



วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

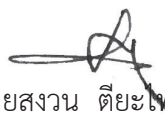
ปีที่ 10 ฉบับที่ 1

## สารอุปนายกสภามหาวิทยาลัย

ด้วยเป็นที่ทราบกันดีว่า ขณะนี้ประเทศไทยของเรากำลังประสบปัญหา  
กับโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ซึ่งมีการแพร่ระบาดอย่างรวดเร็ว  
แต่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ก็มีความมุ่งมั่นที่จะจัดทำ  
วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ขึ้นอย่างต่อเนื่องเป็นประจำทุกปี  
เพื่อเป็นสื่อกลางในการเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ วิจัย สาขานิติศาสตร์  
อันเป็นประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ และผู้สนใจทั่วไป ที่จะนำมา  
ค้นคว้าอ้างอิง อันจะนำมาซึ่งการพัฒนาความรู้ด้านกฎหมายต่อไป



สภามหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอขอบคุณคณะนิติศาสตร์ และทุกท่านที่มีส่วนร่วมในการจัดทำ  
วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ฉบับนี้ ในโอกาสนี้ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์  
ที่ท่านนับถือ รวมทั้งอำนาจเดชะบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงปกป้องคุ้มครองคณาจารย์  
นักศึกษาทุกท่าน ตลอดจนคณะผู้จัดทำวารสารทุกท่าน ให้รอดพ้นผ่านโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019  
(COVID-19) ไปได้ด้วยดี



(นายสงวน ตีเยไพบุลย์สิน)

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง  
อุปนายกสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารอธิการบดี

สภาวะการแพร่ระบาดของโรคไวรัสโควิด (COVID-19) ยังอยู่ในช่วงระบาดอย่างต่อเนื่อง แต่มหาวิทยาลัยรามคำแหง ขอแสดงความชื่นชมคณะนิติศาสตร์ที่ได้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ออกตรงตามกำหนดเวลาและยังคงรักษาคุณภาพและมาตรฐานวารสารให้อยู่ในเกณฑ์ TCI กลุ่ม 2 ซึ่งแสดงถึงความมุ่งมั่นที่จะพัฒนาและการยกระดับคุณภาพของวารสารให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น และวารสารฉบับนี้จะเป็นเวทีสำหรับทุกท่านที่จะนำเสนอผลงานทางวิชาการและสาระความรู้ที่เป็นประโยชน์มีคุณค่า ในสาขานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่นที่เกี่ยวข้อง



ในโอกาสนี้ ขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพ รวมทั้งبارมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้คณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ทุกท่าน มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากโรคโควิด-19 ด้วยเทอญ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์วุฒิศักดิ์ ลาภเจริญทรัพย์)

ประธานกรรมการส่งเสริมกิจการมหาวิทยาลัย

กรรมการสภามหาวิทยาลัยรามคำแหง รักษาการแทน

อธิการบดีมหาวิทยาลัยรามคำแหง

## สารคนบดีคณะนิติศาสตร์

เนื่องด้วยในปัจจุบัน สถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ทั่วโลก ส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตและการทำงานที่ต้อง work from home แต่คณะนิติศาสตร์ก็มีความตั้งใจที่จะให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ออกตรงตามเวลา ถือเป็นความภูมิใจของคณะนิติศาสตร์ ที่จะมุ่งมั่น ที่จะพัฒนาและสร้างสรรค์ผลงานทางวิชาการและวิจัยด้านนิติศาสตร์ให้มีมาตรฐานสู่สากลยิ่งขึ้นไป



ในนามคณะนิติศาสตร์ ขอขอบคุณคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ที่ได้ร่วมแรงร่วมใจปฏิบัติหน้าที่อย่างเต็มความสามารถ ในการจัดทำวารสารและยกระดับวารสารให้มีคุณภาพและมาตรฐานเพื่อเกิดประโยชน์แก่นักกฎหมาย นักวิชาการ นักศึกษา อันจะนำมาเพื่อการพัฒนาวงการกฎหมายต่อไป

ขอพระบารมีแห่งองค์พ่อขุนรามคำแหงมหาราช จงดลบันดาลให้นักศึกษาทุกท่าน รวมทั้งคณาจารย์และคณะผู้จัดทำวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีสุขภาพกายสมบูรณ์ แข็งแรงและจิตใจที่เข้มแข็ง ปลอดภัยจากเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 มีความสุข ประสงค์สิ่งใด ขอให้ได้สมหวังตามที่ตั้งใจทุกประการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชาล ทองประยูร)

ผู้อำนวยการสถาบันการศึกษานานาชาติ กรรมการสภามหาวิทยาลัย  
รักษาราชการแทน คณบดีคณะนิติศาสตร์

## วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์

วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ตีพิมพ์ ปีละ 2 ฉบับ ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม-มิถุนายน ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม-ธันวาคม มีจุดมุ่งหมาย เพื่อให้เป็นสื่อกลางในการเผยแพร่บทความทางวิชาการ บทความวิจัยในสาขาวิชานิติศาสตร์ พร้อมทั้ง เปิดรับบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งกลุ่มเป้าหมายของวารสารฯ คือ นักวิชาการ ผู้ปฏิบัติงาน ผู้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย นักศึกษา และประชาชนผู้สนใจทั่วไป วารสารฯ ตีพิมพ์โดยใช้ภาษาไทยและภาษาอังกฤษเพื่อความสะดวกแก่ผู้อ่าน อย่างไรก็ตาม กองบรรณาธิการ ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะรับพิจารณาบทความ ซึ่งตีพิมพ์ในภาษาอื่นนอกเหนือไปจากนี้

## วัตถุประสงค์ของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ มีดังต่อไปนี้

1. เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการ งานวิจัยของบุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ในสาขานิติศาสตร์
2. เพื่อเป็นการส่งเสริมให้นักศึกษา บุคลากรภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย ได้นำผลงานทางวิชาการ งานวิจัยเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบบทความทางวิชาการ
3. เพื่อเป็นสื่อกลางแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร การพัฒนาความร่วมมือทางกฎหมายระหว่าง มหาวิทยาลัยกับหน่วยงานของรัฐ และเอกชน
4. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ตลอดจนแนวทางการพัฒนาของกฎหมาย

## บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่านค่ะ ในช่วงเวลาของการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (COVID-19) ที่ยังคงเพิ่มสูงขึ้นอย่างต่อเนื่องนั้น วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ยังคงได้รับเกียรติจากผู้สนใจส่งบทความเพื่อพิจารณาลงตีพิมพ์เป็นจำนวนมากไม่ลดน้อยลง

สำหรับวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 มีบทความที่ผ่านการคัดเลือกจากกองบรรณาธิการและพิจารณาโดยผู้ทรงคุณวุฒิ ทั้งสิ้น 10 บทความ ประกอบด้วย บทความวิชาการ 3 บทความ บทความวิจัย 7 บทความ และบทความรับเชิญเกี่ยวกับคำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ ซึ่งนับเป็นอัตลักษณ์ของวารสารฯ อีก 1 บทความ

ดิฉันในนามของกองบรรณาธิการ ขอขอบพระคุณผู้เขียนทุกท่านที่ให้โอกาสวารสารฯ เป็นช่องทางเผยแพร่องค์ความรู้และมุมมองทางกฎหมาย ยังประโยชน์สู่ผู้อ่าน และขอขอบพระคุณคณะทำงานที่ได้ทุ่มเทและร่วมมือกันจนทำให้วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 สามารถจัดพิมพ์เผยแพร่สู่สังคม ดังวัตถุประสงค์ของวารสารฯ จนสำเร็จลุล่วงด้วยดี

ขอขอบพระคุณ  
บรรณาธิการ

# สารบัญ

หน้า

## บทความวิชาการ

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กับตัวอย่าง<br>การละเมิดสิทธิชุมชนในปัจจุบัน<br>ฐิติรัตน์ ยะอนันต์ | 1  |
| การประเมินผลสัมฤทธิ์ของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546<br>ศึกษากรณีความผิดทางอาญา<br>นพดล ปกรณ์นิมิตดี            | 41 |
| Money Laundering in Plain Sight – a Case for Individual Gold Sellers<br>Tan Weng Chiang David                                | 69 |

## บทความวิจัย

|                                                                                                                                     |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการสร้างป่าเอกชน: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายป่าไม้<br>ของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย<br>ภัทราวรรณ รัตนเกษตร | 91  |
| การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม<br>วาชิณี ยศปัญญา                                                                     | 137 |
| ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต<br>สุเมธ จานประดับ<br>เรืองยศ แสนภักดี<br>ปภาศรี บัวสุวรรณค์                      | 161 |
| ปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดและข้อเสนอในการพัฒนาปรับปรุง<br>วิณัฐฐา แสงสุข<br>นันท์รัตน์ เตชะมา                      | 191 |
| ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว<br>จรัล เล็งวิทยา<br>ปวีณา พุ่งตระกูล                                             | 217 |

กฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด 259

ปวีศร เลิศธรรมเทวี

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการ 307

โดยการให้สัตยาบัน

ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง

# บทความรับเชิญ

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: กำหนดดอกเบี้ยในราคาใช้แทนรถยนต์ที่เช่าซื้อ 343

มณฑิชา ภัคดีคง

พลีษฐ์ อันทรินทร์

สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย  
พุทธศักราช 2560 กับตัวอย่างการละเมิด  
สิทธิชุมชนในปัจจุบัน

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์



สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560  
กับตัวอย่างการละเมิดสิทธิชุมชนในปัจจุบัน  
Community Rights under the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E.2560  
with Examples of Community Rights Violation

ฐิติรัตน์ ยะอนันต์\*

Thitirat Yaanan

บทคัดย่อ

การศึกษานี้มุ่งเน้นศึกษาสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และตัวอย่างของปัญหาการแสวงหาผลประโยชน์และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยนำเสนอและยกตัวอย่างการละเมิดสิทธิชุมชนที่ปรากฏในปัจจุบัน และเพื่อเสนอแนวทางแก้ไขปัญหาลิทธิชุมชนที่อาจเกิดขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 การศึกษานี้ยังศึกษาเกี่ยวกับประเด็นการมีส่วนร่วมบริหารจัดการการใช้และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติโดยเปรียบเทียบระหว่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 3 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

การเคลื่อนไหวของภาคสังคมในเรื่องสิทธิชุมชนขึ้นอยู่กับการจัดการทรัพยากร การปกครองท้องถิ่น และการศึกษาและให้ความรู้แก่คนในชุมชน การศึกษานี้เพื่อนำเสนอว่าสิทธิชุมชนอาจเป็นทางออกที่เป็นไปได้สำหรับการแก้ไขปัญหาความเสื่อมโทรมของทรัพยากรของประเทศไทย และเพื่อใช้สิทธิ

---

\*อาจารย์ประจำคณะศิลปศาสตร์และวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: y.thitirat23@gmail.com

Lecturer at Faculty of Liberal Arts and Management Science, Kasetsart University; LL.B. Thammasat University; LL.M. in Natural Resources and Environmental Law, Thammasat University.

วันที่รับบทความ (received) 15 ตุลาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 7 ธันวาคม 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 14 ธันวาคม 2563.

ชุมชนเป็นเครื่องมือในการสร้างรากฐานที่แข็งแกร่งของชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์  
จากทรัพยากรธรรมชาติ

**คำสำคัญ:** สิทธิชุมชน, การจัดการทรัพยากรธรรมชาติ, รัฐธรรมนูญ

### Abstract

This study focused on the Community rights under the Constitution of the Kingdom of Thailand (B.E. 2560, 2017) toward natural resource exploitation and natural resource management. Current problems regarding natural resource exploitation and natural resource management were illustrated and possible solutions to solve these community rights that might occur under the 2017 Constitution of the Kingdom of Thailand were demonstrated. The study also investigated the public participation aspect in terms of natural resource management and usage by comparing between three constitutions, the Constitution of the Kingdom of Thailand 1997, the Constitution of the Kingdom of Thailand 2007, and the Constitution of the Kingdom of Thailand 2017.

Social movements in community rights depended on the resource management, the local government, the education and the establishment of community right knowledge to the locals. This study illustrated that community rights could be an alternative solution for resolving natural resource degradation in Thailand. Community rights could be used as a tool to strengthen the community in natural resource management, maintenance, and utilization.

**Keywords:** community rights, natural resources management, Constitution of Thailand

## 1. บทนำ

พัฒนาการแนวคิดสิทธิชุมชนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในสิทธิมนุษยชนพบว่า ในระดับสากลได้ให้การยอมรับแนวคิดสิทธิชุมชนมาช้านานแล้ว ภายหลังจากความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติที่เกิดจากการพัฒนาเศรษฐกิจโดยไม่ได้ให้ความสำคัญต่อประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมท้ายสุดนำมาซึ่งผลกระทบที่รุนแรงจากความเสื่อมโทรมของทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของโลก กระแสเรื่องแนวคิดเรื่องสิทธิทางด้านสิ่งแวดล้อม และสิทธิชุมชน จึงแพร่หลายเนื่องจากอิทธิพลของกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ประเทศทั้งหลายต่างหันมาใส่ใจประเด็นสิ่งแวดล้อมควบคู่ไปกับการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ<sup>1</sup> ประเด็นการหันกลับมาให้ความสำคัญต่อเรื่องสิ่งแวดล้อมทำให้หลายประเทศได้นำแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนไปเป็นทางเลือกหนึ่งในการเป็นเครื่องมือในการสร้างความเข้มแข็งให้กับฐานของสังคม คือ ชุมชน ผลของการอนุวัติการกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีจะต้องผูกพันตามพันธกรณีต่างๆ และพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยเอง โดยจากการศึกษาทิศทางของคำพิพากษาและการพิจารณาคดีขององค์กรระหว่างประเทศต่างๆ ในปัจจุบันหลายประเทศได้มีการรับรองสิทธิชุมชนเอาไว้ในกฎหมายภายในและคำพิพากษาเป็นจำนวนมาก<sup>2</sup>

โดยการนำเสนอในบทความชิ้นนี้เน้นประเด็นการศึกษาเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เพื่อทำความเข้าใจ "สิทธิชุมชน" ในทางกฎหมายว่ามีความหมายอย่างไร ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างบทนิยามคำว่า สิทธิชุมชน เพื่อประโยชน์ในการทำทำความเข้าใจในสิทธิชุมชน

คำว่า สิทธิชุมชน ประกอบด้วยสองคำ คือ คำว่า สิทธิและชุมชน โดยนิยามคำว่า “สิทธิ” หมายถึง อำนาจอันชอบธรรมหรือความชอบธรรมที่บุคคลสามารถใช้ยันต่อผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนที่พึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น สิทธิ คือ ประโยชน์ที่บุคคลมีความชอบธรรมที่จะได้รับและยืนยันต่อผู้อื่นได้ หรือประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้<sup>3</sup> กล่าวโดยทั่วไปแล้ว สิทธิไม่ใช่เป็นเพียงอำนาจของบุคคลเท่านั้น แต่จะต้องมีส่วนความถูกต้องในตัวเองด้วย

<sup>1</sup> เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549), หน้า 335-340.

<sup>2</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี, สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559), หน้า 56-58.

<sup>3</sup> หยุต แสงอุทัย, ความรู้ เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 21 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 214.

จึงจะเรียกว่าสิทธิได้ ดังนั้น สิทธิ คือ ความชอบธรรมหรือความถูกต้อง” หรือ “อำนาจอันชอบธรรม” หรือ “อำนาจที่ถูกต้อง”<sup>4</sup>

คำว่า ชุมชน ถือเป็นข้อความคิดสำคัญในวิชาสังคมวิทยา โดยคำว่า ชุมชน (Community) เป็นคำที่มีความหมายค่อนข้างกว้าง ในที่นี้ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างบทนิยามของคำว่า ชุมชน ดังนี้

คำว่าชุมชน หมายถึง หมู่คณะซึ่งดำเนินวิถีชีวิตร่วมกันในท้องที่ใดท้องที่หนึ่งโดยมิได้มีเป้าหมายหรือตกลงดำเนินกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน แต่มีสายสัมพันธ์ระหว่างกันตามธรรมชาติ มีลักษณะคล้ายกับคณะบุคคลหรือหมู่คณะอื่นที่เป็นหน่วยในทางสังคม เช่น สมาคม โดยต่างมีความมุ่งหมายใดมุ่งหมายหนึ่งร่วมกัน

กิตติศักดิ์ ปรกติ ให้ความหมาย ชุมชน คือ กลุ่มคนที่รวมตัวกันโดยไม่มีแบบแผน แต่ยึดโยงกันด้วยคุณค่า บรรทัดฐาน ประเพณี วัฒนธรรม หรือความเชื่อ ซึ่งเป็นการรวมตัวกันตามธรรมชาติ<sup>5</sup>

“ชุมชน” ความหมายดั้งเดิมหมายถึง หมู่ชน กลุ่มคน ที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคมขนาดเล็ก อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน และมีผลประโยชน์ร่วมกัน แต่ในความหมายที่กว้างขวางออกไปในสังคมสมัยใหม่ ปรากฏเครือข่ายความสัมพันธ์ทางสังคมในรูปแบบใหม่ๆ ขึ้นมากมายที่สมาชิกอาจไม่ได้อาศัยอยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน แต่มีความผูกพัน มีผลประโยชน์เดียวกัน มีชะตากรรมร่วมกัน สมาชิกแต่ละคนนิยามตนเองว่าเป็นหนึ่งในวงสัมพันธ์นั้นและสังคมที่รับรู้ว่าเขาเป็นส่วนหนึ่งของชุมชนนั้น<sup>6</sup>

โดยตัวอย่างของคำว่า ชุมชน ที่ปรากฏในบทบัญญัติกฎหมาย เช่น พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน) พ.ศ.2543 ให้นิยามคำว่า “ชุมชน” หมายความว่า กลุ่มคนที่มีวิถีชีวิตเกี่ยวพันกัน และมีการติดต่อสื่อสารระหว่างกันอย่างเป็นปกติและต่อเนื่อง โดยเหตุที่อยู่ในอาณาบริเวณเดียวกัน หรือมีอาชีพเดียวกัน หรือประกอบกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกัน หรือมีวัฒนธรรมความเชื่อหรือความสนใจร่วมกัน<sup>7</sup>

ประการถัดไปผู้เขียนขอยกตัวอย่างบทนิยามของคำว่า สิทธิชุมชน โดยตัวอย่างการนิยาม เช่น ศาสตราจารย์เสน่ห์ จามริก กล่าวว่า สิทธิชุมชน คือ การให้ชุมชนชาวบ้านมีสิทธิในการเลือกอนาคตของตนเอง เป็นตัวของตัวเอง เป็นอิสระโดยตัวเองในสถานการณ์ปัจจุบันชาวบ้านจำเป็น

---

<sup>4</sup>สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ** (กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์, 2555), หน้า 12-13.

<sup>5</sup>กิตติศักดิ์ ปรกติ, **สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), หน้า 53-59.

<sup>6</sup>สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, **เรื่องเดิม**, หน้า13.

<sup>7</sup>พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวัสดิ์, “สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 12.

จะต้องเรียนรู้ชุมชนที่เขาอยู่ ทรัพยากรความหลากหลายทางชีวภาพ ภูมิปัญญาเหล่านี้เป็นสิ่งที่โลกกำลังจ้องอยู่ เขาต้องเรียนรู้ที่จะเชื่อมสิ่งที่เขามีอยู่กับการต้องการ ความคาดหวังจากโลกภายนอก เท่าทันที่จะปกป้องสิทธิของเขา ในขณะที่เดียวกันก็ใช้สิทธิที่จะพิสูจน์ให้โลกเห็นว่า เขาสามารถทำประโยชน์ให้กับโลกได้ อย่างน้อยที่สุดปกป้องรักษาทรัพยากรของโลก<sup>8</sup>

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่า สิทธิชุมชน หมายถึง “สิทธิที่ไม่ใช่ของส่วนบุคคลของประชาชนแต่ละคน และไม่ใช่ของรัฐแต่เป็นสิทธิของชุมชนที่จะจัดการใช้ประโยชน์และมีหน้าที่บำรุงรักษาเหนือทรัพยากร”

โดยสรุปนิยามของคำว่า “สิทธิชุมชน หรือ Community Rights” หมายถึง หมู่ชน หรือกลุ่มคนที่มีความสัมพันธ์ร่วมกันมีที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคม มีขอบเขตเป็นชุมชนใดชุมชนหนึ่ง หรือหลายชุมชน หรือหลายกลุ่มชาติพันธุ์ โดยไม่จำกัดเฉพาะกลุ่มคนในชนบทเท่านั้นแต่จะรวมถึงกลุ่มคนในเมืองด้วย กลุ่มคนเหล่านี้จะมีความสัมพันธ์ทางสังคม มีวัฒนธรรมร่วมกัน มีการจัดสรรการใช้ทรัพยากรและมีผลประโยชน์ร่วมกัน ซึ่งกลุ่มคนนั้นมีอำนาจอันชอบธรรมถูกต้องตามกฎหมายที่ประเพณีหรือข้อตกลงที่บุคคลในสังคมยึดถือร่วมกัน<sup>10</sup>

จากการศึกษาพบว่า ประเด็นสิทธิชุมชนในประเทศไทยเป็นสิทธิประเภทที่เกิดขึ้นตั้งแต่ดั้งเดิมคู่กับวัฒนธรรมชุมชน วัฒนธรรมสังคมมานาน และจากการศึกษาพบว่า ในการเรียกร้องสิทธิชุมชนของไทยมักใช้เหตุผลเรื่องของการจารีตของชุมชนที่มีมาอย่างยาวนาน การศึกษาเรื่องสิทธิชุมชนมีรากฐานของสิทธิที่มีการเกิดขึ้นและดำรงอยู่มาอย่างยาวนาน นักวิชาการฝ่ายที่อาจเรียกได้ว่าเป็นฝ่าย “กระแสชุมชนนิยม” ได้ให้ความเห็นว่า แม้รัฐธรรมนูญจะถูกเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรก็ตาม การปฏิเสธและไม่รับรองสิทธิชุมชนนั้นถือว่าการลดทอนสิทธิที่ชุมชนที่เคยรับรองมาอย่างยาวนานในกฎหมายจารีตประเพณี กฎหมายภายในของประเทศไทยจึงควรต้องรับรองแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมเพื่อส่งผลให้เกิดเป็นความสำเร็จ คือ ความเข้มแข็งของชุมชนดังที่ปรากฏตัวอย่างความสำเร็จของชุมชนในหลายๆ ประเทศ<sup>11</sup>

แนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนของประเทศไทย ถึงแม้จะปรากฏตัวอย่างยาวนานอยู่คู่กับวัฒนธรรมชุมชน วัฒนธรรมสังคมมานาน แต่ในทางความเป็นจริงยังปรากฏข้อถกเถียงถึงความ

<sup>8</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เรื่องเดิม, หน้า15.

<sup>9</sup> กอบกุล ราชะนาคร, “พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน,” ในการประชุมโครงการการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549), หน้า 35.

<sup>10</sup> สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, เรื่องเดิม, หน้า18.

<sup>11</sup> กอบกุล ราชะนาคร, เรื่องเดิม, หน้า 57- 61.

แน่นอนและความชัดเจนทางกฎหมายของประเด็นทางสิทธิชุมชนโดยนักกฎหมายอยู่ โดยเหตุผลของเรื่องอาจเป็นเพราะว่าลักษณะของสิทธิชุมชนเป็นสิทธิที่จำเป็นต้องศึกษาผ่านแนวคิดสังคมวิทยา กฎหมาย (Legal Sociology) เพราะสิทธิชุมชนมีลักษณะของการศึกษาความเป็นไปของสภาพสังคม ประกอบกับการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชน ทั้งนี้ การศึกษาสังคมวิทยา กฎหมาย หมายถึง การศึกษา สังคมวิทยาและกฎหมาย โดยการศึกษาและมองกฎหมายเป็นส่วนหนึ่งของปรากฏการณ์ในสังคมที่มีความสัมพันธ์กับปรากฏการณ์อื่นๆ ตามหลักเหตุและผล โดยสังคมวิทยา กฎหมายจะศึกษาถึงแรง กระตุ้นในการที่ฝ่ายนิติบัญญัติออกกฎหมายเช่นนั้นและผลที่เกิดขึ้นตามมา รวมไปถึงอิทธิพลทาง ศาสนาและเศรษฐศาสตร์ที่มีต่อพฤติกรรมของคนในสังคมในการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ด้วย<sup>12</sup> แนวคิดสังคมวิทยา กฎหมายยังไม่ถือเป็นรูปแบบวิธีการศึกษา กฎหมายที่เป็นกระแสหลักของ การศึกษา กฎหมายในประเทศไทย ดังนั้นอาจด้วยเหตุผลนี้เองทำให้ปรากฏเรื่องของความสับสนใน การบังคับใช้สิทธิชุมชนในทางกฎหมายอยู่พอสมควรในช่วงแรกของการบังคับใช้สิทธิชุมชนภายใต้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ในการศึกษาเรื่องสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 วัดดู แห่งการศึกษาเปรียบเทียบสิทธิชุมชนที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ โดยจากการศึกษาพบว่า จุดเริ่มต้นที่เป็นรูปธรรมของประเด็นสิทธิชุมชน คือ การบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนเป็นลายลักษณ์ อักษรครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และปรากฏประเด็นสิทธิ ชุมชนอย่างต่อเนื่องกันมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จนมาถึง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ฉบับปัจจุบัน ปรากฏการรับรองเรื่องของสิทธิ ชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ทั้งนี้ตามหลักการเรื่อง ความเป็นกฎหมาย สูงสุดของรัฐธรรมนูญยอมรับว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญจะมีสถานะลำดับศักดิ์ทางกฎหมายในลำดับ สูงสุด รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการจำกัดอำนาจรัฐต่อการละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการ ตรากฎหมายเพื่อบังคับใช้กับบุคคล และรัฐธรรมนูญยังเป็นกฎหมายพื้นฐานในการจัดความสัมพันธ์ ทางอำนาจระหว่างองค์กรทางการเมืองการปกครอง ดังนั้นตามหลักการความเป็นกฎหมายสูงสุดของ รัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญจึงทำหน้าที่สำคัญสองประการ คือ ประการแรก การจำกัดควบคุมเขต อำนาจของรัฐ การใช้อำนาจของรัฐจะต้องมีกฎหมายเป็นฐานของอำนาจ ประการที่สอง การคุ้มครองสิทธิประชาชน โดยสิทธิเสรีภาพของประชาชนย่อมได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ

---

<sup>12</sup> ศศิกา พงษ์ภูวนจันทร์, “สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทฤษฎีของ Hans Kelsen และ H.L.A. Hart และข้อวิจารณ์,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 28.

ในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐและในฐานะปัจเจกบุคคลและชุมชน เนื่องจากเป็นการรับรองสิทธิที่กฎหมายรับรองเอาไว้และสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติหรือสิทธิมนุษยชน<sup>13</sup>

นอกจากการบัญญัติรับรองประเด็นสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว ในส่วนของภาคประชาชนและชุมชนยังมีการตราข้อบัญญัติท้องถิ่นรับรองสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร โดยอ้างอิงตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตัวอย่างเช่น ชุมชนแม่ทา จังหวัดลำพูน ชุมชนท่าศาลา จังหวัดนครศรีธรรมราชและชุมชนอำเภอมะเอน จังหวัดเชียงใหม่ เป็นต้น โดยคำว่า ข้อบัญญัติท้องถิ่น หมายถึง กฎ กติกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจนิติบัญญัติขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามข้อกำหนดของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น พ.ศ.2542 โดยถูกตราขึ้นเพื่อวางหลักเกณฑ์และวิธีการของการเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่นการผลักดันแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนผ่านข้อบัญญัติท้องถิ่นจะช่วยส่งเสริมการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรมากขึ้น เนื่องจากข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ประชาชนเสนอได้ ประชาชนสามารถเข้าชื่อเสนอข้อบัญญัติท้องถิ่น และส่งผลให้เกิดการผลักดันแนวทางจัดการทรัพยากรธรรมชาติในพื้นที่อย่างชอบธรรมและอำนาจของประชาชนตามกฎหมาย ที่นำไปสู่กระบวนการแก้ไขปัญหาการจัดการทรัพยากรในระดับท้องถิ่น การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นนี้นับเป็นวิธีการของการเรียกร้องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นที่พบในปัจจุบัน แต่อย่างไรก็ตามการบัญญัติออกมาในรูปแบบของข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรของแต่ละชุมชนนั้นมีข้อจำกัด คือ ความเข้มแข็งของแต่ละชุมชนเอง พบว่า ยังมีชุมชนที่มีความสามารถในการผลักดันจนเกิดข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรยังมีจำนวนไม่มากนักเมื่อเทียบกับจำนวนชุมชนทั้งหมดในประเทศไทย อีกทั้งรายละเอียดของในส่วนของข้อบัญญัติท้องถิ่นยังต้องยึดโยงอยู่กับตัวบทรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งมีปัญหาในรายละเอียดอยู่ค่อนข้างมากในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในสิ่งแวดล้อม ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการบัญญัติออกมาเป็นข้อบัญญัติท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากรนับว่าเป็นทิศทางที่ดีในการตื่นตัวของการเข้ามามีส่วนร่วมของภาคประชาชนในท้องถิ่นและความพยายามในการเรียกร้องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติรูปแบบใหม่ขึ้นในสังคมแต่ยังไม่อาจเป็นคำตอบที่เด็ดขาดให้แก่การแก้ไขการละเมิดสิทธิชุมชนที่ปรากฏในปัจจุบันได้ เนื่องจากการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชนในทางความเป็นจริงนั้นต้องอาศัยความเข้มแข็งของหลายฝ่าย เช่น การมีกฎหมายลำดับรองที่จำเป็นต้องรับรองสิทธิชุมชนและกำหนดรายละเอียดของสิทธิชุมชนอย่างเป็นรูปธรรม ทิศนคติของหน่วยงานภาครัฐและเจ้าหน้าที่

<sup>13</sup> ชาวนะ ไตรมาศ, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐ,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 6, 17 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2547): 131-133.

ผู้ปฏิบัติงานที่ต้องมีความเข้าใจเกี่ยวกับระบบการจัดการทรัพยากรร่วมกันของชุมชน การทำงานร่วมกับชุมชนและประชาชนในพื้นที่ในการจัดการทรัพยากร ตลอดจนการส่งเสริมความเข้มแข็งแก่ชุมชน การให้ชุมชนมีความรู้ความเข้าใจในสิทธิชุมชนซึ่งเป็นประเด็นที่ต้องอาศัยการแก้ปัญหา ร่วมกันอย่างบูรณาการจากหลายภาคส่วน

ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่า เหตุผลของการรับรองบัญญัติสิทธิในสิ่งแวดล้อม และสิทธิชุมชนไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด เพราะเนื่องจากเหตุผลความจำเป็นเพื่อที่จะสนับสนุนการรับรองบัญญัติสิทธิต่างๆ ไว้เพื่อเป็นการทำให้นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมมีความเข้มแข็งมากขึ้น กล่าวคือ เพื่อเป็นการเพิ่มสภาพการบังคับใช้และก่อให้เกิดผลในทางที่เป็นรูปธรรม ตลอดจนเป็นการรับรองและส่งเสริมสิทธิการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนในการใช้สิทธิต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ อีกทั้งเพื่อเป็นการให้อำนาจแก่ประชาชนและชุมชน ในการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ เพราะประชาชนและชุมชนจะสามารถอ้าแขน “สิทธิ” ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเพื่อไปใช้สิทธิในกระบวนการยุติธรรมทางศาล หากมีเหตุการณ์ที่จำเป็นต้องเรียกร้องสิทธิท้ายสุดคือ เป้าหมายเพื่อลดความไม่ยุติธรรมทางด้านสิ่งแวดล้อมซึ่งการรับรองสิทธิทางด้านสิ่งแวดล้อม และสิทธิชุมชน ไว้รัฐธรรมนูญย่อมจะส่งผลดีในทางปฏิบัติมากกว่าการไม่บัญญัติรับรองไว้

## 2. การศึกษาและเปรียบเทียบความเปลี่ยนแปลงของสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

โดยเมื่อทำการพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 นั้น จะปรากฏมาตราที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิของประชาชนในการจัดการสิ่งแวดล้อมบัญญัติไว้ 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา 25 และมาตรา 43 ส่วนที่สองในหมวด 5 หน้าที่ของรัฐในมาตรา 57 ซึ่งกำหนดให้รัฐอนุรักษ์ คุ้มครอง ปันฟู และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ โดยให้ชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วม และในมาตรา 58 ให้รัฐต้องดำเนินการให้มีการศึกษาและประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) หรือทำการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (Environmental Health Impact Assessment: EHIA)<sup>14</sup> และรับฟังความคิดเห็นของ

---

<sup>14</sup> สิริพิชญ์ชนก คุณประเสริฐ, “การวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ (Environmental and Health Impact Assessment: EHIA),” *Academic Focus* (ตุลาคม 2561): 1-2.

ประชาชนก่อนดำเนินโครงการต่างๆ โดยประเด็นเรื่องหน้าที่ของรัฐ ถือเป็นจุดเด่นของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งจะขอกล่าวถึงในรายละเอียดต่อไป

ในบทความนี้ผู้เขียนจะขอนำเสนอประเด็นจากการศึกษาโดยการนำรัฐธรรมนูญฉบับพุทธศักราช 2560 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาทำการศึกษาโดยเปรียบเทียบและอธิบายความเปลี่ยนแปลงที่พบ โดยประเด็นที่จะนำเสนอมีดังต่อไปนี้

## 2.1 สิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์ฟื้นฟูและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุล

### 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

มาตรา 46 บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>15</sup>

### 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 66 บัญญัติว่า บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน<sup>16</sup>

### 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 43 บัญญัติว่า บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (1) อนุรักษ์ ฟื้นฟู หรือส่งเสริม ภูมิปัญญา ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม และจารีตประเพณีอันดีงามทั้งของท้องถิ่นและของชาติ (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ (3) เข้าชื่อกันเพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ดำเนินการใดอันจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนหรือชุมชน หรืองดเว้นการดำเนินการใดอันจะกระทบต่อความเป็นอยู่อย่างสงบสุขของประชาชนหรือชุมชนและได้รับแจ้งผล

<sup>15</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 46.

<sup>16</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 66.

การพิจารณาโดยรวดเร็ว ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาข้อเสนอแนะนั้นโดยให้ประชาชนที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมในการพิจารณาด้วยตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ<sup>17</sup>

โดยสรุปการศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสามฉบับข้างต้น ในประเด็นสิทธิของชุมชนในการอนุรักษ์ฟื้นฟูและมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลพบว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญ คือ การกำหนดให้สิทธิชุมชนให้อยู่ใน หมวดที่ 5 เรื่องหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 57 บัญญัติว่า รัฐต้อง (1) อนุรักษ์ ฟื้นฟู และส่งเสริมภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมและจารีตประเพณีอันดีงามของท้องถิ่นและของชาติ และจัดให้มีพื้นที่สาธารณะสำหรับกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนให้ประชาชน ชุมชน และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ได้ใช้สิทธิและมีส่วนร่วมในการดำเนินการด้วย (2) อนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟู บริหารจัดการ และใช้หรือจัดให้มีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ ให้เกิดประโยชน์อย่างสมดุลและยั่งยืน โดยต้องให้ประชาชนและชุมชนในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีส่วนร่วมดำเนินการและได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวด้วยตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>18</sup> ซึ่งนับเป็นการเปลี่ยนแปลงที่น่าสนใจในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิในสิ่งแวดล้อมภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 2.2 สิทธิของบุคคลและชุมชนในการมีส่วนร่วมในสิ่งแวดล้อม

การศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กล่าวถึงสิทธิที่ประชาชนในการที่จะมีส่วนร่วมในสิ่งแวดล้อม ปรากฏตามมาตรา 43 และยังกำหนดเป็นหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 57 และ 58 ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐ ในการที่จะต้องดำเนินการจัดทำรายงานผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ อีกทั้งมีการกล่าวถึงประเด็นการรับฟังความเห็นของประชาชนก่อนดำเนินโครงการต่างๆ โดยปรากฏรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

บัญญัติเรื่องสิทธิชุมชนในการมีส่วนร่วมในสิ่งแวดล้อมไว้ใน มาตรา 56 สิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษา และการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครอง ส่งเสริม และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพอยู่ได้

<sup>17</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 43.

<sup>18</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 15.

อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วย ผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการ การศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

สิทธิของบุคคลที่จะฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ย่อมได้รับความคุ้มครอง<sup>19</sup>

เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของมาตรา 56 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะพบว่า มีการบัญญัติเรื่องของสิทธิชุมชนไว้อย่างชัดเจน ในประเด็นการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่ต้องมีบุคคลที่คุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดและยังกำหนดรับรองสิทธิของประชาชนและชุมชนในการฟ้องภาครัฐหากไม่ปฏิบัติตามสิทธิที่รับรองเอาไว้ในวรรคหนึ่งและวรรคสองของมาตรา 56 โดยกำหนดเงื่อนไขเรื่องของการใช้สิทธิใดๆ มีเงื่อนไขของการใช้สิทธิ คือ “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

## 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ในมาตรา 67<sup>20</sup> โดยหากพิจารณาพบว่า เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลให้มีสิทธิอนุรักษ์ บำรุงรักษา และได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อีกทั้งรับรองสิทธิของชุมชนในการที่สามารถจะฟ้องภาครัฐ เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติเมื่อพิจารณาในรายละเอียดจะพบว่า ลักษณะการบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นไปตามที่เคยปรากฏการบัญญัติรับรองเอาไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั่นเอง อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นั้นรับรองสิทธิชุมชนสอดคล้องกับตัวบทบัญญัติเดิมในพุทธศักราช 2540 แทบจะทั้งสิ้นในแง่ของหลักการแต่ความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือ การตัดประเด็นเรื่อง “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไปเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการใช้สิทธิของประชาชนและชุมชนที่เคยเผชิญในสมัยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

<sup>19</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 56.

<sup>20</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 67.

บังคับให้ออกไปเพื่อเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลและสิทธิชุมชนดังปรากฏแนวทางของคำพิพากษาที่สำคัญอย่างมากที่ขอยกมากล่าวถึงคือ ของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 ที่มีความสำคัญในการศึกษาเรื่องสิทธิทางสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน คำพิพากษานี้ได้วางหลักประการหนึ่ง คือ เรื่องสภาพบังคับของสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เรื่องของสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะเรื่องของสิทธิชุมชนนั้น จำต้องมีการบังคับแบบอัตโนมัติ (Automatic Protection) สอดรับกับหลักการทางรัฐธรรมนูญเรื่องสถานะทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและมีสภาพบังคับทันที โดยจำเป็นต้องมีกฎหมายลำดับรองออกมารองรับ

ทิศทางการตีความของศาลไทย ภายหลังจากคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 พบว่า มีทิศทางยอมรับสภาพการบังคับโดยทันทีของสิทธิชุมชน โดยสรุปผลจากการศึกษาสรุปได้ว่า การตีความเพื่อให้สิทธิชุมชนสามารถใช้บังคับได้ทันทีโดยการกำหนดเงื่อนไขโดยให้มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดเนื้อหาแห่งสิทธิเพื่อรับรองสิทธิชุมชน ทั้งนี้การที่ระบุไว้ “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เป็นเพียงเพื่อกำหนดไว้เพื่อการใช้สิทธิเรียกร้องของบุคคลให้รัฐ กระทำการหรืองดเว้นการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในการปกป้องคุ้มครองสิทธิของชุมชนต้องเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติรับรองสิทธิ<sup>21</sup> ดังนั้น การรับรองหลักการสถานะทางกฎหมายของรัฐธรรมนูญว่าเป็นกฎหมายสูงสุดและมีสภาพบังคับโดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายลูกมารองรับรายละเอียด การตีความตามแนวทางแบบการบังคับแบบอัตโนมัติ (Automatic Protection) เพื่อจะทำให้การละเมิดสิทธิของชุมชนย่อมเกิดขึ้นน้อยลง

### 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตัวบทบัญญัติจะพบความเปลี่ยนแปลง คือ ไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่จะมีส่วนร่วมทั้งกับรัฐและชุมชนหรือบัญญัติรับรองสิทธิในฟ้องร้องรัฐ ตามที่เคยรับรองในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับข้างต้น โดยปรากฏการรับรองในมาตรา 43 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลและชุมชนย่อมมีสิทธิ (2) จัดการ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” ซึ่งเมื่อพิจารณาตัวบทข้างต้นจะพบว่า มีลักษณะการบัญญัติที่นำเอาเงื่อนไข “ตามวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ” กลับมาใช้อีกครั้ง

---

<sup>21</sup> ภาควิชา นิติศาสตร์, ปัญหาการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.), หน้า 15.

## 2.3 สิทธิของบุคคลในการแสดงความเห็น

### 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ปรากฏรายละเอียดสิทธิของบุคคลในการแสดงความเห็น ในมาตรา 59 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผล จากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมสุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ ตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่กฎหมายบัญญัติ<sup>22</sup>

### 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ปรากฏรายละเอียดสิทธิของบุคคลในการแสดงความเห็น ภายในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยส่วนที่ 10 สิทธิในข้อมูลข่าวสารและการร้องเรียน มาตรา 57 บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว<sup>23</sup>

### 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ปรากฏรายละเอียดสิทธิของบุคคลในการแสดงความเห็น ในมาตรา 43 และมาตรา 58 ทั้งนี้จากศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 พบว่า ไม่ได้รับรองสิทธิแสดงความคิดเห็นของบุคคลต่อการดำเนินโครงการต่างๆ ของรัฐไว้ในรูปแบบอย่างที่เคยมีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับที่ใช้บังคับก่อนหน้านี้ แต่ปรากฏความเปลี่ยนแปลง คือ ได้ทำการบัญญัติเปลี่ยนแปลงในรายละเอียด กล่าวคือ บัญญัติโดยกำหนดเงื่อนไขของการเข้าชื่อกัน เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงาน และเพิ่มให้หน่วยงานนั้นมีหน้าที่ต้องพิจารณาข้อเสนอที่เกิดจากการเข้าชื่อกันของประชาชน กล่าวคือ การใช้สิทธิในการแสดงความเห็นต่อโครงการต่างๆ เปลี่ยนแปลงจากการแสดงความคิดเห็นโดยบุคคลคนเดียวไปเป็นการเข้าชื่อ “โดยมีเงื่อนไข” ซึ่งไม่มีเงื่อนไขระบุไว้ชัดเจนว่าจะต้องมีจำนวนกี่คนปรากฏตามมาตรา 43 (3)<sup>24</sup>

<sup>22</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 59.

<sup>23</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 57.

<sup>24</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 43.

ในบทบัญญัติมาตรา 58<sup>25</sup> หน้าที่ของรัฐ เมื่อพิจารณาจะพบว่า เป็นการเปลี่ยนจากสิทธิชุมชนตามมาตรา 67 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือเปลี่ยนเรื่องของ “สิทธิ” มาบัญญัติให้เป็น “หน้าที่ของรัฐ” แทน ในมาตรา 58 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติเรื่อง การกำหนดหน้าที่ของรัฐในเรื่องของการจัดทำ การประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและจัดการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียก่อนดำเนิน โครงการที่อาจกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง

โดยจากการศึกษาพบว่า แนวคิดการเพิ่มเติมเรื่องหน้าที่ของรัฐ ไว้ในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการให้ความเห็นจากนักกฎหมายแบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นด้วยกับการเพิ่มหมวดหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากมองว่า ทำให้เกิดความชัดเจนเพราะเป็น เรื่องที่เกี่ยวกับสวัสดิการของรัฐที่ต้องดำเนินการให้กับประชาชนและเป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้อง ดำเนินการเพื่อความสุขของประชาชนและสังคม ตัวอย่างนักกฎหมายที่เห็นด้วยกับแนวความเห็นนี้ เช่น สมคิด เลิศไพฑูรย์ ได้แสดงความเห็นประเด็นเรื่องหน้าที่ของรัฐว่า รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดเรื่องหน้าที่ของรัฐไว้เป็นครั้งแรก เพื่อกำหนดให้รัฐมี หน้าที่ต้องดำเนินการดูแลและจัดสวัสดิการด้านต่างๆ ให้กับประชาชน เนื่องจากเป็นมาตรการ พื้นฐานที่รัฐควรจะทำให้กับประชาชน และที่ผ่านมาในบางเรื่องแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้ ประชาชนมีสิทธิในเรื่องนั้น ประชาชนก็จะมีแต่สิทธิแต่ไม่เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติ จึงต้องบัญญัติ ให้เป็นหน้าที่ของรัฐโดยตรง โดยกำหนดไว้แต่เรื่องสำคัญๆ เท่านั้น เพื่อบังคับให้รัฐทำตามหน้าที่ที่ กำหนดไว้โดยไม่ต้องพิจารณาว่าประชาชนจะมีสิทธิหรือไม่<sup>26</sup>

ส่วนฝ่ายความเห็นที่สอง คือ ไม่เห็นด้วยในการเพิ่มเรื่องหน้าที่ของรัฐไว้ใน รัฐธรรมนูญ เพราะเหตุผลสามประการ คือ 1) มองว่าเป็นการตัดโอกาสของพรรคการเมืองในการ เสนอนโยบายต่อประชาชน 2) มองว่าเป็นอุปสรรคในการบริหารราชการ รัฐอาจถูกฟ้องร้องถูก อภิปรายไม่ไว้วางใจและดำเนินคดีอาญาได้อย่างง่ายดาย หากรัฐบาลไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของรัฐ 3) รัฐธรรมนูญควรกำหนดกรอบกว้างๆ ไว้มากกว่ามิฉะนั้นจะกลายเป็นคู่มือการดำเนินงานของ รัฐบาล<sup>27</sup>

<sup>25</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 15.

<sup>26</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, **หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560** [Online], available URL: [https://www.ubu.ac.th/web/files\\_up/00032f2019072617120912.ppt](https://www.ubu.ac.th/web/files_up/00032f2019072617120912.ppt), 2563 (พฤศจิกายน, 13).

<sup>27</sup> วัชรภรณ์ จุ้ยลำเพ็ญ, **“หน้าที่ของรัฐ” แนวคิดตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่** [Online], available URL: [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parcy\\_train/ewt\\_dl\\_link.php?nid=31523](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parcy_train/ewt_dl_link.php?nid=31523), 2563 (พฤศจิกายน, 13).

ในประเด็นหน้าที่ของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่พบว่า กำหนดรายละเอียดในประเด็นสิทธิชุมชน คือ หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองและบำรุงรักษาทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม ความหลากหลายทางชีวภาพให้เกิดประโยชน์อย่างยั่งยืน รวมถึงการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติหากมีการดำเนินการของรัฐที่มีผลกระทบต่อความสงบสุข สุขภาพ หรือวิถีชีวิตของประชาชนหรือชุมชนหรือกระทบต่อสิ่งแวดล้อม รัฐต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมและรับฟังความคิดเห็นของประชาชนที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือความเสียหายของประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นรูปธรรม

โดยสรุปผู้เขียนพบว่า ความเปลี่ยนแปลงของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในหมวดหน้าที่ของรัฐ ที่ปรากฏเพิ่มขึ้นใหม่นี้ มีการกำหนดสาระเบื้องต้น คือ การกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องจัดการสวัสดิการและเรื่องต่างๆ ให้กับประชาชนอีกทั้งจากการศึกษาพบว่า หน้าที่ของรัฐ จะแตกต่างจากแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ โดยบทบัญญัติในหมวดหน้าที่ของรัฐนั้น จะมีสภาพบังคับให้รัฐต้องทำตามหน้าที่ และเป็นเหตุในการฟ้องร้องของประชาชนให้รัฐดำเนินการตามหน้าที่ได้ ส่วนแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐจะเป็นเรื่องทิศทางหรือแนวทางในการดำเนินนโยบายของรัฐ หากรัฐไม่ดำเนินการก็ไม่น่าจะเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องให้รัฐดำเนินการได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการบัญญัติรับรองสิทธิชุมชนในระดับหนึ่ง แต่ในขณะเดียวกันก็ปรากฏความเปลี่ยนแปลงในเรื่องการรับรองสิทธิชุมชน โดยเปลี่ยนแปลงประเด็นสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ประเด็นการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม โดยการเปลี่ยนสิทธิชุมชนไปเป็นเรื่องหน้าที่ของรัฐ โดยในความเห็นของผู้เขียนมองว่า เป็นการเปลี่ยนแปลงที่ไม่สอดคล้องกับลักษณะของสิทธิชุมชนซึ่งมีพื้นฐานมาจากกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายสิทธิมนุษยชนและเป็นเรื่องของการใช้สิทธิแบบรวมหมู่ และยังเป็นแนวคิดที่ล้าหลัง เพราะใช้วิธีการจัดการทรัพยากรที่กำหนดให้รัฐเป็น “ผู้มีหน้าที่จัดการสิ่งแวดล้อม” กล่าวโดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า การเปลี่ยนแปลงสิทธิชุมชนไปเป็นหน้าที่ของรัฐย่อมไม่สอดคล้องกับหลักการและทฤษฎีกฎหมายสิ่งแวดล้อม และสถานการณ์ความตื่นตัวทางด้านสิ่งแวดล้อมในสังคมโลกที่เน้นเรื่องสิทธิชุมชนและสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชน

## 2.4 เรื่องขององค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อม

### 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากการศึกษาพบว่า ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับองค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อมในมาตรา 56 วรรคสอง การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม จะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม

รวมทั้งได้ให้องค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมและผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ<sup>28</sup> โดยสรุปความเปลี่ยนแปลงภายใต้รัฐธรรมนูญสองฉบับข้างต้นนี้พบว่า ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แม้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องขององค์การอิสระเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม แต่ไม่มีกฎหมายลำดับรองที่กำหนดรายละเอียดที่ชัดเจนในรายละเอียดขององค์การอิสระว่าจะมีองค์ประกอบและอำนาจอะไร

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 67<sup>29</sup> กำหนดการดำเนินการโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะต้องผ่านกระบวนการ 3 ขั้นตอน ได้แก่ ขั้นตอนแรก ประเด็นการจัดทำรายงานผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ขั้นตอนที่ 2 การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและขั้นตอนที่ 3 การให้ความเห็นขององค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ สรุปคือ ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดเกี่ยวกับหน้าที่ขององค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพในการให้ความเห็นต่อการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพเอาไว้อย่างชัดเจน

3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บทบัญญัติมีความเปลี่ยนแปลง คือ ได้ตัดประเด็นเรื่ององค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อมออกไปทำให้กระบวนการก่อนการดำเนินโครงการใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจะเหลือผ่านกระบวนการสองขั้นตอนเท่านั้น ทั้งนี้เมื่อวันที่ 15 พฤศจิกายน 2560 รัฐบาลได้ออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีเพื่อยกเลิกระเบียบสำนักนายกฯ พ.ศ.2553 โดยมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2560 และถือเป็นการสิ้นสุดหน้าที่ของคณะกรรมการองค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ (กอสส.)<sup>30</sup> ทั้งนี้เมื่อศึกษาเหตุผลเพิ่มเติมพบว่า ปัญหาในทางปฏิบัติ คือ แนวคิดของการบัญญัติเรื่ององค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อมมีปัญหาเรื่องของงบประมาณและปัญหาในเรื่องของการบริหารจัดการงานที่มีความซ้ำซ้อนกับงานของหน่วยงานเดิม ทำให้งานที่ได้ปฏิบัติขาดความเป็นอิสระอย่างแท้จริง

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, มาตรา 56 วรรค 2.

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 67.

<sup>30</sup> กุลา จรุงกิจอนันต์, อวสาน “องค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อม” มาตรา 67 วรรคสอง รธน.50\*\* [Online], available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/643362>, 2563 (สิงหาคม, 29).

จนเป็นเหตุผลพิจารณาประการหนึ่งที่ทำให้มีการยกเลิกประเด็นเรื่องขององค์การอิสระทางด้านสิ่งแวดล้อมออกไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

## 2.5 ประเด็นแนวคิดเรื่องแนวนโยบายแห่งตามรัฐ

### 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

จากการศึกษาพบว่า ภายใต้นั้นไม่ปรากฏประเด็นที่เกี่ยวกับแนวนโยบายแห่งรัฐเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมไว้

### 2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พบว่า ภายใต้มหาบท 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐส่วนที่ 8 แนวนโยบายด้านที่ดินทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม ในมาตรา 85<sup>31</sup> ซึ่งกำหนดรายละเอียดว่ารัฐต้องดำเนินนโยบายเกี่ยวกับประเด็นด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปตามรายละเอียดของมาตรา 85

### 3) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นิยามของคำว่า แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ หมายถึง แนวนโยบายขั้นพื้นฐานที่รัฐฝ่ายบริหาร หรือองค์กรของรัฐจะต้องดำเนินการให้เกิดประโยชน์กับประเทศชาติและประชาชน<sup>32</sup> ภายใต้มหาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีการกำหนดนโยบายแห่งรัฐในมาตรา 72<sup>33</sup> กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อมในประเด็นเกี่ยวกับที่ดิน ทรัพยากรน้ำ และพลังงาน ทั้งนี้โดยจากการศึกษาเปรียบเทียบความเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 85 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 72 พบว่า จุดร่วมของแนวคิดทั้งสองมาตราคือ มีการวางประเด็นเกี่ยวกับแนวนโยบายของรัฐในประเด็นเรื่องของที่ดิน การวางผังเมือง และการจัดสรรทรัพยากรน้ำไว้คล้ายกัน

แต่เมื่อศึกษาพบว่า จุดต่างในประเด็นของภายใต้มหาบท 85 (5) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการกล่าวถึงประเด็นการส่งเสริม บำรุงรักษา และคุ้มครองคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามหลักการพัฒนาที่ยั่งยืนตลอดจนควบคุมและกำจัดการมลพิษเอาไว้ และยังกล่าวถึงเรื่องของการต้องเปิดโอกาสให้ประชาชน ชุมชนท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดแนวทางการดำเนินงานเอาไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า มี

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 85.

<sup>32</sup> คณิน บุญสุวรรณ, ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548), หน้า 465.

<sup>33</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 72.

การรับรองสิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชนเอาได้อย่างชัดเจนในแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่ตามมา คือ เป็นการส่งเสริมการดำเนินนโยบายของรัฐที่จะต้องคำนึงถึงเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชน ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นประกอบด้วย

ส่วนในมาตรา 72 (5) ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดแนวนโยบายแห่งรัฐเกี่ยวกับการจัดการสิ่งแวดล้อม กล่าวถึงเรื่องของการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงานและการใช้พลังงานอย่างคุ้มค่า รวมทั้งพัฒนาและสนับสนุนให้มีการผลิตและการใช้พลังงานทางเลือก แต่หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 72 พบว่า ไม่ได้มีการกล่าวถึงหรือรับรองเรื่องของการมีส่วนร่วมของประชาชน ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในแนวนโยบายแห่งรัฐเรื่องของการจัดการสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด แต่บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 43 วรรคท้าย<sup>34</sup> ที่ว่าการใช้สิทธิของบุคคลและชุมชน ให้หมายความรวมถึงสิทธิที่จะร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐในการดำเนินการใดๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 43

### 3. แนวคิดเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ประชาชน ชุมชน ผู้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นผู้เข้ามามีบริหารจัดการ ดูแล การใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติ และดูแลการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติเองจะช่วยส่งเสริมสิทธิชุมชน ซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองเอาไว้แล้ว ให้ปรากฏขึ้นในเชิงความเป็นจริงและมีการรู้จักและยอมรับอย่างเป็นวงกว้างมากขึ้น

ทั้งนี้จากการศึกษาปรากฏแนวคิดที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งของนักเศรษฐศาสตร์และนักสิ่งแวดล้อมผู้ได้รับรางวัลโนเบลชื่อว่า Elinor Ostrom ผู้ที่ได้เสนอแนวคิดให้ชุมชนร่วมกันในการจัดการทรัพยากรส่วนรวม (Self-Organized Common Property) เพื่อแก้ปัญหาการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ โดยการนำเสนอรูปแบบการจัดการทรัพยากรธรรมชาติชุมชน (Community-Based Natural Resource Management: CBNRM) เพื่อเป้าหมายของการจัดการทรัพยากรเพื่อให้รัฐและชุมชนสามารถหลีกเลี่ยงโศกนาฏกรรมของทรัพยากรส่วนรวม โดยจากการศึกษาผู้เขียนมองว่า แนวคิดข้างต้นนี้จะช่วยส่งเสริมสิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นในทางความเป็นจริง

ประเด็นแนวคิดของ Elinor Ostrom เป็นการนำเสนอประเด็นแนวคิดการผลักดันบทบาทให้ชุมชนและการส่งเสริมสิทธิชุมชนจะส่งเสริมให้การจัดการทรัพยากรส่วนรวมของส่วนรวมเกิดขึ้นเพื่อผลท้ายที่สุดคือการนำไปสู่การจัดการทรัพยากรที่มีความยั่งยืน Elinor Ostrom นำเสนอแนวคิดที่ว่าจัดการทรัพยากรธรรมชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพจะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบ 3 ประการ

---

<sup>34</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 12.

ได้แก่ ประการแรก การเสวนา เน้นเรื่องของการเปิดพื้นที่ให้ชุมชนเพื่อให้คนในชุมชนเข้ามาแลกเปลี่ยนข่าวสารและแลกเปลี่ยนแนวความคิด และความเห็นของคนในชุมชน เพื่อเป้าหมายของการอยู่ร่วมกันของคนในชุมชนและเพื่อให้คนในชุมชนสร้างสิ่งที่เรียกว่า การมีส่วนร่วมของคนในชุมชน (Participation) และการหาฉันทมติร่วมกัน (Consensus) ของคนในชุมชนในการบริหารจัดการทรัพยากรในพื้นที่ ตลอดจนทิศทางการใช้สิทธิชุมชนของชุมชนที่ตนอาศัยอยู่ ประการที่สอง การปฏิรูปแนวนโยบายและกฎหมาย เพื่อปรับแก้ไขกฎหมายและแนวนโยบายเพื่อให้สอดคล้องและมีลักษณะที่ส่งเสริมแนวคิดสิทธิชุมชน และประการที่สาม เน้นเรื่องของการสร้างขีดความสามารถให้กับคนในชุมชน (Capacity-Building) ที่สมควรอย่างยิ่งที่จะพัฒนาศักยภาพของคนในชุมชนเองให้มีความรู้ความเข้าใจในสิทธิชุมชน และจะสอดคล้องไปกับแนวคิดการที่ชุมชนที่มีความสามารถจึงจะทำให้ชุมชนมีความสามารถไปจัดการเรื่องของการจัดการทรัพยากรภายในชุมชนของตนให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด<sup>35</sup>

แนวคิดของ Elinor Ostrom กล่าวคือ ในรูปแบบการจัดการที่ให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดกติกาการจัดการทรัพยากรเองจะสามารถนำมาซึ่งผลลัพธ์ที่ดีที่สุดในการจัดการทรัพยากร กล่าวคือ การจัดการที่ให้อำนาจแก่ชุมชนเป็นผู้จัดการโดยตรง หรือการจัดการโดยให้สัมปทานแก่เอกชนในการจัดการทรัพยากรไม่สามารถแก้ปัญหาทรัพยากรธรรมชาติได้โดยพิจารณาจากเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อีกทั้งยังส่งผลทำให้ทรัพยากรในพื้นที่ของชุมชนนั้นๆ ลดน้อยลงและเกิดการต่อต้านจากประชาชนในพื้นที่มากขึ้นตามไปด้วย ส่วนแนวทางการจัดการที่ให้ชุมชนเข้ามามีส่วนร่วมการแบ่งปันผลประโยชน์จะทำให้การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติของท้องถิ่นเป็นไปอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้เพื่อเกิดความสมดุลและยั่งยืน<sup>36</sup>

แต่อย่างไรก็ตาม Elinor Ostrom ได้นำเสนอข้อความคิดที่ว่า ระบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนเองก็อาจจะมีลักษณะทั้งแบบที่ประสบความสำเร็จและล้มเหลวได้เช่นกัน กล่าวคือ เหมือนกับการจัดการทรัพยากรภายใต้ระบบอื่นๆ ที่มีปัจจัยหลายประการเข้ามาเป็นองค์ประกอบที่เข้ามากระทบต่อตัวแปรต่างๆ ตัวอย่างเช่น ประเด็นประสิทธิภาพของการรับทราบข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับทรัพยากรของคนในชุมชน ประเด็นเรื่องของผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ ประเด็นการบริหารจัดการงบประมาณ ประเด็นการสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่สมาชิกให้เกิดมีความเข้าใจร่วมกันเกี่ยวกับผลประโยชน์และความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงต่างๆ ประเด็นการสร้างให้

<sup>35</sup> นิทยา โพธิ์นอก, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์นโยบายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในประเทศไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและพัฒนาสถาบันพระปกเกล้า), หน้า 139.

<sup>36</sup> อรรถชัย อินต๊ะไชยวงศ์, “สิทธิชุมชน ในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม,” วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น 1, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560): 178-179.

สมาชิกในชุมชนมีความเข้าใจต่อต้นทุนของคนในชุมชนเองที่มีความต่างกันเพื่อสร้างเสถียรภาพความเข้าใจและความเป็นหนึ่งเดียวกันของคนในชุมชน เป็นต้น<sup>37</sup>

#### 4. ประเด็นเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิชุมชน

ถึงแม้ว่าการรับรองสิทธิชุมชนไว้อย่างเป็นรูปธรรมในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศจะผ่านระยะเวลานานกว่า 20 กว่าปีภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทั้งสามฉบับแล้วก็ตามปัญหาของการละเมิดสิทธิชุมชนที่ยังคงปรากฏให้เห็นอยู่ในปัจจุบัน เพื่อเป็นการชี้ให้เห็นถึงปัญหาจึงขอนำเสนอตัวอย่างปัญหาของการละเมิดสิทธิชุมชน ดังต่อไปนี้

ในการศึกษาประเด็นเรื่องการละเมิดสิทธิชุมชนนั้น เมื่อพิจารณาคำพิพากษาของศาลไทยจะปรากฏให้เห็นถึงประเด็นเรื่องสิทธิชุมชนผ่านคำพิพากษาหลายฉบับ ตัวอย่างของปัญหาของการบังคับใช้สิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นจริงในทางปฏิบัติในสังคมไทย ได้แก่ 1) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545<sup>38</sup> 2) คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 25/2547<sup>39</sup> 3) คำพิพากษาศาลฎีกา คดีหมายเลขแดงที่ 5818/2549<sup>40</sup> หรือคดีเกาะมาหยา จังหวัดกระบี่ 4) คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 ประเด็นเรื่องของการบังคับของสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญที่จะต้องเป็นการบังคับสิทธิให้เกิดขึ้นทันที ซึ่งในคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 พิพากษาว่า ตามหลักการของกฎหมายสากลและโดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมต้องการใช้สิทธิเสรีภาพที่มีการรับรองเอาไว้แล้ว สามารถบังคับใช้ได้โดยทันที ไม่จำเป็นต้องรอกฎหมายลำดับรองออกมาแต่อย่างใด<sup>41</sup> ภายหลังคำพิพากษานี้ได้รับการยกให้เป็นคำพิพากษาที่มีความชัดเจน อีกทั้งยังมีความสำคัญต่อประเด็นเรื่องสิทธิเสรีภาพและเรื่องสิทธิด้านสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างยิ่ง คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 ได้ถูกนำไปเป็นหลักที่ใช้ในคดีสิ่งแวดล้อมในอีกหลายคดีที่ได้มีการตัดสินต่อมาในภายหลัง โดยคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 สอดคล้องกับหลักการที่ว่า สภาพบังคับของสิทธิตามรัฐธรรมนูญเรื่องของสิทธิ

<sup>37</sup> Elinor Ostrom and Charlotte Hess, *Private and Common Property Rights* (Bloomington: Indiana University, 2007), p. 346.

<sup>38</sup> ภาสพงษ์ เรณูมาศ, “สถิติคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ (ตั้งแต่อดีต-พ.ศ. 2556),” *วารสารศาลรัฐธรรมนูญ* 15, 43 (มกราคม - เมษายน 2556): 52.

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน, 60.

<sup>40</sup> มูลนิธิธรรมสิ่งแวดล้อม, *คดีหมายเลขแดงที่ 5818/2549* [Online], available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/048.pdf>, (กันยายน, 13).

<sup>41</sup> มูลนิธิธรรมสิ่งแวดล้อม, *คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552* [Online], available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/087.pdf>, 2563 (กันยายน, 13).

ด้านสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะเรื่องของสิทธิชุมชนที่จำเป็นต้องมีการบังคับแบบอัตโนมัติ (Automatic Protection) หรือ สภาพบังคับอัตโนมัติ (Self-Executing) โดยภายหลังทิศทางการตัดสินใจของศาลไทยเริ่มมีการรับรองแนวคิดสภาพบังคับอัตโนมัติและเป็นการหมุดหมายของคดีสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยคดีอื่นๆ ที่ตามมา ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง หรือคดีมาบตาพุด เมื่อวันที่ 2 กันยายน 2553 คำพิพากษานับนี้พบว่า มีแนวทางของการตัดสินที่สอดคล้องกับแนวคิดการรับรองคุ้มครองสิทธิชุมชนตามเจตนารมณ์ตามรัฐธรรมนูญและก่อให้เกิดผลสะท้อนในวงกว้างต่อทิศทางของขบวนการเคลื่อนไหวเพื่อสิ่งแวดล้อมและกระบวนการบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมของประเทศไทย โดยประเด็นสำคัญที่ศาลได้วางหลัก คือ เบื้องต้นในระหว่างพิจารณา ศาลได้มีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้ระงับการดำเนินโครงการทั้ง 76 โครงการ การมีคำสั่งให้ความคุ้มครองชั่วคราวดังกล่าวนี้ ศาลได้ยืนยันหลักกฎหมายสำคัญหลายประการโดยเฉพาะการมีผลบังคับทันทีของบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 66 และ 67 โดยจำเป็นไม่ต้องรอให้มีกฎหมายลำดับรองออกมาอนุวัติการคำพิพากษาในคดีนี้จึงเป็นหมุดหมายหนึ่งในคดีสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยซึ่งได้มีการรับรองสิทธิของบุคคลตามมาตรา 67 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โดยระบุว่าถึงแม้ยังไม่มียกเว้นบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการใช้สิทธิไม่ใช่เหตุที่องค์กรของรัฐจะยกอ้างเพื่อปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว<sup>42</sup> 5) คดีสิทธิชุมชนแม่อมกิ คดีหมายเลขแดงที่ 1737/2551<sup>43</sup> เป็นตัวอย่างของคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมด้านทรัพยากรธรรมชาติ คำพิพากษาคดีชุมชนบ้านแม่อมกิ เป็นกรณีว่าด้วยการที่ประชาชนถูกฟ้องในความผิดฐานบุกรุกป่า โดยมีประเด็นของกฎหมายพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 และความผิดต่อพระราชบัญญัติป่าสงวน พ.ศ.2507 ศาลได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ 1737/2551 โดยคำพิพากษาได้อ้างว่ากรณีตามข้อเท็จจริงในคดีนี้เป็นเรื่องของการทำเกษตรแบบไร่หมุนเวียน โดยผลจากมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 30 มิถุนายน 2541 ได้อนุญาตผ่อนผันให้อยู่อาศัยและทำกินได้ และปรากฏประเด็นเรื่องจำเลยสำคัญผิดว่าตนเองสามารถอยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่ป่าสงวนดังกล่าวได้ การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนา จึงพิพากษายกฟ้อง แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาคำพิพากษานับนี้ได้มีการรับรองข้อเท็จจริงโดยยืนยันว่าชุมชนหมู่บ้านแม่อมกิ ตำบลแม่หวดหลวง อำเภอสองยาง จังหวัดตาก เป็นชุมชนที่อยู่อาศัยและทำกินมาเป็นเวลานานก่อนประกาศเขตป่าสงวนท่าสองยาง อีกทั้งปรากฏว่ามีมติคณะรัฐมนตรีที่ผ่อนผันให้ทำกินได้ก็เป็นไปเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการประกาศเขตป่าสงวนทับ

<sup>42</sup> มูลนิธิธรรมสิ่งแวดล้อม, คดีมาบตาพุด ฟ้องให้โรงงานปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 67 [Online], available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/039.pdf>, (กันยายน, 15).

<sup>43</sup> มูลนิธิธรรมสิ่งแวดล้อม, คดีสิทธิชุมชนบ้านแม่อมกิ [Online], available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/052.pdf>, (พฤศจิกายน, 13).

ที่อยู่อาศัยและที่ดินทำกินของชุมชนดังกล่าวได้ อาจกล่าวได้ว่า คดีสิทธิชุมชนแม่่อมกิเป็นตัวอย่างของการละเมิดสิทธิชุมชนที่เกิดขึ้นจริง และประเด็นการต่อสู้เพื่อเรียกร้องและรับรองสิทธิชุมชนโดยภาคประชาชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คดีสิทธิชุมชนแม่่อมกิจึงถือเป็นตัวอย่างของคำพิพากษาที่สะท้อนถึงการบังคับใช้กฎหมายที่ปลายเหตุของภาครัฐ และขณะเดียวกันก็แสดงบทบาทของฝ่ายตุลาการในการรับรองสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญมาตรา 66 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

แต่อย่างไรก็ตาม แม้บทบาทของศาลไทยทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครองได้รับรองสิทธิชุมชนไว้อย่างชัดเจนในคำพิพากษาต่างๆ รวมถึงมีการวางรากฐานให้เรื่องของสิทธิชุมชนว่า ให้สิทธิชุมชนมีการบังคับแบบอัตโนมัติก็ตาม แต่จากสถิติที่รวบรวมโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ยังปรากฏการร้องเรียนในการละเมิดและปัญหาเกี่ยวกับสิทธิชุมชนที่ยังปรากฏอยู่เป็นจำนวนมากเมื่อพิจารณาไปในรายละเอียดของสถิติการร้องเรียนพบว่า ในปี 2550-2562 โดยประเด็นที่น่าสนใจพบว่า ประเด็นการละเมิดนั้นมีหัวข้อที่หลากหลายซึ่งกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติในหลายรูปแบบ ตัวอย่างของประเด็นที่มีการร้องเรียน ได้แก่สิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร โดยเฉพาะประเภทที่ดินและป่าไม้ ปัญหาการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรม ปัญหาการดำเนินโครงการในโรงงานประเภทต่างๆ ปัญหาการจัดการน้ำ การจัดการขยะ/สิ่งปฏิกูล เป็นต้น อีกทั้งจากสถิติพบว่า ผู้ที่ถูกร้องเรียนว่าเป็นผู้ทำละเมิดต่อสิทธิชุมชนนั้นมีสถานะทั้งที่เป็นภาคเอกชนและภาครัฐ เช่น รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานราชการ ทั้งส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างปัญหาการละเมิดสิทธิชุมชน เช่น การละเมิดสิทธิชุมชนในการที่ดินทำกินและที่อยู่อาศัยของประชาชนในเขตป่าไม้ ที่ยกตัวอย่างกรณีปัญหาเกี่ยวกับทรัพยากรประเภทป่าไม้เนื่องจากเป็นความขัดแย้งระหว่างภาครัฐและเอกชนที่มีมาอย่างยาวนานหลายทศวรรษเนื่องจากการต่อสู้ระหว่างการใช้ประโยชน์ระหว่างผลประโยชน์ของภาครัฐ ว่าด้วยเรื่องของผลประโยชน์ของส่วนรวมในการบริหารทรัพยากรของประเทศ รัฐต้องการควบคุมพื้นที่และจัดการป่าเพื่อการอนุรักษ์ กับข้อต่อสู้ของประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและกรณีปัจเจกบุคคลที่รวมตัวกันเป็นชุมชน ที่ต้องการจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรในพื้นที่ป่า เพื่อใช้พื้นที่ป่าเพื่อการอาศัยและเพื่อประโยชน์ ปัญหาที่สมควรพิจารณาต่อไป คือ ในทางความเป็นจริงของชุมชนในประเทศไทยว่ามีชุมชนอยู่อีกเป็นจำนวนมากที่พื้นที่ของชุมชนที่มีการใช้ และอาศัยมาอยู่ก่อนเป็นเวลานานแล้วภายหลังพื้นที่นั้นๆ ถูกประกาศเขตป่าสงวนหรือเขตอุทยานทับที่อยู่อาศัยและที่ดินทำกิน ปัญหานี้เกิดจากการบริหารจัดการพื้นที่โดยอาศัยแนวคิดอำนาจนิยมจากภาครัฐ เพราะการเน้นเรื่องการจัดการทรัพยากรเป็นของรัฐ (State Property) ประเด็นนี้สะท้อนเรื่องแนวคิดจัดการทรัพยากรเป็นของรัฐของไทยมีลักษณะที่เข้มแข็งมาก ซึ่งตรงกันข้ามกับแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชน เพราะแนวคิด

ว่าด้วยสิทธิชุมชนจะตั้งอยู่บนพื้นฐานของเรื่องระบบสิทธิในทรัพย์สินร่วมกัน (Common Property) คือ ระบบการจัดการทรัพยากรร่วมกันของชุมชน<sup>44</sup>

จากการศึกษาพบความเห็นของ อานันท์ กาญจนพันธุ์ ซึ่งได้ให้ความเห็นว่า ในแม้จะมีความพยายามออกกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ เช่น กฎหมายป่าชุมชน เป็นต้น พร้อมกับมีความพยายามผลักดันนโยบาย เพื่อให้สิทธิกับเกษตรกรในรูปอื่นๆ เพิ่มขึ้นอีก เช่น นโยบายการปฏิรูปที่ดินแบบใหม่ นโยบายเกี่ยวกับสิทธิในการมีส่วนร่วมจัดการทรัพยากรของท้องถิ่นและประชาสังคม เป็นต้น แต่ทางความเป็นจริงปัญหายังคงปรากฏอยู่ จากการศึกษาของผู้เขียน พบว่า ปรากฏสถิติเรื่องการละเมิดสิทธิชุมชนและปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิชุมชนยังเกิดขึ้นอยู่บ่อยๆ ในปัจจุบัน ปัจจุบันเหตุการณ์สถานการณ์ของสิทธิชุมชนยังคงพบปัญหาของการละเมิดสิทธิชุมชนอยู่เป็นจำนวนมากทั้งนี้ตัวอย่างสำคัญ คือ สถิติการร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เรื่อง การละเมิดสิทธิของประชาชนและชุมชน โดยนับตั้งแต่ปี 2554–2563 มีการร้องเรียนประเด็นสิทธิชุมชนกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เป็นจำนวนมาก โดยสูงสุดถึง 1,153 เรื่อง<sup>45</sup>

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยกตัวอย่างให้ชัดเจนมากขึ้น ผู้เขียนขอยกตัวอย่างของประเด็นความขัดแย้งระหว่างรัฐและคนในชุมชน ในประเด็นเรื่องการละเมิดสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร ซึ่งปรากฏตลอดระยะเวลาหลายปีที่ผ่านมา โดยในบทความนี้ขอนำเสนอตัวอย่างออกเป็น 2 ประเด็น คือ 4.1) การละเมิดสิทธิชุมชนโดยผลของกฎหมาย ตัวอย่างกรณีพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 4.2) การละเมิดสิทธิชุมชนโดยนโยบายของภาครัฐ ตัวอย่างกรณีนโยบายทวงคืนผืนป่า

#### 4.1 การละเมิดสิทธิชุมชนโดยผลของกฎหมาย ตัวอย่างกรณีพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562

ถึงแม้จะมีความพยายามในการตรากฎหมายลายลักษณ์อักษรออกมาจำนวนมากในช่วงปีหลังการใช้บังคับของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยเฉพาะในช่วงปี 2562 สถานการณ์สิทธิชุมชนภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 สภาพของสถานการณ์สิทธิชุมชนยังไม่ดีขึ้นเท่าที่ควร สภาพปัญหาของการละเมิดสิทธิชุมชนโดยเฉพาะสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรยังคงดำเนินต่อไป ประเด็นที่ผู้เขียนขอนำมายกตัวอย่าง คือ ประเด็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากร ทั้งนี้เพื่อจำกัดขอบเขตของการศึกษาจะขอลำถึง

<sup>44</sup>บุญชู ฒ ป้อมเพชร, สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญไทย [Online], available URL: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/download/64598/52992/>, 2563 (สิงหาคม, 23).

<sup>45</sup>คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, แนวปฏิบัติเพื่อการจัดการร่วม ประเด็นสิทธิชุมชน (กรุงเทพมหานคร: บริษัท พรินเอบิ้ล จำกัด, 2563), หน้า 30.

เฉพาะเกี่ยวกับประเด็นเกี่ยวข้องกับสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร เน้นเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากร คือ ทรัพยากรป่าไม้ โดยจากการศึกษาพบว่า ความเปลี่ยนแปลงของกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรประเภทพื้นที่ป่า โดยเฉพาะในช่วงปี 2562 ในส่วนของภาครัฐได้แสดงออกถึงความพยายามของการลดปัญหาความขัดแย้งของภาครัฐและชุมชน โดยพยายามตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติออกมาหลายฉบับ และได้มีการแก้ไขในหลายประเด็น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดการป่าไม้ของประเทศไทยที่ออกมานี้ได้กำหนดกฎเกณฑ์และรายละเอียดของการใช้สิทธิของบุคคลและชุมชนในพื้นที่ป่าไม้ สิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ

ในที่นี้ขอยกประเด็นการละเมิดสิทธิชุมชนโดยผลของกฎหมาย โดยผลของพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 โดยที่มาของกฎหมายฉบับนี้ ถือเป็นกฎหมายที่อาศัยระยะเวลาในการผลักดันเป็นเวลานานมากที่สุดฉบับหนึ่งของประเทศไทย อาศัยระยะเวลายาวนานเกือบ 26 ปี ท้ายสุดมีการออกกฎหมายพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม 2562 วัดดูประสงค์กฎหมายฉบับนี้ คือ โดยที่เป็นการสมควรส่งเสริมให้ชุมชนได้ร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ฟื้นฟู จัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืนในรูปแบบของป่าชุมชน เพื่อให้ชุมชนสามารถจัดการป่าชุมชนและได้ประโยชน์จากป่าชุมชน อันจะส่งผลให้ชุมชนดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศให้มีความสมบูรณ์และยั่งยืน<sup>46</sup>

ผู้เขียนขอกล่าวถึงกรณีเกี่ยวกับพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 ในประเด็นปัญหาบางประการและพิจารณารายละเอียด และผลของการเกิดการละเมิดสิทธิชุมชนที่เกิดขึ้นหลังจากออกกฎหมายฉบับนี้ว่ามีเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่เพียงใด โดยเบื้องต้นสมควรทำความเข้าใจคำว่าป่าชุมชน ว่าคืออะไร ตัวอย่างบทนิยามที่ยกมากล่าวถึง คือ ฉลาดชาย รมิตานนท์ นิยามป่าชุมชน หมายถึง พื้นที่ป่าไม้ที่ได้รับการจัดการโดยกระบวนการมีส่วนร่วมจากประชาชน และองค์กรชุมชน ทั้งทางตรงและทางอ้อม ตามความเชื่อและวัฒนธรรมท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ที่สอดคล้องกับความต้องการของชุมชนอย่างต่อเนื่องและยั่งยืน เป็นป่าที่ประชาชนเข้าไปใช้สอยตามวิถีชีวิตของคนทุกคนในชุมชนนั้น ทั้งเรื่องการทำมาหากิน ระบบครอบครัวเครือญาติ ประเพณีความเชื่อ อำนาจและกฎระเบียบในชุมชน ป่าชุมชนจึงมีหลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับลักษณะภูมินิเวศ และวัฒนธรรม ประเพณีของชุมชนในท้องถิ่น หรือที่ที่ชุมชนได้ดำเนินการหรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายให้ดำเนินการร่วมกับพนักงานเจ้าหน้าที่ จัดการกิจการงานด้านป่าไม้อย่างต่อเนื่อง ภายใต้กฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ ข้อปฏิบัติและแผนงานที่เกี่ยวข้องซึ่งอาจสอดคล้องกับความเชื่อและวัฒนธรรมของชุมชน

---

<sup>46</sup>“พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 103.

ท้องถิ่นนั้นด้วย การจัดการ หรือดำเนินการดังกล่าว ก็เพื่อการอนุรักษ์ และให้ชุมชนได้ใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืน ทั้งนี้ “ป่าชุมชน” (Community Forestry) เป็นแบบแผนการใช้ทรัพยากรที่มีป่าเป็นศูนย์กลางของการผลิต และการดำรงชีวิตของชาวบ้านโดยมีพวกเขาเป็นเจ้าของ เป็นผู้จัดการ และได้รับประโยชน์<sup>47</sup>

เมื่อพิจารณาบทนิยามข้างต้นจะพบลักษณะของการจัดการพื้นที่ป่าชุมชน เน้นเรื่องของการมีส่วนร่วมระหว่างคนและชุมชน มีประเด็นความเชื่อมโยงของความเชื่อและวัฒนธรรมท้องถิ่นเพื่อประโยชน์ที่สอดคล้องกับความต้องการของชุมชนอย่างต่อเนื่องและยั่งยืน ซึ่งสอดคล้องเป็นอย่างดีกับแนวคิดของการจัดการทรัพยากรแบบการจัดการทรัพยากรร่วม (Common Property Resources) และการรับรองเรื่องสิทธิชุมชน ในส่วนที่กล่าวข้างต้นนี้คือ ความคิดของการเกิดขึ้นของป่าชุมชน ประเด็นถัดมาจากการศึกษาพบว่า รูปแบบของป่าชุมชน ป่าชุมชนสามารถจำแนกออกเป็น 2 แบบ คือ รูปแบบที่ 1 ป่าชุมชนดั้งเดิม คือ ป่าประชาชนได้รักษาไว้โดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน เช่น เพื่อใช้ในการประกอบพิธีกรรมตามประเพณี รูปแบบที่ 2 คือ ป่าที่เกิดจากการส่งเสริมให้สร้างป่าขึ้นสำหรับหมู่บ้านเพื่อเป็นแหล่งทรัพยากรที่ชาวบ้านพึ่งพาอาศัย เนื่องจากป่าไม้ที่มีแต่เดิมขาดแคลนโดยมีหลายรูปแบบ เช่น ป่าชุมชนเพื่อการใช้สอย เป็นป่าที่ได้รับการการสร้างขึ้นในที่ดินประเภทต่างๆ เป็นต้น

การพิจารณากฎหมายป่าชุมชนซึ่งออกมาบังคับใช้ในปี 2562 ข้อเท็จจริง คือ พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 ฉบับนี้ไม่ได้เกิดจากการเคลื่อนไหวของประชาชน เดิมทีในอดีตกฎหมายฉบับนี้ผ่านการริเริ่มโดยภาคประชาชนมาอย่างยาวนาน แต่กฎหมายป่าชุมชนซึ่งออกมาบังคับใช้ในปี 2562 นั้น เป็นความพยายามของฝั่งภาครัฐเร่งรัดออกกฎหมายนี้ออกมา ดังนั้นในช่วงภายหลังของการออกพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 จึงพบว่า กฎหมายฉบับนี้ค่อนข้างได้รับกระแสวิพากษ์วิจารณ์ค่อนข้างมาก โดยเฉพาะจากฝั่งของนักวิชาการฝ่ายที่อาจเรียกได้ว่าเป็นฝ่าย “กระแสชุมชนนิยม” ทั้งนี้ปรากฏความเห็นต่อพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 แบ่งออกได้เป็นสองฝ่าย คือ ฝ่ายแรก ฝ่ายเห็นด้วยกับการออกกฎหมายพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 เพราะเห็นว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้มีการรับรองเรื่องของการเปิดโอกาสให้ชุมชนเข้ามีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ ปันฟู จัดการ บำรุงรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพตามสิทธิรัฐธรรมนูญให้การรับรองเอาไว้บ้างแล้ว และฝ่ายที่สองฝ่ายไม่เห็นด้วยกับการออกกฎหมายพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 โดยผู้เขียนมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกับฝ่ายที่สองนี้ ทั้งนี้ ขอยกตัวอย่างความเห็นของ ฤกษ์ญา บุญชัย ได้ให้ความเห็นว่า

<sup>47</sup> ฉลาดชาย รมิตานนท์, “ป่าชุมชน,” นิตยสารสารคดี 78 (2535): 86 - 88.

