sup>6</sup> และรัฐบัญญัติว่าด้วยการบริจาคและการใช้สสารหรือผลิตภัณฑ์จากร่างกายมนุษย์ การใช้เทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์และการวินิจฉัยก่อนคลอด<sup>7</sup>

ในปี 2004 มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยนโยบายทางด้านสาธารณสุข<sup>8</sup> เพื่อเป็นการปฏิบัติตามคำสั่งคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรป ที่มุ่งหมายให้ประเทศสมาชิกมีหลักเกณฑ์และวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการวิจัยที่สอดคล้องกัน โดยรัฐบัญญัตินี้ ได้ยกเลิกประเภทการวิจัยที่ตั้งอยู่บนฐานของประโยชน์ (การวิจัยที่มีประโยชน์โดยตรง และการวิจัยที่ไม่มีผลประโยชน์โดยตรง) และในปี 2005 ได้มีการออกรัฐกฤษฎีกาเพื่อตั้งคณะกรรมการการวิจัยทางชีวเวชศาสตร์และการสาธารณสุขขึ้นในโรงพยาบาลที่เป็นโรงเรียนแพทย์

<sup>4</sup> ฉบับปัจจุบันแก้ไขในการประชุมใหญ่ครั้งที่ 64 เมื่อปี ค.ศ.2013

<sup>5</sup> รัฐบัญญัติที่ 94-548 ลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ.1994

<sup>6</sup> รัฐบัญญัติที่ 94-653 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1994

<sup>7</sup> รัฐบัญญัติที่ 94-654 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ.1994

<sup>8</sup> รัฐบัญญัติที่ 2004-806 ลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ.2004

นับแต่ปี 2012 มีการออกรัฐบัญญัติว่าด้วยการวิจัยในคน มีวัตถุประสงค์เพื่อรวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับการวิจัยในคน ลดขั้นตอนและความยุ่งยากในการขออนุญาตทำวิจัย เพื่อสร้างสภาพแวดล้อมที่ดึงดูดให้นักวิจัย อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัตินี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากยังไม่มีรัฐกฤษฎีกาบังคับใช้กฎหมาย (Décret d'application) ตามที่กำหนดไว้<sup>9</sup>

### การวิจัยในคนตามรัฐบัญญัติ Jardé<sup>10</sup>

แม้กฎหมายฉบับนี้จะยังไม่มีผลบังคับใช้ แต่รัฐบัญญัติ Jardé ก็ถูกใช้เป็นวัตถุดิบในการศึกษาเรื่อยมา นับแต่ที่ถูกประกาศเป็นกฎหมาย ด้วยเหตุที่เป็นการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายการวิจัยในคน จากเดิมที่กฎหมายมุ่งหมายจะคุ้มครองบุคคลที่เข้าร่วมการวิจัยในฐานะวัตถุแห่งการศึกษา กลายเป็นการมุ่งหวังที่จะทำให้กฎหมายมีความทันสมัย ลดขั้นตอนและความยุ่งยากในการขอทำวิจัย เพื่อที่จะส่งเสริมให้มีการทำการวิจัยเพิ่มมากขึ้น<sup>11</sup> ซึ่งรายละเอียดของกฎหมายฉบับนี้ มีดังต่อไปนี้

#### 1. ความหมายของการวิจัย

มาตรา L1121-1 แห่งประมวลกฎหมายสุขภาพ (Code de la Santé publique : CSP) ให้ความหมายของ “การวิจัยที่กระทำต่อมนุษย์”<sup>12</sup> (recherche impliquant la personne humaine) ไว้ว่า “การวิจัยที่กระทำต่อมนุษย์อย่างมีระเบียบแบบแผนเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านชีววิทยาหรือประโยชน์ทางการแพทย์”

โดยรัฐบัญญัติ Jardé แบ่งการวิจัยออกเป็น 3 ประเภท คือ

1.1 การวิจัยที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยที่การกระทำนั้นไม่มีความจำเป็นในการรักษาพยาบาลตามปกติ ซึ่งเป็นการวิจัยทางชีวเวชศาสตร์ตามกฎหมายเก่า

1.2 การวิจัยที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ไม่เกี่ยวข้องกับทำให้ยา และมีความเสี่ยงเพียงเล็กน้อย การวิจัยประเภทนี้ใกล้เคียงกับการวิจัยเพื่อประเมินการรักษาพยาบาลทั่วไป (évaluer les soins courants) ตามกฎหมายเก่า เช่น การวิจัยเพื่อพัฒนาวิธีป้องกันโรค การวิจัยเพื่อวินิจฉัยโรค แต่มีขอบเขตกว้างกว่า เพราะจะรวมการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายที่ไม่มีอันตรายร้ายแรง เช่น การเจาะเลือด การถ่ายภาพที่ไม่ต้องใช้อุปกรณ์ใด ๆ ใส่เข้าไปในร่างกาย (imagerie non-invasive) เช่น การอัลตราซาวด์ การเอกซเรย์ด้วย ทั้งนี้ เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด

1.3 การวิจัยที่ไม่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย หรือการวิจัยโดยการสังเกต ที่ในการวิจัยนั้นกระทำโดยการทำให้ผลการและการใช้สารต่าง ๆ เป็นไปตามปกติ ไม่มีวิธีการหรือขั้นตอนพิเศษ ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยโรค การรักษา หรือการสังเกตอาการ ตัวอย่างเช่น การเก็บตัวอย่างทางชีววิทยาจากมนุษย์ ซึ่งการรับรองการวิจัยประเภทนี้ เป็นไปตามคำเรียกร้องของนักวิจัย เพราะจะช่วยเป็นหลักประกันให้กับผู้เข้าร่วมการวิจัย โดยเฉพาะเรื่องการคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัย และการตรวจสอบกลับ (traçabilité)

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้ การวิจัยใน 3 เรื่อง ซึ่งเกี่ยวกับกิจกรรมทางการแพทย์ที่มีความละเอียดอ่อน ต้องกระทำโดยมีความระมัดระวังมากกว่าปกติ เนื่องจากมีอันตรายต่อผู้เข้าร่วมการวิจัยมาก

<sup>9</sup> รัฐบัญญัติที่ 2012-300 ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ.2012 ว่าด้วยการวิจัยที่กระทำต่อมนุษย์ จะมีผลบังคับใช้เมื่อมีรัฐกฤษฎีกาตามมาตรา L1121-17 และมาตรา L1123-14 CSP

<sup>10</sup> เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีการตั้งชื่อกฎหมายเหมือนประเทศไทย จึงมีธรรมเนียมการเรียกชื่อกฎหมายตามชื่อสกุลของสมาชิกรัฐสภาผู้ทำรายงานประกอบการพิจารณาร่างกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้ผู้รับผิดชอบ คือ Olivier Jardé กฎหมายฉบับนี้จึงมีชื่อเรียกอีกชื่อว่า รัฐบัญญัติ Jardé

<sup>11</sup> Rapp. AN, n° 1377, 13 janv. 2009, p. 5, par O. Jardé.

<sup>12</sup> เดิมกฎหมายใช้คำว่า “การวิจัยทางชีวเวชศาสตร์” (recherche biomédicale)

ก) การวิจัยที่กระทำกับอวัยวะ เนื้อเยื่อ และเซลล์ที่มีที่มาจากมนุษย์ ยาที่ใช้เพื่อการรักษาในระดับเซลล์ (thérapie cellulaire) ระดับยีนส์ (thérapie génique) การรักษาในระดับเซลล์ที่มีการข้ามสายพันธุ์ (thérapie cellulaire xénogénique) จะทำได้ต่อเมื่อกระทำในสถานที่ที่กำหนดไว้ในมาตรา L 1125-1 CSP

ข) การใช้อวัยวะหรือเนื้อเยื่อของสัตว์ ที่ไม่ใช่อุปกรณ์ทางการแพทย์หรือไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้เป็นยา จะทำได้เฉพาะในการวิจัยทางชีวเวชศาสตร์ และต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการความปลอดภัยยาและอุปกรณ์ทางการแพทย์ (Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé : ANSM) ที่พิจารณาโดยใช้ความเห็นของคณะกรรมการชีวเวชศาสตร์ (Agence de la biomédecine) ประกอบ และเป็นไปตามเงื่อนไขเฉพาะที่กำหนดไว้ตามมาตรา L 1125-2 CSP

ค) การวิจัยซึ่งกระทำกับยาที่มีสารออกฤทธิ์หลักที่ประกอบด้วยสารที่มีต้นกำเนิดจากมนุษย์หรือสัตว์ (Origine biologique) เช่น เซรุ่ม วัคซีน ที่จะต้องได้รับอนุญาตจากองค์กรผู้มีอำนาจ ตามวิธีการที่สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) กำหนดในรัฐกฤษฎีกา ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา L 1125-3 CSP

