



สภานายกสภามหาวิทยาลัย

สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอชื่นชมที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่ได้เห็นถึงความสำคัญในการเผยแพร่บทความวิชาการและบทความวิจัย โดยได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์อย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี ซึ่งในปี พ.ศ.2563 นี้ ทางวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ได้ผ่านการรับรองคุณภาพ จาก TCI กลุ่มที่ 2 ซึ่งแสดงถึงความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและการยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น โดยวารสารวิชาการฉบับนี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในฐานะเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่องค์ความรู้ที่ได้จากการศึกษาและวิจัย อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมายที่จะนำมาค้นคว้าอ้างอิง และนำไปใช้ปฏิบัติงานได้ต่อไป



สภามหาวิทยาลัยรามคำแหงขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์และทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ฉบับนี้ ในโอกาสนี้ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์ นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน จงมีแต่ความสุข ประสพแต่สิ่งดีงาม สิ่งที่เป็นมงคล มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรงสมบูรณ์ ปราศจากโรคภัยไข้เจ็บและภัยอันตรายทั้งปวง นึกหวังสิ่งใดขอให้สมความปรารถนา และที่สำคัญขอให้ร่วมกันทำประโยชน์ให้กับมหาวิทยาลัยและประเทศชาติต่อไป

(นายชีพ จุลมนต์)

นายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารอธิการบดี

มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอแสดงความชื่นชมคณะนิติศาสตร์ ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นเป็นประจำทุกปีและวารสารฉบับนี้มีคุณภาพด้านวิชาการทางนิติศาสตร์จนได้รับการยอมรับในระดับชาติที่มีฐานข้อมูลปรากฏในศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย TCI กลุ่มที่ 2 นับเป็นความภูมิใจของมหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่คณะนิติศาสตร์มีความมุ่งมั่นพัฒนาและสร้างสรรค์วารสารที่มีผลงานทางวิชาการและวิจัยด้านนิติศาสตร์ให้มีมาตรฐานสู่สากลยิ่งขึ้นไปเพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการและเป็นการกระตุ้นให้นักกฎหมายและนักวิชาการให้มีส่วนร่วมและสนใจในการสร้างสรรค์ผลงานทางวิชาการมากขึ้น



ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวง มีความสุข ประสงค์สิ่งใดขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ



(ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชาล ทองประยูร)

ผู้อำนวยการสถาบันการศึกษานานาชาติ รักษาการแทน

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

การเผยแพร่ผลงานวิชาการหรือผลงานวิจัยมีความสำคัญอย่างยิ่งในการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ ความคิดระหว่างนักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไป รวมถึงยังสามารถนำงานวิชาการและงานวิจัยไปศึกษา และประยุกต์ใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อสังคมต่อไป ดังนั้นทางคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ได้ตระหนักถึงความสำคัญในการจัดพิมพ์วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ขึ้นเป็นประจำทุกปี ปีละ 2 ฉบับ เพื่อเป็นเวทีสำหรับการนำเสนอผลงานค้นคว้าวิจัยและผลงานทางวิชาการเพื่อให้ให้นักกฎหมายได้เผยแพร่และแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง



ในนามคณะนิติศาสตร์ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ที่ได้มุ่งมั่นพัฒนา และยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐานเพื่อเกิดประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา อันจะนำมาเพื่อการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็งปลอดภัยจากภัยอันตรายทั้งปวงมีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์สาธิต สุนทรพันธุ์)

คนบดีคณะรัฐศาสตร์ กรรมการสภามหาวิทยาลัย

รักษาราชการแทน คนบดีคณะนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้งเปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือนักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่างมหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน ในช่วงเวลาของฐานวิถีชีวิตใหม่ (New Normal) หลังจากทีปลายปี
ที่แล้ว ทั้งโลกได้เผชิญกับโรคระบาดที่สร้างความสูญเสียทั้งชีวิตและเศรษฐกิจไม่ต่างจากมี
สงครามโลกครั้งที่ 3 เพราะเชื้อ Covid-19 ไม่รู้จักเส้นสมมติที่เรียกว่า เส้นพรมแดน หรือแบ่งแยก
สีผิวภายนอกของมนุษย์ว่าจะเป็นสีอะไร トラบใดที่เป็น Homo Sapiens Sapiens ก็ไม่ได้เลือก
ปฏิบัติแต่อย่างใด

สำหรับวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 1 นั้น ทางกองบรรณาธิการได้รับ
เกียรติจากผู้สนใจส่งบทความมาจำนวนมาก และมีบทความที่ผ่านการคัดเลือกจากกองบรรณาธิการ
และพิจารณาจากผู้ทรงคุณวุฒิ จำนวน 10 บทความ และคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ได้นำเสนอบทความเรื่อง มุมมองและข้อสังเกต
เกี่ยวกับการให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ของประเทศไทยว่า
ด้วยความมั่นคงทางสังคม โดยเสนอแนะให้ทบทุนอนุสัญญา ILO ทั้ง 19 ฉบับ ที่มีไทยเป็นคดีและ
ปรับปรุงกฎหมายภายในของไทยให้เท่าเทียมหรือดีกว่าอนุสัญญาด้านความมั่นคงของสังคมของ ILO

ท่านผู้พิพากษา วุฒิ ศรีธีระวิศาล ได้นำเสนอบทความเรื่อง เหตุแห่งการฟ้องหย่า:
หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันของประเทศไทยและออสเตรเลีย โดยเปรียบเทียบเหตุ
แห่งการฟ้องหย่าแม้ว่าจะอยู่อาศัยในที่เดียวกันก็ตาม ระหว่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของ
ไทยกับพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 ของออสเตรเลีย

อาจารย์ ดร.ณัชชา สุขะวัธนกุล และอาจารย์ ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน ได้นำเสนอ
บทความเรื่อง พัฒนาการเทคโนโลยีทางพาณิชย์นาวี: ความท้าทายทางกฎหมายและ
เศรษฐศาสตร์ต่อการใช้งานเรือไร้คนขับ โดยระบบยานทางน้ำไร้คนขับเป็นประเด็นใหม่ แม้แต่ใน
อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเลยังไม่มีคำตอบชัดเจน จึงต้องพิจารณาประเด็นนี้ทั้งในแง่
กฎหมายและเศรษฐศาสตร์

อาจารย์สุณิษา ธีรโรจน์วิทย์ ได้นำเสนอบทความเรื่อง ปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกิน
อัตราตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา
โดยวิเคราะห์ปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ตามแนวคำพิพากษาฎีกา โดยมติที่ประชุมใหญ่ ที่
5376/2560 ที่ได้วางหลักเพื่อให้เกิดความยุติธรรมและคุ้มครองลูกหนี้ได้อย่างชอบธรรม

อาจารย์สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล ได้นำเสนอบทความเรื่อง การนำแนวคิดยุติธรรม
ชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ เสนอการแก้ไขปัญหาการ
บุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐจากการฟ้องร้องคดีมาสู่แนวคิดยุติธรรมชุมชนแทน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล และอาจารย์ ดร.อังค้วรา ไชยอนงค์ ได้นำเสนอบทความวิจัยเรื่อง การพัฒนากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเกษตรกร โดยวิเคราะห์และนำเสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ซึ่งได้นำพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศมาเพิ่มเติมการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรให้เป็นรูปธรรม

รองศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช ได้นำเสนอบทความวิจัยเรื่อง ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย เพื่อแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย จึงต้องให้อาจารย์ผู้สอนแสวงหาเทคนิค และวิธีการสอนใหม่ๆ และรับฟังนิสิตนักศึกษาประกอบกับนิสิตนักศึกษาเองก็ต้องก้าวพ้นความกลัวต่อภาษาอังกฤษเช่นกัน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา ได้นำเสนอบทความวิจัยเรื่อง ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม โดยการขนส่งของทางทะเลอาจกระทบต่อสิ่งแวดล้อม จึงต้องใช้กฎหมายมาเป็นเครื่องมือในการรักษาสิ่งแวดล้อม

รัฐสภา จุริมาศ ได้นำเสนอบทความจากดุชนิพนธ์เรื่อง แนวทางการพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากกรณีสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย โดยศึกษาเปรียบเทียบร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อสินค้าชำรุดบกพร่อง พ.ศ. กับกฎหมายต่างประเทศ ในประเด็นสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน ที่ได้มีการจำหน่ายให้กับผู้บริโภคไปแล้ว

บุษยมาศ มุ่งสันติ ได้นำเสนอบทความจากวิทยานิพนธ์เรื่อง ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้ โดยเปรียบเทียบการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 กับกฎหมายของต่างประเทศ

ท่านอัยการ นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์ ได้นำเสนอคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจเรื่อง การกระทำความผิดด้วยกันแต่ความรับผิดชอบไม่เหมือนกัน จากคำพิพากษาฎีกาที่ 325/2562

ท้ายที่สุดนี้ กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้เขียนทุกท่านที่ได้ให้ออกาสวารสารเป็นช่องทางเผยแพร่บทความ และผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามผลงานวิชาการจากคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่เผยแพร่สู่สังคม และหวังว่าจะได้รับโอกาสเช่นนี้จากทุกท่านต่อไป

ขอขอบพระคุณ
บรรณาธิการ

สารบัญ

หน้า

บทความวิชาการ

มุมมองและข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ของประเทศไทยว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม	1
ธีระ ศรีธรรมรักษ์	
เหตุแห่งการฟ้องหย่า: หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันของประเทศไทยและออสเตรเลีย	21
วุฒิ ศรีธีระวิศาล	
พัฒนาการเทคโนโลยีทางพาณิชย์นาวี: ความท้าทายทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ต่อการใช้งานเรือไร้คนขับ	55
ณัฏชา สุขะวันกุล ภาณุพงศ์ เณิมสิน	
ปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา	85
สุณิษา ธีรโรจน์วิทย์	
การนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ	101
สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล	

บทความวิจัย

การพัฒนากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเกษตรกร	131
สมชาย รัตนเชื้อสกุล อังค์วรา ไชยอนงค์	
ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย	151
ดวงเด่น นาคสีหราช	
ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม	195
แพรวพรรณ หลายปัญญา	
แนวทางการพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากกรณีสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย	233
รัฐสภา จุริมาศ	

ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้	261
บุษยมาศ มุ่งสันติ	

บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: การกระทำความผิดด้วยกันแต่ความรับผิดชอบไม่เหมือนกัน	291
นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์	

มุมมองและข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้สัตยาบัน
อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO)
ของประเทศไทยว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม

ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศิริธรรมรักษ์

มุมมองและข้อสังเกตเกี่ยวกับการให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงาน
ระหว่างประเทศ (ILO) ของประเทศไทยว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม
Thailand's Views and Observations of the Ratification of
International Labour Organization Convention (ILO)
about Social Security

ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์*
Professor Dr.Thira Srithammarak

บทคัดย่อ

ประเทศไทยเป็นสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) มาตั้งแต่เริ่มก่อตั้ง เมื่อปี ค.ศ.1919 (พ.ศ.2462) ปัจจุบัน ILO มีประเทศสมาชิกทั้งหมด 187 ประเทศ ได้ให้การรับรองอนุสัญญา (Conventions) ไว้ประมาณ 190 ฉบับ ซึ่ง ILO ไม่ได้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือข้อแนะทั้งหมด แต่ได้ขอให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามไม่น้อยกว่า 8 ฉบับ ซึ่งเรียกว่า อนุสัญญาหลัก (Core Conventions) อย่างไรก็ตาม จนถึงขณะนี้ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบัน (Ratified) อนุสัญญาเพียง 19 ฉบับ โดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องทั่วไป ทางด้านการคุ้มครองแรงงาน แต่ในเรื่องที่สำคัญ เช่น การรับรองสิทธิเสรีภาพในการจัดตั้งองค์กร นายจ้าง-ลูกจ้าง การเจรจาต่อรอง หรือแม้แต่ในเรื่องความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานต่ำสุด) เช่น เรื่องประกันสังคม สวัสดิการสังคม และเรื่องการรักษาพยาบาล รวมถึงการดำรงไว้ซึ่งสิทธิในทางสังคม ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันไว้แต่อย่างใด

สาเหตุที่ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาของ ILO ไว้เพียง 19 ฉบับเท่านั้น ซึ่งถือว่าน้อยมาก โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศอาเซียน อาจเป็นเพราะประเทศไทยมีกฎหมายภายในที่ดีและสอดคล้องกับอนุสัญญาของ ILO อยู่แล้วก็เป็นได้ แต่ที่เห็นได้ชัดเจนคือ ในอนุสัญญานับที่ 102 ในเรื่องการ

* อาจารย์อาวุโส คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Doctorat en droit, Droit (Law), Universite de Caen. E-mail: somsakhongs@yahoo.com.

Senior Professor at Faculty of Law Pridi Banomyong, Dhurakij Pundit University; LL.B. at Chulalongkorn University, Doctorat en droit, Droit (Law) at Universite de Caen, France.

วันที่รับบทความ (received) 23 ตุลาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 25 ธันวาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 7 มกราคม 2563.

ประกันสังคมขั้นต่ำ กฎหมายประกันสังคมของไทยเรายังไม่มีการกำหนดสิทธิประโยชน์ในเรื่อง สงเคราะห์ครอบครัวและสงเคราะห์การดำรงชีพผู้อยู่ในอุปการะ แต่การที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน อนุสัญญาใดๆ กับ ILO จะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบเสียก่อน เนื่องจาก ILO กำหนดขั้นตอนการให้ สัตยาบันอนุสัญญาไว้อย่างเข้มงวด เมื่อให้สัตยาบันแล้วจะต้องปฏิบัติตาม หรืออาจจะเป็นเพราะ ประเทศไทยเห็นว่ากฎหมายภายในที่มีอยู่แล้วนั้นมีความทันสมัยและครบถ้วน โดยเฉพาะด้านความ มั่นคงทางสังคม อาจจะดีกว่ากฎหมายด้านความมั่นคงทางสังคมของ ILO ที่ออกมานานแล้ว เช่น อนุสัญญาฉบับที่ 102 ว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม และมาตรฐานขั้นต่ำเรื่องการประกันสังคม ที่ออกมาตั้งแต่ปี 1952 อาจไม่ทันสมัยและสอดคล้องกับสถานะของประเทศในปัจจุบัน

จากที่กล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ 2 ประการ คือ ประการแรก ทบทวน อนุสัญญา 19 ฉบับที่ประเทศไทยให้สัตยาบันไว้แล้ว และปรับปรุงให้ทันสมัยอยู่เสมอ ประการที่ 2 หากจำเป็นต้องให้สัตยาบันอนุสัญญาใดๆ ในอนาคต ทางออกที่ดีที่สุดคือ รัฐควรเร่งแก้ไขปรับปรุง บทกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่างๆ โดยเฉพาะด้านแรงงานประกันสังคม สวัสดิการสังคม ให้เท่าเทียม หรือดีกว่าอนุสัญญาด้านความมั่นคงของสังคมของ ILO ซึ่งขณะนี้รัฐบาลไทยได้ดำเนินการในเรื่องนี้ ไปมากพอสมควรแล้ว

คำสำคัญ: อนุสัญญา, ข้อเสนอ, สัตยาบัน

Abstract

Thailand is a member of the International Labour Organization (ILO) since its establishment in 1919 (B.E.2462). At present, ILO has a total of 187 member countries who had certified the Conventions of approximately 190 issues. However, the ILO does not enforce the member countries to comply with the entire Conventions or Recommendations, but merely asks them to follow at least 8 issues which are the Main Conventions (Core Conventions). Until now, Thailand have ratified of only 19 Conventions, most of them are pertaining to labor protection in general. Yet significant matters as the certification of freedom to establish an employer-employee organization, negotiation or even matters regarding social security (the lowest standard): social security, social welfare and medical treatment as well as maintenance of social rights, still have not been ratified by Thailand.

The reason that Thailand have ratified only 19 of the ILO Conventions, a small number comparing to all other ASEAN countries, possibly, because Thailand have good internal law that complies well with the ILO Conventions. Nevertheless, it is apparent in the Convention No. 102 regarding the minimum social security that Thai Social Security Law has not yet been set up benefits for family welfare and welfare for the dependent's living. To ratify any Conventions with the ILO, Thailand must consider carefully the decisions for the ILO have set a strict process of ratification that once Thailand have ratified, it should follow the regulations. Another reason could be because Thailand believe that the internal law is modern and complete, particularly, the social security of the ILO Social Security law which has long been issued. For example, the Convention No. 102 on the Social Security and the Minimum Standards of Social Security was issued in 1952 seem not be up-to-date and align with the country current conditions.

From the above-mentioned considerations, the authors have two suggestions. First, Thailand should review the 19 Conventions that has been ratified in Thailand to make them up to date. Second, if it requires ratification of any Convention in the future, the best way is that Thailand should accelerate the legal provisions or regulations, especially regarding social security or social welfare, to be

equal or better than ILO's Social Security Convention. This idea is now being fairly well taken into action by the government of Thailand.

Keywords: convention, recommendation, ratification

1. ความนำ

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ.1919 (พ.ศ.2462) ซึ่งประเทศไทยเป็น 1 ใน 35 ประเทศผู้เริ่มก่อตั้งด้วย นับเป็นการได้รับเกียรติอย่างสูงในยุคนั้น

สำนักงานใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกสั้นๆ ว่า ILO ตั้งอยู่ ณ กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ โดยมีวัตถุประสงค์หลัก 4 ข้อ คือ

- 1) แรงงานไม่ใช่สินค้า
- 2) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการตั้งสมาคมเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับความก้าวหน้าอันยั่งยืน
- 3) ความยากจน ณ ที่หนึ่งทีใด ย่อมเป็นปฏิปักษ์ต่อความเจริญรุ่งเรือง
- 4) มนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะแสวงหาสวัสดิภาพทางวัตถุและพัฒนาด้านจิตใจ ภายใต้เงื่อนไขเสรีภาพและความภาคภูมิ ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และโอกาสอันทัดเทียมกันโดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติหรือเพศใดๆ ทั้งสิ้น

ปัจจุบัน ILO ได้ให้การรับรองอนุสัญญา (Conventions) ไว้ประมาณ 190 ฉบับ โดยมีประเทศสมาชิกทั้งหมด 187 ประเทศ อนุสัญญาเหล่านี้เป็นการกำหนดให้ประเทศต่างๆ ปฏิบัติตามในเรื่องการทำงาน เรื่องสิทธิมนุษยชนของผู้ใช้แรงงาน รวมทั้งเรื่องประกันสังคมและสวัสดิการสังคม (ความมั่นคงทางสังคม) ด้วย

ในความเป็นจริงแล้ว ILO ไม่ได้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาหรือข้อแนะทั้งหมด แต่อย่างไรก็ตาม ILO ได้ขอให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามไม่น้อยกว่า 8 ฉบับ ซึ่งเรียกว่าอนุสัญญาหลัก (Core Conventions) อันได้แก่¹

- 1) อนุสัญญาฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ปี ค.ศ.1930
- 2) อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิการรวมกลุ่ม ปี ค.ศ.1948
- 3) อนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมกลุ่มและเจรจาต่อรองร่วม ปี ค.ศ.1949
- 4) อนุสัญญาฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียม ปี ค.ศ.1951
- 5) อนุสัญญาฉบับที่ 105 ว่าด้วยการยกเลิกการใช้แรงงานบังคับ ปี ค.ศ.1957

¹ กฤษฎา อีระโกศลพลค์, 100 ปี ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO): บทเรียนทางประวัติศาสตร์และการเมืองโลก เพื่อก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 2 [Online], available URL: <https://prachatai.com/journal/2019/04/81876>, 2019 (เมษายน, 24).

- 6) อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในอาชีพและการจ้างงาน ปี ค.ศ.1958
- 7) อนุสัญญาฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำ ปี ค.ศ.1973
- 8) อนุสัญญาฉบับที่ 182 ว่าด้วยการห้ามและดำเนินการโดยทันทีเพื่อขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก ปี ค.ศ.1999

สรุปหลักสำคัญๆ คือ ให้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับวัน-เวลาทำงาน วันหยุดประจำสัปดาห์ ชั่วโมงทำงาน เสรีภาพในการรวมกลุ่มจัดตั้งองค์กรทางแรงงาน และการเจรจาต่อรอง การจ่ายค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน อายุขั้นต่ำของลูกจ้างในการทำงาน เป็นต้น แต่ในรายละเอียดอื่นๆ เช่น วันหยุดพักผ่อนประจำปี จะมีหรือไม่ หรือจะมีกี่วัน ขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศจะเป็นผู้กำหนดเอง

2. การให้สัตยาบันอนุสัญญา ILO ของประเทศไทย

ในปัจจุบัน อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ที่ไทยให้สัตยาบัน (Ratified) แล้วมีจำนวนเพียง 19 ฉบับ เรียงตามลำดับ พ.ศ.ที่ให้สัตยาบัน ดังนี้

- 1) อนุสัญญาฉบับที่ 80 ว่าด้วยการแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญา พ.ศ.2489 (ค.ศ.1946) ให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม พ.ศ.2490 (ค.ศ.1947)
- 2) อนุสัญญาฉบับที่ 116 ว่าด้วยการแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญา พ.ศ.2504 (ค.ศ.1961) ให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ.2505 (ค.ศ.1962)
- 3) อนุสัญญาฉบับที่ 104 ว่าด้วยการเลิกบังคับทางอาญาแก่กรรมกรพื้นเมืองที่ละเมิดสัญญาจ้าง พ.ศ.2498 (ค.ศ.1955) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ.2507 (ค.ศ.1964)
- 4) อนุสัญญาฉบับที่ 105 ว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ พ.ศ.2500 (ค.ศ.1957) ให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ.2510 (ค.ศ.1967)
- 5) อนุสัญญาฉบับที่ 127 ว่าด้วยน้ำหนักรสูงสุดที่อนุญาตให้คนงานคนหนึ่งแบกหามได้ พ.ศ.2510 (ค.ศ. 1967) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 128 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2511 (ค.ศ.1968)
- 6) อนุสัญญาฉบับที่ 14 ว่าด้วยการหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์ในงานอุตสาหกรรม พ.ศ.2464 (ค.ศ.1921) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ.2511 (ค.ศ.1968)
- 7) อนุสัญญาฉบับที่ 19 ว่าด้วยการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องค่าตอบแทนสำหรับคนงานชาติในบังคับ และคนต่างชาติ พ.ศ.2468 (ค.ศ.1925) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 25 ให้สัตยาบัน เมื่อวันที่ 5 เมษายน พ.ศ.2511 (ค.ศ.1968)

- 8) อนุสัญญาฉบับที่ 29 ว่าด้วยการเกณฑ์แรงงาน หรือแรงงานบังคับ พ.ศ.2473 (ค.ศ.1930) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 35 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2512 (ค.ศ.1969)
- 9) อนุสัญญาฉบับที่ 88 ว่าด้วยการจัดตั้งบริการจัดหางาน พ.ศ.2491 (ค.ศ.1948) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 83 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2512 (ค.ศ.1969)
- 10) อนุสัญญาฉบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน พ.ศ.2507 (ค.ศ.1964) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 122 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2512 (ค.ศ.1969)
- 11) อนุสัญญาฉบับที่ 100 ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่ากัน พ.ศ.2494 (ค.ศ.1951) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 90 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2542 (ค.ศ.1999)
- 12) อนุสัญญาฉบับที่ 182 ว่าด้วยการห้ามและการดำเนินการโดยทันทีเพื่อขจัดรูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก พ.ศ.2542 (ค.ศ.1999) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 190 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 16 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2544 (ค.ศ.2001)
- 13) อนุสัญญาฉบับที่ 123 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้ทำงานในเหมืองใต้ดิน พ.ศ.2508 (ค.ศ.1965) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ.2547 และบอกเลิกการให้สัตยาบันโดยผลของการให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 138 ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 วรรค 4 ของอนุสัญญา
- 14) อนุสัญญาฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้จ้างงานได้ พ.ศ.2516 (ค.ศ.1973) ข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 146 ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ.2547 (ค.ศ.2004)
- 15) อนุสัญญาฉบับที่ 159 ว่าด้วยการฟื้นฟูด้านการฝึกอาชีพและการจ้างงานบุคคลพิการ พ.ศ.2550 (ค.ศ.2007) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ.2550 (ค.ศ.2007)
- 16) อนุสัญญาฉบับที่ 187 ว่าด้วยการรณรงค์ส่งเสริมการดำเนินงานความปลอดภัยและอาชีวอนามัย พ.ศ.2549 (ค.ศ.2006) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2559 (ค.ศ.2016)
- 17) อนุสัญญาว่าด้วยแรงงานทางทะเล พ.ศ.2549 (Maritime Labour Convention 2006) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 7 มิถุนายน พ.ศ.2559 (ค.ศ.2016)
- 18) อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ พ.ศ.2501 (ค.ศ.1958) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน พ.ศ.2560 (ค.ศ.2017)
- 19) อนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยการทำงานในภาคประมง พ.ศ.2550 (ค.ศ.2007) ให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2561 (ค.ศ.2018)²

² ไสรญา พิกุลหอม, อนาคตของแรงงานประมงไทยภายใต้อนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยการทำงานในภาคการประมง พ.ศ.2550 (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการ, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), หน้า 7.

ทั้งนี้ จะสังเกตเห็นได้ว่าอนุสัญญาที่ไทยให้สัตยาบันทั้งหมดนั้น โดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องทั่วๆ ไป เป็นไปตามเกณฑ์มาตรฐานที่ ILO กำหนด โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดชั่วโมงทำงาน วัน-เวลาทำงาน วันหยุดพักผ่อนประจำปี ค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน อายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้ทำงานได้ และเรื่องของการกระทำอันเลวร้ายต่อเด็ก เป็นต้น แต่ในเรื่องที่สำคัญ เช่น การรับรองสิทธิเสรีภาพในการจัดตั้งองค์กรนายจ้าง-ลูกจ้าง การเจรจาต่อรอง หรือแม้แต่ในเรื่องความมั่นคงทางสังคม (มาตรฐานต่ำสุด) เช่น เรื่องประกันสังคม สวัสดิการสังคม และเรื่องการรักษาพยาบาล รวมถึงการดำรงไว้ซึ่งสิทธิในทางสังคม ไทยก็ยังไม่ได้ให้สัตยาบันไว้แต่อย่างใด อธิบายได้ดังนี้

อนุสัญญาฉบับที่ 87 ค.ศ.1948 (พ.ศ.2491) ที่ว่าด้วยนายจ้างและลูกจ้างจะต้องมีสิทธิเสรีภาพในการรวมตัวจัดตั้งองค์กรของตนเอง เช่น สหภาพแรงงานของฝ่ายลูกจ้าง และสมาคมนายจ้างของฝ่ายนายจ้าง เป็นเรื่องเกี่ยวกับการพยายามจัดตั้งสหภาพแรงงาน แล้วรวมตัวกันเป็นสมาคมอย่างที่รัฐสมาชิกประสพอยู่ในขณะนี้ ซึ่งถือว่าขัดต่ออนุสัญญาฉบับที่ 87

อนุสัญญาฉบับที่ 98 ค.ศ.1949 (พ.ศ.2492) ที่ว่าด้วยการรับรองสิทธิในการเข้าร่วมเจรจาต่อรอง ซึ่งกฎหมายรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์กำหนดไม่ให้พนักงานเข้าร่วมเจรจาต่อรอง มีแต่เพียงให้ยื่นข้อเสนอไปยังฝ่ายบริหารในเรื่องสิทธิประโยชน์ 6 อย่าง เช่น ในเรื่องค่าจ้าง เงินเดือน วัน-เวลาทำงาน ความปลอดภัยในการทำงาน เป็นต้น ซึ่งถือว่าขัดต่ออนุสัญญาฉบับที่ 98 ซึ่งไทยก็ยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา 2 ฉบับนี้ จึงไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม

อนุสัญญาฉบับที่ 102 ค.ศ.1952 (พ.ศ.2495) ว่าด้วยการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการประกันความมั่นคงทางสังคม หรือประกันสังคม ประเทศไทยก็ยังไม่ได้กำหนดว่ามาตรฐานขั้นต่ำของประกันสังคมควรจะเป็นเช่นไร มีกี่ประเภทในขณะที่ ILO ได้กำหนดความมั่นคงในประกันสังคมไว้ 9 ประเภท ได้แก่

- 1) ประโยชน์ทดแทนเกี่ยวกับการประกันอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน
- 2) ประโยชน์ทดแทนกรณีคลอดบุตร
- 3) ประโยชน์ทดแทนกรณีพิการและทุพพลภาพ
- 4) ประโยชน์ทดแทนกรณีตาย
- 5) ประโยชน์ทดแทนกรณีสงเคราะห์บุตร
- 6) ประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ
- 7) ประโยชน์ทดแทนกรณีว่างงาน
- 8) ประโยชน์ทดแทนกรณีสงเคราะห์ครอบครัว
- 9) ประโยชน์ทดแทนการดำรงชีวิตและสงเคราะห์ผู้อยู่ในอุปการะ

หากแต่ตามกฎหมายประกันสังคมของไทย (มาตรา 54) กำหนดไว้เพียง 7 ประเภทเท่านั้น ยังไม่มีประโยชน์ทดแทนสงเคราะห์ครอบครัวและสงเคราะห์ผู้อยู่ในอุปการะ ซึ่งเช่นกัน ประเทศไทยก็อ้างว่ายังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้ จึงไม่ต้องปฏิบัติตาม

อนุสัญญาฉบับที่ 132 การให้ลูกจ้างมีวันหยุดพักผ่อนประจำปีโดยได้รับค่าจ้าง ไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน วันหยุดประจำปีที่มีนั้น กฎหมายแรงงานของไทยมีกำหนดว่าให้มีไม่น้อยกว่า 6 วันทำงานใน 1 ปี โดยไม่ได้บอกว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ เพียงแต่ศาลฎีกาตีความว่าถ้าทำงานเกิน 1 ปี นายจ้างต้องให้ลูกจ้างหยุดพักผ่อนไม่น้อยกว่า 6 วันทำงาน โดยต้องจ่ายค่าจ้างให้

อนุสัญญาฉบับที่ 158 ให้นายจ้างแสดงเหตุผลในการเลิกจ้างลูกจ้าง ประเทศไทยก็ไม่ได้ให้สัตยาบัน ดังนั้นการเลิกจ้างจึงเป็นสิทธิของนายจ้างที่จะแสดงเหตุผลหรือไม่ก็ได้ ถ้าไม่แสดงเหตุผลก็ต้องจ่ายค่าชดเชย ถ้าแสดงเหตุผลก็อาจเป็นทางเลี่ยงไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย แต่ของ ILO จะมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเลิกจ้างลูกจ้างต้องแสดงเหตุผล ถ้าไม่แสดงเหตุผลห้ามเลิกจ้าง ถือว่าไม่ให้เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง แม้จะให้ค่าชดเชยก็ตาม เช่น ประเทศเกาหลีที่ประสบปัญหาอยู่ ก็อ้างว่าไม่ได้ให้สัตยาบันในเรื่องการที่จะรับลูกจ้างเข้าทำงานใหม่ในขณะที่ลูกจ้างกำลังนัดหยุดงาน การนัดหยุดงานหรือการเจรจาต่อรองเป็นสิทธิของลูกจ้างที่กฎหมายรับรองให้ความคุ้มครองไม่ว่าประเทศใดก็ตาม ดังนั้น ในระหว่างที่มีการเรียกร้องก็จะได้รับการคุ้มครอง แต่ในระหว่างนัดหยุดงาน นายจ้างมีสิทธิไม่จ่ายค่าจ้างได้ เพราะไม่ได้ทำงาน ถ้ากฎหมายออกมาว่าให้นายจ้างรับคนงานใหม่มาทำงานแทนในระหว่างที่มีการนัดหยุดงานก็เท่ากับเป็นการลอยแพคนงานเหล่านั้น ถือเป็นการเลิกจ้างโดยปริยาย

อนึ่ง ในเรื่องอนุสัญญาต่างๆ ของ ILO มีการกำหนดครอบคลุมถึงสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ ความมั่นคง การดำรงชีวิต การอยู่ร่วมกันในสังคม สภาพการทำงาน ค่าจ้าง ตลอดจนจนถึงการบริหารแรงงาน การกำหนดมาตรฐานแรงงาน การปรับขยายครอบคลุมการให้สวัสดิการสังคมกับคนงานในภาคอุตสาหกรรมมากขึ้น โดยเฉพาะในยุคปัจจุบันเทคโนโลยีมีความก้าวหน้าอย่างมาก ILO ก็พยายามปรับปรุงแก้ไขสิทธิต่างๆ ที่จะให้กับผู้ใช้แรงงานมากขึ้น ที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ การให้ความสนใจในบริษัทข้ามชาติ หรือเน้นในเรื่องราวพัฒนาสังคมควบคู่กับการพัฒนาเศรษฐกิจ ซึ่งเป็น Concept ของ ILO

ในอนุสัญญาต่างๆ เหล่านี้ จะมีส่วนกล่าวถึงความมั่นคงในสังคม ซึ่งแบ่งเป็น 2 ยุค คือ

1) ยุคแรก ปี ค.ศ.1919 เน้นในเรื่องการประกันสังคม (Social Insurance) อนุสัญญาส่วนใหญ่จะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้าง มีฉบับที่ 17, 18, 19 เกี่ยวกับเรื่องโรคอันเกี่ยวข้องกับการทำงานว่ามีโรคอะไรบ้าง ซึ่งในต่างประเทศจะแบ่งโรคต่างๆ ในการทำงานเป็น 3 กลุ่ม ส่วนประเทศไทยจะไม่มีแบ่งกลุ่ม แต่จะกำหนดว่าเป็นโรคที่เกี่ยวกับการทำงาน ดังนั้น เวลาทำงานแล้วเกิดโรคอะไรขึ้นมาจะต้องพิสูจน์ว่าโรคนั้นเกี่ยวข้องกับการทำงาน เช่น ทำงานธนาคาร แล้วเป็นโรคปอด ก็เป็นไปไม่ได้ คนที่ควรจะเป็นโรคปอดคือคนที่ทำงานอยู่โรงงานปูน แต่พอสืบไป

แล้วกลับพบว่าคนที่ทำงานธนาคารดังกล่าวมีบ้านอยู่ใกล้โรงงานปูน นายจ้างก็จะไม่จ่ายเงินให้ เพราะไม่เกี่ยวกับโรคที่เกิดจากการทำงาน

ในต่างประเทศจะแบ่งโรคที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเป็น 3 กลุ่ม คือ

(1) **โรคที่เกี่ยวข้องเสียง** คือ เสียงอาจทำให้เกิดโรคขึ้นมาได้ เช่น ทำงานตัดหญ้า สนามบิน เครื่องบินขึ้นลงทุกวัน แก้วหูอาจแตกหรือหูตึงได้ ทั้งๆ ที่จริงแล้วไม่น่าจะเป็นไปได้ แต่เนื่องจากเสียงดังจากเครื่องบิน ทางสนามบินต้องรับผิดชอบจ่ายค่ารักษาพยาบาลให้

(2) **โรคที่เกิดจากสัตว์** หมายถึง การทำงานบางครั้งอาจเกี่ยวข้องกับสัตว์แล้วทำให้เกิดโรค เช่น เป็นคนเลี้ยงม้า ต้องพามาไปกินหญ้า ทำความสะอาด ม้าเป็นหวัดคนเลี้ยงม้าก็ไม่รู้ ปรากฏว่าติดไวรัสจากม้า เกิดเป็นอัมพาตหรือตายไป ถ้าไม่ได้กำหนดไว้ นายจ้างอาจจะไม่จ่ายให้

(3) **โรคที่เกี่ยวข้องฝุ่น** ประเทศไทยฝุ่นมาก อยู่ที่ไหนก็มีแต่ฝุ่น หายใจเข้าไปทุกวันอาจทำลายปอดได้

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ในการแบ่งกลุ่มโรคอันเกิดจากการทำงานนั้นจะมี 3 กลุ่ม แต่ประเทศไทยไม่มีการแบ่งกลุ่มโรคเพียงแต่กำหนดว่าเป็นโรคที่เกี่ยวข้องกับการทำงานเท่านั้น โรคบางอย่างอาจพิสูจน์ไม่ได้ว่ามาจากฝุ่น หรือเสียง หรือสัตว์

2) **ยุคที่สอง** ตั้งแต่ปี ค.ศ.1952 เป็นต้นมา เน้นเรื่องความมั่นคงในสังคม (Social Security) โดยในปี ค.ศ.1952 ILO ได้ประกาศรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 102 ว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม (ประกันสังคมขั้นต่ำสุด) เป็นเรื่องการประกันความมั่นคงในการดำรงชีวิตของลูกจ้างในเรื่องการเจ็บป่วย คลอดบุตร พิกการทุพพลภาพ ตาย สงเคราะห์บุตร ขราภาพ ว่างาน สงเคราะห์ครอบครัวและผู้อยู่ในอุปการะ ซึ่งประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานี้

ปี ค.ศ.1962 ILO ได้ออกอนุสัญญาฉบับที่ 118 ว่าด้วยเรื่องความเท่าเทียมกันในการรักษาพยาบาลและชื้ออนามัย ประเทศไทยก็ยังไม่ได้ให้สัตยาบันเช่นกัน

ต่อมาในปี ค.ศ.1964 ILO ได้ออกอนุสัญญาฉบับที่ 121 ว่าด้วยประโยชน์ทดแทนในเรื่องการเจ็บป่วยเนื่องจากการทำงาน เป็นการรับรองสิทธิประโยชน์ในเรื่องคุ้มครองแรงงาน แต่ถ้าเป็นการเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงานก็เป็นเรื่องประกันสังคม ดังนั้น ในเรื่องประกันสังคมจะใช้คำว่า *เนื่องจากการทำงาน* กับ *มิใช่เนื่องจากการทำงาน* ถ้าใช้คำนี้จะทำให้เข้าใจได้ชัดเจน แต่ถ้าถามชาวบ้านร้อยละ 80 ว่าประกันสังคมกับกองทุนเงินทดแทน หรือการช่วยเหลือในเวลาทำงานหรือนอกเวลาทำงานเป็นอย่างไร ทุกคนจะเข้าใจว่ากองทุนเงินทดแทนช่วยในเวลาทำงาน 8 ชั่วโมง ประกันสังคมช่วยนอกเวลาทำงาน 16 ชั่วโมง รวมแล้วเป็น 24 ชั่วโมงพอดี ความเจ็บป่วยที่อยู่ใน 8 ชั่วโมงตอนทำงานก็จะไปเรียกร้องเอาจากนายจ้างหรือจากกองทุนเงินทดแทน ถ้าเจ็บป่วยนอกเวลาทำงานนายจ้างไม่จ่ายก็เรียกเอาจากกองทุนประกันสังคม จึงทำให้เข้าใจว่าประกันสังคมคุ้มครอง

16 ชั่วโมง กองทุนเงินทดแทนคุ้มครอง 8 ชั่วโมง แต่จริงๆ แล้วไม่ใช่เช่นนั้น ILO กำหนดการให้ความคุ้มครองหรือสัปดาห์สิทธิประโยชน์ในเวลานี้เนื่องมาจากการทำงานกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์อื่นมิใช่เนื่องมาจากการทำงาน ถ้านายจ้างปฏิเสธไม่จ่ายก็ให้ไปรับจากประกันสังคมได้ จึงสรุปได้ว่าประกันสังคมคุ้มครอง 24 ชั่วโมง เว้นแต่ไม่จ่ายในกรณีเดียวคือ ทำให้ตัวเองเจ็บหรือตาย หรือให้คนอื่นทำให้เจ็บหรือตาย ส่วนกองทุนเงินทดแทนให้ความคุ้มครอง 8 ชั่วโมง และคุ้มครองเนื่องจากการทำงานในเวลานี้และขณะทำงาน หรือเจ็บป่วยสูญหายเนื่องจากการทำงานหรือรักษาประโยชน์ให้กับนายจ้าง

ในปี ค.ศ.1967 ILO ออกอนุสัญญาฉบับที่ 128 ว่าด้วยสิทธิประโยชน์ในเรื่องชราภาพและผู้อยู่ในอุปการะ ซึ่งกฎหมายประกันสังคมของไทยได้กำหนดเรื่องสิทธิประโยชน์ชราภาพไว้ แต่ยังไม่มีการสงเคราะห์ผู้อยู่ในอุปการะและยังไม่ให้สัปดาห์เช่นกัน

ในปี ค.ศ.1969 ออกอนุสัญญาฉบับที่ 130 ว่าด้วยสิทธิประโยชน์ในการรักษาพยาบาลและการเจ็บป่วย

และในปี ค.ศ.1982 ออกอนุสัญญาฉบับที่ 157 ว่าด้วยสิทธิในการดำรงไว้ซึ่งความมั่นคงทางสังคม ประเทศไทยก็ยังไม่ได้ให้การรับรองเช่นกัน

กล่าวโดยสรุป โดยอนุสัญญาของ ILO ทั้งหมดที่เกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคม ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัปดาห์ทั้งหมดในขณะนี้ อาจเป็นเพราะเรามีกฎหมายภายในที่ดีและสอดคล้องกับอนุสัญญาของ ILO อยู่แล้วก็เป็นได้ แต่ที่เห็นได้ชัดจริงๆ คือ ในอนุสัญญาฉบับที่ 102 กฎหมายประกันสังคมของไทยเรายังไม่มีสิทธิประโยชน์ในเรื่องสงเคราะห์ครอบครัวและสงเคราะห์การดำรงชีพผู้อยู่ในอุปการะ

3. เกณฑ์การให้สัปดาห์อนุสัญญา ILO ของประเทศไทย

1) อนุสัญญาที่จะให้สัปดาห์ควรเป็นมาตรฐานที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศ ถ้า ILO ออกอนุสัญญาใดมาแล้วไม่สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศก็ไม่ควรรับ เช่น ในเรื่องการเรียกร้องเกี่ยวกับสภาพการจ้าง กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ของไทยกำหนดให้ลูกจ้างเรียกร้องเองหรือให้สหภาพแรงงานเรียกร้องก็ได้ แต่ ILO กำหนดให้สหภาพแรงงานเท่านั้นที่เรียกร้อง ลูกจ้างเรียกร้องเองไม่ได้ การเรียกร้องเจรจาต้องทำโดยสหภาพแรงงาน เพราะจะทำให้มีอำนาจต่อรองมากขึ้น การจัดตั้งสหภาพแรงงานในสถานประกอบการไม่ควรมีมากกว่า 1 สหภาพ ถ้ามีหลายสหภาพ ก็จะไม่มีความ Unity และ Power

เวลานี้ ILO กำลังขอให้ไทยพิจารณาเพิ่มการให้สัปดาห์อนุสัญญาอีก 8 ฉบับเป็นอย่างต่ำ เพราะประเทศไทยได้ให้สัปดาห์ไว้น้อยมาก ILO ให้รับอย่างน้อยที่สุด 7 ฉบับ ซึ่งประเทศไทยได้ให้

สัตยาบันอนุสัญญาไว้เพียง 19 ฉบับจากทั้งหมดเกือบ 190 ฉบับ แต่อย่างไรก็ดี การที่จะต้องให้สัตยาบันอนุสัญญาใดๆ ควรจะพิจารณาก่อนว่าอนุสัญญานั้นต้องสอดคล้องกับกฎหมายภายในของประเทศ เพราะการออกกฎหมายจะต้องดูจากขนบธรรมเนียม วัฒนธรรม ศาสนา ศีลธรรม และสภาพแวดล้อม แต่การที่ ILO ตั้งอยู่ที่สวิตเซอร์แลนด์ การออกกฎหมายของ ILO ในบางครั้งจึงขัดกับกฎหมายภายในของประเทศไทย

2) เป็นมาตรฐานที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมของประเทศ ไม่ขัดต่อการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม ตลอดจนความมั่นคงของประเทศ อนุสัญญาใดที่ขัดต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมไทยก็ไม่ควรจะได้รับ

3) ควรเป็นมาตรฐานที่น่าจะเป็นประโยชน์ในอนาคต ดังนั้นถ้าเป็นอนุสัญญาที่เป็นประโยชน์ในอนาคตก็ควรจะให้การรับรอง

ดังนั้นจึงไม่เป็นที่น่าสงสัยว่า ทำไมประเทศไทยรับรองอนุสัญญาของ ILO น้อยมาก เพราะต้องเข้าหลักเกณฑ์ 3 อย่างข้างต้น จึงจะรับรองอนุสัญญาได้ ประเทศอื่นๆ คงมีหลักเกณฑ์ในการที่จะรับหรือไม่รับเช่นเดียวกัน ไม่ใช่มีแต่ประเทศไทย เพราะเรื่องกฎหมายภายใน ศิลปวัฒนธรรม ประเพณี สิ่งแวดล้อม เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องนำพิจารณา ขณะที่ ILO ซึ่งตั้งอยู่ที่ยุโรป การออกอนุสัญญาก็จะออกมาเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับยุโรปหรืออเมริกา ยกตัวอย่างเช่น การทักทาย คนไทยจะไหว้ แต่คนยุโรปจะจับมือกัน เป็นต้น จะเห็นว่าประเพณีก็มีส่วนสำคัญ ดังนั้น การรับรองอนุสัญญาใดๆ จำเป็นต้องดูว่าสอดคล้องกับวัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีของประเทศนั้นๆ เพียงใด

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ มีลักษณะสอดคล้องกับปัญหาสังคมในแต่ละยุคแต่ละสมัย โดยประเทศสมาชิกจะมีส่วนร่วมอย่างมากในการผลักดันออกมา เช่น ปัญหาการมีงานทำในระยะแรกมีการเสนอเพื่อแก้ไขปัญหาการว่างงาน ระยะหลังก็จะมีกรณีในเรื่องปัญหาการว่างงานระดับประเทศ จนเกิดนโยบายการจ้างแรงงานสากลขึ้นมา ซึ่งเรียกว่า World Employment Program ที่ผ่านมามีประเทศไทยก็พยายามใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาและข้อเสนอแนะต่างๆ ที่ได้ให้สัตยาบันไว้แล้ว 19 ฉบับ อนุสัญญานอกเหนือจากนั้น ถ้ามีข้อบัญญัติใดๆ เป็นสิ่งที่ดีและเข้าหลักเกณฑ์ 3 ข้อ ประเทศไทยก็ควรรับ แต่ถ้าไม่เข้าหลักเกณฑ์ทั้ง 3 ข้อ ก็ไม่ควรรับ

อย่างไรก็ดี ยังมีอนุสัญญาสำคัญบางฉบับซึ่งประเทศไทยยังขาดแคลนแนวทางในการขึ้นปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ของประชาชน ซึ่งน่าจะมีการศึกษาหรือให้ความสำคัญมากขึ้น แต่ประเทศไทยยังไม่ได้รับรอง ได้แก่

1) อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องประกันสังคม ซึ่งอนุสัญญาฉบับที่ 102 วางหลักไว้ว่าในประเทศต่างๆ ให้มีระดับพื้นฐานทางด้านประกันสังคมที่ถูกต้องสอดคล้องกับอนุสัญญา ILO ที่วางเป็นพื้นฐานไว้

9 ประเภท ไม่ได้กำหนดไว้ทุกเรื่อง แต่เป็นความจำเป็นพื้นฐานที่ควรจะมี ซึ่งประเทศไทยกำหนดความจำเป็นพื้นฐานไว้ 7 ประเภท ถือว่าต่ำกว่ามาตรฐานของ ILO

2) อนุสัญญาว่าด้วยนโยบายทางสังคม (Social Policy) หมายถึง นโยบายในการบริหารทางสังคม เท่าที่ผ่านมาประเทศไทยมีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมมาแล้ว 12 แผน ซึ่งมุ่งพัฒนาคนเป็นหลัก เน้นการให้คนมีงานทำ การฝึกอาชีพ การป้องกันการว่างงาน การคุ้มครองแรงงานสตรี เด็ก และคนชรา

ILO ได้ออกอนุสัญญาที่เกี่ยวกับนโยบายทางสังคมไว้ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 85 ปี 1947 และฉบับที่ 117 ปี 1962 เป็นการพัฒนาเมืองที่มีชั่วโมงหลวง ให้มีความมั่นคงในสังคม เป็นการกระจายความเจริญสู่ชนบท

อนุสัญญาฉบับที่ 82 เป็นอนุสัญญาที่มุ่งเน้นประสานความก้าวหน้าทางสังคมที่อยู่ภายใต้การดูแลของประเทศแม่ มีอนุสัญญาบางฉบับจะออกมาเกี่ยวกับทั้งประเทศลูกและประเทศแม่ นอกจากนั้นยังส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม อนุสัญญายังมีการกำหนดมาตรฐานที่ประเทศซึ่งให้สัตยาบันควรพิจารณาให้บรรลุเป้าหมายที่ตนกำหนดไว้ด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีมุมมองและข้อสังเกตว่า ประเทศไทยน่าจะให้สัตยาบันอนุสัญญาเพิ่มเติม 2 เรื่องสำคัญ คือ อนุสัญญาว่าด้วยเรื่องของการประกันสังคม และอนุสัญญาว่าด้วยนโยบายทางสังคม

4. สาเหตุที่ประเทศไทยและประเทศในกลุ่มอาเซียนเลือกรับอนุสัญญา

สาเหตุที่ประเทศต่างๆ ในกลุ่มอาเซียนรวมทั้งประเทศไทยเลือกรับอนุสัญญาหรือมาตรฐานแรงงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เพราะมาตรฐานแรงงานของ ILO ตั้งแต่ช่วงระยะเวลาที่เริ่มก่อตั้งจนมาถึงในปัจจุบันนั้นอิงอยู่กับมาตรฐานแรงงานของกลุ่มประเทศยุโรปเป็นหลัก เนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่ากลุ่มประเทศตะวันตกนั้นให้ความสำคัญเป็นอย่างมากต่อการให้ความคุ้มครองสิทธิของแรงงานเมื่อเทียบกับประเทศในเอเชีย แอฟริกา หรืออื่นๆ แต่สาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งไม่มีใครถูกกล่าวถึง แต่ทว่าเป็นที่เข้าใจกันเองในประเทศต่างๆ ก็คืออิทธิพลของประเทศในยุโรปและอเมริกาซึ่งได้ครอบงำไปทั่วโลกนับตั้งแต่สมัยที่เริ่มก่อตั้ง สาเหตุสำคัญที่สุดข้อหนึ่งที่ทำให้ประเทศจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาสมัครเข้าเป็นสมาชิกของ ILO ก็เพราะได้รับการสนับสนุนหรือกระตุ้นไม่ว่าจะเป็นทางตรงหรือทางอ้อมจากกลุ่มประเทศตะวันตก ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนก็คือ ในการสมัครเข้าเป็นสมาชิก ILO ของกลุ่มประเทศ ASEAN (Indonesia ปี 1950, Malaysia ปี 1957, Philippines ปี 1948, Singapore ปี 1945) มีประเทศไทยเพียงประเทศเดียวที่เป็นสมาชิกผู้ร่วมก่อตั้ง ILO ในปี 1919 ประเทศอื่นๆ ที่เหลือล้วนแต่เข้าเป็นสมาชิกในช่วงระยะเวลาที่ตกอยู่ภายใต้

อาณานิคมของประเทศตะวันตกทั้งสิ้น จึงยากที่จะกล่าวได้ว่า การเข้าเป็นสมาชิกนั้นได้กระทำไปโดยสมัครใจ ดังนั้นจึงไม่ใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใดที่จะเกิดปัญหาในเรื่องการยอมรับปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาในภายหลัง เมื่อบางประเทศได้เริ่มเห็นว่าเงื่อนไขตามอนุสัญญาฉบับนั้นไม่เหมาะสมที่จะนำไปปรับใช้ภายในประเทศ แต่ถ้าหากจะฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม ก็เท่ากับเป็นการละเมิดข้อตกลงแห่งอนุสัญญาที่ตนได้ให้สัตยาบันไป ภาระหนักจึงตกอยู่กับประเทศเหล่านั้นในอันที่จะพยายามแสวงหาทางออกในการแก้ไขปัญหานี้ ซึ่งความพยายามดังกล่าวนั้น ในบางครั้งก็อาจส่งผลให้เป็นการขัดกับอนุสัญญา ไม่ว่าจะกระทำไปโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม

เมื่อเกิดกรณีที่ประเทศสมาชิกฝ่าฝืนบทบัญญัติของ ILO ขึ้น คำถามข้อหนึ่งซึ่งมักถูกหยิบยกขึ้นมาคือ ถ้าหากว่าประเทศที่ฝ่าฝืนนั้นรู้ว่าตนไม่สามารถปฏิบัติตามข้อกำหนดในอนุสัญญาได้ตั้งแต่เริ่มแรกแล้ว ทำไมจึงยอมให้สัตยาบัน เพราะในธรรมนูญ ILO นั้นมิได้มีข้อบังคับว่าประเทศสมาชิกจะต้องให้สัตยาบันก่อนอนุสัญญา สภาวะบังคับจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อทันทีที่ได้ให้สัตยาบันแล้วเท่านั้น ซึ่งคำตอบก็คือ นอกเหนือจากเรื่องการถูกระงับโดยทางอ้อมจากกลุ่มประเทศอุตสาหกรรมแล้ว สาเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งก็คือในเรื่องการตีความบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา เพราะ ILO จะมีคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (The Committee of Expert) ทำหน้าที่ในการตรวจสอบและตีความบทบัญญัติของ ILO ซึ่งในบางครั้งอาจแตกต่างไปจากความเข้าใจของประเทศสมาชิกก็ได้

5. บทสรุป

จากที่กล่าวมาทั้งหมด มีข้อที่น่าสังเกตว่า จนถึงปัจจุบันนี้ ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาของ ILO ที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงทางสังคมเลย โดยเฉพาะอนุสัญญาฉบับที่ 102 ฉบับที่ 118 และฉบับที่ 157 ซึ่งเป็นอนุสัญญาหลักด้านความมั่นคงทางสังคมของ ILO ทั้งนี้อาจเป็นเพราะต่อจากนี้ไป ประเทศไทยจะต้องพิจารณาอย่างรอบคอบก่อนที่จะให้สัตยาบันอนุสัญญาใดๆ กับ ILO เนื่องจาก ILO กำหนดขั้นตอนการให้สัตยาบันอนุสัญญาไว้อย่างเข้มงวด เมื่อให้สัตยาบันแล้วจะต้องปฏิบัติตามทุกมาตรา ทุกข้อในอนุสัญญานั้นๆ ซึ่งไม่น่าที่จะปฏิบัติตามได้โดยง่าย หรืออาจจะเป็นเพราะไทยเห็นว่ากฎหมายภายในที่เรามีอยู่ทั้งหมดแล้วนั้นมีความทันสมัยและครบถ้วนโดยเฉพาะด้านความมั่นคงทางสังคม ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายประกันสังคม กฎหมายส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม กฎหมายเงินทดแทน กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยและชีวอนามัยของลูกจ้าง กฎหมายกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ เป็นต้น ซึ่งอาจจะดีกว่ากฎหมายด้านความมั่นคงทางสังคมของ ILO ที่ออกมานานแล้ว เช่น อนุสัญญาฉบับที่ 102 ว่าด้วยความมั่นคงทางสังคม และมาตรฐานขั้นต่ำเรื่องการประกันสังคมที่ออกมาตั้งแต่ปี 1952 อาจไม่ทันสมัยและสอดคล้องกับสภาวะของประเทศใน

ปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายภายในของประเทศไทยทั้งหมดข้างต้น อาจดีกว่าหรือทันสมัยกว่าอนุสัญญาของ ILO ทั้งในด้านแรงงานและความมั่นคงทางสังคมก็เป็นไปได้

6. ข้อเสนอแนะ

1. ควรกลับไปพิจารณาอนุสัญญาระดับที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไปแล้วอีกครั้งหนึ่ง เพื่อทบทวนว่าประเทศไทยได้ปฏิบัติตามที่ได้ให้สัตยาบันทั้งหมดหรือไม่ เพราะหากปฏิบัติไม่ครบถ้วนในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง อาจถูกตำหนิจาก ILO ได้โดยง่าย เพราะระเบียบข้อบังคับในเรื่องมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้ระบุชัดเจนว่า หากประเทศใดให้สัตยาบันในอนุสัญญาระดับใดแล้วจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ ILO กำหนดให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามอนุสัญญาระดับนั้นทุกประการอย่างเคร่งครัด ไม่มีข้อยกเว้น ซึ่งเรื่องนี้ได้สร้างความลำบากใจและก่อปัญหามากแก่การให้กับประเทศสมาชิกที่รับรองอนุสัญญาของ ILO แต่ละฉบับตลอดมา เพราะไม่อาจปฏิบัติตามได้ทุกกรณี ทั้งนี้ส่วนหนึ่งจะขึ้นอยู่กับสภาพสังคม ขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ซึ่งอนุสัญญาที่ ILO ได้กำหนดพร้อมเงื่อนไขต่างๆ นั้นได้กำหนดจากคณะกรรมการที่เกือบทั้งหมดเป็นชาวตะวันตก ด้วยเหตุนี้ข้อบังคับและเงื่อนไขต่างๆ ในแต่ละอนุสัญญาจึงเป็นแบบตะวันตกและเหมาะสมสำหรับประเทศตะวันตกและสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่ยอมรับและปฏิบัติตามได้โดยง่าย

ดังนั้นจึงไม่แปลกใจเลยที่ประเทศในกลุ่มอาเซียนรับรองอนุสัญญา ILO เป็นจำนวนน้อยมาก โดยเฉพาะประเทศไทยรับรองหรือให้สัตยาบันเพียง 19 ฉบับเท่านั้น ด้วยเหตุผลหลักดังกล่าวข้างต้น

อนึ่ง การที่ประเทศไทยจะพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ 8 ฉบับตามที่ ILO ได้เสนอแนะหรือไม่นั้น ควรจะต้องพิจารณาถึงสภาพเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ของประเทศไทยที่เป็นอยู่ในขณะนี้ประกอบด้วยว่าประเทศไทยมีความพร้อมหรือไม่ที่จะให้สัตยาบันเพิ่มเติม เพราะหากให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาระดับใดไปแล้ว ประเทศไทยจะต้องผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในอนุสัญญานั้นทุกข้ออย่างเคร่งครัด ดังนั้นในขณะที่ประเทศไทยกำลังประสบภาวะวิกฤตทางเศรษฐกิจ ประกอบกับการอยู่ในระหว่างการศึกษาปรับปรุงกฎหมายแรงงานหลายฉบับภายในประเทศขณะนี้ จึงควรที่รัฐบาลจะต้องพิจารณาให้รอบคอบในทุกด้าน และมีความพร้อมเพียงพอที่จะรับรองอนุสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาขัดแย้งในการปฏิบัติตามอนุสัญญาในภายภาคหน้าได้

2. หากมีเหตุจำเป็นที่จะต้องให้สัตยาบันอนุสัญญาเพิ่มเติมในอนาคต ทางเลี้ยวที่ดีที่สุดในขณะนี้ก็คือ รัฐควรริบแก้ไข ปรับปรุง กฎหมายระเบียบข้อบังคับต่างๆ โดยเฉพาะด้านแรงงาน ประกันสังคม สวัสดิการสังคม ให้เทียบเท่าหรือดีกว่าอนุสัญญาของ ILO ซึ่งในขณะนี้เป็นที่น่ายินดีว่า

รัฐบาลไทยได้ดำเนินการในเรื่องเหล่านี้ไปมากแล้ว ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการขยายขอบเขตและสิทธิประโยชน์ให้กับลูกจ้างผู้ประกันตน รวมถึงประชาชน บุคคลภายนอกที่จะเข้าเป็นผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคม การออกบัตรสวัสดิการแห่งรัฐเพื่อช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อย การให้เบี้ยยังชีพผู้สูงอายุ (คนชรา) เงินสงเคราะห์คนพิการ ฯลฯ ตลอดจนมีการเร่งแก้ไข ปรับปรุง บทกฎหมายต่างๆ ในทุกๆ ด้าน เพื่อให้ลูกจ้างและประชาชนมีความมั่นคงในการดำรงชีวิต มีคุณภาพชีวิตที่ดี มีความปลอดภัยในการทำงาน เช่นนี้ก็จะป็นคำตอบและข้อกล่าวอ้างที่เหมาะสมและมีเหตุผลได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีเจตนาจำเป็นต้องรับรองหรือให้สัตยาบันอนุสัญญาใดๆ กับ ILO เพิ่มเติมอีก ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

บรรณานุกรม

- กฤษฎา อีระโกศลพงศ์. 100 ปี ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO): บทเรียนทางประวัติศาสตร์และการเมืองโลก เพื่อก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 2 [Online]. Available URL: <https://prachatai.com/journal/2019/04/81876>, 2019 (เมษายน, 24).
- ธีระ ศรีธรรมรักษ์. “อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศกับกฎหมายแรงงานไทย.” วารสาร **บทบัณฑิตย** 62, 3 (2543).
- _____. **ประกันสังคมและสวัสดิการสังคม ILO**. เอกสารประกอบการบรรยายวิชากฎหมายแรงงานกับปัญหาในกฎหมายแรงงาน. คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์. มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย, 2562.
- โสธรญา พิกุลหอม. **อนาคตของแรงงานประมงไทยภายใต้อนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยการทำงานในภาคการประมง พ.ศ.2550**. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.

เหตุแห่งการฟ้องหย่า: หลักการแยกกันอยู่ภายใต้
หลังคาเดียวกันของประเทศไทยและออสเตรเลีย

วุฒิ ศรีธีระวิศาล

**เหตุแห่งการฟ้องหย่า: หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน
ของประเทศไทยและออสเตรเลีย**
**Grounds for Divorce: The Case of Separation under the same Roof
in Thailand and Australia**

วุฒิ ศรีธีระวิศาล*
Wut Sriterawisarn

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า กรณีที่คู่สมรสสมใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี คู่สมรสจะฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายเพื่อให้ศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน อันเป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าประการหนึ่งในประเทศไทย แต่ด้วยบริบททางสังคมที่เปลี่ยนไปโดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจที่ค่าครองชีพเพิ่มขึ้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อคู่สมรสสมใจแยกกันอยู่ การหาที่อยู่ใหม่ของคู่สมรสที่แยกกันอยู่ย่อมมีค่าใช้จ่าย ก่อให้เกิดภาระแก่คู่สมรสฝ่ายที่ต้องเก็บข้าวของออกไปจากที่พักอาศัยที่เคยอยู่ร่วมกัน และยังหาที่อยู่ใหม่ไม่ได้ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่อยู่คนละห้อง คนละชั้นไปก่อน โดยไม่ได้มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากันเป็นเวลาเกินสามปีแล้ว ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาในเรื่องนี้อย่างไร ในเรื่องนี้ กฎหมายครอบครัวของประเทศออสเตรเลียได้วางหลักที่ชัดเจนไว้ภายใต้ "หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน" เป็นหลักการพิจารณากรณีที่คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคง

*ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดบุรีรัมย์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M. in International Trade and Commercial Law, University of Durham, LL.M. in Intellectual Property Law, University of Edinburgh. E-mail: w.sriterawisarn@gmail.com.

Judge of the Buriram Juvenile and Family Court; LL.B. at Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Trade and Commercial Law at University of Durham, UK, LL.M. in Intellectual Property Law at University of Edinburgh, UK.

วันที่รับบทความ (received) 6 เมษายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 15 พฤษภาคม 2563.

อาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันก็ตาม เป็นเหตุแห่งการฟ้องหย่าได้ และมีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้ว เมื่อเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) กับประเทศออสเตรเลีย ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) แนวความคิด และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องแล้ว บทความนี้พบว่า หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันที่ได้ศึกษาในกฎหมายครอบครัวของประเทศไทยจะนำมาใช้ในการตีความว่าเป็นเหตุหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ตาม มาตรา 1516 (4/2) แต่การพิจารณาถึงการที่คู่สมรสสมรสใจแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายในบ้านเดียวกัน หรือที่อยู่อาศัยเดียวกัน แต่ต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่ จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและถาวร ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภรรยาและบริบทของสังคมไทยมาพิจารณาควบคู่กัน

คำสำคัญ: เหตุแห่งการฟ้องหย่า, หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

Abstract

Thailand Civil and Commercial Code, Section 1516 (4/2) provides that the husband and wife voluntarily live separately because of being unable to cohabit peacefully for more than three years..., either spouse may enter a claim for divorce. That is one of the grounds for divorce in Thailand. With the changing in social context, especially the economic problems such as the increase of cost of living, it is undeniable that finding a new residence for a separated spouse would cost monetary expenses. Moving out causes the burdensome to the spouses who have to pack things out of the matrimonial house. Having faced such a difficulty, the husband and wife may unavoidably live in the same house or in different rooms or floor and holding no marital relationship for more than 3 years. If the husband and wife voluntarily separate but still live in the same residence, how will the ground for divorce be considered? The Australian Family Law Act 1975 provides the meaning of separation in Section 48 (2) and 49 (2) under the principle of "separation under the same roof". This principle is employed for the consideration of allowing divorce as cases that the husband and wife have been separated, live apart, or even that they continue to live in the same house. The Family Court of Australia had rendered the judgment regarding the aforementioned provisions. This paper comparatively studied the principle of separation under the same roof, through the concepts and law cases under the Thai and Australian family laws. It found that the principle of separation under the same roof could be regarded as the ground for divorce under Section 1516 (4/2) of the Thailand Civil and Commercial Code. The concept of separation under the same roof nonetheless varies from one case to another. It is vital to not only consider the facts in each case by taking into consideration of the completion ending in marital relationships but also the economic status of the husband and wife with the context of Thai society.

Keywords: grounds for divorce, separation under the same roof

1. บทนำ

ในประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1501 กำหนดว่า การสิ้นสุดแห่งการสมรสนั้นจะต้องเป็นกรณีที่คู่สมรสถึงแก่ความตาย มีการหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอนการสมรส¹ กรณีที่คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่ คู่สมรสจะฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายเพื่อให้ศาลพิพากษาให้หย่าขาดจากกัน จะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กล่าวคือกรณีที่คู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกัน ฉันทามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปีแต่ด้วยบริบททางสังคมที่เปลี่ยนไปโดยเฉพาะปัญหาทางเศรษฐกิจที่ค่าครองชีพเพิ่มขึ้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าเมื่อคู่สมรสสมัครใจแยกกันอยู่ การหาที่อยู่ใหม่ของคู่สมรสที่แยกกันอยู่ย่อมมีค่าใช้จ่ายก่อให้เกิดภาระแก่คู่สมรสฝ่ายที่ต้องเก็บข้าวของออกไปจากที่พักอาศัยที่เคยอยู่ร่วมกันและยังหาที่อยู่ใหม่ไม่ได้ จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่อยู่คนละห้อง คนละชั้น ไปก่อนแต่ไม่ได้มีความสัมพันธ์ฉันทามีภริยากันแล้วเป็นเวลาเกินสามปี เช่นนี้ เมื่อสภาพของสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป พฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการหย่าจึงมีเหตุผลที่มีความซับซ้อนมากขึ้น² ทั้งสถาบันครอบครัวเป็นพื้นฐานของสังคมอย่างหนึ่ง การพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสภาพทางสังคมดังกล่าว จึงเป็นสิ่งที่ต้องพิจารณาเพื่อให้กฎหมายใช้บังคับได้³ ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันทามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไร ในเรื่องนี้ กฎหมายครอบครัวของประเทศออสเตรเลียได้วางหลักที่ชัดเจนไว้ภายใต้ "หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน" (Separation under the same roof)⁴ และมีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้วบทความนี้จึงขอศึกษาเหตุฟ้องหย่าในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันโดยเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของ

¹นอกจากนี้โปรดดูกฎหมายอิสลามว่าด้วยครอบครัวและมรดก ซึ่งใช้บังคับอยู่ใน 4 จังหวัดชายแดนภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดยะลา นราธิวาส ปัตตานี และสตูล อ้างถึงใน นันทนัช สิมะโชติ, "เหตุหย่าเพราะครอบครัวแตกร้าง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัย-ธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 16-22.

²เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-45, 118.

³พชร สุขนันทวงศ์, "ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าตามมาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศึกษากรณีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้ที่มีเพศเดียวกัน," วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 7, 1 (สิงหาคม-พฤศจิกายน 2561): 476-488, 478-479.

⁴H. A. Finlay, "The Grounds for Divorce: The Australian Experience," *Oxford Journal of Legal Studies* 6 3 (1986): 368-391, 386.

ประเทศไทยกับประเทศออสเตรเลียโดยพิจารณาแนวความคิด หลักกฎหมาย และคดีที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณา หากมีคดีที่เกิดขึ้นในประเด็นดังกล่าวโดยตรงในประเทศไทย

2. แนวความคิดเกี่ยวกับการหย่า

การกำหนดเหตุหย่านั้นมีแนวความคิดอยู่หลายประการ ได้แก่ มาตรการการลงโทษคู่สมรสที่ทำให้ผิดหน้าหน้าที่การเป็นสามีภรรยา ซึ่งจะต้องเป็นการละเมิดอย่างร้ายแรงหรือต่อเนื่องถึงขนาดเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภรรยา และมาตรการการแก้ไขปัญหาการแตกสลายของครอบครัวที่ไม่สามารถอยู่ร่วมกันได้ โดยไม่ต้องพิจารณาถึงความผิดของสามีหรือภรรยาฝ่ายใด⁵ จากแนวความคิดดังกล่าวกฎหมายของต่างประเทศ รวมทั้งประเทศไทยกำหนดหลักการหย่าไว้ 3 ลักษณะ⁶ ได้แก่

2.1 การหย่าที่ไม่มีคู่สมรสฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิด สามีภรรยาต่างให้ความยินยอมในการหย่า (Mutual consent)

การหย่าในข้อนี้ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำผิดหน้าที่ของสามีภรรยา โดยพิจารณาเพียงว่าการสมรสเป็นสัญญาทางแพ่ง เมื่อคู่สมรสไม่ประสงค์สมรสแล้ว ก็ย่อมเลิกสัญญาสมรสได้⁷ ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514 ที่กำหนดให้การหย่าทำได้โดยการยินยอม หรือโดยคำพิพากษา วรยศสง กำหนดให้ การหย่าโดยความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือ และมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคน มาตรา 1515 กำหนดให้การหย่าโดยความยินยอมจะสมบูรณ์เมื่อได้จดทะเบียนหย่า และการหย่าจะสมบูรณ์เมื่อจดทะเบียนหย่าตามมาตรา 1531 อาจกล่าวได้ว่าความยินยอมในการหย่านั้นแบ่งได้เป็น 2 กรณี

กรณีที่ 1 คู่สมรสจดทะเบียนหย่ากันเอง เป็นกรณีที่สามีและภริยาตกลงหย่าด้วยความยินยอมโดยไม่ผ่านกระบวนการศาล แต่จะต้องทำเป็นหนังสือและมีพยานลงลายมือชื่ออย่างน้อยสองคนตามมาตรา 1515

⁵ชาติชาย อัครวิบูลย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 370.

⁶ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิต, 2558), หน้า 367.

⁷พุทธะสอน บุญมีไช, “เหตุหย่าที่เกิดจากการกระทำความผิดของคู่สมรส: ศึกษากรณี “มีชู” เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายครอบครัวไทยและ ส.ป.ป. ลาว,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557), หน้า 9-10.

กรณีที่ 2 เมื่อคู่สมรสมีการฟ้องคดีผ่านกระบวนการศาลแล้วต่อมาได้มีการไกล่เกลี่ยส่งผลให้โจทก์จำเลยซึ่งเป็นสามีภริยาตกลงทำสัญญาประนีประนอมยอมความไปตามที่ตกลงยินยอมหย่ากัน โดยไม่มีการวินิจฉัยถึงเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 และไม่มีกรณีที่จะถือว่าเหตุแห่งการหย่าเป็นความผิดของสามีหรือภริยา (คำพิพากษาฎีกาที่ 875/2561) เมื่อศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า สัญญาประนีประนอมยอมความไม่ขัดต่อกฎหมาย และศาลพิพากษาไปตามสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น ย่อมผูกพันคู่ความ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 145 วรรคหนึ่ง คู่ความสามารถนำคำพิพากษามายอมซึ่งคดีถึงที่สุดแล้วไปให้นายทะเบียนบันทึกเหตุแห่งการหย่านั้นได้

2.2 การหย่าที่เป็นการลงโทษคู่สมรสฝ่ายที่ทำผิดหน้าที่ของสามีภริยา (The fault theory)

การหย่าในข้อนี้เกี่ยวกับทฤษฎีความผิด⁸ ที่คู่สมรสฝ่ายที่ทำผิดต่อหน้าที่ของสามีภริยา ส่วนอีกฝ่ายเป็นผู้บริสุทธิ์ ฝ่ายหลังสามารถยกเป็นข้ออ้างในการฟ้องหย่าได้และฝ่ายหลังจะต้องยินยอมในการหย่าด้วย แต่หากคู่สมรสทั้งสองฝ่ายต่างเป็นฝ่ายผิดหน้าที่ของสามีภริยาทั้งคู่ ต่างก็ไม่สามารถอ้างทฤษฎีความผิดนี้ได้⁹ เหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในทฤษฎีความผิดนี้ ได้แก่ เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (1) (2) (3) (4) (4/1) (6) (8)¹⁰

2.3 การหย่าที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว (The irretrievably break down of marriage หรือ The no-fault theory)

การหย่าในข้อนี้มีวิวัฒนาการทางกฎหมายมาจากทฤษฎีความผิด เนื่องจากในอดีตสังคมใช้การกระทำผิดหน้าที่ของสามีภริยามาเป็นเครื่องป้องกันการหย่า ต่อมาเมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป การหย่าไม่ได้พิจารณาถึงการผิดหน้าที่ของสามีภริยาเท่านั้น แต่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว¹¹ เหตุหย่าที่ไม่ได้พิจารณาทฤษฎีความผิดต้องมีเหตุมาจาก "การไม่ลงรอย

⁸ ธวัชชัย มิตโรดม, "เหตุหย่า: ศึกษากรณีการจงใจทิ้งร้าง," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 4.

⁹ Joe Rodgers, "The Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce Rate Across the 50 States and Its Relation to Income, Education and Religiosity," *Journal of Marriage and Family* 57, 2 (1995): 477-488, 477.

¹⁰ ธวัชชัย มิตโรดม, เรื่องเดิม, หน้า 20-21.

¹¹ Joe Rodgers, op. cit.: 477.

กัน" (Incompatibility)¹² หรือ "การเข้ากันไม่ได้" (Irreconcilable differences)¹³ ของคู่สมรสเหตุฟ้องหย่าที่จัดอยู่ในทฤษฎีความผิดนี้ได้แก่เหตุฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) (5) (7) (9) (10)¹⁴

3. หลักการพิจารณาการแยกกันอยู่ของกฎหมายประเทศไทย

3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 28 วรรคแรก กำหนดว่า บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตร่างกาย บทบัญญัติมาตราดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายอย่างสมบูรณ์แต่การใช้สิทธิดังกล่าวจะต้องไม่กระทบสิทธิของบุคคลอื่น¹⁵ ปัญหาว่าสิทธิในการหย่าเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือไม่¹⁶ ในคดี *Sosna v. Iowa*¹⁷ Marshall, J. เห็นว่า สิทธิในการหย่ามีลักษณะเดียวกันกับสิทธิในการสมรส "ทั้งสองสิทธิมาจากความเกี่ยวข้องกับการปรับความสมดุลใจของความสัมพันธ์พื้นฐานของมนุษย์"¹⁸ และปฎิญาสาไกลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 16 (1) กำหนดว่าชายและหญิงที่มีอายุครบบริบูรณ์ มีสิทธิที่จะแต่งงานและสร้างครอบครัวโดยไม่คำนึงถึงข้อจำกัดทางด้านเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนา พวกเขา มีสิทธิเท่าเทียม

¹²Graham Kirkpatrick, "Incompatibility as a Ground for Divorce," *Marquette Law Review* 47 (1964): 453-464, 453.

¹³Peter Nash Swisher, "Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce," *Regent University Law Review* 17 (2005): 243-259, 245.

¹⁴อวัชชัย มิตรโกศล, เรื่องเดิม, หน้า 21.

¹⁵สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของรัฐธรรมนูญ 2560 [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20191021103453.pdf, 2563 (มีนาคม, 22).

¹⁶Ram Rivlin, "The Right to Divorce: Its Direction, and Why It Matters," *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 4 (2013): 133-157, 133-134.

¹⁷*Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393, 419-20 (1975). Cited in Melissa Lawton, "The Constitutionality of Covenant Marriage Laws," *Fordham Law Review* 66 (1998): 2471-2516, 2480-2481.

¹⁸"...both involve the voluntary adjustment of the same fundamental human relationship." *Sosna v. Iowa*, 419 U.S. 393, 420 (1975).

ในการสมรสและการหย่าร้าง¹⁹ ธนิชญา มุ่งดี²⁰ และริญญาภัทร์ ณ สงขลา²¹ พบว่า การสมรสเป็นเสรีภาพของบุคคลแต่การหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคลเนื่องจากการสิ้นสุดการสมรสเป็นสิ่งที่กฎหมายควบคุมไว้²² และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5983/2548 วินิจฉัยตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 28 ซึ่งกำหนดว่า "บุคคลย่อมใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นหรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน" ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า "...การเลือกคู่ครองเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นสิทธิของโจทก์ที่จะเลือกคู่ครองของตนเองได้ก็ตาม แต่การใช้สิทธิเช่นนั้นจะต้องไม่ทำให้ผู้อื่นเดือดร้อนและต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ซึ่งต้องมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองถึงการใช้สิทธินั้นได้ การที่โจทก์อยู่กินฉันสามีภริยากับจำเลยและได้จดทะเบียนสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ต่อมาภายหลังโจทก์ไม่พอใจต้องการแยกทางกับจำเลยจึงฟ้องหย่า โดยอ้างว่าเป็นสิทธิที่โจทก์จะเลือกคู่ครองได้ตามแต่ความพอใจของตนนั้นคงไม่ถูกต้อง เพราะการใช้สิทธิดังกล่าวของโจทก์ย่อมมีผลกระทบกระเทือนต่อจำเลยซึ่งเป็นภริยาและบุตร หากโจทก์ประสงค์จะหย่าขาดจากจำเลยต้องมีเหตุที่อ้างได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 มิฉะนั้น สถาบันครอบครัวในสังคมจะเกิดการเอารัดเอาเปรียบและมีแต่ความสับสนวุ่นวาย..." ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาดังกล่าวเนื่องจากแสดงให้เห็นว่าการหย่าไม่ใช่เสรีภาพของบุคคล อันต่างจากสิทธิในการสมรสซึ่งเป็นสิทธิที่จะเลือกคู่ครอง นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นการยืนยันว่าศาลไทยจะพิพากษาให้หย่าได้ต้องมีเหตุแห่งการฟ้องหย่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516

¹⁹Universal Declaration of Human Rights, Article 16 (1) "Men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, have the right to marry and to found a family. They are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution."

²⁰ธนิชญา มุ่งดี, ภายใต้วาทกรรมครอบครัวในระบบกฎหมายไทย: กรณีศึกษาคำพิพากษา: 51-63, 60. [Online], available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/5%e0%b8%98%e0%b8%99%e0%b8%b4%e0%b8%a9%e0%b8%90%e0%b8%b21.pdf>, 2563 (มีนาคม, 22).

²¹ริญญาภัทร์ ณ สงขลา, ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย: 384-405, 393. [Online], available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/27%e0%b8%a3%e0%b8%b4%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%a0%e0%b8%b1%e0%b8%97%e0%b8%a3%e0%b9%8c.pdf>, 2563 (พฤษภาคม, 7).

²²ธนิชญา มุ่งดี, เรื่องเดิม, หน้า 60.

3.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในประเทศไทย ปัญหาการจะให้มีการหย่ากันหรือไม่ ไม่เป็นปัญหาขัดแย้งในสังคม และมีการยอมรับการหย่ามาตั้งแต่สมัยที่ประเทศไทยใช้กฎหมายตราสามดวงซึ่งเห็นได้จากกฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 67²³ และมีบัญญัติต่อเนื่องกันมาในบรรพ 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่ปี พ.ศ.2478 ถึงปัจจุบัน²⁴ สำหรับภูมิลำเนาของสามีภริยานั้น สามีภริยาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เดิม ในมาตรา 1454 กำหนดให้สามีเป็นผู้เลือกที่อยู่ และในมาตรา 50 กำหนดให้ ภริยาต้องถือภูมิลำเนาตามสามี แต่บรรพ 5 ใหม่ ยกเลิกมาตรา 1454 และมาตรา 50 แล้ว โดยมาตรา 43 กำหนดว่า "ภูมิลำเนาของสามีและภริยา ได้แก่ถิ่นที่อยู่ซึ่งสามีและภริยาอยู่กันด้วยกันฉันสามีภริยา เว้นแต่สามีหรือภริยาได้แสดงเจตนาให้ปรากฏว่ามีภูมิลำเนาแยกต่างหากจากกัน" ดังนั้น ปัญหา "กรณีภริยาไม่ถือภูมิลำเนาหรืออยู่ร่วมกับสามีจึงมีผลแตกต่างไปแล้วแต่รูปคดี"²⁵ และไม่เป็นการบังคับว่าสามีและภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันต้องมีภูมิลำเนาอยู่แห่งเดียวกัน แต่ภูมิลำเนาของสามีและภริยานั้นจะต้องนำพิจารณาเมื่อมีการฟ้องหย่าเมื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งถูกฟ้องคดี เหตุแห่งการฟ้องหย่าตามมาตรา 1516 นั้นกำหนดเหตุหย่าไว้ 12 เหตุ

สำหรับการแยกกันอยู่แม้จะอยู่บ้านเดียวกันนั้น เป็นเหตุหย่าที่ทำให้ชีวิตสมรสสิ้นสุดลงหรือไม่สามารถดำเนินต่อไปได้โดยปกติสุข มีมาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า สามีและภริยาสมัคใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ ในข้อนี้มีองค์ประกอบอยู่ 3 ประการ²⁶ ได้แก่

3.2.1 สามีและภริยาต้องสมัคใจแยกกันอยู่

การแยกกันอยู่นี้ ชาติชาย อัครวิบูลย์ เห็นว่า หากสามีภริยาดกลงอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน แต่อาศัยอยู่คนละห้อง ยังไม่เรียกว่าแยกกันอยู่ เนื่องจากสามีภริยายังคงพบกันได้ แม้ไม่พูดจาหรือหลับนอนกัน "แต่อาจเป็นเหตุหย่าในเหตุอื่น"²⁷ (หรือ "การละทิ้งร้างโดยทางอ้อม"²⁸) การสมัคใจแยกกันอยู่อาจทำเป็นข้อตกลงโดยชัดแจ้ง หรือไม่ต้องตกลงกันโดยชัดแจ้ง แต่การสมัคใจแยกกันอยู่นั้นไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องทำเป็นหนังสือ เพียงแต่ตกลงด้วยวาจาจากความก็สามารถนำ

²³ กฎหมายลักษณะผัวเมียบทที่ 67 กำหนดว่า "ภริยาสามีมิชอบเนื้อพึงใจกัน เขาจะหย่ากันใช้ ตามน้ำใจเขา เหตุว่าเขาทิ้งสองนั้นสิ้นบุญกันแล้ว จะจำใจให้อยู่ด้วยกันนั้นมิได้." โปรดดูชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 333.

²⁴ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546), หน้า 194-195.

²⁵ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 385.

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 391.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

²⁸ รัชชัย มิตรโกสม, เรื่องเดิม, หน้า 72.

สืบได้ว่ามีข้อตกลงดังกล่าว หรือไม่ต้องมีข้อตกลงแยกกันอยู่ แต่จะต้องมีพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าสามีภริยาต่างฝ่ายต่างสมัครใจแยกกันอยู่²⁹

3.2.2 การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุข

การสมัครใจแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความยินยอมไม่ใช่เกิดจากการถูกบังคับ และการแยกกันอยู่นั้น "ต้องมีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา"³⁰

พฤติการณ์ที่มีลักษณะของการขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภรียานั้นมีคำพิพากษาฎีกาที่ 7004/2539 สรุปได้ว่า สามีและภริยาอยู่กันด้วยกันที่บ้านและมีบุตรด้วยกัน การที่สามีไปรับราชการต่างจังหวัด และทะเลาะกันบ้าง แต่สามีก็ยังกลับมาอนที่บ้านกับภริยาตามปกติที่สามีภริยาต้องปฏิบัติต่อกัน การที่สามีไปมีภริยาใหม่ ถือว่าสามีแยกกันอยู่กับภริยาเพียงฝ่ายเดียว แต่ภริยาไม่ได้สมัครใจด้วย ยังไม่ถือว่าเป็นกรณีที่สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ จากคำพิพากษาฎีกานี้จะเห็นได้ว่า แม้สามีภริยาจะไม่ได้อยู่บ้านเดียวกันก็ตาม และมีเหตุทะเลาะกันบ้าง สามีก็ยังกลับมาอนที่บ้าน และฝ่ายภริยาไม่ได้สมัครใจแยกกันอยู่กับสามี คงมีแต่ฝ่ายสามีที่สมัครใจแยกกันอยู่เพียงฝ่ายเดียว จึงยังไม่มีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา

คำพิพากษาฎีกาที่ 2520/2549 สรุปได้ว่า ในปี 2517 สามีออกจากบ้านที่เคยอยู่กินฉันสามีภริยากับภริยา แต่ในปี 2519 ภริยาเองก็มีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับชายอื่นจนมีบุตรร่วมกัน เช่นนี้ ภริยาก็ไม่ได้ต้องการที่จะอยู่กินกับสามีอีกต่อไป และสามีก็ไม่ได้กลับไปหาภริยาในขณะที่แยกกันอยู่ ภริยาเองก็รู้ว่าสามีพักอยู่ที่ใด แต่ก็ไม่ได้หาทางที่จะอยู่ร่วมกันกับสามีอีกต่อไป ต่างฝ่ายต่างอยู่กันถึง 25 ปี พฤติการณ์เช่นนี้ ถือได้ว่า สมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี อันเป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (4/2) จากคำพิพากษาฎีกานี้จะเห็นได้ว่า สามีภริยาต่างคนต่างอยู่ และรู้ว่าพักอาศัยอยู่ที่ใด แต่ก็ไม่ได้สนใจที่จะกลับมาอยู่ด้วยกันฉันสามีภริยา พฤติการณ์ของการสมัครใจแยกกันอยู่เช่นนี้ จึงมีลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว

นอกจากนี้ การสมัครใจแยกกันอยู่จะมีสาเหตุร้ายแรงเพียงใดไม่สำคัญ หากสามีภริยาเห็นว่าเหตุที่ว่านั้นทำให้ไม่สามารถอยู่ร่วมกัน สามีภริยาก็สามารถตกลงแยกกันอยู่ได้³¹ เช่น คู่สมรสทะเลาะวิวาทตบตีกันเป็นประจำจึงตกลงแยกกันอยู่เกิน 3 ปี สามีและภริยาต่างฝ่ายต่างฟ้องอีกฝ่ายได้³²

²⁹ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 392.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 393.

³¹ ไพโรจน์ กัมพูศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 208.

³² ประสพสุข บุญเดช, **หลักกฎหมายครอบครัว**, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 149.

3.2.3 การแยกกันอยู่ต้องมีระยะเวลาเกิน 3 ปี ติดต่อกัน

การนับระยะเวลาการแยกกันอยู่ต้องต่อเนื่องกัน จะแยกกันอยู่เป็นช่วงไม่ได้ โดยจะต้องต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่นับถึงวันฟ้องเกิน 3 ปี ต่อเนื่องกัน ซึ่งระยะเวลาที่นานเกิน 3 ปี โดยคู่สมรสแต่ละฝ่ายต่างไม่มีความรู้สึกหรือมีความต้องการกลับไปใช้ชีวิตร่วมกัน "ยอมแสดงให้เห็นเป็นปริยายว่าทั้งคู่ต้องการที่จะแยกทางกัน"³³

3.3 คำพิพากษากฎีกาที่เกี่ยวข้อง

การสมรสใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตาม มาตรา 1516 (4/2) มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการตีความถึงพฤติการณ์ของการสมรสใจแยกกันอยู่กับการที่คู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่บริเวณเดียวกันหรือบ้านเดียวที่พอเทียบเคียงได้ดังนี้

3.3.1 อยู่คนละบ้านแต่บ้านอยู่ในบริเวณเดียวกัน

พฤติการณ์ที่สามีและภริยาสมรสใจพักอาศัยอยู่กันคนละบ้าน แต่บ้านอยู่ในบริเวณเดียวกันนั้น มีคำพิพากษากฎีกาที่ 882/2518 วินิจฉัยตามเหตุยกอาทิจึงร่างไว้ว่า "...การที่สามีภริยาไม่ได้หลับนอนร่วมเพศกัน แต่อยู่คนละบ้านในบริเวณเดียวกัน ไม่เป็นการทิ้งร้างกัน..." จากคำพิพากษากฎีกานี้เป็นการวินิจฉัยตามมาตรา 1516 (4) กำหนดว่า สามีหรือภริยาจงใจละทิ้งร้างอีกฝ่ายหนึ่งไปเกินหนึ่งปี อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้ อันเป็นการวินิจฉัยก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1516 (4/2) ในปี 2533 และแสดงให้เห็นว่าแม้สามีภริยาจะอยู่คนละบ้าน แต่บ้านกลับอยู่ในบริเวณเดียวกัน โดยมีข้อเท็จจริงอีกว่าสามีภริยาไม่ได้ร่วมประเวณีกันนั้น ยังไม่เป็นการทิ้งร้างกันซึ่งการทิ้งร้างนั้นตามคำพิพากษากฎีกาที่ 4404/2558 วินิจฉัยว่า "...จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าคู่ความนั้นจงใจทิ้งร้างไปในลักษณะที่ไม่หวนกลับไปหาคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง โดยไม่ประสงค์ที่จะอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาอีกต่อไป เป็นเวลาติดต่อกันเกินกว่า 1 ปี จำเลยออกไปจากบ้านตั้งแต่วันที่ 13 มกราคม 2555 แต่จำเลยกลับมาพักอยู่กับโจทก์ระหว่างวันที่ 11 ถึง 15 กันยายน 2555 อีก จึงยังไม่เกินกว่ากำหนดเวลา 1 ปี และยอมแสดงว่า จำเลยยังประสงค์จะอยู่กินกับโจทก์ต่อไป แต่โจทก์เป็นฝ่ายเปลี่ยนกุญแจบ้านไม่ให้จำเลยเข้าไปอยู่ในบ้าน และไม่ยอมพูดคุยกับจำเลยเพื่อปรับความเข้าใจ ในขณะที่จำเลยยอมโทรศัพท์ขอโทษมารดาโจทก์และยอมรับผิดชอบมารดาโจทก์ มารดาจำเลยก็ไม่ต้องการให้โจทก์จำเลยหย่ากัน โดยนัดโจทก์และมารดาโจทก์มาพูดคุย แต่มารดาโจทก์ก็ไม่ยอมช่วยและบอกว่าโจทก์กับจำเลยต้องแยกกันอยู่ พฤติการณ์ดังกล่าวแสดงว่า จำเลยยังมีเชื้อโอรสต่อโจทก์ต้องการอยู่กับโจทก์ต่อไป จึงถือไม่ได้ว่าจำเลยจงใจละทิ้งร้างโจทก์"

³³ไพโรจน์ กัมพูศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 208.

คำพิพากษาข้างต้นนั้นเป็นการวินิจฉัยตามหลักการละทิ้งร้าง ซึ่งการทิ้งร้างเป็นการแยกกันอยู่อย่างหนึ่ง³⁴ แต่การทิ้งร้างกับสมัครใจแยกกันอยู่ นั้นมีความหมายต่างกันเนื่องจากการสมัครใจแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความสมัครใจของสามีและภรรยา การทิ้งร้างนั้นต้องจงใจละทิ้งร้างโดยไม่มีเรื่องของการสมัครใจ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 8059/2538 "การที่สามีแยกไปพักตามลำพังเนื่องจากสามีภริยาทะเลาะกันโดยมีสาเหตุเกิดแต่สามีเป็นสำคัญและภริยาไม่ได้สมัครใจแยกกันอยู่กับสามีเป็นกรณีที่สามีจงใจทิ้งร้างภริยาไปฝ่ายเดียวมิใช่สามีภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี..." และเป็นเหตุหย่าคนละเหตุกัน

3.3.2 อยู่บ้านหลังเดียวกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 388/2522 กล่าวโดยสรุปคดีนี้ ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ภริยาจดทะเบียนหย่ากับสามีเนื่องจากสามีภริยาทำสัญญาหย่ากันแล้ว ไม่มีการเลิกสัญญากัน ภริยาจึงต้องไปจดทะเบียนหย่า ศาลอุทธรณ์พิพากษากลับ ให้ยกฟ้องสามี เนื่องจากเห็นว่าสัญญาหย่าเลิกกันแล้ว ศาลฎีกาเห็นว่า คดีนี้เป็นเรื่องที่สามีภริยาทำสัญญาหย่ามานานถึง 9 ปี สามีเพิ่งนำสัญญาหย่าดังกล่าวมาฟ้องหย่าภริยา โดยระหว่าง 9 ปีนั้น ข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สามีภริยาต่างอยู่บ้านหลังเดียวกัน ภายหลังจากที่สามีภริยาทำสัญญาหย่าแล้วประมาณ 6 ปี สามีก็ยังได้ให้ความยินยอมในการที่ภริยาทำนิติกรรมสัญญาขายที่ดินให้แก่การรถไฟแห่งประเทศไทย ในฐานะที่เป็นสามีอีกด้วย แสดงว่าสามีภริยาได้คืนดีกัน สามีจะนำสัญญาหย่ามาฟ้องให้ภริยาจดทะเบียนหย่าไม่ได้ โดยไม่มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าสัญญาหย่าสมบูรณ์หรือไม่ จากคำพิพากษาฎีกานี้แสดงว่า แม้จะทำสัญญาหย่ากันไว้ แต่พฤติการณ์ที่แสดงว่าสามีภริยายังคงอยู่บ้านหลังเดียวกันและยังมีความสัมพันธ์กันฉันสามีภริยา เช่น ให้ความยินยอมในการทำนิติกรรมในฐานะสามี แสดงว่าสามีภริยาได้คืนดีกัน สัญญาหย่าเป็นอันเลิกกันโดยปริยาย

คำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560 คดีนี้สามีฟ้องภริยาว่าสมัครใจแยกกันอยู่เป็นเวลา 14 ปี จำเลยให้การว่าไม่ได้แยกกันอยู่กับโจทก์เป็นเวลา 14 ปี เมื่อเดือนพฤษภาคม 2557 โจทก์จำเลยและบุตรสาวทำสัญญาซื้อบ้านและที่ดินและยังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านหลังดังกล่าวด้วยกัน ศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิพากษายกฟ้อง โจทก์ฎีกา คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยว่า โจทก์กับจำเลยได้สมัครใจแยกกันอยู่เป็นเวลาเกิน 3 ปี หรือไม่ "...พฤติการณ์ที่จะถือว่าโจทก์กับจำเลยสมัครใจแยกกันอยู่ นั้น จะต้องมิใช่ข้อเท็จจริงฟังเป็นยุติว่าโจทก์และจำเลยต่างมีเจตนาตรงกันคือไม่ประสงค์จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา มีลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือนิตินัย...โจทก์เป็นฝ่ายออกจากบ้านเลขที่...ไปมีภริยาใหม่

³⁴ ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 387.

และมีบุตรด้วยกัน 1 คน ไม่ปรากฏพฤติการณ์ใดที่แสดงว่าจำเลยมีความประสงค์แยกกันอยู่กับโจทก์ โดยชัดแจ้ง ส่วนที่โจทก์ตกลงกับจำเลยว่าจะให้จำเลยเป็นผู้รับเงินเดือนของโจทก์เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการอุปการะเลี้ยงดูจำเลยและบุตรผู้เยาว์ทั้งสองคนในเวลานั้น ถือเป็นหน้าที่ของโจทก์ที่ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูจำเลยผู้เป็นภริยาและอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์...หาใช่เป็นข้อตกลงที่ถือว่าจำเลยตกลงแยกกันอยู่กับโจทก์โดยสมัครใจไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งก่อนฟ้องคดีนี้ประมาณ 1 ปี 2 เดือน โจทก์จำเลยและนางสาว จ. (บุตรของโจทก์) ร่วมกันกู้ยืมเงินจากธนาคารเพื่อซื้อบ้านพักอาศัยร่วมกัน และโจทก์บอกกล่าวแก่ญาติพี่น้องฝ่ายตนว่าเป็นบ้านของโจทก์...โดยโจทก์มีภูมิลำเนาสามารถเข้าออกได้ตามอัธยาศัย...โจทก์มาพักอาศัยในบ้านหลังใหม่ร่วมกับจำเลยซึ่งเป็นการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันในลักษณะสามีภริยากัน ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ว่า โจทก์กับจำเลยยังมีภูมิลำเนาสัมพันธ์กันทั้งในทางนิตินัยและพฤตินัย ไม่ได้มีเจตนาสมัครใจแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวร..." จากคำพิพากษานี้แสดงว่า การพิจารณาการแยกกันอยู่ตามมาตรา 1516 (4/2) จะต้องมีการสมัครใจแยกกันอยู่ โดยที่สามีภริยาต้องไม่มีภูมิลำเนาสัมพันธ์ทั้งทางนิตินัยหรือพฤตินัย การแยกกันอยู่จะต้องแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวร

คำพิพากษานี้ที่ 257/2545 "...เหตุที่โจทก์จำเลยทะเลาะกันและอยู่ด้วยกันในบ้านหลังเดียวกันโดยไม่ยุ่งเกี่ยวกันนั้น มิได้มีสาเหตุมาจากว่าโจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติทั่วไปได้ แต่เป็นเพราะโจทก์โกรธจำเลยเพราะเข้าใจว่าจำเลยร่วมมือกับมารดาโจทก์ฉ้อโกงเอาบ้านและที่ดินของโจทก์ไป เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ก่อนหน้าเกิดเหตุโจทก์และจำเลยแม้จะอยู่บ้านเดียวกันแต่ก็มีลักษณะแบบต่างคนต่างอยู่ ต่างทำมาหากิน จึงเป็นกรณีที่โจทก์จำเลยสมัครใจอยู่กินในลักษณะดังกล่าว ฉะนั้น การที่จำเลยพาบุตรคนโตไปกรุงเทพมหานครเพื่อค้าขายเสื้อผ้าจึงเป็นเพียงการแยกตัวไปทำมาหากินเท่านั้น ถือไม่ได้ว่าจำเลยจงใจละทิ้งร้างโจทก์หรือกระทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการเป็นสามีภริยากัน อันจะเป็นเหตุให้โจทก์ฟ้องหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4) (6)..." จากคำพิพากษานี้ แสดงให้เห็นพฤติการณ์ในคดีว่าสามีภริยาอยู่บ้านหลังเดียวกัน แต่มีลักษณะต่างคนต่างอยู่ ต่างทำมาหากิน เพราะเหตุที่ทะเลาะกันจากการที่มารดาโจทก์นำที่ดินและบ้านไปขายโดยจำเลยลงชื่อเป็นพยาน มิได้มีสาเหตุมาจากว่าโจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติ และออกจากบ้านไปเพราะแยกไปทำมาหากินเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีหมายเหตุท้ายฎีกาโดยชาติชาย อัครวิบูลย์ ว่า "...มูลเหตุดังกล่าวมิใช่เรื่องของความไม่ซื่อสัตย์ในฐานะที่จำเลยเป็นสามีของโจทก์ หากแต่มีเหตุแทรกแซงจากภายนอกเกิดขึ้นในครอบครัวเท่านั้น ศาลฎีกาจึงเห็นว่าไม่ใช่เรื่องที่โจทก์และจำเลยไม่สามารถใช้ชีวิตร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติทั่วไป นอกจากนี้การที่โจทก์และจำเลยมีสภาพต่างคนต่างอยู่ก็เกิดขึ้นจากความสมัครใจอันอาจเป็นลักษณะที่เกิดขึ้นเพียงชั่วคราว เพราะหากประสงค์ให้เกิดขึ้นอย่างถาวร

ก็น่าจะมีการตกลงแยกกันอยู่โดยเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติ ซึ่งจะเป็นเหตุหย่าต่อไปได้ตามมาตรา 1516 (4/2)..."

คำพิพากษาฎีกาที่ 7004/2539 "โจทก์และจำเลยจดทะเบียนสมรสกันแล้วได้อยู่กินด้วยกันที่บ้านเลขที่ 611 แสดงว่าบ้านเลขที่ 611 ดังกล่าวเป็นบ้านที่โจทก์และจำเลยใช้เป็นที่อยู่อาศัยกินอยู่หลับนอนฉันสามีภริยาซึ่งต่อมาก็มีบุตรด้วยกัน 1 คน แม้ในระหว่างอยู่กินด้วยกันโจทก์ต้องเดินทางไปรับราชการในต่างจังหวัดและบางครั้งโจทก์และจำเลยได้ทะเลาะกันก็ตามโจทก์ก็ต้องกลับมากินอยู่หลับนอนฉันสามีภริยากับจำเลยเช่นปกติที่สามีภริยาพึงต้องปฏิบัติต่อกันแต่โจทก์กลับไปมีภริยาใหม่และไปอยู่กับภริยาใหม่ถือว่าโจทก์สมครใจแยกกันอยู่กับจำเลยแต่ฝ่ายเดียว จำเลยไม่ได้สมครใจแยกกันอยู่กับโจทก์ การที่โจทก์ได้ส่งเงินให้บุตรและจำเลยไม่ได้ไปมาหาสู่ร่วมอยู่กินหลับนอนกับโจทก์ฉันสามีภริยามีใช้พฤติการณ์ที่แสดงว่าจำเลยสมครใจแยกกันอยู่กับโจทก์จึงไม่ถือว่าเป็นกรณีที่สามีและภริยาสมครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกิน 3 ปี" ตามมาตรา 1516 (4/2) คำพิพากษานี้แสดงให้เห็นว่า การที่สามีภริยาอยู่กินหลับนอนที่บ้านเดียวกัน แม้สามีต้องไปรับราชการต่างจังหวัดแต่ก็ต้องกลับมากินอยู่หลับนอนกับภริยา การที่สามีไปมีภริยาใหม่และไปอยู่กับภริยาใหม่จึงไม่ถือเป็นการสมครใจแยกกันอยู่

จากคำพิพากษาฎีกาข้างต้น ยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาที่วินิจฉัยโดยตรงในคดีที่มีข้อเท็จจริงว่าสามีภริยาสมครใจแยกกันอยู่ในบ้านหลังเดียวกัน อยู่คนละห้อง คนละชั้น และไม่มีความสัมพันธ์ฉันสามีภริยากันแล้วอันเป็นเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขติดต่อกันเกินสามปีคงมีคำพิพากษาฎีกาที่พอเทียบเคียงได้ดังกล่าว แต่ในประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันอันจะเป็นเหตุในการฟ้องหย่าได้ มีคดีที่เกิดขึ้นโดยตรงและแนวทางการนำเสนอพยานหลักฐานที่ศาลประเทศออสเตรเลียได้วินิจฉัยไว้แล้ว

4. หลักการพิจารณาการแยกกันอยู่ของกฎหมายประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federation) แบ่งการปกครองออกเป็น 6 รัฐ ได้แก่ รัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) รัฐควีนส์แลนด์ (Queensland) รัฐวิกตอเรีย (Victoria) รัฐออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia) รัฐออสเตรเลียใต้ (South Australia) และรัฐแทสมาเนีย (Tasmania) และ 2 เขตการปกครอง ได้แก่ เขตนอร์ทเทิร์น (Northern Territory)

และเขตออสเตรเลียแคปปิตอล (Australian Capital Territory)³⁵ หรือเมืองหลวง แหล่งที่มาของกฎหมายมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร กับกฎหมายคอมมอน ลอว์ ส่วนกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับมี 2 ประเภท ได้แก่ กฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐ (Commonwealth Act) มีสถานะของกฎหมายสูงกว่ากฎหมายภายในของแต่ละรัฐและมีผลใช้บังคับกับประชาชนทุกคนในทุกรัฐ โดยรัฐใดจะตรากฎหมายขัดหรือแย้งกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐไม่ได้ และกฎหมายลำดับรอง (Delegated or Subordinate Legislation) ตราโดยฝ่ายบริหารแต่ละรัฐ³⁶

4.1 รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย

ในกระบวนการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติแห่งเครือรัฐ ผู้ที่นำเสนอกฎหมายได้คือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสมาชิก กลุ่มผลประโยชน์ หน่วยงานของรัฐต่างๆ และรัฐมนตรี³⁷ เกี่ยวกับการตรากฎหมายครอบครัวนั้น รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรเลีย มาตรา 51 กำหนดไว้ว่าภายใต้รัฐธรรมนูญ รัฐสภาของออสเตรเลียมีอำนาจในการออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ (xxi) การสมรส และ (xxii) สาเหตุแห่งการหย่าร้างและการสมรส และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้ปกครองและอำนาจปกครองและการดูแลเด็กทารก³⁸

4.2 พระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959

เดิมประเทศออสเตรเลียใช้กฎหมายครอบครัวชื่อว่าพระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959 (Matrimonial Causes Act 1959)³⁹ ในมาตรา 28 กำหนดเหตุหย่าไว้ในอนุมาตรา (m) กำหนดเกี่ยวกับการแยกกันอยู่ไว้ว่า คู่สมรสได้แยกกันอยู่และอยู่ห่างกันต่อเนื่องกันเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้องหย่าและการแยกกันอยู่นั้นจะต้องไม่มีเหตุสมควรที่คู่สมรสจะกลับมา

³⁵ จิตรพรต พัฒนสิน, กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย (Parliamentary Counsel's Office): 5-28, 6. [Online], available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=258,2563> (พฤษภาคม, 7).