กฎหมายฉบับนี้ สะท้อนถึงการไม่ยอมรับถึงสิทธิชุมชนที่อยู่ ชุมชนที่รัฐจะอนุญาตให้มีหน้าที่จัดการป่าร่วมกับรัฐได้ มีเพียงป่าชุมชนที่อยู่นอกป่าอนุรักษ์ และหากพื้นที่ป่าที่ชุมชนดูแลอยู่ถูกรุกรานเตรียมประกาศให้เป็นป่าอนุรักษ์ ทางเลือกเพียงทางเดียวที่จะมีได้ คือ ต้องรีบเข้ากรอบอุปถัมภ์จากกรมป่าไม้ในรูปป่าชุมชน แต่สำหรับชุมชนในเขตป่าอนุรักษ์ หากพื้นที่ป่าและชุมชนไม่ถูกกันออกจากเขตป่าอนุรักษ์ เป็นไปได้ยากจะมีสิทธิจัดการป่าตามวัฒนธรรมประเพณีของตนเองได้ กฎหมายฉบับนี้ไม่มีสิทธิชุมชนเป็นฐานจึงเหลือเพียงทางเลือกในการตกอยู่ภายใต้ระบบอุปถัมภ์ของกรมป่าไม้ หรืออำนาจที่เข้มงวดของกรมอุทยานฯ<sup>48</sup> และความเห็นของ ชัยพงษ์ สำเนียง ให้ความเห็นว่าพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 เป็นกฎหมายที่มีลักษณะที่เป็นอำนาจนิยมที่ราชการส่วนกลางและจะทำให้สิทธิชุมชนของคนในพื้นที่ถูกลดทอนลง<sup>49</sup>

ดังนั้น เพื่อเป็นการทำความเข้าใจและยกตัวอย่างประเด็นเรื่องการละเมิดสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร จึงขอยกตัวอย่างปัญหาในบทบัญญัติบางประการที่พบในพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 ดังต่อไปนี้

ประการแรก ในพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 มาตรา 4<sup>50</sup> โดยบทนิยามที่ขอยกตัวอย่าง ได้แก่ 1) บทนิยามคำว่า ป่าชุมชน หมายความว่า ป่านอกเขตป่าอนุรักษ์หรือพื้นที่อื่นของรัฐนอกเขตป่าอนุรักษ์ที่ได้รับอนุมัติให้จัดตั้งเป็นป่าชุมชน โดยชุมชนร่วมกับรัฐในการอนุรักษ์ ฟื้นฟู จัดการ บำรุงรักษา ตลอดจนใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพในป่าชุมชนอย่างสมดุลและยั่งยืนตามพระราชบัญญัตินี้แต่ปัญหาที่พบ คือ ป่าชุมชนจำนวนมากมีพื้นที่ทับซ้อนอยู่ในเขตอนุรักษ์ 2) คำว่า เขตป่าอนุรักษ์ หมายความว่า เขตอุทยานแห่งชาติตามกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าและเขตห้ามล่าสัตว์ป่าตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า หรือเขตพื้นที่อื่นใดที่มีคุณค่าทางธรรมชาติ หรือคุณค่าอื่นอันควรแก่การอนุรักษ์หรือรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ปัญหา คือ ปรากฏกรณีที่ชุมชนถูกรัฐประกาศเขตป่าอนุรักษ์ซ้อนทับเป็นจำนวนมาก แม้ชุมชนอาจจะมีความสามารถในการจัดการป่าที่ดีเยี่ยมเพียงใด แต่ก็ไม่มีนัยสำคัญในพื้นที่ป่าอนุรักษ์ชุมชนเหล่านั้น ซึ่งอยู่ในเขตป่าอนุรักษ์จึงถูกควบคุมเข้มงวดภายใต้ พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ.2562 และ

<sup>48</sup> กฤษฎา บุญชัย, 26 ปี พ.ร.บ.ป่าชุมชน บทสะท้อนความวุ่นของประชาธิปไตยไทย [Online], available URL: <https://thaipublica.org/2019/04/kritsada-boonchai-04/>, 2563 (พฤศจิกายน, 15).

<sup>49</sup> ชัยพงษ์ สำเนียง, กฎหมายที่แย่งไม่มีเสียดีกว่า: พ.ร.บ.ป่าชุมชน 2562 อำนาจของประชาชน หรือวาทกรรมอำพรางของรัฐ [Online], available URL: [https://prachatai.com/journal/2019/12/85449#\\_ftn2](https://prachatai.com/journal/2019/12/85449#_ftn2), 2563 (พฤศจิกายน, 15).

<sup>50</sup> “พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 72.

พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ.2562 3) การนิยามคำว่า สมาชิกป่าชุมชน บัญญัติว่า หมายความว่า สมาชิกของป่าชุมชนที่ได้จัดตั้งตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจะพบว่า เป็นการนิยามที่ไม่ยึดโยงกับชุมชนนัก และไม่สอดคล้องกับบริบทของท้องถิ่น ในอดีตชาวบ้านจะสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาบังคับใช้กันเองแทนที่จะเป็นกฎเกณฑ์ตายตัวที่มีลักษณะที่เคร่งครัดตามที่รัฐเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเรื่องของการเป็นสมาชิกป่าชุมชนเอาไว้

ประการที่สอง ประเด็นของหลักเกณฑ์ในเรื่องของการจัดตั้งป่าชุมชน ตามมาตรา 32 วรรค 5 กำหนดว่า หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขอจัดตั้งป่าชุมชนและการอนุมัติให้จัดตั้งป่าชุมชนให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการนโยบายกำหนด<sup>51</sup> ปัญหาที่พบ คือ หลักเกณฑ์ของการตั้งป่าชุมชนต้องขึ้นอยู่กับระบอบราชการอย่างเข้มข้นพิจารณาในองค์ประกอบของคณะกรรมการนโยบายประกอบไปด้วยสัดส่วนของข้าราชการระดับสูงจากส่วนกลางเป็นส่วนใหญ่ อีกทั้งเมื่อพิจารณาอัตราส่วนองค์ประกอบของคณะกรรมการต่างๆ ภายใต้พระราชบัญญัติพบว่า มีอัตราส่วนของภาครัฐมากกว่าภาคประชาชนอยู่เสมอ

ประการที่สาม ในพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 หมวด 2 หมวด 3 ปัญหาที่พบ คือ กำหนดให้อำนาจของรัฐส่วนกลางในการเป็นกรรมการป่าชุมชน เป็นการโอนอำนาจการจัดการตัดสินใจจากชาวบ้านผู้ดูแลป่าสู่รัฐราชการ

ประการที่สี่ หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 เรื่องการตั้งป่าชุมชน ปัญหาที่พบ คือ การกำหนดรายละเอียดที่จะมีลักษณะที่ผูกพันกับระบอบราชการค่อนข้างมาก และ มาตรา 50-53<sup>52</sup> และหมวด 6<sup>53</sup> ประเด็นการที่ชาวบ้านและชุมชนจะใช้ประโยชน์จากป่าชุมชน ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการป่าชุมชนประจำจังหวัด จะเห็นว่าป่าชุมชนที่เคยอยู่ในการแก้ไขและดูแลของชาวบ้านและภายในชุมชนเอง ประเด็นนี้จะถูกดึงไปอยู่ในการดูแลของรัฐส่วนกลาง ภายใต้กฎเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 กำหนด ซึ่งเมื่อพิจารณาจะพบว่า มีรายละเอียดที่ค่อนข้างซับซ้อน ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาก็จะผิดไปจากการเคลื่อนไหวที่เคยพยายามเสนอในร่างกฎหมายฉบับประชาชน (ร่างฯ กฎหมายป่าชุมชน ฉบับประชาชนปี 2536) ซึ่งเดิมทีภาคประชาชนที่ชาวบ้าน นักวิชาการ องค์กรพัฒนาเอกชนเคยร่วมกันในการรณรงค์สร้างป่าชุมชนที่มีมาแต่เดิม

<sup>51</sup>“พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 82.

<sup>52</sup>“พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 90.

<sup>53</sup>“พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 92.

ประการที่ห้า หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562 เรื่องการกำหนดควบคุมการใช้ประโยชน์ทรัพยากร ตัวอย่างคือ ปัญหาว่าหากเกิดกรณีไม้ในป่าชุมชนจำนวนมากถูกกำหนดให้เป็นไม้ทรงคุณค่าตามธรรมชาติ<sup>54</sup> ผลทางกฎหมาย คือ ชุมชนใช้ประโยชน์จากไม้เหล่านั้นไม่ได้เลย หากฝ่าฝืนจะมีโทษค่อนข้างรุนแรง เป็นโทษทางอาญาตามมาตรา 94<sup>55</sup> ดังนั้น การที่กำหนดห้ามชุมชนใช้ประโยชน์จากไม้ทรงคุณค่าที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ส่วนไม้อื่นๆ ที่ไม่ถูกนับว่าทรงคุณค่าก็ให้ใช้ตามความจำเป็นเพื่อใช้สอยในครัวเรือนหรือกิจการสาธารณะภายในชุมชน

โดยตามข้อเท็จจริงจากสถิติข้อมูลของกรมป่าไม้ปรากฏว่า ครอบคลุมและชุมชนในพื้นที่ป่าชุมชนซึ่งเป็นป่าสงวนแห่งชาติประมาณ 450,000 ครอบคลุมเนื้อที่ประมาณ 6.4 ล้านไร่ และมีครอบคลุมในพื้นที่อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า และเขตห้ามล่าสัตว์ ประมาณ 186,000 ครอบคลุมพื้นที่ประมาณ 2.2 ล้านไร่ ข้อมูลจากศูนย์วนศาสตร์ชุมชนเพื่อคนกับป่า (The Center for People and Forests: RECOFTC) ซึ่งเป็นองค์กรพัฒนาเอกชน ระบุว่าในปี 2557 ประเทศไทยมีป่าชุมชนประมาณ 10,000 แห่ง มีการขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานรัฐ 8,800 หมู่บ้าน แต่ปรากฏว่า มีการใช้ป่าชุมชนที่มากถึง 10,726 หมู่บ้าน ที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนป่าชุมชนเพราะอยู่ในพื้นที่ป่าอนุรักษ์<sup>56</sup> จากสถิติข้างต้นจะพบว่า ประชาชนและชุมชนมีการไปใช้ประโยชน์ในพื้นที่ป่าชุมชนจำนวนมาก ดังนั้นหากภาครัฐผู้มีอำนาจตีความตามพระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ.2562 อย่างเคร่งครัด โดยละเลยข้อเท็จจริงและบริบทแวดล้อมที่เกิดขึ้นในชุมชนอาจเกิดการที่สิทธิของบุคคลและชุมชนในการจัดการทรัพยากรถูกลดทอนลง ชาวบ้านในพื้นที่จะไม่สามารถดูแล และเป็นเจ้าของป่าชุมชนที่ตนและชุมชนที่ตนอาศัยดูแลมาตลอดเวลาได้อีกต่อไป เพราะเกิดกรณีของการที่ป่าชุมชนของชาวบ้านในชุมชนไปอยู่ในเขตป่าอนุรักษ์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และในกรณีที่ชาวบ้านอีกจำนวนมากที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนป่าชุมชน ย่อมไม่อาจจะอยู่ในพื้นที่และใช้ หรือจัดการทรัพยากรในป่าชุมชนได้อีก

---

<sup>54</sup> “พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 89.

<sup>55</sup> “พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562,” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก (29 พฤษภาคม 2562): 100.

<sup>56</sup> สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์, นโยบาย ‘ทวงคืนผืนป่า’ กับภาพสะท้อน ‘อำนาจนิยม’, [Online], available URL: <https://themomentum.co/reforestation-authoritarianism/>, 2563 (พฤศจิกายน, 15).

#### 4.2 การละเมิดสิทธิชุมชนโดยการดำเนินนโยบายของภาครัฐ ตัวอย่างกรณีนโยบายทางคื่นฝืนป่า

นโยบายทางคื่นฝืนป่าจากข้อเท็จจริงในการศึกษาพบว่า นโยบายทางคื่นฝืนป่านี้ได้ส่งผลกระทบต่อประชาชนและชุมชนเป็นจำนวนมาก ความเป็นมาของนโยบายทางคื่นฝืนป่านี้ มีที่มาจากหลังจากในช่วงภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ซึ่งได้ประกาศคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 64/2557 และคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 66/2557 เรื่องการปราบปรามการบุกรุกทำลายทรัพยากรป่าไม้ผลกระทบต่อตามมาพบว่า จากข้อมูลจากกรมป่าไม้ปี 2543 มีครอบครัวยุติในพื้นที่ยุติชุมชนซึ่งเป็นป่าสงวนแห่งชาติประมาณ 450,000 ราย บนพื้นที่ประมาณ 6.4 ล้านไร่ และมีครอบครัวยุติในพื้นที่ยุติอุทยาน เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามสัตว์ 186,000 ราย ในจำนวนของพื้นที่ราว 2.2 ล้านไร่ โดยจากข้อมูลปรากฏว่าประมาณ 2 ล้านคนที่อาจได้รับผลกระทบจากนโยบายทางคื่นฝืนป่า และจากข้อมูลจากคณะกรรมการประสานงานองค์กรพัฒนาเอกชน (กป.อพช.) ประเมินว่า ถ้ามีนโยบายทางคื่นฝืนป่าจะมีหมู่บ้านได้รับผลกระทบอย่างน้อย 9,000 หมู่บ้าน<sup>57</sup> ข้อมูลสถิติจำนวนคดีที่พบว่า เกิดขึ้นหลังการประกาศนโยบายพบว่า มีชาวบ้านถูกดำเนินคดีเกี่ยวกับนโยบายทางคื่นฝืนป่ากว่า 1,700 รายทั่วประเทศ ข้อมูลระบุถึงเหตุการณ์ที่มีชาวบ้านถูกดำเนินคดีทั้งหมด 34 ราย มีชาวบ้านถูกจำคุกทั้งหมด 7 ราย มีจำนวนของอีกหลายคดีต้องโทษเป็นคดีอาญา<sup>58</sup>

ตัวอย่างเหตุการณ์การละเมิดสิทธิชุมชนตามผลจากนโยบายทางคื่นฝืนป่า ปรากฏเหตุการณ์ของการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่เพื่อเข้าไป “ขอคืนพื้นที่” โดยฝ่ายภาครัฐได้เข้าปฏิบัติการนโยบายทางคื่นฝืนป่าจากเกษตรกรในหลายพื้นที่จำนวนมาก เช่น คดีสวนป่าห้วยน้ำหิน อ.น่านน้อย จ.น่าน มีชาวบ้านได้รับผลกระทบ จำนวน 298 ราย คดีบุกรุกอุทยานแห่งชาติไทรทอง จ.ชัยภูมิ จำนวน 14 ราย รวม 19 คดี โดนฟ้องบุกรุกพื้นที่อุทยานฯ ตั้งแต่ 1 ไร่-14 ไร่ บางรายโดนจำคุกแล้ว โดยผลการตัดสินของศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำคุกตั้งแต่ 5-17 เดือน และให้ชดเชยค่าเสียหายตั้งแต่ 40,000-190,000 บาท และผู้ที่บุกรุกพื้นที่ 46 ไร่ มีการตัดสินผลของคดีเป็นการให้จำคุก 4 ปี และกำหนดให้ชดเชยเป็นจำนวนเงินสูงถึง 900,000 บาท อีกทั้งข้อมูลจากกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและ

<sup>57</sup> ประเทศไทย, ตุลาคม 2554 นโยบายทางคื่นฝืนป่าของ คสช. ผ่านกฎหมายเดิมที่อำนาจนิยมซึ่งใช้ได้ตีใน ยุคเผด็จการ [Online], available URL: <https://prachatai.com/journal/2018/02/75535>, 2563 (สิงหาคม, 15).

<sup>58</sup> ภูมิษฐ์ พาลุสุข และอลงกรณ์ อรรถแสง, “ผลกระทบจากนโยบายทางคื่นฝืนป่าที่มีต่อชาวบ้านในภาคอีสาน : กรณีศึกษาในจังหวัดสกลนคร,” วารสารการบริหารปกครอง 8, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2562): 193.

และสิ่งแวดล้อมระบุว่า ตั้งแต่ดำเนินนโยบายทวงคืนผืนป่าในปี 2557 ถึงกันยายน ปี 2561 ได้ดำเนินคดีข้อหาบุกรุกป่าแล้ว 28,821 คดี ยึดคืนพื้นที่ป่าทั่วประเทศได้ 818,856 ไร่<sup>59</sup>

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า อัตราของการดำเนินคดีเกี่ยวเนื่องจากนโยบายทวงคืนผืนป่านี้ ทำให้อัตราของการฟ้องร้องชาวบ้านเป็นจำนวนคดีที่สูงมาก ประเด็นความขัดแย้งจากนโยบายการทวงคืนผืนป่านี้เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของการที่สิทธิชุมชนที่ได้รับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญไม่ได้รับการให้ความสำคัญในสายตาของภาครัฐเท่าที่ควร จากข้อเท็จจริงจากตัวเลขอัตราการฟ้องคดีชาวบ้านในพื้นที่และรายงานการรวมกลุ่มของชาวบ้านและชุมชนเพื่อประท้วงต่อแนวนโยบายทวงคืนผืนป่าทำให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง อย่างเช่น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ต้องทำหนังสือเสนอความเห็นถึงหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อแสดงความเห็นต่อปัญหาการละเมิดสิทธิชุมชน<sup>60</sup> ต่อมา มีการออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 9/2562 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม 2562 เรื่องการยกเลิกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติบางฉบับที่หมดความจำเป็นแต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 64/2557 และคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 66/2557 ได้ถูกยกเลิกแล้วก็ตาม แต่เรื่องการปฏิบัติต่างๆ ตามคำสั่งให้ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ตามข้อ 8 ของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 9/2562 ฉะนั้นแล้วในปฏิบัติการทวงคืนผืนป่ายังคงดำเนินการต่อไปตามแผนแม่บทป่าไม้ที่เป็นความร่วมมือของกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร (กอ.รมน.)

โดยผู้เขียนขอยกตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมเพิ่มเติม จากกรณีที่ชุมชนถูกละเมิดสิทธิชุมชน เช่น กรณีปัญหาอุทยานแห่งชาติไทรทอง อำเภอหนองบัวระเหว จังหวัดชัยภูมิ เป็นตัวอย่างหนึ่งของปัญหาที่เป็นรูปธรรมของประเด็นสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร ที่มาปรากฏชัดเจนขึ้นในช่วงของการกลับมาใช้นโยบายทวงคืนผืนป่า ในระยะเวลากว่า 28 ปี ของพื้นที่อุทยานแห่งชาติไทรทอง ชะตากรรมของประชาชนต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจของการบริหารจัดการที่ดินและทรัพยากรแบบอำนาจนิยม ปัญหาของชุมชนนี้เริ่มต้นเกิดขึ้นนับแต่ ในปี 2534-2535 สมัยของรัฐบาลคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) โครงการจัดสรรที่ดินทำกินให้กับราษฎรผู้ยากไร้ในเขตป่าสงวนแห่งชาติเสื่อมโทรม (คจก.) โดยรายละเอียดของโครงการนี้ เป็นโครงการของกองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐบาลชุดพลเอกชาติชาย ชุณหะวัณ ตั้งแต่เมื่อวันที่ 17 เมษายน 2533 แม้โครงการจะเกิดขึ้นแต่ปัญหาในทางปฏิบัติและทางความเป็นจริง คือ ปัญหาของ

<sup>59</sup> คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, เรื่องเดิม, หน้า 158.

<sup>60</sup> ชุติพร บุตรโคตร, ยุติการทวงคืนผืนป่า ปัญหาไถ่กลับใจ ชาวบ้านบุกรุกที่รัฐหรือรัฐทับที่ชาวบ้าน [Online], available URL: <https://www.tcijthai.com/news/2014/29/scoop/5043>, 2563 (สิงหาคม, 23).

การจัดการทรัพยากรของไทย ไม่ว่าจะเป็นทรัพยากรประเภทใดหากศึกษาจะพบปัญหาของความเหลื่อมล้ำของการเข้าถึงและปัญหาของการจัดสรรทรัพยากรเป็นอย่างมากในกรณีของอุทยานแห่งชาติไทรทองก็เช่นกันเมื่อเวลาผ่านไปรัฐส่วนกลางไม่สามารถบริหารจัดการจัดหาพื้นที่รองรับให้ประชาชนในพื้นที่ได้ จึงมีคำสั่งให้ประชาชนและชุมชนกลับมายังพื้นที่เดิม แต่ปัญหาคือ ในเวลาต่อมารัฐได้ประกาศพื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตอุทยานแห่งชาติด้วย ในช่วงหลังปี 2557 เป็นต้นมา เหตุการณ์ความขัดแย้งของหน่วยงานภาครัฐและชุมชนเกิดขึ้น มีการคุกคามสิทธิเมื่อรัฐบาลได้ดำเนินนโยบายทวงคืนผืนป่า เจ้าหน้าที่เข้าปฏิบัติการ “ขอคืนพื้นที่” จากเกษตรกรที่ทำการผลิต โดยการให้ลงนามในหนังสือยินยอมออกจากพื้นที่ ผลคือ ชาวบ้านในพื้นที่ของจังหวัดชัยภูมิได้รับผลกระทบจากการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติไทรทอง

โดยสรุปผลกระทบของนโยบายทวงคืนผืนป่า ในช่วงตลอดระยะเวลาที่มีการบังคับใช้นโยบายฯ ได้เกิดผลกระทบต่อเรื่องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากร กล่าวคือ เกิดการรอนสิทธิชุมชนลง สิทธิของบุคคลและชุมชนในการจัดการทรัพยากรถูกรบกวน ประชาชนจำนวนมากในหลายพื้นที่ชุมชนของประเทศไทย ที่อาศัยพื้นที่ป่าในการประกอบอาชีพทำกิน ถูกเพิกถอนสิทธิที่มีหรือเคยมีอยู่ ถูกจำกัดสิทธิในการทำประโยชน์ที่ดิน รวมทั้งเกิดการฟ้องดำเนินคดีกับประชาชนในพื้นที่

ในช่วงระยะเวลาที่ปฏิบัติการทวงคืนผืนป่ายังคงดำเนินต่อไปอยู่จนทำให้ท้ายสุดภาคฝ่ายเครือข่าย องค์กร ชุมชนได้ออกมาร่วมกันลงนามกว่า 83 องค์กร จากหลายภาคส่วนเพื่อเรียกร้องให้หยุดการปฏิบัติการตามนโยบายทวงคืนผืนป่า 83 องค์กรที่มีการออกแถลงการณ์เกิดขึ้นภายหลังเหตุการณ์ที่ศาลอุทธรณ์ได้ตัดสินจำคุก เรียกค่าเสียหาย 14 ชาวบ้านชัยภูมิ จ.ชัยภูมิ จากคดีทวงคืนผืนป่า โดยการออกแถลงการณ์เรียกร้องให้ยกเลิกนโยบายทวงคืนผืนป่า และทำการเร่งหาแผนเพื่อพิจารณารับรองแผนการจัดการที่ดินกรณีอุทยานแห่งชาติไทรทอง หาแนวทางเยียวยาผู้ถูกดำเนินคดี และเปิดโอกาสให้ชาวบ้านได้มีโอกาสต่อสู้ในชั้นศาลฎีกา<sup>61</sup>

## 5. บทสรุป

โดยสรุปผลของการที่เร่งตรากฎหมายออกมาหลายฉบับออกมาในช่วงปี 2562 ยังคงไม่อาจจะแก้ไขปัญหาของสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรได้จริง สิทธิชุมชนยังไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ ยังปรากฏเป็นคดีและข้อร้องเรียนเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิชุมชนเป็น

<sup>61</sup> ประชาไทย, 83 เครือข่ายภาคประชาสังคมแถลง “หยุดนโยบายทวงคืนผืนป่า คืนความเป็นธรรมให้คนจน” [Online], available URL: <https://prachatai.com/journal/2019/07/83365>, 2563 (สิงหาคม, 23).

จำนวนมากตามสถิติที่ได้ยกมาแล้วข้างต้น สิทธิชุมชนของบุคคลและชุมชนของคนในหลายพื้นที่ยังคงไม่ได้รับการยอมรับ รัฐส่วนกลางยังคงมีบทบาทหลักอยู่มากในการกำหนดกติกา นโยบายและโครงการต่างๆ กฎหมายของไทยยังคงแนวคิดลักษณะคงอำนาจตัดสินใจส่วนใหญ่ในการบริหารจัดการทรัพยากรไว้โดยภาครัฐ ยังคงแนวคิดกรรมสิทธิ์ของรัฐ (State Property) ไว้อย่างเหนียวแน่น ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิชุมชน และส่งเสริมการเกิดขึ้นของสิทธิชุมชนภายใต้การรับรองของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้สามารถเกิดขึ้นในทางความเป็นจริง ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.1 เพื่อเป็นการป้องกันการละเมิดสิทธิชุมชนอย่างแท้จริง ประเด็นที่เสนอคือ ความจำเป็นในการต้องแก้ไขปรับปรุงและเร่งดำเนินการปฏิรูปนโยบายและกฎหมาย ประเด็นการออกกฎหมาย โดยการที่จะแก้ปัญหาก็ให้เกิดความสมดุลและยั่งยืนในประเด็นเรื่องทรัพยากรธรรมชาติเป็นแนวทางแก้ไขในระยะเร่งด่วนและให้มีประสิทธิภาพจำเป็นอย่างยิ่งในการผลักดันให้เกิดนโยบายของภาครัฐ และการสร้างเครื่องมือรับรองสิทธิชุมชนให้มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมขึ้น โดยการออกกฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชนโดยตรง เช่น การผลักดันร่างพระราชบัญญัติสิทธิชุมชน พ.ศ. .... ที่เคยมีการผลักดันมาหลายครั้ง แต่ท้ายสุดก็ถูกลดการให้ความสำคัญลงจนไม่สามารถออกมาเป็นกฎหมายที่มีสภาพการใช้บังคับได้ โดยยึดหลักว่าภายใต้กฎหมายร่างกฎหมายว่าด้วยสิทธิชุมชนควรจะต้องมีความชัดเจนและมีลักษณะการกำหนดการใช้สิทธิเชิงรูปธรรมมากขึ้น เช่น เรื่องการกำหนดบทบาทนิยามให้ชัดเจน เช่น คำว่า “ชุมชน” และ “สิทธิชุมชน” เรื่องการแบ่งและการจำแนกประเภทของชุมชนให้ชัดเจน เรื่องการกำหนดสถานะของชุมชน ตลอดจนกำหนดเรื่องของการสร้างวิธีแก้ปัญหาคความขัดแย้งของการใช้สิทธิชุมชนหากเกิดการพิพาทกันระหว่างชุมชนหรือระหว่างชุมชนกับภาครัฐ เรื่องการกำหนดรายละเอียดของเรื่องกลไกการไกล่เกลี่ยและระงับข้อพิพาทไว้ให้เป็นแบบที่แน่นอนและเรื่องของการสร้างองค์กรประเภท องค์กรหรือสภาของชุมชน เพื่อเป็นองค์กรที่บริหารจัดการการใช้สิทธิชุมชนให้มีประสิทธิภาพ เป็นต้น ประเด็นเรื่องการปฏิรูปนโยบายของภาครัฐ โดยภาครัฐควรมีนโยบายที่ชัดเจนเรื่องการรองรับสิทธิชุมชน การพยายามผลักดัน การสร้างความรู้และความเข้าใจ สร้างทัศนคติที่ดีในการเคารพและผลักดันสิทธิชุมชน โดยเฉพาะผู้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรง เช่น กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หรือกรมต่างๆ ที่อยู่ภายใต้กระทรวง ตลอดจนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่จะเป็นผู้มีบทบาทหลักในการปฏิบัติตามนโยบายนี้

5.2 การมีส่วนร่วมในกระบวนการนโยบายสาธารณะและกฎหมาย ประเด็นการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อม ควรนำหลักเกณฑ์การจัดการร่วมตามแนวคิดของ Elinor Ostrom ตามมาเป็นต้นแบบของการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการใช้สิทธิชุมชนให้เกิดความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น เน้นให้ความสำคัญในการบริหารจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรโดยชุมชน เช่น เรื่องของการกำหนดขอบเขตผู้ใช้ ในเรื่องการใช้สิทธิชุมชนในการใช้ประโยชน์จาก

ทรัพยากร เป็นต้น เพิ่มเรื่องเปิดโอกาสให้ประชาชนและชุมชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมกับภาครัฐทั้งในระดับชาติและระดับท้องถิ่นอย่างแท้จริงไม่ใช่เพียงแค่การทำเพียงเป็นพิธี เพียงทำตามที่ได้รับรองในตัวบทกฎหมายแล้วละเลยการมีส่วนร่วมของประชาชนในแบบก่อนๆ ที่เคยทำมา เช่น แก้ปัญหาการกำหนดผู้มีส่วนได้เสียที่เข้าร่วมกระบวนการรับฟังไม่ครอบคลุม ปัญหาการแจ้งการประชุมแบบกระชั้นชิด เป็นต้น เหล่านี้คือปัญหาที่สมควรแก้ไข

โดยแนวทางแก้ไขที่ผู้เขียนนำเสนอ คือ การที่เพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนตั้งแต่การริเริ่มโครงการ จนถึงขั้นตอนตรวจสอบ เช่น ในขั้นตอนการริเริ่มโครงการ ควรจัดให้มีการมีส่วนร่วมในกระบวนการตัดสินใจด้านสิ่งแวดล้อมโดยให้ชุมชนและประชาชนเข้ามาในกระบวนการรับฟังความคิดเห็น การจัดเสวนาที่มีเป้าหมายให้ชุมชนและสมาชิกในชุมชนได้รับความรู้ เกิดการแลกเปลี่ยนข่าวสาร แลกเปลี่ยนความคิดเห็น เพื่อสร้างแนวทางนำไปสู่การมีกติกาและข้อตกลงร่วมกันของคนในชุมชน อีกทั้งควรเน้นประเด็นการเปิดเผยรายงานผลการดำเนินงานของภาครัฐเอง เพื่อประโยชน์ในการติดตามตรวจสอบให้ประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียสามารถตรวจสอบข้อมูลต่างๆ ภาครัฐควรเน้นเรื่องการเปิดเผยข้อมูลสู่สาธารณะ (Public Disclosure)

อีกประเด็น คือ อาจเริ่มผลักดันและการส่งเสริมประเด็นการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรซึ่งนับว่าเป็นรูปแบบของการเรียกร้องสิทธิชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้น เพื่อสนับสนุนให้ประชาชนผู้มีส่วนได้เสียเข้ามามีส่วนร่วมในการเฝ้าดูแล ระวัง ติดตามตรวจสอบผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ สร้างการมีส่วนร่วมของชุมชน และสร้างความเข้มแข็งให้กับการปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งท้ายสุดจะส่งผลสู่การสร้างความเข้มแข็งแก่สิทธิชุมชนในทางความเป็นจริง

5.3 ประเด็นเรื่องการพัฒนาและส่งเสริมความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนและชุมชน โดยเสนอให้มีการจัดทำเรื่องแผนยุทธศาสตร์ว่าด้วยสิทธิชุมชน ซึ่งกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับกรอบทิศทางการดำเนินงาน ตลอดจนความรับผิดชอบของหน่วยงานของภาครัฐ โดยมีเป้าหมายร่วมกัน คือ การทำให้ประชาชนและชุมชนสามารถมีสิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรอง แผนยุทธศาสตร์ว่าด้วยสิทธิชุมชน ควรมีลักษณะ คือ

1) การบูรณาการหน่วยงานภาครัฐในทุกระดับให้มีบทบาทและภารกิจความรับผิดชอบที่มีความชัดเจน เช่น การกำหนดให้หน่วยงานภาครัฐมีภารกิจในการตรวจสอบกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของตนว่ามีความสอดคล้องกับสิทธิชุมชนตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองหรือไม่ และทำการแก้ไขหากปรากฏความไม่สอดคล้อง เป็นต้น

2) การสร้างขีดความสามารถของชุมชนนับว่าเป็นประเด็นที่ควรได้รับความสำคัญ การเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ประชาชนและชุมชนในการสร้างความรู้ความเข้าใจและตระหนักรู้ใน

สิทธิชุมชน เพราะชุมชนที่มีความสามารถเท่านั้นที่จะสามารถสร้างข้อตกลง ออกกฎระเบียบ และบริหารจัดการทรัพยากรที่ดินได้อย่างมีประสิทธิภาพ จากการศึกษาพบว่า แนวความคิดเรื่องการบริหารจัดการทรัพยากรที่ยั่งยืน จะดำเนินควบคู่ไปกับแนวคิดในการพัฒนาคุณภาพของคนในชุมชนเสมอ กลไกต่างๆ จะขับเคลื่อนไปด้วยคุณภาพของคนในชุมชน ความเข้าใจในสิทธิชุมชนอย่างแท้จริงนี้เอง จะส่งเสริมให้สิทธิชุมชนให้เกิดขึ้นได้ในทางความเป็นจริง

### บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.
- กุลชา จรุงกิจอนันต์. อวสาน “องค์การอิสระด้านสิ่งแวดล้อม” มาตรา 67 วรรคสอง รธน.50\*\* [Online]. Available URL: <https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/643362>, 2563 (สิงหาคม, 29).
- กอบกุล ราชะนาคร. “พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน.” ใน การประชุมโครงการ การมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. เชียงใหม่: สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2549.
- กฤษฎา บุญชัย. 26 ปี พ.ร.บ.ป่าชุมชน บทสะท้อนความวากวนของประชาธิปไตยไทย [Online]. Available URL: <https://thaipublica.org/2019/04/kritsada-boonchai-04/>, 2563 (พฤศจิกายน, 15).
- คณิน บุญสุวรรณ. ปทานุกรมศัพท์รัฐสภาและการเมืองไทย. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์สุภาพใจ, 2548.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. แนวปฏิบัติเพื่อการจัดการร่วม ประเด็นสิทธิชุมชน. กรุงเทพมหานคร: บริษัท พรินเอบิ้ล จำกัด, 2563.
- ฉลาดชาย รมิตานนท์. “ป่าชุมชน.” นิตยสารสารคดี 78 (2535): 86 - 88.
- ชัยพงษ์ สำเนียง. กฎหมายที่ไม่มีเสียดีกว่า: พ.ร.บ.ป่าชุมชน 2562 อำนาจของประชาชน หรือวาทกรรมอำพรางของรัฐ [Online]. Available URL: [https://prachatai.com/journal/2019/12/85449#\\_ftn2](https://prachatai.com/journal/2019/12/85449#_ftn2), 2563 (พฤศจิกายน, 15).
- ชูลีพร บุตรโคตร. ยุติการทวงคืนผืนป่า ปัญหาไถ่กับไข ชาวบ้านบุกรุกที่รัฐหรือรัฐทับที่ชาวบ้าน [Online]. Available URL: <https://www.tcijthai.com/news/2014/29/scoop/5043>, 2563 (สิงหาคม, 23).
- เชาวนะ ไตรมาศ. “ศาลรัฐธรรมนูญกับการจัดระเบียบประโยชน์มหาชนในระบบนิติรัฐ.” วารสาร ศาลรัฐธรรมนูญ 6, 17 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2547): 131-133.
- นิตยา โพธิ์นอก. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์นโยบายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักวิจัยและพัฒนาสถาบันพระปกเกล้า.
- บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร. สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญไทย [Online]. Available URL: <https://so01.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/download/64598/52992/>, 2563 (สิงหาคม, 23).

ปวริศร เลิศธรรมเทวี. สิทธิด้านสิ่งแวดล้อมกับรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2559.

ประชาไทย. ตลาการธิปไตย#4 นโยบายทวงคืนผืนป่าของ คสช. ผ่านกฎหมายเดิมที่อำนาจนิยมซึ่งใช้ได้  
ดีในยุคเผด็จการ [Online]. Available URL: <https://prachatai.com/journal/2018/02/75535>,  
2563 (สิงหาคม, 15).

\_\_\_\_\_. 83 เครือข่ายภาคประชาสังคมแถลง “หยุดนโยบายทวงคืนผืนป่า คืนความเป็นธรรมให้  
คนจน” [Online]. Available URL: <https://prachatai.com/journal/2019/07/83365>,  
2563 (สิงหาคม, 23).

พงษ์สวัสดิ์ อักษรสวาสดี. “สิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการอนุรักษ์และการจัดการ  
ทรัพยากรธรรมชาติ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.  
“พระราชบัญญัติป่าชุมชน พ.ศ. 2562.” ราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 136 ตอนที่ 71 ก  
(29 พฤษภาคม 2562).

ภูมิรินทร์ พาลุสุข และอลงกรณ์ อรรคแสง. “ผลกระทบจากนโยบายทวงคืนผืนป่าที่มีต่อชาวบ้านใน  
ภาคอีสาน : กรณีศึกษาในจังหวัดสกลนคร.” วารสารการบริหารปกครอง 8, 2 (กรกฎาคม  
– ธันวาคม 2562): 193.

ภาคภูมิ ศิลารัตน์. ปัญหาการรับรองและคุ้มครองสิทธิชุมชน. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาล  
รัฐธรรมนูญ, ม.ป.ป.

ภาสพงษ์ เรณูมาศ. “สถิติคำวินิจฉัยของตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญ (ตั้งแต่อดีต-พ.ศ.  
2556).” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ 15, 43 (มกราคม-เมษายน 2556): 52.

มูลนิธิธรรมสิ่งแวดล้อม. คดีมาตาฟุด ฟ้องให้โรงงานปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญมาตรา 67 [Online]. Available  
URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/039.pdf>, (กันยายน, 15).

\_\_\_\_\_. คดีสิทธิชุมชนบ้านแม่อมกิ [Online]. Available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/052.pdf>, (พฤศจิกายน, 13).

\_\_\_\_\_. คดีหมายเลขแดงที่ 5818/2549 [Online]. Available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wp-content/uploads/048.pdf>, (กันยายน, 13).

\_\_\_\_\_. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2552 [Online]. Available URL: <https://enlawfoundation.org/newweb/wpcontent/uploads/087.pdf>, 2563 (กันยายน, 13).

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

- วัชรารณณ์ จุ้ยลำเพ็ญ. “หน้าที่ของรัฐ” แนวคิดตามร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ [Online]. Available URL: [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parcy\\_train/ewt\\_dl\\_link.php?nid=31523, 2563](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parcy_train/ewt_dl_link.php?nid=31523, 2563) (พฤศจิกายน, 13).
- ศศิภา พฤษญาจันทร์. “สำนักกฎหมายบ้านเมืองสมัยใหม่: ข้อความคิดว่าด้วยกฎหมายในทฤษฎีของ Hans Kelsen และ H.L.A. Hart และข้อวิจารณ์.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- สงกรานต์ ป่องบุญจันทร์. นโยบาย ‘ทวงคืนผืนป่า’ กับภาพสะท้อน ‘อำนาจนิยม’ [Online]. Available URL: <https://themomentum.co/reforestation-authoritarianism/>, 2563 (พฤศจิกายน, 15).
- เสนห์ จามริก. สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. หลักการใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 2560 [Online]. Available URL: [https://www.ubu.acth/web/files\\_up/00032f2019072617120912.ppt](https://www.ubu.acth/web/files_up/00032f2019072617120912.ppt), 2563 (พฤศจิกายน, 13).
- สิริพิชญ์ชนก คุณประเสริฐ. “การวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของโครงการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ (Environmental and Health Impact Assessment: EHIA).” *Academic Focus* (ตุลาคม 2561): 1-2.
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สำนักประชาสัมพันธ์, 2555.
- หยุด แสงอุทัย. ความรู้ เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- อรรถัย อินต๊ะไชยวงศ์. “สิทธิชุมชน ในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จาก ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม.” *วารสารนิติศาสตร์และสังคมท้องถิ่น* 1, 1 (มกราคม-มิถุนายน 2560): 178-179.
- Ostrom, Elinor and Charlotte Hess. *Private and Common Property Rights*. Bloomington: Indiana University, 2007.

การประเมินผลสัมฤทธิ์ของ  
พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546  
ศึกษากรณีความผิดทางอาญา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นพดล ปกรณ์นิมิตดี



การประเมินผลสัมฤทธิ์ของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546  
ศึกษากรณีความผิดทางอาญา

*Ex post* Evaluation of Regulation of the Private Institution of  
Higher Education Act B.E. 2546 (2003): Study in the Criminal Case

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นพดล ปกรณ์นิมิตดี\*

Assistant Professor Noppadon Pakonnimiddee

บทคัดย่อ

ด้วยพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ในส่วนบทบัญญัติหมวด 9 บทกำหนดโทษทางอาญา มีจำนวนมากถึง 19 มาตรา จึงสมควรที่จะได้มีการศึกษาถึงความเหมาะสมของอัตราโทษจำคุก และปรับ ซึ่งอัตราโทษปรับ บางมาตรามีการกำหนดไว้สูงที่สุดถึงหนึ่งล้านบาท โดยการศึกษาข้อมูลผลสัมฤทธิ์การบังคับใช้โทษทางอาญา ตามหมวด 9 นี้จะเป็นการศึกษาข้อมูลจากที่ได้มีการเผยแพร่ต่อสาธารณะแล้ว สรุปผลการศึกษาพบว่า โทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 จะจำแนกได้เป็น 3 ประเภท คือ โทษทางอาญาที่ไม่เคยได้ใช้บังคับเลย โทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสม และโทษทางอาญาที่มีการกำหนดอัตราโทษที่สูงมากเกินไป

**คำสำคัญ:** ผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายโทษทางอาญา, สถาบันอุดมศึกษาเอกชน

---

\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเอเชียอาคเนย์; น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.บ.ท.สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตไทย. E-mail: noppadonp@sau.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Southeast Asia University; LL.B. Chulalongkorn University; LL.M. in Business law, Chulalongkorn University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage.

วันที่รับบทความ (received) 5 ธันวาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 2 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 กุมภาพันธ์ 2564.

### Abstract

This study investigates the provisions of the 19 sections of Chapter 9 Criminal Penalties of the Private Institution of Higher Education Act B.E. 2546 (2003) from the perspective of assessing the suitability of increasing the length of the terms of imprisonment and raising some of the specified financial penalties from their current levels up to one million baht. The publication of this study of the *ex poste* valuation of regulation of criminal penalties under Chapter 9 will contribute to the transparency and accountability of the provisions to the public. The study concludes that criminal penalties can be classified into three categories: criminal penalties that have never been applied; criminal penalties that are inconsistent with reality; and criminal penalties that are considered excessive.

**Keywords:** *Ex post* evaluation of regulation, criminal penalties, Private Higher Education Institution

## 1. บทนำ

ด้วยพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อ 30 ตุลาคม พ.ศ.2546 นับเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ก็เป็นเวลาเกือบ 17 ปี (ณ วันที่เขียนบทความ) และด้วยบทบัญญัติตามพระราชกฤษฎีกา การทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย พ.ศ.2558 ทำให้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 อันเป็นหนึ่งในกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานกระทรวงศึกษาธิการ ซึ่งตามกำหนดเวลาเดิมที่จะต้องมีการทบทวนกฎหมาย คือ ปี พ.ศ.2563 ตามข้อมูลที่ปรากฏในรายงานประจำปี พ.ศ.2559 ของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา<sup>1</sup> แต่เนื่องจากในปี พ.ศ.2562 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่ 19) พ.ศ.2562 ทำให้มีกระทรวงอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม กระทรวงศึกษาธิการไม่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการอุดมศึกษาอีกต่อไป กำหนดเวลาทบทวนดังกล่าวได้ถูกยกเลิก และได้แปรเปลี่ยนเป็นการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ซึ่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 อยู่ในส่วนของกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ก่อน 27 พฤศจิกายน 2562 ซึ่งจะต้องมีการประเมินผลสัมฤทธิ์ไม่ช้ากว่า 5 ปีนับจากวันที่ 1 มกราคม 2563 โดยประเด็นที่ควรมีการทบทวนหรือประเมินผลสัมฤทธิ์ คือ ในส่วนหมวด 9 บทกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งมีจำนวนมากถึง 19 มาตรา ที่กำหนดบทลงโทษทางอาญาในสองสถาน คือ โทษจำคุก และหรือปรับ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งโทษจำคุก มีการบังคับใช้โทษดังกล่าวโดยศาลยุติธรรม ในห้วงเวลาที่ผ่านมา มากหรือน้อยเพียงใด หรือแทบไม่มีเลย คือคำถามว่าถึงเวลาที่จะควรทบทวนบทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ทั้งหมดหรือไม่ คือ ประเด็นคำถามของการศึกษา

## 2. การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย

การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายมีจุดเริ่มต้นจากกฎหมายสูงสุดของประเทศ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 อันบัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ได้โดยสะดวกและ

---

<sup>1</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานประจำปี พ.ศ.2559 (กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย 2560), หน้า 98.

สามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง” การจะยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ไม่จำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ได้นั้น จำเป็นจะต้องมีกระบวนการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย โดยหลังจากเมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐจะต้องจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนดโดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป (มาตรา 77 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560) ประเด็นข้อกฎหมายที่จะสอดคล้องกับการศึกษาในบทความนี้ก็คือ มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตอนท้าย ได้กำหนดให้รัฐพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง คำถามก็คือ 19 มาตราในหมวด 9 ของบทลงโทษทางอาญา ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 คือ ความผิดร้ายแรงจริงหรือไม่ โดยพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 ได้บัญญัติคำว่า “การประเมินผลสัมฤทธิ์” หมายความว่า การประเมินผลสัมฤทธิ์ที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎว่าได้ผลตรงตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายนั้นมากน้อยเพียงใด คำนึงค่ากับภาระที่เกิดขึ้นแก่รัฐและประชาชนหรือไม่ หรือมีผลกระทบอื่นอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือไม่เพียงใด

การประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย คือ การที่หน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมายจะต้องประเมินว่า กฎหมายที่ตนรับผิดชอบในการบังคับใช้นั้น หมดความจำเป็น ล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมหรือไม่ โดยหากประเมินแล้วพบว่า กฎหมายฉบับนั้นยังมีความจำเป็น ไม่ล้าสมัย หน่วยงานจะต้องมีการประเมินต่อไปว่า มาตราการในกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันบรรลุวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายหรือไม่ หรือเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน หรือมีผลกระทบอื่นอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือไม่ ซึ่งหากพบว่ากฎหมายที่ตนรับผิดชอบในการบังคับใช้นั้น หมดความจำเป็น ล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมเป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน มีผลกระทบอื่นอันก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนหรือการบังคับใช้กฎหมายไม่เกิดผลตามวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายแล้ว หน่วยงานก็ต้องดำเนินการเพื่อให้มีการยกเลิกปรับปรุง หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือกระบวนการบังคับใช้กฎหมายนั้นต่อไป<sup>2</sup> ในมุมมองของการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย ในประเด็นเรื่องบทลงโทษทางอาญา ควรพิจารณาศึกษาสาเหตุของการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย ซึ่งจะมียู่ด้วยกัน 3 ประการ กล่าวคือ

<sup>2</sup>สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 [Online], available URL: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/2.1.2.pdf>, 2563 (ธันวาคม, 19).

1) ปัญหากฎหมายเฟ้อ (Regulatory Inflation) ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้และเพิ่มต้นทุนในการบังคับการตามกฎหมาย (Administrative Cost) นอกจากนั้น ยังทำให้ประชาชนถูกจำกัดหรือลิดรอนสิทธิเสรีภาพมีภาระตามกฎหมายที่ไม่จำเป็น และเข้าถึงกฎหมายได้ยาก

2) เพื่อให้มีกฎหมายที่ดี ซึ่งสอดคล้องกับความต้องการที่แท้จริงของสังคมไม่เป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพหรือสร้างภาระแก่ประชาชนมากเกินไปจนเกินไป มีความชัดเจน และเข้าใจง่าย

3) เกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย เนื่องจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ไม่ทันต่อเหตุการณ์ ไม่มีความสอดคล้องกับความต้องการของสังคม กลไกตามกฎหมายไม่เหมาะสม รวมทั้งรูปแบบและถ้อยคำสำนวนของกฎหมายไม่ชัดเจน<sup>3</sup>

## 2.1 เป้าหมายของการประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมาย

การประเมินผลสัมฤทธิ์นั้น พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 มาตรา 30 กำหนดให้ดำเนินการประเมินผลที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายและกฎที่ออกตามกฎหมายนั้นในคราวเดียวกัน เพื่อให้บรรลุเป้าหมายดังต่อไปนี้

1) การมีกฎหมายเพียงพอเท่าที่จำเป็น โดยยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น ล้าสมัย หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพเพื่อไม่ให้เป็นการกีดกันประชาชน

2) การพัฒนากฎหมายให้สอดคล้องกับหลักสากลและพันธกรณีระหว่างประเทศ

3) การลดความซ้ำซ้อนและขัดแย้งกันของกฎหมาย

4) การลดความเหลื่อมล้ำและสร้างความเป็นธรรมในสังคม

5) การเพิ่มความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

## 2.2 หลักเกณฑ์ทั่วไปการกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายที่มีโทษทางอาญา

คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ตามกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ออกคำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาไว้ในกฎหมาย โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 โดยมีสาระสำคัญที่สรุปความดังนี้

---

<sup>3</sup>ทวีศ ศรีเกตุ, การทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย [Online], available URL: [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1736,2563](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1736,2563) (ธันวาคม, 19).

ข้อ 1 การกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรงนั้นเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้างหน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมาย หากเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิ่งต่อไปนี้ อาจกำหนดเป็นโทษอาญาได้

(1) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ได้แก่ การกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่มั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองการปกครอง หรือเป็นการกระทำที่อาจทำให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประเทศหรือประชาชน อาจกำหนดเป็นความผิดอาญาได้ตามความร้ายแรงของการกระทำนั้นๆ

(2) เป็นการกระทำที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (Public Order) หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง (Good Morals) หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง ซึ่งต้องคำนึงถึงสภาพสังคมและเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้ ในการพิจารณาหลักเกณฑ์ตาม (1) และ (2) หน่วยงานของรัฐต้องตระหนักว่าเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นพลวัตจึงต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับยุคสมัย สภาพสังคม เศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง วัฒนธรรม และประเพณีที่เปลี่ยนแปลงไป รวมตลอดถึงความก้าวหน้าของเทคโนโลยี และปัจจัยอื่นๆ

ข้อ 2 เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผลและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำให้ประชาชนปฏิบัติตามกฎหมายได้

ข้อ 3 ความผิดที่บัญญัติไว้แล้วในประมวลกฎหมายอาญา ภาควิชาความผิด หากบทบัญญัติความผิดที่มีโทษอาญาในพระราชบัญญัติใดมีองค์ประกอบความผิดเหมือนหรือคล้ายคลึงกับความผิดที่กำหนดในภาควิชาความผิดของประมวลกฎหมายอาญา มิให้กำหนดโทษอาญาในร่างกฎหมายนั้น เว้นแต่จะมีเหตุผลความจำเป็นพิเศษว่าเป็นกฎหมายเฉพาะจำเป็นต้องมีโทษสูงกว่าหรือมีโทษอุปรณ์ ข้อสังเกตของผู้เขียน ความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 หากจะพิจารณาศึกษาหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมาย ประเด็นเรื่องการกระทำที่เป็นความผิดร้ายแรง อันเป็นการกระทำที่กระทบต่อความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของประชาชน หรือกระทบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือมีผลกระทบต่อส่วนรวมในวงกว้าง น่าจะมีทั้งส่วนที่เข้าลักษณะตามข้อ 1 และไม่เข้าลักษณะข้อ 1 แตกต่างกันตามฐานความผิดในหมวดลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ตัวอย่างการกระทำความผิดอาญาที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยอย่างร้ายแรง เช่น กรณีที่เป็นการกระทำความผิดต่อความมั่นคง โดยกฎหมายได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่น มาตรา 75 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ที่บัญญัติว่า มาตรา 75 ห้ามมิให้

สถาบันอุดมศึกษาเอกชนรับเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคลใด ซึ่งการรับนั้นอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศหรือขัดต่อวัฒนธรรมของชาติ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>4</sup>

## 2.3 หลักการแบ่งแยกความผิดอาญา

### 1) หลักการแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของกฎหมาย<sup>5</sup>

ความผิดอาญานั้น อาจกล่าวโดยย่อได้ว่าหมายถึง การกระทำที่ฝ่าฝืน ต่อกฎหมายอาญา<sup>6</sup> ความผิดอาญาในแง่ของกฎหมายจึงแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ คือ ความผิดในตัวเอง (*mala in se*) และความผิดตามที่มีกฎหมายกำหนด (*mala prohibita*) จากการวิเคราะห์พบว่า ความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 มีลักษณะเป็นความผิดตามที่กฎหมายกำหนด

### 2) หลักการแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของผู้กระทำ<sup>7</sup>

การแบ่งแยกความผิดอาญาในแง่ของผู้กระทำแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดทั่วไป หมายถึง ความผิดที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำความผิดได้ สังเกตได้จากบทบัญญัติความผิดจะเริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใด” เช่น มาตรา 288 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2) ความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ หมายถึง ความผิดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าผู้กระทำจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษ เช่น มาตรา 147 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เริ่มต้นด้วยคำว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน” หรือมาตรา 301 ใช้คำว่า “หญิงใด”

จากการวิเคราะห์ข้อมูลดังกล่าวพบว่า ความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 สามารถแบ่งแยกความผิด โดยพิจารณาจากมุมผู้กระทำผิด ได้ทั้งสองลักษณะที่กล่าวข้างต้น กล่าวคือ มีความผิดที่บุคคลทั่วไปเป็นผู้กระทำความผิดได้ คือ มาตรา 104 109 110 113 114 119 120 และ 121 ส่วนความผิดที่กำหนดคุณสมบัติพิเศษของบุคคล

---

<sup>4</sup> คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, รายงานผลการดำเนินการของคณะอนุกรรมการศึกษาและยกร่างกฎหมายเพื่อปรับปรุงกฎหมาย ที่กำหนดความผิดทางอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือเปรียบเทียบได้ [Online], available URL:<https://www.lawreform.go.th/index.php/post/686,2563> (ธันวาคม, 20).

<sup>5</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 (กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2549), หน้า 75.

<sup>6</sup> ณัฐวัฒน์ สุทธิโยธิน, ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัย-ธรรมาธิราช, 2557), หน้า 15.

<sup>7</sup> เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เรื่องเดิม, หน้า 80.

ผู้กระทำความผิด อาจแบ่งออกเป็นบุคคลธรรมดาที่มีตำแหน่งในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เช่น ผู้รับใบอนุญาต กรรมการสภาสถาบัน อธิการบดี คณาจารย์ หรือเจ้าหน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน กับนิติบุคคล ซึ่งก็คือ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน เช่น มาตรา 105 สถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดไม่ปฏิบัติตาม มาตรา 14 วรรคหนึ่ง ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ เป็นต้น

### 3. บทวิเคราะห์บทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546

พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 หมวด 9 คือ บทกำหนดโทษ อันหมายถึง โทษทางอาญาตามความแห่งมาตรา 18 ประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า โทษสำหรับลงแก่ ผู้กระทำความผิดมีดังนี้ 1. ประหารชีวิต 2. จำคุก 3. กักขัง 4. ปรับ 5. ริบทรัพย์สิน จากการสำรวจ ตัวบทตั้งแต่มาตรา 104 ถึงมาตรา 122 จะปรากฏการใช้โทษทางอาญาเพียง โทษจำคุก กับ โทษปรับ เท่านั้น

การจำแนกอัตราโทษจำคุก และปรับ ตามหมวด 9 บทกำหนดโทษ ผู้เขียนได้จัดทำตาราง จำแนกตามฐานความผิด พร้อมเปรียบเทียบอัตราโทษจำคุก และปรับ ดังรายละเอียดตามตาราง ต่อไปนี้

| รายละเอียด                                                                                                                                | มาตรา | โทษปรับ             | โทษจำคุก        | ปรับ<br>ตาม<br>มาตรา |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|---------------------|-----------------|----------------------|
| การจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี                                                                              | 10    | ไม่เกิน 500,000 บาท | ไม่เกิน 1 ปี    | 104                  |
| การเปลี่ยนชื่อหรือเปลี่ยนประเภท สถาบันอุดมศึกษาเอกชน ต้องได้รับ อนุญาตเป็นหนังสือจากรัฐมนตรี                                              | 14    | ไม่เกิน 300,000 บาท | ไม่เกิน 6 เดือน | 105                  |
| การแก้ไขข้อกำหนดของสถาบัน- อุดมศึกษาเอกชนตามวรรคสอง ต้องได้รับความเห็นชอบจาก คณะกรรมการ เว้นแต่ (8) (9) (10) (11) (12) (13) (14) และ (15) | 11    | ไม่เกิน 100,000 บาท |                 | 106                  |

|                                                                                                                                                                                                                                                                              |    |                                                                         |                 |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----|
| สถาบันอุดมศึกษาเอกชนฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงการจัดการศึกษานอกที่ตั้งของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน                                                                                                                                                                          | 20 | ไม่เกิน 300,000 บาท                                                     | ไม่เกิน 6 เดือน | 107 |
| สถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดไม่ปฏิบัติตาม                                                                                                                                                                                                                                          |    | ไม่เกิน 100,000 บาท                                                     |                 | 108 |
| ก) ใช้ชื่อสถาบันอุดมศึกษาเอกชนเป็นอักษรต่างประเทศ โดยมีได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี                                                                                                                                                                                               | 21 |                                                                         |                 |     |
| ข) กฎกระทรวงการคุ้มครองการทำงาน และผลประโยชน์ตอบแทนของผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน                                                                                                                                                                                    | 23 |                                                                         |                 |     |
| ค) รายได้จากการบริจาคเงินเกินกว่าจำนวนที่คณะกรรมการกำหนด                                                                                                                                                                                                                     | 63 |                                                                         |                 |     |
| ห้ามมิให้ผู้ใดซึ่งมิใช่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนตามพระราชบัญญัตินี้ ใช้คำว่า “มหาวิทยาลัย” “สถาบัน” หรือ “วิทยาลัย” หรือคำในภาษาต่างประเทศที่มีความหมายอย่างเดียวกันประกอบชื่อ ในดวงตรา ป้ายชื่อ ข้อบังคับ ระเบียบ จดหมาย เอกสาร หรือสื่ออย่างอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการ | 22 | ปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท และปรับอีกวันละห้าพันบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืน |                 | 109 |
| ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการ คณะกรรมการอื่น หรือคณะอนุกรรมการ ที่เรียกบุคคลใดๆ มาให้ถ้อยคำหรือแจ้งให้บุคคลใดๆ ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่จำเป็น                                                                                                                         | 27 | ปรับไม่เกิน 10,000 บาท                                                  |                 | 110 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                        |                         |  |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|-------------------------|--|-----|
| ผู้ได้รับตำแหน่งอธิการบดี หรือรองอธิการบดี หรือคณาจารย์ประจำ หรือผู้ช่วยอาจารย์ โดยที่รู้ถือว่าตนขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | 39<br>วรรคสอง<br>41, 46,<br>53<br>วรรคสอง              | ปรับไม่เกิน 50,000 บาท  |  | 111 |
| อธิการบดีผู้ใดไม่ปฏิบัติตามดังนี้<br>ก) จัดทำทะเบียนคณาจารย์ประจำ ผู้ช่วยอาจารย์ เจ้าหน้าที่ และนักศึกษา<br>ข) จัดทำรายงานประจำปี งบการเงินประจำปี และรายงานอื่นๆ ตามหลักเกณฑ์<br>ค) แต่งตั้งผู้ใดให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการในสถาบันอุดมศึกษา เอกชนตามมาตรา 45 (2) (3) และ (4) โดยแจ้งให้สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันแต่งตั้ง<br>ง) เป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำ งบการเงินประจำปีให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบส่งงบการเงินพร้อม รายงานการสอบบัญชีไปยังสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ภายในกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันสิ้นรอบระยะเวลาบัญชี<br>จ) กรณีที่สถาบันอุดมศึกษา เอกชนต้องหยุดสอนติดต่อกันเกินกว่าสามวันนอกจากการหยุดตามปกติ อธิการบดีต้องแจ้งเป็นหนังสือให้สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมทราบภายในสามวัน | 43 (6)<br><br>43 (9)<br><br>51<br><br><br>67<br><br>76 | ปรับไม่เกิน 100,000 บาท |  | 112 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |               |                           |  |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------|---------------------------|--|-----|
| นับแต่วันหยุดสอน<br>ฉ) ในกรณีที่คณาจารย์ประจำใน<br>สถาบันอุดมศึกษาเอกชนผู้ได้พ้น<br>สภาพจากการเป็นคณาจารย์ประจำ<br>ให้อธิการบดีแจ้งให้สำนักงาน<br>ปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา<br>วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม*<br>ทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่<br>คณาจารย์ประจำผู้นั้นพ้นสภาพ                       | 77            |                           |  |     |
| ข) ในกรณีที่ปรากฏว่าอาคาร<br>สถานที่หรือบริเวณที่ตั้งของ<br>สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีสภาพขัด<br>ต่อสุขลักษณะหรือนามย ไม่มั่นคง<br>หรือมีเหตุอื่นอันอาจเป็นภัยอันตราย<br>แก่นักศึกษา และรัฐมนตรีได้มี<br>อำนาจสั่งเป็นหนังสือให้อธิการบดี<br>ดำเนินการแก้ไขปรับปรุงให้เสร็จ<br>ภายในกำหนดเวลาอันสมควร | 78            |                           |  |     |
| บุคคลใดจะเป็นคณาจารย์ประจำใน<br>สถาบันอุดมศึกษาเอกชนเกินหนึ่ง<br>แห่งไม่ได้                                                                                                                                                                                                                       | 52            | ปรับไม่เกิน 50,000 บาท    |  | 113 |
| ผู้ใดไม่อำนวยความสะดวกตาม<br>สมควรแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ ที่เข้า<br>ไปในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนหรือ<br>สถานที่ใดซึ่งมีหลักฐานว่าได้มีการ<br>จัดการศึกษาระดับปริญญาโดยไม่ได้อ<br>รับอนุญาต                                                                                                             | 71<br>วรรคสอง | ปรับไม่เกิน 10,000 บาท    |  | 114 |
| สถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดไม่<br>ปฏิบัติตามดังนี้<br>ก) การกระทำดังต่อไปนี้<br>สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องได้รับ<br>ความเห็นชอบจากคณะกรรมการ<br>(1) การรับความช่วยเหลือ<br>ทางการเงิน อุปกรณ์การศึกษา หรือ<br>ประโยชน์อื่นใดจากบุคคลใดเป็น                                                               | 74            | ปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท |  | 115 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |                         |                 |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-------------------------|-----------------|-----|
| <p>จำนวนเงินหรือมูลค่าเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด</p> <p>(2) การกู้เงินครั้งเดียวหรือหลายครั้งรวมกันเกินร้อยละสิบห้าของมูลค่าของทรัพย์สินที่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีอยู่ขณะนั้น ทั้งนี้ หนี้สินสะสมต้องไม่เกินมูลค่าแห่งทรัพย์สิน</p> <p>(3) การเช่าทรัพย์สินที่มีค่าเช่าเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด</p> <p>(4) การซื้อ การเช่าซื้อ หรือการจำหน่ายทรัพย์สินที่มีมูลค่าเกินกว่าที่คณะกรรมการกำหนด</p> <p>(5) การก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ที่ดินและสิ่งก่อสร้างตามที่คณะกรรมการกำหนด</p> <p>ข) ห้ามรับเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดจากบุคคลใด ซึ่งการรับนั้นอาจเป็นภัยต่อความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศหรือขัดต่อวัฒนธรรมของชาติ หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน</p> | 75 |                         |                 |     |
| <p>ห้ามมิให้ผู้รับใบอนุญาต กรรมการ สถานสถาบัน อธิการบดี คณาจารย์ หรือเจ้าหน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนใช้หรือยอมให้ผู้อื่นใช้</p> <p>(1) ชื่อ ตรา สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน</p> <p>(2) สถานที่เพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการอันไม่ควรแก่กิจการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 79 | ปรับไม่เกิน 300,000 บาท | ไม่เกิน 6 เดือน | 116 |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |        |                                                                        |                 |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|------------------------------------------------------------------------|-----------------|-----|
| เมื่อรัฐมนตรีมีคำสั่งควบคุมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดแล้วห้ามมิให้อธิการบดี คณาจารย์ประจำ และเจ้าหน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนปฏิบัติหน้าที่ในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนนั้นต่อไป เว้นแต่คณะกรรมการควบคุมสถาบันอุดมศึกษาเอกชนจะได้มอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | 87     | ปรับไม่เกิน 300,000 บาท                                                | ไม่เกิน 6 เดือน | 117 |
| ขัดคำสั่งคณะกรรมการควบคุมสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ที่ให้ส่งมอบเอกสารเกี่ยวกับผลการศึกษานักศึกษาทั้งหมด                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 92     | ปรับไม่เกิน 100,000 บาท และปรับอีกวันละ 5000 บาท ตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืน |                 | 118 |
| ผู้ใดใช้ครูวิทยฐานะ เข้มวิทยฐานะ ครูประจำตำแหน่ง เครื่องแบบ เครื่องหมาย หรือเครื่องแต่งกายของนักศึกษาของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนโดยไม่มีสิทธิที่จะใช้หรือแสดงด้วยประการใดๆ ว่าตนมีประกาศนียบัตร อนุปริญญา ปริญญา ประกาศนียบัตรบัณฑิต หรือตำแหน่งของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนโดยที่ตนไม่มีสิทธิ (หมายเหตุ ครูวิทยฐานะ เข้มวิทยฐานะ ครูประจำตำแหน่ง เป็นไปตามข้อบังคับของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ที่อาศัยอำนาจตามมาตรา 59 และหลักเกณฑ์การสำเร็จการศึกษาที่จะมีสิทธิรับประกาศนียบัตร อนุปริญญา ประกาศนียบัตรบัณฑิต เป็นไปตามมาตรา 57 ที่ให้อำนาจสภาสถาบันออกข้อบังคับ) | 57, 59 | ปรับไม่เกิน 300,000 บาท                                                | ไม่เกิน 6 เดือน | 119 |

|                                                                                                                                                              |    |                         |                 |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|-------------------------|-----------------|-----|
| ฐาน ใช้ ปลอม เลียนแบบ ซึ่งตรา<br>เครื่องหมาย หรือสัญลักษณ์ของ<br>สถาบันอุดมศึกษาเอกชน                                                                        | 11 | ปรับไม่เกิน 300,000 บาท | ไม่เกิน 6 เดือน | 120 |
| ผู้ใดจัดการศึกษาระดับปริญญาโดยไม่<br>ได้รับอนุญาตหรือกระทำด้วย<br>ประการใดๆ ให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่า<br>ตนมีอำนาจหน้าที่ในการจัด<br>การศึกษาระดับปริญญา       | 10 | ปรับไม่เกิน 500,000 บาท | ไม่เกิน 1 ปี    | 121 |
| แสดงหรือกระทำด้วยประการใดๆ<br>เพื่อให้บุคคลอื่นหลงเชื่อว่าการ<br>รับรองวิทยฐานะหรือได้รับความ<br>เห็นชอบให้เปิดดำเนินการใน<br>สาขาวิชาใดวิชาหนึ่งอันเป็นเท็จ | 54 | ปรับไม่เกิน 500,000 บาท | ไม่เกิน 1 ปี    | 122 |

มีข้อสังเกตว่า อัตราการเปรียบเทียบปรับในบางมาตรา เช่น มาตรา 115 (ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ.2560) กรณีสถาบันอุดมศึกษาไม่ปฏิบัติตามมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546: ที่ประชุมคณะกรรมการการอุดมศึกษา (กกอ.) ครั้งที่ 11/2556 มีมติเห็นชอบให้ยกเลิกมติ กกอ. ในการประชุมครั้งที่ 4/2548 เมื่อวันที่ 7 เมษายน 2548 เฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์และอัตราเปรียบเทียบปรับกรณีสถาบันอุดมศึกษาเอกชนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 74 ตามบทลงโทษในมาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 และให้ใช้แนวปฏิบัติแทน ดังนี้

1) กรณีที่พิจารณาได้ว่าการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 74 ดังกล่าว เป็นการเพิ่มมูลค่าสินทรัพย์แก่สถาบันอุดมศึกษาและสร้างคุณประโยชน์แก่สถาบัน ให้เปรียบเทียบปรับในอัตรา 100,000 บาท

2) กรณีที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สถาบันให้พิจารณาตามสมควรแต่ละกรณี<sup>8</sup>

ข้อสังเกตของผู้เขียน มาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 เป็นกรณีที่มีบทลงโทษปรับสถานเดียว เข้าเกณฑ์ของมาตรา 123 ที่บัญญัติว่า “บรรดาความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ที่มีโทษปรับสถานเดียว ให้ปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหา

<sup>8</sup> คณะกรรมการการอุดมศึกษา, สรุปมติการประชุมคณะกรรมการการอุดมศึกษา (กกอ.) ครั้งที่ 11/2556 [Online], available URL: <http://www.mua.go.th/users/he-commission/doc/resolution/2556/news%2011-56.pdf>, 2563 (ธันวาคม, 26).

ได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในสามสิบวันแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกัน” เมื่อพิจารณาการศึกษาประกอบกับมติที่ประชุมคณะกรรมการการอุดมศึกษา (กกอ.) ครั้งที่ 11/2556 ทำให้ทราบว่ามีการกำหนดหลักเกณฑ์และอัตราการเปรียบเทียบปรับ ที่ไม่ได้เป็นไปในอัตราโทษปรับสูงสุดหนึ่งล้านบาทตามที่กฎหมายกำหนด โดยมีการปรับเปลี่ยนตามความเหมาะสมในช่วงเวลาที่ผ่านมา

#### 4. ตัวอย่างคำพิพากษาศาล ในส่วนที่มีการใช้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546

การศึกษาตัวอย่างคำพิพากษาศาลยุติธรรมของไทย ในส่วนที่มีการปรับใช้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 มาพิจารณาประกอบการตัดสินใจคดีนั้น จะแบ่งเป็นสองส่วน คือกรณีแรก คดีความที่กำลังอยู่ในชั้นพิจารณาของศาลและปรากฏข่าวทางสื่อต่างๆ โดยมีตัวอย่างหนึ่งคดีกับกรณีที่สอง คือ คดีความที่มีการตัดสินแล้วในชั้นศาลฎีกา

##### 4.1 คดีมหาวิทยาลัยสันติภาพโลก

ศาลอาญารอ่านคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีการจัดตั้งมหาวิทยาลัยสันติภาพโลก หมายเลขดำ อ.3414/2560 ตามฟ้องของอัยการโจทก์ เมื่อวันที่ 2 พ.ย. 2560 บรรยายพฤติการณ์สรุปว่า ระหว่างวันที่ 3 พ.ย. 2555 - 21 ก.ค. 2556 จำเลยทั้ง 9 คน ร่วมกันจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ชื่อ “มหาวิทยาลัยสันติภาพโลก” (อาคารที่ตั้งเลขที่ 19 ถ.เทพฤทธิ์ ต.ช้างเผือก อ.เมือง จ.เชียงใหม่) โดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยคำแนะนำของสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา (สกอ.) และหลอกลวงโดยแสดงข้อความอันเป็นเท็จว่า มหาวิทยาลัยสันติภาพโลก ดังกล่าวเป็นมหาวิทยาลัยที่ถูกต้อง สามารถจัดการศึกษา การเรียนการสอนโดยบุคลากรที่มีคุณวุฒิ และได้รับการจัดตั้งโดยถูกต้องสามารถมอบใบปริญญาในระดับต่างๆ และปริญญาเกิตติมศักดิ์ได้ มีสิทธิเท่าเทียมกับมหาวิทยาลัยอื่นๆ

โดยการอ้างว่ามหาวิทยาลัยสันติภาพโลก เป็นมหาวิทยาลัยที่ไม่ขึ้นกับ สกอ. มีสิทธิเท่ามหาวิทยาลัยอื่น และเผยแพร่กิจกรรมต่างๆ จนทำให้ประชาชนทั่วไปเกิดความเชื่อถือเป็นมหาวิทยาลัยที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ก็เป็นการร่วมกันหลอกลวงประชาชนด้วยการทำให้ปรากฏต่อประชาชนทั่วไป หรือบุคคลตั้งแต่ 10 คน ในลักษณะการแสดงข้อความอันเป็นเท็จด้วย ซึ่งความจริงแล้วมหาวิทยาลัยสันติภาพโลกไม่ได้จัดตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย ไม่สามารถมอบปริญญาโทหรือ

ปริญญากิตติมศักดิ์ได้ เหตุเกิดที่ ต.ช้างเผือก อ.เมือง จ.เชียงใหม่, อ.เมือง จ.เชียงราย, จ.นันทบุรี, จ.ปทุมธานี, จ.ลำพูน, จ.ขอนแก่น และ กทม.<sup>9</sup>

สรุปเนื้อหาสรุปคำพิพากษาศาลอุทธรณ์หมายเลขดำ อ.3414/2560 ดังกล่าวข้างต้น เป็นกรณีประเด็นความผิดอาญา ในส่วนพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 มีข้อหาเดียว คือ เกี่ยวกับการจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่ไม่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการการอุดมศึกษาเท่านั้น แต่ข้อกล่าวหาอื่นอีกหลายข้อที่มีโทษทางอาญาเป็นการตั้งข้อหา โดยใช้กฎหมายอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2550 ซึ่งขณะกำลังเขียนบทความนี้ จากการตรวจสอบพบคดีนี้กำลังอยู่ในช่วงฎีกา เพื่อขอต่อสู้คดีต่อจากฝ่ายจำเลย

#### 4.2 คดีเกี่ยวกับสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่มีคำพิพากษาลงถึงที่สุด

จากการตรวจสอบในระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่ง คำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา พบว่า มีคำพิพากษาศาลฎีกาในคำค้นหา “สถาบันอุดมศึกษาเอกชน” มีดังนี้ คือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15098/2558 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18162/2557 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 16694/2555 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3782/2552 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5576/2548 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4838/2548 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2553/2544 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2188/2531

คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น ในประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการกล่าวอ้างสถานะนิติบุคคลตามกฎหมาย โดยไม่ปรากฏการใช้บทลงโทษทางอาญา ตามหมวด 9 ของกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ตั้งแต่ฉบับปี 2522 จนถึงกฎหมายฉบับปัจจุบัน ทั้งนี้อาจมีคำพิพากษาศาลฎีกาบางฉบับ มิได้มีการเผยแพร่จึงเป็นข้อจำกัดการศึกษาของผู้เขียนได้ระบุดังต่อไปนี้

### 5. การวิเคราะห์ประเภทความผิดอาญา การทบทวนผลสัมฤทธิ์ของโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546

การศึกษาวิเคราะห์ความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ควรจะได้พิจารณาศึกษาจำแนกการแบ่งแยกประเภทความผิดอาญา ในส่วนหมวดที่ 9

---

<sup>9</sup>ไทยโพสต์, คุณอ่วม ผู้บริหาร ม สันติภาพโลก [Online], available URL: <https://www.thaipost.net/main/detail/75046, 2563> (ธันวาคม, 22).

บทกำหนดโทษทางอาญา ในแง่ของการทบทวนผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในภาพรวม ตามด้วยการเสนอบทวิเคราะห์ บทลงโทษทางอาญาที่ไม่มีการใช้เลย บทลงโทษทางอาญาไม่เหมาะสมและบทลงโทษทางอาญาที่กำหนดไว้สูงเกินไปของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546

### 5.1 การทบทวนผลสัมฤทธิ์ของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ในส่วนบทลงโทษทางอาญา

เมื่อพิจารณาศึกษาจากคำว่า ผลสัมฤทธิ์ ซึ่งแยกคำว่า ผล กับคำว่า สัมฤทธิ์ คำว่า สัมฤทธิ์ ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554<sup>10</sup> เป็นคำนาม จะหมายความว่า ความสำเร็จ เมื่อรวมกับคำว่าผล ความหมายก็คือ ผลความสำเร็จ หากจะพิจารณาผลสำเร็จจากการบังคับใช้โทษทางอาญา ในกรณีการจำคุกและปรับ จะมีข้อจำกัดการศึกษา เนื่องจากในการค้นหาข้อมูลสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่เคยต้องคดีเปรียบเทียบปรับ ซึ่งเดิมหน่วยงานรัฐที่มีข้อมูลดังกล่าวคือ สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา ปัจจุบัน คือ กระทรวงอุดมศึกษา รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลดีความของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่ยังดำเนินกิจการอยู่ และเคยมีปัญหาดีความตามบทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 อาจมีผลกระทบ ในด้านต่างๆ ต่อสถาบันอุดมศึกษา ฉะนั้นบทความนี้จึงมุ่งการศึกษาในประเด็นความเหมาะสมของบทลงโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 บนพื้นฐานข้อมูลที่มีการเปิดเผยต่อสาธารณะแล้ว

บริบทเดิมของการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 อาจจำแนกได้เป็นสองข้อ คือ ข้อแรก เนื่องจากการจัดการศึกษาของเอกชนเป็นกิจการที่ต้องได้รับอนุญาต (Concession System) และมีการกำกับควบคุมจากรัฐอยู่ เพราะมีผลกระทบต่อประชาชนในพระราชบัญญัติต่างๆ ที่มีลักษณะการให้อำนาจไปดำเนินการบริการสาธารณะ โดยเฉพาะการศึกษา จึงมักกำหนดความผิดและโทษทางอาญาไว้ อันเป็นมาตรการบังคับทางกฎหมาย<sup>11</sup>

บทวิเคราะห์ ในอดีตการจัดการศึกษาระดับอุดมศึกษาของรัฐ อาจยังดำเนินการได้ไม่ครอบคลุมทุกพื้นที่ในประเทศ จึงมีการสนับสนุนให้ภาคเอกชนเข้าจัดการศึกษา เพื่อช่วยเหลือภาครัฐในการกระจายโอกาสทางการศึกษาในระดับอุดมศึกษา โดยใช้กฎหมายสถาบันอุดมศึกษา

---

<sup>10</sup> ราชบัณฑิตยสถาน, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 (กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 1211.

<sup>11</sup> ดิเรก ควรสมาคม, คำอธิบายกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558), หน้า 139.

เอกชนและกฎหมายภาษีอากร เป็นตัวผลักดันสนับสนุน แต่ด้วยภาวะการณ์ปัจจุบัน การจัดการศึกษาระดับอุดมศึกษาของรัฐ ได้กระจายตัวไปอย่างมากในแต่ละภูมิภาค และหลายจังหวัดของไทย ก็มีการจัดตั้งมหาวิทยาลัยของรัฐ รวมถึงการมีมหาวิทยาลัยราชภัฏต่างๆ ที่เพิ่มขึ้น ส่งผลกระทบต่อรายได้ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้แต่แม้จำนวนสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ จะมีจำนวนที่มากขึ้นกว่าแต่อดีตก่อน การจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษาเอกชนก็ยังคงเป็นกิจการที่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐและต้องมีใบอนุญาตจากรัฐอยู่ดี อย่างไรก็ตามมุมมองที่เห็นว่า การจัดการศึกษาโดยเอกชนถือเป็นการได้รับอำนาจจากรัฐเพื่อไปดำเนินกิจการบริการสาธารณะ จึงต้องกำหนดฐานความผิดและบทลงโทษทางอาญาไว้แก่ผู้ปฏิบัติงาน ยังคงเป็นแนวคิดที่ใช้ได้หรือไม่ในบริบทปัจจุบัน จึงควรศึกษาเพื่อทำความเข้าใจความหมายของบริการสาธารณะที่มีในอดีตเพื่อเข้าใจเหตุผลในการกำหนดฐานความผิดและโทษทางอาญาที่เหมาะสมในบริบทสังคมปัจจุบัน “การบริการสาธารณะ” หมายถึง กิจการที่อยู่ในความอำนวยการหรืออยู่ในการควบคุมของฝ่ายปกครองที่จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน<sup>12</sup>

องค์ประกอบที่นำมาใช้ในการนิยามคำจำกัดความของ “บริการสาธารณะ” มีอยู่ด้วยกันสองส่วน คือ

1) องค์ประกอบด้านโครงสร้าง กิจกรรมนั้นต้องดำเนินการโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนที่เป็นฝ่ายปกครอง แต่อาจมีการส่งต่อภารกิจในการจัดบริการสาธารณะไปให้องค์กรเอกชนอื่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำแทน

2) องค์ประกอบด้านวัตถุประสงค์ กิจกรรมนั้นต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน<sup>13</sup>

ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทยบางฉบับ มหาวิทยาลัยเอกชน แม้มีหน่วยงานของรัฐ แต่ก็อาจถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ เฉพาะในส่วนข้อพิพาทอันเป็นการใช้อำนาจทางการปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>14</sup> ด้วยเพราะหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มิได้จำกัดแต่เพียงหน่วยงานของรัฐ แต่รวมถึง

<sup>12</sup> ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 108.

<sup>13</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 34-35.

<sup>14</sup> จีรรัตน์ สร้อยเสริมทรัพย์, “การฟ้องคดีปกครองในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน,” วารสารปัญญาวิวัฒน์ 1, 2 (มกราคม-มิถุนายน 2553): 113-123.

หน่วยงานเอกชนที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง (ดูประกอบคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 880/2549 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 102/2550)<sup>15</sup>

บริบทเดิมของการกำหนดโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ข้อที่สอง คือ การกำหนดโทษเพราะเหตุสถานะของผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ด้วยพระราชบัญญัติของมหาวิทยาลัยรัฐและมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ มีบทลงโทษทางอาญาเพียง 1 หรือ 2 มาตรา เป็นส่วนใหญ่ แต่ไม่มีบทลงโทษทางอาญาแก่ ผู้บริหาร คณาจารย์ หรือเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ปฏิบัติงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เพราะคณาจารย์และเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยรัฐและมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ ถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงถูกควบคุมโดยกฎหมายปกครอง ระเบียบวินัยที่ใช้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นการเฉพาะแล้ว ส่วนกรรมการสภาสถาบัน ผู้บริหาร คณาจารย์และเจ้าหน้าที่แห่งสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ไม่มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นเรื่องที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ต้องการให้มีบทลงโทษเฉพาะ<sup>16</sup>

## 5.2 วิเคราะห์บทลงโทษทางอาญาของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546

ในหัวข้อนี้ จะเป็นการศึกษาตัวอย่างบางมาตราในพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ที่มีการกำหนดบทโทษทางอาญาที่ไม่เคยได้ใช้บังคับเลย โทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสม และโทษทางอาญาที่มีการกำหนดอัตราโทษที่สูงมากเกินไป

### 1) ตัวอย่างบทลงโทษทางอาญาที่ไม่เคยได้ใช้บังคับเลย

บทลงโทษทางอาญาในกรณีโทษจำคุก ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ในคดีมหาวิทยาลัยสันติภาพโลก น่าจะถือเป็นกรณีศึกษาล่าสุดที่มีคำพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลย แต่อย่างไรก็ตามในบางมาตรา เช่น มาตรา 107 กรณีสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงการจัดการศึกษานอกที่ตั้งของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ซึ่งต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน ถือเป็นนิติบุคคล การใช้โทษจำคุกจึงต้องใช้กับผู้แทนนิติบุคคล จึงเป็นโทษจำคุกที่ใช้จริงในทางปฏิบัติได้ยาก เพราะหากบังคับใช้โทษจำคุกตามมาตรา 107 เท่ากับอธิการบดีต้องรับโทษทันที ซึ่งความเป็นจริงต้องแยกพิจารณาระหว่าง ผู้แทนนิติบุคคลกับนิติบุคคล ประกอบกับไม่มีข้อมูลคำพิพากษาศาลฎีกาในส่วนนี้เลยในสารบบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา กรณีโทษจำคุกที่ใช้กับ

<sup>15</sup> ฤทัย หงส์ศิริ และกาวเดือน ลิ้มพงศ์ธร, “จะฟ้องมหาวิทยาลัยเอกชนต่อศาลปกครองได้หรือไม่,” *จดหมายข่าวธรรมาภิบาลมหาวิทยาลัย* 2, 1 (มกราคม-มีนาคม 2553): 18-23.

<sup>16</sup> ดิเรก ควรสมาคม, *เรื่องเดิม*, หน้า 140.