## 2. ผู้เกี่ยวข้องกับการวิจัย

ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย อาจแบ่งกลุ่มได้ 2 ประเภท คือ ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการวิจัย และผู้อนุญาต ให้ความเห็น หรือผู้รับแจ้งเกี่ยวกับการวิจัย

### 2.1 ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับการวิจัย

#### 1) ผู้จัดให้มีการวิจัย (Le promoteur)

ผู้จัดให้มีการวิจัย คือ ผู้ที่ริเริ่มการวิจัย อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ผู้จัดให้มีการวิจัยหมายรวมถึงสถานพยาบาลที่ริเริ่มโครงการวิจัยเอง หรือนำโครงการวิจัยของแพทย์ในสถานพยาบาลนั้นมาเป็นของตน โดยผู้จัดให้มีการวิจัยหรือผู้แทนจะต้องมีถิ่นที่อยู่หรือสำนักงานในสหภาพยุโรป ทั้งนี้ ในการวิจัยครั้งเดียวกัน อาจมีผู้จัดให้มีการวิจัยมากกว่า 1 คนได้ โดยจะต้องกำหนดผู้จัดให้มีการวิจัยหลักเพื่อเป็นผู้ดำเนินการและรับผิดชอบตามกฎหมายนี้

#### 2) ผู้วิจัย (L'investigateur)

ผู้วิจัย คือ ผู้ที่จัดการหรือสังเกตการณ์การวิจัย ในการวิจัยครั้งหนึ่ง อาจมีคนเดียวหรือหลายคนก็ได้ หากเป็นกรณีหลัง ผู้จัดให้มีการวิจัยจะต้องตั้งผู้วิจัยผู้หนึ่งเป็นผู้ประสานงาน

ซึ่งโดยหลักแล้วผู้วิจัยจะต้องเป็นแพทย์ ยกเว้นในบางกรณี เช่น การวิจัยที่ทางทันตวิทยา จะต้องผู้วิจัยเป็นทันตศัลยแพทย์ (Chirurgien-dentiste) หรือแพทย์ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ส่วนการวิจัยทางพฤติกรรมศาสตร์ บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมอาจรวมเป็นผู้วิจัยกับแพทย์ได้

#### 3) ผู้เข้าร่วมการวิจัย (Le sujet de la recherche)

ผู้เข้าร่วมการวิจัย คือ บุคคลที่เป็นวัตถุในการวิจัย ไม่ว่าจะเป็นผู้มีอาการป่วยหรือไม่ โดยกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัยแตกต่างกันไป ตามสถานะของผู้เข้าร่วมการวิจัย ดังนี้

- หญิงมีครรภ์ทั้งก่อนคลอดและขณะคลอด หรือหญิงที่ให้นมบุตร<sup>13</sup> การวิจัยจะทำได้ต่อเมื่อการวิจัยนั้นเป็นประโยชน์ต่อทั้งแม่และเด็ก หรือเป็นประโยชน์ต่อหญิงอื่นที่อยู่ในภาวะเช่นเดียวกัน

<sup>13</sup> มาตรา L1121-5 CSP

- บุคคลที่ถูกจำกัดเสรีภาพโดยคำพิพากษาของศาลหรือโดยคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่ถูกสั่งให้เข้ารับการรักษาระหว่างความยินยอม หรือบุคคลที่เข้ารับบริการในสถานพยาบาล (Établissement sanitaire) หรือสถานให้บริการด้านสังคมสงเคราะห์ (Établissement social)<sup>14</sup> จะเข้าร่วมการวิจัยได้เมื่อการวิจัยเป็นประโยชน์ต่อบุคคลนั้น หรือบุคคลอื่นที่อยู่ในสถานการณณ์เช่นเดียวกัน

- ผู้เยาว์<sup>15</sup> การวิจัยในผู้เยาว์จะกระทำต่อเมื่อไม่อาจกระทำการวิจัยที่มีประสิทธิภาพเพียงพอได้ในผู้บรรลุนิติภาวะ นอกจากนี้ จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ที่จะได้รับและความเสี่ยงที่คาดหมายได้ และจะต้องได้รับอนุญาตจากผู้ปกครองด้วย<sup>16</sup> ทั้งนี้ การให้ความยินยอมอาจกระทำโดยผู้ปกครองเพียงคนเดียว โดยจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนเจตนาของผู้เยาว์ที่ได้รับข้อมูลเกี่ยวกับการวิจัยที่ปรับให้เหมาะสมกับความรับรู้ของผู้เยาว์ด้วย ทั้งนี้ หากผู้เยาว์ปฏิเสธ จะกระทำการวิจัยโดยขัดต่อเจตนาของผู้เยาว์มิได้

ในกรณีที่ผู้เยาว์เป็นผู้ไร้ความสามารถ การอนุญาตต้องทำโดยผู้อนุบาล สมัชชาครอบครัว<sup>17</sup> หรือผู้พิพากษา หากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลเห็นสมควร

- บุคคลที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมาย หรือบุคคลที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้<sup>18</sup> กฎหมายกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เช่นเดียวกับผู้เยาว์ โดยกรณีผู้ไร้ความสามารถ ให้ผู้อนุบาลเป็นผู้อนุญาต กรณีผู้เสมือนไร้ความสามารถ ให้ผู้พิทักษ์เป็นผู้อนุญาต หากเป็นกรณีที่ผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ไม่อาจอนุญาตได้ ให้ศาลเป็นผู้อนุญาต สำหรับกรณีบุคคลที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้นั้น ให้ผู้ที่บุคคลนั้นไว้วางใจ<sup>19</sup> ครอบครัว หรือผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับบุคคลที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้ เป็นผู้อนุญาต ตามลำดับ

- ผู้เข้าร่วมการวิจัยที่ไม่ได้เป็นผู้ประกันตนในระบบประกันสังคม หรือเป็นผู้ไม่ได้รับประโยชน์จากระบบดังกล่าว กฎหมายห้ามไม่ให้เข้าร่วมการวิจัย<sup>20</sup>

- กรณีเป็นบุคคลที่มีสถานะมากกว่าหนึ่งสถานะที่กล่าวมาข้างต้น ให้ใช้หลักเกณฑ์ตามสถานะที่ได้รับการคุ้มครองดีกว่า<sup>21</sup>

- ผู้ที่เสียชีวิตแล้วหรือผู้ที่อยู่ในภาวะสมองตาย<sup>22</sup> การทำวิจัยจะกระทำต่อเมื่อได้รับความยินยอมในขณะที่บุคคลนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือได้รับความยินยอมจากครอบครัวที่มีความใกล้ชิด หากกรณีเป็นผู้เยาว์ จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมทั้ง 2 คน หากไม่สามารถกระทำได้อาจใช้เพียงความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเพียงคนเดียว

## 2.2 ผู้อนุญาต ให้ความเห็น หรือผู้รับแจ้งเกี่ยวกับการวิจัย

### 1) คณะกรรมการคุ้มครองบุคคล<sup>23</sup>

<sup>14</sup> มาตรา L1121-6 CSP

<sup>15</sup> มาตรา L1121-7 CSP

<sup>16</sup> การอนุญาตอาจกระทำโดยผู้ปกครองเพียงคนเดียว หากเป็นกรณีที่

- การวิจัยมีความเสี่ยงน้อย และไม่มีผลต่อการให้การรักษ

- การวิจัยเป็นส่วนหนึ่งของการรักษา

- ผู้ปกครองอีกหนึ่งคน ไม่อาจให้ความยินยอมได้ในระยะเวลาที่เหมาะสม

<sup>17</sup> สมัชชาครอบครัวแต่งตั้งโดยศาล ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 399 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง

<sup>18</sup> มาตรา L1121-8 CSP

<sup>19</sup> บุคคลอาจกำหนดบุคคลที่ตนไว้วางใจได้ โดยทำเป็นหนังสือ ทั้งนี้ ตามมาตรา L1111-6 CSP