³⁶ จิตรพรต พัฒนสิน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

³⁷ เรื่องเดียวกัน.

³⁸ Parliament of Australia, **Part V - Powers of the Parliament** [Online], available URL: https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/~/_link.aspx?_id=AFF6CA564BC3465AA325E73053DED4AA&_z=z#chapter-01_part-05_51, 2020 (March, 23).

³⁹ Federal Register of Legislation, **Matrimonial Causes Act 1959** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C1959A00104>, 2020 (March, 25).

อยู่ด้วยกัน⁴⁰ ซึ่งไม่เป็นปัญหาต่อการตีความเนื่องจากระบุเหตุหย่าไว้ชัดเจน⁴¹ และมีกำหนดระยะเวลาแยกกันอยู่เป็นเวลาไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี

4.3 พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975

4.3.1 พัฒนาการและการแก้ไขกฎหมาย

ประเทศออสเตรเลียมีการแก้ไขพระราชบัญญัติสาเหตุการสมรส ค.ศ.1959 และตราไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 (Family Law Act 1975)⁴² มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม 1976 โดยมีสาระสำคัญของเหตุแห่งการฟ้องหย่าที่เปลี่ยนระบบจากทฤษฎีความผิดมาเป็นทฤษฎีปราศจากความผิดมุ่งที่การหย่าที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้ว⁴³

ในการแก้ไขกฎหมายนั้น มีความเห็นของวุฒิสมาชิก Murphy ที่น่าสนใจในการถกเถียงการแก้กฎหมายครอบครัวเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 สรุปได้ว่า ไม่เห็นด้วยหากมีการกำหนดว่าหากคู่สมรสยังคงอยู่ในที่อยู่อาศัยเดียวกัน คู่สมรสไม่ถือว่าแยกกันอยู่และอยู่ห่างกัน การกำหนดเช่นนี้จะเป็นการผูกมัดศาลให้วินิจฉัยไปในทางที่ไม่ให้หย่า แม้ว่าคู่สมรสแยกกันอยู่ในแต่ละมุมของบ้านเดียวกัน หรือฝ่ายหนึ่งอยู่ในบ้านไก่ (fowl house) อีกฝ่ายหนึ่งอยู่ในห้องนอนของเจ้าของบ้าน ศาลก็ต้องวินิจฉัยว่าไม่ได้แยกกันอยู่เพราะอยู่ได้หลังคาเดียวกัน เป็นการยากสำหรับคู่สมรสที่ต้องการแยกกันอยู่และหาที่พักอาศัยใหม่ และหากกำหนดให้การที่มีภริยายังอยู่ในบ้านเดียวกันหลังจากตกลงแยกกันอยู่แล้วไม่สามารถหย่าได้ ก็จะเป็นการแบ่งชนชั้นของผู้ที่มีฐานะยากจนที่ไม่สามารถหาที่อยู่ใหม่ได้เนื่องจากเหตุผลทางการเงิน⁴⁴ นอกจากเหตุผลทางด้าน

⁴⁰ Matrimonial Causes Act 1959, Grounds for dissolution of marriage 28. "Subject to this Division, a petition under this Act by a party to a marriage for a decree of dissolution of the marriage may be based on one or more of the following grounds: (m) that the parties to the marriage have separated and thereafter have lived separately and apart for a continuous period of not less than five years immediately preceding the date of the petition, and there is no reasonable likelihood of cohabitation being resumed;"

⁴¹ "Matrimonial Causes," *Adelaide Law Review* 2, 2 (1964): 237-242.

⁴² Federal Register of Legislation, **Family Law Act 1975** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00182>, 2020 (March, 23).

⁴³ H. A. Finlay, op. cit.: 368-369.

⁴⁴ The House of Representatives, Senate Official Hansard, No. 48, 1974, Wednesday, 27 November 1974, 2863. "...Senator MURPHY: New South Wales Attorney General · ALP -- I resist

การเงินแล้ว การแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันเป็นเรื่องทั่วไปซึ่งสามารถเกิดขึ้นได้หลายสาเหตุ เช่น มีความจำเป็นในบ้านที่ซื้อมาด้วยกัน ชีวิตในบ้านสำหรับบุตร เหตุผลทางศาสนา อายุ ความเจ็บป่วย และกำแพงทางด้านวัฒนธรรมและภาษา⁴⁵

4.3.2 หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

มาตรา 4 (1) กำหนดนิยามในพระราชบัญญัตินี้ไว้ว่า การหย่าหมายถึงการสิ้นสุดของการสมรสนอกจากการตายของคู่สมรส⁴⁶

this amendment. I think that it is not well designed. It states: >The parties to a marriage shall not be held to have separated and to have lived separately and apart if they have continued to reside in the same residence. Now that is a direction to the court. No matter how much the evidence is that although under the same roof the parties have lived separately and apart, that one has lived at one end of the house and the other at the other end, or one has lived in the fowl house and the other in the master bedroom, the amendment would compel the court to decline to hold that they had lived separately and apart. This means that an awful difficulty is placed in the path of those people who cannot afford to get another home. One might say it is almost a class amendment directed at the poor people who cannot, when they get into marital difficulties, separate one from the other in different residences although, as sometimes occurs- it occurs in times, say, of housing crises; it has happened from time to time in our society and happens even now-people find it difficult to move into another place because they just do not have the finance. For one reason or another they cannot do so. The obligation is on the court if this amendment is not accepted to decide that the parties have lived separately and apart whether or not under the same roof. Surely that ought to be enough. What the honorable senator is suggesting would, I think, reverse the whole line of decisions on this aspect which have held that people may be living separately and apart even though they happen to be under the same roof. The honorable senator is saying that the courts should be prevented from developing the law in that direction. I think it would be extremely unsatisfactory and I ask the Committee to reject the amendment. I think that as a matter of convenience and in order to avoid having to go through the same argument again the Committee ought to deal with my amendment as well as the amendment moved by...”.

⁴⁵Kieran Mark Tranter, Lyndal Sleep and John E. Stannard, “The Cohabitation Rule: Indeterminacy and Oppression in Australian Social Security Law,” **Melbourne University Law Review** 32, 2 (2008): 698-738, 726.

⁴⁶Family Law Act 1975, Section 4 Interpretation (1) “divorce means the termination of a marriage otherwise than by the death of a party to the marriage.”

มาตรา 48 กำหนดเกี่ยวกับการยื่นฟ้องหย่าไว้ว่า

(1) การฟ้องหย่าภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะต้องมีเหตุฟ้องหย่าคือการสมรสได้แตกสลายไปอย่างแก้ไขไม่ได้

(2) ภายใต้อนุมาตรา (3) ในการพิจารณาการฟ้องหย่า เหตุแห่งการฟ้องหย่าจะมีขึ้นและจะมีคำสั่งในการหย่าการเกิดขึ้นได้เฉพาะเมื่อเป็นที่พอใจแก่ศาลว่าคู่ความได้แยกกันอยู่และหลังจากนั้นแยกกันอยู่และได้พักอาศัยแบบแยกกันต่อเนื่องเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 เดือนทันทีนับแต่วันที่ไต่ยื่นฟ้องหย่า

(3) จะไม่มีคำสั่งในการหย่าหากเป็นที่พอใจแก่ศาลว่ามีเหตุอันสมควรที่จะมีโอกาสในการกลับมาอยู่ร่วมกัน⁴⁷

มาตรา 49 กำหนดนิยามของการแยกกันอยู่ไว้ว่า

(1) เป็นกรณีแยกกันอยู่ที่คู่สมรสไม่ได้อยู่ด้วยกันและแยกกันอยู่เมื่อการอยู่กินกันนั้นถึงที่สุดโดยการกระทำหรือความประพฤติของคู่สมรสฝ่ายเดียวเท่านั้น

(2) คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคงอาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้บริการในครัวเรือนแก่อีกฝ่าย⁴⁸

⁴⁷Family Law Act 1975, Section 48 “Divorce

(1) An application under this Act for a divorce order in relation to a marriage shall be based on the ground that the marriage has broken down irretrievably.

(2) Subject to subsection (3), in a proceeding instituted by such an application, the ground shall be held to have been established, and the divorce order shall be made, if, and only if, the court is satisfied that the parties separated and thereafter lived separately and apart for a continuous period of not less than 12 months immediately preceding the date of the filing of the application for the divorce order.

(3) A divorce order shall not be made if the court is satisfied that there is a reasonable likelihood of cohabitation being resumed.”

⁴⁸Family Law Act 1975, Section 49 “Meaning of separation

(1) The parties to a marriage may be held to have separated notwithstanding that the cohabitation was brought to an end by the action or conduct of one only of the parties.

(2) The parties to a marriage may be held to have separated and to have lived separately and apart notwithstanding that they have continued to reside in the same residence or that either party has rendered some household services to the other.”

ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 49 (2) กำหนดหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน ซึ่งอยู่ภายใต้มาตรา 48 (2) กล่าวคือ คู่สมรสแยกกันอยู่และอยู่ห่างจากกันแม้ว่าคู่สมรสจะยังคงอาศัยอยู่ในที่อยู่เดียวกันหรือคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ให้บริการในครัวเรือน แก่อีกฝ่ายต้องเป็นการแยกกันอยู่ต่อเนื่องเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 12 เดือน จึงจะเป็นเหตุให้ฟ้องหย่าได้

การวินิจฉัยความหมายของการแยกกันอยู่นั้นไม่ใช่เรื่องใหม่ เนื่องจากมีแนวความคิดนี้มาจากประเทศอังกฤษในคดี *Pulford v Pulford*⁴⁹ การที่ศาลจะวินิจฉัยว่ามีการทิ้งร้างหรือไม่นั้น จำเป็นต้องดูการกระทำของคู่ความ การทิ้งร้างนั้นไม่ใช่การออกจากสถานที่แต่เป็นการออกจากสถานะต่างๆ ("Desertion is not the withdrawal from a place, but from a state of things")⁵⁰ ดังนั้น การทิ้งร้างของคู่สมรสไม่ได้ขึ้นอยู่กับปัจจัยของสถานที่พักอาศัย แต่ขึ้นอยู่กับสถานะความสัมพันธ์ของคู่สมรส⁵¹ และหลังจากสงครามโลกครั้งที่สองในประเทศอังกฤษ ประชากรขาดแคลนที่อยู่อาศัย จึงทำให้หลายคนที่ต้องการหย่า ยังจำเป็นต้องอยู่ในบ้านหลังเดียวกันโดยไม่มีทางเลือก⁵² แม้คำพิพากษาคดี *Pulford* เป็นการพิจารณาเหตุหย่ากรณีทิ้งร้างซึ่งแตกต่างจากการแยกกันอยู่ก็ตาม แต่ศาลครอบครัวของประเทศออสเตรเลียก็ได้นำหลักดังกล่าวมาวินิจฉัยในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

4.3.3 คำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง

4.3.3.1 In the Marriage of Falk⁵³

ในคดี *Falk* ศาลวินิจฉัยว่า การแยกกันอยู่ตามมาตรา 49 (2) นั้นหมายถึง การแยกกันอยู่อย่างแท้จริง ที่เป็นการแยกกันอยู่จากสถานะต่างๆ ยิ่งไปกว่าการแยกกันอยู่จากที่ใดที่หนึ่ง ("separation really means a departure from the state of things rather than from a particular place")⁵⁴ อันเป็นการตัดสินไปตามแนวคิด *Pulford* นอกจากนี้ อาจจะกล่าวได้ว่าการแยกกันอยู่นั้นพิจารณาจากสถานะต่างๆ ไม่ใช่เพียงแต่การแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้น

⁴⁹ *Pulford v. Pulford* [1923] P.D.A. Division P. 18.

⁵⁰ Joyce C. Hall, **Sources of Family Law** (Cambridge: Cambridge University Press, 1966), p. 393.

⁵¹ Ibid.

⁵² H. A. Finlay, op. cit.: 386.

⁵³ In the Marriage of Falk (1977) 29 FLR 463.

⁵⁴ Maree Livermore, **Family law handbook**, 3rd ed (Pyrmont, N.S.W.: Thomson Reuters (Professional) Australia, 2012), p. 38.

4.3.3.2 In the marriage of Todd (No. 2)⁵⁵

ในคดี *Todd (No. 2)* นาย Todd และ นาง Todd จัดทะเบียนสมรสกันเมื่อปี ค.ศ.1960 อยู่กินด้วยกันมีบุตร 2 คน เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 นาง Todd พาบุตร 2 คน ออกไปจากบ้านที่อยู่ด้วยกัน (matrimonial home) ต่อมานาง Todd กับบุตร 2 คน กลับมาที่บ้านเมื่อวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 และอยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกันจนกระทั่งวันที่ 5 มกราคม ค.ศ.1976 ทั้งสองฝ่ายตัดสินใจจะฟ้องหย่าภายใต้มาตรา 48 (2) และ มาตรา 49 (2) ในประเด็นของการหย่านั้น ความหมายของการแยกกันอยู่ และการอยู่ห่างจากกันในเวลาต่อเนื่องกันไม่น้อยกว่า 12 เดือน นั้นศาล The Family Court of Australia วินิจฉัยว่าการสมรสของคู่ความคดีนี้ได้แตกสลายไปตั้งแต่วันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 การแยกกันอยู่มีความหมายกว้างกว่าการแยกกันอยู่" ทางกายภาพเท่านั้น" ("mere physical separation") โดยขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สมรสฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายที่จะตัดความสัมพันธ์การสมรส และมีการกระทำตามเจตนา นั้น แม้การที่นาง Todd พาบุตร 2 คน กลับมาที่บ้านและอยู่อาศัยต่อไปในบ้านหลังเดียวกันกับนาย Todd ในวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 ก็ตาม แต่ทั้งนาย Todd และ นาง Todd ก็ไม่ได้รื้อฟื้นความสัมพันธ์ของสามีภริยาแต่อย่างใด และยังคงมีสถานะของการแยกกันอยู่⁵⁶

4.3.3.3 In the Marriage of Pavey⁵⁷

ในคดี *Pavey* นี้ นาย Pavey และนาง Pavey สามีภริยาแต่งงานกันเมื่อปี ค.ศ.1945 และอยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกันมานานกว่า 30 ปี นาย Pavey ให้เงินค่าบำรุงรักษากันแก่นาง Pavey มาตลอด แต่หยุดให้ในเดือนเมษายน ค.ศ.1974 นาง Pavey จึงยื่นฟ้องนาย Pavey ต่อศาลแขวงเพื่อเรียกค่าจัดการงานบ้าน ต่อมาความสัมพันธ์ทั้งสองฝ่ายเริ่มแย่ง นาง Pavey ยื่นฟ้องนาย Pavey ต่อศาลครอบครัวเพื่อขอหย่า ศาลครอบครัวยกฟ้อง นาง Pavey อุทธรณ์ไปยัง The Full Court of the Family Court of Australia ซึ่งวินิจฉัยว่า ในหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันตามมาตรา 49 (2) การวินิจฉัยหลักการแยกกันอยู่มีสัญญาณหลายอย่างที่ยบ่งบอกว่าคู่สมรส

⁵⁵ Cornell Law School, *In the marriage of TODD (No. 2)* [Online], available URL: [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_\(no._2\)](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_(no._2)), 2020 (April, 1).

⁵⁶ Wolters Kluwer, *In the marriage of TODD, R.W. and TODD, Y.D. (No. 2) (1976) FLC 90-008, Family Court of Australia, 12 March 1976* [Online], available URL: <https://pinpoint.cch.com.au/document/legauUio598043sl18926238/in-the-marriage-of-todd-r-w-and-todd-y-d-no-2>, 2020 (April, 1).

⁵⁷ Cornell Law School, *In the Marriage of Pavey* [Online], available URL: https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_pavey, 2020 (April, 1).

มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกัน เช่นการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกัน ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรสแต่องค์ประกอบทั้งหมดไม่จำเป็นต้องแสดงในการสร้างการมีอยู่ของความสัมพันธ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของคู่สมรสเนื่องจากความสัมพันธ์ของคู่สมรสแต่ละคู่ต่างกัน ดังนั้น การพิจารณาว่ามีการแยกกันอยู่ในข้อเท็จจริงแต่ละคดี จำเป็นต้องเปรียบเทียบและหาข้อต่างแห่งความสัมพันธ์ก่อนและหลังที่จะมีการแยกกันอยู่ การที่ศาลแขวงวินิจัยให้นาย Pavey ชำระค่าบำรุงรักษาบ้านแสดงให้เห็นถึงการแตกสลายของการสมรสถึงแม้ว่า นาย Pavey และนาง Pavey จะยังคงอยู่บ้านหลังเดียวกันก็ตาม

4.3.3.4 In the Marriage of Caretti⁵⁸

ในคดี *Caretti* นี้ สามีฟ้องหย่าภรรยา โดยมีข้อเท็จจริงว่า สามีและภริยายังคงอยู่อาศัยอยู่ในบ้านเดียวกัน และมีข้อตกลงกันว่าสามีเป็นคนชำระค่าดอกเบี้ยของบ้านที่อยู่ด้วยกัน สามีย้ายไปนอนในห้องเก็บของ ส่วนภริยายังคงนอนอยู่ในห้องเดิมที่เคยนอนด้วยกัน (matrimonial bed)⁵⁹ ต่อมาสามีอ้างว่าห้องเก็บของมีอากาศหนาวมากจึงย้ายกลับมานอนในห้องเดิมที่เคยนอนด้วยกัน แต่ไม่ได้มีเพศสัมพันธ์กัน ศาลวินิจัยว่า สามียอมที่จะตัดความสัมพันธ์ด้วยวิธีจัดการที่ดีกว่านี้ แต่ฝ่ายสามีกลับเลือกที่จะกลับมานอนเตียงเดียวกัน สามีจะอ้างว่ามีการแยกกันอยู่ไม่ได้ แม้จะไม่ได้มีเพศสัมพันธ์กันก็ตาม

4.3.4 แนวทางในการพิจารณาพยานหลักฐานของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน

ในประเทศออสเตรเลีย หากคู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันสามารถที่จะยื่นฟ้องหย่าได้ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 และ 49

4.3.4.1 Family Court of Australia อธิบายในเรื่องดังกล่าวไว้ในเอกสารข้อเท็จจริง (Fact sheet) เรื่อง "แยกกันอยู่, แต่อยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน?"⁶⁰ เพื่อเป็นแนวทางแก่คู่สมรสในการยื่นเอกสารต่อศาลก่อนที่จะยื่นฟ้องคู่สมรสอีกฝ่ายยกตัวอย่างเช่น

⁵⁸ In the Marriage of Caretti (1977) FLC 90-270.

⁵⁹ Frank Bates, "The law, sexual behaviour and a no fault divorce system: the Australian experience," *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 17, 3 (1984): 358-379, 361.

⁶⁰ Family Court of Australia, **Separated, but living under one roof?** [Online], available URL: http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6/FSDMSEP_0313+v2.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6-lLd2SAs, 2020 (April, 1).

ตัวอย่างที่ 1 คู่สมรสแยกกันอยู่มาเป็นระยะเวลา 14 เดือน อยู่บ้านหลังเดียวกันเป็นเวลา 5 เดือนหลังจากแยกกันอยู่ โดยจำนวน 3 เดือน จาก 12 เดือน ก่อนฟ้องอยู่บ้านหลังเดียวกัน ต้องให้ข้อมูลแก่ศาลถึงพฤติการณ์ในการแยกกันอยู่

ตัวอย่างที่ 2 คู่สมรสแยกกันอยู่มาเป็นระยะเวลา 5 ปี อยู่บ้านหลังเดียวกันเป็นเวลา 3 ปี หลังจากแยกกันอยู่ ก่อนฟ้อง 2 ปี อยู่บ้านคนละหลัง กรณีนี้ไม่ต้องให้ข้อมูลเพิ่มเติมแก่ศาล

ข้อมูลที่ต้องยื่นเพิ่มเติมนั้นจะต้องอยู่ในรูปแบบของคำให้การ (Affidavit) เป็นลายลักษณ์อักษรเขียนโดยคู่สมรสหรือพยานโดยเป็นการให้ข้อเท็จจริงแก่ศาล และจะต้องสาบานตนว่าคำให้การดังกล่าวเป็นความจริง นอกจากนี้คู่สมรสต่างฝ่ายอาจยังต้องให้คนกลางช่วยเขียนคำให้การสนับสนุนการยื่นฟ้องหย่าด้วยเหตุที่อยู่บ้านหลังเดียวกัน คนกลางดังกล่าว เช่น คนในครอบครัว เพื่อน หรือเพื่อนบ้านซึ่งรู้เห็นพฤติการณ์ของการแยกกันอยู่

ในกรณีที่คู่สมรสยื่นหย่าพร้อมกัน ต่างฝ่ายต่างต้องยื่นคำให้การแยกกันมาจะเขียนรวมกันมาไม่ได้⁶¹

ในคำให้การจะต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า ความสัมพันธ์ของการสมรสที่มีการแยกกันอยู่นั้นเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไปหรือเกิดขึ้นทันที โดยอธิบายถึงสถานะของคู่สมรส เช่น การหลับนอนในบ้านเป็นอย่างไร การลดลงของกิจกรรมที่ทำร่วมกันในบ้านและนอกบ้าน การแยกกันอยู่ในสถานะทางการเงิน บัญชีธนาคารของคู่สมรส ข้อเท็จจริงอื่นที่แสดงว่าการสมรสนั้นล่มสลายไปแล้ว เช่น มีการแจ้งให้สมาชิกในครอบครัวหรือเพื่อนทราบถึงการแยกกันอยู่ และสิ่งสำคัญคือต้องแสดงว่าเหตุใดจึงยังคงพักอาศัยอยู่ในบ้านหลังเดียวกันหลังจากการแยกกันอยู่ และจะมีโอกาสหรือไม่ในการเปลี่ยนแปลงสถานะของสามีภริยา ในกรณีที่มิบุตรจะต้องแสดงว่าจะจัดการอำนาจปกครองบุตรที่อายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์อย่างไร ในกรณีที่ได้รับสิทธิประโยชน์จากรัฐบาล จะต้องแสดงให้เห็นว่าหน่วยงานใดของรัฐเป็นหน่วยงานที่ให้ผลประโยชน์ (เช่น Centrelink⁶² ซึ่งเป็นหน้าเว็บไซต์ลงทะเบียนของ Department of Human Services) หากได้รับจดหมายตอบกลับจากหน่วยงานราชการแล้วให้แนบจดหมายไปพร้อมกับคำให้การ

⁶¹Family Court of Australia, ibid.

⁶²Services Australia, **Centrelink** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/centrelink>, 2020 (April, 2).

ในปี ค.ศ.2017 ประชาชนในประเทศออสเตรเลียลงทะเบียนใน Centrelink ว่ามีการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกันจำนวน 38,692 คน เพิ่มจากจำนวน 35,103 คน ในปี ค.ศ.2016⁶³ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงอัตราการเพิ่มขึ้นของประชาชนในประเทศออสเตรเลียที่ลงทะเบียนในการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกัน เพราะจะส่งผลต่อการยื่นฟ้องหย่าและสิทธิที่จะได้รับตามกฎหมายประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม ค.ศ.1991 (Social Security Act 1991) ของประเทศออสเตรเลีย⁶⁴ สำหรับการลงทะเบียนผ่าน Centrelink⁶⁵ คู่สมรสที่ประสงค์แยกกันอยู่แต่ยังอยู่บ้านหลังเดียวกันจะต้องลงทะเบียนผ่านแบบฟอร์ม "Relationship details (SS293) Separated under one roof"⁶⁶ ซึ่งจะมีคำถามแบบ Check list ให้กรอกข้อมูล

4.3.4.2 Legal Aid NSW ซึ่งเป็นองค์กรระดับรัฐที่ให้บริการด้านกฎหมายแก่ผู้ด้อยโอกาสทางสังคมและเศรษฐกิจในรัฐ New South Wales ประเทศออสเตรเลีย⁶⁷ อธิบายไว้ใน "เอกสารข้อเท็จจริงแห่งการหย่า 3 - การแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน"⁶⁸ ว่าการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันไม่ใช่หมายความว่าหลับนอนแยกกันเท่านั้น ศาลต้องการพยานหลักฐานที่แสดงให้เห็นว่าความสัมพันธ์ของสามีหรือภริยาได้สิ้นสุด มีการพุดจาหรือแสดงการกระทำที่แยกกันอยู่ทั้งในและนอกบ้าน และในการเขียนคำให้การนั้นจะต้องอธิบายถึงการแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกันของสามีหรือภริยา โดยอธิบายถึงความสัมพันธ์ก่อนวันที่จะมีการแยกกันอยู่ และการเปลี่ยนแปลงหลังจากวันที่ตกลงแยกกันอยู่ ซึ่งแต่ละชีวิตการสมรสย่อมแตกต่างกันไป

⁶³Amanda Hooton, 'I moved out of our bedroom, my ex wouldn't': separated couples living together [Online], available URL: <https://www.theadvocate.com.au/story/5235322/i-moved-out-of-our-bedroom-my-ex-wouldnt-separated-couples-living-together/>, 2020 (April, 2).

⁶⁴Social Security Guide, **2.2.5.30 Determining Separation Under OneRoof** [Online], available URL: <https://guides.dss.gov.au/guide-social-security-law/2/2/5/30>, 2020 (April, 2).

⁶⁵Services Australia, **Relationship details - Separated under one roof form (SS293)** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/forms/ss293>, 2020 (April, 2).

⁶⁶Services Australia, **Relationship details Separated under one roof** [Online], available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/sites/default/files/ss293-1907en.pdf>, 2020 (April, 2).

⁶⁷Legal Aid NSW, **Who we are** [Online], available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/about-us/who-we-are>, 2020 (April, 2).

⁶⁸Legal Aid NSW, **Divorce factsheet 3 – Separation under the same roof** [Online], available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/get-legal-help/factsheets-and-resources/divorce-factsheet-3-separation-under-the-same-roof>, 2020 (April, 2).

5. บทวิเคราะห์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) กำหนดว่า สามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้ การตีความมาตรานี้ มาตาลักษณะ อรุณโรจน์ และคณะ พบว่า มาตรา 1516 (4/2) ขาดการตีความที่ชัดเจนว่า การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขอย่างไรหมายถึง "ความผาสุกโดยปกติระหว่างคู่สมรสหรือการอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาโดยปกติสุข"⁶⁹ เนื่องจากกฎหมายบัญญัติเหตุหย่าไว้ในลักษณะกว้างเพื่อให้ครอบคลุมข้อเท็จจริง⁷⁰ ส่วนนั้นทนายสิมะโชคตี พบว่า มาตรา 1516 (4/2) มีปัญหาในการปรับใช้เนื่องจากไม่มีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจน ต้องอาศัยการตีความหรือการใช้ดุลพินิจของศาลให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแต่ละคดี และการแยกกันอยู่ต้องเกิดจากความสมัครใจ หากสามีภริยาฝ่ายใดไม่สมัครใจแล้ว ก็ย่อมอ้างเหตุนี้ในการฟ้องหย่าไม่ได้⁷¹ ปัญหาว่า หากสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน กรณีสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขจะมีแนวทางพิจารณาอย่างไร ในข้อนี้ชาติชาย อัครวิบูลย์ เห็นว่า การสมัครใจแยกกันอยู่ หากตกลงว่ายังอยู่ร่วมกันในบ้านเดียวกัน แต่อาศัยอยู่คนละห้อง ยังไม่เรียกว่าแยกกันอยู่เนื่องจากสามีภริยายังคงพบปะกันได้ แม้จะไม่พูดจาหรือร่วมหลับนอนกัน "แต่อาจเป็นเหตุหย่าในเหตุอื่น"⁷² และยังไม่มีคำพิพากษาฎีกาวินิจฉัยไว้โดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) น่าจะเป็นเหตุหย่าของการสมัครใจแยกกันอยู่ภายใต้มาตรา 1516 (4/2) ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

1. แนวความคิดการหย่าขาดจากกันโดยการแยกกันอยู่โดยความสมัครใจของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) และประเทศออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) นั้นเหมือนกัน คือ เป็น

⁶⁹ มาตาลักษณะ อรุณโรจน์ และคณะ, *โครงการวิจัยเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพของศาลเยาวชนและครอบครัวในการพิจารณาคดีฟ้องหย่าและการดูแลบุตร*, สถาบันวิจัยและพัฒนาคดี สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557: 177-178, 279-280.

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 279.

⁷¹ ทนายสิมะโชคตี, เรื่องเดิม, หน้า 67-68.

⁷² ชาติชาย อัครวิบูลย์, เรื่องเดิม, หน้า 392.

แนวความคิดของการหย่าขาดจากกันที่เป็นการแก้ไขการสมรสที่แตกสลายไปแล้วไม่ได้พิจารณาว่าเป็นความผิดของฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

2. หากนำแนวทางของประเทศออสเตรเลียตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) มาปรับใช้กับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 49 (2) กำหนดความหมายของการแยกกันอยู่ให้รวมถึงการที่คู่สมรสแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) ไม่มีกำหนดความหมายของการแยกกันอยู่ไว้ การนำแนวทางที่ศาลในคดี *Falk* พิจารณาจากสถานะต่างๆ ของสามีภริยา ไม่ใช่เพียงแต่การแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้นมาพิจารณาประกอบ กล่าวคือ สถานะต่างๆ ดังกล่าว ตามคำพิพากษาคดี *Pavey* จะเห็นได้ว่า ศาลครอบครัวของประเทศออสเตรเลียพิจารณาถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันในองค์ประกอบของการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกัน ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรส การพิสูจน์ถึงองค์ประกอบตามหลักนี้จึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงของแต่ละคดีไป⁷³ และจำเป็นต้องเปรียบเทียบและหาข้อต่างแห่งความสัมพันธ์ก่อนและหลังที่จะมีการแยกกันอยู่ซึ่งอาจจะเรียกได้ว่าเป็น objective test ในการเปรียบเทียบความสัมพันธ์ของสามีภริยาที่ต้องขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา เช่น ก่อนแยกกันอยู่ ภริยายังคงทำกับข้าว หุงหาอาหาร ซักผ้า คอยปรนนิบัติสามี และทำงานบ้านไม่เคยขาด แต่พอสมภารใจแยกกันอยู่ภริยาก็ไม่ปฏิบัติเช่นเดิม ขาดการสื่อสารกัน แยกห้องนอน อยู่คนละชั้น ต่างคนต่างอยู่ไม่โทรศัพท์หากัน ไม่กินข้าวกันแม้จะอยู่บ้านหลังเดียวกันและมีโอกาสพบปะกันก็ตาม ไม่ได้พิจารณา subjective test ที่พิจารณาเพียงว่าเป็นการแยกกันอยู่ทางกายภาพเท่านั้น

ผลของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันของสามีหรือภริยาในลักษณะที่ขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาตามแนวทางในคดี *Falk* และ *Pavey* ส่งผลให้คู่สมรสสามารถฟ้องหย่าคู่สมรสอีกฝ่ายได้ และอาจใช้เป็นแนวทางของศาลไทยที่จะพัฒนาการตีความประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) ได้ชัดเจนว่า การแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุข ไม่ได้พิจารณาเฉพาะทางกายภาพ แต่ต้องพิจารณาองค์ประกอบของการใช้ชีวิตภายใต้หลังคาเดียวกันของสามีภริยา ความสัมพันธ์ทางเพศ การปกป้องซึ่งกันและกัน การอุปการะและเลี้ยงดูบุตรของคู่สมรส และการเป็นที่ยอมรับทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนตัวของคู่สมรส โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและถาวร

⁷³H. A. Finlay, op. cit.: 387.

3. การสมัครใจแยกกันอยู่นั้นไม่ได้พิจารณาเฉพาะเรื่องของการร่วมหลับนอนเพียงอย่างเดียว ซึ่งเทียบเคียงได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 882/2518 "...การที่สามีภริยาไม่ได้หลับนอนร่วมเพศกัน แต่อยู่คนละบ้านในบริเวณเดียวกัน ไม่เป็นการทิ้งร้างกัน..." สอดคล้องกับที่ศาลประเทศออสเตรเลียวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาคดี *Caretti* แสดงให้เห็นว่า การมีเพศสัมพันธ์ของสามีภริยาไม่ได้เป็นองค์ประกอบสำคัญของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน⁷⁴ แต่คดี *Caretti* ประเด็นสำคัญอยู่ที่การแยกกันอยู่แบบคนละห้องของสามีภริยา หากกลับมาหลับนอนเตียงเดียวกัน ยังไม่ถือเป็นการแยกกันอยู่ แม้อยู่บ้านเดียวกันก็ตาม

4. พฤติการณ์ที่จะถือว่าสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่นั้น จะต้องมีข้อเท็จจริงฟังได้ว่า สามีและภริยาต่างมีเจตนาตรงกันคือไม่ประสงค์จะใช้ชีวิตคู่อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามีลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือินตินัย การแยกกันอยู่จะต้องแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและถาวรตามคำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560 ดังนั้น การที่สามีและภริยาไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อการทั้งด้านการใช้ชีวิตคู่สมรสและไม่มีความสัมพันธ์ต่อกันแล้ว ต่างคนต่างอยู่แม้จะอยู่บ้านหลังเดียวกัน ก็น่าจะเป็นลักษณะขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว

5. การนับระยะเวลาของการแยกกันอยู่จะต้องมีระยะเวลาเกิน 3 ปี ติดต่อกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) แต่พระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) กำหนดไว้เพียง 12 เดือน และมีข้อสังเกตของการนับระยะเวลาจากคำพิพากษาคดี *Todd (No. 2)* จะเห็นได้ว่า ศาลครอบครัวประเทศออสเตรเลียพิจารณาถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน เกี่ยวกับเรื่องของระยะเวลาในการแยกกันอยู่ก่อนฟ้องติดต่อกันไม่น้อยกว่า 12 เดือน ตามมาตรา 48 (2) และ มาตรา 49 (2) ตามคดีนี้ในวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ.1974 ถึงวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 นั้น นาง Todd ออกจากบ้านไป และระหว่างวันที่ 21 เมษายน ค.ศ.1975 จนกระทั่งวันที่ 5 มกราคม ค.ศ.1976 นาง Todd กับนาย Todd อยู่ด้วยกันในบ้านเดียวกัน โดยการนับระยะเวลาสามารถนับรวมกันในระหว่างที่คู่สมรสอยู่คนละบ้านและอยู่บ้านเดียวกันได้ แต่จะต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของสามีและภริยาว่ามีการแตกสลายในการสมรสแล้วหรือไม่ และคู่สมรสฝ่ายเดียวหรือทั้งสองฝ่ายที่จะตัดความสัมพันธ์การสมรส และมีการกระทำตามเจตนานั้น แต่การตีความเรื่องระยะเวลา ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (4/2) ผู้เขียนเห็นว่าระยะเวลาเกิน 3 ปี ติดต่อกัน เป็นเวลาที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากด้วยระยะเวลา 3 ปี ก็ย่อมเพียงพอที่จะให้ศาลวินิจฉัยได้ว่าคู่สมรสขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาแล้ว และการนับ

⁷⁴Frank Bates, op. cit.: 362.

ระยะเวลาของการแยกกันอยู่นั้นน่าจะสามารรถนับรวมกันได้ระหว่างที่อยู่บ้านเดียวกันหรืออยู่แยกบ้าน เพราะการแยกกันอยู่ไม่ได้พิจารณาถึงสถานที่พักอาศัยแต่พิจารณาสถานะความสัมพันธ์ฉันสามีภริยา ("separation really means a departure from the state of things rather than from a particular place") ตามที่ศาลในคดี *Falk* วินิจฉัยไว้

6. ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1461 กำหนดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาไว้ว่า สามีภริยาต้องอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยา แต่ก็เป็นการกำหนดไว้ในลักษณะที่ยืดหยุ่น เป็นเรื่องที่ศาลต้องคำนึงถึงสภาพการณ์ต่างๆ ทางด้านสังคม หน้าที่การงาน ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภริยามาพิจารณา⁷⁵ ผู้เขียนเห็นว่า การพิจารณาหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันในสภาพเศรษฐกิจและบริบทของสังคมไทยปัจจุบันนั้น คงปฏิเสธไม่ได้ว่าค่าครองชีพและค่าที่พักอาศัยสูงขึ้นกว่าในอดีต ส่งผลให้สามีหรือภริยาไม่อาจออกไปหาที่พักอาศัยใหม่ได้ จำเป็นต้องอยู่ในที่พักอาศัยเดียวกัน หรือบ้านที่อยู่อาศัยนั้นใกล้เคียงกับที่ทำงานประจำ หากย้ายออกไปก็จะต้องมีค่าใช้จ่ายในการเดินทาง ส่งผลให้เพิ่มเวลาและค่าเดินทาง อันเป็นปัญหาจากปัจจัยภายนอกที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ นอกจากเหตุผลทางด้านเศรษฐกิจแล้ว ในสังคมไทยย่อมต้องพิจารณาถึงเรื่องชีวิตของบุตรผู้เยาว์ การนับถือศาสนา อายุของคู่สมรสและบุตร วัฒนธรรมและภาษาของคู่สมรส⁷⁶ การตีความให้สามีหรือภริยาที่สมัครใจแยกกันอยู่ แต่ยังอยู่ในบ้านเดียวกัน แต่คนละชั้น คนละห้อง อยู่แบบขาดความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาให้เป็นเหตุหย่าตามมาตรา 1516 (4/2) โดยการสมัครใจแยกกันอยู่ต้องมีลักษณะแยกกันอยู่อย่างแท้จริงและแบบถาวร อันจะเป็นการตีความที่กว้างและเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจโดยคำนึงถึงสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันกับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไปและจะไม่ปิดช่องของผู้มีอรรถคดีที่มีข้อขัดข้องทางการเงินที่ไม่สามารถไปหาที่พักอาศัยใหม่ได้แต่ประสงค์สิ้นสุดการสมรสเพื่อเริ่มต้นชีวิตครอบครัวใหม่

7. การนำเสนอพยานหลักฐานของการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกัน ภายใต้มาตรา 1516 (4/2) นั้น โจทก์จะต้องแสดงให้เห็นว่า โจทก์และจำเลยในฐานะสามีและภริยาสมัครใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยาได้โดยปกติสุขตลอดมาเกินสามปี การสมัครใจแยกกันอยู่ไม่มีกฎหมายบังคับว่าต้องทำเป็นหนังสือ อาจตกลงด้วยวาจาได้ แต่จะต้องนำสืบถึงความสัมพันธ์ฉันสามีภริยาและพฤติการณ์ก่อนและหลังแยกกันอยู่ในบ้านเดียวกัน เมื่อนำแนวทางของประเทศออสเตรเลียที่ให้ข้อมูลแก่ศาลในข้อ 4.3.4 ที่แสดงถึงความสัมพันธ์ของสามีภริยาที่ยังคงอยู่อาศัยร่วมกันในบ้านเดียวกันประกอบการพิจารณา ข้อมูลดังกล่าวก็น่าจะมีน้ำหนักในการพิจารณาถึงลักษณะที่ขาด

⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 257/2545, โปรดดูหมายเหตุท้ายฎีกา.

⁷⁶ Kieran Mark Tranter, Lyndal Sleep and John E. Stannard, op. cit.: 726.

จากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและต่างฝ่ายต่างไม่มีปฏิสัมพันธ์ต่อกันทั้งในทางพฤตินัยหรือนิตินัยตามแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 4151/2560

8. หากคู่สมรสมีบุตรร่วมกันหรือมีทรัพย์สินหรือหนี้สินที่เป็นสินสมรสและต้องจัดการร่วมกันนั้น หากมีการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันแล้วใครจะเป็นผู้มีอำนาจปกครองหรือจะแบ่งทรัพย์สินกันอย่างไรเป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะต้องกล่าวกันต่อไปตามสิทธิของแต่ละฝ่ายที่พึงมีเมื่อมีการหย่าแล้ว

6. บทสรุป

บทความนี้ได้ศึกษาเหตุฟ้องหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ของสามีภรรยา โดยเปรียบเทียบเหตุฟ้องหย่าดังกล่าวของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) กับประเทศออสเตรเลีย ตามพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) แนวความคิด และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องแล้ว พบว่า หลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติกฎหมายครอบครัว ค.ศ.1975 มาตรา 48 (2) และมาตรา 49 (2) และคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องของศาลประเทศออสเตรเลียแล้ว อาจนำมาตีความให้เป็นเหตุหย่าของการสมรสใจแยกกันอยู่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1516 (4/2) โดยมีแนวทางของการพิจารณาถึงกรณีที่คู่สมรสสมรสใจแยกกันอยู่แต่ยังคงอยู่ภายในบ้านเดียวกัน หรือที่อยู่อาศัยเดียวกัน แต่ต่างฝ่ายต่างแยกกันอยู่ คนละห้อง คนละชั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป โดยคำนึงถึงลักษณะที่ขาดจากความสัมพันธ์ฉันสามีภรรยาโดยสิ้นเชิงและถาวร ประกอบฐานะทางเศรษฐกิจของสามีภรรยาที่แต่ละครอบครัวไม่เหมือนกันและบริบทของสังคมไทยมาพิจารณาควบคู่กัน เพื่อให้ศาลมีพัฒนาการตีความกรณีของการสมรสใจแยกกันอยู่ หากมีคดีที่มีข้อเท็จจริงคล้ายกันเกิดขึ้นในเหตุฟ้องหย่าที่ชัดเจนว่าการสมรสใจแยกกันอยู่เพราะเหตุที่ไม่อาจอยู่ร่วมกันฉันสามีภรรยาได้โดยปกติสุขนั้นรวมถึงหลักการแยกกันอยู่ภายใต้หลังคาเดียวกันด้วย

บรรณานุกรม

- จิตรพรต พัฒนสิน. กระบวนการร่างกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย (Parliamentary Counsel's Office): 5-28. [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=258,2563> (พฤษภาคม, 7).
- ชาติชาย อัครวิบูลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ธนิษฐา มุ่งดี. ภายใต้วาทกรรมครอบครัวในระบบกฎหมายไทย: กรณีศึกษาคำพิพากษา: 51-63. [Online]. Available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/5%e0%b8%98%e0%b8%99%e0%b8%b4%e0%b8%a9%e0%b8%90%e0%b8%b21.pdf>, 2563 (มีนาคม, 22).
- วัชชัย มิตรโกสม. “เหตุหย่า: ศึกษากรณีการจูงใจทั้งร่าง.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- นันทนัช สิมะโชคดี. “เหตุหย่าเพราะครอบครัวแตกร้าง: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประสพสุข บุญเดช. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ว่าด้วยครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เนติบัณฑิต, 2558.
- ประสพสุข บุญเดช. หลักกฎหมายครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- พชร สุขนันทวงศ์. “ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการหย่าตามมาตรา 1516 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ศึกษากรณีอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้ที่มีเพศเดียวกัน.” วารสารบัณฑิตศึกษามหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 7, 1 (สิงหาคม-พฤศจิกายน 2561): 476-488.
- พุทธะสอน บุญมีไข. “เหตุหย่าที่เกิดจากการกระทำความผิดของคู่สมรส: ศึกษากรณี “มีชู้” เปรียบเทียบระหว่างกฎหมายครอบครัวไทยและ ส.ป.ป. ลาว.” วชิยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557.
- ไพโรจน์ กัมพูศิริ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2546.
- มาดาลักษณ์ ออรุ่งโรจน์ และคณะ. โครงการวิจัยเพื่อการเพิ่มประสิทธิภาพของศาลเยาวชนและครอบครัวในการพิจารณาคดีฟ้องหย่าและการดูแลบุตร. สถาบันวิจัยรพีพัฒนศักดิ์ สำนักงานศาลยุติธรรม, 2557.

ริญญาภัทร์ณ สงขลา. **ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย:**

384-405. [Online]. Available URL: <https://www.law.cmu.ac.th/lasc/conference/wp-content/uploads/sites/2/2017/09/27%e0%b8%a3%e0%b8%b4%e0%b8%8d%e0%b8%8d%e0%b8%b2%e0%b8%a0%e0%b8%b1%e0%b8%97%e0%b8%a3%e0%b9%8c.pdf>, 2563 (พฤษภาคม, 7).

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตรา ของ รัฐธรรมนูญ 2560** [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/draftconstitution2/download/article/article_20191021103453.pdf, 2563 (มีนาคม, 22).

Bates, Frank. “The law, sexual behaviour and a no fault divorce system: the Australian experience.” **The Comparative and International Law Journal of Southern Africa** 17, 3 (1984): 358-379.

Cornell Law School. **In the marriage of TODD (No. 2)** [Online]. Available URL: [https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_\(no._2\)](https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_todd_(no._2)), 2020 (April, 1).

_____. **In the Marriage of Pavey** [Online]. Available URL: https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/in_the_marriage_of_pavey, 2020 (April, 1).

Family Court of Australia. **Separated, but living under one roof?** [Online]. Available URL: http://www.familycourt.gov.au/wps/wcm/connect/057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6/FSDIVSEP_0313+V2.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE-057c1a57-1092-4475-ae7c-a9386cff02e6-LLd2SAs, 2020 (April, 1).

Family Law Act 1975.

Federal Register of Legislation. **Family Law Act 1975** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00182>, 2020 (March, 23).

_____. **Matrimonial Causes Act 1959** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C1959A00104>, 2020 (March, 25).

Finlay, H. A. “The Grounds for Divorce: The Australian Experience.” **Oxford Journal of Legal Studies** 6, 3 (1986): 368-391.

Hall, Joyce C. **Sources of Family Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.

- Hooton, Amanda. **‘I moved out of our bedroom, my ex wouldn’t’: separated couples living together** [Online]. Available URL: <https://www.theadvocate.com.au/story/5235322/i-moved-out-of-our-bedroom-my-ex-wouldnt-separated-couples-living-together/>, 2020 (April, 2).
- In the Marriage of Caretti (1977) FLC 90-270.
- In the Marriage of Falk (1977) 29 FLR 463.
- Kirkpatrick, Graham. “Incompatibility as a Ground for Divorce.” **Marquette Law Review** 47 (1964): 453-464, 453.
- Lawton, Melissa. “The Constitutionality of Covenant Marriage Laws.” **Fordham Law Review** 66 (1998): 2471-2516, 2480-2481.
- Legal Aid NSW. **Who we are** [Online]. Available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/about-us/who-we-are>, 2020 (April, 2).
- _____. **Divorce factsheet 3 – Separation under the same roof** [Online]. Available URL: <https://www.legalaid.nsw.gov.au/get-legal-help/factsheets-and-resources/divorce-factsheet-3-separation-under-the-same-roof>, 2020 (April, 2).
- Livmore, Maree. **Family law handbook**. 3rd ed. Pyrmont, N.S.W.: Thomson Reuters (Professional) Australia, 2012.
- Matrimonial Causes Act 1959.
- “Matrimonial Causes.” **Adelaide Law Review** 2, 2 (1964): 237-242.
- Parliament of Australia. **Part V - Powers of the Parliament** [Online]. Available URL: https://www.aph.gov.au/about_parliament/senate/powers_practice_n_procedures/~/_link.aspx?_id=AFF6CA564BC3465AA325E73053DED4AA&_z=z#chapter-01_part-05_51, 2020 (March, 23).
- Pulford v. Pulford [1923] P.D.A. Division P. 18.
- Rivlin, Ram. “The Right to Divorce: Its Direction, and Why It Matters.” **International Journal of the Jurisprudence of the Family** 4 (2013): 133-157.
- Rodgers, Joe. “The Effect of No-Fault Divorce Law on the Divorce Rate Across the 50 States and Its Relation to Income, Education and Religiosity.” **Journal of Marriage and Family** 57, 2 (1995): 477-488.
- Services Australia. **Centrelink** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/centrelink>, 2020 (April, 2).

- Social Security Guide. **2.2.5.30 Determining Separation Under One Roof** [Online]. Available URL: <https://guides.dss.gov.au/guide-social-security-law/2/2/5/30>, 2020 (April, 2).
- Services Australia. **Relationship details - Separated under one roof form (SS293)** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/individuals/forms/ss293>, 2020 (April, 2).
- _____. **Relationship details Separated under one roof** [Online]. Available URL: <https://www.servicesaustralia.gov.au/sites/default/files/ss293-1907en.pdf>, 2020 (April, 2).
- Sosna v. Iowa, 419 U.S. 393, 419-20 (1975).
- Swisher, Peter Nash. “Marriage and Some Troubling Issues with No-Fault Divorce.” **Regent University Law Review** 17 (2005): 243-259.
- Tranter, Kieran Mark. Lyndal Sleep and John E. Stannard. “The Cohabitation Rule: Indeterminacy and Oppression in Australian Social Security Law.” **Melbourne University Law Review** 32, 2 (2008): 698-738.
- Universal Declaration of Human Rights.
- Wolters Kluwer. **In the marriage of TODD, R.W. and TODD, Y.D. (No. 2) (1976) FLC 90-008, Family Court of Australia, 12 March 1976** [Online]. Available URL: <https://pinpoint.cch.com.au/document/legauUio598043sl18926238/in-the-marriage-of-todd-r-w-and-todd-y-d-no-2>, 2020 (April, 1).

พัฒนาการเทคโนโลยีทางพาณิชยนาวิ:
ความท้าทายทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์
ต่อการใช้งานเรือไร้คนขับ

ดร.ณัชชา สุขะวันกุล
ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน

**พัฒนาการเทคโนโลยีทางพาณิชย์นาวี:
ความท้าทายทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์ต่อการใช้งานเรือไร้คนขับ**
**The Development of Latest Maritime Technologies:
The Legal and Economic Challenges of Unmanned Maritime Vehicle**

ดร.ณัชชา สุขะวัธนกุล*

Dr.Nutcha Sukhawattanakun

ดร.ภาณุพงศ์ เฉลิมสิน**

Dr.Panupong Chalermisin

บทคัดย่อ

ท่ามกลางพัฒนาการของระบบเศรษฐกิจ การเงิน และเทคโนโลยีในยุคโลกาภิวัตน์เช่นในปัจจุบัน จุดประกายวัตถุประสงค์ในการเรียบเรียงบทความฉบับนี้ขึ้น เพื่อนำเสนอองค์ความรู้พื้นฐานและแนะนำให้ผู้อ่านได้รู้จักกับระบบยานทางน้ำไร้คนขับหรือเป็นที่รู้จักในชื่อ Unmanned Maritime Systems (UMSs) ซึ่งได้มุ่งเน้นถึงความสำคัญของเทคโนโลยีประเภทไร้คนขับ ข้อบังคับทางกฎหมายและทิศทางทางเศรษฐกิจและช่วยตีกรอบพัฒนาการและการใช้งานของเทคโนโลยี

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตหาดใหญ่; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, Ph.D. in International Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco. E-mail: Nutcha_1990@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Prince of Songkla University, Hat Yai Campus; LL.B. at Chulalongkorn University, LL.M. in United State Legal Study at Golden Gate University of San Francisco, Ph.D. in International Legal Studies at Golden Gate University of San Francisco, USA.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตหาดใหญ่; น.บ. มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, LL.M. in United State Legal Study, Golden Gate University of San Francisco, Ph.D. in International Legal Studies, Golden Gate University of San Francisco. E-mail: Panupong.ch@psu.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Prince of Songkla University, Hat Yai Campus; LL.B. at Assumption University, LL.M. in United State Legal Study at Golden Gate University of San Francisco, Ph.D. in International Legal Studies at Golden Gate University of San Francisco, USA.

วันที่รับบทความ (received) 23 เมษายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2563.

ชนิดนี้ ในขณะที่กฎหมายและแนวนโยบายทางเศรษฐกิจที่ออกมาบังคับใช้อย่างเป็นทางการยังคงตอบโจทย์เฉพาะต่อการใช้นานพาหนะทางอากาศและทางบกแบบไร้คนขับ แม้ว่าจะมีความพยายามนำมาประยุกต์ใช้กับยานทางน้ำไร้คนขับแต่เนื่องจากเป็นเทคโนโลยีที่ใหม่มากจึงยังไม่ครอบคลุมถึงการใช้งานเทคโนโลยีชนิดนี้อย่างเต็มรูปแบบในปัจจุบันนี้ UMS ยังถือว่าเป็นประเด็นที่ยากแก่การทำความเข้าใจในเชิงการนำกฎหมายและหลักเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้

ส่วนที่สองของบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงจุดยืนในโลกของเทคโนโลยี UMS รวมถึงพิจารณาสถานะทางกฎหมายของอุปกรณ์ชนิดนี้โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล United Nations Convention on the Law Of the Sea (UNCLOS) ในระดับสากล รวมถึงกฎหมายและข้อบังคับการใช้งานเทคโนโลยีชนิดนี้ภายใต้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ แต่ละภูมิภาค ซึ่งยังไม่อาจสรุปได้อย่างชัดเจนว่า UMSs มีสถานะทางกฎหมายเป็นเรือภายใต้ UNCLOS หรือให้คำจำกัดความได้ว่า UMSs จะถูกจัดประเภทให้เป็นเรือรบหรืออุปกรณ์ทางทหารหรือไม่ อย่างไรก็ตามการใช้งานของ UMSs ในกิจการทางทะเลประเภทต่างๆ โดยชอบด้วยกฎหมายยังคงต้องอาศัยการตีความและการพิจารณาบริบททางเทคโนโลยีประกอบเข้าด้วย

ในปัจจุบันนี้ตลาดที่เปิดรับระบบยานทางน้ำไร้คนขับกำลังเติบโตอย่างสูง โดยมีความคาดหวังของนานาประเทศซึ่งเป็นมหาอำนาจทางกิจการพาณิชย์นาวี (Maritime Nation) รวมถึงประเทศซึ่งได้จับตามองและคาดการณ์ถึงผลจากการลงทุนในเทคโนโลยีอัจฉริยะชนิดนี้ต่อความเปลี่ยนแปลงในวงการการขนส่งทางน้ำและกิจการทางทะเลประเภทอื่นๆ ในช่วงสามปีผ่านมามีการคาดการณ์ว่าจะมีการเติบโตของบริษัทที่ได้เข้ามาลงทุนผลิตอุปกรณ์ที่ใช้สร้างยานทางน้ำไร้คนขับ ความเติบโตทางเทคโนโลยีนี้ผลักดันให้ความจำเป็นในการพัฒนากฎหมายและนโยบายทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้องเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้

งานเขียนทางวิชาการชิ้นนี้ ผู้เขียนมีความตั้งใจจะถ่ายทอดเรื่องราวของเทคโนโลยีระบบยานทางน้ำไร้คนขับที่กำลังเข้ามามีพื้นที่ในท้องตลาดผ่านมุมมองทางกฎหมายและเศรษฐศาสตร์เพื่อส่งเสริมการ บูรณาการศาสตร์แห่งสังคมวิชาการเข้ากับองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี นอกจากนี้การใช้งานเทคโนโลยียานทางน้ำไร้คนขับไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะภายในน่านน้ำแต่ละประเทศเท่านั้น การเดินเรือเป็นกิจกรรมระหว่างประเทศซึ่งเกี่ยวพันกับหลายรัฐร่วมกัน การสร้างเสถียรภาพให้แก่ทบทบัญญัติทางกฎหมายระหว่างประเทศและนโยบายที่เกี่ยวข้องทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในประเด็นดังกล่าว จึงเป็นสิ่งจำเป็นเร่งด่วนซึ่งผู้มีส่วนได้เสียแต่ละฝ่ายต้องประสานความร่วมมือกันสร้างสรรค์ออกมาอย่างเป็นรูปธรรม

คำสำคัญ: เรือไร้คนขับ, ความท้าทายทางกฎหมาย, นโยบายทางเศรษฐศาสตร์

Abstract

In the reign of monetary, globalization and technology, the aim of this narrative paper is to present the fundamental knowledge on the development of Unmanned Maritime Systems (UMSs) focusing on the application of the device and its legal manuscript to help frame the development and the use of this technology. While much of the regulative discussion concerning the use of unmanned aerial and land-based devices are applied similarly to those operated on or under water, the law is not fully covered. UMS have brought unique challenges in understanding the enforcement of existing law and economical organ.

The later part of this article summarizes the concern of technological status of the artificial device, the legal status of UMSs, particularly under the UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), and the regulations of their use under the domestic or regional law related to naval operation. It is not yet apparently clarified whether the UMSs have a definition of ships under UNCLOS and even if they do, it is unlikely that they are able to be classified as the vessel with the active legal status. Meanwhile, the application of this technology is not necessarily precluded in either peacetime or armed conflict under the aspect of naval force or maritime operation.

Currently, the unmanned maritime vehicle market is growing rapidly with the expectations of many countries, especially the Maritime Nation which had forecasted on investments toward autonomous, robotic platforms that operated in the water and sea area. In the past 3 years, the revenue of leading maritime equipment companies which earnestly invested in the autonomous domain is forecasted to be positively grown. The steering force of the state policies, legal concepts and the economic impacts caused by progressing this technology is unquestionable.

The goal of this academic work is to pass on the idea of unmanned maritime technology which is gaining more tentative in the market under legal and economical aspect, along with implementing the integration the knowledge of social science and the expertise of technology. Further, stabilized the international regulation and world policy on legal and economical dimension regarding the application of this technology is urgently needed beyond the expectation of the stake holders.

Keywords: unmanned maritime vehicles, legal challenge, economical policy

1. บทนำ

นับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันโลกมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ด้วยเหตุผลที่ว่ามนุษย์พยายามพัฒนาและท้าทายขีดความสามารถของตนเพื่อให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ตลอดจนสร้างระบบและเทคโนโลยีต่างๆ เพื่อให้สามารถใช้เวลาที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด เช่น การผลิตเครื่องทอผ้า การผลิตเครื่องจักรไอน้ำ หรือแม้แต่การคิดค้นรถและเรือที่สามารถขับเคลื่อนด้วยเครื่องจักร¹ นับเป็นเวลากว่า 213 ปี ที่เรือ "เคลอรัมอนท์" (Clermont) ซึ่งเป็นเรือกลไฟลำแรกของโลก² ได้แล่นจากนครนิวยอร์ก (New York) ไปยังนครแอลบานี (Albany) ตามแม่น้ำฮัดสัน (Hudson River) ได้สำเร็จโดยใช้เวลา 20 ชั่วโมง³ ปรากฏการณ์นี้ถือว่าเป็นจุดเริ่มต้นของการสร้างเรือจักรกลและการพัฒนาระบบพาณิชยนาวีให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่ถูกสร้างสรรค์โดยฝีมือมนุษย์ยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง จึงได้มีการนำเอากลไกและระบบต่างๆ มาใช้ประโยชน์กับสิ่งที่อยู่ในชีวิตประจำวัน หนึ่งในนั้นคือเรือหรือยานทางน้ำ เทคโนโลยีได้เข้ามามีบทบาทต่ออุปกรณ์หรือยานพาหนะชนิดนี้มากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประยุกต์อย่างต่อเนื่องในการใช้เทคโนโลยียานทางน้ำให้มีประสิทธิภาพ จนถึงปัจจุบันนี้ได้มีการใช้เทคโนโลยีเพื่อขับเคลื่อนยานทางน้ำแทนการควบคุมจากมนุษย์หรือที่เรียกว่าระบบยานทางน้ำไร้คนขับ Unmanned Maritime Systems: UMSs) ไม่ว่าจะโดยระบบอัตโนมัติ (Autonomous) หรือโดยระบบหุ่นยนต์ (Robotic System)

ยานทางน้ำไร้คนขับกำลังได้รับความสนใจเพิ่มมากขึ้นในวงการธุรกิจทางทะเลและกิจกรรมพาณิชยนาวี⁴ เนื่องจากผลการวิจัยระบุว่าการใช้ยานทางน้ำไร้คนขับหรือเรือที่ควบคุมทางไกลโดยคนสามารถลดค่าใช้จ่ายลงได้ถึงร้อยละ 60 และสามารถลดต้นทุนค่าแรง (แรงงานคน) ได้กว่าร้อยละ 90 อีกทั้งลดต้นทุนในส่วนของที่פקอาศัยของพนักงานบนเรือสามารถทำให้ประหยัดน้ำมันเชื้อเพลิงได้มากถึงร้อยละ 66 และยังสามารถลดต้นทุนค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างที่פקเหล่านั้นลงอีกร้อยละ 5 ส่งผลให้

¹Robert Longley. *Biography of Robert Fulton, Inventor of the Steamboat* [Online], available URL: <https://www.thoughtco.com/robert-fulton-steamboat-4075444>, 2020 (April, 10).

²Sutcliffe Alice Crary, *Robert Fulton and The Clermont* (Michigan: The Century Co., 1909), pp. 138-140.

³Donald L. Canney, *The Old Steam Navy, Volume One: Frigates, Sloops, and Gunboats 1815-1885* (Annapolis: Naval Institute Press, 1990), p. 91.

⁴Hellenic shipping news, *The Good, the Bad and the Ugly: Unmanned Ships* [Online], available URL: <https://www.hellenicshippingnews.com/the-good-the-bad-and-the-ugly-unmanned-ships/>, 2020 (March, 27).

เรือมีพื้นที่เก็บสัมภาระให้มากขึ้นการเกิดขึ้นของเทคโนโลยียานไร้คนขับทำให้การเดินทางเรือเพื่อกิจกรรมพาณิชย์นาวีประเภทต่างๆ นั้นมีต้นทุนที่ลดลงและได้พื้นที่ระวางเรือเพิ่มมากขึ้นในการปฏิบัติงานและเพิ่มกำไรในธุรกิจการเดินทางเรือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันมีสถานการณ์เกี่ยวกับการระบาดของเชื้อไวรัส COVID-19 ส่งผลให้ธุรกิจพาณิชย์นาวีและการขนส่งสินค้าอาจต้องมีการชะลอตัว ยานทางน้ำไร้คนขับเหล่านี้จึงถือเป็นหนึ่งในทางออกสำหรับปัญหาดังกล่าวและเป็นโอกาสที่ดีที่จะนำ ยานทางน้ำไร้คนขับมาเริ่มใช้กับธุรกิจทางทะเล

ย้อนกลับไปในยุคเริ่มต้นแห่งการพัฒนาทางน้ำไร้คนขับ เริ่มมีขึ้นครั้งแรกในช่วงปี ค.ศ.1993 ณ The MIT Sea Grant College Program ประเทศสหรัฐอเมริกา⁵ ยานทางน้ำไร้คนขับเครื่องแรกมีชื่อเรียกว่า “ARTEMIS” และถูกสร้างขึ้นมาในรูปแบบอุปกรณ์สำรวจผิวน้ำอัตโนมัติ Autonomous Surface Craft (ASCs) สามารถใช้งานได้หลายวัตถุประสงค์ ยานทางน้ำไร้คนขับลำดังกล่าวมีขนาดที่จำลองมาจากเรืออวนจับปลาและมีความสามารถในการเดินทางและระบบการควบคุมโดยระบบอัตโนมัติ (Autonomous) ซึ่งได้ถูกนำมาใช้เพื่อเก็บข้อมูลความลึกของท้องน้ำที่แม่น้ำ Charles เมือง Boston รัฐ Massachusetts

ทั้งนี้ยานทางน้ำไร้คนขับ “ARTEMIS” มีข้อจำกัดในเรื่องขนาดที่เล็กและความทนทานต่อแรงดันน้ำทะเล จึงเกิดแรงผลักดันในการพัฒนาต่อไปเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว จุดเริ่มต้นการพัฒนาทางน้ำไร้คนขับครั้งนี้ได้นำมาสู่การสร้างนวัตกรรมที่จะเปลี่ยนแปลงการเดินทางเรือของโลกในเวลาต่อมา ยานทางน้ำไร้คนขับนี้ได้ถูกพัฒนามาอย่างต่อเนื่องในหลายภูมิภาคทั่วโลกในเวลาใกล้เคียงกัน เทคโนโลยีดังกล่าวถูกสร้างสรรค์ขึ้นเพื่อตอบสนองการใช้งานหลากหลายวัตถุประสงค์ และเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในกิจกรรมทางทะเล อาทิเช่น การศึกษาระบบนิเวศในท้องทะเล การทหาร และธุรกิจพาณิชย์นาวี⁶

ในส่วนของประเทศไทยนั้นปรากฏข้อมูลว่า มีการเริ่มพัฒนา UMV (Unmanned Maritime Vehicle) ครั้งแรกในปี ค.ศ.1999 โดยโครงการความร่วมมือระหว่างภาควิชาวิศวกรรมการบินและอวกาศ คณะวิศวกรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ร่วมกับสำนักงานวิจัยและพัฒนาการทางทหาร กองทัพเรือ ในครั้งนี้ UMV ได้ถูกพัฒนาการใช้งานในรูปแบบของยานใต้น้ำไร้คนขับ⁷ เพื่อเป็นเป้าฝึก

⁵Justin E. Manley, *Unmanned Surface Vehicles, 15 Years of Development* [Online], available URL: <https://www.ieeeoes.org/history/080515-175.pdf>, 2020 (March, 27).

⁶Thomas W. Vaneck and others, “Automated Bathymetry using an Autonomous Surface Craft,” *Journal of the Institute of Navigation* 43 (1996): 407-417.

⁷หน่วยทะเบียนและประเมินผลการศึกษา, งานบริการการศึกษา, คณะวิศวกรรมศาสตร์, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, เป้าฝึกปราบเรือดำน้ำ: ยานใต้น้ำไร้คนขับ [Online], available URL: <http://admission.eng.ku.ac.th/highlights/uuv>, 2563 (มีนาคม, 25).

(Mobile Target) และได้มีการพัฒนาสำเร็จในปี 2010 จนถึงปัจจุบันนี้ระบบ UMV ในประเทศไทย ได้ถูกนำมาใช้ประโยชน์หลายด้าน อาทิเช่น การสำรวจความเปลี่ยนแปลงทางสิ่งแวดล้อม⁸ ทั้งนี้ แนวโน้มการส่งเสริมเทคโนโลยีชนิดนี้จากภาครัฐในการลงทุนธุรกิจ UMV ถูกกำหนดนโยบายออกมา ในด้านอุตสาหกรรมป้องกันประเทศ ตามประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน⁹

ปัจจุบันโครงการวิจัยและการค้นคว้าที่เกี่ยวกับระบบยานทางน้ำไร้คนขับ Unmanned Maritime Systems (UMSs) ได้รับความสนใจมากยิ่งขึ้น ประกอบกับราคาที่สมเหตุสมผลซึ่งเป็นการเพิ่มโอกาสให้แก่ศูนย์วิจัย นักวิชาการ รวมถึงผู้พัฒนากฎหมายและนโยบายต่างๆ ที่จะทำให้การศึกษา เปรียบเทียบวิธีการทำงานของระบบเทคโนโลยีชนิดนี้ รวมทั้งการวิเคราะห์แนวโน้มทางการตลาดและประยุกต์ข้อกฎหมาย บทบัญญัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับการใช้งานยานทางน้ำไร้คนขับอย่างปลอดภัย มีประสิทธิภาพและอยู่บนบรรทัดฐานเดียวกันทั่วโลก บทความนี้อธิบายถึงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและการพัฒนากฎหมายของยานทางน้ำไร้คนขับ เช่น แนวทางกฎหมายเพื่อความปลอดภัยของการใช้งานระบบยานทางน้ำไร้คนขับ (UMS) ความรับผิดชอบของผู้ใช้งาน ผู้ควบคุมยานไร้คนขับ การกำหนดบทนิยาม และความหมายของยานไร้คนขับเพื่อต่อยอดการสร้างแนวนโยบายในการลงทุนต่อเทคโนโลยีชนิดนี้เป็นต้น¹⁰

2. กฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับระบบยานทางน้ำไร้คนขับ (Existing Law Related to Unmanned Maritime System)

อนุสัญญาว่าด้วยกฎข้อบังคับระหว่างประเทศเพื่อป้องกันเรือโดนกันในทะเล (Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea 1972: COLREG)¹¹

⁸บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน), กรณีตัวอย่างด้านความหลากหลายทางชีวภาพ “การพัฒนาขีปนาวุธใต้น้ำควบคุมระยะไกล (Remotely Operated Vehicle: ROV) สำหรับใช้ในการสำรวจ” และ “โครงการสำรวจและฝึกอบรมทางทะเล” [Online], available URL: <http://www.pttep.com/th/Sustainabledevelopment/Showcases/Biodiversityshowcase2.aspx>, 2563 (มีนาคม, 25).

⁹ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ที่ ส. 2/2561 เรื่อง การให้การส่งเสริมการลงทุนอุตสาหกรรมป้องกันประเทศ พ.ศ.2561.

¹⁰Autonomous Undersea Vehicle Applications Center, **Carbon Wave Glider** [Online], available URL: <https://auvac.org/newsitems/category/39>, 2020 (March, 24).

¹¹Jeonghong Park and others, “Development of an Unmanned Surface Vehicle System for the 2014 Maritime RobotX Challenge,” **Journal of Field Robotics** 34, 4 (June 2017): 644-665.

กำหนดโดยองค์การทางทะเลระหว่างประเทศ มีข้อกำหนดที่เรือเดินทะเลทุกลำจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดและต่อเนื่อง เพื่อลดหรือขจัดความเสี่ยงการเกิดข้อพิพาท ข้อบังคับที่กล่าวไปข้างต้นเป็นกฎข้อบังคับสากลที่สำคัญสำหรับการวางแผนการเดินทางเรือ

ระบบการเดินทางของยานไร้คนขับทางน้ำโดยปกติจะมีการวางแผนและมีการป้อนข้อมูลคำสั่งล่วงหน้าให้กับระบบเครื่องยนต์ขับเคลื่อนอัตโนมัติ (Autopilot) ในกรณีที่มิใช่กัปตันเป็นคนขับเรือก็ควรปฏิบัติอยู่บนกฎข้อบังคับและมาตรฐานสากลเดียวกัน เพื่อให้สามารถขับเคลื่อนอุปกรณ์เหล่านั้นได้อย่างปลอดภัย การปฏิบัติตามข้อบังคับข้างต้นจำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับข้อมูลเส้นทางการเดินเรือ (waypoint) ซึ่งสามารถนำข้อมูลดังกล่าวไปวิเคราะห์เส้นทางการเดินเรือ เพื่อให้ตอบโจทย์ปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์ได้ ทั้งนี้ เครื่องยนต์ขับเคลื่อนอัตโนมัติ (Autopilot) จะถูกนำมาใช้กับการเดินทางของยานไร้คนขับทางน้ำเพื่อช่วยให้เดินเรือในเส้นทางที่กำหนดอย่างแม่นยำและสอดคล้องกับบทบัญญัติของ COLREG

การพัฒนากระบวนการกฎหมายและระบบเศรษฐกิจเพื่อรองรับเทคโนโลยียานทางน้ำไร้คนขับเป็นการส่งเสริมการเดินทางและการขนส่งทางทะเล รวมถึงกิจกรรมทางน้ำประเภทอื่นๆ ในอีกทางหนึ่งซึ่งจะทำให้เกิดระบบการเฝ้าระวังการดำเนินงานทางทะเลที่ชาญฉลาดด้วยการใช้ระบบอัจฉริยะ อาทิเช่น การนำหุ่นยนต์ AI เข้ามาดำเนินการ¹² ทั้งนี้ ทรานสปอนเดอร์ออนบอร์ด (On-board transponders) ซึ่งถูกใช้สำหรับการตรวจจับการโดนกันและกลไกการหลีกเลี่ยงของเรือไร้คนขับ¹³ จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกลไกทางกฎหมายและนโยบายเพื่อให้ผู้ประกอบการ ผู้ควบคุมเครื่องมือผู้ออกนโยบายและนักกฎหมายรวมถึงผู้บริโภคซึ่งยังต้องพึ่งพาเทคโนโลยีนี้ได้พิจารณา

เมื่อต้นปีที่ผ่านมาผู้ประกอบการหลายรายได้ริเริ่มค้นคว้าและวิจัยยานอัตโนมัติทางทะเลที่สามารถปฏิบัติการร่วมกันได้ทั้งแบบมีคนขับและไร้คนขับ องค์ประกอบสำคัญที่จำเป็นต้องได้รับการพัฒนาและปรับปรุงอย่างเหมาะสมคือ โครงสร้างนโยบายทางเศรษฐกิจและการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนความท้าทายทางกฎหมายและเศรษฐกิจสำหรับการใช้ยานแบบไร้คนขับและการควบคุมจากระยะไกล คือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ใกล้เคียงหรือแนวทางเศรษฐกิจที่มีบังคับใช้อยู่เหมาะสมแล้วหรือไม่ จำเป็นต้องมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีที่ก้าวกระโดดและเป็นสิ่งแปลกใหม่ในครั้งนี้อาจจะต้องออกบัญญัติทางกฎหมายใดเพื่ออุดช่องว่างของปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นหรือไม่

¹² Jeonghong Park and others, Ibid.

¹³ Ibid.

3. นิยามและสถานะทางกฎหมายของระบบการขับเคลื่อนยานไร้คนขับ (Unmanned Maritime Vessel- ship and autonomy)

3.1 ยานทางน้ำไร้คนขับกับสถานะการเป็นเรือภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law)

ในขณะนี้แม้สถานะทางกฎหมาย (Legal Status) ของยานทางน้ำไร้คนขับจะไม่ชัดเจนเท่าใดนักภายใต้กรอบกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งแตกต่างจากการให้นิยามของอากาศยานไร้คนขับ (Unmanned Aerial Vehicle: UAV) ที่ได้รับรองสถานะไว้ตามกฎหมายภายในประเทศและระหว่างประเทศ ส่งผลให้เกิดความคลุมเครือในคำนิยามสองคำซึ่งถูกตีกรอบไว้ให้อาจใช้กับยานไร้คนขับ กล่าวคือ "เรือ (Ship)" หรือ "พาหนะ (Vessel)" ยานทางน้ำไร้คนขับจะถือว่าเป็นอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีรูปแบบใหม่ตามบทนิยามใดในส่วนนี้จะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของยานทางน้ำไร้คนขับ ซึ่งอาจมีได้แตกต่างกันขึ้นอยู่กับการถือเอาคำนิยามตามกฎหมายฉบับใด ทั้งนี้การกำหนดบทนิยามที่แตกต่างกันจะส่งผลให้การตีความทางกฎหมาย การกำหนดความรับผิดชอบหรือการอยู่ภายใต้บังคับของนโยบายทางเศรษฐกิจและบทบัญญัติทางกฎหมายระหว่างประเทศฉบับใดแตกต่างกันออกไป

การกำหนดสถานะของเรือ (ทั้ง Ship และ Vessel) ตามกฎหมายแต่ละฉบับ ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยที่นำมาพิจารณาปัญหาสถานะทางกฎหมายของยานทางน้ำไร้คนขับ สำหรับในนิยามทางทะเลแน่นอนว่าทั้งสองคำไม่ปรากฏความแตกต่างกัน อย่างเช่นในสนธิสัญญาและในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล (UNCLOS)¹⁴ ดังนั้น การอธิบายถึงคุณสมบัติของคำว่า "เรือ (Ship)" มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการมีสิทธิที่จะเดินเรือได้ตามข้อบังคับต่างๆ ซึ่งหากไม่มีคุณสมบัติของ "เรือ" ก็จะไม่อาจได้รับสิทธิต่างๆ อย่างการเป็นเรือ¹⁵ แม้จะพิจารณาถึงอนุสัญญาทางทะเลก็ไม่อาจจะระบุได้ว่ายานทางน้ำไร้คนขับมีคุณสมบัติหรือมีสถานะเป็นเรือ ในขณะนี้ก็ยังคงเป็นประเด็นที่ถกเถียงกันอยู่ถึงความเหมาะสมในการนำบทบัญญัติทางกฎหมายตาม UNCLOS มาใช้บังคับใช้กับยานทางน้ำไร้คนขับ

¹⁴United Nation Convention of the Law of the Sea, 1982.

¹⁵Michael N. Schmitt and David S. Goddard, *International law and the military use of unmanned maritime systems* [Online], available URL: <https://www.cambridgeOrg/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/international-law-and-the-military-use-of-unmannedmaritimesystems/82EE27C1585B68087886773315E6953D>, 2020 (April, 10).

นอกจากนี้องค์กรและอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ อาทิเช่น International Maritime Organization (IMO), International Convention for the Prevention of Pollution from Ships (MARPOL), International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), International Convention on Standards of Training, Certification and Watch keeping for Seafarers (STCW) ได้กล่าวถึงการใช้งานยานทางน้ำไร้คนขับในบริบทที่แตกต่างกันออกไป ทั้งเรือหรือพาหนะตามลักษณะการใช้งาน การสรุปความหมายที่ชัดเจนของยานทางน้ำไร้คนขับ จึงอาจทำได้จากการใช้แนวโน้มส่วนมากกว่าแต่ละองค์กรได้ให้นิยามไว้อย่างไร¹⁶

ตามข้อกำหนดของกองทัพเรือ ประเทศสหรัฐอเมริกา มิได้ให้นิยามคำว่า "เรือประติษฐ์ (Craft)" ไว้เป็นการเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาประกอบกับกฎหมายระหว่างประเทศ การที่กองทัพเรือ ประเทศสหรัฐอเมริกามีได้ให้คำจำกัดความของคำว่า "Craft" ไว้ อาจเพื่อการหลีกเลี่ยงสถานะที่แท้จริงของเรือดำน้ำไร้คนขับ (Unmanned Underwater Vessel: UUV) จะถือว่าเป็นคุณสมบัติเป็น เรือรบ (Warship) ซึ่งจะมีสิทธิทางกฎหมายโดยเฉพาะโดยที่มีความจงใจให้เรือดำน้ำไร้คนขับ มีสถานะเป็น "Craft" แทน ซึ่งทำให้มีประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปของยานทางน้ำไร้คนขับถึง "สิทธิในการเดินเรือผ่าน สิทธิที่จะได้รับเลือกให้ทำหน้าที่เรือสำคัญ รวมถึงสิทธิการอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ และการใช้สิทธิคุ้มสงคราม" เป็นต้น

ในทางตรงกันข้าม อนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันมลพิษทางทะเลจากมลพิษน้ำมัน (Convention for the Prevention of Pollution of the Sea by Oil, 1954) ได้มีการให้คำนิยามไว้อย่างครอบคลุมโดยมิได้มีการกำหนดลักษณะของเรือไว้เป็นการเฉพาะ "เรือเดินทะเลทุกประเภททุกชนิดรวมถึงยานลอยน้ำไม่ว่าจะขับเคลื่อนด้วยตนเองหรือถูกลากจูงโดยเรือลำอื่นเพื่อทำการเดินเรือทางทะเล"¹⁷ สิ่งใดที่ลอยอยู่ในทะเลแม้จะไม่ได้มีการเคลื่อนที่ก็ถือว่าเป็นเรือเช่นกัน ทั้งนี้ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลภาวะจากเรือ (International Convention for the Prevention of Pollution from Ships, 1973) ตีกรอบนิยามโดยสรุปคือ "เรือประเภทใดก็ตามที่ปฏิบัติการในสภาพแวดล้อมทางทะเลรวมถึงเรือไฮโดรฟอยล์ ยานพาหนะเบาแบบ เรือเบาแบบลอยน้ำ ยานลอยน้ำได้และแพลตฟอร์มที่ลอยน้ำได้"¹⁸ ในส่วนของพิธีสารลอนดอนว่าด้วยการป้องกันมลภาวะทางทะเลเนื่องจากการทิ้งวัสดุเหลือใช้และวัสดุอย่างอื่น (Protocol to the London Dumping Convention, 1996) ระบุว่า "เรือและเครื่องบิน หมายถึง ยานพาหนะทางน้ำ

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Michael N. Schmitt and David S. Goddard, op. cit.

¹⁸ Ibid.

หรือทางอากาศไม่ว่าชนิดใดก็ตาม”¹⁹ ซึ่งเป็นการกำหนดคำนิยามไว้ในลักษณะเดียวกันอย่างกว้างๆ จึงทำให้ครอบคลุมถึงยานทางน้ำไร้คนขับด้วย

จากแนวความคิดข้างต้นที่มีความแตกต่างกันเพราะคำนิยามย่อมถูกกำหนดมาให้สอดคล้องกับบริบทของกฎหมายแต่ละฉบับซึ่งมีวัตถุประสงค์แตกต่างกันออกไป เช่น อนุสัญญาอันเกี่ยวข้องกับมลพิษที่มีแนวทางที่ชัดเจน เนื่องจากมีวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายในการจำกัดมลพิษทางทะเลให้ได้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ เป็นต้น ในขณะที่เดียวกัน²⁰ อนุสัญญาว่าด้วยกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศเพื่อป้องกันเรือโดนกันในทะเล (COLREGs) มีจุดประสงค์เพื่อควบคุมการเดินเรือบนพื้นผิวน้ำ ดังนั้นจึงมิได้กล่าวถึงเรือดำน้ำไร้คนขับที่อยู่ใต้น้ำ (UUVs) และปฏิบัติการใต้ผิวน้ำเช่นกัน ดังนั้นเมื่อพิจารณาถึงการบังคับใช้บทนิยามของเรือภายใต้สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาต่างๆ กับ UMSs จึงต้องพิจารณาให้ถี่ถ้วน²¹

ในขณะที่เดียวกันยานทางน้ำไร้คนขับบางประเภทมีความสามารถขนส่งทั้งสินค้าและผู้โดยสารในทะเลได้ ซึ่งอาจถูกจัดอยู่ภายใต้ข้อบังคับและคำนิยามซึ่งอธิบายว่า เรือ คือ “ยานพาหนะทางน้ำทุกประเภท รวมถึงยานที่ไม่มีระวางขับทางน้ำ (non-displacement craft) และเครื่องบินที่ใช้เพื่อปฏิบัติการทางน้ำหรือสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการขนส่งทางน้ำ” COLREGs มีอีกวัตถุประสงค์สำคัญ คือการแบ่งแนวเขตจราจรซึ่งจะกำหนดแนวทางในเรื่องอัตราความเร็วของเรือที่ปลอดภัย ความเสี่ยงในการโดนกันของเรือและการควบคุมเรือที่ปฏิบัติงานอยู่ใกล้หรืออยู่ในแนวเขตจราจร เป็นต้น แต่สำหรับยานไร้คนขับบางประเภทอาจมีลักษณะการใช้งานที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับ COLREGs อย่างเรือดำน้ำไร้คนขับ เป็นต้น

อนึ่ง อนุสัญญาว่าด้วยเงื่อนไขการขึ้นทะเบียนเรือ (the Convention on Conditions for Registration of Ships) ระบุว่าเรื่อนั้นรวมถึง “เรือที่ขับเคลื่อนด้วยตนเองที่ใช้ในการค้าทางทะเลระหว่างประเทศเพื่อการขนส่งสินค้าและผู้โดยสารหรือทั้งสองอยู่”²² แต่ทั้งนี้ก็ได้หมายความว่าในกรณีของยานทางน้ำไร้คนขับอื่นที่ไม่ต้องบังคับตามอนุสัญญานี้ไปด้วย²³

¹⁹ H. P. Theophilus, *English Law and Equity Reports* (Great Britain: Little, Brown and Co., 1854), p. 25.

²⁰ Ibid.

²¹ Planet Communications, *Information Dissemination: Eureka! Wave Glider* [Online], available URL: https://www.planetcomm.com/PlanetComm_Liquid-Robotics-Wave-Glider_SV3-1, 2020 (March, 24).

²² H. P. Theophilus, op. cit.

²³ Michael N. Schmitt and David S. Goddard, op. cit.

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติตาม UNCLOS บทบัญญัตินี้มีความสำคัญในการวางรากฐานของธุรกิจพาณิชย์นาวีและกิจกรรมทางทะเลทุกประเภท แต่ยังไม่ปรากฏบทบัญญัติข้อใดที่ให้คำนิยามของยานทางน้ำไร้คนขับไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะ ดังนี้เมื่อพิจารณาเนื้อหาในบทบัญญัติเพื่อประกอบในการตีความคำว่า “เรือ” ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น นิยามที่ปรากฏในบทบัญญัติที่อาจนำมาตีความโดยเทียบเคียงได้ว่าเป็นยานทางน้ำไร้คนขับ คือ ยานที่มีคนบังคับทางทะเล (Manned Seaborne Craft) อย่างไรก็ตาม การตีความสถานะทางกฎหมายของยานไร้คนขับทางน้ำตามบริบทของอนุสัญญาฉบับนี้ยังคงมีความท้าทายเป็นอย่างมาก เนื่องจากการกำหนดสมรรถนะของยานทางน้ำไร้คนขับขึ้นอยู่กับบทบัญญัติที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและวัตถุประสงค์ของการเริ่มต้นบังคับใช้ภายใต้กฎหมายทะเลอีกด้วย

รัฐภาคีอาจยกข้ออ้างจากบทนิยามดังกล่าวขึ้น เพื่อการจำกัดสิทธิของยานไร้คนขับทางทะเล เนื่องจากถ้ากำหนดให้มีคุณสมบัติอย่างเรือ จะทำให้เกิดสิทธิตามกฎหมายขึ้น เช่น สิทธิในการผ่านเขตทะเลอาณาเขตและหมู่เกาะโดยสุจริตหรือโดยการผ่านช่องแคบ ดังนั้นจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการตรวจสอบมาตรการของแต่ละรัฐในการปฏิบัติการควบคุมการใช้งานของเรือไร้คนขับ และกำหนดลักษณะของ UUVs เพราะแนวทางการปฏิบัติใดของรัฐภาคีที่เกี่ยวกับการกำหนดข้อตกลงและการตีความสนธิสัญญาต้องสอดคล้องกับแนวความคิดพื้นฐานของสนธิสัญญา การปฏิบัติเช่นนี้อาจกระทำได้ทั้งทางกายภาพ เช่น ในกรณีของยานไร้คนขับที่ใช้สิทธิการผ่านของเรือหรือทางวาจา เช่น ผ่านแถลงการณ์ของรัฐบาลที่ได้ตีความอนุสัญญาแล้ว²⁴

นอกจากประเด็นเรื่อง คุณสมบัติของเรือและการใช้สิทธิการเดินเรือ สิ่งที่สำคัญเช่นเดียวกันคือ การพิจารณาว่า “ยานทางน้ำไร้คนขับถือว่ามีสถานะเป็นเรือรบหรือไม่” สถานะดังกล่าวถูกกำหนดไว้เป็นครั้งแรกในสนธิสัญญากรุงเฮก²⁵ (the 1907 Hague Convention VII) แต่ในปัจจุบันนี้ ได้มีการบัญญัติในข้อ 29 ของ UNCLOS เกี่ยวกับสถานะของเรือรบโดยระบุว่า “เรือรบ (Warship)” หมายถึง “เรือซึ่งเป็นกำลังทหารซึ่งมีเครื่องหมายภายนอกแสดงสัญชาติของเรือดังกล่าวชัดเจน และอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของนายทหารซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐบาลของรัฐ และมีชื่อปรากฏอยู่ในบัญชีประจำการที่ถูกต้องหรือบัญชีอื่นในทำนองเดียวกัน รวมถึงมีลูกเรือประจำการซึ่งอยู่ภายใต้วินัยของกำลังทหารประจำเรือ” การกำหนดนิยามและสถานะของยานทางน้ำไร้คนขับให้มีความชัดเจนนั้นมีความสำคัญมาก เพราะกระทบถึงสิทธิของรัฐเจ้าของธงและการใช้อำนาจอธิปไตยของแต่ละรัฐในเขตน่านน้ำของตน รวมถึงอิสระความชอบด้วยกฎหมายของการใช้งานยานทางน้ำไร้คนขับอีกประการหนึ่งด้วย

²⁴Ibid.

²⁵The Hague Conventions of 1899 and 1907.

3.2 ยานทางน้ำไร้คนขับกับสถานะการเป็นเรือภายใต้กรอบกฎหมายภายในประเทศ (Domestic Law)

ปัจจุบันหลายชาติได้หันมาให้ความสนใจการเดินเรือโดยระบบการควบคุมไร้คนขับ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศซึ่งเป็นผู้นำในธุรกิจพาณิชย์นาวี เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมนี ประเทศจีน ประเทศญี่ปุ่น ประเทศฝรั่งเศส ประเทศสเปน ประเทศสหราชอาณาจักร และประเทศเนเธอร์แลนด์โดยประเทศดังกล่าวได้มีการศึกษา พัฒนาและมีแผนจะนำยานทางน้ำไร้คนขับมาใช้งานจริง ในขณะเดียวกันบทบัญญัติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเดินเรือได้ถูกพัฒนาไปให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ทั้งนี้แต่ละประเทศมีกฎหมายภายในซึ่งไม่เหมือนกัน การพัฒนาแนวคิดนิยามคำว่า “เรือ” ของแต่ละประเทศก็ย่อมแตกต่างกัน ดังนั้นจึงต้องศึกษานิยามของคำว่า “เรือ” ตามพื้นฐานกฎหมายและบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของแต่ละประเทศในเบื้องต้น เช่น ประเทศสเปน ประเทศสหราชอาณาจักรและประเทศเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น เพื่อพิจารณาเชิงเปรียบเทียบถึงสถานะของยานทางน้ำไร้คนขับ

ประเทศสเปน ซึ่งในบทบัญญัติ “The Spanish Maritime Navigation Act (14/2014)” แม้จะมีได้ปรากฏบทบัญญัติที่บังคับแก่เรือไร้คนขับ (Unmanned ships) เป็นการเฉพาะ แต่ในบทบัญญัตินี้ได้ระบุถึงคำว่า “ยานพาหนะสำหรับใช้เดินทะเล” ประกอบด้วย 4 ชนิด คือ เรือ เรืออันเป็นยานพาหนะทางน้ำ สิ่งประดิษฐ์ทางเรือ และแท่นยึดพื้นทะเล ที่มีความสามารถในการเดินทะเลและขนส่งผู้โดยสารหรือสิ่งของ แต่อย่างไรก็ตามยานทางน้ำไร้คนขับที่มีคุณสมบัติเหมือนกับเรือตามบทบัญญัติดังกล่าว อาจจะถือว่ามีสถานะเป็นเรือตามกฎหมายของประเทศสเปน²⁶ ได้ ทางด้านประเทศเนเธอร์แลนด์ ดังปรากฏในบทบัญญัติ “Dutch Civil Code (DCC)” ได้นิยามคำว่า “เรือ” ว่าหมายถึงวัตถุทุกชนิดนอกจากอากาศยานที่มีการสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้สามารถลอยน้ำได้ อีกทั้งได้มีการปรับใช้ความหมายดังกล่าวในกฎหมายฉบับอื่นอีกด้วย แม้คำนิยามดังกล่าวจะไม่ได้มีกำหนดอย่างชัดเจนว่ายานทางน้ำไร้คนขับถือว่าเป็นเรือภายใต้กฎหมายเนเธอร์แลนด์หรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามคำนิยามดังกล่าวเป็นการให้ความหมายอย่างกว้างที่อาจจะตีความครอบคลุมถึงยานทางน้ำไร้คนขับด้วย²⁷

²⁶ Asociacion Española de Derecho Marítimo, CMI IWG Questionnaire on “Unmanned Ships” -AEDM Response [Online], available URL: <https://comitemaritime.org/wpcontent/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-UnmannedShips-SPAIN.pdf>, 2020 (March, 27).

²⁷ Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht, Reply by The Nederlandse Vereniging Voor Vervoerrecht (NVV) (Dutch Transport Law Association) To the CMI Question are of

สำหรับประเทศสหราชอาณาจักรปรากฏในบทบัญญัติ “the Merchant Shipping Act 1995” มาตรา 313 (1) มีใจความสำคัญดังนี้ “เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกำหนดไว้ประการอื่น... เรือ ได้แก่ ยานพาหนะทางน้ำทุกชนิดที่ถูกใช้ในการเดินเรือ” แม้ว่าบทบัญญัตินี้จะถือ “การเดินเรือ” เป็นสาระสำคัญของนิยามดังกล่าว แต่เรือที่ควบคุมจากระยะไกลหรือเรือที่มีระบบการทำงานควบคุมตัวเองอย่างอิสระอาจไม่ถือว่าเป็น “เรือ” ตามบทนิยามดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่าเป็ยานพาหนะไร้คนควบคุม²⁸

สำหรับประเทศไทยบทบัญญัติที่อาจนำมาพิจารณาถึงสถานะของยานทางน้ำไร้คนขับว่ามีสถานะเป็นเรือตามกฎหมายหรือไม่คือ พระราชบัญญัติป้องกันเรือโดนกัน พ.ศ.2522 ในมาตรา 4 ได้ให้นิยามคำว่า “เรือ” หมายความว่า “ยานพาหนะทางน้ำทุกชนิดรวมทั้งยานพาหนะทางน้ำชนิดที่ไม่มีระวางขับน้ำ และเครื่องบินทะเล (Sea Plane) ซึ่งใช้หรือสามารถใช้ในการขนส่งทางน้ำได้” ขณะเดียวกัน พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งและค่าเสียหายจากเรือโดนกัน พ.ศ.2558 ในมาตรา 4 กำหนดว่า “เรือ” หมายความว่า “ยานพาหนะทางน้ำทุกชนิด” บทบัญญัติจากพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับได้นิยามคำว่า “เรือ” ไว้แตกต่างกัน จึงทำให้เกิดประเด็นที่จะพิจารณาต่อไปถึงเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติป้องกันเรือโดนกัน พ.ศ.2522 มีสาระสำคัญในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการเดินเรือที่ใช้บังคับแก่เรือไทยและเรือต่างชาติที่อยู่ในน่านน้ำไทย รวมถึงเรือไทยที่อยู่ในทะเลหลวงเพื่อป้องกันหรือลดความเสี่ยงการโดนกันของเรือ ทั้งนี้บทบัญญัติมีความสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยกฎข้อบังคับระหว่างประเทศสำหรับป้องกันเรือโดนกันในทะเล

ในขณะเดียวกัน พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งและค่าเสียหายจากเรือโดนกัน พ.ศ. 2558 เป็นบทบัญญัติที่บังคับแก่ยานพาหนะทางน้ำทุกประเภทที่มีการเดินเรือในทะเลตามกฎหมายว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำไทย ไม่ว่าเหตุที่เกิดขึ้นในน่านน้ำใดก็ตาม ซึ่งมีสาระสำคัญในเรื่องความรับผิดทางแพ่งและค่าเสียหายในกรณีที่เกิดการปะทะกันระหว่างเรือเดินทะเลและเกิดความเสียหายแก่เรือ ทรัพย์สินหรือบุคคลบนเรือ รวมถึงกรณีที่ไม่ได้มีการปะทะกันแต่ความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นโดยมีสาเหตุจากการปฏิบัติการหรือดเว้นปฏิบัติการเกี่ยวกับการบังคับหรือการควบคุมเรือ ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายเฉพาะที่วางหลักเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดทางแพ่งและการคำนวณค่าเสียหายจากเรือโดนกันซึ่งต่างออกไปจากกรณีละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้สอดคล้องกับมาตรฐานกฎหมายระหว่างประเทศ

March 2017 with Regard to Unmanned Ships [Online], available URL: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-NETHERLANDS.pdf>, 2020 (March, 27).

²⁸British Maritime Law Association, CMI Questionnaire: Unmanned Ships [Online], available URL: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-UK.pdf>, 2020 (March, 27).

ดังที่ได้กล่าวไปข้างต้นความแตกต่างของคำนิยาม “เรือ” ของพระราชบัญญัติป้องกันเรือโดนกัน พ.ศ.2522 ได้กำหนดไว้ในลักษณะที่ค่อนข้างครอบคลุมถึงยานพาหนะทางน้ำหลายชนิด ในขณะที่พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งและค่าเสียหายจากเรือโดนกัน พ.ศ.2558 ได้ตีกรอบไว้กว้างกว่าและครอบคลุมยานพาหนะทางน้ำทุกชนิด แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีจุดประสงค์ในการลดความเสี่ยงในการเกิดเรือโดนกันและคุ้มครองเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายอันเกิดจากยานพาหนะทางน้ำ แต่ยังไม่อาจสรุปได้ว่ายานพาหนะทางน้ำไร้คนขับมีสถานะเป็น “เรือ” ตามบทบัญญัติทั้งสอง จึงเป็นจุดที่ควรพิจารณาการปรับปรุงกฎหมายให้มีความชัดเจนต่อไปถึงความครอบคลุมและความรับผิดชอบของผู้ควบคุมหรือผู้จัดการการใช้งานอุปกรณ์ชนิดนี้

4. เหตุผลของการประยุกต์ใช้ยานทางน้ำไร้คนขับบนพื้นฐานโครงสร้างทางเศรษฐกิจยุคใหม่

การปฏิวัติทางเทคโนโลยีและทัศนคติที่มีต่อยานยนต์ทางทะเลที่เปลี่ยนแปลงไปมีผลมาจากความคิดริเริ่มในการเปลี่ยนแปลงทางพาณิชย์และการขนส่งทางน้ำนั้นคล้ายกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นกับอากาศยานไร้คนขับเมื่อบริษัท General Atomics เปิดตัวเครื่องบิน Predator ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงปี 2000²⁹ เหตุการณ์ดังกล่าวเปลี่ยนความคิดของมนุษย์ที่ว่าโดรนและหุ่นยนต์มีความสามารถในการทำงานหลายอย่างและอุปกรณ์เหล่านี้ไม่ได้มาแทนที่มนุษย์แต่มีขึ้นเพื่อทำภารกิจผ่านการสั่งงานของมนุษย์ หลายองค์กรและภาคส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเดินทะเลเริ่มหันมาให้ความสนใจการใช้งานยานทางน้ำไร้คนขับ เนื่องจากเหตุผลในเรื่องของความคุ้มค่าและความสามารถในการลดการใช้แรงงานมนุษย์ในงานที่มีความเสี่ยงสูง³⁰

ยานยนต์ไร้คนขับทางทะเลสามารถแบ่งประเภทโดยพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพ จะถูกจำแนกเป็นยานพาหนะพื้นผิวน้ำ (Surface Vehicle) และยานพาหนะใต้น้ำ (Underwater Vehicle) และหากพิจารณาจากประเภทการควบคุม จะถูกแบ่งเป็นอุปกรณ์สั่งการจากระยะไกล (Autonomous) และอุปกรณ์ขับเคลื่อนอัตโนมัติ (Autopilot) รวมถึงการแบ่งตามวัตถุประสงค์การใช้งาน อาทิเช่น การทหาร, การวิจัย, การค้า และการวิเคราะห์ทางภูมิศาสตร์ ในส่วนของภาพรวมการตลาดนั้น ตลาดยานยนต์ไร้คนขับทางทะเลคาดว่าจะมีการพัฒนาอย่างก้าวกระโดดในช่วงปี

²⁹Farshad Mahini and others, *An experimental setup for autonomous operation of surface vessels in roughseas* [Online], available URL: <https://doi.org/10.1017/S0263574712000720>, 2020 (March, 24).

³⁰Ross Wilkers, *Lockheed makes second investment in AI chip maker* [Online], available URL: <https://washingtontechnology.com/articles/2018/03/21/lockheed-venture-mythic.aspx>, 2020 (March, 24).

2019-2024³¹ ซึ่งกำลังเป็นที่นิยมสำหรับการนำมาใช้ในธุรกิจการเดินเรือเพื่อการขนส่ง การลาดตระเวนและการสำรวจทรัพยากรธรรมชาติทั้งใต้น้ำและบนผิวน้ำ³² ซึ่งมีเป้าหมายเพื่อการลดต้นทุนและระยะเวลาของการทำงานระบบการเดินเรือซึ่งมีความแม่นยำสูง

การใช้นาฬาทองน้ำไร้คนขับเพื่อกิจกรรมทางทะเลและธุรกิจพาณิชย์นาวีเป็นแรงกระตุ้นธุรกิจยานยนต์ทางทะเลอย่างมีนัยยะสำคัญ ในขณะเดียวกันยานยนต์ไร้คนขับทางทะเล³³ ยังได้ถูกใช้ในการทำแผนที่ใต้ทะเล การศึกษาธรณีศาสตร์ทางทะเลน้ำ การวิเคราะห์สภาพอากาศและการเคลื่อนไหวของเปลือกโลก ยานทางน้ำไร้คนขับจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง³⁴ ในการปฏิบัติการภัยพิบัติในพื้นที่ซึ่งเข้าถึงได้ลำบาก ในขณะนี้มีการใช้นาฬาทองน้ำไร้คนขับเพื่อการป้องกันทางทหารและการลาดตระเวนเพิ่มมากขึ้น รวมถึงการใช้นาฬาทองน้ำไร้คนขับในเชิงพาณิชย์เพื่อวัตถุประสงค์ในการสำรวจแหล่งน้ำมันและก๊าซธรรมชาติต่างๆ อีกด้วย³⁵ เมื่อกล่าวถึงการทหารทั่วโลกซึ่งกำลังประสบกับภัยคุกคามด้านความปลอดภัยทางทะเล ภัยคุกคามที่เกิดขึ้น อาทิเช่น ภัยจากตอร์ปิโด พ่นระเบิดใต้น้ำ การโจมตีเรือดำน้ำดีเซลไฟฟ้าและขีปนาวุธระยะสั้น เป็นต้น ความจำเป็นทางความมั่นคงขับเคลื่อนตลาดให้มีการลงทุนในเทคโนโลยีที่สามารถทำงานได้ในทะเลทั้งระดับพื้นผิวและในระดับความลึกใต้พื้นผิวน้ำ³⁶

ในขณะเดียวกันกระทรวงกลาโหมของประเทศญี่ปุ่นกำลังหันมาลงทุนกับกองกำลังทหารเรือ ซึ่งจะมีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับกองกำลังทหารภาคพื้นและการจัดซื้อเรือดำน้ำไร้คนขับลำใหม่ โดยได้ถูกกำหนดไว้ในแผนทางกลาโหมของประเทศญี่ปุ่นอีก 5 ปีข้างหน้า ซึ่งมีการวางแผนในการ

³¹Will Yakowicz, **Saildrone Hopes Its Robotic Sailboats Can Save the World by Collecting Precise Climate-Change** [Online], available URL: <https://www.inc.com/will-yakowicz/disruptor-25-2017-saildrone.html>, 2020 (March, 24).

³²Andrew Orthmann, **Bering Sea ASV Force Multiplier** [Online], available URL: <https://asvglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Bering-Sea-ASV-Force-Multiplier.pdf>, 2020 (March, 27).

³³National Oceanic and Atmospheric Administration, **Drones at sea: Unmanned vehicles to expand data collection from far-flung locales** [Online], available URL: <https://www.noaa.gov/stories/drones-at-sea-unmanned-vehicles-to-expand-data-collection-from-far-flung-locals>, 2020 (March, 27).