สถาบันอุดมศึกษาเอกชน ยังปรากฏในมาตรา 105 ด้วยเหตุผลในส่วนนี้สามารถศึกษาเทียบเคียงได้กับเหตุผลและที่มาพระราชบัญญัติ แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคล พ.ศ.2560 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ได้ยกเลิกมาตรา 115 เดิมของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 และมีการใช้ข้อความใหม่ในวรรคสองดังนี้

“มาตรา 115 สถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 74 หรือมาตรา 75 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท

ในกรณีที่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนใดกระทำความผิดตามมาตรา 74 หรือมาตรา 75 ถ้าการกระทำความผิดของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนนั้นเกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของกรรมการสภาสถาบัน อธิการบดี หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนนั้น หรือในกรณีที่บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่ต้องสั่งการหรือกระทำการและละเว้นไม่สั่งการหรือไม่กระทำการจนเป็นเหตุให้สถาบันอุดมศึกษาเอกชนนั้นกระทำความผิด ผู้นั้นต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย”

หากวิเคราะห์โดยเทียบเคียงกับมาตรา 115 วรรคสอง กับมาตรา 105 และ 107 การกระทำผิดของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่จะได้รับโทษจำคุก ก็ควรต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยได้ว่า เกิดจากการสั่งการหรือการกระทำของใครซึ่งรับผิดชอบการดำเนินงานของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

## 2) ตัวอย่างบทลงโทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสม

มาตรา 112 ตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 บัญญัติว่า “อธิการบดีผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 43 (6) หรือ (9) มาตรา 51 มาตรา 67 มาตรา 76 มาตรา 77 หรือมาตรา 78 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท” โดยฐานความผิด อันเป็นที่มาของโทษปรับ อันเป็นโทษทางอาญา ตามมาตรา 112 สรุปได้ดังนี้

(1) จัดทำทะเบียนคณาจารย์ประจำ ผู้ช่วยอาจารย์ เจ้าหน้าที่ และนักศึกษา ตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด

(2) จัดทำรายงานประจำปี งบการเงินประจำปี และรายงานอื่นๆ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด

(3) แต่งตั้งผู้ใดให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนตามมาตรา 45 (2) (3) และ (4) โดยแจ้งให้สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันแต่งตั้ง

(4) เป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำงบการเงินประจำปีให้ผู้สอบบัญชีตรวจสอบส่งงบการเงินพร้อมรายงานการสอบบัญชีไปยังสำนักงานคณะกรรมการอุดมศึกษาภายในกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันสิ้นรอบระยะเวลาบัญชี

(5) ในกรณีที่สถาบันอุดมศึกษาเอกชนต้องหยุดสอนติดต่อกันเกินกว่าสามวัน นอกจากการหยุดตามปกติ อธิการบดีต้องแจ้งเป็นหนังสือให้สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมทราบภายในสามวันนับแต่วันหยุดสอน

(6) ในกรณีที่คณาจารย์ประจำในสถาบันอุดมศึกษาเอกชนผู้ใดพ้นสภาพจากการเป็นคณาจารย์ประจำ ให้อธิการบดีแจ้งให้สำนักงานปลัดกระทรวงการอุดมศึกษา วิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรมทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่คณาจารย์ประจำผู้นั้นพ้นสภาพ

(7) ในกรณีที่ปรากฏว่าอาคารสถานที่หรือบริเวณที่ตั้งของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนมีสภาพขัดต่อสุขลักษณะหรืออนามัย ไม่มั่นคง หรือมีเหตุอื่นอันอาจเป็นอันตรายแก่นักศึกษา และรัฐมนตรีได้มีอำนาจสั่งเป็นหนังสือให้อธิการบดีดำเนินการแก้ไขปรับปรุงให้เสร็จภายในกำหนดเวลาอันสมควร

บทวิเคราะห์ ผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี คือ ผู้แทนของนิติบุคคล ประเภทสถาบันอุดมศึกษาเอกชน การกำหนดฐานความผิดที่มีโทษปรับเฉพาะตัวกับผู้ดำรงตำแหน่งหรือเป็นคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในงานประจำหรืองานธุรการที่อธิการบดีมิได้จัดทำด้วยตนเอง เช่น การจัดทำทะเบียนคณาจารย์ประจำ หรือการจัดทำรายงานประจำปี หรืองบการเงินประจำปี เป็นต้น ดูไม่เป็นธรรมกับตัวผู้ดำรงตำแหน่ง

ก. ตัวอย่างการกำหนดโทษทางอาญาที่ไม่เหมาะสมเพราะปัญหาถ้อยคำและการตีความ

มาตรา 116 ที่กำหนดโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ กับคณาจารย์หรือเจ้าหน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนที่ฝ่าฝืนต่อมาตรา 79 โดยเนื้อความในมาตรา 79 ของกฎหมายอุดมศึกษาเอกชนคือ

ห้ามมิให้...คณาจารย์ หรือเจ้าหน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนใช้หรือยอมให้ผู้อื่นใช้ (1) ชื่อ ตรา สัญลักษณ์หรือเครื่องหมายของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน นอกเหนือไปจากที่ระบุไว้ในข้อบังคับของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน (2) สถานที่เพื่อการอันมิชอบด้วยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือการอันไม่ควรแก่กิจการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

บทวิเคราะห์ มาตรา 116 ใน (2) ถ้อยประโยคที่ว่า...การอันไม่ควรแก่กิจการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน ความหมายแคไหน อย่างไร ต้องตีความอีก กฎหมายสถาบันอุดมศึกษาของรัฐหลายฉบับก็ไม่มีบทบัญญัติทำนองนี้ แต่ถึงแม้หากมีเหตุดังกล่าวเกิดขึ้นก็สามารถดำเนินการทางวินัยได้อยู่แล้ว แสดงว่า หากคณาจารย์หรือเจ้าหน้าที่ เผลอให้บุคคลภายนอกใช้สถานที่ผิดประเภท อันอาจถูกตีความได้ว่า เป็นการอันไม่ควรแก่กิจการของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน มีความเสี่ยงอาจได้รับโทษจำคุก อีกทั้งอาจเป็นช่องทางให้เกิดการ

กลั่นแกล้งตั้งข้อกล่าวหาแก่ผู้ปฏิบัติงานได้<sup>17</sup> อีกทั้งสถาบันศึกษาไม่ว่าของรัฐหรือเอกชน ก็เป็นสถานที่สาธารณะ การทำกิจกรรมของนักศึกษาอาจมีทั้งขออนุญาตหรือไม่ได้ขออนุญาตกับฝ่ายอาคารและสถานที่ หากมีการกระทำที่เกินเลยจากสิ่งที่กฎหมายกำหนด หรือไม่ควรแก่กิจการการผลัการะความรับผิดชอบให้แก่อาจารย์หรือเจ้าหน้าที่ ที่มีชื่อแค่เป็นเจ้าของโครงการ หรืออาจารย์ที่ปรึกษา จึงเป็นสิ่งที่ไม่น่าจะเกิดขึ้น

### 3) โทษทางอาญาที่มีการกำหนดอัตราโทษที่สูงมากเกินไป

ในที่นี้ จะกล่าวถึงโทษทางอาญา คือ โทษปรับไม่เกิน 1 ล้านบาท ในกรณีที่ผู้เขียนเคยทำหน้าที่ในฐานะผู้ช่วยเลขานุการสภามหาวิทยาลัย เคยได้ยื่นกรรมการสภามหาวิทยาลัยในตอนที่พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ประกาศใช้ใหม่ๆ กล่าวว่าโทษทางอาญาตามกฎหมายใหม่นี้สูงมาก ซึ่งผลดีจากการกำหนดโทษปรับสูงเช่นนี้ ทำให้กรรมการสภามหาวิทยาลัย รู้สึกตระหนักและใช้ความระมัดระวังอย่างมากในการทำหน้าที่ แต่จากข้อมูลผู้เขียนได้กล่าวข้างต้น ในท้ายตาราง ของหัวข้อที่ 3 กรณีศึกษามาตรา 115 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 แสดงให้เห็นว่า ตลอดระยะเวลา 17 ปีที่ผ่านมา ไม่เคยได้มีการปรับถึงจำนวน 1 ล้านบาทแต่อย่างใด การกำหนดอัตราโทษปรับที่สูงมากนี้ เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในหลายฉบับจะพบว่า ไม่ปรากฏบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ จึงเป็นคำถามที่น่าสงสัย ฉะนั้น จึงควรได้มีการพิจารณาถึงผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมายในส่วนประเด็นนี้ด้วย

## 6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กำหนดเวลาการประเมินผลสัมฤทธิ์ของพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 คาดว่าน่าจะเริ่มมีการดำเนินการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ก่อนวันที่ 31 ธันวาคม 2567 ซึ่งหมายความว่า ยังมีเวลาเหลืออีก 4 ปี (นับจากวันที่เขียนบทความนี้) การทบทวนผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายดังกล่าว จะต้องมีการประเมินผลการบังคับใช้กฎหมายตั้งแต่ปี พ.ศ.2546 อันเป็นปีที่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน โดยการวิเคราะห์ของผู้เขียนในส่วนบทลงโทษทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าว ผู้เขียนใช้แนวคิดเรื่องความเหมาะสมของบทลงโทษทางอาญาผนวกกับแนวคิดการประเมินผลสัมฤทธิ์ทางกฎหมาย โดยมีการแยกความผิดอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ออกเป็นฐานความผิดต่างๆ ตามข้อมูลตารางที่

<sup>17</sup> นพดล ปกรณ์นิมิตติ, “ปฏิรูปการศึกษา การยกเลิกโทษจำคุกบางมาตราในกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน,” หนังสือพิมพ์มติชน, 24 สิงหาคม 2560, หน้า 15.

ปรากฏในบทความ โดยหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายไทยของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา คือ แนวทางหรือเข็มทิศสำคัญในการกำหนดโทษทางอาญาที่เหมาะสมกับบุคลากรและสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในฐานะที่เป็นนิติบุคคล บทสรุปของอัตราโทษจำคุกและปรับ ที่ปรากฏในหมวด 9 อาจจำแนกออกได้เป็น โทษทางอาญาที่ไม่ได้ใช้เลย โทษทางอาญาที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง โทษทางอาญาที่มีการกำหนดอัตราโทษที่สูงมากแก่บุคคล หรือผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

ผู้เขียนซึ่งมีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับหลักการกำหนดโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ดังต่อไปนี้

1) เนื่องจากปัจจุบันกิจการบริการสาธารณะหลายประเภท ไม่ว่าไปรษณีย์หรือการขนส่ง โทรศัพท การสื่อสาร โรงพยาบาล รวมถึงการศึกษา หากดำเนินการโดยรัฐหรือฝ่ายปกครองเพื่อสนองความต้องการของประชาชน ก็ถือว่าเป็นบริการสาธารณะอยู่แล้ว แต่กรณีที่เอกชนได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการเหล่านี้ ตัวอย่างเช่น บุคลากรในโรงพยาบาลเอกชนมีการใช้อำนาจทางการปกครอง มากน้อยแค่ไหน หากมีการเทียบเคียงกับมหาวิทยาลัยเอกชน จึงเห็นว่าควรจะมีการพิจารณาศึกษา บทนิยามของบริการสาธารณะบนบริบทของประเทศไทยที่เปลี่ยนแปลงไป

2) เมื่อได้พิจารณาจากสถานะของผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษา ไม่น่าจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาในกฎหมายของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าควรมองถึงความจำเป็น และลักษณะใดที่เป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรงอันควรมีบังคับโทษทางอาญามากกว่าการพิจารณาสัดส่วนของโทษกับฐานความผิด ควรได้รับการพิจารณาศึกษาใหม่

ในคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่องการกำหนดโทษอาญาในกฎหมาย ได้ยกตัวอย่างการกระทำที่ไม่ควรกำหนดโทษอาญา ตามหลักเกณฑ์ข้อ 1 คือ การกระทำนั้นต้องเป็นความผิดร้ายแรง และข้อ 2 เป็นกรณีที่ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใดเพื่อบังคับใช้กฎหมายอย่างได้ผล และมีประสิทธิภาพเพียงพอ โดยยกตัวอย่าง ความผิดเกี่ยวกับการแต่งเครื่องแต่งกายโดยไม่มีสิทธิ เช่น การแต่งกายแสดงวิทยฐานะของสถาบันอุดมศึกษาโดยไม่มีสิทธิ ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ควรกำหนดโทษทางอาญานั้น ความเห็นและข้อเสนอแนะของผู้เขียน เห็นควรยังคงบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้อยู่ เพราะปริญญา วิทยฐานะ เป็นสิ่งที่กำหนดโดยกฎหมาย การแต่งกายเพื่อแสดงวิทยฐานะโดยไม่มีสิทธิ ไม่ว่าจะป็นสถาบันอุดมศึกษาของรัฐและเอกชน ควรได้รับการคุ้มครอง และมีโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำ แต่ควรมีอัตราโทษจำคุกหรือปรับที่เท่ากัน เพราะปัจจุบันในกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาของรัฐเอง แต่ละฉบับก็ยังคงแตกต่างกันอยู่

3) กรณีการกำหนดฐานความผิดกับผู้ดำรงตำแหน่งในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน เช่น ผู้ดำรงตำแหน่ง อธิการบดีซึ่งก็คือผู้แทนของนิติบุคคล ประเภทสถาบันอุดมศึกษาเอกชน การกำหนดฐานความผิดที่มีโทษปรับเฉพาะตัวกับผู้ดำรงตำแหน่ง โดยเฉพาะในงานประจำที่อธิการบดีมิได้จัดทำ

ด้วยตนเอง เช่น การจัดทำทะเบียนคณาจารย์ประจำ หรือการจัดทำรายงานประจำปี หรืองบการเงินประจำปี เป็นต้น ดูไม่เป็นธรรมกับตัวผู้ดำรงตำแหน่ง อีกทั้งในกรณีหากมีการเปลี่ยนตัวผู้บริหาร การกระทำผิดอาจเกิดขึ้นในห้วงเวลาผู้บริหารชุดก่อน แต่ถูกพบในเวลาที่มีผู้บริหารคนใหม่เข้ามาดำเนินงานต่อ คำถามก็คือ ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบ จึงเห็นว่า ควรจะกำหนดโทษทางอาญา เพียงแค่กำหนดโทษปรับแก่สถาบันอุดมศึกษาเอกชน แทนการกำหนดโทษทางอาญาแก่อธิการบดี กรณีการไม่ปฏิบัติตามในส่วนที่เป็นงานประจำของสถาบันอุดมศึกษาเอกชน

4) ความเท่าเทียมทางกฎหมายระหว่างสถาบันอุดมศึกษาของรัฐและเอกชน อาจมีมุมที่แตกต่างกันในทางวิชาการ ฉะนั้นข้อเสนอที่ว่า บทลงโทษทางอาญากับผู้ปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน จะต้องเท่ากับบุคลากรในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ คงไม่น่าจะเป็นไปได้ อาจยังมีข้อโต้แย้งทางวิชาการกันได้อยู่ แต่หากยึดตามหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย ที่ควรพิจารณาว่าลักษณะการกระทำใดเป็นความผิดร้ายแรงที่ควรกำหนดโทษอาญาหรือไม่ สัดส่วนโทษกับสิ่งที่กระทำผิด ก็ควรมีการทบทวนผลสัมฤทธิ์ ซึ่งผู้เขียนคาดหวังว่าจะมีแนวทางในการทบทวนความเหมาะสมของโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชนจากการประเมินผลสัมฤทธิ์ ในอีก 4 ปีข้างหน้าจากนี้

## บรรณานุกรม

- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1. กรุงเทพมหานคร: จีรรัชการพิมพ์, 2549.
- คณะกรรมการการอุดมศึกษา. สรุปมติการประชุมคณะกรรมการการอุดมศึกษา (กกอ.) ครั้งที่ 11/2556 [Online]. Available URL: <http://www.mua.go.th/users/he-commission/doc/resolution/2556/news%2011-56.pdf>, 2563 (ธันวาคม, 26).
- คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. รายงานผลการดำเนินการของ คณะอนุกรรมการศึกษาและยกร่างกฎหมายเพื่อปรับปรุงกฎหมาย ที่กำหนดความผิดทางอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวหรือเปรียบเทียบได้ [Online]. Available URL: <https://www.lawreform.go.th/index.php/post/686>, 2563 (ธันวาคม, 20).
- จิริรัตน์ สร้อยเสริมทรัพย์. “การฟ้องคดีปกครองในสถาบันอุดมศึกษาเอกชน.” วารสารปัญญาวิวัฒน์ 1, 2 (มกราคม-มิถุนายน 2553): 113-123.
- ณัฐวิวัฒน์ สุทธิโยธิน. ทฤษฎีความรับผิดทางอาญา. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัย-สุโขทัยธรรมาธิราช, 2557.
- ดิเรก ควรสมาคม. คำอธิบายกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2558.
- ไทยโพสต์. คุณอ่วม ผู้บริหาร ม สันติภาพโลก [Online]. Available URL: <https://www.thaipost.net/main/detail/75046>, 2563 (ธันวาคม, 22).
- ทวิศ ศรีเกตุ. การทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย [Online]. Available URL: [https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=1736](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1736), 2563 (ธันวาคม, 19).
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- นพดล ปกรณ์นิมิตดี. “ปฏิรูปการศึกษา การยกเลิกโทษจำคุกบางมาตราในกฎหมายสถาบันอุดมศึกษาเอกชน.” หนังสือพิมพ์มติชน, 24 สิงหาคม 2560, หน้า 15.
- ประยูร กาญจนดุล. คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554. กรุงเทพมหานคร: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. คำอธิบายสาระสำคัญของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำ  
ร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ.2562 [Online]. Available  
URL: <https://www.krisdika.go.th/data/article77/filenew/2.1.2.pdf>, 2563 (ธันวาคม, 19).  
\_\_\_\_\_. รายงานประจำปี พ.ศ.2559. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย, 2560.  
ฤทัย หงส์ศิริ และกาวเดือน ลิ้มพงศ์ธร. “จะฟ้องมหาวิทยาลัยเอกชนต่อศาลปกครองได้หรือไม่.” จดหมายข่าว  
ธรรมาภิบาลมหาวิทยาลัย 2, 1 (มกราคม-มีนาคม 2553): 18-23.

# Money Laundering in Plain Sight - a Case for Individual Gold Sellers

Dr.Tan Weng Chiang David



## Money Laundering in Plain Sight – a Case for Individual Gold Sellers

Dr.Tan Weng Chiang David<sup>\*</sup>

### Abstract

The Thailand Prevention and Suppression of Money Laundering Act 1999 ("PSMLA") has been amended in recent years to be in line with recommendations by international organizations, predominantly, the Financial Action Task Force or FAFT. Some of the recommendations being Know Your Customer ("KYC") and Customer Due Diligence ("CDD") measures. Section 16 (2), (3), (4) and (5) of the PSMLA provide for customer identification and CDD to be carried out by non-financial businesses and professions, including reporting their customer's identity to the Anti Money Laundering Office ("AMLO"). However, these laws have left open a loophole for money laundering to take place in plain sight - as recent criminal charges made against prison inmates, who coordinated from prisons in Thailand, the laundering of money (obtained from the sale of illicit drugs) through purchasing gold at gold shops. This paper aims to: (a) Trace and deliberate on the origins of Section 16 (2), (3), (4) and (5); (b) Highlight a deficiency in Section 16 (2) through surveying the laws of four other countries i.e. Australia, Canada, Malaysia and Singapore; and (c) Propose changes to Section 16 (2) for strengthening the prevention and suppression of money laundering.

**Keywords:** money laundering, gold seller, non-financial businesses and professions

---

<sup>\*</sup> Lecturer of Business Law at Burapha University International College, Chonburi, Thailand and practicing legal consultant; LL.B. (Honors) University of Buckingham, UK; M.B.A. Central Queensland University, Australia; Ph.D. in Philosophy, Assumption University. E-mail: blas.inter@gmail.com

Received 27 January 2021, Revised 31 March 2021, Accepted 1 April 2021.

## 1. Introduction

Money obtained from crimes like drug trafficking, human trafficking, prostitution, sale of arms, extortion, corruption etc. need to be converted somehow by criminals into legitimate money. Money laundering is the process of converting money obtained from crimes or dirty money into legitimate money or money for everyday use. The Prevention and Suppression of Money Laundering Act B.E. 2542 (1999) (“PSMLA”) was enacted in 1999, and came into force on August 19, 1999. Due to inadequacies of the laws at the time to suppress the laundering of proceeds of crime and the use of these proceeds in furthering criminal activities and offences, drafting of the PSMLA began at the Office of Narcotics Control Board<sup>1</sup> in May 1994. The Act aims to effectively combat money laundering and cut off the vicious process of laundering and furtherance of criminal proceeds. This law brought forth the criminalizing of money laundering with criminal penalties and the confiscating of assets suspected of being related to crimes. Since 1999 the PSMLA has gone through numerous amendments to keep abreast with deterring and suppressing money laundering in Thailand.

On June 26, 2020 the Bangkok Post newspaper reported in “Thailand targets narco millions hidden in gold, steel and crypto”<sup>2</sup> that at least twelve billion Baht of drug money was being turned into gold, zinc panels, steel rods and oil. It is further reported thereto that the main group of money launderers was controlled by a Thai woman in custody in a Bangkok prison. This may have exposed a loophole despite recent attempts by the Thailand Anti-Money Laundering Office (“AMLO”) to curb trade-based money laundering through amending paragraph one of Section 16 of the PSMLA. Section 16 (2) of the current PSMLA places a duty on sellers of gold,

---

<sup>1</sup>An agency under the Ministry of Interior responsible for narcotic drugs and drug related crimes.

<sup>2</sup>Bangkok Post, **Thailand Targets Narco Millions Hidden In Gold, Steel and Crypto** [Online], available URL: <https://www.bangkokpost.com/world/1941520/thailand-targets-narco-millions-hidden-in-gold-steel-and-crypto/>, 2020 (June, 26).

who are juristic persons, to have to report to the AMLO any cash transaction at 2,000,000 Baht or more.<sup>3</sup> Section 16 (2) however, does not place any reporting duty on gold seller, who are natural persons or individuals when selling gold to anyone. Unless there is probable cause for suspicion by the gold seller, and supported by reasonable evidence, the seller (i.e. a natural person or individual) has no duty to report the transaction to the AMLO. In other words, any customer appearing before a gold seller who is not registered at a governmental department as a juristic person, can purchase gold without having to worry about the transaction being reported to the AMLO. The non-juristic person gold seller here has no legal duty to report the transaction. Consequently, and as reported in the Bangkok Post on the actions of the alleged money launderers, this provides a loophole for money obtained from selling illicit drugs or illegal services or goods to be traded in for gold.

The exposure of this legal loophole in money laundering prevention and its consequent deficiency compelled the need for this paper to trace the origins and the cause for amending the first paragraph of Section 16, survey similar legal provisions of other countries and propose further amendment to Section 16 to strengthen the prevention of trade-based money laundering in Thailand.

## **2. Why was Section 16 amended - according to endnotes of Prevention and Suppression of Money Laundering Act (No.3) B.E.2552 (2009)**

Prior to its amendments in 2009, Section 16 provides for a business carrying out investment transactions or the movement of capital, or otherwise providing advisory services thereof, has a duty to report to the AMLO any suspicious transaction or when there is probable cause to believe that the transaction is related to an asset involved in a crime. A business carrying out or providing advice

---

<sup>3</sup>Anti-Money Laundering Office, Ministerial Regulation – Designating the Cash Threshold Which Businesses and Professions under Section 16 shall Report to the Anti-Money Laundering Office B.E.2554 (2011) Article 2 (1) [Online], available URL: <https://www.amlo.go.th/index.php/en/aml-cft-laws-policy-measures/2016-06-04-14-55-30/detail/5140/,2020> (December, 24).

on investment transactions or the movement of capital, covers mainly businesses carry out by a financial institution and a few other categories of licensed operators. Money laundering carried out through sellers of precious stones or metals, antiques, cars and real estate were not provided for in paragraph one of Section 16. As stated in the endnote of Prevention and Suppression of Money Laundering Act (No.3) B.E.2552 (2009) (“PSMLA No.3”), the law that amended paragraph one of Section 16, the reasoning for amending is there have been money proceeds of crime laundered through non-financial institutions and thereby renders the need for amending Section 16 to prevent the laundering of money through certain non-financial businesses and professions – referred to in the PSMLA as designated non-financial businesses and professions (“DNFBP”). This amendment is aimed at expanding the duty of reporting to the AMLO to sellers or traders of certain kinds of commodities where money gets laundered. This expands reporting duty to not just financial institutions but also certain specific kinds of sellers or traders, thereby provides prevention on trade-based money laundering. Trade-based money laundering is defined by John A. Cassara as a “process of disguising the proceeds of crime by moving value through the use of trade transactions... to legitimize their illicit origins”<sup>4</sup>

Section 16 (2), (3), (4) and (5), as inserted into paragraph one of Section 16 by Section 3 of PSMLA No.3, thereby specifically list out the following DNFBPs who has the duty to report cash transaction at or exceeding 2,000,000 Baht to the AMLO:

“(2) Professions relating to trading of precious stones, diamonds, gems, gold, or ornaments decorated with precious stones, diamonds, gems, or gold;

(3) Professions relating to trading or hire-purchase of cars;

(4) Professions acting as a broker or an agent in buying or selling immovable property;

---

<sup>4</sup> John A. Cassara, **Trade - Based Money Laundering – The Next Frontier in International Money Laundering Enforcement** (New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2016), p.2.

(5) Professions relating to trading of antiques under the law governing selling by auction and trading of antiques;...”

Section 16 also stipulated in its paragraph one that the DNFPBs listed in (2), (3), (4) and (5) apply to juristic persons.

### 3. Financial Action Task Force Recommendations

The amendment to paragraph one of Section 16, as provided by Section 3 of PSMLA No.3, can be said to originate from a policy statement issued by the AMLO on Compliance with the Know Your Customer (“KYC”) and Customer Due Diligence (“CDD”) for Financial Institutions and Designated Non-Financial Business and Professions (“Policy Statement”)<sup>5</sup>. This Statement was approved by the Cabinet in parliament on February 27, 2007. The Statement was announced in part to comply with the recommendations of the Financial Action Task Force (“FATF”)<sup>6</sup>, as revised in 2003, on compliance by financial institutions and certain designated non-financial businesses or DNFB on customer identification and KYC measures.<sup>7</sup> FATF Recommendation

---

<sup>5</sup>Anti-Money Laundering Office, **Measures for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Policy Statement on Compliance with the Know Your Customer (“KYC”) and Customer Due Diligence (“CDD”) for Financial Institutions and Designated Non-Financial Business and Professions (2007)** [Online], available URL: <http://www.amlo.go.th/index.php/en/search/detail/723/>, 2007 (February, 27).

<sup>6</sup>An international organization founded in 1989 on the behest of the G7 countries to combat money laundering. Its forty Recommendations and nine Special Recommendations have been endorsed by more than 180 countries and are recognized as the international standard for anti-money laundering and countering the financing of terrorism. FATF (2012-2020), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, FATF, **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation – The FATF Recommendation (Updated June 2019)** [Online], available URL: <https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>, 2020 (August, 23).

<sup>7</sup>Note: Thailand is not a member of the FATF. FATF (2012-2020), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, FATF, **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism**

Numbers. 22 and 23 categorize dealers in precious metals as one of the DNFBPs that have to carry out CDD, record-keeping and suspicious transaction reporting.<sup>8</sup>

In Thailand, the first paragraph of the Policy Statement issued by the AMLO states:

“The Anti-Money Laundering Office was designated by the National Corporate Governance Sub-Committee on Commercial Bank, Securities and Insurance Sectors to chair the working group on Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism (AML-CFT) under the Report on the Observance of Standards and Codes (ROSCs). The working group opined that the current anti- money laundering law has not sufficiently contained the customer identification and due diligence policies applicable to all financial institutions and to designated non-financial businesses and professions....

This Policy Statement should be applicable to –

Designated Non-Financial Businesses and Professions as follows:

1. Any person or juristic person trading in precious stones or metals, such as gold and jewelry.

---

**and Proliferation – The FATF Recommendation (Updated June 2019)** [Online], available URL: <https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>, 2020 (August, 23) but since Thailand is a founding member of the APG – a regional organization with similar aims as the FATF. United Nations Office of Drugs and Crime, **Thailand’s Development of AML-CFT Regime, Chapter IV** [Online], available URL: [https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/2009/02/TOCAMLO/09-CHAPTER\\_IV.pdf/](https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/2009/02/TOCAMLO/09-CHAPTER_IV.pdf/), 2020 (August, 24); Asia Pacific Group on Money Laundering, **Members & Observers** [Online], available URL: <http://www.apgml.org/members-and-observers/members/details.aspx?m=6ff62559-9485-4e35-bf65-305f07d91b05/>, 2020 (August, 24). Thailand is committed to meeting the FATF recommendations regarding the operation, supervision and regulation of financial sectors.

<sup>8</sup>FATF (2012-2020), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation, FATF, **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation – The FATF Recommendation (Updated June 2019)** [Online], available URL: <https://www.fatfgafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf/>, 2020 (August 23).

Designated Non-Financial Businesses and Professions should

Apply the above policy insofar as it does not conflict with the normal business practice and have customers identified before conducting a cash transaction of one million Baht or more,...”<sup>9</sup>

As revealed by the Policy Statement above, the recommendation of the FATF with regard to CDD to be conducted by dealers in precious metals is now reflected in the Policy Statement. The attempt by the AMLO to be on the same international standard for anti-money laundering measures got as far as this Policy Statement – a mandate for CDD and customer identification measures applicable to financial institutions and DNFBPs. One of the DNFBP that the Statement is applicable to is a juristic person or person trading in gold. However, Section 16 (2) of the PSMLA on reporting of transactions by gold sellers, as amended by PSMLA No.3, applies to only gold sellers who are juristic persons.

#### 4. Why does Section 16 (2) of the PSMLA applies to only sellers of gold who are juristic persons, and not sellers of gold who are natural persons or individuals?

Why has Section 16 (2) of the PSMLA narrowed down gold sellers to only juristic persons as the only category of sellers who have to report transactions. Differing from that provided by the Policy Statement. In 2009 when Section 16 paragraph one was amended by PSMLA No.3, there were a substantial amount of gold sellers who were not registered as juristic persons. This was reflected in 2016 when the Revenue Department encouraged gold retailers and wholesalers to register as juristic person so that their income can be properly accounted for<sup>10</sup>. The Ministry of Commerce stated in 2013 that 1866 gold traders are registered with its

---

<sup>9</sup>United Nations Office on Drugs and Crime, op.cit.

<sup>10</sup>Bangkok Post, **Gold shops, Drugstores Targeted for Tax** [Online], available URL: [https://www.bangkokpost.com/business/1080876?fbclid=IwAR1L\\_nzU1v\\_14lLb7XKP65jnSI7sQnb8-tQtr8B8rk6RP49xuZu9gQuY0dY/](https://www.bangkokpost.com/business/1080876?fbclid=IwAR1L_nzU1v_14lLb7XKP65jnSI7sQnb8-tQtr8B8rk6RP49xuZu9gQuY0dY/), 2016 (September, 8).

Department of Business Development, but there is an estimate of 7500 gold traders in Thailand.<sup>11</sup>

Furthermore, under the current poor economic climate, there are many people who would rather part with their gold or gold ornaments for cash.<sup>12</sup> This provides an ideal environment for money laundering through purchasing gold and indicates the deficiency of Section 16 (2) in preventing money laundering.

The Policy Statement ends with “DNFB should apply the above policy insofar as it does not conflict with the normal business practice...” Does “normal business practice” here refer to the businesses of non-juristic person or individual gold sellers at this time? As there are more gold sellers registered as juristic person now, probably with the recent encouragement of the Revenue Department, this has strengthened the prevention of money laundering somewhat since more gold sellers will have to report transactions.

Section 16 also provides for DNFBP to have to report customer’s identity to the AMLO.

However, there remains an avenue for money launderers to buy gold from non-juristic or individual gold sellers of various kinds e.g. an indebted person who has some saved up gold or gold ornament, and needs to pay up his or her debt, or pay for his or her children’s school fees and/or food for the family etc. Under the current poor economic climate, this is an avenue that money launderers can exploit.

---

<sup>11</sup>The Nation, **Initial Capital Requirement for Gold Traders to Be Increased** [Online], available URL: [https://www.nationthailand.com/Corporate/30218394?fbclid=IwAR0i6O\\_Hh5q3fwWEmfXdqCTAK8ZH43Bcb25XdJ2aZPBIAZujPLCVcGTbul0/](https://www.nationthailand.com/Corporate/30218394?fbclid=IwAR0i6O_Hh5q3fwWEmfXdqCTAK8ZH43Bcb25XdJ2aZPBIAZujPLCVcGTbul0/), 2013 (October, 31).

<sup>12</sup>Associated Press, **With Price High, Thais With Dwindling Incomes Sell Off Gold** [Online], available URL: [https://www.khaosodenglish.com/news/business/2020/04/17/with-price-high-thais-with-dwindling-incomes-sell-off-gold/?fbclid=IwAR0dIFQgvoUnZDSqhFXpAWDNEr2hYuxH426w2ure3ljvxRHLOQs\\_ouyndfs/](https://www.khaosodenglish.com/news/business/2020/04/17/with-price-high-thais-with-dwindling-incomes-sell-off-gold/?fbclid=IwAR0dIFQgvoUnZDSqhFXpAWDNEr2hYuxH426w2ure3ljvxRHLOQs_ouyndfs/), 2020 (April, 17). And Jiraporn Kuhakan and Satawasin Staporncharnchai, **Cash-Strapped Thais Rush to Sell Gold as Coronavirus Hits Economy** [Online], available URL: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-thailand-gold-idUSKCN21Y1FO?fbclid=IwAR3yPQburMIXL6ssnTZAefMFw53PikO9gBscxxill65GSFlaoYytD092Y/>, 2020 (April, 16.)

## 5. Comparing the same or similar legal provisions of four other countries

Laws providing for prevention of money laundering in other countries tend to favor either: mandating that all gold sellers, whether being juristic person or individuals, obtain authorization from a central government authority – in other words, all kinds of gold sellers in the country are regulated from a central governing body thereby giving raise to centralized administering and legalizing of gold sellers; or having specific legal provisions on the activity of gold selling by individual gold sellers.

The prevention and suppression of money laundering laws of four countries: Australia, Canada, Malaysia and Singapore illustrate quite clearly these two tendencies of legal provisions for individual gold sellers. Given this, the laws of these four countries are explored here to highlight their legal provisions.

### 5.1 Australia

The prevention and suppression of money laundering laws of Australia seems to focus on the selling activity of any kind of gold sellers, rather than who is the gold seller whether being a juristic person or an individual. Section 5 of the Anti-Money Laundering and Counter – Terrorism Financing Act 2006 (“AML & CTF Act 2006”) sets out clearly from the onset of the legislature a broad definition for person provided by the Act. “In this Act: ... person means any of the following:

- (a) an individual;
- (b) a company;
- (c) a trust;
- (d) a partnership;
- (e) a corporation sole;
- (f) a body politic...”<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup>Federal Register of Legislation, The Office of Parliamentary Counsel, Australia, **Anti-Money Laundering and Counter – Terrorism Financing Act 2006** [Online], available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00011/>, 2020 (December, 21).

Also, Section 4 of the Act provides that: “A reporting entity is a financial institution or other person, who provides designated services.” One of the designated services listed in Table 2 of Section 6 thereto is: “...selling bullion, where the selling is in the course of carrying on a bullion-dealing business...” Bullion has been defined as gold in the form of bars, ingots, plates, wafers or similar forms, or in coins, used for trading.<sup>14</sup> This is defined by AUSTRAC – the Australian government agency responsible for detecting, deterring and disrupting criminal abuse of the financial system.<sup>15</sup>

Section 5 of the AML & CTF Act 2006 has stipulated clearly that a bullion seller includes: “...(a) an individual...” and such individual bullion seller has the duty to report the transaction, regardless of the amount of the transaction involved. The prevention of money laundering here acts on placing the reporting duty on a broad spectrum of gold sellers. This seems to indicate that Sections 5, 4 and Table 2 of Section 6 aim at preventing money laundering at the point of selling gold rather than the persons involved in the sale transaction. The trade-based money launderer has no means of laundering money when there is hardly any available outlet to purchase gold without having to reveal his, hers or its identity.

## 5.2 Canada

Sections 5 (L) and 6 of Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act (“PCMLTFA”) S.C. 2000, c.17 provides for individual gold sellers selling gold at 10,000 Canadian Dollars or more per transaction has the duties of record keeping and verifying the identity of the customer.<sup>16</sup> Therefore, a

---

<sup>14</sup> AUSTRAC for the Commonwealth of Australia, **Definition of Bullion** [Online], available URL: <https://www.austrac.gov.au/bullion/>, 2020 (December, 21).

<sup>15</sup> AUSTRAC for the Commonwealth of Australia. **AUSTRAC overview**. [Online], available URL: <https://www.austrac.gov.au/about-us/austrac-overview/>, 2020 (December, 21).

<sup>16</sup> Department of Justice, Canada, Justice Laws Website, **Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act S.C. 2000, c.17** [Online], available URL: <https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/page-1.html#h-398160/>, 2020 (December, 21).

transaction at lesser than 10,000 Canadian Dollars is not subjected to these record keeping and identity verification duties.<sup>17</sup>

It can be said that Sections 5 (L) and 6 of the PCMLTFA limits record keeping and identity verification to 10,000 Canadian Dollars per transaction may have provided a window for trade-based money laundering to be practiced by a gold purchaser, as compared to Sections 5, 4 and Table 2, Section 6 of the AML & CTF Act 2006 of Australia which require gold sellers to have to report any sales transaction (see also Figure 1 below). A trade-based money launderer in Canada is able to purchase gold from a seller, or from different sellers over numerous occasions, at the purchase price of lesser than 10,000 Canadian Dollars per transaction, without having to reveal his, hers or its identity and have records kept on the details of the transaction.

However, the prevention and suppression of money laundering provisions of Sections 5 (L) and 6 of the PCMLTFA remain more efficient than Section 16 (2) of the PSMLA as they apply to individual sellers of gold as well.

### 5.3 Malaysia

In Malaysia all sellers and purchasers of gold, gold coin and bullion must be first authorized by the Governor of the Bank Negara Malaysia, Malaysia's central bank. This is provided for by Sections 3 and 4 of the Exchange Control Act 1953 ("ECA 1953"). Section 4 (1) of the ECA 1953 provides: "Except with the permission of the Controller, no person, other than an authorized dealer, shall, in Malaysia buy or borrow any gold ... from, or sell or lend any gold ... to, any person other than an authorized dealer." And Section 3 defines the Controller as the Governor of the Bank Negara Malaysia.<sup>18</sup> These provisions restrict the possibility for sale of gold by individual sellers who are not authorized by the Controller.

---

<sup>17</sup>Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, **Financial Transactions That Must Be Reported** [Online], available URL: <https://www.fintrac-canafe.gc.ca/re-ed/dpms-eng/>, 2020 (December, 21).

<sup>18</sup>Commonwealth Legal Information Institute, **Exchange Control Act 1953** [Online], available URL: [http://www.commonlii.org/my/legis/consol\\_act/eca19531969245/](http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/eca19531969245/), 2020 (December, 21).

Furthermore, authorized gold dealers have the duty to conduct customer due diligence on the customer for a cash transaction amount equivalent to 50,000 Malaysian Ringgit or more.<sup>19</sup> This applies to a single transaction or through several transactions in a day that appear to be linked. Also, the dealer has the duties to: report any cash transaction equivalent to 25,000 Malaysian Ringgit or more in a single or multiple cash transactions within the same account in a day<sup>20</sup>, conduct suspicious transaction reporting<sup>21</sup> to the Bank Negara Malaysia and keep records on the details of the transaction, for example, customer's identification details, beneficiary details etc<sup>22</sup>. These are duties provided by the Anti-Money Laundering, Countering Financing of Terrorism and Targeted Financial Sanctions for Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs) and Non-Bank Financial Institutions (NBFIs) Policy Document, effective on January 1, 2020 ("Policy Document") issued under the Anti-Money Laundering, Anti-Terrorism Financing and Proceeds of Unlawful Activities Act 2001 ("AMLA Malaysia").

In examining the laws of Malaysia, it can be said that despite the various duties placed on the sellers of gold by the Policy Document, the legal requirement pursuant to Sections 3 and 4 of the ECA 1953 for any sellers of gold to be authorized by the Governor of the Bank Negara Malaysia has to a certain extent provided a first line of defense against any intentional or unintentional money laundering by sellers of gold. Absence of law mandating the requirement for

---

<sup>19</sup>Bank Negara Malaysia, Central Bank of Malaysia, **Anti-Money Laundering, Countering Financing of Terrorism and Targeted Financial Sanctions for Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs) & Non-Bank Financial Institutions (NBFIs) (AML/CFT and TFS for DNFBPs and NBFIs) (2020)**. [Online], available URL: <https://www.bnm.gov.my/-/anti-money-laundering-countering-financing-of-terrorism-and-targeted-financial-sanctions-for-designated-non-financial-businesses-and-professions-dnfbps-non-bank-financial-institutions-nbfis-aml/cft-and-tfs-for-dnfbps-and-nbfis-1/>, 2020 (December, 22).

<sup>20</sup>Ibid, p. 54.

<sup>21</sup>Ibid, p. 56.

<sup>22</sup>Ibid, p. 61.

authorized gold sellers removed this very first line of defense against money laundering by purchase of gold, and having to rely solely on the laws legislated pursuant to the recommendations by FATF. As for Thailand, the recommendations of FATF on customer due diligence and customer identification do not even apply to individual gold sellers.

#### 5.4 Singapore

Similar to Malaysia, all sellers of gold in Singapore must be registered as a regulated dealer. This is mandated by Section 6 (1) of The Precious Stones and Precious Metals (Prevention of Money Laundering and Terrorism Financing) Act 2019 (“Precious Metal Act 2019”).<sup>23</sup> Section 2 of the Act defines a regulated dealer as “...any person who carries on – (a) a business of regulated dealing; or (b) business as an intermediary for regulated dealing, ...” and “...regulated dealing...” here “...means doing any of the following: ...(c) selling or offering for sale any precious stone, precious metal or precious product;...”. “...Precious metal...” is defined in Part 1 of the Schedule to the Act as including gold.

A gold dealer would have to be registered as a regulated dealer with the Registrar of Regulated Dealers who is appointed by the Minister of Law<sup>24</sup>. There are however two exceptions to the rule on registration as a regulated dealer: (i) pawnshops regulated under the Pawnbroker’s Act 2015 which has its own anti-money laundering provisions; and (ii) one-off purchasers of gold who purchased gold for subsequent resale to secondhand dealers are regulated by the Secondhand Goods Dealers Act 2008.

---

<sup>23</sup>Singapore Statutes Online, **The Precious Stones and Precious Metals (Prevention of Money Laundering and Terrorism Financing) Act 2019** [Online], available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PSPMPMLTFA2019/>, 2020 (December, 22).

<sup>24</sup>Section 4 of the Precious Metal Act 2019.

Regulated gold dealers are required by the Precious Metals Act 2019 to:

- (i) conduct customer due diligence before entering into the transaction (Section 16),
- (ii) provide cash transaction reporting on any cash transaction (Section 17); and (iii) keep records on all transactions, regardless of whether the transaction have been completed or not (Section 18).

As explained above, Section 2 of the Precious Metal Act 2019 applies to “...any person...” who carries on a business of regulated gold dealing or act as an intermediary for regulated gold dealing. This applies to both individuals and juristic persons. Furthermore, the legal requirement mandating sellers of gold to have to be registered as regulated dealers closed out the possibility for individual sellers of gold to be involved in money laundering activity. This is in itself the first line of defense against money laundering as the regulated dealer has to conduct customer due diligence from the onset, reporting the transaction if gold is to be purchased with cash and maintaining records. These may deter illicit money from being laundered for gold.

It is observed that both the AML & CTF Act 2006 of Australia and the Precious Metal Act 2019 of Singapore focus on the money laundering activity through sale of gold by any kind of person, without any limitation on the transaction amount involved (see Figure 1 below). The ECA 1953 and Policy Document of Malaysia and the PCMLTFA of Canada also deter money laundering activity through sale of gold by any kind person but such intended transaction must be above a certain amount i.e. 50,000 Malaysian Ringgit or above for Malaysia and 10,000 Canadian Dollars for Canada. These exclude from the respective laws sale of gold transactions that are below these prescribed amounts.

Figure 1

| LEGALIZING GOLD SELLING BY AN INDIVIDUAL |                                                                                                                                             |                                                                                                   |
|------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                          | Gold Selling Activity                                                                                                                       | Authorized by Central Governing Body                                                              |
| Australia                                | Individual gold seller has duty to report the transaction.                                                                                  | x                                                                                                 |
| Canada                                   | Individual gold seller has duties of record keeping and verifying customer's identity for a transaction at 10,000 Canadian Dollars or more. | x                                                                                                 |
| Malaysia                                 | X                                                                                                                                           | All sellers of gold must be authorized by Central Bank.                                           |
| Singapore                                | X                                                                                                                                           | All sellers of gold must be registered as a regulated dealer with Registrar of Regulated Dealers. |

## 6. Suitable Amendment for Section 16 (2) of the PSMLA

A common feature of the laws of the four countries surveyed above is there is no restriction on the kind of person whom the anti-money laundering law is applicable to, there is limitation on the cash amount involved in the sale of gold transaction for both the Canadian PCMLTFA and the Malaysian ECA 1953 and Policy Document though. It seems peculiar that Section 16 (2) of the PSMLA of Thailand specifically provides for application to juristic person, and not an individual gold seller. Section 16 (2) appears oddly incomplete and narrow in comparison with similar laws of Australia, Canada, Singapore and Malaysia (see Figure 1 above). Thus far, the researcher cannot ascertain any reason for this peculiarity from the laws and information made available.

Section 16 (2) was added into the PSMLA pursuant to Section 3 of PSMLA No.3 because money proceeds of crime was laundered through non-financial institutions and thereby renders the need for expanding Section 16 to include non-financial businesses and professions or DNFBP, one of which are gold sellers. Section 16 (2) expands the duty of reporting cash transaction to the AMLO to sellers of gold who are juristic persons only. This does not thoroughly carry out the intention for amending Section 16 as express in the end note of PSMLA No.3. Also, to a large extend, it does not comply with the objective of the Policy Statement and recommendation Numbers. 22 and 23 by FATF which categorize dealers in precious metals as one of the DNFBPs that has to carry out CDD, record-keeping and suspicious transaction reporting.

The anti-money laundering laws of Australia, Canada, Malaysia and Singapore surveyed above have legislate their laws to apply to any kind of gold sellers, whether being juristic person or individuals. Whilst the laws of these countries focus on regulating gold sellers and/or placing the duties of: record keeping, verifying customer identity, conducting customer due diligence and transaction reporting on gold sellers. These appear to be more in line with the recommendation of FATF on legislating anti-money laundering laws to include DNFBPs.

It appears from the Policy Statement and PSMLA No.3 that the Thai law intends to comply with, if not get adjusted to, the FATF recommendations on DNFBPs. Given this, the reporting duty of Section 16 (2) should logically be amended to apply to any kind of gold sellers, whether being juristic person or individual.

## 7. Conclusion

Section 16 (2), (3), (4) and (5) aim at preventing and suppressing of money laundering in transactions not carried out in financial institutions, or what is known as trade-based money laundering, by sellers of precious stones, metals, antiques, cars and real estates. This originates from the recommendations of FATF to include sellers of gold under the umbrella of DNFBP and be subjected to conducting

customer due diligence and customer verification duties. However, the current Section 16 (2) seems deficient in deterring money launderers from laundering their illicit money through individual gold sellers. With no reporting duty place on individual gold sellers, similar money laundering activity as that controlled by the Thai woman in custody in the Bangkok prison will likely arise again and again.

## Bibliography

- Anti-Money Laundering Office. **Measures for Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism Policy Statement on Compliance with the Know Your Customer (“KYC”) and Customer Due Diligence (“CDD”) for Financial Institutions and Designated Non-Financial Business and Professions (2007)** [Online]. Available URL: <http://www.amlo.go.th/index.php/en/search/detail/723/>, 2007 (February, 27).
- \_\_\_\_\_. **Ministerial Regulation – Designating the Cash Threshold Which Businesses and Professions under Section 16 shall Report to the Anti-Money Laundering Office B.E.2554 (2011) Article 2 (1)** [Online]. Available URL: <https://www.amlo.go.th/index.php/en/aml-cft-laws-policy-measures/2016-06-04-14-55-30/detail/5140/>, 2020 (December, 24).
- Asia Pacific Group on Money Laundering. **Members & Observers** [Online]. Available URL: [<http://www.apgml.org/members-and-observers/members/details.aspx?m=6ff62559-9485-4e35-bf65-305f07d91b05/>], 2020 (August, 24).
- Associated Press. **With Price High, Thais With Dwindling Incomes Sell Off Gold** [Online]. Available URL: [https://www.khaosodenglish.com/news/business/2020/04/17/with-price-high-thais-with-dwindling-incomes-sell-offgold/?fbclid=IwAR0dFQgpvuNzDSqhFXpAWDNeR2hYuxH426w2ure3ljvxRHLQSS\\_ouJyndfs/](https://www.khaosodenglish.com/news/business/2020/04/17/with-price-high-thais-with-dwindling-incomes-sell-offgold/?fbclid=IwAR0dFQgpvuNzDSqhFXpAWDNeR2hYuxH426w2ure3ljvxRHLQSS_ouJyndfs/), 2020 (April, 17).
- AUSTRAC for the Common wealth of Australia. **AUSTRAC overview** [Online]. Available URL: <https://www.austrac.gov.au/about-us/austrac-overview/>, 2020 (December, 21).
- \_\_\_\_\_. **Defination of Bullion** [Online]. Available URL: <https://www.austrac.gov.au/bullion/>, 2020 (December, 21).
- Bangkok Post. **Gold shops, Drugstores Targeted for Tax** [Online]. Available URL: [https://www.bangkokpost.com/business/1080876?fbclid=IwAR1L\\_nzU1v\\_14LLb7XKP65jnSI7sQnb8-tQtr8B8rk6RP49xuZu9gQuY0dY/](https://www.bangkokpost.com/business/1080876?fbclid=IwAR1L_nzU1v_14LLb7XKP65jnSI7sQnb8-tQtr8B8rk6RP49xuZu9gQuY0dY/), 2016 (September, 8).

- Bangkok Post. **Thailand Targets Narco Millions Hidden In Gold, Steel and Crypto** [Online]. Available URL: <https://www.bangkokpost.com/world/1941520/thailand-targets-narco-millions-hidden-in-gold-steel-and-crypto/>, 2020 (June, 26).
- Bank Negara Malaysia. Central Bank of Malaysia. **Anti-Money Laundering, Countering Financing of Terrorism and Targeted Financial Sanctions for Designated Non-Financial Businesses and Professions (DNFBPs) & Non-Bank Financial Institutions (NBFIs) (AML/CFT and TFS for DNFBPs and NBFIs) (2020)** [Online]. Available URL: <https://www.bnm.gov.my/-/anti-money-laundering-countering-financing-of-terrorism-and-targeted-financial-sanctions-for-designated-non-financial-businesses-and-professions-dnfbps-non-bank-financial-institutions-nbfis-aml/cft-and-tfs-for-dnfbps-and-nbfis-1/>, 2020 (December, 22).
- Cassara A. John, **Trade - Based Money Laundering – The Next Frontier in International Money Laundering Enforcement** (New Jersey: John Wiley & Sons Inc., 2016), p.2.
- Commonwealth Legal Information Institute. **Exchange Control Act 1953** [Online]. Available URL: [http://www.commonlii.org/my/legis/consol\\_act/eca19531969245/](http://www.commonlii.org/my/legis/consol_act/eca19531969245/), 2020 (December, 21).
- Department of Justice. Canada. Justice Laws Website. **Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act S.C. 2000, c.17** [Online]. Available URL: <https://lois-laws.justice.gc.ca/eng/acts/P-24.501/page-1.html#h-398160/>, 2020 (December, 21).
- FATF. **International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism and Proliferation – The FATF Recommendation (Updated June 2019)** [Online]. Available URL: <https://www.fatf-gafi.org/about/membersandobservers/>, 2020 (August, 23).
- Federal Register of Legislation. The Office of Parliamentary Counsel. Australia. **Anti-Money Laundering and Counter – Terrorism Financing Act 2006** [Online]. Available URL: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2019C00011/>, 2020 (December, 21).

- Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada. **Financial Transactions That Must Be Reported** [Online]. Available URL: <https://www.fintrac-canafe.gc.ca/re-ed/dpms-eng/>, 2020 (December, 21).
- Kuhakan, Jiraporn and Satawasin Staporncharnchai. **Cash-Strapped Thais Rush to Sell Gold as Coronavirus Hits Economy** [Online]. Available URL: <https://www.reuters.com/article/us-health-coronavirus-thailand-gold-idUSKCN21Y1FO?fbclid=IwAR3-yPQburlMiXL6ssnTZAefMFw53PikO9gBscxill65GSFlaoYytDO92Y/>, 2020 (April, 16).
- Singapore Statutes Online. **The Precious Stones and Precious Metals (Prevention of Money Laundering and Terrorism Financing) Act 2019** [Online]. Available URL: <https://sso.agc.gov.sg/Act/PSPMPMLTFA2019/>, 2020 (December, 22).
- The Nation. **Initial Capital Requirement for Gold Traders to Be Increased** [Online]. Available URL: [https://www.nationthailand.com/Corporate/30218394?fbclid=IwAR0i6O\\_Hh5q3fwWEmfXdqCTAK8ZH43Bcb25XdJ2aZPBiAZujPlCVcGTbul0/](https://www.nationthailand.com/Corporate/30218394?fbclid=IwAR0i6O_Hh5q3fwWEmfXdqCTAK8ZH43Bcb25XdJ2aZPBiAZujPlCVcGTbul0/), 2013 (October, 31).
- United Nations Office of Drugs and Crime. **Thailand's Development of AML-CFT Regime, Chapter IV** [Online]. Available URL: [https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/2009/02/TOCAMLO/09-CHAPTER\\_IV.pdf/](https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific/2009/02/TOCAMLO/09-CHAPTER_IV.pdf/), 2020 (August, 24).

มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการสร้างป่าเอกชน:  
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายป่าไม้ของ  
ประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษตร



**มาตรการทางกฎหมายเพื่อส่งเสริมการสร้างป่าเอกชน:  
ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย \***  
**Legal Measures for Promoting Private Forests:  
a Comparative Study of Forest Laws of France and Thailand**

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัทราวรรณ รัตนเกษตร \*\*  
Assistant Professor Dr.Patrawan Rattanakaset

**บทคัดย่อ**

มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ส่งผลให้ไม้ที่ขึ้นในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไม่เป็นไม้หวงห้าม เพื่อก่อให้เกิดแรงจูงใจแก่เอกชนที่จะปลูกไม้ในที่ดินของตนเองในลักษณะของป่าเอกชนนอกเหนือจากการทำสวนป่าตามพระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 ซึ่งอาจเกิดปัญหาการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้และการจัดการป่าอย่างยั่งยืนในพื้นที่ป่าเอกชน ดังนั้นเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายในการจัดการ

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนการคุ้มครองผืนป่าข้ามพรมแดนของประเทศไทยและประเทศในกลุ่มอาเซียน” โดยได้รับทุนสนับสนุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (สกสว.) ประจำปี พ.ศ.2561.

This article is a part of research title “Legal measures for promoting cross-border forest protection in Thailand and ASEAN Countries.” This research is funding by Thailand Science Research and Innovation (TSRI), 2018.

\*\*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา; น.บ. มหาวิทยาลัยพายัพ; น.ม. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; Docteur en droit (privé) (mention très honorable) Aix-Marseille Université, France. E-mail: patrawan.ra@up.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, University of Phayao; LL.B. Payap University; LL.M. Ramkhamhaeng University; Docteur en droit (privé) (mention très honorable) Aix-Marseille Université, France.

วันที่รับบทความ (received) 2 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 22 กุมภาพันธ์ 2564.

ป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นหนึ่งในสามของประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปที่มีการจัดการป่าเอกชนอย่างเป็นระบบ

ผลการศึกษาพบว่า การนำการจัดการป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของฝรั่งเศสมาปรับใช้กับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับป่าเอกชนของประเทศไทยให้เกิดประสิทธิผลได้ ต้องประกอบด้วย 1) กำหนดให้เอกชนผู้เป็นเจ้าของป่ามีหน้าที่บำรุงและจัดการป่าอย่างยั่งยืนภายใต้แผนจัดการป่าเอกชน 2) กำหนดจำนวนเนื้อที่ซึ่งต้องทำแผนและกำหนดให้ชัดเจนว่า กรณีใดได้รับการยกเว้นไม่ต้องทำแผนจัดการป่าเอกชน แต่ยังคงอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมและตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้

**คำสำคัญ:** ป่าเอกชน, การจัดการป่าอย่างยั่งยืน, แผนจัดการป่าเอกชน

### Abstract

Section 7 of the Forest Act (No. 8) B.E. 2562 allows the trees, which grow on lands with the right of ownership or right of possession under the Land Code, or with the permission to use in accordance with the letter of rights prescribed by the Minister with the approval of the Council of Ministers of Thailand, will not be regarded as the reserved timber. These attempts to encourage the private sector to plant trees in their own land in the form of a private forest which is different from the forest plantation under the Forest Plantation Act B.E. 2535. However, this may lead to problems relating to the inspection of the origin of timber and sustainable forest management in private forest areas. Therefore, in order to find solutions to solve such problems in Thailand, this research will study the legal measures for the management of private forests under French forest law in comparison with Thailand. This is because France is one of the three EU member states that has the effective systematic management of the private forest.

The research proposes tighten order to apply the approach on the private forest management in the French forest law to the laws related to private forests in Thailand effectively, it is necessary to carry out the following task: 1) To require the private forest owners to have the responsibility in maintaining and managing forests in a sustainable way in accordance with the private forest management plan; and 2) To determine the amount of area which are required to make the private forest management plan and clearly indicate what circumstance should be exempted and does not require to make the private forest management plan, but this should remain under the supervision of the authorities in order to control and monitor the source of the timber.

**Keywords:** private forests, sustainable forest management, forest management plan

## 1. บทนำ

พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562 มาตรา 7 บัญญัติว่า "ไม้ชนิดใดที่ขึ้นในป่าจะให้ป็นไม้หวงห้ามประเภทใด ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา สำหรับไม้ทุกชนิดที่ขึ้นในที่ดินมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่เป็นไม้หวงห้าม หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้าม" วัตถุประสงค์ของการแก้ไขกฎหมายก็เพื่อให้ “ไม้” ที่ขึ้นหรือปลูกขึ้นบนที่ดินเอกชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไปและสามารถตัดไม้ในที่ดินของตนเองได้ ไม่เป็นความผิดดังที่เป็นปัญหาในอดีต และเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนปลูกต้นไม้ในที่ดินของตนเองซึ่งจะทำให้ประชาชนมีรายได้จากการประกอบอาชีพปลูกไม้เศรษฐกิจ ซึ่งต่อไปนี้สามารถปลูกและตัดได้โดยไม่เป็นไม้หวงห้ามและอาจสนใจให้ที่ดินของเอกชนที่มีอยู่ประมาณ 42.74% หรือประมาณ 138 ล้านไร่ ในจำนวนนี้มีนายทุนครอบครองอยู่ประมาณ 70% หรือประมาณ 96 ล้านไร่ ที่ถูกปล่อยให้รกร้างว่างเปล่านำมาใช้ประโยชน์มากขึ้น ด้วยการปลูกไม้ยืนต้นและตัดได้โดยไม่ผิดกฎหมาย<sup>1</sup>

มาตรา 7 ทำให้ไม้ที่ขึ้นอยู่และไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือ ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ไม่เป็นไม้หวงห้าม ส่งผลให้การทำไม้ การแปรรูปไม้ และการนำเคลื่อนย้ายไม้ตามมาตรา 7 สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่<sup>2</sup> เนื่องจากไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป เปิดโอกาสให้เอกชนสามารถทำการปลูกไม้ในที่ดินตามมาตรา 7 ได้ ซึ่งเป็นคนละกรณีกับการทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 ถ้าหากผู้ปลูกไม้เลือกใช้ประโยชน์จากการปลูกไม้ตามมาตรา 7 อาจเกิดช่องทางการลักลอบตัดไม้นอกแปลงรวมเข้ามาในพื้นที่ไม้ที่ปลูก เพราะไม้ที่ปลูกตามมาตรา 7 ดังกล่าว ไม่ใช้การทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า จึงไม่น่าหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนสวนป่ามาใช้บังคับ ซึ่งส่งผลให้มีการใช้มาตรา 7 เป็น

<sup>1</sup>ระบบฐานข้อมูลการผลิต การบริการและการบริโภคที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม, ประกาศราชกิจจานุเบกษา “ไม้หวงห้าม” แล้ว ปลูกที่ดินกรรมสิทธิ์ได้ขายได้ นิรโทษคดีเก่า [Online], available URL: <https://scpdatacenter.deqp.go.th/newsdetail.php?id=633,2563> (ธันวาคม, 6).

<sup>2</sup>กรมป่าไม้, “หนังสือที่ ทส. 1613.5.3/11404 เรื่อง การรับรองไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน,” วันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ.2562.

ช่องทางในการช่วยปลูกไม้หวงห้ามนอกแปลงโฉนดที่ดินเข้าไปสวมสิทธิในที่ดินมีโฉนดของชาวบ้าน โดยอ้างว่าเป็นไม้ที่ถูกตัดตามกฎหมาย<sup>3</sup>

นอกจากนี้อาจมีปัญหาบางประการเกี่ยวกับการจำแนกแหล่งที่มาของไม้ แม้ว่ามาตรา 18/1 พระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ได้กำหนดเรื่องการรับรองไม่ว่า “...เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้” ซึ่งหมายความว่า ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของผู้เป็นเจ้าของไม่ว่าจะขอหนังสือรับรองไม้หรือไม่ก็ได้ แต่ก็อาจถูกเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานต่างๆ ขอตรวจสอบความถูกต้องของไม้ได้เช่นกัน ซึ่งมาตราดังกล่าวอาจก่อให้เกิดปัญหา 2 ประการ คือ 1) ทำให้เกิดความสับสนของผู้เป็นเจ้าของไม่ว่า จำเป็นต้องขอหนังสือรับรองไม้หรือไม่ เพราะหากมีเจ้าหน้าที่ตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้แต่ไม่มีหนังสือรับรองก็ย่อมมีความผิด เพราะไม่สามารถแสดงแหล่งที่มาของไม้ว่าเป็นไม้ที่ชอบด้วยกฎหมาย 2) อาจเกิดช่องทางการคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่ต่อการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ เพราะหากเป็นไม้ที่มาจากที่ดิน ตามมาตรา 7 ซึ่งไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป ก็อาจทำให้เกิดการลักลอบขนย้ายไม้จากธรรมชาติเพื่อกล่าวอ้างว่าเป็นไม้ตามมาตรา 7

สำหรับการปลูกป่าเอกชนในลักษณะการทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 (และที่แก้ไข) นั้น ภายหลังจากการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าเจ้าของสวนป่าสามารถตัดไม้ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตแต่ต้องแจ้งการตัดไม้ต่อเจ้าหน้าที่และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขอื่นๆ ในการทำสวนป่าตามที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งไม่มีแผนการจัดการสวนป่าอย่างยั่งยืนในระยะยาวและสิทธิประโยชน์อย่างอื่นที่ผู้ปลูกสวนป่าจะได้รับนอกเหนือจากการตัดไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต นอกจากนี้ยังมีประเด็นที่น่าพิจารณาอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายสวนป่าไม่ได้กำหนดจำนวนพื้นที่ขั้นต่ำในการทำสวนป่าสำหรับเอกชน จึงอาจทำให้เกิดกรณีการปลูกไม้หวงห้ามไว้ใช้สอยจำนวนไม่มากในที่ดินของตนเองหรือในพื้นที่จำนวนเล็กน้อย ซึ่งประชาชนอาจจะไม่เลือกขึ้นทะเบียนสวนป่า เพราะไม่ได้มุ่งหมายเพื่อการค้า หรือในกรณีที่ปลูกไม้หวงห้ามในที่ดินของตนเองในพื้นที่จำนวนมากแต่ไม่ต้องการขึ้นทะเบียนสวนป่า เพราะไม่ต้องการปฏิบัติตามเงื่อนไขและขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายส่งผลให้ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าว ห้ามตัด ห้ามแปรรูป และห้ามเคลื่อนย้าย หากยังไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ ทำให้ไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจของเอกชนในการปลูกสร้างสวนป่าเพื่ออุตสาหกรรมป่าไม้อย่างแท้จริง

---

<sup>3</sup>ข่าวไทยพีบีเอส, ปลดล็อก ม. 7 พ้นพิษ “ทสจ.” เอี่ยวแก๊งตัดยางนาสวมส่งขายจีน [Online], available URL: <https://news.thaipbs.or.th/content/285353>, 2562 (ตุลาคม, 21).

ดังนั้นเพื่อหาแนวทางแก้ปัญหาช่องว่างของมาตรา 7 และพัฒนาการทำสวนป่าเอกชนตาม พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 จึงศึกษาการจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นประเทศที่มีการจัดการป่าเอกชนอย่างเป็นระบบและเป็นวิธีการที่ใช้ในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปมาศึกษาเปรียบเทียบกับป่าเอกชนของไทย ตาม พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 และ มาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 เพื่อนำลักษณะเด่นของการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับการปลูกไม้ของเอกชนของไทย โดยเฉพาะการจัดการป่าเอกชนในที่ดินมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และในกรณีที่มีการปลูกไม้จำนวนมากและกรณีการปลูกไม้จำนวนเล็กน้อยเพื่อใช้สอยตลอดจนมาตรการป้องกันการสวมสิทธิโดยอ้างว่าเป็นไม้ที่ชอบด้วยกฎหมาย

ดังนั้นการศึกษานี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาลักษณะป่าเอกชนตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ พ.ร.บ.สวนป่า และ มาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 2) ศึกษาการจัดการป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศส 3) เปรียบเทียบความเหมือนและแตกต่างพร้อมก็นำลักษณะเด่นของการจัดการป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้ให้เหมาะสมกับการทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 และ มาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562 4) เสนอแนะแนวทางพัฒนาการทำป่าเอกชนของไทยให้เหมาะสมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายและเพื่อให้มีการจัดการป่าเอกชนอย่างยั่งยืน

## 2. ลักษณะของป่าเอกชนตามกฎหมายไทย

แม้ว่าใน พ.ร.บ.ป่าไม้ ของไทยไม่มีการกำหนดการจัดการไม้และป่าเอกชนแยกเป็นหมวดหมู่ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่าเอกชนสามารถปลูกสร้างสวนป่าภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 และมาตรา 7 พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ที่สนับสนุนให้เอกชนปลูกไม้ในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป ซึ่งอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีลักษณะสนับสนุนให้มีป่าเอกชนเกิดขึ้นในประเทศไทยเช่นกัน โดยมีสาระสำคัญดังนี้

## 2.1 พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535 (และที่แก้ไขเพิ่มเติม)

พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อการค้าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น รวมถึงรับรองและคุ้มครองสิทธิการทำไม้หวงห้ามที่ได้จากการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อเป็นการส่งเสริมอาชีพให้ประชาชนมีงานทำและผลิตไม้เพื่อเป็นสินค้าตลอดจนเพิ่มพื้นที่ทำให้ไม้มีปริมาณมากขึ้น และเพื่อให้ผู้ที่ทำการปลูกสร้างสวนป่ามีความมั่นใจในสิทธิและประโยชน์ที่จะได้รับจากการสร้างสวนป่า เช่น การได้รับยกเว้นค่าภาคหลวงและการไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎเกณฑ์บางประการตามที่กำหนดไว้ใน พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ศ.2484<sup>4</sup> ทั้งนี้คำนิยามของคำว่า “สวนป่า” หมายความว่า ที่ดินที่ได้ขึ้นทะเบียนเพื่อทำการปลูกและรักษาต้นไม้<sup>5</sup>

สำหรับขอบเขตที่ดินที่จะขอขึ้นทะเบียนสวนป่าตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นที่ดินประเภทหนึ่งประเภทใดดังต่อไปนี้

1) ที่ดินที่มีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่ โฉนดที่ดิน 6 แบบ คือ น.ส. 4 น.ส. 4 ก. ข. ค. ง. โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และหนังสือรับรองการทำประโยชน์ น.ส. 3 น.ส. 3 ก. น.ส. 3 ข.

2) ที่ดินที่มีหนังสือของทางราชการรับรองว่าที่ดินดังกล่าวอยู่ในระยะเวลาที่อาจขอรับโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ เนื่องจากได้มีการครอบครองและเข้าทำกินในที่ดินดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยการจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมหรือตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพไว้แล้ว ได้แก่ หนังสือแสดงการทำประโยชน์ในนิคมสร้างตนเอง (น.ค. 3) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ในนิคมสหกรณ์ (กสน. 5)

3) ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่มีหลักฐานการอนุญาต การเช่า เช่าซื้อ การโอนหรือการตกทอดทางมรดก ได้แก่ ส.ป.ก. 4-01 ส.ป.ก. 4-01 ก. ส.ป.ก. 4-01 ข. สัญญาเช่า สัญญาเช่าซื้อ และสัญญาเช่าซื้อขายที่ดิน

4) ที่ดินที่มีหนังสืออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติให้บุคคลทำประโยชน์และอยู่อาศัย หรือปลูกป่าหรือไม้ยืนต้นภายในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ หรือทำการบำรุงป่าหรือปลูกสร้างสวนป่าหรือไม้ยืนต้นในเขตป่าเสื่อมโทรม ได้แก่ สทก. 1 ข หรือ ป.ส. 31

5) ที่ดินที่มีใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ให้ทำสวนป่า ซึ่งเป็นที่ดินที่มีใบอนุญาตตาม พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ศ.2484

<sup>4</sup> “พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535,” *ราชกิจจานุเบกษา* เล่ม 109 ตอนที่ 20 ก (วันที่ 13 มีนาคม 2535): 7.

<sup>5</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่2) พ.ศ.2558, มาตรา 3.

6) ที่ดินที่ได้ดำเนินการเพื่อการปลูกป่าโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ ที่ดินข้อ (6) นี้ มิได้กำหนดว่าเป็นที่ดินประเภทใด แต่ต้องเป็นที่ดินของทบวงการเมือง รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งได้ดำเนินการเพื่อการปลูกป่า อาจเป็นป่าที่สาธารณะประโยชน์ ที่ราชพัสดุ ดังนั้นการขึ้นทะเบียนให้ใช้หลักฐานโฉนดที่ดิน หนังสือรับรองประโยชน์ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือหลักฐานแสดงการมีสิทธิใช้ประโยชน์ที่ดินนั้น

การขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า มาตรา 5 แห่ง พ.ร.บ.สวนป่า กำหนดว่า ผู้มีกรรมสิทธิ์สิทธิครอบครอง หรือผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดินตามมาตรา 4 (ที่ดิน 6 ประเภทดังกล่าวข้างต้น) ประสงค์จะใช้ที่ดินนั้นทำสวนป่าเพื่อการค้าให้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยเอกสารหรือหลักฐานตามที่ระบุไว้ในแบบคำขอ ซึ่งรายละเอียดในแบบคำขอขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าประกอบด้วย ชื่อ ที่อยู่ เลขที่บัตรประชาชน หลักฐานความเป็นเจ้าของที่ดินหรือผู้มีสิทธิใช้ประโยชน์ในที่ดิน หลักฐานการเช่าหรือเช่าซื้อที่ดินและหนังสือยินยอมของผู้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในที่ดินนั้นที่แสดงว่าอนุญาตให้ทำสวนป่าได้ แผนที่สังเขปแสดงที่ตั้ง เขตติดต่อและแนวเขตที่ดินที่ขอขึ้นทะเบียน จำนวนเนื้อที่ และต้องระบุชนิดของพันธุ์ไม้ จำนวนไม้ อายุของไม้ ที่ทำการปลูกและบำรุงรักษาในที่ดินที่นำมาขึ้นทะเบียนสวนป่า พร้อมทั้งจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ได้ทำการปลูกและบำรุงรักษา<sup>6</sup> ตามบัญชีรายชื่อชนิดของพันธุ์ไม้ที่เหมาะสมในการทำสวนป่าแต่ละพื้นที่โดยเฉพาะไม้หวงห้าม อาทิ สัก พะยูง ชิงชัน แดง ประดู่ป่า เป็นต้น รวมถึงจัดทำป้ายชื่อและหลักเขตหรือเครื่องหมายแสดงแนวเขตที่ดินที่ได้ขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่าให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า

หากที่ดินที่ขอขึ้นทะเบียนเป็นที่ดินที่ตามมาตรา 4 (4) มีหนังสืออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติให้บุคคลทำประโยชน์และอยู่อาศัย หรือปลูกป่าหรือไม้ยืนต้นภายในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ หรือทำการบำรุงป่าหรือปลูกสร้างสวนป่าหรือไม้ยืนต้นในเขตป่าเสื่อมโทรมหรือ (5) ที่ดินที่มีใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ให้ทำสวนป่า ให้นายทะเบียนสั่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกไปตรวจสอบและทำรายงานเกี่ยวกับสถานที่ตั้ง สภาพที่ดิน ชนิด ขนาด และจำนวนไม้ที่มีอยู่เดิมตามธรรมชาติ ตลอดจนรายละเอียดที่ดินที่ขอขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่า กรณีที่เป็นไม้หวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ หรือไม้ที่การทำไม้ต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่จัดทำในรายงานให้ชัดเจน

<sup>6</sup>ราชกิจจานุเบกษา, ระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2562 [Online], available URL: [http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2563/E/037/T\\_0012.PDF](http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2563/E/037/T_0012.PDF), 2563 (ธันวาคม, 10).

ในการขึ้นทะเบียนสวนป่านั้นให้นายทะเบียนพิจารณาและแจ้งการสั่งรับหรือไม่รับขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนทราบ กรณีที่นายทะเบียนมีคำสั่งไม่รับขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าให้ผู้ยื่นคำขอมีสัทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีภายใน 30 วัน คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด<sup>7</sup>

### สิทธิและหน้าที่ของผู้ทำสวนป่า

เมื่อผู้ทำสวนป่าได้รับหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่าแล้วย่อมเกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยสวนป่า ดังนี้

#### สิทธิของผู้ทำสวนป่า ได้แก่

1) ผู้ทำสวนป่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม้และของป่าซึ่งได้มาจากการทำสวนป่า และผู้ทำสวนป่ามีสิทธิในการทำไม้ แปรรูปไม้ และเก็บของป่า การทำไม้ที่ได้มาจากการทำสวนป่า ผู้ทำสวนป่าอาจตัดหรือโค่นไม้ แปรรูปไม้ ค่าไม้ มีไว้ในครอบครอง และนำไม้เคลื่อนที่ผ่านด่านป่าไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้<sup>8</sup> และไม้จากสวนป่าไม่ต้องเสียค่าภาคหลวง ค่าบำรุงป่า และค่าธรรมเนียมตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ และกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ

2) สิทธิในการเก็บหา ค่า มีไว้ในครอบครอง หรือนำเคลื่อนที่ซึ่ง “ของป่า” จากสวนป่า เช่น ส่วนต่างๆ ของไม้ ถ่านไม้ น้ำมันไม้ ยางไม้ ครั่ง รวงผึ้ง น้ำผึ้ง ขี้ผึ้ง มูลค้างคาว และของป่าอื่นๆ ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายสวนป่า โดยไม่ต้องเสียค่าภาคหลวงและค่าบำรุงป่าตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้และกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ<sup>9</sup> แต่ต้องมีหนังสือรับรองและบัญชีแสดงรายการกำกับของป่าเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่<sup>10</sup> ตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี<sup>11</sup> เพื่อประโยชน์ในการรักษาระบบนิเวศหรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อระบบสมดุลของป่าไม้ แต่จะกำหนดค่าภาคหลวงไม่ได้<sup>12</sup>

#### หน้าที่ของผู้ทำสวนป่า ได้แก่

1) จัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ปลูก จัดทำตราประทับไม้ซึ่งต้องเป็นตราที่มีการรับรองจากนายทะเบียนโดยมีเครื่องหมายที่นายทะเบียนทำกำกับไว้ด้วย และก่อนตัดโค่น

<sup>7</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 6 วรรคสาม.

<sup>8</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558, มาตรา 10.

<sup>9</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 14/1 วรรคหนึ่ง.

<sup>10</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 14/1 วรรคสาม.

<sup>11</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 14/1 วรรคสี่.

<sup>12</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 14/1 วรรคสอง.

ต้องแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้เจ้าหน้าที่ออกหนังสือรับรองการแจ้ง และเมื่อแจ้งแล้วให้ผู้ทำสวนป่าดำเนินการตัดหรือโค่นไม้ดังกล่าวได้<sup>13</sup>

2) ต้องขอรับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสวนป่าในการใช้สถานที่แปรรูปไม้ซึ่งได้จากการทำสวนป่า<sup>14</sup>

3) ต้องมีใบสำคัญรับรองการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืนจากกรมป่าไม้ ในกรณีที่มีการส่งออกไม้ที่ได้จากการทำสวนป่า<sup>15</sup> โดยผู้ขอรับใบสำคัญยื่นใบรับคำขอต่อหน่วยรับรองเพื่อดำเนินการตรวจสอบสถานที่ตั้ง ชนิดของพันธุ์ไม้ และแผนการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืนตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ระบบการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืน เล่ม 1 มอก. 14061 หรือมาตรฐานระหว่างประเทศที่เป็นการยอมรับโดยทั่วไป<sup>16</sup>

4) เก็บรักษาหนังสือรับรองการแจ้งบัญชีรายการไม้และเอกสารสำคัญเกี่ยวกับการดังกล่าวไว้ที่สวนป่าเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบการตัดหรือโค่นไม้ในสวนป่าตามหลักเกณฑ์และระยะเวลาที่อธิบดีกำหนด<sup>17</sup>

5) การควบคุมและตรวจสอบการทำไม้จากการทำสวนป่า

เมื่อที่ดินได้รับการขึ้นทะเบียนเป็นสวนป่าแล้ว ให้ผู้ทำสวนปายินยอมให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปเก็บหาข้อมูลทางวิชาการและตรวจสอบการปฏิบัติตามเงื่อนไขการทำสวนป่าได้<sup>18</sup> สำหรับการควบคุมและตรวจสอบการตัดหรือโค่นไม้ในสวนป่านั้น แม้ว่ามาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติสวนป่าบัญญัติว่า ในการทำไม้ที่ได้มาจากการทำสวนป่า ผู้ทำสวนป่าอาจตัดหรือโค่นไม้ แปรรูปไม้ ค่าไม้ มีไว้ในครอบครอง และนำไม้เคลื่อนที่ผ่านด่านป่าไม้ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้<sup>19</sup> ก็ตาม แต่ก่อนการตัดหรือโค่นไม้ ให้ผู้ทำสวนป่าแจ้งเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อออกหนังสือรับรองการแจ้ง และเมื่อแจ้งแล้วให้ผู้ทำสวนป่าดำเนินการตัด

<sup>13</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 11.

<sup>14</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558, มาตรา 10/1.

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 8/1 วรรคสอง.

<sup>16</sup> ราชกิจจานุเบกษา, กฎกระทรวงการขอและการออกใบสำคัญรับรองการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืน พ.ศ.2561 [Online], available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/046/9.PDF>, 2563 (ธันวาคม, 10).

<sup>17</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 15.

<sup>18</sup> กฎกระทรวงการขอขึ้นทะเบียนและการออกหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2561, ข้อ 6 (3).

<sup>19</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558, มาตรา 10.

หรือโค่นไม้ดังกล่าวได้<sup>20</sup> ซึ่งในการตัดหรือโค่นไม้ ผู้ทำสวนป่าต้องเก็บรักษาหนังสือรับรองการแจ้งไว้ที่สวนป่าเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตลอดเวลาที่ทำการตัดหรือโค่นไม้<sup>21</sup> และให้เก็บรักษาหนังสือรับรองแจ้งตัดหรือโค่นไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าและหนังสือบัญชีแสดงรายการไม้ที่ได้มาจากการทำสวนป่าไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี นับแต่วันที่น่าไม้เคลื่อนที่ออกจากสวนป่าเสร็จสิ้นในแต่ละครั้งที่แจ้งตัดหรือโค่น เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้ทำสวนป่าจะทำลายเสียก็ได้<sup>22</sup> ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมและตรวจสอบเพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้นอกพื้นที่เข้ามาสวมสิทธิเป็นไม้ในพื้นที่ดินสวนป่า

การเก็บหา ค้า มีไว้ในครอบครอง หรือนำเคลื่อนที่ซึ่งของป่าจากสวนป่า ได้แก่ ไม้รวมทั้งส่วนต่างๆ ของไม้ ถ่านไม้ น้ำมันไม้ ยางไม้ ตลอดจนสิ่งอื่นๆ ที่เกิดจากไม้ พืชต่างๆ ตลอดจนสิ่งอื่นๆ ที่เกิดจากพืชนั้น ครั่ง รวงผึ้ง น้ำผึ้ง ขี้ผึ้ง และมูลค้างคาว ของป่าอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ไม่ต้องขออนุญาตและไม่ต้องเสียค่าภาคหลวงและค่าบำรุงตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ และกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ<sup>23</sup> แต่ต้องมีหนังสือรับรองและบัญชีแสดงรายการกำกับของป่าเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่<sup>24</sup> ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่อธิบดีกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี<sup>25</sup> หากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 เดือน หรือปรับไม่เกิน 5,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ในกรณีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการรักษาระบบนิเวศหรือเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ระบบความสมดุลของป่าไม้ อธิบดีโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีอาจออกประกาศกำหนดให้การเก็บหา ค้า มีไว้ในครอบครองหรือนำเคลื่อนที่ซึ่งของป่าที่ได้จากสวนป่า ต้องขอรับใบอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับวิธีการเก็บหาของป่าและปริมาณการเก็บของป่าก็ได้ แต่จะกำหนดค่าภาคหลวงไม่ได้<sup>26</sup>

มาตรการลงโทษหากฝ่าฝืนกฎหมายสวนป่า ได้แก่

มาตรการลงโทษทางปกครอง คือ เพิกถอนหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนสวนป่าสามารถทำได้เมื่อปรากฏว่าผู้ทำสวนป่าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขการทำสวนป่า หรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง

<sup>20</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 11.

<sup>21</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 12.

<sup>22</sup> ระเบียบกรมป่าไม้ ว่าด้วยการแจ้ง การออกหนังสือรับรองการแจ้งตัดหรือโค่นไม้ การเก็บรักษาหนังสือรับรองการแจ้ง บัญชีแสดงรายการไม้ เอกสารสำคัญที่เกี่ยวกับการดังกล่าว และหลักฐานแสดงการได้ไม้มาโดยชอบ พ.ศ.2563, ข้อ 8.

<sup>23</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 14/1 วรรคหนึ่ง.

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 14/1 วรรคสาม.

<sup>25</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 14/1 วรรคสี่.

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 14/1 วรรคสอง.

ของพนักงานเจ้าหน้าที่และนายทะเบียนมีคำสั่งให้ปฏิบัติให้ถูกต้องหรือจัดการแก้ไขให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดแล้ว แต่ผู้ทำสวนป่าไม่ปฏิบัติตามหรือไม่อาจแก้ไขให้ถูกต้องได้ ทั้งนี้ผู้ทำสวนป่าที่ถูกเพิกถอนหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าไม่มีสิทธินำที่ดินแปลงนั้นมายื่นคำขอขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า เว้นแต่จะล่วงพ้นระยะเวลามาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี นับแต่วันที่ถูกเพิกถอนหนังสือรับรองการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า<sup>27</sup> แต่ทั้งนี้ไม่ตัดสิทธิผู้ซึ่งถูกเพิกถอนอุทธรณ์คำสั่งต่อรัฐมนตรี<sup>28</sup>

#### มาตรการลงโทษทางอาญา

- 1) ผู้ทำสวนป่าฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามประกาศของอธิบดีกำหนดในการเก็บหา ค้ำ มีไว้ในครอบครอง หรือนำเคลื่อนที่ซึ่งของป่าโดยที่ต้องขอรับใบอนุญาตต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>29</sup>
- 2) ผู้ทำสวนป่าฝ่าฝืนไม่จัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ทำการปลูกและบำรุงรักษาตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท แต่ถ้าผู้ทำสวนป่าผู้ใดจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้อันเป็นเท็จต้องระวางโทษปรับสูงขึ้น คือ ปรับไม่เกิน 20,000 บาท<sup>30</sup>
- 3) ผู้ทำสวนป่าใช้สถานที่ทำการแปรรูปไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าโดยไม่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตต่อนายทะเบียน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>31</sup>

สรุป พ.ร.บ.สวนป่า ต้องการให้เอกชนนำไม้ที่ปลูกในที่ดินตามมาตรา 4 มาขอขึ้นทะเบียนสวนป่าอันเป็นการส่งเสริมให้มีการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อการค้าในที่ดินของรัฐและเอกชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยมีการรับรองและคุ้มครองสิทธิการทำไม้หวงห้ามที่ได้จากการปลูกสร้างสวนป่าเพื่อเป็นการส่งเสริมอาชีพให้ประชาชนมีงานทำและผลิตไม้เพื่อเป็นสินค้า ซึ่งการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าทำให้เจ้าของสวนป่าสามารถตัดไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตแต่ต้องแจ้งการตัดต่อเจ้าหน้าที่ รวมถึงผู้ทำสวนป่าต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการทำสวนป่าตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้มีประเด็นที่น่าพิจารณา คือ ไม่มีการกำหนดจำนวนพื้นที่ขึ้นสำหรับการทำสวนป่าสำหรับเอกชน จึงอาจก่อให้เกิดข้อสงสัยกรณีการปลูกไม้หวงห้ามไว้ใช้สอยจำนวนไม่มากในที่ดินของตนเองหรือในพื้นที่จำนวนเล็กน้อย ซึ่งประชาชนอาจจะไม่เลือกขึ้นทะเบียนสวนป่า เพราะไม่ได้มุ่งหมายเพื่อการค้า

<sup>27</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 22/1.

<sup>28</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 22/2.

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558, มาตรา 14/1 และมาตรา 25/3.

<sup>30</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558, มาตรา 6 วรรคสอง และมาตรา 22/3.

<sup>31</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535, มาตรา 10/1 และมาตรา 26/1.