<sup>20</sup> มาตรา L1121-8-1 CSP

<sup>21</sup> มาตรา L1121-9 CSP

<sup>22</sup> มาตรา L1121-14 CSP

<sup>23</sup> มาตรา L1123-1 ถึง L1123-8 และมาตรา R1123-1 ถึง R1123-28 CSP

คณะกรรมการคุ้มครองบุคคล เป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย และมีความเป็นอิสระ มีหน้าที่ให้ความเห็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการวิจัยเสนอต่อคณะกรรมการความปลอดภัยยาและอุปกรณ์ทางการแพทย์เพื่อพิจารณาอนุญาต โดยการวิจัยจะทำได้ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคล ในทางปฏิบัติจึงอาจกล่าวได้ว่า คณะกรรมการคุ้มครองบุคคลเป็นผู้ให้อนุญาตที่แท้จริง ทั้งนี้ การทำความเห็นจะต้องกระทำอย่างรวดเร็ว

สมาชิกคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลมี 14 คน ประกอบด้วยแพทย์เป็นหลักผู้เชี่ยวชาญด้านต่างๆ เช่น ด้านกฎหมาย ด้านปรัชญา ด้านสังคมวิทยา และผู้แทนจากองค์กรที่เป็นตัวแทนผู้ป่วย หรือผู้รับบริการทางสาธารณสุข แต่งตั้งโดยรัฐมนตรีที่รับผิดชอบด้านสาธารณสุข ผ่านการเสนอชื่อโดยผู้ว่าการแคว้น (préfet de la région) ทั้งนี้ รัฐมนตรีอาจกำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองบุคคลมีเขตอำนาจเพียงแคว้นเดียว หรือหลายแคว้นก็ได้

#### 2) ผู้อำนวยการสถานที่ที่ทำการวิจัย<sup>24</sup>

ก่อนทำการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัยจะต้องแจ้งผู้อำนวยการสถานที่ที่จะทำการวิจัย หากทำการวิจัยโดยใช้สถานที่หลายแห่ง ก็ต้องแจ้งผู้อำนวยการสถานที่ทุกแห่ง โดยในทางปฏิบัติ ผู้จัดให้มีการวิจัยจะต้องเซ็นสัญญาการใช้สถานที่กับผู้อำนวยการ

#### 3) เกสซ์กรประจำสถานที่ที่ทำการวิจัย<sup>25</sup>

ผู้จัดให้มีการวิจัยจะต้องแจ้งเกสซ์กรล่วงหน้า หากการวิจัยเกี่ยวข้องกับยา อุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือการปรุยาในโรงพยาบาล ทั้งนี้ เกสซ์กรประจำสถานที่ที่ทำการวิจัย ไม่อาจเป็นผู้วิจัยได้ แต่อาจมีส่วนร่วมในการวิจัยได้หากจำเป็น

#### 4) รัฐมนตรีที่รับผิดชอบด้านสาธารณสุข

รัฐมนตรีเป็นผู้รับรองและกำหนดเขตอำนาจของคณะกรรมการคุ้มครองบุคคล กำหนดรายการลักษณะการวิจัยที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายแต่ไม่เกี่ยวข้องกับการให้ยา และมีความเสี่ยงเพียงเล็กน้อย กำหนดค่าธรรมเนียมในการขออนุญาตวิจัย กำหนดวงเงินขั้นสูงที่ผู้เข้าร่วมการวิจัยอาจได้รับภายในระยะเวลา 1 ปี เป็นต้น

#### 5) คณะกรรมการความปลอดภัยยาและเวชภัณฑ์

เป็นผู้อนุญาตให้ทำการวิจัย กำหนดข้อปฏิบัติที่ดีในการทำวิจัย รวมไปถึงให้ความเห็นในการออกประกาศต่างๆ แก่รัฐมนตรีที่รับผิดชอบด้านสาธารณสุข เป็นต้น ทั้งยังเป็นผู้จัดทำและบริหารฐานข้อมูลการวิจัยแห่งชาติ ที่ต้องจัดให้มีโดยเชื่อมโยงกับฐานข้อมูลการวิจัยของสหภาพยุโรป และข้อมูลดังกล่าวจะต้องเปิดเผยแก่สาธารณะ เว้นแต่เป็นการวิจัยตาม 1.1 ผู้จัดให้มีการวิจัยอาจคัดค้านการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่รัฐมนตรีประกาศ<sup>26</sup>

### 3. เงื่อนไขในการวิจัย

เงื่อนไขในการวิจัย อาจจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ 3.1 เงื่อนไขในทางเนื้อหา และ 3.2 เงื่อนไขในทางรูปแบบ

#### 3.1 เงื่อนไขในทางเนื้อหา

1) การวิจัยนั้นต้องผ่านการทดลองในสัตว์มาแล้ว

<sup>24</sup> มาตรา L1123-13 CSP

<sup>25</sup> มาตรา L5126-11 และ R 5121-18 CSP

<sup>26</sup> มาตรา L1121-15 CSP



การทำการวิจัยในมนุษย์จะกระทำได้อีกเมื่อตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์และโดยผลการวิจัยที่ได้จากการทดลองในสัตว์

### ก. แนวคิดเบื้องหลัง

แม้ว่าการคุ้มครองสัตว์จะเป็นสิ่งที่สำคัญ แต่การทดลองในสัตว์เพื่อทดสอบประสิทธิภาพหรืออันตรายของสสารหรือวิธีการต่างๆ ก็เป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะการทดลองดังกล่าวย่อมช่วยหลีกเลี่ยงผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นกับมนุษย์ได้ อย่างไรก็ตาม การทดลองในสัตว์ย่อมต้องมีหลักเกณฑ์เช่นกัน ไม่อาจกระทำโดยสร้างความเจ็บปวดที่ไม่จำเป็นหรือเป็นการทารุณกรรมสัตว์

ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายอนุกรมเบอร์ก ได้บัญญัติไว้ว่า “การทดลองจะต้องกระทำบนพื้นฐานของผลการทดลองที่ได้จากการทดลองในสัตว์...” และคำประกาศเฮลซิงกิ ก็ได้กำหนดไว้ว่า “การวิจัยทางการแพทย์ที่กระทำในมนุษย์ ต้องเป็นไปตามหลักทางวิทยาศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไป ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความรู้ทางวิทยาศาสตร์ที่ได้มีการค้นคว้าไว้ ตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และตั้งอยู่บนพื้นฐานจากการทดลองในห้องปฏิบัติการและการทดลองในสัตว์ หากมี ทั้งนี้ สวัสดิภาพของสัตว์ที่ใช้ในการทดลองย่อมได้รับการเคารพ”

### ข. บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง

แนวคิดและหลักการต่างๆ ได้ถูกนำมาบัญญัติไว้ในมาตรา L 1121-2 CSP ที่กำหนดให้การวิจัยในมนุษย์จะทำได้เมื่อตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักวิทยาศาสตร์ที่เป็นที่ยอมรับและมีการทดลองพรีคลินิกอย่างเพียงพอ

อย่างไรก็ดี แนวโน้มในปัจจุบัน แม้จะยอมรับกันว่าการทดลองในสัตว์เป็นสิ่งสำคัญ แต่การจะทดลองสัตว์ก็จะต้องกระทำแต่เพียงเท่าที่จำเป็นและไม่อาจทดแทนได้โดยการทดลองด้วยวิธีอื่น<sup>27</sup> โดยการทดลองในสัตว์นั้นจะต้องกระทำเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ เช่น เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัย ป้องกัน และรักษาโรคหรืออาการผิดปกติอื่นๆ ในคน เพื่อทดสอบประสิทธิภาพหรืออันตรายของยาหรือสารเคมีอื่น เป็นต้น ทั้งนี้ การทดลองในสัตว์จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจก่อนและจะต้องกระทำในสถานที่ที่กำหนด

#### 2) มีวัตถุประสงค์ทางการแพทย์

แต่เดิมนั้น ตามกฎหมายปี 1988 กำหนดให้การวิจัยต้องเป็นไปเพื่อ “ประโยชน์ในการรักษา” ไม่ว่าจะเป็ทางตรงหรือทางอ้อม ในปี 1990 ได้มีการแก้ไขกฎหมาย โดยกำหนดให้การวิจัยต้องมี “ประโยชน์โดยตรงหรือโดยอ้อมเป็นการเฉพาะราย” และสุดท้ายจึงมีการแก้ไขกฎหมายในปี 2004 กำหนดวัตถุประสงค์ไว้ในมาตรา L 1121-1 CSP ว่า “ต้องเป็นไปเพื่อพัฒนาองค์ความรู้ทางชีววิทยาหรือทางการแพทย์”

ทั้งนี้ การวิจัยจะต้องเป็นไปด้วยความระมัดระวัง กล่าวคือ จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับและความเสี่ยงที่คาดหมายได้ ซึ่งหากเป็นกรณีทั่วไป ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจะต้องมากกว่าความเสี่ยงที่คาดหมายได้ แต่สำหรับการวิจัยในกลุ่มคนบางประเภท เช่น ผู้เยาว์ หญิงมีครรภ์ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจะต้องมากกว่าความเสี่ยงที่คาดหมายได้อย่างยิ่ง