³⁴Adam Fisher, **The Drone That Will Sail Itself Around the World** [Online], available URL: <https://www.wired.com/2014/02/saildrone/>, 2020 (April, 13).

³⁵Farshad Mahini and others, op. cit.

³⁶Lee Ferran, **Foreign Spies Target Underwater Drone Fleet, Military Spooks Say** [Online], available URL: <https://abcnews.go.com/Blotter/underwater-drone-tech-target-espionage-military-spooks/story?id=14826316>, 2020 (March, 24).

ออกแบบและสร้างยานยนต์ใต้น้ำไร้คนขับขนาดใหญ่ซึ่งมีความสามารถในการลาดตระเวนในระยะไกล เพื่อที่จะตรวจสอบพื้นที่เกาะที่มีความห่างไกลและยากแก่การสำรวจของมนุษย์ อย่างเช่น หมู่เกาะ Senkakus ทั้งนี้ประเทศญี่ปุ่นมีนโยบายเคร่งครัดในการไม่ใช้เรือดำน้ำหรือยานยนต์หากไม่ปรากฏภัยคุกคามทางทะเล ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นหนึ่งในข้อจำกัดของการเติบโตของธุรกิจนี้ในอนาคต³⁷

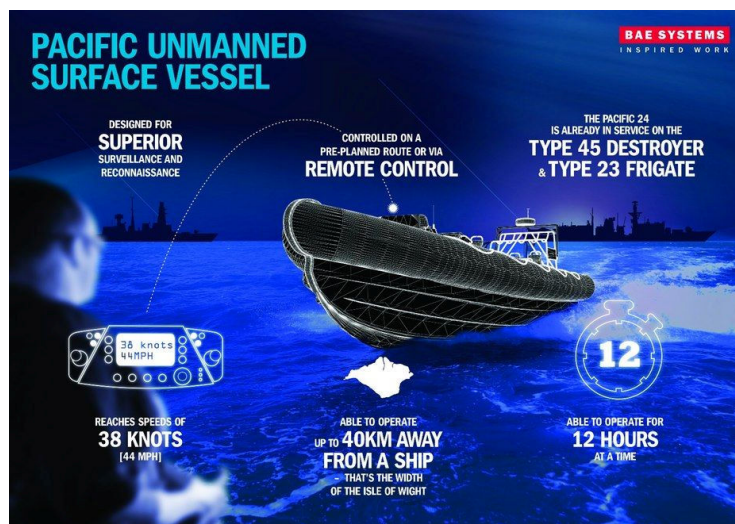
ในภาคพื้นยุโรปตลาดของเทคโนโลยีนี้กำลังเติบโตจากความต้องการที่เพิ่มมากขึ้นเพื่อการใช้งานทางทหารและการพาณิชย์นาวี ระบบยานยนต์การเดินทะเลแบบ Autonomous Surface Vehicles (ASVs) เป็นอุตสาหกรรมที่เติบโตอย่างรวดเร็วในประเทศสหราชอาณาจักร ในช่วงสี่ปีที่ผ่านมาทีมผู้เชี่ยวชาญในระบบ ASVs ทั้งสถาบันทางนาวิกโยธิน วิศวกร และผู้เชี่ยวชาญทางด้านหุ่นยนต์ ได้ส่งมอบระบบการทำงานแบบไร้คนบังคับมากกว่า 60 รายการ ได้แก่ เรือต่อต้านทุ่นระเบิดแบบอเนกประสงค์ โดรนสำหรับกำหนดเป้าหมายในทะเล และยานพาหนะสำหรับบริการน้ำมันซึ่งกำลังเติบโตในตลาดทวีปยุโรป³⁸ นอกจากนี้ประเทศรัสเซียมีแผนที่จะเปิดตัวเรือดำน้ำพลังนิวเคลียร์ลำแรกที่มีความสามารถในการบรรทุกโดรนขับเคลื่อนนิวเคลียร์ใต้น้ำ มีชื่อว่า “Poseidons” เพื่อวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติงานข่าวกรองการเฝ้าระวังและการลาดตระเวน³⁹ รวมถึงอีกหนึ่งโครงการที่ได้รับทุนสนับสนุนจากกระทรวงกลาโหมของสหราชอาณาจักรและฝรั่งเศส⁴⁰ ซึ่งได้สร้างทีมหุ่นยนต์ที่สามารถเผชิญหน้าและทำลายทุ่นระเบิดใต้น้ำโดยไม่ต้องเสี่ยงชีวิตมนุษย์ในการทำภารกิจ ซึ่งจะใช้ระบบคลื่นเสียงโซนาร์ที่ซับซ้อนเพื่อระบุทุ่นระเบิดใต้น้ำได้ดีขึ้น เป็นอีกหนึ่งกำลังขับเคลื่อนธุรกิจการยานยนต์ไร้คนขับทางทะเลในขณะนี้

³⁷James Carafano and Andrew Gudel, **The Pentagon’s robots: Arming the future. Backgrounder** [Online], available URL: <https://www.heritage.org/defense/report/the-pentagons-robots-arming-the-future>, 2020 (March, 24).

³⁸Unmanned Systems Technology, **General Dynamics Showcases Ship Hull Inspection AUV** [Online], available URL: <https://www.unmannedsystemstechnology.com/2016/09/general-dynamics-showcases-ship-hull-inspection-auv/>, 2020 (March, 24).

³⁹Robert W. Button and others, **A Survey of Missions for Unmanned Undersea Vehicles** (California: National Defense Research Institute, 2009), pp. 9-13.

⁴⁰Yannick Allard and Elisa Shahbazian, **Unmanned Underwater Vehicle (UUV) Information Study** (Virginia: Defense Technical Information Center, 2014), pp. 5-6.



ที่กล่าวมาข้างต้นคือจุดเริ่มต้นของการพัฒนายานทางน้ำไร้คนขับเพื่อการทำงานสำหรับภารกิจในทะเลลึกและ⁴¹ จากเทคโนโลยียานทางน้ำไร้คนขับอาจจะพัฒนาสู่เรือที่มีคุณสมบัติที่สามารถขับเคลื่อนได้อย่างอิสระ (autonomous) ในอนาคตอันใกล้⁴² ในปัจจุบันยานทางน้ำไร้คนขับได้ถูกพัฒนาให้สามารถทำงานในสภาพแวดล้อมที่สับสนและภารกิจที่อันตรายโดยที่ผู้ปฏิบัติการไม่ต้องเข้าไปจัดการเองโดยตรง การเพิ่มคุณสมบัติการเคลื่อนไหวได้อย่างอิสระ (autonomous) ในระบบไร้คนขับจะช่วยให้ผู้เดินเรือสามารถจัดสรรเวลาให้กับการปฏิบัติงานอื่นๆ⁴³ ได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามีการใช้ยานทางน้ำไร้คนขับ Unmanned Marine vehicles (UMV) มากขึ้นจากการวิเคราะห์ทางเศรษฐศาสตร์เนื่องจากการพัฒนาเทคโนโลยีที่มีความสามารถประมวผลสูงขึ้นสูง ประหยัดต้นทุนมากขึ้นและมีอุปกรณ์ที่สามารถจัดเก็บพลังงานไฟฟ้าได้สูง

⁴¹ Amanda D. Stein, NPS Acquires Two USVs, Opens Sea Web Lab for Expanded Undersea Warfare Research [Online], available URL: https://www.navy.mil/submit/display.asp?story_id=64803, 2020 (March, 24).

⁴² Ibid.

⁴³ Hellenic shipping news, Unmanned cargo ships: the future method of transporting goods [Online], available URL: <https://www.hellenicshippingnews.com/unmanned-cargo-ships-the-future-method-of-transporting-goods/>, 2020 (March, 24).

5. ความท้าทายของเทคโนโลยียานทางน้ำไร้คนขับ: ปัญหาด้านกฎหมายและเศรษฐกิจ

แม้ว่า UNCLOS จะไม่มีการนิยามคำว่า "เรือ (Ship)" เอาไว้เป็นการเฉพาะแต่เมื่อได้พบทวนเนื้อหาและพิจารณาบริบทของเนื้อหาตาม มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา⁴⁴ (the Vienna Convention on the Law of Treaties) เมื่อพิจารณาแล้วคำว่า เรือ (Ship) ก็มีปรากฏอยู่ในเนื้อหาบางส่วน ตัวอย่างเช่น ตามมาตรา 94 แห่ง UNCLOS รัฐเจ้าของธงต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่าเรือแต่ละลำที่อยู่ในความดูแลของนายเรือและเจ้าหน้าที่เป็นเรือที่มีคุณสมบัติเหมาะสม⁴⁵ แต่ประเด็นที่มีความซับซ้อนคือ บทบัญญัติหลายประการของ UNCLOS สะท้อนถึงจารีตประเพณีของกฎหมายระหว่างประเทศ เนื้อหาและการตีความกฎหมายจารีตประเพณีนั้น มีเปลี่ยนแปลงและพัฒนาอยู่ตลอดเวลาผ่านมุมมองของรัฐภาคีและความเห็นในคำพิพากษา ดังนั้น ข้อโต้แย้งที่ถูกตัดสินเพียงถูกหรือผิด (colorable argument) อาจจะล้าสมัยเนื่องจากไม่อาจทำให้สอดคล้องกับการตีความของ UNCLOS ได้

ระบบยานทางน้ำไร้คนขับอาจถูกตีความว่ามีสถานะเป็นเรือตามกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎหมายจารีตประเพณีโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานเพื่อความสุนทรีย์และเพื่อธุรกิจการเดินเรือ⁴⁶ อันก่อให้เกิดสิทธิและภาระผูกพันอื่นๆ ตามกฎหมายจารีตประเพณีซึ่งโดยส่วนมากจะสะท้อนอยู่ในแนวความคิดพื้นฐานของอนุสัญญาแต่ละฉบับ ดังนั้นเพื่อจะได้เห็นถึงข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ว่า แม้ว่ายานทางน้ำไร้คนขับของแต่ละรัฐภาคีจะไม่มีสิทธิในการผ่านทะเลอาณาเขตโดยสุจริตตาม UNCLOS แต่อย่างไรก็ตามอาจยังคงมีสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศฉบับอื่น การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและความเห็นในคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งที่จะถูกหยิบยกขึ้นอ้างสิทธิและพันธะทางกฎหมายที่ไม่เคยมีการปรากฏมาก่อน

คู่มือการเดินเรือของนาวิกโยธินสากลได้กล่าวถึงการเดินเรือซึ่งได้สะท้อนแนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศ⁴⁷ กองทัพเรือและกองบัญชาการกองทัพเรือ เมื่อได้พิจารณาถึงเนื้อหากฎหมายการปฏิบัติการทางทะเลแล้วระบบยานทางน้ำไร้คนขับอาจจัดเป็น “เรือประติศฐ์อื่น” (other naval craft) เพื่อให้มีความหมายที่ทันสมัยสอดคล้องกับบริบทในปัจจุบัน ดังนั้นหากมีการปรับปรุงการนิยามของคำว่า “เรือ (ship)” ดังที่กล่าวไปแล้ว จะส่งผลให้ยานใต้น้ำที่ใช้ระบบไร้คนขับ (UUVs) และยานบนผิวน้ำที่ใช้ระบบไร้คนขับ (USV) มีสถานะและสิทธิอย่างเรือเดินทะเล อาทิเช่น

⁴⁴ Hellenic shipping news, Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ National Oceanic and Atmospheric Administration, op. cit.

⁴⁷ Adam Fisher, op. cit.

สิทธิผ่านทะเลอาณาเขตของรัฐอื่นโดยสุจริต ในทางกลับกันส่งผลให้ยานทางน้ำไร้คนขับมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางกฎหมายไปตามวิธีการที่เหมาะสม เช่น การเคารพเสรีภาพในการเดินเรือในทะเลหลวงอย่างเรือทั่วไป

หากยานทางน้ำไร้คนขับสามารถมีสิทธิการเดินเรืออย่างเรือทั่วไปย่อมต้องถูกผูกพันให้อยู่ภายใต้ข้อบังคับและเงื่อนไขต่างๆ ที่ได้รับมาพร้อมกับสิทธิอื่นๆ ด้วย เช่น การเดินเรือผ่านหมู่เกาะต่างๆ จะต้องกระทำด้วยความสุจริต เดินเรืออย่างต่อเนื่องรวดเร็วและต้องหลีกเลี่ยงการกระทำใดๆ⁴⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการคุกคามหรือการใช้กำลังกับรัฐชายฝั่ง ข้อจำกัดของหลักสุจริตในการเดินเรือผ่านทะเลอาณาเขตในส่วนที่เกี่ยวข้องยานไร้คนขับทางน้ำ⁴⁹ ได้แก่ การทดสอบหรือการฝึกการใช้อาวุธ การเก็บข้อมูลที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐชายฝั่ง การกระทำของโฆษณาชวนเชื่อ การยิงขีปนาวุธหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวกับเครื่องมือทางทหาร กิจกรรมใดๆ ที่เกี่ยวกับการสำรวจและการวิจัย การรบกวนระบบการสื่อสาร รวมถึงระบบการสื่อสารผ่านสายเคเบิลใต้ทะเล⁵⁰ นอกจากนี้ยานไร้คนขับทางน้ำจะได้รับสิทธิในการเดินเรือในทะเลอาณาเขตและหมู่เกาะอย่างเรือทั่วไป⁵¹ แต่สำหรับยานประเภทเรือดำน้ำไร้คนขับโดยปกติจะจมอยู่ใต้น้ำซึ่งแตกต่างจากการใช้สิทธิสุจริตในการเดินเรือผ่านทะเลอาณาเขตโดยการเดินเรือบนผิวน้ำ

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในระดับสากล หากแต่ยังคงมีการตั้งคำถามถึงความเหมาะสมในการได้รับสถานะของเรือภายใต้กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้สอดคล้องและเอื้อต่อการพัฒนาเทคโนโลยีชนิดนี้ของทุกรัฐโดยไม่ก่อให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์และการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐอื่น เป็นการยากที่จะตีความคำนิยามใดๆ เพื่อให้ครอบคลุมถึงยานทางน้ำไร้คนขับเป็นบรรทัดฐานเดียวกันซึ่งจะมีผลถึงกฎหมายทุกฉบับที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทั้งนี้อาจตั้งข้อสันนิษฐานได้ว่ายานทางน้ำไร้คนขับมีคุณสมบัติเป็นเรือชนิดหนึ่งและอาจถูกนำไปใช้งานเป็นเครื่องมือซึ่งถูกควบคุมระยะไกลและการทำงานอย่างไม่มีคนขับในอนาคต เงื่อนไขที่สันนิษฐานไว้ดังนี้อาจจะมีการเปลี่ยนแปลงหรือยืดหยุ่นมากขึ้น

⁴⁸The Seattle Times, **Saildrones go where humans can't - or don't want to - to study the world's oceans** [Online], available URL: <https://www.seattletimes.com/seattle-news/science/saildrones-go-where-humans-cant-or-dont-want-to-to-study-the-worlds-oceans/>, 2020 (March, 27).

⁴⁹Ibid.

⁵⁰Saildeone, **Saildrone Fleet Launches in New Zealand on Epic Journey** [Online], available URL: <https://www.saildrone.com/news/saildrone-antarctic-circumnavigation-launch-bluff-nz>, 2020 (March, 29).

⁵¹Dana T. Parker, **Square Riggers in the United States and Canada: A Current Directory of Sailing Ships** (United States: Transportation Trails, 1994), pp. 6-7.

อย่างไรก็ตามสิทธิใดๆ ที่วัตถุที่มีสถานะเป็นเรือแต่ละลำได้รับอย่างเท่าเทียมกันจะต้องเป็นเรือที่ “มีเครื่องหมายที่ชัดเจนและสามารถบ่งชี้ได้ถึงการได้รับอนุญาตให้ปฏิบัติภารกิจจากรัฐบาล”⁵² UNCLOS มิได้มีการกำหนดเกณฑ์เพิ่มเติมไว้ ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติที่สามารถตอบโจทย์ได้ถึงนิยาม ความหมายในการใช้งานอย่างทั่วไปในกิจกรรมทางทะเล ธุรกิจการขนส่งและพาณิชย์นาวี แม้ว่ามันได้มีการทำเครื่องหมายที่เกี่ยวข้องและมีคุณสมบัติอย่างเรือทั่วไป⁵³ ในทำนองเดียวกันขณะที่ UNCLOS ตระหนักถึงความคุ้มกันสูงสุดของเรือรบที่มีภารกิจในการป้องกันน่านน้ำ โดยพื้นฐานแล้วสิทธิพิเศษเดียวกันนี้จะมอบให้กับเรือลำอื่นๆ ของรัฐบาลที่ไม่ได้มีภารกิจในเชิงพาณิชย์จึงเป็นประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป

ซึ่งเรือทั้งสองประเภทจะได้รับการคุ้มครองจากเขตอำนาจศาลของรัฐอื่นและไม่อาจทำการละเมิดหรือก้าวล่วงได้ในแง่ที่ว่าไม่อาจขึ้นเรือ ยึดหรือแทรกแซงเป็นอย่างอื่นได้ บทบัญญัติข้อหนึ่งใน UNCLOS ที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ที่ใช้กับเรือรบอย่างเดียว กล่าวคือภายใต้มาตรา 30⁵⁴ ถ้าเรือรบไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับของรัฐชายฝั่งที่มีทะเลอาณาเขตและละเลยต่อคำร้องขอให้ปฏิบัติตามกฎหมายและข้อบังคับ รัฐชายฝั่งอาจสั่งให้เรือรบนั้นให้ออกจากทะเลอาณาเขตโดยทันที อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากความคุ้มกันอย่างกว้าง ดังนั้นตราบโดที่ UMS มีคุณสมบัติเป็นเรือที่ดำเนินการโดยรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์โดยเฉพาะจะได้รับความคุ้มกันอย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกับอยู่ภายใต้การคุ้มกันของ UNCLOS ในฐานะเรือรบ⁵⁵

ประเด็นปัญหาเรื่องความคุ้มกันกลายเป็นเรื่องที่จะแก้ไขได้ยากขึ้นหากยานทางน้ำไร้คนขับไม่ได้รับการรับรองให้มีสถานะของเรือก่อน คู่มือการบัญชาการทหารทางทะเลของประเทศเยอรมนีได้ระบุว่ายานทางน้ำไร้คนขับมีสิทธิที่ใช้สถานะความคุ้มกันสูงสุดถึงขั้นที่สามารถควบคุมเรือที่มีสถานะความคุ้มกันดังกล่าวได้เอง⁵⁶ อย่างไรก็ตามหลายรัฐได้ดำเนินการต่อไปโดยอ้างว่าการทำงานของยานทางน้ำไร้คนขับประเภททำงานบนผิวน้ำและทำงานใต้น้ำมีความเชื่อมโยงกับรัฐบาลเท่านั้น

⁵²Romola Anderson and R. C. Anderson, *A Short History of the Sailing Ship* (Massachusetts: Courier Corporation, 2003), pp. 100-103.

⁵³Romola Anderson and R. C. Anderson, *ibid.*

⁵⁴*Ibid.*

⁵⁵Lincoln Paine, *The Sea and Civilization: A Maritime History of the World* (New York City: Random House, 2015), pp. 465-470.

⁵⁶Leo Block, *To Harness the Wind: A Short History of the Development of Sails* (Maryland: Naval Institute Press, 2003), pp. 123-125.

สถานะ USV และ UUV ไม่ได้ขึ้นอยู่กับลักษณะการปฏิบัติการ⁵⁷ การกล่าวข้างต้นเป็นการยืนยันว่า UMSs มีสถานะอย่างเรือโดยชัดเจน การอ้างสิทธิความคุ้มกันของ “เรือ (Craft)” แสดงถึงการที่ต้องพึงพาสิทธิความคุ้มกันอย่างสูงสุดจากรัฐ ซึ่งเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับอย่างสากล หลักการดังกล่าวจะต้องได้รับการผลักดันและมีการบังคับใช้ได้จริงโดยนักกฎหมายทะเลและผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องบนบรรทัดฐานอย่างเดียวกันกับกฎเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ (other rules of international law)⁵⁸

6. บทสรุป

การเดินเรือในโลกแห่งนวัตกรรมยุคใหม่จะเปลี่ยนรูปแบบมาใช้งานระบบหุ่นยนต์ เอไอและระบบการควบคุมอัตโนมัติมากขึ้น ผ่านอุปกรณ์ยานทางน้ำไร้คนขับ จำนวนของความต้องการผลิตเทคโนโลยีตัวนี้ในท้องตลาด รวมไปถึงการวิจัย ค้นคว้าและพัฒนายานทางน้ำไร้คนขับจึงมีจำนวนเพิ่มขึ้นตามไปด้วย ในปัจจุบันมีแนวโน้มที่ดีในการวางนโยบายทางเศรษฐกิจเพื่อส่งเสริมธุรกิจการผลิตและการใช้งานยานทางน้ำไร้คนขับ ในอนาคตอันใกล้การผลิตจำนวนมากจะทำให้ต้นทุนลดลง ยานทางน้ำไร้คนขับจะช่วยเพิ่มความปลอดภัยในการขนส่งและจะเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้นไม่ว่าการปฏิบัติการกิจแบบใด เป็นที่น่าเสียดายที่การใช้งานของยานยนต์ดังกล่าวถูกจำกัดอย่างมากเนื่องจากการขาดเครื่องมือทางกฎหมายและโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่สนับสนุน⁵⁹

ทั้งนี้การจะกระตุ้นความนิยมในการใช้ยานทางน้ำไร้คนขับอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน จำเป็นจะต้องมีการเตรียมตัววางกรอบด้านกฎหมายทั้งกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกันอีกด้วย ยานทางน้ำไร้คนขับควรจะถูกจัดให้มีสถานะของเรือภายใต้สนธิสัญญาฉบับต่างๆ ที่มีการบังคับใช้อย่างสากลโดยให้ความหมาย นิยามซึ่งจะเชื่อมโยงไปถึงความรับผิดชอบจากการใช้งานเทคโนโลยียานไร้คนขับในการขนส่งทางน้ำและธุรกิจพาณิชย์นาวี รวมถึงความจำเป็นในการกำหนดสิทธิและหน้าที่อย่างเดียวกันทั้งหมดที่ใช้กับเรือประเภทอื่นๆ ในกิจกรรมทางทะเลไม่ว่าจะเป็นการป้องกันความมั่นคงทางน้ำหรือการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติทางทะเลโดยไม่ละเลยการบังคับใช้อำนาจอธิปไตยทางทะเลของแต่ละรัฐเพื่อป้องกันความลึกลับของผลประโยชน์แต่ละประเทศ

⁵⁷ Patrick J. Murphy and Ray W. Coye, *Mutiny and Its Bounty: Leadership Lessons from the Age of Discovery* (Connecticut: Yale University Press, 2013), pp. 183-185.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Brian Lavery, *Nelson's Navy: The Ships, Men and Organization 1793-1815* (England: Conway, 2012), p. 182.

แน่นอนว่าในช่วงแรกของการเริ่มจัดทำกรรมาญหรือแก้ไขอนุสัญญาเหล่านี้ให้สอดคล้องกับเทคโนโลยีชนิดใหม่ อาจเกิดปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายและนโยบายต่อเรือที่ไม่มีคนควบคุมได้ ข้อตกลงของรัฐโดยรวมส่วนใหญ่ไม่ต้องการการปฏิรูปกฎหมายและนโยบายทั้งหมด เพียงแต่ต้องการแก้ไขให้การกำหนดบทนิยาม สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบการใช้งานเรือไร้คนขับเป็นไปในทิศทางเดียวกันเพราะการเดินเรือแบบไม่มีคนควบคุมมีความแตกต่างบางอย่างกับการเดินเรือแบบดั้งเดิมที่จะมีผลกระทบทางกฎหมายและทางเศรษฐกิจเพราะเป็นการบังคับกับวัตถุซึ่งสังกัดกับรัฐนั้น มิใช่การควบคุมต่อการทำงานของบุคคลอีกต่อไป เป็นต้นว่าความแตกต่างระหว่างลูกเรือแบบดั้งเดิมบนเรือและบุคลากรบนฝั่งที่ใช้การเดินเรือผ่านการควบคุมระยะไกล เนื่องจากสถานการณ์ที่แตกต่างกันการทำงานของบุคลากรผู้ทำการควบคุมจากชายฝั่งยังคงไม่มีกฎหมายกำหนดให้ทำได้หรือรองรับเอาไว้ ไม่มีอำนาจและหน้าที่เหมือนกับเจ้านายของเรือและลูกเรืออย่างเรือดั้งเดิม ด้วยเหตุนี้จึงสมควรให้มีการพิจารณาถึงอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจำนวนมากเพื่อตอบโจทยระบบไอทีที่เข้ามาแทนที่ อีกทั้งควรปรับกฎข้อบังคับของ The COLREGs rules เพื่อให้ระบบปฏิบัติการเหล่านี้ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการตามภารกิจการเดินทางในรูปแบบใหม่นอกจากนี้ในความรับผิดชอบ การชดเชยความเสียหายและการระงับข้อพิพาทกรณีเกิดเหตุเรือโดนกันอีกด้วย แต่ควรเลือกใช้วิธีการที่แตกต่างกันออกไปตามความเหมาะสมของพื้นฐานและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาแต่ละฉบับ⁶⁰

ในท้ายที่สุดนี้การเดินเรือแบบขับเคลื่อนได้อย่างอิสระ (autonomous) จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงการจัดการกับความรับผิดชอบจากการใช้งานเทคโนโลยีในปัจจุบัน การจัดการความรับผิดชอบของเจ้าของเรืออาจเปลี่ยนรูปแบบเป็นความรับผิดชอบของผู้ผลิตและนักออกแบบตามกฎหมายความรับผิดชอบต่อผลิตภัณฑ์ แม้ว่ากฎหมายความรับผิดชอบสินค้าจะต้องมีปรับปรุงเพื่อให้การใช้งานที่สอดคล้องกับเรือไร้คนขับ ส่วนผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องบุคคลถัดไปคือ เจ้าของเรือยังคงต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากเรือของตน บทความนี้ได้ประเมินความท้าทายทางกฎหมายและเศรษฐกิจของเรือไร้คนขับเอาไว้ อย่างไรก็ตามยังมีอีกหลายประเด็นที่ยังมีช่องว่างและความคลุมเครือให้ต้องวิเคราะห์ต่อไป

บทความนี้เสมือนเป็นการทดลองทางความคิดซึ่งได้แสดงให้เห็นอุปสรรคที่มีทั้งในด้านนโยบาย กฎหมายและเศรษฐกิจ อาทิเช่น การประเมินความเสี่ยงและการวางแผนภารกิจที่ใช้อุปกรณ์ระบบการควบคุมตัวเองโดยอิสระ การบูรณาการกับแผนทางธุรกิจ อีกทั้งระบบกฎหมายและ

⁶⁰ John Armstrong, *The Vital Spark: The British Coastal Trade* (Oxford: Oxford University Press, 2009), p. 276.

เศรษฐกิจถูกตั้งอยู่บนพื้นฐานของผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บังคับใช้กฎหมาย คือจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบทางทะเลและเป้าหมายทางธุรกิจ ดังนั้นในอนาคตอันใกล้ปัญหาต่างๆ อาจปรากฏขึ้นเป็นความท้าทายใหม่เมื่อเรือไร้คนขับได้เริ่มใช้งานแล้วจริงๆ เมื่อถึงวันนั้นเราจะมาเฝ้าดูว่าเทคโนโลยีเหล่านี้จะเปลี่ยนแปลงอุตสาหกรรมขนส่งสินค้าและกิจกรรมทางทะเลทั่วโลกไปอย่างไร

บรรณานุกรม

- บริษัท ปตท.สำรวจและผลิตปิโตรเลียม จำกัด (มหาชน). กรณีตัวอย่างด้านความหลากหลายทางชีวภาพ “การพัฒนายานยนต์ใต้น้ำควบคุมระยะไกล (Remotely Operated Vehicle: ROV) สำหรับใช้ในการสำรวจ” และ “โครงการสำรวจและฝึกอบรมทางทะเล” [Online]. Available URL: <http://www.pttep.com/th/Sustainabledevelopment/Showcases/Biodiversityshowcase2.aspx>, 2563 (มีนาคม, 25).
- หน่วยทะเบียนและประเมินผลการศึกษา. งานบริการการศึกษา. คณะวิศวกรรมศาสตร์. มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, เป้าฝึกปราบเรือดำน้ำ: ยานใต้น้ำไร้คนขับ [Online]. Available URL: <http://admission.eng.ku.ac.th/highlights/uuv>, 2563 (มีนาคม, 25).
- Allard, Yannick and Elisa Shahbazian. **Unmanned Underwater Vehicle (UUV) Information Study**. Virginia: Defense Technical Information Center, 2014.
- Anderson, Romola and R. C. Anderson. **A Short History of the Sailing Ship**. Massachusetts: Courier Corporation, 2003.
- Armstrong, John. **The Vital Spark: The British Coastal Trade**. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Asociacion Española de Derecho Marítimo. **CMI IWG Questionnaire on “Unmanned Ships” -AEDM Response** [Online]. Available URL: <https://comitemaritime.org/wpcontent/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-UnmannedShips-SPAIN.pdf>, 2020 (March, 27).
- Autonomous Undersea Vehicle Applications Center. **Carbon Wave Glider** [Online]. Available URL: <https://auvac.org/newsitems/category/39>, 2020 (March, 24).
- Block, Leo. **To Harness the Wind: A Short History of the Development of Sails**. Maryland: Naval Institute Press, 2003.
- British Maritime Law Association. **CMI Questionnaire: Unmanned Ships** [Online]. Available URL: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-UK.pdf>, 2020 (March, 27).
- Button, Robert W. and others. **A Survey of Missions for Unmanned Undersea Vehicles**. California: National Defense Research Institute, 2009.

- Canney, Donald L. **The Old Steam Navy, Volume One: Frigates, Sloops, and Gunboats 1815-1885**. Annapolis: NavalInstitute Press, 1990.
- Carafano, James and Andrew Gudge. **The Pentagon’s robots: Arming the future. Backgrounder** [Online]. Available URL: <https://www.heritage.org/defense/report/the-pentagons-robots-arming-the-future>, 2020 (March, 24).
- Crary, Sutcliffe Alice. **Robert Fulton and The Clermont**. Michigan: The Century Co., 1909.
- Ferran, Lee. **Foreign Spies Target Underwater Drone Fleet, Military Spooks Say** [Online]. Available URL: <https://abcnews.go.com/Blotter/underwater-drone-tech-target-espionage-military-spooks/story?id=14826316>, 2020 (March, 24).
- Fisher, Adam. **The Drone That Will Sail Itself Around the World** [Online]. Available URL: <https://www.wired.com/2014/02/saildrone/>, 2020 (April, 13).
- Hellenic shipping news. **Unmanned cargo ships: the future method of transporting goods** [Online]. Available URL: <https://www.Hellenicshippingnews.com/unmanned-cargo-ships-the-future-method-of-transporting-goods/>, 2020 (March, 24).
- _____. **The Good, the Bad and the Ugly: Unmanned Ships** [Online]. Available URL: <https://www.hellenicshippingnews.com/the-good-the-bad-and-the-ugly-unmanned-ships/>, 2020 (March, 27).
- Lavery, Brian. **Nelson’s Navy: The Ships, Men and Organization 1793-1815**. England: Conway, 2012.
- Longley, Robert. **Biography of Robert Fulton, Inventor of the Steamboat** [Online]. Available URL: <https://www.thoughtco.com/robert-fulton-steamboat-4075444>, 2020 (April, 10).
- Mahini, Farshad and others. **An experimental setup for autonomous operation of surface vessels in roughseas** [Online]. Available URL: <https://doi.org/10.1017/S0263574712000720>, 2020 (March, 24).
- Manley, Justin E. **Unmanned Surface Vehicles, 15 Years of Development** [Online]. Available URL: <https://www.ieeeoes.org/history/080515-175.pdf>, 2020 (March, 27).
- Murphy, Patrick J. and Ray W. Coye. **Mutiny and Its Bounty: Leadership Lessons from the Age of Discovery**. Connecticut: Yale University Press, 2013.

- Park, Jeonghong and others. “Development of an Unmanned Surface Vehicle System for the 2014 Maritime RobotX Challenge.” **Journal of Field Robotics** 34, 4 (June 2017): 644-665.
- Planet Communications. **Information Dissemination: Eureka! Wave Glider** [Online]. Available URL: https://www.planetcomm.com/PlanetComm_Liquid-Robotics-Wave-Glider_SV3-1, 2020 (March, 24).
- National Oceanic and Atmospheric Administration. **Drones at sea: Unmanned vehicles to expand data collection from far-flung locales** [Online]. Available URL: <https://www.noaa.gov/stories/drones-at-sea-unmanned-vehicles-to-expand-data-collection-from-far-flung-locales>, 2020 (March, 27).
- Nederlandse Vereniging voor Vervoerrecht. **Reply by The Nederlandse Vereniging Voor Vervoerrecht (NVV) (Dutch Transport Law Association) To the CMI Question are of March 2017 with Regard to Unmanned Ships** [Online]. Available URL: <https://comitemaritime.org/wp-content/uploads/2018/05/CMI-IWG-Questionnaire-Unmanned-Ships-NETHERLANDS.pdf>, 2020 (March, 27).
- Orthmann, Andrew. **Bering Sea ASV Force Multiplier** [Online]. Available URL: <https://asvglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Bering-Sea-ASV-Force-Multiplier.pdf>, 2020 (March, 27).
- Paine, Lincoln. **The Sea and Civilization: A Maritime History of the World**. New York City: Random House, 2015.
- Parker, Dana T. **Square Riggers in the United States and Canada: A Current Directory of Sailing Ships**. United States: Transportation Trails, 1994.
- Saildrones. **Saildrone Fleet Launches in New Zealand on Epic Journey** [Online]. Available URL: <https://www.saildrone.com/news/saildrone-antarctic-circumnavigation-launch-bluff-nz>, 2020 (March, 29).
- Schmitt, Michael N. and David S. Goddard. **International law and the military use of unmanned maritime systems** [Online]. Available URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/international-law-and-the-military-use-of-unmanned-maritime-systems/82EE27C1585B68087886773315E6953D>, 2020 (April, 10).

- Stein, Amanda D. **NPS Acquires Two USVs, Opens Sea Web Lab for Expanded Undersea Warfare Research** [Online]. Available URL: https://www.navy.mil/submit/display.asp?story_id=64803, 2020 (March, 24).
- The Hague Conventions of 1899 and 1907.
- The ophilus, H. P. **English Law and Equity Reports**. Great Britain: Little, Brown and Co., 1854.
- The Seattle Times. **Saildrones go where humans can't - or don't want to - to study the world's oceans** [Online]. Available URL: <https://www.Seattletimes.com/seattle-news/science/saildrones-go-where-humans-cant-or-dont-want-to-to-study-the-worlds-oceans/>, 2020 (March, 27).
- Unmanned Systems Technology. **General Dynamics Showcases Ship Hull Inspection AUV** [Online]. Available URL: <https://www.unmannedsystems-technology.com/2016/09/general-dynamics-showcases-ship-hull-inspection-auv/>, 2020 (March, 24).
- United Nation Convention of the Law of the Sea, 1982.
- Vaneck, Thomas W. and others. “Automated Bathymetry using an Autonomous Surface Craft.” **Journal of the Institute of Navigation** 43 (1996): 407-417.
- Wilkens, Ross. **Lockheed makes second investment in AI chip maker** [Online]. Available URL: <https://washingtontechnology.com/articles/2018/03/21/lockheed-venture-mythic.aspx>, 2020 (March, 24).
- Yakowicz, Will. **Saildrone Hopes Its Robotic Sailboats Can Save the World by Collecting Precise Climate-Change** [Online]. Available URL: <https://www.inc.com/will-yakowicz/disruptor-25-2017-saildrone.html>, 2020 (March, 24).

ปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา
ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

สุณิษฐา อีร์โรจน์วิทย์

**ปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา**
**The Problems of the Usury on Loans under the Civil and Commercial Code
and Excessive Interest Rate Prohibition Act**

สุนิชา ธีรโรจน์วิทย์*
Sunichaya Dhirarotwit

บทคัดย่อ

การเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดในการกู้เงินนอกระบบเป็นปัญหาสำคัญที่นอกจากหน่วยงานภาครัฐต่างร่วมกันแสวงหาแนวทางการให้ช่วยเหลือลูกหนี้ให้รอดพ้นจากการเอารัดเอาเปรียบของเจ้าหนี้แล้ว ยังเป็นเรื่องที่มีคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาและก่อให้เกิดข้อถกเถียงถึงความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีในลักษณะนี้อยู่เสมอ เนื่องจากในการตกลงทำสัญญากู้ยืมเงินดังกล่าว ลูกหนี้ส่วนใหญ่อยู่ฐานะเสียเปรียบต้องจ่ายดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเกินสมควรและเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตามสำหรับปัญหาในเรื่องนี้มีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ที่ 5376/2560 วางหลักการให้ความเป็นธรรมที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในอดีตได้อย่างน่าสนใจ โดยศาลฎีกาพิพากษาให้นำเงินที่ลูกหนี้ได้ชำระดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไปหักออกจากเงินต้นส่วนที่ลูกหนี้ยังคงค้างชำระไว้กับเจ้าหนี้ได้ ถือเป็นการปรับใช้กฎหมายเพื่อความยุติธรรมและคุ้มครองลูกหนี้ที่มีสถานการณ์ต่อรองที่ต่ำกว่าได้อย่างชอบธรรม และน่าจะถือเป็นการวางแนวทางคำพิพากษาในคดีลักษณะดังกล่าวนี้ต่อไป

คำสำคัญ: ดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด, หนี้นอกระบบ, ชำระหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, LL.M in Human Rights (with Merit), University of Reading. E-mail: s.dhirarotwit@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Thammasat University, LL.M. at Thammasat University, Barrister at Law at Thai Bar under the Royal Patronage, LL.M in Human Rights (with Merit), University of Reading, UK.

วันที่รับบทความ (received) 29 สิงหาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 13 กุมภาพันธ์ 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 กุมภาพันธ์ 2563.

Abstract

The usury on loans sharking is a major problem that the government agencies are finding waysd to help debtors to escape from the exploitation of creditors. Moreover, this issue has always been brought up to the Supreme Court's consideration and has always caused debates about the fairness of such cases. Due to the negotiation for the agreement on loans, most debtors are at a disadvantage; therefore, they have to unavoidably pay a very high rate of interest. However, at present, there is a new way of the decision according to the Supreme Court case no. 5376/2560 which has interpreted the principle of law to make it fairer and makes differences from all the past judgments. The Supreme Court specified that the excessive paid interest by the debtor will be deducted from the principal amount that the debtor has still owed the creditor. This is the way to apply the law with fairness aiming to protect the disadvantaged debtor. Besides, it is regarded as the model of the judgement in such area accordingly.

Keywords: rate of interest excessive of the legal limit, loan sharks, performance of debt contrary to legal prohibition

1. บทนำ

จากสถิติการสำรวจของกระทรวงการคลัง พบว่าการให้บริการทางการเงินและสินเชื่อในระดับฐานรากยังคงมีระดับอัตราที่สูงทั้งในส่วนการกู้ยืมเงินในระบบ¹ และนอกระบบ² นอกจากนี้จากรายงานสถิติคดี ประจำปี 2558 ของสำนักงานศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักร ศาลชั้นต้นได้พิจารณาคดีในเรื่องการยืม ไปทั้งหมด 14,908 คดี³ และในปี 2560 คดีที่เกี่ยวกับการกู้ยืมถือเป็นประเภทคดีที่มีปริมาณเข้าสู่การพิจารณาสูงสุดติดอันดับ 4 ในประเภทคดีแพ่งทั้งหมดที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลฎีกา⁴ จึงแสดงให้เห็นว่าปัญหาตามสัญญากู้ยืมเงินโดยเฉพาะการกู้ยืมเงินที่คิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดยังคงเป็นปัญหาสำคัญที่องค์กรภาครัฐพยายามแสวงหาแนวทางการแก้ไขปัญหาคดีที่เจ้าหน้าที่เฝ้าระวังเอาเปรียบ และการแสวงหาประโยชน์ที่เกินสมควรจากลูกหนี้ นอกจากความพยายามแก้ปัญหขององค์กรของรัฐบาลแล้ว องค์กรตุลาการในฐานะองค์กรที่พึ่งสุดท้ายของประชาชนก็ตระหนักถึงการให้ความเป็นธรรมแก่ลูกหนี้ในคดีการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามกฎหมายด้วยเช่นกัน บทความนี้ได้กล่าวถึงความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับดอกเบี้ย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอัตราดอกเบี้ยและการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามสัญญากู้ยืมเงิน รวมถึงปัญหาการชำระหนี้ดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนด ตลอดจนแนวทางการปรับใช้กฎหมายเพื่อให้ความเป็นธรรมของศาลในคดีดังกล่าว

2. ความหมายและความทั่วไปเกี่ยวกับดอกเบี้ย

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 ให้คำนิยามคำว่า “ดอกเบี้ย” หมายถึง ผลประโยชน์ที่บุคคลหนึ่งต้องใช้ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เพื่อการที่ได้ใช้เงินของบุคคลนั้น หรือเพื่อการไม่ชำระหนี้หรือชำระหนี้ไม่ถูกต้องหรือชำระหนี้ล่าช้า ทั้งนี้ โดยคำนวณเป็นรายวัน รายเดือนหรือรายปี จากยอดเงินต้น

¹สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, รายงานการเงินฐานรากไตรมาสที่ 1 ปี 2561 โครงการ “ศ”: ศึกษาโดยไม่หยุดนิ่ง [Online], available URL: <http://www2.fpo.go.th:81/FIDP/Source/Article/Source/data/บทความสถานการณ์การเงินฐานรากไตรมาสที่%201%20ปี%202561.pdf>, 2562 (มีนาคม, 26).

²กระทรวงการคลัง, การแก้ไขปัญหานี้ออกระบบอย่างบูรณาการและยั่งยืน [Online], available URL: https://1359.go.th/committee/doc/ภาครัฐ_การแก้ไขปัญหานี้ออกระบบ.pdf, 2562 (มีนาคม, 27).

³สำนักงานศาลยุติธรรม, สำนักแผนงานและงบประมาณ, รายงานสถิติคดีศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักร ประจำปี พ.ศ.2558 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรดาวรุ่ง, 2559), หน้า 119.

⁴สำนักงานศาลยุติธรรม, สำนักแผนงานและงบประมาณ, รายงานจำนวนข้อหาที่เข้าสู่การพิจารณาสูงสุด 5 อันดับแรกของศาลฎีกา ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2560 (กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรดาวรุ่ง, 2561), หน้า 56.

หรือยอดเงินที่ต้องชำระ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปัจจุบันไม่ได้บัญญัติให้นิยาม ดอกเบี้ยไว้⁵ แต่เมื่อย้อนไปพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2471 มาตรา 111 (2) ได้บัญญัติไว้ว่าดอกเบี้ยเงิน คือ “ดอกเบี้ย กำไร ค่าเช่า ค่าปันผล หรือลาภอื่นๆ ที่ได้เป็นครั้งเป็นคราว แก่เจ้าทรัพย์จากผู้อื่นเพื่อที่ได้ใช้ทรัพย์นั้น...” ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ดอกเบี้ย ตามความหมายของ กฎหมาย คือดอกเบี้ยเงินประเภทหนึ่งที่เจ้าของทรัพย์ได้รับจากผู้อื่นเป็น ครั้งคราวเพื่อตอบแทนการ ที่ได้ใช้ทรัพย์นั้น นอกจากนี้เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 ซึ่งบัญญัติว่า “หนี้เงินนั้น ท่านให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้ สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น” ดอกเบี้ยจึงยัง มีความหมายรวมถึงค่าเสียหายอันเกิดจากการผิดนัดไม่ชำระหนี้เงินอีกด้วย⁶

หากพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดอกเบี้ยเป็นค่าตอบแทนในสัญญากู้ยืมซึ่งเป็น สัญญาใช้สິณเปลืองอย่างหนึ่ง ค่าตอบแทนในสัญญาใช้สິณเปลืองประเภทอื่นๆ จะไม่เรียกว่าดอกเบี้ย เช่น การยืมข้าวเปลือกโดยให้ผลตอบแทนเป็นข้าวเปลือก ค่าตอบแทนลักษณะนี้เป็นผลประโยชน์อื่นซึ่งไม่ใช่ ดอกเบี้ยในความหมายของกฎหมาย จึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา⁷ ดังนั้น คำว่าดอกเบี้ยจึงมีความหมายถึงการให้ผลประโยชน์ตอบแทนที่เกิดจากหนี้เงินตามสัญญากู้ยืม เงินโดยเฉพาะ อย่างไรก็ตามการชำระดอกเบี้ย ลูกหนี้อาจจะชำระด้วยทรัพย์สินอื่นก็ได้ เนื่องจากกฎหมาย ไม่ได้บังคับให้ลูกหนี้ต้องชำระดอกเบี้ยด้วยเงินตราเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ในการชำระดอกเบี้ยด้วย ทรัพย์สินอื่นจะต้องมีการคำนวณมูลค่าของทรัพย์สินมาเป็นเงินตราเสียก่อน⁸ เนื่องจากกฎหมายได้มี การกำหนดอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงสุดที่เจ้าหนี้อาจเรียกเอาจากลูกหนี้ได้ไว้ หากมูลค่าทรัพย์สินอื่นที่นำมา ชำระค่าดอกเบี้ยเมื่อคำนวณเป็นตัวเงินแล้วเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินไปเกินสมควร ตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืมเงิน ข้อตกลงการชำระดอกเบี้ยด้วยทรัพย์สินอื่นนั้นย่อมเป็นโมฆะตาม

⁵ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 148 บัญญัติว่า “ดอกเบี้ยเงิน หมายถึงดอกเบี้ยเงิน หรือ ประโยชน์อย่างอื่นที่ได้มาเป็นครั้งคราวแก่เจ้าของทรัพย์จากผู้อื่นเพื่อการที่ได้ใช้ทรัพย์นั้น และสามารถคำนวณและ ถือเอาได้เป็นรายวันหรือตามระยะเวลาที่กำหนดไว้.”

⁶พรชนก ขวอรอด, “ปัญหาและอุปสรรคการใช้กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา,” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558), หน้า 24-25.

⁷โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1015/2512.

⁸สุธีร์ ศุภนิตย, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2558), หน้า 120.

⁹ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 บัญญัติว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้า ต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี.”

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560¹⁰ ดังนั้น ในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยในสัญญา กู้ยืมเงินจึงต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560 อันเป็นกฎหมายหลัก และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราตามสัญญากู้ยืมเงิน ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปด้วย

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอัตราดอกเบี้ยจากการกู้ยืมเงิน

การกู้ยืมเงินนั้นสามารถแบ่งได้เป็น การกู้เงินนอกระบบ กล่าวคือ การกู้ยืมนอกระบบธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินที่อยู่นอกเหนือการควบคุมตรวจสอบของกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทย¹¹ โดยความเข้าใจของคนทั่วไปแล้วมักหมายถึง การกู้ยืมเงินกันเองระหว่างบุคคลธรรมดาโดยทั่วไปและการกู้เงินในระบบ คือ การกู้เงินจากธนาคารพาณิชย์และสถาบันการเงินที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรภาครัฐ ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่กำหนดอัตราดอกเบี้ยสำหรับเงินกู้ยืม ดังนี้

1) ดอกเบี้ยสำหรับเงินกู้ยืมทั่วไป ซึ่งเป็นการกู้ยืมระหว่างบุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่สถาบันการเงิน จะอยู่ภายใต้บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ซึ่งบัญญัติอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ไว้ร้อยละ 15 ต่อปีซึ่งจะได้อธิบายในรายละเอียดในลำดับถัดไป และ

2) ดอกเบี้ยสำหรับเงินกู้ยืมจากสถาบันการเงิน จะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมของสถาบันการเงิน พ.ศ.2523 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้สถาบันการเงิน ซึ่งได้แก่ ธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน บริษัทหลักทรัพย์ และบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ และสถาบันการเงินอื่นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง กำหนดโดยคำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทย สามารถคิดดอกเบี้ยเงินกู้ได้ในอัตราที่สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีได้

¹⁰ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560 มาตรา 4 (3) บัญญัติว่า “บุคคลใดให้บุคคลอื่น กู้ยืมเงินหรือกระทำการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการอำพราง การให้กู้ยืมเงิน โดยมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...

(3) กำหนดจะเอาหรือรับเอาซึ่งประโยชน์อย่างอื่นนอกจากดอกเบี้ย ไม่ว่าจะเงิน หรือสิ่งของ หรือโดยวิธีการใดๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้นั้นเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืมเงิน”

¹¹ วนิดา อินทรอำนวย, การกู้ยืมเงินและการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด [Online], available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1835,2562 (พฤษภาคม, 8).

ในกรณีการกู้ยืมเงินหนึ่่นนระบบนั้น จะเห็นว่าในประเทศไทยนั้นมีการกู้ยืมเงินหนึ่่นนระบบจำนวนมาก¹² ซึ่งเกิดจากสาเหตุหลายประการ เช่น ความสะดวก การไม่สามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนอย่างธนาคารพาณิชย์เนื่องจากไม่มีหลักประกันหรือหลักฐานในการเข้าทำธุรกรรม ความรวดเร็วในการได้รับเงิน วัตถุประสงค์การใช้เงิน เป็นต้น ซึ่งทำให้ผู้กู้จำนวนมากเลือกที่จะกู้เงินกับผู้ให้กู้ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งสามารถกู้เงินได้อย่างง่ายดาย สะดวก และรวดเร็ว แต่เนื่องจากอำนาจต่อรองที่ต่ำกว่าของผู้กู้ การขาดความรู้ที่เกี่ยวข้องกับอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด ความจำเป็นเร่งด่วนในการใช้เงิน หรือเหตุผลประการอื่น ทำให้ในการกู้ยืมเงินระหว่างบุคคลธรรมดานั้นมีการคิดอัตราดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

ทั้งนี้ ในการกู้ยืมเงินระหว่างบุคคลธรรมดานั้นอาจมีการคิดดอกเบี้ยหรือไม่ก็ได้หากคู่สัญญาตกลงกันไม่คิดดอกเบี้ยตามสัญญากู้ยืมเงิน การกู้ยืมเงินกรณีนี้จึงไม่ต้องเสียดอกเบี้ยตามที่ได้ตกลงกันตามสัญญา แต่เมื่อใดหากลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงไว้ ลูกหนี้ก็ยังคงต้องเสียดอกเบี้ยเพราะเหตุผิดนัดตามมาตรา 224 ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ซึ่งถือเป็นดอกเบี้ยโดยผลของกฎหมาย อย่างไรก็ตามหากคู่สัญญาตกลงให้มีการคิดดอกเบี้ยบนเงินกู้ยืมแล้ว แต่ไม่มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 7 บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและกันได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมายอันชัดแจ้ง ให้ใช้อัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี” ซึ่งทำให้ผู้ให้กู้สามารถคิดดอกเบี้ยเงินกู้ยืมได้ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีในกรณีที่มีการตกลงกันระหว่างคู่สัญญาว่าจะมีการคิดดอกเบี้ย แต่ไม่มีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่เฉพาะเจาะจงไว้ในการทำสัญญากู้ยืมเงิน สำหรับในกรณีที่มีการตกลงในเรื่องอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ระหว่างคู่สัญญา การคิดดอกเบี้ยย่อมเป็นไปตามที่คู่สัญญาตกลงกันตามหลักเสรีภาพแห่งการแสดงเจตนา อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอัตราดอกเบี้ยขั้นสูงไว้ว่า “ท่านห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยเกินร้อยละสิบห้าต่อปี ถ้าในสัญญากำหนดดอกเบี้ยเกินกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นร้อยละสิบห้าต่อปี” ทำให้ในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยนั้น หากมีการกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้สูงเกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปี จะมีผลทำให้อัตราดอกเบี้ยนั้นลดลงเหลือเพียงร้อยละ 15 ต่อปี ซึ่งบทบัญญัติมาตราดังกล่าวนั้นได้ใช้บังคับตั้งแต่นั้น ปี พ.ศ.2468

¹² กระทรวงการคลัง, การแก้ไขปัญหาหนี้ระบบอย่างบูรณาการและยั่งยืน [Online], available URL: https://1359.go.th/committee/doc/ภาครัฐ_การแก้ไขปัญหาหนี้ระบบ.pdf, 2562 (มีนาคม, 27) และ RYT9, รายงานความคืบหน้าการแก้ไขปัญหาหนี้ระบบประจำเดือนเมษายน 2561 [Online], available URL: <https://www.ryt9.com/s/mof/2828738>, 2562 (มีนาคม, 27).

ต่อมาในปี พ.ศ.2475 ได้มีการตราพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475¹³ ซึ่งมีสภาพบังคับทางอาญาขึ้นจึงมีผลทำให้การเรียกดอกเบี้ยในอัตราที่เกินกว่าร้อยละ 15 ต่อปีนั้นเป็นการทำนิติกรรมที่ต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมายตามมาตรา 150 (เดิม มาตรา 113) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทำให้การเรียกดอกเบี้ยนั้นตกเป็นโมฆะ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 173 ที่บัญญัติไว้ว่า “ถ้าส่วนหนึ่งส่วนใดของนิติกรรมเป็นโมฆะ นิติกรรมนั้นย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น เว้นแต่จะพึงสันนิษฐานได้โดยพฤติการณ์แห่งกรณีว่า คู่กรณีเจตนาจะให้ส่วนที่ไม่เป็นโมฆะนั้นแยกออกจากส่วนที่เป็นโมฆะได้” จึงทำให้เฉพาะส่วนที่เป็นการคิดอัตราดอกเบี้ยตามสัญญาเท่านั้นที่ตกเป็นโมฆะ ทำให้มีผลเสมือนไม่ได้มีข้อตกลงในเรื่องดอกเบี้ยนั้นอยู่เลย แต่ในส่วนของต้นเงินนั้นยังคงมีผลสมบูรณ์ซึ่งผู้กู้ยังจะต้องชดใช้คืนให้แก่ผู้ให้กู้ รวมถึงดอกเบี้ยผิพนัด ตามมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันที่ผิพนัด อย่างไรก็ตามต่อมาในปี พ.ศ.2560 ได้มีการตราพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560¹⁴ ซึ่งมีผลเป็นการยกเลิก

¹³ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 บัญญัติว่า “บุคคลใด

(ก) ให้บุคคลอื่นยืมเงินโดยคิดดอกเบี้ยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือ

(ข) เพื่อปิดบังการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราท่านบัญญัติไว้ในกฎหมาย บังอาจกำหนดข้อความอันไม่จริงในเรื่องจำนวนเงินกู้หรืออื่นๆ ไว้ในหนังสือสัญญา หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้ หรือ

(ค) นอกจากดอกเบี้ย ยังบังอาจกำหนดจะเอา หรือรับเอาซึ่งกำไรอื่นเป็นเงินหรือสิ่งของ หรือโดยวิธีเพิกถอนหนี้ หรืออื่นๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืม

ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดฐานเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 4 บัญญัติว่า “บุคคลใดโดยรู้อยู่แล้วได้มา แม้จะได้เปล่าซึ่งสิทธิที่จะเรียกร้องจากบุคคลอื่นอันผิดบัญญัติที่กล่าวไว้ในมาตรา 3 และใช้สิทธินั้นหรือพยายามถือเอาประโยชน์แห่งสิทธินั้น ท่านว่าบุคคลนั้นมีความผิดต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3 นั้น”.

¹⁴ พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560 มาตรา 4 บัญญัติว่า “บุคคลใดให้บุคคลอื่นกู้ยืมเงินหรือกระทำการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการอำพราง การให้กู้ยืมเงิน โดยมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้

(2) กำหนดข้อความอันเป็นเท็จในเรื่องจำนวนเงินกู้หรือเรื่องอื่นๆ ไว้ในหลักฐานการกู้ยืม หรือตราสารที่เปลี่ยนมือได้เพื่อปิดบังการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด หรือ

(3) กำหนดจะเอาหรือรับเอาซึ่งประโยชน์อย่างอื่นนอกจากดอกเบี้ย ไม่ว่าจะเป็นเงิน หรือสิ่งของ หรือโดยวิธีการใดๆ จนเห็นได้ชัดว่าประโยชน์ที่ได้รับนั้นมากเกินส่วนอันสมควรตามเงื่อนไขแห่งการกู้ยืมเงิน”.

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560 มาตรา 5 บัญญัติว่า “บุคคลใดได้มาซึ่งสิทธิเรียกร้องจากบุคคลอื่นโดยรู้ว่าเป็นสิทธิที่ได้มาจากการกระทำความผิดตามมาตรา 4 และใช้สิทธินั้นหรือพยายามถือเอาประโยชน์แห่งสิทธินั้น ต้องระวางโทษ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4”.

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ซึ่งได้ใช้บังคับมาแล้วเป็นเวลานาน และได้มีการแก้ไขในส่วนของบริษัทบัญญัติให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับการทำธุรกรรมต่างๆ ในสถานการณ์ปัจจุบันที่มีความก้าวหน้าและซับซ้อนยิ่งขึ้นเพื่อการเลี่ยงกฎหมายเดิมโดยวิธีการต่างๆ รวมทั้งมีการให้กู้ยืมเงินที่มีการเรียกดอกเบี้ยที่สูงเกินส่วน หรือเกินอัตรา หรือเรียกเอาประโยชน์อย่างอื่นเพิ่มเติม นอกเหนือจากดอกเบี้ยซึ่งยังคงเป็นปัญหาสำคัญในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย อีกทั้งมีการเพิ่มบริษัทบัญญัติในส่วนของบริษัททางอาญาให้มีความรุนแรงยิ่งขึ้นจากเดิมระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อย่างไรก็ตาม มาตรการทางกฎหมายในส่วนของการกำหนดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ก็ยังคงมีผลเป็นโมฆะเช่นเดิม

4. ปัญหาการชำระหนี้ดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา

ถึงแม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ซึ่งได้ถูกยกเลิกและใช้พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560 แทนซึ่งทำให้การคิดอัตราดอกเบี้ยสูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีตกเป็นโมฆะแล้ว ปัญหาที่ยังคงมีอยู่ว่า ในกรณีที่ผู้กู้ได้ชำระดอกเบี้ยในอัตราที่สูงกว่าร้อยละ 15 ต่อปีให้แก่ผู้ให้กู้ไปแล้ว จะมีผลเป็นเช่นไร โดยคำพิพากษาศาลฎีกานำเสนอในประเด็นนี้¹⁵ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5376/2560 วินิจฉัยว่า “การที่จำเลยยอมชำระดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้แก่โจทก์ ถือได้ว่าเป็นการชำระหนี้ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411 จำเลยหาอาจเรียกร้องให้คืนเงินดอกเบี้ยที่ชำระได้ไม่ แต่ในข้อนี้ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า โจทก์ในฐานะผู้ให้กู้เป็นฝ่ายเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้จากจำเลย เมื่อข้อตกลงเรื่องดอกเบี้ยเป็นโมฆะแล้วและจำเลยไม่อาจเรียกร้องให้คืนเงินดอกเบี้ยที่ชำระฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายได้ โจทก์ก็ย่อมไม่สมารถเรียกดอกเบี้ยดังกล่าวด้วย ดังนั้นดอกเบี้ยที่จำเลยชำระให้แก่โจทก์ 7,500 บาท ไปหักเงินต้นตามหนังสือสัญญากู้เงิน...”

¹⁵ ก่อนหน้าคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5376/2560 นี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2131/2560 วินิจฉัยว่า การที่ลูกหนี้ชำระดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดถือว่าจำเลยชำระหนี้โดยจงใจฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือเป็นการกระทำความผิดตามอาเภอใจเสมือนหนึ่งว่าเพื่อชำระหนี้โดยรู้ตัวว่าตนไม่มีความผูกพันตามกฎหมายที่ต้องชำระ จำเลยจึงไม่เสียสิทธิที่จะได้รับทรัพย์สินคืนตามหลักกฎหมายได้และเมื่อดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะเจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิได้ดอกเบี้ยก่อนผิพนัด จึงพิพากษาให้นำเงินที่ลูกหนี้ชำระไปแล้วไปชำระหนี้ในส่วนต้นเงินทั้งหมด.

คำพิพากษาศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่ในคดีนี้ มีสาระสำคัญที่น่าสนใจในหลายประเด็น ดังนี้

1) คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้เป็นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ขยายขอบเขตการพิจารณาในแง่ความยุติธรรมของคู่ความทั้งสองฝ่าย คือทั้งฝ่ายของผู้ให้กู้และฝ่ายของผู้กู้ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างมีส่วนในการทำนิติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายตามพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 ประกอบกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 ทำให้ข้อตกลงที่เกี่ยวกับดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ ประเด็นแห่งคดีจึงอยู่ที่ฝ่ายผู้กู้ที่ยอมชำระดอกเบี้ยเกินอัตราร้อยละ 15 ต่อปีให้แก่ผู้ให้กู้ไปแล้ว ดอกเบี้ยดังกล่าวซึ่งอันที่จริงแล้วเป็นเงินของผู้กู้ แต่เมื่อเป็นการชำระหนี้ดอกเบี้ย ฝ่าฝืนกฎหมายเรื่องดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด จึงทำให้เกิดผลในทางเสียสิทธิตามหลักกฎหมายลามิควรได้ ตามมาตรา 411 อย่างไรก็ตามในขณะที่เดียวกันฝ่ายผู้ให้กู้ที่เรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่ย่อมมีส่วนฝ่าฝืนกฎหมายพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 และย่อมเป็นผู้ร่วมก่อนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ข้อตกลงการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นโมฆะ ผู้ให้กู้ก็ย่อมไม่มีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะแสวงประโยชน์ หรือได้ประโยชน์จากดอกเบี้ยเกินอัตราที่เป็นโมฆะ และเป็นทรัพย์สินของฝ่ายผู้กู้ที่ได้ชำระไว้

2) ปัญหาในลักษณะคดีเช่นนี้ เดิมเคยมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในอดีต¹⁶ วินิจฉัยไว้ว่า โจทก์คิดดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475 มาตรา 3 ประกอบด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 654 มีผลให้ดอกเบี้ยตกเป็นโมฆะ แต่เมื่อจำเลยชำระดอกเบี้ยดังกล่าวด้วยความสมัครใจตามที่ตกลงกู้ยืมเงินกับโจทก์ จึงเป็นการชำระหนี้ตามอำเภอใจและเป็นการชำระหนี้อันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายตามมาตรา 407 และมาตรา 411 จำเลยจะเรียกดอกเบี้ยคืนหรือนำมาหักชำระหนี้ต้นเงินหาได้ไม่

จะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาศาลฎีกาในอดีต มุ่งประเด็นที่ผู้กู้ฝ่ายเดียวที่ฝ่าฝืนกฎหมายการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา เมื่อผู้กู้ยอมชำระหนี้ดังกล่าว จึงเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะลามิควรได้ตามมาตรา 407 และ มาตรา 411 จึงไม่มีสิทธิเรียกคืนดอกเบี้ยดังกล่าวได้

3) สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5376/2560 นี้ศาลฎีกาได้ขยายการพิจารณาวินิจฉัยให้รวมถึงการทำนิติกรรมทั้งสองฝ่ายคือ ฝ่ายผู้ให้กู้ซึ่งเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา ซึ่งเป็นผู้มีส่วนสำคัญในการฝ่าฝืนกฎหมายการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา อันเป็นการทำนิติกรรมที่ไม่ชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

¹⁶โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5926/2533, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2167/2545 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4738/2552.

มาตรา 150 ทำให้ข้อตกลงในส่วนดอกเบี้ยยตกเป็นโมฆะ ดังนั้นผู้ให้กู้จึงยอมไม่มีสิทธิอันชอบธรรมที่จะได้ประโยชน์จากดอกเบี้ยเกินอัตราที่ผู้กู้ได้ชำระให้ไว้

4) ความยุติธรรมของคดีนี้จึงอยู่ที่ประเด็นว่าดอกเบี้ยที่เกินอัตราที่ผู้กู้ได้ชำระแก่ผู้ให้กู้ไปแล้วนั้น ควรจะจัดการให้เป็นธรรมได้อย่างไร เพราะฝ่ายผู้กู้ยอมถูกตัดสิทธิไม่ให้ได้รับคืนทรัพย์สินดังกล่าว หรือมิให้เรียกครองคืนทรัพย์สินดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะลาก มีควรได้ตามมาตรา 411 คำพิพากษาศาลฎีกาที่จึงหาทางออกที่ยุติธรรม และไม่เป็นการฝ่าฝืนหรือขัดต่อบทกฎหมายมาตรา 411 ในเรื่องการตัดสิทธิที่จะรับทรัพย์สิน หรือการเรียกครองคืนทรัพย์สิน กล่าวคือคดีนี้ผู้กู้ยังคงมีหนี้ค้างชำระต้นเงินอยู่กับผู้ให้กู้ ดังนั้นโดยอำนาจทั่วไปของศาลตามกระบวนการพิจารณาจึงกำหนดให้นำเงินในส่วนดอกเบี้ยเกินอัตราที่ผู้กู้ชำระไว้กับผู้ให้กู้ไปหักกลับกับเงินต้นที่ผู้กู้ยังคงค้างชำระอยู่

5) โดยการวินิจฉัยเช่นนี้ ดอกเบี้ยที่ผู้ให้กู้เรียกเกินอัตราและผู้กู้ชำระไป ซึ่งตกเป็นโมฆะแล้ว ผู้ให้กู้ก็ไม่มีสิทธิได้ประโยชน์จากดอกเบี้ยนั้น เพราะเป็นผู้ร่วมก่อนิติกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย ในส่วนของผู้กู้เองก็จะได้ดอกเบี้ยดังกล่าวคืน หรือเรียกครองดอกเบี้ยดังกล่าวคืนได้ เพราะเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 411 โดยตรง อย่างไรก็ตามในคำพิพากษาของศาลเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับคู่ความจึงให้นำไปหักกลับกับหนี้เงินต้นที่ผู้กู้ค้างอยู่กับผู้ให้กู้ เป็นการตัดสินให้เกิดความยุติธรรมในการพิจารณาคดีที่ทำให้ข้อสงสัยในเรื่องความเป็นธรรมตามแนวคำพิพากษาเก่าๆ ในปัญหาว่าผู้ให้กู้ยังคงได้รับประโยชน์ในเงินที่ผู้กู้ได้ชำระเกินอัตราที่กฎหมายกำหนดไปแล้วนั้น หมดความสงสัยอีกต่อไป

6) คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการการให้ความยุติธรรมและความชอบด้วยกฎหมายได้อย่างเหมาะสมกับรูปคดีลักษณะนี้เป็นอย่างยิ่ง จึงน่าเชื่อว่าจะเป็นแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นหลักของลักษณะคดีประเภทนี้ต่อไป อย่างไรก็ตาม เนื่องจากคดีนี้ผู้กู้ยังคงมีหนี้ค้างชำระต้นเงินต่อผู้ให้กู้ ศาลฎีกาจึงพิพากษาให้ความเป็นธรรม โดยให้นำเงินค่าดอกเบี้ยเกินอัตราที่ลูกหนี้ชำระไปแล้วหักกลับกับเงินต้นที่ลูกหนี้ยังคงค้างชำระ หากข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องที่ลูกหนี้ได้ชำระหนี้ต้นเงินทั้งหมดให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว น่าสนใจว่าศาลฎีกาจะมีแนวคำพิพากษาให้ความเป็นธรรมในคดีที่มีข้อเท็จจริงลักษณะนี้อย่างไรต่อไป

5. บทสรุป

แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5376/2560 นี้เป็นการให้ความเป็นธรรมและการพยายามหาทางออกเพื่อแก้ปัญหาการที่เจ้าหนี้ใช้สถานการณ์เป็นผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่าเอาเปรียบลูกหนี้ในสัญญากู้ยืมเงินโดยคิดอัตราดอกเบี้ยที่สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดอย่างไม่เป็นธรรม อย่างไรก็ตามนอกเหนือจากการปรับใช้กฎหมายให้ความยุติธรรมโดยศาลแล้ว หน่วยงานของรัฐอื่นๆ

อาทิ ธนาคารแห่งประเทศไทย สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ คณะกรรมการกำกับดูแลการแก้ไขปัญหาหนี้สินภาคประชาชน กรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) และสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ต่างก็มีความพยายามที่จะหาแนวทางและมาตรการร่วมกันในการแก้ปัญหาและปราบปรามการคิดดอกเบี้ยในอัตราที่สูงเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดโดยการกำหนดโทษทางอาญาต่อเจ้าหนี้สำหรับการกระทำดังกล่าว รวมถึงมาตรการต่างๆ ในการช่วยเหลือลูกหนี้ผ่านช่องทางอื่นๆ ของรัฐในการแก้ปัญหาหนี้้นอกระบบทั้งในภาพส่วนรวมและในแต่ละรายบุคคล โดยในปัจจุบันรัฐบาลมีแผนการในการแก้ไขปัญหาการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราในหนี้้นอกระบบเป็นห้าส่วน คือ¹⁷

1. การเร่งรัดให้หน่วยงานความมั่นคงทั้งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกรมสอบสวนคดีพิเศษกดดันจับกุมเจ้าหนี้ที่กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560
2. การเพิ่มช่องทางให้ลูกหนี้เข้าถึงสินเชื่อในระบบมากขึ้นผ่านธนาคารออมสิน และธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตร รวมทั้งการเข้าถึงสินเชื่อในระบบฟิโกไฟแนนซ์¹⁸
3. กระทรวงการคลังจัดตั้งคณะอนุกรรมการใกล้เคียงประណหมนี้ในทุกจังหวัด นอกจากนี้ยังจัดให้มีศูนย์ให้คำปรึกษาหนี้้นอกระบบขึ้นที่ธนาคารออมสิน และธนาคารเพื่อการเกษตรและสหกรณ์การเกษตรในทุกจังหวัดทั่วประเทศไทย
4. จัดตั้งคณะอนุกรรมการฟื้นฟูและพัฒนาศักยภาพการหารายได้เพื่อให้ความรู้แก่ลูกหนี้ในด้านการเงิน การทำมาหาเลี้ยงชีพแก่ลูกหนี้เพื่อให้สามารถปลดหนี้และตั้งตัวได้
5. พัฒนาเครือข่ายองค์กรการเงินชุมชนให้สามารถแก้ไขปัญหาหนี้้นอกระบบภายในชุมชนเองได้

การบูรณาการความร่วมมือขององค์กรต่างๆ ของรัฐบาล และการปรับใช้กฎหมายของศาลดังกล่าวต่างก็มุ่งหวังผลเดียวกันคือ มุ่งที่จะให้เป็นธรรมกับลูกหนี้ และเพื่อแก้ไขปัญหาการที่ลูกหนี้ถูกเอารัดเอาเปรียบให้ลดน้อยถอยลง โดยมุ่งหวังให้สามารถแก้ไขปัญหาหนี้้นอกระบบในเรื่องนี้ได้อย่างยั่งยืนได้ในที่สุด

¹⁷The Bangkok Insight, จัดให้! รัฐบาลเปิด 5 มิติแก้หนี้้นอกระบบอย่างยั่งยืน [Online], available URL: <https://www.thebangkokinsight.com/161133/>, 2562 (กรกฎาคม, 12).

¹⁸ฟิโกไฟแนนซ์ คือ สินเชื่อรายย่อยระดับจังหวัด ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง โดยมีจุดประสงค์ให้ประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนในระบบได้ เพื่อแก้ไขปัญหาหนี้้นอกระบบ.

บรรณานุกรม

- กระทรวงการคลัง. การแก้ไขปัญหานี้่นอกระบบอย่างบูรณาการและยั่งยืน [Online]. Available URL: https://1359.go.th/committee/doc/ภาครัฐ_การแก้ไขปัญหานี้่นอกระบบ.pdf, 2562 (มีนาคม, 27).
- เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม. “บทวิเคราะห์คำพิพากษา: คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5376/2560 (การเรียกคืนเงินที่ชำระดอกเบี้ยที่กำหนดโดยต้องห้ามตามกฎหมาย).” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 36, 1 (มีนาคม 2561): 155-163.
- พิมพ์ใจ รื่นเรือง. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพนันละชั้นต่อ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2557.
- พรชนก ขาวรอด. “ปัญหาและอุปสรรคการใช้กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา.” วิทยานพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2558.
- มานิช สุทธิวาหนฤพุดิ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ผากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประนีประนอมยอมความ การพนันละชั้นต่อ. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2535.
- วิชัย สุวรรณประเสริฐ. “ยุติธรรมเดินหน้าช่วยประชาชน: ดอกเบี้ยเงินให้กู้ยืมกับความรับผิดชอบทางอาญา (ตอน 2).” วารสารยุติธรรม 17, 5 (2560): 58-61.
- วนิดา อินทรอำนวย. การกู้ยืมเงินและการเรียกดอกเบี้ยเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1835, 2562 (พฤษภาคม, 8).
- สุธีร์ ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและผากทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พิมพ์ดี จำกัด, 2558.
- สมชัย ชีฆาอุตมากร. หมายเหตุท้ายฎีกา 5376/2560. ม.ป.พ.
- สุรางค์รัตน์ จำเนียรพล. นี่นอกระบบกับความเป็นธรรมทางสังคม [Online]. Available URL: <http://www.cusri.chula.ac.th/backup/download/cluster6.pdf>, 2562 (กรกฎาคม, 24).
- สำนักงานศาลยุติธรรม. สำนักแผนงานและงบประมาณ. รายงานสถิติคดีศาลยุติธรรม ทัวราชอาณาจักร ประจำปี พ.ศ.2558. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรดาวรุ่ง, 2559.

สำนักงานศาลยุติธรรม. รายงานจำนวนข้อหาที่เข้าสู่การพิจารณาสูงสุด 5 อันดับแรกของศาลฎีกา ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2560. กรุงเทพมหานคร: ศูนย์การพิมพ์เพชรดาวรุ่ง, 2561.

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. รายงานการเงินฐานราก ไตรมาสที่ 1 ปี 2561 โครงการ “ศ”: ศึกษาโดยไม่หยุดนิ่ง [Online]. Available URL: <http://www2.fpo.go.th:81/FIDP/Source/Article/Source/data/บทความสถานการณ์การเงินฐานรากไตรมาสที่%201%20ปี%202561.pdf>, 2562 (มีนาคม, 26).

อรรถธรณ เกษร. กฎหมายห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา [Online]. Available URL: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1763, 2562 (พฤษภาคม, 11).

RYT9. รายงานความคืบหน้าการแก้ไขปัญหาหนี้ในระบบประจำเดือนเมษายน 2561 [Online]. Available URL: <https://www.ryt9.com/s/mof/2828738>, 2562 (มีนาคม, 27).

The Bangkok Insight. จัดให้! รัฐบาลเปิด 5 มิติแก้หนี้ในระบบอย่างยั่งยืน [Online]. Available URL: <https://www.thebangkokinsight.com/161133/>, 2562 (กรกฎาคม, 12).

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2475.

พระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.2560.

ร่างพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1015/2512.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2131/2560.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2167/2545.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4738/2552.

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5926/2533.

การนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับ
ข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ

สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล

การนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาท
จากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ
Adopting the Concept of Community Justice in Resolving Disputes
from Encroachment on State Land Boundaries

สัจจวัฒน์ เรืองกาญจน์กุล*
Satchawat Ruengkankun

บทคัดย่อ

การทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดินระหว่างที่ดินของประชาชนกับที่ดินของรัฐ ในปัจจุบันถือเป็นปัญหาและอุปสรรคในการบริหารจัดการที่ดินและการใช้ประโยชน์ในที่ดินทั้งของรัฐและของประชาชนเป็นอย่างมาก ส่งผลให้เกิดเป็นข้อพิพาทเรื่องแนวเขตที่ดินระหว่างรัฐกับประชาชน และเป็นปัญหาสะสมวนเวียนอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน บางครั้งรัฐต้องดำเนินการฟ้องร้องและหรือขับไล่ประชาชน ออกจากที่ดินในคดีบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ จากกรณีปัญหาดังกล่าว รัฐมีการออกนโยบายและมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อนำมาเป็นแนวปฏิบัติในการลดปัญหาและการฟ้องร้องเป็นคดีข้อพิพาทจากการบุกรุกหรือการทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดินระหว่างที่ดินของรัฐกับประชาชน แต่ในช่วงหลายปีที่ผ่านมา ปัญหาและปรากฏการณ์ทางสังคมที่เกิดขึ้น ไม่ได้สะท้อนถึงการลดจำนวนคดีหรือข้อพิพาทลงได้อย่างที่ควรจะเป็น เพราะมาตรการทางกฎหมายที่รัฐใช้นั้นมักจะมุ่งเน้นการใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักซึ่งเป็นมาตรการเชิงการปราบปรามและลงโทษโดยรัฐเป็นผู้ดำเนินการฝ่ายเดียว โดยขาดกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนในลักษณะเชิงไกล่เกลี่ยป้องกันและนับวันยิ่งทวีความขัดแย้งและคดีพิพาทมากขึ้นระหว่างประชาชนกับภาครัฐในเรื่องแนวที่ดินกับพื้นที่เขตอนุรักษ์หรือเขตที่ดินของรัฐ

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: ruengkankun@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, LL.M. at Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 18 พฤศจิกายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 19 พฤษภาคม 2563.

เพื่อลดปัญหาข้อพิพาทและคดีความ ที่รัฐฟ้องร้องประชาชนกรณีการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ ควรนำแนวคิดยุทธธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาทแทนการใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักเพียงอย่างเดียว โดยการส่งเสริมให้ประชาชนซึ่งอยู่ในฐานะคู่กรณีพิพาทกับรัฐหันมาให้ความร่วมมือกับรัฐ ในลักษณะความเป็นหุ้นส่วน (Partnership) เพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาของชุมชนด้วยตนเองในลักษณะการร่วมคิด ร่วมวางแผน ร่วมดำเนินการและรับผลจากการดำเนินงานร่วมกัน เมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับการบุกรุกหรือการกำหนดแนวเขตที่ดินของรัฐ ควรให้ชุมชนใช้กระบวนการยุติธรรมชุมชนเข้ามาใช้เพื่อแก้ไขปัญหา และเป็นการใช้กระบวนการยุติธรรมชุมชนในเชิงสร้างสรรค์ เช่น การรับเรื่องร้องเรียนผ่านอาสาสมัครยุติธรรมชุมชนหรือโดยศูนย์ยุติธรรมชุมชน และการไกล่เกลี่ยโดยชุมชน และบังคับตามกฎหมายของชุมชน เป็นต้น ซึ่งทำให้รัฐและประชาชนอยู่ร่วมกันอย่างมีความสุขและเกิดความสมานฉันท์มากขึ้น

คำสำคัญ: ยุติธรรมชุมชน, แนวเขตที่ดินของรัฐ

Abstract

The overlapping of land boundaries between public land and state land is a problem and an obstacle. Disputes between the public and the state over land and land use have been a long-standing problem accumulating in Thai society. Sometimes, the state has to prosecute or expel people in case of invading the state land. In these cases, the state has promulgated policies and legal measures to be used as guidelines to reduce problems and litigation from disputes arising from intrusion or overlapping of land boundaries between state land and the public. However, in the past few years, problems and social phenomena have not reflected a reduction in the number of cases or disputes. This should be because the state legal measures usually focus on the implementation of legal procedures. The state takes unilateral action and lacks preventive mediation with public participation which increase land disputes and states reserved property.

To minimize the disputes and litigations in cases where the state sues the people for invasion of the land, the concept of community justice should be adopted to resolve these issues. Rather than employing the main justice system to resolve the dispute, the state should lead the community into dispute resolution process by encouraging people in dispute to cooperate with the state in a form of joint operations via means of collaborating, co-planning, co-implementing, and achieve the results in joint operations. When a dispute arises from trespassing or determining the boundary of the state's land, the state should permit the community justice into the process to solve problem creatively; for example, by accepting complains through community justice volunteers or mediating and enforcing rules by the community justice center. This would make the state and citizens live together happily and achieve greater unity.

Keywords: community justice, state land boundary

1. บทนำ

การบุกรุกพื้นที่ที่เป็นที่ดินของรัฐ ซึ่งรัฐได้สงวนหรือหวงห้ามไว้มีจำนวนเพิ่มมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากพื้นที่ป่าไม้ประเทศไทย ที่ลดลงจาก จำนวน 171,018,125 ไร่ หรือ ร้อยละ 53.33 ของพื้นที่ทั้งหมดของประเทศ ในปี พ.ศ.2504 เหลือเพียง 107,615,800 ไร่ หรือคิดเป็นร้อยละ 33.44 ของพื้นที่ทั้งหมดในประเทศใน พ.ศ.2551¹ ในการแก้ไขปัญหาที่ดินของภาครัฐส่วนหนึ่ง คือ การออกมาตรการทางกฎหมายเพื่อกำหนดเขตการใช้ที่ดินไว้ โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเขตการใช้ที่ดินหลายฉบับ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรีอีกหลายกรณี สืบเนื่องจากการมีกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีจำนวนมากนั้น ส่งผลให้มีแนวเขตที่ดินจำนวนมากที่ประกาศตามกฎหมายและมติคณะรัฐมนตรีแต่ละฉบับประกอบกับแผนที่แนบท้ายประกาศแต่ละฉบับมีมาตราส่วนที่แตกต่างกัน โดยการสำรวจรังวัดในพื้นที่หนึ่ง แต่มีการใช้แนวเขตที่ดินจากกฎหมายฉบับอื่น ซึ่งไม่ตรงกับสภาพพื้นที่ที่แท้จริง หรืออธิบายความได้ว่าเป็นการใช้หรือนำกฎหมายที่ไม่เกี่ยวข้องมาใช้ในการวางแนวเขตที่ดินนั้น

จากกรณีดังกล่าว ทำให้เกิดการทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดินของประชาชนกับที่ดินของรัฐ จนเป็นเหตุให้นำมาซึ่งคดีฟ้องร้องกัน ระหว่างรัฐกับประชาชนเป็นจำนวนมาก โดยประชาชนกล่าวหาว่าพื้นที่รัฐทับซ้อนพื้นที่ประชาชน หรือรัฐกล่าวหาว่าประชาชนบุกรุกพื้นที่หรือแนวเขตที่ดินของรัฐ² เป็นต้น ทำให้เกิดคดีข้อพิพาทเรื่องการบุกรุกที่ดินระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นปัญหาสะสมและวนเวียนอยู่ในสังคมไทยมาอย่างยาวนาน

จากปัญหาดังกล่าว รัฐบาลพยายามแก้ไขและดำเนินการทางนโยบายและกฎหมายหลายกรณีเพื่อทำให้ปัญหาดังกล่าวลดลงและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เป็นอุปสรรค เพื่อนำไปสู่การลดจำนวนคดีข้อพิพาทในเรื่องแนวเขตที่ดินให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น แต่เนื่องจากรัฐเป็นผู้กำหนดนโยบายและมาตรการทางกฎหมายฝ่ายเดียว กฎหมายจึงมีลักษณะเชิงลงโทษและปราบปราม โดยขาดการสร้างความร่วมมือ เมื่อภาครัฐมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายจึงจำเป็นต้องดำเนินการขับไล่ จับกุม ฟ้องร้องและลงโทษ จนเกิดเป็นคดีและข้อพิพาทระหว่างรัฐกับประชาชนอยู่ตลอดเวลา ทำให้ปัญหาเหล่านี้ไม่ลดลงแต่กลับเพิ่มความขัดแย้งระหว่างรัฐกับประชาชนมากขึ้น โดยในปัจจุบันภาครัฐโดยกระทรวงยุติธรรม ได้มีการนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนมาปรับใช้ร่วมกับกระบวนการ

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, วาระปฏิรูปที่ 11 : ปฏิรูปที่ดินและการจัดการที่ดิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558), หน้า 10.

² เกิดคำถามในสังคมว่า “คนเกิดก่อนป่า หรือ ป่าเกิดก่อนคน” หรือ “ชาวบ้านรักษาป่า พื้นฟูป่ามา วันดีคืนดีรัฐไปประกาศพื้นที่ป่าชุมชนของเขาให้เป็นอุทยานแห่งชาติ แล้วก็ห้ามชาวบ้านเข้าไป อย่าลืมนะรัฐไปทีหลังทั้งนั้น หมู่บ้านมันเกิดขึ้นก่อนรัฐด้วยซ้ำ” เป็นต้น.

ยุติธรรมกระแสหลัก เพื่อป้องกันแก้ไขปัญหาและพัฒนาเป็นกฎหมาย โดยการเสนอร่างพระราชบัญญัติยุติธรรมชุมชน พ.ศ. ขึ้น เพื่อเป็นกลไกในการขับเคลื่อนในการนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้ให้เกิดเป็นรูปธรรมมากขึ้น

ดังนั้น บทความวิชาการเรื่อง “การนำแนวคิดยุติธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ” นี้ เป็นการนำเสนอความสำคัญ สภาพปัญหาและข้อคิดเห็นที่เกี่ยวข้องกับยุติธรรมชุมชนเพื่อนำมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ เพื่อเป็นการเสนอแนวทางข้อคิดเห็นในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมชุมชนต่อไป

2. สาเหตุการทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดินของรัฐและการบุกรุก

สาเหตุการทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดิน ทั้งแนวเขตที่ดินของรัฐและแนวเขตที่ดินของเอกชน (ประชาชน) เช่น เขตที่ดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เขตที่ดินสาธารณประโยชน์ เขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เป็นต้น อาจเป็นการบุกรุกหรือออกเอกสารสิทธิที่ดินหรือกำหนดแนวเขตโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี ได้แก่ 1) การกำหนดแนวเขตที่ดินทับซ้อนที่ดินของรัฐด้วยตนเอง และ 2) การกำหนดแนวเขตที่ดินของรัฐทับซ้อนที่ดินของเอกชน (ประชาชน) ซึ่งนำมาซึ่งความเสียหายอันเกิดขึ้นกับภาครัฐและประชาชนและยังเป็นปัญหาสะสมในเรื่องการไม่มีสิทธิในที่ดินทำกินของประชาชนเองและปัญหาการบุกรุกพื้นที่ป่า

ปัจจัยหลักสำคัญที่ส่งผลให้เกิดการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ อาจจะมีหลายปัจจัย ทั้งอาจเกิดจากฐานคิดที่เชื่อว่าการจัดการทรัพยากร ควรกำหนดระบบกรรมสิทธิ์เป็นของเอกชนและระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐ เท่านั้น ทำให้นโยบายรัฐที่ผ่านมายอมรับระบบกรรมสิทธิ์เพียงสองแบบ คือ กรรมสิทธิ์เอกชน (private property) และกรรมสิทธิ์ของรัฐ (State property) ขณะที่ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งประกอบไปด้วย ภูเขา ดิน น้ำ ทะเล ป่า เป็นทรัพยากรส่วนรวมที่ทุกคนสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้

ดังนั้น ในระบบกรรมสิทธิ์เอกชนกับรัฐ ที่มีการแบ่งแยกและกีดกันสิทธิของบุคคลมิให้บุกรุกสิทธิของรัฐจึงนำไปสู่ปัญหาความขัดแย้งในสังคมไทยตลอดมา และอีกประการระบบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Property right) เป็นแนวคิดที่ได้รับการกล่าวถึงในฐานะเครื่องมือที่สามารถกำหนดพฤติกรรมของบุคคล ในบทความของ Hardin³ เรื่อง โศกนาฏกรรมของทรัพยากรร่วม (The Tragedy of the Commons) ได้กล่าวไว้ว่า โศกนาฏกรรมของระบบกรรมสิทธิ์แบบส่วนรวมมักเกิดขึ้นกับทรัพยากรธรรมชาติและ

³Garrett Hardin, “The tragedy of the commons,” **Science** 162, 3859 (December 1968): 1243-1248.

สิ่งแวดล้อม หากเปิดโอกาสให้ทุกคนสามารถเข้าถึงทรัพยากรนั้นได้อย่างอิสระ ด้วยเหตุนี้ Hardin จึงเสนอแนวทางการจัดการทรัพยากรไว้สองรูปแบบ ได้แก่ ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐ โดยให้อำนาจจัดการและกำกับดูแลทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดอยู่ภายใต้รัฐ และระบบที่สองคือ ระบบกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล

ในกรณีของประเทศไทย ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐในทรัพยากรธรรมชาติได้ขยายมากขึ้นเพื่อสงวนรักษาทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด โดยเฉพาะทรัพยากรป่าไม้และที่ดินที่เคยเป็นทรัพยากรส่วนรวมที่ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างเสรี ภายหลังวิวัฒนาการทางการปกครองไทยได้ทำให้การมีสิทธิในที่ดินหรือการใช้ได้ใช้ทรัพยากรตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ โดยกลไกการสร้างระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐ คือการออกกฎหมายรองรับอำนาจรัฐอย่างถูกต้อง เห็นได้จากเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายป่าไม้และที่ดินที่ผ่านมา เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2503 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2504 เป็นต้น

นอกจากนั้น ยังมีปัญหาความต้องการที่ดินด้านพาณิชย์และอุตสาหกรรมสูงขึ้น ประชาชนมีความต้องการใช้ที่ดินเพื่อการเกษตร ทั้งการเพาะปลูก และการทำกินมากขึ้น และการไม่รู้กฎหมายของประชาชนจากการกำหนดแนวเขตที่ดินของรัฐ จนทำให้เกิดการบุกรุกเข้าไปโดยไม่ทราบข้อเท็จจริงในเรื่องแนวเขตจนกลายเป็นการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐตามมา ผลคือเกิดข้อพิพาทในเรื่องการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐและนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีความมาโดยตลอด

3. ปัญหาจากระบบกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักและคดีข้อพิพาทอันเกิดจากการบุกรุก

ปัญหาการจัดการที่ดินระหว่างรัฐกับประชาชน เป็นปัญหาที่ยังคงอยู่และไม่เคยหมดสิ้นไป ในประเทศไทย ฝ่ายรัฐเองต้องการที่จะปกป้องที่ดินหรือแนวเขตอนุรักษ์ ด้วยแนวคิดที่ว่า ในพื้นที่ป่าไม่ควรมีผู้คนอาศัยอยู่และป่าควรเป็นพื้นที่หวงห้าม ไม่ให้คนเข้าไปในเขตป่า เพราะ “คน” จะ “ทำลายป่า” ส่วนชาวบ้านที่อยู่กับพื้นที่ป่าก็ยืนยันว่า ชุมชนบางชุมชนนั้นตั้งอยู่มาก่อนที่รัฐจะกำหนดเขตป่าสงวน หรือเขตอุทยาน และชาวบ้านสามารถอยู่กับป่าและดูแลป่าเองได้ เพียงแต่ใช้ทรัพยากรในป่าเพื่อดำรงชีพเท่านั้น ซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างต่อสู้กันบนแนวคิดที่แตกต่างกัน ทำให้เกิดเป็นปัญหาเรื้อรังและเป็นเวลายาวนานในหลายพื้นที่ทั่วประเทศ

หลังการรัฐประหารครั้งเมื่อ 22 พฤษภาคม 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ใช้ความพยายามอีกครั้ง ในการที่จะเข้ามาจัดการกับปัญหาเหล่านี้ โดยได้ออกคำสั่ง คสช. ฉบับที่ 64/2557 และ 66/2557 หรือเรียกกันว่า “นโยบายทวงคืนผืนป่า” ที่ให้อำนาจทหารร่วมกับหน่วยงานอื่นๆ จัดการจับกุมและดำเนินคดีกับประชาชนที่อยู่อาศัย บุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐและ

ทำกินในพื้นที่ป่า ส่งผลให้มีประชาชนหลายพันคนถูกขับไล่ออกจากที่ดินของตนเอง และบางส่วนถูกดำเนินคดี จากการที่รัฐมีนโยบายและออกกฎหมายมาเพื่อบังคับประชาชน ที่ทำการบุกรุก โดยอาจจะขาดการศึกษาความเป็นมาของพื้นที่และการอยู่อาศัยของประชาชน จึงทำให้ประชาชนถูกฟ้องร้องและตกเป็นจำเลย

การจากใช้นโยบายของภาครัฐในเชิงปราบปราม ลงโทษ ซึ่งเป็นกระบวนการทางอาญาและดำเนินการโดยรัฐฝ่ายเดียว และถือปฏิบัติตามกฎหมายที่ค่อนข้างเคร่งครัดทำให้มีการจับกุม ขับไล่ฟ้องร้องประชาชนจนเกิดคดีความจำนวนมากที่เกี่ยวกับปัญหาด้านการบุกรุกที่ดินหรือปัญหาการทับซ้อนกันของแนวเขตที่ดินของรัฐกับประชาชน มาตรการที่รัฐนำมาใช้อาจจะไม่ได้ผลเพราะปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นในสังคม ไม่มีท่าทีที่จำนวนของคดีความหรือการบุกรุกจะลดน้อยลง เพราะรัฐยังมีแนวคิดการผูกขาดกระบวนการยุติธรรมไว้ที่รัฐฝ่ายเดียว และปัญหาระบบยุติธรรมหลักของไทยที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาลดจำนวนข้อพิพาทหรือคดีได้นั้น พอจะสรุปได้ 4 ประการ⁴ คือ

1. กฎหมายล้าสมัย ไม่สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของสังคม
 2. ประชาชนไม่สามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้อย่างรวดเร็ว เป็นธรรม และโปร่งใส
 3. กระบวนการยุติธรรมเป็นแบบรวมศูนย์ เพราะรัฐเป็นผู้ดำเนินการฝ่ายเดียว
 4. กระบวนการยุติธรรมเน้นการปราบปราม ลงโทษ ส่งผลให้เกิดคดีมาก คนลั่นคุกและมีเหยื่อด้านอาชญากรรมมากขึ้น และไม่สามารถนำคนที่ถูกลงโทษกลับมาเป็นคนดีได้นอกจากนั้น นพ.ประเวศ วะสี⁵ ยังกล่าวถึงปัญหาของระบบยุติธรรมไทย ไว้ 6 ประการ ดังนี้
1. การขาดจิตสำนึกในเรื่องความยุติธรรม โดยคนส่วนใหญ่จะเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตนมากกว่าส่วนรวมและไม่ได้สนใจเรื่องความเป็นธรรมหรือยุติธรรม
 2. โครงสร้างสังคมไทยเป็นระบบแนวตั้ง ที่เป็นระบบอุปถัมภ์ โดยคนที่มีอิทธิพลจะแสวงหาอำนาจมาคุ้มกันตนเองและไม่สนใจความยุติธรรม
 3. ระบบอำนาจแบบรวมศูนย์ทั้งระบบการเมือง ระบบราชการ ที่ส่งผลกระทบต่อบริบบงานยุติธรรม
 4. ความไม่สมดุลของอำนาจที่รัฐมีอำนาจเหนือประชาชน และซึ่งประชาชนมีอำนาจน้อยทำให้เข้าสู่กระบวนการยุติธรรมที่สมดุลยาก

⁴ สำนักปลัดกระทรวงกลาโหม, *กรอบความเห็นการปฏิรูปประเทศไทยด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม* [Online], available URL: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nrcinf/nrc2557-issue3-re form01.pdf, 2563 (พฤษภาคม, 3).

⁵ มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, *ระบบความยุติธรรมแห่งอนาคตกับสันติสุขในสังคมและชุมชน* [Online], available URL: https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2013/0/YE2004_1_06.pdf, 2563 (พฤษภาคม, 3).

5. การล่มสลายของชุมชนและไม่เข้มแข็งของชุมชน

6. ระบบและกระบวนการยุติธรรมมีความสลับซับซ้อนเข้าใจและเข้าถึงยาก

จากปัญหาและอุปสรรคของระบบกระบวนการยุติธรรมดังกล่าว ทำให้เห็นถึงความไม่มีประสิทธิภาพของระบบยุติธรรมของรัฐและประชาชนไม่อาจสามารถพึ่งพาหรือเข้าถึงความยุติธรรมที่แท้จริงได้

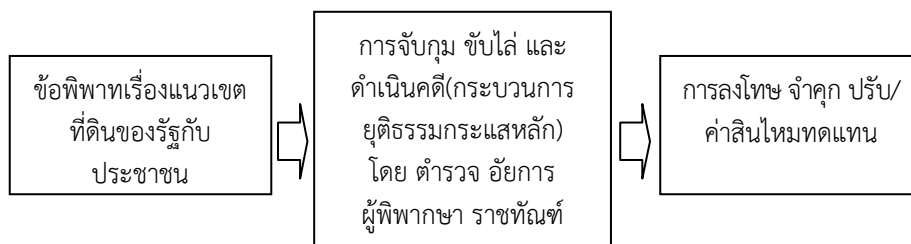
คดีข้อพิพาทในเรื่องการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐในปัจจุบันมีอยู่จำนวนมากไม่น้อย ตัวอย่างเช่น จากการที่กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาล ได้บูรณาการกับทุกภาคส่วนเข้าดำเนินคดีต่อกลุ่มบุคคลที่บุกรุกพื้นที่ป่าและตัดไม้ทำให้มีผลสถิติคดีตั้งแต่ปี 2557-2561 มีการดำเนินคดีบุกรุกพื้นที่ป่า จำนวน 25,645 คดี โดยตัวเลขจำนวนคดีบุกรุกพื้นที่ป่านั้น (อาจเกิดจากเจตนาบุกรุกหรือการทับซ้อนของแนวเขต) มีตัวเลขค่อนข้างสูงและส่วนใหญ่จะเป็นคนที่ยู่ใกล้ชิดแนวป่าและมีฐานะยากจน

นอกจากนั้นยังมีคดีอื่นเกี่ยวกับแนวเขตป่าสงวน เช่น ชุดคดี “ทวงคืนผืนป่า” ที่อุทยานแห่งชาติไทรทอง จังหวัดชัยภูมิ ซึ่งชาวบ้านถูกสั่งจำคุกจำนวน 14 คน โดยศาลอุทธรณ์พิพากษาออกมาทั้งสิ้น 16 คดี โดยวินิจฉัยไปในแนวทางเดียวกันทุกคดีว่า จำเลยกระทำความผิดฐาน “บุกรุกป่า” เพราะไม่มีรายชื่อในบัญชีสำรวจตามมติคณะรัฐมนตรี ปี 2541 และข้อยกเว้นสำหรับผู้ยากไร้และอยู่มาก่อน จากจำนวนคดีและตัวอย่างในการดำเนินคดีแสดงให้เห็นถึงคดีที่เกี่ยวกับการบุกรุกที่ดินของรัฐมีอยู่จำนวนมาก ทั้งเป็นที่ดินประเภทป่า หรือที่ดินของรัฐตามแนวเขตอนุรักษ์ตามชายฝั่ง

อย่างไรก็ตาม จากปัญหาของกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักและคดีข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินระหว่างรัฐกับประชาชนที่เกิดขึ้น นพ.ประเวศ วะสี และ กิตติพงษ์ กิตติยานุรักษ์⁶ ได้เสนอแนวทางการใช้กระบวนการทัศน์ใหม่ในการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรม โดยเน้นทางเลือกใหม่ที่ไม่ต้องนำคดีเข้าสู่ระบบยุติธรรมและศาลโดยไม่จำเป็น (ลดกระบวนการของตำรวจ อัยการและศาล) เน้นการฟื้นฟูมากกว่าลงโทษ เน้นการอำนวยความสะดวกยุติธรรมเชิงสมานฉันท์แทนการแก้แค้นและเน้นการมีส่วนร่วมของชุมชนและประชาสังคม

⁶มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, เรื่องเดียวกัน.

ภาพแสดงขั้นตอนการดำเนินคดีข้อพิพาทในกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก



ปัจจุบันรัฐได้พยายามหาทางเลือกเพื่อลดหรือชะลอปัญหาการฟ้องร้องประชาชนเป็นคดีความลง โดยอาศัยพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท พ.ศ.2562 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางเป็นกลไกและรูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่อาศัยคนกลาง (Mediation) ที่เป็นบุคคลที่สามและเป็นที่ยอมรับ โดยคนกลางนั้นไม่มีอำนาจหน้าที่ในการตัดสินใจในเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาท ซึ่งมีหน้าที่ที่จะช่วยให้คู่กรณีที่มีข้อโต้แย้งสิทธิหรือข้อขัดแย้งกันอยู่ให้บรรลุในข้อตกลงที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันด้วยความสมัครใจ⁷ นอกจากนั้นเรื่องข้อพิพาทการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐมีลักษณะเป็นความผิดอาญาที่รัฐต้องฟ้องร้องบังคับประชาชนเพื่อที่จะรักษาที่ดินและสงวนหวงห้ามที่ดินไว้เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งกฎหมายดังกล่าวอาจจะไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ตรงประเด็น ดังนั้นถ้าหากปรับเปลี่ยนแนวทางการระงับข้อพิพาทโดยอาศัยกลไกของคนในชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมมากกว่าการใช้คนกลางที่ภาครัฐแต่งตั้งมาหรือการฟ้องบังคับคดี อาจนำไปสู่การแก้ไขและลดปัญหาจำนวนข้อพิพาทที่ต้องฟ้องร้องคดีกับประชาชนลงได้ จึงนำไปสู่แนวความคิดการใช้กระบวนการยุติธรรมทางเลือกที่ใช้กระบวนการยุติธรรมชุมชนเข้ามาแก้ไขปัญหาดังกล่าว

4. ข้อความคิดเกี่ยวกับ “ยุติธรรมชุมชน”

4.1 ความหมายของยุติธรรมชุมชน (Community Justice)

ชุมชนจะเข้ามามีส่วนหรือปฏิบัติการในกระบวนการยุติธรรม ที่ให้ความรู้สึกเป็นทางการสูงได้อย่างไรหากพิจารณาถึงความหมายเบื้องต้น ซึ่งชุมชนน่าจะพอมองช่องทางอยู่บ้างในกระบวนการยุติธรรม ดังที่สำนักงานกิจการยุติธรรมได้กล่าวว่า “กระบวนการยุติธรรม” คือ กลไกอย่างหนึ่งในการควบคุมทางสังคม เป็นขั้นตอนและวิธีการที่จะจัดการผู้ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย โดยมี

⁷ วันชัย วัฒนศัพท์, ถวิลวดี บุรีกุล และศุภณัฐ เพิ่มพูนวิวัฒน์, คู่มือการเพิ่มพลังความสามารถกระบวนการจัดการข้อพิพาท (ขอนแก่น: โรงพิมพ์ศิริกัณฑ์ออฟเซต, 2550), หน้า 141.

องค์กรและเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายเป็นผู้ดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนนั้น⁸ จะเห็นได้ว่า ชุมชนอาจเข้าไปมีบทบาทได้ในส่วนของกลไกการควบคุมทางสังคมและการจัดการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย (ในบางกรณี) แต่ชุมชนก็ไม่ใช่องค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ในความหมายนี้ชุมชนจึงเป็นผู้เข้าไปมีส่วนได้มากที่สุด คือ ในเชิงป้องกันปัญหาเท่านั้น

ความหมายเกี่ยวกับยุติธรรมชุมชน จากผู้เชี่ยวชาญหลายท่านได้ให้มุมมองถึงยุติธรรมชุมชนในมิติทั้งที่เป็นแนวคิด กลยุทธ์ วิธีการ หรือกิจกรรมดังนี้

กิตติพงษ์ กิตยารักษ์⁹ ได้ให้ความหมาย “ยุติธรรมชุมชน” ว่าหมายถึง การดำเนินกิจกรรมของชุมชนโดยชุมชนร่วมกันเองหรือร่วมกับภาครัฐในลักษณะของหุ้นส่วน โดยการนำทุนทางสังคมและศักยภาพของชุมชนมาใช้ในการสร้างภูมิคุ้มกันและความปลอดภัยจากอาชญากรรม ความเป็นธรรมและความสงบสุขของชุมชน

จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย¹⁰ ที่กล่าวว่า “ยุติธรรมชุมชน” หมายถึง การดำเนินกิจกรรมของชุมชนโดยชุมชนกระทำการร่วมกัน หรือระหว่างชุมชนและภาครัฐ โดยใช้ทุนทางสังคมในการสร้างภูมิคุ้มกัน และความสงบสุขของชุมชนด้วยการส่งเสริมการป้องกันและการสร้างภูมิคุ้มกันจากปัญหาอาชญากรรม การเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมและการยุติความขัดแย้ง ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมหลักได้มากขึ้นซึ่งช่วยเพิ่มประสิทธิภาพและช่วยลดภาระของกระบวนการยุติธรรมหลัก และช่วยรักษาระบบนิเวศและภูมิปัญญาท้องถิ่นให้คงอยู่

Karp, David R., and Todd R. Clear.¹¹ กล่าวถึง “ยุติธรรมชุมชน” (Community Justice) คือ การกระทำการระดับรากฐานที่ประชาชน องค์กรชุมชน และระบบยุติธรรมจะใช้ควบคุมอาชญากรรม และความไร้ระเบียบของสังคมได้

⁸ สำนักงานกิจการยุติธรรม, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2552), หน้า 1-2.