หรือในกรณีที่ปลูกไม้หวงห้ามในที่ดินของตนเองในพื้นที่จำนวนมากแต่ไม่ต้องการขึ้นทะเบียนสวนป่า ซึ่งกฎหมายกำหนดห้ามตัด ห้ามแปรรูป และห้ามเคลื่อนย้าย หากยังไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ หากมีการใช้ที่ดินของตนเองโดยไม่ได้รับอนุญาตจะต้องรับโทษจำคุก 1-20 ปี หรือปรับตั้งแต่ 50,000-2,000,000 บาท<sup>32</sup> ทำให้เกิดปัญหากรณีจำเป็นที่ชาวบ้านจำเป็นต้องตัด เพราะเกรงว่าไม้จะล้มทับบ้านไม่กล้าตัดไม้แม้ว่าจะปลูกในที่ดินของตนเอง และประชาชนจำนวนมากไม่ทราบว่าต้องมีการขออนุญาตในการทำไม้หวงห้าม จึงทำให้ประชาชนหวาดกลัวว่าหากทำไม้จะถูกจับ ทำให้ไม่ก่อให้เกิดแรงจูงใจต่อเอกชนให้ทำการปลูกไม้และทำอุตสาหกรรมไม้ได้อย่างแท้จริง ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงได้มีการแก้ไขมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ศ.2484 กำหนดให้ไม้ทุกชนิดที่ขึ้นใน “ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์” หรือ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม ส่งผลให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของที่ดินเป็นเจ้าของไม้ตามหลักกรรมสิทธิ์มีสิทธิตัด เคลื่อนย้ายไม้ และแปรรูปไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต อันเป็นการกระตุ้นให้เกิดแรงจูงใจให้เอกชนทำการปลูกไม้ในที่ดินของตนเองมากขึ้น

## 2.2 ไม้ที่ขึ้นและไม้ที่ปลูกขึ้นตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562

เหตุผลในการแก้ไข พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 เนื่องจากมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการกำหนดให้ไม้ที่มีค่าทางเศรษฐกิจที่ขึ้นในที่ดินประเภทอื่นที่ไม่ใช่ป่าเป็นไม้หวงห้าม จึงทำให้การทำไม้และการเคลื่อนย้ายไม้ในที่ดินดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ ดังนั้นเพื่อให้การทำไม้และการเคลื่อนย้ายไม้นั้น เป็นไปโดยสะดวกไม่เกิดภาระแก่ประชาชน ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมอุตสาหกรรมไม้และการบริหารจัดการด้านป่าไม้ให้มีประสิทธิภาพ จึงแก้ไขเพิ่มกฎหมายป่าไม้เพื่อกำหนดให้ไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม<sup>33</sup> ทั้งนี้หลักสำคัญของมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 คือ มุ่งหวังให้ประชาชนและเอกชนสามารถใช้ประโยชน์จากไม้หวงห้ามได้มากขึ้น โดยยังควบคุมไม้หวงห้ามที่อยู่ในเขตพื้นที่ป่าให้ยังคงเป็นไม้หวงห้ามเช่นเดิม แต่สำหรับไม้ทุกชนิดที่ขึ้นใน “ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์” หรือ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของ

<sup>32</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484, มาตรา 7 และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 106/2557.

<sup>33</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562.

คณะรัฐมนตรี ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม สามารถปลูก ตัด แปรรูป นำเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินไม่เป็นไม้หวงห้ามตาม พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 และยังเป็นส่วนควบกับที่ดินซึ่งเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>34</sup>

ขอบเขตของการบังคับใช้มาตรา 7 ได้แก่

1) ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่ ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ อาทิ โฉนดที่ดิน น.ส. 4 น.ส. 4 ก. น.ส. 4 ข. น.ส. 4 ค. น.ส. 4 ง. และ น.ส. 4 โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่าได้ทำประโยชน์แล้ว ส่วนที่ดินที่บุคคลมีสิทธิครอบครอง ได้แก่ ที่ดินมือเปล่าที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ เช่น น.ส. 3 น.ส. 3 ก. น.ส. 3 ข. ใบจอง (น.ส. 2 และ น.ส. ก.) ใบไต่สวน (น.ส.5) ใบเหยียบย่ำ ตราจอง แบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค. 1 ส.ค. 2 และ ส.ค. 3)<sup>35</sup>

2) ที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 8 พ.ศ.2562 มีสาระสำคัญให้ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไม่เป็นไม้หวงห้าม หมายถึง ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้ามนั้นจะมีผลต่อเมื่อรัฐมนตรีประกาศ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ประกาศตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 แล้ว<sup>36</sup> ดังนั้นจึงอยู่ในอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบตามสมควร<sup>37</sup> ส่วนไม้ที่ขึ้นเองตามธรรมชาติแม้ว่าจะอยู่

<sup>34</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “หนังสือที่ ทส 1613.5.3/11404 กรมป่าไม้ เรื่อง การรับรองไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน,” ลงวันที่ 4 มิถุนายน 2562.

<sup>35</sup> สิริโฉม พรหมโฉม, “สิทธิในที่ดิน,” *จุลนิติ* 57, 1 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2557): 135-145.

<sup>36</sup> กรมป่าไม้ สำนักงานกฎหมาย, *ขอหารือกรณีทำไม้หวงห้ามในที่ดิน ส.ป.ก. 4-01 ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน* [Online], available URL: [https://www.forest.go.th/suratthani11/wp-content/uploads/sites/46/2020/06/forest11\\_4333.pdf](https://www.forest.go.th/suratthani11/wp-content/uploads/sites/46/2020/06/forest11_4333.pdf), 2563 (ธันวาคม, 15).

<sup>37</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “หนังสือเลขที่ นร 0908/340 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562,” ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2563.

ในที่ดินที่ได้รับประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิและมีชื่อตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดไม้หวงห้าม พ.ศ.2530 ประกอบมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ยังคงเป็นไม้หวงห้ามเช่นเดิม ไม่ว่ารัฐมนตรีจะประกาศหรือไม่ก็ตาม<sup>38</sup>

ปัจจุบันรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ประกาศให้ที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดินตาม พ.ร.บ.ปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประเภท ส.ป.ก 4-01 ส.ป.ก 4-01 ก ส.ป.ก 4-01 ข ส.ป.ก 4-01 ค หรือ ส.ป.ก 4-01 ช เป็นที่ดินซึ่งไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม<sup>39</sup> ส่งผลให้ไม้หวงห้ามที่เกษตรกรได้ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าว ไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป สามารถปลูก ตัด แปรรูป นำเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562

อย่างไรก็ตาม ยังมีที่ดินที่ต้องการร้องขอให้มีการกำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 อีกจำนวนมาก อาทิ ที่ดินที่มีหลักฐานหนังสืออนุญาตให้สมาชิกนิคมสหกรณ์เข้าทำประโยชน์ในที่ดินของนิคมสหกรณ์ (กสน.3) และหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน. 5)<sup>40</sup> และที่ดินที่หน่วยงานของรัฐรับมอบจากกรมป่าไม้ไปจัดที่ดินให้กับราษฎรซึ่งยังไม่มีกรเพิกถอนป่าสงวนแห่งชาติ เช่น ส.ท.ก.ค.ท.ช. ทำให้การทำไม้ในที่ดินที่ยังไม่เพิกถอนสถานะความเป็นป่าสงวนแห่งชาติยังต้องขออนุญาตทำไม้ที่มีใช้ไม้หวงห้ามตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ซึ่งยังไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้ฯ มาตรา 7 วรรคหนึ่ง ที่ต้องการให้การทำไม้ที่ปลูกในที่ดินของรัฐและมีการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายนั้นๆ แล้วไม่ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่อีก<sup>41</sup> ในกรณีนี้อาจทำให้ประเภทที่ดินมีการทับซ้อนกันและทำให้

<sup>38</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, “หนังสือเลขที่ ทส 1609.2/1116 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่องกำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิ ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562,” วันที่ 12 พฤษภาคม 2563.

<sup>39</sup> “ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิเพื่อให้ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าวไม่เป็นไม้หวงห้าม พ.ศ.2563,” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 137 ตอนพิเศษ 292 ง (วันที่ 16 ธันวาคม 2563).

<sup>40</sup> กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, “หนังสือเลขที่ กษ 0208/2478 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484,” วันที่ 22 มิถุนายน 2563.

<sup>41</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, เรื่องเดิม.

ประชาชนสามารถเลือกปลูกไม้และขึ้นทะเบียนสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า หรือจะปลูกไม้ตามมาตรา 7 เกิดขึ้นได้โดยปริยาย

สำหรับมาตรการควบคุมและตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ตามมาตรา 7 นั้น แม้ว่าประโยชน์ของมาตรา 7 พระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ทำให้เอกชนสามารถปลูกต้นไม้และตัดไม้ที่ปลูกได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ เพราะไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้ามแล้วก็ตาม แต่เพื่อประโยชน์ในการจำแนกแหล่งที่มาของไม้และนำไม้เคลื่อนที่จากในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี ผู้ที่ปลูกไม้ตามมาตรา 7 อาจต้องปฏิบัติตามระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563 ในการขอหนังสือรับรองไม้ในสภาพไม้ยืนต้น หรือ ไม้ท่อนที่ตัดแล้ว แต่ยังไม่ได้นำเคลื่อนที่ออกจากบริเวณต่อไม้<sup>42</sup> เพื่อประโยชน์ในการแสดงหลักฐานยืนยันความเป็นเจ้าของไม้ว่าเป็นไม้ที่มาจากที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองของตนและเพื่อจำแนกแหล่งที่มาของไม้และนำไม้เคลื่อนที่ โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมและตรวจสอบแหล่งที่มาของไม่ว่ามิได้มาจากป่าธรรมชาติโดยมาตรา 18/1 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 บัญญัติว่า “...เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้” จากถ้อยคำของบทบัญญัติดังกล่าวย่อมหมายความว่า จะแจ้งขอหนังสือรับรองไม้หรือไม่ก็ได้ แสดงว่ากฎหมายไม่บังคับให้เจ้าของไม้ต้องทำหนังสือรับรองไม้ ซึ่งการไม่มีหนังสือรับรองไม้นี้ดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบโดยตรงแต่อย่างใด อีกทั้งระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563 ข้อ 7 กำหนดว่า “เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี **ประสงค์จะขอรับรองไม้** ให้ยื่นคำขอตามแบบ ร.ม.1” ย่อมหมายความว่า ไม่ได้บังคับให้เจ้าของไม้ต้องขอหนังสือรับรองไม้ แต่การขอหนังสือรับรองไม้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของเจ้าของไม้เช่นกัน แต่ถ้าหากมีหน่วยงานอื่นของรัฐขอตรวจสอบที่มาของไม้ และผู้เป็นเจ้าของไม้พิสูจน์ไม่ได้ว่าไม้นั้นได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีหลักฐานรับรองว่าเป็นไม้ที่มาจากที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับ

<sup>42</sup>“ระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอน พิเศษ 74 ง (วันที่ 31 มีนาคม 2563): 1.

อนุญาตตามมาตรา 7 ก็จะมีผลเป็นการมีไว้ในครอบครองซึ่งไม้หวงห้ามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท<sup>43</sup> ทั้งนี้ผลของมาตรา 18/1 และระเบียบดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความ สับสนต่อผู้ที่เป็นเจ้าของไม้ว่าจำเป็นต้องทำหนังสือรับรองไม้หรือไม่ เพราะถ้อยคำของกฎหมายมี ลักษณะให้สิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของไม้จะทำหนังสือรับรองไม้หรือไม่ก็ได้ ซึ่งขัดต่อเหตุผลที่กำหนดไว้ท้าย พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ที่ต้องการให้มีการออกหนังสือรับรองไม้เพื่อประโยชน์ในการ จำแนกแหล่งที่มาของไม้ซึ่งเป็นมาตรการในการป้องกันการนำไม้ที่ลักลอบทำออกจากป่ามาสวมสิทธิ ว่าเป็นไม้ที่ทำออกจากที่ดินที่ได้รับอนุญาต ทำให้มีการใช้ประโยชน์จากมาตรา 7 ของผู้เป็นเจ้าของ ไม้ที่ปลูกเพื่อใช้สอยเล็กน้อยและผู้ปลูกไม้ในเนื้อที่จำนวนมากโดยใช้เป็นช่องทางในการช่วยฟอกไม้ หวงห้ามนอกแปลงโฉนดที่ดินเข้าไปสวมสิทธิในที่ดินมีโฉนดของชาวบ้านโดยอ้างว่าเป็นไม้ที่ถูกต้อง ตามกฎหมาย<sup>44</sup> ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า นอกจากการทำหนังสือรับรองไม้ตามมาตรา 18/1 เพื่อจำแนกแหล่งที่มาของไม้ที่ไม่ชัดเจนว่าผู้ปลูกไม้จะต้องทำหรือไม่แล้ว ยังไม่มีมาตรการจัดการไม้ และป่าไม้ของผู้ปลูกไม้จำนวนมากในที่ดินตามมาตรา 7 แต่อย่างใดและไม่อาจนำหลักเกณฑ์การทำ สวนป่ามาใช้บังคับกับกรณีนี้ได้

### 2.3 เปรียบความเหมือนและความแตกต่างระหว่างการทำสวนป่าเอกชนตาม พ.ร.บ. สวนป่ากับการปลูกไม้ในที่ดินตามมาตรา 7 พ.ร.บ.ป่าไม้

การทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่าและการปลดล็อกไม้หวงห้ามตามมาตรา 7 มีความ เหมือนกัน คือ วัตถุประสงค์เหมือนกันตรงการสนับสนุนให้เอกชนปลูกไม้เพิ่มขึ้นในที่ดินของตนเอง หรือที่ดินที่ได้รับอนุญาตเพื่อเพิ่มพื้นที่ป่า โดยผู้เป็นเจ้าของสวนป่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ไม้ เช่นเดียวกับเจ้าของที่ดินตามมาตรา 7 ที่เป็นผู้เป็นเจ้าของไม้ตามหลักส่วนควบตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มีสิทธิใช้สอยตัดฟันได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ต่างกัน 2 เรื่อง สำคัญ ได้แก่

#### 1) ขอบเขตการใช้บังคับกับที่ดินที่ได้รับอนุญาต

ขอบเขตของที่ดินของกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีความต่างกันที่ดินบางประเภท แต่ก็มีการทับซ้อนกันของที่ดินบางประเภท ดังตารางเปรียบเทียบต่อไปนี้

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2525, มาตรา 69.

<sup>44</sup> ชาวไทยพีบีเอส, เรื่องเดิม.

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการทับซ้อนของการใช้บังคับกับที่ดินที่ได้รับอนุญาต

| ประเภทที่ดิน                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | พ.ร.บ.<br>สวนป่า | มาตรา 7<br>พ.ร.บ.ป่าไม้<br>(แก้ไขฉบับที่ 8)<br>พ.ศ.2562 |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|---------------------------------------------------------|
| 1. ที่ดินที่มีโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่ โฉนดที่ดิน 6 แบบ คือ น.ส. 4 น.ส. 4 ก. ข. ค. ง. โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และหนังสือรับรองการทำประโยชน์ น.ส. 3 น.ส. 3 ก. น.ส. 3 ข.                                                                                                                                                                                                    | ✓                | ✓                                                       |
| 2. ที่ดินที่มีหนังสือของทางราชการรับรองว่าที่ดินดังกล่าวอยู่ในระยะเวลาที่อาจขอรับโฉนดที่ดิน หรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ เนื่องจากได้มีการครอบครองและเข้าทำกินในที่ดินดังกล่าวตามกฎหมายว่าด้วยการจัดรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม หรือตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพไว้แล้ว ได้แก่ หนังสือแสดงการทำประโยชน์ในนิคมสร้างตนเอง (น.ค. 3) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ในนิคมสหกรณ์ (กสน. 5) | ✓                | -                                                       |
| 3. ที่ดินในเขตปฏิรูปที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรมที่มีหลักฐานการอนุญาต การเช่า เช่าซื้อ การโอนหรือการตกทอดทางมรดก ได้แก่ ส.ป.ก. 4-01 ส.ป.ก. 4-01 ก. ส.ป.ก. 4-01 ข. ส.ป.ก. 4-01 ค. หรือ ส.ป.ก. 4-01 ช                                                                                                                                                                                          | ✓                | ✓                                                       |
| 4. ที่ดินที่มีหนังสืออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติให้บุคคลทำประโยชน์และอยู่อาศัย หรือปลูกป่าหรือไม้ยืนต้นภายในเขตปรับปรุงป่าสงวนแห่งชาติ หรือทำการบำรุงป่าหรือปลูกสร้างสวนป่าหรือไม้ยืนต้นในเขตป่าเสื่อมโทรม ได้แก่ สทก. 1 ข หรือ ป.ส. 31                                                                                                                                                                   | ✓                | -                                                       |
| 5. ที่ดินที่มีใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้ให้ทำสวนป่า ซึ่งเป็นที่ดินที่มีใบอนุญาตตาม พ.ร.บ.ป่าไม้ พ.ศ.2484                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | ✓                | -                                                       |
| 6. ที่ดินที่ได้ดำเนินการเพื่อการปลูกป่าโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | ✓                | -                                                       |

ผลของการทับซ้อนกันของที่ดินบางประเภทดังกล่าว ทำให้ประชาชนสามารถเลือกปลูกไม้และขึ้นทะเบียนสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า หรือจะปลูกไม้ตามมาตรา 7 เกิดขึ้นได้โดยปริยาย และเนื่องจากมาตรา 7 ไม่ได้กำหนดเนื้อที่ขั้นต่ำไว้ ดังนั้นจึงหมายความว่าความรวมถึงการปลูกไม้ใช้สอย 1 ต้น ไปจนถึงการปลูกไม้จำนวนมากในที่ดินที่มีจำนวนเนื้อที่มากด้วยเช่นกัน ซึ่งการไม่กำหนดเนื้อที่ไว้

ชัดเจนว่ามาตรา 7 จะใช้เฉพาะกรณีปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยหรือปลูกไม้ในเนื้อที่จำนวนมาก อาจทำให้เกิดการปลูกไม้จำนวนมากในรูปแบบการปลูกป่าเอกชนสามารถทำได้ตามมาตรา 7 โดยปราศจากมาตรการควบคุมและตรวจสอบที่กำหนดไว้เป็นกรณีเฉพาะและไม่ต้องทำตามเงื่อนไขหรือข้อขึ้นทะเบียนสวนป่า ตาม พ.ร.บ.สวนป่า

2) การควบคุมและการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ระหว่าง พ.ร.บ.สวนป่า และ มาตรา 7

สำหรับมาตรการควบคุมและตรวจสอบกรณีการทำสวนป่านั้น เนื่องจากการปลูกไม้เพื่อการค้าโดยขึ้นทะเบียนสวนป่าและเมื่อขึ้นทะเบียนสวนป่าแล้ว เจ้าของสวนป่าจะตัดไม้เพื่อใช้สอยหรือการค้าก็ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของ พ.ร.บ.สวนป่า กำหนด คือ ก่อนการตัดหรือโค่นไม้ ให้ผู้ทำสวนป่าแจ้งเป็นหนังสือต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อออกหนังสือรับรองการแจ้ง และเมื่อแจ้งแล้วให้ผู้ทำสวนป่าดำเนินการตัดหรือโค่นไม้ดังกล่าวได้<sup>45</sup> ซึ่งในการตัดหรือโค่นไม้ ผู้ทำสวนป่าต้องเก็บรักษาหนังสือรับรองการแจ้งไว้ที่สวนป่าเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตลอดเวลาที่ทำการตัดหรือโค่นไม้<sup>46</sup> และให้เก็บรักษาหนังสือรับรองแจ้งตัดหรือโค่นไม้ที่ได้จากการทำสวนป่าและหนังสือบัญชีแสดงรายการไม้ที่ได้มาจากการทำสวนป่าไว้เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 2 ปี นับแต่วันที่น่าไม้เคลื่อนที่ออกจากสวนป่าเสร็จสิ้นในแต่ละครั้งที่แจ้งตัดหรือโค่น เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้ว ผู้ทำสวนป่าจะทำลายเสียก็ได้<sup>47</sup> ซึ่งเป็นมาตรการควบคุมและตรวจสอบเพื่อป้องกันการลักลอบตัดไม้นอกพื้นที่เข้ามาสวมสิทธิเป็นไม้ในที่ดินสวนป่า

แต่ในกรณีการปลูกไม้ในที่ดินตามมาตรา 7 ผู้เป็นเจ้าของไม้สามารถตัดไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่และไม่ต้องแจ้งการตัดฟันต่อเจ้าหน้าที่ด้วยเช่นกัน เนื่องจากไม่มีเงื่อนไขให้ผู้เป็นเจ้าของที่ดินและเจ้าของไม้ต้องปฏิบัติตามเช่น พ.ร.บ.สวนป่า แม้ว่ามาตรา 18/1 กำหนดเกี่ยวกับการทำหนังสือรับรองไม้ไว้ก็ตาม แต่ถ้อยคำของกฎหมายกำหนดให้เจ้าของไม้จะขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้<sup>48</sup> แสดงว่า กฎหมายไม่บังคับให้เจ้าของไม้ต้องทำหนังสือรับรองไม้และการไม่มีหนังสือรับรองไม้

<sup>45</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 11.

<sup>46</sup> พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ. 2535, มาตรา 12.

<sup>47</sup> ระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการแจ้งการออกหนังสือรับรองการแจ้งตัดหรือโค่นไม้ การเก็บรักษาหนังสือรับรองการแจ้ง บัญชีแสดงรายการไม้ เอกสารสำคัญที่เกี่ยวกับการดังกล่าว และหลักฐานแสดงการได้ไม้มาโดยชอบ พ.ศ. 2563, ข้อ 8.

<sup>48</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562, มาตรา 18/1 “เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้”.

ดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบโดยตรงแต่อย่างใด ซึ่งอาจเกิดปัญหาการลักลอบตัดไม้นอกพื้นที่เพื่อเข้ามาสวมสิทธิเป็นไม้ในที่ดินที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 7

สรุป กฎหมายทั้งสองฉบับล้วนมีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ สนับสนุนให้เอกชนปลูกไม้ในที่ดินของตนเองเพื่อเพิ่มพื้นที่ป่าและประโยชน์ทางเศรษฐกิจ กล่าวคือ สนับสนุนการปลูกไม้เพื่อการค้า และมาตรา 7 สนับสนุนให้ประชาชนปลูกไม้เพื่อใช้ประโยชน์ ซึ่งขอบเขตของการใช้ประโยชน์มีความหมายกว้างขวางมาก ซึ่งอาจรวมไปถึงการค้าด้วยเช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้ประชาชนย่อมได้ประโยชน์จากมาตรา 7 มากกว่า พ.ร.บ.สวนป่า เพราะไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขข้อบังคับของกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการทำสวนป่า ทำให้มีกฎหมายบังคับใช้สองฉบับที่ต่างกัน ซึ่งอาจทำให้เกิดช่องว่างของการแสวงหาประโยชน์จากการใช้มาตรา 7 ที่ไม่มีกฎหมายควบคุมและตรวจสอบการทำให้ได้เช่น พ.ร.บ.สวนป่า ทำให้ผู้เป็นเจ้าของไม้ไม่สามารถเลือกที่จะทำการปลูกไม้ตามมาตรา 7 หรือทำสวนป่า ตาม พ.ร.บ.สวนป่า ซึ่งมีผลบังคับทางกฎหมายที่ต่างกัน แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการปลูกป่าของเอกชนเหมือนกันก็ตาม ทั้งนี้ไม่อาจนำเงื่อนไขการควบคุมและตรวจสอบของ พ.ร.บ.สวนป่ามาใช้กับเอกชนผู้ปลูกไม้ตามมาตรา 7 ซึ่งช่องว่างของมาตรา 7 คือ การลักลอบสวมไม้จากป่าธรรมชาติมาเป็นไม้ในที่ดินที่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์และตรวจสอบจำแนกแหล่งที่มาของไม่ว่ามาจากไม้ธรรมชาติหรือไม้ที่ปลูกขึ้นเอง อีกทั้งกฎหมายทั้งสองไม่ได้มีการกำหนดแบ่งแยกจำนวนเนื้อที่การปลูกไม้ระหว่างพื้นที่จำนวนมากที่ควรต้องมีมาตรการจัดการไม้และป่าไม้เป็นพิเศษแตกต่างหากจากการปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยหรือในพื้นที่จำนวนน้อยที่ได้รับประโยชน์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต

ดังนั้นเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงศึกษาเปรียบเทียบการจัดการไม้และป่าเอกชนกับประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป โดยเฉพาะประเทศฝรั่งเศสที่มีการจัดการไม้และป่าเอกชนภายใต้แผนการจัดการป่าเอกชนที่มีการกำหนดจำนวนเนื้อที่ที่ต้องทำแผนสำหรับการปลูกไม้จำนวนมากและชื่อยกเว้นที่ไม่ต้องทำแผนสำหรับการปลูกไม้เพื่อประโยชน์ใช้สอยเล็กน้อยอย่างเป็นระบบภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน

### 3. การจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศไทย

#### 3.1 วัตถุประสงค์

พื้นที่ป่าในประเทศไทยร้อยละ 30 ของประเทศ หรือ ประมาณ 12.6 ล้านเฮกตาร์ (78 ล้านไร่) เป็นพื้นที่ป่าที่เอกชน 3.5 ล้านคนเป็นเจ้าของ โดย 2/3 เป็นพื้นที่ที่เอกชนเป็นเจ้าของ

น้อยกว่า 1 เฮกตาร์ ซึ่งเป็นการปลูกไม้เพื่อใช้สอยในที่ดินของตนเอง<sup>49</sup> ทั้งนี้การจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสมีทั้งการปลูกในพื้นที่ขนาดใหญ่เพื่อการค้าและพื้นที่ขนาดเล็กที่เอกชนปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยในที่ดินที่เอกชนเป็นเจ้าของ ซึ่งการปลูกป่าเอกชนในพื้นที่ขนาดเล็กนี้ นอกจากการตัดฟันเพื่อใช้สอยแล้วยังถือเป็นป่าของครอบครัวที่ส่งต่อรุ่นต่อรุ่นเพื่อใช้ประโยชน์จากไม้และใช้ผลิตภัณฑ์ที่ได้จากป่าเอกชน เช่น เห็ด สัตว์ป่า หรือกิจกรรมทางการเกษตรอื่น หรือเพื่อตอบสนองต่อความต้องการอนุรักษ์ธรรมชาติของบุคคลที่เกษียณอายุจากการทำงาน<sup>50</sup>

### 3.2 ขอบเขต

กฎหมายป่าไม้ประเทศฝรั่งเศสกำหนดการจัดการไม้และป่าเอกชนไว้ใน มาตรา L.311-1 ว่า “ไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายนี้ให้ใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และไม่อยู่ในกฎเกณฑ์ของป่าไม้ในลักษณะทั่วไป”<sup>51</sup> ลักษณะเด่นของการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศส คือ การให้ความสำคัญต่อ “แผนจัดการป่าเอกชน” โดยเฉพาะการทำป่าเอกชนในพื้นที่ขนาดใหญ่ที่ไม่ใช่การปลูกไม้เพื่อใช้สอยในครอบครัว ทั้งนี้กฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสได้บัญญัติเกี่ยวกับการจัดการป่าเอกชนประกอบด้วยสาระสำคัญ ได้แก่

#### 1) การจัดทำแผนจัดการป่าเอกชน

เอกชนที่เป็นนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาประสงค์จะทำป่าเอกชนจะต้องดำเนินการจัดทำแผนการจัดการตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดโดยมีหน้าที่ในการจัดทำและเสนอแผนการจัดการเพื่อพัฒนาหรือปรับปรุงพื้นที่ป่าที่มีศักยภาพทางเศรษฐกิจต่ำหรือไม่มีประโยชน์ทางด้านนิเวศวิทยา<sup>52</sup> ทั้งนี้แผนการจัดการฯ ประกอบด้วยการวิเคราะห์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจสิ่งแวดล้อม และระบบนิเวศ วิธีการบำรุงรักษาป่า กำหนดระยะเวลาในการตัดไม้ กำหนดการฟื้นฟูภายหลังการตัดฟัน<sup>53</sup> กำหนดแผนการล่าสัตว์ที่มีใช้สัตว์สงวนต้องห้ามตามกฎหมาย ชนิดพืชพันธุ์ท้องถิ่น จำนวนและปริมาณขั้นต่ำและสูงสุดที่จะนำมาจากบริเวณพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อให้เกิด

<sup>49</sup> Centre National De la Propriété Forestière, **Rapport d'activités 2019** [Online], available URL: <https://www.cnpf.fr/>, 2020 (December, 10).

<sup>50</sup> Didier Boutet and Marc-Andre Philippe, **La petite propriété forestière privée dans la France contemporaine** [Online], available URL: <https://journals.openedition.org/etudesrurales/8008>, 2020 (December, 10).

<sup>51</sup> Code Forestier, L.311-1.

<sup>52</sup> Code Forestier, L.122-5.

<sup>53</sup> Code Forestier, L.312-2.

ความมั่นใจว่ามีอัตราการเกิดใหม่ทดแทนและรักษาแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชและสัตว์อย่างยั่งยืน<sup>54</sup> ทั้งนี้ กฎหมายบังคับให้จัดทำแผนจัดการป่าเอกชนในพื้นที่ตั้งแต่ 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) ขึ้นไป ไม่ว่าจะ เป็นเจ้าของเพียงคนเดียวหรือหลายคน ถ้าหากมีที่ดินต่างแปลงกันซึ่งเนื้อที่แต่ละแปลงเท่ากันหรือมากกว่า 4 เฮกตาร์ (25 ไร่) ขึ้นไป ซึ่งอยู่ในบริเวณแหล่งเดียวกันและเมื่อรวมกันแล้วมีเนื้อที่เท่ากับหรือมากกว่า 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) ก็ต้องอยู่ในบังคับที่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าด้วยเช่นกัน แต่ถ้ารวมกันแล้วน้อยกว่า 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) แต่ไม่น้อยกว่า 10 เฮกตาร์ (62 ไร่) รัฐมนตรีด้านป่าไม้สามารถกำหนดให้จัดทำแผนจัดการป่าเอกชนก็ได้ตามข้อเสนอของคณะกรรมการศูนย์ป่าเอกชนแห่งชาติ โดยคำนึงถึงศักยภาพในการผลิต ประโยชน์ทางระบบนิเวศและสังคม โครงสร้างของป่าไม้ในท้องถิ่น และโครงการจัดการป่าไม้ในภูมิภาค<sup>55</sup> แต่ถ้าหากมีพื้นที่น้อยกว่า 10 เฮกตาร์ เจ้าของป่าไม้ไม่ต้องทำแผนจัดการป่าเอกชน แต่ต้องปฏิบัติตามแนวการจัดการปาวัดณ์ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.313-3 และ D 313-10 แห่งกฎหมายป่าไม้ กล่าวคือ เจ้าของป่าต้องปฏิบัติตามหลักการจัดการปาวัดณ์อย่างยั่งยืนเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 ปี ประกอบด้วยการปลูกไม้ตามธรรมชาติในภูมิภาคหรือกลุ่มชนิดพันธุ์พืชตามธรรมชาติภายใต้คำแนะนำของเจ้าหน้าที่ป่าไม้ การใช้งานในท้องถิ่น ความสำคัญในการเพิ่มจำนวนของพืชและสัตว์ในท้องถิ่นเป็นสำคัญ รวมถึงเงื่อนไขและความเป็นไปได้ในการจัดการป่าอย่างยั่งยืน ภายใต้การควบคุมดูแลของศูนย์ป่าเอกชนประจำภูมิภาค<sup>56</sup> แต่ถ้านิคมปลูกไม้ใช้สอยในครัวเรือนในพื้นที่ 1-4 เฮกตาร์ หรือน้อยกว่า 1 เฮกตาร์ กฎหมายป่าไม้ให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของดูแลและจัดการตามลำพังตามหลักกรรมสิทธิ์ของเอกชนโดยไม่ต้องทำแผนจัดการป่าเอกชน แต่ถ้าไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูลหรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องสมบูรณ์แก่เจ้าหน้าที่<sup>57</sup> และภายหลังจากการสอบสวนและตรวจสอบแล้วพบว่า กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืน หรือผิดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในแผนการจัดการป่าไม้ ผู้นั้นต้องรับโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 4.5 เท่าของมูลค่าไม้ที่ตัดได้ โดยกำหนดค่าปรับ 20,000 ยูโรต่อเฮกตาร์ ทั้งนี้ 2 เฮกตาร์แรกให้ปรับมูลค่า 60,000 ยูโรหรือมากกว่านั้น<sup>58</sup> ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของไม้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

<sup>54</sup> Code de l'environnement, L.425-6. Modifié par Loi 2014-1170 du 13 octobre 2014 - art. 67.

<sup>55</sup> Code Forestier, L.312-1. See also Foret. info, **Le Plan Simple de Gestion** [Online], available URL: <https://www.foret.info/guide-foret-privee,45,le-plan-simple-de-gestion.html>, 2020 (December 12).

<sup>56</sup> Code Forestier, Article L.313-1.

<sup>57</sup> Code de procédure pénale, Article 29-1.

<sup>58</sup> Code Forestier, Article L.362-1.

จะต้องแสดงหลักฐานต่อศูนย์จัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาคแล้วแต่กรณี เพื่อรับรองว่าตนได้จัดการตามแผนการจัดการป่าหรือได้ดำเนินกิจกรรมตามแผนการจัดการฯ หรือเพื่อยืนยันสิทธิเกี่ยวกับไม้และป่าไม้ซึ่งส่งผลต่อการตัดไม้ดังกล่าว ซึ่งลักษณะการจัดทำแผนจัดการป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าว เป็นรูปแบบสากลที่ใช้กับป่าเอกชนของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปด้วยเช่นกัน อาทิ ประเทศเยอรมัน กฎหมายป่าไม้แห่งชาติและกฎหมายป่าไม้ของมลรัฐ บัญญัติให้เอกชนและป่าชุมชนจะต้องผูกพันกันภายใต้แผนการจัดการป่าไม้ ซึ่งจัดทำขึ้นทุกๆ 10 ปี เพื่อเป็นแนวทางในปฏิบัติ และบรรยายละเอียดเพื่อเตรียมพร้อมทำแผนของทุกปี ในแผนดังกล่าวจะประกอบด้วยมาตรการเก็บเกี่ยวไม้โดยคำนวณจากปริมาณการใช้ที่ยั่งยืน ตลอดจนแผนจะถูกกำหนดให้มีการตรวจสอบและควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐตามโครงสร้างของการบริหารทั้งนี้ เป้าหมายหลักในการทำแผนจัดการป่าไม้ คือ การวางแผนและประเมินการใช้ทรัพยากรป่าไม้อย่างยั่งยืน เพื่อควบคุมการตัดโค่นและเพื่อให้สอดคล้องกับความยั่งยืนของทรัพยากรป่าไม้ เพื่อนำมาพัฒนาป่าไม้ระยะยาวทุก 20 ปี ทั้งนี้ป่าเอกชนที่มีพื้นที่ไม่น้อยกว่า 100 เฮกตาร์ จะต้องทำรายงานประจำปีแยกต่างหากกับแผนประจำปีเพื่อตรวจสอบการจัดการป่าไม้ของเอกชน หากมีพื้นที่ป่าเอกชนต่ำกว่า 30 เฮกตาร์ ไม่ต้องทำแผนการทำงานประจำปี แต่ยังคงต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติป่าไม้ของประเทศเยอรมันและการกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่<sup>59</sup>

## 2) การอนุมัติแผนการจัดการป่าเอกชน

การจัดทำแผนจัดการป่าเอกชนอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของศูนย์จัดการป่าเอกชนแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่พัฒนาการจัดการป่าเอกชนอย่างยั่งยืนผ่านศูนย์การจัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาค ทั้งนี้เอกชนที่ต้องการจัดการจัดทำป่าเอกชนต้องจัดทำแผนการจัดการป่าเอกชนเสนอต่อศูนย์การจัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาคเพื่อเสนอต่อไปยังคณะกรรมการผู้รับผิดชอบด้านป่าไม้ของรัฐพิจารณาอนุมัติแผนจัดการป่าเอกชนโดยคำนึงถึงแนวทางการพัฒนาป่าไม้และทำหน้าที่อนุรักษ์ไว้ซึ่งทรัพยากรธรรมชาติในภูมิภาค ดังต่อไปนี้ (1) ศึกษาลักษณะของป่าในท้องถิ่น อธิบายประเภทของป่าที่มีอยู่และวิเคราะห์องค์ประกอบหลักที่จะนำมาพิจารณาในการจัดการโดยเฉพาะการผลิตและความต้องการใช้ในปัจจุบัน (2) บ่งชี้วัตถุประสงค์ของการจัดการและการผลิตอย่างยั่งยืนเพื่อการใช้และการบริการภายใต้กรอบของเศรษฐกิจในภูมิภาคและแนวโน้มการพัฒนา ตลอดจนเสนอวิธีการจัดการสำหรับป่าประเภทต่างๆ (3) บ่งชี้ชนิดพันธุ์ไม้ที่สำคัญที่เกิดขึ้นในภูมิภาค นอกจากนี้ยังต้องประเมินความสมดุลระหว่างประชากรสัตว์ป่าและที่อยู่อาศัยควบคู่ไปกับการดูแลให้เกิดการจัดการป่า

---

<sup>59</sup>Stefan Mann, *Forest Protection and Sustainable Forest Management in Germany and the P.R. (China: A Comparative Assessment*, Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 2012), p. 25.

ซึ่งในแผนการจัดการป่าไม้ การปลูก บำรุงรักษาไม้ การตัดไม้ ต้องอยู่ภายใต้การประเมินด้านสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก<sup>60</sup> หากแผนได้รับการอนุมัติให้ศูนย์ป่าเอกชนประจำภูมิภาคแจ้งเอกชนทราบซึ่งผู้เป็นเจ้าของป่าต้องผูกพันตามเงื่อนไขที่กำหนดในแผนเป็นระยะเวลา 10-20 ปี แต่หากแผนฯ ถูกปฏิเสธต้องแจ้งเหตุผลของการปฏิเสธให้ผู้ยื่นคำขอทราบเพื่ออุทธรณ์คำสั่งต่อรัฐมนตรีด้านป่าไม้ ภายใน 2 เดือน นับแต่ได้รับแจ้งการปฏิเสธ<sup>61</sup>

### 3) สิทธิและหน้าที่ตามแผนการจัดการไม้และป่าเอกชน

เอกชนผู้เป็นเจ้าของป่ามีสิทธิทุกประการในการใช้ไม้และป่าไม้ รวมถึงมีสิทธิเลี้ยงสัตว์ในพื้นที่ของตนเอง<sup>62</sup> เว้นแต่จะมีข้อตกลงให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิใช้ไม้และป่าไม้ ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะต้องมีการกำหนดข้อตกลงร่วมกันระหว่างรัฐกับเอกชน หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นให้ศาลเป็นผู้วินิจฉัย<sup>63</sup> ทั้งนี้เจ้าของป่ามีสิทธิตัดไม้ได้ตามช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผนโดยไม่ต้องขออนุญาต<sup>64</sup> และต้องดำเนินการตามแผนที่กำหนดไว้ ทั้งนี้จะตัดก่อนหรือหลังจากวันที่กำหนดก็ได้ แต่ไม่เกิน 4 ปี<sup>65</sup> และต้องดำเนินการฟื้นฟูภายใน 5 ปีหลังจากการตัดไม้<sup>66</sup> อนึ่งการตัดไม้ในกรณีพิเศษนอกเหนือจากระยะเวลาที่กำหนดไว้ จะต้องได้รับอนุมัติจากศูนย์การจัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาค นอกจากนี้หากเป็นการตัดไม้เพื่อการใช้ในท้องถิ่นหรือเพื่อใช้บริโภคในครัวเรือนเจ้าของไม้อย่อมสามารถดำเนินการได้ แม้ว่าจะอยู่นอกแผนที่กำหนดไว้ก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าการตัดฟันไม้นดังกล่าว ยังคงไว้ซึ่งทรัพยากรไม้และความสมบูรณ์ของป่า และไม่กระทบต่อการดำเนินการตามแผนการจัดการตามที่ได้กำหนดไว้<sup>67</sup> อย่างไรก็ตาม กรณีในพื้นที่ป่าเอกชนเกิดภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรือ อุบัติเหตุ ซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการฉุกเฉิน บุคคลผู้เป็นเจ้าของป่าเอกชนสามารถตัดโค่นไม้ได้เท่าที่จำเป็นโดยการอนุมัติของเจ้าหน้าที่ เว้นแต่เป็นภัยพิบัติระดับชาติที่รัฐมนตรีประกาศ ให้ผู้เป็นเจ้าของป่าสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องได้รับอนุญาต<sup>68</sup>

<sup>60</sup> Code Forestier, Article R.222-1.

<sup>61</sup> Code Forestier, Article R.321-8.

<sup>62</sup> Code Forestier, Article L.314-2.

<sup>63</sup> Code Forestier, Article L.241-5.

<sup>64</sup> Code Forestier, Article L.312-4.

<sup>65</sup> Code Forestier, Article L.312-5.

<sup>66</sup> Code Forestier, Article L.312-4.

<sup>67</sup> Code Forestier, Article L.312-5.

<sup>68</sup> Code Forestier, Article L.312-5.

#### 4) การโอนสิทธิความเป็นเจ้าของ

ผู้เป็นเจ้าของป่าสามารถโอนสิทธิความเป็นเจ้าของให้แก่บุคคลภายนอก หรือ ทายาทได้ ทั้งนี้สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตักแก่ผู้รับโอนสิทธิภายใต้ข้อบังคับที่ต้องปฏิบัติตาม แผนฯ จนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดไว้<sup>69</sup> เว้นแต่ แผนฯ ฉบับใหม่จะทำให้ผู้เป็นเจ้าของใหม่ มีความเกี่ยวข้องหรืออยู่ภายใต้ภาระผูกพันตามแผนการจัดการเดิม หรือ การเปลี่ยนแปลงแผนฯ ทำให้เกิดการจัดการป่าอย่างยั่งยืน<sup>70</sup>

การโอนสิทธิการจัดการป่าไปยังบุคคลภายนอกจะได้รับยกเว้นจากการเสียภาษี หากมีการทำแผนการจัดการป่าเอกชนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่ถ้าในกรณีขณะโอนไม่มีการ จัดทำแผนการจัดการป่า ให้ผู้รับโอนดำเนินการจัดทำแผนฯ ภายใน 3 ปีนับแต่วันที่มีการโอน ทั้งนี้ ประโยชน์ที่ผู้รับโอนได้มาในช่วงระยะเวลาดังกล่าว ต้องเสียภาษีจนกว่าจะได้มีการทำแผนฯ แล้วเสร็จ<sup>71</sup> ในกรณีที่มีการขายที่ดินภายหลังตัดฟัน ผู้ขายยังคงมีหน้าที่ผูกพันในการฟื้นฟูภายหลัง การตัดฟันไม้ก่อนขายที่ดินและต้องผูกพันรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายจากการฟื้นฟูดังกล่าว<sup>72</sup>

#### 5) ระเบียบการจัดการและแนวปฏิบัติในการปลูกและบำรุงรักษาป่าไม้

**ระเบียบการจัดการป่า** ต้องสามารถรับประกันได้ว่ามีการจัดการป่าอย่างยั่งยืน ภายใต้แผนที่วางไว้สำหรับการตัดไม้และกิจกรรมอื่นๆ อย่างมีประสิทธิภาพ<sup>73</sup> ซึ่งประกอบด้วย (1) เอกสารการจัดการป่าที่ได้รับอนุมัติ (2) แผนการจัดการป่า (3) มาตรฐานการจัดการและเงื่อนไข ที่ผู้เป็นเจ้าของป่าต้องปฏิบัติตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขและภาระผูกพันใน การจัดทำเอกสาร หรือแผนการจัดการที่อาจเป็นการยกเลิกหรือปรับเปลี่ยนป่าไม้บางประเภทที่มี ศักยภาพทางเศรษฐกิจต่ำและไม่กระทบต่อระบบนิเวศที่สำคัญ<sup>74</sup> และให้ผู้เป็นเจ้าของป่ามีหน้าที่ ต้องปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติที่ดีในการปลูกและบำรุงรักษาป่า อย่างน้อยเป็นระยะเวลา 10 ปีตาม คำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญด้านป่าไม้ที่ได้รับการรับรองจากสำนักงานป่าไม้แห่งชาติ<sup>75</sup> นอกจากนี้ยังต้อง รับประกันการจัดการป่าอย่างยั่งยืนในพื้นที่ที่ต้องมีเอกสารรับรองการจัดการไม้และป่าไม้เป็นกรณี พิเศษ เช่น พื้นที่อุทยานแห่งชาติ หรือในเขตอนุรักษ์ พื้นที่คุ้มครองพันธุ์พืชและสัตว์ป่า<sup>76</sup> โดยปรับให้

<sup>69</sup> Code Forestier, Article L.312-6.

<sup>70</sup> Code Forestier, Article L.312-6.

<sup>71</sup> Code Forestiere, Article L.312-7.

<sup>72</sup> Code Forestier, Article L.124-6.

<sup>73</sup> Code Forestier, Article L.124-1

<sup>74</sup> Code Forestier, Article L.122-5.

<sup>75</sup> Code Forestier, Article L.313-2.

<sup>76</sup> Code Forestier, Article L.124-1.

เข้ากับพื้นที่ป่าไม้ของภูมิภาค ทั้งนี้เอกสารที่ถูกจัดทำขึ้นจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างน้อยหนึ่งหน่วยงาน และมีผู้เชี่ยวชาญด้านป่าไม้อย่างน้อยหนึ่งคนที่ได้รับอนุมัติจากศูนย์จัดการป่าไม้เอกชนประจำภูมิภาค ตามรูปแบบที่กำหนดไว้ในแผนการจัดการป่าไม้<sup>77</sup>

### แนวปฏิบัติที่ดีในการปลูกและบำรุงรักษาป่าไม้

แนวปฏิบัติที่ดีในการปลูกและบำรุงรักษาไม้และป่าไม้จะต้องคำนึงถึงไม้ตามธรรมชาติในภูมิภาคหรือกลุ่มชนิดพันธุ์พืชตามธรรมชาติ ตามคำแนะนำการใช้งานในท้องถิ่น ความสำคัญในการเพิ่มจำนวนของพืชและสัตว์ในท้องถิ่นเป็นสำคัญ รวมถึงเงื่อนไขและความเป็นไปได้ในการจัดการป่าอย่างยั่งยืนโดยจัดเอกสารที่ได้รับการตรวจสอบและอนุมัติโดยมติที่ประชุมจากตัวแทนศูนย์จัดการป่าไม้ประจำภูมิภาค หลังจากผ่านความเห็นชอบจากคณะกรรมการป่าไม้และผลิตภัณฑ์จากป่าในภูมิภาคแล้ว<sup>78</sup> ทั้งนี้เจ้าของป่าต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติที่ดีเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 ปี เพื่อเป็นหลักประกันว่าได้มีการจัดการป่าอย่างยั่งยืน<sup>79</sup>

#### 6) การสนับสนุน พัฒนาและสร้างมูลค่าให้แก่ป่าเอกชน

กฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของสำนักงานป่าไม้มีหน้าที่กำหนดเป้าหมาย การพัฒนา และปรับปรุงการจัดการป่าเอกชน ดังต่อไปนี้<sup>80</sup> อำนาจความสะดวกในการจัดการด้านการตลาดของผลิตภัณฑ์และบริการจากป่าไม้ รวมทั้งเป็นองค์กรที่ให้บริการด้านคำปรึกษาด้านสิ่งแวดล้อมและสังคมในฐานะที่เป็นตัวแทนของผู้ใช้บริการสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรป่าไม้ สนับสนุนให้มีการใช้รูปแบบ “วนวัฒนวิทยา” เพื่อนำไปสู่การจัดการป่าอย่างยั่งยืนและสอดคล้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจที่ดีของผลิตภัณฑ์ไม้ ผลิตภัณฑ์อื่นที่ไม่ใช่ไม้และบริการจากป่า ด้วยการฝึกอบรมเชิงทฤษฎีและการปฏิบัติด้วยวิธีวนวัฒนวิทยาให้แก่เจ้าของป่า กำหนดวิธีการและรูปแบบการใช้ประโยชน์จากป่าให้สอดคล้องกับชนิดของป่าในแต่ละภูมิภาคโดยเจ้าหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญของกรมป่าไม้ ซึ่งในข้อเสนอแผนโครงการนั้นต้องระบุหน้าที่ของเจ้าของป่าที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขโดยวิเคราะห์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่จะได้รับ ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและกลไกการทำงานของระบบนิเวศของป่า การปลูกต้นไม้ใหม่ทดแทนภายหลังการตัดฟัน กระบวนการและวิธีการที่ใช้ในการตัดไม้ แผนการเก็บหาของป่า พืช และสัตว์ที่ได้จากการทำป่าเอกชน กระบวนการฟื้นฟูและการเพาะพันธุ์ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายสิ่งแวดล้อมและกฎหมายอื่น มีส่วนร่วมในการพัฒนาที่ยั่งยืนและการพัฒนาชนบทโดยเฉพาะอย่างยิ่งการพัฒนาทางเศรษฐกิจของพื้นที่ด้วยการส่งเสริมผลิตภัณฑ์

<sup>77</sup> Code Forestier, Article L.313-1.

<sup>78</sup> Code Forestier, Article L.313-2.

<sup>79</sup> Code Forestier, Article L.124-2.

<sup>80</sup> Code Forestier, Article L.315-2.

และบริการที่ได้จากป่าเอกชน ต่อต้านการเกิดภาวะเรือนกระจกและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ<sup>81</sup> นอกจากนี้กฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสยังได้กำหนดให้มีหน่วยงานการเกษตรด้านป่าไม้ในระดับภูมิภาคเพื่อส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการพัฒนาคุณภาพของไม้และป่าไม้ของเอกชน โดยเฉพาะการทำเกษตรแบบ (forestry-Agro) “วนเกษตร” และให้ความช่วยเหลือด้านกฎหมายและการเงินในการดำเนินการจัดการป่าเอกชน ฝึกอบรมและให้ความรู้ด้านเทคโนโลยีที่ง่ายและจำเป็นต่อการนำไปใช้เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์สำหรับป่าเอกชน<sup>82</sup>

### 3.3 มาตรการควบคุมและตรวจสอบ

มาตรา 312-9 ประมวลกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสกำหนดไว้ว่า เจ้าของป่าไม้เอกชนมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามแผนการจัดการ หากฝ่าฝืนย่อมถือว่าเป็นการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา L.312-11 มาตรการทางอาญาสำหรับผู้เป็นเจ้าของป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสมีสองรูปแบบ ได้แก่ มาตรการควบคุมดูแลและมาตรการลงโทษหากมีการฝ่าฝืนกฎหมาย

1) มาตรการควบคุมดูแล หากผู้เป็นเจ้าของไม้ถูกกล่าวหาว่าทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ดำเนินการตามที่ได้กำหนดไว้ในแผนการจัดการ หรือผู้รับโอนสิทธิการจัดการป่าตัดฟันไม้โดยไม่มีการจัดทำแผนการจัดการป่า หรือตัดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในแผนฯ ถือว่าเป็นการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการตัดไมื่อดังกล่าวจะถือว่าเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเมื่อมีผลกระทบต่อการจัดการไม้และป่าไม้อย่างยั่งยืน<sup>83</sup> ตามที่กำหนดไว้ในแผนงานการจัดการไม้ที่ได้แจ้งยังสำนักงานป่าไม้ภูมิภาค<sup>84</sup> ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของป่าที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องแสดงต่อศูนย์จัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาคแล้วแต่กรณี เพื่อรับรองว่าตนได้จัดการตามแผนการจัดการป่าหรือได้ดำเนินกิจกรรมตามแผนการจัดการฯ หรือเพื่อยืนยันสิทธิที่เกี่ยวข้องกับไม้และป่าไม้ซึ่งส่งผลต่อการตัดไมื่อดังกล่าว หากไม่มีการชี้แจงภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ให้ถือว่า แผนการจัดการป่าไมื่อดังกล่าวสิ้นสุดลง อนึ่ง หลังจากศูนย์จัดการป่าไม้พิจารณาแล้วเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐสามารถกำหนดให้เจ้าของป่าที่ทำการตัดไม้โดยฝ่าฝืนกฎหมายทำการฟื้นฟูป่าบนที่ดินที่ตัดไม้ภายในระยะเวลาที่กำหนด

<sup>81</sup> Code Forestier, Article L.321-1.

<sup>82</sup> Code Forestier, Article L.322-1.

<sup>83</sup> Code Forestier, Article L.124-5.

<sup>84</sup> Code Forestier, Article L.312-11.

2) มาตรการลงโทษหากมีการฝ่าฝืนกฎการจัดการป่าไม้ เมื่อพบว่ามีการร้องเรียนไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบว่า ผู้ได้รับอนุญาตให้ทำป่าเอกชนหรือผู้อื่นซึ่งมีชื่อครอบครองโดยอาศัยสิทธิของผู้ได้รับอนุญาตไม่ดำเนินการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งป่าเอกชน หรือไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องสมบูรณ์ในการจัดการไม้และป่าเอกชนแก่เจ้าหน้าที่<sup>85</sup> และภายหลังจากการสอบสวนและตรวจสอบแล้วพบว่าผู้ใดกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อการจัดการไม้อย่างยั่งยืน หรือผิดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในแผนการจัดการไม้ ผู้นั้นต้องรับโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 4.5 เท่าของมูลค่าไม้ที่ตัดได้โดยกำหนดค่าปรับ 20,000 ยูโรต่อเฮกตาร์ ทั้งนี้ 2 เฮกตาร์แรกให้ปรับมูลค่า 60,000 ยูโรหรือมากกว่านั้น<sup>86</sup> ในกรณีบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลอาจต้องได้รับโทษเพิ่มเติม เช่น ห้ามประกอบกิจการค้า หรือกิจกรรมด้านอุตสาหกรรม การบริหาร การจัดการใดๆ ไม่ว่าจะเพื่อตนเองหรือเพื่อผู้อื่นเป็นเวลาไม่เกิน 15 ปี<sup>87</sup>

อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่มีการตัดไม้ไม่เป็นไปตามแผนการจัดการหรือตัดฟันไม้โดยปราศจากแผนการจัดการป่า ให้เจ้าหน้าที่ดำเนินการสั่งให้ยุติการตัดไม้และยึดวัสดุอุปกรณ์ที่ใช้ในการกระทำความผิด และผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุก 6 เดือน และปรับสูงสุดไม่เกิน 4.5 เท่าของมูลค่าไม้ที่ตัดได้ โดยกำหนดค่าปรับ 20,000 ยูโรต่อเฮกตาร์ ทั้งนี้ 2 เฮกตาร์แรกให้ปรับมูลค่า 60,000 ยูโร<sup>88</sup>

#### 4. เปรียบเทียบการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสเพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย

สวนป่าเอกชนตาม พ.ร.บ.สวนป่า กับการทำปลูกไม้ขึ้นในที่ดินของเอกชนตามมาตรา 7 ต่างมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้เอกชนปลูกไม้และทำสวนป่าในที่ดินของเอกชน ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศส แต่ต่างกันตรงที่ประเทศฝรั่งเศสมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดการไม้และป่าเอกชนในกฎหมายป่าไม้เพียงฉบับเดียว โดยมีกระบวนการจัดการภายใต้แผนการจัดการป่าไม้ และมีการควบคุมและตรวจสอบโดยกำหนดจำนวนพื้นที่ปลูกไม้จำนวนมากและการปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยโดยเจ้าของไม้และเจ้าของป่าต่างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมและตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ตาม

<sup>85</sup> Code de Code de procédure pénale, Article 29-1.

<sup>86</sup> Code Forestier, Article L.362-1.

<sup>87</sup> Code Forestier, L.362-1 and Code pénal, Article 131-27.

<sup>88</sup> Code Forestier, L.362-2.

มาตรการทางกฎหมาย ดังนั้นหากจะนำแนวทางการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับประเทศไทยตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันสามารถพิจารณาได้ดังนี้

#### 4.1 นำการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับ พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535

การจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสและ พ.ร.บ.สวนป่าของประเทศไทย มีวัตถุประสงค์ให้เอกชนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลสามารถดำเนินการจัดทำป่าเอกชนได้เช่นเดียวกัน เพื่อประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจและการเพิ่มพื้นที่ป่าของประเทศ ทั้งนี้ขอบเขตในการจัดการป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสนั้น กฎหมายให้เอกชนดำเนินการจัดการไม้และป่าเอกชนในทุกพื้นที่ของเอกชนภายใต้แผนการจัดการไม้และป่าไม้ที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานป่าไม้ประจำภูมิภาคที่ต้องประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม และระบบนิเวศ วิธีการบำรุงรักษาป่า กำหนดระยะเวลาในการตัดไม้ กำหนดการฟื้นฟูสภาพหลังการตัดฟัน<sup>89</sup> กำหนดแผนการล่าสัตว์ที่มีใช้สัตว์สงวนต้องห้ามตามกฎหมาย ชนิดพืชพันธุ์ท้องถิ่น จำนวนและปริมาณขั้นต่ำและสูงสุดที่จะนำมาจากบริเวณพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ามิอัตรการเกิดใหม่ทดแทนและรักษาแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชและสัตว์อย่างยั่งยืน หากมีการตัดไม้โดยไม่ดำเนินการตามที่ได้กำหนดไว้ในแผนการจัดการ หรือผู้รับโอนสิทธิการจัดการป่าตัดฟันไม้โดยไม่มีการจัดทำแผนการจัดการป่า หรือตัดนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในแผนฯ ถือว่าเป็นการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้แผนการจัดการป่าไม้ดังกล่าว ช่วยให้เจ้าหน้าที่สามารถตรวจสอบ และควบคุมการดำเนินกิจกรรมตามโครงการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในแผนตามช่วงระยะเวลาที่ระบุไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้เมื่อเปรียบเทียบกับการจัดการสวนป่าตามกฎหมายของประเทศไทยพบว่า มีลักษณะคล้ายคลึงกับการขึ้นทะเบียนสวนป่าตามพระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 ซึ่งกำหนดให้ผู้ทำสวนป่ามีหน้าที่ต้องจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ทำการปลูกและบำรุงรักษาแล้วแจ้งให้นายทะเบียนทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า และให้เก็บรวบรวมไว้ในสำนวนการขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่าและใช้เป็นฐานข้อมูลในการแจ้งตัดหรือโค่นไม้ที่มาจากการทำสวนป่าต่อไป<sup>90</sup> แต่รายละเอียดในการจัดทำแผนการจัดการมี

<sup>89</sup>Code Forestier, L.312-2.

<sup>90</sup>“พระราชบัญญัติสวนป่า แก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 และระเบียบกรมป่าไม้ว่าด้วยการจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2562,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 37 ง (วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2563): 12.

ความแตกต่างกันเกี่ยวกับการวางแผนการตัดฟัน กิจกรรมเพื่อบำรุงรักษาและการฟื้นฟูภายหลังสิ้นสุดการตัดฟัน ดังนั้นหากนำแผนการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้เพื่อให้การจัดการสวนป่าเอกชนของประเทศไทยนั้น ควรตระหนักถึงการดำเนินการจัดการสวนป่าเอกชนอย่างยั่งยืนด้วยการสนับสนุนประโยชน์อย่างอื่นที่ผู้เป็นเจ้าของสวนป่าจะได้รับนอกเหนือจากการตัดต้นไม้ควบคู่กับการสร้างหน้าที่ในการฟื้นฟูที่ดินและการปลูกทดแทนใหม่หมุนเวียนทำให้เกิดพื้นที่ป่าอย่างต่อเนื่องและยั่งยืนและกำหนดแนวปฏิบัติที่ดีในการปลูกและบำรุงรักษาไม้และป่าไม้จะต้องคำนึงถึงไม่ตามธรรมชาติในภูมิภาคหรือกลุ่มชนิดพันธุ์พืชตามธรรมชาติตามคำแนะนำของผู้เชี่ยวชาญด้านป่าไม้ การใช้งานในท้องถิ่น ความสำคัญในการเพิ่มจำนวนของพืชและสัตว์ในท้องถิ่นเป็นสำคัญ โดยกำหนดเพิ่มเติมในระเบียบว่าด้วยการจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2562 เพื่อเป็นหลักประกันว่าได้มีการจัดการสวนป่าเอกชนอย่างยั่งยืน ทั้งนี้อาจจะกำหนดบทบาทของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับป่าไม้จากเดิมที่มุ่งต่อการจับกุมและปราบปรามเป็นหน้าที่กำกับดูแลเอกชนผู้ปลูกป่าโดยกำหนดเป้าหมาย การพัฒนา และปรับปรุงการจัดการป่าเอกชนภายใต้การให้ความช่วยเหลือและให้ความรู้เกี่ยวกับการทำแผนจัดการและบำรุงรักษาไม้ที่ปลูกการทวนเกษตร

นอกจากนี้ควรสนับสนุนให้ผู้ปลูกไม้มีรายได้จากสวนป่าโดยวิธีอื่น เช่น สนับสนุนให้เกิดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศในสวนป่าเอกชน กำหนดสวนป่าเอกชนให้บริการเป็นสถานที่ท่องเที่ยว กำหนดมาตรการลดหย่อนภาษีเงินได้ ภาษีที่ดิน สำหรับเอกชนที่ปลูกป่าเศรษฐกิจ ด้วยการให้นำค่าใช้จ่ายที่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลใช้ในการปลูกและดูแลป่าเศรษฐกิจมาใช้หักลดหย่อนภาษี เพื่อให้ผู้ปลูกไม้มีรายได้จากสวนป่าเอกชน นอกเหนือจากการตัดไม้แต่เพียงอย่างเดียว

#### 4.2 นำการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับมาตรา 7 พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562

วัตถุประสงค์ของการจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศส คือ การให้เอกชนปลูกไม้และมีสิทธิใช้ไม้ที่ตนเองปลูกโดยไม่กำหนดไม้หวงห้ามไว้แต่อย่างใด ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรา 7 ที่ให้ประชาชนและเอกชนสามารถใช้ประโยชน์จากไม้หวงห้ามได้มากขึ้น โดยกำหนดให้ไม้ที่ขึ้นใน “ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์” หรือ “สิทธิครอบครอง” ตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม สามารถปลูก ตัดแปรรูป นำเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ เนื่องจากไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินไม่เป็นไม้หวงห้าม ตาม พ.ร.บ.ป่าไม้

(ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 และยังเป็นส่วนควบกับที่ดินซึ่งเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่สำหรับไม้หวงห้ามที่อยู่ในเขตพื้นที่ป่าให้ยังคงเป็นไม้หวงห้ามเช่นเดิม

ทั้งนี้ไม้ที่ขึ้นหรือปลูกตามมาตรา 7 ดังกล่าว ผู้เป็นเจ้าของอาจขอขึ้นทะเบียนสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า หรือ ไม่ขึ้นทะเบียนสวนป่าก็ได้ และเมื่อไม่ใช้การทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า จึงไม่น่าหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนสวนป่าและมาตรการควบคุมและตรวจสอบของการทำสวนป่ามาใช้บังคับ ดังนั้นหากผู้เป็นเจ้าของไม้เลือกใช้ประโยชน์จากการปลูกไม้ตามมาตรา 7 อาจเกิดการลักลอบตัดไม้นอกแปลงรวมเข้ามาในพื้นที่ไม้ที่ปลูก ส่งผลให้มีการใช้มาตรา 7 เป็นช่องทางในการช่วยพอกไม้หวงห้ามนอกแปลงโฉนดที่ดินเข้าไปสวมสิทธิในที่ดินมีโฉนดของชาวบ้าน โดยอ้างว่าเป็นไม้ที่ถูกต้องตามกฎหมายตามที่ดินที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 7<sup>91</sup> อันนำไปสู่ปัญหา ดังต่อไปนี้

#### 1) ปัญหาการสวมสิทธิไม้นอกพื้นที่ให้เป็นไม้ที่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 7

มาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 8 พ.ศ.2562 มีสาระสำคัญให้ไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไม่เป็นไม้หวงห้าม

ทั้งนี้ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการจำแนกแหล่งที่มาของไม้ว่าเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นหรือเป็นไม้ที่มาจากป่าธรรมชาติ ทั้งไม้ในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้ามนั้น จะมีผลต่อเมื่อรัฐมนตรีประกาศ โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ประกาศตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 แล้ว<sup>92</sup> ดังนั้นจึงอยู่ในอำนาจของคณะรัฐมนตรีที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบตามสมควร<sup>93</sup> ส่วนไม้ที่ขึ้นเองตามธรรมชาติแม้ว่าจะอยู่ในที่ดินที่ได้รับประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิ และมีชื่อตามบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดไม้หวงห้าม พ.ศ.2530 ประกอบมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ยังคงเป็นไม้หวงห้ามเช่นเดิมไม่ว่ารัฐมนตรีจะประกาศหรือไม่ก็ตาม<sup>94</sup>

<sup>91</sup> ชาวไทยพีบีเอส, เรื่องเดิม.

<sup>92</sup> กรมป่าไม้ สำนักงานกฎหมาย, เรื่องเดิม.

<sup>93</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดิม.

<sup>94</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, เรื่องเดิม.

ปัจจุบันรัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ประกาศให้ที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในเขตปฏิรูปที่ดินตาม พ.ร.บ. ปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ.2518 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ประเภท ส.ป.ก 4-01 ส.ป.ก 4-01 ก ส.ป.ก 4-01 ข ส.ป.ก 4-01 ค หรือ ส.ป.ก 4-01 ช เป็นที่ดินซึ่งไม่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าว ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้าม<sup>95</sup> ส่งผลให้ไม้หวงห้ามที่เกษตรกรได้ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าว ที่นอกเหนือจากการขึ้นทะเบียนสวนป่า ไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป สามารถปลูก ตัด แปรรูป นำเคลื่อนย้ายได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 อย่างไรก็ตามยังมีที่ดินอีกหลายประเภทที่ต้องการให้รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีไม่เป็นไม้หวงห้าม อาทิ ที่ดินมีหลักฐานหนังสืออนุญาตให้สมาชิกนิคมสหกรณ์เข้าทำประโยชน์ในที่ดินของนิคมสหกรณ์ (กสน. 3) และหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (กสน. 5)<sup>96</sup> และที่ดินที่หน่วยงานของรัฐรับมอบจากกรมป่าไม้ไปจัดที่ดินให้กับราษฎรซึ่งยังไม่มีเพิกถอนป่าสงวนแห่งชาติ เช่น ส.ท.ก. ค.ท.ช. การทำไม้ในที่ดินดังกล่าว ยังต้องขออนุญาตทำไม้ที่มีไม้หวงห้ามตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ.2507 ซึ่งยังไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการแก้ไขพระราชบัญญัติป่าไม้ มาตรา 7 วรรคหนึ่ง ต้องการให้การทำไม้ที่ปลูกในที่ดินของรัฐและมีการอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินตามกฎหมายนั้นๆ แล้วไม่ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่อีก<sup>97</sup> จึงมีการร้องขอให้มีการกำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562 ซึ่งอาจเกิดปัญหาในการแยกแยะไม้ที่ปลูกเองกับไม้ที่ขึ้นตามธรรมชาติที่อยู่ในพื้นที่ใกล้เคียงกันหรือปัญหาการลักลอบตัดไม้นอกเขตพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต หรือตัดไม้ที่ขึ้นอยู่แล้วตามธรรมชาติเพื่อเข้ามาสวมสิทธิเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาต ทั้งในกรณีการปลูกไม้จำนวนเนื้อที่มากและการปลูกไว้เพื่อใช้สอยเล็กน้อย เนื่องจากมาตรา 7 ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขให้แจ้งเป็นหนังสือต่อพนักงานก่อนการตัดโค่นเหมือนเช่นการทำสวนป่าเอกชน ตาม พ.ร.บ.สวนป่า

ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยเมื่อพิจารณาการจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นเจ้าของและการใช้ประโยชน์จากไม้ของเอกชนที่ปลูกไว้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยและเอกชนผู้ปลูกในเชิงการค้าเช่นเดียวกับของไทย แต่ประเทศฝรั่งเศสมีลักษณะเด่นของการจัดการไม้และป่าเอกชนที่ต่างจาก

<sup>95</sup> “ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิเพื่อให้ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าวไม่เป็นไม้หวงห้าม พ.ศ. 2563,” เรื่องเดิม.

<sup>96</sup> กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, เรื่องเดิม.

<sup>97</sup> กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, เรื่องเดิม.

ประเทศไทย 2 ประการ คือ การจัดทำแผนจัดการป่าเอกชน และการกำหนดขอบเขตจำนวนที่ดินขั้นต่ำที่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าเอกชน และการปลูกไม้ใช้สอยเล็กน้อยในพื้นที่จำนวนไม่มากที่ไม่ต้องจัดทำแผน ซึ่งทั้งในกรณีทำแผนและไม่ต้องทำแผนนั้น ผู้เป็นเจ้าของไม้หรือเจ้าของป่าสามารถตัดโค่นไม้ที่ตนปลูกได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ แต่ต้องมีการปฏิบัติตามกฎหมายป่าไม้โดยการแจ้งเจ้าหน้าที่ก่อนการตัด

การจัดการไม้และป่าเอกชนของประเทศฝรั่งเศสมีการกำหนดขอบเขตจำนวนพื้นที่ขั้นต่ำที่เอกชนเจ้าของป่าต้องจัดทำแผนจัดการป่าไม้ โดยเฉพาะในพื้นที่ตั้งแต่ 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) ขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของเพียงคนเดียวหรือหลายคน ถ้าหากมีที่ดินต่างแปลงกัน ซึ่งเนื้อที่แต่ละแปลงเท่ากับหรือมากกว่า 4 เฮกตาร์ (25 ไร่) ขึ้นไป ซึ่งอยู่ในบริเวณแหล่งเดียวกันและเมื่อรวมกันแล้วมีเนื้อที่เท่ากับหรือมากกว่า 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) ก็ต้องอยู่ในบังคับที่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าด้วยเช่นกัน แต่ถ้ารวมกันแล้วน้อยกว่า 25 เฮกตาร์ (156 ไร่) แต่ไม่น้อยกว่า 10 เฮกตาร์ (62 ไร่) รัฐมนตรีด้านป่าไม้สามารถกำหนดให้จัดทำแผนจัดการป่าเอกชนก็ได้ตามข้อเสนอของคณะกรรมการศูนย์ป่าเอกชนแห่งชาติ โดยคำนึงถึงศักยภาพในการผลิต ประโยชน์ทางระบบนิเวศและสังคม โครงสร้างของป่าไม้ในท้องถิ่น และโครงการจัดการป่าไม้ในภูมิภาค แต่ถ้าหากมีพื้นที่น้อยกว่า 10 เฮกตาร์ เจ้าของป่าไม้ไม่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าเอกชน แต่ต้องปฏิบัติตามแนวการจัดการปาวนวัฒนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.313-3 และ D 313-10 แห่งกฎหมายป่าไม้<sup>98</sup> กล่าวคือ เจ้าของป่าต้องปฏิบัติตามหลักการจัดการปาวนวัฒนอย่างยั่งยืนเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 10 ปี ประกอบด้วย การปลูกไม้ตามธรรมชาติในภูมิภาคหรือกลุ่มชนิดพันธุ์พืชตามธรรมชาติภายใต้คำแนะนำของเจ้าหน้าที่ป่าไม้ การใช้งานในท้องถิ่น ความสำคัญในการเพิ่มจำนวนของพืชและสัตว์ในท้องถิ่นเป็นสำคัญ รวมถึงเงื่อนไขและความเป็นไปได้ในการจัดการป่าอย่างยั่งยืน ภายใต้การควบคุมดูแลของศูนย์ป่าเอกชนประจำภูมิภาค<sup>99</sup> แต่การทำแผนจัดการป่าไม้ไม่ใช้ในกรณีปลูกไม้ใช้สอยในครัวเรือนในพื้นที่ 1 – 4 เฮกตาร์ หรือน้อยกว่า 1 เฮกตาร์ กฎหมายป่าไม้ให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของดูแลและจัดการตามลำพังตามหลักกรรมสิทธิ์ของเอกชนและให้สิทธิเจ้าของไม้ตัดไม้ได้โดยไม่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าไม้ แต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการกำกับดูแลและตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้หากมีการร้องเรียนหรือถูกกล่าวหาว่าการตัดไม้ดังกล่าว กระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยการปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องสมบูรณ์ในการจัดการไม้แก่เจ้าหน้าที่ เจ้าหน้าที่ชอบที่จะเข้าทำการตรวจสอบและดำเนินการตามกฎหมาย ซึ่งกฎหมายประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของไม้หรือ

<sup>98</sup> Code de Bonnes Pratiques Sylvicoles, **Guide de la forêt privée** [Online], available URL: [https://bourgognefranche-comte.cnpf.fr/data/cbps\\_franche\\_comte.pdf](https://bourgognefranche-comte.cnpf.fr/data/cbps_franche_comte.pdf), 2020 (December, 2).

<sup>99</sup> Code Forestier, Article L.313-1.

เจ้าของป่าเอกชนต้องรับโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 4.5 เท่าของมูลค่าไม้ที่ตัดได้ โดยกำหนดค่าปรับ 20,000 ยูโรต่อเฮกตาร์ ทั้งนี้ 2 เฮกตาร์แรกให้ปรับมูลค่า 60,000 ยูโรหรือมากกว่านั้น

ดังนั้น หากนำมาตรการจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศฝรั่งเศสมาปรับใช้กับไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เพื่อแก้ไขปัญหาช่องว่างของการใช้มาตรา 7 ในการสวมสิทธิ ไม้นอกพื้นที่ให้เป็นไม้ที่ชอบด้วยกฎหมายอาจต้องกำหนดแนวทางดังต่อไปนี้

ประการแรก กำหนดจำนวนพื้นที่ขั้นต่ำที่เจ้าของมีหน้าที่ต้องจัดทำแผนจัดการไม้ และป่าไม้สำหรับการปลูกไม้ในพื้นที่จำนวนมากของเอกชน โดยรายละเอียดในแผนประกอบด้วย จำนวนไม้ ชนิดพันธุ์ไม้ เนื้อที่ แผนที่พอสังเขป การบำรุงรักษา ระยะเวลาในการตัดฟัน เป็นต้น ซึ่งเจ้าของป่ามีสิทธิตัดไม้ได้ตามช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผนโดยไม่ต้องขออนุญาตแต่ต้องดำเนินการตามแผนที่กำหนดไว้ การตัดไม้ในกรณีพิเศษนอกเหนือจากระยะเวลาที่กำหนดไว้จะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ แต่หากเป็นการตัดไม้เพื่อการใช้ในท้องถิ่นหรือเพื่อใช้บริโภคในครัวเรือน เจ้าของไม้ย่อมสามารถดำเนินการได้ แม้ว่าจะอยู่นอกแผนที่กำหนดไว้ก็ตาม แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่า การตัดฟันไม้นี้ยังคงไว้ซึ่งทรัพยากรไม้และความสมบูรณ์ของป่า และไม่กระทบต่อการดำเนินการตามแผนการจัดการตามที่ได้กำหนดไว้

ประการที่สอง กรณีการปลูกไม้ใช้สอยเล็กน้อย ในพื้นที่จำนวนน้อยย่อมได้รับสิทธิการใช้ประโยชน์จากไม้ตามมาตรา 7 โดยให้เป็นเจ้าของดูแลและจัดการตามหลักกรรมสิทธิ์สามารถตัดฟันไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ และไม่ต้องจัดทำแผนจัดการไม้และป่าเอกชน แต่ถ้าไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องสมบูรณ์แก่เจ้าหน้าที่ผู้เป็นเจ้าของไม้ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของไม้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องแสดงหลักฐานต่อเจ้าหน้าที่เพื่อรับรองว่าตนได้จัดการตามแผนการจัดการป่าหรือได้ดำเนินกิจกรรมตามแผนการจัดการฯ หรือเพื่อยืนยันสิทธิเกี่ยวกับไม้และป่าไม้ซึ่งส่งผลต่อการตัดไม้ดังกล่าว

ประการที่สาม นำมาตรการการลงโทษมาปรับใช้บังคับกับผู้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งมีไม้ขึ้นอยู่หรือปลูกขึ้นตามมาตรา 7 และได้ทำการปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องต่อเจ้าหน้าที่ หรือยินยอมให้บุคคลอื่นสวมสิทธิไม้ที่ดินของตนเองเพื่อประโยชน์ใดๆ บุคคลนั้นย่อมมีความผิดฐานตัดไม้โดยมิชอบด้วยกฎหมายและต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อป้องปรามมิให้ผู้เป็นเจ้าของที่ดินยินยอมให้ผู้อื่นเข้ามาสวมสิทธิไม้ในที่ดินของตนเอง แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เป็นเจ้าของไม้ที่ขึ้นหรือปลูกขึ้นในที่ดินตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้

โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถแสดงหลักฐานต่อเจ้าหน้าที่เพื่อยืนยันสิทธิเกี่ยวกับไม้และสิทธิในที่ดินของตนเองต่อเจ้าหน้าที่ได้เช่นกัน

## 2) การขอหนังสือรับรองไม้และการตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้

แม้ว่ามาตรา 7 วรรคหนึ่ง มีผลให้ไม้ทุกชนิดที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่เป็นไม้หวงห้าม ส่งผลให้การทำไม้ การแปรรูปไม้ และการนำเคลื่อนย้ายไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่ก็อาจถูกการตรวจสอบความถูกต้องของไม้จากหน่วยงานอื่นได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตามในการจำแนกแหล่งที่มาของไม้และนำไม้เคลื่อนที่จากในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรี ผู้ที่ปลูกไม้ตามมาตรา 7 อาจต้องปฏิบัติตามระเบียบกรมป่าไม่ว่าด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563 ในการขอหนังสือรับรองไม้ในสภาพไม้ยืนต้น หรือไม้ท่อนที่ตัดแล้ว แต่ยังไม่ได้นำเคลื่อนที่ออกจากบริเวณต่อไม้<sup>100</sup> โดยมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมและตรวจสอบแหล่งที่มาของไม่ว่ามิได้มาจากป่าธรรมชาติ แต่ในขณะเดียวกันมาตรา 18/1 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 บัญญัติว่า “...เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้” ย่อมหมายความว่า จะแจ้งขอหนังสือรับรองไม้หรือไม่ก็ได้ แสดงว่ากฎหมายไม่บังคับให้เจ้าของไม้ต้องทำหนังสือรับรองไม้ ซึ่งการไม่มีหนังสือรับรองไม้นี้ดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบโดยตรงแต่อย่างใด แต่ถ้าหากมีหน่วยงานอื่นของรัฐขอตรวจสอบที่มาของไม้ และผู้เป็นเจ้าของไม้พิสูจน์ไม่ได้ว่า ไม้ นั้นได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีหลักฐานรับรองว่าเป็นไม้ที่มาจากที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตฯ ตามมาตรา 7 ก็จะมีผลเป็นการมีไว้ในครอบครองซึ่งไม้หวงห้ามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท<sup>101</sup> ทั้งนี้ ความไม่ชัดเจนของถ้อยคำว่า “เจ้าของไม้จะแจ้งขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้” ตามมาตรา 18/1 อาจทำให้เกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนถึงหน้าที่ของเจ้าของไม่ว่า จะต้องปฏิบัติตามระเบียบฯ ในการขอหนังสือรับรองไม้หรือไม่ อีกทั้งระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563 ข้อ 7 กำหนดว่า “เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ หรือสิทธิ

<sup>100</sup> “ระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ. 2563,” เรื่องเดิม.

<sup>101</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2525, มาตรา 69.

ครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี **ประสงค์จะขอรับรองไม้** ให้ยื่นคำขอตามแบบ ร.ม.1” ย่อมหมายความว่า ไม่ได้บังคับให้เจ้าของไม้ต้องขอหนังสือรับรองไม้ แต่การขอหนังสือรับรองไม้ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของเจ้าของไม้เช่นกัน ซึ่งผลของมาตรา 18/1 และระเบียบดังกล่าว ก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้เป็นเจ้าของไม่ว่าจะทำหนังสือรับรองไม้หรือไม่ก็ได้ แต่เป็นสิทธิที่ไม่สามารถกล่าวอ้างต่อเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานอื่นๆ หากมีการขอตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ ซึ่งทำให้เจ้าของไม้เกิดความสับสนว่าจะขอหนังสือรับรองหรือไม่ก็ได้

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการจำแนกแหล่งที่มาของไม้โดยมีหนังสือรับรองไม้ ควรมีการแก้ไขถ้อยคำในมาตรา 18/1 โดยกำหนดเป็นหน้าที่ให้เจ้าของป่าจัดทำหนังสือรับรองไม้เพื่อแสดงหลักฐานยืนยันการเป็นเจ้าของไม้ในที่ดินของตนเอง เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าของไม้หรือเจ้าของป่าเอกชนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะต้องแสดงหลักฐานต่อศูนย์จัดการป่าเอกชนประจำภูมิภาคแล้วแต่กรณีเพื่อรับรองว่าตนได้จัดการตามแผนการจัดการป่าหรือได้ดำเนินกิจกรรมตามแผนการจัดการฯ หรือเพื่อยืนยันสิทธิที่เกี่ยวข้องกับไม้และป่าไม้ซึ่งส่งผลต่อการตัดไม้ดังกล่าว

## 5. สรุป

แม้ว่า พ.ร.บ.ป่าไม้ของไทยไม่ได้กำหนดการจัดการไม้และป่าเอกชนแยกเป็นหมวดหมู่ไว้ โดยเฉพาะ แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้ว่ามีกฎหมายสนับสนุนให้เอกชนปลูกสร้างสวนป่าไว้ใน พ.ร.บ.สวนป่า พ.ศ.2535 และมาตรา 7 พ.ร.บ.ป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 ที่สนับสนุนให้เอกชนปลูกไม้ในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไป และอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับมีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนให้มีป่าเอกชนเกิดขึ้นในประเทศไทย ส่งผลให้ผู้เป็นเจ้าของไม้สามารถเลือกว่าจะทำการปลูกไม้ตามมาตรา 7 หรือทำสวนป่า ตาม พ.ร.บ.สวนป่า ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับมีผลบังคับทางกฎหมายที่ต่างกัน แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นการส่งเสริมการปลูกป่าของเอกชนเหมือนกันก็ตาม ทั้งนี้ไม่อาจนำเงื่อนไขการควบคุมและตรวจสอบไม้ของ พ.ร.บ.สวนป่ามาใช้กับเอกชนผู้ปลูกไม้ตามมาตรา 7 ทำให้เกิดช่องว่างของการใช้บังคับมาตรา 7 คือ การลักลอบสวมไม้จากป่าธรรมชาติมาเป็นไม้ในที่ดินที่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการยากที่จะพิสูจน์และตรวจสอบจำแนกแหล่งที่มาของไม่ว่ามาจากไม้ธรรมชาติหรือไม้ที่ปลูกขึ้นเอง แม้ว่ามาตรา 18/1 กำหนดเกี่ยวกับการทำหนังสือรับรองไม้ไว้ก็ตาม แต่ถ้อยคำของกฎหมาย

กำหนดให้ “เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้” ซึ่งการไม่มีหนังสือรับรองไม้ดังกล่าว ไม่มีบทบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบโดยตรงแต่อย่างใด จึงอาจก่อให้เกิดความสับสนต่อผู้เป็นเจ้าของไม่ว่าจะต้องทำหนังสือรับรองไม้หรือไม่ เพราะถ้าหากมีหน่วยงานอื่นของรัฐขอตรวจสอบที่มาของไม้ และผู้เป็นเจ้าของไม้พิสูจน์ไม่ได้ว่า ไม้ นั้นได้มาโดยชอบด้วยกฎหมายเพราะไม่มีหลักฐานรับรองว่าเป็นไม้ที่มาจากที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองหรือเป็นไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตฯ ตามมาตรา 7 ก็จะมีผลเป็นการมีไว้ในครอบครองซึ่งไม้หวงห้ามต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 50,000 บาท อีกทั้งกฎหมายทั้งสองฉบับไม่ได้มีการกำหนดแบ่งแยกจำนวนเนื้อที่การปลูกไม้ระหว่างพื้นที่จำนวนมากที่ควรต้องมีมาตรการจัดการไม้และป่าไม้เป็นพิเศษแยกต่างหากจากการปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยหรือในพื้นที่จำนวนน้อยที่ได้รับประโยชน์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาต ทั้งนี้เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ การจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทย ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิในความเป็นเจ้าของและการใช้ประโยชน์จากไม้ของเอกชนที่ปลูกไว้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยและเอกชนผู้ปลูกในเชิงการค้าพาณิชย์เช่นเดียวกับของไทย แต่ประเทศไทยมีลักษณะเด่นของการจัดการไม้และป่าเอกชนที่ต่างจากประเทศไทย 2 ประการ คือ 1) การจัดทำแผนจัดการไม้และป่าเอกชน และ 2) การกำหนดขอบเขตจำนวนที่ดินขั้นต่ำที่ต้องจัดทำแผนจัดการป่าเอกชน และการปลูกไม้ใช้สอยเล็กน้อยในพื้นที่จำนวนน้อยที่ไม่ต้องจัดทำแผน ซึ่งทั้งในกรณีทำแผนและไม่ต้องทำแผนนั้น ผู้เป็นเจ้าของไม้หรือเจ้าของป่าสามารถตัดต้นไม้ได้ โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ แต่ต้องมีการปฏิบัติตามกฎหมายป่าไม้ โดยการแจ้งเจ้าหน้าที่ก่อนการตัด

ดังนั้น หากนำมาตรการจัดการไม้และป่าเอกชนตามกฎหมายป่าไม้ของประเทศไทยมาปรับใช้กับไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินหรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เพื่อแก้ไขปัญหาช่องว่างของการใช้มาตรา 7 ในการสวมสิทธิไม้นอกพื้นที่ให้เป็นไม้ที่ชอบด้วยกฎหมาย อาจต้องกำหนดแนวทางดังต่อไปนี้ คือ กำหนดจำนวนพื้นที่ขั้นต่ำที่ต้องจัดทำแผนจัดการไม้และป่าไม้สำหรับการปลูกไม้ในพื้นที่จำนวนมากของเอกชน โดยรายละเอียดในแผนประกอบด้วย จำนวนไม้ ชนิดพันธุ์ไม้ เนื้อที่ แผนที่พอสังเขป การบำรุงรักษา ระยะเวลาในการตัดฟัน เป็นต้น ซึ่งเจ้าของป่ามีสิทธิตัดไม้ได้ตามช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้ในแผน โดยไม่ต้องขออนุญาตแต่ต้องดำเนินการตามแผนที่กำหนดไว้ การตัดไม้ในกรณีพิเศษนอกเหนือจากระยะเวลาที่กำหนดไว้จะต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่ กรณีการปลูกไม้ใช้สอยในพื้นที่จำนวนน้อยย่อมได้รับสิทธิการใช้ประโยชน์จากไม้ตามมาตรา 7 โดยให้เป็นเจ้าของดูแลและจัดการตามหลักกรรมสิทธิ์ สามารถ

ตัดฟันไม้ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ และไม่ต้องทำแผนจัดการไม้และป่าเอกชน แต่ถ้าไม่ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมาย หรือปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องสมบูรณ์แก่เจ้าหน้าที่ ผู้เป็นเจ้าของไม้ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ผู้เป็นเจ้าของไม้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องแสดงหลักฐานต่อเจ้าหน้าที่ เพื่อรับรองว่าตนได้จัดการตามแผนการจัดการป่าหรือได้ดำเนินกิจกรรมตามแผนการจัดการฯ หรือเพื่อยืนยันสิทธิเกี่ยวกับไม้และป่าไม้ซึ่งส่งผลต่อการตัดไม้ดังกล่าวและนำมาตราการการลงโทษมาปรับใช้กับผู้เป็นเจ้าของที่ดินซึ่งมีไม้ขึ้นอยู่หรือปลูกขึ้นตามมาตรา 7 ที่ได้ทำการปกปิดข้อมูล ไม่แจ้งข้อมูล หรือแจ้งข้อมูลไม่ถูกต้องต่อเจ้าหน้าที่ หรือยินยอมให้บุคคลอื่นสวมสิทธิไม้ที่ดินของตนเองเพื่อประโยชน์ใดๆ บุคคลนั้นย่อมมีความผิดฐานตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เพื่อป้องกันมิให้ผู้เป็นเจ้าของที่ดินยินยอมให้ผู้อื่นเข้ามาสวมสิทธิไม้ในที่ดินของตนเอง และใช้มาตรการลงโทษทางกฎหมายในการควบคุมให้เกิดการจำแนกไม้ที่มาจาก การปลูกขึ้นหรือมาจากป่าธรรมชาติ

ส่วนกรณีการทำสวนป่าตาม พ.ร.บ.สวนป่า นั้น ยังขาดมาตรการทางกฎหมายที่จะสนับสนุนให้เกิดการจัดการสวนป่าอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะในกรณีการทำสวนป่าเอกชนในพื้นที่จำนวนมาก ทั้งนี้หากพิจารณาแนวทางการจัดการไม้และป่าเอกชนมาปรับใช้อาจต้องให้ความสำคัญต่อการทำแผนการจัดการไม้และป่าเอกชนที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานป่าไม้ ที่ควรมีรายละเอียดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม และระบบนิเวศ วิธีการบำรุงรักษาป่า กำหนดระยะเวลาในการตัดไม้ กำหนดการฟื้นฟูภายหลังการตัดฟัน กำหนดแผนการล่าสัตว์ที่มีใช้สัตว์สงวนต้องห้ามตามกฎหมาย ชนิดพืชพันธุ์ท้องถิ่น จำนวนและปริมาณขั้นต่ำและสูงสุดที่จะนำมาจากบริเวณพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ามีอัตราการเกิดใหม่ทดแทนและรักษาแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชและสัตว์อย่างยั่งยืน

## 6. ข้อเสนอแนะ

ส่วนแรกปรับปรุง พ.ร.บ.สวนป่า เพื่อให้เกิดการบริหารจัดการสวนป่าเอกชนอย่างยั่งยืน

ข้อเสนอแนะที่ 1 กรณีพื้นที่การทำสวนป่าเอกชนมีจำนวนมาก เจ้าของสวนป่าควรจัดทำแผนการจัดการไม้และป่าเอกชนที่ได้รับอนุมัติจากสำนักงานป่าไม้ โดยประกอบด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับการวิเคราะห์ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม และระบบนิเวศ วิธีการบำรุงรักษาป่า กำหนดระยะเวลาในการตัดไม้ กำหนดการฟื้นฟูภายหลังการตัดฟัน กำหนดแผนการล่าสัตว์ที่มีใช้สัตว์สงวนต้องห้ามตามกฎหมาย ชนิดพืชพันธุ์ท้องถิ่น จำนวนและปริมาณขั้นต่ำและสูงสุดที่จะนำมา

จากบริเวณพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อให้เกิดความมั่นใจว่ามีอัตราการเกิดใหม่ทดแทนและรักษาแหล่งที่อยู่อาศัยของพืชและสัตว์อย่างยั่งยืน

ข้อเสนอแนะที่ 2 กำหนดบทบาทของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับป่าไม้จากเดิมที่มุ่งต่อการจับกุมและปราบปรามเป็นหน้าที่กำกับดูแลเอกชนผู้ปลูกป่า โดยกำหนดเป้าหมายการพัฒนาและปรับปรุงการจัดการป่าเอกชนภายใต้การให้ความช่วยเหลือและให้ความรู้เกี่ยวกับการทำแผนจัดการและบำรุงรักษาไม้ที่ปลูกการทำวนเกษตร ให้ความรู้ด้านกฎหมายเกี่ยวกับการลงโทษหากมีการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามแผนการจัดการป่าเอกชน

ข้อเสนอแนะที่ 3 สนับสนุนให้เจ้าของสวนป่าเอกชนได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจหรือรายได้อื่นนอกเหนือจากการตัดต้นไม้ เช่น กำหนดมาตรการให้นำค่าใช้จ่ายที่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลใช้ในการปลูกและดูแลป่าเศรษฐกิจมาใช้หักลดหย่อนภาษีเงินได้ ภาษีที่ดิน สำหรับเอกชนที่ปลูกป่าเศรษฐกิจ สนับสนุนให้เกิดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศในสวนป่าเอกชน กำหนดให้สวนป่าเอกชนเป็นสถานที่ท่องเที่ยว เพื่อให้เกิดแรงจูงใจให้เอกชนปลูกสร้างสวนป่าและมีรายได้จากการจัดการสวนป่าอย่างยั่งยืน

ส่วนที่สองปรับปรุงมาตรา 7 เพื่อให้เป็นตามมาตรฐานสากลที่ประเทศที่พัฒนาแล้วให้การยอมรับและใช้บังคับ ได้แก่

ข้อเสนอแนะที่ 1 ในกรณีที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง และที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีซึ่งได้รับประโยชน์จากมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ฯ ส่งผลให้ไม้ที่ปลูกขึ้นไม่ว่าจะเป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไปนั้น ทำให้เจ้าของไม้ที่ปลูกหรือขึ้นในที่ดินดังกล่าว สามารถตัดไม้หรือโค่นไม้แปรรูปไม้ ค่าไม้ มีไม้ไว้ในครอบครองและนำไม้เคลื่อนที่ผ่านด่านป่าไม้ โดยไม่ต้องขออนุญาตเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาการลักลอบตัดไม้ในจากป่ามาสวมเป็นไม้ในที่ดินที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 7 ดังนั้นควรกำหนดจำนวนเนื้อที่ขั้นต่ำที่ต้องจัดทำแผนการจัดการป่าไม้และจำนวนเนื้อที่ที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อบังคับที่ต้องจัดทำแผน เช่น การปลูกไม้เพื่อใช้สอยเล็กน้อยในพื้นที่ขนาดเล็ก แต่ก็ต้องมีมาตรการกำกับดูแลโดยแจ้งเจ้าหน้าที่ก่อนการตัดฟัน ซึ่งนอกจากจะช่วยควบคุมและตรวจสอบแหล่งที่มาของไม้ ช่วยให้ทราบจำนวนป่าเอกชนจำนวนไม้ รวมถึงการยืนยันความเป็นเจ้าของ แล้วยังสามารถกำหนดหน้าที่และแนวปฏิบัติที่ดีในการจัดการป่าอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างมาตรการควบคุมดูแลหากมีการตัดไม้โดยไม่ดำเนินการตามที่ได้กำหนดไว้ในแผนการจัดการ หรือ ฝ่าฝืนระเบียบการจัดการป่าไม้ในกรณีที่ไม้ต้องจัดทำแผนฯ รวมถึงผู้รับโอนสิทธิการจัดการป่า ทำการตัดฟันไม้โดยไม่มีการจัดทำแผนการจัดการป่า หรือตัดไม้ นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในแผนฯ ที่ได้แจ้งยังสำนักงานป่าไม้ ถือว่าเป็นการตัดไม้โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ข้อเสนอแนะที่ 2 ปรับแก้ถ้อยคำในมาตรา 18/1 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ (แก้ไขฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 บัญญัติว่า "...เจ้าของไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือเจ้าของไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะแจ้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอหนังสือรับรองไม้ก็ได้" โดยตัดคำว่า "ก็ได้" ออก เพื่อมิให้ผู้เป็นเจ้าของไม้เกิดความสับสนในทางปฏิบัติ

ข้อเสนอแนะที่ 3 เพื่อลดภาระในการทำหนังสือรับรองไม้ตามมาตรา 18/1 ในกรณีผู้เป็นเจ้าของไม้ที่ปลูกไว้ใช้สอยเล็กน้อยต้องการตัดไม้เพื่อใช้สอยในครัวเรือนจำนวนไม่มาก อาจกำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของไม้ทำหนังสือยืนยันยืนยันความเป็นเจ้าของไม้ที่ได้มาโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยจัดทำระเบียบหนังสือรับรองตนเองว่า ไม้ที่นำเคลื่อนย้ายเป็นไม้ที่ได้มาจากที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดินของตน เพื่อเป็นหลักฐานยืนยันยืนยันความเป็นเจ้าของไม้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากมีการตรวจสอบโดยเจ้าหน้าที่

ข้อเสนอแนะที่ 4 กรณีเอกชนซึ่งทำการปลูกไม้ในพื้นที่จำนวนมาก นอกจากจะได้ประโยชน์ในการตัดไม้ได้โดยไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้ามแล้ว ควรมีประโยชน์อย่างอื่นเพื่อสนับสนุนให้มีการจัดทำป่าเอกชน เช่น กำหนดมาตรการลดหย่อนภาษีเงินได้ ลดหย่อนภาษีที่ดิน สำหรับเอกชนที่ปลูกป่าเศรษฐกิจ ด้วยการให้นำค่าใช้จ่ายที่บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลใช้ในการปลูกและดูแลป่าเศรษฐกิจมาใช้หักลดหย่อนภาษี สนับสนุนให้เกิดการท่องเที่ยวเชิงนิเวศในสวนป่าเอกชน เพื่อให้ผู้ปลูกไม้มีรายได้จากป่าเอกชน นอกเหนือจากการตัดไม้แต่เพียงอย่างเดียว

## บรรณานุกรม

- กรมป่าไม้. “หนังสือที่ ทส. 1613.5.3/11404 เรื่อง การรับรองไม้ที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน.” วันที่ 4 มิถุนายน พ.ศ.2562.
- กรมป่าไม้ สำนักงานกฎหมาย. **ขอหารือกรณีทำไม้หวงห้ามในที่ดิน ส.ป.ก. 4-01 ตามพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562 เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงาน** [Online]. Available URL:[https://www.forest.go.th/suratthani11/wp-content/uploads/sites/46/2020/06/forest11\\_4333.pdf](https://www.forest.go.th/suratthani11/wp-content/uploads/sites/46/2020/06/forest11_4333.pdf), 2563 (ธันวาคม, 15).
- กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. “หนังสือเลขที่ กษ 0208/2478 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484.” วันที่ 22 มิถุนายน 2563.
- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. “หนังสือเลขที่ ทส 1609.2/1116 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิ ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562.” วันที่ 12 พฤษภาคม 2563.
- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. “หนังสือเลขที่ ทส 1609.2/1116 เรื่อง ร่างประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิ ตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2562.” วันที่ 12 พฤษภาคม 2563.
- ข่าวไทยพีบีเอส. **ปลดล็อก ม. 7 พ้นพิษ “ทสจ.” เอี่ยวแก๊งตัดยางนาสวมส่งขายจีน** [Online]. Available URL: <https://news.thaipbs.or.th/content/285353>, 2562 (ตุลาคม, 21).
- “ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภทหนังสือแสดงสิทธิเพื่อให้ไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินดังกล่าวไม่เป็นไม้หวงห้าม พ.ศ.2563.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 137 ตอนพิเศษ 292 ง (วันที่ 16 ธันวาคม 2563).
- “พระราชบัญญัติสวนป่า แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติสวนป่า (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2558 และระเบียบกรมป่าไม้วาดด้วยการจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2562.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 137 ตอนพิเศษ 37 ง (วันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2563): 12.

“พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 109 ตอนที่ 20 ก (วันที่ 13 มีนาคม 2535): 7.

พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ.2484.

พระราชบัญญัติป่าไม้ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2525.

พระราชบัญญัติสวนป่า พ.ศ.2535.

พระราชบัญญัติสวนป่า (แก้ไขฉบับที่ 2) พ.ศ.2558.

ระบบฐานข้อมูลการผลิต การบริการและการบริโภคที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม. **ประกาศราชกิจจานุเบกษา** “ไม่หวงห้าม” แล้ว ปลุกที่ดินกรรมสิทธิ์ตัดขายได้ นิรโทษคดีเก่า [Online]. Available URL: <https://scpdatacenter.deqp.go.th/newsdetail.php?id=633>, 2563 (ธันวาคม, 6).

“ระเบียบกรมป่าไม้วางด้วยการออกหนังสือรับรองไม้ พ.ศ.2563.” **ราชกิจจานุเบกษา** เล่ม 137 ตอนพิเศษ 74 ง (วันที่ 31 มีนาคม 2563): 1.

ราชกิจจานุเบกษา. **กฎกระทรวงการขอและการออกใบสำคัญรับรองการจัดการป่าไม้อย่างยั่งยืน พ.ศ.2561** [Online]. Available URL: <http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/046/9.PDF>, 2563 (ธันวาคม, 10).

ราชกิจจานุเบกษา. **ระเบียบกรมป่าไม้วางด้วยการจัดทำบัญชีแสดงชนิดและจำนวนไม้ที่ขึ้นทะเบียนที่ดินเป็นสวนป่า พ.ศ.2562** [Online]. Available URL: [http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2563/E/037/T\\_0012.PDF](http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2563/E/037/T_0012.PDF), 2563 (ธันวาคม, 10).

สิริโฉม พรหมโฉม. “สิทธิในที่ดิน.” **จุลนิติ** 57, 1 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2557): 135-145.

Centre National De la Propriété Forestière. **Rapport d’ activités 2019** [Online]. Available URL: <https://www.cnpf.fr/>, 2020 (December, 10).

Code de Bonnes Pratiques Sylvicoles. **Guide de la forêt privée** [Online]. Available URL: [https://bourgognefranche-comte.cnpf.fr/data/cbps\\_franche\\_comte.pdf](https://bourgognefranche-comte.cnpf.fr/data/cbps_franche_comte.pdf), 2020 (December, 2).

Code de l’environnement.

Code de procédure pénale.

Code Forestier.

Didier Boutet and Marc-Andre Philippe. **La petite propriété forestière privée dans la France contemporaine** [Online]. Available URL: <https://journals.openedition.org/etudesrurales/8008>, 2020 (December, 10).

Foret. info. **Le Plan Simple de Gestion** [Online]. Available URL: <https://www.foret.info/guide-foret-privee,45,le-plan-simple-de-gestion.html>, 2020 (December 12).

Mann, Stefan. **Forest Protection and Sustainable Forest Management in Germany and the P.R. China: A Comparative Assessment**, Federal Agency for Nature Conservation (BfN), 2012.



การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม

พันตำรวจโทหญิง วาชิณี ยศปัญญา



## การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม\* Development of Commercial and Industrial Leasing Systems

พันตำรวจโทหญิง วาชีณี ยศปัญญา\*\*  
Police Lieutenant Colonel Wachinee Yodpanya

### บทคัดย่อ

การเช่าทรัพย์สินเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญที่จะช่วยประสานประโยชน์ให้แก่นักลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้าง เพื่อประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนที่จะใช้วิธีซื้อก็เปลี่ยนมาเป็นเช่าที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นแทน เป็นการลดต้นทุนลงได้หากสามารถเสริมสร้างให้สิทธิการเช่ามีสถานะที่มั่นคงยิ่งขึ้น และเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งต้องการจะเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนสามารถนำสิทธิการเช่าขึ้นไปใช้เพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดได้ ก็จะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนประกอบกิจการพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมมากขึ้น ซึ่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 (1999) ตราขึ้นด้วย

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์จรล เล้งวิทยา ดร.ธนภฤต วรธนัชชากุล และนายสรารัฐ เบญจกุล คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ปัญญา สุทธิบดี ศาสตราจารย์สำเรียง เมฆเกรียงไกร ศาสตราจารย์พิเศษสุชาติ ธรรมาพิทักษ์กุล ร้อยตำรวจโท ดร. อุทัย อาทิวะ และศาสตราจารย์ ดร.ปิยะฉัตร จารุธีรศานต์.

This article is a part of dissertation “Development of Commercial and Industrial Leasing Systems”. This dissertation has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Doctor Degree of Law at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Charan Lengvithaya, Dr.Thanakrit Worathanachakul and Sarawut Benjakul are advisors. Adjunct Professor Panya Sutthibodee, Professor Samrieng Mekkiengkrai, Adjunct Professor Suchart Thammapiatgul, Police Lieutenant Dr.Uthai Arthivech and Professor Dr.Piyachat Jarutirasarn are examiners.

\*\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต โครงการปรัชญาดุษฎีบัณฑิตทางสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: wachinee14@gmail.com

Ph.d. student in Doctor of Philosophy Program in Social Sciences, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 13 มกราคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 22 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 22 กุมภาพันธ์ 2564.

เจตนารมณ์ที่จะผ่อนปรนการเช่าและดึงดูดใจการลงทุนระยะยาวในประเทศไทยมากขึ้นแต่ปรากฏว่ามีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นจำนวนน้อยมาก จึงจำเป็นต้องศึกษาว่านโยบายของรัฐที่ให้สิทธิในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาวเช่นนี้ผิดพลาดไม่ตรงกับความต้องการของภาวะเศรษฐกิจที่เป็นจริงหรือเป็นที่ความบกพร่องของกลไกทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในตัวกฎหมายนั่นเอง

บทความวิจัยนี้ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐประชาชนจีน และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม รวมถึงการพิจารณาแนวคิดทฤษฎีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม อาทิหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการ รวมถึงการวิเคราะห์ในประเด็นการจัดตั้งองค์กรในรูปของคณะกรรมการเพื่อขับเคลื่อนและดำเนินการการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเช่า หลักเกณฑ์การเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดิน กำหนดระยะเวลาการเช่า ประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้เช่าจดทะเบียนการเช่า การกำหนดอัตราค่าเช่าและปัญหาข้อตกลงเรื่องการเลิกสัญญา

จากการศึกษาและวิเคราะห์แล้วพบว่า ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเพื่อกำกับดูแลและดำเนินการขับเคลื่อนให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมเป็นทรัพย์สิน ให้กรมที่ดินหักค่าใช้จ่ายไว้ร้อยละห้าของเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้โดยให้ผู้ยื่นคำขอชำระค่าธรรมเนียมตามที่คณะกรรมการกำหนด ให้การประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงตามที่คณะกรรมการกำหนดยกเลิกกำหนดระยะเวลาเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมขั้นต่ำสามสิบปีและกำหนดเวลาเช่าไว้ไม่เกินห้าสิบปี ถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นห้าสิบปีปรับปรุงแก้ไขจำนวนเงินลงทุนยี่สิบล้านบาทเพิ่มเป็นห้าสิบล้านบาทหรือสามร้อยล้านบาทตามที่คณะกรรมการกำหนด กำหนดประเภทพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศตามที่คณะกรรมการกำหนด ให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าได้โดยการกำหนดอัตราค่าเช่าให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด ให้คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาเช่าได้โดยสัญญาเช่าต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการกำหนดซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาและหรือได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุด

**คำสำคัญ:** การเช่าอสังหาริมทรัพย์, พาณิชยกรรม, อุตสาหกรรม

### Abstract

Leasing is one of the most important mechanisms to coordinate the benefits for investors. Investors who need to use land or buildings for any business operation could instead of using the purchase method, change to rent land or building to reduce costs. To be able to strengthen the investor to a more stable position and give opportunities for those who wants to rent real estate for investment the leasehold should be used as a benefit to attract more investors to invest in commercial or industrial businesses. The Commercial and Industrial Lease of Property B.E. 2542 (1999) branded with the intention of easing leases and attracting more long-term investment in Thailand, but it appears that a very small number of real estate leases are registered under this Act. It is imperative to study why the state policy for such a long-term property lease mechanism is wrong, not meeting the real needs of the economy. Or is it a defect in the legal mechanism that appears in the law itself.

This research article has analyzed and compared Commercial and Industrial Lease of Property from England, United States of America, French Republic, People's Republic of China, and the Socialist Republic of Vietnam. Including considering various theoretical concepts related to development of leasing system for commercial and industrial such as the principle of the sanctity of intent, the principle of freedom of contract and the principle of administrative action that must be lawful. Criteria for using the board system including an analysis of organizational issues in the form of a committee to drive and implement the rules. The use of the leasehold of real estate for commercial or industrial purposes as collateral for mortgage repayment, procedures and rental conditions. Rules for the lease of land with an area of over one hundred rai must be approved by the Director-General of the Land Department, set the rental period, type of commercial karma or industry in which the lease is registered and agreement issues regarding termination of the contract.

From the study and analysis, it was found that there should be established a rental committee for commerce and industry to supervise and operate in

accordance with the Act to grant the lease of real estate for commercial or industrial purposes. The Department of Lands shall deduct the expense by five percent of the fee collected by the applicant to pay the fee as specified by the Committee, provide business operations that are highly beneficial to the economy and society of the country as prescribed by the Commission. The minimum rental period for commercial and industrial purposes is thirty years and the lease period is not more than fifty years. If the contract has been made for a longer period of time, it shall be reduced to fifty years. Revise the investment amount of twenty million baht, increase to fifty million baht or three hundred million baht as specified by the board. The type of commerce or industry that is beneficial to the economy and society of the country should be determined as prescribed by the Committee. The parties can agree to change the rental rate by setting the rental rate as stipulated by the Commission, allowing the parties to be able to terminate the lease agreement, in which the lease must be made in the form specified by the Commission which has been reviewed and or approved by the Office of the Attorney General.

**Keywords:** real estate rental, commercial, industry

## 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การเช่าทรัพย์สินเป็นกลไกหนึ่งที่สำคัญที่จะช่วยประสานประโยชน์ให้นักลงทุน เนื่องจากผู้ลงทุนซึ่งมีความจำเป็นต้องใช้ที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อประกอบกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง แทนที่จะใช้วิธีซื้อก็เปลี่ยนมาเป็นเช่าที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นแทน เป็นการลดต้นทุนลงได้หากสามารถเสริมสร้างให้สิทธิการเช่ามีสถานะที่มั่นคงยิ่งขึ้น และเปิดโอกาสให้ผู้ซึ่งต้องการจะเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนสามารถนำสิทธิการเช่านั้นไปใช้เพื่อให้เกิดผลประโยชน์สูงสุดได้ก็จะเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนเข้ามาลงทุนประกอบกิจการหรืออุตสาหกรรมในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น ในปี พ.ศ.2540 รัฐบาลไทยได้ขอรับความช่วยเหลือทางการเงินและวิชาการจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ หรือ IMF เพื่อแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ รัฐบาลได้ใช้มาตรการตรากฎหมายใหม่ จำนวน 11 ฉบับ เพื่อส่งเสริมการลงทุนจากนักลงทุนต่างประเทศ พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ก็เป็น 1 ในจำนวน 11 ฉบับ<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ตราขึ้นเพื่อรองรับการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมในระยะยาว โดยให้สิทธิการเช่ามีความมั่นคงมากขึ้น ให้สิทธิการเช่าสามารถโอนสิทธิทดแทนทางมรดก ให้เช่าช่วงและใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ อันจะเป็นการส่งเสริมการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อนำไปประกอบพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมในระยะยาว ซึ่งเป็นมาตรการหนึ่งในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม แต่ปรากฏว่ามีการจดทะเบียนการเช่าสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เป็นจำนวนน้อยมาก<sup>2</sup> ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ.2542 มีผู้จดทะเบียนเช่าที่ดินเพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพียง 7 ราย<sup>3</sup> ดังนั้น จึงจำเป็นต้องศึกษาว่านโยบายของรัฐที่ให้สิทธิการเช่าสังหาริมทรัพย์กรณีพิเศษเช่นนี้ผิดพลาดไม่ตรงกับความต้องการของภาวะเศรษฐกิจที่เป็นจริงหรือเป็นความบกพร่องของกลไกทางกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในตัวกฎหมายนั่นเอง

---

<sup>1</sup> ประพันธ์ ทรัพย์แสง, “การเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม,” *รัฐสารบ้านและที่ดิน* 10, 16 (2542): 14.

<sup>2</sup> ศิริพงษ์ โสภา, ไพฑูรย์ วุฒิส และฉัตรชัย รือหาร, “การนำสิทธิการเช่าสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้,” *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเชีย* 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2558): 203-209.

<sup>3</sup> ข้อมูลรายการจดทะเบียนเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ณ วันที่ 1 สิงหาคม 2562 จากสำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน.

ผู้วิจัยสามารถแยกประเด็นปัญหาได้ต่อไปนี้ ปัญหาการจัดตั้งองค์กรในรูปของคณะกรรมการเพื่อขับเคลื่อนและดำเนินการตามพระราชบัญญัติ ปัญหาการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง ปัญหาหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ปัญหาหลักเกณฑ์การเช่าที่ดินเพื่อประกอบพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดิน ปัญหากำหนดระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ปัญหาประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้อัตราดอกเบี้ยการเช่า ปัญหาการกำหนดอัตราค่าเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมและปัญหาข้อตกลงเรื่องการเลิกสัญญาในการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม จากปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจึงมีความสนใจจะทำวิจัยเรื่องการพัฒนากระบวนการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ว่ามีแนวทางในการแก้ไขการพัฒนากระบวนการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมอย่างไร เพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติ และสามารถสร้างกลไกทางกฎหมายเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ และทำให้มีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้มากขึ้น

## 2. แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

**2.1 หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา** (Freedom of Contract) บุคคลมีเสรีภาพตามธรรมชาติที่จะทำการใดๆ ตามความพอใจ รัฐจะเข้ามาจำกัดเสรีภาพได้ต่อเมื่อมีเหตุจำเป็นเท่านั้น ดังนั้นเจตนาของบุคคลจึงมีความศักดิ์สิทธิ์และเป็นอิสระ (Autonomy of Will) ให้ความเคารพในเจตนาของเอกชนบนพื้นฐานความคิดว่า คู่สัญญามีอิสระและเสรีภาพที่จะคิดและตัดสินใจว่าจะตกลงทำสัญญาผูกมัดกันหรือไม่ และมีอำนาจเจรจาต่อรองด้วยความเสมอภาพเพื่อกำหนดเนื้อหาในสัญญาที่ตกลงทำกันอย่างใดก็ได้แล้วแต่ใจสมัคร โดยทั้งนี้ต้องปรากฏว่า กระทำภายใต้กรอบของวัตถุประสงค์ แบบ และความสามารถตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>4</sup>

**2.2 หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย** รัฐที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจกระทำการอย่างใดก็ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจการกระทำทั้งหลาย

---

<sup>4</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 23 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 27.

อันเป็นการใช้อำนาจอัฐนั้นต้องอยู่ภายใต้ “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” (Principes de la Légalité) การกระทำทางปกครอง หมายความว่าความรวมถึง “กฎ” “คำสั่ง” และ “การกระทำอย่างอื่น ๆ ของฝ่ายปกครอง” จึงต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการต้องเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย<sup>5</sup>

**2.3 หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการ** กลุ่มบุคคลที่กำหนดขึ้นเพื่อให้ดำเนินการด้านบริหารหรือกระทำการบางอย่างโดยมีเป้าหมายร่วมกัน มีความสัมพันธ์ร่วมกันอย่างใดอย่างหนึ่ง มีอิทธิพลซึ่งกันและกันเพื่อไปสู่เป้าหมายเดียวกัน ให้มีอำนาจในการบริหารจัดการการตัดสินใจให้คำแนะนำแก่ผู้จัดการหรือผู้บังคับบัญชา ซึ่งผู้จัดการหรือผู้บังคับบัญชาจะตัดสินใจตามที่เสนอ<sup>6</sup>

## 2.4 กฎหมายการพัฒนาระบบการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมของไทย

พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 เป็นการรองรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในระยะยาว โดยให้สิทธิการเช่ามีความมั่นคงมากขึ้น โดยให้สิทธิการเช่าสามารถโอนสิทธิตกทอดทางมรดกให้เช่าช่วงและใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ กฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการจดทะเบียนการเช่า ประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้ทำการเช่า และการใช้หรือการเปลี่ยนแปลงประเภทการใช้อสังหาริมทรัพย์ตามที่เช่า กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดิน

---

<sup>5</sup> อังกร วัฒนรุ่ง, หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง [Online], available URL: <http://www.bpp.go.th>, 2563 (กุมภาพันธ์, 10).

<sup>6</sup> กองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย [Online], available URL: <http://web.senate.go.th>, 2563 (กุมภาพันธ์, 7).

## 2.5 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในต่างประเทศ

ประเทศอังกฤษการลงทุนมีเงื่อนไขข้อจำกัดค่อนข้างซับซ้อนโดยต้องขอใบอนุญาตเกือบทุกขั้นตอน อีกทั้งมีการตรวจสอบที่เข้มงวดในการปฏิบัติตามกฎระเบียบ ชาวต่างชาติมีสิทธิถือครองหรือเช่าได้เต็มที่เหมือนคนในชาติ<sup>7</sup> The Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 205 (1) (xxvii) สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์สามารถกำหนดระยะเวลาการเช่าเท่าไรก็ได้หรือเช่าตลอดอายุของผู้เช่าก็ได้ มาตรา 44 (2) (3) สามารถโอนสิทธิการเช่าหรือให้เช่าช่วงได้ มาตรา 141 ค่าเช่าและค่าธรรมเนียมของผู้เช่าสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงได้ มาตรา 89 (1) สามารถนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ (Leasehold) ไปเป็นจำนองโดยวิธีการ Charge ได้

สหรัฐอเมริกามีนโยบายเปิดเสรีการลงทุนของคนต่างด้าวจึงไม่มีการกำหนดวงเงินขั้นต่ำของการลงทุน และการลงทุนนั้นไม่จำเป็นต้องมีการยื่นจดใบอนุญาตประกอบการ (Licensing) นักลงทุนต่างด้าวจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบเดียวกันกับพลเมืองของประเทศ<sup>8</sup> อนุญาตให้ชาวต่างชาติเข้ามาถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นวิธีหนึ่งของรัฐบาลในการส่งเสริมการลงทุนโดยสัญญาเช่าจะมีกำหนดระยะเวลายาวนานเท่าใดก็ได้<sup>9</sup> Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 146 (4) (5) กำหนดให้การเช่าช่วงเป็นการโอนผลประโยชน์ตามสัญญาเช่าเพียงบางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าช่วงจะเป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้เช่าและผู้เช่าช่วงและผู้เช่ายังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าเดิมต่อผู้ให้เช่า มาตรา 89 นำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

สาธารณรัฐฝรั่งเศสคนต่างด้าวสามารถลงทุนประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้อย่างเสรีโดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>10</sup> Commercial Code มาตรา L.145-3 สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ต้องมีอยู่ชั่วระยะเวลาอันจำกัด (During a Certain Time) และห้ามทำสัญญาเช่าตลอดไป โดยกำหนดระยะเวลาการเช่าไว้สูงสุดไม่เกินเก้าสิบเก้าปี ส่วนสัญญาเช่า

<sup>7</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, การลงทุนในสหภาพยุโรป [Online], available URL: <http://www.mfa.go.th>, 2562 (เมษายน, 9).

<sup>8</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, USA Country Profile [Online], available URL: <http://www.depthai.go.th>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).

<sup>9</sup> George J. Siedel and Robert J. Aalberts, A Lease [Online], available URL: <https://en.m.wikipedia.org/wiki/Lease>, 2018 (November, 18).

<sup>10</sup> Invest in France Agency (IFA), ข้อมูลนโยบายส่งเสริมการค้าการลงทุนในประเทศฝรั่งเศส [Online], available URL: <https://www.ditp.go.th/>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).

ตลอดชีวิตก็ไม่ให้เกินสามชั่วอายุคน มาตรา L.145-16 สิทธิการเช่าสามารถโอนได้ ตกทอดทางมรดกได้ มาตรา L.622-8 นำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มาจำนองเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้

สาธารณรัฐประชาชนจีนกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของรัฐ การลงทุนด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้แต่นักลงทุนสามารถลงทุนด้วย “สิทธิในการใช้ที่ดิน” จะต้องดำเนินการจดทะเบียนโอนสิทธิในการใช้ที่ดินให้แก่กิจการร่วมทุนและชำระค่าตอบแทนการใช้ที่ดินให้แก่หน่วยงานตามกฎหมาย<sup>11</sup> Provisional Regulations of the People's Republic of China on Assigning and Transferring the Urban State-owned Land-use Right 1990 (พ.ศ.2533) มาตรา 12 การใช้ที่ดินหรือเช่าที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมห้าสิบปี เพื่อการพาณิชย์การท่องเที่ยวสี่สิบปี และกำหนดให้สิทธิในการเช่าที่ดินอาจถูกจำนองได้ The Property Law of The People's Republic of China มาตรา 9 กำหนดให้มีการโอนสิทธิการเช่าและการให้เช่าช่วงที่ดินได้

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามที่ดินถือเป็นของรัฐทั้งหมดไม่อนุญาตให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลมีสิทธิความเป็นเจ้าของในที่ดิน แต่สามารถเช่าที่ดินได้ประมาณห้าสิบปีแต่อาจขยายได้ถึงเจ็ดสิบปี<sup>12</sup> Vietnam Land Law 2013 มาตรา 167 กำหนดให้ที่ดินสามารถโอน ให้เช่า เช่าช่วง รับมรดก บริจาค จำนองสิทธิการใช้ที่ดินได้

### 3. ผลการวิจัย

จากการศึกษาการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ผู้วิจัยได้ทำการสรุปผลการวิจัย ดังนี้

3.1 ผลการศึกษาปัญหา แนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมของประเทศไทยพบว่า พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 (1999) ได้รองรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมในระยะยาว โดยให้สิทธิการเช่ามีความมั่นคงมากขึ้น โดยให้สิทธิการเช่าสามารถโอนสิทธิตกทอดทางมรดก ให้เช่าช่วงและใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ อันจะเป็นการส่งเสริมการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อนำไปประกอบพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมในระยะยาวเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม แต่ปรากฏว่ามีการจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้

<sup>11</sup> อักษรศรี พานิชสาส์น, นโยบายและมาตรการของจีนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจต่างชาติ [Online], available URL: <http://www.whptp/www.econ.tu.ac.th>, 2562 (เมษายน, 9).

<sup>12</sup> ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์, ข้อมูลการลงทุนในประเทศเวียดนาม [Online], available URL: <http://www.ditp.go.th>, 2562 (เมษายน, 9).

เป็นจำนวนน้อยมาก เพียง 7 ราย<sup>13</sup> จึงต้องมีการพัฒนาระบบการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเพื่อให้สอดคล้องกับทางปฏิบัติ เป็นไปตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการ และสามารถสร้างกลไกทางกฎหมาย เพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ และทำให้มีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้มากขึ้น

3.2 ผลการศึกษาเชิงเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมของประเทศไทยกับต่างประเทศพบว่า

ประเด็นคณะกรรมการกำกับดูแลประเทศไทยไม่มีคณะกรรมการกำกับดูแลเพียงแต่ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัติฯ เหมือนกับต่างประเทศไม่มีคณะกรรมการกำกับดูแลเช่นกัน แต่มีหน่วยงานของรัฐบาล หรือหน่วยงานระดับภูมิภาคในการกำหนดนโยบาย กำกับดูแลการส่งเสริมการลงทุนในประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษมีหน่วยงานหลักที่ทำหน้าที่สนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติ คือ UK Trade and Investment (UKTI)<sup>14</sup> สหรัฐอเมริกามีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน The Foreign Investments Act มาตรา 6 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในการลงทุน สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน The Monetary and Financial Code มาตรา L151-3 โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงเศรษฐกิจ สาธารณรัฐประชาชนจีนมีกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน Foreign Investment Law มาตรา 1 โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาล และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน Law on Investment มาตรา 1 ให้อำนาจรัฐสภาในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายการลงทุน

ประเด็นการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองประเทศไทยกำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมสามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้

<sup>13</sup> ข้อมูลรายการจดทะเบียนเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ณ วันที่ 1 สิงหาคม 2562 จากสำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดินกรมที่ดิน.

<sup>14</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, นโยบายการส่งเสริมการลงทุนประเทศอังกฤษ [Online], available URL: <http://www.thaibiz.net/th/market/United-Kingdom>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).

บังคับได้<sup>15</sup> ซึ่งสิทธิการเช่าดังกล่าวเป็นบุคคลสิทธิ เช่นเดียวกับประเทศอังกฤษ The Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 89 (1) และสหรัฐอเมริกา Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 89 ให้สิทธิการเช่าสามารถนำไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้และสิทธิตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นบุคคลสิทธิ

ประเด็นหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมประเทศไทยและต่างประเทศมีหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างซับซ้อน แม้จะมีนโยบายเปิดเสรีการลงทุนของคนต่างด้าว แต่ต้องอยู่ภายใต้กฎระเบียบตามกฎหมาย เช่น ประเทศไทยการจดทะเบียนเช่าต้องแสดงหลักฐาน แผนงาน โครงการ รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม หนังสือรับรองจากผังเมืองหรือการนิคมอุตสาหกรรม หลักฐานการนำเงินเข้ามาในประเทศ อสังหาริมทรัพย์อยู่ภายในบริเวณพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม เป็นการลงทุนไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาท อุตสาหกรรมที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคม<sup>16</sup> ประเทศอังกฤษนั้นมีเงื่อนไขข้อจำกัดค่อนข้างซับซ้อนโดยต้องขอใบอนุญาตเกือบทุกขั้นตอน<sup>17</sup> สหรัฐอเมริกานักลงทุนต่างด้าวจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบเดียวกันกับพลเมืองของประเทศ<sup>18</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศสการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต้องขออนุญาต (Permits) ในบางกรณี<sup>19</sup> สาธารณรัฐประชาชนจีนการอนุญาตให้เช่าที่ดินจะต้องทำโดยผู้ใช้ที่ดินและผู้มีอำนาจในการบริหารที่ดินในท้องถิ่นหรือรัฐบาลแห่งชาติในระดับเขต<sup>20</sup>

ประเด็นการเช่าที่ดินเพื่อประกอบพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่มีเนื้อที่จำนวนมากต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลประเทศไทย การเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับการอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดิน กรณีคนต่างด้าวเป็นผู้เช่าต้องมีการลงทุนไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท<sup>21</sup> ประเทศอังกฤษชาวต่างชาติมีสิทธิถือครองหรือเช่าได้เต็มที่เหมือนคนในชาติ แต่มีข้อจำกัดเฉพาะในการก่อสร้างหรือเช่าอาคารอาจต้องมีเอกสารแสดงความสามารถการใช้พลังงานในอาคาร (Energy

<sup>15</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 6.

<sup>16</sup> กฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, ข้อ 2-4.

<sup>17</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, เรื่องเดิม.

<sup>18</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการส่งออก, เรื่องเดิม.

<sup>19</sup> Invest in France Agency (IFA), เรื่องเดิม.

<sup>20</sup> อักษรศรี พานิชสาส์น, เรื่องเดิม.

<sup>21</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 5 วรรคสอง.

Performance Certificate)<sup>22</sup> สหรัฐอเมริกาการลงทุนไม่จำเป็นต้องมีการยื่นจดใบอนุญาตประกอบการ (Licensing) นักลงทุนต่างด้าวจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบเดียวกันกับพลเมืองของประเทศ<sup>23</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศสการลงทุนของคนต่างด้าวที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์สามารถลงทุนได้โดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>24</sup> สาธารณรัฐประชาชนจีน Land Administrative Law of the People's Republic of China มาตรา 11 กำหนดให้การเช่าที่ดินจะเกิดขึ้นระหว่างผู้ใช้ที่ดินกับกรมการปกครองที่ดินของรัฐบาลของประชาชนในระดับเทศบาลหรือระดับเขต สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามกิจการที่ต้องลงทุนในลักษณะสัญญาารวมลงทุนธุรกิจ (Business Co-Operation Contoact: BCC) และนักลงทุนฝ่ายเวียดนาม ต้องมีความเชี่ยวชาญและได้รับอนุมัติจากรัฐบาล<sup>25</sup>

ประเด็นกำหนดระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ประเทศไทยกำหนดเวลาเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปีต่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้ไม่เกินห้าสิบปี<sup>26</sup> ประเทศอังกฤษ The Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 205 (1)(xxvii) ไม่มีเงื่อนไขข้อจำกัดด้านการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวแต่อย่างใด เหมือนกับสหรัฐอเมริกาสัญญาเช่าจะมีกำหนดระยะเวลายาวนานเท่าใดก็ได้<sup>27</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศส Commercial Code มาตรา L.145-3 กำหนดให้สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์มีระยะเวลาสูงสุดของสัญญาเช่าไม่เกินเก้าสิบเก้าปี สาธารณรัฐประชาชนจีน Provisional Regulations of the People's Republic of China on Assigning and Transferring the Urban State-owned Land-use Right 1990 (พ.ศ.2533) มาตรา 12 กำหนดให้การเช่าที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมห้าสิบปี การเช่าที่ดินเพื่อการพาณิชย์การท่องเที่ยวสี่สิบปี สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามการเช่าสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่มีระยะยาว การเช่าที่ดินจะต้องไม่เกินเจ็ดสิบปี<sup>28</sup>

<sup>22</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, เรื่องเดิม.

<sup>23</sup> สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, เรื่องเดิม.

<sup>24</sup> Invest in France Agency (IFA), เรื่องเดิม.

<sup>25</sup> ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์, เรื่องเดิม.

<sup>26</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 3 และ มาตรา 4.

<sup>27</sup> George J. Siedel and Robert J.Aalberts, เรื่องเดิม.

<sup>28</sup> ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์, เรื่องเดิม.

ประเด็นประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้อัตราค่าเช่า ประเทศไทย การเช่าต้องมีลักษณะพาณิชย์กรรมที่มีการลงทุนไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาท อุตสาหกรรมที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุน เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ การเช่าต้องเป็นพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้<sup>29</sup> ประเทศอังกฤษชาวต่างชาติมีสิทธิถือครองหรือเช่าได้เต็มที่เหมือนคนในชาติ แต่มีข้อจำกัดเฉพาะการก่อสร้างหรือเช่าอาคารอาจต้องมีเอกสารแสดงความสามารถการใช้พลังงานในอาคาร (Energy Performance Certificate)<sup>30</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศสการลงทุนของคนต่างด้าวที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์สามารถลงทุนได้โดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล<sup>31</sup> สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามการลงทุนของต่างชาติต้องเป็นกิจการที่ต้องลงทุนในลักษณะสัญญาร่วมลงทุนธุรกิจ (Business Co-Operation Contract: BCC) และสำหรับโครงการลงทุนขนาดใหญ่เท่านั้น<sup>32</sup>

ประเด็นการกำหนดอัตราค่าเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปีและต่อระยะเวลาการเช่าได้ไม่เกินห้าสิบปี<sup>33</sup> แต่ไม่ได้กำหนดอัตราค่าเช่าไว้หรือไม่มีการกำหนดการเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าไว้ ประเทศอังกฤษ The Law of Property Act 1925 (พ.ศ.2468) มาตรา 141 ข้อตกลงค่าเช่าหรือข้อกำหนดใดๆ สามารถเปลี่ยนแปลงและใช้บังคับกันได้ภายใต้เงื่อนไข โดยคำนึงถึงรายได้ทั้งหมดหรือส่วนหนึ่งส่วนใดแล้วแต่กรณีในระหว่างการเช่าอสังหาริมทรัพย์ สหรัฐอเมริกาสัญญาเช่าจะต้องกำหนดอัตราค่าเช่า (Consideration) สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์กำหนดค่าเช่าโดยนำค่าใช้จ่ายอื่นๆ รวมเข้าเป็นค่าเช่าด้วย<sup>34</sup> สาธารณรัฐฝรั่งเศส Commercial Code มาตรา L.145-33 สัญญาเช่าที่ต่ออายุหรือแก้ไขอัตราค่าเช่าจะต้องสอดคล้องกับค่าเช่าที่ได้ตกลงกันไว้ โดยถูกกำหนดตามปัจจัยท้องถิ่นของการค้าราคาโดยทั่วไปของท้องตลาดในพื้นที่ใกล้เคียง สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม Civil Code of Vietnam มาตรา 473 ค่าเช่าจะ

---

<sup>29</sup> กฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, ข้อ 5 และข้อ 6.

<sup>30</sup> กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ, เรื่องเดิม.

<sup>31</sup> Invest in France Agency (IFA), เรื่องเดิม.

<sup>32</sup> ศูนย์พัฒนาการค้าและธุรกิจไทยในอาเซียน สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ ณ นครโฮจิมินห์, เรื่องเดิม.

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 3 และมาตรา 4.

<sup>34</sup> George J. Siedel and Robert J.Aalberts, เรื่องเดิม.

เป็นไปตามที่ตกลงร่วมกันหรือกำหนดโดยบุคคลที่สามโดยค่าเช่าจะถูกกำหนดตามราคาตลาด ณ เวลาและสถานที่ที่เข้าสู่ตลาด

ประเด็นการเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม ประเทศไทยได้กำหนดหลักเกณฑ์การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมไว้เกินสามสิบปี แต่ไม่เกินห้าสิบปีและต่อระยะเวลาเช่าได้ไม่เกินห้าสิบปี<sup>35</sup> แต่ไม่ได้กำหนดให้เลิกสัญญาได้ก่อนครบกำหนดเช่า เช่นเดียวกันกับสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดให้เลิกสัญญาเช่าได้ก่อนครบกำหนดสาธารณรัฐฝรั่งเศส Commercial Code มาตรา L.145-9 สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์จะสิ้นสุดเมื่อมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือตามแบบ Extra-Judicial Means ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือนสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม Civil Code of Vietnam มาตรา 492 หากคู่กรณีเห็นด้วยกับการเลิกเช่าก่อนกำหนดต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าตามสมควร

#### 4. การอภิปรายผล

จากการศึกษาการพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมผู้วิจัยอภิปรายผลตามประเด็นปัญหา ดังนี้

4.1 การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมของไทยยังไม่ได้ได้รับความสนใจจากนักลงทุนทั้งภายในประเทศและภายนอกประเทศ ในการจดทะเบียนการเช่าฯ นั้น แสดงให้เห็นว่าอาจเป็นเพราะขาดการจัดตั้งองค์กรในรูปของคณะกรรมการเพื่อขับเคลื่อนและดำเนินการตามพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงเห็นควรแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 โดยการจัดตั้งคณะกรรมการส่งเสริมการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมขึ้นมากำกับ ดูแล ส่งเสริม ประชาสัมพันธ์ ติดตามประเมินผล ขับเคลื่อนการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งคณะกรรมการประกอบไปด้วยหน่วยงานของราชการและเอกชนที่เกี่ยวข้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการ<sup>36</sup> มีกลุ่มบุคคลซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อให้ดำเนินการด้านบริหารหรือกระทำการบางอย่างโดยมีเป้าหมายร่วมกัน มีอำนาจในการบริหารจัดการตัดสินใจให้คำแนะนำ สอดคล้องกับงานวิจัยของกองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ทำการศึกษาเรื่อง “หลักเกณฑ์

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 3 และ มาตรา 4.

<sup>36</sup> กองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดิม.

การใช้ระบบคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย” งานวิจัยเรื่องนี้ชี้ให้เห็นว่า ข้อดีของระบบคณะกรรมการ คือ เป็นการระดมความรู้ความสามารถในกรณีให้เห็นว่า เรื่องนั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นต้องอาศัยความรู้หลากหลาย มีลักษณะสหวิทยาการ (Inter-Disciplinary) ซึ่งไม่สามารถจะหาได้จากบุคคลคนเดียว ทำให้ได้ทางเลือกในการตัดสินใจมากกว่า เพราะมีความหลากหลายของข้อมูล โดยเฉพาะคณะกรรมการที่มาจากหลายอาชีพและความเชี่ยวชาญหลายสาขา และให้เกิดความรับผิดชอบร่วมกัน (Collective Responsibility) เป็นการประสานงานเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพและก่อให้เกิดความรวดเร็วในการทำงาน ต้องการให้ตัวแทนจากผู้มีส่วนได้เสียอยู่ในการพิจารณาปัญหา ทำให้การตัดสินใจจากกลุ่มมีความเป็นกลางมากขึ้นโดยผ่านทางตัวแทน นอกจากนี้ยังก่อให้เกิดการเชื่อตามและยอมรับคำตัดสินที่มีขึ้นนั้น<sup>37</sup> ทั้งนี้ คณะกรรมการส่งเสริมการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมต้องปฏิบัติหน้าที่อยู่ภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่เพื่อให้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแม้ในประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐประชาชนจีน และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ไม่มีคณะกรรมการกำกับดูแล แต่ประเทศดังกล่าวมีหน่วยงานของรัฐบาล หรือหน่วยงานระดับภูมิภาคในการกำหนดนโยบาย กำกับดูแลการส่งเสริมการลงทุน และการเช่าอนุญาตให้ใช้ที่ดินหรือเช่าที่ดินเป็นต้น

4.2 การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้และให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับได้<sup>38</sup> เมื่อผู้เช่าได้นำสิทธิการเช่าไปใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้เงินกู้โดยการจำนองสิทธิการเช่าไว้กับธนาคาร เมื่อผู้เช่าไม่ชำระหนี้เงินกู้ธนาคารก็จะฟ้องร้องบังคับหลักประกัน คือ สิทธิการเช่ามาชำระหนี้ต่อไป แต่เนื่องจากสิทธิการเช่าดังกล่าวเป็นบุคคลสิทธิไม่ใช่ทรัพย์สินสิทธิ ธนาคารสามารถบังคับเอาหลักประกัน คือ สิทธิการเช่าได้เท่านั้น แต่ไม่สามารถบังคับเอาอสังหาริมทรัพย์ได้ ทำให้ธนาคารไม่มีความเชื่อมั่นในสิทธิการเช่าดังกล่าว เพราะการบังคับสิทธิการเช่ามีความเสี่ยงสูงไม่คุ้มค่าในการบังคับหลักประกัน ธนาคารจึงไม่รับหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองสิทธิการเช่าดังกล่าว ส่งผลให้มีการจดทะเบียนการเช่าเพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมเพียง 7 ราย<sup>39</sup> ประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกากำหนดให้สิทธิตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นเพียงบุคคลสิทธิ แต่เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นในสิทธิการเช่า

<sup>37</sup> กองหลักนิติบัญญัติ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, เรื่องเดียวกัน.

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 6.

<sup>39</sup> ข้อมูลรายการจดทะเบียนเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ณ วันที่ 1 สิงหาคม 2562 จากสำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน.

ดังกล่าวและเพื่อเป็นสิทธิการใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์อันจะส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และผลักดันการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม จึงเห็นควรกำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมเป็นทรัพย์สิน

4.3 หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมที่กำหนดไว้เป็นหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมแล้ว เนื่องจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเป็นการเช่าระยะยาว มีมูลค่าการลงทุนที่สูง จึงจำเป็นต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนด กล่าวคือ ต้องแสดงหลักฐานในการจดทะเบียน เช่น ในการขอรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม หนังสือรับรองจากผังเมืองจังหวัดหรือการนิคมอุตสาหกรรม หลักฐานการยื่นคำขอหรือการได้รับอนุญาตหรือได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐ เพื่อนำหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาประกอบการจดทะเบียนเช่า และให้กรมที่ดินหักค่าใช้จ่ายร้อยละห้าของเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้ สอดคล้องกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐประชาชนจีน และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม มีหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม โดยการลงทุนต้องขอใบอนุญาตเกือบทุกขั้นตอน อีกทั้งมีการตรวจสอบที่เข้มงวดในการปฏิบัติตามกฎระเบียบ

4.4 การเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกินกว่าหนึ่งร้อยไร่จะต้องได้รับอนุมัติจากอธิบดีกรมที่ดินและได้รับการพิจารณากลั่นกรองของสภาท้องถิ่นเนื่องจากการเช่าที่ดินที่มีพื้นที่มากจึงต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด และเห็นควรปรับปรุงแก้ไขการประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงตามที่คณะกรรมการกำหนด และเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับคำขอจดทะเบียนการเช่าฯ ให้สภาท้องถิ่นแจ้งผลการพิจารณาให้อธิบดีกรมที่ดินทุกกรณี ไม่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับการจดทะเบียนการเช่าดังกล่าว สอดคล้องกับงานวิจัยของนรากร นันทไตรภพ ที่ศึกษาเรื่อง เมืองสิ่งแวดล้อมอัจฉริยะเห็นว่า เสนอให้มีการทบทวนกฎหมาย กฎ ระเบียบ ที่เกี่ยวข้องให้ทันสมัยสอดคล้องกับการพัฒนาประเทศซึ่งหากมีการสนับสนุนและดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรมจะเป็นการยกระดับการพัฒนาและเป็นต้นแบบของการพัฒนาพื้นที่การลงทุนของประเทศไทยให้มีความทันสมัย สร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรม<sup>40</sup> สอดคล้องกับประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐฝรั่งเศส สาธารณรัฐประชาชนจีน และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอาจจะต้องมีการประกาศตามกฎหมาย (Declarations) หรือต้องขออนุญาต (Permits) ในบางกรณี สามารถลงทุนได้โดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล การเช่าที่ดินจะ

<sup>40</sup> นรากร นันทไตรภพ, เมืองสิ่งแวดล้อมอัจฉริยะ [Online], available URL: <https://library2.parliament.go.th, 2561> (พฤศจิกายน, 18).

ทำขึ้นระหว่างผู้ใช้ที่ดินกับการปกครองที่ดินของรัฐบาลของประชาชนในระดับเทศบาลหรือระดับเขต นักลงทุนต้องมีความเชี่ยวชาญและได้รับอนุมัติดำเนินการได้

4.5 การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมเช่าได้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี และให้ต่อสัญญาได้อีกไม่เกินห้าสิบปี ยังไม่ได้รับความสนใจจากกลุ่มทุนต่างชาติ จึงเห็นว่า ไม่ควรกำหนดระยะเวลาเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมขั้นต่ำไว้ที่สามสิบปี เพราะผู้เช่าย่อมที่จะเช่านานกว่าสามสิบอยู่แล้วโดยคำนึงถึงจุดคุ้มทุน สอดคล้องกับงานวิจัยของศิริพงษ์ โสภะ ไพฑูรย์ วุฒิสโส และ ดร.ฉัตรชัย รือหาร ที่ศึกษาเรื่อง การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ เห็นว่า ข้อจำกัดเรื่องกำหนดระยะเวลาการเช่าอย่างน้อยที่สุดควรจะคงไว้เพียงกำหนดเวลาขั้นสูงสุดของการเช่า<sup>41</sup> ดังนั้น คงกำหนดระยะเวลาเช่าไว้ไม่เกินห้าสิบปีเหมือนเดิม และถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นห้าสิบปี สอดคล้องกับประเทศอังกฤษ The Law of Property Act 1925 มาตรา 44 (2) (3) สัญญาเช่าสามารถที่จะกำหนดระยะเวลาการเช่าเท่าไรก็ได้ ทั้งนี้ กำหนดระยะเวลาการเช่าดังกล่าวจะต้องเป็นกำหนดระยะเวลาการเช่าที่แน่นอน เห็นควรแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยควรยกเลิกกำหนดระยะเวลาเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมขั้นต่ำสามสิบปี และคงกำหนดระยะเวลาเช่าไว้ไม่เกินห้าสิบปีเหมือนเดิม และถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นห้าสิบปี

4.6 ประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้จดทะเบียนการเช่าต้องมีลักษณะพาณิชย์กรรมที่มีการลงทุนไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาท อุตสาหกรรมที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่ใดคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวจดทะเบียนการเช่าต้องเป็นพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นข้อจำกัดการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเฉพาะการเช่าในกิจการขนาดใหญ่มูลค่าการลงทุนสูง หรือการเช่าเฉพาะในกิจการประเภทหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจงเท่านั้น ไม่ครอบคลุมถึงการเช่ากลุ่มอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย เห็นว่า ไม่ควรนำพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ.2561 มาตรา 48 ที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษได้รับสิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการประกอบกิจการหรือห้องชุดเพื่อการประกอบกิจการหรือการอยู่อาศัยมาใช้บังคับ เนื่องจากการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแก่บุคคลต่างด้าวเป็นเรื่องละเอียดอ่อนกระทบต่อความมั่นคงของชาติ และเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและการเปลี่ยนแปลงของสังคม จึงเห็นควรเพิ่มจำนวนเงินลงทุนไม่ต่ำกว่ายี่สิบล้านบาทเป็นไม่ต่ำกว่าห้าสิบล้านบาท หรือไม่ต่ำกว่าสามร้อยล้านบาท

<sup>41</sup> ศิริพงษ์ โสภะ, ไพฑูรย์ วุฒิสโส และฉัตรชัย รือหาร, เรื่องเดิม.

ตามที่คณะกรรมการกำหนด และต้องเป็นพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศตามที่คณะกรรมการกำหนด

4.7 การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์การเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี และต่อระยะเวลาการเช่าได้ไม่เกินห้าสิบปี<sup>42</sup> แต่ไม่ได้กำหนดเรื่องอัตราค่าเช่าไว้ มีปัญหาว่าเมื่อเป็นสัญญาเช่าระยะยาว กรณีสถานะเศรษฐกิจเปลี่ยนแปลงไป ค่าเช่าจะต้องเปลี่ยนแปลงตามไปด้วยหรือไม่อย่างไร คู่สัญญาจะสามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงค่าเช่าได้หรือไม่ ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เห็นควรให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าได้ แต่ต้องไม่ขัดกับหลักกฎหมาย ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน<sup>43</sup> เพื่อให้ธุรกิจสามารถดำเนินไปข้างหน้าได้ สอดคล้องกับประเทศอังกฤษ Law of Property Act 1925 มาตรา 141 มีการกำหนดอัตราค่าเช่า หรือการกำหนดเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่า ข้อตกลงค่าเช่าหรือข้อกำหนดใดๆ ดังกล่าว จะสามารถเปลี่ยนแปลงและใช้บังคับกันได้ภายใต้เงื่อนไข สาธารณรัฐฝรั่งเศส Commercial Code มาตรา L.145-33 การแก้ไขอัตราค่าเช่าจะต้องสอดคล้องกับค่าเช่าที่ได้ตกลงกันไว้ โดยถูกกำหนดตามลักษณะของสถานที่ ปัจจัยท้องถิ่นของการค้า ราคาโดยทั่วไปของท้องตลาดในพื้นที่ใกล้เคียง เห็นควรแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าได้ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ทั้งนี้ การกำหนดอัตราค่าเช่าให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด

4.8 การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมได้กำหนดหลักเกณฑ์การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี และต่อระยะเวลาการเช่าได้ไม่เกินห้าสิบปี<sup>44</sup> แต่ไม่ได้กำหนดการเลิกสัญญาเช่าไว้ เนื่องจากการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมเป็นการเช่าระยะยาว ทำให้เกิดปัญหาว่าหากคู่สัญญาจะเลิกสัญญาเช่าในระหว่างที่การเช่ายังไม่ครบกำหนดตามสัญญาจะสามารถทำได้หรือไม่อย่างไร ตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) จึงเห็นควรให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้เลิกสัญญาเช่าในระหว่างที่การเช่ายังไม่ครบ

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 3 และ มาตรา 4.

<sup>43</sup> ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, เรื่องเดิม.

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542, มาตรา 3 และ มาตรา 4.

กำหนดตามสัญญาได้ตามหลักดังกล่าวข้างต้น สอดคล้องกับสาธารณรัฐฝรั่งเศส Commercial Code มาตรา L.145-9 และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม Civil Code of Vietnam มาตรา 492 สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์จะสิ้นสุดเมื่อมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือตามแบบ Extra-Judicial Means คู่กรณีเห็นด้วยกับการเลิกเช่าก่อนกำหนดต้องแจ้งให้ทราบล่วงหน้าตามสมควร ควรให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันให้เลิกสัญญาเช่าในระหว่างที่การเช่ายังไม่ครบกำหนดตามสัญญาได้ ทั้งนี้ สัญญาเช่าให้เป็นไปตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาและหรือได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี

## 5. ข้อเสนอแนะ

5.1 ควรกำหนดให้มีคณะกรรมการการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมเพื่อกำกับดูแลและดำเนินการขับเคลื่อนให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติฯ โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 10 เพิ่มเติมมาตรา 12 ถึงมาตรา 20 และมาตรา 22

5.2 ควรกำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมเป็นทรัพย์สินสิทธิ โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 มาตรา 6

5.3 ควรกำหนดให้กรมที่ดินหักค่าใช้จ่ายไว้ร้อยละห้าของเงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้ โดยให้ผู้ยื่นคำขอชำระค่าธรรมเนียมตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 มาตรา 10

5.4 ควรกำหนดให้การประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงตามที่คณะกรรมการกำหนด และการพิจารณาให้ความเห็นของสภาท้องถิ่นให้กระทำไปแล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเอกสาร และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ส่งสำเนาคำขอพร้อมด้วยเอกสารที่เกี่ยวข้องไปยังอธิบดีเพื่อพิจารณาต่อไป โดยปรับปรุงแก้ไขกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ข้อ 2 และข้อ 4

5.5 ควรยกเลิกกำหนดระยะเวลาเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมขั้นต่ำสามสิบปี และกำหนดเวลาเช่าไว้ไม่เกินห้าสิบปี ถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นก็ให้ลดลงมาเป็นห้าสิบปี โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 มาตรา 3

5.6 ควรปรับปรุงแก้ไขจำนวนเงินลงทุนยี่สิบล้านบาทเพิ่มเป็นห้าสิบล้านบาท หรือสามร้อยล้านบาท ตามที่คณะกรรมการกำหนด และควรกำหนดประเภทพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยปรับปรุงแก้ไขกฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ข้อ 5 และข้อ 6

5.7 ควรกำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าได้ โดยการกำหนดอัตราค่าเช่าให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 เพิ่มเติมมาตรา 23

5.8 ควรกำหนดให้คู่สัญญาสามารถบอกเลิกสัญญาเช่าได้ โดยสัญญาเช่าต้องทำตามแบบที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งผ่านการตรวจพิจารณาและหรือได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานอัยการสูงสุดแล้วแต่กรณี โดยปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 เพิ่มเติมมาตรา 21

### บรรณานุกรม

- กองหลักนิติบัญญัติ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **หลักเกณฑ์การใช้ระบบคณะกรรมการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย** [Online]. Available URL: <http://web.senate.go.th>, 2563 (กุมภาพันธ์, 7).
- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กระทรวงการต่างประเทศ. **การลงทุนในสหภาพยุโรป** [Online]. Available URL: <http://www.mfa.go.th>, 2562 (เมษายน, 9).
- กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ. กระทรวงการต่างประเทศ. **นโยบายการส่งเสริมการลงทุนประเทศอังกฤษ** [Online]. Available URL: <http://www.thaibiz.net/th/market/United-Kingdom>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).
- กฎกระทรวง (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542.
- กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542.
- ข้อมูลรายการจดทะเบียนเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542 ณ วันที่ 1 สิงหาคม 2562 จากสำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน.
- ไทม์มैन ลัญฉน์ดี. **การทบทวนกฎหมายไทยว่าด้วยเรื่องสัญญาเช่าที่ดิน**. คอลลิเออร์ส อินเตอร์เนชั่นแนล ประเทศไทย, 2560.
- นรากร นันทไทรภพ. **เมืองสิ่งแวดล้อมอัจฉริยะ** [Online]. Available URL: <https://library2.parliament.go.th>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).
- ประพันธ์ ทรัพย์แสง. “การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม.” **รัฐสารบ้านและที่ดิน** 10, 16 (2542): 14.
- พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ.2542.
- ศนันท์ภรณ์ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายหลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- ศิริพงษ์ โสภา ไพฑูรย์ วุฒิสโส และฉัตรชัย รือหาร. “การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้.” **วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเชีย** 5, 1 (มกราคม-เมษายน 2558): 203-209.
- ข้อมูลการลงทุนในประเทศเวียดนาม** [Online]. Available URL: <http://www.ditp.go.th>, 2562 (เมษายน, 9).

- สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการส่งออก. **USA Country Profile** [Online]. Available URL: <http://www.depthai.go.th>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).
- อังกูร วัฒนรุ่ง. **หลักควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง** [Online]. Available URL: <http://www.bpp.go.th>, 2563 (กุมภาพันธ์, 10).
- อักษรศรี พานิชสาส์น. **นโยบายและมาตรการของเงินที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจต่างชาติ** [Online]. Available URL: <http://wwwhttp://www.econ.tu.ac.th>, 2562 (เมษายน, 9).
- Invest in France Agency (IFA). **ข้อมูลนโยบายส่งเสริมการค้าการลงทุนในประเทศฝรั่งเศส**. [Online]. Available URL: <https://www.ditp.go.th/>, 2561 (พฤศจิกายน, 18).
- Siedel, George J. and Robert J. Aalberts. **A Lease** [Online]. Available URL: <https://en.m.wikipedia.org/wiki/Lease>, 2018 (November, 18).

# ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต

รองศาสตราจารย์สุเมธ จานประดับ  
รองศาสตราจารย์เรืองยศ แสนภักดี  
รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสุวรรณค์



## ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต<sup>\*</sup> Legal Issues about Interests in the Life Insurance Agreement

รองศาสตราจารย์สุเมธ จานประดับ<sup>\*\*</sup>

Associate Professor Sumate Janpradab

รองศาสตราจารย์เรืองยศ แสนภักดี

Associate Professor Ruangyote Sanpakdee

รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์

Associate Professor Dr.Praphasri Buasawan

---

<sup>\*</sup>บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ.2563.

This article is part of the research title “Legal Issues about Interests in the Life Insurance Agreement”. This research is funded by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2020.

<sup>\*\*</sup>อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยม อันดับ 2) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: SumateJanpradab@gmail.com

Curriculum Lecturer in LL.M. Programme at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (second honor) Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar under the Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University.

อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. (เกียรตินิยม อันดับ 2) มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; รป.ม. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. E-mail: chanikan.cs@gmail.com

Curriculum Lecturer in LL.M. Programme at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. (second honor) Ramkhamhaeng University; Barrister at Law Thai Bar under the Royal Patronage; M.P.A. National Institute of Development Administration.

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: pbuasawan@gmail.com

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

วันที่รับบทความ (received) 30 กันยายน 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 19 พฤศจิกายน 2563, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 25 พฤศจิกายน 2563.

### บทคัดย่อ

บทความวิจัยเรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎี กฎหมายประกันภัย และส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต รวมถึงปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต

ผลของการวิจัยพบว่า การทำสัญญาประกันภัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นความผูกพันที่ก่อให้เกิดหนี้ตามสัญญาต่างตอบแทน แต่กฎหมายได้กำหนดให้ผู้เอาประกันต้องมีส่วนได้เสีย หากไม่มีส่วนได้เสียสัญญาไม่ผูกพัน ตามมาตรา 863 เมื่อสัญญาไม่ผูกพันจึงไม่มีหนี้ที่ต้องชำระ ปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสีย ตามมาตรา 863 ในสัญญาประกันชีวิต คือ กฎหมายไม่ได้กำหนดความหมาย ระยะเวลา และบุคคลที่ต้องมีส่วนได้เสียไว้เป็นการเฉพาะจึงต้องอาศัยหลักการพิจารณาตามแนวคำพิพากษาของศาล และความหมายตามที่ผู้ศึกษาและนำเสนอไว้เพื่อพิจารณาว่า ผู้เอาประกันมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตหรือไม่ โดยเฉพาะกรณีที่มีการเอาประกันชีวิตผู้อื่น ปัญหาที่พบในกรณีนี้ คือ ปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียของกลุ่มนั้น สามภริยา ทายาท และปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียของบุคคลที่เกี่ยวข้องในทางธุรกิจ ซึ่งบุคคลต่างๆ เหล่านี้มีความสัมพันธ์กัน แต่จะถึงขั้นมีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตกันได้หรือไม่ การพิจารณาจึงต้องอาศัยเงื่อนไขอันได้แก่ ความเดือดร้อนหรือประโยชน์ที่จะได้รับหากผู้ถูกเอาประกันชีวิตตายหรือมีชีวิตอยู่ หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการได้รับการอุปการะ การส่งเสียเลี้ยงดู ที่ผู้เอาประกันได้รับจากผู้ถูกเอาประกัน

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะว่า ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในหมวดสัญญาประกันชีวิต โดยกำหนดบทเฉพาะสำหรับกรณีที่มีการทำสัญญาประกันชีวิตด้วยเหตุแห่งความทรงชีพหรือมรณะของผู้อื่น เพิ่มเติมความชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้เอาประกันและผู้ถูกเอาประกันชีวิต โดยกำหนดเงื่อนไขความเดือดร้อนหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับหากผู้ถูกเอาประกันตายหรือยังมีชีวิตอยู่ และในการพิจารณาส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตของบริษัทประกันชีวิตอาจพิจารณาบุคคลดังต่อไปนี้ให้อยู่ในฐานะที่เอาประกันชีวิตกันได้ ได้แก่ คู่หมั้น คู่สมรส สามภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสแต่อุปการะส่งเสียเลี้ยงดูกัน บิดามารดากับบุตร (กรณีบุตรหากบรรลุนิติภาวะแล้วจะเอาประกันชีวิตบิดามารดาได้เมื่อบุตรนั้นอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา) บุตรบุญธรรมกับผู้รับบุตรบุญธรรม พิจารณาเช่นเดียวกับบิดามารดากับบุตร ญาติ เฉพาะที่มีการอุปการะเลี้ยงดูกัน ผู้เป็นหุ้นส่วนเจ้าหนี้กับลูกหนี้ เฉพาะเจ้าหนี้เป็นฝ่ายเอาประกันชีวิตลูกหนี้ นายจ้างกับลูกจ้าง เฉพาะลูกจ้างที่มีความเชี่ยวชาญ ชำนาญงาน

**คำสำคัญ:** ส่วนได้เสีย, สัญญาประกันชีวิต

### Abstract

The research entitled “legal issues about interests in the life insurance agreement” aimed to study background, concepts, and theories of insurance laws and interests in the life insurance agreement as well as problems regarding interests in the life insurance agreement.

The findings revealed that the execution of an insurance agreement according to the Civil and Commercial Code was obligations that caused debts according to the reciprocal contract. However, the laws regulated that the insured must have interest because if the interest were not determined, the agreement would not be binding in accordance with Section 863. When the agreement was not binding, there were no debts to settle. An issue pertaining to interests according to psychology are analyzed with women and child labour protection under the definitions, time and persons with interest specifically.

Accordingly, it was required to rely on considerations pursuant to the court decisions and meanings as examined and presented to consider whether the insured had interests in the life insurance agreement, especially in a case of life insurance for others. Problems found in this case were issues of interest for fiancé, spouses, and heirs and issues of interests of persons related to the business that these persons were related, but whether they were eligible for interests in the life insurance or not. Therefore, the consideration was based on conditions including troubles or benefits in case the insured passed away or was alive as well as the conditions of being supported that the policy holder received from the insured.

The researcher has recommendations that legal provisions related to life insurance agreement should be added by defining specific provisions for the case of life insurance execution with causes of life and death of others. This is for clearer consideration of relationship between a policy holder and an insured by stipulating conditions of troubles or benefits to receive when the insured is dead or alive. To consider interests in a life insurance agreement of a life insurance company, it may be necessary to consider following persons to be an insured including a fiancé, spouse, husband or wife without registering the marriage but supporting each other,

parents and children (in case of a mature child, he/she can claim life insurance of the parents when he/she supports the parents), an adopted child and an adopter, which will be considered as same as parents and children, relatives only who support each other, partners, creditors and debtors only for a creditor being a beneficiary in a debtor's life insurance, and employers and employees, only for employees who have expertise in working.

**Keywords:** interest, insurance contract

## 1. บทนำ

การประกันภัยในปัจจุบัน เป็นธุรกิจรูปแบบหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการบริการและมีลักษณะเฉพาะในการประกันภัยหลากหลายรูปแบบ ซึ่งได้รับความนิยมนิยมจากบุคคลทั่วไปเพราะประโยชน์ของการประกันภัยนอกเหนือจากการประกันความเสี่ยงภัยที่มีต่อชีวิตและทรัพย์สินแล้ว การประกันภัยในส่วนของการประกันชีวิตยังถือได้ว่าเป็นการเก็บออมในลักษณะของการสะสมทรัพย์ การนำไปลดหย่อนภาษี การประกันสุขภาพเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับการรักษาตัวในโรงพยาบาล เป็นต้น

ประกันชีวิตบัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 20 หมวด 3 ตั้งแต่มาตรา 889 ถึงมาตรา 897 ซึ่งจัดว่าเป็นกฎหมายเอกชน ส่วนการควบคุมการประกอบธุรกิจประกันชีวิตอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 ซึ่งจัดว่าเป็นกฎหมายมหาชน และกำหนดโทษจำคุกหรือปรับที่เป็นโทษทางอาญาเพื่อมิให้เกิดความเสียหายต่อประชาชนที่อยู่ในฐานะผู้เอาประกันภัยซึ่งได้จ่ายเบี้ยประกันชีวิตให้แก่บริษัทผู้รับประกันชีวิต พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ พ.ศ. 2551

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาประกันชีวิตนั้น แม้จะมีบทบัญญัติเฉพาะส่วนของประกันชีวิต แต่สัญญาประกันชีวิตก็อยู่ภายใต้บททั่วไป ตามมาตรา 861-867 โดยที่สัญญาประกันชีวิต แม้จะเป็นบทบัญญัติเฉพาะ ตามมาตรา 889-897 แต่ก็อยู่ภายใต้บทบังคับของบททั่วไป ซึ่งหลักสำคัญของบททั่วไปกำหนดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญา ตามมาตรา 861 บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญา ตามมาตรา 862 ส่วนได้เสีย ตามมาตรา 863 การเปิดเผยข้อความจริงตามหลักสุจริตอย่างยิ่งของผู้เอาประกัน ตามมาตรา 865, 866 และบทกำหนดเกี่ยวกับกรรมธรรม์และหลักฐานในการฟ้องร้อง ตามมาตรา 867

บทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย ตามมาตรา 863 ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความผูกพันของสัญญา โดยหากผู้เอาประกันไม่มีส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย สัญญาไม่ผูกพัน หมายความว่า หากผู้เอาประกันไม่มีความสัมพันธ์กับชีวิตหรือทรัพย์สินที่เอาประกัน สัญญาประกันภัยไม่ผูกพันให้ผู้รับประกันต้องจ่ายจำนวนเงินเอาประกันหรือค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เอาประกัน ตัวอย่าง กรณีสัญญาประกันวินาศภัย นาย ก. ตกลงทำสัญญาประกันอัคคีภัยบ้านที่ตนเองเป็นเพียงผู้อาศัยกับบริษัท เอประกันภัย จำกัด ในระหว่างอายุสัญญาประกันได้เกิดอัคคีภัยกับบ้านของ นาย ก. ดังนั้นถือว่า นาย ก. เป็นเพียงผู้อาศัยไม่มีส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย แม้ นาย ก. จะเป็นผู้ครอบครองบ้านที่ได้อาศัยอยู่และเป็นผู้มีความเสี่ยงภัย แต่เมื่อไม่มีส่วนได้เสียกับบ้านหลังนี้ สัญญาประกันภัยไม่ผูกพัน บริษัทจึงไม่ต้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ นาย ก.

สำหรับสัญญาประกันชีวิต ประเด็นเกี่ยวกับส่วนได้เสียพิจารณาจากผู้เอาประกันและผู้ถูกเอาประกันชีวิตนั้น หมายถึง หากเป็นการเอาประกันชีวิตตนเองย่อมถือว่า บุคคลนั้นเป็นผู้มีส่วนได้

เสียในสัญญาประกันชีวิตโดยตรง แต่ขณะเดียวกันการเอาประกันชีวิตผู้อื่นก็สามารถทำได้ตามหลักส่วนใหญ่เสียนี้ ในการเอาประกันชีวิตผู้อื่น คือ การกำหนดบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งผู้เอาประกันอาศัยเหตุแห่งความมรณะหรือความทรงชีพของบุคคลนั้นเป็นเงื่อนไขที่ตกลงในสัญญาให้ผู้รับประกันจ่ายเงินเอาประกันให้ เช่น นาย ก. ทำสัญญาประกันชีวิต นาย ข. ด้วยเหตุมรณะกับบริษัท เอประกันชีวิต จำกัด ซึ่งหาก นาย ข. ตายบริษัทจะจ่ายเงินให้กับ นาย ก. ในฐานะผู้เอาประกัน สัญญาลักษณะนี้ผู้เอาประกันจะต้องเป็นผู้รับประกันด้วย

ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับส่วนใหญ่เสียในสัญญาประกันชีวิต คือ กรณีที่มีการเอาประกันชีวิตผู้อื่น เพราะการพิจารณาเกี่ยวกับส่วนใหญ่เสียในสัญญาประกันภัยจะเน้นที่ความสัมพันธ์ของผู้เอาประกันและผู้ถูกเอาประกันเป็นหลัก กรณีนี้ William R. Vance ให้หลักในการพิจารณาการมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตในการเอาประกันชีวิตผู้อื่นว่า “การเอาประกันชีวิตผู้อื่นเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ที่จะเอาประกันและบุคคลที่ตนจะเอาประกันมีความสัมพันธ์ต่อกันโดยไม่ว่าจะทางสายโลหิต โดยการสมรสหรือโดยการติดต่อกันทางธุรกิจ จนถึงขั้นที่ว่า ผู้ที่จะเอาประกันอาจจะคาดหมายได้โดยสมควรว่าจะได้รับประโยชน์จากการมีชีวิตอยู่ต่อไปของบุคคลผู้ที่ตนจะเอาประกัน หรืออาจจะต้องเดือดร้อนหรือมีความรับผิดชอบบางอย่างหากบุคคลนั้นถึงแก่ความตาย” แสดงให้เห็นว่าเป็นการพิจารณาความสัมพันธ์จากการสมรส สายโลหิต โดยเฉพาะการเป็นทายาท และความสัมพันธ์ทางธุรกิจ

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาความสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดขึ้นได้ เป็นปัญหาในการเอาประกันชีวิตตนเองหรือเอาประกันชีวิตผู้อื่น สำหรับการเอาประกันชีวิตผู้อื่นปัญหาหลักเป็นประเด็นเกี่ยวกับคู่หมั้นซึ่งมีปัญหว่า คู่หมั้นนั้นผูกพันเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง แต่จะถึงขนาดเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตหรือไม่ ประเด็นปัญหาลส่วนใหญ่เสียในการสมรสซึ่งเป็นปัญหว่า สามีภริยาที่จะมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตนั้น ต้องถึงขนาดจดทะเบียนสมรสหรือไม่ ยังมีความเห็นของนักวิชาการด้านประกันภัยแตกต่างกันอยู่ โดยที่ฝ่ายหนึ่งเห็นว่า จำกัดเฉพาะสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสเท่านั้น แต่อีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า แม้จะมีได้จดทะเบียนสมรส แต่อีกฝ่ายอาจต้องพึ่งพาการเลี้ยงดูจากอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งอาจจะต้องเดือดร้อนหากอีกฝ่ายนั้นถึงแก่ความตาย เช่น สามีทำงานหาเลี้ยงครอบครัวในขณะที่ภริยาเป็นแม่บ้านไม่ได้ทำงานและยังมีบุตรที่ต้องดูแล ดังนี้ จะถือได้หรือไม่ว่ามีความสัมพันธ์ตามส่วนใหญ่เสีย เพราะหากฝ่ายภริยาทำสัญญาประกันชีวิตสามีที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสสัญญาจะผูกพันหรือไม่ บริษัทประกันชีวิตจะต้องจ่ายเงินเอาประกันให้หรือไม่ นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับทายาทหรือผู้สืบสายโลหิตซึ่งปัจจุบันพิจารณาจากทายาทโดยธรรม ตามมาตรา 1629 ตามกฎหมายมรดก แต่กรณีของทายาทในลำดับขั้นที่ห่างกัน เช่น พี่น้องร่วมบิดาหรือมารดาเดียวกัน ลูก ป้า น้า อา หรือ ปู่ ย่า ตา ยาย ยังจะคงถือได้ว่า เป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือไม่ รวมถึงการพิจารณา

ความสัมพันธ์ทางธุรกิจในฐานะหุ้นส่วน นายจ้างและลูกจ้าง ควรมีความสัมพันธ์ที่เฉพาะเจาะจงหรือจะมีข้อจำกัดของส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตเพียงใด

จากที่กล่าวมา ทำให้คณะผู้วิจัย มีความสนใจศึกษาปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 863 โดยจะศึกษาจากข้อเท็จจริง กรณีศึกษาประกอบคำพิพากษาศาลฎีกา และศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ ซึ่งการวิจัยครั้งนี้จะก่อให้เกิดความชัดเจนของหลักส่วนได้เสีย ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายและในธุรกิจของผู้ประกอบกิจการประกันชีวิตได้มากขึ้น

## 2. วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ โดยการค้นคว้าวิจัยเอกสาร (Documentary Research) จากกฎหมายของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ โดยการค้นคว้ารวบรวมจากเอกสารทั้งชั้นปฐมภูมิ (Primary Document) และชั้นทุติยภูมิ (Secondary Document) เช่นตัวบทกฎหมายต่างๆ ทั้งของไทย และกฎหมายของต่างประเทศ กฎกระทรวง และระเบียบที่เกี่ยวข้อง เอกสารทางวิชาการ บทความ และวารสาร งานวิจัย เอกสารราชการ และแหล่งข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต ตำรากฎหมาย คำพิพากษาศาลฎีกา โดยการนำข้อมูลดังกล่าวข้างต้นมาทำการเก็บรวบรวม แยกแยะ และวิเคราะห์เพื่อทราบปัญหา และแนวทางปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายต่อไป

## 3. ผลการวิจัย

การประกันภัยเป็นธุรกิจการบริการอย่างหนึ่งที่อาศัยข้อตกลง และความผูกพันตามสัญญา เป็นสัญญาทางแพ่ง ที่ก่อให้เกิดหนี้ที่คู่สัญญาสองฝ่าย คือ ผู้รับประกันภัยและผู้เอาประกันภัยต้องปฏิบัติตามชำระหนี้ เมื่อมีเหตุอันเป็นภัยเกิดขึ้นในอนาคตตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา ดังนั้น สัญญาประกันภัยจึงอาศัยความผูกพันเป็นสาระสำคัญเพื่อให้มีการปฏิบัติตามที่ตกลงไว้ในสัญญาประกันภัยนั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 861 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับการตกลงของคู่สัญญาประกันภัย แต่ขณะเดียวกัน มาตรา 863 ก็เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเกี่ยวกับความผูกพันของสัญญาโดยพิจารณาจากการมีส่วนได้เสียของฝ่ายผู้เอาประกันภัย ซึ่งถ้าหากผู้เอาประกันภัยไม่มีส่วนได้เสีย สัญญาประกันภัยย่อมไม่ผูกพันก็หมายความว่า แม้จะมีการตกลงระหว่างคู่สัญญาและสัญญาประกันภัยเกิดขึ้นแล้ว เพราะมีคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกัน แต่ขณะเดียวกันในความผูกพันที่ก่อให้เกิดหนี้ในสัญญาจะต้องอาศัยการมีส่วนได้เสียของผู้เอาประกันภัย

มาพิจารณาว่าผู้รับประกันภัยต้องปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาหรือไม่ และอาศัยหลักสุจริตอย่างยิ่ง ในการทำสัญญาประกันภัยที่ผู้เอาประกันต้องเปิดเผยความจริงและไม่แถลงข้อความอันเป็นเท็จต่อผู้รับประกันภัย ตามมาตรา 865 ซึ่งหากผู้เอาประกันไม่ปฏิบัติจะเป็นผลให้สัญญาเป็นโมฆียกรรม

จากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 863 กำหนดไว้เพียงว่า หากผู้เอาประกันไม่มีส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย สัญญาประกันภัยไม่ผูกพันคู่สัญญา ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดความหมายของส่วนได้เสีย เจื่อนไขในการพิจารณาการมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัยไว้ และอีกหลายกรณีที่มีความเกี่ยวข้องต่อการพิจารณาถึงการมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัยของผู้เอาประกันในการศึกษาวิจัยนี้ ผู้วิจัยจึงกำหนดกรอบการศึกษาวิจัยในส่วนของการมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต และพบว่า มีปัญหาหลายประการ แนวความคิด หลักการที่เกี่ยวข้องกับการประกันภัย ความหมาย แนวคิด และหลักการเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัยและสัญญาประกันชีวิต รวมถึงข้อมูลความคิดของนักวิชาการด้านประกันภัยที่นำเสนอมุมมองความคิดเกี่ยวกับส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัยไว้ สารสำคัญที่ค้นพบจากการศึกษา คือ ข้อมูลความหมายของส่วนได้เสียจากต้นฉบับภาษาอังกฤษใช้คำว่า “interest in the event insures against” มีความหมายว่าส่วนได้เสียในเหตุที่เอาประกันภัย คำว่า “interest” ทำให้แปลความหมายถึงการได้รับผลประโยชน์ ซึ่งโดยรวมๆ แล้วจึงพอที่จะอธิบายความหมายได้ว่าส่วนได้เสียหรือความสัมพันธ์ของผู้เอาประกันกับเหตุที่เอาประกันต้องเกี่ยวข้องกับผลประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง ที่เกี่ยวข้องกับเหตุที่เอาประกันไม่ว่าจะเป็นการประกันวินาศภัยหรือประกันชีวิตก็ตาม

จากการศึกษาปัญหาส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต เป็นปัญหาที่เกิดจากการที่ผู้เอาประกันทำสัญญาประกันชีวิตในลักษณะของการเอาประกันชีวิตผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความมรณะหรือความทรงชีพ ซึ่งปรากฏตามแนวคำพิพากษาฎีกาทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศที่ไม่ห้ามการทำสัญญาประกันชีวิตแบบนี้ไว้ รวมถึงความคิดของนักกฎหมายทั้งในประเทศ และต่างประเทศก็ให้ความเห็นว่า การเอาประกันชีวิตผู้อื่นด้วยเหตุแห่งความมรณะหรือความทรงชีพสามารถทำได้ แต่มีการวางหลักหรือข้อพิจารณาที่สรุปได้ว่า ผู้เอาประกันและผู้ถูกเอาประกันต้องมีความสัมพันธ์กันถึงขั้นอาจได้รับความเดือดร้อนจากความมรณะของผู้ถูกเอาประกัน (ผลประโยชน์ที่ได้ คือ เงินจำนวนหนึ่งในการบรรเทาความเดือดร้อนนั้น) หรือได้รับประโยชน์ (เป็นเงินจำนวนหนึ่ง) หากผู้เอาประกันยังมีชีวิตอยู่ (ในกรณีที่มีการประกันชีวิตเพื่อความทรงชีพ) ซึ่งผู้วิจัยใช้หลักนี้มาประกอบการวิเคราะห์ปัญหาความสัมพันธ์หรือการมีส่วนได้เสียของบุคคล ได้แก่ การมีส่วนได้เสียของคู่หมั้น สามีภริยา ทายาทโดยธรรม และการมีส่วนได้เสียของบุคคลที่เกี่ยวข้องในทางธุรกิจ

#### 4. อภิปรายผลและข้อเสนอแนะการวิจัย

ผู้วิจัยได้ทำการวิจัยโดยศึกษาวิเคราะห์ปัญหาซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอแนะมีรายละเอียดดังนี้

##### 4.1 อภิปรายผลการวิจัย

1) ปัญหาส่วนได้เสียของการหมั้น สามีภรรยา และทายาทโดยธรรมในประเด็นปัญหานี้ ผู้วิจัยศึกษาวิเคราะห์โดยแยกพิจารณา ดังนี้ คือ

##### (1) การหมั้น

การหมั้น เป็นประเพณีไทยอย่างหนึ่งซึ่งมีมาตั้งแต่อดีต แม้ว่าชายและหญิงที่เป็นคู่รัก และประสงค์จะสมรสกันในอนาคตจะหมั้นหมายกันก่อนหรือไม่ก็ไม่มีผลใดๆ ต่อการสมรสตามกฎหมาย แต่มาจนถึงปัจจุบันชายและหญิงก็มีความนิยมในการหมั้นหมายไว้ก่อนที่จะแต่งงานการหมั้นตามประเพณีไทยนั้น ฝ่ายชายจะเป็นฝ่ายมอบของหมั้นให้แก่ฝ่ายหญิง โดยที่ฝ่ายหญิงไม่จำเป็นต้องมอบของหรือทรัพย์สินใดเป็นการตอบแทน หากพิจารณาตามกฎหมายแพ่งจะสอดคล้องกับประเพณีดังกล่าว ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การหมั้นเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง ที่คู่รักชายและหญิงตกลงกันที่จะหมั้นกันโดยจะทำการสมรสกันต่อไปภายหน้า การหมั้นสามารถกระทำได้ด้วยวาจา แต่กฎหมายกำหนดให้ชายต้องมีการส่งมอบทรัพย์สินที่เป็นของหมั้นให้แก่ฝ่ายหญิง การหมั้นจึงจะสมบูรณ์ ตามมาตรา 1437<sup>1</sup> ผลของสัญญาหมั้น คือ เมื่อมีการหมั้นกันแล้วของหมั้นให้ตกเป็นสิทธิแก่ฝ่ายหญิง เมื่อฝ่ายหนึ่งผิดสัญญาหมั้นอีกฝ่ายหนึ่งจะฟ้องบังคับให้จดทะเบียนสมรสไม่ได้

เมื่อการหมั้นก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมาย ในฐานะเป็นสัญญาอย่างหนึ่ง และตามประเพณีนิยมที่สืบทอดกันมา ดังนี้ คู่หมั้นจะถือว่า เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตหรือไม่ เพราะหากมีการหมั้นเกิดขึ้นแล้ว คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย อีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีความสูญเสียเกิดขึ้น และหากคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งนั้นจะเป็นผู้เอาประกันชีวิตด้วยเหตุแห่งความมรณะของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง จะเป็นผลให้สัญญาประกันชีวิตผูกพันหรือไม่ผูกพัน ตามมาตรา 863 กรณีนี้ อ.จรัส เขมะจารุ<sup>2</sup> อธิบายว่า เมื่อคู่หมั้นมีความผูกพันตามกฎหมายย่อมสามารถที่จะเอาประกันชีวิตกันได้

<sup>1</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1437

“การหมั้นจะสมบูรณ์เมื่อฝ่ายชายได้ส่งมอบหรือโอนทรัพย์สินอันเป็นของหมั้นให้แก่หญิงเพื่อเป็นหลักประกันว่าจะสมรสกับหญิงนั้น เมื่อหมั้นแล้วให้ของหมั้นตกเป็นสิทธิแก่หญิง.....”.