นอกจากนี้ การวิจัยในผู้บรรลุนิติภาวะที่ไม่อาจให้ความยินยอมได้หรือในผู้เยาว์ อาจเป็นไปเพื่อบรรเทาความเจ็บปวด ความกลัว หรือความไม่สบายอย่างอื่นได้ โดยต้องคำนึงถึงความรับรู้ของผู้เข้าร่วมการวิจัย

#### 3) ความยินยอม

<sup>27</sup> ประชาคมยุโรปมีข้อตกลงร่วมกัน ชื่อว่า 3R: reduce, refine, replace เพื่อลดปริมาณการทดลองในสัตว์

มาตรา L1122-1-1 CSP บัญญัติให้การวิจัยในคนจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งและเป็นไปโดยอิสระ ซึ่งสอดคล้องกับความในมาตรา 16-3 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ที่กำหนดให้แพทย์ต้องได้รับความยินยอมจากคนไข้ก่อนจะทำการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอมจะต้องทำเป็นหนังสือ หรือหากไม่สามารถกระทำได้อาจให้บุคคลที่ผู้เข้าร่วมการวิจัยไว้วางใจ บุคคลในครอบครัว หรือบุคคลที่ใกล้ชิดกับผู้เข้าร่วมการวิจัย ที่เป็นอิสระจากผู้วิจัยหรือผู้จัดให้มีการวิจัยเป็นผู้รับรอง ทั้งนี้ หากฝ่าฝืนจะมีโทษทางอาญา

นอกจากนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติยังได้กำหนดบทบัญญัติที่ใช้เป็นการเฉพาะกับการวิจัยเกี่ยวกับเรื่องการให้ความยินยอม ไว้ดังนี้

- ผู้วิจัยหรือแพทย์ซึ่งเป็นตัวแทน จะต้องอธิบายข้อมูลเกี่ยวกับการวิจัยให้ผู้เข้าร่วมการวิจัยทราบ โดยเฉพาะข้อมูลเกี่ยวกับวัตถุประสงค์ของการวิจัย วิธีการวิจัย ระยะเวลา ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ ข้อจำกัดในการวิจัย ความเสี่ยงที่คาดว่าจะรวมถึงกรณีการวิจัยสิ้นสุดลงก่อนกำหนด ความเห็นของคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลและการอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ ข้อห้ามเข้าร่วมการวิจัยอื่นในระยะเวลาที่กำหนด และเมื่อการวิจัยสิ้นสุดลงผู้เข้าร่วมการวิจัยต้องได้รับแจ้งผลของการวิจัยโดยรวม นอกจากนี้ ผู้เข้าร่วมการวิจัยจะต้องได้รับแจ้งสิทธิที่จะไม่เข้าร่วมการวิจัยหรือการถอนตัวออกจากการวิจัยโดยปราศจากความรับผิดชอบ ทั้งนี้ เว้นแต่การแจ้งสิทธินั้นอาจส่งผลกระทบต่อผู้ป่วย เช่น กรณีที่จำเป็นต้องปกปิดอาการผู้ป่วยต่อผู้ป่วย เป็นต้น

- กฎหมายกำหนดให้การให้ความยินยอมจะต้องทำตามแบบ โดยผู้เข้าร่วมการวิจัยที่ได้รับแจ้งข้อมูลต่างๆ แล้ว จะต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือ สำหรับในกรณีฉุกเฉินนั้น การให้ความยินยอมเป็นไปตามมาตรา L 1122-1-2 CSP กล่าวคือ อาจขอความยินยอมจากบุคคลที่ผู้เข้าร่วมการวิจัยไว้วางใจหรือบุคคลในครอบครัว ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับระเบียบการวิจัยที่ได้ส่งให้คณะกรรมการคุ้มครองบุคคล

### 3.2 เจ็อนไขในทางรูปแบบ

การวิจัยจะกระทำได้อาจปฏิบัติตามขั้นตอน ดังต่อไปนี้

#### 1) วิธีการวิจัย

เพื่อความปลอดภัยของผู้เข้าร่วมการวิจัย มาตรา L 1121-3 CSP กำหนดให้การวิจัยต้องจัดให้มีการสังเกตการณ์ภายใต้การดูแลของผู้วิจัยที่เป็นแพทย์และมีประสบการณ์ที่เหมาะสม และการวิจัยต้องใช้เครื่องมือ อุปกรณ์ และเทคนิคที่เหมาะสมกับการวิจัย ซึ่งจะต้องเป็นไปโดยสอดคล้องกับข้อบ่งชี้ทางวิทยาศาสตร์และเป็นไปเพื่อความปลอดภัยของผู้เข้าร่วมการวิจัยอย่างเคร่งครัด

สำหรับการวิจัยทางพันธุวิทยาหรือพฤติกรรมศาสตร์ การสังเกตการณ์อาจเป็นภายใต้การดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพอื่นๆ ร่วมกับบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมได้ หรือหากการวิจัยไม่เกี่ยวข้องกับวัตถุตามมาตรา L 5311-5 CSP และมีความเสี่ยงต่ำหรือไม่ส่งผลกระทบต่อการรักษาพยาบาลของผู้เข้าร่วมการวิจัย การสังเกตการณ์อาจทำภายใต้การดูแลของผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

#### 2) การเสนอโครงการวิจัยต่อคณะกรรมการคุ้มครองบุคคล

การวิจัยนั้นจะดำเนินการไม่ได้ หากไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับมอบหมายโดยการสุ่มจากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลแห่งชาติให้วินิจฉัย และหากคณะกรรมการที่ได้รับมอบหมายไม่เห็นชอบ ผู้จัดให้มีการวิจัยอาจขอให้คณะกรรมการคุ้มครองบุคคลแห่งชาติภายในระยะเวลาหนึ่งเดือน เพื่อให้คณะกรรมการคุ้มครองบุคคลแห่งชาติมอบหมายให้คณะกรรมการคุ้มครอง

บุคคลอีกชุดเป็นผู้วินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง<sup>28</sup> โดยในการยื่นขอความเห็นผู้จัดให้มีการวิจัย จะต้องยื่นเอกสารเสนอโครงการวิจัย โดยระบุถึงรายละเอียดการวิจัยที่จะทำ วัตถุประสงค์ วิธีการวิจัย หลักวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้อง แบบฟอร์มคำยินยอมที่จะให้ผู้เข้าร่วมการวิจัยลงชื่อ และหนังสือรับรองการทำประกันภัย

ทั้งนี้ คณะกรรมการคุ้มครองบุคคลจะพิจารณาให้ความเห็น โดยคำนึงถึงการคุ้มครองบุคคล เอกสารต่างๆ ต้องมีความชัดเจน ครบคลุม และเข้าใจได้ กระบวนการขอความยินยอม ความเหมาะสมของการวิจัย คุณสมบัติของผู้การวิจัย การประเมินประโยชน์ที่จะได้รับและความเสี่ยงที่คาดหมายได้ ความได้สัดส่วนของวิธีการที่ใช้และวัตถุประสงค์การวิจัย การมีผู้สังเกตการณ์การวิจัย วิธีการหาผู้เข้าร่วมการวิจัย วิธีการจ่ายค่าชดเชยแก่ผู้เข้าร่วมการวิจัยและจำนวนเงิน เป็นต้น<sup>29</sup>

### 3) คำอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจ

การขออนุญาตวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัยอาจยื่นเรื่องไปพร้อมกับการยื่นขอความเห็นจากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคลก็ได้ โดยการขออนุญาตให้ยื่นต่อคณะกรรมการว่าด้วยความปลอดภัยยาและเวชภัณฑ์

ภายหลังเริ่มทำการวิจัยแล้วหากมีการเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญ จะต้องปฏิบัติตามกระบวนการเดิม กล่าวคือ ต้องยื่นขอความเห็นจากคณะกรรมการคุ้มครองบุคคล และขออนุญาตต่อหน่วยงานผู้มีอำนาจอีกครั้งหนึ่ง<sup>30</sup> และหากมีเหตุการณ์หรือผลกระทบในทางร้ายเกิดขึ้นในการวิจัย<sup>31</sup> จะต้องแจ้งให้ผู้อนุญาตทราบ ทั้งนี้ ผู้อนุญาตอาจสั่งให้ผู้จัดให้มีการวิจัยให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการวิจัยได้ตลอดเวลา<sup>32</sup> และผู้จัดให้มีการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับวัตถุตามมาตรา L 5311-1 CSP จะต้องเสียค่าธรรมเนียมให้กับคณะกรรมการความปลอดภัยยาและเวชภัณฑ์