⁹ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, การพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนในไทยในยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550), หน้า 22.

¹⁰ จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย, ระบบยุติธรรมและยุติธรรมทางเลือกแนวการวิเคราะห์เชิงสังคมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 226.

¹¹ David R. Karp and Todd R. Clear, “Community Justice: A Conceptual Framework,” *Criminal Justice* 2, (July 2000): 323-368.

MCCOLD, P., WACHTEL¹² กล่าวถึง “ยุติธรรมชุมชน” คือ วิธีการในการขับเคลื่อนชุมชนให้เป็นหุ้นส่วนในการดำเนินกิจกรรมการควบคุมอาชญากรรมและแก้ไขปัญหาความขัดแย้งต่างๆ ที่เกิดขึ้นในชุมชนและชุมชน ซึ่งหมายถึงเครือข่ายความสัมพันธ์ทางสังคมมิใช่พื้นที่

จากนิยามดังกล่าว อาจสรุปความหมายภาพรวมของ “ยุติธรรมชุมชน” ได้ว่า หมายถึง การเปิดช่องทางให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมหรือเป็นหุ้นส่วนในการป้องกัน ควบคุมอาชญากรรม จัดการความขัดแย้งเชิงสมานฉันท์ ลดและเยียวยาความเสียหายหรือความรุนแรงที่เกิดจากอาชญากรรมหรือการกระทำผิด ตลอดจนคืนคนดีกลับสู่ชุมชนทำให้ประชาชนรู้สึกมั่นคงปลอดภัย และเพื่อให้ชุมชนมีศักยภาพและความสมานฉันท์

4.2 แนวคิดยุติธรรมชุมชน

จากความหมายของยุติธรรมชุมชนที่นำไปสู่แนวความคิดเรื่อง “ยุติธรรมชุมชน” (Community Justice) อาจเป็นแนวความคิดใหม่สำหรับประเทศไทย ซึ่งปัจจุบันทั้งภาครัฐและประชาชนคุ้นเคยกับระบบการอำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชนโดยรัฐฝ่ายเดียว มาเป็นเวลานานกว่าร้อยปี นับตั้งแต่ได้มีการเปลี่ยนระบบกฎหมายจากระบบกฎหมายพระธรรมนูญซึ่งใช้มาแต่เดิมตั้งแต่สมัยต้นกรุงศรีอยุธยา และพัฒนาการมาสู่กฎหมายตราสามดวงในยุคต้นกรุงรัตนโกสินทร์ มาเป็นระบบกฎหมายแบบยุโรปที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยแนวความคิดหนึ่งที่ติดมากับระบบกฎหมายยุโรปด้วยก็คือ ความคิดที่ว่ากฎหมายเป็นเรื่องของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายอาญาเป็นเรื่องของการใช้อำนาจรัฐต่อประชาชนและเป็นเรื่องที่รัฐเป็นผู้อำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนฝ่ายเดียว ประชาชนเป็นเพียงผู้มาร้องขอหรือรับ หรือได้รับผลจากระบบการยุติธรรมที่รัฐเป็นผู้จัดการและจัดให้เท่านั้น ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมแต่อย่างใด หลังจากแนวคิดนี้อยู่มาเป็นเวลานานกว่าร้อยปี ทำให้ทุกฝ่ายยอมรับและเชื่อแนวความคิดดังกล่าว ซึ่งต้องยอมรับว่ากระบวนการยุติธรรมโดยทั่วไปนั้นอาจไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาได้อย่างแท้จริง

“ยุติธรรมชุมชน” เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นเพื่ออุดช่องว่างของระบบยุติธรรมกระแสหลัก โดยเน้นการให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมเพื่ออำนวยความยุติธรรม สร้างความเป็นธรรมและความสงบสุขในสังคมด้วยคนในชุมชนเองเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาและความต้องการของชุมชน ซึ่งชุมชนในยุคดั้งเดิมนั้น จะมีระบบหรือรูปแบบสำหรับการแก้ไขปัญหาข้อพิพาท

¹²P. McCold and T. Wachtel, *Community is Not a Place*. Paper presented at the International Conference on Justice without Violence, Albany, June 5-6 [Online], available URL: <http://www.realjustice.org/pages/albany.html>, 2020 (May, 3).

ที่เกิดขึ้นภายในชุมชนเอง รูปแบบหรือแนวทางการแก้ปัญหาจึงมีความหลากหลายตามวัฒนธรรม ประเพณี ความเชื่อ และภูมิหลังของแต่ละท้องถิ่น

นักวิชาการทั้งต่างประเทศและนักวิชาการของไทยได้ให้นิยามแนวคิด “ยุติธรรมชุมชน” ไว้อย่างหลากหลาย แต่มีแนวคิดบางประการร่วมกันและสามารถสรุปได้ว่า ยุติธรรมชุมชน¹³ หมายถึง การเปิดโอกาสให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วม โดยการเป็นหุ้นส่วนกับภาครัฐในการป้องกัน ควบคุมการจัดการความขัดแย้งและการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในชุมชน อันมีเป้าหมายเพื่อการรักษา ความสงบเรียบร้อยในชุมชน เพื่อให้คนในชุมชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ซึ่งจากนิยามข้างต้น สามารถ แยกองค์ประกอบหลักของยุติธรรมชุมชนที่สำคัญได้ 5 ประการ คือ

1) ยุติธรรมชุมชนเน้นให้ความสำคัญกับพื้นที่ ซึ่งเป็นการอำนวยความสะดวกให้เกิดขึ้น ในชุมชน โดยใช้วิถีชุมชนของแต่ละชุมชนดำเนินการจัดการกับปัญหาที่เกิดขึ้นเองอย่างเป็นอิสระโดย มิได้อิงกับกรอบกฎหมายที่รัฐเป็นผู้กำหนด

2) ยุติธรรมชุมชนให้ความสำคัญกับกระบวนการแก้ปัญหา เพื่อยกระดับการพัฒนา คุณภาพชีวิตและแก้ไขปัญหาที่เกี่ยวกับความปลอดภัยของคนในชุมชน ด้วยวิธีการที่เน้นผลประโยชน์ ร่วมกันของภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง มีการใช้ข้อมูลการพิจารณาข้อมูลอย่างรอบคอบและเน้นความสนใจ ที่จะทำงานร่วมกันในการแก้ปัญหานั้น

3) ลดการพึ่งพิงผู้มีอำนาจและลดการผลักความรับผิดชอบให้ภาครัฐ เนื่องจากยุติธรรม ชุมชนเน้นการเปิดโอกาสให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการแก้ไขปัญหากันเอง เน้นการทำงาน แบบเป็นหุ้นส่วนที่มีความผูกพันในการแบ่งปันและใช้ทรัพยากรร่วมกัน ทั้งบุคลากร ความเชี่ยวชาญ การเงิน และประสบการณ์

4) เพิ่มคุณภาพชีวิตให้แก่ชุมชน ซึ่งแนวคิดยุติธรรมชุมชนนั้นเป็นการอำนวยความสะดวก ยุติธรรมในภาพรวมของชุมชนเพื่อประโยชน์ของสาธารณชนมากกว่าการอำนวยความสะดวกเฉพาะราย ระหว่างผู้กระทำความผิดกับเหยื่ออาชญากรรม

5) การเปิดโอกาสให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมยุติธรรมและให้ประชาชนเข้ามา มีบทบาทอำนวยความสะดวกในระดับท้องถิ่นเพื่อส่วนรวมกันเองในฐานะที่เป็นพลเมืองของสังคม ประชาธิปไตย และเป็นหน้าที่ของชุมชนมิใช่หน้าที่ของระบบยุติธรรมของรัฐเท่านั้น

¹³ วุฒิสาร ตันไชย และคณะ, รายงานการวิจัยโครงการนำร่องเพื่อเตรียมความพร้อมในการขยายบทบาทและ การปฏิบัติงานยุติธรรมสู่ท้องถิ่น (กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรมและวิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 19-20.

นอกจากนี้ หัวใจสำคัญของยุทธธรรมชุมชน¹⁴ คือ การให้ความสำคัญกับชุมชนและดึงศักยภาพของประชาชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในลักษณะการร่วมคิด ร่วมทำ ร่วมวางแผน ร่วมสั่งการ ซึ่งการนำหลักยุทธธรรมชุมชนมาเสริมกระบวนการยุทธธรรมกระแสหลักจะก่อให้เกิดประโยชน์ที่เป็นรูปธรรมหลายประการ อาทิเช่น

1) เป็นการนำเอาศักยภาพของชุมชนซึ่งอยู่ใกล้ชิดกับปัญหาความขัดแย้งหรือการกระทำผิดมากที่สุดได้เข้ามามีส่วนร่วมในการแก้ปัญหา ตั้งแต่การป้องกันหรือการแก้ที่ต้นเหตุของปัญหา การดูแลผู้เสียหายและผู้กระทำผิด ตลอดจนการมีส่วนร่วมกับกระบวนการยุทธธรรมกระแสหลักในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ

2) ทำให้ประชาชนได้มีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรมได้มากขึ้นกว่าเดิม เนื่องจากกระบวนการยุติธรรมในรูปแบบที่เป็นทางการไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนส่วนใหญ่ที่มีฐานะยากจนและขาดความรู้ด้านกฎหมายและสิทธิเสรีภาพเข้าถึงและพึงพาได้ ประชาชนจำนวนมากจึงรู้สึกว่าการยุติธรรมเป็นสิ่งที่ไกลเกินเอื้อม การส่งเสริมบทบาทของชุมชนในการเข้ามาร่วมกับภาครัฐในการจัดกิจกรรมด้านการอำนวยความสะดวกโดยสอดคล้องกับวิถีชุมชนและเข้าถึงได้ง่าย จึงเป็นการนำความยุติธรรมไปให้ใกล้มือประชาชนมากขึ้น

3) เป็นการสร้างสำนึกของความเป็นชุมชนโดยการเปิดโอกาสและส่งเสริมให้ชุมชนมีส่วนในการแก้ปัญหาของชุมชนเองและดูแลผู้ที่พลั้งพลาดและด้อยโอกาส ซึ่งถือเป็นการสร้างหรือนำกลับมาซึ่งความผูกพันในชุมชน เป็นการสร้างสานสัมพันธ์และภูมิคุ้มกันให้กับชุมชน อันจะเป็นพื้นฐานในการสร้างความปลอดภัยและความสงบสุขของชุมชนต่อไป

4) เป็นการรักษานขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และภูมิปัญญาท้องถิ่นให้คงอยู่ เนื่องจากยุทธธรรมชุมชนเป็นการนำจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ขนบธรรมเนียมที่มีอยู่คู่กับชุมชน มาใช้เป็นเครื่องมือในการดูแลความสงบ ดังนั้น การหยิบยกสิ่งเหล่านี้มาใช้ก็เปรียบเสมือนการดำรงคงอยู่ของสิ่งที่ดำรงที่มีคู่กับสังคม

5) สามารถเสริมประสิทธิภาพของกระบวนการยุทธธรรมกระแสหลักได้เป็นอย่างดี โดยเป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างระบบยุทธธรรมกระแสหลักกับระบบยุทธธรรมชุมชนเข้าด้วยกัน เช่น การรับกิจกรรมของยุทธธรรมกระแสหลักมาปฏิบัติในชุมชน การส่งต่อคดีจากยุทธธรรมชุมชนไปยังระบบยุทธธรรมกระแสหลัก

¹⁴กิตติพงษ์ กิตยารักษ์, เรื่องเดิม, หน้า 4.

สำหรับกรอบภารกิจของระบบงานยุติธรรมชุมชนที่นำมาใช้ในปัจจุบันนั้น¹⁵ ประกอบด้วย

1) การป้องกันและควบคุมอาชญากรรมในชุมชน (Crime control & prevention) โดยการเฝ้าระวังและป้องกันปัญหาอาชญากรรม การทุจริตและประพฤติมิชอบ และการกระทำผิดกฎหมายต่างๆ ในชุมชน ด้วยการยับยั้งหรือชะลอสถานการณ์ให้เกิดความขัดแย้ง ข้อพิพาท หรือการกระทำผิดทางกฎหมาย รวมทั้งการเฝ้าระวังป้องกัน การควบคุมสถานการณ์ การจัดระเบียบชุมชน และการให้ความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชน เช่น กฎหมายหรือระเบียบที่จำเป็น กระบวนการยุติธรรม สิทธิและหน้าที่พลเมือง เป็นต้น โดยการสนธิกำลังหรือการบูรณาการร่วมกันของหน่วยงานและองค์กรที่เกี่ยวข้องในรูปแบบศูนย์ยุติธรรมชุมชน

2) การรับเรื่องร้องเรียน ร้องทุกข์ และรับแจ้งเบาะแสการกระทำผิดกฎหมายต่างๆ ในชุมชน โดยการรับเรื่องร้องเรียนหรือร้องทุกข์ปัญหาความไม่เป็นธรรมของประชาชนและรับแจ้งเบาะแสข้อมูลการกระทำผิดกฎหมายต่างๆ แล้วส่งต่อให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่และติดตามผลการดำเนินงานแจ้งให้ผู้ร้อง/ผู้แจ้งทราบเป็นระยะๆ ตลอดจนการช่วยเหลือดูแล ให้คำแนะนำและแก้ไขปัญหาเบื้องต้น แก่ผู้ได้รับความเดือดร้อน หรือผู้ที่ต้องการคำแนะนำเบื้องต้นทางด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม

3) การจัดการความขัดแย้ง (Conflict Management) โดยการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทหรือความขัดแย้งในชุมชน ตามหลักความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์ และการติดตามดูแลให้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้มีการไกล่เกลี่ยระงับข้อพิพาทหรือความขัดแย้งนั้น

4) การเยียวยาแก่เหยื่ออาชญากรรมและความรู้สึกของชุมชน (Community & Victim Empowerment) โดยให้ความช่วยเหลือ ดูแลผู้ที่ได้รับความเสียหายหรือได้รับผลกระทบจากอาชญากรรมและประสานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการตามหน้าที่ ตลอดจนการให้ความเข้าใจ ให้กำลังใจ หรือการสนับสนุนใดๆ ให้เหยื่ออาชญากรรมและชุมชนนั้น มีความรู้สึกที่ดีและใช้ชีวิตเป็นปกติต่อไป

5) การคืนคนดีสู่สังคม (Reintegration) โดยให้ความช่วยเหลือ สงเคราะห์และบำบัดแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและผู้พ้นโทษให้กลับตนเป็นพลเมืองดีและไม่หวนกลับไปกระทำผิดอีกครั้งทั้งให้บุคคลนั้นสามารถดำรงชีวิตอยู่ในชุมชนหรือสังคมได้เป็นปกติตามความเหมาะสม

¹⁵ กองพัฒนายุติธรรมชุมชน, “บทบาทหน้าที่ของส่วนราชการสังกัดกระทรวงยุติธรรมในการดำเนินงานตามแนวทางการรับและแจ้งเรื่องราวร้องทุกข์ตามนโยบายการอำนวยความยุติธรรมเพื่อลดความเหลื่อมล้ำในสังคม,” เอกสารประกอบการประชุมเชิงปฏิบัติการ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, 10-11 ธันวาคม 2557.

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวคิดของกระบวนการยุติธรรมชุมชนส่วนใหญ่จะใช้ในเรื่องที่เกิดขึ้นภายในชุมชนเพื่อเป็นกลไกในการระงับและลดข้อขัดแย้งของปัญหาที่เกิดขึ้นในชุมชน และภารกิจของยุติธรรมชุมชนยังอาจจะสามารถนำไปประยุกต์ใช้กับการแก้ไขปัญหาอันเกิดขึ้นระหว่างชุมชนในเรื่องอื่นๆ ได้อีกด้วย อาทิเช่น การบูรณาการความร่วมมือกับองค์กรภาครัฐในการแก้ไขปัญหาในชุมชน เป็นต้น

5. รูปแบบและกลไกของการใช้กระบวนการยุติธรรมชุมชนมาใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐ และข้อจำกัดของยุติธรรมชุมชน

5.1 รูปแบบของยุติธรรมชุมชน

ในการดำเนินงานยุติธรรมชุมชนนั้น ต้องเป็นเรื่องความสมัครใจของชุมชนที่จะเข้าร่วมกับภาครัฐเพื่อประโยชน์ของชุมชน โดยการกระทำนี้ให้ชุมชนนั้นเกิดความสงบสุขและปลอดภัย¹⁶ กล่าวว่างานยุติธรรมชุมชนได้รับการพัฒนา ส่วนหนึ่งมาจากทิศทางในการดำเนินนโยบายของภาครัฐ และอีกส่วนหนึ่งมาจากปัญหาที่ระบบงานยุติธรรมทางอาญาที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกยุติธรรมได้ และที่สำคัญงานยุติธรรมชุมชนเกิดจากปัญหาและความต้องการของชุมชน โดยเฉพาะปัญหาที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมและความยุติธรรม ดังนั้น การดำรงอยู่และความยั่งยืนของงานยุติธรรมชุมชนไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวบทกฎหมายแต่ขึ้นอยู่กับตัวนโยบายและความต้องการของประชาชน

จากภารกิจของยุติธรรมชุมชนที่กล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ สามารถแบ่งรูปแบบการขับเคลื่อนภารกิจงานด้านยุติธรรมซึ่งชุมชนสามารถเข้าไปเกี่ยวข้องได้ สรุปเป็น 3 แบบ ดังนี้¹⁷

1) แบบเกี่ยวโยง (involvement) เป็นการเรียกหาการมีส่วนร่วมโดยทั่วไปจากประชาชนและชุมชนในงานยุติธรรม เช่น การให้ประชาชนมาช่วยกันระบุปัญหาร่วมกันในงานของตำรวจ เข้าร่วมปรึกษาหารือในด้านกฎหมายหรือป้องกันอาชญากรรมเพื่อป้องกันและเฝ้าระวังในชุมชน เข้าให้คำแนะนำแก้ไขปัญหาสังคม โดยในรูปแบบนี้ ชุมชนมีความเกี่ยวโยงการทำงานด้านยุติธรรมชุมชนกับภาคส่วนอื่นๆ แต่อาจเป็นไปในลักษณะการรับฟัง ให้ข้อมูล เข้าร่วมในกิจกรรมที่ส่วนอื่นจัดขึ้น ยังไม่ถึงระดับของการเป็นภาคร่วมดำเนินการ

¹⁶วันชัย รุจนวงศ์, ยุติธรรมชุมชน: การสร้างความยุติธรรมโดยชุมชน ใน ยุติธรรมชุมชน : บทบาทการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550), หน้า 209-210.

¹⁷นิตยา โพธิ์นอก และณัฐภาณุจันต์ ศุภรัตน์เมธี, ระบบยุติธรรมชุมชนในประเทศประชาคมอาเซียน: กรณีศึกษาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2560), หน้า 37.

2) แบบหุ้นส่วน (partnership) เป็นการที่หน่วยงานของรัฐร่วมมือกับภาคส่วนอื่นทั้งประชาชน ภาคเอกชน ในลักษณะของการเป็นภาคีและเป็นหุ้นส่วนกันทำงาน ยกตัวอย่าง การค้นหาปัญหาเพื่อป้องกันอาชญากรรมในชุมชน ที่มีการร่วมกันทำงานระหว่างหน่วยบริการ ผู้นำชุมชน ท้องถิ่น และตัวแทนภาคเอกชน เพื่อต่อต้านกลุ่มอิทธิพลในชุมชน ในรัฐแมสซาชูเซตส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยภาครัฐอาจมีการค้นหากลุ่มตัวแทนในชุมชนที่อาสาสมัครเข้าร่วมทำงานที่พร้อมจะดูแลชุมชนมาเข้ารับการฝึกอบรม หรือการเชิญให้ชุมชนร่วมกันวางแผนในการอบรมดูแลและร่วมมือกันป้องกันการกระทำผิดของเด็กและเยาวชน เป็นต้น

3) แบบขับเคลื่อน (Mobilization) เป็นแบบที่ใช้ในชุมชนที่ค่อนข้างมีสภาพแร้นแค้น หรือมีปัญหาอาชญากรรมสูง รูปแบบนี้ให้แนวคิดกับชุมชนว่าชุมชนเองไม่อาจจะหนีหายไปไหนได้ ต้องอยู่กับชุมชนและต้องสู้ดิ้นรนเพื่อความปลอดภัยภายในชุมชนของตนด้วยตัวของชุมชนเอง รูปแบบนี้จึงต้องมีความเข้มแข็งของชุมชนเป็นอย่างมาก เช่น การตั้งกลุ่มจับตาเฝ้าระวังขโมยในชุมชน มีการให้ความรู้และจัดสร้างเครือข่ายประสานงานที่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการสื่อสารเพื่อรับแจ้งเหตุร้ายจากยุติธรรมชุมชน

การเลือกว่าจะใช้รูปแบบเพื่อขับเคลื่อนงานยุติธรรมชุมชนแบบใดนั้นไม่มีคำตอบที่ดีที่สุดของแต่ละแบบ เพราะแต่ละตัวแบบต่างมีจุดแข็งจุดอ่อนที่ต่างกัน ทางที่ดีที่สอดคล้องขึ้นอยู่กับการพิจารณาปัจจัยที่กระทบต่อชุมชน

กระบวนการยุติธรรมภายใต้กระบวนการทัศนคติความยุติธรรมเชิงสมานฉันท์หรือกระบวนการยุติธรรมทางเลือก ได้พัฒนาเป็นงานยุติธรรมชุมชน (Community Justice) ซึ่งขยายความกว้างกว่ากระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์โดยทั่วไป เพราะมีเรื่องการป้องกันอาชญากรรมและการลงโทษผู้กระทำผิดด้วย นอกจากนั้น งานยุติธรรมชุมชนยังให้ความสำคัญต่อการจัดกิจกรรมในระดับชุมชน และมุ่งสู่ผลลัพธ์ที่ชุมชนได้รับ¹⁸

รูปแบบงานยุติธรรมชุมชนในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นไปในรูปแบบเกี้ยวโยง และรูปแบบหุ้นส่วน เพราะมีกระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยงานหลักในส่วนของภาครัฐ ส่วนภาคประชาชนนั้นมีบทบาทในการเข้าร่วมการอบรมในหลักสูตรที่กำหนด (แบบเกี้ยวโยง) เมื่อผ่านการอบรมแล้วก็นำความรู้ที่ได้ไปเผยแพร่ยังประชาชนคนอื่น รวมทั้งความรู้และประสบการณ์ที่ได้ยังนำไปใช้ในงานยุติธรรมชุมชน เช่น การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นบ้านอีกด้วย (แบบหุ้นส่วน)

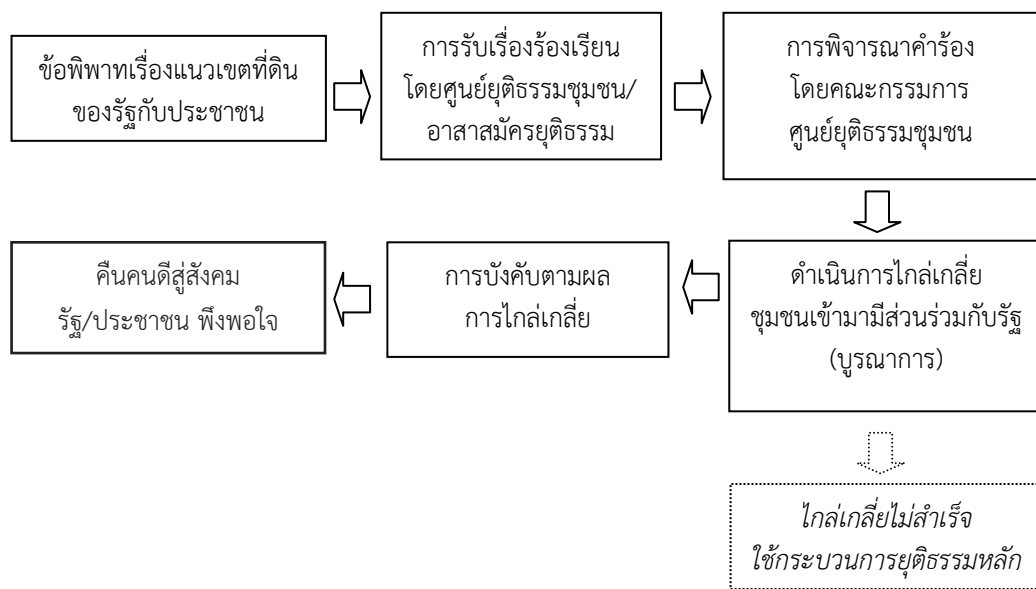
¹⁸Ted Wachtel, *Restorative justice in Everyday life: Beyond the Formal Ritual* [Online], available URL: <https://www.iirp.edu/news/restorative-justice-in-everyday-life-beyond-the-formal-ritual>, 2020 (May, 3).

รูปแบบการเกี่ยวโยง ระหว่างหน่วยงานรัฐและประชาชนผ่านการอบรมด้านกฎหมาย ประชาชนได้เข้าไปร่วมขับเคลื่อนงานยุติธรรมชุมชนในแบบเกี่ยวโยงกับภาครัฐโดยการเข้าร่วมอบรม ในหลักสูตรที่ภาครัฐกำหนดขึ้น เช่นเดียวกันกับงานสร้างครอบครัวและบ้านปลอดภัยและงานแก้ไข ข้อขัดแย้งระดับหมู่บ้าน รูปแบบหุ้นส่วน ระหว่างรัฐและประชาชน การขับเคลื่อนยุติธรรมชุมชนใน รูปแบบหุ้นส่วนที่เห็นชัดเจนคือ การจัดตั้งศูนย์ยุติธรรมชุมชนในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่จะมี ตัวแทนคนในชุมชนมาปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยใกล้เคียง และยังประสานเชื่อมโยงรายงานผลการ ดำเนินงานต่อหน่วยงานของรัฐในระดับพื้นที่

5.2 กลไกของการนำยุติธรรมชุมชนใช้ในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดิน ของรัฐ

โดยกลไกที่นำมาใช้ในปัจจุบันคือ การใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการใกล้เคียง ในชุมชนและกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาใช้ เพราะรูปแบบการใกล้เคียงในศูนย์ยุติธรรมชุมชน ยังไม่มีรูปแบบที่ชัดเจนตายตัวเนื่องจากต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่เข้ามารองรับ โดยอาจอาศัย บุคคลซึ่งเป็นคณะกรรมการใกล้เคียงของอำเภอตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 โดยบัญญัติให้อำเภอ มีอำนาจหน้าที่ในการใกล้เคียงข้อพิพาท หรือตามพระราชบัญญัติ การใกล้เคียงข้อพิพาท พ.ศ.2562 ที่ถือเป็นกฎหมายที่จะช่วยให้หน่วยงานของรัฐ และภาค ประชาชนสามารถอำนวยความสะดวกให้ประชาชนได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย ค่าทนาย ค่าธรรมเนียมศาล เป็นการดำเนินการให้คู่กรณีมีโอกาสเจรจาตกลงกันในการระงับข้อพิพาท โดยสันติวิธีและปราศจากการวินิจฉัยข้อพิพาท และให้ข้อตกลงอันเกิดจากความตกลงยินยอมของ คู่กรณีมีสภาพบังคับตามกฎหมาย ประชาชนทุกชนชั้นสามารถเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างแท้จริง ทำให้ปริมาณคดีที่เข้าสู่ศาลลดน้อยลง ลดปัญหาความขัดแย้ง นอกจากนี้ยังมีร่างพระราชบัญญัติ ยุติธรรมชุมชน พ.ศ. ที่กำลังมีการเสนอเพื่อเตรียมการรองรับแนวคิดยุติธรรมชุมชนกับการระงับ ข้อพิพาท โดยอาศัยศูนย์ยุติธรรมชุมชนเป็นศูนย์ประสานงานและขับเคลื่อนการแก้ไขปัญหาและการ ระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในชุมชน

ภาพแสดงขั้นตอนกลไกของการนำแนวคิดยุติธรรมชุมชน
มาใช้ในการระงับข้อพิพาทเรื่องแนวเขตที่ดินของรัฐกับประชาชน



กลไกดังกล่าวเป็นการเปิดช่องทางให้ชุมชนเข้ามารับรู้และบูรณาการความร่วมมือกับภาครัฐในการแก้ไขปัญหา (รูปแบบเกี้ยวโยงและรูปแบบหุ้นส่วน) โดยผ่านศูนย์ยุติธรรมชุมชนและอาสาสมัครยุติธรรมชุมชนในเบื้องต้น และดำเนินการหาทางออกร่วมกัน เพื่อเป็นการชะลอการฟ้องร้องและดำเนินคดีกับผู้บุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐและลดความขัดแย้งระหว่างรัฐกับประชาชนลงได้

5.3 ข้อจำกัดของยุติธรรมชุมชน

ในเชิงหลักการยุติธรรมชุมชนนับว่ามีประโยชน์อยู่มากแต่ก็ไม่ใช่ว่าทุกสภาพพื้นที่และทุกสภาพปัญหา จะสามารถนำยุติธรรมชุมชนมาใช้ได้ทั้งหมด การใช้ยุติธรรมชุมชนจึงมีข้อโต้แย้งบางประการ สรุปเป็น 4 ประเด็นหลัก¹⁹ ได้แก่

1) ข้อจำกัดของชุมชน หลักการหนึ่งของยุติธรรมชุมชน คือ ชุมชนต้องเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรม นั่นหมายถึงชุมชนต้องมีศักยภาพในระดับหนึ่ง ซึ่งทักษะและความรู้ที่ชุมชน

¹⁹ นิตยา โพธิ์นอก และณัฏฐกาญจน์ ศุภรัตน์เมธี, เรื่องเดิม, หน้า 33.

จะต้องมีในงานยุติธรรม ค่อนข้างมีความเป็นเทคนิค ใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะ จึงเกิดคำถามเรื่องความสามารถของชุมชนที่อาจไม่เพียงพอ และการยอมรับศักยภาพของชุมชนของรัฐว่าชุมชนมีความน่าเชื่อถือ ศักยภาพ ประสิทธิภาพ เนื่องจาก กำนัน ผู้ใหญ่บ้าน ผู้นำ ชุมชนหรือผู้ที่ทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยขาดความน่าเชื่อถือ และยังขาดความรู้ความเข้าใจในการไกล่เกลี่ย เพราะไม่มีความรู้ด้านกฎหมายที่สามารถดำเนินการไกล่เกลี่ย ส่งผลให้ประชาชนไม่เห็นความสำคัญของบทบาทในการแก้ไขปัญหาในชุมชนของผู้นำชุมชน

2) ขอบเขตการดำเนินงาน ยุติธรรมชุมชนจะเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก และคงไม่สามารถปฏิเสธได้ว่าอย่างไรเสียกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักก็ยังคงคงอยู่ กล่าวว่ประชาชนยังยึดติดในการให้เจ้าหน้าที่รัฐเป็นผู้ดำเนินการหลักในกระบวนการยุติธรรม ประชาชนมีความเคยชินกับการใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักมาเป็นระยะเวลานาน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นประชาชนจะใช้ระบบยุติธรรมหลักมากกว่าการใช้ระบบยุติธรรมชุมชนในการยุติปัญหา จึงทำให้ชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทน้อย

ข้อจำกัดทางกฎหมายที่ปิดกั้นไม่ให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมหลัก และยังมีข้อจำกัดในการระงับข้อพิพาททางคดีอาญาบางคดีที่ไม่สามารถยอมความได้ ทำให้ไม่สามารถระงับข้อพิพาทในชุมชนได้อย่างกว้างขวางและมีประสิทธิภาพ ยกตัวอย่าง ในคดีอาญาที่ไม่สามารถยอมความกันได้ หากมีการกระทำความผิดและมีหลักฐานก็ต้องถูกดำเนินคดีตามกฎหมายมีการสอบสวนและถูกส่งฟ้องและเข้าสู่กระบวนการศาล ดังนั้น คดีในบางคดีไม่สามารถดำเนินการได้ โดยเฉพาะคดีที่ยอมความไม่ได้

3) ความเท่าเทียม โดยยุติธรรมชุมชนอาจมีความไม่เท่าเทียมระหว่างชุมชน หากรัฐมีการออกกฎหมายกลาง กฎระเบียบ หรือความช่วยเหลือใดที่มีลักษณะเป็นรูปแบบเดียวกันแต่ครอบคลุมไปทุกชุมชน เพราะโดยหลักการของยุติธรรมชุมชนนั้นเพื่อให้ตอบโจทย์ความหลากหลายและแก้ปัญหาเฉพาะของแต่ละชุมชน แต่ละชุมชนมีความต่างด้านทรัพยากรบุคคล งบประมาณ ปัญหา ฯลฯ ที่มีผลต่อการใช้อยุติธรรมชุมชนให้ประสบความสำเร็จ

4) ความชัดเจนของผลที่ได้รับ คือยุติธรรมกระแสหลักที่มีมาอย่างยาวนานและมีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางสูง ยังได้รับการตั้งข้อสงสัยถึงประสิทธิภาพและความคุ้มค่า ยุติธรรมชุมชนก็เช่นกัน แม้จะสามารถอ้างได้ว่าเป็นยุติธรรมทางเลือกที่จะสามารถเข้าถึงความหลากหลายของชุมชน แต่ระหว่างกระบวนการสร้างความเข้าใจนั้น ชุมชนก็ต้องมีลักษณะหรือความสามารถเฉพาะคล้ายเป็นผู้ช่วยของยุติธรรมกระแสหลัก ชุมชนจึงต้องจำลองความสามารถในแต่ละด้านของงานยุติธรรมกระแสหลักมาไม่มากนักน้อย ซึ่งการเสริมสร้างศักยภาพนั้นไม่ง่าย และยุติธรรมชุมชนเป็นการลงทุนที่ต้องใช้งบประมาณมากเช่นกัน เพื่อสร้างคนในชุมชนให้มีศักยภาพ จึงต้องมีการพิจารณาการใช้งบประมาณและความคุ้มค่าและรอบคอบ

6. ผลสำเร็จของยุทธธรรมชุมชนในระยะที่ผ่านมา

ปัจจุบันแนวคิดการพัฒนายุทธธรรมชุมชนเพื่อเป็นการกระจายโอกาสการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนไปสู่ระดับชุมชน โดยการเสริมสร้างความเข้มแข็งของประชาชนและความยุติธรรมในระดับชุมชนภายใต้นโยบายของรัฐบาล ซึ่งสอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ของกระทรวงยุติธรรม พ.ศ.2558 – พ.ศ.2561 ยุทธศาสตร์ที่ 1 “พัฒนาประสิทธิภาพการบริการประชาชนให้เข้าถึงความยุติธรรม” รวมทั้งการปรับปรุงช่องทางในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชน ด้วยการขยายศูนย์ยุติธรรมชุมชนให้ครอบคลุมทุกตำบล ทุกจังหวัด และการส่งเสริมให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและองค์กรชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการปัญหาความขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่ไม่มีความยุ่งยากซับซ้อนและเป็นความผิดที่สามารถยอมความได้ภายในชุมชนของตนเองในรูปแบบเครือข่ายยุติธรรมชุมชนและศูนย์ยุติธรรมชุมชนอันจะเป็นการช่วยลดปัญหา “คดีล้นศาลและผู้ต้องขังล้นคุก” ได้ตั้งแต่ก่อนเข้าสู่กระบวนการยุติธรรม โดยอาศัยกรอบภารกิจในการปฏิบัติงาน 5 ด้าน ของเครือข่ายยุติธรรมชุมชนและศูนย์ยุติธรรมชุมชน (ตามที่กล่าวไว้แล้วนั้น) นอกจากนั้นรัฐบาลยังได้มีเสนอการร่างพระราชบัญญัติยุติธรรมชุมชน พ.ศ. ขึ้น เพื่อจะใช้เป็นกรอบการดำเนินงานที่ชัดเจน และเป็นกลไกในการขับเคลื่อนแนวคิดและกระบวนการยุติธรรมชุมชน และรองรับการปฏิบัติงานของหน่วยงานหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องให้เกิดประสิทธิภาพ ซึ่งปัจจุบันร่างพระราชบัญญัตินี้กำลังอยู่ระหว่างการศึกษา แก่ไชรายละเอียดและรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาในการพิจารณาออกเป็นกฎหมายใช้บังคับ

จากการที่กระทรวงยุติธรรมและโครงการสร้างเครือข่ายยุติธรรมชุมชนของกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ได้มีโครงการนำร่องฯ ของจังหวัดตรัง ที่ดำเนินงานมีศูนย์ประสานงานวิจัยเพื่อท้องถิ่นจังหวัดตรัง โดยมีสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.) ฝ่ายวิจัยเพื่อท้องถิ่น เป็นที่ปรึกษา และเข้าร่วมการดำเนินงานด้านยุติธรรมชุมชนที่นำกรอบแนวคิด วิธีการทำงานแบบงานวิจัยเพื่อท้องถิ่น ทำให้เห็นว่าการแก้ปัญหาความขัดแย้งเป็นเรื่องของชุมชน หน่วยงานภาครัฐมีบทบาทเป็นผู้สนับสนุน ไม่ใช่ผู้กระทำการแทน จนเกิดความเข้าใจในระดับผู้นำและชาวบ้านในชุมชน เกิดกลไกการทำงานในพื้นที่ตำบลที่มีตัวแทนครอบคลุมทุกหมู่บ้านเข้ามาเป็นกรรมการในนามศูนย์ยุติธรรมชุมชนขึ้น

การดำเนินการดังกล่าวนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงเพื่อสร้างความเข้มแข็งให้กับเครือข่ายยุติธรรมชุมชนอย่างมาก โดยการเรียนรู้จากการเก็บข้อมูลปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในชุมชน ในทั้ง 10 พื้นที่ ย้อนหลัง 10 ปี จำนวนประมาณ 800 เรื่อง พบว่า²⁰ ชุมชนสามารถจัดการปัญหาให้ยุติ

²⁰ กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และคณะ, “ยุติธรรมชุมชน...รากฐานความเป็นธรรมของสังคม,” เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ ในงานมหกรรมวิชาการฯ สวก., กรุงเทพมหานคร, 22 มิถุนายน 2555.

ได้ภายในชุมชนได้ถึงร้อยละ 87 ส่วนที่เหลืออยู่ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจและสิ้นสุดที่ศาล เมื่อเปรียบเทียบผลกระทบที่เกิดขึ้นจากปัญหาความขัดแย้งในแง่เศรษฐกิจและสังคม พบว่า ในกรณีที่ชุมชนจัดการปัญหาให้ยุติได้ในชุมชนนั้นแทบไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายอะไรเลย หรือมีบ้างก็เป็นการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น แล้วคู่กรณีก็ให้อภัยกันดีช่วยเหลือพึ่งพากันเหมือนเดิม หรือมีบ้างที่บางครั้งผู้ไกล่เกลี่ยใช้อำนาจในการตัดสินผิดถูกทำให้คู่กรณีต้องยอมรับเพื่อให้เรื่องจบซึ่งต้องมีการปรับวิธีการต่อไป ในกรณีที่ความขัดแย้งต้องขึ้นโรงขึ้นศาล พบว่ามีค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ทั้งในส่วนของค่าเดินทาง ค่าจ้างทนายความ ค่าธรรมเนียมศาล ค่าประกันตัว ซึ่งยังไม่รวมค่าต้นทุนในการบริหารจัดการอื่นๆ อีกเป็นจำนวนมาก บางคนต้องขายนาขายสวนเพื่อนำไปสู้คดี ที่สำคัญคดีที่มีการตัดสินถูกผิดแพ้ชนะโดยศาล บางคนไม่สามารถทำให้คู่กรณีกลับมามีความสัมพันธ์ที่ดีเหมือนเดิม อันเป็นสาเหตุหนึ่งที่จะนำไปสู่ความขัดแย้งใหม่ที่ก่อให้เกิดปัญหาใหม่ให้กับสังคมในระยะต่อไป

สอดคล้องกับการศึกษาของ เกียรติอนันต์ ล้วนแก้ว²¹ ที่กล่าวถึงการนำกระบวนการยุติธรรมทางเลือกมาใช้ในกรณีที่เหมาะสมแทนการปล่อยให้มีการดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก เพราะนอกจากจะช่วยหันเหคดีออกจากระบบแล้ว ยังช่วยลดต้นทุนในการดำเนินการได้อีกด้วย และในทางเศรษฐศาสตร์นั้น ต้นทุนที่เกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรมแบ่งเป็นต้นทุนที่เกิดขึ้นกับภาครัฐและต้นทุนที่เกิดขึ้นกับผู้ที่เกี่ยวข้องกับคดี ซึ่งมีทั้งต้นทุนทางตรง เช่น ค่าใช้จ่ายในคดี ค่าเดินทาง ค่าที่พัก และต้นทุนทางอ้อม เช่น ค่าเสียโอกาสจากการขาดงาน เป็นต้น ดังนั้น การประเมินความคุ้มค่าจึงต้องเอาต้นทุนเหล่านี้มาเปรียบเทียบกับกันว่า หากสามารถหันเหคดีออกไปได้จะช่วยลดค่าใช้จ่ายลง และมีข้อค้นพบสำคัญคือ มาตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทด้วยการไกล่เกลี่ยในชั้นศาล จะช่วยลดต้นทุนในการดำเนินการลงได้ 25.4% และการไกล่เกลี่ยโดยยุติธรรมชุมชนสามารถลดต้นทุนในการดำเนินการลงได้ 81.62% สำหรับด้านความสำเร็จของมาตรการ คดีที่มีการไกล่เกลี่ยสำเร็จในชั้นศาลคิดเป็นร้อยละ 50.13 ของคดีทั้งหมดที่มีการไกล่เกลี่ย ในกรณีศึกษาของสำนักงานยุติธรรมจังหวัดพิษณุโลก ข้อพิพาทที่เข้าร่วมการไกล่เกลี่ยและสำเร็จในชั้นยุติธรรมชุมชน 71.56% ซึ่งเพิ่มขึ้นถึงประมาณ 21%

นอกจากนี้มีตัวอย่าง เช่น การแก้ปัญหาที่ดิน ต.บ้านหลวง อ.จอมทอง จ.เชียงใหม่ หนึ่งในพื้นที่ได้รับผลกระทบจากการประกาศเขตป่าสงวนแห่งชาติ และอุทยานแห่งชาติดอยอินทนนท์กว่า 221,000 ไร่ ทับที่ดินพื้นที่ทำกินของชาวบ้านปกากะญอ จนเกิดความขัดแย้งมาอย่างต่อเนื่องนานกว่า 20 ปี และชาวบ้านถูกดำเนินคดี เพราะการพิสูจน์สิทธิ์ตามมติ ครม. วันที่ 30 มิ.ย. 2541 ยังไม่สำเร็จ เพราะการตรวจสอบขอบเขตที่ดินทำจากหน่วยงานรัฐ ไม่มีชุมชนหรือชาวบ้านเข้าไปร่วมใน

²¹ เกียรติอนันต์ ล้วนแก้ว, กระบวนการยุติธรรมทางเลือก ความคุ้มค่าที่ไม่ควรมองข้าม [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/646056>, 2563 (พฤษภาคม, 10).

กระบวนการพิสูจน์ จนกระทั่งในปี 2558 ชุมชนมอหาทางออกร่วมกันใหม่ โดยอาศัยกลไกการมีส่วนร่วมของภาคชุมชนและถือเป็นการแก้ปัญหาโดยสร้างความร่วมมือกับหน่วยงานรัฐ องค์กรปกครองท้องถิ่น และอุทยานแห่งชาติดอยอินทนนท์ เพื่อลดปัญหาขัดแย้งและสร้างทางออกร่วมกัน ซึ่งในปัจจุบันก็สามารถแก้ไขปัญหาเรื่องเขตที่ดินของรัฐดังกล่าวโดยประชาชนได้รับผลกระทบน้อยที่สุดและเกิดความพึงพอใจทั้งสองฝ่าย²²

จากการศึกษาและผลลัพธ์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นความสำเร็จและประสิทธิภาพของการใช้กลไกกระบวนการยุติธรรมชุมชนเข้ามาแก้ไขปัญหาในเรื่องการระงับข้อพิพาทในชุมชนได้เป็นอย่างดี

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สาเหตุสำคัญของปัญหาการบุกรุกหรือข้อพิพาทเรื่องแนวเขตทับซ้อนในที่ดินระหว่างรัฐกับประชาชนนั้น เกิดจากความไม่ชัดเจนของแนวเขตที่ดิน นโยบายของรัฐบาลในยุคต่างๆ ที่เกี่ยวกับการจัดที่ดิน และจากสภาพพื้นที่ที่มีการเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในอดีตทำให้ข้อมูลที่มีอยู่มีความคลาดเคลื่อน เช่น เดิมเคยใช้เป็นทุ่งหญ้าเลี้ยงสัตว์ ในระยะเวลาต่อมาประชาชนเล็กเลี้ยงสัตว์ทำให้ที่ดินกลายเป็นที่รกร้างว่างเปล่า ประชาชนจึงพากันอพยพเข้าไปจับจองอยู่อาศัยโดยการสร้างอาคารบ้านเรือนและประกอบอาชีพเพาะปลูกหรือเข้าทำประโยชน์ในที่ดินของรัฐ ดังนั้นเมื่อมีบุคคลหนึ่งเข้าไปได้ก็มีบุคคลอื่นๆ พากันตามเข้าไปจำนวนมาก ภาครัฐได้ออกกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดเขตการใช้ที่ดินมีหลายฉบับ รวมทั้งมติคณะรัฐมนตรีอีกหลายกรณีล้วนแต่มีขั้นตอนและวิธีการออกกฎหมายที่แตกต่างกัน ส่งผลให้มีแนวเขตที่ดินจำนวนมากที่ประกาศต่างกรรมต่างวาระแผนที่แนบท้ายประกาศก็มีมาตราส่วนแตกต่างกัน จึงทำให้มีการทับซ้อนของแนวเขตที่ดินและส่งผลให้มีข้อพิพาทเรื่องแนวเขตที่ดินมาโดยตลอด

การดำเนินคดีข้อพิพาทในกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ในกรณีอื่นเกิดจากการทับซ้อนหรือการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐกับประชาชน ซึ่งในปัจจุบันรัฐเป็นผู้ดำเนินการผูกขาดกระบวนการยุติธรรมไว้ฝ่ายเดียว โดยใช้มาตรการทางกฎหมายในการจับกุม ปรามปราม และลงโทษเป็นแนวคิดในการใช้กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นกระบวนการยุติธรรมกระแสหลักมาใช้ผลกระทบอันสำคัญคือ เมื่อเกิดการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐแล้วประชาชนก็ถูกรัฐดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีและใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อจับกุม ลงโทษขั้นเด็ดขาด ทำให้เกิดปัญหาเรื่องการ

²²ข่าวไทยพีบีเอส, แจกโฉนดที่ดินนับชุมชนบ้านหลวง [Online], available URL: <https://news.thaipbs.or.th/content/277565,2563> (พฤษภาคม, 17).

ต่อสู้คดีกันระหว่างภาครัฐและประชาชนในเรื่องดังกล่าวอย่างยืดเยื้อ และเป็นข้อขัดแย้ง กังวลใจที่ประชาชนไม่ไว้วางใจกระบวนการยุติธรรมของฝ่ายรัฐกับการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐในช่วงระยะเวลาหลายสิบปีที่ผ่านมา และจากจำนวนคดีที่เกิดขึ้น ไม่ได้สะท้อนเหตุที่ทำให้ประชาชนลดจำนวนการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐน้อยลง กลับยังทำให้ประชาชนเกิดความเดือดร้อน เสียหายจากการต่อสู้คดีมากขึ้น (เพราะประชาชนอาจไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงในแนวเขตที่ดินที่มีอยู่) และอีกด้านหนึ่งรัฐก็สูญเสียทรัพยากรจากการใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักจำนวนมาก ทั้งการใช้งบประมาณเพื่อการจับกุม คမ်းขัง บังคับคดี และปัญหาต่างๆ ก็ไม่มีแนวโน้มที่จะลดลง

การที่จะระงับข้อพิพาทในการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐนั้น ผู้เขียนเห็นว่าอาจนำแนวคิดกระบวนการการมีส่วนร่วมของชุมชนในรูปแบบยุติธรรมชุมชนเข้ามาบูรณาการในการแก้ไขปัญหา ซึ่งอาจเป็นกลไกที่สามารถผลักดันและเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกแนวเขตที่ดินของรัฐได้ กล่าวดังนี้ คือ

ประการที่หนึ่ง รัฐควรประชาสัมพันธ์และเร่งสร้างความเข้าใจในข้อปฏิบัติที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมชุมชนให้มากขึ้น โดยสร้างกระบวนการการมีส่วนร่วมมากขึ้น โดยอาศัยรูปแบบยุติธรรมชุมชนแบบเกี้ยวโยงและแบบหุ้นส่วนมาใช้ โดยการรับสมัครประชาชนผู้สนใจมาขึ้นทะเบียนเป็นอาสาสมัครยุติธรรมชุมชน และจัดอบรมความรู้ความเข้าใจให้แก่ประชาชน ผู้นำชุมชนและอาสาสมัครชุมชนให้มีทักษะและเทคนิคในกระบวนการยุติธรรมชุมชน ทั้งนี้โดยอาสาสมัครมีบทบาทในการรับเรื่องร้องเรียน เฝ้าระวัง ป้องกันและประสานความร่วมมือและเข้ามามีส่วนร่วมในการไกล่เกลี่ยหรือระงับข้อพิพาทได้ เช่น เมื่อพบว่าการบุกรุกพื้นที่หรือแนวเขตที่ดินของรัฐ รัฐควรใช้กระบวนการยุติธรรมชุมชนโดยศูนย์ยุติธรรมชุมชนเข้ามาบูรณาการเพื่อช่วยเหลือและแก้ไขปัญหาโดยการให้ประชาชนที่ถูกกล่าวหาว่าบุกรุกหรือมีแนวเขตที่ดินทับซ้อน สามารถร้องเรียนต่ออาสาสมัครหรือต่อคณะกรรมการยุติธรรมชุมชนได้ และเปิดโอกาสให้ประชาชนได้ใช้สิทธิเข้ามาชี้แจงให้ข้อมูลและทบทวนการกระทำของตนเองได้ โดยผ่านกลไกของคณะกรรมการยุติธรรมชุมชนแทนที่ฝ่ายรัฐจะตั้งข้อหาและใช้มาตรการทางกฎหมายมาเพื่อบังคับ ขับไล่หรือจับกุม ซึ่งเป็นการกระทำของรัฐฝ่ายเดียวและค่อนข้างรุนแรง

ดังนั้น หากมีการนำเอากระบวนการยุติธรรมชุมชนมาใช้จริงโดยมีมาตรการทางกฎหมายรองรับการบังคับใช้²³ ก็จะทำให้กระบวนการยุติธรรมชุมชนมีมาตรฐานแนวทางเดียวกัน และสามารถระงับข้อพิพาทที่จะนำไปสู่การฟ้องร้องเป็นคดีความ มีการชะลอการฟ้องและอาจจะแก้ไขปัญหาได้ก่อนการฟ้องร้องก่อนเป็นคดีขึ้นสู่ศาล และลดปัญหาในด้านการจับกุม ขับไล่ ฟ้องร้อง

²³ ร่างพระราชบัญญัติยุติธรรมชุมชน พ.ศ.

บังคับคดีลดลง และกระบวนการยุติธรรมชุมชนยังอาจช่วยลดความหวาดระแวงของประชาชนที่มีต่อรัฐได้และอาจเปลี่ยนมาให้ความร่วมมือกับรัฐในเชิงป้องกันปัญหาได้มากขึ้น

ประการที่สอง ในเชิงการป้องกันปัญหาการกระทำผิดกฎหมายต่างๆ²⁴ กระบวนการยุติธรรมชุมชนจะให้ความสำคัญกับชุมชนโดยดึงศักยภาพของประชาชนให้เข้ามามีส่วนร่วมในลักษณะการร่วมคิด ร่วมทำ ร่วมวางแผน ร่วมสั่งการและลักษณะของการเป็นหุ้นส่วน ดังนั้นในขั้นตอนการมีส่วนร่วมในเรื่องแนวเขตที่ดินของรัฐ รัฐควรให้ชุมชนได้เข้ามีส่วนร่วมโดยอาศัยกลไกของกระบวนการดังกล่าวมาใช้ในขั้นตอนการสำรวจแนวเขตที่ดินของรัฐทุกครั้งและทุกพื้นที่ที่มีปัญหาเรื่องแนวเขตที่ดิน หมายความว่า เมื่อรัฐจะทำการสำรวจแนวเขตที่ดินของรัฐในท้องที่ใด รัฐจะต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมของประชาชนทั้งในเรื่องการชี้แนวเขตและการกำหนดแนวเขตที่ดินด้วย ไม่ใช่เพียงแค่การสอบถามความคิดเห็นอย่างเดียว เพราะถ้าหากรัฐนำเอามาตรการหรือกลไกยุติธรรมชุมชนดังกล่าวมาใช้บังคับอย่างจริงจังและให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วม (เชิงป้องกัน) ตั้งแต่กระบวนการเริ่มต้น ก็จะทำให้ประชาชนหรือชุมชนได้ให้ข้อมูลกับรัฐที่ครบถ้วน เช่น ปัญหาที่ว่า “คนอยู่ก่อนป่า หรือ ป่าเกิดก่อนคน” ก็จะได้รับฟังความคิดเห็นที่ครบถ้วนทุกมิติ และยังทำให้ประชาชนได้ตื่นตัวและรับทราบข้อมูล แนวนโยบายของรัฐและเตรียมความพร้อมยอมรับกับการดำเนินงานของภาครัฐได้ แทนที่รัฐจะดำเนินงานฝ่ายเดียวและมาอ้างสิทธิของรัฐเพื่อฟ้องร้องประชาชนภายหลัง

ประการที่สาม รัฐต้องให้ประชาชนหรือชุมชนสามารถออกแบบกติกา ข้อตกลงและข้อบังคับภายในชุมชนของตนเองได้ โดยอาศัยรูปแบบยุติธรรมชุมชนแบบหุ้นส่วนมาใช้ โดยรัฐอาจอยู่ในฐานะเป็นเพียงผู้รับรองกติกา ข้อตกลงหรือข้อบังคับของชุมชนนั้น ซึ่งในหัวใจของกระบวนการยุติธรรมชุมชนประการหนึ่งคือ การรักษาขนบธรรมเนียม จารีตประเพณี และภูมิปัญญาท้องถิ่นให้คงอยู่คู่กับชุมชน โดยนำหลักการนี้มาใช้เป็นเครื่องมือในการดูแลความสงบ ตัวอย่างเช่น หากชุมชนมีการนำเอาจารีตประเพณีท้องถิ่นของตนเองมาใช้เป็นกติกาข้อบังคับว่าหากใครบุกรุกที่ป่า หรือที่ดินของรัฐก็ให้รีบออกจากป่าหรือที่ดินนั้นทันทีและต้องปลูกต้นไม้ทดแทนรวมถึงต้องเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูป่าและสภาพที่ดินนั้นด้วยและห้ามกลับเข้าไปบุกรุกทำลายอีก ซึ่งหากสมาชิกในชุมชนฝ่าฝืนกติกาข้อบังคับ ชุมชนก็ต้องบริหารจัดการกันเองดังที่กล่าวมาก่อนนี้ โดยรัฐจะยังไม่ใช้กระบวนการยุติธรรมกระแสหลักคือการดำเนินการจับกุมขังไล่เข้าไปจัดการหรือแทรกแซงกระบวนการนั้นจนกว่าชุมชนจะไม่สามารถดำเนินการจัดการหรือบังคับกันเองได้ หรือรัฐเห็นว่าหากปล่อยไว้ให้แก้กันเองจะทำให้เกิดความขัดแย้งและเสียหายมากขึ้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากอาศัยกลไกการแก้ไขปัญห

²⁴ ร่างพระราชบัญญัติยุติธรรมชุมชน พ.ศ., มาตรา 18 (1) ที่กำหนดบทบาทและหน้าที่ของอาสาสมัครยุติธรรมชุมชนในเรื่องการเฝ้าระวังและป้องกันปัญหาอาชญากรรม การทุจริตและประพฤติมิชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ และการกระทำผิดกฎหมายต่างๆ.

ภายในชุมชนโดยใช้วิธีการดังกล่าวจะทำให้จำนวนคดีความ ข้อพิพาทหรือการจับกุม ชับไล่ผู้บุกรุก แนวเขตที่ดินของรัฐลดลงได้ และยังเป็นอีกวิธีหนึ่งที่เป็นการสร้างความตระหนักรู้เรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรร่วมกันผ่านระบบขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณี

ประการสุดท้าย หากเกิดปัญหาข้อพิพาทและการฟ้องร้องคดีในเรื่องการบุกรุกหรือการทับซ้อนของแนวเขตที่ดินจนถึงการบังคับคดี หากเป็นกรณีไม่ร้ายแรง หรือขาดเจตนาในการบุกรุกหรือไม่ทราบเรื่องของแนวเขตที่ดิน ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดสมควรได้รับการพิจารณาหรือมีสิทธิเสนอขอไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทเกี่ยวกับความแพ่งหรือความอาญาที่เป็นความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ กระบวนการยุติธรรมชุมชน ทำให้ประชาชนสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ได้รับการยอมรับและเข้าสู่สู่คดีได้อย่างเสมอภาค โดยให้ดำเนินการตามกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือจัดการความขัดแย้งในชุมชน ทั้งนี้การไกล่เกลี่ยและประนอมข้อพิพาทให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและประนอมข้อพิพาทในชุมชน และการลงโทษที่ต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับสภาพฐานะและความเป็นอยู่ของประชาชนนั้นด้วย

นอกจากนั้นรัฐต้องเปิดโอกาสให้มีการประสานงานกับหน่วยงานอื่น และสนับสนุนการดำเนินงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการแก้ไข บำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดและผู้พัวพัน ให้กลับตนเป็นพลเมืองดีและไม่หวนกลับไปกระทำผิดอีก เช่น การฝึกอาชีพ การกลับเข้ามาทำงานชุมชน เป็นต้น

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่า กระบวนการยุติธรรมชุมชน คือการใช้กระบวนการภายในชุมชนโดยอาศัยคนในชุมชน กติกาของชุมชน เพื่อแก้ไขปัญหาก่อนในเบื้องต้น และเป็นแนวทางที่ทำให้รัฐกับประชาชนร่วมมือกันในลักษณะความเป็นหุ้นส่วนในการแก้ไขปัญหา ลดการจับกุม ชับไล่ ฟ้องร้องบังคับคดี และยังทำให้ประชาชนกับรัฐสามารถบูรณาการการออกแบบกฎ กติกา ของความร่วมมือ ซึ่งถือเป็นอีกแนวทางหนึ่งที่ช่วยในเรื่องการระงับข้อพิพาทจากการบุกรุกหรือการทับซ้อนของแนวเขตที่ดินที่จะเกิดขึ้นในอนาคตลงได้

บรรณานุกรม

- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์. **การพัฒนาระบบยุติธรรมชุมชนในไทยในยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550.
- กิตติพงษ์ กิตยารักษ์ และคณะ. “ยุติธรรมชุมชน...รากฐานความเป็นธรรมของสังคม.” เอกสารประกอบการประชุมวิชาการ ในงานมหกรรมวิชาการฯ สวก., กรุงเทพมหานคร, 22 มิถุนายน 2555.
- เกียรติอนันต์ ล้วนแก้ว. **กระบวนการยุติธรรมทางเลือก ความคุ้มค่าที่ไม่ควรมองข้าม** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/646056>, 2563 (พฤษภาคม, 10).
- กองพัฒนายุติธรรมชุมชน. “บทบาทหน้าที่ของส่วนราชการสังกัดกระทรวงยุติธรรมในการดำเนินงานตามแนวทางการรับและแจ้งเรื่องราวร้องทุกข์ตามนโยบายการอำนวยความสะดวกยุติธรรมเพื่อลดความเหลื่อมล้ำในสังคม.” เอกสารประกอบการประชุมเชิงปฏิบัติการ สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม, 10-11 ธันวาคม 2557.
- ข่าวไทยพีบีเอส. **แจกโฉนดที่ดินฉบับชุมชนบ้านหลวง** [Online]. Available URL: <https://news.thaibps.or.th/content/277565>, 2563 (พฤษภาคม, 17).
- จุฑารัตน์ เอื้ออำนวย. **ระบบยุติธรรมและยุติธรรมทางเลือกแนวการวิเคราะห์เชิงสังคมศาสตร์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.
- นิตยา โพธิ์นอก และณัฐกาญจน์ ศุภรัตน์เมธี. **ระบบยุติธรรมชุมชนในประเทศประชาคมอาเซียน: กรณีศึกษาสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว**. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2560.
- มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. **ระบบความยุติธรรมแห่งอนาคตกับสันติสุขในสังคมและชุมชน** [Online]. Available URL: https://tdri.or.th/wp-content/uploads/2013/07/YE2004_1_06.pdf, 2563 (พฤษภาคม, 3).
- วุฒิสาร ตันไชย และคณะ. **รายงานการวิจัยโครงการนำร่องเพื่อเตรียมความพร้อมในการขยายบทบาทและภารกิจงานยุติธรรมสู่ท้องถิ่น**. กรุงเทพมหานคร: กระทรวงยุติธรรมและวิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, 2554.
- วันชัย รุณวงศ์. **ยุติธรรมชุมชน: การสร้างความยุติธรรมโดยชุมชน ใน ยุติธรรมชุมชน: บทบาทการอำนวยความสะดวกยุติธรรมโดยชุมชนเพื่อชุมชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนงานวิจัย, 2550.

- วันชัย วัฒนศัพท์. ถวิลวดีบุรีกุล และศุภณัฐ เพิ่มพูนวิวัฒน์. **คู่มือการเพิ่มพลังความสามารถกระบวนการจัดการข้อพิพาท**. ขอนแก่น: โรงพิมพ์ศิริภรณ์ออฟเซต, 2550.
- สำนักงานกิจการยุติธรรม. **กระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2552.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. **วาระปฏิรูปที่ 11: ปฏิรูปที่ดินและการจัดการที่ดิน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2558.
- สำนักปลัดกระทรวงกลาโหม, **กรอบความเห็นการปฏิรูปประเทศไทยด้านกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม** [Online]. Available URL: https://library2.parliament.go.th/giventake/content_nrcinf/nrc2557-issue3-reform01.pdf, 2563 (พฤษภาคม, 3).
- ร่างพระราชบัญญัติยุติธรรมชุมชน พ.ศ.
- Hardin, Garrett. "The tragedy of the commons." **Science** 162, 3859 (December 1968): 1243-1248.
- Karp, David R. and Todd R. Clear. "Community Justice: A Conceptual Framework." **Criminal Justice** 2 (July 2000): 323-368.
- McCold, P. and T. Wachtel. **Community is Not a Place**. Paper presented at the **International Conference on Justice without Violence**, Albany, June 5-6 [Online]. Available URL: <http://www.realjustice.org/pages/albany.html>, 2020 (May, 3).
- Wachtel, Ted. **Restorative justice in Everyday life: Beyond the Formal Ritual** [Online]. Available URL: <https://www.iirp.edu/news/restorative-justice-in-everyday-life-beyond-the-formal-ritual>, 2020 (May, 3).

การพัฒนากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช
เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเกษตรกร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
ดร.อังค์วรา ไชยอนงค์

การพัฒนากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเกษตรกร^{*} Improving Plant Variety Protection Act for Protecting Farmers' Rights

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล^{**}

Assistant Professor Dr.Somchai Ratanachueskul

ดร.อังค์วรา ไชยอนงค์^{***}

Dr.Angwara Chaianong

บทคัดย่อ

เกษตรกรเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เนื่องจากพันธุ์พืชที่ใช้ในปัจจุบันล้วนเป็นผลมาจากการอนุรักษ์และปรับปรุงพันธุ์พืชของเกษตรกรในอดีต รวมถึงองค์ความรู้ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิของเกษตรกรไม่ได้รับความ

^{*}บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การพัฒนากฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่คุ้มครองสิทธิเกษตรกร” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.).

This article is a part of research title “Improving Plant Variety Protection Act for Protecting Farmers' rights”. This research is funded by Thai Health Promotion Foundation.

^{**}คณบดีคณะนิติศาสตร์ปริดิ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท.สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: somchai.rat@dpu.ac.th.

Dean of Faculty of Law Pridi Banomyong, Dhurakij Pundit University; LL.B. (2nd Class Honor) at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in Business Law at Thammasat University, LL.D. at Thammasat University.

^{***}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ปริดิ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, LL.M. in Intellectual Property Law Case Western Reserve University, S.J.D. Case Western Reserve University. E-mail: angwara.cha@dpu.ac.th.

Lecturer in Law at Faculty of Law Pridi Banomyong Dhurakij Pundit University; LL.B. at Ramkhamhaeng University, LL.M. in Intellectual Property Law at Case Western Reserve University USA., S.J.D. Case Western Reserve University, USA.

วันที่รับบทความ (received) 29 สิงหาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 14 มกราคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 27 มกราคม 2563.

คุ้มครองภายใต้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหรือสิทธิในการปรับปรุงพันธุ์ได้ อีกทั้งสิทธิบัตรและสิทธิในการปรับปรุงพันธุ์พืชสร้างผลกระทบต่อวิถีชีวิตเกษตรกร รวมทั้งเปิดโอกาสให้เกิดการฉกฉวยทรัพยากรชีวภาพหรือที่เรียกว่าโจรสลัดชีวภาพที่ประเทศกำลังพัฒนากำลังเผชิญอยู่ในขณะนี้ สิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ซึ่งเป็นสิทธิรวมหมู่ของชุมชน (Collective Rights) แม้จะได้รับการยอมรับในเวทีระหว่างประเทศ และปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ แต่กล่าวได้ว่า สิทธิเกษตรกรเพียงบางส่วนเท่านั้นที่ปรากฏในกฎหมายภายในของบางประเทศ และสิทธิเกษตรกรในหลายกรณียังคงเป็นเพียงนามธรรมเท่านั้น ขณะที่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งสิทธิบัตรและสิทธิในการปรับปรุงพันธุ์พืช ซึ่งเป็นเพียงสิทธิเอกชน (Private Rights) กลับมีสภาพบังคับในทางกฎหมายทั้งในระดับระหว่างประเทศและในประเทศอย่างชัดเจน

งานวิจัยนี้ได้วิเคราะห์และนำเสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 เพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนของการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรอย่างเป็นรูปธรรม ภายใต้แนวคิดข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ITPGR) เพื่อให้สิทธิเกษตรกรในประเทศไทยได้รับการรับรองและมีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจนเทียบเท่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เพื่อมุ่งให้ทรัพยากรชีวภาพ ตลอดจนความหลากหลายทางชีวภาพได้รับการคุ้มครองและใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนภายใต้กลไกการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร

คำสำคัญ: สิทธิเกษตรกร, พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช, อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืช

Abstract

Farmers play an important role in the plant-genetic resource development and conservation due to the fact that the current plants and knowledge are resulted from conservation and improvement of plant breeding from farmers in the past. However, this knowledge may not be protected under the intellectual property laws or breeding rights. In addition, patents and plant breeding rights have affected farmers' lives and opened the opportunity to seize the biological resources known as biological pirates being currently faced by developing countries. Although the farmers' rights which are the collective rights are accepted internationally and appears in many international agreements, only a few parts of the farmers' rights appear abstractly in law of some countries. On the contrary, the intellectual property rights - patents and plant improvement rights - which are private rights gains its legal enforcement in both international and domestic levels.

This research has analyzed and presented the drafted-amendment Plant Varieties Protection Act, AD 1999, adding more concrete provisions for the protection of farmers' rights under the international agreement concepts such as the Convention on Biological Diversity(CBD) and the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture(ITPGR).With an intention that the Act will allow Thai farmers' rights to be certified and have clear legal status equivalent to the intellectual property rights so that biological resources as well as biodiversity would be consequently protected and sustainably used under the protection of farmers' rights.

Keywords: farmers' rights, plant varieties protection act, international convention for the protection of new varieties of plants (UPOV)

1. การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายต่างประเทศ (บางประเทศ)

สิทธิเกษตรกรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานอย่างหนึ่งเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เป็นสิทธิที่มีอยู่ยาวนานแล้วแต่เนื่องจากยังไม่มีมาตรการหนึ่งให้ความสำคัญกับสิทธิเกษตรกรมากเท่าใด จนกระทั่งสิทธิของเกษตรกรถูกกล่าวถึงในการประชุมขององค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (FAO) และได้รับรองสิทธิเกษตรกรอย่างเป็นทางการโดยให้ความหมายว่า “สิทธิที่เกิดจากการมีส่วนร่วมของเกษตรกรจากอดีต ปัจจุบัน และอนาคต ในการอนุรักษ์ ปรับปรุงพันธุ์ และการทำให้เกิดการดำรงไว้ซึ่งทรัพยากรพันธุกรรมพืช”¹ อย่างไรก็ตาม สิทธิของเกษตรกรบัญญัติหลักไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ ได้แก่ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD) สนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ITPGR) ดังนั้น สิทธิเกษตรกรภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ จึงมีผลสำคัญต่อวิถีชีวิตของเกษตรกร กล่าวคือ มีบทบาทสำคัญในการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร อย่างยั่งยืน ซึ่งก่อให้เกิดความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร

1.1 อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)

CBD เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งจัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์อนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพของโลกเพื่อคนรุ่นหลัง และใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร อย่างยั่งยืนรวมถึงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม CBD กำหนดให้ทรัพยากรชีวภาพซึ่งครอบคลุมถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้สิทธิอธิปไตยของรัฐและ CBD อนุญาตให้การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ ด้วยการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent: PIC) การตกลงเงื่อนไขร่วมกัน (Mutually Agree Terms: MAT) และต้องมีการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)²

¹Sally E. Bunning and Catherine L.M. Hill, **Farmers rights in the conservation and use of plant genetic resources: Gender Perspective** [Online], available URL: <http://www.fao.org/3/X0255E/x0255e03.html>, 2019 (April, 16), University of Oslo, **Constitution of the United Nations Food and Agriculture Organization (FAO)** [Online], available URL: <https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/14/14-01/food-organization.xml>, 2019 (November, 23).

²Article. 15 of Convention on Biological Diversity., สมชาย รัตนเชื้อสกุล สิทธิเกษตรกร: ผลกระทบจากร่างแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช แก่นเกษตร 42(2): 139-146 (2557). Article 15 paragraph 5

จากหลักการข้างต้น ผู้ที่ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมใดในประเทศภาคีอื่นได้แจ้งล่วงหน้าให้ประเทศภาคีเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ทั้งนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะพิจารณาวัตถุประสงค์สำคัญทั้งสามประการตามหลักการของ CBD คือ การอนุรักษ์ทรัพยากร การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและยุติธรรม เมื่อประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้เห็นชอบให้เข้าถึงทรัพยากรแล้ว โดยข้อตกลงร่วมกันนี้เป็นสัญญาระหว่างเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมว่ามีหน้าที่อย่างไรบ้าง

1.2 สนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture: ITPGR)

ITPGR อยู่ภายใต้การดูแลขององค์การอาหารและการเกษตรแห่งสหประชาชาติ (Food and Agriculture Organization: FAO) ซึ่งรับรองสิทธิเกษตรกร กล่าวคือสนธิสัญญานี้สร้างระบบพหุภาคีเพื่อการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพอย่างยั่งยืน และรับรองสิทธิเกษตรกรไว้อย่างชัดเจน โดยระบุให้ “รัฐภาคียอมรับที่จะส่งเสริมชุมชนท้องถิ่นรวมถึงเกษตรกรในทุกพื้นที่ทั่วโลก โดยเฉพาะเกษตรกรที่อยู่ในศูนย์กลางที่เป็นต้นกำเนิดความหลากหลายทางพันธุกรรมพืช ซึ่งได้ร่วมกันอนุรักษ์และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมทั้งในอดีตที่ผ่านมาและต่อไปในอนาคต ซึ่งเป็นฐานของการผลิตอาหารและผลิตผลทางการเกษตรทั่วโลก”³

แม้ว่าจะมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในระดับข้อตกลงระหว่างประเทศ แต่ข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่าการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรยังไม่ได้รับการปฏิบัติตามอย่างเป็นรูปธรรมมากนัก กล่าวคือพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มีกฎหมายที่มีได้ให้สิทธิผูกขาดสิทธิของ

of Convention on Biological Diversity วางหลักว่า รัฐภาคีต้องสร้างเงื่อนไขเพื่ออำนวยความสะดวกในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพแก่ภาคีอื่นๆ โดยรัฐภาคีอาจพิจารณาจากการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ โดยพิจารณาจากเงื่อนไข ดังนี้

การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent - PIC) คือ บุคคลใดจะเข้าถึงพันธุกรรมต้องได้รับความยินยอมจากประเทศเจ้าของพันธุกรรมนั้น อนึ่ง รัฐผู้เป็นเจ้าของจะปฏิเสธไม่ให้เข้าถึงก็อาจเป็นได้ ถ้าการเข้าถึงไม่เหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศภาคี

ตกลงเงื่อนไขร่วมกัน (Mutually Agree Terms: MAT)² คือ ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ทั้งฝ่ายประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึง และฝ่ายผู้ขอเข้าถึงเห็นชอบร่วมกันในทุกประเด็น หากไม่มีข้อตกลงร่วมกัน ประเทศผู้ให้เข้าถึงอาจปฏิเสธการเข้าถึงได้ เงื่อนไขของข้อตกลงจึงขึ้นอยู่กับการเจรจาเป็นกรณีๆ ไป.

³Article 9.1, International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture.

เกษตรกรเหมือนกับกฎหมายสิทธิบัตร เพียงแต่ให้ความคุ้มครองสิทธิพิเศษในการเพาะปลูกหรือขยายพันธุ์สำหรับพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการคุ้มครองด้วยการใช้ส่วนขยายพันธุ์ที่เกษตรกรเป็นผู้ผลิตเอง เพื่อการเพาะปลูกในปีต่อไป แต่สิทธิของเกษตรกรนี้มีข้อจำกัด เช่นสิทธิในการร่วมกับสมาชิกในชุมชนที่จะขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งจะทำให้ชุมชนมีสิทธิในการนำเอาส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชไปแสวงหาประโยชน์ในทางการค้า⁴ อย่างไรก็ตามถ้าผู้ใดจะนำเอาพืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นไปใช้เพื่อประโยชน์ทางการค้าจะต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับจากการใช้พันธุ์พืช อนึ่งผู้จดทะเบียนพันธุ์พืชต้องเป็นนักปรับปรุงพันธุ์พืชเท่านั้น

อย่างไรก็ดี บางประเทศได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในกฎหมายภายใน เช่น ประเทศอินเดีย คอสตาริกา และเปรู ซึ่งมีรายละเอียดที่น่าสนใจดังนี้

2. การคุ้มครองสิทธิของสิทธิเกษตรกรในต่างประเทศ

2.1 การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรของประเทศอินเดีย

ประเทศอินเดียบัญญัติกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชและสิทธิเกษตรกร พ.ศ.2544 (Protection of Plant Varieties and the Farmers' Rights Act 2001: PPVFR) เพื่อคุ้มครองสิทธิเกษตรกรอย่างชัดเจนให้สิทธิกับเกษตรกรที่ปรับปรุงหรือพัฒนาจนได้พันธุ์พืชใหม่จดทะเบียนพันธุ์พืชใหม่นั้น⁵ เกษตรกรที่มีส่วนในการอนุรักษ์พันธุ์กรรมด้วยการคัดเลือก หรือจำแนกพันธุ์พืชดั้งเดิม หรือพันธุ์พืชป่าและยินยอมให้นำพันธุ์กรรมดังกล่าวมาใช้เป็นฐานของพืชเศรษฐกิจ และได้นำพืชเศรษฐกิจดังกล่าวมาจดทะเบียนพันธุ์พืชตามกฎหมายนี้ ย่อมมีสิทธิได้รับการยอมรับและได้รับรางวัลตอบแทนจากกองทุนพันธุ์กรรมแห่งชาติ (Gene Fund)⁶ โดยเกษตรกรได้รับสิทธิใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้ เพื่อการเพาะปลูกหรือการเก็บส่วนขยายพันธุ์เพื่อปลูกต่อ แลกเปลี่ยน แบ่งปัน หรือขายตามจารีต หรือวิถีปฏิบัติที่มีอยู่แล้วก่อนกฎหมายนี้ใช้บังคับ แต่ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้จดทะเบียนพันธุ์พืชตามกฎหมายนี้ กรณีการขายเมล็ดพันธุ์ของเกษตรกรจะต้องไม่มีหรือใช้เครื่องหมายการค้าในหีบห่อที่บรรจุเมล็ดพันธุ์เพื่อจำหน่ายดังกล่าว⁷ และในกรณีที่จำหน่ายเมล็ดพันธุ์ของพันธุ์พืชที่จดทะเบียนตามกฎหมายนี้แก่เกษตรกรจะต้องเปิดเผยข้อมูลเงื่อนไข

⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 44 และมาตรา 47.

⁵ Article 39.1(1) of Protection of Plant Varieties and the Farmers' Rights Act 2001.

⁶ Article 39.1(3) of Protection of Plant Varieties and the Farmers' Rights Act 2001.

⁷ Article 39.1(4) of Protection of Plant Varieties and the Farmers' Rights Act 2001.

และผลที่คาดว่าจะได้รับการปลูกพันธุ์พืชนั้น และหากปรากฏว่าพันธุ์พืชที่จำหน่ายให้เกษตรกรดังกล่าวไม่ได้ให้ผลตามที่เปิดเผยไว้ เกษตรกรมีสิทธิร้องขอเงินชดเชยจากผู้ปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นก็ได้อ⁸

ทั้งนี้ PPVFR ให้ความสำคัญกับทั้งพันธุ์พืชใหม่ และพันธุ์พืชดั้งเดิม โดยเฉพาะในส่วนการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรนั้น กฎหมายระบุให้ครอบคลุมพันธุ์พืชที่มีอยู่ในประเทศอินเดียอย่างกว้างขวาง โดยให้ครอบคลุม “พันธุ์พืชที่มีอยู่แล้ว” (Extant Variety) ซึ่งหมายถึง พันธุ์พืชของเกษตรกร (Farmers’ Variety) พันธุ์ที่รู้จักกันโดยทั่วไป (Common knowledge) และพันธุ์พืชที่เป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain)⁹ และเมื่อพิจารณาต่อไปในนิยาม “พันธุ์พืชของเกษตรกร” (Farmers’ Variety) ที่ให้หมายถึง พันธุ์พืชดั้งเดิมที่เกษตรกรใช้ในการเพาะปลูก พันธุ์พืชป่า หรือพันธุ์พื้นเมือง (Land race) ซึ่งเป็นที่รับรู้หรือรู้จักกันทั่วไปในหมู่เกษตรกร¹⁰ จึงเห็นได้ว่า พันธุ์พืชที่มีอยู่ในประเทศอินเดียทุกชนิดจะได้รับคุ้มครองตามกฎหมาย

นอกจากนี้อินเดียยังได้ตรากฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ.2002 (The Biological Diversity Act, 2002: BDA) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพ การใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน และเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเท่าเทียมและเป็นธรรมจากการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรชีวภาพรวมถึงองค์ความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรชีวภาพนั้น กฎหมายฉบับนี้ได้ จัดตั้งกองทุนความหลากหลายทางชีวภาพ¹¹ ให้มีคณะกรรมการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งรัฐ (State Biodiversity Boards) ทำหน้าที่ให้คำปรึกษา บริหารจัดการ ควบคุมดูแลการอนุมัติการเข้าถึงความหลากหลายทางชีวภาพ คณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพ (Biodiversity Management Committees: BMC) จะเป็นหน่วยงานประสานงานและบริหารจัดการส่วนท้องถิ่น ดำเนินงาน รวมถึงอำนวยความสะดวกผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย (stakeholders) และรวบรวมข้อมูลภูมิปัญญาชาวบ้าน

2.2 การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรของประเทศคอสตาริกา

ประเทศคอสตาริกาบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Law 7788 of 1998) จัดตั้งคณะกรรมการบริหารระบบพื้นที่อนุรักษ์แห่งชาติ (National System of Conservation Areas: SINAC) รวมทั้งคณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ (National Biodiversity Administration Committee: CONAGEBIO) โดยมีหน้าที่สร้างความมั่นใจในความปลอดภัยของ

⁸ Article 39(2), 41 of Protection of Plant Varieties and the Farmers’ Rights Act 2001.

⁹ Article 2 (j) of Protection of Plant Varieties and the Farmers’ Rights Act 2001.

¹⁰ Article 2 (l) of Protection of Plant Varieties and the Farmers’ Rights Act 2001.

¹¹ Article 21 of The Biological Diversity Act 2002.

สิ่งแวดล้อม อนุรักษ์และใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนของระบบนิเวศ ควบคุมกำกับนโยบาย กฎระเบียบ การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ประสานงานและดำเนินงานต่างๆ กับองค์กร หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนด กฎ ระเบียบ ขั้นตอนการดำเนินการที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์อันเกิดจากการใช้ประโยชน์ความหลากหลายทางชีวภาพและทรัพยากรพันธุกรรมไว้โดยสำนักงานสนับสนุนด้านเทคนิค (Technical Office) ของคณะกรรมการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพแห่งชาติ

นอกจากนี้ สถาบันความหลากหลายทางชีวภาพ (National Biodiversity Institute: INBio) นับเป็นองค์กรที่มีความสำคัญต่อการบริหารจัดการทรัพยากรชีวภาพในประเทศคอสตาริกา ดังเช่น กรณี INBio อนุญาตให้บริษัท Merck บริษัทผลิตยาของประเทศสหรัฐอเมริกา เข้าใช้ทรัพยากรชีวภาพเพื่อประโยชน์ด้านวิทยาศาสตร์สุขภาพสัตว์ โดย INBio ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนในรูปของตัวเงิน อันมาจากค่าธรรมเนียมในการเก็บทรัพยากรธรรมชาติ และในรูปแบบของผลประโยชน์ที่ไม่ใช่ตัวเงิน เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี การได้รับการฝึกอบรม ฯลฯ ประโยชน์ที่ได้รับดังกล่าวจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการอนุรักษ์ทรัพยากรชีวภาพของประเทศคอสตาริกา ซึ่งเป็นไปตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของการแบ่งปันผลประโยชน์ตามหลักการของ CBD

2.3 การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรของประเทศเปรู

ประเทศเปรูมีความหลากหลายในทรัพยากรพันธุกรรมพืชสูงมาก (Megadiverse Country)¹² รัฐบาลได้ตรากฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพของเปรู ค.ศ.1997 (Law Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources, 2002 (Law No. 27811) กล่าวถึงการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ และการให้ความคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นและสนับสนุนการแบ่งปันผลประโยชน์จากพันธุกรรมพืช¹³ Law No. 27811 ให้ส่งเสริมให้มีการเคารพ ปกป้อง อนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากการพัฒนาองค์ความรู้ของชนพื้นเมือง และเพื่อส่งเสริมให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมจากการใช้องค์ความรู้ของชนพื้นเมือง ส่งเสริมให้มีการใช้องค์ความรู้เพื่อประโยชน์ของชน

¹² Megadiverse Country หมายถึง ประเทศที่มีความหลากหลายของชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิต และมีชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตประจำถิ่น (endemic species) เป็นจำนวนมาก เกณฑ์การพิจารณาจะดูจากที่ประเทศนั้นมีชนิดพันธุ์พืชประจำถิ่นไม่น้อยกว่า 5,000 ชนิด และมีระบบนิเวศทางทะเล (marine ecosystem).

¹³ กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายในรูปแบบกฎหมายเฉพาะ (Sui generis) โปรดดู Susanna E. Clark, "The Protection of Indigenous Knowledge in Peru: A Comparative Perspective," *Washington University Global Studies Law Review* 3, 755 (2004): 757.

พื้นเมืองและมวลมนุษยชาติ เพื่อรับประกันว่าการใช้ประโยชน์จากองค์ความรู้ดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชนพื้นเมือง ทั้งนี้เพื่อส่งเสริมให้เกิดความเข้มแข็งในการพัฒนาศักยภาพของชนพื้นเมือง ตลอดจนเครื่องมือเครื่องใช้ของชนพื้นเมืองเพื่อประโยชน์ร่วมกัน

กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่ โครงการ The International Cooperative Biodiversity Group: ICBG กล่าวคือ ICBG กำหนดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับชุมชน Aguaruna ซึ่งเป็นชุมชนพื้นเมืองของประเทศเปรู การแบ่งปันผลประโยชน์ต้องพิจารณาภายใต้หลักการความเท่าเทียมกันในระหว่างชุมชนทำให้ข้อตกลงการแบ่งปันผลประโยชน์กำหนดให้แบ่งปันผลประโยชน์กึ่งหนึ่งจากกิจกรรมที่มาจากงานวิจัยและผู้ใช้ประโยชน์ในทรัพยากรดังกล่าวต้องจ่ายเงินล่วงหน้าให้กับองค์กรหรือชุมชนที่เกี่ยวข้องมากที่สุดก่อน ส่วนชุมชนอื่นๆ ที่เหลือทุกชุมชนจะได้รับต่อเมื่อมีผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นในภายหลัง

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศอินเดียเป็นประเทศที่มีการรับรองสิทธิเกษตรกรในทรัพยากรพันธุกรรมพืชค่อนข้างชัดเจน กล่าวคือในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศอินเดียกล่าวถึง สิทธิของเกษตรกรในการอนุรักษ์พันธุ์พืช การเข้าถึงและการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืช การได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ และกองทุนความหลากหลายทางพันธุกรรม อันแสดงถึงประเทศอินเดียให้ความสำคัญกับทรัพยากรพันธุ์พืชและสิทธิของเกษตรกรและเกษตรกรกรรม ซึ่งไม่สามารถแยกออกจากกันได้ สืบเนื่องจากประเทศอินเดียเผชิญปัญหา เช่น โจรสลัดชีวภาพโดยมีสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาเป็นกฎหมายอาจเป็นตัวเร่งทำให้สภาพปัญหายิ่งรุนแรงมากขึ้น ส่งผลให้รัฐบาลอินเดียเร่งหาวิธีการแก้ปัญหา โดยการรับรองสิทธิเกษตรกรในบทบาทผู้ผลิตของกฎหมาย ส่วนประเทศคอซตาริกา เป็นประเทศที่มีระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ที่โดดเด่น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ INBio สามารถปรับใช้หลักการแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้ในการเข้าถึงทรัพยากรชีวภาพได้เป็นอย่างดี และเป็นต้นแบบให้หลายประเทศไปเป็นกรณีศึกษา ในกรณีของประเทศเปรู ซึ่งมีกฎหมายที่ระบุถึงการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรได้ดีในระดับหนึ่ง โดยเฉพาะกรณีการแบ่งปันผลประโยชน์ และการให้สิทธิและการคุ้มครองชนพื้นเมืองอย่างเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ตาม กฎหมายของประเทศเปรูก็ไม่ได้กำหนดคุ้มครองสิทธิเกษตรกร โดยเฉพาะกรณีการเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ต่อ (Farm saved seed) อย่างชัดเจน แต่ไปอาศัยข้อยกเว้นในกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ และกฎหมายว่าด้วยเมล็ดพันธุ์ การคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในประเทศอินเดีย คอสตาริกา และเปรู ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น อาจนำมาปรับใช้กับการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในประเทศไทยได้ในระดับหนึ่ง

3. สิทธิเกษตรกรในระบบกฎหมายไทย

แม้ภาคเกษตรกรรมยังเป็นภาคเศรษฐกิจที่สำคัญของประเทศไทยแต่สิทธิเกษตรกรที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเกษตรกร เป็นสิทธิในเชิงประจักษ์ที่อยู่ในการรับรู้ของสังคมไทยมาอย่างช้านาน กลับไม่ได้รับการบัญญัติรับรองในกฎหมายอย่างชัดเจน สถานการณ์เช่นนี้อาจทำลายสิทธิเกษตรกรที่มีในสังคมไทยให้สูญหายไปได้

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 นับเป็นกฎหมายที่ปรากฏร่องรอยการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรที่เด่นชัดที่สุดในประเทศไทย โดยแม้จะนำหลักการสิทธินักปรับปรุงพันธุ์ตาม International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV 1978) มาใช้แต่ก็ได้นำหลักการในมาตรา 15 ของ CBD ให้ผู้ขอเข้าถึงต้องดำเนินการตามเงื่อนไขของแต่ละรัฐ เพื่อขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและ ตามมาตรา 16 และ 19 ได้กำหนดขอบเขตของทรัพยากรพันธุกรรม กล่าวคือทรัพยากรที่ได้ถูกจัดหามาจากประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ตามธรรมชาติมาผสมผสานเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมไทยทั้งนี้ หลักการทางกฎหมายที่สะท้อนถึงสิทธิเกษตรกรที่ปรากฏในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มีดังนี้

3.1 การก่อตั้งสิทธิชุมชนเหนือพันธุ์พืช

พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เป็นพันธุ์พืชประเภทหนึ่งที่กำหนดให้เป็นสิทธิของชุมชนที่เป็นแหล่งที่ตั้งของพันธุ์พืชนั้นขึ้นทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น¹⁴ และมีผลทำให้ชุมชนมีสิทธิเหนือพันธุ์พืชนั้นในการควบคุมการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชดังกล่าว ตลอดจนบริหารจัดการผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชนั้น สิทธิเหนือพันธุ์พืชชนิดนี้เป็นสิทธิร่วมกันของชุมชนในลักษณะสิทธิรวมหมู่ (Collective Rights) ปัจจุบันมีเพียงส้มเขียวหวานพันธุ์เทพรสของชุมชนคังบางกะเจ้า จังหวัดสมุทรปราการ จดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต่อกรมวิชาการเกษตร และขณะนี้อยู่ระหว่างประกาศโฆษณาคำขอเพื่อรับจดทะเบียนเป็นพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต่อไป¹⁵

¹⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 45.

¹⁵ ประกาศคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช เรื่อง ประกาศโฆษณาคำขอขึ้นทะเบียนพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542.

3.2 การคุ้มครองสิทธิในการเก็บเมล็ดพันธุ์ (Farm saved seed)

การเก็บและใช้ประโยชน์จากเมล็ดพันธุ์เป็นสิทธิที่เกษตรกรทำได้โดยเสรี ตามหลักดอกผลของทรัพย์สินทางกฎหมายแพ่ง เฉพาะในส่วนของพันธุ์พืชใหม่ที่ได้รับการขึ้นทะเบียนนั้น โดยหลักทั่วไปแล้ว เกษตรกรก็สามารถเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ได้โดยไม่มีข้อจำกัดเช่นกัน เว้นแต่กรณีรัฐมนตรีเห็นสมควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นก็อาจออกประกาศให้เกษตรกรสามารถเก็บเมล็ดพันธุ์ได้ไม่เกินสามเท่าของที่ได้มาก็ได้¹⁶ ดังนั้น เฉพาะกรณีมีประกาศของรัฐมนตรีตามที่กล่าวมาเท่านั้นที่สิทธิของเกษตรกรในการเก็บเมล็ดพันธุ์เพื่อใช้ต่อไปจะได้รับผลกระทบ ซึ่งถือเป็นข้อยกเว้นเพื่อประโยชน์ของการปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ จึงกล่าวได้ว่า โดยหลักแล้วเกษตรกรมีสิทธิเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ต่อไป อย่างไรก็ตาม ภายใต้งานกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทยได้วางหลักเพื่อคุ้มครองสิทธิของเกษตรกรเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้นและยังบัญญัติหลักได้ไม่ชัดเจน

3.3 การควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ (Access and Benefit-Sharing : ABS)

พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ได้นำกลไกควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์มาใช้กับพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่า และพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ดังนั้น การเข้าถึงและนำพันธุ์พืชไปใช้ประโยชน์จะต้องขออนุญาตเข้าถึงและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก่อน กรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าต้องขออนุญาตและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากกรมวิชาการเกษตร¹⁷ ส่วนกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องขออนุญาตและทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากชุมชนท้องถิ่น¹⁸ ซึ่งการทำข้อตกลงและแบ่งปันผลประโยชน์จะอยู่ภายใต้หลักการตกลงร่วมกัน (Mutually Agree Term) ทำให้การรับรู้สิทธิเกษตรกรเหนือพันธุ์พืชเป็นรูปธรรมในเชิงกฎหมายอย่างชัดเจน

3.4 การควบคุมพันธุ์พืชตัดแต่งพันธุกรรมที่อาจกระทบต่อพันธุ์พืชเกษตรกร

พืชตัดแต่งพันธุกรรมนับเป็นนวัตกรรมในการปรับปรุงพันธุ์พืช อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความไม่แน่นอนถึงผลกระทบของพันธุ์พืชชนิดนี้ที่มีต่อพันธุ์พืชอื่นทั่วไป หรือระบบนิเวศ ทำให้ประชาคมระหว่างประเทศมีข้อห่วงใยต่อปัญหานี้ พิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Cartagena Protocol) ซึ่งเป็นพิธีสารภายใต้ CBD กำหนดให้นำหลักปลอดภัยไว้ก่อน (Precautionary Principle)

¹⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 33(4).

¹⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 52.

¹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 48.

มาใช้กับพันธุ์พืชชนิดนี้¹⁹ โดยควรมีการบัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชฯ กล่าวคือวางหลักให้คำนึงถึงผลกระทบทางเศรษฐกิจและสังคม (Social-economic approach) ไปกำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยสามารถระงับไม่ให้มีการนำเข้า ทดลองหรือปลูกพืชจีเอ็มโอได้ทันทีเมื่อมีเหตุเบื้องต้นที่จะกระทบทางเศรษฐกิจสังคม ดังนั้น การกำหนดให้ต้องทำประเมินผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแสดงนัยว่า ต้องการปกป้องมิให้พันธุ์พืชชนิดนี้ก่อความเสียหายกับพันธุ์พืชอื่นๆ ซึ่งรวมถึงพันธุ์พืชที่เกษตรกรใช้ในการเพาะปลูกด้วย เช่น การผสมกับพันธุ์พืชของเกษตรกร เป็นต้น นอกจากนี้ การปรับปรุงพันธุ์พืชด้วยเทคโนโลยีชีวภาพอาจใช้วิธีทำให้ยีนของเมล็ดพันธุ์เป็นหมันไม่สามารถงอกได้ (Gene Used Restricted Technology : GURT) ดังนั้น เพื่อให้เกษตรกรยังคงสิทธิในการเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ปลูกต่อไป (Farm saved seed) เกษตรกรจะต้องได้รับความคุ้มครองจากผลกระทบของเทคโนโลยีประเภทนี้

3.5 การมีส่วนร่วมในคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืช

คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชแม้จะมีกรรมการมาจากราชการจำนวนหนึ่งก็ตาม แต่ก็มีตัวแทนของเกษตรกรจำนวนหกคนที่คัดเลือกจากการเสนอชื่อของกลุ่ม ชมรม สมาคม กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์การเกษตรของทุกภูมิภาค โดยจะต้องมีกรรมการจากภูมิภาคละอย่างน้อยหนึ่งคน คณะกรรมการนี้มีอำนาจหน้าที่สำคัญหลายประการ โดยเฉพาะอำนาจในการเสนอแนะคณะรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงและประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ การให้ความเห็นหรือคำแนะนำแก่รัฐมนตรีเกี่ยวกับการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ การวางระเบียบเกี่ยวกับการศึกษา ทดลอง วิจัย และปรับปรุงหรือพัฒนาพันธุ์พืชจากพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าหรือส่วนใดส่วนหนึ่งของพันธุ์พืชดังกล่าว²⁰

อย่างไรก็ดี แม้ในกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชปัจจุบันจะมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเกษตรกรได้ในระดับหนึ่ง แต่ความเข้มข้นของสิทธิเกษตรกรก็ยังมีไม่มากนักเมื่อเทียบกับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชและสิทธิบัตร และมีความเป็นไปได้ที่ระดับการคุ้มครองสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชและสิทธิบัตรจะมีความเข้มข้นมากยิ่งขึ้น และลดทอนสิทธิเกษตรกรที่มีอยู่ในกฎหมายให้ลดน้อยลงไปอีก ดังจะเห็นได้จากความพยายามของหน่วยงานภาครัฐบางแห่งที่พยายามผลักดันให้แก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช และให้ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี UPOV

¹⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 13.

²⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 6.

4. แนวคิดและการผลักดันให้เปลี่ยนแปลงกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของประเทศไทย

ภายหลังประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 กลับปรากฏว่าไม่ได้มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง และเกิดข้อจำกัดหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความล่าช้าในการจัดทำกฎหมายลำดับรอง เช่น ระเบียบคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชเกี่ยวกับการเข้าถึงพันธุ์พืชโดยมิได้มีวัตถุประสงค์ในทางการค้า ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ.2547 กฎกระทรวงเกี่ยวกับการขออนุญาตเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าเพื่อประโยชน์ในทางการค้าและการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ประกาศใช้ในปี พ.ศ.2553 แต่กรมวิชาการเกษตรเพิ่งออกประกาศแบบคำขออนุญาต และแบบข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในปี พ.ศ.2555 ถึงแม้การบังคับใช้กฎหมายจะยังไม่เต็มรูปแบบ แต่กลับปรากฏแรงผลักดันและข้อเรียกร้องให้แก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ในลักษณะแก้ไขทั้งฉบับเพื่อเพิ่มและยกระดับการคุ้มครองสิทธิของนักปรับปรุงพันธุ์พืชตามแนวทางของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองพันธุ์พืชใหม่ (UPOV 1991) ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ซึ่งกรมวิชาการเกษตรเผยแพร่เพื่อการรับฟังความคิดเห็น ปรากฏว่าได้เพิ่มมาตราจากเดิม 69 มาตราเป็น 82 มาตรา ทั้งนี้เป็นการแก้ไข 40 มาตรา และบัญญัติเพิ่มขึ้นใหม่ 14 มาตรา²¹

ตัวอย่างประเด็นการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่กระทบต่อสิทธิเกษตรกร เช่น การเพิ่มอายุการคุ้มครอง โดยขยายอายุความคุ้มครองจาก 12-17 ปี เป็น 20 ปีสำหรับพืชทั่วไป อายุการคุ้มครองที่นานขึ้นทำให้การผูกขาดนานขึ้น กระทบต่อการใช้พันธุ์พืชของเกษตรกร

การตัดสิทธิการเก็บเมล็ดพันธุ์ กล่าวคือในร่างแก้ไข ได้เปลี่ยนแปลงหลักการเป็นให้รัฐมนตรีสามารถออกประกาศห้ามเกษตรกรเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ในกรณีที่เห็นว่าพันธุ์พืชใดเป็นพันธุ์พืชที่ควรส่งเสริมการปรับปรุงพันธุ์ จากเดิมที่กฎหมายเปิดช่องให้เกษตรกรมีสิทธิเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ได้น้อยไม่เกินสามเท่า รัฐมนตรีอาจออกประกาศห้ามมิให้เกษตรกรเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้เลยก็ได้

จะเห็นได้ว่า ข้อเสนอการแก้ไขร่างกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชดังกล่าว จะลดทอนสิทธิเกษตรกร ดังนั้น เพื่อให้เกษตรกรได้รับสิทธิประโยชน์อย่างชอบธรรม เห็นควรเพิ่มเติมบทคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ดังนี้

²¹ รุจินันท์ วาธีวัฒนารัตน์, “มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเกษตรกร กรณีศึกษาการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542,” วารสารวิชาการสถาบันเทคโนโลยีแห่งสุวรรณภูมิ 4, 1 (2561): 14.