<sup>2</sup>จรัส เขมะจารุ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะประกันภัย อุสรณ์เนื่องในงานฌาปนกิจศพ นายเจ็ก เขมะจารุ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2522), หน้า 45.

ประเด็นการพิจารณาอาจมองได้ว่า หากมีการทำสัญญาหมั้นกันแล้วไม่ว่าโดยประเพณีหรือกฎหมาย ย่อมหมายความว่า ทั้งสองฝ่ายมีความประสงค์ที่จะก่อให้เกิดความมั่นคงต่อไปในอนาคตด้วยการสมรส การหมั้นจึงเปรียบเสมือนการมัดจำทางใจมากกว่าผลบังคับในทางกฎหมาย เพราะเมื่อพิจารณาผลทางกฎหมายแล้ว ความผูกพันของสัญญาหมั้น คู่หมั้นมีอาจใช้สัญญานี้บังคับคู่หมั้นอีกฝ่ายให้ทำการสมรสกับตนได้ ตามมาตรา 1438<sup>3</sup> การพิจารณาความเดือดร้อนว่าหากคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งมรณะ หรือการได้รับประโยชน์จากการมีชีวิตของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่ง ผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะยังขาดความชัดเจนถึงผลกระทบของผลประโยชน์อันเป็นส่วนได้เสียที่แท้จริงของคู่หมั้นในทางกฎหมาย ผลที่เกิดขึ้นกรณีคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย คือการที่อีกฝ่ายไม่อาจสมรสได้ ในประเด็นนี้อาจถือเป็นผลประโยชน์ที่เพียงพอที่จะเอาประกันชีวิตได้หรือไม่ แต่หากมีความชัดเจนในสถานะของคู่หมั้นที่จะทำการสมรสกันแน่นอน เช่น การที่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งได้จ่ายเงินจำนวนหนึ่งเพื่อซื้อทรัพย์สินที่เป็นของหมั้น และเป็นฝ่ายที่ต้องรับภาระในการจัดเตรียมการสมรสที่มีค่าใช้จ่าย และได้มีการดำเนินการไปจริง และจ่ายเงินไปในจำนวนพอสมควรแล้ว หากคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายไม่สามารถจัดการสมรสได้ ความสูญเสียที่เกิดขึ้น คือ เงินจำนวนหนึ่งในส่วนของของหมั้นและการลงทุนเพื่อการสมรส เช่นนี้ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งสามารถที่จะเอาประกันชีวิตคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้ แต่ต้องแสดงให้เห็นถึง ส่วนได้เสียในผลประโยชน์อันเกี่ยวกับเหตุแห่งการประกันชีวิตที่ชัดเจน มากกว่าการเป็นเพียงคู่หมั้นและไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงมูลค่าของความเดือดร้อนหรือความสูญเสียหากไม่สามารถสมรสได้ด้วยเหตุที่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตาย

การพิจารณาในส่วนของมูลค่าของส่วนได้เสียหรือราคาส่วนได้เสียที่คู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดได้ แม้ว่าสัญญาประกันชีวิตจะสามารถกำหนดจำนวนเงินในการจ่ายของผู้รับประกันชีวิตได้อย่างไม่จำกัด แต่กรณีของการเอาประกันชีวิตผู้อื่นนั้น กำหนดจำนวนเงินเอาประกันน่าจะมีความสัมพันธ์กับมูลค่าความสูญเสียหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับ ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยกับ อ.จรัส เหมะจาร์ ที่อธิบายว่าจำนวนเงินที่คู่หมั้นอาจจะเอาประกันชีวิตของคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งได้นั้น ควรจะต้องเป็นจำนวนพอสมควร<sup>4</sup> ที่เป็นเช่นนั้นเข้าใจว่า การพิจารณาความสัมพันธ์ของคู่หมั้น แม้จะมีความแน่นอนในความตั้งใจของคู่หมั้นในการสมรสต่อไปภายหน้า แต่ความผูกพันตาม

<sup>3</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1438

“การหมั้นไม่เป็นเหตุที่จะร้องขอให้ศาลบังคับให้สมรสได้ ถ้าได้มีข้อตกลงกันว่าจะให้เบี้ยปรับในเมื่อผิดสัญญาหมั้น ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”.

<sup>4</sup>จรัส เหมะจาร์, เรื่องเดิม.

สัญญาหมั้นก็ไม่ได้มีความมั่นคงเพียงพอในด้านความสัมพันธ์ของการทำสัญญาประกันชีวิต เพราะการบอกเลิกสัญญาหมั้นทำได้ไม่ยาก เพียงแค่คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งบอกเลิกสัญญาหมั้นและคืนของหมั้น สัญญาหมั้นย่อมเป็นอันสิ้นสุด ดังนั้น เมื่อคู่หมั้นฝ่ายหนึ่งจะเอาประกันชีวิตคู่หมั้นอีกฝ่ายหนึ่งด้วย เหตุฉะฉาน จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องแสดงถึงความชัดเจน และความมั่นคงของสถานะที่จะเห็นได้ว่าจะมีการสมรสเกิดขึ้นอย่างแน่นอน ดังนั้น จำนวนเงินที่จะกำหนดให้ผู้รับประกันภัยใช้ในหากเกิดความ ภาระควรเป็นจำนวนพอสมควรที่สัมพันธ์กับมูลค่าที่คู่หมั้นฝ่ายที่ลงทุนลงแรงไปเพื่อการจัดการ สมรสด้วย

ในประเด็นนี้จึงสรุปได้ว่า คู่หมั้นสามารถเอาประกันชีวิตกันได้ หากคู่หมั้นนั้น แสดงให้เห็นถึงความชัดเจนที่จะมีการสมรสที่แน่นอน เช่น การลงทุนไปบางส่วนหรือทั้งหมดเพื่อการ จัดการสมรส ซึ่งหากอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย คู่หมั้นฝ่ายหนึ่งต้องเดือดร้อนและสูญเสียผลประโยชน์ เพียงใดด้วย และเป็นส่วนหนึ่งที่สามารถนำไปกำหนดราคาส่วนได้เสียที่จะตกลงกับผู้รับประกันภัยได้

## (2) การสมรส

การสมรส คือ การที่ชายและหญิงสมัครใจมาอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยา โดย พื้นฐานภาษาของชาวบ้านทั่วไปเรียกว่า “การแต่งงาน” การสมรสกับการแต่งงานมีความแตกต่างกัน แม้ว่า ผลจะนำไปสู่การที่ชายและหญิงมาอยู่ร่วมกันก็ตาม เพราะการแต่งงานตามความหมายของคน ทั่วไป คือ การจัดงานพิธีมงคลสมรสอันเป็นประเพณีอย่างหนึ่งเพื่อบอกกล่าว ความชอบธรรมใน การอยู่ร่วมกัน แต่หากมีการแต่งงานแล้วไม่ได้จดทะเบียนสมรสในทางกฎหมายไม่ถือเป็นการสมรส การสมรส ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ต้องมีการจดทะเบียนสมรส เมื่อมีการจดทะเบียน สมรสแล้วถือว่าเป็นการสมรส และเรียกชายและหญิงที่จดทะเบียนสมรสแล้วว่าคุณสมรส

การสมรสถือเป็นวัฒนธรรมอย่างหนึ่งที่มีความแตกต่างกันไป ในแต่ละสังคม และถือเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลแบบใกล้ชิดที่ได้รับการรับรองจากสังคมนั้นๆ รวมถึง การรับรองในทางกฎหมาย การสมรสถูกพิจารณาว่า เป็นวัฒนธรรมทางสังคมที่มีความหลากหลาย ซึ่งแล้วแต่ว่าสังคมนั้นมีการสืบทอดในเชิงจารีตและการยอมรับอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งการยอมรับ ทางสังคมด้วยการจัดพิธีแต่งงานเพื่อเป็นการบอกกล่าวต่อสังคมว่า ชายและหญิงจะอยู่ร่วมกัน เลี้ยง ดูกันฉันสามีภริยา ในทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้กำหนดรับรอง การสมรสที่กำหนดแบบไว้เป็นการเฉพาะด้วยการจดทะเบียนสมรส ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ระหว่าง กันที่มีกฎหมายเข้ามาเกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ความเกี่ยวข้องกัน ของทรัพย์สินหรือหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างการสมรส การดูแลเลี้ยงดูบุตร เป็นต้น เงื่อนไขทางกฎหมาย อาจมีความแตกต่างกันในแต่ละสังคมด้วย เช่น กฎหมายอิสลาม สืบเนื่องมาจากเหตุผลในทางศาสนา หรือจากจารีตประเพณี ที่มาและความเชื่อที่แตกต่างกัน ซึ่งประเทศไทยยอมรับหลักการสมรสตาม

แนวตะวันตกที่ให้มีการจดทะเบียนสมรสได้เพียงครั้งเดียว หากจดทะเบียนสมรสซ้อนจะเป็นโมฆะกรรม เป็นหลักที่ให้มีคู่ครองที่ถูกต้องตามกฎหมายได้เพียงคนเดียวเท่านั้น

ประเด็นของความสัมพันธ์ของสามีภริยาในการพิจารณาส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันภัย สำหรับสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมาย ย่อมถือว่ามีความสัมพันธ์ที่กฎหมายรับรองสถานะต่างๆ ไว้ โดยสมบูรณ์<sup>5</sup> ซึ่งแต่ละฝ่ายย่อมได้รับผลอย่างใดอย่างหนึ่งอย่างไม่มีเงื่อนไขไม่ว่าจะเป็นความเดือดร้อนหากอีกฝ่ายถึงแก่กรรมหรือได้รับผลประโยชน์หากอีกฝ่ายยังคงมีชีวิตอยู่ของอีกฝ่ายหนึ่ง<sup>6</sup> แต่กรณีของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสแต่อยู่กินด้วยกันเป็นครอบครัว จะถือว่ามีความสัมพันธ์ในลักษณะของส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัยหรือไม่ ตัวอย่างเช่น นางใบอยู่กินฉันสามีภริยากับนายบิงโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส นายบิงมีมีหน้าที่ทำงานหาเงินเลี้ยงครอบครัว ขณะที่นางใบเป็นแม่บ้านไม่ได้ทำงานและคอยดูแลเลี้ยงดูบุตร นางใบจะทำสัญญาประกันชีวิตนายบิงด้วยเหตุมรณะของนายบิง ดังนั้นจะถือว่า นางใบมีส่วนได้เสียที่จะทำให้สัญญาประกันชีวิตมีผลผูกพัน ตามมาตรา 863 หรือไม่ ในทางกลับกัน นายบิงจะสามารถเอาประกันชีวิตนางใบได้หรือไม่ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า หากนางใบเสียชีวิตจะไม่มีผู้ดูแลครอบครัวและบุตรซึ่งยังไม่บรรลุนิติภาวะ ในปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสนี้มีผู้นำเสนอความคิดเห็นไว้แตกต่างกัน อาทิ

สุดา วัชรวัฒนากุล มีความคิดเห็นว่า สามีภริยาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่มีความสัมพันธ์กันตามกฎหมายจึงถือไม่ได้ว่ามีส่วนได้เสีย จึงเอาประกันชีวิตซึ่งกันและกันไม่ได้ แต่อาจเอาประกันภัยทรัพย์สินที่หากได้ระหว่างอยู่ร่วมกัน เพราะถือว่าบุคคลทั้งสองเป็นเจ้าของร่วมในทรัพย์สินนั้น<sup>7</sup>

จรัส เขมะจารุ มีความเห็นว่า แม้จะไม่ใช่สามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่ถือว่า มีความสัมพันธ์กันมาก โดยเฉพาะในชีวิตประจำวัน หากสามีถึงแก่ความตายหญิงก็อาจกระทบกระเทือนในด้านความเป็นอยู่และการดำรงชีวิต จึงน่าจะพออนุมานได้ว่าหญิงที่เป็นภริยาโดยมิชอบด้วยกฎหมายของสามีเป็นผู้มีส่วนได้เสียในชีวิตของสามีและอาจเอาประกันชีวิตสามีได้ในจำนวนที่พอสมควร<sup>8</sup>

<sup>5</sup>William R. Vance, *Handbook On The Law Of Insurance*, 3rd ed. (Publisher: West Publishing, 1951), pp. 196-197.

<sup>6</sup>John Birds, Ben Lynch and Simon Paul, *Mac Gillivray on Insurance Law* (UK: Sweet & Maxwell, 2018), pp. 200-201.

<sup>7</sup>สุดา วัชรวัฒนากุล, “ส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย,” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 2, 15 (มิถุนายน 2528): 90.

<sup>8</sup>จรัส เขมะจารุ, *เรื่องเดิม*, หน้า 40.

การศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา มีความสอดคล้องกันในการพิจารณาส่วนได้เสียของสามีภริยา โดยเน้นการมีส่วนได้เสียของสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสเป็นหลัก โดยที่ประเทศสหรัฐอเมริกาหลักในการพิจารณาโดยถือการครองคู่เพียงคู่เดียวเป็นสำคัญ ดังนั้น แม้สามีภริยาจะไม่ได้จดทะเบียนสมรส แต่เชื่อได้ว่าเป็นภริยาโดยชอบที่อยู่กินและดูแลกันไม่ได้เป็นภริยาที่ซ้อนกับคู่สมรสของฝ่ายชาย ก็จะถือว่าเป็นภริยาที่มีส่วนได้เสียสามารถเอาประกันชีวิตสามีได้ แต่หากเป็นภริยาที่ไม่ชอบ คือ รู้ว่าชายมีภริยาอยู่แล้วและยังยอมเป็นภริยาชายอีก เช่นนี้ จะไม่มีส่วนได้เสียไม่สามารถเอาประกันชีวิตสามีได้ และหากทำสัญญาประกันชีวิตยอมไม่ผูกพัน<sup>9</sup>

ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยได้ทำการสอบถามผู้เชี่ยวชาญด้านการประกันภัย ทำให้ทราบว่า บริษัทประกันชีวิตในประเทศไทยส่วนใหญ่ ยอมรับทำสัญญาประกันชีวิตให้แก่ สามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส โดยให้ถือว่าเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียและสัญญาผูกพันได้

จากที่ผู้วิจัยนำเสนอข้อมูลข้างต้นจึงเห็นได้ว่า กรณีชายและหญิงอยู่กินกันฉันสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสนั้นถือว่าเป็นผู้ที่ไม่มิตินสัมพันธ เพราะไม่มีกฎหมายรับรองสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันไว้โดยตรง ความสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองพิจารณาได้โดยพฤติการณ์ของความใกล้ชิด การเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน การก่อร่างสร้างตัวในฐานะของความเป็นครอบครัวอันเป็นส่วนหนึ่งของสังคม และการพิจารณาในเชิงวัฒนธรรมของสังคม การอยู่กินร่วมกัน เช่นนี้ย่อมมีความสัมพันธ์ถึงขนาดที่สามารถพิจารณาได้ว่า หากฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายอีกฝ่ายหนึ่งย่อมได้รับความเดือดร้อนเป็นแน่แท้ โดยเฉพาะภริยาซึ่งสามีเป็นฝ่ายทำงานหาเลี้ยงครอบครัว หากสามีตายภริยาย่อมเดือดร้อนในการดำรงอยู่ ผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับความคิดเห็นของ อ.จรัส เหมะจาร์ ประกอบแนวกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยอมรับหญิงที่อยู่กินกับชายโดยชอบในลักษณะผัวเดียวเมียเดียว ซึ่งย่อมสอดคล้องกับการยอมรับทำสัญญาประกันชีวิตของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสของบริษัทประกันชีวิตในประเทศไทยในขณะนี้

ประเด็นที่น่าสนใจ ประการหนึ่งเกี่ยวกับส่วนได้เสียของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส คือ ราคาส่วนได้เสียที่สามารถกำหนดจำนวนเงินได้ควรเป็นเท่าไร การพิจารณาในส่วนนี้ ผู้วิจัยนำความคิดของ สุกดา วัชรวัฒนากุล ที่แม้ว่าจะไม่เห็นด้วยกับการมีส่วนได้เสียของสามีภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรส แต่ก็เสนอให้เห็นว่า แม้จะไม่มีส่วนได้เสียในชีวิตแต่อาจเอาประกันภัยทรัพย์สินที่หามาได้ระหว่างอยู่ร่วมกัน เพราะถือว่าบุคคลทั้งสองเป็นเจ้าของร่วมในทรัพย์สินนั้น และจากการที่ อ.จรัส เหมะจาร์ ได้แสดงความคิดเห็นว่า ภริยาควรเอาประกันชีวิตสามีในจำนวนพอสมควร ซึ่งจากข้อพิจารณาส่วนนี้จะสามารถนำส่วนของทรัพย์สินของสามีภริยามาศึกษาถึงการ

---

<sup>9</sup>จรัส เหมะจาร์, เรื่องเดียวกัน.

กำหนดราคาส่วนได้เสียที่อาจเอาประกันภัยได้หรือไม่ พิจารณาดังนี้ คือ ตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา กรณีคู่สมรส ทรัพย์สินที่หาได้ระหว่างการสมรสจะเป็นสินสมรส แต่กรณีสามีภริยาที่ไม่จดทะเบียนสมรสทรัพย์สินที่หาได้ร่วมกันเป็นกรรมสิทธิ์ร่วม ซึ่งทั้งสองฝ่ายมีสิทธิในทรัพย์สินนั้นร่วมกัน การจะทำนิติกรรมใดๆ ที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมต้องได้รับความยินยอมจากอีกฝ่ายหนึ่งก่อน จึงถือได้ว่า ทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมของทั้งสองฝ่ายนี้จัดเป็นผลประโยชน์ร่วมกันได้ โดยหากอีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายทรัพย์สินที่หาได้ร่วมกันในส่วนของอีกฝ่ายหนึ่ง จะตกเป็นมรดกของทายาทของอีกฝ่ายหนึ่งนั้น ซึ่งอีกฝ่ายหนึ่งอาจได้รับความเดือนร้อนจากการสูญเสียผลประโยชน์ที่ หาหาได้ร่วมกัน

จากการนำเสนอข้างต้นเกี่ยวกับราคาส่วนได้เสียของสามีภริยาที่อาจเอาประกันชีวิตได้นั้น พอจะทำให้ทราบว่า ราคาส่วนได้เสียของสามีภริยาที่จดทะเบียนสมรสกันสามารถเอาประกันได้อย่างไม่จำกัดจำนวนเงิน แต่กรณีที่มิได้จดทะเบียนสมรสอาจนำส่วนของทรัพย์สินที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมมากำหนดราคาส่วนได้เสีย แต่มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาเฉพาะราคาส่วนได้เสียที่มาจากทรัพย์สินที่หาได้ร่วมกันในฐานะที่เป็นกรรมสิทธิ์ร่วมเท่านั้นอาจไม่เพียงพอ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสถานะทางการเงิน การลงทุน และปัจจัยแวดล้อมของการอยู่ร่วมกัน เช่น ความเป็นหุ้นส่วน หรือความรับผิดชอบต่อครอบครัวและค่าดูแลเลี้ยงดูบุตร รวมถึงค่าใช้จ่ายในการศึกษาของบุตรด้วย

### (3) ทายาทโดยธรรม

บุคคลที่มีทรัพย์สิน เมื่อถึงแก่ความตายมรดกย่อมตกทอดแก่ทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก มาตรา 1599 การที่มรดกจะตกแก่ผู้ใดนั้นตามกฎหมายกำหนดไว้ให้แก่ทายาท 2 ประเภท คือ ทายาทตามพินัยกรรม และทายาทโดยธรรม ทายาทตามพินัยกรรม ตามมาตรา 1603 เกิดจากบุคคลผู้ที่เป็นเจ้าของทรัพย์สินแสดงเจตนาไว้ก่อนตายที่จะยกทรัพย์สินที่มีอยู่ให้แก่บุคคลผู้ถูกระบุชื่อในเอกสารขึ้นหนึ่งที่กฎหมายเรียกว่า พินัยกรรม เมื่อเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย บุคคลที่ถูกกระบุชื่อในพินัยกรรมนั้นเป็นผู้มีสิทธิในทรัพย์สินตามพินัยกรรม ทายาทโดยธรรม มาตรา 1629 เป็นทายาทผู้มีสิทธิได้รับมรดกตามกฎหมายในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ เมื่อเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตายมรดกก็จะตกแก่ทายาทซึ่งทายาทตามกฎหมายนี้ ต้องรับไปทั้งทรัพย์สิน และหนี้สินที่เจ้ามรดกมีอยู่ก่อนตายด้วย สำหรับทายาทโดยธรรม ตามมาตรา 1629 กฎหมายกำหนดเป็นลำดับชั้นของสิทธิในการได้รับมรดก ได้แก่

1. ผู้สืบสันดาน
2. บิดา มารดา
3. พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
4. พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

5. ปู่ ย่า ตา ยาย

6. ลุง ป้า น้า อา

ทายาทเหล่านี้เป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์กับเจ้ามรดกในลักษณะของการสืบสายโลหิต ซึ่งมีความใกล้ชิดกันอย่างมาก และโดยสภาพสังคมไทยเชิงวัฒนธรรมจะให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ลักษณะนี้ มีการแสดงออกด้วยความเคารพ การยอมรับต่อความผูกพันในสถานะเครือญาติ

ประเด็นการพิจารณาส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันภัยของผู้รับพินัยกรรม และทายาทโดยธรรม คือ จะถือได้หรือไม่ว่าทายาททั้งสองประเภทนี้มีความสัมพันธ์ถึงขั้นที่หากอีกฝ่ายถึงแก่ความตายจะได้รับความเดือดร้อนหรือจะได้รับผลประโยชน์หากอีกฝ่ายยังมีชีวิตอยู่ ผู้วิจัยแยกพิจารณาตามประเภทของทายาทดังนี้

#### กรณีผู้รับพินัยกรรม

พินัยกรรม คือ คำสั่งสุดท้ายซึ่งเจ้าของทรัพย์สินแสดงเจตนากำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สิน หรือกิจการต่างๆ ของผู้ทำพินัยกรรม เพื่อที่จะให้เกิดผลบังคับตามกฎหมายเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย การทำพินัยกรรมมีหลายแบบ ได้แก่

1. พินัยกรรมแบบธรรมดาที่ต้องมีพยานลงชื่ออย่างน้อย 2 คน (ผู้รับพินัยกรรมจะลงชื่อเป็นพยานด้วยไม่ได้)

2. พินัยกรรมแบบเขียนเองทั้งฉบับ ลงชื่อผู้เขียน (ผู้ทำพินัยกรรม) โดยไม่จำเป็นต้องมีพยาน

3. พินัยกรรมแบบเอกสารฝ่ายเมือง โดยผู้ทำพินัยกรรมต้องให้นายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขตจัดทำให้ มีการรับรองพินัยกรรมและประทับตรา

4. พินัยกรรมแบบเอกสารลับ เมื่อทำแล้วต้องใส่ซองปิดผนึกและลงชื่อตรงลอยผนึกนั้น แล้วนำพยาน 2 คนไปให้ถ้อยคำต่ออำเภอหรือเขต เพื่อบันทึกไว้ที่ของเอกสารและเก็บรักษาไว้

5. พินัยกรรมแบบวาจา ทำได้ในภาวะฉุกเฉิน เช่น ผู้ทำพินัยกรรมประสบอุบัติเหตุร้ายแรงและใกล้ตาย โดยแสดงเจตนายกทรัพย์สินต่อหน้าพยาน 2 คน พยานต้องนำข้อความ และวันเดือนปีที่มีการทำพินัยกรรมไปดำเนินการต่อนายอำเภอหรือผู้อำนวยการเขียนจดบันทึกข้อความแล้วให้พยานลงชื่อไว้ด้วย

จากข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำพินัยกรรมประกอบข้อกำหนด พินัยกรรมส่วนใหญ่ เมื่อมีการทำขึ้นแล้วจะถูกเก็บไว้จนกว่าผู้ทำพินัยกรรมซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย จึงจะนำพินัยกรรมมาเปิดเผยเพื่อให้ทราบเจตนาว่า ผู้ทำพินัยกรรมยกทรัพย์สินให้แก่ผู้ใด ผู้ถูกระบุชื่อในพินัยกรรม คือ ผู้รับพินัยกรรมจะไม่ทราบล่วงหน้าก่อน หรือถึงแม้จะทราบล่วงหน้าก็ยังไม่ถือว่า มีความสัมพันธ์กับผู้ทำพินัยกรรมในฐานะผู้รับพินัยกรรมโดยตรง สิทธิในทรัพย์สินตามพินัยกรรมจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตาย และถือเป็นความสัมพันธ์กับทรัพย์สิน

ตามพินัยกรรมมากกว่าความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล การที่ผู้ทำพินัยกรรมตายย่อมก่อให้เกิดผลต่อผู้รับพินัยกรรมมากกว่าที่จะได้รับความเดือดร้อน หรือได้ผลประโยชน์อื่นใด หากผู้ทำพินัยกรรมยังคงมีชีวิตอยู่ และหากพิจารณาเวลาในการมีส่วนได้เสียบุคคลทั้งสองยังถือไม่ได้ว่ามีความสัมพันธ์ในขณะที่ทำสัญญาประกันชีวิตแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อนำมาพิจารณาว่า ผู้รับพินัยกรรมเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตผู้ทำพินัยกรรมหรือไม่นั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้รับพินัยกรรมเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตผู้ทำพินัยกรรมได้

### กรณีทายาทโดยธรรม

ทายาทโดยธรรมตามกฎหมายแพ่ง เป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับมรดกมี 6 ลำดับ ตามกฎหมายมรดกการได้สิทธิของทายาทพิจารณาตามลำดับชั้น สำหรับประเด็นการพิจารณาว่า ทายาทโดยธรรม<sup>10</sup> ทั้ง 6 มีความสัมพันธ์ในลักษณะของการมีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตเพียงใด ผู้วิจัยแบ่งการพิจารณา ดังนี้

1. ส่วนได้เสียของเจ้ามรดกกับทายาทโดยธรรม
2. ส่วนได้เสียของทายาทโดยธรรมด้วยกันเอง โดยผู้วิจัยแบ่งเป็น
  - ทายาทโดยธรรมลำดับต้น ได้แก่ ผู้สืบสันดาน และ บิดา มารดา
  - ทายาทโดยธรรมลำดับกลาง ได้แก่ พี่น้องร่วมบิดามารดา พี่น้องร่วมบิดา

หรือมารดาเดียวกัน

- ทายาทโดยธรรมลำดับปลาย ได้แก่ ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา
- สำหรับทายาทลำดับต้นอยู่ในฐานะผู้บุพการี และผู้สืบสันดาน เช่น พ่อแม่ จะเอาประกันชีวิตบุตร หรือบุตรจะเอาประกันชีวิตพ่อแม่ ส่วนลำดับกลาง และลำดับปลายจะ

<sup>10</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 1629

“ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635”.

วิเคราะห์โดยรวมในฐานะของเครือญาติ น้องจะเอาประกันชีวิตพี่ หรือ ปู่ย่าตายาย จะเอาประกันชีวิตหลาน หรือหลานเอาประกันชีวิตลุงป้าน้าอา เป็นต้น

1. ประเด็นการพิจารณาส่วนได้เสียของเจ้ามรดกกับทายาทโดยธรรม เกิดขึ้นได้ ในกรณีที่ทายาทโดยธรรมลำดับใดลำดับหนึ่งที่มีสิทธิในทรัพย์สินเมื่อเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย ประเด็นนี้มีเหตุผลมาจากความเข้าใจว่า ระหว่างเจ้าของทรัพย์สินและทายาทมีความสัมพันธ์กันอยู่ โดยทายาทนั้นรู้ว่า เจ้าของทรัพย์สินไม่มีทายาทอื่นใดนอกจากตน เช่น กวาง น้องสาวก้อย รู้ว่าก้อย ไม่มีครอบครัว ไม่มีบุตร บิดาและมารดาเสียชีวิตแล้ว กวางเป็นทายาทโดยธรรมลำดับที่ 3 ที่จะได้มรดกของก้อย หากก้อยตายไป กวางจึงทำสัญญาประกันชีวิตก้อยด้วยเหตุมรณะ ซึ่งการทำสัญญาประกันชีวิตลักษณะนี้ด้วยความคาดหวังถึงทรัพย์สินที่จะตกได้แก่ตนในอนาคตข้างหน้า ไม่ใช่กรณีพิจารณาส่วนได้เสียหรือความสัมพันธ์ในฐานะญาติที่อุปการะกัน ซึ่งผู้วิจัยจะได้พิจารณาในข้อถัดไป การพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกวางและก้อยนี้ แม้จะสามารถพิจารณาได้ในความสัมพันธ์ของทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย ก็ต้องพิจารณาว่าสิทธิอันเป็นความสัมพันธ์ทางมรดกเกิดขึ้น ณ เวลาใด ย่อมอธิบายได้ว่าสิทธิในมรดกจะเกิดขึ้นเมื่อเจ้ามรดกถึงแก่ความตาย ตามแนวคำพิพากษาฎีกาของศาลไทย พิจารณาความสัมพันธ์และส่วนได้เสียที่มีอยู่ในขณะทำสัญญาประกันภัยเป็นหลัก และในส่วนของความคาดหวัง และความคาดหวังที่จะได้รับสิทธิหรือมีความสัมพันธ์ในภายหน้าแม้จะมีความแน่นอนอยู่ในตัวเองก็ยังไม่อาจนำมาเป็นหลักให้สัญญาประกันชีวิตเกิดความผูกพัน ตามมาตรา 863 ขึ้นมาได้ และการได้รับมรดกเป็นเหตุการณ์ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต แม้จะเป็นทายาทตามกฎหมายก็ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะได้รับมรดกเสมอไป หากเจ้าของทรัพย์สินนั้นทำพินัยกรรมไว้ก่อนตาย ความสัมพันธ์ลักษณะนี้จึงขาดความชัดเจนอันจะนำไปพิจารณาส่วนได้เสียเพื่อเอาประกันชีวิตเจ้ามรดก ตามมาตรา 863

นอกจากนี้หากนำหลักการพิจารณาการมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต ที่พิจารณาว่า หากอีกฝ่ายหนึ่งตายอีกฝ่ายหนึ่งจะได้รับความเดือดร้อนหรือได้รับผลประโยชน์จากการมีชีวิตอยู่ของอีกฝ่ายหนึ่งมาปรับใช้สำหรับการเอาประกันชีวิตเจ้ามรดกกับทายาทโดยธรรม ก็เห็นได้ว่า การได้รับสิทธิในมรดกไม่เกี่ยวข้องกับความเดือดร้อนในความตายหรือผลประโยชน์ของการมีชีวิตอยู่แต่อย่างใด ซึ่งเมื่อพิจารณาดังที่กล่าวมาแล้ว ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า เจ้ามรดกและทายาทโดยธรรมไม่มีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตและก่อให้เกิดความผูกพันตามสัญญาประกันภัยได้

2. ประเด็นพิจารณาส่วนได้เสียของทายาทโดยธรรมด้วยตนเอง ซึ่งผู้วิจัยได้แบ่งหัวข้อย่อในการพิจารณาไว้ในตอนต้นแล้ว ขอนำเสนอดังนี้

- กรณีบุพการีและผู้สืบสันดาน ถือเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตโดยตรง และกฎหมายครอบครัวได้กำหนดหน้าที่ของบิดามารดา ให้ต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตร เป็นผู้แทนชอบธรรมในการให้ความยินยอมบุตรที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะในการทำนิติกรรมสัญญา จึงถือได้ว่า

ทั้งผู้บุพการีและผู้สืบสันดานเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตได้ แต่มีข้อน่าพิจารณาเพิ่มเติมว่า บิดามารดา เอาประกันชีวิตบุตรได้จนถึงอายุเท่าไร หรือไม่มีกำหนด รวมถึงบุตรที่เอาประกันชีวิตบิดา มารดาได้จนถึงเมื่อใด เช่น ขณะเป็นผู้เยาว์หรือศึกษาอยู่บุตรต้องอาศัยการดูแลจากบิดามารดา แต่เมื่อจบการศึกษาแล้ว บุตรมีงานทำและไม่ได้ใช้เงินของพ่อแม่ในการเลี้ยงดูตนเอง ดังนี้ จะถือว่ามีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตได้หรือไม่

จากที่ผู้วิจัยเปิดประเด็นมา จะเห็นได้ว่า การพิจารณาส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิต ซึ่งถือเอาความสัมพันธ์เป็นส่วนหนึ่งในเงื่อนไขของการพิจารณาจะเพียงพอหรือไม่ ซึ่งเห็นได้จากความเป็นบิดามารดากับบุตร ซึ่งมีความสัมพันธ์ทางสายโลหิตต่อกันอยู่ จะเพียงพอต่อการทำสัญญาประกันชีวิตและสัญญามีผลผูกพันหรือไม่ เพราะความเดือดร้อนและผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณา มีความใกล้เคียงเป็นอย่างมาก

การศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับประเด็นนี้ของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา พิจารณาจากการบรรลุนิติภาวะและการอุปการะเลี้ยงดูบุตรเป็นเงื่อนไข ดังนั้น กรณีบุตรยังไม่บรรลุนิติภาวะบิดามารดาสามารถเอาประกันชีวิตบุตรได้เสมอ แต่หากบุตรบรรลุนิติภาวะแล้วบิดามารดาจะเอาประกันชีวิตบุตรได้ก็ต่อเมื่อ ยังต้องส่งเสียและอุปการะเลี้ยงดูบุตร บิดามารดาจึงจะเอาประกันชีวิตบุตรได้ แต่ต่อมาศาลอังกฤษได้วางหลักให้บิดามารดาสามารถเอาประกันชีวิตบุตรของตนเองได้โดยไม่ต้องคำนึงว่า บิดามารดายังอุปการะเลี้ยงดูบุตรอยู่หรือไม่ ซึ่งสอดคล้องกับแนวที่ศาลของประเทศสกอตแลนด์วินิจฉัยไว้ ที่เป็นเช่นนี้เพราะศาลมองว่า บิดามารดาย่อมมีส่วนได้เสียในชีวิตของบุตรเสมอ โดยเฉพาะในประเทศไทยความสัมพันธ์ระหว่างบิดามารดากับบุตรมีมากและโดยจารีตของการปฏิบัติที่สืบต่อกันมานั้น บิดามารดาย่อมมีความคาดหวังที่จะให้บุตรดูแลเลี้ยงดูในเวลาที่พ่อแม่แก่ชราไม่สามารถเลี้ยงดูตนเองได้ ดังนั้น หากบุตรเสียชีวิตไปก่อนบิดามารดาย่อมได้รับความเดือดร้อนอย่างแน่นอน ด้วยเหตุนี้ บิดามารดาถือว่าเป็นผู้ที่มีส่วนได้เสียในชีวิตบุตรและสามารถเอาประกันชีวิตบุตรของตนไม่ว่าจะบรรลุนิติภาวะแล้วหรือไม่

ส่วนกรณีของบุตรที่จะเอาประกันชีวิตบิดามารดาตามหลักส่วนได้เสียนั้น ในเบื้องต้นพิจารณาได้ 2 กรณี คือ กรณีแรก บุตรยังไม่บรรลุนิติภาวะ ถือว่าเป็นผู้เยาว์ตามกฎหมายการทำนิติกรรมของผู้เยาว์ต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน และถือเป็นสิทธิของผู้เยาว์ที่ได้รับคามยินยอมแล้วย่อมสามารถมีส่วนได้เสียและเอาประกันชีวิตบิดามารดาได้ กรณีที่สอง บุตรที่บรรลุนิติภาวะแล้วย่อมสามารถตัดสินใจในการทำสัญญาประกันชีวิตได้ ในกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาส่วนได้เสียของบุตรที่บรรลุนิติภาวะนี้จากการที่บุตรอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาด้วย หากไม่ได้อุปการะย่อมไม่มีส่วนได้เสีย การใช้หลักการที่บุตรอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาจึงถือว่า มีส่วนได้เสียนี้น่าสนใจ เหตุผลนี้มาจากการพิจารณาว่าบุตรที่

ยังอยู่และดูแลบิดามารดาย่อมมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกว่าบุตรที่เมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว ก็แยกตนเองออกไปไม่ใส่ใจและไม่สนใจบิดามารดา แต่จะทำสัญญาประกันชีวิตบิดาไว้เพียงเพื่อหวังเงินประกันจากความตายของบิดามารดาของตนเท่านั้น เช่นนี้ พอสรุปได้ว่า บุตรที่บรรลุนิติภาวะจะมีส่วนได้เสียและเอาประกันชีวิตบิดามารดาได้ก็ต่อเมื่ออุปการะเลี้ยงดูบิดามารดาอยู่

สำหรับบุตรบุญธรรม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บุตรบุญธรรม คือ บุตรซึ่งมิใช่บุตรโดยแท้ของบิดามารดา ไม่มีความเกี่ยวข้องทางสายโลหิต การรับบุตรบุญธรรมตามกฎหมายต้องจดทะเบียน เมื่อจดทะเบียนแล้วบุตรบุญธรรมจะได้รับรองสิทธิตามกฎหมายโดยมีฐานะเดียวกับบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรม มีสิทธิต่างๆ ได้แก่ สิทธิในมรดก สิทธิในการใช้นามสกุล ผู้รับบุตรบุญธรรมมีอำนาจปกครอง เลี้ยงดูอุปการะบุตรบุญธรรม บุตรบุญธรรมเป็นผู้สืบสันดานของผู้รับบุตรบุญธรรมเสมือนเป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมาย

การพิจารณาส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันภัยสำหรับผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมถือการรับรองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมวด 5 ลักษณะครอบครัว ตามมาตรา 1598/27 กำหนดว่า การรับบุตรบุญธรรมจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้จดทะเบียนตามกฎหมาย ตามมาตรา 1598/28 กำหนดว่า บุตรบุญธรรมมีฐานะอย่างเดียวกับบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้รับบุตรบุญธรรมนั้น และให้นำบทบัญญัติในลักษณะ 2 หมวด 2 แห่งบรรพนี้มาใช้บังคับโดยอนุโลม จึงถือได้ว่าผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายที่รับรองสิทธิและหน้าที่ระหว่างกันได้

จากการศึกษาคำอธิบายของ อ.จรัส เหมะจารุ ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นด้วยว่า การพิจารณาการมีส่วนได้เสียจึงเป็นอย่างเดียวกับกรณีของบิดามารดาและบุตร ซึ่งเงื่อนไขประกอบการพิจารณาก็เช่นเดียวกัน เกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน เพราะแม้จะมีกฎหมายรับรองสถานะอยู่แต่หากในข้อเท็จจริงไม่ได้มีส่วนสัมพันธ์กันถึงขนาดต้องดูแลเลี้ยงดูกัน แต่ฝ่ายก็จะไม่ได้รับความเดือดร้อนหากอีกฝ่ายถึงแก่ความตาย หรือได้รับประโยชน์จากการมีชีวิตอยู่ของอีกฝ่ายได้ ดังนั้น ผู้รับบุตรบุญธรรมและบุตรบุญธรรมจึงมีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตได้

- กรณีพี่น้องร่วมบิดามารดา พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดา ปู่ ย่า ตา ยาย ลุง ป้า น้า อา ซึ่งผู้วิจัยแบ่งออกเป็นทายาทลำดับกลางและทายาทลำดับปลาย เพื่อให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของทายาทที่แม้จะสืบสายโลหิตกันมาแต่ก็มีความสัมพันธ์ที่ห่างกันออกไปตามลำดับ ถือได้ว่า เป็นความสัมพันธ์ในฐานะญาติ ปัญหาในการพิจารณาว่าญาติจะมีส่วนได้เสียหรือไม่นั้น สำหรับประเทศไทยญาติมีความใกล้ชิดกันมาก และมีแนวคำพิพากษาฎีกาที่ 1366/2509 ผู้เอาประกันทำสัญญาประกันชีวิตผู้ถูกเอาประกันที่ไม่มีความสัมพันธ์ในทางญาติถือว่า ไม่มีส่วนได้เสียสัญญาไม่ผูกพัน ซึ่งจากคำพิพากษาฎีกาแสดงให้เห็นว่า ถ้าเป็นญาติกันก็ถือว่ามีส่วนได้เสียทำสัญญา

ประกันได้ แต่ตามคำพิพากษากฎีกานั้น ก็ได้ขยายความหรืออธิบายให้เห็นถึงความสัมพันธ์ทางญาติ จะมีส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตได้เพราะเหตุใดได้บ้าง ข้อสังเกตในกรณีนี้ คือ ความสัมพันธ์ ญาติพี่น้องแม้จะมีความใกล้ชิดทางสายโลหิต แต่ก็ไม่ได้ถึงขนาดเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหาย หากมีความมรณะของญาติคนใดคนหนึ่งเกิดขึ้น ยกเว้นกรณีที่ญาติแต่ละคนนั้นมีการอุปการะ ส่งเสีย เลี้ยงดูซึ่งกันและกันอยู่ด้วย ในประเด็นนี้ตามแนวคำพิพากษาของศาลประเทศอังกฤษ และประเทศ สหรัฐอเมริกามีความสอดคล้องกันว่า ความสัมพันธ์ทางญาติไม่ว่าจะสนิทกันเพียงใดก็ไม่มีส่วนได้เสีย โดยศาลของอังกฤษเห็นว่า แม้จะมีลักษณะของการอุปการะเลี้ยงดูกันในความเป็นจริงก็ไม่มีส่วนได้เสีย เช่น ในคดี *Horse V. Pearl Life Ass. Co.* (1904) 1 U.B.558 แม้ก่อนหน้านี้นี้ศาลในคดี พยายามให้เห็นถึงหลักศีลธรรมในแง่ของการอุปการะเลี้ยงดูกันก็ตาม ในคดี *Barnes V. London, Edinburgh and Glasgow Life Ins. Co* (1892) โดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า หากมีการอุปการะเลี้ยงดูทางการเงินผู้ถูกอุปการะมีส่วนได้เสียในชีวิตของผู้อุปการะที่สามารถเอาประกันชีวิตได้ และต่อมาศาลจะขยายไปถึงการอุปการะตามความเป็นจริงด้วย ข้อนี้ต่างกับศาลของประเทศ อังกฤษที่ไม่ยอมรับการมีส่วนได้เสียของญาติแม้จะอุปการะกันตามความเป็นจริง ซึ่ง อ.จาร์ส เชมะ จาร์ เห็นว่า หากญาติอุปการะทางการเงินจึงจะมีส่วนได้เสีย และสคูดา วัชรวัฒนากุล เห็นว่า แม้จะอุปการะทางการเงินหรือตามความเป็นจริงแต่ไม่ใช่ญาติก็ไม่มีส่วนได้เสีย สำหรับศาลของประเทศ อังกฤษ แม้จะไม่ยอมรับการมีส่วนได้เสียของญาติในการทำสัญญาประกันชีวิตก็ตาม ซึ่งภายหลังศาล ได้วางหลักการพิจารณาข้อเท็จจริงเพิ่มเติมเพื่อให้โอกาสญาติในการทำประกันชีวิตตามหลักส่วนได้เสียเพิ่มขึ้นโดยให้พิจารณาความรับผิดชอบในการทำศพของญาติที่จะเอาประกันชีวิต พิจารณาการ ส่งเสียอุปการะและให้ศึกษาเล่าเรียน การที่ญาตินั้นทำงานอันเป็นคุณประโยชน์แก่ครอบครัวผู้เอา ประกัน หรือการร่วมสมทบทุนในการอุปการะครอบครัว รวมถึงญาติที่ทำหน้าที่ตามกฎหมายในการ เลี้ยงดูผู้เอาประกันที่มีความเจ็บป่วย ชรา หรือยากจน ซึ่งภายหลังศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาถือ หลักทำนองเดียวกับประเทศอังกฤษ จากข้อมูลที่ผู้วิจัยนำเสนอข้างต้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ญาติพี่น้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดกโดยทั่วไปยังไม่มีผู้มีส่วนได้เสีย ยกเว้นแต่ ปรากฏข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการอุปการะกันในด้านต่างๆ โดยเฉพาะทางการเงิน หรือการอุปการะด้าน การศึกษา การเจ็บป่วย การรักษา การดูแลช่วยเหลือทางการเงินกับญาติที่ยากจนไม่สามารถเลี้ยง ตนเองได้ เพราะเหตุว่า หากญาติที่อุปการะส่งเสียในกรณีต่างๆ นี้ถึงแก่ความตาย ผู้ที่อยู่ในอุปการะ ดังกล่าวย่อมได้รับความเดือดร้อน จึงเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะทำสัญญาประกันชีวิตได้

## 2) ปัญหาเกี่ยวกับส่วนได้เสียของบุคคลที่เกี่ยวข้องในทางธุรกิจ

ประเด็นการพิจารณาความสัมพันธ์ของบุคคลในทางธุรกิจ เป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องในทางการทำงาน การเงิน หุ้นส่วน ซึ่งมีลักษณะของผลประโยชน์หรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น โดยมีกฎหมายรับรองความสัมพันธ์ทั้งในสิทธิและหน้าที่ของบุคคล สามารถแบ่งกลุ่มของผู้ที่เกี่ยวข้องในความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ได้แก่ ผู้เป็นหุ้นส่วน เจ้าหนี้ลูกหนี้ นายจ้างลูกจ้าง ดังนี้

### (1) ผู้เป็นหุ้นส่วน

สถานะความเป็นหุ้นส่วนเกิดขึ้นจากการที่บุคคลทำสัญญาตกลงเข้าร่วมกันเพื่อดำเนินกิจการต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดถึงความเป็นหุ้นส่วนในการร่วมกันเพื่อประกอบธุรกิจเชิงพาณิชย์ออกเป็น 3 รูปแบบด้วยกันคือ

- ก. หุ้นส่วนที่ตกลงร่วมกันเพื่อดำเนินกิจการห้างหุ้นส่วนสามัญ
- ข. หุ้นส่วนที่ตกลงร่วมกันเพื่อดำเนินกิจการห้างหุ้นส่วนจำกัด
- ค. หุ้นส่วนที่เข้าร่วมถือหุ้นในบริษัทจำกัด

หุ้นส่วนรูปแบบที่ ก. และ ข. กฎหมายกำหนดสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบในฐานะเป็นผู้มีส่วนร่วมในการดูแลกิจการที่จัดตั้งขึ้นเป็นห้าง ความรับผิดชอบมีทั้งจำกัดจำนวนและไม่จำกัดจำนวน กล่าวคือ หุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนนั้นจะต้องนำเงินหรือทรัพย์สินมาลงเป็นหุ้น เพื่อนำเงินหรือทรัพย์สินนั้นมาเป็นส่วนหนึ่งในการดำเนินกิจการและได้รับผลประโยชน์ที่ได้จากผลประโยชน์หรือกำไรในกิจการที่ลงร่วมกันนั้น

ส่วนของความรับผิดชอบของหุ้นส่วนนั้น ในห้างหุ้นส่วนสามัญผู้เป็นหุ้นส่วนจะมีความรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกหรือเจ้าหนี้ของห้างโดยไม่จำกัด แต่ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดผู้เป็นหุ้นส่วนมีรับผิดชอบเฉพาะส่วนที่ตกลงในการลงหุ้นนั้น ยกเว้นหุ้นส่วนผู้จัดการที่มีความรับผิดชอบไม่จำกัด หรือหุ้นส่วนที่สอดเข้าไปเกี่ยวข้องกับการจัดกิจการงานของห้างหุ้นส่วนจำกัดก็ต้องรับผิดชอบในบรรดาหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดจำนวน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1088 และมีคำพิพากษาฎีกาที่ 2066/2545 วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ จะเห็นได้ว่า ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนในห้างหุ้นส่วนทั้งสองรูปแบบ มีความสำคัญทั้งต่อผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันและต่อกิจการที่ดำเนินการร่วมกันอยู่

ความสัมพันธ์ของผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายแบ่งได้เป็น 2 ส่วนคือ

ส่วนแรก ความสัมพันธ์เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่

ส่วนที่สอง ความสัมพันธ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบแยกพิจารณาดังนี้

ส่วนแรก ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่

ประเด็นความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่นั้นมาจากสัญญา ตามมาตรา 1012 ที่กำหนดว่า สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้นคือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น จึงเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดความผูกพันตามสัญญาของผู้เป็นหุ้นส่วนที่มีการตกลงกันเพื่อทำกิจการร่วมกันเพื่อหวังผลประโยชน์และกำไรที่ได้จากการประกอบกิจการนั้น สิทธิที่จะได้จากการดำเนินกิจการ คือ ผลกำไรที่ต้องนำมาแบ่งปันกัน

ห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วน มีหน้าที่ในการที่จะต้องนำเงิน ทรัพย์สิน หรือแรงงานมาลงในห้าง ตามมาตรา 1025 โดยหากไม่ได้ตกลงไว้ในกระบวนจัดการห้างหุ้นส่วน หุ้นส่วนทุกคนย่อมจัดการงานของห้างได้ และอยู่ในฐานะหุ้นส่วนผู้จัดการด้วยกันทุกคน ตามมาตรา 1033 และกฎหมายได้กำหนดหน้าที่ระหว่างผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันอีกหลายมาตรา โดยเฉพาะมาตรา 1039 กำหนดว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนจำต้องจัดการงานของห้างหุ้นส่วนด้วยความระมัดระวังให้มากเสมือนกับการจัดการงานของตนเองในห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างประเภทนี้แม้จะมีหุ้นส่วน 2 ประเภท คือ หุ้นส่วนแบบจำกัดความรับผิดกับหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิด แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งสองแบบมีหน้าที่ในการนำเงินหรือทรัพย์สินมาลงหุ้น กรณีเช่นเดียวกับบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นก็มีหน้าที่ต้องนำเงินมาลงหุ้น

ส่วนที่สอง ความสัมพันธ์ที่เกี่ยวกับความรับผิด

ห้างหุ้นส่วนสามัญ กฎหมายกำหนดให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหมดทุกคนต้องรับผิดร่วมกันเพื่อหนี้ทั้งปวงของหุ้นส่วนโดยไม่มีจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัดแยกความรับผิดของหุ้นส่วน 2 แบบ โดยหุ้นส่วนแบบไม่จำกัดความรับผิดต้องรับผิดในหนี้ของห้างอย่างไม่จำกัดจำนวน ส่วนหุ้นส่วนแบบจำกัดความรับผิดจะรับผิดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนรับจะลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนนั้น ตามมาตรา 1077 ในกรณีของบริษัทจำกัด มาตรา 1096 ผู้เป็นหุ้นส่วนรับผิดไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ

จากบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างมากทั้งในด้านการดำเนินกิจการ และสิ่งที่นำมาลงหุ้นไม่ว่าจะเป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือแรงงาน ซึ่งผู้เป็นหุ้นส่วนอาจได้ประโยชน์จากการมีชีวิตรอยู่ของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกัน และในแง่ของความรับผิดของผู้เป็นหุ้นส่วนที่อาจก่อให้เกิดความเดือดร้อน เสียหายต่อผู้เป็นหุ้นส่วน โดยเฉพาะหากหุ้นส่วนคนใดตายจะเป็นผลให้มีการถอนทุนออกจากการเป็นหุ้นส่วน จึงถือได้ว่าเป็นผู้เป็นหุ้นส่วน เป็นผู้มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตได้

ประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการมีส่วนได้เสียของผู้เป็นหุ้นส่วนด้วยกันในการทำสัญญาประกันชีวิต โดย สุดา วัชรวัฒนากุล มีความเห็นว่า การมีส่วนได้เสียของผู้เป็นหุ้นส่วนพิจารณาจากความเสียหายที่จะเกิดขึ้นว่า หากหุ้นส่วนคนใดคนหนึ่งตายลงจะเกิดความเสียหายเพียงใด โดยแยกเป็นหุ้นส่วนสามัญและหุ้นส่วนนิติบุคคล พิจารณาจากความสัมพันธ์ตามกฎหมายและอาจต้องพิจารณาข้อกำหนดหรือข้อบังคับของห้างหุ้นส่วนนั้นๆ ประกอบด้วย ในส่วนของบริษัทอาจพิจารณาส่วนได้เสียที่เกี่ยวกับผู้จัดการบริษัท โดยดูความสัมพันธ์ตามกฎหมายและข้อบังคับที่กำหนดไว้ก็อาจเป็นผลให้บริษัทสามารถเอาประกันชีวิตผู้จัดการได้ เพราะบริษัทอาจเสียหายเนื่องจากการตายของผู้จัดการ แต่กรรมการถือเป็นผู้ไม่มีส่วนได้เสียไม่สามารถเอาประกันชีวิตกันได้ ซึ่งในต่างประเทศนิยมเอาประกันชีวิตผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญๆ ในหุ้นส่วนบริษัทที่เรียกว่า key-men insurance<sup>11</sup> ในประเด็นนี้ผู้วิจัยเห็นด้วยกับความคิดเห็นข้างต้น

จากการศึกษาข้อมูลและความคิดเห็นที่เกี่ยวข้อง ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ว่าจะเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทล้วนมีความสัมพันธ์ตามกฎหมายและสัญญาที่ผูกพันเกี่ยวกับหุ้นที่นำมาลงในกิจการที่ทำร่วมกันนั้น หากมีความตายของผู้เป็นหุ้นส่วนคนใดก็จะกระทบต่อหุ้นที่นำมาลงในกิจการนั้นได้ และกรณีของบริษัทจำกัด หุ้นส่วนผู้จัดการย่อมมีความสำคัญในการดำเนินกิจการนั้น จึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่บริษัทสามารถเอาประกันชีวิตได้

## (2) เจ้าหนี้ ลูกหนี้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หนี้เกิดได้ทั้งจากการทำนิติกรรมสัญญา หรือหนี้ละเมิดที่ก่อให้เกิดฐานะของเจ้าหนี้ลูกหนี้ในการปฏิบัติการชำระหนี้ตามกฎหมาย ความเดือดร้อนเสียหายก่อนข้างมีความชัดเจนโดยเฉพาะความเสียหายหรือผลกระทบที่เจ้าหนี้จะได้รับหากลูกหนี้ถึงแก่ความตาย ซึ่งกฎหมายในประเทศต่างๆ ถือว่าเจ้าหนี้มีส่วนได้เสียในชีวิตของลูกหนี้ เช่น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

ในส่วนของลูกหนี้ ถือว่าเป็นผู้ต้องปฏิบัติการชำระหนี้ จึงถือได้ว่าลูกหนี้ไม่มีส่วนได้เสียในชีวิตของเจ้าหนี้ แต่สำหรับลูกหนี้ร่วมถือว่าต้องร่วมกันรับผิดชอบหนี้ต่อเจ้าหนี้ซึ่งหากลูกหนี้คนใดคนหนึ่งตายไปย่อมก่อให้เกิดความเดือดร้อนกับลูกหนี้ที่เหลืออยู่ในภาระหนี้ที่ต้องชำระต่อเจ้าหนี้ ถือว่าเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมาย มาตรา 296<sup>12</sup> ที่กำหนดความผิดระหว่างลูกหนี้ร่วมด้วยกันเอง จึงถือได้ว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตกันได้

<sup>11</sup> จาริส เขมะจารุ, เรื่องเดิม, หน้า 45.

<sup>12</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 296

“ในระหว่างลูกหนี้ร่วมกันทั้งหลายนั้น ท่านว่าต่างคนต่างต้องรับผิดชอบเป็นส่วนเท่าๆ กัน เว้นแต่จะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าส่วนที่ลูกหนี้ร่วมกันคนใดคนหนึ่งจะพึงชำระนั้น เป็นอันจะเรียกเอาจากคนนั้นไม่ได้ไซ้

ส่วนของปัญหาในการพิจารณาว่าจะเอาประกันชีวิตได้ในจำนวนเท่าไรหรือกำหนดราคาส่วนได้เสียเป็นจำนวนเงินเอาประกันได้เพียงใดนั้น การพิจารณาความเดือดร้อน ความเสียหายอยู่ที่มูลหนี้ที่มีต่อกัน ดังนั้น การกำหนดจำนวนเงินเอาประกันจึงกำหนดได้จากมูลหนี้หนี้ด้วย เช่น เจ้าหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินในวงเงิน 100,000 บาท ย่อมมีส่วนได้เสียในจำนวนเงินดังกล่าวนี้ หากมีดอกเบี้ยยืมรวมกับดอกเบี้ยที่ตกลงกันได้ด้วย

### (3) นายจ้าง ลูกจ้าง

ในการจ้างงานในสถานประกอบกิจการต่างๆ สถานะของนายจ้างและลูกจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ความผูกพันของทั้งสองฝ่ายมาจากการตกลงกันโดยลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้างและนายจ้างตกลงจ่ายค่าจ้างให้มีความสำคัญของกิจการของนายจ้างจึงอยู่ที่การทำงานของลูกจ้างซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ธุรกิจของนายจ้างดำเนินไปได้ด้วย

ประเด็นการพิจารณาส่วนได้เสียในการทำสัญญาประกันชีวิตของนายจ้างและลูกจ้างนั้นต้องนำหลักในการพิจารณาความสัมพันธ์ของทั้งสองฝ่ายว่า หากฝ่ายหนึ่งตายจะเป็นผลให้เกิดความเดือดร้อนหรือได้รับผลกระทบจากความตายของอีกฝ่ายหรือไม่

กรณีของนายจ้างจะเอาประกันชีวิตลูกจ้าง จะเห็นได้ว่า การทำงานของลูกจ้างให้นายจ้างเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการผลิตและการประกอบธุรกิจ แต่จะถือได้หรือไม่ว่าลูกจ้างทุกคนล้วนมีส่วนสำคัญซึ่งหากขาดลูกจ้างแต่ละคนนายจ้างจะได้รับความเสียหาย ในประเด็นนี้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 64/2516 วินิจฉัยว่า นายจ้างและลูกจ้างมีส่วนได้เสียซึ่งกันและกันและสามารถเอาประกันชีวิตกันได้ เพราะลูกจ้างมีส่วนได้เสียในตัวนายจ้าง เพราะมีสิทธิเรียกร้องค่าจ้างและนายจ้างมีส่วนได้เสียในชีวิตของลูกจ้าง เพราะมีสิทธิเรียกให้ลูกจ้างทำงานให้ คำพิพากษาฎีกาที่โจทก์เอาประกันชีวิตลูกจ้างซึ่งชำรุดยนต์บรรทุกน้ำมันของโจทก์นั้น เห็นได้ว่าจะต้องรับผิดชอบการกระทำละเมิดในทางการที่จ้างของลูกจ้าง และยังต้องรับผิดชอบจ่ายเงินให้แก่ทายาทผู้อยู่ได้อุปการะของลูกจ้างผู้ตายตามประกาศของกระทรวงมหาดไทยซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 19 ประกอบกับการชำรุดยนต์บรรทุกน้ำมันย่อมต้องอาศัยบุคคลที่มีความชำนาญและไว้วางใจ เช่นนี้ ถือได้ว่าโจทก์มีส่วนได้เสียที่จะเอาประกันชีวิตลูกจ้างดังกล่าวนี้ได้

จากคำพิพากษาฎีกาจะเห็นได้ว่า ศาลยอมรับการมีส่วนได้เสียของนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งคำพิพากษาฎีกาถัดมาแสดงให้เห็นถึงแนวความคิดของศาลว่า แม้นายจ้างและลูกจ้างจะมีส่วนได้เสียแต่การทำสัญญาประกันชีวิตย่อมมีข้อจำกัด โดยเฉพาะการพิจารณาว่า หากให้นายจ้าง

---

ยังขาดจำนวนอยู่เท่าไร ลูกหนี้คนอื่นๆ ซึ่งจำต้องออกส่วนด้วยนั้นก็ต้องรับใช้ แต่ถ้าลูกหนี้ร่วมกันคนใด เจ้าหนี้ได้ปลดให้หลุดพ้นจากหนี้ร่วมกันนั้นแล้ว ส่วนที่ลูกหนี้คนนั้นจะพึงต้องชำระหนี้ก็ตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ไป”.

สามารถเอาประกันชีวิตลูกจ้างได้ทั้งหมด นายจ้างอาจทำประกันเพื่อหวังผลจากความตายของลูกจ้างได้ การที่นายจ้างจะเอาประกันชีวิตลูกจ้างต้องพิจารณาจากสำคัญของตัวลูกจ้างในกิจการงานของนายจ้างเป็นหลัก เช่น ลูกจ้างเป็นผู้เชี่ยวชาญ มีความชำนาญในงานที่ทำให้แก่นายจ้างอย่างมาก ซึ่งหากนายจ้างขาดลูกจ้างลักษณะนี้ย่อมส่งผลเป็นความเดือดร้อนของนายจ้างด้วย เพราะหากลูกจ้างตายนายจ้างจะหาลูกจ้างมาทดแทนได้ยาก เนื่องจากลูกจ้างที่ตายผ่านการฝึกฝนและมีประสบการณ์ในงานที่ทำให้แก่นายจ้างมาเป็นอย่างดี แต่กรณีลูกจ้างทั่วไปนายจ้างย่อมหาคนมาทดแทนได้ไม่ยาก

กรณีนี้ อ.จรัส เขมะจารุ ตั้งข้อสังเกตว่า สัญญาจ้างแรงงานนั้นสาระสำคัญไม่ได้อยู่ที่ตัวลูกจ้างโดยแท้ เพราะไม่ได้ขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถเฉพาะตัวเป็นกรณีพิเศษ (ต่างกับจ้างทำของ) แต่อย่างไรก็ตามก็สามารถเอาประกันชีวิตได้เพราะถือว่า นายจ้างได้ประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง และถ้าลูกจ้างตายไปนายจ้างจะเสียหาย นอกจากนี้ อ.จรัส เขมะจารุ ยังมีความเห็นว่าสำหรับพนักงานที่ดำรงตำแหน่งสำคัญๆ ของบริษัท จะถือว่าบริษัทมีส่วนได้เสียในการทำประกันชีวิตให้พิจารณาจากหลักสำคัญในเรื่องนี้ก็คือ การที่จะอ้างว่าผู้ใดมีส่วนได้เสียในชีวิตของบุคคลอื่นนั้น จะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่มีอยู่ต่อกัน ตลอดจนความสูญเสียที่อาจจะเกิดขึ้นในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งถึงแก่ความตายไปด้วย จึงเห็นได้ว่าประเด็นส่วนได้เสียของนายจ้างและลูกจ้างย่อมต้องอาศัยหลักในการพิจารณาความสัมพันธ์ และผลที่จะเกิดจากความสูญเสีย ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า นายจ้างสามารถเอาประกันชีวิตลูกจ้างได้โดยพิจารณาจากสำคัญและความจำเป็นในการทำงานของลูกจ้างเป็นหลัก ประกอบกับความรู้ ความเชี่ยวชาญ ความชำนาญของลูกจ้างด้วย ซึ่งหากขาดลูกจ้างลักษณะนี้ นายจ้างก็ย่อมได้รับความเดือดร้อนในกิจการเป็นแน่แท้ และเพื่อการประเมินราคาส่วนได้เสียเพื่อกำหนดจำนวนเงินเอาประกันย่อมสามารถทำได้มากกว่าลูกจ้างทั่วไปที่นายจ้างสามารถหาลูกจ้างมาทดแทนได้ตลอดเวลา

ในส่วนของลูกจ้างที่จะเอาประกันชีวิตนายจ้าง ผู้วิจัยมีความเห็นว่า แม้ นายจ้างจะมีความสำคัญต่อลูกจ้างถึงขนาดหากนายจ้างตายลูกจ้างจะเดือดร้อนจากการไม่ได้รับค่าจ้าง ก็ต้องพิจารณาสถานะของนายจ้างประกอบด้วย หากนายจ้างนั้นเป็นบุคคลธรรมดาและการได้รับค่าจ้างขึ้นอยู่กับนายจ้างนั้นโดยตรงแล้ว ก็น่าจะเห็นได้ว่าลูกจ้างสามารถเอาประกันชีวิตนายจ้างได้ แต่ถ้านายจ้างนั้นเป็นนิติบุคคลย่อมไม่มีผลต่อลูกจ้างเท่าใดนัก

ในประเด็นที่เกี่ยวกับส่วนได้เสียของบุคคลในทางธุรกิจ สรุปได้ว่า ผู้เป็นหุ้นส่วน เจ้าหนี้กับลูกหนี้ นายจ้างกับลูกจ้าง มีส่วนได้เสียซึ่งกันและกันในการทำสัญญาประกันชีวิตกันได้ แต่ก็ควรพิจารณาสถานะความสัมพันธ์เป็นรายกรณีไป โดยดูจากความเดือดร้อนหรือผลกระทบจากความตายของอีกฝ่ายเป็นสำคัญ

#### 4.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตผู้วิจัย มีข้อเสนอ ดังต่อไปนี้

1) ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในหมวดสัญญาประกันชีวิต โดยกำหนดบทเฉพาะสำหรับกรณีที่มีการทำสัญญาประกันชีวิตด้วยเหตุแห่งความทรงชีพหรือมรณะของผู้อื่น

2) ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายในหมวดสัญญาประกันชีวิต เพื่อให้มีความชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างผู้เอาประกันและผู้ถูกเอาประกันชีวิต โดยกำหนดเงื่อนไข ความเดือดร้อนหรือผลประโยชน์ที่จะได้รับหากผู้ถูกเอาประกันตายหรือยังมีชีวิตอยู่

3) การพิจารณาส่วนได้เสียในสัญญาประกันชีวิตของบริษัทประกันชีวิต อาจพิจารณาบุคคลดังต่อไปนี้ ให้อยู่ในฐานะที่เอาประกันชีวิตกันได้ ได้แก่

- คู่หมั้น
- คู่สมรส
- สามเษภริยาที่ไม่ได้จดทะเบียนสมรสแต่อุปการะส่งเสียเลี้ยงดูกัน
- บิดามารดา กับ บุตร (กรณีบุตรหากบรรลุนิติภาวะแล้วจะเอาประกันชีวิตบิดามารดาได้เมื่อบุตรนั้นอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา)
- บุตรบุญธรรม กับ ผู้รับบุตรบุญธรรม พิจารณาเช่นเดียวกับบิดามารดากับบุตร
- ญาติ เฉพาะที่มีการอุปการะเลี้ยงดูกัน
- เจ้าหนี้ กับ ลูกหนี้ เฉพาะเจ้าหนี้เป็นฝ่ายเอาประกันชีวิตลูกหนี้
- นายจ้าง กับ ลูกจ้าง เฉพาะลูกจ้างที่มีความเชี่ยวชาญ ชำนาญงาน

## บรรณานุกรม

- จิตติ ดิงศักทีย. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524.
- \_\_\_\_\_. กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.
- จิต เศรษฐบุตร. คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ ฝากของในคลังสินค้า ประณีประนอม การพินันชั้นต่อ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2492.
- จำรัส เขมะจารุ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะประกันภัยอนุสรณ์เนื่องในงานฉาบปีกศพ นายเจียก เขมะจารุ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2522.
- ไชยยศ เหมะรัชตะ. กฎหมายว่าด้วยการประกันภัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525.
- “ประกันภัย.” ใน รายงานธุรกิจประกันภัยในประเทศไทย พ.ศ.2518. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานประกันภัย กระทรวงพาณิชย์, 2521.
- ประเสริฐมนูกิจ, หลวง. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยยืม ฝากทรัพย์ เก็บของในคลังสินค้า ประณีประนอม การพินันชั้นต่อ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2482-2483.
- ประมุข สุวรรณสร. คำสอนชั้นปริญญาตรี กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2493.
- พรณี หมั่นทำการ. “ส่วนได้เสียอันอาจเอาประกันภัยได้.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2523.
- สัมฤทธิ์ รัตนดารา. กฎหมายกับการประกันชีวิตในประเทศไทย. มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2527.
- สิทธิโชค ศรีเจริญ. ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับการประกันภัย. กรุงเทพมหานคร: ประชุมทองการพิมพ์, 2528.
- สุดา วัชรวัฒนากุล. “ส่วนได้เสียในสัญญาประกันภัย.” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2, 15 (มิถุนายน 2528): 84.
- สุธรรม พงศ์สำราญ และคณะ. หลักการประกันชีวิต. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิช, 2521.

- สุเมธ จานประดับ. **รายงานการวิจัย ความยินยอมในการประกันชีวิตผู้อื่น**. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. กรุงเทพมหานคร: 2553.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **กฎหมายอังกฤษว่าด้วยลักษณะสัญญาและละเมิด**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2479.
- พระราชบัญญัติควบคุมกิจการค้าขาย พ.ศ. 2471.
- พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535.
- พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2535.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- คำพิพากษาที่ 1366/2509.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1769/2521.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 358/2499.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 518/2519.
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 890/2500.
- Birds, John. Ben Lynch and Simon Paul. **Mac Gillivray on Insurance Law**. UK: Sweet & Maxwell, 2018.
- Blackburn J. Wilson v Jones (1867) Halebury, Yol.22 Third /edition, p.96.
- Harse V. Pearl. Life Assurance, (1904) K.B.558, (1904-1907) All E.R.Rep.630.
- Ivamy, E.R. Hardy. **General Principles of Insurance Law**. London: Bulterworth, 1970.
- Kecton, Robert E. **Basic text on Insurance Law**. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1971.
- Life Insurance Act. 1774 14 Geo.3,c.48.
- Maclean, Joseph B. **Life Insurance**. 8th ed. Publisher: Mcgraw-Hill Book Company, 1962.
- M' Farlane V. Royal London Friendly Society (1886), 2 T.L.R. 755.
- Patterson, Edwain W. **Cases and Materials on the Law of Insurance**. Brooklyn, The Foundation Press, Inc., 1955.
- The Life Assurance Act. 1774.
- Vance, William R. **Handbook On The Law Of Insurance**. 3rd ed. St. Paul, MN: West Publishing Co., 1951.

ปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดและ  
ข้อเสนอในการพัฒนาปรับปรุง

รองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฏฐา แสงสุข  
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นันทรัตน์ เตชะมา



**ปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดและ  
ข้อเสนอในการพัฒนาปรับปรุง<sup>\*</sup>**  
**Factors Affecting the Efficiency of Public Auction and  
the Proposals for Development**

รองศาสตราจารย์ ดร.วิณัฐา แสงสุข<sup>\*\*</sup>

Associate Professor Dr.Winatta Saengsook

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นันทรัตน์ เตชะมา<sup>\*\*\*</sup>

Assistant Professor Dr.Nantarat Techama

**บทคัดย่อ**

การขายทอดตลาดเป็นกระบวนการที่สำคัญซึ่งนำไปสู่การบังคับชำระหนี้ตามคำพิพากษาให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา แต่การขายทอดตลาดในปัจจุบันยังไม่สามารถผลักดันทรัพย์ให้กลับคืนสู่ระบบได้ตามระยะที่เหมาะสม แม้กรมบังคับคดีได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบและวิธีการ

---

<sup>\*</sup>บทความนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัยเรื่อง “ปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดและข้อเสนอในการพัฒนาปรับปรุง” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากกรมบังคับคดี ประจำปี พ.ศ.2561.

This article is part of the research title “Factors affecting the efficiency of public auction and the proposals for development”. This research is funded by Legal Execution Department, 2018.

อาจารย์ประจำคณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนครศรีอยุธยา; น.บ.มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท.สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; น.ม.สาขากฎหมายธุรกิจ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.ด. (หลักสูตรนานาชาติ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: swinatta@aru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Humanities and Social Sciences, Phranakhon Si Ayutthaya Rajabhat University; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Business Law, Ramkhamhaeng University; LL.D. (International Program) Ramkhamhaeng University.

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. in US Legal Studies Concentration on Intellectual Property Law, Case Western Reserve University, USA; น.ด. (หลักสูตรนานาชาติ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: nantharat\_t@hotmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. in US Legal Studies Concentration on Intellectual Property Law, Case Western Reserve University, USA; LL.D. (International Program) Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 28 มกราคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 3 มีนาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 9 มีนาคม 2564.

บางประการในการขายทอดตลาดอยู่เป็นระยะ แต่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่า มีปัจจัยใดในการดำเนินการขายทอดตลาดที่มีอยู่ในปัจจุบันอาจไม่มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสภาพสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป อันส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดไม่ว่าทั้งทางตรงหรือทางอ้อม โดยศึกษาวิเคราะห์ทั้งเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพ ได้ศึกษาจากสถิติการขายทอดตลาดระหว่างปี 2556 ถึงปี 2561 ทุกภูมิภาคทั่วประเทศ การตอบแบบสอบถามจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการขายทอดตลาดในจังหวัดที่มีสถิติการขายทอดตลาดสูงที่สุดและรองลงมาของแต่ละภูมิภาค ตลอดจนการวิเคราะห์แนวทางการขายทอดตลาดเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศสหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่นและประเทศสิงคโปร์ พบว่า ปัจจัยสำคัญคือการบริหารจัดการเพื่อการขายทอดตลาดและปัญหากฎหมายที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด

งานวิจัยนี้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนปรับปรุงการอำนวยความสะดวกในการบริหารจัดการ อันจะส่งผลให้กระบวนการขายทอดตลาดรวดเร็วมากขึ้น และส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษา และลูกหนี้ตามคำพิพากษาในกระบวนการขายทอดตลาดให้มีความเหมาะสมและเกิดความเป็นธรรมต่อทั้งสองฝ่ายอย่างเท่าเทียม

**คำสำคัญ:** การบริหารจัดการเพื่อการขายทอดตลาด, การขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดี, ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

### Abstract

The public auction is the important process that leads to compulsory performance for the enforcement of judgment in favor of the judgment creditor. The orders enforced at that moment is not appropriate for the economic and social situation which cause the delay and inefficiency in the enforcement of judgment process, rendering them to be unable to provide fairness for citizens with legal proceedings and leave the chance to prolong the legal proceedings. Therefore, to push more assets to be sold in public auction within the reasonable periods of time would reflect the efficiency in the public auction conducted by Legal Execution Department.

This research has studied the history, principles and theories relating to the public auction, including factors affecting the efficiency management in public auction and studied the relating laws of the United States of America, the United Kingdom, Japan and Singapore. In addition, the researchers also studied the statistics of the public auction conducted by the Legal Execution Department during 2013-2018. In this regard, the researchers conducted two types of analysis as follows: firstly, the quantitative research, by conducting the questionnaire in order to analyze the results reflecting the efficiency in public auction, and secondly, the qualitative research, by conducting the studies on the related available information, statistics, papers, or textbooks in order to analyze the legal issues that affect the efficiency in public auction.

Should such problems be solved, it would result in the expedition of the public action process and would support the protection of the rights of the judgment creditors and judgment debtors in the public auction process to be appropriate and fair for both sides. For the suggestion for the improvement of public auction process to be more efficient, apart from the amendments of the Civil Procedure Code, there shall be special procedures in the same manner as the public auction procedures conducted by foreign countries. And conveniences and services should be improved.

**Keywords:** the efficiency auction management, the public auction conducted by Legal Execution Department, the Civil Procedure Code

## 1. บทนำ

การขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดีนั้น เป็นภารกิจของกรมบังคับคดีเมื่อศาลมีคำพิพากษาในคดีแล้ว ศาลจะออกคำบังคับให้ลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษานั้น หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องขอให้บังคับคดีเพื่อที่จะได้รับสิทธิตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษานั้น

หากเป็นการบังคับคดีที่จะต้องดำเนินการทางเจ้าพนักงานบังคับคดีหรือทางศาล ศาลจะออกคำบังคับ และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาในคำบังคับแล้ว ลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ปฏิบัติตามคำบังคับ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะยื่นคำขอให้บังคับคดี ศาลจึงจะมีหมายตั้งเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งหากเป็นการบังคับคดีเพื่อชำระหนี้เงินจะต้องยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ตามคำพิพากษา<sup>1</sup> เพื่อนำออกขายทอดตลาดนำเงินมาชำระหนี้ต่อไป

การขายทอดตลาดจึงถือเป็นขั้นตอนที่สำคัญที่สุดขั้นตอนหนึ่ง เนื่องจากเป็นขั้นตอนสุดท้ายในการผลักดันทรัพย์สินให้เสร็จสิ้นไปจากกระบวนการบังคับคดีแพ่ง และเป็นการเปลี่ยนแปลงตัวทรัพย์สินที่ยึดเป็นเงินเพื่อนำมาแบ่งชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้ ดังนั้นการบังคับคดีแพ่งจะเกิดมูลค่ากลับคืนสู่ระบบมากน้อยเพียงใดจึงขึ้นอยู่กับกระบวนการขายทอดตลาดเป็นสำคัญ ทั้งรูปแบบและวิธีการในการขาย ต่างเป็นปัจจัยที่ส่งผลถึงประสิทธิภาพหรือมูลค่าของทรัพย์สินที่จะสามารถขายได้ ซึ่งทรัพย์สินต่างชนิดหรือต่างประเภทกันอาจเหมาะสมกับรูปแบบวิธีการในการขายที่แตกต่างกันออกไปแต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการขายทอดตลาดเป็นการดำเนินการตามกรอบของกฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตลอดจนกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นรูปแบบและวิธีการจึงจำเป็นต้องเป็นไปตามที่กรอบของกฎหมายกำหนดด้วย

ดังนี้ การผลักดันทรัพย์สินให้เกิดการขายทอดตลาดภายในเวลาที่สมควร จึงเป็นการสะท้อนประสิทธิภาพในการดำเนินการขายทอดตลาดโดยกรมบังคับคดีด้วย ทั้งนี้การขายทอดตลาดหากได้กระทำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้วอาจขายทอดตลาดได้เสร็จสิ้นภายใน 6 เดือนนับแต่การยึดทรัพย์สินเพื่อบังคับคดี แต่จากการศึกษาพบว่า ในภาพรวมการขายทอดตลาดกลับดำเนินการได้ค่อนข้างเนิ่นช้า แม้จะมีความพยายามในการแก้ไขกฎหมาย ระเบียบและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องอยู่หลายครั้ง เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพและความเป็นธรรมต่อผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมากที่สุดก็ตาม

<sup>1</sup> เอื้อน ชุนแก้ว, การบังคับคดีแพ่ง (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560), หน้า 2.