### 4) สถานที่ทำการวิจัย

การวิจัย จะต้องกระทำในสถานที่ที่มีความพร้อมทางด้านบุคลากร เครื่องมือ และความพร้อมทางด้านเทคนิค ที่เหมาะสมกับลักษณะการวิจัยและความปลอดภัยสำหรับผู้เข้าร่วมการวิจัยเท่านั้น โดยสถานที่แห่งนั้น จะต้องได้รับอนุญาตโดยกำหนดระยะเวลาการอนุญาตเป็นรายๆ ไปจากสำนักงานสาธารณสุขแห่งแคว้น (Agence régionale de santé) หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม ขึ้นอยู่กับว่าสถานที่ทำการวิจัยนั้นอยู่ภายใต้กำกับของหน่วยงานใด<sup>33</sup>

### 5) การทำประกันภัย

แม้การวิจัยจะไม่อาจมีวัตถุประสงค์ทางการค้าได้ แต่ผู้จัดให้มีการวิจัยอาจจ่ายเงินให้แก่ผู้เข้าร่วมการวิจัยได้เป็นค่าเสียเวลา และหากผู้เข้าร่วมการวิจัยได้รับความเสียหายจากการวิจัย โดยหลักผู้จัดให้มีการวิจัยก็มีหน้าที่ต้องจ่ายเงินชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เข้าร่วมการวิจัย โดยการวิจัยการวิจัยที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย โดยที่การกระทำนั้นไม่มีความจำเป็นในการรักษาพยาบาลตามปกติ และการวิจัยที่มีการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกาย แต่ไม่เกี่ยวข้องกับการให้ยา และมีความเสี่ยงเพียงเล็กน้อยนั้น กฎหมายบังคับให้ผู้จัดให้มีการวิจัยต้องทำประกันภัยสำหรับความรับผิดชอบ<sup>34</sup> ทั้งนี้ หากเป็นกรณีที่ไม่เป็นความผิดของผู้จัดให้มีการวิจัย ผู้เสียหายสามารถขอรับเงินชดเชยจากสำนักงานชดเชยค่าเสียหายแก่ผู้ได้รับอุบัติเหตุทาง

<sup>28</sup> มาตรา L1123-6 CSP

<sup>29</sup> มาตรา L1123-7 CSP

<sup>30</sup> มาตรา L1123-9 และมาตรา R1123-35 ถึง R 1123-37 CSP

<sup>31</sup> มาตรา L1123-10 CSP

<sup>32</sup> มาตรา L1123-11 CSP

<sup>33</sup> มาตรา L1121-13 CSP ; ประเทศฝรั่งเศสมีโรงพยาบาลที่อยู่ภายใต้กำกับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงกลาโหม 9 แห่ง

<sup>34</sup> มาตรา L1121-10 CSP

การแพทย์ (Office national d'indemnisation des accidents médicaux) ได้ ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด<sup>35</sup>

#### 6) การตรวจร่างกายก่อนทำการวิจัย

ก่อนเริ่มการวิจัย ผู้จัดให้มีการวิจัยจะต้องจัดให้มีการตรวจร่างกายให้แก่ผู้เข้าร่วมการวิจัย และให้ส่งผลการตรวจนั้นให้แก่แพทย์ที่ผู้เข้าร่วมการวิจัยเป็นผู้เลือก<sup>36</sup>

### บทสรุป

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า แม้จะมีพัฒนาการเริ่มตั้งแต่ปี 1988 หรือเมื่อประมาณ 26 ปีก่อน แต่บทบัญญัติเรื่องดังกล่าวก็มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงอยู่บ่อยครั้ง ทั้งนี้ เนื่องจากโดยสภาพของการวิจัยเองที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา กฎหมายจึงไม่อาจอยู่นิ่งกับที่ได้ นอกจากนี้ ยังเกิดจากนิตินโยบาย กล่าวคือ จากเดิมการวิจัยเป็นเสรีภาพ แต่เมื่อเกิดเหตุการณ์วิจัยในคนโดยไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็เกิดแนวความคิดในการจำกัดเสรีภาพในการวิจัยขึ้น และสำหรับสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น อาจกล่าวได้ว่าแต่เดิมมีแนวคิดที่เน้นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้เข้าร่วมการวิจัยอย่างเข้มงวด หลักเกณฑ์ต่างๆ จึงมีความซับซ้อน ยุ่งยาก ส่งผลให้ไม่สามารถแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ได้ กอปรกับการรวมตัวเป็นสหภาพยุโรป ต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงมีแนวคิดที่จะผ่อนปรนเงื่อนไข หลักเกณฑ์ในการทำวิจัย โดยหวังที่จะดึงดูดนักวิจัยทั้งจากฝรั่งเศสเองและในสหภาพยุโรปให้ทำการวิจัยประเทศฝรั่งเศสมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงนโยบายดังกล่าวยังมีประเด็นปัญหาทางการเมืองอยู่มาก เพราะเป็นเรื่องที่ส่งผลโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เห็นได้จากกระบวนการร่างรัฐบัญญัติ Jardé นั้น ใช้เวลาถึง 3 ปี อีกทั้งปัจจุบัน แม้จะประกาศใช้รัฐบัญญัติดังกล่าวมาเป็นเวลา 3 ปี แล้ว กฎหมายดังกล่าวก็ยังไม่มียุติบัญญัติ

เมื่อพิจารณากระบวนการร่างกฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนของประเทศไทย ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดนโยบายให้ชัดเจนก่อนว่าจะเน้นเพื่อส่งเสริมให้มีการวิจัยมากขึ้นหรือจะเน้นคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัย มิควรบัญญัติกฎหมายเพียงเพื่อรองรับการปฏิบัติที่ทำอยู่ก่อนแล้ว เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการร่างและตีความกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าร่างพระราชบัญญัติจะให้เหตุผลว่าเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้เข้าร่วมการวิจัยในคนซึ่งมีจำนวนมากในปัจจุบัน โดยกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการจริยธรรมประจำสถาบัน และกำหนดให้มืองค์กรกำกับดูแลมาตรฐานการวิจัย ทั้งยังมีบทลงโทษที่รุนแรง เช่น การห้ามทำการวิจัยตลอดชีวิต อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กลับมองข้ามหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้เข้าร่วมการวิจัยในบางประการ ตัวอย่างเช่น การบังคับให้ผู้จัดให้มีการวิจัยต้องทำประกันความรับผิดชอบเพื่อเป็นการรับรองว่าผู้เข้าร่วมการวิจัยจะได้รับการชดเชยหากมีความเสียหายเกิดขึ้น โดยมีต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดี หรือการกำหนดให้ต้องขออนุญาตเพียงคณะกรรมการจริยธรรมของหน่วยงานที่มีกฎหมายให้ทำการวิจัยได้เท่านั้นก่อนทำการวิจัย (ร่างมาตรา 20 ประกอบนิยามคำว่า “สถาบัน” ตามร่างมาตรา 3) ซึ่งอาจเกิดปัญหาเรื่องความโปร่งใส เนื่องจากคณะกรรมการจริยธรรมอาจมีความผูกพันกับหน่วยงานที่ตนเป็นคณะกรรมการจริยธรรมได้ หรือการกำหนดให้อายุของผู้เยาว์ที่สามารถให้ความยินยอมเข้าร่วมการวิจัยได้ไว้เพียง 18 ปี ต่างจากหลักเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งร่างกฎหมายฉบับนี้ ไม่ปรากฏว่ามีโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมแสดงความคิดเห็นทั้งโดยทางตรงหรือทางอ้อม ด้วยเหตุผลเหล่านี้ จึงทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยว่า กฎหมายฉบับนี้มีเจตนารมณ์ที่แท้จริงอย่างไร

<sup>35</sup> มาตรา L1142-14 ถึง มาตรา L1142-24 CSP

<sup>36</sup> มาตรา L1121-11 CSP

นอกจากนี้ ยังควรพิจารณาผลกระทบของกฎหมายว่าด้วยการวิจัยในคนต่อระบบสาธารณสุขทั้งระบบ เช่น ความพร้อมของแพทย์ทั้งในภาครัฐและเอกชน ทั้งในเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ ความพร้อมด้านฐานข้อมูลทางสาธารณสุข การเยียวยาผู้เสียหายจากการวิจัย โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่อาจหาผู้กระทำผิดได้ จะสามารถใช้สิทธิขอรับการเยียวยาได้มากน้อยเพียงใด ความจำเป็นในการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาดูแลว่า ข้าช้อนกับหน่วยงานที่มีอยู่หรือไม่ หากข้าช้อนก็อาจเป็นภาระทางงบประมาณแก่ประเทศได้ เป็นต้น