4.1 การรับรู้สิทธิเกษตรกรอย่างเป็นรูปธรรม

เพิ่มหมวดว่าด้วยสิทธิเกษตรกร ที่บัญญัติรับรองสิทธิของเกษตรกรอย่างเป็นรูปธรรมมีเนื้อหาครอบคลุมการอ้างวิธีการทำเกษตรกรรมตามจารีตประเพณี เพื่อการใช้ประโยชน์จากพันธุ์พืชเกษตรกร ซึ่งหมายถึงพันธุ์พืชที่เกษตรกรใช้ประโยชน์อย่างแพร่หลาย กฎหมายจะต้องรับรอง “พันธุ์พืชของเกษตรกร” ทำนองเดียวกับ “พันธุ์พืชใหม่” เกษตรกรจึงต้องมีสิทธิที่จะใช้ประโยชน์เพาะปลูก อนุรักษ์และพัฒนาพันธุ์พืชเกษตรกรนั้นตลอดไป สิทธิเกษตรกรนี้จะต้องครอบคลุมการเก็บรักษา แลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์ หรือส่วนขยายพันธุ์ของพันธุ์พืชเกษตรกรตามจารีตประเพณี

4.2 กลไกทางกฎหมายเพื่อปกป้องตนเองของเกษตรกร

เพิ่มบทบัญญัติปกป้องพันธุ์พืชเกษตรกรจากการผสม หรือปนเปื้อนกับพันธุ์พืชใหม่ หรือพันธุ์พืชใหม่ที่ตัดแต่งพันธุกรรม โดยผู้ทรงสิทธิ ผู้ครอบครอง หรือผู้จำหน่ายพันธุ์พืชใหม่ดังกล่าว ต้องจัดให้มีมาตรการป้องกันมิให้พันธุ์พืชใหม่นั้นผสมหรือปนเปื้อนกับพันธุ์พืชเกษตรกร และโดยเฉพาะในการเพาะปลูกพันธุ์พืชใหม่นั้น กฎหมายควรต้องกำหนดให้ผู้เพาะปลูกมีหน้าที่จัดให้มีเครื่องมือ อุปกรณ์ หรือการเว้นระยะห่างเพื่อมิให้พันธุ์พืชใหม่ที่ปลูกนั้นผสมหรือปนเปื้อนกับพันธุ์พืชเกษตรกร

ในการปลูกพันธุ์พืชใหม่ที่ตัดแต่งพันธุกรรม ต้องขออนุญาตและต้องประกาศรายละเอียดตำแหน่งที่ปลูก ประเภทหรือชนิดของพืชที่จะปลูก ขนาดพื้นที่ที่จะใช้ในการเพาะปลูก มาตรการในการป้องกันการผสมหรือปนเปื้อนกับพันธุ์พืชอื่นๆ ตลอดจนลักษณะและรูปแบบของผลกระทบที่จะเกิดขึ้น รวมทั้งมาตรการเยียวยาและแก้ไข และต้องประกาศคำขอดังกล่าวในท้องที่ที่จะเป็นพื้นที่เพาะปลูกเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสคัดค้าน อันเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมกิจกรรมต่างๆ ที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่นั้น

4.3 กลไกทางกฎหมายเพื่อเยียวยาความเสียหายของเกษตรกร

เพิ่มมาตรการกำหนดความรับผิดของผู้ที่ปลูกพันธุ์พืชใหม่ที่ผสมหรือปนเปื้อนกับพันธุ์พืชเกษตรกร โดยกำหนดให้ผู้ปลูกต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เกษตรกรที่พันธุ์พืชของตนได้รับความเสียหาย ทั้งนี้ควรกำหนดรูปแบบความรับผิดเด็ดขาด (Strict Liability) และผลักภาระให้ฝ่ายผู้ปลูกเป็นผู้พิสูจน์เพื่อไม่ต้องรับผิดได้เฉพาะกรณีความเสียหายนั้นเกิดจากความผิดของเกษตรกรผู้ได้รับความเสียหายเอง รวมทั้งนำหลักการกำหนดค่าเสียหายเพื่อการลงโทษ (Punitive Damages) อีกสองเท่ามาใช้กับกรณีที่ผู้ปลูกจงใจ หรือรู้ หรือควรรู้ถึงความเสียหายที่จะเกิดกับพันธุ์พืชเกษตรกร

4.4 การประกันผลผลิตจากพันธุ์พืชใหม่

เพิ่มบทคุ้มครองเกษตรกรที่ซื้อพันธุ์พืชใหม่มาใช้ในการเพาะปลูก ในส่วนที่เกี่ยวกับปริมาณผลผลิตที่จะได้รับจากการใช้พันธุ์พืชใหม่นั้น เพื่อไม่ให้เกษตรกรตกเป็นเหยื่อของการโฆษณา โดยในการจำหน่ายพันธุ์พืชใหม่ให้แก่เกษตรกร ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายจะต้องระบุปริมาณการของผลผลิตที่จะได้จากการใช้พันธุ์พืชใหม่นั้น และหากปรากฏในภายหลังว่า ผลผลิตที่ได้รับไม่เป็นไปตามที่ระบุไว้ อันมิใช่ผลที่เกิดจากเหตุสุดวิสัย หรือความผิดของเกษตรกรผู้ปลูกเอง ผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่เกษตรกรด้วย

4.5 การคุ้มครองพันธุ์พืชเกษตรกรและพันธุ์พืชที่มีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชเกษตรกร

เพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชเกษตรกร รวมทั้งพันธุ์พืชที่ยังคงลักษณะเด่นของพันธุ์พืชเกษตรกร ทำนองเดียวกับการคุ้มครองพันธุ์ที่เป็นอนุพันธ์ Derivative Varieties ของระบบสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช เพื่อให้ถือว่าพันธุ์ที่ปรับปรุงขึ้นแต่ยังคงมีลักษณะสำคัญของพันธุ์พืชเกษตรกรยังเป็นพันธุ์พืชเกษตรกรอยู่ต่อไป และเกษตรกรได้รับความคุ้มครองในการใช้พันธุ์พืชนั้น เป็นการยกระดับความคุ้มครองพันธุ์พืชเกษตรกรให้ทัดเทียมกับพันธุ์พืชใหม่

4.6 กองทุนเมล็ดพันธุ์เสรีเพื่อเกษตรกร

เปลี่ยนแปลงบทบาทและหน้าที่ของกองทุนคุ้มครองพันธุ์พืชที่มีอยู่ให้ครอบคลุมถึงการคุ้มครองสิทธิเกษตรกร และพันธุ์พืชเกษตรกร โดยเปลี่ยนชื่อของกองทุนเป็น กองทุนพันธุ์พืชเสรีเพื่อเกษตรกร และเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของกองทุนให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ที่เน้นให้กองทุนมีบทบาทที่ชัดเจนขึ้นในด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเกษตรกร การพัฒนาและอนุรักษ์พันธุ์พืชเกษตรกร การแลกเปลี่ยนเมล็ดพันธุ์โดยเสรี

ทั้งนี้ องค์ประกอบของคณะกรรมการกองทุนให้ปรับเปลี่ยนเน้นกรรมการจากภาคเกษตรกรเป็นหลัก โดยคัดเลือกกันเอง และมีผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยตรงเป็นกรรมการ และให้ประธานคณะกรรมการกองทุนมาจากตัวแทนเกษตรกร เพื่อให้ผู้มีประสบการณ์และเกี่ยวข้องโดยตรงบริหารจัดการกองทุนโดยอ้างอิงจากหลักการจัดตั้ง Local Biodiversity Fund: LBF ของประเทศอินเดียดังที่กล่าวข้างต้น

ในกรณีจำเป็นคณะกรรมการกองทุนอาจจัดตั้งสำนักงานของกองทุนในจังหวัดใดจังหวัดหนึ่ง เพื่อให้เกษตรกรในจังหวัดต่างๆ สามารถเข้าถึงบริการของกองทุนได้อย่างทั่วถึง ซึ่งจะเพิ่มประสิทธิภาพของการบริหารจัดการของกองทุนอย่างไรก็ดีข้อเสนอแนะนี้อ้างอิงจากกฎหมาย PPVFR ซึ่งกล่าวถึงการจัดตั้งกองทุนความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศอินเดีย โดยสอดคล้อง

กับแนวทางของ CBD ด้วยเช่นกันที่กำหนดให้การบริหารองค์กรสามารถประสานความร่วมมือหน่วยงานทั้งภายในและต่างประเทศ

5. บทสรุป

เกษตรกรรมยังคงเป็นภาคเศรษฐกิจหลักของประเทศไทย แต่นโยบายที่คุ้มครองสิทธิเกษตรกรอย่างเป็นรูปธรรมกลับไม่ปรากฏชัดเจน และการผลักดันแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 เพื่อให้มีเนื้อหาสอดคล้องกับการคุ้มครองในระบบ UPOV ไม่ว่าจะด้วยเจตนาใดก็ตาม เกษตรกรจะเป็นผู้รับผลกระทบ และจะส่งผลกระทบต่อไปยังทรัพยากรชีวภาพและความหลากหลายทางชีวภาพที่เป็นมรดกตกทอดมายังคนรุ่นปัจจุบันซึ่งมีหน้าที่ต้องสงวนรักษาและใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน เพื่อให้คงเป็นมรดกตกทอดต่อไปยังลูกหลานรุ่นต่อไป ข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมการคุ้มครองสิทธิเกษตรกรในครั้งนี้ จะเป็นครั้งแรกที่ทำให้สิทธิเกษตรกรมีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน และจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย และเกษตรกรไทย

บรรณานุกรม

- ปรารภ สิริสาตี. “การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมพืช: แนวทางทางกฎหมายสำหรับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- รุจินันท์ วาธีวัฒนารัตน์. “มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองเกษตรกร กรณีศึกษาการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542.” วารสารวิชาการสถาบันเทคโนโลยีแห่งสุวรรณภูมิ 4, 1 (2561): 14.
- สมชาย รัตนเชื้อสกุล. “สิทธิเกษตรกร: ผลกระทบจากร่างแก้ไขกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืช.” เก่นเกษตร 42, 2(2557): 139-146.
- สุรไกร สังขสุบรรณและคณะ. โครงการวิจัยการศึกษสถานภาพและผลกระทบจากการใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542. กรมวิชาการเกษตร. กระทรวงเกษตรและสหกรณ์การเกษตร, 2555.
- พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542.
- Bala, Ravi S. **Manual on Farmers’ Rights**. Chennai, India: M. S. Swaminathan Research Foundation, 2004.
- Brush, Steven. “Farmers’ Rights and Protection of the Traditional Agricultural Knowledge.” **World Development** 35, 9 (September 2007): 1499-1514.
- Bunning, Sally E. and Catherine L.M. Hill, **Farmers rights in the conversation and use of plant genetic resources: Gender Perspective** [Online], available URL: <http://www.fao.org/3/X0255E/x0255e03.html>, 2019 (April, 16).
- Clark, Susanna E. “The Protection of Indigenous Knowledge in Peru: A Comparative Perspective,” **Washington University Global Studies Law Review** 3, 755 (2004): 757.
- Cottier, Thomas. “The Protection of Genetic Resource and Traditional Knowledge: Towards More Specific Rights and Obligation in World Trade Law.” **Journal of International Economic Law** 1, 4 (1998).
- Jorge Cabrera Medaglia. **Intellectual Property Rights Management, Benefit Sharing Policies and Practices of Costa Rica’s INBio** [Online]. Available URL: <http://www.digital-development-debates.org/issue-01-biodiversity--patent-rights--intellectual-property-rights-management.html>, 2019 (March, 8).

treaties/14/14-01/food-organization.xml, 2019 (November, 23).

Convention on Biological Diversity.

International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture.

Protection of Plant Varieties and the Farmers' Rights Act 2001.

The Biological Diversity Act 2002.

ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย
ในประเทศไทย

รองศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช

ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย^{*}

The Challenges of English for Lawyers in Thailand

รองศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช^{**}

Associate Professor Dr.Duangden Nakseeharach

บทคัดย่อ

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาที่มีลักษณะและการทำงานเฉพาะ กล่าวคือ คำศัพท์เฉพาะทางกฎหมาย ด้วยเหตุที่ภาษากฎหมายมีวิธีการใช้ที่ยุ่งยากและมีศัพท์ทางกฎหมายมากมายจึงไม่น่าแปลกใจว่าภาษาอังกฤษโดยทั่วไปยากแล้ว ภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายยิ่งยาก นอกจากนี้ ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อยๆ ในการประกอบวิชาชีพนักกฎหมาย เช่น หมายความ ผู้พิพากษา อัยการ นิติกร อาจารย์ นักการทูต พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ เป็นต้น หากผู้เรียนสามารถทำความเข้าใจจากหลักและพื้นฐาน พร้อมเทคนิคในการนำวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ตั้งแต่ระดับปริญญาตรี ย่อมเกิดประโยชน์สูงสุดต่อตัวนิสิตนักศึกษากฎหมายที่จบการศึกษาแล้วเข้าทำงานด้านกฎหมายในอนาคต

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ปัญหาและอุปสรรคในการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมีหลายประการ เช่น พื้นฐานทางภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของผู้เรียนแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นพื้นฐานทางหลักไวยากรณ์ โครงสร้างประโยคเบื้องต้น หรือความสามารถในการอ่าน

^{*}บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย: ศึกษากรณีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม.

This article is a part of research title “The Problem and Struggle of Teaching on English for Lawyers in Thailand: Study of Faculty of Law, Mahasarakham University”. The research is funded by Faculty of Law, Mahasarakham University.

^{**}อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคาม, น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นม. สาขากฎหมายระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.ด. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: duang denki2@gmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Mahasarakham University; LL.B. at Thammasat University, LL.M. in International Law at Thammasat University, LL.D. at Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 24 เมษายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 18 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2563.

การฟัง การพูดและการเขียนที่แตกต่างกัน เป็นต้น จึงนำมาสู่ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับ นักกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อุปสรรคในการเรียนและการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับ นักกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่างๆ ของประเทศไทย

ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาและอุปสรรคดังกล่าว อาจารย์ผู้สอนจำเป็นต้องแสวงหาเทคนิคและ วิธีการสอนใหม่ๆ ที่น่าสนใจ มีความหลากหลายและพัฒนาให้เหมาะสมกับบริบทของนิสิตนักศึกษา ของคณะที่จะนำไปใช้งานได้ในชีวิตจริง นอกจากนี้ ควรรับฟังความคิดเห็นและความต้องการของ นิสิตนักศึกษากฎหมายประกอบด้วย รวมถึงนิสิตนักศึกษากฎหมายไม่ควรกลัวที่จะตั้งคำถามใน ประเด็นที่สับสน แลกเปลี่ยนและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายกับ อาจารย์ผู้สอน ย่อมนำไปสู่การสอนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่มีประสิทธิภาพของอาจารย์ ผู้สอนและความเข้าใจและการพัฒนาการเรียนรู้ภาษาอังกฤษทางกฎหมายได้ดียิ่งขึ้นของนิสิต นักศึกษากฎหมาย

คำสำคัญ: ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย, ปัญหาและอุปสรรค, เทคนิคการสอน

Abstract

English for lawyers is a subject which has specific characteristics and usage or so called legal English terminology or legal English. Due to its complexity and tremendous legal terms, it is not surprising that how to apply legal English is more difficult than general English usage. Moreover, English for lawyers plays a more crucial role to the legal professions, for example, lawyers, judges, public prosecutors, legal officers, lecturers, and administrative case officials. If the law students are able to understand basic principles and techniques to apply in bachelor degree of law, it will be extremely benefiting for the law graduates to apply in their legal professions in the future.

The study finds that there are many problems in teaching English for lawyers in Thailand; for example, the different levels of English proficiency of the law students which is not only basic English grammar and structures, but also language skills as reading comprehension, listening, speaking and writing. These factors lead to the challenges of teaching and learning English for lawyers in many Faculties of Law in Thailand.

To overcome such struggle and problem, the lecturers, therefore, have to discover as well as develop new interesting and various techniques and methods of teaching to be suitable with the contexts of the law students. The techniques and methods must also be applicable for their real life usage. Moreover, the mentioned techniques and methods should come along with listening to the opinions and needs of the law students. In confusing issues, the law students should not be afraid of questioning, exchanging and expressing their opinions with the lecturers. It brings about effective teaching techniques for English for Lawyers and better understanding and developing legal English learning of the law students.

Keywords: english for lawyers, problem and struggle, teaching technique

1. บทนำ

ปัจจุบันเป็นยุคไร้พรมแดน การติดต่อสื่อสารกับต่างประเทศทวีความสำคัญขึ้น จึงต้องมีภาษากลางที่จะใช้สื่อสารกับชาวต่างประเทศ รวมทั้งนักกฎหมายที่ต้องมีความรู้และความเข้าใจภาษาอังกฤษทางกฎหมายเพื่อใช้ในการสื่อสารและการประกอบวิชาชีพอย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสังคมปัจจุบันที่มีความต้องการนักกฎหมายที่มีความเข้าใจภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายมากขึ้นในการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย เช่น การแปลเอกสารทางกฎหมาย (legal English translation) การร่างสัญญาต่างๆ ที่เป็นภาษาอังกฤษ (contract drafting) หรือการเพิ่มทักษะและความรู้ทางด้านกฎหมายในเชิงเปรียบเทียบสำหรับผู้ศึกษากฎหมายเอง เช่น การอ่านตำราภาษาอังกฤษเกี่ยวกับกฎหมาย (legal text books) เป็นต้น นอกจากนี้ การสอบแข่งขันเข้าทำงานในวิชาชีพกฎหมายในปัจจุบัน ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายยังเป็นส่วนหนึ่งของการทดสอบและการวัดผลด้วย เช่น ผู้พิพากษา อัยการ พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ นักการทูต และเนติบัณฑิต เป็นต้น การสอบข้อเขียนในสนามสอบดังกล่าว ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายย่อมมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่ง ในการเพิ่มคะแนนแก่ผู้เข้าสอบซึ่งขึ้นอยู่กับพื้นฐานและเทคนิคในการนำความรู้ในวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของผู้เข้าสอบแต่ละคนไปปรับใช้ในการสอบ ดังนั้น ก่อนจบการศึกษานิสิตนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ของไทยจึงจำเป็นต้องมีความรู้และความเข้าใจภาษาเฉพาะทางของวิชาชีพนักกฎหมายในฐานะที่เป็น “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย” (English for Lawyers) นั่นเอง เพื่อสามารถนำไปปรับใช้ในวิถีประจำวันของนักกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับความเป็นของสังคมปัจจุบัน ประเด็นต่างๆ ที่กล่าวมานี้ จึงเป็น “ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย”

2. ความหมายและลักษณะเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

2.1 ความหมายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

“The Secret to understanding any profession is to understanding its language.”¹ (ความลับในการทำความเข้าใจไม่ว่าวิชาชีพใดๆ ก็คือ การทำความเข้าใจภาษาของวิชาชีพเหล่านั้น)

¹S. Whittington Brown, **Legal Terminology** (United States: Thomson Delmar Learning, 2006), p. xxix.

จากคำกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ส่วนหนึ่งของการเรียนในวิชาชีพใดๆ คือ การทำความเข้าใจกับความคุ้นเคยกับคำศัพท์เฉพาะทางหรือศัพท์ทางเทคนิค (terminology) ซึ่งใช้สำหรับวิชาชีพนั้นๆ โดยเฉพาะนั่นเอง เช่นเดียวกันกับวิชาชีพของนักกฎหมาย (legal profession) ซึ่งเป็นวิชาชีพเฉพาะทางสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพด้านนิติศาสตร์เท่านั้นที่จะมีความรู้และความเข้าใจในศาสตร์เฉพาะแขนงนี้ตามแต่กฎหมายที่ใช้บังคับ (applicable law) ของแต่ละประเทศ ดังนั้น ภาษากฎหมาย (the language of law) จึงเป็นภาษาที่ใช้สืบต่อกันมาจนเป็นประเพณีนิยมในวงการนักกฎหมายในระบบคอมมอน ลอว์ (Common Law) ที่ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาทางการ (formal language) ภาษาภาษานี้รวมไปถึงคำ (words) ความหมาย (meanings) วลี (phrases) วิธีการแสดงออก (expressions) รวมถึงลีลาการเรียงร้อยถ้อยคำที่มีลักษณะเฉพาะในวงการนักกฎหมายอีกด้วยและจำเป็นต้องเลือกใช้คำที่เหมาะสมเพื่อแสดงความสัมพันธ์ระหว่างภาษา (language) และกฎหมาย (law) ในการใช้ภาษาและการเรียงร้อยถ้อยคำครบรูปแบบที่ดีในการใช้ภาษาอังกฤษทางกฎหมาย ได้แก่ หลักและไวยากรณ์เฉพาะทาง (specific English grammar) ความชัดเจน (clarity) ความสม่ำเสมอ (consistency) และความมีประสิทธิภาพ (effectiveness)

เมื่อพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้ว คำว่า Legal English หรือ legal language หรือ the language of the law สามารถสื่อความหมายคำว่า “ภาษากฎหมาย” ได้อย่างชัดเจน มีผู้กล่าวว่า คำว่า the language of the law ได้รับความนิยมและนำมาใช้บ่อย เนื่องจากคำว่า “legal” นั้นมักนำไปใช้ในความหมายว่า “ชอบด้วยกฎหมายหรือถูกต้องตามกฎหมาย” (lawful) ฉะนั้น หากใช้คำว่า “legal” มาขยายคำว่า “language” อาจก่อให้เกิดความสับสนได้ว่าต้องการให้หมายถึง “ภาษากฎหมาย” หรือ “ภาษาที่ชอบด้วยกฎหมาย”อย่างไรก็ดี แนวทางดังกล่าวสามารถนำมาใช้ได้กับการเขียนภาษากฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษ แต่สำหรับการแปล (translation) นั้น ไม่ว่าจะใช้คำว่า Legal English หรือ legal language หรือ the language of the law ในการใช้ภาษาและการเรียงร้อยถ้อยคำที่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแปล (translation) เอกสารภาษากฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษ เช่น ตำรากฎหมายภาษาอังกฤษ หรือสัญญาภาษาอังกฤษ เป็นต้น ให้เป็นภาษากฎหมายที่เป็นภาษาไทยผู้แปลไม่อาจทราบหรือเลือกได้ว่าผู้เขียนนั้นจะใช้ถ้อยคำใดในบทความนั้นๆ เนื่องจากขึ้นอยู่กับลีลาและเทคนิคการเขียนของผู้เขียนแต่ละคนไป จึงขึ้นอยู่กับการใช้และตีความของผู้แปลเองที่จะพิจารณาตามเจตนารมณ์ของผู้เขียนประกอบบริบทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทความนั้นๆ เพื่อให้ตรงกับเจตนารมณ์ของผู้เขียนมากที่สุด

ดังนั้น **ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย** (English for lawyers) หมายถึง ภาษาอังกฤษเฉพาะทางกฎหมายในการเขียน พูด อ่าน และแปลซึ่งมีคำศัพท์ รูปแบบ ไวยากรณ์ โครงสร้างประโยคและวลีที่มีลักษณะเฉพาะสำหรับวิชาชีพทางกฎหมาย และมีการใช้ภาษาและการเรียงร้อย

ถ้อยคำที่มีความชัดเจน ความสม่ำเสมอและควมมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับเจตนารมณ์และการนำไปใช้กับทักษะภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายแต่ละประเภทมากที่สุด

2.2 ลักษณะเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

แม้ว่าภาษาที่ใช้กันอย่างแพร่หลายจนเป็นภาษากลางจะมีหลายภาษา เช่น ภาษาอังกฤษ ภาษาฝรั่งเศส ภาษาเยอรมัน หรือภาษาจีน เป็นต้น แต่วิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมุ่งศึกษาเฉพาะภาษาอังกฤษทางกฎหมาย เนื่องจากเป็นภาษามาตรฐานและเป็นสื่อกลางในการสื่อสารที่เป็นที่นิยมของนักกฎหมายทั่วโลก ตลอดจนพัฒนาการทางด้านกฎหมาย โดยเฉพาะระบบกฎหมายที่ใช้กันอยู่ในปัจจุบัน คือ ระบบคอมมอน ลอว์ ก่อกำเนิดขึ้นจากสหราชอาณาจักร และได้รับการพัฒนาในเวลาต่อมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งต่างก็ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ เมื่อพิจารณาจากการใช้งานภาษาอังกฤษแล้ว สามารถแยกภาษาอังกฤษได้ 2 ประเภท ได้แก่ ประการแรก ภาษาอังกฤษทั่วไป (general English or basic English) และประการที่สอง ภาษาอังกฤษเฉพาะด้าน (English for specific purposes)

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for lawyers) หรือเรียกว่า ภาษาอังกฤษทางกฎหมาย (legal English) จัดอยู่ในวิชาภาษาอังกฤษเฉพาะด้าน (English for specific purposes) ซึ่งมีคำศัพท์เฉพาะทางกฎหมาย (legal terminology) สำหรับนักกฎหมายไทยล้าพัง ภาษาอังกฤษทั่วไปก็มีความยุ่งยากและซับซ้อนในการใช้งานอยู่แล้ว จึงไม่น่าแปลกใจว่าภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายยิ่งยากหรือถึงขนาดใช้คำว่า “ตัวใครตัวมัน” หรือนักกฎหมายบางท่านก็เปรียบเปรยว่า “ภาษาอังกฤษเหมือนยาขม” รวมถึงมีผู้กล่าวว่า นักกฎหมายใช้คำศัพท์ที่ยากเกินกว่าคนธรรมดาจะเข้าใจได้ บางครั้งก็เป็นคำที่มีความหมายแปลกๆ มาจากหลายๆ ภาษา มีความหมายซับซ้อนและฟุ่มเฟือย กล่าวคือ นักกฎหมายไม่ใช้ภาษาเรียบง่ายในการสื่อสารอย่างชัดเจน ใดๆ ก็ดี คำกล่าวข้างต้นก็หาเป็นจริงทั้งหมดไม่ เนื่องจากภาษากฎหมายที่ดีนั้นต้องเข้าใจง่ายและชัดเจน นอกจากนี้ เอกสารภาษาอังกฤษทางกฎหมายนั้นยังมีเอกลักษณ์ และแตกต่างจากเอกสารทางกฎหมายอื่น ในประการสำคัญดังต่อไปนี้²

(1) เอกสารภาษาอังกฤษทางกฎหมายนั้นต้องมีความแน่นอน และชัดเจนมากกว่าเอกสารภาษาอังกฤษทั่วไป

² อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ความรู้พื้นฐานภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน, 2552), หน้า 5.

(2) เอกสารภาษาอังกฤษทางกฎหมายมีรูปแบบเฉพาะ เช่น บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือสัญญา เป็นต้น

(3) เอกสารภาษาอังกฤษทางกฎหมายมีความหมายในทางกฎหมาย

(4) เอกสารภาษาอังกฤษทางกฎหมายมีความสำคัญต่อผลประโยชน์ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายหรือไม่ก็ตาม เช่น ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ ทนายความ คู่สัญญา รวมถึงประชาชนซึ่งอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย

3. บริบทและการนำภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไปใช้ในประเทศไทย

การศึกษาภาษาอังกฤษที่เป็นภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายนั้น มีบ่อเกิดของภาษาอังกฤษที่เป็นภาษาทางกฎหมายนั้น ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาพูดและใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ³ ได้แก่ สหราชอาณาจักร (อังกฤษ) เป็นต้น ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของไทยซึ่งเป็นระบบ Civil Law หรือซีวิล ลอว์ หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป (continental Europe) ประกอบกับประเทศไทยมิได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาพูดและภาษาราชการดังเช่นหลายๆ ประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ หรือสิงคโปร์ ด้วยเหตุดังกล่าวส่งผลกระทบต่อความรู้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยและการนำภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไปใช้ในประเทศไทย

นอกจากนี้ ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมีความสำคัญมากขึ้นเรื่อยๆ ในการประกอบวิชาชีพนักกฎหมาย ปัจจุบันการสอบแข่งขันในสนามสอบต่างๆ โดยเฉพาะทางกฎหมาย เช่น เนติบัณฑิต ผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วย เป็นต้น รวมถึงการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายยังมีความสำคัญในการประกอบวิชาชีพนักกฎหมายด้วย เช่น ทนายความ ผู้พิพากษา อัยการ นิติกร อาจารย์ นักการทูต และพนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ เป็นต้น รวมถึงในระดับเนติบัณฑิต ได้จัดการเรียนการสอนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายและทำการทดสอบ 1 ข้อ 10 คะแนนในกลุ่มวิชาวิธีพิจารณาความอาญา โดยเริ่มในภาค 2 สมัยที่ 72 ปีการศึกษา 2562 ทดสอบวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ข้อสอบข้อเขียนส่วนภาษาอังกฤษในการสอบแข่งขันในเนติบัณฑิตและสายวิชาชีพกฎหมาย ข้อสอบเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการ เช่น ผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย จากการ

³ จุมพต สายสุนทร, การร่างสัญญาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 14.

ศึกษาวิจัยพบว่า ทักษะพื้นฐานทางภาษาอังกฤษที่ผู้เข้าสอบจะต้องฝึกฝนให้เกิดความเข้าใจ มีทักษะที่สำคัญดังนี้ ได้แก่

(1) การแปลทางกฎหมาย (legal translation) ซึ่งเป็นการแปลอังกฤษเป็นไทยและแปลไทยเป็นอังกฤษ

(2) การเขียนวินิจฉัยทางกฎหมาย (legal writing) ซึ่งเป็นการเขียนภาษาอังกฤษแบบวินิจฉัยปัญหากฎหมาย

(3) การอ่านเพื่อทำความเข้าใจ (reading comprehension) ซึ่งเป็นการอ่านบทความวิชาการทางกฎหมาย และตอบคำถามเป็นอรรถนัย รวมถึงการอ่านจับใจความสำคัญในการสอบวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของเนติบัณฑิตซึ่งตอบคำถามเป็นปรนัย

ตารางที่ 1: สรุปข้อแนะนำเบื้องต้นเกี่ยวกับการสอบภาษาอังกฤษในสนามสอบต่างๆ ของนักกฎหมาย

1. งานราชการ	การทดสอบภาษาอังกฤษก่อนรับราชการ เช่น ภาค ก ของ ก.พ. หรือหน่วยงานราชการอื่นที่จัดสอบ ภาค ก เอง
2. งานเอกชน	การยื่นผลคะแนนสอบภาษาอังกฤษก่อนเข้าทำงาน เช่น TOEIC, TOEFL, IELTS เป็นต้น
3. การสอบเพื่อศึกษาต่อของนักกฎหมายในระดับบัณฑิตศึกษา	การยื่นผลคะแนนสอบภาษาอังกฤษก่อนเข้าศึกษาต่อในคณะนิติศาสตร์ ในหลักสูตรนานาชาติ หรือบัณฑิตศึกษาภายในประเทศและต่างประเทศ เช่น TOEFL, IELTS, TU-GET, CU-TEP เป็นต้น
4. เจ้าหน้าที่ศาลปกครอง ระดับปฏิบัติการ (ด้านกฎหมาย)/ นิติกรศาลปกครอง	การทดสอบภาษาอังกฤษ 20 คะแนน โดยให้เขียนและแปลภาษาอังกฤษ (อรรถนัย)
5. ผู้ช่วยผู้พิพากษา	การทดสอบแปลไทยเป็นอังกฤษ และอังกฤษเป็นไทย (คะแนนภาษาอังกฤษแตกต่างกันไปตามสนาม ได้แก่ สนามใหญ่ เล็ก และจิ๋ว)

6. อัยการผู้ช่วย	การทดสอบแปลไทยเป็นอังกฤษ และ อังกฤษเป็นไทย (คะแนนภาษาอังกฤษแตกต่างกันไปตามสนาม ได้แก่ สนามใหญ่ เล็ก และจิ๋ว)
7. สำนักอบรมแห่งเนติบัณฑิตยสภา	การทดสอบภาษาอังกฤษเริ่มต้นในภาค 2 สมัยที่ 72 ปีการศึกษา 2562 โดยจะทดสอบในวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ส่วนคำศัพท์ แปลอังกฤษเป็นไทยและการอ่านจับใจความสำคัญ 10 คะแนน

ตารางที่ 2: สรุปทักษะทางภาษาอังกฤษในการใช้สอบในวิชาชีพกฎหมาย

ทักษะภาษาอังกฤษที่นำไปใช้วิชาชีพกฎหมาย	การนำไปใช้
1. การอ่าน (reading)	1. การเรียนและการสอนในระดับปริญญาตรี โทและเอกทางนิติศาสตร์ 2. การเรียนและการสอนเนติบัณฑิต 3. การสอบแข่งขันในสายวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วย เจ้าหน้าที่ศาลปกครองระดับปฏิบัติการ (ด้านกฎหมาย)/นิติกรศาลปกครอง เป็นต้น 4. การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น 4.1 หนายความและที่ปรึกษากฎหมายใน law firm 4.2 ผู้พิพากษาในศาลชั้นอุทธรณ์พิเศษ เช่น ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง เป็นต้น 4.3 อาจารย์นิติศาสตร์และนักวิชาการ 4.4 นิติกรหรือนักวิเคราะห์สัมพันธในหน่วยงานราชการ 4.5 อนุญาโตตุลาการ 5. นักการทูต

2. การเขียนทางกฎหมาย (legal writing)	1. การเรียนและการสอนในระดับปริญญาตรี โทและเอกทางนิติศาสตร์ 2. การเรียนและการสอนเนติบัณฑิต 3. การสอบแข่งขันในสายวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วย เจ้าหน้าที่ศาลปกครองระดับปฏิบัติการ (ด้านกฎหมาย) / นิติกรศาลปกครอง เป็นต้น 4. การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น 4.1 ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายใน law firm 4.2 อาจารย์นิติศาสตร์และนักวิชาการ 4.3 นิติกรหรือนักวิเคราะห์สัมพันธ 4.4 อนุญาโตตุลาการ 5. นักการทูต
3. การแปล (translation)	1. การเรียนและการสอนในระดับปริญญาตรี โทและเอกทางนิติศาสตร์ 2. การเรียนและการสอนเนติบัณฑิต 3. การสอบแข่งขันในสายวิชาชีพกฎหมาย เช่น ผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วย เจ้าหน้าที่ศาลปกครองระดับปฏิบัติการ (ด้านกฎหมาย)/นิติกรศาลปกครอง เป็นต้น 4. การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น 4.1 ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายใน law firm 4.2 อาจารย์นิติศาสตร์และนักวิชาการ 4.3 นิติกรหรือนักวิเคราะห์สัมพันธ 4.4 นักแปลเอกสารทางกฎหมาย 4.5 อนุญาโตตุลาการ 5. นักการทูต
4. การฟัง (listening)	1. การเรียนและการสอนในระดับปริญญาตรี โทและเอกทางนิติศาสตร์ 2. การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น 2.1 ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายใน law firm 2.2 อาจารย์นิติศาสตร์และนักวิชาการ

	2.3 นิติกรหรือนักวิเทศสัมพันธ์ 2.4 อนุญาโตตุลาการ 3. นักการทูต 4. ล่ามศาล
5. การพูด (speaking)	1. การเรียนและการสอนในระดับปริญญาตรี โทและเอกทาง นิติศาสตร์ 2. การประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น 2.1 ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายใน law firm 2.2 อาจารย์นิติศาสตร์และนักวิชาการ 2.3 นิติกรหรือนักวิเทศสัมพันธ์ 2.4 อนุญาโตตุลาการ 3. นักการทูต 4. ล่ามศาล

ดังนั้น หากนิสิตนักศึกษาคณะนิติศาสตร์สามารถทำความเข้าใจจากหลักการพื้นฐาน พร้อมเทคนิคและวิธีการในการนำวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายได้ตั้งแต่ระดับปริญญาตรี ย่อมเกิดประโยชน์สูงสุดต่อนิสิตนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ของไทยในการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ปัญหาและอุปสรรคในการเรียนและการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมีหลายประการ เช่น พื้นฐานทางภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของผู้เรียนแตกต่างกัน พื้นฐานทางหลักและไวยากรณ์ หรือความสามารถในการอ่าน การฟัง การพูด และการเขียนที่แตกต่างกัน รวมถึงความเข้าใจและความสามารถในการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทยนั้น ไม่ว่านิสิต นักศึกษาและนักกฎหมายไทย ส่วนใหญ่มีกมลวัตรที่จะฟัง พูด อ่านหรือเขียนภาษาอังกฤษที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เพราะเห็นว่าเป็นภาษาอื่นและเข้าใจยาก โดยเฉพาะภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมาย เหตุผลประการสำคัญ เช่น การใช้คำศัพท์เทคนิค และมีความหมายเฉพาะในวงการกฎหมาย ซึ่งบุคคลทั่วไปไม่อาจเข้าใจ เป็นต้น แม้จะเป็นคำศัพท์ที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจเข้าใจได้เลย แต่ต้องนำคำศัพท์ทางกฎหมายเหล่านั้นมาใช้เป็นสื่อกลางในการสื่อสารและประกอบวิชาชีพ นิสิตนักศึกษาและนักกฎหมายย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายได้ จึงเป็นความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย

4. ความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในเรื่องลักษณะเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย จะเห็นได้ว่าภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาที่มีการใช้ภาษาและสำนวนภาษาอังกฤษเฉพาะทาง (English for specific purposes) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คำศัพท์เฉพาะทางกฎหมาย (legal terminology) และสำนวน (idioms) ทางกฎหมายที่ใช้เฉพาะวงการนักกฎหมาย และด้วยเหตุที่ภาษากฎหมายมีวิธีการใช้ที่ยุ่งยากและมีศัพท์ทางกฎหมายมากมายจึงไม่น่าแปลกใจว่าภาษาอังกฤษโดยทั่วไปยากแล้ว ภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายจึงยุ่งยากหรือถึงขนาดใช้คำว่า “ตัวใครตัวมัน” จนมีผู้กล่าวว่า นักกฎหมายใช้คำศัพท์ที่ยากเกินกว่าคนธรรมดาจะเข้าใจได้ บางครั้งเป็นคำที่มีความหมายแปลกๆ มาจากหลายภาษา มีความหมายซ้ำซ้อน และฟุ่มเฟือย กล่าวคือ นักกฎหมายไม่ใช้ภาษาเรียบง่ายในการสื่อสารอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม คำกล่าวข้างต้นก็หาเป็นจริงทั้งหมดไม่ เนื่องจากภาษากฎหมายที่ดีนั้นต้องเข้าใจง่ายและชัดเจน นอกจากนี้ ผู้กำลังศึกษากฎหมาย เช่น นิสิตนักศึกษาในคณะนิติศาสตร์ ระดับปริญญาตรี และนักกฎหมายในประเทศไทย ส่วนมากกลัวที่จะฟัง พูด อ่านหรือเขียนภาษาอังกฤษที่ใช้ในชีวิตประจำวัน เพราะเห็นว่าเป็นภาษาต่างประเทศและเข้าใจยาก โดยเฉพาะภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายด้วยแล้วยังมีความเป็นทางการและยุ่งยากซับซ้อนในการใช้งาน เหตุผลประการสำคัญ ก็คือ การใช้คำศัพท์เทคนิค และมีความหมายเฉพาะในวงการกฎหมาย ซึ่งบุคคลทั่วไปไม่ได้เป็นผู้กำหนดขึ้นแม้จะเป็นคำศัพท์ที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจเข้าใจได้เลย แต่นักกฎหมายก็นำคำศัพท์เฉพาะเหล่านั้นมาใช้เป็นสื่อกลางในการประกอบวิชาชีพของตน อย่างไรก็ตาม ด้วยคำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมายมีความหมายเฉพาะ จึงมีความเข้าใจและความชำนาญในการสื่อสารได้เป็นอย่างดีเฉพาะภายในกลุ่มนักกฎหมายที่ใช้ภาษาอังกฤษเฉพาะทางนี้อยู่เป็นประจำเท่านั้น เช่น ทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมายในสำนักงานกฎหมายที่ให้คำปรึกษากฎหมายแก่ชาวต่างชาติหรือ Law Firm หรือนักกฎหมายที่มีความรู้ภาษาอังกฤษทางกฎหมายในระดับที่สามารถใช้งานได้ หรืออาจารย์ เป็นต้น จึงทำให้แม้แต่ในวิชาชีพกฎหมายยังไม่สามารถเข้าใจและใช้งานภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายได้ รวมถึงอาจแปลความหมายผิดได้ เนื่องจากไม่มีความรู้ความเข้าใจอย่างถูกต้องและเพียงพอในภาษาอังกฤษทางกฎหมาย ดังที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าภาษากฎหมายนั้นเป็นภาษาที่มีลักษณะเฉพาะและมีความพิเศษซึ่งใช้กันในงานนักกฎหมาย ดังนั้น เหตุผลที่ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายท้าทายในประเทศไทย จึงพอสรุปได้ดังต่อไปนี้

4.1 อิทธิพลของระบบคอมมอน ลอว์ ต่อภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของไทย และการที่ภาษาอังกฤษไม่ใช่ภาษาราชการในประเทศไทย

ระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบซีวิล ลอว์ (Civil Law System) หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป (Continental Europe) ในขณะที่การศึกษาภาษาอังกฤษที่เป็นภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายนั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ศึกษาจำเป็นต้องเข้าใจพื้นฐานภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายว่ามีที่มาอย่างไร⁴ บ่อเกิดของภาษาอังกฤษที่เป็นภาษาทางกฎหมายนั้นได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร⁵ และใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาพูดและใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ ได้แก่ สหราชอาณาจักร (อังกฤษ) สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และแคนาดา เป็นต้น ซึ่งแตกต่างไปจากระบบกฎหมายของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อระบบกฎหมายของประเทศไทยเป็นระบบซีวิล ลอว์ ที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป (Continental Europe) ซึ่งประเทศภาคพื้นยุโรปเหล่านั้นมิได้เป็นประเทศที่พูดหรือใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ ดังนั้น ระบบกฎหมายของไทยจึงเป็นระบบกฎหมายที่มีได้มีพื้นฐานที่มาจากประเทศที่พูดหรือใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการ⁷ ที่สำคัญก็คือ ประเทศไทยไม่ได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ แต่กลับได้รับอิทธิพลทางด้านภาษาอังกฤษทางกฎหมายจากระบบคอมมอน ลอว์⁸ อย่างไรก็ดี เนื่องจากภาษาอังกฤษมีอิทธิพลอย่างมากสำหรับประเทศไทยในฐานะที่เป็นภาษาที่สองที่ใช้ติดต่อในด้านต่างๆ กับนานาประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการค้าหรือการลงทุนระหว่างประเทศ การตกลงประกอบธุรกิจต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับชาวต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งต้องมีการทำสัญญา และมีบทบาทเกี่ยวกับกฎหมายไทยด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมายที่สำคัญ ที่ต้องมีการแปลเป็นภาษาอังกฤษ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน ภาษีอากร และกฎหมายธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งจำเป็นต้องทำเป็นภาษาอังกฤษแทบทั้งสิ้น⁹ ผลที่ตามมาก็คือ นิสิต

⁴ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน.

⁵ Gabrielle L. Goodwin, "Introduction to Legal English," บรรยาย ณ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในโครงการการศึกษาต่อเนื่องสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย ครั้งที่ 2, 26 เมษายน 2562.

⁶ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 15.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

นักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายไทยยังไม่มีความรู้ความเข้าใจ และไม่มี ความชำนาญอย่างเพียงพอ ในการนำภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพทั้งการ สอบแข่งขันและในสายงานทางกฎหมาย

4.2 ลักษณะเฉพาะทางของคำศัพท์และสำนวนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

4.2.1 การนำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมายสามัญมาใช้ในความหมายเฉพาะนัก กฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวต่อไปนี้เป็นตัวอย่างของคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมาย สามัญหรือศัพท์ธรรมดาที่มีความหมายอย่างหนึ่งในความเข้าใจของบุคคลทั่วไป แต่สำหรับนัก กฎหมายแล้วจะมีความหมายแตกต่างไปโดยสิ้นเชิง โดยนักกฎหมายได้นำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มี ความหมายสามัญมาใช้ในความหมายเฉพาะนักกฎหมาย เช่น

คำสามัญ (common words)	ความหมายเฉพาะ (uncommon meanings)
action (n) การกระทำ	action (n) คดีความ = lawsuit
alien (n.) มนุษย์ต่างดาว	alien (v.) โอน = transfer alien (n.) คนต่างด้าว = foreigner
consideration (n.) การพิจารณา	Consideration (n.) สิ่งแลกเปลี่ยนใน การทำสัญญา = something which is actually given or accepted in return for a promise (common law system)
damages (n.) ความเสียหาย (มากมาย เป็น คำนามพหูพจน์)	damages (n.) ค่าเสียหาย = financial compensation awarded by a court for a loss suffered by the plaintiff in an action for breach of contract or tort
policy (n.) นโยบาย	policy (n.) ธรรมเนียม (ประกันภัย ประกันชีวิต) = conditions on which a party engages to indemnify another against loss arising for certain hazards, perils

	or risk to which his person or property may be exposed
instrument (n.) อุปกรณ์เครื่องมือ เครื่องดนตรี	instrument (n.) ตราสารหรือหนังสือหรือเอกสารทางกฎหมาย = legal document
party (n.) งานเลี้ยงสังสรรค์	party (n.) 1. คู่สัญญา คู่ความ ภาคิ = one or group of people involving in a contract or a litigation 2. พรรคการเมือง (political party) = an organization of people who share the same views about politics in the country especially through the government or policy making

ตัวอย่างเปรียบเทียบประโยคที่มีคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมายสามัญมาใช้ในความหมายเฉพาะนักกฎหมาย

คำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมายสามัญ party n. งานเลี้ยงสังสรรค์	Ex. She goes to the party . หล่อนไป งานเลี้ยงสังสรรค์
ความหมายเฉพาะ 1. party n. คู่สัญญา ¹⁰ 2. party = คู่ความ ¹¹	Ex. At least two parties are required for a contract to be formed. = อย่างน้อยต้องมี คู่สัญญา สองฝ่ายในการก่อให้เกิดสัญญาด้วย Ex. The party who brings the suit to the court is called the plaintiff. = คู่ความ ฝ่ายที่นำคดีขึ้นสู่ศาล

¹⁰ วิษณุ เครืองาม, “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย,” เอกการประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิต ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, 5 มีนาคม 2563, หน้า 182-183.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 167-168.

3. political party = พรรคการเมือง	เรียกว่าโจทก์ Ex. When functioning well, political parties can play a number of fundamental roles in democratic politics. = เมื่อระบบการทำงานดีแล้ว พรรคการเมือง สามารถมีบทบาทพื้นฐานที่สำคัญมากมายในการเมืองประชาธิปไตย
-----------------------------------	--

4.2.2 การนำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่เคยใช้กันสมัยโบราณและยุคกลางมาใช้

ภาษาอังกฤษยุคโบราณ หมายถึง แบบแผนของภาษาอังกฤษที่ใช้อยู่ในอังกฤษในยุคก่อนการเข้าครอบครองของชนเผ่านอร์แมนจนถึงราว ค.ศ.1100 ส่วนภาษาอังกฤษในยุคกลางนั้นครอบคลุมตั้งแต่ ค.ศ.1100 จนกระทั่ง ค.ศ.1500 และภาษาอังกฤษสมัยใหม่ (Modern English) นั้น กล่าวกันว่าเริ่มต้นตั้งแต่ ค.ศ.1500 เป็นต้นไป อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะมีการแบ่งยุคสมัยอย่างไร ภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายส่วนใหญ่ที่ใช้ในปัจจุบันก็เป็นภาษาอังกฤษที่เคยใช้กันในสมัยโบราณและยุคกลางมาใช้อย่างเป็นปกติ แม้ว่าภาษาอังกฤษที่ใช้กันในชีวิตประจำวันของบุคคลซึ่งมิใช่นักกฎหมายได้เลิกใช้ไปนานแล้ว เช่น

คำ	ความหมาย
aforesaid	ซึ่งได้กล่าวข้างต้น
forthwith	โดยไม่ชักช้าโดยพลัน
henceforth	เป็นต้นไป ต่อจากนี้ไป
said และ such เป็นคำวิเศษณ์ (adverbs)	เช่นว่านั้น

ตัวอย่างประโยคการนำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่เคยใช้กันสมัยโบราณและยุคกลางมาใช้

Ex. If a third person encroaches on the property hired or claims a right over it, the tenant shall **forthwith** inform the letter of occurrence.

ถ้าบุคคลภายนอกรุกล้ำเข้ามาในทรัพย์สินที่เช่าหรือเรียกอ้างสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งเหนือทรัพย์สินนั้นให้ผู้เช่าแจ้งเหตุแก่ผู้ให้เช่า โดยไม่ชักช้า

สำหรับการใช้ภาษาโบราณข้างต้นย่อมก่อให้เกิดปัญหาและอุปสรรคต่อความเข้าใจคำศัพท์เฉพาะทาง การใช้และการตีความภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายด้วยเช่นกัน

4.2.3 การนำคำศัพท์และวลีภาษาละติน (Latin) มาใช้ ในขณะที่รูปประโยคสามัญไม่นำมาใช้

แม้คำศัพท์กฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษจะมีที่มาจากระบบคอมมอน ลอว์ ก็ตาม แต่ระบบคอมมอน ลอว์ก็ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายโรมันเช่นกัน จึงไม่น่าแปลกใจที่อาจพบคำศัพท์กฎหมายภาษาละตินปะปนในคำศัพท์กฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษอยู่บ้าง อย่างไรก็ตาม คำศัพท์ภาษาละตินที่ใช้เป็นภาษากฎหมายส่วนใหญ่จะพบในตัวบทกฎหมาย บทความหรือตำราภาษาอังกฤษมากกว่าสัญญาที่ร่างเป็นภาษาอังกฤษ ทั้งนี้ คำศัพท์ภาษาละตินเหล่านี้จะมีความหมายที่แน่นอนและยอมรับเป็นที่ยุติแล้ว จึงไม่มีใครมีปัญหามากนักในการนำมาใช้ทั้งในภาษากฎหมายทั้งในสัญญาและเอกสารกฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษรูปแบบอื่น¹² ส่วนการใช้คำศัพท์และวลีภาษาละตินในวงกฏหมายจึงเป็นลักษณะพิเศษที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในการทำความเข้าใจความหมายทางกฎหมาย มิเช่นนั้นแล้วจะไม่สามารถทำความเข้าใจแง่มุมทางกฎหมายที่สำคัญได้ เพราะคำศัพท์และวลีภาษาละตินจะมีการนำมาใช้โดยมิได้ให้คำนิยามหรือคำจำกัดความแต่อย่างใด¹³ ทั้งนี้ คำศัพท์ละตินที่ใช้ในสัญญาที่ร่างเป็นภาษาอังกฤษ ตัวบทกฎหมาย บทความหรือตำราภาษาอังกฤษ¹⁴ เช่น

คำศัพท์ละติน	ความหมาย
<i>pro rata</i>	proportionately (ตามสัดส่วน)
<i>vice versa</i>	conversely (ในทางกลับกัน)
<i>bona fide</i>	good faith (โดยสุจริต)
<i>ab initio</i>	ตั้งแต่เริ่มแรก

¹² จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 38-39.

¹³ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) หน่วยที่ 1-8, พิมพ์ครั้งที่ 15 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2551), หน้า 160.

¹⁴ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 39.

<i>actus reus</i>	องค์ประกอบภายนอกของการกระทำ ความผิดอาญา
<i>colloquium</i> ¹⁵	ข้อความที่อ้างว่าหมิ่นประมาท
<i>mala in se</i>	ความผิดในตัวเอง
<i>mala prohibita</i>	ความผิดที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้
<i>mens rea</i>	องค์ประกอบภายในของการกระทำ ความผิดอาญา
<i>mutatis mutandis</i>	โดยอนุโลม
<i>res judicata</i>	คำพิพากษาผูกพันคู่ความหรือหลักความ ศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา
<i>sui juris</i>	บรรลุนิติภาวะ
<i>prima facie</i>	ในเบื้องต้น

ตัวอย่างประโยคที่นำคำศัพท์และวลีภาษาละติน (Latin) มาใช้ ในขณะที่รูปประโยคสามัญไม่นำมาใช้

Ex. 1 Section 19 of the Civil and Commercial Code of Thailand provides that a person, on completion of twenty years of age ceases to be a minor and becomes *sui juris*.

มาตรา 19 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติว่า บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และ**บรรลุนิติภาวะ**เมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์

Ex. 2 *Bona fide* holder of the bill of exchange is protected by Section 905 paragraph 2 of the Civil and Commercial Code of Thailand.

¹⁵ คำว่า colloquium มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินโดยทั่วไป colloquium เป็นคำนาม แปลว่า การสนทนาทางวิชาการ ซึ่งใช้ในความหมายทั่วไป อย่างไรก็ตาม ในภาษากฎหมาย colloquium มีความหมายเฉพาะทางว่าข้อความที่อ้างว่าหมิ่นประมาท

ทั้งนี้ Bryan A. Garner, **Black's Law Dictionary**, 5th. ed. (USA: Thomson Reuters, 2011), p.135. ได้ให้ความหมาย colloquium ไว้ว่า the offer of extrinsic evidence to show that the allegedly defamatory statement referred to the plaintiff even though it did not explicitly mention the plaintiff.

ผู้ทรงตัวแลกเงินโดยสุจริตได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 905 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

4.2.4 การใช้คำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส (French) และแองโกล-นอร์แมน (Anglo-Norman) โบราณมาใช้ในความหมายเฉพาะ

คำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส	ความหมาย
action	คดี
agreement	ความตกลง, ข้อตกลง
appeal	อุทธรณ์
arrest	จับกุม
heir	ทายาท
contract	สัญญา
judge	ผู้พิพากษา
pardon	การอภัยโทษ
possession	การครอบครอง
en ventre sa mere	ในครรภ์มารดา

ตัวอย่างประโยคการใช้คำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส (French) และแองโกล-นอร์แมน (Anglo-Norman) โบราณมาใช้ในความหมายเฉพาะ

Ex. Section 15 paragraph 2 of the Civil and Commercial Code of Thailand provides that a child en ventre sa mere is capable of rights provided that it is thereafter born alive.

มาตรา 15 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติว่าทารกในครรภ์มารดาก็สามารถมีสิทธิต่างๆ ได้ หากว่าภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก

นอกจากนี้ยังมีคำศัพท์ภาษาฝรั่งเศสโบราณอีกหลายคำที่นักกฎหมายยังนำมาใช้ อยู่ในขณะที่ยังมีคำศัพท์ภาษาฝรั่งเศสโบราณอีกหลายคำที่นักกฎหมายยังนำมาใช้

คำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส	ความหมาย
alien v.	โอน
estoppel n.	หลักกฎหมายปิดปาก

4.2.5 การใช้คำศัพท์และสำนวนเฉพาะวงการนักกฎหมาย

การใช้คำที่เป็นศัพท์เฉพาะวงการนักกฎหมายเป็นศัพท์เทคนิคที่มีความหมายเฉพาะซึ่งบุคคลทั่วไปไม่ได้เป็นผู้กำหนดขึ้น แม้จะเป็นคำศัพท์ที่มีลักษณะพิเศษที่ไม่อาจเข้าใจได้เลยแต่นักกฎหมายก็นำคำศัพท์เฉพาะเหล่านั้นมาใช้เป็นสื่อกลางในการประกอบวิชาชีพของตนได้แก่ การใช้ศัพท์หรือวลีที่รู้ความหมายกันเฉพาะวงการนักกฎหมาย การใช้ศัพท์ที่เป็นทางการการจงใจใช้ศัพท์และการแสดงความหมายที่สามารถตีความหมายได้หลายนัย และความพยายามที่จะแสดงความหมายที่ชัดเจนอย่างยิ่ง

คำนามและกลุ่มคำนามที่ใช้เฉพาะวงการนักกฎหมาย เช่น

คำนามและกลุ่มคำนามเฉพาะวงการ กฎหมาย	ความหมาย
landlord	ผู้ให้เช่า (อสังหาริมทรัพย์), เจ้าของที่ดิน
tenant	ผู้เช่า (อสังหาริมทรัพย์)
lessor	ผู้ให้เช่า
lessee	ผู้เช่า
injured person	ผู้เสียหาย
alleged offender	ผู้ต้องหา
transnational organized crime	อาชญากรรมข้ามชาติ
capital punishment	โทษสูงสุด, โทษประหารชีวิต
money laundering offences	ความผิดฐานฟอกเงิน

ตัวอย่างประโยคการใช้คำนามและกลุ่มคำนามที่ใช้เฉพาะวงการนักกฎหมาย

Ex. The capital punishment under Thailand's Criminal Code is the death penalty.

โทษสูงสุดตามประมวลกฎหมายอาญาของไทย คือ โทษประหารชีวิต

Ex. According to globalization, organized crime and money laundering have become increasingly transnational matters.

สืบเนื่องจากโลกาภิวัตน์ อาชญากรรมข้ามชาติและการฟอกเงินกลายเป็นประเด็นข้ามชาติมากขึ้น

นอกจากคำศัพท์เฉพาะแล้ว นักกฎหมายยังได้กำหนดสำนวนและกลุ่มกริยา phrasal verbs ที่ใช้เฉพาะวงการกฎหมายด้วย

สำนวนเฉพาะวงการกฎหมาย	ความหมาย
enter into a contract v. enter into an agreement v.	เข้าทำสัญญา (สำนวน) (= take part or to become involved in)
conclude a contract v. conclude an agreement v. execute a contract v. execute an agreement v. (=make a contract)	ทำสัญญา (สำนวน) (= make a contract/ an agreement)
file an action file a lawsuit bring an action bring a lawsuit institute an action	ฟ้องร้องคดี, ฟ้องร้องดำเนินคดี (= litigate)
come into force enter into force	มีผลใช้บังคับ (= start to be used or come to have legal force and effect)

ตัวอย่างประโยคการใช้สำนวนและกลุ่มกริยา phrasal verbs ที่ใช้เฉพาะวงการกฎหมาย

Ex. The Seller and the Buyer agree to **enter into** this Agreement according to the following terms and conditions.

ผู้ขายและผู้ซื้อตกลง**เข้าทำสัญญา**นี้ตามรายละเอียดและเงื่อนไขต่อไปนี้

Ex. The minor may **file a lawsuit** through a legal representative.

ผู้เยาว์สามารถอาจ**ฟ้องร้องคดี**ได้โดยผ่านผู้แทนโดยชอบธรรม

4.3 ความซับซ้อนและลักษณะเฉพาะของหลักไวยากรณ์และโครงสร้างประโยคของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

4.3.1 หลักและไวยากรณ์ของภาษาอังกฤษทั่วไปที่ใช้กับภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

ชนิดของคำ การเรียงคำ และโครงสร้างประโยคภาษาอังกฤษทั่วไปมีความสำคัญและจำเป็นอยู่สำหรับการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย แม้ว่าภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายจะเป็นภาษาทางการ (formal language) ที่เจ้าของภาษาเองต่างมีความเห็นว่าเป็นภาษาที่มีความยุ่งและยากมาก อย่างไรก็ตาม ภาษาอังกฤษทางกฎหมายยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของภาษาอังกฤษธรรมดา ดังนั้น หากผู้เรียนมีความเข้าใจในศาสตร์ของภาษาอังกฤษก็จะทำให้สามารถเข้าใจภาษาอังกฤษทางกฎหมายได้ดีขึ้น ภาษาอังกฤษมีโครงสร้างพื้นฐานทางไวยากรณ์ที่สำคัญประกอบด้วยชนิดของคำและกาลเวลา (tense) รูปประโยคภาษาอังกฤษจะทำให้ผู้ฟังหรือผู้อ่านสามารถรู้ได้ทันทีว่าเหตุการณ์ตามประโยคนั้นๆ เกิดขึ้นหรือยัง และผู้พูดหรือผู้เขียนต้องการเน้นประธานเป็นผู้กระทำกริยา (active voice) หรือเน้นกรรมของประโยค (passive voice)¹⁶

สำหรับการเขียน อ่านและแปลภาษาอังกฤษทางกฎหมาย เอกลักษณะในภาษาอังกฤษบริบทกฎหมายนั้น คือ รูปประโยคที่ยาวและซับซ้อน และมีส่วนขยายในประโยคหลายส่วนวางในหลายตำแหน่งในประโยคเดียวกัน สิ่งสำคัญที่สุดโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการอ่านและแปล จำเป็นต้องแยกองค์ประกอบของประโยคออกเป็นส่วนๆ ว่าส่วนใดคือประโยคหลัก กล่าวคือ คำใดเป็นประธาน กริยา กรรมหรือส่วนเติมเต็ม และส่วนใดคือส่วนขยาย เช่น กริยาวิเศษณ์ (adverb) และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง อนุประโยค (clause) ซึ่งมักเจอประโยคประเภท ประโยคความซ้อน (complex sentence) อนุประโยค คือ ประโยคย่อยที่ไม่สมบูรณ์ในตัวเอง แต่ทำหน้าที่ขยายคำนามหรือกลุ่มคำนามที่มันขยายให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี ปัญหาที่พบคือนิสิตนักศึกษากฎหมายในระดับปริญญาตรี รวมถึงนักกฎหมายไทย ส่วนใหญ่ยังไม่เข้าใจพื้นฐานทางภาษาอังกฤษในส่วนหลักไวยากรณ์และโครงสร้างประโยคได้แก่

ก. ชนิดของคำ (parts of speech) ซึ่งมี 8 ชนิดได้แก่ คำนาม (noun) คำสรรพนาม (pronoun) คำกริยา (verb) คำคุณศัพท์ (adjective) คำกริยาวิเศษณ์ (adverb) บุพบท (preposition) สันธาน (conjunction) และอุทาน (interjection)

¹⁶ จันทรลักษณ์ โชติรัตนศิริ, ภาษาอังกฤษเบื้องต้นสำหรับนักกฎหมาย (Introduction to English for Lawyers), พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551), หน้า 245.

ข. ชนิด ประเภทและโครงสร้างประโยคว่าประโยคประกอบด้วยโครงสร้างแบบใด คำใดเป็นประธาน (subject) และคำใดเป็นภาคแสดง (predicate) ชนิดของประโยคที่ใช้บอกเล่า (affirmative) ปฏิเสธ (negative) คำถาม (interrogative) หรือคำสั่ง (imperative) นอกจากนี้ ประโยคยังมีหลายประเภท ได้แก่ ประโยคใจความเดียว (simple sentence) ประโยคใจความรวม (compound sentence) ประโยคใจความซ้อน (complex sentence) และประโยคใจความผสม (compound - complex sentence)

ค. ส่วนขยาย (modifier) ได้แก่ คำคุณศัพท์ (adjective) คำกริยาวิเศษณ์ (adverb) และ adverbial clause¹⁷ ซึ่งเป็นกริยาวิเศษณ์ที่เป็นส่วนขยายประโยค โดยส่วนขยายนี้ มักตามหลังคำบุพบท เช่น in, on, at, of, before, until เป็นต้น หรือตามหลังคำสันธาน เช่น and (และ), but (แต่), so (ดังนั้น), if (ถ้า), unless (ถ้าไม่), otherwise (มิเช่นนั้น) รวมถึงคำเชื่อมประเภท relative clause หรือวลีที่ใช้เชื่อมความ เช่น that (ว่า....), including but not limited to (รวมถึงแต่ไม่จำกัดอยู่ที่), inter alia (ท่ามกลางสิ่งต่างๆ) เป็นต้น¹⁸ และส่วนขยายประเภทกริยาไม่แท้ เช่น participle ได้แก่ present participle และ past participle เพื่อละประธานที่เป็น relative pronoun ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.3.2 หลักไวยากรณ์และโครงสร้างเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

ง. อนุประโยค (clause) ได้แก่ กลุ่มคำที่มีภาคประธานและภาคแสดง (กริยา) เหมือนประโยค แต่ไม่สามารถอยู่ตามลำพังได้ ต้องเชื่อมติดอยู่กับอีกอนุประโยคหนึ่ง เพื่อให้มีความหมายสมบูรณ์ หากขาดอีกอนุประโยคหนึ่งไป ย่อมไม่ได้ความหมายที่อ่านแล้วจบความ¹⁹ อนุประโยคเป็นส่วนประกอบของประโยคใจความซ้อนเรียกว่า relative clause เข้ามาช่วยขยายรายละเอียดของคำนาม ทั้งนี้ คำที่ใช้เชื่อมระหว่างคำนามที่ต้องการขยายรายละเอียดให้ชัดเจนขึ้นเรียกว่า relative pronoun เช่น who (ผู้ซึ่ง ที่ ซึ่ง) whom (ผู้ซึ่ง ที่ ซึ่ง) which (ที่ซึ่ง) where (ที่ ซึ่ง) when (ที่ ซึ่ง เมื่อ) และ that (ที่ ซึ่ง)

Ex. Administrative court is *the principal institution of the country that exercises* the judicial power to provide justice concerning administrative disputes.

¹⁷ เสฐฐา เอียรพิรากุล, “วิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย,” เอกการประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิตครั้งที่ 3, 11 กุมภาพันธ์ 2563, หน้า 97-98.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน.

¹⁹ ดวงเด่น นาคสีหราช, *คู่มือเตรียมสอบอังกฤษ (English) สำหรับ ก.พ. ภาค ก และงานราชการ (All in 1)*, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), หน้า 145-146.

ศาลปกครองเป็น**สถาบันหลักของประเทศซึ่งใช้อำนาจตุลาการ**อำนวยความสะดวกเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง

อย่างไรก็ดี ประโยคภาษาอังกฤษทางกฎหมายนิยมละ relative pronoun และใช้รูป participle แทนซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในหัวข้อ 4.3.2 หลักไวยากรณ์และโครงสร้างเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

จ. ความสอดคล้องระหว่างประธานกับกริยา (agreement of subject and verb) ได้แก่ ประธานเป็นเอกพจน์กริยาแท้หลักต้องเติม s, es ในขณะที่ประธานเป็นพหูพจน์กริยาแท้จะไม่เติม s, es

ฉ. รูปของกริยากรตุวาก (active voice) และกรรมวาก (passive voice) กรณิประธานกระทำกริยาเอง (active voice) = ประธาน + กริยา ส่วนประธานถูกกระทำ (passive voice) = ประธาน + be + v.3.

ช. กาล (tense) คือ เวลาที่ประธานกระทำกริยา ว่ากระทำในอดีต (past) ปัจจุบัน (present) หรืออนาคต (future)

ซ. การใช้ articles คำนำหน้านามเพื่อขยาย ได้แก่ การใช้ a, an และ the ปัญหาและอุปสรรคดังกล่าวข้างต้น ส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการเรียนการสอนภาษาอังกฤษในระดับมัธยมศึกษาพื้นฐานไม่ละเอียด ไม่น่าสนใจ และเน้นการสอบเพื่อเข้าเรียนต่อในระดับมหาวิทยาลัยซึ่งเป็นแบบปรนัยมากกว่า รวมถึงความกลัวในการใช้ภาษาอังกฤษจากการถูกล้อเลียนจากเพื่อนนักเรียนและเทคนิควิธีการสอนของครูผู้สอนที่ไม่ใส่ใจ ขาดแรงบันดาลใจและถูกดูแลคนผู้เรียน ส่งผลต่อการอ่าน การเขียนและการพูดภาษาอังกฤษซึ่งเป็นทักษะที่ต่อยอดได้จริงในทางปฏิบัติ และการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในระดับปริญญาตรีด้วยจึงจำเป็นต้องเริ่มเรียนรู้ใหม่ตั้งแต่ต้น เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเป็นพื้นฐานของหลักและไวยากรณ์ของภาษาอังกฤษทั่วไปที่ใช้กับภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่สำคัญ

4.3.2 หลักไวยากรณ์และโครงสร้างเฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

ก. นิยมใช้ “shall” กริยาช่วยไม่ว่าประธานของประโยคเป็นใครหรืออะไรก็ตาม และมีความหมายในเชิงบังคับเพื่อกำหนดภาระหน้าที่แทนการใช้ must

โดยหลักไวยากรณ์ภาษาอังกฤษทั่วไปแล้ว “shall” เป็นกริยาช่วย (auxiliary verb) แปลว่า จะ ใช้คู่กับคำประธาน (subject) ที่เป็นสรรพนาม คือ คำว่า “I” หรือ “We” เท่านั้น และบอกการกระทำที่เป็นอนาคต (future simple tense) ในทำนองเดียวกับคำว่า “will”²⁰ อย่างไรก็ดี

²⁰ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 31.

ในภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายแล้ว ลักษณะเฉพาะที่ใช้ในวงการกฎหมาย ก็คือ การนำคำว่า “shall” มาใช้ในสัญญา ตัวยก บทความหรือตำรา โดยไม่จำกัดว่าประธานของประโยคจะเป็นสรรพนาม “I” หรือ “We” หรือไม่ หรือจะเป็นคำนามใดๆ ก็ตาม ซึ่งการใช้ “shall” นั้น จะแปลว่า “จะต้อง” หรือ “ให้.....(ทำอย่างนั้นอย่างนี้)”²¹ มีความหมายเหมือนกับ has the duty to หรือ obligate to²² และมีได้นำ shall มาใช้ในความหมายที่เป็นอนาคตในทำนองเดียวกับคำว่า “will” แต่ประการใด เนื่องจากคำว่า “will” ให้ความหมายที่เป็นอนาคตธรรมดา (future simple tense) เหมือนกับที่ใช้โดยทั่วไป แต่คำว่า “shall” นำมาใช้ในประโยคที่มีลักษณะเป็นกาลอนาคตในเชิงบังคับมากกว่าและจะนำมาใช้ได้ตลอดเวลาโดยไม่คำนึงว่าประธานของประโยคจะเป็นใครหรือเป็นอะไรก็ตามโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการร่างสัญญาเป็นภาษาอังกฤษ²³ เช่น

Ex. The Seller shall deliver the products hereunder to the Buyer at the factory of the Buyer.

ผู้ขายจะต้องส่งมอบผลิตภัณฑ์ภายใต้สัญญานี้แก่ผู้ซื้อที่โรงงานของผู้ซื้อ

ข้อสังเกต ข้อสัญญานี้ เน้นว่าผู้ขายมีหน้าที่จะต้องทำ

ข้อสังเกต หากเป็นกรณีในบริบทในทางกฎหมายในเชิงปฏิเสธ จะมีคำว่า “not” เช่น shall not ซึ่งแปลว่า “จะต้องไม่ปฏิบัติตาม” เป็นต้น

ในขณะที่คำว่า “must” เป็นกริยาช่วยและคนทั่วไปก็สามารถเข้าใจได้ว่า must แปลว่า “ต้อง” หรือ “จะต้อง” และมีความหมายในเชิงบังคับแต่กลับไม่นิยมใช้ในภาษาอังกฤษทางกฎหมาย อาจมีข้อสงสัยว่า หากต้องการใช้ภาษาอังกฤษในภาษากฎหมายที่มีลักษณะเชิงบังคับในลักษณะเด็ดขาดแล้ว เหตุใดจึงไม่ใช่คำว่า “must” แทนคำว่า “shall” เสียทั้งหมดอันจะทำให้มีลักษณะที่เด็ดขาด ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว ภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายในสัญญากลับไม่นิยมใช้คำว่า “must” แต่นิยมใช้คำว่า “shall” เป็นส่วนใหญ่ ทั้งนี้เนื่องจากความหมายของคำว่า “must” นั้น นอกจากจะมีความหมายเป็นปัจจุบันกาล (present tense) แล้ว ในแง่จิตวิทยา คำว่า “must” ยังมีลักษณะที่บังคับเด็ดขาดมากเกินไป จึงทำให้คู่สัญญารู้สึกอึดอัด และ หากข้อสัญญาทุกข้อหรือทุกประโยคมีแต่คำว่า “must” อาจนำไปสู่ความหวาดกลัวที่จะต้องรับผิดชอบตามสัญญา เนื่องจากลักษณะที่ผูกมัด

²¹ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน.

²² จุมพล นันทศิริ, การเขียนภาษาอังกฤษเชิงกฎหมาย (legal writing in English) (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 156. และวิษณุ เครืองาม, “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย,” เอกสารประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิตครั้งที่ 3, 12 มีนาคม 2563, หน้า 223.

²³ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 30.

ของคำว่า “must” ดังนั้น คู่สัญญาจึงหลีกเลี่ยงที่จะใช้คำว่า “must” แต่ใช้คำว่า “shall” แทน เพื่อให้คู่สัญญารู้สึกผ่อนคลายมากกว่าที่จะใช้คำว่า “shall” แทนคำว่า “must”²⁴

อย่างไรก็ดี ในแง่ของกฎหมายแล้ว การใช้คำว่า “shall” ก็มีลักษณะบังคับไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าคำว่า “must” เช่นกัน แต่ที่จะต้องใช้คำว่า “shall” ในสัญญานั้นก็เพราะว่าสัญญาส่วนใหญ่มีลักษณะที่เป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญาพึงมีและพึงปฏิบัติต่อกันในอนาคต เพื่อเป็นการผูกมัดคู่สัญญาให้ต้องกระทำการต่อกันตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา จึงใช้คำว่า “shall” ซึ่งมีความหมายในเชิงบังคับให้ต้องกระทำในอนาคตและในแง่ของหลักกฎหมายเรื่องสัญญาในระบบคอมมอน ลอร์ แล้ว การใช้คำว่า “shall” จะมีความหมายในแง่ของการปฏิบัติตามสัญญาว่าหมายถึงสิ่งที่คู่สัญญายังมิได้ทำให้ลุล่วง (executory contract) แต่ถ้าเป็นสิ่งที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายได้ทำให้ลุล่วงแล้ว (executed contract) ก็ไม่จำเป็นต้องใช้คำว่า “shall” ในประโยคนั้น แต่จะใช้กาลปัจจุบันธรรมดา (present simple tense) หรือกาลที่มีความหมายว่าสิ่งนั้นได้ทำให้ลุล่วงไปแล้ว เช่น present perfect tense เป็นต้น²⁵

ทั้งนี้ มิได้หมายความว่า ในสัญญาที่ร่างเป็นภาษาอังกฤษนั้นจะนำคำว่า “must” มาใช้มิได้ แต่ขึ้นอยู่กับคู่สัญญาเป็นสำคัญว่ามีความสบายใจที่จะใช้คำว่า “must” หรือไม่ หรือขึ้นอยู่กับเนื้อหาของสัญญาว่าจำเป็นต้องใช้คำว่า “must” หรือไม่ เช่น ในกรณีของสัญญาบางข้อซึ่งมิได้เป็นเรื่องที่คู่สัญญาต้องปฏิบัติต่อกัน แต่เป็นหน้าที่ที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้ว เช่น การเสียภาษีอากร เป็นต้น ก็อาจนำคำว่า “must” มาใช้ก็ได้ เนื่องจากการเสียภาษีอากรเป็นหน้าที่ที่บุคคลพึงมีตามกฎหมายอยู่แล้ว²⁶ เช่น

Ex. Each party hereto **must** be responsible for any tax imposed by the law on their respective incomes.

คู่สัญญาแต่ละฝ่ายตามสัญญานี้จะต้องรับผิดชอบในภาษีอากรใดๆ ซึ่งกำหนดไว้โดยกฎหมายในเงินได้ต่างๆ ที่เกิดขึ้นของตน

ดังนั้น การใช้ “shall” ในภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายนั้น จะแปลว่า **ต้อง จะต้อง ให้ พึง หรือยอม** ใช้เพื่อกำหนดภาระหน้าที่ (impose a duty)²⁷ และเป็นคำที่นิยมใช้อย่างยิ่งในเอกสารทางกฎหมายในขณะที่คำว่า “must” แปลว่า “ต้อง” ซึ่งมีความหมายในเชิง

²⁴ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 30-31.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

²⁶ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน.

²⁷ จุมพล นันทศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 155.

บังคับที่มีลักษณะเด็ดขาด และเพื่อความชัดเจนและความเข้าใจของคนทั่วไป นักกฎหมายบางกลุ่มได้ใช้คำว่า must แทนคำว่า shall แต่ก็ไม่ได้ได้รับความนิยมเท่าที่ควร ดังเหตุผลที่กล่าวข้างต้น

ข. นิยมใช้ “may” กริยาช่วยในภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเพื่อให้ดุลพินิจในการเลือก

โดยทั่วไป ในบริบททางภาษาอังกฤษทั่วไป may เป็นกริยาช่วย แปลว่า “อาจจะ” ใช้บอกความไม่แน่นอนของการกระทำ แต่สำหรับการใช้ may ในบริบททางกฎหมายแปลว่า “อาจหรืออาจจะ (ได้รับอนุญาตที่จะ...)” ซึ่งมีความหมายในทางกฎหมายว่าเป็นลักษณะในเชิงดุลพินิจหรือเชิงอนุญาตให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งนั่นเอง²⁸

ตัวอย่างเปรียบเทียบความแตกต่างในการใช้คำว่า may ในบริบททั่วไปกับบริบทในเชิงกฎหมาย

บริบททั่วไป

Ex. “May I borrow your book?”

ฉันขออนุญาตยืมหนังสือได้ไหม?

ข้อสังเกต ประโยคนี้ ใช้ may ในเชิงขอร้อง มีน้ำหนักกระตักการให้ปฏิบัติตามได้น้อยมากขึ้นอยู่กับผู้ถูกร้องขอว่าจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

บริบทในเชิงกฎหมาย

Ex. Any party may denounce this agreement by notification addressed to other party.

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจบอกเลิกสัญญานี้ได้โดยส่งคำบอกกล่าวไปถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

ค. นิยมละ relative pronoun ที่ขึ้นต้นด้วย clause และใช้ present participle หรือ past participle แทน แล้วแต่กรณี

ในการเขียนประโยคภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมายนั้นมักนิยมใช้ประโยคขยาย (clause) มาก เนื่องจากต้องการความละเอียดและชัดเจนโดยใช้คำ relative pronoun ขึ้นต้น clause ดังกล่าว แต่บ่อยครั้งที่นักกฎหมายนิยมละคำ relative pronoun ดังกล่าวเสียและปรับเปลี่ยนคำกริยา (verb) ใน clause ดังกล่าวเสียใหม่ แต่ยังคงความหมายเดิมไว้ โดยการ

²⁸ ดวงเด่น นาคสีหราช และพวงกานต์ คงศรี, คำศัพท์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเพื่อเตรียมสอบผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วยและตำแหน่งอื่นด้านกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 80.

ปรับเปลี่ยนคำกริยาใน clause ดังกล่าวนั้นจะปรับเปลี่ยนเป็น present participle (verb + ing) หรือ past participle (verb ช่องที่ 3) แล้วแต่กรณีขึ้นอยู่กับ “voice” ใน clause เดิม นั้นเป็น “active voice” ซึ่งหมายถึง ประธาน (subject) ของ clause ดังกล่าวเป็นผู้กระทำการ นั้นเอง หรือ “passive voice” ซึ่งหมายถึง ประธาน (subject) ของ clause ดังกล่าวเป็นผู้ถูกกระทำ²⁹

(1) ในกรณี clause เดิมเป็น “active voice” เมื่อละคำ relative pronoun ที่ขึ้นต้น clause ดังนั้นแล้ว ให้เปลี่ยนคำกริยา (verb) ใน clause ดังกล่าวให้เป็น present participle หรือ verb + ing³⁰

ตัวอย่าง

Ex. The party receiving such confidential information shall use such confidential information only as expressly contemplated by this Agreement.

คู่สัญญาซึ่งได้รับข้อมูลลับทางสารสนเทศดังกล่าวจะต้องใช้ข้อมูลลับทางสารสนเทศเช่นนั้นเพิกถอนที่กำหนดไว้โดยชัดแจ้งตามสัญญา

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำว่า “receiving” ข้างต้นเป็น present participle ที่มาจาก clause เดิมว่า “who receives” โดยคำว่า “who” เป็น relative pronoun ขยายคำว่า “party” และเป็นประธานของคำกริยา “receives” และโดยที่ clause ดังกล่าวเป็น active voice ดังนั้น เมื่อต้องการละคำ relative pronoun “who” ต้องเปลี่ยนกริยา (verb) “receives” ให้เป็น present participle แทน นั่นคือ “receiving” โดยตำแหน่งของ present participle ดังกล่าวจะอยู่หลังคำที่ present participle ดังกล่าวขยาย ซึ่งในที่นี้คือคำว่า “party” โดยทำหน้าที่ของ present participle ในประโยคข้างต้นจะทำหน้าที่อย่างเดียวกับคำคุณศัพท์ (adjective) แต่เป็นคำคุณศัพท์ที่อยู่หลังคำนามที่มันขยาย เนื่องจากว่าทำมาจาก clause เดิมนั่นเอง และจะไม่นำมาวางไว้หน้าคำนามที่มันขยายเหมือนคำคุณศัพท์ธรรมดาทั่วไป

(2) ในกรณี clause เดิมเป็น “passive voice” เมื่อละคำ relative pronoun ที่ขึ้นต้น clause ดังนั้นแล้ว ให้เปลี่ยนคำกริยา (verb) ใน clause ดังกล่าวให้เป็น past participle กล่าวคือ การละ verb to be ที่ใช้ใน passive voice นั้นด้วย โดยคงไว้เฉพาะคำที่เป็น past participle³¹

²⁹ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, หน้า 36-38.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 37.

ตัวอย่าง

Ex. Either party shall maintain in confidence all confidential information identified as such received from the other party, whether of a commercial or technical nature.

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องรักษาความลับของข้อมูลสารสนเทศทั้งปวงซึ่งได้รับไว้ตามที่ได้รับเช่นนั้นจากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ว่าลักษณะทางการค้าหรือทางเทคนิค

เมื่อพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำว่า “identified” และ “received” เป็น past participle ที่คงไว้ หลังจากละคำว่า “which is” หน้าคำ “received” โดยคำว่า “which” เป็นคำ “relative pronoun” ที่ขยายคำว่า “all confidential information” และเป็นประธานของกริยา (verb) “is identified” และ “is received” ดังนั้น เมื่อละคำว่า which และ verb to be แล้วจึงคงไว้เฉพาะคำที่เป็น past participle ได้แก่ “identified” และ “received” ซึ่งทำหน้าที่เป็นคำคุณศัพท์ (adjective) เช่นเดียวกับ present participle ดังกล่าวขยายซึ่งในที่นี้ คือ คำว่า “all confidential information” เช่นกัน³²

อย่างไรก็ดี มิได้หมายความว่า การใช้ relative pronoun ขึ้น clause ที่ขยายคำข้างหน้า clause โดยไม่ละ relative pronoun จะเป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากการคงคำ relative pronoun ไว้นั้น ยังถือว่าถูกต้องตามหลักไวยากรณ์ของการเขียนภาษาอังกฤษ อยู่และก็ยังใช้อยู่ในภาษาอังกฤษที่เป็นภาษากฎหมาย หากแต่ผู้ใช้จะเลือกกาลเทศะในการใช้ clause ที่ขึ้นต้นด้วยคำ relative pronoun ดังกล่าวว่าจะช่วยให้มีความชัดเจนขึ้นหรือไม่ หากการคงคำ relative pronoun ไว้จะทำให้เกิดความชัดเจนไม่คลุมเครือก็ควรจะคงคำ relative pronoun ไว้โดยไม่มีการละคำดังกล่าวก็จะเหมาะสมกว่า³³

4.4 การจัดการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย

นอกเหนือไปจากทักษะการใช้ภาษาไทยซึ่งเป็นคุณลักษณะที่ขาดไม่ได้แล้ว ทักษะในการใช้ภาษาต่างประเทศมีความสำคัญต่อสาขาวิชานิติศาสตร์ในระดับปริญญาตรีด้วยตามประกาศกระทรวงศึกษาธิการ เรื่อง มาตรฐานคุณวุฒิระดับปริญญาตรี สาขาวิชานิติศาสตร์ พ.ศ.2561 ได้กำหนดให้มีหลักสูตรระดับปริญญาตรี สาขาวิชานิติศาสตร์กำหนดให้วิชาภาษาอังกฤษสำหรับ

³¹ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, หน้า 38.

³² เรื่องเดียวกัน.

³³ จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน.

นักกฎหมายเป็นวิชาบังคับหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต³⁴ และสถาบันอุดมศึกษาได้จัดการศึกษาในหลักสูตรระดับปริญญาตรี สาขาวิชานิติศาสตร์อยู่ในวันที่ประกาศฉบับนี้ใช้บังคับ ต้องปรับปรุงหลักสูตรให้เป็นไปตามประกาศนี้ ภายในปีการศึกษา 2563³⁵ โดยต้องจัดการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาแตกต่างจากภาษาอังกฤษพื้นฐานซึ่งมหาวิทยาลัยได้กำหนดให้เรียนเป็นวิชาพื้นฐานจากสถาบันภาษาหรือสำนักศึกษาทั่วไปของมหาวิทยาลัยแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ดี ธรรมชาติของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายแตกต่างออกไป โดยเฉพาะคำศัพท์และโครงสร้างเฉพาะหลักสูตรปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ที่จัดการเรียนการสอนของประเทศ ไทย ส่วนใหญ่ไม่มีวิชาหรือไม่มีการจัดโครงการในการเตรียมความพร้อมในการเรียนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย รวมถึงไม่ได้แยกและจัดระดับตามความสามารถของผู้เรียน ได้แก่ พื้นฐาน (beginner course) ระดับกลาง (intermediate course) และระดับสูง (upper - intermediate course) ผู้ศึกษามีความรู้ทางภาษาอังกฤษที่ต่างกันต้องเข้าเรียนในห้องเรียนที่สอนในระดับเดียวกันทั้งหมด จึงส่งผลต่อประสิทธิภาพต่อความรู้และความเข้าใจของนิสิตนักศึกษากฎหมายด้วย

เมื่อพิจารณาจากข้อ 4.1-4.3 ส่งผลให้การจัดการเรียนการสอนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายมีความท้าทายต่ออาจารย์ผู้สอนในรายวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายด้วยเหตุผล 3 ประการได้แก่

4.4.1 ความสนใจในวิชากฎหมายของนิสิตนักศึกษาและการขาดความสนใจในการเรียนรู้คำศัพท์เฉพาะทางกฎหมายที่ยากและซับซ้อน

4.4.2 ระดับและพื้นฐานทางภาษาอังกฤษที่แตกต่างกันของนิสิตนักศึกษา

³⁴ เช่น ตามหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต หลักสูตรปรับปรุง พ.ศ.2561 ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ได้กำหนดให้รายวิชา น.270 ภาษาอังกฤษทางกฎหมาย (Legal English) 2 หน่วยกิต เป็นวิชาบังคับและให้ใช้ได้และใช้ไม่ได้และรายงานการศึกษาระบุเพียงใช้ได้ (S) หรือใช้ไม่ได้ (U) และจะไม่นำมาคิดรวมกับจำนวนหน่วยกิตทั้งหมด หรือคำนวณค่าระดับเฉลี่ย.

สำหรับหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ของมหาวิทยาลัยรามคำแหง หลักสูตรปรับปรุง พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้วิชา LAW4056 ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) เป็นวิชาเลือกและปีการศึกษา 2563 จะบรรจุวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาบังคับ.

ส่วนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหาสารคามได้กำหนดวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาบังคับจำนวน 2 หน่วยกิตให้แก่นิสิตตั้งแต่ปี พ.ศ.2548 จนถึงปัจจุบัน.

³⁵ กระทรวงศึกษาธิการ, ประกาศกระทรวงศึกษาธิการเรื่อง มาตรฐานคุณวุฒิระดับปริญญาตรี สาขาวิชานิติศาสตร์ พ.ศ.2561 [Online], available URL: http://www.mua.go.th/users/tqf-hed/news/data6/Bachelor%20of%20Laws_r.pdf, 2562 (มีนาคม, 25).

4.4.3 ข้อเท็จจริงว่าอาจารย์ผู้สอนจะต้องมีบทบาทสำคัญต่อผู้เรียนด้วย ผู้สอนจึงต้องเตรียมตัวเป็นอย่างดีตลอดเวลา

5. แนวทางในการรับมือกับความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย

แนวทางในการรับมือกับความท้าทายของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทยที่สำคัญที่สุดก็คือ ควรเริ่มต้นตั้งแต่ระดับปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ทั่วประเทศไทย โดยจัดการเรียนการสอนหรือโครงการอบรมต่างๆ เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้นิสิตนักศึกษากฎหมายเข้าใจหลักและพื้นฐาน ธรรมชาติและลักษณะเฉพาะของภาษาอังกฤษทางกฎหมายพร้อมเทคนิคย่อมเกิดประโยชน์สูงสุดต่อนิสิตนักศึกษากฎหมายที่จบการศึกษา สามารถต่อยอดในการศึกษาในระดับสูงขึ้นไปและประกอบวิชาชีพทางกฎหมายได้อย่างถูกต้อง เหมาะสมสอดคล้องกับแต่ละทักษะทางภาษาที่นำไปใช้

5.1 แนวทางในการรับมือกับอิทธิพลของระบบคอมมอน ลอว์ ต่อภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายของไทยและการที่ภาษาอังกฤษไม่ใช่ภาษาราชการในประเทศไทย

ประเทศไทยใช้ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ หรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายพัฒนาขึ้นโดยอังกฤษและสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบคอมมอน ลอว์ คำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมายจากตำราภาษาอังกฤษของระบบคอมมอน ลอว์³⁶ จึงต้องปรับเปลี่ยนให้เข้ากับระบบกฎหมายไทยด้วย ซึ่งหลายคำก็ไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย เช่น *actus reus*, *mens rea* หรือ *consideration* คำศัพท์ทางกฎหมายบางคำจึงหาคำแปลไทยได้ยากหรือไม่ใกล้เคียงกับความหมายในภาษาไทย ประกอบกับประเทศไทยไม่ได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาราชการในการพูดและเขียน นิสิตนักศึกษากฎหมายจึงไม่ได้ใช้ภาษาอังกฤษทั่วไปและภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นประจำทุกวัน เว้นแต่สายงานที่ต้องทำงานพบปะชาวต่างชาติอยู่เป็นประจำจึงมีความรู้และความชำนาญในการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายดังที่ได้กล่าวไว้ในตารางข้างต้น

แนวทางในการแก้ปัญหาก็คือ เริ่มต้นจากการจัดการเรียนการสอนในระดับปริญญาสาขานิติศาสตร์ ควรมีการปูพื้นฐานและข้อความคิดเกี่ยวกับระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์ ในเบื้องต้นเพื่อให้นิสิตนักศึกษากฎหมายเข้าใจธรรมชาติของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายทั้งแบบบรรยายและมีสื่อการสอนประกอบ เช่น ภาพยนตร์ที่มีฉากการพิพาทคดีในศาลในระบบคอมมอน ลอว์

³⁶Gabrielle L. Goodwin, op. cit.

เป็นต้น จะทำให้นิสิตนักศึกษากฎหมายเห็นภาพความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองระบบมากขึ้น และที่สำคัญที่สุด นำเสนอให้นิสิตนักศึกษาเห็นความสำคัญของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในการประกอบวิชาชีพ นอกจากนี้พื้นฐานหลักและไวยากรณ์ที่จำเป็นแล้ว อาจารย์ผู้สอนควรทำแบบสอบถามก่อนเรียนว่านิสิตนักศึกษามีความสนใจทักษะใดบ้าง และสามารถเลือกทักษะที่ตนสนใจเพิ่มเติมที่จะนำไปใช้ในการทำงาน เพื่อทำให้นิสิตนักศึกษากฎหมายมีพื้นฐานและทักษะในการใช้งานได้จริง และให้นิสิตนักศึกษาทำแบบสัมภาษณ์เชิงลึกหลังเรียน เพื่อประเมินผลว่าวิธีการสอนของอาจารย์ผู้สอนนั้นเหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอแล้วหรือไม่ เพื่อนำไปปรับปรุงการเรียนการสอนในภาคการศึกษาต่อไป

สำหรับความท้าทายที่ว่าภาษาอังกฤษไม่ใช่ภาษาราชการ ทำให้นิสิตนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายไม่เคยชินในการใช้ภาษาอังกฤษในชีวิตประจำวัน แนวทางในการแก้ปัญหา คือ การทำให้นิสิตนักศึกษากฎหมายได้ใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นประจำทุกวันและสามารถเข้าถึงช่องทางในการเตรียมตัวและทบทวนตนเองได้บ่อยครั้ง เช่น มีการเตรียมเอกสารการสอนไว้ล่วงหน้าและมีคำศัพท์ทางกฎหมายให้ผู้เรียนได้อ่านและเตรียมตัวก่อนเข้าฟังการบรรยาย แล้วมีการทดสอบความจำและความเข้าใจท้ายคาบ เช่น ถามความหมายของคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่ได้เรียนในแต่ละคาบว่าได้เรียนอะไรบ้าง หรือให้แปลคำศัพท์ภาษากฎหมายสั้นๆ ว่าคำที่กำหนดไว้แปลว่าอย่างไร รวมถึงทำวิดีโอสั้นๆ ประกอบการสอนเพื่อให้นิสิตนักศึกษาสามารถเตรียมตัวก่อนเรียนและทบทวนก่อนสอบได้ นอกจากนี้ ผู้สอนควรใช้สื่อการสอนที่น่าสนใจ เช่น ให้ชมภาพยนตร์แบบ Soundtrack ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับบทเรียนและเรื่องที่สร้างแรงบันดาลใจให้กับผู้เรียน (ผู้เขียนเลือกเรื่อง Legally Blond I มาให้นิสิตรับชม) โดยแจ้งให้ผู้เรียนทราบว่าชมภาพยนตร์เรื่องอะไรไว้ล่วงหน้า ผู้เรียนสามารถรับชมได้ก่อน (โดยอาจเลือกรับชมแบบภาษาไทยเพื่อให้เข้าใจเนื้อหาได้) และเข้าชมในห้องเรียนอีกครั้งหนึ่งเป็นแบบ Soundtrack กับเพื่อนร่วมชั้นและผู้สอน (ผู้เรียนจะไม่กดดันเวลาเรียนเพราะได้เตรียมตัวก่อนและเข้าใจเรื่องราวมาแล้ว) ประกอบกับมีคำถามท้ายบทภายหลังจากรับชมภาพยนตร์ โดยจัดการทดสอบแบบกลุ่มให้มีการแลกเปลี่ยนและผ่อนคลายความตึงเครียดในการทำแบบทดสอบ ทดสอบคำศัพท์ (legal vocabularies) และการฟังเพื่อทำความเข้าใจ (listening comprehension) เป็นต้น การสอนที่สนุกและน่าสนใจ จะช่วยปรับความคิดนิสิตนักศึกษากฎหมายได้ระดับหนึ่งในการเปิดใจรับว่าภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นวิชาที่สามารถฝึกฝนได้และสามารถใช้ได้เป็นประจำทุกวัน

5.2 แนวทางในการรับมือกับลักษณะเฉพาะทางของคำศัพท์และสำนวนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายคำศัพท์ต่างๆ

จุดเริ่มต้นของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย คือ สามารถเข้าใจการใช้คำศัพท์กฎหมาย (legal English) ปัญหาที่เกิดขึ้นกับนิสิตนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายไทยจำนวนมากที่ต้องกลับมาทบทวนวิชาภาษาอังกฤษอีกครั้ง คือ “อ่านบทความภาษาอังกฤษไม่เข้าใจคำศัพท์และแปลไม่ได้ เพราะศัพท์ยาก ถ้าไม่เปิดพจนานุกรมภาษาอังกฤษ (dictionary) แล้วแปลไม่ได้เลย ต้องทำอะไร” เหตุผลประการสำคัญ คือ นิสิตนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายไทยดังกล่าว ไม่มีคลังศัพท์ภาษาอังกฤษทั้งทั่วไปและกฎหมายสะสมไว้มากพอที่จะนำไปใช้ได้ ส่งผลให้อ่านไม่เข้าใจ และแปลไม่ได้ จึงจำเป็นต้องมีการสอนเทคนิควิธีการจดจำศัพท์ เพราะยิ่งจำศัพท์ได้มากย่อมได้เปรียบในการนำไปใช้งาน อย่างไรก็ดี จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่าคำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมายมีเอกลักษณ์และใช้เฉพาะแวดวงกฎหมายซึ่งมีบ่อเกิดที่หลากหลายและไม่มีเทคนิคในการจำที่ตายตัว

จากลักษณะเฉพาะทางของคำศัพท์และสำนวนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นการนำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่มีความหมายสามัญมาใช้ในความหมายเฉพาะสำหรับนักกฎหมาย การนำคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่เคยใช้กันสมัยโบราณและยุคกลางมาใช้ การนำคำศัพท์และวลีภาษาละตินมาใช้ ในขณะที่รูปประโยคสามัญไม่นำมาใช้ การใช้คำศัพท์ภาษาฝรั่งเศส (French) และแองโกล-นอร์แมน (Anglo-Norman) โบราณมาใช้ในความหมายเฉพาะและการใช้คำศัพท์และสำนวนเฉพาะวงการนักกฎหมาย ทำให้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นภาษาอังกฤษเฉพาะทางที่มีความยุ่งยากและซับซ้อนในการจดจำ ดังนั้น แนวทางแก้ปัญหา คือ นิสิตนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมาย จำเป็นต้องเรียนรู้และท่องจำ (memorize) ให้ได้เท่านั้น เพราะไม่มีกฎเกณฑ์และบ่อเกิดที่ตายตัว นอกจากท่องจำให้ขึ้นใจ ผีก็สังเกตและนำไปใช้ในรูปประโยคที่มีคำศัพท์เช่นนั้นบ่อยครั้งเพื่อให้จำได้

ดังได้กล่าวมาแล้วหากนิสิตนักศึกษากฎหมาย ได้เห็นคำศัพท์และสำนวนทางกฎหมายดังกล่าว แน่ใจว่าวันแรกนิสิตนักศึกษากฎหมายไทยย่อมรู้สึกว่ภาษาอังกฤษทางกฎหมายเป็นวิชาที่ยาก ดังนั้น นิสิตนักศึกษากฎหมายจำเป็นต้องเริ่มเรียนรู้คำศัพท์ภาษาอังกฤษกฎหมายก่อนเป็นอันดับแรก เพื่อเป็นคลังคำศัพท์สะสมไปใช้ในทักษะอื่นๆ ในภาษาอังกฤษทางกฎหมายด้วย เช่น อ่าน เขียน ฟังหรือพูด เป็นต้น รวมถึงกระตุ้นความรู้สึกของตนให้อยากอ่านตัวบทกฎหมายเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยทั่วไปภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายจะแทรกอยู่ในเอกสารทางกฎหมายฉบับแปลภาษาอังกฤษที่ได้มีการแปลไว้อย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการ เช่น รัฐธรรมนูญ คดีความต่างๆ ตัวบทกฎหมาย กฎเกณฑ์ของศาลและอัยการ คำพิพากษาบางฉบับ นอกจากนี้ยังมีงานเขียนเกี่ยวกับกฎหมาย เช่น วารสาร บทความ และตำราต่างๆ งานเขียนเหล่านี้้อธิบายภาษาอังกฤษทางกฎหมายได้ดี โดยให้อ่านเทียบกับต้นฉบับคำแปลภาษาไทย เพื่อสังเกตคำและโครงสร้างประโยคที่ใช้ การฝึก

อ่านและฝึกเขียนภาษาอังกฤษตามเอกสารทางกฎหมายดังกล่าว นิสิตนักศึกษากฎหมาย ย่อมเริ่มจะเข้าใจคำศัพท์ทางกฎหมายที่จำเป็นควบคู่กับแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมาย

อย่างไรก็ดี การเรียนรู้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ผู้ศึกษาจำเป็นต้องเรียนรู้และจดจำกลุ่มคำและวลีใหม่ๆ รวมถึงรูปแบบการใช้งานของภาษาอังกฤษทางกฎหมายในแต่ละบริบทด้วย เช่น สัญญา ตั๋วบทกฎหมาย บทความวิชาการหรือคำพิพากษา เป็นต้น เนื่องจากเอกสารทางกฎหมายมีหลายประเภท รวมถึงการใช้และตีความสำหรับวิชาชีพประเภทนักแปลและล่ามศาลจะต้องใช้และตีความข้อความหรือถ้อยคำนั้นอย่างรอบคอบ และตรงกับเจตนาในการสื่อสารมากที่สุด มิเช่นนั้น ย่อมก่อให้เกิดผลเสียหายนต่อคู่ความหรือผลของคดี

เทคนิคที่ดีที่สุดที่จะเข้าใจและจดจำคำศัพท์ทางกฎหมายเหล่านี้ให้ได้ ก็คือ การท่องจำเข้าใจ และใช้เป็น ซึ่งมีเทคนิคและวิธีดังนี้

5.2.1 ท่องจำ หมายถึง ท่องจำคำศัพท์ทางกฎหมายเพื่อให้จดจำได้ขึ้นใจ

การท่องจำจะได้ผล หากจดจำและทำความเข้าใจคำศัพท์ทางกฎหมายด้วยการจดคำศัพท์ลงสมุดบันทึกหรือในสมุดหรือคอมพิวเตอร์หรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์อื่นที่สามารถจดและพิมพ์ได้ เช่น สมาร์ทโฟน tablet หรือ iPad เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในการจำภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายสำหรับใช้ในการสอบแข่งขัน วิธีที่ได้ผลดีที่สุด คือ จดลงบนสมุดที่เป็นกระดาษ เพราะการสอบเป็นการเขียนแบบอัตนัย สำหรับการจดคำศัพท์ทางกฎหมายนั้น ให้เลือกปากกาสีสันและสมุดที่ชอบแยกเป็นภาษาอังกฤษทั่วไปและภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ถ้าไม่มีความหมายให้เปิดพจนานุกรมภาษาอังกฤษ เช่น Dictionary online อังกฤษ-ไทย longdo.com, Oxford Dictionary, Black Law Dictionary เป็นต้น จากนั้นเขียนคำอ่านเป็นภาษาไทยไว้ เพื่อให้สะดวกได้ถูกต้องเขียนคำแปลไทยและเพิ่มเติมคำแปลภาษาอังกฤษให้คำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมายดังกล่าว เพื่อเพิ่มพูนคำศัพท์

การจดทำให้ผู้เรียนจำคำศัพท์นั้นได้ครั้งแรก เพื่อการสร้างความจำได้ดีและมีประสิทธิภาพ ควรออกเสียงและสะกดได้อย่างถูกต้องด้วย นอกจากนี้ ควรฝึกทดสอบความจำด้วยว่าเราจำคำศัพท์เหล่านั้นได้หรือไม่นั้น นอกจาก จดและท่องศัพท์ด้วยการอ่านออกเสียงทุกวันอย่างสม่ำเสมอแล้ว ให้ทดสอบความจำในคำศัพท์ที่จดและท่องไว้ของตนเอง โดยยกคำศัพท์กฎหมายภาษาไทย แล้วลองคิดว่าในภาษาอังกฤษ คำกฎหมายคำนี้ใช้คำว่าอะไร แล้วจดใส่สมุดบันทึก การฝึกฝนวิธีนี้ คือ ต้องผ่านการท่องศัพท์ข้างต้นมาก่อน และการทดสอบนี้ เป็นการวัดผลเราว่า เราจำได้และเข้าใจหรือไม่ การตอบคำถามตัวเอง ต้องผ่านการคิด และเมื่อจำได้ จะตอบออกมาได้ไม่ผิดพลาด เช่น อาจเริ่มต้นวันละ 5 คำ แล้วค่อยๆ เพิ่มจำนวนคำศัพท์ขึ้นเรื่อยๆ เช่น

โจทก์ (คดีแพ่ง)	= n. plaintiff (เพลน'ทิฟ)
ผู้ร้องทุกข์	= n. complainant (คัมเพล' เนินท)
ผู้เสียหาย	= n. injured person (อิน' เจิร์ด เพอร์' เซิน) = n. victim (วิก' ทิม)
จำเลย	= n. defendant (ดิเฟน' เดินท)
นักโทษ	= n. prisoner (พริซ' เซินเนอร์)

5.2.2 เข้าใจหมายถึง เข้าใจความหมายและที่มาของคำศัพท์ทางกฎหมาย

นอกจากท่องจำด้วยการจดแล้ว ควรทำให้สมองของเราคุ้นตาและคุ้นเคยกับคำศัพท์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ด้วยการทำให้คำศัพท์เหล่านั้นมาเป็นส่วนหนึ่งของผู้เรียน และผ่านตาให้ได้ โดยเริ่มจากแหล่งข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับกฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษ ทั้งที่เป็นหนังสือและออนไลน์ เช่น ตัวบทกฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษ บทความทางกฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษ สัญญาที่เป็นภาษาอังกฤษ เป็นต้น นอกจากนี้ หนังสือพิมพ์ออนไลน์ภาษาอังกฤษ เช่น BBC, The Guardian เป็นต้นยังเป็นอีกช่องทางหนึ่งในการฝึกอ่านเพื่อทำความเข้าใจและสะสมคลังศัพท์ด้วย เมื่อท่องศัพท์ พยายามทำความเข้าใจและคุ้นเคยกับคำศัพท์ พยายามสะกดและออกเสียงถูกต้องตามหลัก และทำแบบฝึกหัดเป็นประจำ เช่น ลองทำข้อสอบเก่า หรืออ่านหนังสือพิมพ์ออนไลน์เกี่ยวกับกฎหมาย หรือบทความภาษาอังกฤษ บทความทางกฎหมาย เพื่อทดสอบความคุ้นตา เคยชินและอุดช่องว่างของตัวเอง วิธีการนี้จะทำให้นิสิตนักศึกษากฎหมายเข้าใจคำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมายมากยิ่งขึ้น

เทคนิคในการทำความเข้าใจคำศัพท์ภาษาอังกฤษทางกฎหมาย เช่น

→ อ่านคำศัพท์ภาษาอังกฤษที่ต้องการจดจำ โดยอ่านให้ผ่านตาบ่อยๆ ขั้นต่ำ 7 ครั้ง
→ ออกเสียง และสะกดคำให้ถูกต้อง การออกเสียงและสะกดถูกต้อง ทำให้เขียนถูกและจำคำศัพท์ได้

นอกจากนี้ ควรทำความเข้าใจความหมายและหน้าที่ของคำอุปสรรค (prefix) คำปัจจัย (suffix) และรากศัพท์ (root) ช่วยให้เราสามารถเดาความหมายพื้นฐาน รู้น้ำที่และชนิดของคำ และรูปแบบของคำที่เปลี่ยนไปตามการเติมคำปัจจัยอีกด้วย เช่น

อุปสรรค (prefix) pre-	อ น ต บ แ ร ก , ก่อน	Ex. <u>pre</u> sume v. = สันนิษฐาน
--------------------------	-------------------------	------------------------------------

ปัจจัย (suffix) -tion	เปลี่ยนหน้าที่ เป็นคำนาม	Ex. presumption v. = ข้อ สันนิษฐาน
--------------------------	-----------------------------	---------------------------------------

5.2.3 ใช้เป็น หมายถึง ใช้คำศัพท์นั้นอย่างถูกต้องและนำไปใช้อย่างมีเป้าหมาย

การยกตัวอย่างประโยคที่ใช้คำศัพท์ที่เราจดไว้ในสมุดบันทึกนั้น ทำให้เราสามารถจดจำตำแหน่งการวางและใช้งาน รวมถึงสังเกตความหมายของคำศัพท์ด้วย เพราะคำศัพท์ 1 คำอาจมีความหมาย ประกอบกับการทำความเข้าใจโครงสร้างประโยคและชนิดของประโยค ส่วนนี้อาจหาหนังสือคู่มือมาอ่านเพิ่มเติมเป็นแนวทาง สำหรับเทคนิคการใช้คำศัพท์จากตัวอย่างประโยค เช่น

Ex. Action → (n.) การกระทำ (ภาษาทั่วไป)
แต่ Action (n.) ภาษาอังกฤษแปลว่า คดีความ
A civil <u>action</u> is a lawsuit that involves money, injury or damages, return of property, civil rights, or other non-criminal matters.
แปล = <u>คดี</u> เป็นคดีความที่เกี่ยวกับเงิน ความเสียหายหรือค่าเสียหายต่างๆ การคืนทรัพย์สิน สิทธิทางแพ่ง หรือประเด็นอื่นๆ ที่ไม่ใช่ประเด็นทางอาญา
(ข้อสังเกต: เห็นได้ว่า action แปลว่า คดี ไม่ใช่ การกระทำ)

ทบทวนคำศัพท์ทุกวันด้วยการลองทำข้อสอบเก่าหรือแบบฝึกหัดหรือบทความทางกฎหมายที่เป็นภาษาอังกฤษหรือตัวบทกฎหมาย โดยเริ่มต้นจากลองแปลความหมายจากคำศัพท์ที่เราจำก่อน ในครั้งแรกอย่าเพิ่งเปิดพจนานุกรม เพื่อทดสอบความจำของเรา และหลังจากทำแบบทดสอบดังกล่าวเสร็จแล้ว จึงตรวจคำตอบจากธงคำตอบหรือเปิดพจนานุกรม เริ่มแรกของการฝึกฝนจดจำคำศัพท์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายจะเหนื่อย จนท้อ เพราะไม่เคยทำมาก่อน จึงเหนื่อยเป็นธรรมดา แต่พยายามก้าวผ่านไปให้ได้ ด้วยการหมั่นฝึกฝน เมื่อเราเริ่มแปลคำศัพท์ออกเริ่มจากหนึ่งคำและเพิ่มมากขึ้น เราจะเกิดความภูมิใจและเกิดแรงบันดาลใจอยากท่องคำศัพท์ต่อไป เพราะเราอ่านออกและแปลได้อย่างเข้าใจนั่นเอง

5.3 แนวทางในการรับมือกับความซับซ้อนและลักษณะเฉพาะของหลักไวยากรณ์และโครงสร้างประโยคของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

สำหรับแนวทางในการรับมือกับความซับซ้อนและลักษณะเฉพาะของหลักไวยากรณ์และโครงสร้างประโยคของภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย ควรทดสอบพื้นฐานการเรียนรู้

ภาษาอังกฤษทั่วไปก่อน เพราะการนำภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไปใช้นั้นจะต้องมีความเข้าใจในภาษาอังกฤษเฉพาะทางกฎหมายและคำที่ใช้ในทางกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน หากนิสิตนักศึกษาท่านใด พื้นฐานภาษาอังกฤษอ่อน ทางสาขาวิชานิติศาสตร์ ควรจัดโครงการทบทวนความรู้ภาษาอังกฤษและต้องมีการวัดผล เพื่อให้ได้ผลอย่างแท้จริง เนื่องจากชนิดของคำ การเรียงคำ และโครงสร้างประโยคภาษาอังกฤษทั่วไปมีความสำคัญและจำเป็นสำหรับการใช้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย แม้ว่าภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายจะเป็นภาษาทางการ (formal language) ที่เจ้าของภาษาเองต่างมีความเห็นว่า เป็นภาษาที่มีความยุ่งและยากมาก แต่ภาษาอังกฤษทางกฎหมายยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของภาษาอังกฤษธรรมดา จากนั้นเจาะลึกลงในส่วนเนื้อหาวิชาเฉพาะ คือ หลักไวยากรณ์เฉพาะของภาษาอังกฤษสำหรับกฎหมาย ได้แก่ โครงสร้างประโยคเฉพาะทางส่วนขยาย เช่น คุณศัพท์ กริยาวิเศษณ์ หรือ adverbial clause อนุประโยค (clause) phrasal verb ที่ใช้เฉพาะภาษากฎหมาย รูปของกริยากรรมจาก (active voice) และกรรมมาจาก (passive voice) การใช้ article เป็นต้น รวมถึงอาจารย์ผู้สอนควรมีสื่อและวิธีการนำเสนอที่น่าสนใจและหลากหลายด้วย เช่น มีภาพประกอบ มีแผนภูมิ หรือมีกิจกรรมที่จะทำให้ให้นิสิตนักศึกษาจดจำโครงสร้างต่างๆ ในภาษาอังกฤษได้แม่นยำขึ้น รวมถึงมีแบบทดสอบด้วยการลงมือปฏิบัติทุกครั้งเพื่อทดสอบความเข้าใจด้วย

นอกจากนี้ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่า ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นภาษาของกลุ่มคนเฉพาะซึ่งใช้ในระหว่างสมาชิกในวงแคบๆ เพื่อให้ได้รับการยอมรับจากชุมชน³⁷ ดังนั้น งานเขียนทางกฎหมายควรค้นหาและเลือกใช้คำสามัญ แทนที่จะใช้คำที่ก่อให้เกิดความสับสนหรือไม่ชัดเจน และเป็นภาษาที่ใช้กันเฉพาะวงการกฎหมาย (legal jargon) ในยุคแรกๆ เพื่อให้ภาษาอังกฤษทางกฎหมายไม่ซับซ้อนและเข้าใจง่ายในหมู่ผู้อ่านทั่วไปด้วย³⁸ รวมถึงมีการใช้ภาษาและการเรียงร้อยถ้อยคำที่มีความชัดเจน ความสม่ำเสมอและความมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับเจตนารมณ์และการนำไปใช้กับทักษะภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายแต่ละประเภทมากที่สุด

5.4 แนวทางในการรับมือการจัดการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในประเทศไทย

ในการจัดการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในระดับปริญญา นอกจากจะต้องสอดคล้องกับกรอบมาตรฐานคุณวุฒิระดับอุดมศึกษาแห่งชาติ (มคอ.) ไม่ว่าจะเป็นคำอธิบายรายวิชา วัตถุประสงค์และ การประเมินผลแล้ว การเรียนการสอนที่กำหนดขึ้นควรตั้งอยู่

³⁷ จุมพล นันทศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 47.