## 2. หลักในการบริหารประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด

ในการบริหารเพื่อให้การขายทอดตลาดเกิดประสิทธิภาพในการผลักดันทรัพย์ให้ได้ตามระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้เบื้องต้นแล้ว จำต้องพิจารณา หลักการ แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาด ตลอดจนการบริหารประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด ไม่ว่าจะเป็นทฤษฎีการขายทอดตลาด แนวคิดและทฤษฎีของคุณภาพการให้บริการ ทฤษฎีการตัดสินใจ ทฤษฎีการรับรู้ และทฤษฎีเกี่ยวกับพฤติกรรมผู้บริโภค ซึ่งล้วนแต่เป็นหลักการที่ทำให้เห็นได้ว่า นอกจากบทบัญญัติทางกฎหมายแล้ว หลักการแนวคิดทฤษฎีเชิงการบริหารจัดการก็เป็นปัจจัยที่มีความสำคัญ

## 3. การขายทอดตลาด

### 3.1 การขายทอดตลาดในประเทศไทย

กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดีนั้น อาจพิจารณาได้จากกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ.2559 (ฉบับที่ 30) และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง พ.ศ.2560

1) เริ่มต้นตั้งแต่การยึดทรัพย์ ภายหลังจากเจ้าพนักงานบังคับคดีได้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเรียบร้อยแล้ว ต้องพิจารณาก่อนว่ามีเหตุให้งดการบังคับคดีไว้หรือไม่ เช่น กรณีที่มีการขอพิจารณาคดีใหม่หรือเหตุอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 289-290 หากไม่มีเหตุให้งดการบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีก็จะดำเนินการบังคับคดีต่อไป ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 วรรคหนึ่ง

2) การประเมินราคาเพื่อกำหนดราคาเบื้องต้นของทรัพย์ในการประเมินราคาดังกล่าว

3) ผู้ประเมินประกอบด้วยเจ้าพนักงานบังคับคดี เจ้าพนักงานประเมินราคาทรัพย์ และคณะกรรมการกำหนดราคาทรัพย์

4) กรมบังคับคดีจะตรวจสำนวน พิมพ์ประกาศขาย และแจ้งผู้มีส่วนได้เสียให้รับทราบ เพื่อให้พร้อมต่อการดูแลการขาย อย่างไรก็ตาม การพิมพ์ประกาศดังกล่าวจะดำเนินการโดยสำนักงานส่วนกลางเท่านั้น ซึ่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 331 วรรคสองและวรรคสาม โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งกำหนดวัน เวลา และสถานที่ ซึ่งจะทำให้การขายให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบ โดยกำหนดวันและขายทอดตลาดครั้งแรก ต้องไม่น้อยกว่า 60 วัน นับแต่วันยึดอายัดหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น และเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดแล้ว ห้ามมิให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีทั้งหลายหยิบยกเรื่องราคาที่ได้จากการขายทอดตลาดมีจำนวนต่ำเกินสมควรมาเป็นเหตุขอให้มีการเพิกถอนการขายทอดตลาดนั้นอีก

5) การประมูลขายทอดตลาด ผู้ซื้อต้องวางหลักประกันก่อนการประมูล โดยพิจารณาจากราคาประเมินทรัพย์สินซึ่งจะต้องนำไปกำหนดเป็นราคาเริ่มต้นในการขายทอดตลาดตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ.2559 ข้อ 15

6) เมื่อทรัพย์สินผ่านขั้นตอนการขายทอดตลาดแล้ว ผู้ซื้อต้องชำระส่วนที่เหลือ และจะโอนกรรมสิทธิ์ให้กับผู้ซื้อ กล่าวคือ หากเจ้าพนักงานบังคับคดีเคาะไม้ขายให้แก่ผู้เสนอราคาสูงสุดแล้วตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขายทอดตลาด พ.ศ.2559 ข้อ 20

7) เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องทำบัญชีส่วนเฉลี่ยเพื่อเตรียมชำระเงินแก่เจ้าหนี้ทั้งหมดตามมาตรา 337

8) เมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีจัดทำบัญชีทรัพย์สินเสร็จเรียบร้อยแล้ว ให้เจ้าพนักงานบังคับคดีจัดสรรหรือแบ่งเฉลี่ยเงินเพื่อชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

### 3.2 การขายทอดตลาดในต่างประเทศ

#### 1) ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีระบบการปกครองแบบสหพันธรัฐ (Federal System) ซึ่งประกอบไปด้วยมลรัฐต่างๆ 50 รัฐ โดยแต่ละมลรัฐจะมีศาลของแต่ละมลรัฐ และมีอำนาจในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้ภายในมลรัฐได้เองภายใต้รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ซึ่งรวมถึงการบังคับคดีทางแพ่งและวิธีการในการขายทอดตลาดในแต่ละมลรัฐด้วย

โดยในกรณีของการขายอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์เพื่อการบังคับคดีตามคำสั่งของศาลนั้น จะต้องดำเนินการขายอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดหรือแยกเป็นส่วนๆ โดยวิธีการขายทอดตลาดที่สำนักงานศาลในเขตหรือเมืองที่ทรัพย์สินส่วนใหญ่ตั้งอยู่นั้น โดยมีข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ตามที่ศาลกำหนด<sup>2</sup> และในกรณีของการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ ก่อนการขายทอดตลาดจะต้องมีการประกาศถึงการขายทอดตลาดนั้นในหนังสือพิมพ์ที่มีการตีพิมพ์และหมุนเวียนประจำในท้องที่เขตหรือมลรัฐที่ทรัพย์สินตั้งอยู่ไม่น้อยกว่าสัปดาห์ละหนึ่งครั้งเป็นเวลาสี่สัปดาห์ก่อนการขายทอดตลาดด้วย<sup>3</sup>

สำหรับหน่วยงานในการบังคับคดีนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีการแยกหน่วยงานทางแพ่งและทางอาญาออกจากกันโดยสิ้นเชิง โดยในระดับสหรัฐ Federal Marshal นั้นมี United States Marshal (US Marshal) ทำหน้าที่ดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมทั้งทางแพ่ง

<sup>2</sup> 28 U.S.C §52001, 2004.

<sup>3</sup> 28 U.S.C §2002.

และทางอาญา โดยมีองค์กร United States Marshal Service (USMS) ของกระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่กำกับดูแลการทำงานของ (US Marshal) ส่วนในระดับมลรัฐมีเจ้าพนักงาน (Sheriff) เป็นเจ้าหน้าที่หลักในการบังคับตามกฎหมายของท้องถิ่น ทั้งนี้ มลรัฐของรัฐนิวเจอร์ซีย์ ซึ่งเป็นมลรัฐที่มี อัตราการยึดอสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้มากที่สุดในการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกบังคับคดีจากการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด ซึ่งสำนักงานเขต County Sheriff's Office ของแต่ละเขตจะเป็น เจ้าหน้าที่รัฐผู้ดำเนินการขาย

## 2) ประเทศสหราชอาณาจักร

เมื่อศาลได้มีคำพิพากษา คู่ความจะปฏิบัติตามคำพิพากษา ส่งผลให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ อย่างไรก็ตามในบางกรณีเช่นนี้ไม่ได้เกิดขึ้น ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาวิธีการเพื่อการบังคับตามคำพิพากษา การขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาโดยการร้องขอต่อศาลมีหลายกรณี ได้แก่ การขายโดยการเข้าทำสัญญาเอกชน (Private Contract) การยื่นซองประกวดราคา (Sealed Bids) การโฆษณาขายและวิธีอื่นใดที่ศาลเห็นสมควร อย่างไรก็ตาม วิธีการที่แพร่หลายที่สุดในการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา คือ วิธีการขายทอดตลาด<sup>4</sup>

การบังคับคดีกับทรัพย์สิน (Execution Against Goods)<sup>5</sup> เป็นวิธีการบังคับตามคำพิพากษารูปแบบหนึ่งที่แพร่หลายที่สุดของการบังคับคดี โดยที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะบังคับตามคำพิพากษาด้วยการยึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาและขายทรัพย์สินดังกล่าวเพื่อชำระหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลสูง (High Court Enforcement Officers) หรือ เจ้าพนักงาน (County Court Bailiff) จะออกคำสั่งยึดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้เพื่อชำระหนี้ตามคำพิพากษา รวมทั้ง ค่าธรรมเนียมทางกฎหมาย และค่าใช้จ่ายในการบังคับคดี โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลสูงและเจ้าพนักงาน (County Court Bailiff) มีกฎข้อบังคับที่เป็นสาระสำคัญในการบังคับคดีตามคำพิพากษา คือ เจ้าพนักงานบังคับคดีไม่มีสิทธิเข้าไปในสถานที่ที่เป็นที่อยู่อาศัยของลูกหนี้ แต่เจ้าพนักงานมีสิทธิที่จะเข้าไปในสถานที่เชิงพาณิชย์ เช่น ร้านค้า สำนักงาน คลังสินค้า หรือ แม้แต่ห้องทำงานที่บ้านของลูกหนี้ที่ไม่ได้อยู่ติดกันกับบ้านหลังหลักของลูกหนี้ นอกจากนี้

---

<sup>4</sup> FAQs, **Other Types of Enforcement** [Online], available URL: <https://www.hceoa.org.uk/faqs/other-types-of-enforcement>, 2020 (July, 15).

<sup>5</sup> High Court Enforcement Group, **Methods and place of sale** [Online], available URL: <https://hcegroup.co.uk/news/2017/sale-of-controlled-goods>, 2020 (July, 17).

<sup>6</sup> FAQs, **Execution Against Goods (Taking Control of Goods)** [Online], available URL: <https://www.hceoa.org.uk/faqs/other-types-of-enforcement>, 2020 (July, 19).

เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีความสามารถที่จะเลือกวิธีการเชิงรุกโดยยื่นคำร้องต่อศาลให้ออกคำสั่งบังคับขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้อีกด้วย<sup>7</sup>

ในการออกหมายบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลสูง (High Court Enforcement Officers) จะถูกสั่งให้เข้าควบคุมบังคับคดีตามหมายควบคุม (Writ of Control) ในกรณีที่ไม่มี การชำระหนี้จากลูกหนี้ตามคำพิพากษา การบังคับคดีจะเริ่มขึ้นเมื่อเจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลสูงได้ ส่งหมายบังคับคดีไปยังลูกหนี้ตามคำพิพากษา หากลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่สามารถที่จะชำระหนี้ ตามจำนวนที่ได้ตกลงไว้ได้ และมีทรัพย์สินที่อาจถูกขายได้ เจ้าพนักงานบังคับคดีของศาลสูงจะทำการขนย้าย ขายทรัพย์สิน และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการนำยึด การเก็บรักษาและขายทรัพย์สิน จากจำนวนเงินที่ได้จากการขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา

ในกรณีจำเป็นต้องขายทรัพย์สินที่ถูกควบคุม ทรัพย์สินดังกล่าวจะถูกขนย้ายและขายตามขั้นตอนที่ได้ระบุไว้ในกฎหมาย The Taking Control of Goods Regulations 2013 โดยผู้แทนบังคับคดี (The Enforcement Agent) จะเป็นผู้พิจารณาที่ดำเนินการในขั้นตอนนี้ และจะขนย้ายทรัพย์สิน ถ้าลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิเสธที่จะชำระหนี้หรือเข้าร่วมในแผนการชำระหนี้ หรือฝ่าฝืนข้อตกลงในเรื่องทรัพย์สินที่ถูกควบคุม (Controlled Goods) หรือเจ้าพนักงานบังคับคดีมีเหตุที่จะ เชื่อได้ว่าทรัพย์สินดังกล่าวจะเสียหายถ้าถูกทิ้งไว้

### 3) ประเทศสิงคโปร์

ประเทศสิงคโปร์ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) และใช้ระบบศาลเดี่ยว โดยในระบบกฎหมายนี้แนวคิดตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural Justice) ซึ่งทัศนะไปในแนวทางเดียวกันว่า บุคคลทุกคนมีความเสมอภาคกันตามกฎหมายจึงจะอยู่ภายใต้บังคับของหลักกฎหมายเดียวกันและใช้ระบบศาลเดี่ยว โดยในระบบกฎหมายนี้มีแนวคิดตามหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติและควรจะขึ้นศาลเดียวกัน ระบบกฎหมายจารีตประเพณีจึงไม่เน้นความแตกต่างระหว่างฝ่ายเอกชนกับฝ่ายเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐ โดยถือว่าทั้งสองฝ่ายอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเดียวกัน เมื่อมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจึงต้องขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นองค์กรศาลหลักเพียงศาลเดียวจนถึงชั้นศาลอุทธรณ์และชั้นศาลฎีกา<sup>8</sup>

<sup>7</sup> FAQs, **Other Types of Enforcement** [Online], available URL: <https://www.hceoa.org.uk/faqs/other-types-of-enforcement>, 2020 (July, 19).

<sup>8</sup> ศูนย์ข้อมูลข่าวสารอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์, **ระบบกฎหมายสิงคโปร์** [Online], available URL: <http://www.asean thai.net>, 2562 (พฤษภาคม, 18).

ส่วนกระบวนการบังคับคดีของประเทศสิงคโปร์นั้น เมื่อศาลได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างใดแล้ว ศาลจะดำเนินการส่งสำเนาคำพิพากษาหรือคำสั่งให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาเพื่อปฏิบัติการชำระหนี้ตามคำพิพากษาหรือคำสั่งก่อน หากพ้นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งแล้วลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะต้องยื่นคำร้องขอให้ศาลออกหมายบังคับคดี (Writ of Seizure and Sale หรือ WSS) ซึ่งตั้งแต่วันที่ 30 กันยายน พ.ศ.2556 เป็นต้นมา เอกสารต่างๆ ในคดีแพ่งของศาลจะถูกจัดเก็บเป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ในระบบ Integrated Electronic Litigation System (E-Litigation) ดังนั้น เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจึงต้องยื่นคำร้องขอออกหมายบังคับคดีตามแบบฟอร์มอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดไว้ในระบบดังกล่าวด้วย<sup>9</sup> เมื่อสำนักทะเบียนของศาล The Registrar of The Supreme Court ประทับตราในหมายบังคับคดี จึงจะถือว่ามีการออกหมายบังคับคดีโดยชอบแล้ว<sup>10</sup> โดยมีเจ้าพนักงานบังคับคดี (Sheriff) และผู้ช่วยเจ้าพนักงานบังคับคดี (Bailiff) เป็นผู้ดำเนินการบังคับคดี

เมื่อมีการออกหมายบังคับคดีแล้ว หมายบังคับคดีมีผลใช้บังคับได้ 12 เดือนนับแต่วันที่ออกหมายบังคับคดี แต่ในกรณีที่การดำเนินการบังคับคดีทั้งหมดไม่แล้วเสร็จภายในเวลาดังกล่าว เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำขอให้ขยายระยะเวลาในการบังคับคดีต่อศาลได้ โดยศาลอาจมีคำสั่งให้ขยายระยะเวลาในการบังคับคดีได้ครั้งละ 12 เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง<sup>11</sup> ซึ่ง “การบังคับคดี” ดังกล่าวข้างต้นมีความหมายครอบคลุมถึงการบังคับคดีทั้งหมด 3 ประเภท<sup>12</sup> คือ

(1) กรณีบังคับคดีโดยการยึดและขายทรัพย์สิน ซึ่งเป็นการขายทรัพย์สินที่ถูกยึดโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี

(2) กรณีการส่งมอบทรัพย์สิน โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินการโอนการครอบครองทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

(3) กรณีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน โดยเจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษา

---

<sup>9</sup> State Court of Singapore, **Enforce Judgments or Orders by Writ of Seizure and Sale** [Online], available URL: <https://www.statecourts.gov.sg/CivilCase/Pages/EnforcementofJudgmentsorOrdersbyWritofSeizureandSale.aspx>, 2020 (May, 20).

<sup>10</sup> Rules of Court, Order 46 rule 4.

<sup>11</sup> Rules of Court, Order 46 rule 6 (1) (2).

<sup>12</sup> Rules of Court, Order 46 rule 6 (2A).

กรณีการบังคับคดีโดยการยึดและขายทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานั้น ก่อนเริ่มการบังคับคดี เจ้าพนักงานบังคับคดีจะเป็นผู้ดำเนินการรวบรวมทรัพย์สินของลูกหนี้ ตามที่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาได้แจ้งไว้ในคำร้องขอออกหมายบังคับคดี หากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเป็นอสังหาริมทรัพย์ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามustดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลออกคำสั่งยึดทรัพย์ และมีคำสั่งห้ามลูกหนี้ตามคำพิพากษาก่อการใดอันเป็นการโอนหรือเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น โดยในคำร้องขอดังกล่าวต้องระบุถึงคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษา จำนวนหนี้ตามคำพิพากษาที่ยังค้างชำระ อสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการยึด และมีหลักฐานยืนยันว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษา นอกจากนี้ คำร้องขอดังกล่าวยังจำเป็นต้องระบุไว้ด้วยว่ามีการยื่นคำร้องขอบังคับคดีด้วยวิธีการอื่นๆ เกี่ยวกับลูกหนี้ตามคำพิพากษาอยู่หรือไม่ และลูกหนี้ตามคำพิพากษาถูกศาลพิพากษาให้ล้มละลายหรือศาลมีคำสั่งให้ชำระบัญชีหรือไม่ และแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่มีมูลค่าเหมาะสมแก่การยึดทรัพย์ และระบุที่ตั้งของรายการทรัพย์สินที่จะไปยึดว่าเป็นทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือของบุคคลอื่น เมื่อศาลมีคำสั่งให้ยึดอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินการแจ้งคำสั่งให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาทราบ เพื่อให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษานำไปจดทะเบียนต่อสำนักงานที่ดิน (Singapore Land Authority) หลังจากดำเนินการจดทะเบียนดังกล่าวแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีจะส่งสำเนาคำสั่งยึดทรัพย์และหมายแจ้งการยึดทรัพย์ให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หากไม่พบตัวลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องปิดสำเนาเอกสารดังกล่าวที่อสังหาริมทรัพย์นั้นในบริเวณที่เห็นได้ชัด โดยคำสั่งให้ยึดทรัพย์ดังกล่าวมีผลตั้งแต่วันที่ได้จดทะเบียนต่อสำนักงานที่ดิน และสิ้นผลเมื่อพ้นระยะเวลา 6 เดือน นับจากวันที่ระบุไว้ในคำสั่งยึดทรัพย์ซึ่งเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาอาจยื่นคำร้องขอให้ศาลขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ โดยศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาได้คราวละไม่เกิน 6 เดือน<sup>13</sup>

หากเป็นทรัพย์ประเภทสังหาริมทรัพย์ เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องส่งหมายแจ้งการยึดทรัพย์แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษา หลังจากเจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดสังหาริมทรัพย์ของลูกหนี้ตามคำพิพากษาแล้ว เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องดำเนินการจัดทำบัญชีรายการทรัพย์สินที่ยึดและส่งบัญชีดังกล่าวให้แก่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาทราบทันที<sup>14</sup> หากเจ้าพนักงานบังคับคดีมีความจำเป็นต้องครอบครองสังหาริมทรัพย์นานกว่า 14 วัน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามustวางเงินค่าใช้จ่ายในการบังคับคดีก่อนสิ้นระยะเวลา 14 วันดังกล่าว ให้แก่สำนักทะเบียนของศาลสำหรับการดำเนินการ

<sup>13</sup> Rules of Court, Order 47 rule 4.

<sup>14</sup> Rules of Court, Order 46 rule 16.

บังคับคดีต่อไปอีก 14 วัน และเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษามีหน้าที่ต้องปฏิบัติเช่นนี้ ตลอดเวลาที่เจ้าพนักงานบังคับคดียังคงครอบครองสังหาริมทรัพย์อยู่จนกว่าจะดำเนินการขายทอดตลาดเสร็จสิ้น<sup>15</sup>

#### 4) ประเทศญี่ปุ่น

มีกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการบังคับคดีแพ่ง 3 ฉบับ ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 1996 (Code of Civil Procedure, Act No. 109 of June 26, 1996) พระราชบัญญัติการบังคับคดีแพ่ง ค.ศ. 1979 (Civil Execution Act, Act No. 4 of March 30, 1979) และข้อบังคับของศาลฎีกาเรื่องการบังคับคดีแพ่ง ค.ศ. 1979 (Rules of Civil Execution, Rules of the Supreme Court No. 5 of November 8, 1979) โดยการบังคับคดีแพ่งที่สำคัญตามพระราชบัญญัติการบังคับคดีแพ่ง ค.ศ. 1979 อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

(1) การบังคับคดีกับทรัพย์สินทั่วไป (Compulsory Execution)<sup>16</sup>

(2) การบังคับคดีกับหลักทรัพย์ที่นำมาเป็นหลักประกัน (Auction for the Exercise of Security Interest)<sup>17</sup> เช่น หลักทรัพย์ในอสังหาริมทรัพย์ หลักทรัพย์ในเรือ หลักทรัพย์ในสังหาริมทรัพย์ หรือหลักทรัพย์ประเภทอื่นๆ ที่นำมาเป็นหลักประกัน ในส่วนของการบังคับคดีแพ่งกับทรัพย์สินทั่วไป Compulsory Execution) ยังแบ่งเป็น 2 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ การบังคับคดีกับสิทธิเรียกร้องที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Compulsory Execution for a Claim for Payment of Money) และการบังคับคดีกับสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ (Compulsory Execution for a Claim not Intended for Payment of Money)

**ประเภทที่หนึ่ง** การบังคับคดีแพ่งกับสิทธิเรียกร้องที่อาจคำนวณเป็นเงินได้ กล่าวคือ ทรัพย์สินเหล่านี้สามารถเปลี่ยนเป็นตัวเงินได้ ซึ่งมีรายละเอียดในการบังคับคดีแตกต่างกันไปตามประเภทของทรัพย์สินที่จะบังคับคดี แบ่งออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

(1) การบังคับคดีในอสังหาริมทรัพย์ (Execution Against Real Property)

(2) การบังคับคดีในทรัพย์สินประเภทเรือ (Execution Against Vessel)

(3) การบังคับคดีในสังหาริมทรัพย์ (Execution Against Movables)

---

<sup>15</sup> Rules of Court, Order 46 rule 12.

<sup>16</sup> Civil Execution Act, Chapter 2, Act No. 4 of March 30, 1979.

<sup>17</sup> Civil Execution Act, Chapter 3, Act No. 4 of March 30, 1979.

(4) การบังคับคดีในสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินประเภทอื่นๆ (Execution Against a Claim and any Other Property Right) เช่น การเรียกร้องให้ส่งมอบเรือหรือส่งมอบสังหาริมทรัพย์ รวมถึงสิทธิเรียกร้องประเภทอื่นๆ<sup>18</sup>

(5) การบังคับคดีในกรณีพิเศษ (Execution for a Monetary Claim Pertaining to Duty to Support) ได้แก่ กรณีพิเศษที่ลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ที่มีกำหนดระยะเวลาชำระหนี้แน่นอนเป็นงวดๆ โดยเกิดจากหนี้ที่เกี่ยวข้องกับการสมรสระหว่างสามีภรรยา หรือหนี้ที่เกิดจากหน้าที่ในการดูแลเด็ก<sup>19</sup> เช่น ค่าเลี้ยงดูต่างๆ เป็นต้น

**ประเภทที่สอง** การบังคับคดีกับสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้<sup>20</sup>

การบังคับคดีในสิทธิเรียกร้องที่ไม่อาจคำนวณเป็นเงินได้ เช่น การบังคับคดีโดยการให้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์ (Delivery of Real Property) ซึ่งสามารถกระทำได้ทั้งทางตรงและทางอ้อม ทางตรงกระทำโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีทำการยึดสังหาริมทรัพย์มาจากลูกหนี้ ส่วนทางอ้อมกระทำโดยศาลจะกระตุ้นให้ลูกหนี้ทำการชำระหนี้ คือ การส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ด้วยการกดดันและขู่ว่าจะใช้บทลงโทษเป็นตัวเงิน (Monetary Sanctions)<sup>21</sup>

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ มีหลักเกณฑ์ที่ผู้เขียนเห็นเป็นมาตรการที่อาจมีผลทำให้เกิดประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดซึ่งกฎหมายไทยยังมิได้กำหนดไว้ โดยกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ตาม Rules of Court, Order 47 rule 5 (a) กำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งกำหนดวัน เวลา และสถานที่ขายทอดตลาดให้บรรดาผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีทราบ โดยกำหนดวันและเวลาขายทอดตลาดดังกล่าวสำหรับทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องไม่น้อยกว่า 45 วันนับแต่วันยึดอายัด หรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น และไม่น้อยกว่า 30 วัน สำหรับทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ ทำให้เกิดประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดได้เร็วขึ้น ในส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาตาม Sheriff 's Condition of Sale ที่ประกาศโดยเขต Cumberland, Warren, Sussex มักมีข้อกำหนดว่า หากเจ้าของไม่ออกจากอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดอาจขอหมายให้เข้าครอบครอง ซึ่งให้เวลาผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ออกจากอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด หากไม่ปฏิบัติตามจะมีมาตรการที่แตกต่างกันไป เช่น การขนย้ายทรัพย์สินออกจากตัวทรัพย์สิน อีกทั้งในกรณีที่เป็นการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่มา

<sup>18</sup> Civil Execution Act, Chapter 2, Section 2, Subsection 4, Act No. 4 of March 30, 1979.

<sup>19</sup> Civil Execution Act, Section 167-15 and Section 151-2, Act No. 4 of March 30, 1979.

<sup>20</sup> Civil Execution Act, Chapter 2, Section 3, Act No. 4 of March 30, 1979.

<sup>21</sup> Outline of Civil Procedure in Japan, Supreme Court of Japan, 2017, 24.

จากการบังคับจำหน่ายจะเริ่มจากการขายทอดตลาดโดยโจทก์หรือนายฝ่ายโจทก์ ถ้าไม่มีผู้เข้าสู่ราคาทรัพย์สินนั้นจะถูกขายให้โจทก์ในราคาเริ่มต้นได้ ในส่วนประเทศญี่ปุ่นมีมาตรการใน Section 68 – 3 (1) of Civil Execution Act, Act No. 4 of March 30, 1979. จะกำหนดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่อาจขายไม่ได้ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ศาลได้ทำการขายครบ 3 ครั้งแล้ว ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงสภาพ การใช้สอย กฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และข้อพิจารณาอื่นๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว หากศาลเห็นว่า อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไม่น่าจะขายได้อีกในอนาคต ให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดการขายไว้ก่อน และหากไม่มีการร้องขอจากเจ้าหนี้ให้มีการขายอีกครั้งภายใน 3 เดือน ศาลอาจมีคำสั่งให้ยกเลิกการขายทอดตลาดได้ ซึ่งหากขายไม่ได้ ศาลก็ยังสามารถใช้วิธีการบริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์ด้วยการนำออกให้เช่าได้ นอกจากนี้ ในกรณีประเทศสหราชอาณาจักร โดยปกติทรัพย์สินนั้นเมื่อนำออกขายทอดตลาด แต่กลับขายไม่ได้ ดังนี้ ทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดนั้นจะมีได้ถูกถอนออกไปจากการขายทอดตลาด โดยผู้ทอดตลาดสามารถสอบถามผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดที่สนใจเพื่อหาราคาที่ดีที่สุดได้ภายหลังการขายทอดตลาดที่ไม่สามารถขายทรัพย์สินได้ เช่นนั้น หากปรากฏว่าได้รับข้อเสนอที่น่าสนใจโดยมีราคาเท่ากับหรือสูงกว่าราคาขั้นต่ำ (Reserve Price) ผู้ทอดตลาดย่อมอาจขายทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดยิ่งขึ้น

นอกจากนี้ ตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการบังคับคดีแพ่ง ค.ศ. 1979 หรือ Civil Execution Act 1979 ของประเทศญี่ปุ่น กำหนดว่า หากผู้ที่ทำข้อเสนอซื้ออสังหาริมทรัพย์ในราคาสูงสุดไม่ชำระราคาที่เสนอ ผู้ที่เสนอราคาเป็นลำดับถัดมาอาจได้สิทธิซื้ออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้ แต่ต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีในเวลาสิ้นสุดของการขาย ผู้เขียนเห็นว่าวิธีการดังกล่าวย่อมทำให้การขายมีประสิทธิภาพที่ดีขึ้น โดยเป็นการทำให้ผู้ที่เสนอราคาสูงสุดต้องรีบชำระราคาเพราะมีเช่นนั้น ผู้เสนอซื้อในลำดับถัดมาอาจได้อสังหาริมทรัพย์ที่ตนต้องการไป ซึ่งเป็นวิธีการที่อาจทำให้ผู้เสนอราคาซื้อสูงสุดซึ่งเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินได้นั้นรีบชำระราคาและไม่ทิ้งเงินประกันโดยทางอ้อมได้ ในขณะที่หลักเกณฑ์ของประเทศสิงคโปร์ซึ่งกำหนดไว้ในกรณีการขายทอดตลาดโดยผู้ทอดตลาดรับอนุญาตว่า ผู้ซื้อทรัพย์สินต้องวางเงินจำนวนหนึ่งในสี่ของราคาทรัพย์สินที่ประมูลได้จากการขายทอดตลาดทันที หากผู้ซื้อทรัพย์สินไม่ชำระราคาส่วนที่เหลือภายในกำหนดเวลา จะถูกริบเงินดังกล่าว และผู้ขายทอดตลาดได้รับอนุญาตสามารถนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้ทันทีโดยไม่ต้องแจ้งผู้ซื้อทรัพย์สินก่อน โดยเฉพาะมาตรการพิเศษเพื่อการขายทอดตลาดของประเทศญี่ปุ่นที่นับว่ามีข้อดีที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดมากขึ้นกว่าประเทศอื่นๆ คือ การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์แบบกลุ่ม

#### 4. การบริหารประสิทธิภาพการขายทอดตลาดและมาตรการทางกฎหมาย

จากการศึกษาวิเคราะห์เป็นสองประเด็นใหญ่ คือ การวิจัยเชิงปริมาณโดยจัดทำแบบสอบถามเพื่อวิเคราะห์ถึงผลอันแสดงถึงประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด รวมทั้งการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยศึกษาจากข้อมูลต่างๆ สถิติ เอกสาร ตำราที่เกี่ยวข้อง เพื่อวิเคราะห์ปัญหากฎหมายที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด โดยพบว่า

##### 4.1 การศึกษาวิเคราะห์สถิติการขายทอดตลาด

###### 1) ข้อมูลผลการขาย

โดยในส่วนของข้อมูลผลการขายประกอบด้วย หน่วยงาน ศาล หมายเลขแดง ราคา ประเมิน ราคาขาย วันที่ลงประกาศการขาย ระยะเวลาเริ่มประกาศจนถึงวันขาย จำนวนครั้งที่ขาย สถานที่ตั้งตัวทรัพย์ ขนาดพื้นที่ของทรัพย์สิน

จากข้อมูลที่ได้จากแบบสอบถามและข้อเสนอแนะ พบว่า มีข้อมูลที่มีนัยสำคัญต่อประสิทธิภาพโดยเมื่อนำมาพิจารณาเทียบกับข้อมูลสถิติการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดีแล้ว พบว่า

###### (1) ราคาขายทรัพย์สินเมื่อเปรียบเทียบกับราคาประเมิน

ก. ราคาที่ขายทรัพย์สินได้สูงกว่าราคาประเมิน คือ 45.75%

ข. ราคาที่ขายทรัพย์สินได้ตามราคาประเมิน คือ 1.03%

ค. ราคาที่ขายทรัพย์สินน้อยกว่าราคาประเมิน คือ 53.22%

(2) ระยะเวลาในการขายทอดตลาด โดยเริ่มจากวันที่ประกาศขายจนถึงวันที่ขาย ช่วงเวลานับแต่ปี พ.ศ.2556-2561 มีระยะเวลาเฉลี่ย คือ 111.774 วัน หรือ 112 วัน

(3) จำนวนครั้งในการขายทอดตลาด ซึ่งมีจำนวนครั้งในการขายทอดตลาดเฉลี่ยทั้งหมด คือ 3.326 ครั้ง หรือ 3 ครั้ง

###### 2) ข้อมูลผู้ซื้อ

โดยในข้อมูลส่วนนี้ ประกอบด้วย เพศ อายุ ที่อยู่ ประเภทของทรัพย์สิน ที่มีการขายทอดตลาดมากที่สุด คือ ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง 75.26% รองลงไป คือ ที่ดินว่างเปล่า 23.17% รวบรวมทรัพย์ 0.76% สิ่งปลูกสร้าง 0.36% ห้องชุด 0.15% เครื่องจักร 0.1% รถ 0.08% ทรัพย์สินต่างๆ 0.073% ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างและทรัพย์สินต่างๆ 0.01% ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างและเครื่องจักร 0.004% ที่ดินเปล่าและทรัพย์สินต่างๆ 0.002% สิทธิในการเช่าพื้นที่ในอาคาร 0.004%

นอกจากนี้ จากการศึกษานเฉพาะสำนวนที่ขายได้ระหว่างวันที่ 1 มกราคม พ.ศ.2556 - 30 มิถุนายน พ.ศ.2561 ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาคทั่วประเทศไทยจังหวัดที่มีจำนวนครั้งการ

ขายทอดตลาดสูงสุดและรองลงมา พบว่า คือ ภาคเหนือ ได้แก่ จังหวัดเชียงใหม่และจังหวัดพิษณุโลก ภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดสงขลาและจังหวัดนครศรีธรรมราช ภาคตะวันตก ได้แก่ จังหวัดราชบุรีและจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ภาคตะวันออก ได้แก่ จังหวัดชลบุรีและจังหวัดระยอง ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ได้แก่ จังหวัดนครราชสีมาและจังหวัดขอนแก่น ภาคกลาง ได้แก่ กรุงเทพมหานครและจังหวัดนนทบุรี

ในการพิจารณาสถิติข้อมูลผลการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดีในส่วนมูลค่ารวมการขายทอดตลาดในช่วงระยะเวลาเดียวกันทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค พบว่า จังหวัดที่มีมูลค่ารวมการขายทอดตลาดสูงสุดและรองลงมา ในส่วนภาคเหนือ ได้แก่ จังหวัดเชียงใหม่และจังหวัดพิษณุโลก ภาคใต้ ได้แก่ จังหวัดสงขลาและจังหวัดภูเก็ต ภาคตะวันตก ได้แก่ จังหวัดราชบุรีและจังหวัดกาญจนบุรี ภาคตะวันออก ได้แก่ จังหวัดชลบุรีและจังหวัดระยอง ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ได้แก่ จังหวัดนครราชสีมาและจังหวัดอุดรธานี และภาคกลาง ได้แก่ กรุงเทพมหานครและจังหวัดนนทบุรี

## 4.2 การบริหารประสิทธิภาพการขายทอดตลาด

### 1) การวิเคราะห์ข้อมูลการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดี

จากการศึกษา ผู้เขียนพบว่า กรมบังคับคดียังขาดฐานข้อมูลการขายทอดตลาดโดยละเอียด กรมบังคับคดีควรมีการจัดทำฐานข้อมูลการขายทอดตลาดโดยละเอียดที่ทำได้สามารถพิจารณาผลการดำเนินการได้เป็นรายไตรมาสว่า แต่ละพื้นที่ของกรมบังคับคดีนั้น ขายทอดตลาดได้เพียงใด อยู่ระหว่างขั้นตอนใด มีเหตุขัดข้องใดที่ทำให้การขายทอดตลาดไม่อาจดำเนินการได้เสร็จสิ้น ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานส่วนกลางหรือกรมบังคับคดีจะสามารถติดตามการดำเนินการจากฐานข้อมูลดังกล่าวได้ รวมทั้งข้อมูลของผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดด้วย เพื่อเป็นประโยชน์ที่อาจส่งข้อมูลการขายทอดตลาดในคราวต่อไป เช่น ทางอีเมล โอน หรือจดหมาย เพื่อให้มาเข้าร่วมการขายทอดตลาดได้

### 2) ปัจจัยที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด

#### (1) ประสิทธิภาพของการบริหารการขายทอดตลาด

โดยผลที่ได้จากการเก็บข้อมูลจะเป็นการเก็บข้อมูลจากผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดหรือผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดี โดยจะลงพื้นที่ในจังหวัดที่มีข้อมูลแล้วว่าเป็นจังหวัดที่มีการขายทอดตลาดจำนวนมากของแต่ละภาคในประเทศไทย ซึ่งแบบสอบถามจะมีทั้งแบบปลายปิดและปลายเปิด โดยมีประเด็นต่างๆ ที่เก็บข้อมูลและได้ผล ดังนี้

### ก. ความพึงพอใจของผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาด

จากการศึกษาผลจากการตอบแบบสอบถาม พบว่า ความพึงพอใจของผู้เข้าร่วมขายทอดตลาดในด้านสิ่งอำนวยความสะดวก ด้านคุณภาพการให้บริการ ด้านช่องทางการติดต่อสื่อสาร ด้านสินค้าและบริการ ด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด ในภาพรวมผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดมีความพึงพอใจในระดับมาก แต่ในด้านสิ่งอำนวยความสะดวก ในกรณีความเพียงพอของสิ่งอำนวยความสะดวก เช่น ห้องพัก ที่นั่งพัก ห้องน้ำ ที่จอดรถ โรงอาหาร มีระดับความพึงพอใจที่ระดับปานกลางเท่านั้น ซึ่งกรมบังคับคดีพึงพิจารณาผลความพึงพอใจดังกล่าวเพราะนับเป็นปัจจัยที่มีผลต่อประสิทธิภาพได้ โดยเฉพาะในจังหวัดที่มีจำนวนครั้งการขายทอดตลาดและมูลค่าการขายทอดตลาดอยู่ในระดับสูง ซึ่งสะท้อนโอกาสที่จะทำให้เกิดการผลักดันทรัพย์สินที่บังคับคดีไว้ให้เกิดการขายทอดตลาดได้มากขึ้น กรมบังคับคดีอาจต้องบริหารจัดการเชิงนโยบายเพื่อให้เกิดความเพียงพอของสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดให้มากขึ้น

ด้านคุณภาพการให้บริการ ด้านช่องทางการติดต่อสื่อสาร ด้านสินค้าและบริการ พบว่า ผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดยังต้องการข้อมูลเกี่ยวกับที่ตั้งทรัพย์สินโดยละเอียด ภาพถ่ายสภาพทรัพย์สินที่ชัดเจน ข้อมูลเกี่ยวกับเอกสารสิทธิ ข้อมูลเกี่ยวกับภาระหนี้จำนองที่เป็นปัจจุบัน เพื่อให้ผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดที่ต้องการเห็นตัวทรัพย์สินและได้รับข้อมูลที่ครบถ้วนมากที่สุดอันมีผลต่อการตัดสินใจเข้าร่วมการขายทอดตลาดได้ ดังนี้ กรมบังคับคดีควรจัดทำแอปพลิเคชันหรือเว็บไซต์ที่มีอยู่โดยเชื่อมต่อกับ Google Map และมีเจ้าหน้าที่ที่อาจให้คำแนะนำการเดินทางเข้าไปยังทรัพย์สินที่จะขายทอดตลาดได้ นอกจากนี้ ทุกแห่งควรจะทำ Bulletin Board ซึ่งจะระบุขั้นตอนในการขายทอดตลาดเพื่อให้ผู้เข้าร่วมได้ตรวจสอบอีกครั้ง

ด้านการคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด พบว่า ในภาพรวมผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดมีความพึงพอใจในการคุ้มครองสิทธิของตนในระดับมาก แต่ในบางกรณีอาจมีประเด็นปัญหากฎหมายด้วย ซึ่งจะได้นำเสนอในส่วนปัญหากฎหมายต่อไป

### ข. ปัจจัยต่อความสนใจของผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาด

จากการพิจารณาผลของการตอบแบบสอบถาม พบว่า ราคาของทรัพย์สินนั้นเป็นปัจจัยที่ผู้เข้าร่วมให้ความสนใจมากที่สุด โดยผู้เขียนเห็นว่า การได้มาซึ่งราคาประเมินของทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดนั้น ยังไม่สะท้อนราคาตลาดที่เหมาะสม ดังนั้น กรมบังคับคดีควรมีผู้ประเมินราคาหรือคณะกรรมการประเมินราคาที่มีความเหมาะสม โดยมีความเชี่ยวชาญอย่างแท้จริงเกี่ยวกับตัวทรัพย์สินที่นำออกขายทอดตลาดในด้านอสังหาริมทรัพย์ ด้านเศรษฐกิจและการตลาด ที่อาจมิใช่เจ้าหน้าที่กรมบังคับคดีหรือเจ้าพนักงานของรัฐ นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ซื้อทรัพย์สินทั้งหลักประกัน

นับเป็นประเด็นทางกฎหมายที่ส่งผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดได้ ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอข้อเสนอแนะในส่วนของกฎหมายต่อไป

### 3) ปัญหากฎหมายที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด

#### (1) การกำหนดวันขายทอดตลาด

จากการศึกษาพบว่า แนวทางของประเทศสิงคโปร์ ตาม Rules of Court, Order 47 rule 5 (a) ที่นำพิจารณา โดยอาจกำหนดให้เจ้าพนักงานบังคับคดีต้องแจ้งกำหนดวันเวลา และสถานที่ขายทอดตลาดให้บรรดาผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีทราบ โดยกำหนดวันและเวลาขายทอดตลาดดังกล่าวสำหรับทรัพย์สินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ต้องไม่น้อยกว่า 45 วันนับแต่วันยึดอายัด หรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น และไม่น้อยกว่า 30 วัน สำหรับทรัพย์สินที่เป็นสังหาริมทรัพย์ อันอาจทำให้เกิดประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดได้เร็วขึ้นบ้าง โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแพ่ง มาตรา 331 วรรคสอง เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าว

#### (2) กรณีผู้ซื้อทรัพย์สินมีอาจเข้าครอบครองทรัพย์สินหลังการซื้อทรัพย์สินได้

กรณีนี้เป็นผลที่เกิดภายหลังการขายทอดตลาด แต่จากการสอบถามผู้มีส่วนได้เสียพบว่า หากมีผู้อยู่อาศัยเป็นกรณีทั่วๆ ไป ยิ่งอาจค่อยๆ ดำเนินการต่อไป แต่หลายครั้งพบว่าผู้อยู่อาศัยนั้นเป็นผู้ป่วยติดเตียง เป็นเด็กเล็ก เป็นคนชรา ผู้ซื้อทรัพย์สินมีความลำบากใจในการขับไล่ แม้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 334 จะได้กำหนดให้ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดมีสิทธิยื่นคำขอให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อขับไล่ลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือบริวารออกไปจากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ โดยไม่ต้องฟ้องเป็นคดีเรื่องใหม่ ซึ่งถือเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดที่สามารถบังคับคดีขับไล่ได้โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลเป็นเรื่องใหม่ แต่ผู้ซื้อยังต้องมีการดำเนินการเช่นนั้นด้วยตนเองอยู่ต่อไป ไม่มีความแน่นอนเลยว่าจะได้ครอบครองทรัพย์สินที่ซื้อนั้นในเวลาเมื่อใด ดังนี้เห็นควรว่า

ก. ควรมีกำหนดเป็นระเบียบในการขายทอดตลาดว่า ต้องการแจ้งข้อมูลผู้อยู่อาศัยในทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดด้วย เพื่อให้ผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดจะสามารถอนุมานได้ว่าตนต้องมีระยะเวลาและค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้ในการดำเนินการขับไล่ผู้อยู่อาศัยต่อไปด้วย แม้โดยทั่วไปเป็นหน้าที่ของผู้ต้องการซื้อทรัพย์สินจะต้องเข้าตรวจทรัพย์สินนั้นเองก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ซื้อทรัพย์สินจะพิจารณาข้อมูลตามภาพถ่ายหรือข้อมูลที่ระบุไว้เพื่อการขายทอดตลาดนั้นเท่านั้น

ข. โดยจากการศึกษาข้อมูลจากต่างประเทศ พบว่า ประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม Sheriff 's Condition of Sale ที่ประกาศโดยเขต Cumberland, Warren, Sussex มักมีข้อกำหนดว่า หากเจ้าของไม่ออกจากอสังหาริมทรัพย์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดอาจขอหมายให้เข้าครอบครอง ซึ่งใช้เวลาผู้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ออกจากอสังหาริมทรัพย์นั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด หากไม่ปฏิบัติตามจะมีมาตรการที่แตกต่างกันไป เช่น

การขนย้ายทรัพย์สินออกจากตัวทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดได้ โดยควรมีมาตรการเพิ่มเติมที่ภาครัฐเข้ามามีส่วนดำเนินการเพิ่มขึ้นในส่วนนี้ เพื่อให้ผู้ต้องการซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาดมั่นใจได้ว่า หลังจากการซื้อทรัพย์สินแล้วแม้พบว่าผู้ที่ยังอยู่อาศัยในทรัพย์สินที่ขายทอดตลาดนั้นตนอาจต้องดำเนินการแต่ก็ยังมีขั้นตอนที่ภาครัฐมีส่วนช่วยเหลือด้วย

### (3) การทิ้งหลักประกันของผู้ซื้อทรัพย์สินจากการขายทอดตลาด

การทิ้งหลักประกันเพราะเหตุมาจากการที่ไม่สามารถหาเงินส่วนที่เหลือได้อันส่งผลเสียต่อการขายทอดตลาดเพราะต้องดำเนินการขายทอดตลาดใหม่ทำให้ใช้เวลาอีกไม่น้อยส่งผลต่อประสิทธิภาพการขายทอดตลาดอย่างยิ่ง โดยพิจารณาเห็นว่า มาตรการทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสิงคโปร์ มีมาตรการที่น่าสนใจซึ่งควรนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายของไทยต่อไป โดยตามมาตรา 67 แห่งพระราชบัญญัติการบังคับคดีแพ่ง ค.ศ.1979 หรือ Civil Execution Act 1979 ของประเทศญี่ปุ่น กำหนดว่า หากผู้ที่ทำคำเสนอซื้อสิ่งหาริมทรัพย์ในราคาสูงสุดไม่ชำระราคาที่เสนอ ผู้ที่เสนอราคาเป็นลำดับถัดมาอาจได้สิทธิซื้อสิ่งหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้ แต่ต้องแจ้งต่อเจ้าพนักงานบังคับคดีในเวลาสิ้นสุดของการขาย ผู้เขียนเห็นว่า วิธีการดังกล่าวย่อมทำให้การขายมีประสิทธิภาพที่ดีขึ้น โดยเป็นการทำให้ผู้ที่เสนอราคาสูงสุดต้องรีบชำระราคาเพราะมีเช่นนั้น ผู้เสนอซื้อในลำดับถัดมาอาจได้ซื้อสิ่งหาริมทรัพย์ที่ตนต้องการไป ซึ่งเป็นวิธีการที่อาจทำให้ผู้เสนอราคาซื้อสูงสุดซึ่งเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินได้นั้นรีบชำระราคาและไม่ทิ้งเงินประกันโดยทางอ้อมได้ โดยประกอบกับหลักเกณฑ์ของประเทศสิงคโปร์ซึ่งกำหนดไว้ในกรณีการขายทอดตลาดโดยผู้ทอดตลาดรับอนุญาตว่าผู้ซื้อทรัพย์สินต้องวางเงินจำนวนหนึ่งในสี่ของราคาทรัพย์สินที่ประมูลได้จากการขายทอดตลาดทันที หากผู้ซื้อทรัพย์สินไม่ชำระราคาส่วนที่เหลือภายในกำหนดเวลา จะถูกริบเงินดังกล่าว และผู้ขายทอดตลาดได้รับอนุญาตสามารถนำทรัพย์สินออกขายทอดตลาดได้ทันทีโดยไม่ต้องแจ้งผู้ซื้อทรัพย์สินก่อน

### (4) การขายทอดตลาดทรัพย์สินไม่ได้

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาจากการที่ทรัพย์สินนั้นไม่นำออกขายทอดตลาด แต่กลับไม่อาจขายได้เลยแม้จะขายซ้ำแล้วซ้ำอีก ซึ่งส่งผลต่อประสิทธิภาพการขายทอดตลาดอย่างยิ่ง ดังนี้ผู้เขียนเห็นว่า ควรแก้ไขกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องตามแนวทางอันเป็นมาตรการของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกามาพิจารณา โดยตามมาตราการของประเทศญี่ปุ่นใน Section 68-3 (1) of Civil Execution Act, Act No. 4 of March 30, 1979. จะกำหนดให้มีมาตรการพิเศษสำหรับอสังหาริมทรัพย์ที่อาจขายไม่ได้ กล่าวคือ เมื่อเจ้าหน้าที่ศาลได้ทำการขายครบ 3 ครั้งแล้ว ไม่ว่าด้วยวิธีใดๆ ก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงสภาพ การใช้สอย กฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง และข้อพิจารณาอื่นๆ ในอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว หากศาลเห็นว่า อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไม่น่าจะขายได้อีกในอนาคต

ให้ศาลมีคำสั่งให้หยุดการขายไว้ก่อน และหากไม่มีการร้องขอจากเจ้าหนี้ให้มีการขายอีกครั้งภายใน 3 เดือน ศาลอาจมีคำสั่งให้ยกเลิกการขายทอดตลาดได้ ซึ่งหากขายไม่ได้ ศาลก็ยังสามารถใช้วิธีการบริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์ด้วยการนำออกให้เช่าได้ รวมถึงในส่วนหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ตาม Sheriff 's Condition of Sale ที่ประกาศโดยเขต Cumberland, Warren, Sussex มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ด้วย ในกรณีที่เป็นการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์ที่มาจาก การบังคับจำนองจะเริ่มจากการขายทอดตลาดโดยโจทก์หรือทนายฝ่ายโจทก์ ถ้าไม่มีผู้เข้าสู้ราคา ทรัพย์นั้นจะถูกขายให้โจทก์ในราคาเริ่มต้นได้ นอกจากนี้ ในกรณีประเทศสหราชอาณาจักร โดยปกติ ทรัพย์นั้นเมื่อนำออกขายทอดตลาด แต่กลับขายไม่ได้ ดังนี้ ทรัพย์ที่ขายทอดตลาดนั้นจะมีได้ถูกถอน ออกไปจากการขายทอดตลาด โดยผู้ทอดตลาดสามารถสอบถามผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดที่สนใจ เพื่อหาราคาที่ดีที่สุดได้ภายหลังการขายทอดตลาดที่ไม่สามารถขายทรัพย์ได้ เช่นนั้น หากปรากฏว่า ได้รับข้อเสนอที่น่าสนใจโดยมีราคาเท่ากับหรือสูงกว่าราคาขั้นต่ำ (Reserve Price) ผู้ทอดตลาดย่อม อาจขายทรัพย์สินนั้นได้ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดยิ่งขึ้น

(5) การขายยาระยะเวลาชำระเงินส่วนที่เหลือเพื่อดำเนินการขอสินเชื่อกับธนาคาร

ตามคำสั่งกรมบังคับคดีและประกาศอธิบดีกรมบังคับคดีกำหนดให้ขายยาระยะเวลาได้ไม่เกิน 3 เดือน แต่มีข้อเสนอแนะจากแบบสอบถามผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดว่า สำนักงานบังคับคดีบางแห่งให้ขายได้โดยไม่ต้องมีหนังสือรับรองจากธนาคาร ซึ่งอาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันของผู้เข้าประมูลในแต่ละสำนักบังคับคดี ในกรณีนี้เห็นว่า กรมบังคับคดีควรมีการวางแผนปฏิบัติในการดำเนินการให้เป็นแนวทางเดียวกันในทุกท้องที่เพื่อให้ผู้ร่วมเข้าการขายทอดตลาดสามารถปฏิบัติและดำเนินการได้ถูกต้องครบถ้วนเหมือนกันทุกท้องที่

นอกจากนี้ โดยผลจากการสอบถามผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดพบว่า ควรมีการขายยาระยะเวลาการวางเงินส่วนที่เหลือให้มากกว่า 3 เดือน ในกรณีราคาทรัพย์ที่มีการขายได้ในราคาสูงกว่า 1 ล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้เพื่อช่วยลดประเด็นที่เป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดตามมาก็คือ การทิ้งหลักประกัน โดยผู้เขียนเห็นว่า หากจะมีการขายยาระยะเวลาให้นั้น ควรมีการขายให้ในกรณีที่มีราคาซื้อทรัพย์ตั้งแต่ 3 ล้านบาทขึ้นไป เนื่องจากพิจารณาว่า ผู้ที่ต้องการซื้อทรัพย์นั้นในเบื้องต้นควรเป็นผู้มีความพร้อมทางการเงินในการเข้าร่วมการขายทอดตลาดระดับหนึ่ง และราคาทรัพย์ 3 ล้านบาทนั้น นับเป็นช่วงราคาที่มีมูลค่าสูงและเป็นช่วงราคาในทรัพย์สินกลุ่มอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นที่อยู่อาศัย มีผู้สนใจค่อนข้างมาก อาจช่วยลดการทิ้งประกันที่จะตามมาได้

(6) สิทธิของนิติบุคคลอาคารชุดและนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรที่จะได้รับเงินก่อนเจ้าหนี้จำนอง

เนื่องจากหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 335 ตามที่ได้รับข้อมูลทั้งจากเจ้าหนี้ที่และผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาดว่า มีความไม่เป็นธรรมกับเจ้าหนี้

จำนองซึ่งเป็นเจ้าหนี้บุริมสิทธิ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องตามแนวทางของกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกำหนดว่า หากมีหนี้ที่ค้ำชำระเกี่ยวนิติบุคคล เช่น ค่าส่วนกลาง ค่าบำรุงรักษา และค่าเงินกองทุนของนิติบุคคล กรณีเช่นนี้จะเกิดเป็นหน้าที่ของผู้ซื้อทรัพย์สินดังกล่าวไปที่จะต้องชำระให้กับนิติบุคคลเช่นเดียวกัน โดยอาจมีจำนวนที่ต้องชำระเพิ่มจากที่กำหนดไว้ในรายละเอียดของทรัพย์สินหรือในรายงานการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ได้ เพื่อให้เกิดความมีประสิทธิภาพและเป็นธรรมแก่เจ้าหนี้จำนองในการได้รับชำระหนี้ ดังนี้ จึงต้องมีการกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อที่ต้องเป็นผู้ชำระอีกส่วนหนึ่งเพิ่มจากราคาซื้อซึ่งต้องมีการแจ้งไว้โดยชัดแจ้งในรายละเอียดของทรัพย์สินหรือในรายงานการประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ยังมีหนี้ที่ค้ำชำระเกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น เพื่อให้ผู้ที่จะซื้อทรัพย์สินนั้นทราบถึงภาระที่ตนต้องมีหน้าที่ด้วย

#### (7) การคุ้มครองสิทธิของผู้ร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาด

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 295 วรรคหก กำหนดหลักการคุ้มครองโดยให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการขายทอดตลาดมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้ผู้ยื่นคำร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้ อันเป็นหลักการเดียวกับการขอใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีเกิดความเสียหายจากการยื่นคำขอใช้วิธีการชั่วคราว ตามมาตรา 263 ซึ่งไม่เป็นการจำกัดสิทธิในการยื่นคำร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดเกินสมควร และยังเป็นการคุ้มครองสิทธิของลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้มีส่วนได้เสียในการบังคับคดีให้เท่าเทียมกับการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาด้วย ดังนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 295 วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า “ในการยื่นคำร้องต่อศาลตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง หากมีพยานหลักฐานเบื้องต้นแสดงว่าคำร้องนั้นไม่มีมูลและยื่นเข้ามาเพื่อประวิงให้ชักช้า ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ยื่นคำร้องวางเงินหรือหาประกันต่อศาลตามจำนวนและภายในระยะเวลาที่ศาลเห็นสมควรเพื่อเป็นประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือบุคคลนั้นสำหรับความเสียหายที่อาจได้รับจากการยื่นคำร้องนั้น ถ้าผู้ยื่นคำร้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องนั้นเสีย ส่วนเงินหรือประกันที่วางไว้ต่อศาลดังกล่าว เมื่อศาลเห็นว่าไม่มีความจำเป็นต่อไป จะสั่งคืนหรือยกเลิกประกันนั้นก็ได้ คำสั่งของศาลที่ออกตามความในวรรคนี้ให้เป็นที่สุด ในส่วนที่กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ผู้ร้องขอเพิกถอนการขายทอดตลาดวางเงินหรือหาประกันต่อศาลเพื่อเป็นการประกันการชำระค่าสินไหมทดแทนแก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาสำหรับความเสียหายที่อาจได้รับจากการยื่นคำร้องดังกล่าว หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ให้ศาลมีคำสั่งยกคำร้องนั้นเสีย” ทั้งนี้เพราะมีแนวทางในการเยียวยาเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาหรือผู้ได้รับความเสียหายจากการขายทอดตลาด ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 295 วรรคหก โดยเฉพาะแล้ว

#### 4) มาตรการพิเศษเพื่อการขายทอดตลาด

##### (1) มาตรการทางเลือกในการบังคับคดี

การกำหนดหลักเกณฑ์เป็นทางเลือกในการบังคับคดีในอสังหาริมทรัพย์ที่หลากหลาย ได้แก่ การประมูลขายทอดตลาดหรือการบังคับบริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์ เช่น การนำอสังหาริมทรัพย์นั้นออกให้เช่า โดยอาจดำเนินการร่วมกันทั้งสองวิธีก็ได้ สำหรับการบังคับคดีด้วยการประมูลขายทอดตลาดนั้น อาจกระทำได้โดยวิธีการเปิดซองประมูลราคา วิธีการขายทอดตลาดด้วยการประมูลแบบปกติ การใช้การขายทอดตลาดทางอิเล็กทรอนิกส์ หรือวิธีอื่นๆ ตามที่เจ้าพนักงานศาลและเจ้าพนักงานบังคับคดีเห็นว่าเหมาะสมก็ได้

(2) มาตรการให้สถาบันการเงินหรือเอกชนมีสิทธิดำเนินการขายทอดตลาดหรือการบังคับคดีกับทรัพย์สินหลักประกัน

ในการบังคับคดีกับทรัพย์สินหลักประกัน เช่น ในกรณีการจำนองพบว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยมีการถ่ายโอนให้สถาบันการเงินที่เป็นผู้รับหลักประกันดำเนินบังคับคดีและขายทอดตลาดทรัพย์สินจำนอง เพราะเจ้าหนี้บุริมสิทธิในการจำนองมีสิทธิได้รับชำระหนี้ก่อน และการบังคับกับหลักประกันที่รวดเร็วและสภาพทรัพย์สินที่ไม่เสื่อมราคาย่อมเป็นประโยชน์กับเจ้าของทรัพย์สินและผู้รับหลักประกัน นอกจากนี้สถาบันการเงินที่เป็นผู้รับหลักประกันอาจจะเปิดโอกาสให้เจ้าของทรัพย์สินหลักประกันนำทรัพย์สินไปขายเองหรือปรับปรุงสภาพทรัพย์สินให้มีสภาพดีเพื่อขายทรัพย์สินให้ได้ราคา มิให้ตนเองต้องรับผิดชอบในหนี้ที่เหลือด้วย อันเป็นการให้สถาบันการเงินหรือเอกชนมีสิทธิดำเนินการขายทอดตลาดเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการขายทอดตลาด ทั้งในด้านระยะเวลาดำเนินการขายที่อาจขายได้รวดเร็วมากขึ้นและขายได้ราคาสูงมากขึ้น สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศสหราชอาณาจักรที่มีการอนุญาตให้ดำเนินการขายทอดตลาดโดยเอกชนได้ ในส่วนประเทศสิงคโปร์มีกรณีที่กฎหมายกำหนดว่า หากทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาที่ยึดหรืออายัดไว้มีราคาประเมินเกินกว่า 2,000 ดอลลาร์สิงคโปร์ กฎหมายกำหนดให้ผู้ทอดตลาดรับอนุญาต (Authorized auctioneer) เป็นผู้ดำเนินการขายทอดตลาดได้ เว้นแต่เจ้าพนักงานบังคับคดีจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

##### (3) การขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์แบบกลุ่ม

จากการศึกษาพบว่า การขายอสังหาริมทรัพย์แบบกลุ่ม เป็นมาตรการหนึ่งที่สามารถเพิ่มประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดได้ จึงควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาตามแนวทางของกฎหมายประเทศญี่ปุ่น คือ หากศาลเห็นว่าเป็นการเหมาะสมที่จะให้ผู้ซื้อทรัพย์สินรายใดรายหนึ่งซึ่งอสังหาริมทรัพย์รวมไปกับอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ในคราวเดียวกัน โดยพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องในการใช้อสังหาริมทรัพย์และความเป็นไปได้ที่จะชำระหนี้ และหากได้รับความยินยอมจากลูกหนี้ทุกฝ่ายก็สามารถมีคำสั่งให้มีการประมูลขายอสังหาริมทรัพย์แบบกลุ่มได้ โดยพิจารณาเห็นว่าการขายทอดตลาดอสังหาริมทรัพย์แบบกลุ่มนี้ย่อมเป็นการจูงใจผู้ซื้อได้

โดยเฉพาะหากได้ข้อเสนอด้านราคาที่ดีกว่าซื้อที่ละอสังหาริมทรัพย์ และยังเป็นการขายทรัพย์สินหลายตัวไปในคราวเดียวกัน ย่อมทำให้ทรัพย์สินที่ค้างอยู่ถูกผลักดันให้ขายได้รวดเร็วขึ้น

#### (4) การประเมินราคาทรัพย์สินที่ขายทอดตลาด

ราคาทรัพย์สินนับเป็นปัจจัยสำคัญลำดับแรกๆ ที่จะทำให้เกิดความสนใจในการเข้าร่วมการขายทอดตลาด ดังนั้น ควรมีการแต่งตั้งผู้ประเมินราคาจากผู้เชี่ยวชาญอย่างแท้จริง โดยพิจารณาตามแนวทางของประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกำหนดให้มีการแต่งตั้งผู้ประเมินราคาหรือคณะกรรมการประเมินราคา (ซึ่งมิได้เป็นเจ้าพนักงานบังคับคดี) เพื่อจัดทำรายงานประเมินราคาอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งคณะกรรมการประเมินราคา อาจแต่งตั้งจากผู้ที่เกี่ยวข้องอสังหาริมทรัพย์จากเอกชนที่มีความรู้ความเข้าใจในด้านเศรษฐกิจและการตลาด หรือผู้เชี่ยวชาญในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทำให้การกำหนดราคาที่มีความเหมาะสมมากขึ้น โดยผู้ประเมินราคาที่ศาลตั้งขึ้นนี้จะจัดเตรียมการประเมินที่มีข้อมูลเกี่ยวกับ มูลค่าของอสังหาริมทรัพย์นั้น สภาพแวดล้อมในบริเวณนั้น และแผนภาพของอสังหาริมทรัพย์นั้น และในบางกรณีนอกจากจะรายงานสภาพปัจจุบันของทรัพย์สินแล้วจะรายงานสถานะทางกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องด้วย

### 5. บทสรุป

จากการศึกษาข้อมูลสถิติในการขายทอดตลาด การลงพื้นที่เพื่อสอบถามกับผู้มีส่วนร่วมในการขายทอดตลาด ตลอดจนพิจารณาประเด็นปัญหากฎหมายที่มีผลต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดของกรมบังคับคดี พบว่า กระบวนการบังคับคดีที่ล่าช้า ทำให้ไม่สามารถผลักดันทรัพย์สินให้กลับคืนสู่ระบบได้อย่างที่ควรจะเป็น จะเห็นได้ว่า กรมบังคับคดีได้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมรูปแบบและวิธีการบางประการในการขายทอดตลาดอยู่เป็นระยะ แต่ด้วยรูปแบบและวิธีการบางประการในการขายทอดตลาดที่ใช้อยู่ในปัจจุบันยังอาจไม่สอดคล้องกับสภาพสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบันอันส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการขายทอดตลาดไม่ว่าทั้งทางตรงหรือทางอ้อม ผู้เขียนเห็นว่า ควรต้องมีการแก้ไขปรับปรุงในทางการบริหารจัดการในการขายทอดตลาด ตั้งแต่การจัดทำฐานข้อมูลและวิธีการเข้าสู่ฐานข้อมูล การบริการ การอำนวยความสะดวกเพื่อให้เกิดความพึงพอใจอันมีผลต่อการตัดสินใจของผู้เข้าร่วมการขายทอดตลาด ตลอดจนการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง รวมทั้งระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดการคุ้มครองสิทธิผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย และนำไปสู่ประสิทธิภาพของการขายทอดตลาด โดยกรมบังคับคดีที่ผลักดันทรัพย์สินและดำเนินการได้รวดเร็วขึ้นในที่สุด

## บรรณานุกรม

ศูนย์ข้อมูลข่าวสารอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์. **ระบบกฎหมายสิงคโปร์** [Online]. Available URL: <http://www.asean thai.net>, 2562 (พฤษภาคม, 18).

เอื้อน ชุนแก้ว. **การบังคับคดีแพ่ง**. กรุงเทพมหานครบริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560.

Civil Execution Act.

FAQs. **Execution Against Goods (Taking Control of Goods)** [Online]. Available URL: <https://www.hceoa.org.uk/faqs/other-types-of-enforcement>, 2020 (July, 19).

\_\_\_\_\_. **Other Types of Enforcement** [Online]. Available URL: <https://www.hceoa.org.uk/faqs/other-types-of-enforcement>, 2020 (July, 15).

High Court Enforcement Group. **Methods and place of sale** [Online]. Available URL: <https://hcegroup.co.uk/news/2017/sale-of-controlled-goods>, 2020 (July, 17).

Outline of Civil Procedure in Japan.

Rules of Court.

State Court of Singapore. **Enforce Judgments or Orders by Writ of Seizure and Sale** [Online]. Available URL: <https://www.statecourts.gov.sg/CivilCase/Pages/EnforcementofJudgmentsorOrdersbyWritofSeizureandSale.aspx>, 2020 (May, 20).



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวน  
ของตำรวจท้องเที่ยว

รองศาสตราจารย์จรัส เล็งวิทยา  
ร้อยตำรวจเอกหญิง ปวีณา ฟุ้งตระกูล



## ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว\* Legal Problems Related to the Inquiry Authority of Tourist Police

รองศาสตราจารย์จรัล เล็งวิทยา\*\*

Associate Professor Jaral Luengwittaya

ร้อยตำรวจเอกหญิง ปวีณา ฟุ้งตระกูล\*\*\*

Police Captain Paweena Fungtrakoon

### บทคัดย่อ

นอกจากความสวยงามทางธรรมชาติเสน่ห์ของความเป็นไทย และวัฒนธรรมไทยแล้ว กระบวนการยุติธรรมที่ดีมีประสิทธิภาพ ก็เป็นหนึ่งในปัจจัยที่สร้างความเชื่อมั่นให้แก่นักท่องเที่ยว

---

\*บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว” ซึ่งได้ผ่านการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์จรัล เล็งวิทยา และ ดร.ไพจิตร สวัสดิสาร คณะกรรมการสอบป้องกันวิทยานิพนธ์ คือ ร้อยตำรวจโท ดร.อุทัย อาทิวะ ดร.ธนกฤต วรธนัชชากุล และรองศาสตราจารย์ประเทือง ธนียผล.

This article is part of thesis “Legal Problems Related to the Inquiry Authority of Tourist Police”. This thesis has been approved by a graduate school as partial fulfillment of the requirements for the Master Degree of Law at Ramkhamhaeng University. Associate Professor Jaral Luengwittaya and Dr.Paijit Savasdisarais an advisors. Police Lieutenant Dr.Uthai Arthivech, Dr.Thanakrit Vorathanatchakul and Associate Professor Pratueng Thaniyapo are lexaminers.

\*\*อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นบ.มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ท.บ. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; LL.M. in Comparative Jurisprudence, Howard University, USA. E-mail: Peenong337@hotmail.com

Curriculum Lecturer in LL.M. Programme at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Thammasat University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage; LL.M. in Comparative Jurisprudence, Howard University, USA.

\*\*\*นักศึกษาลัทธิสุตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาบริหารงานยุติธรรม คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: Paweena.bee27@gmail.com

LL.M. Candidate in Criminal Justice Administration at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University.

วันที่รับบทความ (received) 7 ธันวาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 23 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 9 มีนาคม 2564.

ในการตัดสินใจเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทยว่า หากเดินทางมาท่องเที่ยวในประเทศไทยแล้วจะเกิดความปลอดภัยและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ป้องกันการเอารัดเอาเปรียบ และเยียวยากรณีที่นักท่องเที่ยวได้รับความเสียหาย จึงได้จัดตั้งให้มีเจ้าหน้าที่ตำรวจเฉพาะทางเข้ามาดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวซึ่งก็คือ การจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้น โดยในปัจจุบันมีการยกระดับขึ้นเป็น กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ในส่วนของอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวพบว่า มีการออกกฎหมายลำดับรองโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติเอง แต่ไม่ได้มีการกำหนดถึงงานสอบสวนไว้ อันเป็นการจำกัดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวไม่ให้รวมถึงอำนาจในการสอบสวน ทำให้ปัจจุบันตำรวจท่องเที่ยวไร้อำนาจสอบสวน ตำรวจท่องเที่ยวทำได้เพียงสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานและทำการจับกุม แล้วนำตัวผู้ต้องหาส่งต่อให้พนักงานสอบสวนท้องที่ทำการสอบสวนตามขั้นตอนตามกฎหมายต่อไป ดังนั้นเมื่อมีคดีอาญาที่เกี่ยวกับนักท่องเที่ยวหรือกระทำความผิดเกิดขึ้น ก็เป็นหน้าที่ของพนักงานสอบสวนท้องที่เป็นผู้ทำการสอบสวน ซึ่งพนักงานสอบสวนท้องที่นั้นมีปริมาณคดีล้นมืออยู่แล้ว และไม่ได้มีความเชี่ยวชาญชำนาญกฎหมายเฉพาะหรือความพร้อมด้านภาษาเท่ากับทางตำรวจท่องเที่ยวที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดูแลในเรื่องเหล่านี้โดยเฉพาะ จะเห็นว่าอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวไม่ครอบคลุมถึงงานที่ต้องรับผิดชอบทั้งตามรัฐธรรมนูญ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและข้อบังคับของตำรวจเองและไม่ถือเป็นการปฏิรูปประเทศในด้านการกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพและไม่เป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ การกิจของตำรวจให้เหมาะสม ทำให้การดำเนินคดีตามกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างไม่เป็นระบบ ล่าช้าและไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้นควรจะมีการแก้ไขให้ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจสอบสวน แต่ทั้งนี้ควรจำกัดให้มีอำนาจสอบสวนเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวโดยตรงเท่านั้น รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวควรจะมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ให้อำนาจตำรวจท่องเที่ยว ให้มีอำนาจสอบสวนในเรื่องที่เกี่ยวข้อง และหากมีการแก้ไขกฎหมายกำหนดให้ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจสอบสวนแล้ว ก็จะต้องพิจารณาต่อไปในเรื่องของ ปัญหาเรื่องประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว ปัญหาเรื่องกำหนดเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว และปัญหาเรื่องอำนาจในการตรวจสอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ บทความนี้ศึกษาเปรียบเทียบกับกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจเฉพาะทางหน่วยอื่นในประเทศไทย เพื่อนำมาปรับใช้ในการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมต่อไป

**คำสำคัญ:** ตำรวจท่องเที่ยว, กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว, อำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยว

### Abstract

Other than the beauty of Thailand's nature, charms, and cultures, a good and efficient justice system is also one of the factors that creates trusts for tourists to visit Thailand. The Ministry of Tourism and Sports and The Royal Thai Police have seen the importance of creating trusts for tourists and there by establishing a specialized police department, which is Tourist Police. At present, Tourist Police have been upgraded to Tourist Police Bureau. However, Tourist Police is currently lacking the powers of investigation. A subordinate law had not specified the investigation duty of Tourist Police. Which has made the current Tourist Police lack powers of investigation and can only inspect crime scene and evidence. Tourist Police only have the power to arrest and send the suspects to the local inquiry official for further legal process. Therefore, when the criminal cases involving tourists or affecting tourism occurred, the investigation duty is moved to the local inquiry officials. As local inquiry officials already have too much work and do not have a specialized legal knowledge or language knowledge, regarding tourists as competent as Tourist Police, it can be seen that the power and duties that the Tourist Police have do not comprehensively cover the tasks they need to take responsibility for according to Constitution of the Kingdom of Thailand, the Criminal Procedure Code and regulations of the police. This is not considered an efficient country reform with regard to the justice system and it is not an amendment or improvement of laws on power and duties of the police in an appropriate manner, making the case proceedings in accordance with the justice system unsystematic, delayed, and inefficient. Therefore, an amendment should be provided to enable Tourist Police to have power to carry out investigation. However, the power should be limited to investigation of specific cases associated with direct power and duties of Tourist Police only. In meantime, laws on tourisms should be added a provision that empower Tourist Police to have power to carry out investigation in related matters. If there was an amendment to the law to grant Tourist Police the powers of investigation, next issues that must be discussed are the problems on the types of crimes that are under the jurisdiction of Tourist Police, the problems on the

responsible investigation area of Tourist Police, and the authority to investigate tourism business and guides. This article compares the authorities of other specialized police department in Thailand to be used as model in creating properly authorities of Tourist Police.

**Keywords:** Tourist Police, Tourist Police Bureau, Authority and duties of Tourist Police

## 1. บทนำ

การท่องเที่ยวถือเป็นอุตสาหกรรมอันเป็นรายได้หลัก ที่ผลักดันให้เศรษฐกิจของประเทศไทย เดินหน้าต่อไปได้ เห็นได้จากผลการสรุปรายได้และค่าใช้จ่ายการท่องเที่ยวจากนักท่องเที่ยวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทย จากข้อมูลของกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาที่ผ่านมาตั้งแต่ พ.ศ.2557 จนถึง พ.ศ.2562<sup>1</sup> พบว่า สถานการณ์การท่องเที่ยวของประเทศไทยมีแนวโน้มที่ดีขึ้นเรื่อยมา แม้กระทั่งในปัจจุบันที่เกิดการแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา 2019 ก็ยังมีการกระตุ้นการท่องเที่ยวภายในประเทศเป็นสำคัญ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา สำนักงานตำรวจแห่งชาติและกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในเรื่องการสร้างเชื่อมั่นให้นักท่องเที่ยว โดยเน้นการดูแลรักษาความปลอดภัยและป้องกันการเอารัดเอาเปรียบนักท่องเที่ยว นอกจากนี้การทำความผิดต่อนักท่องเที่ยวจากการกระทำของบุคคลทั่วไปแล้ว ยังมีการทำความผิดจากอีกส่วนที่สำคัญที่เป็นปัญหาในปัจจุบัน คือ จาก “ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว” และ “มัคคุเทศก์” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากการทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะอันได้แก่ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 หากไม่มีการควบคุมดูแลตรวจสอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ที่เหมาะสมก็อาจจะทำให้นักท่องเที่ยวไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควรและอาจถูกเอารัดเอาเปรียบได้ รัฐบาลจึงให้ความสำคัญกับการมีเจ้าหน้าที่ตำรวจเฉพาะทางเข้ามาดูแลในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวซึ่งก็คือ การจัดตั้งให้มีตำรวจท่องเที่ยว โดยในปัจจุบันมีการตั้งขึ้นเป็นกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว มีหน้าที่หลักที่สำคัญ คือ การปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวกับคดีความผิดอาญาทั่วราชอาณาจักร ในกรณีที่มีผลกระทบต่อุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและความผิดที่เกี่ยวข้อง ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยว หรือเพื่อการอื่นใดตามกฎหมายคนเข้าเมือง และทำหน้าที่ในการดูแลรักษาความปลอดภัยให้นักท่องเที่ยว ขจัดการเอารัดเอาเปรียบนักท่องเที่ยวและอำนวยความสะดวกให้นักท่องเที่ยว<sup>2</sup>

แต่แม้จะมีการตั้งกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวขึ้นมาช่วยดูแลตรวจสอบในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว ตำรวจท่องเที่ยวเองยังคงไร้อำนาจสอบสวน โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวที่สำคัญในปัจจุบัน คือ พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือ

---

<sup>1</sup> กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, จำนวนและรายได้นักท่องเที่ยวต่างชาติรายเดือนปี 2559-2562P [Online], available URL: [https://www.mots.go.th/more\\_news\\_new.php?cid=585](https://www.mots.go.th/more_news_new.php?cid=585), 2562 (มีนาคม, 25).

<sup>2</sup> พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560, มาตรา 7.

ส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2560 ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560 และที่สำคัญ คือ ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2560 ที่มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท้องเที่ยวไว้ โดยไม่มีการกำหนดถึงอำนาจสอบสวน ทำให้ตำรวจท้องเที่ยวไร้อำนาจสอบสวน จึงจำเป็นที่จะต้องมีการบริหารจัดการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในส่วนของผู้ที่ตำรวจท้องเที่ยวในเรื่องของอำนาจสอบสวนให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นระบบ ครอบคลุม ลดความล่าช้า และเกิดประสิทธิภาพสูงสุด เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม

บทความนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องเที่ยว โดยมีวัตถุประสงค์ของการศึกษาถึงประวัติความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับตำรวจท้องเที่ยว อำนาจหน้าที่ของตำรวจท้องเที่ยว อำนาจสอบสวน ธุรกิจนำเที่ยว และ มัคคุเทศก์ รวมถึงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องเที่ยว โดยศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องเที่ยวในสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธรัฐมาเลเซีย สหราชอาณาจักร และศึกษาเปรียบเทียบกับอำนาจหน้าที่ของตำรวจกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และอำนาจหน้าที่ของตำรวจกองบังคับการปราบปราม เพื่อให้เห็นถึงแนวทางในการกำหนดอำนาจหน้าที่ที่สอบสวนของตำรวจท้องเที่ยว วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายและอุปสรรคต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องเที่ยว อันจะนำไปสู่การแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องเที่ยวและกฎหมายที่เกี่ยวข้องต่อไป

## 2. ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2559 พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย (ฉบับที่ 17) พ.ศ.2534 พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 ตลอดจนกฎหมายภายในอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอำนาจสอบสวน

### 3. ประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

ในการศึกษาถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว จำเป็นต้องทราบถึงความเป็นมาของการจัดตั้งกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

#### 3.1 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับตำรวจท่องเที่ยว

แรกเริ่มมีการจัดตั้ง “ศูนย์อำนวยความสะดวกและให้ความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว” (ศอ.นท.) ขึ้นในสังกัดกองปราบปราม เพื่อรับแจ้งเรื่องร้องเรียนและรักษาความปลอดภัยในแหล่งท่องเที่ยวเขตกรุงเทพมหานคร ต่อมาเปลี่ยนเป็น “ศูนย์ช่วยเหลือนักท่องเที่ยว” (ศชนท.) ในกรุงเทพมหานคร เชียงใหม่ พัทยา ภูเก็ต และหาดใหญ่ และมีการจัดตั้งอย่างถาวรขึ้นเป็นกองกำกับการ 8 สังกัดกองปราบปราม มีอำนาจรับคำร้องทุกข์และมีอำนาจสอบสวน ต่อมามีการยกฐานะเป็น “กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว สังกัดกองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง จนกระทั่งปัจจุบันมีการยกระดับเป็น “กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว”<sup>3</sup> เพื่อเป็นตำรวจเฉพาะทางที่ดูแลเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวหรือเกี่ยวกับนักท่องเที่ยวโดยตรง โดยมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไว้ให้ทำการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักร ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยว หรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง เนือง ให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และให้ความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยวในเขตพื้นที่รับผิดชอบ รวมทั้งการปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับมอบหมายแต่ที่สำคัญ คือ การออกระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2560 ขึ้นมาจำกัดอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว โดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติเอง เนื่องจากระเบียบดังกล่าวกำหนดให้แต่ละกองกำกับการ แบ่งออกเป็น “งานสืบสวน” และ “สถานียาตำรวจท่องเที่ยว” โดยไม่มีการกำหนดถึงงาน

---

<sup>3</sup>สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ, ประวัติกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว [Online], available URL: <http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER20/DRAWER086/GENERAL/DATA0000/000000004.HTM>, 2561 (มีนาคม, 27).

สอบสวนไว้ รวมถึงโครงสร้างของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวก็ไม่มีการระบุถึงงานสอบสวน ทำให้เมื่อมีการยกฐานะหน่วยงานให้ใหญ่ขึ้น กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวกลับไม่มีอำนาจสอบสวน

### 3.2 ประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว

ต้นกำเนิดของการนำเที่ยวนั้น ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเกิดขึ้นเมื่อใดหรือในยุคสมัยใด<sup>4</sup> โดยธุรกิจนำเที่ยวที่แท้จริงนั้น เกิดขึ้นครั้งแรกโดย โทมัส คูก (Thomas Cook) ชาวอังกฤษ ซึ่งได้ชื่อว่าเป็นผู้บุกเบิกธุรกิจนำเที่ยวของโลก<sup>5</sup> ในส่วนประวัติความเป็นมาของธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ของประเทศไทยนั้น เริ่มต้นในสมัยโบราณตั้งแต่สมัยสุโขทัย กรุงศรีอยุธยาและกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การเดินทางมีวัตถุประสงค์มาจากการเหตุแห่งสงคราม การเมืองและเพื่อธุรกิจ การแสวงบุญโดยการไปนมัสการสิ่งศักดิ์สิทธิ์ต่างๆ ดังเห็นได้จากนิราศต่างๆ ที่มีการประพันธ์ขึ้น เช่น นิราศภูเขาทองของสุนทรภู่ หรือนิราศประพาสธารทองแดงของเจ้าฟ้ากุ้ง เป็นต้น<sup>6</sup> ส่วนการเดินทางของสามัญชนในอดีตมีวัดเป็นศูนย์กลางเพื่อการประกอบพิธีทางศาสนา การพบปะญาติพี่น้อง กล่าวได้ว่าในประเทศไทยธุรกิจนำเที่ยวเริ่มต้นจากการจัดนำเที่ยวแบบฉิ่งฉับทัวร์ และมีการนำเที่ยวในระดับสากลขึ้น เมื่อประมาณ 30 ปีที่แล้ว ซึ่งธุรกิจนำเที่ยวในระยะแรกจะเน้นการนำนักท่องเที่ยวต่างชาติเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย ซึ่งต่างจากการมาท่องเที่ยวด้วยตนเอง อันเป็นการเที่ยวแบบกรุ๊ปทัวร์ผ่านการซื้อทัวร์มา ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวในประเทศไทยจะทำการจัดรายการนำเที่ยว ที่พัก อาหาร และยานพาหนะในการเดินทางหรือมีการจัดรายการนำเที่ยวแบบแพ็คเกจทัวร์ให้ลูกค้าเลือก มีธุรกิจนำเที่ยวเกิดขึ้นมากจนต้องมีกฎหมายเข้ามาควบคุม และในการนำเที่ยวนั้น ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะต้องว่าจ้างมัคคุเทศก์ โดยมัคคุเทศก์จะเป็นผู้ให้ความรู้ อำนวยความสะดวก ดูแลรับผิดชอบเรื่องต่างๆ ให้แก่นักท่องเที่ยว เนื่องจากเมื่อมีการซื้อทัวร์เดินทางแล้ว นักท่องเที่ยวจะอยู่ภายใต้การดูแลและนำเที่ยวโดยมัคคุเทศก์ นักท่องเที่ยวจะมีอำนาจต่อรองที่น้อยกว่า จึงต้องมีการควบคุมดูแลธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อไม่ให้นักท่องเที่ยวถูกเอารัดเอาเปรียบและได้รับการคุ้มครองดูแลอย่างรวดเร็ว เป็นระบบ ได้รับความเป็นธรรม

<sup>4</sup>นิศา ชัชกุล, **อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 223-224.

<sup>5</sup>บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา, **ธุรกิจนำเที่ยว** (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2555), หน้า 8-11.

<sup>6</sup>ศรีญา วรากุลวิทย์, **อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว** (กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดแฉะแฉะ, 2558), หน้า 105-106.

### 3.3 แนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องที่

#### 1) หน้าที่ของตำรวจที่เป็นสากล

ได้มีการกล่าวถึงโดย David H. Bayley ว่ามีหน้าที่อยู่ 5 ประการ ซึ่งประกอบไปด้วยหน้าที่ในด้านของการบังคับใช้กฎหมายและหน้าที่ในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

(1) หน้าที่บังคับใช้กฎหมายอาญา ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่รักษากฎหมายต้องทำหน้าที่ในการจับกุม สืบสวนและสอบสวนผู้กระทำความผิด

(2) หน้าที่ป้องกันการละเมิดกฎหมายอาญา อันเป็นการป้องปรามการกระทำความผิดที่อาจจะเกิดขึ้นในเขตอำนาจของตน โดยเน้นไปที่เจ้าหน้าที่ตำรวจสายตรวจหรือสายป้องกันและปราบปราม

(3) หน้าที่ประนีประนอมข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทมิให้เกิดข้อพิพาทที่รุนแรงและเกิดการบานปลายต่อไป เช่น การควบคุมฝูงชนมิให้เกิดการจลาจล เป็นต้น

(4) หน้าที่ออกกฎหมายควบคุมสังคม เช่น การออกคำสั่งต่างๆ รวมถึงการตรวจตราทั่วๆ ไป เพื่ออำนวยความสะดวกให้กับประชาชน

(5) หน้าที่ในการบริการเรื่องอื่นๆ ทางด้านสังคม เช่น การทำหน้าที่ช่วยเหลือฉุกเฉินในทางการแพทย์ ช่วยเหลือให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำแก่ประชาชน รวมถึงการให้ความรู้ในเรื่องข้อกฎหมายแก่ประชาชนที่เข้ามาสอบถาม เป็นต้น<sup>7</sup>

ในทั้ง 5 หน้าที่ของตำรวจนั้น ตำรวจท้องที่ควรทำหน้าที่ครบทุกหน้าที่เว้นเพียงแต่หน้าที่บังคับใช้กฎหมายอาญา ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่รักษากฎหมายต้องทำหน้าที่ในการจับกุม สืบสวนและสอบสวนผู้กระทำความผิด เนื่องจากตำรวจท้องที่ไม่มีอำนาจสอบสวน อันไม่เป็นไปตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ของตำรวจที่เป็นสากล ดังนั้นหากมีการแก้ไขให้ตำรวจท้องที่มีอำนาจสอบสวน ก็จะเป็นไปตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ของตำรวจที่เป็นสากล ในส่วนของหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอาญา ที่การดำเนินการทางอาญาเริ่มตั้งแต่ขั้นจับกุมผู้กระทำความผิด ไปจนกระทั่งถึงขั้นสืบสวน และควรจะไปถึงขั้นสอบสวนเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ

---

<sup>7</sup> คณะกรรมการพัฒนาระบบงานตำรวจ กระทรวงยุติธรรม, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเป็นไปได้ในการโอนภารกิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1 (นนทบุรี: คณะกรรมการพัฒนาระบบงานตำรวจ กระทรวงยุติธรรม, 2551), หน้า 48-49.