## บรรณานุกรม

### หนังสือภาษาต่างประเทศ

BINET Jean-René, *Droit médical*, Lextenso édition 2010, Montchrestien

LAUDE Anne, MATHIEU Bertrand, TABUTEAU Didier, *Droit de la Santé*, 3ème édition, 2012, Presses Universitaires de France

MIRKOVIC Aude, *L'essentiel de la bioéthique*, Gualino, Lextenso éditions 2013

แนะนำหนังสือ

## Le système constitutionnel et politique de la Thaïlande

นายสุภากร ศิริยุทธวัฒนา<sup>1</sup>

โดยปกติผลงานวิชาการด้านกฎหมายซึ่งมีเนื้อหาเฉพาะเจาะจงถึงระบบกฎหมายในรัฐใด ย่อมถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยนักกฎหมายของรัฐนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลงานที่เกี่ยวข้องกับระบบการเมืองการปกครอง ซึ่งผู้แต่งจะต้องมีความรู้ความเข้าใจในประวัติศาสตร์และวัฒนธรรมการเมืองการปกครองของรัฐนั้นๆ ด้วย ดังนั้นจึงมิใช่เรื่องง่ายที่นักกฎหมายต่างชาติจะสร้างผลงานวิชาการเกี่ยวกับระบบรัฐธรรมนูญและการเมืองของประเทศไทย อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 2012 หนังสือ “Le système constitutionnel et politique de la Thaïlande”<sup>2</sup> (ระบบรัฐธรรมนูญและการเมืองแห่งราชอาณาจักรไทย) ของศาสตราจารย์ ดร. Jean-Marie Crouzatier<sup>3</sup> ได้รับการตีพิมพ์และวางจำหน่ายโดยสำนักพิมพ์แห่งมหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole โดยในขณะนั้นผู้เขียนซึ่งกำลังศึกษาอยู่ในระดับชั้นดุชฎีบัณฑิตด้านกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัยดังกล่าวมีความรู้สึกตื่นเต้นและสงสัยเป็นอย่างยิ่งว่านักกฎหมายชาวฝรั่งเศสท่านนี้จะมีทัศนคติต่อระบบการเมืองการปกครองไทยอย่างไร

ผลงานชิ้นนี้น่าเสนอระบบการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของไทยโดยเน้นช่วงเวลานับแต่การปฏิวัติในปี ค.ศ. 1932 จนกระทั่งถึงระบบการเมืองการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 2007 (มีการอ้างถึงระบบการเมืองการปกครองในสมัยกรุงสุโขทัยและกรุงศรีอยุธยาด้วยเช่นกัน) ในแง่ของความสมบูรณ์ของข้อมูลทางกฎหมายรวมทั้งข้อเท็จจริงในทางการเมืองการปกครองถือว่าครบถ้วนโดยเฉพาะในส่วนที่สำคัญ เช่น ข้อมูลเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี ค.ศ. 1932 รวมทั้งการรัฐประหารในปีค.ศ. 2007 ที่ถูกนำเสนอได้อย่างเป็นระบบและน่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง ผลงานชิ้นนี้จึงเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่ต้องการศึกษาค้นคว้าข้อมูลเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม หลายท่านอาจสงสัยว่า แม้ข้อมูลและข้อเท็จจริงต่างๆ ในผลงานเล่มนี้จะถูกต้องและครบถ้วนสมบูรณ์ แต่จะมีประโยชน์อะไรที่นักกฎหมายชาวไทยจะต้องศึกษาข้อมูลของประเทศไทยโดยใช้ผลงานภาษาฝรั่งเศสต่างๆ ที่สามารถค้นคว้าสิ่งเหล่านี้ได้จากผลงานวิชาการภาษาไทย ? คำตอบของคำถามดังกล่าวคือเหตุผลที่ผู้เขียนต้องการจะแนะนำผลงานชิ้นนี้... ในทัศนะของผู้เขียน คุณค่าของผลงานชิ้นดังกล่าวที่มีต่อนักกฎหมายไทยอาจไม่ใช่ข้อมูลและข้อเท็จจริงต่างๆ ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้ว หากแต่เป็นทัศนคติและความเห็นทางกฎหมายและการเมืองที่ศาสตราจารย์ ดร. Jean-Marie Crouzatier ได้แสดงไว้ในผลงานของท่าน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความควรแก่การพิจารณาเป็นอย่างยิ่งด้วยเหตุผลหลักๆ สามประการดังต่อไปนี้:

ประการแรก รัฐธรรมนูญและระบบการเมืองการปกครองของไทยมีลักษณะพิเศษหลายประการ ซึ่งในบางประเด็นถูกมองว่าเป็นเรื่องต้องห้ามในประเทศไทย กล่าวคือเป็นปัญหาที่นักกฎหมายไทยทราบดี แต่ไม่กล้าหรือไม่สามารถแสดงความคิดเห็นต่อสาธารณชนหรือแม้แต่ในผลงานวิชาการได้ด้วยเหตุผลทางสังคม วัฒนธรรม หรือแม้แต่เหตุผลในทางกฎหมาย ซึ่งศาสตราจารย์ ดร. Jean-Marie Crouzatier ได้แสดงความเห็นต่อปัญหาทางกฎหมายและการเมืองในประเด็นต่างๆ อย่างตรงไปตรงมา เช่นการวิจารณ์คำวินิจฉัย

<sup>1</sup> นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตร์มหาบัณฑิตสาขากฎหมายมหาชนและดุชฎีบัณฑิตสาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมอันดับสูงสุดพร้อมสิทธิในการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานในสภาพเดิม) มหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole ประเทศฝรั่งเศส, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

<sup>2</sup> ตีพิมพ์เป็นภาษาฝรั่งเศส

<sup>3</sup> ศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัย Toulouse I – Capitole ประเทศฝรั่งเศส

ของศาลรัฐธรรมนูญ การแสดงความเห็นต่อมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา การวิเคราะห์อิทธิพลของศาสนาพุทธที่มีต่อระบบการเมืองการปกครองของไทย เป็นต้น

ประการที่สอง เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการเมืองการปกครองของไทยในรอบ 10 ปีที่ผ่านมาไม่ได้มีปัญหาหลากหลายมิติ ความขัดแย้งทางการเมืองของประชาชนนั้นก่อตัวขึ้นและลุกลามไปจนไม่อาจจะกลับไปสู่จุดเดิมได้อีกต่อไป นักกฎหมายมหาชนก็เช่นกัน แทบจะไม่มีนักกฎหมายมหาชนท่านใดที่สามารถแสดงความเห็นทางกฎหมายในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเมืองแล้วทำให้สาธารณชนส่วนใหญ่เชื่อได้ว่าความเห็นดังกล่าวปราศจากอคติอย่างแท้จริง แม้ความเห็นนั้นจะถูกตั้งตามหลักการทุกประการ แต่นักกฎหมายท่านนั้นก็จะต้องถูกมองจากประชาชนหรือแม้แต่ นักกฎหมายด้วยกันว่ามีอคติไปในทางใดทางหนึ่ง ความน่าสนใจของผลงานชิ้นนี้ก็คือเราสามารถศึกษาความเห็นในประเด็นเหล่านี้ของนักกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส ซึ่งน่าเชื่อถือได้ว่าท่านไม่มีส่วนได้เสียหรืออคติใดๆทั้งสิ้นในความเห็นที่ท่านได้แสดงไว้ในผลงานดังกล่าว ไม่ว่าจะเห็นต่อการขึ้นสู่อำนาจและการบริหารราชการแผ่นดินของอดีตนายกรัฐมนตรี ดร. ทักษิณ ชินวัตร หรือเห็นต่อการทำรัฐประหารครั้งต่างๆในประเทศไทย ผู้เขียนมิได้ต้องการจะสื่อว่าความเห็นของท่านถูกต้องเที่ยงตรงมากกว่าความเห็นของนักกฎหมายไทย เพราะความเห็นที่ถูกต้องนั้นจะออกมาจากผู้ใดก็ย่อมเป็นความเห็นที่ถูกต้องอยู่อย่างนั้น เพียงแต่ทัศนคติของนักกฎหมายต่างชาติซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญและปราศจากอคติอาจช่วยต่อยอดให้เห็นว่าความถูกต้องตามหลักการนั้นเป็นเช่นไร