³⁸ จุมพล นันทศิริ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 153-154.

บนพื้นฐานของความต้องการของผู้เรียน ระดับและความสามารถทางภาษาอังกฤษด้วย นอกจากความสำเร็จในการจัดการเรียนการสอนและการทำให้ผู้เรียนตระหนักถึงความสำคัญของวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในการใช้ในการสอบเข้าทำงานหรือวิชาชีพทางกฎหมายแล้ว อาจารย์ผู้สอนมีหน้าที่ที่สำคัญในการให้ความช่วยเหลือผู้เรียนให้สามารถเผชิญหน้ากับความท้าทายต่างๆ ที่จะต้องพบเจอในตลาดแรงงานหลังจากจบการศึกษาดังได้กล่าวมาแล้ว และหนทางที่จะเผชิญกับความท้าทายต่างๆ ข้างต้น ก็คือ วิธีการและเทคนิคในการจัดการเรียนการสอนของอาจารย์ที่น่าสนใจและสอดคล้องกับเป้าหมายของรายวิชาและตลาดแรงงานและรูปแบบในการประเมินผลที่เหมาะสมกับแต่ละทักษะที่ใช้ในวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในระดับปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ ในประเทศไทย แม้จะใช้ชื่อวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเหมือนกัน แต่คำอธิบายรายวิชาและวิธีการสอนแตกต่างกันด้วย แม้จะให้อิสระแก่อาจารย์ผู้สอนเองเป็นผู้กำหนดรายละเอียดใน course syllabus แต่หลักสูตรปริญญาตรี สาขานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของไทย ควรกำหนดแนวทางร่วมกันเกี่ยวกับการกำหนดกรอบการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายว่าควรจะมีเนื้อหาอย่างไรบ้าง มีเทคนิคการสอนแบบไหน และอย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการและตลาดแรงงานด้วย ตัวอย่างที่ชัดเจนในการจัดการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายในระดับเนติบัณฑิต ที่เน้นเพื่อปูพื้นฐานในการสอบแข่งขันในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย เนื้อหาวิชาที่สอนจึงสอดคล้องกับวิชาชีพดังกล่าว โดยการบรรยายเป็นหลัก แบ่งการเรียนการสอนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย 4 สาขาวิชา ได้แก่ กฎหมายมหาชน (public law) กฎหมายแพ่งและกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (civil law and civil procedural law) กฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา (criminal law and criminal procedure law) และกฎหมายธุรกิจ (business law) และเน้นที่การสอนแบบบรรยาย แต่ไม่เน้นในทางปฏิบัติ ได้แก่ พูดและฟัง นอกจากนี้ หลักสูตรปริญญาตรีสาขาวิชานิติศาสตร์ส่วนใหญ่ไม่มีวิชาหรือไม่มีการจัดโครงการในการเตรียมความพร้อมในการเรียนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย สาขาวิชาฯ จึงควรจัดอบรมและทบทวนความรู้สินักศึกษากฎหมายเพื่อเตรียมความพร้อมในการเรียนวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย นอกจากแนวทางในการรับมือกับความท้าทายข้างต้น ความสำเร็จในการศึกษาวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายขึ้นอยู่กับว่ามีความสนใจ ความตั้งใจ และใส่ใจในการฝึกฝนมากน้อยเพียงใดด้วยรวมถึงรู้และเข้าใจวิธีการฝึกฝนภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่เหมาะสมกับตัวเอง

สิ่งสำคัญที่สุดคือ “การเปิดใจรับการเรียนรู้ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายและมีแรงบันดาลใจ” หากนิสิตนักศึกษากฎหมายไม่ชอบภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายแนวทางในการก้าวผ่านความไม่ชอบนั้น คือ การเริ่มต้นตั้งเป้าหมายว่าจะนำทักษะภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายนี้ไป

ใช้ทำอะไร และฝึกฝนให้สอดคล้องกับทักษะที่ตนสนใจ ตรงกับวัตถุประสงค์ของการใช้งานในอนาคต ประกอบกับการใช้คำศัพท์ทางกฎหมาย หลักไวยากรณ์และโครงสร้างประโยคภาษาอังกฤษที่จำเป็นในแต่ละทักษะได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม โดยเริ่มต้นจากความเข้าใจและใช้ “หลักและพื้นฐานในการใช้งานภาษาอังกฤษ” ให้ถูกต้องและคล่องแคล่วก่อน รวมถึงการนำไปใช้สื่อสารเฉพาะทางและในชีวิตประจำวัน นอกจากนี้ นิสิตนักศึกษากฎหมายไม่ควรลดทอนคุณค่าของตนเอง โดยการดูถูกตนเองว่าทำไม่ได้หรือไร้ความสามารถจากความล้มเหลวในอดีต แต่ควรคิดเสมอว่า “เราทำได้” แล้วลงมือทำให้เกิดผลและให้กำลังใจตนเองอยู่เสมอ เมื่อลงมือฝึกปฏิบัติแล้ว จะได้คำตอบว่าวิธีใดเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมกับตนเอง จนกระทั่งได้วิธีในการเรียนรู้วิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่เหมาะสมกับตัวเรามากที่สุด และอย่าหยุดฝึกฝนและพัฒนาตัวเองอย่างสม่ำเสมอ เนื่องจากภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเป็นหนทางให้เราไปถึงเป้าหมายที่เราตั้งไว้และเป็นการเพิ่มโอกาสต่อยอดในสายงานและวิชาชีพกฎหมายในอนาคต

บรรณานุกรม

- กระทรวงศึกษาธิการ. ประกาศกระทรวงศึกษาธิการเรื่อง มาตรฐานคุณวุฒิระดับปริญญาตรี สาขาวิชานิติศาสตร์ พ.ศ.2561 [Online]. Available URL: http://www.mua.go.th/users/tqfhed/news/data6/Bachelor%20of%20Laws_r.pdf, 2562 (มีนาคม, 25).
- จันทรลักษณ์ โชติรัตนศิริ. ภาษาอังกฤษเบื้องต้นสำหรับนักกฎหมาย (Introduction to English for Lawyers). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- จุมพต สายสุนทร. การร่างสัญญาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- จุมพล นันทศิริ. การเขียนภาษาอังกฤษเชิงกฎหมาย (legal writing in English). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547.
- ดวงเด่น นาคสีหราช. คู่มือเตรียมสอบอังกฤษ (English) สำหรับ ก.พ. ภาค ก และงานราชการ (All in 1). พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562.
- ดวงเด่น นาคสีหราช และพวงกานต์ คงศรี. คำศัพท์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายเพื่อเตรียมสอบ ผู้ช่วยผู้พิพากษา อัยการผู้ช่วยและตำแหน่งอื่นด้านกฎหมาย. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช. เอกสารการสอนชุดวิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย (English for Lawyers) หน่วยที่ 1-8. พิมพ์ครั้งที่ 15. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2551.
- วิษณุ เครืองาม. “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย.” เอกการประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิต ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร. 5 มีนาคม 2563, หน้า 182-183.
- _____. “ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย.” เอกการประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิตครั้งที่ 3.12 มีนาคม 2563.
- เสฐรา เขียวพิรากุล. “วิชาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย.” เอกการประกอบคำบรรยายเนติบัณฑิต ครั้งที่ 3. 11 กุมภาพันธ์ 2563.
- อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ. ความรู้พื้นฐานภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- Brown, S. Whittington. **Legal Terminology**. United States: Thomson Delmar Learning, 2006.
- Garner, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 5th. ed. USA: Thomson Reuters, 2011.

Goodwin, Gabrielle L. “Introduction to Legal English.” บรรยาย ณ สำนักอบรมศึกษา
กฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา ในโครงการการศึกษาต่อเนื่องสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพ
กฎหมาย ครั้งที่ 2, 26 เมษายน 2562.

ปัญหาความรับผิดชอบของผู้ขนส่งทางทะเล
จากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา

ปัญหาความรับผิดของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม
Problems Arising from Carrier Liabilities when Using Environment Protection Measures
in the Carriage of Goods by Sea *

ผู้ช่วยศาสตราจารย์แพรวพรรณ หลายปัญญา**

Assistant Professor Praewpan Laipanya

บทคัดย่อ

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งของทางทะเลมักมีบัญญัติให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดในความเสียหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า หากเหตุแห่งความเสียหาย สูญหาย ส่งมอบชักช้าดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง โดยมีการยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งในกรณีที่มีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ขนส่งไม่ควรถูกต้องรับผิดชอบ เช่น การเกิดจากเหตุสุดวิสัย ภัยอันตรายหรืออุบัติเหตุแห่งท้องทะเล นอกจากนี้ผู้ขนส่งอาจได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดเต็มจำนวนความเสียหาย แต่รับผิดเพียงจำนวนเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เพราะหากไม่มีการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งในการขนส่งของทางทะเล ผู้ขนส่งต้องรับผิดตามหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้ขนส่งจำต้องคิดค่าระวางในอัตราที่สูงซึ่งเป็นการรวมเอาค่าความเสี่ยงเข้าไปในค่าระวาง จึงทำให้ค่า

* บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหาความรับผิดของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม” ได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

This article is a part of research title “Problems arising from carrier liabilities when using environment protection measures in the carriage of goods by sea”. The research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

** หัวหน้าภาควิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; สด.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.ท.บ. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, E-mail: pxl109@hotmail.com.

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; B.S. (Statistics) at Chulalongkorn University, LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. in International Trade Law, UK, LL.M. in US and Global Legal Study, USA.

วันที่รับบทความ (received) 5 กรกฎาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 12 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2563.

ระวางในการขนส่งของระหว่างประเทศสูงเกินสมควร หลักการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่สร้างความสมดุลและความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องในการขนส่งของทางทะเล

แต่ในขณะเดียวกันปัจจุบันนี้ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ทั่วโลกตระหนักและให้ความสำคัญ เพราะปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมส่งผลกระทบต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่ส่งผลกระทบต่อทุกคนบนโลก กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการรักษาสิ่งแวดล้อม ซึ่งการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่สำคัญและสมควรที่จะได้รับการยอมรับโดยขยายความคุ้มครองออกไปสู่กฎหมายอื่นด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งของทางทะเล เพราะการขนส่งของทางทะเลเป็นการดำเนินธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมากและมีการรายงานถึงผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจากเรือเดินทะเล หรือการขนส่งของทางทะเลอยู่เสมอ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกับหลักสากล และเพื่อส่งเสริมการรักษาไว้ซึ่งสิ่งแวดล้อม จึงสมควรศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ขนส่งจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมต่อไป

คำสำคัญ: รับขนของทางทะเล, สิ่งแวดล้อม, ความรับผิดของผู้ขนส่ง

Abstract

The law of carriage of goods by sea requires the carrier to be liable for loss or damage to the goods as well as from delay in delivery if the occurrence which causes the loss, damage or delay take place while the goods are in his/her charge. Nonetheless, the law also recognizes immunities in cases where damage is caused by events for which the carrier should not be responsible, such as Act of God, perils, or dangers and accidents at sea. In addition, the carrier may be able to benefit from limiting liability for damages. Accordingly, the carrier may not be liable for the full amount of damage but to the amount of legal liability. Without limitation of the carrier's liability, the carrier shall be liable under general law, which is equal to the damages incurred. This means that carriers need to charge higher freights. The principle of liability exclusion and limitation of carrier liability, as mentioned above, is a key to balance and equitable justice for people involved in shipping.

On the contrary, at the same time, the importance of environment is taken into account worldwide because of the fact that the environmental problems affect not only one individual but everyone on Earth. Since law is a tool that plays an important role in environmental protection; thus, environmental protection should be recognized by extending coverage to other laws such as the law of carriage of goods by sea. Marine transportation is a business that has a significant impact on the environment, and there are many reports of the environmental impacts of shipping. In order to be consistent with international principles and to promote the preservation of the environment, it is therefore appropriate to study the principle of law relating to carrier liabilities when using environmental protection measures in carriage of goods by sea.

Keywords: carriage of goods by sea, environment, carrier liabilities

1. ความเป็นมาและสภาพปัญหา

หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งของทางทะเลของแต่ละประเทศมักบัญญัติให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบในความเสียหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า หากเหตุแห่งความเสียหาย สูญหาย ส่งมอบชักช้าดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง¹ โดยมีการยอมรับข้อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขนส่งในกรณีที่ความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ขนส่งไม่ควรถูกต้องรับผิดชอบ เช่น การเกิดจากเหตุสุดวิสัย ภัยอันตรายหรืออุบัติเหตุแห่งท้องทะเล² นอกจากนี้ผู้ขนส่งอาจได้รับประโยชน์จากการจำกัดความรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบจำนวนความเสียหาย แต่รับผิดชอบเพียงจำนวนเท่าที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น³ หากไม่มีการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งในการขนส่งของทางทะเล ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบตามหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งเท่ากับความเสียหายที่เกิดขึ้น ทำให้ผู้ขนส่งจำต้องคิดค่าระวางในอัตราที่สูงซึ่งเป็นการรวมเอาค่าความเสี่ยงเข้าไปในค่าระวาง จึงทำให้ค่าระวางในการขนส่งของระหว่างประเทศสูงเกินสมควร หลักการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่ง ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่สร้างความสมดุลและความเป็นธรรมแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องในการขนส่งของทางทะเล

ในขณะเดียวกันปัจจุบันนี้ความสำคัญของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่ทั่วโลกตระหนักและให้ความสำคัญ เพราะปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมส่งผลกระทบต่อทุกคนบนโลก กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการรักษาสีเขียวสิ่งแวดล้อม เนื่องจากการกำหนดหลักการ กฎเกณฑ์และมาตรฐานเกี่ยวกับหน้าที่และสิทธิของประชาชนที่พึงต้องช่วยกันรักษาสีเขียวสิ่งแวดล้อมเอาไว้อันเห็นได้จากแนวคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมเรื่องหลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ (Sovereignty over Natural Resources) ก็ถูกจำกัดสิทธิโดย The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment หรือ Stockholm Declaration ตาม Principle 21 ว่าแม้รัฐมีอำนาจใช้ทรัพยากรแต่จะต้องไม่สร้างความเสียหายให้กับสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่นๆ และ ดินแดนอื่นนอกเหนือจากรัฐของตน และนานาชาติยังให้ความสำคัญกับหลักความร่วมมือเพื่อรักษาสีเขียวสิ่งแวดล้อม (Cooperation) เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือต่อกันในด้านความคุ้มครองและการพัฒนาในเรื่องสิ่งแวดล้อม เพื่อควบคุม ป้องกัน ลดความเสียหายอันอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งเห็นได้จาก

¹ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534, มาตรา 39.

² พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534, มาตรา 52.

³ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534, มาตรา 58.

Stockholm Declaration Principle 24 และ The Rio Declaration on Environment and Development หรือ Rio Declaration ใน Principle 12 เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีการนำแนวคิดด้านการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) มาใช้บริหารจัดการความเสี่ยงต่อความเสียหายอันอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งแม้จะยังไม่มี การพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าการกระทำนั้นอาจส่งผลต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ แต่หากเป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่ร้ายแรงหรือความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมประเทศต่างๆ จะต้องใช้มาตรการเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อมเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น ตาม Rio Declaration Principle 15 ประกอบกับหลายประเทศปรับใช้แนวคิดตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) ที่กำหนดให้มีการคิดค่าใช้จ่ายในด้านสิ่งแวดล้อมโดยอาศัยเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ โดยคำนึงถึงว่าผู้ที่ปล่อยมลพิษควรจะเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายด้านมลพิษนั้น และยังมีแนวคิดตามหลักการพัฒนายั่งยืน (Sustainable Development) ตาม World Commission on Environment and Development 1987⁴ ซึ่งให้ความหมายของหลักการพัฒนายั่งยืนว่าเป็นการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของปัจจุบันโดยไม่ทำให้บุคคลยุคต่อไป เสี่ยงความสามารถในการตอบสนองความต้องการของตน

นอกจากนี้ ในส่วนของ United Nations Convention on the Law of the Sea มีข้อกำหนดให้แต่ละรัฐใช้มาตรการระหว่างประเทศและมาตรฐานระหว่างประเทศ เพื่อลดและควบคุมการปล่อยมลพิษจากเรือ เพื่อเป็นการส่งเสริมและรักษาสิ่งแวดล้อม ทั้งยังมีข้อกำหนดให้แต่ละรัฐอาจห้ามการเดินเรือได้ หากเรือดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานระหว่างประเทศในด้านการบำรุงรักษาสภาพความปลอดภัยในการเดินทะเลของเรือเพื่อลดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมข้างต้นนี้เป็นหลักสากลที่นานาประเทศให้การยอมรับเพราะตระหนักถึงความสำคัญของการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม

สำหรับประเทศไทยมีการตรากฎหมายเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ.2535 พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ.2560 พระราชบัญญัติการช่วยเหลือกู้ภัยทางทะเล พ.ศ.2550 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าประเทศไทยก็ให้ความสำคัญกับการรักษาสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตามแม้จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะแล้ว แต่การดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่สำคัญและสมควรที่จะได้รับการยอมรับโดยขยายความคุ้มครองออก

⁴ หรือที่เรียกว่า Brundtland Report โปรดดู Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future [Online], available URL: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>, 2019 (February, 2).

ไปสู่กฎหมายอื่นด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งของทางทะเล เพราะการขนส่งของทางทะเลเป็นการดำเนินธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างมากและมีการรายงานถึงผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจากเรือเดินทะเล หรือการขนส่งของทางทะเลอยู่เสมอ บุคคลที่อาจช่วยป้องกันแก้ไขเรื่องดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นผู้ดำเนินการโดยตรงหรืออาจอยู่ในที่เกิดเหตุเป็นบุคคลแรกๆ คือผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งจึงสมควรใช้มาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมได้โดยไม่ต้องรับผิดชอบในความสูญหาย หรือเสียหาย หรือส่งมอบซากชำที่อาจเกิดขึ้นกับของที่ตนรับขน แต่เนื่องจากกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้คุ้มครองการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นหากผู้ขนส่งได้กระทำการใดแล้วการกระทำดังกล่าวส่งผลให้เกิดความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบซากชำขึ้น แม้จะเป็นการกระทำเพื่อปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมก็ตาม ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น เพราะถือว่าเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มาตรา 39 และกฎหมายของไทยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ให้ยกเว้นความรับผิดแก่ผู้ขนส่งในกรณีนี้ได้⁵ นอกจากนี้บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ขนส่งอาจต่อสู้ว่าการกระทำของผู้ขนส่งดังกล่าวเป็นการกระทำหรือละเว้นกระทำการโดยมีเจตนาที่จะให้เกิดการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบซากชำ หรือโดยละเลยหรือไม่เอาใจใส่ ทั้งที่รู้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบซากชำนั้นอาจเกิดขึ้นได้ เนื่องจากขณะที่ผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม ผู้ขนส่งย่อมทราบว่าการกระทำดังกล่าวอาจทำให้เกิดความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบซากชำต่อของที่ตนรับขนมา อันเป็นข้อยกเว้นการจำกัดความรับผิด ตามมาตรา 60 ซึ่งทำให้ผู้ขนส่งไม่อาจอ้างข้อกฎหมายเพื่อจำกัดความรับผิดในความเสียหายได้ และจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าวเต็มจำนวน อีกทั้งศาลฎีกาเคยพิพากษาไว้ว่า เมื่อพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 บัญญัติความรับผิดของผู้ขนส่งเอาไว้โดยเฉพาะซึ่งรวมกรณีละเมิดด้วยแล้ว ดังนั้นการฟ้องให้ผู้ขนส่งรับผิดชอบในการขนส่งของทางทะเลจึงเป็นกรณีที่ต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับไม่ได้⁶ เป็นที่น่าสังเกตว่าหากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การที่บุคคลใดทำบาปบสลาย หรือทำลายทรัพย์สิ่งหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปิดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน บุคคลนั้นไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย⁷ เนื่องจากได้รับนิรโทษกรรมตามที่กฎหมายกำหนด แต่พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 กลับไม่มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันไว้ ดังนั้นหาก

⁵ ข้อยกเว้นความรับผิดถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 51 ถึง 57 ของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534.

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1639/2549.

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 450.

ผู้ขนส่งทำบุงสลาย หรือทำลายของที่ตนรับขน เพื่อเป็นมาตรการในการบำบัดปกป้องภัยต่อสิ่งแวดล้อม ผู้ขนส่งไม่อาจอ้างบทนิรโทษกรรมได้เพราะต้องใช้กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบที่บัญญัติโดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มาใช้บังคับและพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้แต่อย่างใด

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันถือกำเนิดขึ้นจากการหล่อหลอมแนวคิด ทฤษฎี และหลักการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องจำนวนมาก ซึ่งแนวคิด ทฤษฎี และหลักการเหล่านี้มีการพัฒนาไปตามกาลเวลา และสภาพของสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปในช่วงเวลาดังกล่าว สำหรับเนื้อหาในส่วนต่อไปจะพิจารณาถึงหลักกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่สำคัญ ซึ่งประกอบไปด้วยหลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ (Sovereignty over Natural Resources) หลักการไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ (Obligation Not to Cause Damage) หลักความร่วมมือเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม (Cooperation) หลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) และหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)

2.1 หลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ (Sovereignty over Natural Resources)

ทฤษฎีเรื่องรัฐเป็นผู้มีอำนาจเหนือดินแดนปกครองของตนเองเป็นหนึ่งในทฤษฎีที่มีความเก่าแก่มากที่สุดสำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศ⁸ โดยมีแนวคิดที่ว่าแต่ละรัฐเป็นผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวตลอดแนวเขตอำนาจของรัฐนั้น (sovereignty of state) เมื่อนำมาปรับใช้กับเรื่องของทรัพยากรธรรมชาติในรัฐนั้น จึงทำให้มีแนวคิดที่ว่า เมื่อรัฐเป็นเจ้าของผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพยากรธรรมชาติในรัฐ รัฐจึงมีอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการใช้ทรัพยากรภายในเขตอำนาจของรัฐตนเองได้ (sovereignty over natural resources) และเป็นที่มาของหลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติจากหลักการดังกล่าว เมื่อรัฐเป็นเจ้าของผู้มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพยากรธรรมชาติในรัฐ รัฐจึงอาจใช้ทรัพยากรนั้นในลักษณะใดก็ได้ แม้จะทำให้เกิดผลเสียขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมในรัฐนั้นเองก็ตาม⁹ ซึ่งจะ

⁸ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Guide to International Environmental Law* (Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2007), p. 11.

⁹ Philippe Sand, *Principle of International Environment Law*, 2nd ed. (UK: Cambridge University Press, 2003), p. 236.

เห็นได้ว่าหลักการลักษณะนี้ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างเต็มที่เพื่อสนองตอบต่อความต้องการการบริโภคและความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจโดยไม่ได้ให้ความสนใจกับผลกระทบอันเกิดกับสิ่งแวดล้อมมากนัก ซึ่งในระยะแรกแนวคิดนี้ถูกนำมาใช้เพื่อส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่ประเทศพัฒนาแล้วกำลังเข้าสู่ยุคปฏิวัติอุตสาหกรรม มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติจำนวนมาก เพื่อสร้างความมั่งคั่งให้กับประเทศเหล่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในระยะต่อมานักวิชาการเริ่มส่งเสริมแนวคิดเกี่ยวกับการรักษาสีงแวดล้อมและประเทศต่างๆ เริ่มตระหนักว่าทรัพยากรธรรมชาตินั้นอาจหมดไปได้ ประกอบกับการผลิตในภาคอุตสาหกรรมที่ปล่อยของเสียและสารพิษจำนวนมากออกมาอาจส่งผลกระทบต่อประชากรทั้งของประเทศตนเองและประเทศอื่นๆ จึงเริ่มมีแนวคิดที่ว่า เมื่อแต่ละรัฐเป็นผู้มีอำนาจเหนือทรัพยากรธรรมชาติในประเทศของตนเอง รัฐจึงมีหน้าที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ (obligation not to cause damage)¹⁰ เพราะมิฉะนั้นก็จะเป็นการละเมิดถึงสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในทรัพยากรธรรมชาติในรัฐของรัฐอื่น จึงทำให้รัฐอาจถูกจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติในประเทศของตนในลักษณะที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อการใช้สิทธิในทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ แนวคิดนี้ส่งเสริมให้เกิดความควบคุมการใช้ทรัพยากรภายในประเทศมากขึ้น และเริ่มทำให้ประเทศต่างๆ ให้ความสนใจต่อการดูแลรักษาสีงแวดล้อมมากขึ้น การจำกัดข้างต้นอาจเห็นได้จาก The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment หรือ Stockholm Declaration¹¹ โดย Stockholm Declaration กำหนดไว้ใน Principle 21 ว่ารัฐมีอำนาจใช้ทรัพยากรโดยสอดคล้องกับนโยบายทางด้านสีงแวดล้อมของรัฐของตน และจะต้องมั่นใจว่าการกระทำภายใต้อาณาเขตของตนจะไม่สร้างความเสียหายให้กับสีงแวดล้อมของรัฐอื่นๆ และดินแดนอื่นนอกเหนือจากรัฐของตน¹² ซึ่งจะเห็นได้ว่า หลักการของ Stockholm Declaration Principle 21 ทำให้รัฐต่างๆ ต้องใช้ความระมัดระวังในการใช้ทรัพยากรของตนไม่ให้

¹⁰ Elli Louka, *International Environmental Law* (New York: Cambridge University Press, 2006), p. 50.

¹¹ Adopted June 16, 1972.

¹² The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Principle 21: States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and there sponsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction.

กระทบกับสิ่งแวดล้อมของประเทศอื่นๆ ตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ (obligation not to cause damage) นอกจากนี้ Principle 21 ยังขยายความคุ้มครองไปถึงดินแดนทั่วไปที่ไม่ได้อยู่ภายใต้อำนาจการปกครองของรัฐใดอีกด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า หลักการนี้ทำให้รัฐต่างๆ ไม่มีสิทธิใช้ทรัพยากรธรรมชาติใดในลักษณะที่อาจส่งผลกระทบต่อส่วนรวมได้

2.2 หลักความร่วมมือเพื่อรักษาสีงแวดล้อม (Cooperation)

เนื่องจากปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมไม่เพียงแต่ส่งผลกระทบต่อประเทศใดประเทศหนึ่ง แต่เกี่ยวข้องกับทุกประเทศทั่วโลก ดังนั้นการแก้ไขปัญหาด้านมลพิษและสิ่งแวดล้อมไม่อาจมีประสิทธิภาพหากประเทศต่างๆ ไม่รวมมือกันในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้การที่แต่ละประเทศมีแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ไม่เท่าเทียมกันอาจทำให้เกิดความแตกต่างเรื่องของความเข้มงวดเกี่ยวกับมาตรการที่ควรนำมาใช้ในการรักษาสีงแวดล้อม Stockholm Declaration Principle 24 จึงกำหนดให้ประเทศต่างๆ ให้ความร่วมมือต่อกันในด้านความคุ้มครองและการพัฒนาในเรืองสิ่งแวดล้อมอย่างเท่าเทียมกัน ผ่านความตกลงพหุภาคีหรือทวิภาคีเพื่อควบคุมป้องกัน ลดความเสียหายอันอาจเกิดกับสิ่งแวดล้อม¹³ โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศและความร่วมมือระหว่างประเทศหลายฉบับนำหลักการนี้มาใช้เพื่อให้ประเทศต่างๆ ทำความร่วมมือต่อกันในการรักษาสีงแวดล้อม

หลักความร่วมมือเพื่อรักษาสีงแวดล้อมยังสามารถเห็นได้จาก The Rio Declaration on Environment and Development หรือ Rio Declaration โดย Rio Declaration กำหนดไว้ใน Principle 12 ให้ประเทศต่างๆ ร่วมมือกันเพื่อส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เสื่อมโทรมลง¹⁴ และ Principle 27 ยังกำหนด

¹³ The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, Principle 24: International matters concerning the protection and improvement of the environment should be handled in a cooperative spirit by all countries, big and small, on an equal footing. Cooperation through multilateral or bilateral arrangements or other appropriate means is essential to effectively control, prevent, reduce and eliminate adverse environmental effects resulting from activities conducted in all spheres, in such a way that due account is taken of the sovereignty and interests of all States.

¹⁴ The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 12: States should cooperate to promote a supportive and open international economic system that would lead to economic growth and sustainable development in all countries, to better address the problems

ให้มีความร่วมมือกันเพื่อสร้างกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (sustainable development)¹⁵ ในขณะที่ UN Charter Article 74 กำหนดให้ประเทศสมาชิกของสหประชาชาติกำหนดนโยบายบนหลักการพื้นฐานของความเป็นเพื่อนบ้านที่ดีต่อกันโดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของทั้งโลก¹⁶ อันจะเห็นได้ว่าในระดับโลกแล้ว แนวคิดเรื่องความร่วมมือเพื่อรักษาสິงแวดล้อมเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับเพราะหากไม่มีข้อกำหนดเช่นนี้แล้วประเทศใดประเทศหนึ่งอาจคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศตนเองและปฏิเสธการให้ความร่วมมือกับประเทศอื่นๆ ซึ่งทำให้การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ประสบผลสำเร็จ ทั้งที่เรื่องของสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นเรื่องของส่วนรวม ไม่ใช่เพียงหน้าที่ของประเทศใดประเทศหนึ่งโดยเฉพาะ

2.3 หลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution)

ปัญหาที่สำคัญในการออกกฎหมายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมประการหนึ่งคือความไม่ชัดเจนทางวิทยาศาสตร์ เนื่องจากการกระทำใดการกระทำหนึ่งอาจยังไม่มีผลพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชี้ชัดเจนว่าจะก่อให้เกิดผลเสียต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ กรณีมีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนแล้วว่าการกระทำนั้นอาจส่งผลเสียต่อสิ่งแวดล้อม รัฐย่อมออกกฎหมายหรือข้อบังคับเพื่อห้ามการกระทำนั้นได้ และการที่จะไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับเหล่านั้นย่อมเป็นการยากที่จะโต้แย้งได้ แต่ในกรณีที่ยังไม่มีผลพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนว่าการกระทำ

of environmental degradation. Trade policy measures for environmental purposes should not constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination or a disguised restriction on international trade. Unilateral actions to deal with environmental challenges outside the jurisdiction of the importing country should be avoided. Environmental measures addressing trans boundary or global environmental problems should, as far as possible, be based on an international consensus.

¹⁵The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 27: States and people shall co-operate in good faith and in a spirit of partnership in the fulfillment of the principles embodied in this Declaration and in the further development of international law in the field of sustainable development.

¹⁶Charter of the United Nations, Article 74: Members of the United Nations also agree that their policy in respect of the territories to which this Chapter applies, no less than in respect of their metropolitan areas, must be based on the general principle of good-neighbourliness, due account being taken of the interests and well-being of the rest of the world, in social, economic, and commercial matters.

หนึ่งจะเป็นผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ การที่รัฐออกกฎหมายห้ามไม่ให้กระทำการใดย่อมมีโอกาสถูกโต้แย้งได้มาก แต่หากปล่อยให้มีการกระทำนั้นแล้วต่อมาสามารถพิสูจน์ได้ในภายหลังว่าเกิดผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม การเยียวยารักษาย่อมทำได้ยากและอาจไม่ประสบผลสำเร็จ จึงเริ่มมีแนวคิดว่าการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมควรใช้แนวคิดตามหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน ซึ่งเห็นได้จาก Rio Declaration Principle 15 กำหนดว่า เพื่อการรักษาสิ่งแวดล้อม ประเทศต่างๆ ควรดำเนินการใช้มาตรการป้องกันตามความสามารถของตน ข้ออ้างที่ว่ายังไม่มีคำแนะนำทางวิทยาศาสตร์ จะไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลในการไม่บังคับใช้มาตรการเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม กรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่ร้ายแรงหรือความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้¹⁷

แนวคิดของ Rio Declaration เกี่ยวกับมาตรการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมมีลักษณะเป็นเชิงป้องกัน ซึ่งหมายความว่า แม้จะยังไม่มี การพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าการกระทำนั้นอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ แต่หากเป็นกรณีที่มีความเสี่ยงต่อความเสียหายที่ร้ายแรงหรือความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ที่อาจเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ประเทศต่างๆ จะต้องใช้มาตรการเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อมเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยไม่สามารถอ้างว่า ยังไม่มีการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ว่าจะทำให้สิ่งแวดล้อมเสียหายได้ ทำให้กฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า แนวคิดตามหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) น่าจะเป็นมาตรการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมที่มีการพัฒนามากที่สุด¹⁸ เพราะเป็นมาตรการที่นำมาใช้ได้ ในกรณีที่แม้จะยังไม่มี การพิสูจน์อย่างชัดเจน เพียงแต่มีความเสี่ยงหรือความไม่แน่นอนว่าอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมได้ก็เพียงพอแล้ว

เนื่องจากตาม Principle 11 กำหนดให้รัฐบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องกับความคุ้มครองด้านสิ่งแวดล้อม¹⁹ ประเทศต่างๆ จึงต้องบัญญัติกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองเรื่องสิ่งแวดล้อม การที่

¹⁷ The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 15: In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

¹⁸ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, op cit., p. 95.

¹⁹ The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 11 States shall enact effective environmental legislation. Environmental standards, management objectives and priorities should reflect the environmental and developmental context to which they apply. Standards applied by some countries may be inappropriate and of unwarranted economic and social cost to other countries, in particular developing countries.

Rio Declaration นำมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) มาใช้ในการรักษาสິงแวดล้อม ย่อมเป็นเครื่องมือที่ทำให้ประเทศต่างๆ สามารถออกกฎหมายภายใน เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวได้ นอกจากนี้ยังทำให้รัฐเหล่านั้นมีหน้าที่ตรวจตราความเสี่ยงของกิจกรรมต่างๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและในขณะเดียวกันยังเป็นการกำหนดให้หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่ต้องติดตามผลการทดลองทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาถึงมาตรการที่เหมาะสมอีกด้วย²⁰

จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (preventive action and precaution) มีความแตกต่างกับหลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ (sovereignty over natural resources) อย่างสำคัญ คือ หลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติให้ความสำคัญกับการที่รัฐสามารถนำทรัพยากรธรรมชาติภายในอาณาเขตประเทศของตนเองมาใช้ได้ เพียงแต่มีหน้าที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ (obligation not to cause damage) เท่านั้น ซึ่งทำให้โดยสภาพแล้วหลักรัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติและหน้าที่ไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นไม่มีลักษณะเป็นการรักษาสິงแวดล้อมโดยตรง ในขณะที่หลักมาตรการปกป้องและการป้องกันเป็นแนวคิดที่มีขึ้นเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมโดยตรง นอกจากนี้หลักมาตรการปกป้องและการป้องกันยังทำให้ประเทศต่างๆ มีภาระหน้าที่ในการกระทำเพื่อป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศตนเองอีกด้วย ไม่จำกัดเฉพาะที่อาจมีผลกระทบต่อประเทศอื่น²¹ จึงทำให้การรักษาสິงแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศได้ผลมากขึ้น เนื่องจากประเทศต่างๆ จะต้องลดความเสียหายที่อาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมตั้งแต่ระยะแรกก่อนที่ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมนั้นจะเกิดขึ้นจริง²²

2.4 หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle)

หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย มีแนวคิดว่าคุณคคใดที่เป็นผู้ทำให้เกิดมลพิษซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมก็ควรที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสິงแวดล้อมด้วย

²⁰ Patricia Bernie, Alan Boyle and Catherine Redgwell, *International Law and The Environment*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2009), p. 143.

²¹ Philippe Sand, op cit., p. 246.

²² Maurice Sunkin, David M. Ong and Robert Wight, *Source Book on Environmental Law*, 2nd ed. (UK: Cavendish Publishing Limited, 2002), p. 49.

เพราะบางครั้งกลับปรากฏว่า ค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมกลับไปตกอยู่กับบุคคล (หรือประเทศ) ที่ไม่ได้เป็นผู้ที่ทำให้เกิดมลพิษซึ่งทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น

หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายปรากฏอยู่ใน Rio Declaration Principle 16 ซึ่งกำหนดให้ผู้มีอำนาจในรัฐควรส่งเสริมเรื่องค่าใช้จ่ายในด้านสิ่งแวดล้อมโดยอาศัยเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ ทั้งนี้โดยคำนึงถึงว่า โดยหลักการแล้วผู้ที่ปล่อยมลพิษควรจะเป็นผู้ที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายด้านมลพิษนั้น โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนรวมและไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ²³ นักกฎหมายบางท่านจึงให้ความเห็นว่า แนวคิดที่ว่าบุคคลใดที่เป็นผู้ทำให้เกิดมลพิษซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมก็ควรที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมด้วย จะเป็นหลักการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมมลพิษและเป็นมาตรการที่ประเทศต่างๆ ควรนำมาใช้ภายในประเทศเพื่อเป็นมาตรการในการกำหนดค่าเสียหายในเรื่องของสิ่งแวดล้อม²⁴ และยังทำให้ผู้ประกอบการต้องพิจารณาถึงต้นทุนที่จะเกิดขึ้นจากการทำลายสิ่งแวดล้อมรวมไปในต้นทุนการผลิตสินค้าของตนด้วย หากการผลิตของตนทำให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งเมื่อพิจารณาในด้านเศรษฐศาสตร์แล้ว หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายทำให้เกิดความยุติธรรมขึ้นเพราะมิฉะนั้นผู้ประกอบการอาจจะไม่สนใจต่อการรักษาสิ่งแวดล้อมและสนใจแต่การลดต้นทุนการผลิตเท่านั้น เมื่อนำหลักการนี้มาใช้ร่วมกับหลักการป้องกันอาจทำให้ผู้ประกอบการมีแรงจูงใจที่จะติดตั้งเครื่องมือเครื่องใช้ เช่น บ่อบำบัดน้ำเสีย เครื่องบำบัดของเสีย ก่อนที่จะปล่อยลงสู่สิ่งแวดล้อม เพราะมิฉะนั้นอาจต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นได้ อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่าหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายนี้ไม่ได้รับความสนับสนุนมากเท่าหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive action and precaution) ส่วนหนึ่งเนื่องจากอาจเป็นไปได้ยากที่จะพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นผู้ก่อให้เกิดมลพิษ ตัวอย่างเช่น²⁵ รถยนต์ปล่อยของเสีย แต่ผู้ที่จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อของเสียนี้จะเป็นบุคคลใด ระหว่าง ผู้ผลิตรถยนต์ ผู้ขายรถยนต์ ผู้ใช้รถยนต์ ผู้ผลิตน้ำมัน สถานีบริการน้ำมัน ซึ่งอาจรวมไปถึงบุคคลที่ทำให้การจราจรแออัดหนาแน่น เช่น ห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ที่อยู่ใจกลางเมือง

²³ The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 16: National authorities should endeavor to promote the internalization of environmental costs and the use of economic instruments, taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment.

²⁴ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, op. cit., p. 95.

²⁵ เป็นตัวอย่างที่ยกไว้ใน Maurice Sunkin, David M Ong and Robert Wight, op. cit., p. 53.

2.5 หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development)

หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) มีที่มาจากแนวคิดของ World Commission on Environment and Development 1987 ซึ่งให้ความหมายของหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนว่า เป็นการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของปัจจุบันโดยไม่ทำให้บุคคลยุคต่อไปเสียความสามารถในการตอบสนองความต้องการของตน²⁶ หรืออาจกล่าวได้ว่า เป็นการพัฒนาทางด้าน เศรษฐกิจ สังคม และการปกป้องสิ่งแวดล้อมเพื่อตอบสนองความต้องการของคนรุ่นปัจจุบันโดยไม่ทำให้คนรุ่นต่อไป ต้องเสียหายจากการไม่สามารถตอบสนองในความต้องการของตนได้²⁷

แนวคิดดังกล่าวได้รับการตอบรับอย่างมากอันเห็นได้จากการที่ Rio Declaration ได้บัญญัติถึงหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนไว้ในส่วนที่เกี่ยวข้องในหลายข้อ ที่กำหนดให้มนุษย์จะต้องคำนึงถึงการพัฒนาที่ยั่งยืนด้วยการอยู่ร่วมกับธรรมชาติ²⁸ โดยการพัฒนาที่ยั่งยืนจะเกิดขึ้นได้ด้วยการถือเอาการรักษาสิ่งแวดล้อมเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการพัฒนา²⁹ และลดกระบวนการผลิตและการบริโภคที่อาจส่งผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม³⁰ และจะต้องร่วมมือกันเพื่อส่งเสริมการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเพื่อแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่เสื่อมโทรมลง³¹ โดยให้ความสำคัญกับบทบาทของสตรี³² และความคิดสร้างสรรค์ของคนรุ่นใหม่ เพื่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศในอนาคต³³ รวมถึงบทบาทของชนพื้นเมืองในการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ³⁴

²⁶ “Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.”

²⁷ Elli LouKa, op. cit., p. 52.

²⁸ The Rio Declaration on Environment and Development, Principle 1.

²⁹ Ibid., Principle 4: In order to achieve sustainable development, environmental protection shall constitute an integral part of the development process and cannot be considered in isolation from it.

³⁰ Ibid., Principle 8: To achieve sustainable development and a higher quality of life for all people, States should reduce and eliminate unsustainable patterns of production and consumption and promote appropriate demographic policies.

³¹ Ibid., Principle 12.

³² Ibid., Principle 20.

³³ Ibid., Principle 21.

³⁴ Ibid., Principle 22.

นอกจากนี้ ประเทศต่างๆ จะต้องร่วมมือกันกำจัดความยากจนในฐานะองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของการพัฒนาที่ยั่งยืน³⁵ โดยหลีกเลี่ยงการสงครามเนื่องจากการทำลายการพัฒนาที่ยั่งยืน³⁶ และร่วมมือกันพัฒนากฎหมายระหว่างประเทศในด้านการพัฒนาที่ยั่งยืน³⁷

นักกฎหมายบางท่านเห็นว่าองค์ประกอบที่สำคัญของหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืนควรประกอบไปด้วย³⁸ การรักษาทรัพยากรเพื่อประโยชน์ของคนรุ่นต่อไป (the principle of intergenerational equity) การใช้ทรัพยากรอย่างรู้คุณค่า (the principle of sustainable use) การใช้ทรัพยากรของประเทศหนึ่งย่อมต้องคำนึงถึงความต้องการของประเทศอื่นๆ ด้วย (the principle of equitable use) และการคำนึงถึงด้านสิ่งแวดล้อมจะต้องดำเนินการไปพร้อมกับการพัฒนาเศรษฐกิจและการพัฒนาในด้านอื่น (the principle of integration)

2.6 หลักความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลตาม The United Nations Convention on the Law of the Sea

The United Nations Convention on the Law of the Sea มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้าใจร่วมกันในกฎหมายทะเลเพื่อสันติภาพและความสงบของประชากรบนโลก ส่งเสริมการใช้ทรัพยากรทางทะเลอย่างสันติ เพื่อศึกษาและปกป้องสิ่งแวดล้อมทางทะเล³⁹ จึงเป็นกฎหมายระหว่างประเทศอีกฉบับหนึ่งซึ่งมีบทบาทในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับทะเล

สำหรับ Article 211 กำหนดหลักการเกี่ยวกับมลพิษจากเรือ โดยให้แต่ละรัฐกำหนดหลักการและมาตรฐานระหว่างประเทศเพื่อปกป้อง ลด และควบคุมซึ่งมลพิษทางทะเลที่เกิดจากเรือ และลดผลเสียจากอุบัติเหตุซึ่งอาจสร้างความเสียหายให้แก่สิ่งแวดล้อมทางทะเลและชายฝั่ง⁴⁰ โดยรัฐควร

³⁵ Ibid., Principle 5.

³⁶ Ibid., Principle 24.

³⁷ Ibid., Principle 27.

³⁸ Philippe Sand, op. cit., p. 253.

³⁹ Preamble, The United Nations Convention on the Law of the Sea

⁴⁰ Article 211 Pollution from vessels:

1. States, acting through the competent international organization or general diplomatic conference, shall establish international rules and standards to prevent, reduce and control pollution of the marine environment from vessels and promote the adoption, in the same manner, wherever appropriate, of routing systems designed to minimize the threat of accidents which might cause pollution of the marine environment, including the coastline, and pollution

ใช้หลักเกณฑ์ในการป้องกันสิ่งแวดล้อมทางทะเลจากเรือซึ่งมีผลลักษณะเดียวกับหลักการและมาตรฐานระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับ⁴¹ นอกจากนี้หากมีการใช้กฎเกณฑ์เป็นเงื่อนไขในการเข้าเทียบท่าเรือหรือเข้าเขตน่านน้ำของรัฐจะต้องมีการประชาสัมพันธ์ไปยังองค์กรระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย⁴² และ Article 211 ยังมีข้อกำหนดให้มีการตรวจสอบข้อกำหนดเหล่านั้นตามระยะเวลาเพื่อให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงของหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่อาจปรับเปลี่ยนไปตามเวลาเพื่อรักษาสีสิ่งแวดล้อมทางทะเล⁴³

ในส่วน Article 219 กำหนดให้รัฐใช้มาตรการ (administrative measures) ห้ามไม่ให้เรือออกเดินทาง หากเรือดังกล่าวไม่ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และมาตรฐานระหว่างประเทศในด้านความพร้อมการเตรียมเรือให้เดินทะเลได้อย่างปลอดภัย (Seaworthiness) และอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับสิ่งแวดล้อม โดยอาจกำหนดให้เรื่อนั้นเดินทางไปยังท่าซ่อมเรือที่ใกล้ที่สุดเพื่อซ่อมแซมได้ และหากได้ทำการแก้ไขแล้วจึงอนุญาตให้ออกเดินทางได้⁴⁴ โดยบทบัญญัติของ Article 219 นี้มีลักษณะเป็นบทบังคับให้รัฐจะต้องใช้มาตรการหากมีเหตุการณ์ดังกล่าวเกิดขึ้น โดยมีการผ่อนคลายนบทบังคับนี้โดยการใช้คำว่าเมื่อสามารถปฏิบัติได้ (practicable) เท่านั้น⁴⁵

damage to the related interests of coastal states. Such rules and standards shall, in the same manner, be re-examined from time to time as necessary.

⁴¹ Article 211.2.

⁴² Article 211.3.

⁴³ Myron Nordquist and others, **United nations convention on the law of the sea: A commentary** (Dordrecht: MartinusNijhoff Publishers, 2002), p. 14.

⁴⁴ Article 219 Measures relating to seaworthiness of vessels to avoid pollution

Subject to section 7, States which, upon request or on their own initiative, have ascertained that a vessel within one of their ports or at one of their off-shore terminals is in violation of applicable international rules and standards relating to seaworthiness of vessels and thereby threatens damage to the marine environment shall, as far as practicable, take administrative measures to prevent the vessel from sailing. Such States may permit the vessel to proceed only to the nearest appropriate repair yard and, upon removal of the causes of the violation, shall permit the vessel to continue immediately.

⁴⁵ Myron Nordquist and others, op. cit., p. 227.

3. แนวคิดเรื่องความรับผิดทางละเมิดและการนิรโทษกรรม

กฎหมายลักษณะละเมิดกำหนดถึงความรับผิดของบุคคลหนึ่งเมื่อกระทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอีกบุคคลหนึ่ง โดยความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ไม่ได้เกิดจากการละเมิดสัญญา⁴⁶ ซึ่งการกระทำความผิดของบุคคลหนึ่งแล้วทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอีกคนหนึ่งอาจเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ได้ ทำให้โดยทั่วไปแล้ว ไม่ว่าผู้กระทำจะมีเจตนาหรือมีความประสงค์อย่างใด (กระทำไปด้วยความประสงค์ดี หรือ กระทำด้วยความประสงค์ร้าย) ก็ตามก็ไม่ใช่เรื่องที่จำต้องพิจารณาเนื่องจากไม่ใช่องค์ประกอบที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบ⁴⁷ ดังนั้นหากการกระทำหนึ่งไม่เป็นละเมิดแล้ว แม้ผู้กระทำจะกระทำไปด้วยความประสงค์ร้ายต่อบุคคลหนึ่งก็ตาม ก็ไม่ทำให้เป็นละเมิด⁴⁸

เกี่ยวกับเรื่องนี้แนวคิดของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) มีข้อยกเว้นเรื่องความจำเป็น (Necessity) ซึ่งอาจนำมาใช้เพื่อเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในความเสียหายในการกระทำละเมิดของผู้กระทำได้ ซึ่งแนวคิดเกี่ยวกับเรื่อง Necessity เป็นพื้นฐานของกฎหมายอังกฤษซึ่งหลายๆ รัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาก็นำแนวคิดนี้มาใช้ในการตัดสินคดีทางละเมิดเช่นเดียวกัน⁴⁹

นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า หากการกระทำของผู้กระทำเป็นการสมควรเพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่มากกว่าไม่ว่าที่จะเกิดกับฝ่ายที่ได้รับความเสียหายหรือบุคคลที่สามก็ตาม ก็อาจถือเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดได้⁵⁰ หรืออาจเป็นกรณีที่บุคคลจำเป็นต้องเลือกระหว่างผลเสียหายที่จะเกิดขึ้นของสองประการ แล้วบุคคลนั้นเลือกทางที่จะป้องกันความเสียหายที่มากกว่า⁵¹ เช่น กรณีที่เรือกำลังจะจมระหว่างเกิดพายุ การโยนสินค้าทิ้งทะเลเพื่อช่วยชีวิตลูกเรือยอม

⁴⁶ Anita Stuhmcke, **Essential Tort Law**, 2nd ed. (London: Cavendish Publishing, 2001), p.1.

⁴⁷ Catherine Elliott and Frances Quinn, **Tort Law**, 7th ed. (Essex: Pearson Education Limited, 2009), p. 5.

⁴⁸ The Mayor of Bradford v Pickles, [1895] AC 587.

⁴⁹ Arthur Best and David Barnes, **Basic Tort Law: Cases, Statutes, and Problems** (New York: Aspen Publishers, 2007), p. 747.

⁵⁰ John Cooke, **Law of Tort**, 9th ed. (Essex: Pearson Education Limited, 2009), p. 507.

⁵¹ Vivienne Harpwood, **Modern Tort Law**, 7th ed. (Oxon: Routledge-Cavendish, 2009), pp. 486-487.

เป็นการกระทำที่ถือว่าสมเหตุผล⁵² หรือกรณีที่จำเป็นต้องทำลายทรัพย์สินบางส่วนเพื่อป้องกันไม่ให้ไฟลามไปทั้งหมู่บ้าน⁵³

สำหรับนักกฎหมายของประเทศไทยบางท่านให้ความหมายนิรโทษกรรมว่า คือการกระทำที่กฎหมายกำหนดว่าผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบแม้การกระทำจะเป็นการละเมิด⁵⁴ จึงเป็นการกระทำที่ผู้กระทำได้กระทำโดยรู้สำนึก ได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อโดยเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและทำให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยมีความสัมพันธ์กันระหว่างความเสียหายกับการกระทำที่ได้ทำ⁵⁵ โดยสำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดความรับผิดของบุคคลหากเป็นการกระทำเพื่อป้องกันอันตรายด้วยเช่นกัน โดยจำแนกรื่องนี้ไว้ในสามลักษณะคือ กรณีเพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ กรณีเพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายอันมีแก่เอกชน และกรณีเหตุเกิดจากตัวทรัพย์สินนั่นเอง

สำหรับกรณีเพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ มาตรา 450 วรรคหนึ่ง กำหนดยกเว้นความรับผิดให้กับการกระทำของบุคคลซึ่งทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดเพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน หากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุยกเว้นอันตราย เช่น การทำลายท่อน้ำของเอกชนโดยจำเป็นเพื่อป้องกันน้ำท่วมนาของราษฎรในตำบล⁵⁶ หรือการขุดร่องชักน้ำในเขตนา แม้จะทำให้เนื้อที่นาพังเสียหายแต่เป็นการกระทำไปเพื่อป้องกันไม่ให้น้ำในลำห้วยน้ำแก่นทำลายผาหลวงอันเป็นเหมืองสาธารณะ ซึ่งจะทำให้เกิดเสียหายแก่ราษฎรมากมายหลายตำบล⁵⁷ การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำเพื่อบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน เมื่อความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุยกเว้นอันตราย ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เนื่องจากถือว่าเป็นการกระทำที่กระทำเพื่อส่วนรวม ผู้ที่กระทำละเมิดจำต้องทำไป ดังนั้นหากให้ผู้กระทำรับผิดเพียงผู้เดียวย่อมไม่ยุติธรรม⁵⁸ แต่ทั้งนี้ถ้านอกจากจะมี

⁵² John Cooke, op. cit., p. 507.

⁵³ Surocco v. Geary, 3 Cal. 69 (Cal. 1853).

⁵⁴ วารีนาสกุล, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2559), หน้า 257.

⁵⁵ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามิควรได้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 304.

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 291/2473.

⁵⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 594/2492.

⁵⁸ ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์, เรื่องเดิม, หน้า 311.

ต่อสาธารณะซึ่งหมายถึงเกิดแก่สาธารณชนไม่ใช่เฉพาะเพียงบุคคลใดบุคคลหนึ่งแล้วจะต้องมีลักษณะฉุกเฉินเป็นไปโดยฉับพลันด้วย⁵⁹ สำหรับกรณีเพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายอันมีแก่เอกชน มาตรา 450 วรรคสอง ไม่ได้กำหนดยกเว้นความรับผิดให้การกระทำของบุคคลซึ่งทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดเพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายอันมีแก่เอกชนโดยฉุกเฉิน แต่กำหนดให้ผู้นั้นจะต้องใช้คืนทรัพย์สินนั้นและสำหรับกรณีการป้องกันสิทธิของตนเองหรือบุคคลภายนอกจากตัวทรัพย์สินนั้นเอง มาตรา 450 วรรคท้าย กำหนดยกเว้นความรับผิดให้การกระทำของบุคคลซึ่งทำบุบสลายหรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะป้องกันสิทธิไม่ว่าของตนหรือของบุคคลภายนอกจากภัยอันตรายอันมีมาโดยฉุกเฉิน เพราะตัวทรัพย์สินนั้นเองเป็นเหตุ หากว่าความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุ เว้นแต่จะเป็นความผิดของบุคคลนั้นเอง

4. ความรับผิดของผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534

4.1 จุดเริ่มต้นความรับผิดของผู้ขนส่ง

ก่อนที่จะทราบว่าผู้ขนส่งจะได้รับประโยชน์จากข้อยกเว้นความรับผิด หรือข้อจำกัดความรับผิดหรือไม่ ข้อที่ต้องพิจารณาประการแรกคือ ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดในความเสียหายดังกล่าวหรือไม่ ตาม พ.ร.บ. การรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มาตรา 39 วรรคหนึ่ง ผู้ขนส่งจะต้องรับผิดในความเสียหายอย่างใด ๆ ไม่ว่าของนั้นจะสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า ก็ต่อเมื่อเหตุแห่งความเสียหายนั้นเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่งเท่านั้น โดยพิจารณาว่าผู้ขนส่งได้รับของเอาไว้แล้วหรือยังจะเป็นไปตามมาตรา 39 วรรคหนึ่งและวรรคสอง

ดังนั้นหากพิจารณาแล้วเหตุแห่งความเสียหายเหล่านั้นเกิดขึ้นในขณะที่ของไม่ได้อยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้ มาตรา 39 ยังอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 51 มาตรา 52 มาตรา 53 มาตรา 54 มาตรา 55 มาตรา 56 และมาตรา 58 อีกด้วย ซึ่งหมายความว่า แม้ความเสียหายนั้นจะเกิดในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง แต่หากเป็นไปตามบทบัญญัติเหล่านั้นผู้ขนส่งอาจได้รับยกเว้นความรับผิดหรือยกเว้นความรับผิดได้

⁵⁹ ศักดิ์ สนองชาติ, คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), หน้า 233.

4.2 จุดสิ้นสุดความรับผิดชอบของผู้ขนส่ง

ตามมาตรา 39 วรรคสอง ผู้ขนส่งต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นในระหว่างที่ของดังกล่าวอยู่ในความดูแลของตนจนกระทั่งเมื่อผู้ขนส่งส่งมอบของนั้น ณ ท่าปลายทางหรือที่หมายปลายทางตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 40 โดยมาตรา 40 กำหนดไว้ว่า สามกรณีต่อไปนี้ถือว่าผู้ขนส่งได้ส่งมอบของแล้วคือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อผู้ขนส่งได้มอบของให้แก่ผู้รับตราส่งแล้วหรือ กรณีที่สอง เมื่อผู้ขนส่งได้จัดการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่ของนั้นตามที่กำหนดไว้ในสัญญารับขนของทางทะเล หรือตามกฎหมายที่ใช้บังคับ หรือประเพณีทางการค้าที่ถือปฏิบัติกันอยู่ ณ ท่าปลายทางแล้ว หากผู้รับตราส่งไม่มารับของจากผู้ขนส่ง หรือกรณีที่สาม เมื่อผู้ขนส่งได้มอบของไว้กับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลใดๆ ซึ่งกฎหมายหรือกฎข้อบังคับที่ใช้อยู่ ณ ท่าปลายทางกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องมอบของที่ขนถ่ายขึ้นจากเรือไว้กับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลดังกล่าว

4.3 ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่น

พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ให้คำนิยามของผู้ขนส่งอื่นว่าหมายถึง “บุคคลซึ่งมิได้เป็นคู่สัญญากับผู้ส่งของในสัญญารับขนของทางทะเล แต่ได้รับมอบหมายจากผู้ขนส่งให้ทำการขนส่งของตามสัญญานั้นแม้เพียงช่วงระยะทางช่วงใดช่วงหนึ่ง และให้หมายความรวมถึงบุคคลอื่นใดซึ่งผู้ขนส่งอื่นได้มอบหมายช่วงต่อไปให้ทำการขนส่งของนั้นด้วย ไม่ว่าจะมีการมอบหมายช่วงกันไปก็ทอดก็ตาม แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงบุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามประเพณีในธุรกิจการรับขนของทางทะเล ให้เป็นตัวแทนผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นในการดำเนินงานอันเกี่ยวกับธุรกิจเนื่องจากการรับขนของทางทะเล เช่น พิธีการเข้าเมือง พิธีการศุลกากร การนำร่อง การเข้าท่า การออกจากท่า การบรรทุกของลงเรือ การขนถ่ายของขึ้นจากเรือ หรือการส่งมอบของแก่ผู้รับตราส่งเป็นต้น” ดังนั้นผู้ขนส่งอื่น จึงมีความหมายถึงบุคคลใดก็ตาม ที่แม้บุคคลนั้นมิได้เป็นคู่สัญญากับผู้ส่งของ แต่บุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมายจากผู้ขนส่งให้ทำการขนส่งของตามสัญญา แม้การขนส่งดังกล่าวจะไม่ตลอดช่วงการขนส่งทั้งหมด กล่าวคือแม้บุคคลนั้นจะได้รับมอบหมายให้ทำการขนส่งเพียงระยะทางช่วงใดช่วงหนึ่งก็ตามก็จัดเป็นผู้ขนส่งอื่นด้วย นอกจากนี้ คำว่าผู้ขนส่งอื่นยังรวมไปถึงบุคคลอื่นใดก็ตามที่ผู้ขนส่งอื่นได้มอบหมายช่วงต่อไปให้ทำการขนส่งของนั้นด้วย ไม่ว่าจะมีการมอบหมายช่วงกันไปก็ทอดก็ตาม

แต่สำหรับบุคคลซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายตามประเพณีในธุรกิจการรับขนของทางทะเล ให้เป็นตัวแทนผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นในการดำเนินงานอันเกี่ยวกับธุรกิจเนื่องจากการรับขนของทางทะเล เช่น พิธีการเข้าเมือง พิธีการศุลกากร การนำร่อง การเข้าท่า การ

นอกจากท่า การบรรทุกของลงเรือ การขนถ่ายของขึ้นจากเรือ หรือการส่งมอบของแก่ผู้รับตราส่งบุคคลเหล่านี้ตามกฎหมายจะไม่ถือว่าเป็นผู้ขนส่งอีกด้วย

ในส่วนความรับผิดของผู้ขนส่ง ตามมาตรา 43 แม้ว่าผู้ขนส่งจะได้มอบหมายให้ผู้ขนส่งอื่นทำการขนส่งผู้ขนส่งก็ยังคงต้องรับผิดเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้าแห่งของนั้น โดยต้องรับผิดเพื่อการกระทำของผู้ขนส่งอื่น รวมทั้งลูกจ้างและตัวแทนของผู้ขนส่งอื่นซึ่งได้กระทำไปภายในทางการที่จ้าง หรือภายในขอบอำนาจของการเป็นตัวแทนนั้นด้วย ทำให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดแม้ความเสียหายจะเกิดขึ้นจากการกระทำของผู้ขนส่งอื่น

สำหรับผู้ขนส่งอื่น มาตรา 44 กำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยความรับผิดของผู้ขนส่งมาใช้บังคับแก่ผู้ขนส่งอื่นเฉพาะการขนส่งในส่วนที่ผู้ขนส่งอื่นได้รับมอบหมาย จึงหมายความว่า ผู้ขนส่งมีความรับผิดเช่นใด ผู้ขนส่งอื่นก็มีความรับผิดเช่นนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ความรับผิดดังกล่าวใช้กับผู้ขนส่งอื่นเฉพาะในการขนส่งในส่วนที่ผู้ขนส่งอื่นได้รับมอบหมายเท่านั้น จะเห็นได้ว่าหากความรับผิดเกิดขึ้นนอกช่วงที่ผู้ขนส่งอื่นได้รับมอบหมาย ผู้ขนส่งอื่นไม่ต้องรับผิด สำหรับกรณีที่ผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่นต้องรับผิดในกรณีความเสียหายเดียวกัน มาตรา 45 กำหนดให้ผู้ขนส่งและผู้ขนส่งอื่นเป็นลูกหนี้ร่วมกัน

4.4 ข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่ง

แม้ว่ามาตรา 39 จะกำหนดให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดในเหตุแห่งความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า หากเหตุแห่งความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้าดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง แต่กฎหมายก็ยังยอมรับเหตุในการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งในกรณีที่มีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นจากเหตุที่ผู้ขนส่งไม่ควรถูกต้องรับผิดชอบด้วย ซึ่งบัญญัติไว้ตามมาตรา 51 ถึง 57 มีข้อสังเกตว่า Hague-Visby Rules มีข้อกำหนดให้ผู้ขนส่งยกเว้นความรับผิดจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของนายเรือ ลูกเรือในการบังคับควบคุมเรือด้วย⁶⁰ แต่ไม่มีข้อกำหนดลักษณะเดียวกันใน Hamburg Rules⁶¹ และพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534

⁶⁰The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol, 1968 (Hague-Visby Rules), Article IV:

2. Neither the carrier nor the ship shall be responsible for loss or damage arising or resulting from:

(a) Act, neglect, or default of the master, mariner, pilot, or the servants of the carrier in the navigation or in the management of the ship.

⁶¹Roy Goode, **Goode on Commercial Law** (Finland: Penguin Books, 2010), p. 1160.

มาตรา 51 กำหนดให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำ อันเกิดขึ้นจากการไม่เป็นไปตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง ถ้าพิสูจน์ได้ว่าตนปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 8 วรรคสอง หรือมาตรา 9 แล้วซึ่งเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่า ผู้ขนส่งได้กระทำการทั้งปวงเท่าที่เป็นธรรมดาและสมควรจะต้องกระทำสำหรับผู้ประกอบอาชีพรับขนของทางทะเล สำหรับการจัดเตรียม เรือ คนประจำเรือ เครื่องมือ และระวางบรรทุก ให้เหมาะสม หรือแก้ไข ข้อบกพร่องที่เกิดขึ้นโดยเร็วที่สุดเท่าที่อยู่ในวิสัยที่ผู้ประกอบอาชีพรับขนของทางทะเลจะทำได้ใน ภาวะเช่นนั้น

มาตรา 52 กำหนดให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำ ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำนั้นเกิดขึ้นหรือเป็นผลจาก

(1) เหตุสุดวิสัย ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 8 คำว่า "เหตุสุดวิสัย" หมายความว่า เหตุใดๆ อันจะเกิดขึ้นก็ดี จะให้ผลพิบัติก็ดี เป็นเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ทั้งบุคคล ผู้ต้องประสพหรือใกล้จะต้องประสพเหตุนั้นจะได้จัดการระมัดระวัง ตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะและภาวะเช่นนั้น ดังนี้หากผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่าความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำเกิดขึ้นจากเหตุที่ไม่อาจป้องกันได้ แม้ผู้ขนส่งจะได้จัดการระมัดระวังตามสมควรอันพึงคาดหมายได้จากบุคคลในฐานะผู้ขนส่งและภาวะเช่นนั้น ผู้ขนส่งย่อมได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ

(2) ภัยอันตรายหรืออุบัติเหตุแห่งท้องทะเลหรือน้ำที่ใช้น้ำที่เดินเรือได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการเดินทางทางทะเลนั้นย่อมคาดหมายได้ว่าอาจมีคลื่นลมและความแปรปรวนของสภาพอากาศในทะเลอยู่แล้ว ดังนี้ภัยอันตรายแห่งท้องทะเลจะต้องเป็นคลื่นลมที่รุนแรงกว่าคลื่นลมตามปกติ⁶² เช่น เกิดพายุขนาดใหญ่ขึ้น

(3) การสงครามหรือการสู้รบของกองกำลังติดอาวุธ จึงทำให้หากผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่าความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำเกิดขึ้นจากการสงครามหรือการสู้รบของกองกำลังติดอาวุธ ผู้ขนส่งย่อมได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ

(4) สงครามกลางเมือง การจลาจล การก่อการร้าย หรือการก่อการวุ่นวายในบ้านเมือง ดังนั้น หากผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่าความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชกซ้ำเกิดขึ้นจากสงครามกลางเมือง การจลาจล การก่อการร้าย หรือการก่อการวุ่นวายในบ้านเมือง ผู้ขนส่งย่อมได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ

⁶² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5558/2555.

(5) การยึด การจับ การหน่วงเหนี่ยวหรือการแทรกแซงด้วยประการใดๆ ซึ่งกระทำต่อเรือ โดยผู้มีอำนาจปกครองรัฐหรือดินแดนหรือตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แต่ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นเหตุมาจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่ง

(6) การใช้มาตรการป้องกันและปราบปรามโรคติดต่อ

(7) การนัดหยุดงาน การปิดงานงดจ้าง การผลงาน หรือการจงใจทำงานล่าช้าที่ท่าเรือ ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นอุปสรรคแก่การบรรทุกหรือขนถ่ายของหรือเป็นอุปสรรคแก่การที่เรือจะเข้าหรือออกจากท่าเรือนั้น

(8) การกระทำของโจรสลัด

(9) ความผิดของผู้ส่งของหรือผู้รับตราส่ง เช่น การบรรจุหีบห่อ หรือรวมมัดไม่มั่นคง แข็งแรงหรือไม่เหมาะสมกับสภาพแห่งของ การทำเครื่องหมายที่ของหรือหีบห่อไม่ชัดเจนหรือไม่เพียงพอ

(10) สภาพแห่งของนั่นเอง กรณีจะถือว่าความสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า เกิดขึ้นจากสภาพแห่งของนั้นก็ต่อเมื่อความเสียหายนั้นๆ เกิดจากตัวของเองโดยไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ขนส่งหรือบุคคลอื่นใด เช่นกรณีการขนส่งผลไม้จะต้องพิจารณาถึงระยะเวลาที่ใช้ในการขนส่งประกอบด้วย หากการขนส่งมีระยะเวลายาวนานผลไม้อาจสุกและเน่าเสียไปได้ แม้ผู้ขนส่งจะเก็บรักษาไว้ในห้องเย็นอุณหภูมิที่เหมาะสมแล้วก็ตาม

(11) ความชำรุดบกพร่องของเรือที่แฝงอยู่ภายในซึ่งไม่อาจพบเห็นหรือทราบได้ด้วยการตรวจสอบอย่างระมัดระวังและโดยใช้ฝีมือเท่าที่เป็นธรรมดาและสมควรจะต้องใช้สำหรับผู้ประกอบอาชีพตรวจเรือ

(12) ความผิดพลาดในการเดินเรืออันเกิดจากความบกพร่องในการปฏิบัติหน้าที่หรือตามคำสั่งของผู้นำร่อง

(13) เหตุอื่นใดที่มีใช้ความผิดหรือประมาทเลินเล่อหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ขนส่ง และมีใช้ความผิดหรือประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่ง ซึ่งเป็นการยกเว้นความรับผิดชอบให้ผู้ขนส่งสำหรับเหตุใดๆ ก็ตามสำหรับความเสียหายที่เกิดจากเหตุใดๆ ที่มีใช้ความผิดของผู้ขนส่งหรือเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ขนส่ง เพื่อเป็นการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงเหตุอื่นๆ ที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ตาม (1) ถึง (11) แต่ผู้ขนส่งควรได้รับยกเว้นความรับผิดชอบเนื่องจากความเสียหายนั้นไม่ได้เกิดจากความผิดของผู้ขนส่ง

มาตรา 53 และมาตรา 54 กล่าวถึงกรณีความเสียหายของสินค้าเกิดขึ้นจากอัคคีภัยหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมาตรการต่างๆ ที่พึงกระทำเพื่อระงับอัคคีภัย หรือหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาผลเสียหายจากอัคคีภัย โดยผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว เว้นแต่ผู้ใช้สิทธิเรียกร้องจะพิสูจน์ได้ว่า อัคคีภัยนั้นเกิดขึ้นจากความผิด หรือประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งหรือตัวแทนหรือลูกจ้าง

ของผู้ขนส่งหรือมาตรการเหล่านี้นั้นเป็นความผิด หรือประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งหรือตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งที่นำมาใช้ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า ตามมาตรา 53 และ มาตรา 54 ไม่ได้กำหนดภาระการพิสูจน์ไว้อย่างชัดเจนเช่นเดียวกับมาตรา 52 ที่กำหนดให้ผู้ขนส่งมีภาระในการพิสูจน์ อย่างไรก็ตาม สำหรับเหตุตามมาตรา 54 ศาลฎีกาเคยพิพากษาว่า ผู้ขนส่งที่จะอ้างข้อยกเว้นความรับผิดตามมาตรา 54 มีภาระการพิสูจน์ในเบื้องต้นว่าได้ใช้มาตรการต่างๆ ที่พึงกระทำเพื่อระงับอัคคีภัยหรือหลีกเลี่ยงหรือบรรเทาผลเสียหายจากอัคคีภัย เพื่อเป็นเหตุให้ไม่ต้องรับผิดในความเสียหายของสินค้า⁶³

ในส่วนของมาตรา 55 กำหนดให้ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า หากพิสูจน์ได้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า นั้นเป็นผลจากการใช้มาตรการต่างๆ ทั้งปวง เพื่อช่วยชีวิตมนุษย์ในทะเล หรือจากการใช้มาตรการอันสมควรเพื่อช่วยทรัพย์สินในทะเล อย่างไรก็ตาม กรณีตามผู้ขนส่งยังต้องรับผิดตามส่วนของตนในการเฉลี่ยความเสียหายทั่วไปถ้ามี

มาตรา 56 เป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งอันเป็นผลจากภัยซึ่งมีลักษณะพิเศษที่มีประจำอยู่ในการขนส่งสัตว์มีชีวิตหรือจากสภาพของสัตว์นั้น อย่างไรก็ตามกรณีนี้ผู้ขนส่งมีหน้าที่พิสูจน์ให้ได้สองอย่างว่าผู้ขนส่งได้ปฏิบัติตามคำแนะนำเกี่ยวกับสัตว์นั้นโดยเฉพาะที่ผู้ส่งของได้ให้ไว้แก่ตนแล้วและในพฤติการณ์แห่งกรณีเช่นนั้น การสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า อาจเกิดจากภัยหรือสภาพของสัตว์ดังกล่าวได้

สำหรับมาตรา 57 เป็นข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งโดยที่ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดเพื่อการสูญหายหรือเสียหายของเงินตรา ธนาคราบัตร ตัวเงิน พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ประทวนสินค้า อัญมณีหรือของมีค่าอย่างอื่น เว้นเสียแต่ผู้ส่งของจะได้อ้างให้ผู้ขนส่งทราบถึงสภาพและราคาของนั้นในเวลานำของมามอบให้ เพราะทั่วไปแล้วหากผู้ขนส่งทราบว่าสินค้าที่ตนรับขนนั้นเป็นของมีค่า เช่น เงินตรา ธนาคราบัตร ตัวเงิน พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ประทวนสินค้า อัญมณี ย่อมต้องใช้ความระมัดระวังในการขนส่งเป็นพิเศษเนื่องจากของเหล่านี้เป็นสิ่งที่มียุทธค่าสูงและอาจมีขนาดเล็กหรือสูญหายได้ง่าย เมื่อต้องใช้ความระมัดระวังสูงขึ้น ผู้ขนส่งจึงควรที่จะเรียกค่าขนส่งในอัตราที่สูงขึ้นตามไปด้วย ดังนี้ กฎหมายจึงต้องการให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ขนส่งว่าหากกรณีของผู้ขนส่งรับขนนั้นเป็นเงินตรา ธนาคราบัตร ตัวเงิน พันธบัตร ใบหุ้น ใบหุ้นกู้ ประทวนสินค้า อัญมณีหรือของมีค่าอย่างอื่น ผู้ส่งของมีหน้าที่แจ้งให้ผู้ขนส่งทราบถึงสภาพและราคาของนั้นในเวลานำของมามอบให้ มิฉะนั้นผู้ขนส่งจะได้รับการยกเว้นความรับผิดในการสูญหายหรือเสียหายของของนั้น สำหรับการแจ้งตามที่กฎหมายกำหนดไว้จะต้องแจ้งอยู่สองประการ คือ การแจ้งให้ทราบถึงสภาพของสินค้าและแจ้ง

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7591/2542.

ให้ทราบถึงราคาของสินค้าด้วย การแจ้งเพียงสภาพหรือราคาอย่างใดอย่างหนึ่งยังไม่ถือเป็นการแจ้ง โดยชอบตามบทบัญญัติของมาตรา 57 แต่มาตรา 57 ไม่ได้ยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งกรณีส่งมอบ ชักช้าแต่อย่างใด

5. ความรับผิดของผู้ขนส่งตามสัญญารับขนของทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม

เนื้อหาในส่วนนี้จะเป็นการวิเคราะห์ถึงความรับผิดของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม โดยวิเคราะห์จากความรับผิดของผู้ขนส่งภายใต้หลักการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งและหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ขนส่งตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ว่าผู้ขนส่งสามารถยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดได้หรือไม่ และหากตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ผู้ขนส่งไม่อาจยกเว้นความรับผิดหรือจำกัดความรับผิดได้ ผู้ขนส่งสามารถทำสัญญารับขนของทางทะเลที่มีข้อตกลงให้ยกเว้นความรับผิดจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมได้หรือไม่ หากทำแล้วจะมีผลใช้บังคับได้เพียงใด ทั้งนี้เมื่อการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมอาจพิจารณาได้ว่าเป็นการบำบัดปิดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉินจึงสมควรที่จะพิจารณาถึงหลักความรับผิดทางละเมิดของบุคคลว่าด้วยนิรโทษกรรม และพิจารณาตามหลักของ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea หรือ Rotterdam Rules ประกอบ

5.1 ความรับผิดของผู้ขนส่งทางทะเลจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมกับหลักการยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534

พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 บัญญัติให้ผู้ขนส่งต้องรับผิดในเหตุแห่งความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า หากเหตุแห่งความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้าดังกล่าวเกิดขึ้นในระหว่างที่ของอยู่ในความดูแลของผู้ขนส่ง อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวแล้วว่าแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการขนส่งสินค้าทางทะเลยอมรับการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งด้วย หากเหตุแห่งความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า ดังกล่าวเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากเหตุที่ผู้ขนส่งไม่ควรถูกต้องรับผิดชอบ พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 51 ถึงมาตรา 57 การพิจารณาว่าผู้ขนส่งจะต้องรับผิดหรือไม่ เพียงใด จึงควรต้องพิจารณาต่อไปว่า ตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 มีข้อกำหนดยกเว้นความรับผิดให้ผู้ขนส่งหากผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งตามมาตรา 51, 52 (1) ถึง (12) และมาตรา 57 จะเห็นว่า ไม่สามารถนำมาปรับใช้กับ

กรณีที่เกิดเหตุแห่งการสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการที่ผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอม จึงทำให้ผู้ขนส่งไม่อาจยกเว้นความรับผิดได้ เนื่องจากการที่ผู้ขนส่งทำให้เกิดความเสียหายจากมาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมไม่เข้าองค์ประกอบของมาตราเหล่านี้เลย ส่วนมาตรา 52 (13) ซึ่งยกเว้นความรับผิดให้กับผู้ขนส่งจากเหตุอื่นใดที่มีใช้ความผิดหรือประมาทเลินเล่อหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ขนส่ง และมีใช้ความผิดหรือประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่ง เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ความเสียหายที่เกิดกับสินค้าอันเนื่องมาจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมนั้นไม่ใช่ความเสียหายอันเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากเหตุอื่นใดที่มีใช้ความผิด หรือประมาทเลินเล่อหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ขนส่ง และมีใช้ความผิดหรือ ประมาทเลินเล่อของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ขนส่งแต่อย่างใด เพราะเป็นเรื่องที่ผู้ขนส่งกระทำให้เกิดความเสียหายโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิ่งแวดลอม ผู้ขนส่งจึงไม่อาจอ้างมาตรา 52 (13) เพื่อยกเว้นความรับผิดได้

5.2 การนิรโทษกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 450 วรรคหนึ่ง กำหนด ยกเว้นความรับผิดให้การกระทำของบุคคลซึ่งทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน หากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุอันตราย ซึ่งแนวคิดดังกล่าวสอดคล้องกับหลัก Common Law เรื่อง Necessity ซึ่งเป็นข้อยกเว้นความรับผิดในทางละเมิดให้การกระทำเพื่อที่จะป้องกันความเสียหายที่มากไปกว่านั้น⁶⁴ แต่เมื่อการยกเว้นความรับผิดตามหลักนิรโทษกรรมจะนำมาใช้ได้เมื่อเป็นการบำบัดปัดป้องอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะ ทำให้ประเด็นที่น่าพิจารณามีว่าคำว่า ภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะนั้นหมายถึงสิ่งใด และกรณีภัยอันตรายที่อาจเกิดกับสิ่งแวดลอมจะถือเป็นภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะได้หรือไม่เกี่ยวกับเรื่องนี้ นักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่า ความหมายของมาตรา 450 วรรคหนึ่งนั้นไม่รวมเฉพาะที่จะเกิดความเสียหายแก่คนหนึ่งคนใด อาจเกิดแก่บุคคลทั่วไป ซึ่งรวมไปถึงทรัพย์สินของส่วนรวมด้วยเนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าวอาจอธิบายด้วยเหตุผลว่า เป็นการสงวนประโยชน์ของบุคคลส่วนใหญ่ไว้โดยสละประโยชน์ของบุคคลส่วนน้อย⁶⁵ ซึ่งคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยก็มีการแปลความในทำนองเดียวกับความหมายที่ให้ไว้ข้างต้น เช่น การทำลายทำนบของเอกชนโดย

⁶⁴ John Cooke, op. cit., p. 507.

⁶⁵ พจนี ปุชปาคม, ละเมิด (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530), หน้า 649.

จำเป็นเพื่อป้องกันน้ำท่วมนาของราษฎรในตำบล⁶⁶ หรือการขุดร่องชักน้ำในเขตนา แม้จะทำให้เนื้อที่นาพังเสียหายแต่เป็นการกระทำไปเพื่อป้องกันไม่ให้น้ำในลำห้วยน้ำแก่นทำลายฝายหลวงอันเป็นเหมืองสาธารณะ ซึ่งจะทำให้เกิดเสียหายแก่นารราษฎรมากมายหลายตำบล⁶⁷ การกระทำเหล่านี้เป็นการกระทำเพื่อบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน เมื่อความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตราย ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน

ดังนั้นความหมายของภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะตามหลักนิรโทษกรรม น่าจะมีความหมายถึงการกระทำจากทั้งบุคคลและจากธรรมชาติ และการบำบัดปัดป้อนนั้นอาจทำไปเพื่อป้องกันความเสียหายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินของบุคคลเป็นส่วนรวม เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วหากเกิดเหตุการณ์ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดลอม เหตุการณ์นี้จึงสมควรที่จะถูกพิจารณาว่า เป็นภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะได้ เพราะเป็นสิ่งที่อาจทำให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลและทรัพย์สินโดยทั่วไปและอาจส่งผลกระทบในวงกว้าง และการกระทำของบุคคลใดที่ได้กระทำไปเพื่อบำบัด ปัดป้องภัยอันตรายดังกล่าวจนเกิดความเสียหายและหากความเสียหายนั้นไม่เกินสมควรแก่เหตุภัยอันตรายก็น่าจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนได้

อย่างไรก็ตาม ประการต่อมาที่สมควรพิจารณาคือ หากผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมแล้ว ผู้ขนส่งจะอ้างหลักนิรโทษกรรมเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้หรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ศาลฎีกาเคยพิพากษาไว้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1639/2549 ว่า เมื่อพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ขนส่งเอาไว้โดยเฉพาะซึ่งรวมกรณีละเมิดด้วยแล้ว การฟ้องให้ผู้ขนส่งรับผิดชอบในการขนส่งของทางทะเลจึงเป็นกรณีที่ต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับไม่ได้ เมื่ออาศัยนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวอาจพิจารณาได้ว่า การที่การขนส่งสินค้าทางทะเลเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะแล้ว ทำให้ความรับผิดชอบของผู้ขนส่งก็ต้องพิจารณาภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ซึ่งมีการกำหนดถึงบทยกเว้นความรับผิดชอบจำกัดความรับผิดเอาไว้โดยเฉพาะ ทำให้ไม่สามารถอ้างบทบัญญัติทั่วไป เช่น กฎหมายลักษณะละเมิดซึ่งรวมไปถึงเรื่องนิรโทษกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบได้อีก ทั้งที่การกระทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมและอาจถือเป็นการบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน หากผู้กระทำเป็นผู้ขนส่งและต่อมาหากบุคคลที่ได้รับ ความเสียหายจากการกระทำของผู้ขนส่งเรียกให้ผู้ขนส่งรับผิดชอบ ผู้ขนส่งไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยนิรโทษกรรมมากล่าวอ้างได้ แต่ต้องพิจารณาตามบทยกเว้นความรับผิดตามพระราชบัญญัติการรับ

⁶⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 291/2473.

⁶⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5942492.

ชนของทางทะเล พ.ศ.2534 ซึ่งเป็นบทบัญญัติโดยเฉพาะ ในขณะที่กรณีผู้กระทำเป็นบุคคลอื่น บุคคลนั้นจะได้รับการยกเว้นความรับผิดเพราะเป็นกรณีที่ทำบุบสลาย หรือทำลายทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใด เพื่อจะบำบัดปัดป้องภัยอันตรายซึ่งมีมาเป็นสาธารณะโดยฉุกเฉิน และเป็นกรณีที่หลักนิติโทษกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีผลบังคับใช้

การที่ไม่มีบทบัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะข้างต้นยังอาจก่อให้เกิดปัญหาที่ต้องตีความอีกว่าการกระทำของผู้ขนส่งที่ทำให้เกิดความเสียหายดังกล่าวนั้นเป็นการผิดสัญญา รับขนของทางทะเลซึ่งต้องพิจารณาตามหลักนิติกรรม หรือเป็นเรื่องเฉพาะที่เกิดขึ้นซึ่งเป็นนิติเหตุและต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายละเมิด⁶⁸ ซึ่งนอกจากจะมีความไม่ชัดเจนแล้ว หากกรณีผลในความรับผิดไม่สอดคล้องกันตามที่วินิจฉัยไว้ก็อาจทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม และไม่สอดคล้องกับหลักแนวคิดกฎหมายสิ่งแวดล้อมตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นอีกด้วย

5.3 หลักยกเว้นความรับผิดตามหลักของ United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (Rotterdam Rules) เกี่ยวกับการปกป้องสิ่งแวดล้อม

Rotterdam Rules มีข้อกำหนดให้ผู้ขนส่งได้รับการยกเว้นความรับผิดในความเสียหายเสียหาย ส่งมอบชักช้าหากพิสูจน์ได้ว่าความเสียหายเสียหาย ส่งมอบชักช้าเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม⁶⁹ โดยมีข้อสังเกตว่าบทบัญญัตินี้ยังครอบคลุมไปถึงความพยายาม (attempts) เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมด้วย จึง

⁶⁸ อนึ่ง เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3814/2525 วินิจฉัยว่า โจทก์บรรยายฟ้องว่าจำเลยที่ 1 รับขนส่งโจทก์ผู้โดยสารจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นลูกจ้างจำเลยที่ 1 ยกสิ่งของของโจทก์ให้แก่ผู้โดยสารอื่นไปโดยปราศจากความระมัดระวังทำให้โจทก์เสียหาย เมื่อการกระทำของจำเลยเป็นการละเมิดสิทธิของโจทก์ด้วย จำเลยจึงอาจต้องรับผิดทั้งในด้านสัญญาและละเมิดพร้อมๆ กัน ซึ่งโจทก์มีสิทธิจะฟ้องอย่างไรก็ได้ ดังนั้น การที่โจทก์ฟ้องให้จำเลยรับผิดในมูลละเมิดจึงไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย แต่คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้มีก่อนที่จะมีการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534.

⁶⁹ Article 17.

3. The carrier is also relieved of all or part of its liability pursuant to paragraph 1 of this article if, alternatively to proving the absence of fault as provided in paragraph 2 of this article, it proves that one or more of the following events or circumstances caused or contributed to the loss, damage, or delay:

(n) Reasonable measures to avoid or attempt to avoid damage to the environment;
or.

หมายความว่า แม้ว่าภายหลังจากการใช้มาตรการดังกล่าวแล้ว การแก้ไขปัญหาล้วงลอมจะไม่สำเร็จ แต่หากผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่าเป็นการกระทำไปเพื่อพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดลอม ย่อมได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ

แต่ทั้งนี้ ข้อกำหนดของ Rotterdam Rules ยังคงกำหนดให้ผู้ขนส่งอาจต้องรับผิดชอบหรือแต่บางส่วน แม้ว่าความสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้าเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากมาตรการที่สมเหตุผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดลอม หากอีกฝ่ายหนึ่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ขนส่งเป็นสาเหตุหรือมีส่วนทำให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น⁷⁰

จึงอาจกล่าวได้โดยทั่วไปว่า สำหรับ Rotterdam Rules นั้น การที่ผู้ขนส่งทำให้เกิดการสูญหาย เสียหาย ส่งมอบชักช้า ขึ้นกับสินค้าที่ตนรับขนมา แต่หากความเสียหายนั้นเกิดจากมาตรการที่สมเหตุผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดลอมผู้ขนส่งจะได้รับยกเว้นความรับผิดชอบ

6. บทสรุป

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 จะเห็นว่า พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเว้นความรับผิดชอบให้แก่ผู้ขนส่งหากผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมแล้วทำให้เกิดความเสียหายแก่ของที่ตนรับขน และผู้ขนส่งไม่อาจอ้างข้อยกเว้นความรับผิดชอบเรื่องนิรโทษกรรมได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 บัญญัติถึงความรับผิดชอบของผู้ขนส่งเอาไว้โดยเฉพาะซึ่งรวมกรณีละเมิดด้วยแล้ว การฟ้องให้ผู้ขนส่งรับผิดชอบในการขนส่งของทางทะเลจึงเป็นกรณีที่ต้องนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้จะนำกฎหมายลักษณะละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับไม่ได้⁷¹

แต่การที่ผู้ขนส่งไม่ได้รับยกเว้นความรับผิดชอบหากใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดลอมน่าจะขัดกับหลักกฎหมายสิ่งแวดลอม กล่าวคือ เมื่อพิจารณาด้วยหลักการไม่ทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติของรัฐอื่นๆ (Obligation Not to Cause Damage) พบว่า กรณีความเสียหายที่

⁷⁰ Article 17.

4. Notwithstanding paragraph 3 of this article, the carrier is liable for all or part of the loss, damage, or delay: (a) If the claimant proves that the fault of the carrier or of a person referred to in article 18 caused or contributed to the event or circumstance on which the carrier relies; or.

⁷¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1639/2549.

เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมระหว่างการขนส่งสินค้าทางทะเลอาจส่งผลกระทบต่อหลายประเทศ และอาจทำให้ประเทศอื่นๆ ได้รับผลกระทบ จึงสมควรที่กฎหมายจะยกเว้นความรับผิดชอบให้กับผู้ขนส่งหากผู้ขนส่งทำให้เกิดความเสียหายขึ้นเนื่องจากการใช้มาตรการเพื่อดูแลปกป้องสิ่งแวดล้อม เพื่อเป็นการลดความเสียหายที่อาจเกิดกับสิ่งแวดล้อมของประเทศอื่น นอกจากนี้ ตามหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) ซึ่งมีแนวคิดว่าการรักษาสิ่งแวดล้อมประเทศต่างๆ ควรดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมแบบป้องกัน ข้ออ้างที่ว่ายังไม่มีคำแนะนำทางวิทยาศาสตร์ จะไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลในการไม่บังคับใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม เพื่อเป็นการลดความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมในกรณีที่ยังไม่มีผลพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนว่าการกระทำหนึ่งจะเป็นผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม แต่หากปล่อยให้มีการกระทำนั้น แล้วจึงทราบในภายหลังว่ามีผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม การเยียวยารักษาย่อมทำได้ยากและอาจไม่ประสบผลสำเร็จ ทำให้ผู้ขนส่งจึงสมควรกระทำการใดๆ เพื่อปกป้องความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อม โดยไม่ต้องกังวลว่าตนจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในภายหลัง เพื่อเป็นการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมตามหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน เพราะหากผู้ขนส่งต้องกังวลว่าตนจะต้องรับผิดชอบทั้งที่การกระทำของตนเป็นไปเพื่อการรักษาสิ่งแวดล้อม ผู้ขนส่งคงไม่ใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด ซึ่งน่าจะเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักมาตรการปกป้องและการป้องกันตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยเมื่อพิจารณาประกอบกับหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) ที่มีแนวคิดว่าคุณค่าใดที่เป็นผู้ทำให้เกิดมลพิษซึ่งทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ควรที่จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งเสริมให้เกิดความตระหนักถึงหน้าที่ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม จะเห็นว่า ผู้ขนส่งไม่ใช่ผู้ทำให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม และไม่ใช่ผู้ทำให้เกิดสิ่งแวดล้อมเสียหาย แต่ผู้ขนส่งเป็นผู้ดำเนินการเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ผู้ขนส่งจึงไม่สมควรที่จะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายและความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการปกป้องสิ่งแวดล้อม แต่ผู้ที่ควรจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายดังกล่าวควรจะเป็นบุคคลที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม โดยถือเอาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการที่ผู้ขนส่งใช้มาตรการเพื่อป้องกันสิ่งแวดล้อมเป็นส่วนหนึ่งของค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมนั่นเอง และจะเห็นได้ว่า การออกกฎหมายเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบให้ผู้ขนส่งจากการใช้มาตรการเพื่อป้องกันสิ่งแวดล้อมยังเป็นไปตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development) อีกด้วย เพราะตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนเป็นการพัฒนาเพื่อตอบสนองความต้องการของปัจจุบันโดยไม่ทำให้บุคคลยุคต่อไป เสียความสามารถในการตอบสนองความต้องการของตน กรณีที่มีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นแล้วผู้ขนส่งสามารถกระทำการใดเพื่อปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมได้ทันทีโดยไม่ต้องกังวลว่าตนจะต้องรับผิดชอบ ซึ่งจะเป็นการลดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมให้น้อยลงได้ ย่อมเป็นการสะท้อนถึงหลักการลด

ความเสียหายที่อาจเกิดต่อสิ่งแวดล้อมจากการกระทำของคนรุ่นปัจจุบันและไม่ทำให้คนรุ่นต่อไปเสียความสามารถในการตอบสนองความต้องการของคนอีก ด้วยการพัฒนานกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืนอีกด้วย

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายละเมิดว่าด้วยนิรโทษกรรม หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อม หลักความคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลตาม The United Nations Convention on the Law of the Sea และหลักการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งตาม Rotterdam Rules ผู้ขนส่งสมควรที่จะได้รับยกเว้นความรับผิดหากใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม แต่พระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 ไม่ได้บัญญัติถึงกรณีดังกล่าวเอาไว้โดยเฉพาะ และไม่มีบทบัญญัติใดจะมาปรับใช้กับกรณีนี้ได้ ประกอบกับการยกเว้นความรับผิดตามหลักกฎหมายละเมิดเรื่องนิรโทษกรรม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจไม่สามารถนำมาใช้ได้ เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวและเพื่อให้กฎหมายภายในประเทศของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการพัฒนามาตรฐานกฎหมายเพื่อรักษาสิ่งแวดล้อม จึงสมควรที่จะแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 โดยนำเอาหลักกฎหมายตาม Rotterdam Rules มาเทียบเคียง

โดย Rotterdam Rules มีข้อกำหนดให้ผู้ขนส่งได้รับยกเว้นความรับผิดในความสูญหายเสียหาย ส่งมอบชักช้าหากพิสูจน์ได้ว่าการสูญหายเสียหาย ส่งมอบชักช้าเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม และยังกำหนดให้ผู้ขนส่งอาจต้องรับผิดทั้งหมดหรือแต่บางส่วน แม้ว่าความสูญหายเสียหาย ส่งมอบชักช้าเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากมาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม หากอีกฝ่ายหนึ่งสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ขนส่งเป็นสาเหตุหรือมีส่วนที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้น ดังนั้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมจึงสมควรวางเงื่อนไขการยกเว้นความรับผิดของผู้ขนส่งจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมไว้เฉพาะในกรณีที่ความเสียหายดังกล่าวไม่ได้เกิดจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อหรืออยู่ในความรู้เห็นของผู้ขนส่งรวมไปถึงตัวแทนและลูกจ้างของผู้ขนส่งเท่านั้น เพราะมิฉะนั้นจะกลายเป็นว่าผู้ขนส่งสามารถอ้างเรื่องการปกป้องสิ่งแวดล้อมมายกเว้นความรับผิดของตนทั้งที่ผู้ขนส่งเป็นสาเหตุหรือมีส่วนที่ทำให้เกิดเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมเอง

ส่วนในกรณีที่ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นผลจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งหรือตัวแทนและลูกจ้างของผู้ขนส่งร่วมอยู่ด้วย สมควรที่จะยกเว้นความรับผิดให้กับผู้ขนส่งในการใช้มาตรการใดเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมเฉพาะในส่วนที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของตนเท่านั้น ด้วยการเฉลี่ยความรับผิดตามความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัดส่วนที่สมควรต้องรับผิด

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตที่สำคัญว่าข้อกำหนดของ Rotterdam Rules ใช้คำว่า มาตรการที่สมเหตุสมผลเพื่อหลีกเลี่ยงหรือพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม (reasonable measures to

avoid or attempt to avoid damage to the environment) ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาว่า มาตรการที่ผู้ขนส่งใช้เป็นมาตรการที่สมเหตุผลเพื่อดูแลรักษาสสิ่งแวดล้อมหรือไม่ เนื่องจากอาจยังไม่มี ความชัดเจนทางวิทยาศาสตร์ในเรื่องนั้นๆ ในขณะที่การตัดสินใจของผู้ขนส่งจำต้องกระทำด้วยความรวดเร็ว ซึ่งหากพิจารณาถึงแนวคิดของกฎหมายสิ่งแวดล้อมเรื่องหลักมาตรการปกป้องและการป้องกัน (Preventive Action and Precaution) ที่กำหนดให้ประเทศต่างๆ ควรดำเนินการด้านสิ่งแวดล้อมแบบป้องกัน ข้ออ้างที่ว่ายังไม่มี ความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ จะไม่ถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลในการไม่บังคับใช้มาตรการเพื่อรักษาสสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ระดับของภาระการพิสูจน์ของผู้ขนส่งว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสมเหตุผลเพื่อรักษาสสิ่งแวดล้อม จึงควรอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าระดับที่สมเหตุผล (reasonable) เนื่องจากผู้ขนส่งอาจไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นสิ่งที่สมเหตุผลแล้วจากปัญหาความไม่ชัดเจนทางวิทยาศาสตร์ซึ่งขณะเกิดเหตุการณ์ที่ผู้ขนส่งตัดสินใจใช้มาตรการนั้นอาจยังไม่มีผลพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชี้ชัดว่าเหตุการณ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลเสียหยา ต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ เพียงใด ภายหลังจากการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมแล้ว แล้วจะเป็นการปกป้องรักษาสสิ่งแวดล้อมได้มากน้อยเพียงใด ซึ่งรวมไปถึงการที่ผู้ขนส่งอาจถูกโต้แย้งว่าเมื่อพิจารณามูลค่าในเชิงเศรษฐศาสตร์แล้ว ความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจมากกว่าผลดีที่ได้จากการรักษาสสิ่งแวดล้อม หรืออาจมีวิธีทางอื่นซึ่งคิดค้นได้ในภายหลังที่จะดำเนินการอย่างมีประสิทธิภาพกว่า หรือประหยัดกว่า เป็นต้น และอาจส่งผลให้ผู้ขนส่งตัดสินใจไม่ดำเนินการใดๆ เพื่อป้องกันสิ่งแวดล้อม เพราะเกรงว่าตนอาจต้องรับผิดชอบในภายหลังหากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนสมเหตุผลแล้ว แต่หากปรากฏในภายหลังว่า เหตุดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม และการกระทำของผู้ขนส่งจะสามารถลดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้ ก็จะเป็นเรื่องที่น่าเสียดายและส่ง ผลเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของนานาประเทศ เพื่อให้ช้อยกเว้นความรับผิดชอบนี้สอดคล้องกับแนวคิดเรื่องหลักมาตรการปกป้องและการป้องกันความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม จึงสมควรกำหนดให้ผู้ขนส่งได้รับการยกเว้นความรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนนั้นพอสมควรแก่วิสัยและพฤติการณ์ใน ภาวะเช่นนั้นน่าจะเหมาะสมกว่า

7. ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้เกิดความชัดเจนของกฎหมาย ก่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม และทำให้กฎหมายของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับหลักการปกป้องสิ่งแวดล้อม จึงเห็นสมควรให้เพิ่มเติมมาตรา เพื่อยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ขนส่งในพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534 โดยให้มีข้อความว่า

“ผู้ขนส่งไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า ถ้าพิสูจน์ได้ว่าการสูญหาย เสียหาย หรือส่งมอบชักช้า นั้นเกิดขึ้นหรือเป็นผลจากการใช้มาตรการใดๆ เพื่อปกป้อง หรือพยายามปกป้องสิ่งแวดล้อม

ผู้ขนส่งอาจต้องรับผิดชอบทั้งหมด หรือแต่บางส่วน หากอีกฝ่ายหนึ่งพิสูจน์ได้ว่า ความเสียหาย ต่อสิ่งแวดล้อมตามวรรคหนึ่ง เป็นผลจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่ง หรือ เป็นผลจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ขนส่งร่วมอยู่ด้วย กรณีนี้ให้ผู้ขนส่งยกเว้นความรับผิดชอบได้เฉพาะการใช้มาตรการเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมในส่วนที่ไม่ได้เกิดจากความผิดหรือความประมาทเลินเล่อของตนเท่านั้นด้วยการเฉลี่ยความรับผิดชอบตามความเสียหายที่เกิดขึ้นตามสัดส่วนที่สมควรต้องรับผิดชอบ

ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการรักษาสิ่งแวดล้อม ให้ผู้ขนส่งได้รับประโยชน์จาก บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสอง เมื่อผู้ขนส่งพิสูจน์ได้ว่าการกระทำของตนนั้นเป็นการพอสมควร แก่วิสัยและพฤติการณ์ในภาวะเช่นนั้นแล้ว”

บรรณานุกรม

- พจน์ ปุษปาคม. **ละเมิด**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2530.
- วารี นาสกุล. **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2559.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์. **คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ศักดิ์ สมองชาติ. **คำอธิบายโดยย่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดและความรับผิดชอบทางละเมิดตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544.
- พระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ.2534.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 291/2473.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1639/2549.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 594/2492.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5558/2555.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7591/2542.
- Bernie, Patricia. Alan Boyle and Catherine Redgwell. **International Law and The Environment**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2009.
- Best, Arthur and David Barnes. **Basic Tort Law: Cases, Statutes, and Problems**. New York: Aspen Publishers, 2007.
- Charter of the United Nations.
- Cooke, John. **Law of Tort**, 9th ed. Essex: Pearson Education Limited, 2009.
- Elliott, Catherine and Frances Quinn. **Tort Law**. 7th ed. Essex: Pearson Education Limited, 2009.
- Goode, Roy. **Goode on Commercial Law**. Finland: Penguin Books, 2010.
- Harpwood, Vivienne. **Modern Tort Law** 7th ed. Oxon: Routledge-Cavendish, 2009.
- Kiss, Alexandre and Dinah Shelton. **Guide to International Environmental Law**. Boston: MartinusNijhoff Publishers, 2007.