ประการที่สาม การศึกษาทัศนคติที่นักกฎหมายต่างชาติมีต่อรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองการปกครองของไทยย่อมทำให้นักกฎหมายไทยเห็นประเด็นปัญหา รวมทั้งแง่มุมอื่นๆที่เราอาจไม่เคยคำนึงถึงซึ่งอาจเป็นเพราะความรู้ความเข้าใจหรือความเคยชินที่มีต่อระบบกฎหมายไทย การศึกษาผลงานชิ้นดังกล่าวอาจทำให้เราพบประเด็นปัญหา รวมทั้งทางออกของปัญหานั้นๆเพื่อการพัฒนาการเมืองการปกครองของไทยต่อไปในอนาคต

สุดท้ายนี้ผู้เขียนมีความหวังเป็นอย่างยิ่งว่าการแนะนำหนังสือในครั้งนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่มีความต้องการศึกษาค้นคว้าด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบบการเมืองการปกครองของไทย โดยเฉพาะนักกฎหมายมหาชนที่มีความสามารถด้านภาษาฝรั่งเศส ย่อมไม่ควรพลาดผลงานชิ้นดังกล่าว



ปกิณกะกฎหมาย

## การจัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการของฝรั่งเศส (Recueil des obligations déontologiques des magistrats)

วิชณู วรัญญ<sup>1</sup>

เมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๗ ได้มีการตราบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ ๕ มีนาคม ๒๐๐๗ (Loi organique du 5 mars 2007) แก้ไขปรับปรุงการคัดเลือกผู้พิพากษาและการฝึกอบรมทั้งก่อนและระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาเพื่อให้ผู้พิพากษาศาลาการของฝรั่งเศสปฏิบัติหน้าที่โดยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น สามารถอำนวยความสะดวกโดยตอบสนองความคาดหวังของประชาชนมากยิ่งขึ้น ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติมาตรา ๑๘ กำหนดให้องค์กรบริหารงานบุคคลของผู้พิพากษาศาลาการฝรั่งเศสซึ่งเทียบเท่าคณะกรรมการตุลาการ (กต) ของประเทศไทย คือ Le Conseil supérieur de la magistrature จัดทำประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการของฝรั่งเศส (Recueil des obligations déontologiques des magistrats) และกำหนดให้เผยแพร่ให้ประชาชนทั่วไปได้รู้ด้วยว่าข้อกำหนดความประพฤติอันเป็นจริยธรรมที่ผู้พิพากษาศาลาการพึงปฏิบัติตามนั้นประกอบด้วยหลักการและข้อกำหนดอะไรบ้าง เพื่อสาธารณชนจักได้มีส่วนร่วมในการตรวจสอบความประพฤติของผู้พิพากษาศาลาการด้วยอีกโสดหนึ่ง

ประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการของฝรั่งเศสฉบับนี้ใช้เวลาในการจัดทำถึงสี่ปี คือระหว่างปี ค.ศ. ๒๐๐๗-๒๐๑๐ ได้มีการสำรวจความคิดเห็นของผู้ที่เป็นผู้พิพากษาศาลาการ พนักงานอัยการ และบุคลากรอื่นในกระบวนการยุติธรรม เช่น ทนายความ พนักงานสอบสวน ฯลฯ รวมทั้งประชาชนทั่วไปอย่างกว้างขวาง

หลักการสำคัญของประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการฉบับนี้คือมุ่งหมายให้กระบวนการยุติธรรมได้รับการยอมรับและความไว้วางใจจากประชาชน ดังนั้นจึงวางข้อกำหนดเกี่ยวกับการวางตนของผู้พิพากษาศาลาการ (รวมทั้งพนักงานอัยการ) ทั้งในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่และในการดำเนินชีวิตส่วนตัวไว้อย่างละเอียด

บทนำ (Preamble) ของประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการฉบับนี้เขียนถึงภารกิจหน้าที่และความสำคัญของงานอำนวยความสะดวกไว้อย่างละเอียดลอมมาก ดังนี้

“รัฐที่เป็นนิติรัฐมีหน้าที่สำคัญประการหนึ่งคือการอำนวยความสะดวก ดังนั้น ผู้พิพากษาศาลาการพึงตระหนักว่าในอุ้งมือของแต่ละท่านนั้นมีเสรีภาพ เกียรติยศ ความมั่นคงปลอดภัย และผลประโยชน์ในเชิงทรัพย์สินของราษฎรที่ท่านต้องปกป้องรักษาอยู่ บทบาทหน้าที่ดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญที่กำหนดว่าผู้พิพากษาศาลาการแต่ละท่านพึงทำอะไรหรือพึงละเว้นอะไร และขณะเดียวกันก็เป็นสิ่งที่เรียกร้องให้รัฐพึงจัดให้ผู้พิพากษาศาลาการแต่ละท่านได้มีเครื่องมือเครื่องใช้ในแง่ของบุคลากร งบประมาณ วัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นอย่างครบถ้วนเหมาะสมเพื่อทำหน้าที่

หลักการ ข้อสังเกตและคำแนะนำที่จะกล่าวเป็นลำดับต่อไปนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดให้เป็นแนวทางและกรอบในการปฏิบัติตัวตามจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลาการฝรั่งเศสขณะเดียวกันก็มีจุดมุ่งหมายให้ผู้แทนขององค์กรอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารรวมทั้งทุกภาคส่วนที่อยู่ในกระบวนการ

<sup>1</sup> ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด, นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตร์มหาบัณฑิตสาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมดี) และคุชฌ์บัณฑิตสาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมดีมาก) มหาวิทยาลัย Paris II ประเทศฝรั่งเศส, ENA (Promotion Condorcet), ESIT (Certificat d'Aptitude à la traductologie)

ยุติธรรมและสาธารณชนได้เข้าใจความซับซ้อนของภารกิจหน้าที่ของผู้พิพากษาศาลในการอำนวยความยุติธรรมได้ดียิ่งขึ้น

กฎหมายกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง ความเป็นอิสระและเป็นกลางนี้จึงเป็นพื้นฐานความชอบธรรมของการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาศาล และในเวลาเดียวกันก็เป็นหน้าที่ที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารจะต้องเคารพความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษาศาลด้วยการไม่ยึดถือตามหลักดังกล่าวนี้มีผลทำให้สาธารณชนไม่มีความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม

ผู้พิพากษาศาลพึงเป็นผู้มีคุณธรรม สาธารณชนจึงจะเชื่อมั่นได้ว่าท่านเป็นผู้ที่มีความเหมาะสมที่จะอำนวยความยุติธรรมอันกระทบถึงสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของพวกเขา กล่าวอีกนัยหนึ่ง ผู้พิพากษาศาลพึงมีความซื่อสัตย์สุจริตและความตรงไปตรงมายิ่งกว่าผู้อยู่ในอาชีพอื่น

ผู้พิพากษาศาลพึงแสวงหาความรู้อย่างต่อเนื่องและสม่ำเสมอ และพึงมีความมุ่งมั่นที่จะปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของราษฎร ด้วยการปฏิบัติเช่นนี้ ผู้พิพากษาศาลก็จะเป็นผู้ที่ทำให้กฎหมายมีความสำคัญกว่าสิ่งอื่น

การพิมพ์เผยแพร่ประมวลข้อพึงปฏิบัติตามจริยธรรมตุลาการฉบับนี้ให้สาธารณชนทราบจะเป็นการส่งเสริมให้สาธารณชนมีความมั่นใจในความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้พิพากษาศาลมากยิ่งขึ้น”

ประมวลจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลฝรั่งเศส แบ่งออกเป็น ๖ หมวด ได้แก่

หมวดที่ ๑. ว่าด้วยอิสระของตุลาการ (L'Indépendance)

หมวดที่ ๒ ว่าด้วยความเป็นกลาง (L'Impartialité)

หมวดที่ ๓ ว่าด้วยความซื่อสัตย์สุจริต (L'Intégrité)

หมวดนี้ยังแบ่งหัวข้อย่อยออกเป็น ความซื่อตรงต่อหน้าที่ (La Probité) และความตรงไปตรงมา (La Loyauté)

หมวดที่ ๔ ว่าด้วยการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย (La légalité)

หมวดที่ ๕ ว่าด้วยการประพฤติปฏิบัติต่อผู้อื่น (L'Attention à autrui)

หมวดนี้แบ่งหัวข้อย่อยออกเป็น การเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้อื่น (La dignité de la personne) และการรับฟังผู้อื่น (L'Ecoute de l'autre)

หมวดที่ ๖ ว่าด้วยการปฏิบัติตนให้เหมาะสมกับตำแหน่ง (Discretion et réserve)

ขอยกตัวอย่างหลักจริยธรรมสำหรับผู้พิพากษาศาลของฝรั่งเศสที่น่าสนใจมาเป็นตัวอย่างดังต่อไปนี้

- ผู้พิพากษาศาลปกป้องหลักความเป็นอิสระของตุลาการได้โดยการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย โดยสอดคล้องกับระเบียบวิธีพิจารณา ไม่นำเรื่องนอกฟ้องนอกประเด็นมาเกี่ยวข้อง รวมทั้งกระทำหน้าที่โดยปลอดจากการแทรกแซงหรือการกดดันจากภายนอก โดยไม่ต้องเกรงว่าจะต้องได้รับผลร้ายจากการทำหน้าที่ หรือโดยหวังว่าจะได้รับผลประโยชน์ส่วนตัวจากการทำหน้าที่
- ผู้พิพากษาศาลพึงรักษาความเป็นอิสระจากอำนาจบริหารและอำนาจนิติบัญญัติ ด้วยการละเว้นไม่เข้าเกี่ยวข้องหรือติดต่อสัมพันธ์กับผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติอย่างไม่เหมาะสม และต้องไม่ให้ผู้ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติมีอิทธิพลเหนือการปฏิบัติหน้าที่
- พิจารณาตุลาการที่ดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่อยู่ ไม่พึงเป็นผู้ที่ขอรับเกียรติยศใดๆ ทั้งสิ้นเพื่อตนเอง ทั้งนี้เพื่อขอขจัดความระแวงสงสัยจากสาธารณชนว่าผู้พิพากษาศาลอ้างความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ไว้จริงหรือ

- ผู้พิพากษาศาลการเป็นผู้พิทักษ์สิทธิและเสรีภาพของราษฎร จึงต้องตัดสินคดีตามพยานหลักฐานที่ปรากฏในสำนวนตามระเบียบวิธีพิจารณา โดยไม่ต้องหวั่นเกรงว่าจะเป็นที่พอใจหรือไม่พอใจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติหรือผู้พิพากษาศาลการที่อยู่ในตำแหน่งที่สูงขึ้นไปหรือสื่อมวลชนหรือมติมหาชน
- เมื่อใดที่ผู้พิพากษาศาลการรู้สึกว่าจะได้รับแรงกดดันหรือได้รับการแทรกแซงไม่ว่าจะมาจากทางใด พึงแจ้งเรื่องให้องค์คณะพิจารณาพิพากษาได้ทราบและใช้รูปแบบขององค์คณะในการดำเนินการเท่าที่จะทำได้ตามระเบียบวิธีพิจารณา
- ผู้พิพากษาศาลการพึงตระหนักอยู่เสมอว่าตนเองอาจมีอคติอันเนื่องมาจากเหตุทางวัฒนธรรม ทางสังคม จากความคิดเห็นทางการเมือง ทางความเชื่อทางปรัชญาหรือศาสนา อันจะทำให้ตนเองตีความข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายผิดไปจากที่ควรจะเป็นก็เป็นได้
- การกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลการปฏิบัติหน้าที่ในองค์คณะใดหรือการกำหนดให้ผู้พิพากษาศาลการท่านใดไปปฏิบัติหน้าที่แทน ไม่พึงเป็นไปโดยความประสงค์ที่จะให้ผลของคดีเป็นไปทางใดทางหนึ่ง สิ่งเดียวที่พึงนำมาเป็นข้อพิจารณาคือความจำเป็นและประโยชน์ในการปฏิบัติหน้าที่
- ความเป็นกลางและความเป็นอิสระของตุลาการ เป็นองค์ประกอบสำคัญของความยุติธรรม ทั้งสองหลักการเป็นสิ่งที่ทำให้สาธารณชนเกิดความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรม
- ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาศาลการพึงขจัดอคติต่างๆ ให้สิ้นและพึงใช้วิจรรณญาณอย่างกว้างวิสัย
- ผู้พิพากษาศาลการไม่พึงรับเงินหรือสิ่งของใดๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในโอกาสที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ (เช่นรับเงินหรือสิ่งของแสดงความยินดีในโอกาสได้เลื่อนตำแหน่ง เป็นต้น) เนื่องจากอาจทำให้เกิดข้อสงสัยในความเป็นกลางขึ้นได้
- พิพากษาศาลการมีหน้าที่ธำรงไว้ซึ่งความซื่อสัตย์สุจริต ความซื่อสัตย์สุจริตเป็นเกียรติของการประกอบอาชีพนี้
- ผู้พิพากษาศาลการพึงชื่อตรงต่อหน้าที่ทั้งในหน้าที่การงาน ในการดำรงตนในสังคม และในการดำเนินชีวิตส่วนตัวความซื่อตรงต่อหน้าที่ กล่าวโดยเฉพาะ หมายถึงการที่ผู้พิพากษาพึงเคารพกฎหมาย ผู้พิพากษาศาลการพึงปฏิบัติตนด้วยความสุภาพอ่อนน้อม
- ในการดำเนินชีวิตส่วนตัว ผู้พิพากษาศาลการพึงยึดมั่นในความซื่อสัตย์สุจริต ไม่แอบประพฤติหรือกระทำการใดๆ อันสังคมตำหนิติเตียน นอกจากนั้นพึงระมัดระวังในการดำเนินกิจกรรมทางสังคม ในการเลือกคบหาสมาคมกับบุคคลใดๆ ในการประกอบกิจกรรมส่วนตัว รวมทั้งในการเข้าร่วมกิจกรรมส่วนรวม
- ไม่ว่าในกรณีใด ๆ ผู้พิพากษาศาลการไม่พึงมีความคิดว่าตนเองอยู่ในสถานะพิเศษหรือพึงได้รับการปฏิบัติเป็นพิเศษแตกต่างไปจากบุคคลอื่น
- ผู้พิพากษาศาลการไม่พึงใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนแสวงหาประโยชน์ใดๆ เพื่อตนเอง เพื่อผู้ใกล้ชิด หรือเพื่อบุคคลที่ตนรู้จัก
- ห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลการเข้าไปแทรกแซงหรือเสนอแนะในกระบวนการตัดสินใจของบุคคลหรือองค์กรอื่น ผู้พิพากษาศาลการพึงระมัดระวังให้มากในการให้การรับรองความประพฤติของบุคคลอื่น อันอาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่อันความยุติธรรมของตนเองเกิดปัญหาขึ้นได้ ผู้พิพากษาศาลการไม่พึงรู้สึกว่าจะต้องกระทำเช่นนั้นเพื่อความสมัคสมานสามัคคีในหมู่ผู้ประกอบอาชีพเดียวกัน

- ผู้พิพากษาศาลการฟังมีเสรีภาพเต็มบริบูรณ์ในการจัดทำคำพิพากษา ผู้พิพากษาศาลการฟังใช้ความเข้มงวดและความระมัดระวังในการตรวจสอบพยานหลักฐาน ฟังปรับใช้กฎหมายอย่างตรงไปตรงมา และฟังนำข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความแต่ละฝ่ายมาพิจารณาอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ฟังให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาอย่างครบถ้วน
- ผู้พิพากษาศาลการฟังปฏิบัติต่อคู่ความในคดี ผู้เสียหาย บุคคลากรอื่นในกระบวนการยุติธรรม ด้วยความละมุนละม่อม โดยเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทุกคน และโดยพร้อมที่จะรับฟังทุกๆ ฝ่าย
- การเคารพผู้อื่นเริ่มต้นที่การเคารพหน้าที่ของตนเอง ดังนั้นผู้พิพากษาศาลการฟังพิจารณาพิพากษา หรือมีคำสั่งให้ตรงกับวันเวลาที่กำหนดไว้ ฟังเข้าห้องพิจารณาให้ตรงเวลา และเคารพเวลานัดหมาย
- ในห้องพิจารณาก็ดี ในระหว่างประชุมองค์คณะก็ดี ผู้พิพากษาศาลการต้องมีท่าทีที่เปิดกว้างพร้อมรับฟังความเห็นของบุคคลอื่น ต้องแสดงท่าทีว่าตั้งใจฟัง ไม่ฟังแสดงอาการเบื่อหน่ายหรือแย้งบุคคลอื่น พุด ผู้พิพากษาศาลการมีหน้าที่ต้องรับฟังทุกๆฝ่ายด้วยความเป็นกลาง และให้ทุกๆฝ่ายได้แสดงความคิดเห็นในการต่อสู้คดีอย่างเต็มภาคภูมิ