Louka, Elli. **International Environmental Law**. New York: Cambridge University Press, 2006.

Nordquist, Myron and others. **United nations convention on the law of the sea: A commentary**. Dordrecht: MartinusNijhoff Publishers, 2002.

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future [Online]. Available URL:<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>, 2019 (February, 2).

Sand, Philippe. **Principle of International Environment Law**. 2nd ed. UK: Cambridge University Press, 2003.

Sunkin, Maurice. David M. Ong and Robert Wight. **Source Book on Environmental Law**. 2nd ed. UK: Cavendish Publishing Limited, 2002.

Stuhmcke, Anita. **Essential Tort Law**. 2nd ed. London: Cavendish Publishing, 2001.

Surocco v. Geary, 3 Cal. 69 (Cal. 1853).

The Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment.

The Hague Rules as Amended by the Brussels Protocol 1968.

The Mayor of Bradford v Pickles, [1895] AC 587.

The Rio Declaration on Environment and Development.

The United Nations Convention on the Law of the Sea.

แนวทางการพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค
จากกรณีสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย

รัฐสภา จุริมาศ

**แนวทางการพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากกรณีสินค้า
ไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย***
**Development Guideline to the Measure of Consumer Protection
to the Defective Product in Thailand**

รัฐสภา จุริมาศ**
Rattasapa Chureemas

บทคัดย่อ

จากการศึกษากฎหมายที่มีการบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน พบว่าประเทศไทยยังไม่ปรากฏกฎหมายที่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองเจาะจงไปยังสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานที่ได้มีการจำหน่ายไปแล้วให้แก่ผู้บริโภค มีแต่กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคทั่วไปและเป็นในลักษณะของกฎหมายประเภทคุ้มครองเมื่อเกิดความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าขึ้นมาแล้วเท่านั้น นอกจากนี้เป็นเพียงมาตรการของกระทรวงอุตสาหกรรมที่ว่ามาตรฐานสินค้าที่ต้องได้รับรองคุณภาพมาตรฐานอุตสาหกรรมเท่านั้น ยังไม่

*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ข้อเสนอแนะว่าด้วยการออกกฎหมายความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ดร.ธเนศ สุจารีกุล และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์ (พิเศษ) จรรย์ ภักดีธนากุล ศาสตราจารย์ ดร.สมปอง สุจริตกุล ศาสตราจารย์ (พิเศษ) วิชา มหาคุณ และศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร.

This article is a part of dissertation "The Recommendations on Enactment of Defective Product Law (Lemon Law) for Thailand". This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Doctor Degree of Law at Rangsit University. Dr.Thanes Sucharikul and Assistant Professor Dr.Poom Moolsilpa are advisors. Adjunct Professor Charan Pakdeethanakul, Professor Dr.Sompong Sucharitkul, Adjunct Professor Vicha Mahakun, Professor Dr.Prasit Aekaputra are examiners.

**นักศึกษาลัทธิสุตฺรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต. E-mail: m.rattasapa@gmail.com.

LL.D. Candidate at Rangsit University.

วันที่รับบทความ (received) 4 มีนาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 15 พฤษภาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2563.

ครอบคลุมถึงสินค้าในลักษณะอื่นที่อาจไม่อยู่ในข่ายการผลิตในเชิงอุตสาหกรรม เพื่อให้เกิดองค์ความรู้ในการเสนอแนวทางที่เหมาะสม การศึกษาโดยการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก ตลอดจนการศึกษาเชิงเปรียบเทียบสามารถสร้างข้อเสนอแนะในการตรากฎหมาย

ทั้งนี้ จากกระบวนการศึกษาเปรียบเทียบตามร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อสินค้าชำรุดบกพร่อง พ.ศ. และกฎหมายของต่างประเทศนำไปสู่การพัฒนากฎหมายที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทย และนำมาสู่ข้อเสนอแนะในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายโดยสามารถกำหนดให้เกิดความชัดเจนในเรื่อง 1) การกำหนดความหมายของสินค้าไม่ได้มาตรฐาน บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้อง และผู้ประกอบการ 2) การกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้สิทธิ 3) การกำหนดช้อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบการ 4) การกำหนดมาตรการภายหลังการรับซื้อคืนและการขายสินค้าตามสภาพ และ 5) การกำหนดข้อกฎหมายในการรับประกันสินค้าของผู้ประกอบการ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมและสมดุลระหว่างสิทธิของผู้บริโภคและสิทธิของผู้ประกอบการอย่างเป็นธรรม ทั้งยังสามารถยกระดับมาตรฐานสินค้าของประเทศไทยให้มีการพัฒนาขึ้นในอีกระดับหนึ่ง

คำสำคัญ: สินค้าไม่ได้มาตรฐาน, สินค้าชำรุดบกพร่อง, เลมอน ลอว์

Abstract

From studying the law that is currently in force, Thailand does not have any specific consumer protection laws of defective or non-quality products the consumers purchased. There are basic principles to protect consumers and some laws that provide remedies for consumers who receive defective products. The only measured control on non-quality products and defective products is under the Industrial Ministry by the Thai Industrial Standard Institute, who certifies products under the code TIS, will have to perform to the industry standard for producing. However, TIS standard does not cover other non-industrial products. In order to create knowledge in proposing suitable guidelines, studies have been made by document research, in-depth interviews, as well as a comparative study to provide suggestions for legislative proposal.

The comparative study under the Draft Product Liability Defect Act B.E and foreign laws has led to development of laws that are essential to consumer protection in Thailand. Thus, this study is able to propose in the determination of legal measures that can be clarified and specified in 1) The definition of the product is not standardized. Person who has the right to claim, 2) Specifying conditions for enforcement of rights, 3) Specifying exclusions of liability of business operators, 4) Determining measures after redemption and sales of products under conditions, and 5) Setting laws for guarantee of business products. The propose is in order to create a suitable and a balance between consumer rights and rights of business operators, while also being able to improve Thailand's product standards to a higher level of development.

Keywords: non-quality product, defective product, lemon law

1. บทนำ

จากการศึกษามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายสินค้าระหว่างผู้บริโภคกับผู้ขาย ผู้นำเข้า หรือผู้ผลิต ต่อประเด็นสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือสินค้าอันมีความชำรุดบกพร่อง อันเป็นเหตุให้ผู้บริโภคไม่สามารถใช้สินค้าดังกล่าวได้อย่างเต็มประสิทธิภาพอย่างพึงพอใจต่อการทำงานของสินค้าประเภทนั้นๆ ซึ่งการอาศัยหลักการคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะผู้ซื้อต้องระวัง¹ (Caveat Emptor หรือ Let the buyer beware)² ไม่อาจบังคับใช้ได้ต่อกรณีสินค้าที่มีการผลิตและนำมาจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคในปัจจุบัน ด้วยเหตุจากวิวัฒนาการของการผลิตที่มีความซับซ้อนเกินกว่าผู้บริโภคจะพึงใช้ความระมัดระวังทั่วไปในการตรวจสอบสินค้าดังกล่าวได้³ ฉะนั้น กลไกสำคัญในการช่วยเหลือผู้บริโภคเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองจากการซื้อสินค้าจึงเป็นเรื่องที่ภาครัฐต้องดำเนินการ ในการสร้างมาตรการทางนโยบาย ตลอดจนกลไกทางกฎหมาย เพื่อกำหนดแนวทางและควบคุมให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองที่อาจเกิดจากการซื้อสินค้าที่ไม่อาจทราบถึงความบกพร่องจากสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานทั้งจากตัวผู้ขาย ผู้นำเข้า หรือตลอดจนผู้ผลิตสินค้าดังกล่าว

มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคสำหรับประเทศไทยในปัจจุบัน มุ่งเน้นในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในลักษณะทั่วไป รวมถึงมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อได้รับอันตรายจากการใช้สินค้าที่ไม่ปลอดภัย ดังปรากฏใน พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 ในปี พ.ศ.2541 และพระราชบัญญัติความรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 เป็นต้น จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังไม่ปรากฏกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเฉพาะเจาะจงที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคต่อการใช้สินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานหรือมีความชำรุดบกพร่องอันส่งผลต่อความพึงพอใจของผู้บริโภค ซึ่งจากการศึกษามาตรการดังกล่าวพบว่า มีเพียงมาตรการของกระทรวงอุตสาหกรรมที่ว่า มาตรการสินค้าที่ต้องได้รับรองคุณภาพมาตรฐานอุตสาหกรรม (มอก.) เท่านั้น ยังไม่ครอบคลุมถึงสินค้าในลักษณะอื่นที่อาจไม่อยู่ในข่ายการผลิตในเชิงอุตสาหกรรม เช่น

¹ Antonella Corradi, *International Law and Consumer Protection: The history of consumer protection* [Online], available URL: http://www.nyulawglobal.org/globalex/International_Law_Consumer_Protection.html, 2015 (January, 29).

² สุขุม ศุภนิธย์, *คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 1-2.

³ ปกรณ์ นิลประพันธ์, *การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค* [Online], available URL: <http://www.lawreform.go.th>, 2548 (กุมภาพันธ์, 27).

อุปกรณ์ทำความสะอาด เพอร์นิเจอร์ เครื่องฟอกอากาศบางประเภท โทรศัพท์เครื่องที่ เป็นต้น ทั้งเป็นมาตรการที่ไม่กำหนดแนวทางการเยียวยาให้แก่ผู้บริโภค

การพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคต่อประเด็นสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐาน หรือมีความชำรุดบกพร่องนั้น ไม่ใช่เป็นมาตรการที่เพิ่งมีขึ้นและผู้เขียนนำมาเสนอเพื่อให้มีการเปลี่ยนแปลงในประเทศไทย แต่มาตรการและแนวทางการพัฒนาในประเด็นดังกล่าวจากการศึกษาพบว่า หลายประเทศมีการพัฒนากลไกในการให้ความคุ้มครองในประเด็นนี้มาเป็นเวลานานแล้ว อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ประเทศญี่ปุ่น หรือประเทศในอาเซียนที่เพิ่งมีการพัฒนา กฎหมายลักษณะนี้ ดังเช่น ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ากลไกในประเด็นนี้มีใช้เป็นแต่ หนทางในการคุ้มครองผู้บริโภคต่อการซื้อสินค้าจากผู้ผลิตหรือผู้จำหน่ายเท่านั้น แต่ยังเป็นมาตรการ ทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นกลไกที่สร้างให้ผู้ผลิตสินค้าตระหนักถึงความสำคัญในการผลิตสินค้าที่มีคุณภาพ เพื่อให้ถึงมือผู้บริโภคอย่างเหมาะสม

2. แนวคิดพื้นฐานในการคุ้มครองผู้บริโภค

เมื่อการบริโภคเป็นปัจจัยสำคัญในการดำรงชีวิตของมนุษย์ เพื่อสนองต่อความต้องการขั้น พื้นฐาน ภายใต้ทฤษฎีความต้องการของมาสโลว์ (Maslow a Theory of Need Gratification)⁴ โดยนักจิตวิทยา อับราฮัม มาสโลว์ (Abraham Maslow) ที่กล่าวถึงด้านความต้องการขั้นพื้นฐาน (physiological needs) ของมนุษย์ หรือที่เข้าใจอย่างง่ายว่า “ความต้องการปัจจัย 4 หรือปัจจัยเพื่อการดำรงชีวิต”⁵ ทั้งในการบริโภคสินค้าและบริการต่างๆ ฉะนั้นจึงปฏิเสธไม่ได้ว่าการบริโภคเป็นสิ่ง สำคัญที่มนุษย์ทุกคนปฏิบัติเพื่อการดำรงชีวิตของตน

ภายใต้สังคมที่วิวัฒนาการเรื่อยมา สินค้าและบริการต่างถูกผลิตขึ้นทั้งเพื่อสนองความ ต้องการของมนุษย์และส่วนหนึ่งเพื่อแสวงหากำไรตามความต้องการของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ มากยิ่งขึ้น เมื่อสินค้าเริ่มเข้าสู่ตลาดตามความต้องการของกลไกตลาดกระบวนการผลิตสินค้านั้นย่อมมี วิวัฒนาการตามไปด้วย เพื่อเร่งกระบวนการผลิตให้ทันต่อความต้องการของผู้บริโภคนำมาสู่การ ตรวจสอบคุณภาพของสินค้าที่ลดลงส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคจากความชำรุดบกพร่อง ของสินค้า (Defective Product) รัฐจึงจำเป็นต้องมีบทบาทสร้างแนวทางหรือมาตรการในการ

⁴ Abraham H. Maslow, “A Theory of Human Motivation,” *Psychological Review* 50 (1943): 340-396.

⁵ กนกพร สุโพภาค, “การธำรงรักษานักงาน (Employee retention),” (วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจ บัณฑิต วิทยาลัยพาณิชยศาสตร์, มหาวิทยาลัยบูรพา, 2553), หน้า 9.

เยียวความเสียหายที่เกิดแก่ผู้บริโภค ตลอดจนวางมาตรการป้องปรามมิให้เกิดการผลิตสินค้าด้วยคุณภาพออกสู่ท้องตลาดได้

2.1 หลักเสรีภาพในการค้าและการประกอบธุรกิจ (Freedom of Enterprise)

เมื่อการค้าแบบเสรีเป็นที่แพร่หลาย เกิดการแข่งขันในทางการค้า การแสวงหาประโยชน์เพื่อให้ตนเองเกิดความมั่นคงมากที่สุดจึงเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในโลกเศรษฐกิจยุคใหม่ (Model Economics) ทฤษฎีการค้าเสรี ที่เน้นการยกเลิกอุปสรรคของการค้า การลงทุน และ การเคลื่อนย้ายของเงินทุน จะมีผลสัมฤทธิ์สูงในภาวะที่ผู้แข่งขันสามารถที่จะแข่งขันบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน แต่มีศักยภาพในแต่ละธุรกิจที่แตกต่างกัน เมื่อผู้ได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบในธุรกิจหนึ่งสามารถชนะการแข่งขัน ผู้ที่เสียเปรียบกว่าก็ออกจากตลาดการแข่งขันไป และย่อมสามารถที่จะแสวงหาโอกาสในการเข้าสู่ตลาดที่ตนมีความสามารถอื่นๆ ที่ดีกว่าได้⁶ เนื่องจากมีศักยภาพที่ไม่แตกต่างกัน แต่จะแตกต่างกันในความชำนาญการ ด้านใดด้านหนึ่งที่ดีกว่าคู่แข่ง การแข่งขันย่อมนำมาสู่การเป็นเลิศในทุกทางของแต่ละสาขาวิชาชีพ หรือ อาชีพ หากการแข่งขันในตลาดนั้น ผู้แข่งขันไม่สามารถที่จะแข่งขันกันได้ในทุกลักษณะ ผู้อ่อนด้อยกว่าย่อมสูญเสีย และ พ่ายแพ้ในการแข่งขัน ประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ควรจะต้องอยู่กับผู้บริโภคย่อมจะถูกโอนไปยังประเทศที่มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่า⁷ และเมื่อโลกปัจจุบันมีการค้าอย่างเสรีการผลิตสินค้าย่อมเป็นการใช้ทรัพยากรได้อย่างคุ้มค่าเพราะผู้ผลิตสินค้าสามารถผลิตสินค้าได้ในจำนวนที่มากภายใต้ราคาต้นทุนที่ต่ำ

ฉะนั้นสอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire, Economic Free)⁸ ที่ประชาชนทุกคนมีสิทธิเสรีภาพความเท่าเทียมกันแห่งสิทธิของประชาชนทุกคนในการประกอบการค้าต่างๆ เป็นระบบเศรษฐกิจที่เอกชนเป็นเจ้าของปัจจัยการผลิต มีเสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างเต็มที่ โดยที่รัฐจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องหรือแทรกแซงในการดำเนินกิจกรรมทาง

⁶ Richard M. Ebeling, *Economic Ideas: Adam Smith on Free Trade, Crony Capitalism, and the Benefits from Commercial Society* [Online], available URL: <https://www.fff.org/explore-freedom/article/economic-ideas-adam-smith-free-trade-crony-capitalism-benefits-commercial-society/>, 2016 (December, 19).

⁷ ลาวินัย ธนัตถิลกุล, *การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชน* [Online], available URL: <http://law.stou.ac.th>, 2559 (ตุลาคม, 17).

⁸ Gustav Cohn, "Government and Laissez Faire," *The Economic Journal* 17, 66 (June 1907): 180–191.

เศรษฐกิจ⁹ รัฐทำหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกและการจัดสร้างสาธารณูปโภคต่างๆ ดังนั้นเอกชนจึงเป็นผู้ตัดสินใจแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจต่างๆ โดยใช้ระบบราคาหรือระบบตลาดช่วยในการตัดสินใจว่าจะผลิตอะไร ผลิตอย่างไร ทั้งนี้ราคาเป็นตัวกำหนดว่ามีผู้บริโภคมากน้อยเพียงใดหรือมีผู้ผลิตจำนวนเท่าใด ณ ราคานั้นๆ กำไรคือแรงจูงใจของการผลิต จึงทำให้ระบบเศรษฐกิจนี้มีการแข่งขันทางราคาสูงมากและเป็นไปอย่างเสรี ทั้งนี้เพราะราคาถูกกำหนดขึ้นมาจากอุปสงค์และอุปทานของตลาด¹⁰

ภายใต้ระบบการค้าแบบเศรษฐกิจเสรีดังกล่าว ก่อให้เกิดทฤษฎีสำคัญต่อการประกอบธุรกิจคือ ทฤษฎีเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา กล่าวคือ เสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง ความเป็นอิสระของเอกชนจะถูกจำกัดได้ก็แต่โดยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น เสรีภาพของเอกชนในการทำสัญญาจึงเป็นบ่อเกิดแห่งความยุติธรรม แนวความคิดของทฤษฎีนี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 1134 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสหรือที่นิยมเรียกกันว่าประมวลกฎหมายโนเลียนของฝรั่งเศส (Code Napoleon) ที่ว่า “ความตกลงที่สร้างขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีผลใช้บังคับแก่ผู้ที่ทำความตกลงนั้น”¹¹ ตามทฤษฎีเสรีภาพของการเข้าทำสัญญานั้น มีความหมายตีกรอบที่การยึดถือความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนา (Sanctity of Will)

2.2 บทบาทของรัฐในการควบคุมการทำธุรกิจ

เสรีทางการประกอบธุรกิจหรือเสรีการค้า เป็นกลสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศ โดยการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน ถือเป็นการสร้างความเข้มแข็งทางการค้าโดยที่ภาครัฐไม่ต้องดำเนินการจัดการหรือเข้าแทรกแซง ส่งผลให้เศรษฐกิจสามารถเติบโตได้อย่างเป็นวงกว้างและตรงความต้องการของผู้บริโภค อย่างไรก็ตามปัญหาของการค้าเสรีหากพิจารณาในแง่มุมหนึ่งจะเห็นว่าส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจ แต่เมื่อพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่งแล้วการค้าเสรีจะเห็นว่า หากการค้าเสรี

⁹ William Krist, *Globalization and American's Trade Agreement: Chapter 3 Trade Agreement and Economic Theory* [Online], available URL: <https://www.wilsoncenter.org/chapter-3-trade-agreements-and-economic-theory>, 2019 (May, 22).

¹⁰ อุเทน คำหล้า, *รูปแบบเศรษฐกิจ* [Online], available URL: <https://sites.google.com/site/outenzaa/1-neuxha-bth-reiyn/4-rup-baeb-khxng-sersthkic>, 2559 (ตุลาคม, 23).

¹¹ วิชา มหาคุณ, “ทฤษฎีกฎหมาย,” *วารสารกฎหมาย* 1, 3 (กันยายน 2517): 70-78.

ไม่อยู่ภายใต้กรอบการค้าเสรีอย่างเป็นธรรม ย่อมส่งผลให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจไม่มากนัก และไม่เป็นผลดีต่อการพัฒนาประเทศ¹²

รัฐจึงต้องเข้ามามีบทบาทสำคัญเพื่อควบคุมการดำเนินธุรกิจของภาคเอกชน เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาต่างๆ จนอาจส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ และหมายความรวมถึงส่งผลในแง่ลบต่อการบริโภคสินค้าและบริการของผู้บริโภค เนื่องจากเสรีการค้าที่ปราศจากการค้าที่เป็นธรรม

หลักการว่าด้วย “กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ”¹³ จึงเกิดขึ้น เพื่อให้รัฐสามารถเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของเอกชน ตลอดจนกำหนดระเบียบ ข้อบังคับ หรือควบคุม เป็นกลไกรับรองและคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนและวางหลักเกณฑ์กฎหมายต่างๆ หากปรากฏว่าอาจมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ ภายใต้การรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน โดยมีข้อกำหนดว่า

“มาตรา 46 สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง

บุคคลย่อมมีสิทธิรวมกันจัดตั้งองค์กรของผู้บริโภคเพื่อคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค องค์กรของผู้บริโภคตามวรรคสองมีสิทธิรวมกันจัดตั้งเป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระเพื่อให้เกิดพลังในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคโดยได้รับการสนับสนุนจากรัฐ ทั้งนี้หลักเกณฑ์และวิธีการจัดตั้ง อำนาจในการเป็นตัวแทนของผู้บริโภค และการสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” การกำหนดในรัฐธรรมนูญดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าได้มีการรับรองสิทธิของผู้บริโภคไว้และเป็นการกำหนดสิทธิของผู้บริโภคว่าย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนดและรัฐพึงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามโดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่ของรัฐตามดังปรากฏใน

“มาตรา 61 รัฐต้องจัดให้มีมาตรการหรือกลไกที่มีประสิทธิภาพในการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภคด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นด้านความรู้ข้อมูลที่เป็นจริง ด้านความปลอดภัยด้านความเป็นธรรมในการทำสัญญา หรือด้านอื่นใดอันเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค”

เห็นได้ว่ารัฐสามารถเข้าแทรกแซงการดำเนินงานของเอกชนได้ ก็เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจมีขึ้นต่อทั้งระบบเศรษฐกิจของประเทศหรือผู้บริโภคในประเทศนั่นเอง ฉะนั้น รัฐจึงจำเป็นต้องร่างกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจต่างๆ ของเอกชน บทบาทของรัฐในการตรากฎหมายเพื่อ

¹² ชวินทร์ ลีนะบรรจง, เศรษฐศาสตร์ติดดิน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 118-121.

¹³ สุรพล นิติไกรพจน์, “กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ,” เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

คุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคต่อการประกอบธุรกิจของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2530 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดขายตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาความผู้บริโภค พ.ศ.2551 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 เป็นต้น

นอกจากนี้ภายใต้กรอบแนวคิดด้านการบริโภคและการประกอบธุรกิจ โดยทั่วไปผู้ประกอบการธุรกิจมองว่าเป็นสิ่งเดียวกัน และเป็นลักษณะของการค้าเสรีที่ผู้ประกอบการมีสิทธิที่จะขายและผู้บริโภคมีสิทธิที่จะซื้อ แท้จริงแล้วการบริโภคและการประกอบธุรกิจเป็นสิ่งที่แตกต่างกันอย่างมาก เพราะการบริโภคนั้นมีกรอบความหมายที่แคบเป็นลักษณะการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนตัวหรือในครอบครัว แต่การประกอบธุรกิจนั้นเป็นลักษณะกระทำไปเพื่อการประกอบวิชาชีพของตนเพื่อให้ได้ผลกำไรตอบแทน¹⁴ ด้วยความแตกต่างที่กล่าวมานี้ จึงเป็นเหตุที่รัฐจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงกระบวนการธุรกิจเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

2.3 แนวคิดการคุ้มครองผู้บริโภค

แต่เดิมการสร้างสรรค์สิ่งของหรือวิวัฒนาการของการประดิษฐ์สิ่งของต่างๆ ที่ใช้เพื่อการดำรงชีพของมนุษย์ เกิดจากการคิดค้นในลักษณะอย่างกลมกลืนกับธรรมชาติ เรียบง่าย ไม่มีความสลับซับซ้อน ในการคิดค้นหรือประดิษฐ์สิ่งเหล่านั้นขึ้นมา ประกอบกับมนุษย์เมื่อเริ่มมีการตั้งรกรากในที่ต่างๆ เกิดการพัฒนาด้านการสร้างสรรค์สิ่งของ เครื่องใช้ เพื่อใช้ภายในชุมชน และเริ่มมีการซื้อขาย แลกเปลี่ยนสิ่งของ (Sale and Exchange) ระหว่างกัน และเมื่อชุมชนเริ่มขยายตัวขึ้นการบริโภคสิ่งของหรือผลิตภัณฑ์นั้นๆ ขยายตัวจากภายในชุมชน เป็นการแลกเปลี่ยนระหว่างชุมชนกับชุมชน อย่างไรก็ตามภายใต้การประดิษฐ์สิ่งของเพื่อการบริโภค จนนำไปสู่การบริโภคผลิตภัณฑ์สินค้า หรือสิ่งประดิษฐ์ต่างๆ ของผู้บริโภคล้วนเป็นการบริโภคผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะเป็นธรรมดาไม่มีความสลับซับซ้อน จึงเป็นเรื่องที่ผู้บริโภคสามารถพิจารณาเลือกบริโภคได้อย่างง่าย ภายใต้การคุ้มครองผู้บริโภค¹⁵ ขณะนั้นไม่ได้มีการบังคับกฎหมายหรือหลักปฏิบัติเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการบริโภคสินค้านี้ระหว่างผู้บริโภค (ผู้ซื้อ) และผู้ประกอบการ (ผู้ขาย) เพราะการซื้อขายสินค้าเป็น

¹⁴ ดารารพร ธีระวัฒน์, **สัญญาผู้บริโภค** (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 30.

¹⁵ สุขุม ศุภนิติย์, **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค** พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557), หน้า 1-2.

หลักการภายใต้เสรีทางการค้า (Freedom of Trades) ระหว่างเอกชน ที่ให้สิทธิเสรีภาพในการค้าขายระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งทำให้รัฐไม่มีหน้าที่เข้าไปแทรกแซงการดำเนินการของเอกชน นำมาซึ่งหลักที่ว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor หรือ Let the buyer beware)¹⁶ เป็นหลักที่ผู้ซื้อต้องใช้ความระมัดระวังในการเลือกซื้อสินค้า หากมีความเสียหายเกิดขึ้นในตัวสินค้าย่อมเป็นความผิดของผู้ซื้อ ไม่ใช่ความผิดของผู้ขาย¹⁷ ที่ต้องแบกรับความเสี่ยงภัยดังกล่าว

แต่เมื่อสังคมเกิดการขยายตัวมากยิ่งขึ้น เกิดการค้าขายระหว่างเมืองกับเมือง รัฐกับรัฐ ประเทศกับประเทศ จนไปถึงการค้าขายระหว่างทวีปหรือภูมิภาค จากการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ในกรอบเล็กๆ ก็ทำให้ผู้ผลิตที่ประดิษฐ์สิ่งของต่างๆ เริ่มสร้างและอาศัยเทคโนโลยีต่างๆ เพื่อขยายกำลังการผลิตขึ้น และรวมถึงการคิดค้นประดิษฐ์สิ่งของเพื่อการบริโภคที่มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ทั้งในด้านการผลิตและการบริโภคของผู้บริโภค ทำให้การอาศัยหลักการที่ให้เอกชนหรือผู้บริโภคพึงต้องระวังในการเลือกบริโภคเอานั้นทำได้ยากขึ้น เพราะสิ่งประดิษฐ์บางประเภทมีการสร้างสรรค์ที่เกินกว่าความสามารถทั่วไปของผู้บริโภคจะรู้ได้ถึงคุณสมบัติของสินค้าดังกล่าวได้ อาทิเช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ รถยนต์ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

จากกรณีดังกล่าวผู้บริโภคที่ซื้อสินค้าจึงเริ่มได้รับผลกระทบที่ไม่อาจรับรู้ได้ถึงความชำรุดบกพร่องของสินค้าต่างๆ เพราะสินค้ามีกระบวนการผลิตและประดิษฐ์เกินกว่าความสามารถของผู้บริโภคทั่วไปที่จะเข้าใจหลักการของสินค้าได้ หลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” จึงไม่เหมาะสมในการที่จะใช้บังคับเพราะจะเป็นการสร้างความอยุติธรรมให้เกิดขึ้นต่อผู้บริโภค ภาครัฐจึงมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการได้รับการเยียวยาจากความชำรุดบกพร่องของสินค้า ค่าชดเชยจากความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพ และรวมถึงการฟ้องร้องเพื่อบังคับแก่ผู้ประกอบการจึงเป็นการเฉพาะ นอกเหนือจากความคุ้มครองพื้นฐานทั่วไป รัฐซึ่งถือเป็นหน่วยงานมหาชนที่มีหน้าที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองประชาชนภายในรัฐ เล็งเห็นผลกระทบดังกล่าวที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภคที่เป็นประชาชนหรือผู้อาศัยในรัฐ จึงริเริ่มสร้างมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค (Consumer Protection Law) จากการซื้อสินค้าและรวมถึงบริการ จากผู้ผลิต ผู้ประกอบการ หรือผู้ประกอบการ หากก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้บริโภค จากการบริโภคสินค้าหรือบริการ ผู้ผลิต ผู้ประกอบการ หรือผู้ประกอบการ ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าว

¹⁶ Antonella Corradi, op.cit.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 ถึงมาตรา 475 ได้นำหลักดังกล่าวมาใช้เป็นบางกรณีที่ผู้ขายได้รับยกเว้นความรับผิด ในเรื่องความชำรุดบกพร่องของสินค้า.

3. วิเคราะห์มาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากกรณีสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย

เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในหลายด้านด้วยกัน อาทิ พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติยา (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2530 พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 และ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 เป็นต้น ซึ่งเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคที่เรียกว่า มาตรการคุ้มครองหลังจากที่สินค้าเข้าสู่ตลาดแล้ว (Post-market Control Measure) รวมถึงว่าแม้จะได้มีการบัญญัติพระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าอุตสาหกรรม พ.ศ.2511 แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้มุ่งวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเป็นเพียงมาตรการที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจรายใดจะผลิตสินค้าอุตสาหกรรมต้องดำเนินการยื่นให้ตรวจสอบก่อนมีการผลิต และต้องสามารถเข้าตรวจสอบหรือต่อไปอนุญาตตามกฎหมายได้ ฉะนั้น ลักษณะการกำหนดดังกล่าวเป็นเพียงข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจมีหน้าที่ต้องขออนุญาตผลิตสินค้าอุตสาหกรรมก่อนดำเนินการผลิต ซึ่งไม่รวมสินค้าอื่นๆ ในท้องตลาดที่ผู้บริโภคสามารถจับจ่ายใช้สอยได้ ตลอดจนกฎหมายมาตรฐานดังกล่าวเป็นข้อกำหนดหากผู้ประกอบธุรกิจไม่ขออนุญาตจะมีบทลงโทษซึ่งวัตถุประสงค์ไม่สอดคล้องต่อกรณีที่ผู้บริโภคได้รับสินค้าที่บกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐาน ประกอบกับตามที่ได้มีการยกย่องพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้า พ.ศ. ประกอบกฎหมายที่มีการบังคับใช้ในต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Magnuson-Moss Warranty Act, Federal Law) กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Song-Beverly Consumer Warranty Act, Tanner Consumer Protection Act) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น (The Product Liability Act, No. 85, 1994 of Japan) กฎหมายของประเทศสิงคโปร์ (Consumer Protection (Fair Trading) Act, Edition 2012) และกฎหมายของสหภาพยุโรป (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees) ตามที่ผู้เขียนยกขึ้นพิจารณาแล้วนั้น เห็นว่าเดิมประเทศไทยอาศัยอ้างอิงการบังคับกฎหมายเพื่อคุ้มครองภายใต้หลักสัญญาซื้อขายหรือละเมิดซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่เหมาะสมและเป็นอุปสรรคของผู้บริโภคในการเรียกร้องเพื่อการบรรเทาความเสียหาย และรวมถึงมาตรการเยียวยาไม่เอื้อให้ประโยชน์เป็นคุณแก่ผู้บริโภคมากนัก การที่ปัจจุบันมีการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นถือเป็นมิติใหม่ของการคุ้มครองผู้บริโภค อย่างไรก็ตามผู้เขียนมีความเห็นว่าความมุ่งหมายของหลักในการคุ้มครองผู้บริโภคในประเด็นความบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานของสินค้านั้น จำเป็นต้องมีการกำหนดให้เกิดความชัดเจน ไม่ว่าจะเป็นการระบุนิยามให้มีความชัดเจนและการกำหนดให้ครอบคลุม

ประเด็นความเสียหายที่เกิดแก่ผู้บริโภค มาตรการเยียวยาที่เหมาะสม ตลอดจนการคุ้มครองผู้ประกอบการอย่างเป็นธรรมเพื่อให้เกิดสมดุลระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ

การกำหนดความหมายของสินค้าไม่ได้มาตรฐาน ความหมายของบุคคลผู้ได้รับสิทธิความคุ้มครอง และความหมายของผู้ประกอบการ เนื่องจากปัจจุบันกฎหมายของประเทศไทยยังไม่การคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าหรือบกพร่องของสินค้า หากอาศัยหลักกฎหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องความชำรุดบกพร่องในการส่งมอบสินค้าระหว่างผู้ซื้อผู้ขายตามมาตรา 472 มาบังคับใช้ ก็จะไม่ตรงเจตนารมณ์ของการคุ้มครองผู้บริโภคมากนัก ด้วยเป็นเรื่องที่เล็งเห็นถึงการตามสัญญาเท่านั้น ฉะนั้นหากเกิดความไม่ได้มาตรฐานที่ไม่อยู่ในสัญญาก็อ้อมทำให้ผู้บริโภคไม่อาจเรียกร้องค่าเสียหายใดๆ ได้จากผู้ขาย นอกจากนี้ความชำรุดบกพร่องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะนำหลักความรับผิดในมูลละเมิดมาปรับใช้แก่กรณีดังกล่าว ก็ไม่ตรงตามเจตนารมณ์ด้วยความไม่ได้มาตรฐานเช่นว่านี้ไม่ได้สร้างความเสียหายในทางละเมิดให้แก่ผู้บริโภคแต่อย่างใด อีกทั้งกระบวนการตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังไม่อำนวยความสะดวกในกระบวนการดำเนินคดีให้แก่ผู้บริโภคด้วย

หากจะนำหลักนิยามของพระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ.2551 ก็ไม่ตรงตามความมุ่งหมายที่ประสงค์จะคุ้มครอง ด้วยพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมุ่งเอาผิดแก่ผู้บริโภคในกรณีสินค้านั้นๆ สร้างความเสียหายจนเป็นเหตุให้กระทบต่อความปลอดภัยของผู้บริโภค

ฉะนั้น การจะสร้างกลไกให้เหมาะสมต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในปัจจุบันจึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการออกกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองกรณีความไม่ได้มาตรฐานหรือบกพร่องของสินค้าขึ้น ทั้งนี้การกำหนดนิยามความหมาย ขอบเขตการบังคับใช้ ผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย และผู้ที่ถูกกฎหมายกำหนดให้ต้องรับผิดจึงเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องศึกษาและวางแนวทางกำหนดให้เกิดความชัดเจน

โดยการศึกษาพบว่าในกฎหมายของต่างประเทศ อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป กำหนดให้ความหมายของสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองเฉพาะแต่สินค้าใหม่ (New Goods) ที่ผู้บริโภครายที่สุด (End User)¹⁸ อุปโภคซึ่งเป็นสินค้ากลุ่มสังหาริมทรัพย์ โดยให้ผู้ประกอบการไม่ว่าในทอดใดๆ ของกระบวนการผลิตจนถึงมือผู้บริโภคต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อความไม่ได้มาตรฐานหรือบกพร่อง

¹⁸ California Lemon Law Civil Code 1791. “Consumer goods” means any new product or part thereof that is used, bought, or leased for use primarily for personal, family, or household purposes, except for clothing and consumables.

ของสินค้าดังกล่าว ในอีกประการหนึ่งคือกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ที่กำหนดให้ความคุ้มครองดังกล่าวรวมถึงสินค้ามือสองด้วย ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในชั้นกระบวนการผลิตต้องแบกรับความเสียหายอย่างไม่เป็นธรรม ด้วยสินค้ามือสองดังกล่าวมีความกว้างและเปลี่ยนมือกันหลายทอดจนยากที่จะพิเคราะห์ได้ว่าเป็นเพราะกระบวนการผลิตของผู้ประกอบธุรกิจหรือเพราะผู้บริโภคต่อผู้บริโภคเอง

การกำหนดกลไกของกฎหมายเพื่อให้ผู้บริโภคได้รับการเยียวยาอย่างเป็นธรรมและไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร ฉะนั้น การกำหนดกฎหมายโดยให้อำนาจรัฐเข้าแทรกแซงกิจการของเอกชนดังเช่นในกรณีการคุ้มครองผู้บริโภคดังที่ผู้เขียนมุ่งนำเสนอ นั้น จำเป็นต้องกำหนดเงื่อนไขขอบเขตและประเภทของสินค้าที่ได้รับความคุ้มครองว่าจะให้ความหมายครอบคลุมไปถึงสินค้าประเภทใดบ้างนอกจากการเป็นสินค้าใหม่แล้วนั้น เนื่องจากหากให้สินค้าที่มีกฎหมายควบคุมเป็นการเฉพาะอยู่แล้วอยู่ใต้กฎหมายฉบับนี้ย่อมทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้ทั้งต่อผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจและผู้บังคับใช้กฎหมายด้วย หรือสินค้าบางกรณีไม่อาจให้ความคุ้มครองได้อย่างทันทั่วทั้งที่ด้วยสภาพของตัวสินค้านั้นเอง อีกประการหนึ่ง ซึ่งหากมีการตรากฎหมายฉบับนี้ขึ้นการกำหนดเงื่อนไขถือเป็นสาระสำคัญที่ต้องกระทำอย่างรัดกุมและชัดเจน

อีกประการหนึ่ง คือแนวทางในการบังคับใช้มาตรการเยียวยา จากการศึกษาในต่างประเทศกำหนดเงื่อนไขของผู้บริโภคในการใช้สิทธิเรียกร้องด้วย ไม่ใช่ผู้บริโภคจะสามารถเรียกร้องได้ตลอดเวลาหรือโดยไม่กระทำการอันควรต้องกระทำตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ เช่น ในกรณีของสหรัฐอเมริกา หากเป็นสินค้าประเภทรถยนต์ ผู้บริโภคจะใช้สิทธิได้ก็แต่โดยนารถยนต์คันดังกล่าวให้ผู้ประกอบธุรกิจซ่อมแซมอย่างน้อย 2 ครั้ง และภายในกำหนด 18 เดือน หรือ 18,000 ไมล์นับแต่วันสินค้าเกิดปัญหา แล้วแต่กรณี หากผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถกระทำได้ ผู้บริโภคจึงสามารถใช้สิทธิขอเปลี่ยนสินค้า หรือให้ผู้ประกอบธุรกิจรับซื้อคืน แล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตามหากเป็นสินค้าอื่นๆ ทั่วไปนั้นสามารถดำเนินการใช้สิทธิตามกฎหมายเพื่อกระทำการซ่อมแซม เปลี่ยนแปลง หรือคืนสินค้าแล้วแต่กรณี ทั้งนี้ต้องกระทำการภายใน 6 เดือนนับแต่วันรับมอบสินค้าอย่างกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ กลไกดังกล่าวจำเป็นต้องวางมาตรการให้เหมาะสมทั้งต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจของประเทศไทย และต้องคำนึงถึงสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทยประกอบด้วย

อย่างไรก็ตามประการสำคัญ คือ แม้อกฎหมายจะมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคแต่กฎหมายจำเป็นต้องให้การคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจในอันที่จะต้องไม่แบกรับความรับผิดชอบอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งจากการศึกษาของผู้เขียนแล้วตามกฎหมายไทยไม่ได้ให้การคุ้มครองผู้ประกอบธุรกิจตามสัญญาเท่าที่ควรในเรื่องส่งมอบทรัพย์สินชำรุดบกพร่อง ฉะนั้น กฎหมายฉบับนี้ควรคำนึงถึงการกำหนดมาตรการให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถยกเว้นความรับผิดชอบตนได้ที่เกิดจากการกระทำของผู้บริโภค เช่น ผู้บริโภค

นำทรัพย์สินไปซ่อมแซมโดยไม่นำส่งให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการ เมื่อปรากฏไม่สามารถซ่อมแซมได้ จึงนำมาให้ผู้ประกอบธุรกิจดำเนินการเปลี่ยน เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบธุรกิจนั้น นอกจากนี้ในกรณีผู้บริโภคใช้สิทธิคืนสินค้าหรือเปลี่ยนสินค้าที่มีความไม่ได้มาตรฐานแล้วนั้น จำเป็นต้องกำหนดห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนำสินค้าดังกล่าวกลับมาขายซ้ำไม่ว่าจะเป็นการขายตามสภาพ (As Is) หรือการนำไปซ่อมแซมแล้วเพราะจะนำมาซึ่งสินค้าไม่ได้มาตรฐาน อย่างไรก็ตามจากการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกากำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถกระทำการซ่อมแซมแล้วนำกลับมาขายได้ หรือขายตามสภาพได้ เพียงแต่ต้องแสดงข้อความให้ผู้บริโภคทราบอย่างชัดเจน

ประการสุดท้าย จากการศึกษาของผู้เขียนตามแนวทางการคุ้มครองสินค้าไม่ได้มาตรฐานของหลายประเทศกำหนดว่าผู้ประกอบธุรกิจ นอกจากต้องปฏิบัติตามคำรับรองที่ให้ไว้แก่ผู้บริโภคต่อสินค้าที่จำหน่ายแล้ว หากปรากฏสินค้าเกิดไม่ได้มาตรฐานหรือบกพร่องผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบต่อความไม่ได้มาตรฐานดังกล่าว ปรากฏว่ากฎหมายของหลายประเทศโดยเฉพาะในสหภาพยุโรป กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตามคำรับรองโดยปริยายตามที่กฎหมายกำหนดไว้ว่า ผู้บริโภคจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและถือเป็นคำรับรองสินค้าจะถึงมือผู้บริโภครายที่สุดในสภาพที่สมบูรณ์ ซึ่งการกำหนดลักษณะเช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นแนวทางที่เหมาะสมนอกจากการกำหนดพฤติการณ์ว่าความไม่ได้มาตรฐานของสินค้านั้นเกิดในลักษณะใดบ้าง แต่ให้ความรับผิดชอบครอบคลุมจนถึงคำรับประกันโดยปริยายของผู้ประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งเช่นนี้แล้วผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องมีความระมัดระวังในการตรวจสอบสินค้าต่างๆ ก่อนมีการนำออกจำหน่ายให้แก่ผู้บริโภคอย่างถ้วนถี่เพื่อเป็นการป้องกันจากความรับผิดที่กฎหมายกำหนด ย่อมส่งผลให้การผลิตสินค้าภายในประเทศเกิดการพัฒนาไปในทางที่ดี และทำให้สินค้าสามารถส่งออกไปนานาประเทศได้อย่างมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น

ด้วยผลการศึกษาทั้งจากแนวคิดทฤษฎีการคุ้มครองผู้บริโภค หลักการค้าเสรี หลักการแทรกแซงของรัฐ จึงเป็นเหตุผลที่ผู้เขียนมุ่งที่เสนอแนะแนวทางหรือข้ออันควรพึงกำหนดไว้ในกฎหมายความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทยตามข้อเสนอที่ผู้เขียนนำเสนอต่อไป

4. ข้อเสนอแนะต่อการพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจากกรณีสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย

เมื่อได้ศึกษาและวิเคราะห์สภาพปัญหาของการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยในเรื่องการกำหนดมาตรการความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานที่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกำหนดกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอย่างเป็นทางการเฉพาะ ประกอบกับผู้เขียนได้ศึกษาความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจการค้าของประเทศภายใต้กลไกการมีกฎหมายที่กำหนดความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้

มาตรฐาน รวมถึงการบังคับใช้กฎหมายของประเทศต่างๆ ได้แก่ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา (Magnuson-Moss Warranty Act, Federal Law) กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Song-Beverly Consumer Warranty Act, Tanner Consumer Protection Act) กฎหมายของประเทศญี่ปุ่น (The Product Liability Act, No. 85, 1994 of Japan) ประเทศสิงคโปร์ (Consumer Protection (Fair Trading) Act, Edition 2012) และ กฎหมายของสหภาพยุโรป (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees) ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นการจำเป็นที่ประเทศไทยควรมีกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่จะได้รับสินค้าที่เหมาะสมและสมบูรณ์ปราศจากความบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐาน ตลอดจนจะเป็นการยกระดับมาตรฐานของสินค้าของประเทศไทย ให้มีความทันสมัยพร้อมด้วยมาตรฐานทั้งในระดับประเทศและต่างประเทศ และยังเป็นการสร้างกลไกการแข่งขันทางการค้าในมิติคุณภาพของสินค้าให้ผู้ประกอบการต้องพัฒนาการผลิตและตรวจสอบคุณภาพของสินค้าอยู่ในทุกทอดของกระบวนการผลิตเสมอ

จากเห็นผลดังกล่าวผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเป็นแนวทางในการนำไปปรับใช้เพื่อตรากฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย โดยมีข้อเสนอแนะ 5 ประการด้วยกัน ดังนี้

4.1 ควรกำหนดความหมายของสินค้าไม่ได้มาตรฐาน บุคคลผู้มีสิทธิเรียกร้อง ให้มีความชัดเจน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรกำหนดให้กฎหมายมีชื่อเป็นการเฉพาะแตกต่างจากการใช้คำว่า ขำรดบกพร่อง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 จึงมีข้อเสนอให้กำหนดว่าความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐาน โดยกำหนดนิยามของคำดังต่อไปนี้ในกฎหมายฉบับดังกล่าว

4.1.1 คำว่า “สินค้า” หมายถึง “สินค้าใหม่ที่ผู้บริโภคชายที่สุดได้ซื้อ เข้า หรือเช่าซื้อจากผู้ประกอบธุรกิจ เพื่อประโยชน์ในการใช้สอยสินค้าส่วนบุคคลหรือการใช้สอยสินค้าในครัวเรือน ทั้งนี้ไม่รวมถึงสินค้าที่ใช้เพื่อการบริโภค อสังหาริมทรัพย์ สินค้าประเภทสัตว์หรือสัตว์เลี้ยง”

สินค้าที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรกำหนดบริบทให้แคบโดยบังคับใช้กับเฉพาะสินค้าใหม่ ไม่รวมถึงสินค้ามือสอง หรือสินค้าที่มีการจำหน่ายในท้องตลาด ซึ่งหลักการแนวคิดนี้ผู้เขียนได้รับอิทธิพลมาจากแนวทางการกำหนดนิยามความหมายของสินค้าตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย California Civil Code Sections, Song-Beverly Consumer Warranty Act ที่กำหนดว่ารถยนต์ที่ได้รับความคุ้มครองนั้นต้องเป็นรถยนต์ใหม่เท่านั้น¹⁹ เหตุที่ผู้เขียนมีแนวคิดเช่นนี้ เพราะโดยข้อเสนอของผู้เขียนกฎหมายฉบับนี้เป็น

¹⁹ California Civil Code, Sections 1793.22 (e).

มาตรการรองรับกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบโดยการแก้ไข ซ่อมแซม เปลี่ยนสินค้า หรือรับซื้อคืนสินค้าดังกล่าวโดยทันที หากปรากฏว่าผู้ประกอบธุรกิจไม่ได้ดำเนินการตามที่กำหนด ย่อมถูกกฎหมายปิดปากให้ผู้บริโภคสามารถใช้สิทธิฟ้องร้องทางศาลตามกฎหมายฉบับอื่นๆ ได้ จะเห็นได้ว่าเจตจำนงของผู้เขียนคือสร้างกลไกการเยียวยาให้แก่ผู้บริโภคจากการบริโภคสินค้าใหม่

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าสินค้าดังกล่าวที่ควรได้รับความคุ้มครองจำเป็นต้องเป็น สินค้าที่สามารถพิจารณาความบกพร่องได้โดยง่าย หรือมีระยะเวลาอันพอควรเพื่อไม่ให้เป็นการแก้ไข ผู้ประกอบธุรกิจจนเกินไป เช่น สินค้าประเภทอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งยากต่อการพิจารณาความบกพร่อง ทั้งต่อตัวผู้บริโภคเองและผู้ประกอบธุรกิจ และเนื่องด้วยกฎหมายฉบับนี้ควรมีระยะเวลาอันจำกัดในการบังคับใช้ ซึ่งผู้เขียนจะได้เสนอต่อไป สินค้าประเภทอสังหาริมทรัพย์ย่อมไม่เหมาะสมที่จะกำหนด ไว้เพราะอาจจำต้องใช้ระยะเวลาอันนานพอควรจึงจะสามารถพบความไม่ได้มาตรฐานขึ้นมาได้ กับทั้ง ต้องไม่เป็นสินค้าที่มีกฎหมายควบคุมเป็นการเฉพาะอยู่แล้ว เช่น สินค้าเกษตรกรรม สินค้าประเภท อาหาร หรือสินค้ากลุ่มบริโภค เป็นต้น

4.1.2 คำว่า “สินค้าไม่ได้มาตรฐาน” นั้นผู้เขียนเสนอให้กำหนดความหมายว่า “สินค้าที่ไม่เป็นไปตามคำรับประกันของผู้ขายไม่ว่าโดยคำรับประกันโดยชัดแจ้งหรือคำรับประกันโดยปริยาย หมายความว่ารวมถึงสินค้าที่ไม่อาจใช้ได้ตามวัตถุประสงค์หรือตามความพึงพอใจจากวัตถุประสงค์ของ สินค้า หรือความคาดหวังปกติอย่างวิญญูชนพึงเข้าใจได้จากการใช้สอยสินค้าตามประเพณีทาง การค้าของสินค้าประเภทนั้น และหมายความรวมถึงการบรรจุหีบห่อของสินค้าดังกล่าวหากเป็นเหตุ ให้สินค้านั้นไม่ได้มาตรฐาน รวมถึงการให้คำอธิบายในการประกอบหรือผสมสินค้านั้นหากเป็นเหตุให้ สินค้าดังกล่าวไม่สามารถประกอบหรือผสมตามความคาดหวังของสินค้าดังกล่าวได้”

1) ผู้เขียนเห็นว่ากำหนดนิยามคำว่าไม่ได้มาตรฐานเพื่อสื่อว่าสินค้าที่ผู้บริโภค ได้รับตกอยู่ในคำรับประกันไม่ว่าเป็นการให้คำรับประกันโดยชัดแจ้งของผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ให้แก่ ผู้บริโภคไว้ ณ วันที่มีการส่งมอบสินค้า หากปรากฏว่าสินค้าไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขตามที่ผู้ประกอบ ธุรกิจได้ให้คำรับประกันไว้ ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคในเรื่องสินค้าไม่ได้มาตรฐาน ด้วย ดังเช่นในกฎหมายของสหภาพยุโรป²⁰ ที่กำหนดว่าเมื่อผู้ประกอบธุรกิจไม่สามารถดำเนินการให้ สินค้าเป็นไปตามคำรับรองทั้งคำรับรองโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายย่อมต้องรับผิดชอบต่อผู้บริโภคเช่นกัน ดังเช่นในกรณี Weber²¹ ที่ศาลยุโรปได้มีระบุในคำพิพากษาว่า เมื่อสินค้าที่ผู้บริโภคได้รับไม่เป็นไป ตามคำรับรองของผู้ประกอบธุรกิจโดยการใช้สอยอย่างปกติ ผู้ประกอบธุรกิจมีความรับผิดชอบ

²⁰ Directive 1999/44/EC Article 2, 3.

²¹ C-65/09, Gebr. Weber GmbH. V. Jürgen Wittmer, 2011 E.C.R. I-05257.

ดำเนินการแก้ไขความไม่ได้มาตรฐานของสินค้านั้น จนกว่าความไม่ได้มาตรฐานตามคำรับรองของผู้ประกอบธุรกิจของสินค้านั้นจะหมดไป

แม้ผู้ประกอบธุรกิจจะสามารถกำหนดคำรับรองของตนโดยชัดแจ้งได้ โดยอาจปรากฏว่ามีการกำหนดคำรับรองต่ำกว่ามาตรฐานโดยทั่วไป ซึ่งอาจทำให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบได้ อย่างไรก็ตามคำรับประกันหรือคำรับรองสินค้านั้นไม่ได้อยู่แต่เฉพาะคำรับรองโดยชัดแจ้งแต่อยู่ในบังคับของคำรับรองโดยปริยายที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย ฉะนั้นจึงเป็นกลไกควบคุมมาตรฐานของสินค้าสองชั้น และการกำหนดเช่นนี้ย่อมอาศัยพฤติการณ์ของกลไกตลาดที่ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องอาศัยคุณภาพของสินค้าและความมีมาตรฐานในสินค้าเป็นข้อได้เปรียบเสียเปรียบต่อการตัดสินใจของผู้บริโภคด้วยประการหนึ่ง ทั้งนี้ การกำหนดคำรับประกันโดยปริยายให้ถือเป็นเงื่อนไขความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดให้กฎหมายบัญญัติข้อความอันเป็นคำรับประกันไว้ว่าผู้บริโภคจะต้องได้สินค้าในลักษณะใด ย่อมเป็นหลักประกันสิทธิของผู้บริโภคในการที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย มิใช่เป็นเพียงแคสิทธิอื่นพึงมี แต่สิทธิดังกล่าวถือเป็นหน้าที่ที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตาม เพราะหากปรากฏสินค้าดังกล่าวไม่เป็นไปตามคำรับประกันที่กฎหมายกำหนดไว้ ผู้บริโภคย่อมร้องขอให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นรับผิดชอบได้

2) นอกจากนี้ในบางกรณีสินค้าดังกล่าวที่ผู้บริโภคได้รับไปนั้นอาจไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือความพึงพอใจที่เกิดจากวัตถุประสงค์ของการใช้สินค้าดังกล่าว เช่น มีอุปสรรคที่ไม่สามารถคว้าน้ำให้แห้งไปได้ตามวัตถุประสงค์อันพึงคาดหมายของผู้บริโภคในการใช้สินค้า เนื่องจากบางกรณีผู้บริโภครับรู้คุณสมบัติของสินค้าตามคำโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจ หากสินค้าดังกล่าวไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์การใช้งานของผู้บริโภค ผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องผูกพันรับผิดชอบความไม่ได้มาตรฐานนั้นให้แก่ผู้บริโภค เป็นต้น กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้อยู่ในข่ายของสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานด้วย เพราะมีผลต่อการใช้และการรับรู้เพื่อที่จะใช้ของผู้บริโภคโดยตรง นอกจากนี้การที่ผู้เขียนสันทันนิยามว่า “ความคาดหมายปกติอย่างวิญญูชนพึงเข้าใจได้จากการใช้สอยสินค้าตามประเพณีทางการค้าของสินค้าประเภทนั้น” ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่าสินค้าบางประเภทอาจมีวัตถุประสงค์ตามการค้าที่ผู้ประกอบธุรกิจนำมาจำหน่ายในบางครั้งอาจให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคไม่ชัดเจนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคซื้อสินค้าดังกล่าวไปโดยไม่ทราบถึงข้อความจริง หรือเป็นกรณีที่ผู้บริโภคใช้สินค้าประเภทนั้นๆ ในลักษณะของสินค้าตามปกตินิยม หากสินค้าดังกล่าวไม่อาจใช้ได้ตามประเพณีนิยมทางการค้าของสินค้าประเภทนั้น ย่อมควรกำหนดให้ถือว่าเป็นความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าดังกล่าวด้วย แม้จะปรากฏความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2562 จะมีมาตรการควบคุมเอาผิดแก่ผู้ประกอบธุรกิจในประเด็นดังกล่าวอยู่แล้ว อย่างไรก็ตามที่ผู้เขียนกำหนดลักษณะนี้ไว้ในข้อเสนอของกฎหมายฉบับนี้ด้วยเหตุที่ว่ากลไกของข้อเสนอเป็นกระบวนการเยียวยาโดยตรงให้แก่ผู้บริโภคในอันที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องปฏิบัติตาม โดยผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องดำเนิน

กระบวนการทางศาลก่อน หากปรากฏผู้ประกอบการธุรกิจไม่ปฏิบัติตามไม่ตัดสิทธิที่ผู้บริโภคจะดำเนินคดีตามกฎหมายฉบับอื่นต่อไป

3) นอกจากนี้ การกำหนดให้ความไม่ได้มาตรฐาน หากเป็นเหตุให้สินค้านั้นไม่อยู่ในสภาพที่เหมาะสมจนเกิดความไม่ได้มาตรฐาน เช่น บรรจุสินค้าประเภทแก้วในกล่องกระดาษโดยที่ไม่มีอุปกรณ์กันกระแทก บรรจุอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ในถุงกระดาษที่ไม่มีการห่อหุ้มอย่างมั่นคง เป็นต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรให้ความหมายครอบคลุมถึงกรณีนี้ด้วย เพราะบางครั้งผู้บริโภคอาจซื้อสินค้าไปแต่บรรจุภัณฑ์ไม่เหมาะสมจนเป็นเหตุให้สินค้าเกิดความไม่เหมาะสม ประการนี้ผู้ประกอบการธุรกิจควรต้องรับผิดชอบถึงดังกล่าวด้วย

4) การกำหนดให้คำอธิบายหรือคู่มือเพื่อใช้ในการประกอบหรือผสมสินค้านั้น ผู้เขียนเห็นว่าบางครั้งผู้บริโภคซื้อสินค้ามาจากผู้ประกอบการธุรกิจในลักษณะ DIY (Do it yourself) ทำโดยตนเอง ซึ่งอาศัยคำแนะนำหรือคู่มือในการประกอบ ติด ต่อ หรือผสม ซึ่งหากข้อมูลดังกล่าวที่ให้แก่ผู้บริโภคเพื่อเป็นคู่มือในการประกอบหรือผสมดังกล่าวมีความไม่ชัดเจน จนเป็นเหตุให้ผู้บริโภคไม่สามารถใช้สินค้าดังกล่าวได้ ย่อมถือเป็นการกระทำที่ส่งผลให้สินค้าไม่สามารถใช้งานได้อย่างมีมาตรฐานตามที่ผู้ประกอบการก็นำเสนอ เช่น บางกรณีผู้ประกอบการให้คู่มือการประกอบโดยภาพรวมมาในสินค้า แต่ไม่อธิบายหรือให้ข้อมูลในส่วนต่อภายในของสินค้า หรือให้คู่มือมาแต่เป็นลักษณะที่เล็กน้อยไปจนไม่สามารถเข้าใจรายละเอียดได้ ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมทำให้ผู้บริโภคเกิดความสับสนและนำมาสู่สินค้าที่ไม่สามารถใช้งานได้

4.2 ควรกำหนดเงื่อนไขในการบังคับใช้สิทธิ

การที่ผู้บริโภคจะใช้สิทธิในการเยียวยาสินค้าใหม่ที่ได้รับมาไม่ว่าจากการจำหน่าย จากการผลิตใหม่เพื่อเช่นนั้น ผู้เขียนมีความเห็นควรเป็นข้อเสนอแนะว่าควรกำหนดมาตรการเป็นขั้นตอนดังนี้

4.2.1 เพื่อไม่ให้ผู้ประกอบการต้องแบกรับต้นทุนจากการเปลี่ยนสินค้าทันทีหากปรากฏสินค้านั้นสามารถแก้ไขปรับปรุงเล็กน้อยและไม่เป็นการกระทบต่อผู้บริโภคจนเกินควรในการใช้สอยสินค้า ผู้เขียนเห็นควรกำหนดให้ผู้บริโภคต้องดำเนินการแจ้งแก่ผู้ประกอบการหรือตัวแทนที่ได้รับมอบของผู้ประกอบการเพื่อให้ผู้ประกอบการดำเนินการใช้ความเชี่ยวชาญในการแก้ไขปรับปรุงความไม่ได้มาตรฐานของสินค้านั้นก่อนอย่างน้อยหนึ่งคราว ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมหรือการกระทำอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการแก้ไขความไม่ได้มาตรฐานนั้นผู้ประกอบการเป็นผู้รับผิดชอบ

4.2.2 หากปรากฏสินค้าดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าให้หมดไปได้ ผู้เขียนเห็นว่าเช่นนี้ผู้บริโภคมีย่อมสามารถใช้สิทธิขอเปลี่ยนสินค้าจากผู้ประกอบธุรกิจได้ทันที โดยผู้บริโภคไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายใดๆ เว้นแต่จะตกลงไว้โดยชัดแจ้ง

4.2.3 หากปรากฏว่าการเปลี่ยนสินค้าจะไม่สมกับความประสงค์ของผู้บริโภค ผู้บริโภคมีสิทธิขอให้ผู้ประกอบการรับซื้อสินค้าคืนได้ โดยการรับซื้อสินค้าคืนนั้นผู้เขียนเห็นว่า ควรกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการสามารถหักค่าเสื่อมราคาจากการใช้สอยสินค้าบางส่วนของผู้บริโภคได้อย่างไรก็ตามในกรณีการคำนวณค่าเสื่อมสินค้าที่ผู้ประกอบการสามารถหักได้นั้น ผู้เขียนเห็นควรว่า จำเป็นต้องกำหนดอัตราค่าเสื่อมให้ชัดเจนหรืออาจจะเป็นการกำหนดสูตรคำนวณค่าเสื่อมของสินค้า เช่น ในกรณีคิดค่าเสื่อมของรถยนต์ที่ผู้ประกอบการสามารถหักค่าเสื่อมในเวลาต้องซื้อสินค้าคืนจากผู้บริโภค หรือผู้เขียนมีข้อเสนอในการใช้สูตรคำนวณค่าเสื่อมตามมาตรฐานบัญชีด้วยการคำนวณค่าเสื่อมของสินค้ามาใช้ โดยอาจกำหนดสูตรคำนวณได้โดยเทียบเคียง ดังนี้

$$\frac{\text{ระยะเวลาในการใช้สินค้า}}{\text{ระยะเวลาตามบทสันนิษฐานของกฎหมาย}} \times \text{ราคาสินค้าที่ซื้อ ณ วันส่งมอบ} \times \frac{20}{100}$$

ที่กำหนดเช่นนี้เพราะผู้เขียนเห็นว่าเป็นการอาศัยระยะเวลาตามการใช้งานของสินค้าของผู้บริโภคจริง โดยระยะเวลาการใช้สินค้านี้ไม่รวมระยะเวลาที่ผู้บริโภคส่งมอบสินค้าให้ผู้ประกอบธุรกิจในอันจะต้องดำเนินการอย่างใดๆ เพื่อแก้ไขความไม่ได้มาตรฐานนั้น โดยผู้ประกอบการก็มีสิทธิคิดค่าเสื่อมราคาได้ร้อยละ 20 ของจำนวนราคาสินค้าที่คำนวณจากตัวหารระยะเวลาการใช้งานต่อระยะเวลามบทสันนิษฐานของกฎหมาย

4.2.4 อย่างไรก็ตามหากปรากฏว่าการใช้สิทธิใดๆ ของผู้บริโภคจะทำให้ผู้ประกอบการมีค่าใช้จ่ายสูงเกินจำเป็น ผู้ประกอบการมีสิทธิเปลี่ยนสินค้าให้แก่ผู้บริโภคหรือรับซื้อสินค้าคืนจากผู้บริโภคได้ แต่หากผู้ประกอบการเลือกเปลี่ยนสินค้าให้แก่ผู้บริโภคไม่ตัดสิทธิผู้บริโภคจะขอรับซื้อคืนสินค้าได้

4.3 ควรกำหนดข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจ

ข้อกำหนดที่จำเป็นอีกประการหนึ่งของแนวทางเสนอมาตรการความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทยนั้น คือการกำหนดให้สิทธิแก่ผู้ประกอบการสามารถโต้แย้งสิทธิที่ต้อง ตกอยู่ในบังคับต้องรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐานตามบทสันนิษฐานความรับผิดโดยเด็ดขาดในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภค ในประการที่จะต้องไม่รับผิดต่อผู้บริโภคในกรณีดังต่อไปนี้

4.3.1 ผู้เขียนมีความเห็นว่าข้อกำหนดการยกเว้นความรับผิดตามที่มีการเสนอในร่างพระราชบัญญัติความรับผิดต่อสินค้าชำรุดบกพร่อง พ.ศ. มีความเหมาะสมในประการที่น่าจะนำมากำหนดได้ ดังนี้

“ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ต้องรับผิดในกรณี ดังต่อไปนี้

ถ้าผู้บริโภคได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาได้รับสินค้ามาว่ามีความไม่ได้มาตรฐานเกิดแก่สินค้า เว้นแต่กรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจปิดบังความไม่ได้มาตรฐานนั้นด้วยกลฉ้อฉล

สินค้าที่ผู้บริโภคซื้อมาจากการขายทอดตลาด รวมทั้งการขายทอดตลาดตามคำสั่งศาล”

ในประเด็นขายทอดตลาดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรให้สินค้าที่ได้รับความคุ้มครองรวมถึงสินค้ามือสองที่มีการขายต่อๆ กัน เพราะไม่อาจแน่ชัดว่าความไม่ได้มาตรฐานเกิดมีขึ้นในทอดใดของการจำหน่ายระหว่างผู้บริโภคด้วยกันเอง

4.3.2 ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดมาตรการยกเว้นความรับผิดเพิ่มเติมให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ หากความไม่ได้มาตรฐานเกิดจากการที่ผู้บริโภคกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดไม่เหมาะสมหรือไม่นำสินค้าดังกล่าวส่งมอบให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจหรือตัวแทนเมื่อพบความไม่ได้มาตรฐาน แต่นำไปให้บุคคลอื่นซ่อมแซมจนนำมาสู่ความบกพร่องเกินควร โดยผู้เขียนเสนอให้กำหนดข้อยกเว้นเพิ่มเติม ดังนี้

“ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ต้องรับผิดในกรณีดังต่อไปนี้

1. ผู้บริโภคเป็นผู้ทำลายหรือทำให้เสียหายซึ่งสินค้าดังกล่าวด้วยผู้บริโภคเอง
2. ความไม่ได้มาตรฐานของสินค้านั้นเกิดจากการนำสินค้าไปใช้งานอย่างผิดวิธี
3. ผู้บริโภคหรือผู้อื่นดำเนินการซ่อมแซมสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานโดยไม่ส่งให้ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นผู้ดำเนินการแต่แรกจนเป็นเหตุให้ความไม่ได้มาตรฐานมีมากขึ้น

4. เป็นเพราะความไม่ประสงค์ในตัวสินค้าของผู้บริโภคนั้นเอง หากปรากฏเป็นเพราะความไม่พึงพอใจในลักษณะของสินค้าที่ไม่ใช่เกี่ยวกับการใช้งานโดยตรงเช่นนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถปฏิเสธความรับผิดจากผู้บริโภคได้

4.3.3 เพื่อกำหนดให้มีความสอดคล้องตามที่มีผู้เขียนเสนอให้มีการกำหนดมาตรการขั้นต้นให้ผู้บริโภคต้องดำเนินการส่งสินค้าที่มีความไม่ได้มาตรฐานให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจซ่อมแซมหรือแก้ไขในครั้งแรกก่อน เป็นหน้าที่ในการแจ้งความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าไปยังผู้ประกอบการธุรกิจ หากมีเช่นนั้นแล้ว ผู้บริภคย่อมไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมาย ซึ่งทำให้ผู้ผลิตไม่ต้องรับผิดชอบในการซ่อมแซมตลอดจนเปลี่ยนสินค้าหรือรับคืนสินค้าจากผู้บริโภค ทั้งนี้กำหนดให้หน้าที่ในการส่งมอบสินค้านี้ดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจซ่อมแซม ผู้บริโภคมีหน้าที่ต้องส่ง

มอบสินค้านั้น ให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ หรือตัวแทนในการซ่อมแซมแก้ไขความไม่ได้มาตรฐานของสินค้า หากผู้บริโภคไม่ดำเนินการส่งมอบสินค้าให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจภายในกำหนดระยะเวลาตามกฎหมาย ย่อมไม่ใช่ความผิดของผู้ประกอบการธุรกิจ

4.4 ควรกำหนดมาตรการภายหลังการรับซื้อคืนและการขายสินค้าตามสภาพ

นอกจากมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสมควรกำหนดแนวทางการเยียวยาให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจในการที่จะต้องเปลี่ยนสินค้าที่มีความไม่ได้มาตรฐานจากผู้บริโภคและส่งมอบสินค้าใหม่ที่มีความสมบูรณ์ให้แก่ผู้บริโภคนั้น และรวมถึงกรณีที่ผู้บริโภคหรือผู้ประกอบการเลือกใช้สิทธิการให้ผู้ประกอบการธุรกิจซื้อคืนสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานจากผู้บริโภคแล้วนั้น จะเห็นได้ว่าสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานกลับคืนสู่มือผู้ประกอบการ ในประเด็นนี้หากไม่มีมาตรการกฎหมายกำหนดไว้ให้ชัดเจนว่าผู้ประกอบการธุรกิจสามารถกระทำการใดแก่สินค้าดังกล่าวได้ หรือหากผู้ประกอบการธุรกิจนำสินค้าดังกล่าวกลับมาจำหน่ายอีกครั้งจะเป็นความผิดหรือไม่ และย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคที่อาจได้ซื้อสินค้าที่มีซ่อมแซมมาแล้วนำมาจำหน่ายใหม่ ฉะนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรกำหนดมาตรการ “การจำหน่ายสินค้าซ่อมสมบูรณ์” (Refurbish) ดังเช่นในกรณีของกฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจสามารถนำสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานมาซ่อมแซมให้มีมาตรฐานสมบูรณ์และสามารถซ่อมแซมให้มีสภาพสมบูรณ์แล้วสามารถนำออกจำหน่ายสู่ตลาดได้ ทั้งนี้ สินค้าดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองตามกฎหมายความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐาน แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจให้การรับประกันสินค้าโดยชัดแจ้งย่อมตกอยู่ภายใต้เฉพาะแต่คำรับประกันโดยชัดแจ้งดังกล่าว

โดยการใช้สิทธิดังกล่าว ผู้ประกอบการธุรกิจเมื่อนำสินค้าจำหน่ายสู่ตลาดต้องกำหนดให้มีข้อความที่ชัดเจนในบริเวณที่สังเกตได้ง่ายปรากฏอยู่บนตัวสินค้าดังกล่าว ดังนี้

“สินค้านี้เป็นสินค้านำเข้าเปลี่ยนคืน หรือ ซื้อคืนจากผู้บริโภคจากความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐาน และผู้ประกอบการได้ดำเนินการซ่อมแซมให้อยู่ในสภาพสมบูรณ์เรียบร้อยเป็นสินค้าซ่อมสมบูรณ์”

เพื่อให้ผู้บริโภคทราบสภาพของสินค้าที่มีการนำออกจำหน่ายใหม่โดยชัดเจน และเป็นสิทธิของผู้บริโภคที่จะเลือกเข้าซื้อสินค้าดังกล่าวจากผู้ประกอบการธุรกิจหรือไม่

นอกจากนี้ ควรกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจที่ประสงค์จะจำหน่ายสินค้าตามสภาพสามารถกระทำได้โดยต้องแสดงข้อความบนสินค้าให้ชัดเจนว่าเป็นสินค้าขายตามสภาพ ซึ่งหมายถึงสินค้าที่มีความไม่ได้มาตรฐานเพียงเล็กน้อยและไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายความรับผิดชอบต่อสินค้าไม่ได้มาตรฐาน เว้นแต่ผู้ประกอบการธุรกิจจะให้คำรับประกันโดยชัดแจ้งและผูกพันเฉพาะตามคำรับประกันดังกล่าว นั้น กรณีนี้โดยมากเกิดจากการที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ต้องการขายสินค้าที่มีความไม่ได้มาตรฐานบางรายการในราคาเต็ม ด้วยอาจไม่อยู่ในสภาพสมบูรณ์หรืออาจไม่เหมาะสมที่จะ

จำหน่ายอย่างสินค้าที่มีมาตรฐานสมบูรณ์ เพื่อเป็นการส่งเสริมการขายให้สามารถระบายสินค้าคงคลังดังกล่าวออกสู่ตลาดได้ โดยเป็นการตัดสินใจของผู้บริโภคที่ตกลงเข้าทำการซื้อสินค้าตามสภาพดังกล่าว

4.5 ควรกำหนดข้อกฎหมายในการรับประกันสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจ

ตามที่คุณเขียนได้นำเสนอว่า ความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าควรให้รวมถึงการที่กฎหมายกำหนดสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความคุ้มครองว่าจะได้รับสินค้านั้นอย่างเหมาะสมจากผู้ประกอบธุรกิจนั้น ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการกำหนดคำรับประกันเป็นข้อกำหนดในกฎหมายไม่ว่าเป็นคำรับประกันโดยตรงหรือคำรับประกันโดยปริยาย ย่อมอยู่ภายใต้หลักความรับผิดชอบสินค้าไม่ได้มาตรฐานหากผู้ประกอบธุรกิจไม่อาจปฏิบัติตามคำรับประกันดังกล่าวได้

ในส่วนคำรับประกันโดยชัดแจ้ง ผู้เขียนเห็นว่าตามที่มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อสินค้าชำรุดบกพร่อง พ.ศ. นั้นเหมาะสมอยู่แล้ว ที่กำหนดว่า

“มาตรา 12 กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจให้การรับประกันแก่ผู้บริโภคเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องให้ทำเป็นหนังสือ และต้องระบุถึงสิทธิตามกฎหมายของผู้บริโภคเอาไว้ด้วย ซึ่งการรับประกันดังกล่าวไม่อาจจะไปเปลี่ยนแปลงสิทธิต่างๆ ตามพระราชบัญญัตินี้ให้มีผลเสียหายแก่ผู้บริโภคได้

การรับประกันต้องมีรายละเอียดชัดเจน เข้าใจได้ง่าย และประกอบด้วยรายละเอียดที่สำคัญ เช่น ระยะเวลา ขอบเขตการบังคับใช้ ถ้าการรับประกันทำเป็นภาษาต่างประเทศต้องมีคำแปลภาษาไทยกำกับไว้ด้วย

กรณีเกิดความสงสัยว่าผู้ประกอบธุรกิจได้ตกลงรับประกันเช่นนั้นหรือไม่ ให้พิจารณาจากข้อตกลงที่เห็นเป็นประจักษ์ชัดแจ้งในสัญญา หรือความมุ่งหมายที่ปรากฏในสัญญา หรือการรับประกันตามปกติวิสัย”

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นควรให้กำหนดคำรับประกันโดยปริยายดังเช่นในกฎหมายของสหภาพยุโรป เพื่อเป็นทั้งหลักประกันสิทธิของผู้บริโภคและเป็นข้อปฏิบัติอย่างเคร่งครัดของผู้ประกอบธุรกิจด้วย โดยอาจกำหนดในลักษณะว่า

“1. สินค้านั้นจะมีคุณสมบัติตรงตามที่ผู้ประกอบธุรกิจได้พรรณนาไว้ หรือตรงตามตัวอย่างที่ได้เคยแสดงไว้ก่อนแล้ว หากส่งมอบไม่ตรงตามคำพรรณนาหรือตามตัวอย่างผู้ประกอบธุรกิจย่อมต้องรับผิดชอบ

2. สินค้านั้นจะมีคุณสมบัติเหมาะสมกับวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งผู้บริโภคต้องการและได้แสดงให้เห็นให้ผู้ประกอบธุรกิจได้รับทราบในเวลาที่ได้ทำสัญญากัน โดยผู้ประกอบธุรกิจได้

ยอมรับความประสงค์นั้น เมื่อยอมรับรู้ถึงความประสงค์ของผู้บริโภคแล้ว ผู้ประกอบธุรกิจย่อมมีหน้าที่ส่งมอบของตามคุณสมบัตินั้น มิฉะนั้นย่อมต้องรับผิดชอบ หากเห็นว่าไม่สามารถจะส่งมอบของที่มีคุณสมบัติเช่นนั้นได้ ผู้ประกอบธุรกิจต้องรีบปฏิเสธหรือแจ้งให้ผู้บริโภคทราบว่าคุณสมบัติของสินค้าที่ขายมีแค่ไหนเพียงไร เพื่อเป็นข้อมูลให้ผู้บริโภคตัดสินใจว่าจะซื้อสินค้าหรือไม่ โดยไม่ชักช้า

3. สินค้านั้นมีคุณสมบัติเหมาะสมสำหรับการใช้งานตามปกติเช่นเดียวกับที่สินค้าชนิดเดียวกันในท้องตลาดพึงมีโดยทั่วไปแล้ว หากมิได้มีการตกลงกันเอาไว้เป็นอย่างอื่นการที่ผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบของที่มีคุณสมบัติเท่ากับของชนิดเดียวกันในท้องตลาดก็จะถือว่าผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบของไม่ตรงตามที่ตกลงกันไม่ได้ เพราะหากมีความประสงค์เป็นพิเศษก็สามารถแจ้งแก่ผู้ประกอบธุรกิจเสียตั้งแต่แรกตามกรณีก่อน

4. สินค้านั้นได้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนด้วยตัวสินค้าเองว่ามีคุณสมบัติเป็นอย่างไรเหมือนกับสินค้าชนิดเดียวกันในท้องตลาด ซึ่งผู้บริโภคพึงคาดหมายได้ตามปกติวิสัย มีสภาพเป็นไปตามธรรมชาติแห่งของนั้น หรือตามที่ได้มีการแสดงคุณลักษณะใดๆ ให้ปรากฏแก่สาธารณะด้วยการบอกกล่าวของผู้ประกอบธุรกิจ ผู้ผลิต หรือตัวแทนของบุคคลเหล่านั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้วยการโฆษณาหรือประกาศแจ้งความในใบปลิว กรณีนี้พิจารณาที่ความคาดหมายอันชอบธรรมของผู้บริโภคทั่วไป ต่อสินค้าในลักษณะเช่นนั้น หรือตามธรรมชาติแห่งสินค้านั้น การที่ผู้ประกอบธุรกิจทำให้ผู้บริโภคได้รับทราบข้อมูลและเกิดความคาดหวังด้วยการแสดงข้อความให้ปรากฏแก่สาธารณะ ผู้ประกอบธุรกิจก็ย่อมต้องผูกพันตามข้อความที่ตนได้แสดงไว้ ยิ่งไปกว่านั้น แม้แต่ในกรณีที่ความชำรุดบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานมิได้เกิดที่ตัวสินค้าโดยตรง แต่ความชำรุดบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานนั้นเพิ่งมาเกิดจากการติดตั้งโดยไม่ถูกต้อง ก็ให้ถือว่าเป็นกรณีที่สินค้านั้นมีความชำรุดบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานด้วย แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการติดตั้งนั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญาซื้อขายมิใช่เป็นอีกสัญญาหนึ่งและอาจติดตั้งดำเนินการโดยผู้ประกอบธุรกิจหรือบุคคลที่ผู้ประกอบธุรกิจต้องรับผิดชอบและความรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานอันเกิดจากการติดตั้งนี้ ยังหมายรวมถึงการติดตั้งที่ผู้บริโภคเป็นผู้ดำเนินการเอง ภายใต้คำแนะนำเรื่องการติดตั้งที่ไม่ถูกต้องของผู้ประกอบธุรกิจจนเป็นเหตุให้เกิดความชำรุดบกพร่องหรือไม่ได้มาตรฐานด้วย”

5. บทสรุป

จากการศึกษาแนวคิดพื้นฐานการคุ้มครองผู้บริโภค กระบวนการเยียวยาและมาตรฐานการทางกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบจากสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทยพบว่า ยังมีช่องว่างของกฎหมายที่ยังไม่มีมาตรการที่คุ้มครองผู้บริโภคจากการบริโภคสินค้าที่ไม่ได้คุณภาพอย่างเป็นรูปธรรม โดยจากการศึกษาพบว่า กลไกที่ผู้บริโภคจะได้รับการเยียวยาต้องอาศัย

การอ้างอิงกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค และต้องปรากฏว่าความไม่ได้มาตรฐานของสินค้าเป็นประจักษ์และผู้บริโภคได้รับความเสียหายคิดเป็นมูลค่าได้อย่างแท้จริง และท้ายที่สุดหากผู้บริโภคต้องอาศัยกระบวนการทางศาลเพื่อดำเนินการพิสูจน์หรือต่อสู้คดีจากความไม่ได้มาตรฐานที่เกิดขึ้น

จากประเด็นดังกล่าวทำให้ผู้เขียนศึกษาค้นคว้ากระบวนการทางกฎหมายของต่างประเทศ พบว่ามีการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นกลไกเบื้องต้นในการคุ้มครองผู้บริโภคจากสินค้าไม่ได้มาตรฐาน โดยกำหนดหลักการให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องดำเนินการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวให้แก่ผู้บริโภค ภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมายนั้นๆ อาทิ กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายของประเทศ สิงคโปร์ เป็นต้น ซึ่งเมื่อได้ศึกษาแล้วพบว่า นอกจากกลไกดังกล่าวจะทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจนแล้ว ยังเป็นการยกระดับการแข่งขันในด้านการผลิตสินค้าที่ต้องมีคุณภาพของผู้ประกอบธุรกิจมากยิ่งขึ้น จากข้อมูลดังกล่าวผู้เขียนจึงได้ศึกษาและนำเสนอข้อเสนอแนะ 5 ประการ ข้างต้น ซึ่งเป็นกลไกที่เหมาะสมต่อสังคมและวัฒนธรรมในการคุ้มครองผู้บริโภคจากการบริโภคสินค้า ไม่ได้มาตรฐานของประเทศไทย เพื่อหวังจะยกระดับกฎหมายด้านการคุ้มครองผู้บริโภคของประเทศไทยให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นต่อไป

บรรณานุกรม

- กนกพร สุโพภาค. “การจํารงรักษาพนักงาน (EMPLOYEE RETENTION).” วิทยานิพนธ์บริหารธุรกิจ บัณฑิต วิทยาลัยพาณิชยศาสตร์, มหาวิทยาลัยบูรพา, 2553.
- ชินทร์ ลีณะบรรจง. **เศรษฐศาสตร์ที่ดิน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554.
- ดาราพร ถิระวัฒน์. **สัญญาผู้บริโภค**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ปกรณ นิลประพันธ์. **การพัฒนามาตรการคุ้มครองผู้บริโภค** [Online]. Available URL: <http://www.lawreform.go.th>, 2548 (กุมภาพันธ์, 27).
- ลาวัญญ์ ฌัดศิลาปะกุล. **การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจของประชาชน** [Online]. Available URL: <http://law.stou.ac.th>, 2559 (ตุลาคม, 17).
- วิชา มหาคุณ. “ทฤษฎีกฎหมาย.” **วารสารกฎหมาย** 1, 3 (กันยายน 2517): 70-78.
- สุรพล นิติไกรพจน์. “กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ.” เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 1. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.
- สุขุม ศุภนิตย์. **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2557.
- อุเทน คำหล้า. **รูปแบบเศรษฐกิจ** [Online]. Available URL: <https://sites.google.com/site/outenzaa/1-neuxha-bth-reiyn/4-rup-baeb-khxng-sersthkic>, 2559 (ตุลาคม, 23).
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความชำรุดบกพร่องของสินค้า.
- Cohn, Gustav. “Government and Laissez Faire.” **The Economic Journal** 17, 66 (June 1907): 180–191.
- Corradi, Antonella. **International Law and Consumer Protection: The history of consumer protection** [Online]. Available URL: http://www.nyulawglobal.org/globalex/International_Law_Consumer_Protection.html, 2015 (January, 29).
- Ebeling, Richard M. **Economic Ideas: Adam Smith on Free Trade, Crony Capitalism, and the Benefits from Commercial Society** [Online]. Available URL: <https://www.fff.org/explore-freedom/article/economic-ideas-adam-smith-free-trade-crony-capitalism-benefits-commercial-society/>, 2016 (December, 19).

- Krist, William. **Globalization and American's Trade Agreement: Chapter 3 Trade Agreement and Economic Theory** [Online]. Available URL: <https://www.wilsoncenter.org/chapter-3-trade-agreements-and-economic-theory>, 2019 (May, 22).
- Maslow, Abraham H. "A Theory of Human Motivation." **Psychological Review** 50 (1943): 340-396.
- California Civil Code: Song-Beverly Consumer Warranty Act, Tanner Consumer Protection Act.
- Consumer Protection (Fair Trading) Act, Edition 2012, Singapore.
- Directive 1999/44/EC of the European Parliament.
- Magnuson-Moss Warranty Act, Federal Law, The Magnuson Moss Warranty Federal Trade Commission Improvement Act 1975, USA.
- The Product Liability Act, No. 85, 1994, Japan.
- The Uniform Commercial Code, USA.
- C-65/09, Gebr. Weber GmbH. V. Jürgen Wittmer, 2011 E.C.R. I-05257.

ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้

บุษยมาศ มุ่งสันติ

ปัญหาในทางทฤษฎีของการให้: การส่งมอบการให้* Theoretical Problems of Gift: The Deliver of Gift

บุษยมาศ มุ่งสันติ
Budsayamas Moungsunti**

บทคัดย่อ

บทความนี้ศึกษาปัญหาในทางทฤษฎีของการให้ โดยศึกษาเฉพาะเรื่องการส่งมอบการให้ เนื่องจาก มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” คำว่า “สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” นี้ มีประเด็นว่าการส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่ หากไม่ส่งมอบจะมีผลเช่นไร ในเรื่องนี้นักวิชาการของไทยมีแนวคิดที่ต่างกัน โดยเห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบของการให้ หากไม่ส่งมอบจะทำให้การให้ตกเป็นโมฆะ และที่เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบของการให้ หากยังไม่ส่งมอบก็มีผลเพียงทำให้สัญญาให้ยังไม่บริบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด ความเห็นที่ต่างกันของนักวิชาการในเรื่องนี้มีผลต่อการตีความและการนำบทกฎหมายในเรื่องนี้ไปปรับใช้กับข้อเท็จจริง เพื่อศึกษาปัญหาดังกล่าว บทความนี้จึงได้ศึกษาเปรียบเทียบเรื่องนี้กับระบบกฎหมายฝรั่งเศส เยอรมัน และสกอตพบว่ากฎหมายของประเทศ

* บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหาทางทฤษฎีของสัญญาให้และคำมั่นว่าจะให้” ซึ่งได้ผ่านการสอบการป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรสุทธิ์ ขอพวงกลาง คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. มุนินทร์ พงศาปาน.

This article is a part of thesis "Theoretical Problems of Gift: The Study of Completeness of Gift". This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master degree of Law at Thammasat University. Assistance Professor Dr. Korrasut Korpuangklang is an advisor. Assistance Professor Dr.Surasak Maneesorn and Assistance Professor Dr.Munin Pongsapan are examiners.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: budsayamas_work@outlook.com.

LL.M. Candidate in Private Law at Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 26 มิถุนายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 8 พฤศจิกายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 12 พฤศจิกายน 2562.

ทั้งสามไม่ได้กำหนดให้การส่งมอบเป็นแบบแต่เป็นการทำให้การให้มีผลสมบูรณ์ ดังนั้น จากการศึกษา จึงเห็นว่า การส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นการทำให้การให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาดควรแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อความในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อให้เข้าใจและปรับใช้ได้ถูกต้อง

คำสำคัญ: สัญญาให้, การส่งมอบ, ความสมบูรณ์ของการให้

Abstract

This article explores the problems of theoretical problem of Gift: The deliver of gift where with article 523 in Thai Civil and Commercial Code regulates that “A gift is valid only on delivery of the property given”. The phrase “valid only on delivery” raises the problem whether the delivery is the form of gift. What is the result of not doing the delivery? Thai scholars have different conceptions on this issue; some scholars see the delivery as the form of gift and if the donor fails to deliver the gift to the donee the gift will be void. In the other hand, some scholars see the delivery as one of configurations of the gift, not delivering it will make the gift not complete. The difference of scholar’s conceptions affects on interpretation and deployment of the gift. To study this problem, this article will study Thai law in comparison with French law, German law and Scottish law. An illustration in the study, the author found that all foreign laws do not regulate the delivery to be the form of gift, but to be one of the configuration of the gift. Therefore, according to the study, we can see that the delivery of the gift is not the form of the gift but just being one of the configuration of the gift that will make the gift complete. Thus, the article 521 in Thai Civil and Commercial Code must be added some additional words for better understanding and adaptation.

Keywords: gift, the delivery, complete of gift

1. บทนำ

กฎหมายเรื่องการให้ในปัจจุบันแม้จะมีนักวิชาการให้คำอธิบายมากมายและเป็นกฎหมายที่ดูเหมือนจะไม่มีประเด็นปัญหาอะไรที่ต้องพิจารณาแล้ว แต่หากศึกษาให้ละเอียดถี่ถ้วนจะพบว่า ในกฎหมายเรื่องการให้นี้ยังมีประเด็นปัญหาในทางทฤษฎีอยู่อีกมากมายที่ต้องศึกษาพิจารณาและตีความให้ชัดเจน โดยเฉพาะในประเด็นปัญหาเรื่องการส่งมอบการให้ ซึ่งมีประเด็นปัญหาที่น่าสนใจเนื่องจากมาตรา 523 บัญญัติว่า “การให้นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” คำว่า “สมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้” นี้ มีประเด็นเป็นที่ถกเถียงว่า การส่งมอบถือเป็นแบบของการให้หรือไม่ ถ้าหากไม่มีการส่งมอบหรือไม่ส่งมอบทรัพย์สินแก่กันทันทีขณะทำสัญญาจะมีผลทำให้สัญญาให้เป็นเช่นไร ในเรื่องนี้มีแนวคิดต่างกันหลายแนวคิด

โดยในแนวคิดแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้ หมายความว่า หากการทำสัญญาให้ใด ผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ จะทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์และสัญญาให้นั้นจะตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ศนันท์กรณโสทธิพันธุ์¹ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑิต เอกจริยกร² และศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร³

ส่วนแนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ไม่ใช่แบบ แต่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น กล่าวคือ การส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด หากไม่มีการส่งมอบก็จะมีผลทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้ทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁴

¹ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 381-382.

²ไพฑิต เอกจริยกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยนให้ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548), หน้า 152.

³จิต เศรษฐบุตร, หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 42.

⁴ไพจิตร ปุญญพันธุ์, ประมวลบทความทางกฎหมายแพ่ง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 180-181.

แนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการแสดงเจตนา ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช⁵ ศาสตราจารย์ ศักดิ์ สอนงชาติ⁶ และอาจารย์อัครวิทย์ สุมาวงศ์⁷

และในแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ⁸

ดังนั้น จะเห็นว่าในประเด็นความสมบูรณ์ของการให้นี้แม้ว่าจะมีผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้คำอธิบายมากมายและชัดเจนแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม ในประเด็นปัญหานี้ก็ยังไม่มียุติสรุปที่เห็นตรงกัน ฉะนั้น ประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของการให้ ที่ว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ถือเป็นแบบหรือไม่ หากถือเป็นแบบแล้วไม่ทำตามจะมีผลอย่างไร หรือหากไม่ถือเป็นแบบแล้วการไม่ส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้จะมีผลอย่างไร ส่งผลในทางปฏิบัติเมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นต่างกันหรือไม่ ปัญหาเหล่านี้จำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาซึ่งในการศึกษาประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนได้ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) ด้วยการรวบรวมข้อมูลจากเอกสาร (Documentary Research) โดยได้ทำการศึกษาค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมายต่างๆ หนังสือและตำราวิชาการ วิทยานิพนธ์ บทความ คำพิพากษาของศาล ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

2. ลักษณะของการส่งมอบการให้

2.1 ลักษณะของการส่งมอบการให้ตามกฎหมายต่างประเทศ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายเยอรมัน และระบบกฎหมายสกอต

⁵ มินินทร์ พงศาปาน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้เล่ม 1 ภาค 1-2, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 301.

⁶ ศักดิ์ สอนงชาติ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความ) และข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม (ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540), พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2547), หน้า 102.

⁷ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรม สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2557), หน้า 124.

⁸ กรศุทธิ์ ขอฟวงกลาง, “เอกสารประกอบการบรรยาย หน้า 230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561,” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 9.

2.1.1 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสการให้ถูกจำกัดความเป็นการที่ผู้ให้ได้ทำการให้ทรัพย์สินของตนแก่ผู้รับไปโดยทันทีในขณะที่ตนยังมีชีวิตอยู่และผู้รับตกลงรับเอาทรัพย์สินนั้น โดยภายหลังผู้ให้จะไม่สามารถเรียกคืนทรัพย์สินที่ได้ให้ไปคืนมา คำจำกัดความการให้นี้ปรากฏอยู่ในมาตรา 894⁹ ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสการจะพิจารณาว่าการกระทำใดถือเป็นการให้ตามกฎหมายนั้นต้องพิจารณาจากลักษณะสำคัญของการให้ซึ่งประกอบด้วยลักษณะสำคัญสี่ประการ

ประการแรก การให้ต้องเป็นการให้เปล่าโดยที่ผู้ให้ไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทนการให้ใดๆ หากผู้ให้ทำการให้โดยหวังสิ่งตอบแทนจากผู้รับแล้ว การกระทำนั้นก็จะไม่ถือเป็นการให้เพราะไม่ใช่การให้เปล่า แต่การกระทำนั้นๆ อาจเปลี่ยนรูปกลายเป็นสัญญาได้

ประการที่สอง คือการทำคำเสนอและคำสนองของคู่สัญญานั้นคือ ผู้ให้จะต้องมีเจตนาในการให้ กล่าวคือ ผู้ให้จะต้องมีความตั้งใจที่จะให้ทรัพย์สินใดๆ แก่ผู้รับเพื่อประโยชน์ของผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน ตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสการให้เป็นนิติกรรมสองฝ่าย คือเป็นสัญญาที่ต้องทำตามแบบต่อหน้าโนตารี¹⁰ ดังนั้น การเกิดสัญญาให้จึงต้องทำตามรูปแบบของการเกิดสัญญาด้วย นั่นคือต้องมีการทำคำเสนอและคำสนองต่อกันระหว่างคู่สัญญา มีเจตนาให้และเรื่องความสามารถของคู่สัญญา เป็นต้น แต่ในความเป็นจริงรูปแบบการเกิดสัญญาให้มีความแตกต่างจากการเกิดสัญญาธรรมดาอยู่โดยเฉพาะเรื่องการยินยอม (Consent) เรื่องการยินยอมนี้เป็นผลมาจากแนวคิดของระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสที่ต้องการจะปกป้องความยินยอมของผู้รับการให้ ดังนั้น จึงกำหนดให้การให้ต้องเกิดจากการตกลงกันของคู่สัญญา โดยผู้ให้จะต้องทำการเสนอการให้ และผู้รับจะต้องมีการสนองรับการให้นั้นๆ การสนองรับการให้ให้ผู้รับจะต้องทำการสนองรับอย่างชัดแจ้ง ระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ยอมรับการสนองรับโดยการนิ่งหรือการสนองรับโดยปริยาย เว้นแต่การให้นั้นจะได้ผ่านกระบวนการโนตารีแล้ว¹¹ และการแสดงเจตนารับการให้จะมีผลต่อเมื่อคำสนองของผู้รับไปถึงผู้ให้แล้ว

⁹ Article 894:

A donation inter vivos is an act by which the donor divests himself now and irrevocably of the thing donated in favor of the donee, who accepts it.

¹⁰ Martin Hogg, "Promise and Donation in Louisiana and comparative law," *Tulane European and Civil Law Forum* 26 (2011): 190.

¹¹ Richard Hyland, *Gifts: a study in comparative law* (New York: Oxford University Press, 2009), p. 581.

ประการที่สาม ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสการส่งมอบโดยให้เปล่า (Gratuitous transfer) มีได้สองกรณี คือ การให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิต และการทำพินัยกรรมการให้ในขณะที่ผู้ให้เสียชีวิตหากได้ทำตามแบบฟอร์มของกฎหมายให้แล้วผู้ให้ก็ไม่สามารถเรียกคืนการให้ได้ การให้ใดๆ ที่ทำขึ้นภายหลังผู้ให้เสียชีวิตจะบังคับได้ก็ต่อเมื่อการให้นั้นได้ทำในรูปของพินัยกรรม การให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ทันที (Immediate transfer) และการให้ที่มีผลเมื่อผู้ให้เสียชีวิต (donatio mortis causa) นั้นไม่สามารถมีผลบังคับได้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹²

และประการสุดท้าย คือเรื่องวัตถุแห่งการให้ วัตถุแห่งการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสถูกจำกัดอยู่แค่สิทธิในทางทรัพย์สิน นั่นคือ ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ด้วย รวมไปถึงดอกผลของทรัพย์สินที่ให้และสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน เช่น สิทธิในการใช้ทางหรือสิทธิอยู่อาศัย¹³ อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ได้มีการห้ามการให้ในทรัพย์สินบางชนิดไว้ นั่นคือ การให้ทรัพย์สินในอนาคต และการให้ทรัพย์สินที่ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของผู้ให้แต่อาจจะเป็นเจ้าของในอนาคต¹⁴

ต่อมาในเรื่องรูปแบบและการบังคับการให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น มาตรา 931 ของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส¹⁵ กำหนดว่า การกระทำใดๆ ที่มีลักษณะเป็นการให้ขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่นั้นจะต้องกระทำในรูปแบบของสัญญาต่อหน้าโนตารี และโนตารีก็จะเก็บเอกสารสัญญาให้ฉบับจริงไว้การทำสัญญาให้ต่อหน้าโนตารีนี้ผู้ให้และผู้รับจะต้องไปปรากฏตัวต่อหน้าโนตารีซึ่งโดยปกติแล้วจะต้องมีโนตารีสองคน หลังจากนั้นโนตารีก็จะอ่านเนื้อหาในสัญญาให้ให้คู่สัญญาฟัง แล้วคู่สัญญาซึ่งคือผู้ให้กับผู้รับรวมทั้งโนตารีก็จะทำการลงลายมือชื่อลงในสัญญาให้ และสัญญาให้นี้ก็จะถูกคัดลอกเพื่อไปติดประกาศแก่สาธารณชน¹⁶ สัญญาให้ใดๆ ที่ไม่ได้ทำตามแบบนี้จะมีผลตกเป็นโมฆะแม้ว่าผู้ให้จะทำการรับรองสัญญาให้ก็ไม่สามารถบังคับได้ เว้นแต่สัญญาให้นั้นจะได้ทำใหม่ให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กฎหมายกำหนด¹⁷ ดังนั้น ข้อกำหนดในการทำสัญญาให้ตามมาตรา 931

¹²Richard Hyland, Ibid, p. 172.

¹³Ibid, p. 184.

¹⁴Ibid.

¹⁵Article 931:

All acts containing a donation inter vivos shall be executed before notaries, in the ordinary form of contracts; and the notaries shall retain an original of them, on pain of nullity.

¹⁶Martin Hogg, op.cit., pp. 190-191.

¹⁷Article 1339:

A donor may not cure by any act of confirmation the defects of a donation inter vivos null in its form: it must be done again in the form prescribed by law.

นี่จึงเป็นแบบของการทำสัญญาให้ตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม ข้อกำหนดในการทำสัญญาให้ตามมาตรา 931 นี้ก็มักถูกหลีกเลี่ยงอยู่เสมอโดยวิธีการ คือ การให้สังหาริมทรัพย์ที่การให้สามารถมีผลใช้บังคับได้หากการให้นั้นได้ทำการส่งมอบทันที (Manual Transfer) แนวคิดนี้มีที่มาจากกรณีที่กฎหมายไม่สามารถห้ามผู้ให้ไม่ให้มอบทรัพย์สินของตนที่โดยสภาพสามารถหยิบและส่งมอบให้แก่บุคคลอื่นได้ง่าย¹⁸ และแม้ว่าแบบการทำการให้ต่อหน้าโนตารีและการบังคับการทำสัญญาให้จะมีเพื่อเป็นการปกป้องผู้ให้จากการถูกบังคับการให้โดยไม่เต็มใจก็ตาม การส่งมอบการให้ทางกายภาพจากมือของผู้ให้ไปทันทีกฎหมายก็เห็นว่าสามารถมีผลให้ผู้ให้ตระหนักรู้ว่ากำลังจะเสียทรัพย์สินในมือไป อีกทั้งการส่งมอบโดยกายภาพก็สามารถมีผลเป็นหลักฐานได้¹⁹ แนวคิดนี้ต่อมาได้รับการปรับใช้และรับรองโดยผลของคำพิพากษาของศาลในปี 1800 (Cour de Cassation of 1800) โดยข้อเท็จจริงในคดีมีว่า คดีนี้การให้ถูกอ้างว่าเป็นการซื้อขาย แต่ศาลมีความเห็นว่าแม้การให้นี้จะไม่ได้มีการทำตามแบบของการให้และไม่ได้มีการทำต่อหน้าโนตารีแต่การให้นี้สามารถมีผลใช้บังคับได้ ต่อมา หลังจากที่มีการถกเถียงเกิดขึ้นคำพิพากษาของศาลในคดีนี้ก็ได้รับการยอมรับอย่างเด็ดขาดในปี 1824²⁰ ทำให้ต่อมาในภายหลังการให้ที่มีการส่งมอบทันที (Manual gift) ได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายจนทำให้การทำการให้สังหาริมทรัพย์ที่ได้ทำอย่างถูกต้องตามแบบฟอร์มและทำโดยโนตารีนั้นเสื่อมความนิยมจนกลายเป็นสิ่งที่พบเห็นได้ยาก²¹ ส่วนการให้สังหาริมทรัพย์ เช่น ที่ดินนั้น ยังคงต้องกระทำตามแบบในมาตรา 931 นั่นคือ ต้องมีการทำตามแบบฟอร์มสัญญาและมีการทำต่อหน้าโนตารี การทำการให้สังหาริมทรัพย์โดยวาจาโดยที่ไม่ได้มีการทำตามแบบจะมีผลให้การให้นั้นตกเป็นโมฆะ²²

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบในระบบกฎหมายฝรั่งเศสสามารถสรุปได้ว่า การให้มีลักษณะเป็นสัญญาที่ผู้ให้และผู้รับต้องมีการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ไม่สามารถแสดงเจตนาโดยการนิ่งหรือโดยปริยายได้ โดยในการทำการให้ผู้ให้จะต้องทำการให้ทรัพย์สินที่เป็นของตนเองเท่านั้นรวมถึงไม่สามารถทำการให้ทรัพย์สินในอนาคตได้ แต่ก็สามารถทำการให้ที่มีการตกลงเงื่อนไขได้ และรูปแบบการทำการให้ที่กฎหมายกำหนดไว้คือจะต้องทำการให้เป็นหนังสือและต้องทำ

¹⁸ John P. Dawson, *Gifts and promises: continental and American law compared* (New Haven: Yale University Press, 1980), p. 240.

¹⁹ Ibid, p. 72.

²⁰ Martin Hogg, op.cit., p. 191.

²¹ Ibid, p. 82.

²² Ibid, p. 16.

ต่อหน้าโนตารี แต่ก็อาจจะทำการให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่กันได้เช่นกันจากผลของคำพิพากษา

2.1.2 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมัน

ระบบกฎหมายเยอรมันได้ให้คำนิยามเรื่องการให้ว่า การให้ คือ การที่ผู้ให้และผู้รับตกลงกันว่าผู้ให้จะให้ประโยชน์หรือทรัพย์สินใดๆ อันเป็นของผู้ให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การให้จึงให้ความสำคัญกับการตกลงกันของคู่สัญญา และเจตนาการให้ที่ต้องเป็นการให้โดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน หรือเป็นการให้เปล่า เรื่องอื่นๆ เช่น เรื่องแรงจูงใจหรือเจตนาในการทำการให้ (animus donandi) ดังที่กฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสให้ความสำคัญนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณา²³ ดังนั้น ลักษณะสำคัญที่จะต้องพิจารณาในการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันมีดังนี้

ประการแรก คือ การให้เปล่า การให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันกำหนดว่าผู้ให้จะต้องมีเจตนาในการให้แก่ผู้รับโดยไม่หวังสิ่งใดตอบแทน การไม่หวังสิ่งใดตอบแทนนี้คือการให้เปล่า หากการให้ใดๆ มีการให้สิ่งของตอบแทน เช่น มีการให้สิ่งของหรือประโยชน์ใดๆ กลับแก่ผู้ให้ หรืออาจเป็นการอนุญาตให้ใช้สิทธิต่างๆ เช่น การอนุญาตให้ผู้ให้อยู่อาศัยในบ้านของตนได้เพื่อตอบแทนการให้ของผู้ให้ ดังนี้ การกระทำดังกล่าวจะมีลักษณะเป็นการแลกเปลี่ยนซึ่งตามระบบกฎหมายเยอรมันจะไม่ใช่การให้โดยชัดเจน

ประการที่สอง คือ การทำการเสนอและการสนองของคู่สัญญา เนื่องจากการให้ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีลักษณะเป็นการตกลงกันของคู่สัญญาตามมาตรา 516(1) ดังนั้น การให้จึงเกิดจากการที่คำเสนอของผู้ให้และคำสนองของผู้รับต้องตรงกันจนเกิดเป็นสัญญาให้ขึ้น และสัญญาให้ที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องสมบูรณ์ก็จะมีผลก่อให้เกิดหนี้ผูกพันตัวคู่สัญญาในสัญญาให้นั้นๆ ต่อมา สัญญาให้อาจทำได้มีเงื่อนไขได้ตามมาตรา 525²⁴ หากเงื่อนไขในสัญญานั้นไม่เป็นผลสำเร็จแล้วผู้ให้ก็สามารถเรียกร้องให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ให้แก่ไปแล้วได้ตามมาตรา 527²⁵ อย่างไรก็ตาม การให้

²³ Martin Hogg, *ibid.*

²⁴ Section 525: Donation subject to conditions

(1) Anyone who makes a donation subject to a condition may demand that the condition is fulfilled if he himself has performed.

(2) If fulfilment of the condition is in the public interest, then the competent public authority may also demand fulfilment after the death of the donor.

²⁵ Section 527: Non-fulfilment of the condition

(1) If fulfilment of the condition fails to occur, the donor may demand the return of the gift under the conditions determined for the right of revocation of reciprocal contracts under the

ในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถมีการให้แบบอื่นที่เกิดขึ้นโดยไม่ได้เกิดจากการตกลงก่อนหน้า ผูกพันกันตามสัญญาของคู่สัญญา เนื่องจากอาจจะเป็นการให้ที่ไม่ได้คิดล่วงหน้าหรือไม่ได้มีการวางแผนมาก่อน เรียกการให้แบบนี้ว่าการให้ที่มีการส่งมอบทันทีเป็น Manual gift (Disposition/ the act of transfer หรือ Handschenkung) กับการให้อีกแบบที่เกิดขึ้นก่อนการทำสัญญาให้ เรียกการให้แบบนี้ว่า คำมั่นว่าจะให้ (Promissory gift/a promise or Contract of donation หรือ Versprechensschenkung)²⁶

การให้ที่มีการส่งมอบทันที (The disposition หรือ Die Zuwendung) อาจเกิดขึ้นได้โดยความต้องการของทั้งผู้ให้หรือผู้รับหรือเกิดโดยเจตนาของผู้ให้ฝ่ายเดียวโดยผู้รับยังไม่ได้มีเจตนารับก็ได้ เมื่อผู้ให้ได้ทำการให้ไปแล้ว ผู้ให้อาจจะทำการกำหนดเวลาพอสมควรเพื่อให้ผู้รับแสดงเจตนารับการให้นั้น โดยเมื่อครบเวลาที่กำหนดแล้วหากผู้รับแสดงเจตนารับการให้ (ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยปริยาย) หรือผู้รับไม่ได้มีการแสดงเจตนาปฏิเสธการให้แล้ว การให้นั้นก็จะถือว่าได้รับการสนองรับการให้จากผู้รับแล้ว แต่หากผู้รับแสดงเจตนาปฏิเสธการให้ภายในกำหนดเวลา ก็จะมีผลให้การให้นั้นตกเป็นโมฆะ ผู้รับก็ต้องคืนทรัพย์สินที่ได้รับไปจากการให้ฐานลามิควรได้ ตามกฎหมายมาตรา 516 (2)²⁷

ประการที่สาม คือ การส่งมอบขณะผู้ให้ยังมีชีวิต แม้ว่าตามกฎหมายให้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมาตรา 516 จะไม่ได้มีการระบุไว้ว่าการให้จะต้องมีการส่งมอบในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณามาตรา 2301 (2)²⁸ แล้วจะเห็นว่าหากผู้ให้มีเจตนาที่

provisions on return of unjust enrichment to the extent that the gift would have had to be used to fulfil the condition.

(2) The claim is excluded if a third party is entitled to demand fulfilment of the condition.

²⁶ Martin Hogg, op.cit., p. 192.

²⁷ Section 516:

(2) If the disposition occurs without the intention of the other party, the donor may, specifying a reasonable period of time, request him to make a declaration as to acceptance. Upon expiry of the period of time, the donation is deemed to be accepted if the other party has not previously rejected it. In the case of rejection, return of what has been bestowed may be demanded under the provisions on the return of unjust enrichment.

²⁸ Section 2301: Promise of donation mortis causa

(2) If the donor executes the donation by delivery of the object given, the provisions concerning gifts inter vivos apply.

จะให้โดยการส่งมอบทรัพย์สินแล้ว ข้อกำหนดเรื่องการให้ในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตจะต้องมีการนำมาใช้ด้วย

ประการสุดท้าย คือ วัตถุประสงค์การให้ ตามมาตรา 516 (1) ทรัพย์สินที่สามารถทำการให้ได้ คือ ตัวทรัพย์สินรวมถึงสิทธิต่างๆ ในสัญญา เช่น การปลดหนี้การเพิกถอนการใช้สิทธิตามสัญญาการเข้าชำระหนี้แทน การกระทำเหล่านี้อาจเรียกได้ว่าเป็นการให้เช่นกัน²⁹

ต่อมาในเรื่องรูปแบบและการบังคับการให้ตามกฎหมาย เนื่องจากการให้ตามระบบกฎหมายเยอรมันมีลักษณะเป็นสัญญา ดังนั้น เมื่อสัญญาให้ได้มีการทำขึ้นตามแบบโดยสมบูรณ์แล้ว สัญญาให้นี้จะเกิดผลทางหนี้ผูกพันผู้ให้ให้ต้องปฏิบัติตามสัญญาให้ หากผู้ให้ไม่ปฏิบัติตามสัญญาผู้รับก็สามารถฟ้องร้องให้ผู้ให้ปฏิบัติตามสัญญาให้ได้ นั่นคือ ผู้รับสามารถฟ้องบังคับให้ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ตกลงให้กันตามสัญญาได้นั่นเอง

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถสรุปได้ว่า การให้มีลักษณะเป็นสัญญาก่อให้เกิดหนี้ แต่ผู้ให้ก็อาจทำการให้ฝ่ายเดียวโดยกำหนดให้ผู้รับแสดงเจตนาภายหลังได้ และยังสามารถทำการให้ที่มีเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาได้โดยหากเงื่อนไขเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไม่สำเร็จผู้ให้ก็สามารถที่จะเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้คืนได้และการส่งมอบทรัพย์สินที่ผู้ให้สามารถทำได้โดยตรงหรือโดยปริยายในขณะที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่

2.1.3 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายสกอต

ระบบกฎหมายสกอตเป็นระบบกฎหมายแบบผสม (Mixed Legal System) อย่างไรก็ตาม ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ (Gift/Donation) นั้น ได้มีรากฐานมาจากระบบกฎหมายโรมัน ซึ่งต่อมาได้มีการพัฒนาแนวคิดในเรื่องการให้เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัยจวบจนมาถึงสมัยปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับการให้ในระบบกฎหมายสกอตยุคแรกๆ ได้วางกฎหมายเรื่องการให้ไว้ในส่วนของกฎหมายเรื่องหนี้ (Law of Obligations)³⁰ แต่ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 7-8 ได้มีการแยกกฎหมายเรื่องการให้ออกไปเป็นการเฉพาะเจาะจงมากขึ้น โดยจัดให้ไปอยู่ในส่วนของกฎหมายที่ในปัจจุบันอาจเรียกว่า กฎหมายเรื่องลาภมิควรได้และจัดการงานนอกสั่ง โดยยังไม่ได้มีแนวคิดว่าการให้เป็นสัญญาแต่อย่างใด³¹

ต่อมาในศตวรรษที่ 17 นักคิดชื่อ Stair ได้มีแนวคิดว่าการให้ คือ การกระทำตามกฎหมายทางธรรมชาติ (Natural Law) ที่บุคคลคนหนึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องทำสิ่งดีๆ ให้แก่บุคคลอื่น ความผูกพันนี้เป็นความผูกพันทางธรรมชาติที่แม้การให้จะก่อให้เกิดหนี้ผูกพันแก่ผู้รับที่จะต้องเห็น

²⁹ Martin Hogg, op.cit., p. 192.

³⁰ Martin Hogg, op.cit., p. 196.

³¹ Hector MacQueen and Martin Hogg, "Donation in Scots Law," *Juridical Review* (2012): 1.

คุณค่าและสำนึกบุญคุณของผู้ให้ แต่อย่างไรก็ตาม การกระทำนี้ก็ได้ก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายแก่ผู้ให้หรือผู้รับแต่อย่างใด ผลผูกพันเดียวที่ตามมาจากการให้นี้ คือ หากผู้รับการให้นั้นกระทำการใดๆ อันเป็นการไม่สำนึกบุญคุณของผู้ให้แล้ว การให้นั้นก็จะตกเป็นโมฆะและผู้รับก็ต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ได้รับไปคืนแก่ผู้ให้³² ตามแนวคิดของ Stair นั้น ไม่ได้มองการให้เป็นสัญญาหรือการสมัครใจเข้าผูกพันทางหนี้ต่อกัน หากแต่เห็นว่าเป็นการกระทำโดยไม่สมัครใจหรือการกระทำที่เป็นผลมาจากกฎหมายธรรมดาตินั้นเอง³³

หลังจากนั้น ในยุคสมัยใหม่นักวิชาการในสกอตแลนด์ก็ยังคงมีแนวคิดที่สอดคล้องกัน คือ เห็นว่าการให้มีลักษณะเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว และไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญา การส่งมอบทรัพย์สินที่ให้เป็นเพียงการเคลื่อนย้ายทรัพย์สินให้แก่นักโดยให้เปล่าหรือโดยเสนหาที่มีความมุ่งหมายว่าจะกระทำในเวลาใดๆ ระหว่างที่ผู้ให้ยังมีชีวิตอยู่การที่การให้ในระบบกฎหมายสกอตเป็นกฎหมายที่มีลักษณะสำคัญมุ่งหมายในตัวทรัพย์สินเป็นหลักนั้นอาจเป็นผลที่สะท้อนมาจากลักษณะผสมผสานของกฎหมายสมัยใหม่ของระบบกฎหมายสกอต ซึ่งเป็นผลมาจากการที่โครงสร้างระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ ของสกอตแลนด์ถูกทับซ้อนบางส่วนโดยแนวคิดและแนวทางปฏิบัติจากระบบกฎหมายคอมมอน ลอว์³⁴ ถึงกระนั้น ระบบกฎหมายสกอตก็ยังคงตระหนักถึงแนวคิดในเรื่องการให้ที่มีรากฐานมาจากเรื่องค้ำนองอยู่ทำให้กฎหมายเรื่องการให้จำแนกเรื่องหนึ่งในการให้ออกจากเรื่องการส่งมอบทรัพย์สิน³⁵ ดังนั้น การให้จึงมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวมากกว่าการกระทำสองฝ่าย ซึ่งแนวคิดนี้ทำให้การให้ในระบบกฎหมายสกอตต่างจากแนวคิดของระบบกฎหมายของประเทศอื่นๆ ส่วนใหญ่ที่ใช้ระบบกฎหมายซิวิล ลอว์ รวมทั้งแตกต่างจากแนวคิดในร่างกรอบความคิดของกฎหมายเอกชนในทวีปยุโรป หรือ DCFR (Draft Common Frame of Reference) ด้วย³⁶

ถัดมา ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่จะให้แก่กัน อาจจะกระทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่กันจริงๆ หรือแค่ส่งมอบสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินให้แก่กันก็ได้ เช่น การส่งมอบโดยการเขียนเป็นหนังสือ หรือการไปจดทะเบียนการโอนในกรณีที่ทรัพย์สินนั้นเป็นที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ การให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินหรือสิ่งของที่เป็นสัญลักษณ์แทนทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับไปทันทีเป็นการกระทำที่เป็นแค่การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปยังบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการกระทำ

³² Hector MacQueen and Martin Hogg, Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid, p. 3.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid, p. 4.

ทันทีทันใดโดยไม่ได้มีการกระทำที่เป็นการให้คำมั่นหรือการทำสัญญากันก่อนแต่อย่างใดและระบบกฎหมายสกอตก็ไม่ได้มีการกำหนดแบบของการทำให้ไว้เนื่องจากกฎหมายมองว่าการส่งมอบทรัพย์สินนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับอย่างไรก็ตาม แม้ว่าในปัจจุบันกฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายสกอตจะมีแนวคิดว่าการให้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้รับก่อนการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับจะเกิดสิทธิในการปฏิเสธการให้นั้น นั่นคือ ผู้รับไม่จำเป็นต้องให้ความยินยอมก่อนการส่งมอบแต่เมื่อผู้ให้กระทำการให้ผู้รับมีสิทธิปฏิเสธไม่รับเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นได้ เว้นแต่ผู้รับจะได้ยอมผูกพันตนไว้ก่อนว่าจะยินยอมรับเอาทรัพย์สินที่ให้นั้นก่อนแล้ว ดังนั้นแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินในการให้จึงจำเป็นที่จะต้องให้ผู้รับซึ่งผู้รับจะต้องมีตัวตนอยู่แล้วในขณะที่จะทำการส่งมอบ หากในเวลาทำการให้ผู้รับยังไม่มีตัวตน การให้นั้นก็จะไม่มีผล³⁷ และการให้ก็สามารถมีเงื่อนไขได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินใดๆ อาจจะถูกกระงับไปจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดตามสัญญาหรือผู้รับได้ทำการใดๆ อันเป็นเงื่อนไขการให้นั้นเสร็จสิ้นแล้ว และการให้ก็สามารถทำขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างได้เช่นกันตราบใดที่วัตถุประสงค์ของการให้นั้นเป็นแค่เหตุในการที่จะทำให้เกิดการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ไม่ใช่เป็นวัตถุประสงค์เพื่อเป็นประโยชน์มุ่งใจให้มาทำการให้

ดังนั้น ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายสกอตสามารถสรุปได้ว่า การให้เป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ไม่ใช่สัญญา ผู้ให้ต้องมีเจตนาให้อย่างชัดแจ้งและต้องมีเจตนาให้ในทันทีขณะนั้น ไม่สามารถทำการให้ในอนาคตได้ การส่งมอบเป็นการทำการให้สมบูรณ์และจะต้องทำในขณะที่ผู้รับมีชีวิตอยู่ แต่อย่างไรก็ตาม การให้สามารถมีเงื่อนไข เงื่อนไขเวลาหรือการกำหนดวัตถุประสงค์ของการให้ได้

2.2 ลักษณะของการให้และการส่งมอบการให้ตามกฎหมายของประเทศไทย

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนจะทำการศึกษาลักษณะของการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทย ตั้งแต่แนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ไปจนถึงแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามกฎหมายไทยในปัจจุบัน

2.2.1 แนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทย

เรื่องการให้ตามกฎหมายไทยได้ถูกร่างอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ซึ่งถูกประกาศให้มีผลใช้บังคับในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2468 ต่อมาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ที่ได้ประกาศให้มีผลใช้บังคับแล้วนั้นได้ถูกยกเลิกและให้ใช้บทบัญญัติที่ตรวจ

³⁷ Hector MacQueen and Martin Hogg, Ibid, p. 14.

ชำระใหม่แทน ตามพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2472³⁸ จากการศึกษาสำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค. – 8 ก.พ. 2466) และการตรวจร่างแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ณ วังบางขุนพรหม ทำให้ทราบว่า ในเรื่องกฎหมายเกี่ยวกับการให้นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีการรับเอาแนวคิดในเรื่องการให้มาพิจารณาทั้งจากแนวทางการให้ของระบบกฎหมายอังกฤษระบบกฎหมายฝรั่งเศสระบบกฎหมายเยอรมันระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์และระบบกฎหมายญี่ปุ่น

ต่อมาจากการศึกษาสำเนารายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมายทำให้พบว่า แรกเริ่มที่ได้มีการร่างกฎหมายเรื่องการให้นั้น คณะผู้ร่างกฎหมายได้ร่างให้การให้โดยเสนหาตามประมวลกฎหมายมีอยู่ 3 อย่าง คือ สัญญาให้ของแก่กัน ตามมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) ที่เรียกว่า “Contract of Gift” ภาษาละตินเรียกว่า donation ประการที่สองนั้นคือ การให้โดยเสนหาที่ไม่ใช่สัญญาแต่เป็นการส่งมอบของให้แก่กันธรรมดา (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ที่ถ้าไม่มีการมอบของให้แก่กันแล้วก็ไม่เรียกว่ามีการให้กันโดยเด็ดขาด และประการที่ 3 คือ การให้ของบางอย่างที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือกรรมธรรม์หรือทำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่³⁹

สัญญาให้ของแก่กัน ตามมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) ที่เรียกว่า “Contract of Gift” นั้น คณะกรรมการร่างกฎหมายได้อธิบายว่าเป็นการทำการให้ที่มีลักษณะเป็นสัญญา (Contract) ที่กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ทำการให้นั้นได้ตกลงไปถึงมือผู้รับแล้วนับแต่เวลาที่ทำสัญญาให้แก่กัน ดังนั้น หากสัญญาให้กันยังไม่ได้มีการทำการส่งมอบของให้แก่กัน ผู้ให้ก็สามารถที่จะทำการมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นแก่ผู้อื่นไปก่อนก็ได้ เนื่องจากผู้รับได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นแล้วก็จะสามารถเรียกให้ผู้ให้ทำการส่งมอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ตนได้ และสัญญาให้มีผลสมบูรณ์แล้วเมื่อมีการตกลงทำสัญญากันโดยยังไม่ต้องมีการส่งมอบ

ต่อมาในส่วนของมาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ป.พ.พ. ในปัจจุบัน) คือ การให้โดยเสนหาประการที่สอง ที่ไม่ใช่สัญญาอะไร เป็นแต่การส่งมอบของ (inter vivoce) ที่กฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า Don Manuel ซึ่งคือ การยกให้โดยมอบหมาย ไม่มีพิธีอะไร ส่งของให้กันไปก็เด็ดขาดแล้ว ผู้รับได้กรรมสิทธิ์ทันที การเอามาตรา 531 ใหม่ (มาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน) นี้มาต่อจากมาตรา 530 (ซึ่งคือมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและ

³⁸สุรพล ไตรเวทย์, การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550), หน้า 97.

³⁹รายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค.-8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, หน้า 201. (สำเนา)

พาณิชย์ในปัจจุบัน) ก็เพื่อให้รู้ว่าเมื่อใดการให้กันเป็นการเด็ดขาดเท่านั้น การยกของให้แก่กันโดยเสนหาตามมาตรานี้ นั้น จะต้องส่งของถึงมือ (inter vivoce) ต้องทำในปัจจุบันต่อหน้ากัน จะให้กันภายหลังไม่ได้⁴⁰

และการให้ประการที่ 3 คือ เรื่องการส่งมอบของที่จับต้องไม่ได้ (Incorporeal) เช่น การให้สิทธิอันมีหนังสือตราสาร หรือการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 524 และ 525 ในปัจจุบันนั่นเอง

2.2.2 แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน

หลังจากที่ได้ทำการศึกษาถึงแนวคิดและที่มาของกฎหมายเรื่องการส่งมอบการให้ในระบบกฎหมายไทยสมัยร่างกฎหมายแล้ว เมื่อกลับมาพิจารณาถึงแนวคิดในเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันพบว่านักวิชาการได้มีแนวคิดเรื่องนี้แตกต่างกันโดยแบ่งออกเป็นสี่แนวคิดด้วยกัน

โดยในแนวคิดแรก เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้ หมายความว่า หากการทำสัญญาให้ใด ผู้ให้ไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ จะทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์และสัญญาให้นั้นจะตกเป็นโมฆะ ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริย์ เอกจริยกร อธิบายไว้ว่า คู่สัญญาจะทำให้สมบูรณ์โดยเพียงแต่มีเจตนาตกลงกันเฉยๆ เท่านั้นหาเพียงพอไม่ ยังจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายบังคับไว้อีก มิฉะนั้น ถือว่าสัญญาไม่สมบูรณ์ เป็นโมฆะดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 152 โดยแบบที่กฎหมายบังคับไว้ นี้ ยังมีแบบอยู่อีกชนิดหนึ่ง คือ การส่งมอบทรัพย์สิน เรียกสัญญาประเภทที่ต้องทำตามแบบนี้เป็นสัญญาที่สมบูรณ์โดยการส่งมอบ ได้แก่ สัญญาให้ จำนำ ฝากทรัพย์สิน และสัญญายืม การให้ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้อาจเป็นการส่งมอบโดยการกระทำหรือโดยวาจาไม่ว่าโดยตรงหรือโดยปริยายก็ย่อมจะใช้ได้ ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ตามธรรมดา การส่งมอบอาจทำโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้ สุดแต่ว่าจะให้ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับ คือ อาจหยิบยื่นหรือส่งให้อย่างธรรมดา หรือหากผู้รับได้ดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นอยู่แล้ว ผู้ให้เพียงแต่บอกยกเลิกการให้ก็มีผล ถ้าทรัพย์สินที่ให้อยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สาม ผู้ให้อาจสั่งให้บุคคลที่สามส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับแทนผู้ให้ก็ได้ แต่ถ้าบุคคลที่สามไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ให้ การให้นั้นก็ยังไม่สมบูรณ์เพราะยังไม่มี การส่งมอบตราใบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบ การให้นั้นก็หาสมบูรณ์ไม่และทำให้ผู้รับไม่มีสิทธิเรียกร้องอะไรจากผู้ให้ ส่วนเรื่องว่าจะต้องทำการส่งมอบกันเวลาใดการให้จึงจะสมบูรณ์นั้น เพราะการส่งมอบอาจจะเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันกับการแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และการ

⁴⁰ รายงานประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (7 พ.ค.-8 ก.พ. 2466), หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ, หน้า 198. (สำเนา)

แสดงเจตนารับของผู้รับ หรืออาจจะเป็นการส่งมอบในภายหลังได้ ซึ่งเรื่องนี้ อาจารย์ปรีชา สุมาวงศ์⁴¹ เห็นว่าการส่งมอบจะทำในเวลาแสดงเจตนาให้ตนเองหรือภายหลังก็ได้ แต่ถ้าส่งมอบภายหลัง การแสดงเจตนาให้แล้ว จะต้องส่งมอบเสียก่อนผู้ให้ตายหรือถอนการแสดงเจตนา ยกให้ นั่น มิฉะนั้น การส่งมอบจะใช้ไม่ได้⁴²

จากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริต เอกจริยกร จะเห็นว่าแม้ศาสตราจารย์ ดร. ไพฑูริต เอกจริยกร จะเห็นว่าการส่งมอบถือเป็นแบบก็ตาม แต่การส่งมอบนั้นสามารถกระทำโดยตรง หรือโดยปริยายก็ได้ อีกทั้งยังสามารถกระทำโดยวาจา หรือสั่งให้บุคคลที่สามทำการให้แทนผู้ให้ก็ได้ และที่สำคัญ การส่งมอบการให้อาจจะทำการส่งมอบไปพร้อมกับการแสดงเจตนาหรือส่งมอบไป ภายหลังก็ได้เช่นกัน ดังนั้น แนวคิดของศาสตราจารย์ ดร.ไพฑูริต เอกจริยกร นี้จึงแตกต่างจากแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิอีกสองท่าน นั่นคือ แนวคิดของ ศาสตราจารย์ ดร.ศันันท์กรณ โสติพันธ์ และ ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร

ศาสตราจารย์ ดร.ศันันท์กรณ โสติพันธ์ ได้อธิบายไว้ว่า สัญญาให้โดยเสนหานั้น กฎหมายกำหนดวิธีการสำคัญสำหรับการให้ไว้ นั่นคือ การส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้ ให้แก่ผู้รับการส่งมอบในกรณีนี้คงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องของการส่งมอบว่าจะต้องมี ลักษณะของการโอนการครอบครองเพื่อให้ผู้รับมีอำนาจจัดการในทรัพย์สินนั้นได้ แต่เป็นที่น่า พิจารณาด้วยว่า “การส่งมอบ” ในสัญญาให้โดยเสนหานี้มิใช่ “การปฏิบัติการชำระหนี้” ของผู้ให้ แต่ เป็นสิ่งที่กำหนดทั้งการโอนกรรมสิทธิ์และการโอนการครอบครองไปในคราวเดียวกัน ทั้งนี้การส่งมอบ เป็นการยืนยันเจตนาอิสระของผู้ให้ในการให้ทรัพย์สินนั้น ดังนั้น การแสดงเจตนาให้ของผู้ให้และ การแสดงเจตนารับของผู้รับการให้กับการส่งมอบจึงต้องเกิดขึ้นต่อเนื่องเป็นกรรมและวาระเดียวกัน หากผู้ให้ไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับไปในทันที สัญญาให้ย่อมไม่สมบูรณ์ กล่าวคือ ตกเป็นโมฆะ เนื่องจากแม้ว่ากฎหมายจะใช้คำว่า “ไม่สมบูรณ์” และมีได้ใช้คำว่า “โมฆะ” ก็ตาม แต่ในกรณีนี้ ต้องถือว่าความไม่สมบูรณ์คือความเป็นโมฆะ เนื่องจากลักษณะเฉพาะของการให้นั้นไม่ก่อให้เกิด “หนี้” ต่อผู้ให้ ดังนั้น หากผู้ให้ไม่ส่งมอบทรัพย์สินพร้อมกับการแสดงเจตนาให้ ผู้รับการให้จะมาเรียก หรือฟ้องบังคับผู้ให้ให้ “ต้องให้” ไม่ได้ เพราะขัดกับบทบัญญัติในมาตรา 521 อย่างชัดเจน ซึ่งการให้ นั้นต้องเกิด “โดยเสนหา” กล่าวคือ ด้วยความอยากให้ผู้ให้มิใช่การให้เพราะ “ต้องให้” ผู้รับจึงจะ เรียกให้ผู้ให้ส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ได้ทำนองเดียวกับการให้หรือการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีได้ทำ

⁴¹ปรีชา สุมาวงศ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532), หน้า 710.

⁴²ไพฑูริต เอกจริยกร, เรื่องเดิม, หน้า 144.

เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และการส่งมอบไม่ใช่ “หนี้” ที่เกิดจากสัญญาให้ เหมือนกับที่เป็น “หนี้” ในสัญญาซื้อขาย⁴³

ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร อธิบายในเรื่องนี้ว่า “ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีนิติกรรมหรือสัญญา 6 ประเภทซึ่งจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบ ทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญานั้นๆ ได้แก่ สัญญาให้ (มาตรา 523) กล่าวคือ ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์ คือ ยื่นทรัพย์อันเป็นวัตถุแห่งสัญญาให้แก่กันตราบนั้นสัญญาก็ไม่เกิดขึ้น ไม่บริบูรณ์ไม่สมบูรณ์ หรือเป็นโมฆะ”⁴⁴ ถ้าไม่ส่งมอบเป็นเรื่องผิดแบบ นิติกรรมตกเป็นโมฆะ การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของนิติกรรม หรือเป็น “แบบที่กฎหมายบังคับ” ถ้าไม่ส่งมอบ องค์ประกอบของนิติกรรมในส่วนที่แบบที่จะไม่สมบูรณ์ แต่เจตนานั้นคงสมบูรณ์แล้วทุกประการ

คุณศศิภรณ์ นารอดภัย อธิบายว่า การส่งมอบสังหาริมทรัพย์กฎหมายไม่ได้เขียนว่าเป็นแบบแต่ใช้คำว่าหากไม่ส่งมอบสัญญาให้จะไม่สมบูรณ์เท่านั้น แต่เรื่องการให้อสังหาริมทรัพย์ และสังหาริมทรัพย์ชนิดพิเศษที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเป็นแบบที่กฎหมายกำหนด หากไม่ทำสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ⁴⁵

และสุดท้าย คุณตะวัน กุลกาญจนาวรรณ อธิบายว่า “แม้จะเกิดเป็นสัญญาให้แล้ว แต่หากคู่สัญญามีได้ปฏิบัติตามแบบของสัญญาให้ที่กฎหมายกำหนด การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์สำหรับแบบของสัญญาให้นั้นขึ้นอยู่กับรูปแบบของการให้และประเภทของทรัพย์สินที่ให้”⁴⁶

ต่อมา ในส่วนของแนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 นี้ไม่ใช่แบบ แต่เป็นการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้เท่านั้น กล่าวคือ การส่งมอบเป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด หากไม่มีการส่งมอบก็จะมีผลทำให้สัญญาให้นั้นไม่สมบูรณ์เท่านั้น ไม่ได้ทำให้สัญญาให้ตกเป็นโมฆะ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์⁴⁷

ศาสตราจารย์ไพจิตร ปุญญพันธุ์ ได้อธิบายในเรื่องนี้ไว้ว่า “ตามมาตรา 523 การให้ ย่อมสมบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ แปรความกลับกัน ถ้าไม่ส่งมอบ สัญญาให้ก็ไม่สมบูรณ์ส่งมอบกันเมื่อใดก็สมบูรณ์เมื่อนั้น ดังนั้น การส่งมอบจึงไม่ใช่แบบของสัญญาให้ ที่ว่ามานี้ อย่าลืมนะว่า สัญญาให้ได้เกิดขึ้นแล้ว มีสัญญาให้แล้ว เพราะมีคำเสนอสนอง มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาแล้ว ไม่ใช่

⁴³ ศนันท์ภรณ์ โสติพันธุ์, เรื่องเดิม, หน้า 376.

⁴⁴ จิต เศรษฐบุตร, เรื่องเดิม.

⁴⁵ ศศิภรณ์ นารอดภัย, “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 74-76.

⁴⁶ ตะวัน กุลกาญจนาวรรณ, “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 15.

⁴⁷ ไพจิตร ปุญญพันธุ์, เรื่องเดิม.

ว่ายังไม่เกิด ยังไม่มีสัญญาให้ เพียงแต่สัญญายังไม่สมบูรณ์เท่านั้น ย่อมมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ คือผู้ให้ผู้รับต่างก็เป็นเจ้าหนี้ลูกหนี้กันโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินคือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้รับ ผู้รับก็ต้องยอมรับมอบรับโอน ถ้าไม่ยอมส่งมอบโอนทรัพย์สิน หรือไม่ยอมรับมอบรับโอนทรัพย์สิน กฎหมายก็บัญญัติให้การให้ไม่สมบูรณ์เท่ากับเป็นการลงโทษคู่สัญญา ถ้าไม่มีการส่งมอบ ผู้รับก็ย่อมฟ้องร้องบังคับให้ผู้ให้ส่งมอบได้จึงเห็นได้ว่า ตามมาตรา 523 ที่บัญญัติให้ส่งมอบเป็นหน้าที่กฎหมายบัญญัติไว้ให้ คู่สัญญาจำต้องปฏิบัติประการหนึ่ง”⁴⁸

ต่อมา ในส่วนของแนวคิดที่สาม เห็นว่าการส่งมอบไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบของการแสดงเจตนา ดังนั้น ถ้าไม่ทำการส่งมอบก็จะทำให้การแสดงเจตนามีผลไม่สมบูรณ์ ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ได้แก่ม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชโดยได้อธิบายไว้ว่า “การส่งมอบเป็นองค์สมบูรณ์ของการแสดงเจตนา ไม่ใช่แบบ เช่น มาตรา 650 วรรค 2 สัญญาเืมใช้สัณเป็ลียงจะบริบูรณ์ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินที่ยืมกันนั้น ความจริงไม่ใช่แบบ ควรจัดว่าอยู่ในขั้นตอนแสดงเจตนา คือกฎหมายถือว่า ถ้าผู้ให้ยืมยังไม่ได้ส่งมอบ ยังถือไม่ได้ว่าเขามีเจตนาบริบูรณ์จะให้ยืม”⁴⁹⁵⁰

ประการสุดท้าย ในส่วนของแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 ไม่ใช่แบบ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรม หากไม่ทำการส่งมอบแล้วนิติกรรมการให้ นั้นก็จะยังไม่ีผลจนกว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ผู้ที่เห็นตามแนวคิดนี้ ได้แก่ รศ.ศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปกติ⁵¹ โดยอธิบายว่า ”ในเรื่องนี้ผู้ทรงคุณวุฒิบางท่านอธิบายว่า ในสัญญาเหล่านี้ตราบใดที่ยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สิน ตราบนั้นสัญญาไม่เกิดขึ้นหรือไม่บริบูรณ์หรือตกเป็นโมฆะ ดังนั้น จึงถือว่าเป็นแบบแห่งนิติกรรมอย่างหนึ่ง แต่นักกฎหมายส่วนใหญ่ไม่เห็นพ้องด้วย และอธิบายว่าการนี้เหล่านี้กฎหมายมุ่งหมายให้การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางเนื้อหาแห่งนิติกรรม เพราะถือว่าการแสดงเจตนาโดยไม่มีการส่งมอบยังไม่นับว่าเป็นการแสดงเจตนาครบองค์ประกอบ ดังนั้นนิติกรรมนั้นจึงไม่สมบูรณ์คือไม่มีผล”⁵²

⁴⁸ไพจิตร ปุญญพันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 81 และ 109.

⁴⁹มุนินทร์ พงศาปาน, เรื่องเดิม.

⁵⁰แนวคิดที่สามนี้ยังมีผู้ทรงคุณวุฒิที่เห็นไปในทางเดียวกับหม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมชอีก ได้แก่ อาจารย์ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, อาจารย์ไกรสร บารมีอวยชัย และศาสตราจารย์ศักดิ์ สอนองชาติ.

⁵¹กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, เรื่องเดิม.

⁵²เรื่องเดียวกัน.

ในส่วนของแนวคำพิพากษาฎีกาเรื่องการส่งมอบการให้ พบว่า มีแนวคำพิพากษาฎีกาแยกออกเป็นสองฝ่ายเช่นกัน คือ ฝ่ายที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ ถ้าไม่มีการส่งมอบสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ ได้แก่

คำพิพากษาฎีกาที่ 1203/2494

ผู้ตายทำหนังสือ(นาชา)ยกที่ดินให้จำเลยตั้งแต่มียังมีชีวิตอยู่แม้ตามกฎหมายอิสลามมิว่าการให้ด้วยหนังสือนาชานี้ได้ ที่ดินไม่เป็นมรดกต่อไปตามกฎหมายอิสลามไม่ต้องแบ่งมรดกก็ตาม แต่ปรากฏว่าการยกให้ไม่ถูกต้องตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพราะไม่ได้จดทะเบียน ที่ดินจึงยังเป็นของผู้ตายอยู่ในเวลาตายจึงต้องถือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าที่ดินนี้ยังเป็นมรดกของผู้ตายอยู่

คำพิพากษาฎีกาที่ 2364/2515

สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยมีข้อความว่าจำเลยแสดงเจตนาสละสิทธิการครอบครองกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมด้วยสิ่งปลูกสร้างให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไป และโจทก์สัญญาว่าจะจ่ายเงินผลประโยชน์ที่ได้จากทรัพย์สินนั้นให้แก่จำเลยหนึ่งในสามจนตลอดชีวิตของจำเลยเป็นสัญญาซึ่งจำเลยมีเจตนายกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้โจทก์โดยเสนหา โดยโจทก์มิได้เสียค่าตอบแทนแต่ประการใด แต่จำเลยคงสงวนผลประโยชน์อันเกิดจากทรัพย์สินนั้นไว้เพียงบางส่วนเพื่อใช้สอยในระหว่างที่จำเลยยังมีชีวิตอยู่ ข้อความในสัญญาที่ว่าจำเลยสละการครอบครองให้โจทก์เข้าครอบครองต่อไปคงมีความหมายเพียงว่าจำเลยส่งมอบทรัพย์สินให้โจทก์ อันเป็นการปฏิบัติตามสัญญาให้เท่านั้น เมื่อทรัพย์สินที่ให้เป็นที่ดินมีโฉนด การให้จึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่(แม้จะฟังว่าเป็นคำมั่นจะให้ก็ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกัน เมื่อไม่จดทะเบียนนิติกรรมย่อมตกเป็นโมฆะ)

คำพิพากษาฎีกาที่ 226/2520

โจทก์ทำสัญญากับจำเลยผู้เป็นบุตรว่า โจทก์ยินยอมสละสิทธิในการรับมรดกซึ่งมีสังหาริมทรัพย์ อสังหาริมทรัพย์สิทธิและประโยชน์ซึ่งโจทก์มีสิทธิได้รับจากบิดาโจทก์โดยยินยอมให้ทรัพย์สินมรดกดังกล่าวตกทอดให้แก่จำเลยสัญญาดังกล่าวมิใช่สัญญาประนีประนอมยอมความเพราะโจทก์จำเลยมิได้มีข้อพิพาทกันเกี่ยวกับทรัพย์สินมรดกของบิดาโจทก์ในขณะที่ทำสัญญาหรือจะมีขึ้นในภายหน้าหากแต่เป็นสัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์สัญญาให้สังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์เมื่อไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้ ทั้งไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523 ถึงมาตรา 525 บังคับไว้ย่อมไม่สมบูรณ์ เท่ากับไม่มีสัญญาให้ซึ่งสังหาริมทรัพย์และที่เกี่ยวกับการให้อสังหาริมทรัพย์และทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อไม่ได้ทำ

เป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 115

ต่อมา แนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบทรัพย์สินเป็นเพียงการทำให้สัญญาให้สมบูรณ์ หากไม่ทำตามคู่สัญญาที่ไม่มีสิทธิบังคับตามสัญญาให้ได้เท่านั้น ได้แก่

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2195/2522

โจทก์มีเจตนายกตลาดสด ผลไม้ และที่ดินที่ปลูกสร้างให้แก่จำเลยที่ 1 เพื่อให้จำเลยที่ 1 ใช้ทรัพย์สินดังกล่าวหาผลประโยชน์มาปรับปรุงท้องที่ในเขตสุขาภิบาลของจำเลยที่ 1 เป็นการให้แก่จำเลยที่ 1 โดยเฉพาะ มิใช่เป็นการให้เพื่อใช้เป็นสาธารณประโยชน์ หรือเพื่อสงวนไว้เป็นประโยชน์ร่วมกันของพลเมืองอันเป็นลักษณะของสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามมาตรา 1304 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อการให้ซึ่งที่ดินและสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวมิได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 บัญญัติไว้ การให้นั้นย่อมไม่สมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ให้นั้นยังเป็นของโจทก์ โจทก์มีสิทธิเอาคืนได้"

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1931/2537

"...สำหรับที่พิพาทเป็นที่ดินมีโฉนด การโอนกรรมสิทธิ์ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และหนังสือสัญญาให้ที่ดินโดยเสน่หาตามเอกสารหมาย จ. 7 ตอนท้ายมีข้อความว่าคู่สัญญาจะได้นำไปจดทะเบียนสำนักงานที่ดินภายในกำหนด 7 วัน นับแต่วันทำสัญญานับนี้ จากข้อสัญญาดังกล่าวแสดงว่าจำเลยประสงค์จะยกที่พิพาทให้แก่โจทก์ โดยทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ฉะนั้น เมื่อการให้รายนี้ยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ นิติกรรมให้ก็ย่อมไม่สมบูรณ์ตามกฎหมาย โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องบังคับให้จำเลยไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่พิพาทให้แก่โจทก์ได้..."

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 586/2538

การให้หรือค้ำประกันว่าจะให้ที่ดินจะต้องได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่จึงบังคับกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 526 บันทึบข้อตกลงระหว่าง ป. กับจำเลยที่ระบุว่าจำเลยซึ่งเป็นเจ้าของที่พิพาทยินยอมยกที่ดินดังกล่าวส่วนหนึ่งให้โจทก์ด้วย แต่มิได้จดทะเบียนจึงไม่มีผลผูกพันจำเลย โจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องเอาที่พิพาทโดยอาศัยบันทึกดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 663/2538

ท. ประสงค์จะยกที่ดิน น.ส.3 ให้แก่โจทก์โดยการทำนิติกรรมและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 525 และประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 4 ทวิ คือ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้ ท. จะยื่น

เรื่องราวขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมประเภทให้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ประกาศตามระเบียบ ท.ก็ตายเสียก่อน เมื่อยังไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การให้จึงยังไม่สมบูรณ์ โจทก์จะฟ้องขอให้บังคับจำเลยในฐานะทายาทโดยธรรมและในฐานะผู้จัดการมรดกของ ท. จดทะเบียนการให้แก่โจทก์ไม่ได้

ดังนั้น เมื่อได้ศึกษาแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายไทยแล้วจะเห็นว่า ในเรื่องนี้นักวิชาการต่างๆ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกายังมีแนวคิดที่แตกต่างกันอยู่ ทำให้เมื่อต้องมีการนำกฎหมายเรื่องการให้โดยเฉพาะในประเด็นเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นี้มาพิจารณาปรับใช้กับข้อเท็จจริงจะเห็นว่าจะทำให้เกิดปัญหาและความสับสนในการปรับใช้กฎหมายได้

2.3 บทวิเคราะห์เรื่องการส่งมอบการให้

จากการศึกษาต้นร่างกฎหมายในเรื่องการส่งมอบการให้ของกฎหมายไทยมาแล้วทำให้พบว่า คณะกรรมการร่างกฎหมายได้มีการศึกษากฎหมายของต่างประเทศและหยิบยกเอามาเป็นต้นแบบในการร่างกฎหมายเรื่องนี้โดยมีเจตนารมณ์ร่างกฎหมายในเรื่องการให้นี้ออกเป็นสามประเภทด้วยกัน คือ การให้ที่เป็นการให้ตามสัญญา (Contract of gift) การให้ที่เป็นการส่งมอบของให้แก่กันธรรมดา และการให้ทรัพย์สินที่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น เมื่อได้มีการร่างกฎหมายเรื่องการให้ออกเป็นสามแบบการส่งมอบหรือวิธีบังคับใช้การให้ก็ย่อมแตกต่างกัน เมื่อพิจารณาถึงแนวคิดเรื่องการให้ตามกฎหมายไทยในปัจจุบันจะเห็นว่า ในประเด็นเรื่องลักษณะของสัญญาให้นั้นนักวิชาการส่วนใหญ่เห็นพ้องต้องกันว่าการให้ตามกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นสัญญาที่ต้องมีการเสนอสนองต้องตรงกันของคู่สัญญา และจะต้องครบองค์ประกอบทั่วไปของสัญญาด้วย นั่นคือ ต้องมีเจตนา วัตถุประสงค์ แบบ และความสามารถของคู่สัญญาถูกต้องและครบถ้วนตามกฎหมายด้วย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักวิชาการส่วนใหญ่ของไทยจะเห็นตรงกันว่าการให้มีลักษณะเป็นสัญญาก็ตาม แต่ในเรื่องการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้กลับมีความเห็นแตกต่างกันถึงสี่แนวคิด ทำให้เกิดปัญหาในทางทฤษฎีเรื่องการส่งมอบการให้ขึ้น

ดังนั้น ในประเด็นปัญหาเรื่องความสมบูรณ์ของสัญญาให้นี้จึงมีปัญหาคือต้องพิจารณาว่าการส่งมอบตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ ถือเป็นแบบของสัญญาให้หรือไม่ และถ้าไม่ทำจะทำให้สัญญาให้มีผลเช่นไร ในเรื่องนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาแนวคิดของผู้ทรงคุณวุฒิในประเทศไทยพบว่าผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหลายยังมีความเห็นที่แตกต่างกันถึงสี่แนวทางด้วยกัน โดยแนวทางแรกเห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 เป็นแบบที่กฎหมายกำหนด และถ้าไม่ทำตามสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ แนวคิดที่สอง เห็นว่า การส่งมอบตามมาตรา 523 มิใช่แบบแต่เป็นเพียงการปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาให้ ฉะนั้น หากไม่ทำการส่งมอบก็จะมีผลให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ซึ่งหากภายหลัง

มีการส่งมอบเกิดขึ้นสัญญาให้ นั่นก็จะมีผลสมบูรณ์ได้ ส่วนแนวคิดที่สาม เห็นว่า การส่งมอบตาม มาตรา 523 ไม่ใช่แบบแต่เป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา และแนวคิดที่สี่ เห็นว่า การส่งมอบตาม มาตรา 523 ไม่ใช่แบบแต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของนิติกรรมซึ่งเมื่อมีการส่งมอบการให้ แล้วจะทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์

อย่างไรก็ตาม เมื่อนำแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ทั้งสี่แนวคิดมาปรับใช้กับ ข้อเท็จจริง ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่นาย ก. เดินทางเจอนาย ข. โดยบังเอิญและนาย ก. บอกกับ นาย ข. ว่าตนมีเจตนาให้หนังสือของตนแก่นาย ข. หนึ่งเล่มแต่ขณะนั้นนาย ก. ไม่มีหนังสือเล่มดังกล่าวอยู่กับตัว วันรุ่งขึ้นนาย ก. จึงได้นำหนังสือเล่มดังกล่าวไปให้นาย ข. ที่บ้าน จากตัวอย่างข้อเท็จจริง ดังกล่าว เมื่อนำแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้แนวคิดที่หนึ่ง ที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบมาปรับใช้ กับข้อเท็จจริงนี้จะทำให้สัญญาให้ระหว่างนาย ก. และนาย ข. ตกเป็นโมฆะโดยทันทีขณะเกิดสัญญา เนื่องจากนาย ก. มีเจตนาให้หนังสือแก่นาย ข. แต่ นาย ก. ไม่ได้ทำการส่งมอบหนังสือให้นาย ข. ทันทีขณะทำสัญญา ดังนั้น สัญญาให้ดังกล่าวจึงตกเป็นโมฆะการที่นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้องทำการแสดงเจตนาให้และแสดงเจตนารับหนังสือ กันใหม่ทำให้เกิดความยุ่งยาก และสับสนในทางปฏิบัติ และหากในกรณีที่นาย ก. นำหนังสือไปให้แก่นาย ข. อาจจะไม่อยู่ที่ห้อง นาย ก. จะฝากหนังสือไว้ที่เพื่อนของ นาย ข. หรือนำหนังสือวางไว้ที่หน้าห้องของนาย ข. ดังนี้ก็จะไม่ใช่การส่งมอบตามสัญญาให้เพราะนาย ก. และนาย ข. ยังไม่ได้แสดงเจตนาเสนอสนองกันใหม่ สัญญาให้จึงยังไม่เกิดขึ้นใหม่ หากนาย ก. ต้องการฝากหนังสือไว้ ก็อาจจะเป็นเพียงการสละการครอบครองหนังสือเท่านั้น

ต่อมาเมื่อนำข้อเท็จจริงนี้ไปปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สอง ที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นการปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามสัญญา หากไม่ทำตามคู่สัญญาสามารถฟ้องบังคับให้ปฏิบัติตามสัญญาได้ เมื่อนำมาปรับกับข้อเท็จจริงทำให้การที่นาย ก. แสดงเจตนายกหนังสือให้นาย ข. แล้วแต่ยังไม่ทำการส่งมอบหนังสือให้นาย ข. สัญญาให้ระหว่างนาย ก. กับนาย ข. เกิดขึ้นและมีหนี้ผูกพันนาย ก. ผู้ให้แล้ว หากต่อมานาย ก. ไม่ส่งมอบหนังสือเล่มดังกล่าวให้นาย ข. นาย ข. สามารถไปฟ้องศาลให้บังคับนาย ก. ส่งมอบหนังสือให้แก่ตนได้ อย่างไรก็ตาม การฟ้องบังคับให้ส่งมอบการให้โดยเฉพาะการให้สังหาริมทรัพย์ที่อาจจะไม่มีการทำสัญญาให้กันเป็นลายลักษณ์อักษร อาจจะเป็นการยากที่คู่ความจะพิสูจน์ให้ศาลเห็นและคล้อยตามจนมีคำบังคับได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สองนี้ปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้ยาก และไม่สามารถทำได้จริงในทางปฏิบัติ

ถัดมา เมื่อนำข้อเท็จจริงไปปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สาม ที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นส่วนหนึ่งของการแสดงเจตนา ผลก็จะเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ

แนวคิดที่หนึ่ง คือ เมื่อนาย ก.แสดงเจตนาให้แต่ไม่มีการส่งมอบการให้ เจตนาให้ของนาย ก.จะไม่สมบูรณ์ ทำให้สัญญาให้ไม่อาจเกิดขึ้นได้ ต่อมา เมื่อ นาย ก. นำหนังสือไปมอบให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นาย ก. และนาย ข. จึงต้องแสดงเจตนาให้และสนองรับการให้กันใหม่ ซึ่งถ้านาย ข. ไม่อยู่ รับการส่งมอบ นาย ก. อาจต้องทำการสละการครอบครองหนังสือให้นาย ข. ไปเท่านั้น ซึ่งทำให้แนวคิดที่สามนี้ปรับใช้ได้ยากในทางปฏิบัติเช่นกัน อีกทั้ง ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายได้บัญญัติเรื่องไว้ในบรรพ 3 เรื่องเอกเทศสัญญา ฉะนั้น เรื่องให้จึงต้องมีความพิเศษเป็นเอกเทศ แตกต่างจากเรื่องสัญญาธรรมดา และเนื่องจากการให้เป็นการที่ผู้ให้ให้ทรัพย์สินโดยไม่ได้รับสิ่งใดตอบแทน และผู้รับไม่เสียประโยชน์ใดๆ ฉะนั้น หากให้อำนาจผู้รับฟ้องบังคับให้ผู้ให้ต้องส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาแล้ว ก็ดูจะไม่เป็นธรรมแก่ผู้ให้เท่าใดนัก ผู้เขียนจึงไม่เห็นด้วยกับแนวคิดที่สามนี้

ประการสุดท้าย เมื่อนำข้อเท็จจริงปรับใช้กับแนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สี่ที่เห็นว่าการส่งมอบการให้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้ ฉะนั้น การที่นาย ก. และนาย ข. ทำสัญญาให้ต่อกันแล้วแต่นาย ก.ยังไม่ได้ส่งมอบหนังสือให้แก่ นาย ข. การแสดงเจตนาของนาย ก. และนาย ข. สมบูรณ์แล้ว เพียงแต่สัญญาให้ยังไม่เกิดขึ้นเนื่องจากยังไม่ครบองค์ประกอบในนิติกรรม นั่นคือ การส่งมอบการให้เท่านั้น ต่อมา เมื่อนาย ก. นำหนังสือมาให้นาย ข. ในวันรุ่งขึ้น นิติกรรมการให้จึงครบองค์ประกอบ และมีผลสมบูรณ์ มีผลให้สัญญาให้เกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์และมีผลเสร็จเด็ดขาดไปโดยนาย ก. และนาย ข. ไม่จำเป็นต้องมาทำสัญญาให้หนังสือกันใหม่ ทำให้การปรับใช้แนวคิดเรื่องการส่งมอบการให้ในแนวคิดที่สี่กับข้อเท็จจริงนี้มีความถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรม สามารถปรับใช้ได้จริงมากที่สุด

ต่อมา เมื่อพิจารณาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องการให้และการส่งมอบการให้จะเห็นว่า แม้จะมีแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบเป็นแบบ เมื่อไม่มีการส่งมอบสัญญาให้จะตกเป็นโมฆะ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่า การไม่ส่งมอบการให้เป็นเพียงการทำให้สัญญาให้ไม่สมบูรณ์ ไม่สามารถบังคับให้ผู้ให้ทำการส่งมอบการให้ให้แก่ผู้รับได้เท่านั้น เมื่อผู้เขียนพิจารณาถึงแนวคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นคล้อยตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่เห็นว่าการส่งมอบการให้เป็นการทำให้สัญญาให้มีผลสมบูรณ์และสามารถบังคับได้ เนื่องจาก หากพิจารณาว่าการทำสัญญาให้สังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ใดๆ ที่ผู้ให้อาจจะต้องใช้เวลาในการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้นั้นๆ เช่น การทำสัญญาให้ทรัพย์สินที่ไม่มีอยู่กับตัวผู้ให้ขณะทำสัญญาให้ หรือการทำสัญญาให้อสังหาริมทรัพย์ที่ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การจดทะเบียนการให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอาจต้องใช้เวลา การจะพิจารณาว่าการไม่ไปจดทะเบียนการให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวซึ่งมีผลเป็นการที่ผู้ให้ไม่ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ให้แก่ผู้รับ การจะพิจารณาให้สัญญาให้มีผลตกเป็นโมฆะเมื่อใดจะเป็นการยาก และส่งผลต่อการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

ต่อมา เมื่อผู้เขียนทำการศึกษาเรื่องการบังคับการให้ของระบบกฎหมายต่างประเทศพบว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมันมีการกำหนดแบบของสัญญาให้ที่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและทำต่อหน้าโนตารีมีฉะนั้นการให้จะตกเป็นโมฆะ เว้นแต่เป็นกรณีการให้ที่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับไปทันที แต่ในส่วนของกฎหมายเรื่องการให้ในระบบกฎหมายสกอตไม่ได้มีการกำหนดแบบไว้ การส่งมอบมีผลแค่ทำให้การให้มีผลสมบูรณ์เท่านั้น

หลังจากที่ได้ศึกษาเรื่องการส่งมอบการให้ทั้งจากระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายต่างประเทศแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าการส่งมอบการให้ ตามมาตรา 523 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีการรับเอาแนวคิดมาจากแนวคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งมีการกำหนดแบบของสัญญาให้ที่ต้องมีการทำการให้เป็นหนังสือและทำต่อหน้าโนตารีมีฉะนั้นการให้จะตกเป็นโมฆะและการทำการให้ที่มีการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กันทันที อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยในยุคร่างประมวลกฎหมายนั้น ไม่มีการนำระบบโนตารีมาใช้ในประเทศ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า คณะกรรมการร่างกฎหมายมีเจตนากำหนดให้การทำสัญญาให้ส่งสาริมทรัพย์ต้องมีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตาม มาตรา 525 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อเป็นการบังคับให้ผู้สัญญาต้องทำการให้ตามแบบ มีหลักฐาน และสามารถตรวจสอบได้ ส่วนการทำสัญญาให้ส่งสาริมทรัพย์ธรรมดาอาจทำได้โดยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน ซึ่งการส่งมอบการให้นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่เป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของสัญญาให้ประการหนึ่ง ซึ่งเมื่อคู่สัญญาได้มีการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกัน และได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน สัญญาให้นั้นก็จะมีผลสมบูรณ์และเสร็จเด็ดขาด

3. บทส่งท้าย

จากการศึกษาเรื่องการส่งมอบการให้ตามระบบกฎหมายของต่างประเทศและระบบกฎหมายไทยแล้วผู้เขียนพบว่า การส่งมอบการให้ตามมาตรา 523 นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่การส่งมอบเป็นองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงของสัญญาประการหนึ่ง ซึ่งเมื่อมีการทำสัญญาให้แล้วแต่ยังไม่ได้มีการส่งมอบทรัพย์สินจะมีผลทำให้การแสดงเจตนาให้เกิดขึ้นแล้ว แต่สัญญาให้นั้นยังไม่เกิดมีผลสมบูรณ์จนกว่าคู่สัญญาจะได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่กัน สัญญาให้จึงจะเกิดขึ้นและมีผลสมบูรณ์ส่งผลให้ผู้ที่ไม่สามารถเรียกทรัพย์สินที่ให้คืนจากผู้รับได้เว้นแต่ผู้รับจะประพฤตินิรคุณเท่านั้น

ดังนั้น ในเรื่องนี้ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่านักกฎหมายจะต้องทำการศึกษาและมีความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องการส่งมอบของการให้ใหม่ โดยต้องเข้าใจว่าการส่งมอบการให้ตามมาตรา 523

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นไม่ใช่แบบของสัญญาให้ แต่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิติกรรมการให้และผู้เขียนมีความเห็นว่าควรแก้ไขข้อความบางส่วนในมาตรา 521 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องสมบูรณ์มากขึ้นโดยเพิ่มเติมจาก

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หาแก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

โดยแก้ไขข้อความเป็น

“มาตรา 521 อันว่าให้นั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าผู้ให้ โอนทรัพย์สินของตนให้โดยเสน่หา แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับ และผู้รับยอมรับเอาทรัพย์สินนั้น”

บรรณานุกรม

- กรสุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง. “เอกสารประกอบการบรรยาย หน้า 230 เอกเทศสัญญา 1 ชุดที่ 8 ภาคเรียนที่ 2 ปีการศึกษา 2561.” คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561.
- จิต เศรษฐบุตร. **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา**. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ตะวัน กุลกาญจนาภรณ์. “ปัญหาทางกฎหมายของสัญญาให้ที่มีค่าภาระติดพัน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- ปรีชา สุมาวงศ์. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตสภา, 2532.
- ไพฑูริต เอกจริยกร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรียงมาตรา ว่าด้วยชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2561.
- ไพจิตร ปุญญพันธ์. **ประมวลบทความกฎหมายแพ่ง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.
- มุนินทร์ พงศาปาน. **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 ภาค 1-2**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ศักดิ์ สอนงชาติ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา (พร้อมทั้งระยะเวลาและอายุความและข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540)**. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2557.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะชื่อขาย แลกเปลี่ยน ให้**. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ศศิธรณ์ นารอดภัย. “การเรียกคืนทรัพย์สินที่ให้.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- สำเนารายงานการประชุมกรรมการชำระประมวลกฎหมาย พุทธศักราช 2466 (2466). หมายเลขเอกสาร ม-สคก 3/2, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ.
- สุรพล ไตรเวทย์. **การร่างประมวลกฎหมายในประเทศไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- อัครวิทย์ สุมาวงศ์. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งนิติบัณฑิตยสภา, 2557.

Dawson, P. John. **Gifts and promises continental and American law Storrs lectures on jurisprudence**. New Haven: Yale University Press, 1980.

Hogg, Martin. "Promise and Donation in Louisiana and comparative law." **Tulane European and Civil Law Forum** 26 (2011): 14.

Hyland, Richard. **Gift: A study in comparative law**. New york: Oxford University Press, 2009.

MacQueen, Hector and Martin Hogg. "Donation in Scot Law." **Juridical Review** (2012): 1-5.

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:
การกระทำความผิดด้วยกันแต่ความรับผิดชอบไม่เหมือนกัน

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:
การกระทำความผิดด้วยกันแต่ความรับผิดชอบไม่เหมือนกัน

นิตินันท์ บุรณะเจริญรักษ์*
Nitinant Bruranajroenrak

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80, 83, 86, 91, 297, 288, 371

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192, 215, 225

“ข้อเท็จจริง: ตามวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุ ชาวบ้านในหมู่บ้านร่วมกันเดินขบวนแห่โดยผู้เสียหายร่วมอยู่ในขบวนแห่ด้วย ขณะที่ผู้เสียหายกับชาวบ้านร่วมขบวนแห่ เมื่อมาถึงที่เกิดเหตุพบจำเลยทั้งสี่กับพวกอีก 2 คน ตักรออยู่บริเวณดังกล่าว จำเลยที่ 2 วิ่งเข้ามาต่อยผู้เสียหาย โดยในมือจำเลยที่ 2 ถืออาวุธมีดดาบ ความยาวรวมด้ามประมาณ 1 ช่วงแขน แกว่งมีให้บุคคลอื่นเข้ามาช่วยผู้เสียหาย ส่วนจำเลยที่ 1 วิ่งกลับไปที่รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 นำเหล็กชุดซาฟต์ความยาวประมาณ 10 นิ้ว ที่วางอยู่บนตะแกรงหน้ารถมาแทงบริเวณใต้ราวนมด้านขวาของผู้เสียหาย 1 ครั้ง แผลทะลุเข้าถึงปอด ตับ และลำไส้เล็ก ได้รับบาดเจ็บ จากนั้นจำเลยที่ 3 และที่ 4 เข้ามาชกต่อยผู้เสียหาย ต่อมาเมื่อมีบุคคลเข้าห้ามปราม จำเลยทั้งสี่กับพวกขับรถจักรยานยนต์หลบหนีไปและมีบุคคลนำผู้เสียหายส่งให้แพทย์รักษาบาดแผลได้ทันทั่วทั้งที่ หลังเกิดเหตุจำเลยที่ 3 และที่ 4 ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย

คำฟ้องของพนักงานอัยการ: เมื่อวันที่ 15 เมษายน 2559 เวลากลางวัน จำเลยทั้งสี่กับพวกร่วมกันพาอาวุธมีดปลายแหลม ขนาดยาวประมาณ 9 นิ้ว 1 เล่มไปบริเวณถนนภายในหมู่บ้านศิลาทอง หมู่ที่ 6 ซึ่งเป็นในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุสมควร และจำเลยทั้งสี่กับพวกโดยมีเจตนาฆ่าผู้เสียหาย ร่วมกันชกต่อยและใช้อาวุธมีดดังกล่าวแทงผู้เสียหายบริเวณหน้าอกใต้ราวนม

*อัยการจังหวัดผู้ช่วยสำนักงานอัยการคดีศาลแขวงพิษณุโลก, น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nitinantattorney@hotmail.com.

Assistant Provincial Public Prosecutor, Office of Phitsanulok Summary Litigation, LL.B. at Ramkhamhaeng University, Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage, LL.M. at Ramkhamhaeng University.

ซึ่งเป็นอวัยวะสำคัญอย่างแรง 1 ครั้ง จำเลยทั้งสี่กับพวกกระทำความผิดไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล เนื่องจากมีบุคคลเข้าห้ามปรามและนำผู้เสียหายส่งให้แพทย์รักษาบาดแผลได้ทันทั่วทั้งที่ผู้เสียหายจึงยังไม่ถึงแก่ความตาย แต่เป็นเหตุได้รับอันตรายสาหัส บาดแผลที่หน้าอกทะลุถึงปอด ตับ และลำไส้เล็ก ต้องเจ็บป่วยด้วยอาการทุกขเวทนาและประกอบกรณีก็ไม่ได้เกินกว่ายี่สิบวัน ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80, 83, 91, 288, 371 กับขอให้ปรับโทษจำเลยที่ 2 ต่อจากโทษในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 38/2560 ของศาลชั้นต้น

คำให้การจำเลยทั้งสี่: จำเลยที่ 1 ให้การรับสารภาพ ส่วนจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 ให้การปฏิเสธ

คำพิพากษาศาลชั้นต้น: จำเลยทั้งสี่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80, 371 ประกอบมาตรา 83 การกระทำของจำเลยทั้งสี่เป็นความผิดหลายกรรมต่างกัน ให้ลงโทษทุกกรรมเป็นกระทงความผิดไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 91 ฐานร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่นจำคุกคนละ 10 ปี ฐานร่วมกันพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะ โดยไม่มีเหตุสมควร ปรับคนละ 1,000 บาท รวมจำคุกคนละ 10 ปี และปรับคนละ 1,000 บาท จำเลยที่ 1 ให้การรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา มีเหตุบรรเทาโทษ ลดโทษให้กึ่งหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงจำคุกจำเลยที่ 1 มีกำหนด 5 ปี และปรับ 500 บาท ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 ปรับโทษจำคุกจำเลยที่ 2 ต่อจากโทษในคดีอาญาหมายเลขแดงที่ 38/2560 ของศาลชั้นต้น

อุทธรณ์: จำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 อุทธรณ์

คำพิพากษาศาลอุทธรณ์: ศาลอุทธรณ์ภาค 3 พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยที่ 2 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80, 86 จำคุก 6 ปี 8 เดือน จำเลยที่ 3 และที่ 4 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 391 ให้ลงโทษจำคุกคนละ 1 เดือน และปรับคนละ 5,000 บาท เมื่อรวมกับโทษในความผิดร่วมกันพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะ โดยไม่มีเหตุสมควร ตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นแล้ว เป็นจำคุกจำเลยที่ 2 มีกำหนด 6 ปี 8 เดือน และปรับ 1,000 บาท จำคุกจำเลยที่ 3 และที่ 4 คนละ 1 เดือน และปรับคนละ 6,000 บาท จำเลยที่ 3 และที่ 4 ชดใช้ค่าเสียหายและผู้เสียหายแถลงไม่ติดใจเอาความ ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้ มีกำหนดคนละ 1 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ให้ยกฟ้องโจทก์สำหรับจำเลยที่ 3 และที่ 4 ในความผิดฐานร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น นอกจากที่แก้ไขเป็นไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น

ฎีกา: โจทก์และจำเลยที่ 2 ฎีกา

อนึ่งระหว่างพิจารณาของศาลฎีกา มีพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560 มาตรา 4 ให้ยกเลิกอัตราโทษในมาตรา 297 และให้ใช้อัตราโทษใหม่แทน

แต่กฎหมายที่แก้ไขใหม่ไม่เป็นคุณแก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 จึงให้ใช้กฎหมายที่ใช้ขณะกระทำความผิด บังคับคดีแก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3

คำพิพากษาศาลฎีกา: ศาลฎีกาพิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยที่ 3 และที่ 4 มีความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 (เดิม) ประกอบมาตรา 83 ลงโทษจำคุกคนละ 1 ปี เมื่อรวมกับ โทษในความผิดฐานร่วมกันพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุสมควรตาม คำพิพากษาของศาลชั้นต้นแล้ว เป็นจำคุกจำเลยที่ 3 และที่ 4 คนละ 1 ปี และปรับคนละ 1,000 บาท จำเลย ที่ 3 และที่ 4 ชดใช้ค่าเสียหายจนผู้เสียหายไม่ติดใจเอาความ ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน โทษจำคุกให้รอการลงโทษไว้มีกำหนดคนละ 1 ปี นับแต่วันอ่าน คำพิพากษา ศาลฎีกาให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 พัง แต่ให้คุ้มครองประพฤติดำเลยที่ 3 และที่ 4 ตลอดระยะเวลาที่รอ การลงโทษ โดยให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 ไปรายงานตัวต่อพนักงานคุมประพฤติทุก 3 เดือนต่อครั้ง ตามเงื่อนไขและกำหนดระยะเวลาที่พนักงานคุมประพฤติเห็นสมควร ให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 ทำงาน บริการสังคมตามที่พนักงานคุมประพฤติเห็นสมควรคนละ 12 ชั่วโมง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ไม่ชำระค่าปรับให้จัดการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29, 30 นอกจากที่แก้ให้เป็น ไปตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 3

เหตุผลในคำพิพากษาศาลฎีกา: ขณะเกิดเหตุ จำเลยทั้งสี่กับพวกอีก 2 คน ดักรออยู่ผู้เสียหาย บริเวณที่เกิดเหตุ จำเลยที่ 2 วิ่งเข้ามาต่อผู้เสียหาย โดยในมือจำเลยที่ 2 ถืออาวุธมีดดาบ ความยาว รวมด้ามประมาณ 1 ช่วงแขน แกว่งมีให้บุคคลอื่นเข้ามาช่วยผู้เสียหาย ส่วนจำเลยที่ 1 วิ่งกลับไป ที่รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 นำเหล็กชุดซาฟท์ความยาวประมาณ 10 นิ้ว ที่วางอยู่บนตะแกรง หน้ารถมาแทงบริเวณใต้ราวนมด้านขวาของผู้เสียหาย 1 ครั้ง แผลทะลุเข้าถึงปอด ดับ และลำไส้เล็ก ได้รับบาดเจ็บนั้น ศาลฎีกาเห็นว่า ในขณะที่จำเลยที่ 1 วิ่งไปเอาเหล็กชุดซาฟท์ที่ตะแกรงหน้า รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 มาแทงผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 ก็ใช้อาวุธมีดแกว่งมีให้บุคคลอื่นเข้า ช่วยเหลือผู้เสียหาย ซึ่งเมื่อพิจารณาพฤติการณ์ของจำเลยที่ 2 ดังกล่าวแล้ว ยังไม่อาจรับฟังได้อย่าง ชัดแจ้งว่า จำเลยที่ 2 ร่วมกระทำความผิดกับจำเลยที่ 1 เนื่องจากจำเลยที่ 1 ตัดสินใจวิ่งกลับไปเอา เหล็กชุดซาฟท์มาแทงผู้เสียหายในฉับพลันทันที อันเกิดจากการตัดสินใจของจำเลยที่ 1 โดยลำพัง ขณะที่จำเลยที่ 2 ก็มีได้ใช้มีดพกมาฟันผู้เสียหายอันจะเป็นการแสดงให้เห็นว่ามิเจตนาร่วมกับจำเลย ที่ 1 ในลักษณะเข้ารวมทำร้ายผู้เสียหาย ฉะนั้นการที่จำเลยที่ 2 เพียงแต่ใช้อาวุธมีดแกว่งมีให้บุคคลอื่น เข้าช่วยเหลือผู้เสียหายโดยไม่ได้เข้าร่วมทำร้ายผู้เสียหายเอง ถือไม่ได้ว่ามีเจตนาเป็นตัวการร่วมกับ จำเลยที่ 1 ในการกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้เสียหาย แต่มีลักษณะเป็นการช่วยเหลือหรือให้ ความสะดวกแก่จำเลยที่ 1 ขณะกระทำความผิด การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นผู้สนับสนุนในการ กระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80, 86

ส่วนจำเลยที่ 3 และที่ 4 แม้จะทราบว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 พาอาวุธมืดไปยังที่เกิดเหตุด้วย แต่ขณะที่จำเลยทั้งสองผู้เสียหายนั้น จำเลยที่ 1 ไม่ได้หยิบเหล็กชุดซาฟต์ติดตัวไปตั้งแต่ครั้งแรก แต่จำเลยที่ 1 ตัดสินใจวิ่งกลับไปที่รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 แล้วนำเหล็กชุดซาฟต์ที่วางอยู่บนตะแกรงหน้ารถมาแทงผู้เสียหายเป็นการกระทำของจำเลยที่ 1 ตามลำพังที่ได้วินิจฉัยมาแล้วข้างต้น ทั้งไม่ปรากฏว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 กระทำการอย่างใดอันจะมีพฤติการณ์เป็นการแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาร่วมกระทำความผิดหรือช่วยเหลือจำเลยที่ 1 ลำพังข้อเท็จจริงที่รับฟังได้เพียงว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 ร่วมรู้เห็นว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 นำอาวุธมืดติดตัวมายังที่เกิดเหตุด้วย ยังไม่เพียงพอที่จะฟังลงโทษจำเลยที่ 3 และที่ 4 ในความผิดฐานร่วมกับจำเลยที่ 1 พยายามฆ่าผู้เสียหาย ดังนั้นพยานหลักฐานที่โจทก์นำเสนอยังมีข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 ร่วมกับจำเลยที่ 1 มีเจตนาฆ่าผู้เสียหายมาตั้งแต่ต้นหรือไม่ จึงให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้แก่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง แต่อย่างไรก็ตามแม้จำเลยที่ 3 และที่ 4 จะมีได้ร่วมกระทำกับจำเลยที่ 1 ในความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น แต่จากข้อเท็จจริงที่จำเลยที่ 3 และที่ 4 เข้าไปร่วมชกต่อยผู้เสียหาย ฟังได้ว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 ในการทำร้ายผู้เสียหาย เมื่อผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส แม้จะมีได้เกิดจากที่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ชกต่อยแต่ก็เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 3 และที่ 4 ก็ต้องรับในผลแห่งการกระทำดังกล่าว จำเลยที่ 3 และที่ 4 จึงมีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 ฟ้องโจทก์ขอให้ลงโทษจำเลยที่ 3 และที่ 4 ในความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 แต่ความผิดดังกล่าวรวมความผิดฐานทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 297 อยู่ด้วย ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาลงโทษจำเลยที่ 3 และที่ 4 ตามที่พิจารณาได้ความได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 192 วรรคท้าย ประกอบมาตรา 215, 225

สำหรับความผิดฐานพาอาวุธไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุอันสมควร ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 ศาลชั้นต้นพิพากษาปรับจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 คนละ 1,000 บาท จึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ การที่ศาลอุทธรณ์ภาค 3 รับวินิจฉัยความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 และพิพากษาลงโทษจำเลยที่ 2 ถึงที่ 4 จึงไม่ชอบ และไม่ก่อให้เกิดสิทธิแก่จำเลยที่ 2 ที่จะฎีกา กับทั้งไม่ใช่กรณีที่จะอนุญาตให้ฎีกาได้ การที่ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นที่พิจารณาอนุญาตให้ฎีกาและรับฎีกาใน

ความผิดฐานนี้จึงไม่ชอบ ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 371 จึงยุติไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น”¹

หมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา

พนักงานอัยการฟ้องจำเลยทั้งสี่กับพวกในข้อหาร่วมกันพาอาวุธมีดปลายแหลมไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุสมควร และข้อหาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่นศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อหาร่วมกันพาอาวุธมีดปลายแหลมไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุสมควรยุติไปตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จึงทำให้จำเลยทั้งสี่มีความผิดฐานร่วมกันพาอาวุธมีดปลายแหลมไปในเมือง หมู่บ้าน หรือทางสาธารณะโดยไม่มีเหตุสมควร ส่วนในข้อหาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่นศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นโดยยินยอมตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ส่วนจำเลยที่ 3 และที่ 4 มีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัส ดังนั้นในบทความนี้จะพิจารณาเรื่องความรับผิดโดยมีผู้กระทำความผิดหลายคนเฉพาะข้อหาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่นเท่านั้น

หลักในเรื่องความรับผิดโดยมีผู้กระทำความผิดหลายคนในคำพิพากษาศาลฎีกานี้ คือ ตัวการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83² และผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86³ โดยการเป็นตัวการนั้น ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายว่า “การจะเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบ 3 ข้อ คือ 1. ต้องมีบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป 2. ต้องได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกัน และ 3. ต้องได้มีเจตนาที่จะร่วมกันกระทำความผิดนั้นด้วย”⁴ ซึ่งคำว่า ร่วมกระทำ นั้น ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า “การร่วมกันมิได้หลายกรณี เช่น หมายถึง การร่วมกันทำในส่วนของการกระทำทั้งหมดที่รวมกันเป็นความผิด การแบ่งหน้าที่กันทำ การอยู่ร่วมหรือใกล้เคียงกับที่เกิดเหตุในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือ

¹เนติบัณฑิตยสภา, คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2562 ตอนที่ 1, บรรณาธิการโดยนายสมชัย ธิมาอุตมากร และผู้ช่วยบรรณาธิการโดย นายประเสริฐ เสียงสุทธิวงศ์ (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมาย-แห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562), หน้า 18-28.

²ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ในกรณีความผิดใดเกิดขึ้นโดยการกระทำของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป ผู้ที่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยกันนั้นเป็นตัวการ ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น.

³ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีรู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้นเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น.

⁴หยุด แสงอุทัย, ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1, บรรณาธิการโดยทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, พิมพ์ครั้งที่ 18 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544), หน้า 96.

กันได้ทันที หรือการอยู่ในที่เกิดเหตุและก่อให้เกิดผู้อื่นกระทำความผิด”⁵ ส่วนเจตนาร่วมกัน ท่านศาสตราจารย์พิเศษเข็มชัย ชุติวงศ์ อธิบายว่า “เจตนาร่วมกัน คือ ทุกคนที่ร่วมกันกระทำต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกัน และถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตัวเอง โดยมุ่งหมายให้ความผิดนั้นสำเร็จลงด้วยตนเอง...กรณีที่มีการกระทำโดยเหตุเกิดขึ้นปัจจุบันพื้นที่อาจแสดงว่าไม่ได้เจตนาร่วมกัน”⁶

ส่วนผู้สนับสนุนตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 นั้นท่านศาสตราจารย์ ดร. ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ อธิบายว่า “การช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดจะเป็นวิธีใดก็ได้ แต่ต้องก่อนกระทำความผิด และผู้กระทำความผิดจะรู้หรือมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม การสนับสนุนต้องมีเจตนาที่จะช่วย หรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิดนั้นด้วย ถ้าช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกหลังจากการกระทำความผิด ไม่เป็นผู้สนับสนุน”⁷ นอกจากนี้ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่างตัวการและผู้สนับสนุนว่า “ถ้าการกระทำนั้นในตัวของมันเองเป็นการร่วมกันกระทำความผิดจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดนั้นๆ แล้ว... ก็ต้องถือว่าบุคคลนั้นไม่ใช่ผู้สนับสนุนแต่เป็นตัวการ... หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือถ้าการกระทำเข้าลักษณะเป็นการร่วมกระทำความผิดจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดนั้นเองแล้วผู้กระทำจะมีเจตนาที่จะร่วมกระทำความผิด หรือมีเจตนาเพียงที่จะช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกก็ไม่ถือว่าเป็นผู้สนับสนุนและต้องถือว่าเป็นตัวการ... แต่การกระทำนั้นเป็นการร่วมกระทำความผิดแต่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด ผู้กระทำจะเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนย่อมขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้กระทำ กล่าวคือ ถ้าผู้กระทำมีเจตนาเพียงที่จะให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวก ผู้กระทำก็เป็นเพียงผู้สนับสนุน แต่ถ้าผู้กระทำมีเจตนาที่จะร่วมกระทำความผิดโดยการแบ่งงานกันทำ ผู้กระทำก็เป็นตัวการ”⁸

สำหรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ จำเลยที่ 2 ได้ร่วมกับจำเลยที่ 1 ที่ 3 ที่ 4 และพวกอีก 2 คน ด้กรอผู้เสียหายอยู่ในที่เกิดเหตุจากนั้นจำเลยที่ 2 วิ่งเข้ามาต๋อยผู้เสียหาย และจำเลยที่ 1 วิ่งกลับไปที่รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 นำเหล็กชุดซาฟท์ที่วางอยู่บนตะแกรงหน้ารถ

⁵ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2562), หน้า 107.

⁶ เข็มชัย ชุติวงศ์, “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด,” ในเอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 1: ภาคทฤษฎีทั่วไป, หน่วยที่ 11, พิมพ์ครั้งที่ 16 (นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2546), หน้า 451.

⁷ ทวีเกียรติ มินะกะนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 19 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 138-139.

⁸ หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 112-113.

มาทางบริเวณใต้ราวนมด้านขวาของผู้เสียหาย 1 ครั้ง ได้รับบาดเจ็บโดยในมือจำเลยที่ 2 ถืออาวุธมีดดาบแกว่งมีให้บุคคลอื่นเข้ามาช่วยผู้เสียหายหลังจากนั้นจำเลยทั้งสองก็จับพวกข้าบรรดจักรยานยนต์หลบหนีไปศาลชั้นต้นเห็นว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวการร่วมกับจำเลยคนอื่นๆ กระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น แต่ศาลอุทธรณ์พิพากษาแก้เป็นว่า จำเลยที่ 2 เป็นผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น และศาลฎีกาพิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ ก่อนหน้านี้มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีข้อเท็จจริงว่า จำเลยที่ 1 ทำร้ายผู้เสียหาย และจำเลยที่ 2 อยู่ในที่เกิดเหตุและห้ามมิให้บุคคลอื่นเข้ามาช่วยผู้เสียหายเหมือนกันแต่ศาลฎีกาก็พิพากษาว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 708/2562 ที่วินิจฉัยว่า “จำเลยที่ 1 ใช้มีดแทงโจทก์ร่วมที่ไหล่ขวา ออกขวามือข้างซ้าย กลางหลังและใต้สะบักซ้าย แต่ละแห่งมีบาดแผลยาวประมาณ 2 เซนติเมตร และที่ข้อศอกซ้ายลึกถึงเส้นเอ็นกับเส้นประสาท และแทงผู้ร้องที่หลังรวม 3 แห่ง ทะลุเข้าช่องปอดมีเลือดลมค้างในช่องปอดซ้ายอันเป็นอวัยวะส่วนสำคัญ ซึ่งชี้ว่าจำเลยที่ 1 มีเจตนาฆ่าโจทก์ร่วมและผู้ร้อง ดังนั้น ขณะที่จำเลยที่ 1 วิ่งตรงเข้าไปใช้มีดแทงทำร้ายโจทก์ร่วมในทันที จำเลยที่ 2 ถือไม้กระบองยืนคุมเชิงอยู่ตรงที่เกิดเหตุและตะโกนห้ามมิให้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยว แสดงว่าพร้อมจะให้ความช่วยเหลือได้ทันที พฤติการณ์ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการร่วมมือร่วมใจและแบ่งหน้าที่กันทำ อันมีลักษณะเป็นตัวการร่วมกับจำเลยที่ 1 ซึ่งบาดแผลที่โจทก์ร่วมและผู้ร้องได้รับ หากไม่ได้รับการรักษาทันทีทันท่วงที อาจทำให้เป็นอันตรายถึงแก่ชีวิตได้ การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นความผิดฐานร่วมกันพยายามฆ่าโจทก์ร่วมและผู้ร้อง”⁹

เหตุที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 708/2562 แตกต่างกันเนื่องจากข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 ที่วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 เป็นผู้สนับสนุนให้ผู้อื่นกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นนั้น เนื่องจากในขณะที่จำเลยที่ 1 วิ่งไปเอาเหล็กชุดซาฟท์ที่ตะแกรงหน้ารถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 มาแทงผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 ก็ใช้อาวุธมีดแกว่งมีให้บุคคลอื่นเข้าช่วยเหลือผู้เสียหาย การที่จำเลยที่ 1 ตัดสินใจวิ่งกลับไปเอาเหล็กชุดซาฟท์มาแทงผู้เสียหายในฉับพลันทันที จำเลยที่ 2 ไม่ได้รู้ถึงการที่จำเลยที่ 1 วิ่งไปเอาเหล็กชุดซาฟท์มาแทงผู้เสียหายและจำเลยที่ 2 ก็ได้ใช้มีดพกมาฟันผู้เสียหายแสดงให้เห็นว่า จำเลยที่ 2 ไม่มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 ในลักษณะเข้าร่วมทำร้ายผู้เสียหาย ซึ่งไม่สอดคล้องกับการมีเจตนาร่วมกันตามที่ท่านศาสตราจารย์พิเศษเข้มชัย ชุตินวงศ์ อธิบายไว้ คือ ทุกคนที่ร่วมกันกระทำต้องรู้ถึงการกระทำของกันและกัน และถือเอาการกระทำของแต่ละคนเป็นการกระทำของตัวเอง แต่สอดคล้องกับการกระทำโดยเหตุเกิดขึ้นปัจจุบันทันที จึงแสดงว่าจำเลยที่ 2 ไม่มีเจตนากระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นร่วมกับจำเลยที่ 1 ส่วน

⁹ ศาลฎีกา, ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online], available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (มีนาคม, 22).

ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 708/2562 เป็นการวินิจฉัยตามหลักการร่วมกันในลักษณะ **พร้อมจะให้ความช่วยเหลือได้ทันทีและการร่วมมือร่วมใจและแบ่งหน้าที่กันทำตามที่ท่าน** ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ให้ความหมายไว้ กล่าวคือ ขณะที่จำเลยที่ 1 วังตรงเข้าไปใช้มีดแทงทำร้ายโจทก์ร่วมในทันที จำเลยที่ 2 ถือไม้กระบองยื่นคุมเชิงอยู่ตรงที่เกิดเหตุและตะโกนห้ามมิให้ใครเข้ามายุ่งเกี่ยว และไม่มีข้อเท็จจริงใดที่แสดงให้เห็นว่าการจำเลยที่ 1 วังตรงเข้าไปใช้มีดแทงทำร้ายโจทก์ร่วมนั้นเกิดขึ้นในฉับพลันทันทีโดยที่จำเลยที่ 2 ไม่รู้ถึงการกระทำของจำเลยที่ 1

นอกจากนี้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 ศาลฎีกาวินิจฉัยยืนตามศาลอุทธรณ์โดยจำเลยที่ 2 ไม่ต้องรับผิดชอบในข้อหาร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายสาหัส จากเหตุผลของศาลฎีกาทำให้เห็นได้ว่า จำเลยที่ 1 วังไปเอาเหล็กชุดซาฟท์ที่ตะแกรงหน้ารถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 มาแทงผู้เสียหาย และขณะที่จำเลยที่ 1 แทะผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 ก็ใช้อาวุธมีดแทงมิให้บุคคลอื่นเข้าช่วยเหลือผู้เสียหายและจำเลยที่ 2 ก็มีได้ใช้มีดพกมาฟันผู้เสียหายต่างกับจำเลยที่ 3 และที่ 4 ที่เข้าไปร่วมชกต่อยผู้เสียหาย ศาลฎีกาจึงยืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่วินิจฉัยว่าจำเลยที่ 2 ไม่มีเจตนาที่จะร่วมกันกระทำความผิดนั้นกับจำเลยที่ 1 ในการข่มขืนทำร้ายผู้เสียหายและการกระทำของจำเลยที่ 2 นั้นในตัวของมันเองไม่เป็นการร่วมกันกระทำความผิดจนถึงขั้นลงมือกระทำความผิดตามหลักที่ท่านศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย อธิบายไว้ เพียงแต่หลบหนีไปด้วยกันเท่านั้น การกระทำของจำเลยที่ 2 จึงเป็นเพียงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่จำเลยที่ 1 ทำร้ายผู้เสียหายเท่านั้นที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 708/2562 วินิจฉัยความรับผิดชอบของจำเลยที่ 2 แตกต่างกันไปเพราะมีข้อเท็จจริงแตกต่างกัน

สำหรับกรณีของจำเลยที่ 3 และที่ 4 ในข้อหาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่นตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 นั้น ข้อเท็จจริงปรากฏว่า จำเลยที่ 3 และที่ 4 ทราบว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 พยายามฆ่าผู้อื่นโดยผิดกฎหมาย และหลังจากที่จำเลยที่ 1 แทะผู้เสียหายแล้ว จำเลยที่ 3 และที่ 4 เข้ามาชกต่อยผู้เสียหาย จากนั้นจำเลยทั้งสองก็ไปขโมยจักรยานยนต์หลบหนีไปหลังเกิดเหตุจำเลยที่ 3 และที่ 4 ชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้เสียหาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 ในการกระทำความผิดแต่ไม่ใช่ข้อหาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น ศาลฎีกาวินิจฉัยให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 มีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ได้รับอันตรายสาหัส

การที่ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 ในการกระทำความผิดเป็นการวินิจฉัยโดยใช้หลักการร่วมกันทำในส่วนของการกระทำทั้งหมดที่ร่วมกันเป็นความผิด กล่าวคือ แม้การที่ผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัสมิได้เกิดจากที่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ชกต่อยแต่ก็เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำของจำเลยที่ 1 จึงทำให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 ก็ต้องรับในผลแห่งการกระทำดังกล่าว จำเลยที่ 3 และที่ 4 จึงมีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ผู้ได้รับ

อันตรายสาหัส ส่วนเหตุที่การกระทำของจำเลยที่ 3 และที่ 4 ไม่มีความผิดฐานร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น เนื่องจากขณะที่จำเลยทั้งสองชกต่อยผู้เสียหายนั้น จำเลยที่ 1 ไม่ได้หยิบเหล็กชุดซาฟต์ติดตัวไปตั้งแต่ครั้งแรก แต่จำเลยที่ 1 ตัดสินใจวิ่งกลับไปที่รถจักรยานยนต์ของจำเลยที่ 1 แล้วนำเหล็กชุดซาฟต์ที่วางอยู่บนตะแกรงหน้ารถมาแทงผู้เสียหาย การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นการกระทำตามลำพังและจำเลยที่ 3 และที่ 4 ไม่มีกระทำการอย่างใดอันเป็นการแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาร่วมกระทำความผิดหรือช่วยเหลือจำเลยที่ 1 ในการพยายามฆ่าผู้เสียหาย กรณีนี้ไม่ต้องด้วยการร่วมกระทำและการมีเจตนาร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น แต่เป็นไปตามหลักการกระทำโดยเหตุเกิดขึ้นปัจจุบันทันทีซึ่งการกระทำของจำเลยที่ 1 อยู่ นอกเหนือเจตนาของจำเลยที่ 3 และที่ 4 แต่อย่างไรก็ตามจำเลยที่ 3 และที่ 4 ก็เข้ามาชกต่อยผู้เสียหาย จำเลยที่ 3 และที่ 4 จึงมีการกระทำร่วมกันกับจำเลยที่ 1 ในการทำร้ายผู้เสียหายเมื่อผู้เสียหายได้รับบาดเจ็บสาหัส แม้จะมีได้เกิดจากที่จำเลยที่ 3 และที่ 4 ชกต่อย แต่ก็เป็นผลโดยตรงอันเกิดจากการกระทำของจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 3 และที่ 4 ก็ต้องรับในผลแห่งการกระทำความผิดจำเลยที่ 3 และที่ 4 จึงมีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายผู้อื่นจนเป็นเหตุให้ได้รับอันตรายสาหัสตามหลักการร่วมกันทำในส่วนของการกระทำทั้งหมดที่รวมกันเป็นความผิด

นอกจากนี้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011/2560 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคล้ายกัน คือ จำเลยกับพวกมีเจตนาที่จะทำร้ายร่างกายผู้เสียหายมาตั้งแต่ต้นแล้วพวกของจำเลยมีมีดดาบติดตัวไปด้วยจำเลยจึงชกผู้เสียหาย ส่วนพวกของจำเลยได้ใช้มีดดาบฟันผู้เสียหายแต่ผู้เสียหายไม่ถึงแก่ความตาย ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า จำเลยเป็นตำรวจร่วมกันกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น เนื่องจากการที่พวกของจำเลยใช้มีดดาบฟันผู้เสียหายในเวลาต่อเนื่องใกล้ชิดกับหลังจากที่จำเลยชกผู้เสียหายมิใช่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นฉับพลันทันทีทันใด ซึ่งขณะนั้นจำเลยก็อยู่ในบริเวณใกล้เคียงในลักษณะที่พร้อมจะช่วยเหลือพวกของจำเลยได้ทันทีหากมีเหตุให้ต้องช่วยเหลือ แม้จำเลยมิใช่เป็นผู้ใช้มีดดาบฟันผู้เสียหาย แต่พฤติการณ์เช่นว่านี้แสดงว่าจำเลยมีความประสงค์ต่อความตายของผู้เสียหายด้วย ถือได้ว่าจำเลยเป็นตำรวจร่วมกันกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น¹⁰ การที่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011/2560 แตกต่างกันเป็นเพราะการกระทำโดยเหตุเกิดขึ้นปัจจุบันทันทีกล่าวคือ ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562 การกระทำของจำเลยที่ 1 อยู่ นอกเหนือเจตนาของจำเลยที่ 3 และที่ 4 ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยว่าจำเลยที่ 3 และที่ 4 ไม่มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 ในการกระทำความผิดฐานร่วมกันพยายามฆ่าผู้อื่น ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6011/2560 นั้น การกระทำของพวกของจำเลยมิใช่เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นฉับพลันทันทีทันใดจำเลยคาดหมายได้ว่าพวกของจำเลยอาจใช้มีดดาบฟันทำร้ายร่างกายผู้เสียหายได้ การกระทำของพวกของ

¹⁰ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 123.

จำเลยจึงอยู่ในความคาดหมายของจำเลย ศาลฎีกาจึงวินิจฉัยให้จำเลยเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่น

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 325/2562, 708/2562 และ 6011/2560 พบว่า ในกรณีที่มีบุคคลหลายคนกระทำความผิดด้วยกันความรับผิดชอบจะเหมือนกันหรือไม่ขึ้นอยู่กับว่าการกระทำของผู้กระทำความผิดต้องด้วยหลักกฎหมายใดในเรื่องผู้กระทำความผิดหลายคน ในการเป็นตัวการร่วมกันก็ต้องพิจารณาถึงการร่วมกระทำความผิดด้วยกัน และการมีเจตนาที่จะร่วมกัน รวมถึงพฤติการณ์ที่เกิดขึ้นปัจจุบันทันที ซึ่งอาจแสดงว่าไม่ได้เจตนาจะเข้าร่วมกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83 ส่วนการเป็นผู้สนับสนุนต้องพิจารณาถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดก่อนหรือขณะกระทำความผิด ส่วนผู้กระทำความผิดจะรู้หรือมิได้รู้ถึงการช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกนั้นก็ไม่ได้ และการสนับสนุนต้องมีเจตนาที่จะช่วยหรือให้ความสะดวกแก่ผู้กระทำความผิดนั้นด้วยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 และการกระทำของผู้สนับสนุนในตัวของมันเองต้องไม่ถึงขนาดเป็นการลงมือกระทำความผิดเสียเองด้วย มิฉะนั้นจะกลายเป็นตัวการร่วมกันกระทำความผิด

บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1 เล่ม 2. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม. กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิง จำกัด, 2562.
- เข็มชัย ชุติวงศ์. “ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิด.” ในเอกสารการสอนชุดวิชา กฎหมายอาญา 1: ภาคบทบัญญัติทั่วไป. หน่วยที่ 11. พิมพ์ครั้งที่ 16. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัย-ธรรมมาธิราช, 2546.
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. ประมวลกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- เนติบัณฑิตยสภา. คำพิพากษาศาลฎีกา ประจำปีพุทธศักราช 2562 ตอนที่ 1. บรรณาธิการโดยนายสมชัย ธีระอาตุมากร และผู้ช่วยบรรณาธิการโดยนายประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2562.
- ศาลฎีกา. ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา [Online]. Available URL: <http://deka.supremecourt.or.th/search>, 2563 (มีนาคม, 22).
- หยุด แสงอุทัย. ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1. บรรณาธิการโดยทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. พิมพ์ครั้งที่ 18. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
สำนักงานกฎหมาย
คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด
2. รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
3. รองศาสตราจารย์จุฑามาศ นิสารัตน์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
4. ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
5. รองศาสตราจารย์ ดร.ณฐ สันตาสว่าง
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
6. รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
7. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง
ศาลยุติธรรม
8. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
นักวิชาการอิสระ
9. ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ
ศาลรัฐธรรมนูญ
10. รองศาสตราจารย์ทักษ์มัย ฤกษ์สุต
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรรณัชชากุล
สำนักงานอัยการสูงสุด
12. อาจารย์ ดร.ธเนศ สุจารีกุล
มหาวิทยาลัยรังสิต
13. นายณัฏฐิ จิตสว่าง
สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย
14. นายนิรุฒ มณีพันธ์
การรถไฟแห่งประเทศไทย
15. นางปิยนุช มนุรังสรรค์
ศาลยุติธรรม
16. นายประกาศ คงเอียด
กระทรวงการคลัง
17. นายประเสริฐ เสี่ยงสุทธิวงศ์
ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ
Baker & McKenzie Ltd.
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี
นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ
กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์
มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์
มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวุฒิ ทวาทสิน
ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ
ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง
30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล
31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรุงโรจน์
32. นายสมชัย ชีมาอุตมากร
33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบูรณ์เวช
34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล
35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล
36. ดร.สมบูรณ์ เสี่ยงมบุตร
37. นายสราวุธ เบญจกุล
38. นายสอนชัย สิริวิทยกุล
39. รองศาสตราจารย์สุขสมัย สุทธิบัติ
40. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร
41. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ
42. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์
43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร
44. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทศพล ทรศนกกุลพันธ์

ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค
2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิ่ง ภาไชย
3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน
4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์
5. นายสงวน ตียะไพบูลย์สิน

บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภัคคีคง

Weerawong, Chinnavat & Partner Ltd.

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำนักงานอัยการสูงสุด

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

นักวิชาการอิสระ

ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กระทรวงการคลัง

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

กรมสรรพากร

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์

สำนักงานกฎหมาย

คณิ่ง แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด

นักวิชาการอิสระ

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กองบรรณาธิการ

- | | |
|--|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ตนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสสิ วรรณการ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ | นักวิชาการอิสระ |
| 7. นายนันทิ จิตสว่าง | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ | ศาลยุติธรรม |
| 9. นายสมชัย ฑีฆาอุตมากร | ศาลยุติธรรม |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์ | สำนักงานอัยการสูงสุด |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน | ศาลยุติธรรม |
| 13. นายนริศ มณีพันธ์ | การรถไฟแห่งประเทศไทย |
| 14. นางทัศนีย์ เหลืองเรืองรอง | ศาลยุติธรรม |
| 15. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารียะ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 18. นางสาวนริศรา สารรัตน์ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |
| 19. นายเพชร ชื่นชม | มหาวิทยาลัยรามคำแหง |

ข้อมูลการติดต่อ

กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์
 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร
 10240 โทร 02-310-8201, 086-685-9111 โทรสาร 02-310-8201 E-mail: lawjournal@ru.ac.th
 Website: www.lawjournalru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว
2. จัดพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows

3. ใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม., และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า เนื้อหาที่มีความยาวไม่เกิน 50 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียม

1. **ชื่อบทความ** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา หากเป็นบทความที่เรียบเรียงจากโครงการวิจัย ให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายชื่อบทความภาษาไทยด้วย เพื่อระบุชื่อโครงการวิจัย แหล่งทุนที่ได้รับอุดหนุนการวิจัย
2. **ชื่อผู้นิพนธ์** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ คำสำคัญจัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษต่จากบทคัดย่อ Keywords จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษต่อจาก Abstract
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติจัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้วของบรรทัดถัดไป
6. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องตามหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

เชิงอรรถ

คำว่า “เชิงอรรถ” ให้จัดด้านล่างหน้ากระดาษ ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับหลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน(ถ้ามี)/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.
- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน,/ชื่อเรื่อง/[Online], Available URL:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนเชิงบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษให้ใช้ ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยต้องสอดคล้องกับ หลักการพิมพ์วิทยานิพนธ์ สำหรับสาขาวิชานิติศาสตร์ ของบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง ดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ใน*/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย** .../เลขหน้า. ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือน ปีพิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- “ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วัน เดือน ปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/ชื่อสถาบัน,/ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย,/เลขที่ของรายงาน (ถ้ามี). สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.

- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วัน เดือน ปี.
- ชื่อผู้แต่งหรือหน่วยงาน./ชื่อเรื่อง/[ประเภทวัสดุ]/ที่มา:/ที่มาของสารสนเทศ,/ปีที่พิมพ์/(เดือน, วันที่).
- รูปแบบการเขียนบรรณานุกรม สืบค้นเพิ่มเติมได้ที่ www.grad.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ห้อง 2402 อาคาร 2 ชั้น 4 ศูนย์บริการและให้ความช่วยเหลือสังคมทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: lawjournal@ru.ac.th หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ www.lawjournal.ru.ac.th หรือ www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal

หลักเกณฑ์และกระบวนการตีพิมพ์บทความ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความหนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ อ่านง่ายและสร้างองค์ความรู้ใหม่
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดเตรียมต้นฉบับตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับอย่างเคร่งครัด

6. ต้นฉบับบทความที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารจะได้รับการพิจารณาความถูกต้องและคุณภาพทางวิชาการจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชาจากภายนอกมหาวิทยาลัย จำนวน 2 ท่าน ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้พิมพ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้พิมพ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้พิมพ์ในลำดับถัดไป

จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่ตรวจสอบและพิจารณาคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการต้องมีการตรวจสอบการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยใช้โปรแกรมที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในแวดวงวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้พิมพ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจง เพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 การปฏิเสธการตีพิมพ์บทความโดยบรรณาธิการจะต้องไม่ได้มาจากเหตุจากความสงสัยหรือความไม่แน่ใจ และต้องให้โอกาสแก่ผู้พิมพ์ หากหลักฐานมาพิสูจน์ข้อสงสัยนั้นๆ เสียก่อน

1.5 บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้พิมพ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ

1.6 บรรณาธิการต้องตัดสินใจคัดเลือกบทความตีพิมพ์หลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจน ของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้พิมพ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องไม่ตีพิมพ์บทความที่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่นมาแล้ว

2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้นนั้น ต้องเป็นผลงานใหม่และไม่ได้อยู่ระหว่างการส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์

2.2 หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตนผู้นิพนธ์ต้องแสดงการอ้างอิงผลงานนั้นให้ปรากฏในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยให้ถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ที่มีชื่อปรากฏในบทความทุกคน จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยปราศจากการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ

2.6 หากเป็นบทความวิจัยผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัย

3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความตระหนักว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่ทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญโดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยปราศจากความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความ

3.3 ผู้ประเมินบทความต้องระบุผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความที่กำลังประเมิน แต่ผู้นิพนธ์ไม่ได้อ้างถึงเข้าไปในการประเมินบทความด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับและไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