## 2) แนวคิดเรื่องต้นทุนค่าเสียหายของอาชญากร

Gary Becker กล่าวว่า ต้นทุนของอาชญากร ประกอบไปด้วย ขนาดของบทลงโทษ และโอกาสในการถูกจับกุม ซึ่งอาชญากรจะคิดก่อนตัดสินใจกระทำความผิด ประกอบไปด้วยสองส่วนข้างต้นว่า ความผิดนั้นมีขนาดบทลงโทษเท่าใด และโอกาสในการถูกจับกุมมีมากน้อยเพียงใด โดยสองส่วนนี้จะรวมเป็นต้นทุนค่าเสียหายของอาชญากรนั่นเอง ขนาดบทลงโทษ คือ ประเภทของบทลงโทษและขนาดสูงต่ำของบทลงโทษ โดยโทษประหารชีวิตเป็นบทลงโทษที่มีขนาดสูงสุด ขนาดบทลงโทษที่รุนแรงรองลงมาตามลำดับ คือ โทษจำคุกตลอดชีวิต โทษจำคุกที่มีระยะเวลา โทษปรับ และโทษริบทรัพย์ โดยโทษปรับจำนวนมากและโทษริบทรัพย์ที่มีประสิทธิภาพ ก็เป็นหนึ่งในต้นทุนที่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดของอาชญากร แต่การมีโทษปรับจำนวนมากสถานเดียวในบางครั้งก็ไม่สามารถยับยั้งอาชญากรได้ หากว่าผลประโยชน์ที่ได้รับสูงกว่าต้นทุนนั้น ส่วนโอกาสในการถูกจับกุม คือ โอกาสในการจับกุมผู้กระทำความผิดมาลงโทษหรือความเสี่ยงที่จะถูกจับกุมได้<sup>8</sup>

ดังนั้น ในส่วนความผิดทางอาญาที่เกี่ยวข้องกับนักท่องเที่ยวขนาดบทลงโทษและโอกาสในการถูกจับกุม ก็เป็นต้นทุนค่าเสียหายของอาชญากรที่หากอาชญากรมองว่าโอกาสในการถูกจับกุมมีน้อย เพราะการดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างล่าช้า ไม่มีระบบ ไม่มีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติ นั้น มีปัญหาในการสื่อสารทางภาษา รวมถึงมีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลา เมื่อรวมทุกปัจจัยแล้วเห็นว่าโอกาสในการถูกจับกุมมีน้อย อาชญากรก็จะตัดสินใจประกอบอาชญากรรมขึ้น ดังนั้นตำรวจท่องเที่ยวควรจะมีอำนาจหน้าที่ตั้งแต่ขั้นจับกุม สืบสวนและสอบสวน ให้เป็นไปอย่างมีระบบ มีประสิทธิภาพ ทำให้โอกาสในการจับกุมเพิ่มขึ้น การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างรวดเร็ว เมื่อขนาดของบทลงโทษเหมาะสมและโอกาสในการถูกจับกุมมีสูง อาชญากรก็จะตัดสินใจไม่กระทำความผิด

## 3.4 ทฤษฎีเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

1) ทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมายหรือกระบวนการยุติธรรม (Due Process Model)

กระบวนการนิติธรรม คือ การใช้กฎหมายอย่างเป็นธรรมและมีเหตุผลตามกฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นการที่รัฐหรือรัฐบาลกลางจะดำเนินคดีกับผู้ต้องหาในคดีอาญาด้วยหลักความเป็นธรรม เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายบัญญัติ อย่างถูกต้องเหมาะสม เป็นธรรม และกฎหมายวิธีพิจารณาความจะต้องให้ความคุ้มครองแก่บุคคลตามมาตรฐานขั้นต่ำ ภายใต้หลัก

<sup>8</sup> ปกป้อง ศรีสนิท, กฎหมายอาญาชั้นสูง (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 80-81.

เสรีภาพ<sup>9</sup> ทฤษฎีนี้จะให้ความสำคัญกับสิทธิ เสรีภาพของประชาชนเป็นสำคัญ การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐต้องเป็นไปโดยยึดถือกฎหมายเป็นหลัก เน้นเรื่องความเป็นธรรมตามขั้นตอนต่างๆ ตามที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากกว่าที่เน้นเรื่องการควบคุมอาชญากรรม ต้องจัดให้มีการแสวงหาข้อเท็จจริง มีการไต่สวนข้อกล่าวหาอย่างเป็นทางการ มีการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมอย่างเปิดเผย ตั้งแต่ชั้นตำรวจ พนักงานอัยการ ศาล และราชทัณฑ์ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของประชาชน การนำทฤษฎีนี้มาปรับใช้กับการดำเนินการต่างๆ ของเจ้าหน้าที่ตำรวจ จึงต้องเคารพสิทธิเสรีภาพและผลประโยชน์ของบุคคลเป็นสำคัญ การแสวงหาข้อเท็จจริงต่างๆ ต้องเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ตั้งแต่ขั้นตอนการสืบสวน การจับกุม การสอบสวนของตำรวจ จนกระทั่งถึงการดำเนินการของอัยการ ศาล และราชทัณฑ์ ในส่วนของตำรวจท่องเที่ยวเมื่อมีการกระทำความผิดทางอาญา หรือตามกฎหมายเฉพาะที่มีโทษทางอาญา ก็ต้องมีการดำเนินการจับกุมโดยชอบด้วยกฎหมาย มีการสืบสวนเพื่อหาพยานหลักฐานในทุกทาง ทั้งที่เป็นคุณต่อผู้ต้องหาหรือที่พิสูจน์ว่าผู้ต้องหาเป็นผู้กระทำความผิด

## 2) ทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model)

ในการคุ้มครองระเบียบของสังคม ตั้งอยู่บนพื้นฐานของกลไกการควบคุมทางสังคม สังคมจำเป็นต้องควบคุมอาชญากรรมและอาชญากร โดยการใช้มาตรการอันได้แก่ การบังคับ การข่มขู่ การปราบปราม การลงโทษด้วยวิธีการต่างๆ โดยการนำมาตรการต่างๆ มาใช้นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความสงบของสังคม รักษาความปลอดภัยและความมั่นคงของสมาชิกในสังคมจากอันตรายที่เกิดจากพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมาย<sup>10</sup> ทฤษฎีนี้มองว่า การที่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีประสิทธิภาพจะต้องมุ่งเน้นการควบคุม ป้องกัน ระวัง และปราบปรามอาชญากรรมเป็นสำคัญ และกระบวนการยุติธรรมจะต้องมีความรวดเร็ว ชัดเจน และแน่นอน การที่เจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถปราบปรามอาชญากรรม หรือไม่สามารถจับกุมผู้กระทำความผิดได้ ย่อมจะกระทบต่อความมั่นคง ความปลอดภัยและความสงบเรียบร้อยของสังคม ทฤษฎีนี้จึงเน้นการควบคุมอาชญากรรมเป็นสำคัญ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องลำดับรอง

จากการศึกษาแนวคิดและทฤษฎี พบว่า เนื่องจากตำรวจท่องเที่ยวไร้อำนาจสอบสวน ทำให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ลำช้า ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร จึงควรกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวให้มีอำนาจสอบสวนในเรื่องที่กระทบต่อการท่องเที่ยว

---

<sup>9</sup> ประธาน วัฒนาวณิชย์, “ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม และกระบวนการยุติธรรม,” วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520): 154.

<sup>10</sup> อุทัย อาทิวะช, ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (กรุงเทพมหานคร: วี.เจ.พรินติ้ง, 2559), หน้า 160.

โดยยึดถือตามแนวคิดเรื่องหน้าที่ของตำรวจที่เป็นสากล โดยเฉพาะอย่างยิ่งหน้าที่บังคับใช้กฎหมายอาญา ในฐานะที่เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่รักษากฎหมายต้องทำหน้าที่ในการจับกุม สืบสวนและสอบสวน ผู้กระทำความผิดและหากตำรวจท้องที่เขามีอำนาจหน้าที่ตั้งแต่ขั้นจับกุม สืบสวนและสอบสวน ทำให้โอกาสในการจับกุมเพิ่มขึ้น การดำเนินกระบวนการยุติธรรมเป็นไปอย่างรวดเร็ว เมื่อขนาดของบทลงโทษเหมาะสมและโอกาสในการถูกจับกุมมีสูง อาชญากรก็จะตัดสินใจไม่กระทำความผิดตามแนวคิดเรื่องต้นทุนค่าเสียหายของอาชญากรและควรกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท้องที่เพื่อให้ครอบคลุม มีประสิทธิภาพ มุ่งเน้นการควบคุม ป้องกัน ระวัง และปราบปรามอาชญากรรม มีความรวดเร็ว ชัดเจน และแน่นอน ตามทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรม (Crime Control Model) ที่แม้จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ก็ทำให้การปราบปรามอาชญากรรมมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการควบคุม ป้องกัน ระวัง และปราบปรามอาชญากรรมที่อาจจะเกิดขึ้นกับนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นเกิดจากบุคคลทั่วไป ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว มัคคุเทศก์ หรือบุคคลที่ไม่มีใบอนุญาตเป็นมัคคุเทศก์ หรือจากการกระทำอื่นใดที่มีผลกระทบต่อการท่องเที่ยวอันเป็นรายได้หลักของประเทศ

#### 4. กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตำรวจท้องที่เวลานั้น มีทั้งกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้โดยตรงและกฎหมายที่ไม่ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้โดยตรง ทำให้เมื่อตำรวจท้องที่เจอต้องการที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายก็จะมีความสับสนและยากลำบากในการปรับใช้ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีดังต่อไปนี้

##### 4.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ในส่วนที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม มีการรับรองไว้ในหมวดแนวนโยบายแห่งรัฐ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 68 วางหลักไว้ว่า รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพเป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็วและไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร

และในหมวด 16 มาตรา 258 (4) ข้อ ง. ด้านกระบวนการยุติธรรมวางหลักไว้ว่า ให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศในด้านที่เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรม ดำเนินการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ โดยแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ อำนาจ และภารกิจของตำรวจให้เหมาะสม ส่วนในด้านของนักท่องเที่ยวถือนักท่องเที่ยวก็คือ ผู้บริโภคคนหนึ่งที่จะได้รับความ

คุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 46 ที่กำหนดว่า สิทธิของผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง

#### 4.2 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ได้บัญญัติในมาตรา 2 (10) ว่า “การสืบสวน” หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

มาตรา 17 บัญญัติว่า พนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจมีอำนาจทำการสืบสวนคดีอาญาได้

ส่วนการสอบสวนมีการบัญญัตินิยามไว้ในมาตรา 2 (11) หมายถึง การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษ

และมาตรา 2 (6) บัญญัติว่า พนักงานสอบสวน หมายความว่า เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวน

จะเห็นได้ว่า ตำรวจนั้นไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งอยู่ที่ใดก็มีอำนาจทำการสืบสวนได้ทั่วราชอาณาจักร และในส่วนของตำรวจท้องที่เขี้ยวเองก็มีอำนาจในการสืบสวนทั่วราชอาณาจักรเช่นเดียวกัน แต่ในเรื่องอำนาจสอบสวนนั้น หากไม่มีกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ให้อำนาจสอบสวน ตำรวจคนนั้นก็ไร้อำนาจในการสอบสวนคดีอาญา

#### 4.3 พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551

นอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ในการป้องปรามการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังมีหน้าที่ที่สำคัญอีกด้านที่เกี่ยวกับการดูแลภาคส่วนอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว ได้แก่ ธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ โดยมีพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 เป็นกฎหมายหลักที่กำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ของธุรกิจนำเที่ยว มัคคุเทศก์

มาตรา 4 ได้กำหนดนิยามคำว่า “นายทะเบียน” หมายความว่า นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลางหรือนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์สาขา แล้วแต่กรณี

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้

และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง หรือนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์สาขาแล้วแต่กรณี และพนักงาน

เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นายทะเบียนมีอำนาจดังต่อไปนี้

1) นายทะเบียนมีอำนาจเข้าไปในสถานที่ทำการของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวในระหว่างเวลาทำการ

2) เข้าไปในยานพาหนะที่นักท่องเที่ยวใช้เดินทาง เพื่อตรวจสอบให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

3) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการที่กำหนดเป็นครั้งคราวหรือประจำ ตามแบบ รายละเอียด และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) เรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตัวแทนหรือลูกจ้าง มัคคุเทศก์ หรือผู้นำเที่ยวมาให้อัยการหรือชี้แจงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือการปฏิบัติหน้าที่มัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยวแล้วแต่กรณี หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อตรวจสอบ

โดยนายทะเบียนจะมอบหมายเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติก็ได้และการใช้อำนาจของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเดินทางท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวเกินสมควร<sup>11</sup>

นอกจากนั้น ในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวในระหว่างการนำเที่ยว มาตรา 29 วางหลักว่า ในระหว่างการนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวตามวรรคหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะพิสูจน์ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรายการนั้น ทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าหรือสูงกว่าเดิม

และมีระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วยมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ และผู้นำเที่ยวที่พึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทน หรือความคุ้มครองที่มัคคุเทศก์ และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ.2561 ข้อ 4 (10) กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (job order) เพื่อให้ นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการ และข้อ 9 กำหนดให้มัคคุเทศก์ต้องพกใบสั่งงานมัคคุเทศก์เพื่อแสดงให้นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบในขณะปฏิบัติหน้าที่

<sup>11</sup>พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551, มาตรา 76.

จะเห็นว่า ตำรวจท่องเที่ยวไม่ถือเป็นนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 ไม่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงตามกฎหมายดังกล่าว แต่กลับมีการขอความร่วมมือจากกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ให้ตำรวจท่องเที่ยวทำหน้าที่ตรวจสอบผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าทำหน้าที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ รวมถึงกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวเอง มีการจัดตั้งกองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ขึ้นโดยตรงเพื่อดูแลในเรื่องเหล่านี้ และในทางปฏิบัติก็ถือเป็นหน้าที่หลักในการตรวจสอบของตำรวจท่องเที่ยว อาทิ การตรวจสอบใบสั่งงานมัคคุเทศก์ตั้งแต่ลงเครื่องจากสนามบินและตามแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญทั่วประเทศไทย แต่พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 กลับมิได้ให้อำนาจตำรวจท่องเที่ยวไว้แต่อย่างใด

#### 4.4 พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560

ในส่วนของอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวมีการกำหนดไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เริ่มต้นจาก พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560

มาตรา 4 กำหนดให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (12/1) ของ ข.กองบัญชาการหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบเท่ากองบัญชาการ ของมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 ให้ทำการยกฐานะจาก “กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว” สังกัดกองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง เป็น “กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว”

มาตรา 7 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (20/1) ของ ข.กองบัญชาการหรือส่วนราชการที่มีฐานะเทียบเท่ากองบัญชาการ ของมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552 กำหนดอำนาจหน้าที่ในส่วนของการดำเนินคดีอาญาของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ให้มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักร ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องดำเนินการเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทั่วราชอาณาจักร การให้ความปลอดภัยแก่บุคคลสำคัญและประชาชน และการให้บริการช่วยเหลือประชาชน ช่วยเหลือ อำนวยความสะดวกและให้ความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือที่ได้รับมอบหมาย

#### 4.5 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560

มีการออกกฎหมายลำดับรองมารองรับ อันได้แก่ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 กำหนดให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (13/1) ของข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 โดยกำหนดดังนี้

(13/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว แบ่งเป็นดังต่อไปนี้

(ก) กองบังคับการอำนวยการ

(1) – (6) ฝ่ายอำนวยการ 1 – 6

(ข) – (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 -3 แต่ละกองบังคับการ ประกอบด้วย

(1) ฝ่ายอำนวยการ

(2) – (4) กองกำกับการ 1 – 3

(5) ศูนย์รับแจ้งเหตุและปฏิบัติการควบคุมสั่งการให้มีเฉพาะกองบังคับการ

ตำรวจท่องเที่ยว 1

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์<sup>12</sup>

จะเห็นได้ว่า โครงสร้างของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ไม่มีการระบุถึงงานสอบสวนไว้แต่อย่างใด

#### 4.6 ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560

ได้มีการออกประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560 ข้อ 2 โดยแบ่งโครงสร้างหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวขึ้นใหม่ โดยให้แบ่งโครงสร้างหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว

กล่าวโดยสรุป คือ กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร เขตปริมณฑลส่วนบน และภาคตะวันออก

<sup>12</sup> กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560, ข้อ 6.

กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 2 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคเหนือ

กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 3 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่ภาคตะวันตกและภาคใต้ และส่วนที่สำคัญอีกส่วน คือ กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ซึ่งมีเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองทั่วราชอาณาจักร<sup>13</sup>

#### 4.7 ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2560

ข้อ 6 ให้เพิ่มความแนบท้ายระเบียบนี้เป็นข้อ 24 กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวของความแนบท้ายระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 โดยข้อ 24 กำหนดให้กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว แบ่งเป็น กองบังคับการอำนวยการ กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 2 กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 3 และกองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ โดยมีการกำหนดอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาในเขตอำนาจรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครอง ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง ให้ความช่วยเหลือ อำนวยความสะดวก และรักษาความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว ในเขตอำนาจรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครอง งานอื่นๆ ที่ได้รับมอบหมาย รวมทั้งปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง หรือที่ได้รับมอบหมาย โดยให้แต่ละกองกำกับการแบ่งออกเป็น “งานสืบสวน” และ “สถานีดำรวจท่องเที่ยว”

จะเห็นได้ว่า การออกระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติดังกล่าว ได้ตีกรอบอำนาจของตำรวจท่องเที่ยวไว้ ซึ่งมีการระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ให้แต่ละกองกำกับการแบ่งออกเป็นงานสืบสวน และสถานีดำรวจท่องเที่ยว มีอำนาจหน้าที่ในงานสืบสวนและงานอื่นๆ แต่ไม่มีการระบุถึงงานสอบสวนทำให้กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวไร้อำนาจสอบสวน

---

<sup>13</sup> ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560, ข้อ 4 และข้อ 5.

#### 4.8 ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552: เปรียบเทียบ อำนาจหน้าที่ของตำรวจเฉพาะทาง

เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศแรกที่มีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้น และต่อมา มีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวในหลายประเทศ แต่จากการศึกษายังไม่พบว่า มีประเทศใดที่ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจสอบสวน เพราะส่วนใหญ่ประเทศต่างๆ เพิ่งมีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นได้ไม่นานนักและยังไม่ครอบคลุมทั่วทุกเขตพื้นที่การปกครอง ผู้ศึกษาจึงได้ศึกษาเปรียบเทียบกับ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจเฉพาะทางหน่วยอื่นในประเทศไทย อาทิ กองบังคับการปราบปราม อาชญากรรมทางเทคโนโลยี กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และกองบังคับการปราบปราม

1) อำนาจหน้าที่ของตำรวจกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับ อาชญากรรมทางเทคโนโลยี

ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 ข้อ 13 (ฎ) กำหนดอำนาจหน้าที่ของกองบังคับการปราบปราม การกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ไว้โดยสรุปว่า มีอำนาจหน้าที่และความ รับผิดชอบเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อย ป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวกับ เทคโนโลยี สืบสวนสอบสวน ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และตาม กฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องกับระบบคอมพิวเตอร์ ป้องกันปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับ อาชญากรรมทางเทคโนโลยี รับแจ้งเบาะแสจากประชาชน ตลอดจนให้คำปรึกษา แนะนำ ตลอดจน รวบรวมสภาพปัญหา เพื่อเสนอแนะแนวทางในการป้องกันอาชญากรรมทางเทคโนโลยี โดยมีกลุ่ม งานสอบสวน สืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี

2) อำนาจหน้าที่ของตำรวจกองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ

ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 ข้อ 13 (ณ) กำหนดอำนาจหน้าที่ของกองบังคับการปราบปราม การกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยสรุป ให้ทำการป้องกันและปราบปราม อาชญากรรมที่เกี่ยวกับภาษีทุกประเภท อาชญากรรมที่เกี่ยวกับการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา อาชญากรรมที่เกี่ยวกับการเงินการธนาคารทุกประเภทและความผิดที่เกี่ยวข้อง สืบสวนสอบสวน การกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจหรือการกระทำความผิดทาง อาญาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องทั่วราชอาณาจักร โดยกลุ่มงานสอบสวน มีอำนาจหน้าที่ปฏิบัติ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา สืบสวนสอบสวนการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา

เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจหรือการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง  
ทั่วราชอาณาจักร

### 3) อำนาจหน้าที่ของตำรวจกองบังคับการปราบปราม

ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ  
สำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552 ข้อ 13 (ข) กำหนดอำนาจหน้าที่ของกองบังคับการปราบปราม  
โดยสรุป ให้ทำการป้องกันปราบปรามอาชญากรรม สืบสวนสอบสวน ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธี  
พิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน  
ผู้มีอิทธิพล มือปืนรับจ้าง อาวุธสงคราม และความผิดที่มีโทษทางอาญาอันเกี่ยวกับการก่อความไม่  
สงบสุขแก่ประชาชน ที่ต้องใช้กำลังปฏิบัติการเสริมเป็นจำนวนมาก สนับสนุนการป้องกันปราบปราม  
การจลาจลและควบคุมฝูงชน ระงับเหตุฉุกเฉิน ปราบปรามการก่อการร้าย การก่อวินาศกรรมทั่ว  
ราชอาณาจักร การจับกุมคนร้ายที่มีอาวุธร้ายแรง การรักษาความมั่นคงภายในและรักษาความสงบ  
เรียบร้อยทั่วราชอาณาจักร

## 4.9 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

ผู้ศึกษาได้ศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ  
อำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวของสาธารณรัฐเกาหลี สหพันธรัฐมาเลเซียและ  
สหราชอาณาจักร โดยศึกษาในประเด็นอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยว อำนาจสอบสวนในกรณี  
เป็นคดีเกี่ยวกับนักท่องเที่ยว และการคุ้มครองนักท่องเที่ยวให้เป็นไปตามรายการนำเที่ยว

### 1) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวในสาธารณรัฐ เกาหลี

แต่เดิมนั้นสาธารณรัฐเกาหลีไม่ได้มีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นมาเป็นหน่วย  
เฉพาะ แต่เมื่อการท่องเที่ยวเติบโตขึ้น จึงได้มีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวเกาหลี เรียกว่า The Korea  
Tourist Police เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม พ.ศ.2556 ทำการดูแลนักท่องเที่ยวเป็นการเฉพาะ โดยคัดเลือก  
จากตำรวจทั่วไปที่มีความรู้ความสามารถด้านภาษา โดยมีการตั้งจุดบริการสถานีตำรวจท่องเที่ยวเพื่อ  
อำนวยความสะดวกและให้ข้อมูลกับนักท่องเที่ยว ครอบคลุมพื้นที่ท่องเที่ยวที่เป็นที่นิยมของ  
นักท่องเที่ยวต่างชาติ จำนวน 7 เขต ได้แก่ เมืองดง ฮงแด อินชางดง ทงแดมุน อีแทวอน ซองกเยซอน  
และชิตฮ็อลลึ ไม่ได้มีการจัดตั้งทั่วทุกจังหวัดหรืออาณาเขตของประเทศ และมีอำนาจหน้าที่ในการ  
ป้องกันปราบปรามและดำเนินการสืบสวนการกระทำความผิดที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบ  
นักท่องเที่ยวหรือเป็นกิจกรรมที่มีลักษณะผิดกฎหมาย อาทิ จากการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ที่  
ไม่ได้รับอนุญาตหรือเป็นการให้บริการของมัคคุเทศก์ที่ไม่มีคุณภาพ การคิดราคาสินค้าที่แพงเกินจริง  
หรือไม่มีการแจ้งราคาสินค้า การให้บริการรถรับจ้างที่เรียกราคาเกินจริงและการกระทำความผิด

ทางอาญาต่างๆ เป็นต้น อำนาจความสะดวกและให้ความช่วยเหลือแก่นักท่องเที่ยวและรับเรื่องร้องเรียนจากนักท่องเที่ยวหากมีการกระทำความผิดทางอาญาเกิดขึ้นกับนักท่องเที่ยวและตำรวจท่องเที่ยวได้รับการร้องเรียน ตำรวจท่องเที่ยวจะดำเนินการสอบถามและช่วยเหลือนักท่องเที่ยวในเบื้องต้น แต่หากต้องดำเนินคดีก็จะส่งให้ฝ่ายสืบสวนของตำรวจท่องเที่ยวเกาหลีดำเนินการสืบสวนแล้วก็ประสานงานไปยังตำรวจท้องที่ทำการสอบสวนเพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป ตำรวจท่องเที่ยวเกาหลีเองยังไร้อำนาจสอบสวน<sup>14</sup>

2) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวในสหพันธรัฐมาเลเซีย

กองบัญชาการตำรวจของมาเลเซียได้จัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นเป็นหน่วยเฉพาะเมื่อ พ.ศ.2528 ภายใต้กรอบแนวคิด เป็นมิตร รวดเร็ว และถูกต้องแม่นยำ โดยสถานีตำรวจท่องเที่ยวของมาเลเซีย นั้น ไม่ได้มีอยู่ทั่วทั้งประเทศ แต่สถานีตำรวจท่องเที่ยวจะตั้งอยู่ในเมืองหลวงของประเทศและในสถานที่ท่องเที่ยวที่สำคัญที่ได้รับความนิยมจากนักท่องเที่ยว อันได้แก่ กัวลาลัมเปอร์ ยะโฮร์บิงง และเซอลาโงร์ โดยมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลช่วยเหลือนักท่องเที่ยวในการให้ข้อมูลและตอบ ข้อซักถามต่างๆ ของนักท่องเที่ยวป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่กระทำต่อนักท่องเที่ยว เช่น การลักขโมย การฉ้อโกง การเอารัดเอาเปรียบนักท่องเที่ยว เป็นต้น และรับเรื่องร้องเรียนจากนักท่องเที่ยว ทั้งนี้การจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวมาเลเซียเป็นไปเพื่อให้ดำเนินการตรวจสอบควบคุมและดูแลกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว โรงแรม สายการบิน กลุ่มรถบัสและแท็กซี่ไม่ให้เอารัดเอาเปรียบหรือฉ้อโกงนักท่องเที่ยว เมื่อเกิดเหตุขึ้นกับนักท่องเที่ยวทางตำรวจท่องเที่ยวจะดำเนินการช่วยเหลือและดำเนินการในเบื้องต้น และหากเป็นกรณีที่ต้องดำเนินคดีก็จะส่งเรื่องและประสานกับตำรวจท้องที่ เป็นหน้าที่ของตำรวจท้องที่ในการดำเนินการสอบสวนเพื่อดำเนินการตามกฎหมายต่อไป<sup>15</sup>

3) มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ได้มีการจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นมาเป็นตำรวจเฉพาะทางเพื่อดูแลในเรื่องที่เกี่ยวกับนักท่องเที่ยวโดยเฉพาะ แต่เมื่อมีนักท่องเที่ยวขอความช่วยเหลือหรือมีคดีเกิดขึ้น จะเป็นตำรวจท้องที่และผู้ช่วยเหลือตำรวจเป็นผู้ที่จะให้ความช่วยเหลือแก่

<sup>14</sup>Tourist information center, **Tourist Police (Korea)** [Online], available URL: [https://english.visitkorea.or.kr/enu/TRV/TV\\_ENG\\_3\\_3.jsp](https://english.visitkorea.or.kr/enu/TRV/TV_ENG_3_3.jsp), 2019 (August, 22).

<sup>15</sup>Royal Malaysia Police, **Tourist Police (Malaysia)** [Online], available URL: [https://military.wikia.org/wiki/Tourist\\_Police\\_\(Malaysia\)](https://military.wikia.org/wiki/Tourist_Police_(Malaysia)), 2019 (November, 27).

นักท่องเที่ยว และหากมีคดีเกิดขึ้น ตำรวจท่องเที่ยวก็จะดำเนินคดีตามกฎหมายโดยตรง แต่ทั้งนี้ สหราชอาณาจักรนั้น มีการออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อคุ้มครองนักท่องเที่ยวที่มาท่องเที่ยวแบบกรุ๊ปทัวร์ ที่ทำการซื้อขายการนำเที่ยวมาโดยเฉพาะ โดยมีการกำหนดควบคุมเนื้อหาของการโฆษณาการขายการนำเที่ยวที่เสนอขาย (Brochure) และในกรณีผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกการขายการนำเที่ยวช่วงหลังจากเดินทาง หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดให้มีบริการอันเป็นสาระสำคัญตามที่ตกลงไว้ ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดหาบริการทดแทนที่เหมาะสมโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจากนักท่องเที่ยวและค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความแตกต่างของบริการที่จัดหาทดแทน แต่หากผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดหาบริการมาได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีการขนส่งนักท่องเที่ยวเดินทางกลับมายังสถานที่ออกเดินทาง โดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่นักท่องเที่ยวด้วย<sup>16</sup> ซึ่งแม้จะถือเป็นการคุ้มครองในทางแพ่ง แต่ก็ทำให้นักท่องเที่ยวได้รับความคุ้มครองอย่างเหมาะสม

## 5. ประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว ทั้งนี้จากบทบัญญัติของกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวและของหน่วยงานตำรวจเฉพาะทางอื่น และมาตรการทางกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวและที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับตำรวจท่องเที่ยวนั้น ปรากฏว่ามีปัญหาและข้อขัดข้องบางประการ ดังนี้

### 5.1 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่มีอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

การไม่มีอำนาจสอบสวนของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวนั้น เชื่อว่าจะไม่มีการให้อำนาจสอบสวนไว้ตั้งแต่ต้น แต่เนื่องจากการออกระเบียบจำกัดอำนาจสอบสวนด้วยสำนักงานตำรวจแห่งชาติเอง เริ่มต้นมีการตราพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวไว้ โดยไม่ได้มีการจำกัดในเรื่องอำนาจสอบสวน และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือเนื่องจากในปัจจุบันอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของประเทศไทยมีการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ทำให้มีปริมาณนักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังนั้นเพื่อให้การดูแลรักษาความปลอดภัยการให้บริการการให้ความช่วยเหลือ และอำนวยความสะดวกแก่นักท่องเที่ยวเป็นไป

---

<sup>16</sup>Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulation 1992.

อย่างมีประสิทธิภาพ จึงสมควรยกฐานะเป็นกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

แต่ต่อมาเมื่อมีการออกกฎหมายลำดับรองขึ้นมารองรับการจัดตั้งกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวที่สำคัญ ได้แก่ กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 กำหนดโครงสร้างให้กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว โดยไม่ได้รองรับในส่วนงานสอบสวนไว้ และที่สำคัญ คือ การออกระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2560 ขึ้นมาจำกัดอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยวโดยสำนักงานตำรวจแห่งชาติเอง เนื่องจากระเบียบดังกล่าวกำหนดให้แต่ละกองกำกับการ แบ่งออกเป็น “งานสืบสวน” และ “สถานีตำรวจท่องเที่ยว” โดยไม่มีการกำหนดถึงงานสอบสวนไว้ ทำให้กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวไร้อำนาจสอบสวน

ดังนั้น เมื่อมีคดีอาญาที่กระทบต่อการท่องเที่ยวหรือนักท่องเที่ยว ตำรวจท่องเที่ยวไม่มีอำนาจรับคำร้องทุกข์ ได้แก่ช่วยเหลือในเบื้องต้น สืบสวน จับกุม แล้วพานักท่องเที่ยวไปแจ้งความกับพนักงานสอบสวนท้องที่ ทำให้ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นเพื่อเป็นตำรวจเฉพาะทางให้ทำหน้าที่ดูแลนักท่องเที่ยวโดยตรง ประกอบกับความพร้อมในด้านภาษาและความรู้เกี่ยวกับกฎหมายเฉพาะ อันได้แก่ พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ที่ตำรวจท่องเที่ยวมีความเชี่ยวชาญชำนาญเฉพาะด้าน ทำให้การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นไปอย่างไม่เป็นระบบ ลำช้า ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร รวมถึงไม่ถึงเป็นการปฏิรูปประเทศในด้านกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพและไม่เป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ การกิจของตำรวจให้เหมาะสมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

อีกทั้งในปัจจุบันมีการทำบันทึกข้อตกลง (MOU) ว่าด้วยความร่วมมือในการพัฒนาระบบงานยุติธรรมและกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของนักท่องเที่ยวร่วมกันระหว่างสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา ได้มีการจัดตั้ง “กลุ่มงานคดีท่องเที่ยว” ขึ้นในศาลยุติธรรม รองรับคดีข้อพิพาททางแพ่งกรณีที่นักท่องเที่ยวเป็นคู่กรณี คดีผู้บริโภคอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าและบริการนักท่องเที่ยว และคดีอาญาที่นักท่องเที่ยวตกเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย<sup>17</sup> อันเป็นการรองรับคดีที่เกี่ยวกับนักท่องเที่ยวไว้อยู่แล้ว ซึ่งทำให้คดีได้รับการพิจารณาโดยเร็ว แต่กลับเป็นสำนักงานตำรวจแห่งชาติ

---

<sup>17</sup> ฌนาธิป ทองรวีวงศ์, กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558), หน้า 107-109.

เองที่ยังมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ที่ไม่เหมาะสม แทนที่จะกำหนดให้ตำรวจท่องเที่ยวซึ่งเป็นตำรวจเฉพาะทางเป็นผู้มีอำนาจสอบสวนเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่มีประสิทธิภาพทั้งระบบและทำให้คดีได้รับการพิจารณาโดยเร็ว

ทั้งนี้เมื่อเทียบกับตำรวจเฉพาะทางของประเทศไทยเอง เช่น กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี หรือ บก.ปอท. มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนการกระทำผิดที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีทั่วราชอาณาจักร กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หรือ บก.ปอศ. มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนการกระทำผิดที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจทั่วราชอาณาจักร หรือกองบังคับการปราบปรามหรือ บก.ป. มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนการกระทำผิดที่มีโทษทางอาญาเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ผู้มีอิทธิพล มือปืนรับจ้าง อาวุธสงคราม และความผิดเกี่ยวกับการก่อความไม่สงบสุขแก่ประชาชนทั่วราชอาณาจักร จะเห็นได้ว่า แต่ละหน่วยตั้งขึ้นเป็นตำรวจเฉพาะทางในด้านที่แตกต่างกันออกไป แต่แม้จะมีฐานะเพียงระดับกองบังคับการ แต่ก็มีทั้งอำนาจสืบสวนและอำนาจสอบสวนต่างจากตำรวจท่องเที่ยวที่ตั้งขึ้นเพื่อเป็นตำรวจเฉพาะทางที่ดูแลเกี่ยวกับนักท่องเที่ยว แต่กลับไม่มีการกำหนดถึงอำนาจสอบสวนไว้แต่อย่างใดและอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ซึ่งในทางปฏิบัติและตามนโยบายของกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาได้ให้ทางตำรวจท่องเที่ยวทำหน้าที่กวดขันตรวจสอบในส่วนนี้ แต่กลับไม่ได้ให้อำนาจแก่ตำรวจท่องเที่ยวไว้โดยตรง ทั้งอำนาจในการตรวจสอบและอำนาจในการสอบสวน

จากการศึกษาหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า หากจะจัดตั้งตำรวจท่องเที่ยวขึ้นเป็นถึงระดับกองบัญชาการ แต่ทำหน้าที่เพียงในเชิงรับนั้นเป็นการไม่เหมาะสม ไม่คุ้มประโยชน์ ดังนั้นเมื่อตำรวจท่องเที่ยวมีความใกล้ชิดกับนักท่องเที่ยว และเชี่ยวชาญในเรื่องเฉพาะทางที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์แล้ว ก็ควรมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ให้เป็นไปในลักษณะเดียวกับกองบังคับการเฉพาะทางที่สังกัดอยู่ในกองบัญชาการตำรวจสอบสวนกลาง อาทิ กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ และกองบังคับการปราบปรามที่มีอำนาจครอบคลุมทั้งด้านการบริการและด้านการสืบสวนสอบสวนเพื่อให้นักท่องเที่ยวซึ่งมีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาการพำนักในประเทศไทย ปัญหาเรื่องของการสื่อสารได้รับการดูแลที่รวดเร็ว เป็นระบบ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายกำหนดอำนาจหน้าที่และประเภทคดีที่กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวจะมีอำนาจดำเนินการให้เหมาะสม โดยให้มีอำนาจสอบสวนเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยวหรือกระทบต่อนักท่องเที่ยว และความผิดตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์เท่านั้น มิใช่จะมีอำนาจสอบสวนในทุกกรณี

## 5.2 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจสอบสวนของตำรวจท้องที่

หากมีการเสนอแก้ไขกฎหมายโดยกำหนดให้กองบัญชาการตำรวจท้องที่ที่มีอำนาจสอบสวนและมีพนักงานสอบสวนแล้ว สิ่งที่สำคัญและจำเป็นที่ต้องพิจารณาต่อมา คือ การกำหนดประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจสอบสวนของกองบัญชาการตำรวจท้องที่เกี่ยวกับว่าควรจะมีอำนาจสอบสวนในคดีประเภทใดบ้าง เพื่อมิให้ซ้ำซ้อนกับพนักงานสอบสวนท้องที่และเป็นประเภทคดีที่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งกองบัญชาการตำรวจท้องที่ ปัจจุบันมีการกำหนดประเภทคดีที่ตำรวจท้องที่รับผิดชอบไว้ตามพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 มาตรา 7 ประกอบระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2560 ข้อ 6 คือ คดีที่เป็นความผิดอาญาในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องโดยมีกองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ รับผิดชอบในการควบคุม สืบสวน ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ทั่วราชอาณาจักร

กองบัญชาการตำรวจท้องที่จะดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติ ในการให้ความช่วยเหลือ อำนาจความสะดวก สืบสวนการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติ ตามจับกุมผู้กระทำความผิดในกรณีที่นักท่องเที่ยวเป็นผู้เสียหายหรือเป็นผู้ต้องหา และดำเนินการส่งตัวผู้ต้องหาต่อพนักงานสอบสวนท้องที่เพื่อดำเนินการสอบสวนตามกฎหมายต่อไป หากเป็นกรณีของนักท่องเที่ยวชาวไทยจะดำเนินการอำนวยความสะดวกและช่วยเหลือในเบื้องต้น แต่ทั้งนี้จะถือเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้อำนาจหน้าที่ของสถานีตำรวจท้องที่เนื่องจากตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดนั้น ตำรวจท้องที่รับผิดชอบเฉพาะกรณีผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง

เทียบกับตำรวจท้องที่ของสาธารณรัฐเกาหลี มีการกำหนดประเภทคดีที่เป็นการเอาผิดเอาเปรียบนักท่องเที่ยวหรือมีลักษณะผิดกฎหมาย คดีที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ คดีของการคิดราคาสินค้าที่แพงเกินจริง คดีที่เกิดจากรับจ้างเรียกราคาเกินจริงและคดีที่มีการ

กระทำความผิดทางอาญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับนักท่องเที่ยว ในส่วนของตำรวจท่องเที่ยวของสหพันธรัฐมาเลเซีย มีการกำหนดประเภทคดีที่เป็นกระทำความผิดที่กระทำต่อนักท่องเที่ยว และในคดีที่เกี่ยวกับการตรวจสอบควบคุมและดูแลกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยว โรงแรม สายการบิน กลุ่มรถบัสและแท็กซี่ ไม่ให้เอารัดเอาเปรียบหรือนักท่องเที่ยว

เทียบกับตำรวจเฉพาะทางของประเทศไทยเอง ไม่ว่าจะเป็นกองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี หรือกองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ หรือกองบังคับการปราบปราม ต่างก็มีการกำหนดประเภทคดีตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งหน่วยงาน โดยคุ้มครองรวมทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ

โดยสรุปประเภทคดีที่กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยีรับผิดชอบ ได้แก่ ความผิดที่มีโทษทางอาญาที่เกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์เกี่ยวกับอาชญากรรมทางเทคโนโลยี ที่มุ่งกระทำความผิดเกี่ยวกับระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ตกเป็นเป้าหมายของการกระทำความผิด หรือที่ใช้ระบบคอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือหลักในการกระทำความผิด หรือที่เกี่ยวกับการนำเข้าหรือเผยแพร่ข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่ระบุว่าเป็นความผิดในกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์หรือการกระทำความผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง และความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง

กองบังคับการปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้น ก็ดูแลคดีประเภทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางอาญาด้านงานภาษีทุกประเภท การงานการธนาคารทุกประเภท การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาและความผิดที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาจะเป็นคนไทยหรือคนต่างชาติหากมีการกระทำความผิดในราชอาณาจักร

กองบังคับการปราบปรามดูแลคดีที่เป็นความผิดทางอาญาเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ผู้มีอิทธิพล มือปืนรับจ้าง อาวุธสงคราม และความผิดที่มีโทษทางอาญาอันเกี่ยวกับการก่อความไม่สงบสุข แก่ประชาชนที่ต้องใช้กำลังปฏิบัติการเสริมเป็นจำนวนมาก สนับสนุนการป้องกันปราบปราม การจลาจลและควบคุมฝูงชน ระวังเหตุฉุกเฉิน ปราบปรามการก่อการร้าย การก่อวินาศกรรมทั่วราชอาณาจักร การจับกุมคนร้ายที่มีอาวุธร้ายแรง การรักษาความมั่นคงภายในและรักษาความสงบเรียบร้อย รวมทั้งการปฏิบัติงานร่วมหรือช่วยเหลือสนับสนุนการปฏิบัติงานของตำรวจท่องเที่ยวหรือหน่วยงานอื่นตามที่ได้รับมอบหมาย

ตัวอย่างประเภทคดีดังต่อไปนี้ เป็นคดีที่เกิดขึ้นจริงที่ส่งผลต่อภาพลักษณ์ในด้านกระบวนการยุติธรรมของไทย ที่ส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวของไทย และคดีที่ทำให้เกิดความเสียหายทางเศรษฐกิจแก่ประเทศไทย อาทิ

“คดีทัวร์ศูนย์เหรียญ” ซึ่งเป็นการนำนักท่องเที่ยวเข้ามาโดยที่นักท่องเที่ยวไม่มีค่าบริการหรือเป็นการที่นักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในประเทศไทย โดยซื้อแพ็คเกจทัวร์จากประเทศของตนเองในราคาที่ต่ำกว่าต้นทุน ก่อนที่บริษัททัวร์เหล่านั้นจะส่งลูกค้าทัวร์ทั้งกรุ๊ปมาให้ผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวในประเทศไทยโดยที่ไม่ต้องจ่ายค่าทัวร์ แต่จะอาศัยการพานักท่องเที่ยวตระเวนซื้อของราคาแพงเกินความเป็นจริงอย่างมากหรือของไม่มีคุณภาพ รวมถึงการไปท่องเที่ยวดูโชว์ต่างๆ เพื่อเอากำไร เอาเปอร์เซ็นต์จากการที่นักท่องเที่ยวซื้อสินค้าตามร้านค้าต่างๆ ที่มีการตกลงกันไว้ล่วงหน้า หากนักท่องเที่ยวไม่ยอมจ่ายหรือจ่ายน้อย มักคุกคามจะใช้วิธีการหลอกลวงโฆษณาชวนเชื่อหรือบังคับขู่ขู่

“คดีแสร้งรักออนไลน์หรือโรแมนซ์สแกม” เริ่มต้นจากการที่คนร้ายหาทางติดต่อเป้าหมายหรือผู้เสียหายโดยใช้ช่องทางโซเชียลมีเดีย โดยคนร้ายจะใช้โปรไฟล์รูปผู้ชายหรือผู้หญิงชาวต่างชาติหน้าตาดี พร้อมกับระบุข้อมูลประกอบอาชีพการงานที่มั่นคง เงินเดือนสูง และทำการหลอกล่อ ติดต่อกันผ่านทาง การคุยทางข้อความออนไลน์ แล้วทำการหลอกลวง เช่น อ้างว่ามีผู้ส่งพัสดุมาให้จากต่างประเทศเป็นสิ่งของที่ราคาแพง แต่ทั้งนี้ผู้รับต้องจ่ายเงินค่าภาษีก่อน จำนวนตั้งแต่หลักหมื่นถึงหลักแสนบาท ผู้เสียหายหลายรายที่หลงเชื่อและทำการโอนเงิน เป็นคดีที่มีมูลค่าความเสียหายจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับการที่คนร้ายมักแอบแฝงเข้ามาในลักษณะของนักท่องเที่ยวเพื่อเข้ามาประกอบอาชญากรรม เป็นคดีประเภทหนึ่งในปัจจุบันทางตำรวจท่องเที่ยวทำการสืบสวนจับกุมผู้กระทำความผิด

“แก๊งมิจฉาชีพรถตุ๊กตุ๊กหน้าวัดพระแก้วหรือวัดโพธิ์” เป็นพวกมิจฉาชีพที่ก่อความเสียหายให้แก่การท่องเที่ยวเป็นอย่างมาก ทำการหลอกลวงนักท่องเที่ยวโดยการให้หน้าม้าเข้าไปหานักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเพื่อจะเข้าไปเที่ยวชมวัดพระแก้วหรือวัดโพธิ์ โดยการบอกกับนักท่องเที่ยวว่า วัดพระแก้วหรือวัดโพธิ์นั้นปิดไม่สามารถเข้าได้ เนื่องจากเหตุผลต่างๆ เพื่อนำไปสู่การจูงใจชวนชาวต่างชาติเหล่านี้ไปเที่ยวสถานที่อื่นที่พวกมิจฉาชีพมีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้ประกอบการ เมื่อนักท่องเที่ยวหลงเชื่อก็จะให้ทางคนขับรถตุ๊กๆ ซึ่งเป็นพวกมิจฉาชีพเช่นเดียวกันรับเข้ามารับนักท่องเที่ยวเพื่อพานักท่องเที่ยวไปเที่ยวชมรอบเมือง แล้วสุดท้ายก็นักท่องเที่ยวไปยังร้านค้า ร้านขายเพชรพลอย ร้านตัดชุดสูท และร้านขายของต่างๆ ที่คิดราคาเกินความเป็นจริง รวมถึงบางร้านมีการแอบอ้างสร้างเรื่องบอกกับทางนักท่องเที่ยวว่า ร้านค้านี้เป็นร้านที่รัฐบาลมีส่วนรู้เห็น ยังคงมีการหลอกลวงนักท่องเที่ยวในลักษณะนี้อย่างต่อเนื่อง และทางเราเองก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้จนถึงปัจจุบัน ซึ่งเรื่องนี้ส่งผลต่อภาพลักษณ์ของการท่องเที่ยวไทยเป็นอย่างมาก เป็นต้น

จากกรณีศึกษาข้างต้น แม้เป็นตัวอย่างเพียงเล็กน้อย เมื่อเทียบกับความเป็นจริงของอุตสาหกรรมท่องเที่ยว จะเห็นได้ว่า การกำหนดประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยว นั้น ระบุถึงเฉพาะประเภทคดีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องเท่านั้น ไม่ได้รวมถึงกรณีของนักท่องเที่ยวชาวไทย ทั้งๆ ที่การกระทำความผิดที่กระทบต่อการท่องเที่ยวนั้น เกิดได้ทั้งกับนักท่องเที่ยวชาวไทยหรือต่างด้าว ประกอบกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่มีการแพร่ระบาดของโควิด-19 ทำให้ต้องมีการปิดประเทศไม่ให้นักท่องเที่ยวต่างชาติเดินทางเข้ามาในประเทศไทย รายได้จากการท่องเที่ยวจึงต้องกระตุ้นจากชาวไทยท่องเที่ยวในประเทศกันเอง จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการกำหนดประเภทคดีให้ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจหน้าที่ดูแลรวมถึงนักท่องเที่ยวชาวไทยด้วย มิใช่เพียงแต่นักท่องเที่ยวต่างชาติเท่านั้น และตำรวจท่องเที่ยวควรมีอำนาจสอบสวนเฉพาะประเภทคดีที่มีความผิดทางอาญาที่เป็นการเอารัดเอาเปรียบนักท่องเที่ยว คดีที่เป็นการฉ้อโกงนักท่องเที่ยว คดีของการคิดราคาสินค้าที่แพงเกินจริง คดีที่เกิดจากกลุ่มรถรับจ้างสาธารณะและธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยแก่นักท่องเที่ยว คดีที่เกิดจากการกระทำความผิดของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

### 5.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอำนาจสอบสวนของตำรวจท่องเที่ยว

เนื่องจากตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบัน ได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนท้องที่ไว้เมื่อมีคดีอาญาเกิดขึ้น ให้พนักงานสอบสวนสอบสวนท้องที่ใดที่มีอำนาจสอบสวนคดีหรือพนักงานสอบสวนท้องที่ใดมีอำนาจในการสรุปสำนวนความเห็นส่งพนักงานอัยการ หากการสอบสวนทำโดยพนักงานสอบสวนที่ไม่มีอำนาจหรือมีการสรุปสำนวนความเห็นส่งพนักงานอัยการโดยพนักงานสอบสวนที่ไม่มีอำนาจ การสอบสวนก็จะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น หากกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจสอบสวนแล้ว การกำหนดเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอำนาจสอบสวนจึงเป็นเรื่องสำคัญ ที่จะส่งผลต่อการกำหนดว่าใครจะเป็นพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทั้งนี้เพื่อให้การสอบสวนชอบด้วยกฎหมาย และการแบ่งเขตพื้นที่ความรับผิดชอบอำนาจสอบสวนที่ชัดเจนก็เพื่อประโยชน์ในทางปฏิบัติด้วยเช่นกัน พนักงานสอบสวนจะได้ไม่สับสนและไม่มีการเกี่ยงคดีความรับผิดชอบกันเกิดขึ้น

การจัดโครงสร้างกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวในปัจจุบันเป็นไปตามกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 ข้อ 6 และประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจ

การรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560 ซึ่งมีการกำหนดเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองไว้อย่างครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร แต่ไม่รวมถึงอำนาจสอบสวน เนื่องจากตำรวจท้องที่ยังไร้อำนาจสอบสวน

กล่าวโดยสรุป คือ กองบัญชาการตำรวจท้องที่ยาว มีเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองทั่วราชอาณาจักร

กองบังคับการตำรวจท้องที่ยาว 1 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร เขตปริมณฑล ส่วนบน และภาคตะวันออก

กองบังคับการตำรวจท้องที่ยาว 2 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่ภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และภาคเหนือ

กองบังคับการตำรวจท้องที่ยาว 3 รับผิดชอบภายในเขตพื้นที่ภาคตะวันตกและภาคใต้ และส่วนที่สำคัญอีกส่วน คือ กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ มีเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองทั่วราชอาณาจักร

เทียบกับตำรวจเฉพาะทางของประเทศไทยเอง เช่น กองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเทคโนโลยี นั้น มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร แต่แบ่งหน้าที่ประเภทคดีที่รับผิดชอบต่างกันไปในแต่ละกองกำกับ

หรือกองบังคับการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ แบ่งประเภทคดีที่รับผิดชอบต่างกันไปในแต่ละกองกำกับและแต่ละกองกำกับมีเขตพื้นที่รับผิดชอบที่ต่างกันไป แต่ทั้งหน่วยงานก็ครอบคลุมทั่วราชอาณาจักร

ส่วนกองบังคับการปราบปรามที่กำหนดให้ทุกกองกำกับการมีอำนาจหน้าที่อย่างเดียวกัน แต่มีเขตพื้นที่รับผิดชอบที่แตกต่างกันไป เหมือนกับตำรวจท้องที่ยาวที่กำหนดอำนาจหน้าที่เหมือนกันทุกกองบังคับการ แต่มีการกำหนดเขตพื้นที่รับผิดชอบที่แตกต่างกันไป

จากการศึกษาพบว่า หากตำรวจท้องที่ยาวมีอำนาจสอบสวนแล้ว ก็ต้องมีการจัดตั้งกองกำกับการสืบสวนสอบสวนขึ้นมา ดังเช่นที่เคยมีการจัดตั้งกองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์เพื่อดูแลในเรื่องของธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์โดยตรง และมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ของแต่ละกองบังคับการให้มีอำนาจสอบสวน รวมถึงการพิจารณาการจัดให้มีพนักงานสอบสวนในแต่ละสถานีตำรวจท้องที่ยาว ในแต่ละกองกำกับการ เพื่อหากมีเหตุเกิดในพื้นที่ใดก็จะได้มีพนักงานสอบสวนที่สามารถดำเนินการได้ทันที เพื่อจะได้ครอบคลุม เพื่อความรวดเร็ว ให้ความสะดวกแก่นักท่องเที่ยว และเกิดประโยชน์สูงสุดแก่กระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทำให้คดีที่เกิดขึ้นได้รับการดำเนินคดีโดยตำรวจเฉพาะทางที่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องของการท่องเที่ยว หรือในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์มากกว่าทางตำรวจท้องที่

#### 5.4 ปัญหาเรื่องอำนาจในการตรวจสอบธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

ตำรวจท่องเที่ยวยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการในการดูแลปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวหรือมัคคุเทศก์ ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551

จากการศึกษาพบว่า ตำรวจท่องเที่ยวไม่ถือเป็นนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามนิยามของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 จึงไม่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 ที่จะใช้อำนาจเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวหรือมัคคุเทศก์ มาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่มัคคุเทศก์หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อตรวจสอบ ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของธุรกิจนำเที่ยวหรือมัคคุเทศก์ และนักท่องเที่ยวไม่ได้รับการคุ้มครองดูแลเท่าที่ควร

จากการขอความร่วมมือจากกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา กรมการท่องเที่ยว ขอให้ทางตำรวจท่องเที่ยวตรวจสอบผู้ประกอบการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ทำให้ในทางปฏิบัติปัจจุบันตำรวจท่องเที่ยวได้ทำการตรวจสอบมัคคุเทศก์ทุกรายที่พบว่า กระทำถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และพบใบสั่งงานมัคคุเทศก์หรือไม่ นำเที่ยวตรงตามรายการนำเที่ยวหรือไม่ โดยตำรวจท่องเที่ยวเริ่มตรวจสอบตั้งแต่ที่มัคคุเทศก์เริ่มรับนักท่องเที่ยวออกจากสนามบินเพื่อจะเดินทางออกไปท่องเที่ยวตามรายการนำเที่ยว โดยในการตรวจสอบใบสั่งงานมัคคุเทศก์ของตำรวจท่องเที่ยวในขั้นนี้จะเป็นการขอความร่วมมือกับทางมัคคุเทศก์ให้เข้ามายื่นเอกสารกับทางตำรวจท่องเที่ยวเพื่อตรวจสอบว่าถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และเมื่อมีการนำเที่ยวแล้วตำรวจท่องเที่ยวตามสถานที่ท่องเที่ยวจะทำการตรวจสอบอีกครั้ง เพื่อเป็นการป้องปรามการลักลอบทำหน้าที่มัคคุเทศก์เถื่อนหรือโดยผู้ที่ไม่ใช่ใบอนุญาตมัคคุเทศก์ แต่ในการตรวจสอบนี้เป็นเพียงการขอความร่วมมือไม่ได้มีการกำหนดกฎหมายให้อำนาจตำรวจท่องเที่ยวไว้โดยตรง ทั้งๆ ที่ในทางปฏิบัติมีการสั่งการให้ทำการตรวจสอบ และตามโครงสร้างของตำรวจท่องเที่ยวก็มีกองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ที่เหมาะสมและมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านรองรับไว้อยู่แล้ว

รวมถึงการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยว ที่กฎหมายไทยยังไม่คุ้มครองนักท่องเที่ยวเท่าที่ควร เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหราชอาณาจักร Package Travel, Package Holidays and Package Tours Regulation 1992 กรณีมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวช่วงหลังจากเดินทาง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดหาบริการทดแทนที่เหมาะสมโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจากนักท่องเที่ยวและชดเชยค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากความแตกต่างของบริการที่จัดหาทดแทน แต่หากไม่สามารถจัดหาบริการมาได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร ต้องจัดให้มีการขนส่งนักท่องเที่ยวเดินทางกลับมายังสถานที่ออกเดินทางโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่นักท่องเที่ยวด้วย อันเป็นการคุ้มครองนักท่องเที่ยวที่เหมาะสม แม้กฎหมายของไทยจะมีการ

กำหนดไว้ว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวในระหว่างการเดินทางนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวดังกล่าว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรายการนั้น ทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าหรือสูงกว่าเดิม แม้จะมีการให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินค่าบริการคืน แต่เป็นสถานการณ์ที่นักท่องเที่ยวเสียเปรียบเนื่องจากมีโอกาสในการต่อรองที่น้อยกว่า มีความรู้สึกไม่ปลอดภัยและรู้สึกกังวลหากมีการเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกรายการนำเที่ยวในขณะที่อยู่ห่างไกลจากตัวเมืองที่จะสามารถเปลี่ยนยานพาหนะหรือหาทางกลับเข้าสู่ตัวเมืองได้ ก็เป็นหนึ่งในเหตุผลที่ทางนักท่องเที่ยวก็ต้องเลือกที่จะจ่ายอมในการขอเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว เพราะนักท่องเที่ยวจะไม่ทราบข้อมูลหรือหาทางในการเดินทางกลับหรือต่อรองในสถานการณ์ที่เป็นรอง ซึ่งต่างจากกฎหมายของประเทศอังกฤษที่จัดให้มีการขนส่งนักท่องเที่ยวเดินทางกลับมายังสถานที่ออกเดินทางโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่นักท่องเที่ยวด้วย อันเป็นการให้อำนาจต่อรองแก่ทางนักท่องเที่ยว อันเป็นทางเลือกหนึ่งของนักท่องเที่ยวได้และแม้จะเป็นเรื่องในทางแพ่งแต่ก็มี “กลุ่มงานคดีท่องเที่ยว” ในศาลยุติธรรมรองรับคดีข้อพิพาททางแพ่งกรณีที่นักท่องเที่ยวเป็นคู่กรณีไว้อยู่แล้ว ทำให้เกิดความรวดเร็วในการดำเนินคดี แม้ตำรวจท่องเที่ยวจะไม่มีอำนาจหน้าที่ในคดีทางแพ่ง แต่ก็ยังเป็นช่องทางในการแนะนำแก่นักท่องเที่ยวในการจะใช้สิทธิของตนต่อไป

## 6. ข้อเสนอแนะ

6.1 แก้ไขโครงสร้างกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว โดยการเพิ่ม “กองกำกับการสืบสวนสอบสวนขึ้นเป็นข้อ (ฉ)” ในข้อ 6 ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560

จากเดิม

ข้อ 6 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (13/1) ของข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552

(13/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวแบ่งเป็นดังต่อไปนี้

(ข) - (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละกองบังคับการ ประกอบด้วย

(1) ฝ่ายอำนวยการ

(2) - (4) กองกำกับการ 1-3

(5) ศูนย์รับแจ้งเหตุและปฏิบัติการควบคุมสั่งการให้มีเฉพาะกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์”

โดยแก้ไขเพิ่มเติม

ข้อ 6 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (13/1) ของข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552

(13/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวแบ่งเป็นดังต่อไปนี้

(ข) - (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละกองบังคับการ ประกอบด้วย

(1) ฝ่ายอำนวยการ

(2) - (4) กองกำกับการ 1-3

(5) ศูนย์รับแจ้งเหตุและปฏิบัติการควบคุมสั่งการให้มีเฉพาะกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

(ฉ) กองกำกับการสืบสวนสอบสวน”

6.2 แก้ไขอำนาจหน้าที่ของกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวโดยเพิ่มอำนาจหน้าที่ของกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 2 กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 3 กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ ให้มีอำนาจสืบสวนสอบสวนและกำหนดอำนาจหน้าที่ของกองกำกับการสืบสวนสอบสวนเพิ่มขึ้นมาใหม่ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 ในข้อ 13

จากเดิม

ข้อ 13 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (12/1) ของ 2. กองบัญชาการของข้อ 3 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2552

(12/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว

(ข) - (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

2) ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยว

หรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยว และในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง”

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

1) ควบคุมป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ทั่วราชอาณาจักร

2) ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักร ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความในข้อ 13 ดังนี้

ข้อ 13 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (12/1) ของ 2. กองบัญชาการของข้อ 3 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552

(12/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว

(ข) - (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละหน่วยงานมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

2) ป้องกันปราบปรามอาชญากรรม สืบสวนสอบสวน ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่น อันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

1) ควบคุมสืบสวนสอบสวน ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ทั่วราชอาณาจักร

2) ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง

## (ฉ) กองกำกับการสืบสวนสอบสวนมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

1) สืบสวนสอบสวนการกระทำผิดที่มีโทษทางอาญา ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยว การทำความผิดเกี่ยวกับธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์และในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดใดๆ เกี่ยวกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวทั่วราชอาณาจักร

2) ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่น อันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักร ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดใดๆ เกี่ยวกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว

3) ปฏิบัติงานร่วมกับหรือสนับสนุนการปฏิบัติงานของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องหรือที่ได้รับมอบหมาย”

6.3 ในส่วนของการแก้ไขประกาศที่ตำรวจท่องเที่ยวควรมีอำนาจหน้าที่ โดยการแก้ไขพระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560 กฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 และระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2560 โดยกำหนดให้ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจหน้าที่ป้องกันปราบปรามอาชญากรรม สืบสวนสอบสวน ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนไทย หรือกรณีผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดใดๆ เกี่ยวกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว รวมถึงกรณีที่เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์และเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของกองกำกับการสืบสวนสอบสวนเป็นอีกหนึ่งหัวข้อ

จากเดิม

มีอำนาจหน้าที่ “ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่น

ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้อง”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความดังนี้

“ป้องกันปราบปรามอาชญากรรม สืบสวนสอบสวน ปฏิบัติงานตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎหมายอื่นอันเกี่ยวกับความผิดทางอาญาทั่วราชอาณาจักรตามที่ได้รับมอบหมาย ทั้งในกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนไทย หรือกรณีที่ผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวหรือเพื่อการอื่นตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่มีผลกระทบต่ออุตสาหกรรมการท่องเที่ยวและในกรณีความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับความผิดใดๆ เกี่ยวกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว รวมถึงกรณีที่เป็นการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์”

6.4 แก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดให้มีกองกำกับการสืบสวนสอบสวนขึ้น โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2560 ในข้อ 6 จากเดิม

ข้อ 6 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (13/1) ของข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552

(13/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวแบ่งเป็นดังต่อไปนี้

(ข) - (ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละกองบังคับการ ประกอบด้วย

(1) ฝ่ายอำนวยการ

(2) - (4) กองกำกับการ 1 – 3

(5) ศูนย์รับแจ้งเหตุและปฏิบัติการควบคุมสั่งการให้มีเฉพาะกองบังคับ

การตำรวจท่องเที่ยว 1

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความในข้อ 6 ดังนี้

ข้อ 6 “ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (13/1) ของข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการเป็นกองบังคับการหรือส่วนราชการอย่างอื่นในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2552

(13/1) กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยวแบ่งเป็นดังต่อไปนี้

(ข)-(ง) กองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว 1 – 3 แต่ละกองบังคับการ ประกอบด้วย

(1) ฝ่ายอำนวยการ

(2) - (4) กองกำกับการ 1 – 3

## (5) ศูนย์รับแจ้งเหตุและปฏิบัติการควบคุมสั่งการให้มีเฉพาะกองบังคับ

การตำรวจท่องเที่ยว 1

(จ) กองกำกับการควบคุมธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์

(ฉ) กองกำกับการสืบสวนสอบสวน”

และกำหนดให้กองกำกับการสืบสวนสอบสวนมีเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองทั่วราชอาณาจักร โดยการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560 ในส่วนของบัญชีแนบท้ายประกาศ

6.5 เพิ่มนิยามของคำว่า ตำรวจท่องเที่ยว หมายความว่า ข้าราชการตำรวจที่ดำรงตำแหน่งในสังกัดกองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ตำรวจท่องเที่ยวซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 มาตรา 4 โดยในส่วนของคำว่า ข้าราชการตำรวจเป็นไปตามที่พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 กำหนดไว้ว่า ข้าราชการตำรวจ หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับการบรรจุแต่งตั้งตามพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนในสำนักงานตำรวจแห่งชาติ รวมถึงข้าราชการในสังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติซึ่งได้รับคำสั่งให้ปฏิบัติหน้าที่ราชการตำรวจโดยได้รับเงินเดือนจากส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานของรัฐอื่น

โดยในส่วนของข้อกำหนดอำนาจหน้าที่ของตำรวจท่องเที่ยวในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 มาตรา 76 กำหนดให้ตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจเข้าไปในยานพาหนะที่นักท่องเที่ยวใช้เดินทาง เพื่อตรวจสอบให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติ เรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตัวแทนหรือลูกจ้าง มัคคุเทศก์ หรือผู้นำเที่ยวมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือการปฏิบัติหน้าที่มัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยว แล้วแต่กรณี หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อตรวจสอบและการใช้อำนาจของนายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเดินทางท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวเกินสมควร

จากเดิม

มาตรา 4 “นายทะเบียน หมายความว่า นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลางหรือนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์สาขา แล้วแต่กรณี

พนักงานเจ้าหน้าที่ หมายความว่า ผู้ซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความใน มาตรา 4 ดังนี้

มาตรา 4 “นายทะเบียน หมายความว่า นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง หรือนายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์สาขา แล้วแต่กรณี

พนักงานเจ้าหน้าที่ หมายความว่า ผู้ซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

ตำรวจท่องเที่ยว หมายความว่า ถึง ข้าราชการตำรวจที่ดำรงตำแหน่งในสังกัด กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว ตำรวจท่องเที่ยวซึ่งผู้อำนวยการแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้”

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 มาตรา 76

จากเดิม

มาตรา 76 “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นายทะเบียนมีอำนาจดังต่อไปนี้

1) นายทะเบียนมีอำนาจเข้าไปในสถานที่ทำการของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวในระหว่างเวลาทำการ

2) เข้าไปในยานพาหนะที่นักท่องเที่ยวใช้เดินทาง เพื่อตรวจสอบให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

3) สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินการที่กำหนดเป็นครั้งคราวหรือประจำ ตามแบบ รายละเอียด และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) เรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตัวแทนหรือลูกจ้าง มัคคุเทศก์ หรือผู้นำเที่ยวมาให้อภัยคำหรือชี้แจงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือการปฏิบัติหน้าที่มัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยวแล้วแต่กรณี หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อตรวจสอบ

โดยนายทะเบียนจะมอบหมายเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติได้และการใช้อำนาจของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเดินทางท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวเกินสมควร”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความใน มาตรา 76 ดังนี้

มาตรา 76 “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้นายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวมีอำนาจดังต่อไปนี้

1) นายทะเบียนมีอำนาจเข้าไปในสถานที่ทำการของผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวในระหว่างเวลาทำการ

2) นายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวเข้าไปในยานพาหนะที่นักท่องเที่ยวใช้เดินทาง เพื่อตรวจสอบให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้

3) นายทะเบียนสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการที่กำหนดเป็นครั้งคราวหรือประจำ ตามแบบ รายละเอียด และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

4) นายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวเรียกให้ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตัวแทนหรือลูกจ้าง มัคคุเทศก์ หรือผู้นำเที่ยวมาให้ถ้อยคำหรือชี้แจงเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนำเที่ยว หรือการปฏิบัติหน้าที่มัคคุเทศก์หรือผู้นำเที่ยว แล้วแต่กรณี หรือให้ส่งเอกสารหลักฐานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องมาเพื่อตรวจสอบ

โดยนายทะเบียนจะมอบหมายเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติก็ได้และการใช้อำนาจของนายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเดินทางท่องเที่ยวของนักท่องเที่ยวเกินสมควร”

6.6 แกไขในเรื่องการเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวในระหว่างการนำเที่ยว โดยการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551 มาตรา 29

จากเดิม

มาตรา 29 “ในระหว่างการนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย

การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวตามวรรคหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจ่ายเงินค่าบริการคืนให้แก่นักท่องเที่ยวตามสัดส่วน เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะพิสูจน์ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรายการนั้นทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าหรือสูงกว่าเดิม”

แก้ไขโดยให้เพิ่มความใน มาตรา 29 ดังนี้

มาตรา 29 “ในระหว่างการนำเที่ยว ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากนักท่องเที่ยวหรือเป็นเหตุสุดวิสัย

การเปลี่ยนแปลงรายการนำเที่ยวตามวรรคหนึ่ง หากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดให้มีบริการอันเป็นสาระสำคัญตามที่ตกลงไว้ ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดหาบริการทดแทนที่เหมาะสมโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมจากนักท่องเที่ยวและชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อันเกิดจากความแตกต่างของบริการที่จัดหาทดแทน เว้นแต่ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวจะพิสูจน์ได้ว่าการเปลี่ยนแปลงรายการนั้น ทำให้ตนมีค่าใช้จ่ายเท่าหรือสูงกว่าเดิม แต่หากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวไม่สามารถจัดหาบริการมาได้โดยไม่มีเหตุอันสมควรผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีการขนส่งนักท่องเที่ยวเดินทางกลับมายังสถานที่ออกเดินทางโดยไม่คิดค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมและต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่นักท่องเที่ยวด้วย”

6.7 แก้ไขเพิ่มเติมระเบียบคณะกรรมการธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ว่าด้วยมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของมัคคุเทศก์ และผู้นำเที่ยวที่พึงปฏิบัติต่อนักท่องเที่ยว และความรับผิดชอบที่มีต่อนักท่องเที่ยวและผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว ตลอดจนค่าตอบแทน หรือความคุ้มครองที่มัคคุเทศก์ และผู้นำเที่ยวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ.2561 ข้อ 4 (10) และข้อ 9

จากเดิม

ข้อ 4 (10) “ให้กำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้ ดังต่อไปนี้

(10) ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) เพื่อให้นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการ

ใบสั่งงานมัคคุเทศก์ต้องใช้ภาษาไทย โดยจะมีภาษาต่างประเทศกำกับไว้หรือไม่ก็ได้ และอย่างน้อยต้องมีรายการตามที่นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความใน ข้อ 4 (10) ดังนี้

ข้อ 4 (10) “ให้กำหนดมาตรฐานการประกอบธุรกิจนำเที่ยวไว้ ดังต่อไปนี้

(10) ผู้ประกอบธุรกิจนำเที่ยวต้องจัดให้มีใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) เพื่อให้นายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการ

ใบสั่งงานมัคคุเทศก์ต้องใช้ภาษาไทย โดยจะมีภาษาต่างประเทศกำกับไว้หรือไม่ก็ได้ และอย่างน้อยต้องมีรายการตามที่นายทะเบียนธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กลาง”

และข้อ 9 จากเดิม

ข้อ 9 “มัคคุเทศก์ต้องพกใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) เพื่อแสดงให้นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบในขณะปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ ใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) จะแสดงในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้”

แก้ไขโดยให้เพิ่มข้อความใน ข้อ 9 ดังนี้

ข้อ 9 “มัคคุเทศก์ต้องพกใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) เพื่อแสดงให้นายทะเบียนหรือตำรวจท่องเที่ยวหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบในขณะปฏิบัติหน้าที่ ทั้งนี้ ใบสั่งงานมัคคุเทศก์ (Job Order) จะแสดงในรูปแบบของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ได้”

### บรรณานุกรม

- กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา. สถิตินักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทย ปี 2560 (จำนวนยอดสะสมเบื้องต้น) [Online]. Available URL: [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=465&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=465&filename=index), 2562 (มีนาคม, 25).
- \_\_\_\_\_. สรุปรายได้และค่าใช้จ่ายการท่องเที่ยวจากนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทย ปี 2557 [Online]. Available URL: [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=482&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=482&filename=index), 2560 (เมษายน, 6).
- \_\_\_\_\_. สรุปรายได้และค่าใช้จ่ายการท่องเที่ยวจากนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทย ปี 2558 [Online]. Available URL: [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=480&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=480&filename=index), 2560 (เมษายน, 6).
- \_\_\_\_\_. สรุปรายได้และค่าใช้จ่ายการท่องเที่ยวจากนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทย ปี 2559 [Online]. Available URL: [https://www.mots.go.th/more\\_news.php?cid=436&filename=index](https://www.mots.go.th/more_news.php?cid=436&filename=index), 2560 (เมษายน, 6).
- กองบัญชาการตำรวจท่องเที่ยว. รู้จักตำรวจท่องเที่ยว [Online]. Available URL: <https://touristpolice.go.th/%E0%B8%A7%E0%B8%B4%E0%B8%AA%E0%B8%B1%E0%B8%A2%E0%B8%97%E0%B8%B1%E0%B8%A8%E0%B8%99%E0%B9%8C-%E0%B8%9E%E0%B8%B1%E0%B8%99%E0%B8%98%E0%B8%81%E0%B8%B4%E0%B8%88/>, 2562 (มีนาคม, 19).
- คณะกรรมการพัฒนาระบบงานตำรวจ กระทรวงยุติธรรม. “รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง ความเป็นไปได้ในการโอนภารกิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ.” นนทบุรี: คณะกรรมการพัฒนาระบบงานตำรวจ กระทรวงยุติธรรม, 2551.
- คณาธิป ทองรวีวงศ์. กฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2558.
- ณรงค์ ใจหาญ. หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- นิศา ชัชกุล. อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- \_\_\_\_\_. อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- บุญเลิศ จิตตั้งวัฒนา. ธุรกิจนำเที่ยว. กรุงเทพมหานคร: บริษัท ธรรมสาร จำกัด, 2555.
- ปกป้อง ศรีสนธิ. กฎหมายอาญาชั้นสูง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ประธาน วัฒนวาณิชย์. “ระบบความยุติธรรมทางอาญา: แนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรมและกระบวนการนิติธรรม.” วารสารนิติศาสตร์ 9, 2 (2520): 154.

พรชัย ชันดี. **ทฤษฎีอาชญาวิทยา: หลักการงานวิจัยและนโยบายประยุกต์**. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดสุนทรฟิล์ม, 2553.

พิมพ์พรณ สุจารินพงศ์. **มัคคุเทศก์**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์, 2559.  
ศรัณยา วรากุลวิทย์. **อุตสาหกรรมการท่องเที่ยว**. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัดแวววาวพรินติ้ง, 2558.

สำนักงานคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ. **ประวัติกองบังคับการตำรวจท่องเที่ยว** [Online]. Available URL: [http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABIN\\_FOCENTER20/DRAWER086/GENERAL/DATA0000/00000004.HTM](http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABIN_FOCENTER20/DRAWER086/GENERAL/DATA0000/00000004.HTM), 2561 (มีนาคม, 27).

อุทัย อาทิวะ. **ทฤษฎีอาชญาวิทยากับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา**. กรุงเทพมหานคร: วี.เจ.พรินติ้ง, 2559.

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ.2551.

พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ.2545.

พระราชกฤษฎีกาแบ่งส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2560.

กฎกระทรวงการอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว พ.ศ.2556.

ประกาศสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เรื่อง การกำหนดหน่วยงานและเขตอำนาจการรับผิดชอบหรือเขตพื้นที่การปกครองของส่วนราชการ (ฉบับที่ 16) พ.ศ.2560.

ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (ฉบับที่ 10) พ.ศ.2560.

Package Travel. Package Holidays and Package Tours Regulation 1992.

Indian institute of tourism and travel management. **Study on functioning of tourist police in states/UTs & documentation of best practices**. India: Ministry of tourism.

Tourist information center. **Tourist Police (Korea)** [Online]. Available URL: [https://english.visitkorea.or.kr/enu/TRV/TV\\_ENG\\_3\\_3.jsp](https://english.visitkorea.or.kr/enu/TRV/TV_ENG_3_3.jsp), 2020 (May, 15).

Royal Malaysia Police. **Tourist Police (Malaysia)** [Online]. Available URL: [https://military.wikia.org/wiki/Tourist\\_Police\\_\(Malaysia\)](https://military.wikia.org/wiki/Tourist_Police_(Malaysia)), 2019 (November, 27).

กฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคม  
ของผู้กระทำความผิด

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี



## กฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด\*

### The Legal Challenges of Ex-Offender's Reentry into the Society

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปวรितร์ เลิศธรรมเทวี\*\*  
Assistant Professor Dr.Pawarit Lertdhamtewe

#### บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้กล่าวถึงกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด โดยศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการสร้างข้อจำกัดหรือกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามใดเกี่ยวกับผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกหรือไม่ และมีการกำหนดไว้นานน้อยเพียงใด รวมทั้งความสมเหตุผลของการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวจากภูมิหลังและประวัติศาสตร์ของกฎหมาย และจากการศึกษาพบว่า ปัญหาที่ส่งผลต่อการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมของผู้พ้นโทษมีสาเหตุและปัจจัยมาจากปัญหาสามประการ กล่าวคือ ประการแรก ปัญหาการใช้กระบวนการทางอาญาเป็นหลักในการระงับข้อพิพาทซึ่งเป็นปัญหาหลักของระบบยุติธรรมทางอาญาไทย โดยกฎหมายหลายฉบับมีบทบัญญัติให้ลงโทษจำคุก ซึ่งการจำคุกอาจเป็นมาตรการที่มีประสิทธิภาพในการป้องปรามการกระทำความผิด แต่ก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมในระยะยาว ปัจจุบันประเทศไทยมีการสร้างระบบกฎหมายที่บรรลุ

---

\* บทความวิจัยนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การศึกษากฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด” โดยได้รับทุนอุดหนุนการวิจัยจากสำนักงานกิจการยุติธรรม และสำนักงานการวิจัยแห่งชาติ ประจำปี พ.ศ.2563.

This article is part of research project, entitled “The Legal Challenges of Ex-Offenders’ Re-Entry into the Society”. This research is funded by Office of Justice Affairs, Ministry of Justice and National Research Council of Thailand, 2020.

\*\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; LL.M. Macquarie University, Australia; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK. E-mail: p.lertdhamtewe@gmail.com

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. Ramkhamhaeng University; LL.M. Sydney Law School, The University of Sydney, Australia; Ph.D. The University of London, UK.

วันที่รับบทความ (received) 14 ธันวาคม 2563, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 กุมภาพันธ์ 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 กุมภาพันธ์ 2564.

บทลงโทษทางอาญาไว้หลายฉบับ โดยครอบคลุมถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยตนเอง และไม่มีผลกระทบต่อสังคม แต่เป็นเรื่องของเอกชนด้วยตนเอง อาทิ ความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาท ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น ซึ่งมีบทบัญญัติโทษด้วยวิธีการจำคุก เป็นมาตรการหนึ่งในการลงโทษ การออกแบบกฎหมายในลักษณะดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงปัญหาหลักของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยตั้งแต่ต้นน้ำ กล่าวคือ ส่งผลให้การดำเนินคดีอาญากลายเป็นกระบวนการหลักในระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย ปัจจุบันดังกล่าวมีผลต่อจำนวนคดีที่เข้าสู่ศาล และปริมาณนักโทษที่สูงขึ้น

ประการที่สอง การกำหนดให้การต้องโทษอาญาเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ โดยกฎหมายไทยในปัจจุบันกำหนดให้การต้องโทษทางอาญาด้วยการจำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพใน 3 รูปแบบที่สำคัญ ได้แก่ (1) เป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพ และวิชาชีพ เช่น วิชาชีพบริการ วิชาชีพด้านการแพทย์และการพยาบาล หรือวิชาชีพเกี่ยวกับการขนส่ง เป็นต้น (2) เป็นลักษณะต้องห้ามการเป็นข้าราชการ ซึ่งรวมทั้งข้าราชการพลเรือน ข้าราชการตำรวจ อัยการและผู้พิพากษา รวมทั้งข้าราชการการเมือง และ (3) เป็นลักษณะต้องห้ามในการได้รับใบอนุญาตบางประเภท การกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในกฎหมายอาจมีความจำเป็นและเหตุผลของการตรากฎหมายที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม ลักษณะการบัญญัติข้อห้ามในการประกอบอาชีพบางประเภทมีลักษณะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญ

ประการที่สาม ไม่มีกฎหมายหรือนโยบายภาครัฐที่ส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษมีงานที่ดีทำซึ่งส่งผลเป็นอุปสรรคต่อการกลับไปใช้ชีวิตของผู้พ้นโทษ โดยปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมและไม่มีมาตรการของรัฐที่จะสร้างแรงจูงใจให้ผู้ประกอบการว่าจ้างผู้พ้นโทษในการเข้าทำงาน อาทิ มาตรการทางภาษี

**คำสำคัญ:** การกระทำผิดซ้ำ, การกลับไปใช้ชีวิตของผู้พ้นโทษ, สังคมวิทยาทางกฎหมาย

### Abstract

Using an economic analysis of law, this paper addresses the central questions relating to the legal challenges of ex-offender's re-entry into the society. In order to analyze whether the Thai current legal regime supports the re-entry of ex-offenders into the society, this paper examines rules and regulations prohibiting ex-offenders to work in specific industry. It specifically considers the rationale behind policy stipulating such requirements. As discussed throughout the paper, there are currently three major concerns observed in this paper, as follows: Firstly, the Thai criminal justice system lean too much towards criminal proceeding even where civil cases can be applicable. More than dozen of the Thai statutes contain provisions for criminal sanctions, especially imprisonments. Useful as they are, though it is believed that imprisonment is not always the case. There are a number of activities that are of a private nature but are defined by the Thai statutes to be criminal. For instances, the Thai Penal Code stipulates defamation as a cause for criminal action, as well as the infringement of IP rights. This specially demonstrates the key problems of the Thai criminal justice system. Its systematic biases toward criminal proceedings. This defies the reason why the Thai courts receive many more cases, and the number of imprisoned convicts is statistically promising.

Secondly, there are various statutes in the Thai legal system that contain provisions prohibiting the ex-offenders to work. This can be grouped into 3 major categories: (1) it prohibits ex-offenders to perform professional occupations, as well as other works, such as professional services, medical and nursing, and services in transportation, (2) it prohibits ex-offenders to apply for position in government sectors. This includes civil officers, police, public attorney, as well as judges and politicians, (3) it prohibits ex-offenders to obtain certain licences. This paper argues that the prohibition of ex-offenders to work is inconsistent with provision of the Thai Constitution, especially the freedom of occupation, as stipulated in Article 40.

Lastly, it argues that there are currently no laws providing measures that supports ex-offenders in surviving on a daily-life basis. No law concerning criminal records is imposed in the Thai legal system. Unlike in many countries, however, the

Thai law do not support ex-offenders to work in both public and private sectors. In addition, there are currently no government scheme (i.e. tax incentives) providing incentive for employers to employ ex-offenders.

**Keywords:** recidivism, ex-offenders' re-entry, sociology of law

## 1. บทนำ

บทความวิจัยนี้ต้องการจะตรวจสอบสมมติฐานที่ว่าระบบกฎหมายของไทยในปัจจุบันไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด ในการตรวจสอบสมมติฐานดังกล่าวจึงจำเป็นต้องพิจารณาว่าระบบกฎหมายของไทยในปัจจุบันมีการบัญญัติกฎหมายอย่างไรซึ่งสามารถแยกประเด็นการวิเคราะห์ได้เป็น 3 ประเด็นที่สำคัญ กล่าวคือ (1) การกำหนดนโยบายและการบัญญัติกฎหมายซึ่งจากที่กล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่าระบบกฎหมายไทยให้ความสำคัญกับการลงโทษทางอาญาเป็นหลักมาตั้งแต่สมัยดั้งเดิมจึงทำให้กฎหมายไทยในปัจจุบันเน้นบทบัญญัติในทางอาญามากเกินไป (Over-Criminalization) (2) การบัญญัติกฎหมายที่เน้นอาญาก็เพื่อให้คนในสังคมไทยไม่ฝ่าฝืนกฎหมายและให้กฎหมายเกิดสภาพบังคับ ฉะนั้น สภาพสังคมและวัฒนธรรมไทยตั้งแต่ดั้งเดิมจึงมุ่งเน้นลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นหลัก และไม่สนับสนุนให้คนกระทำความผิดกฎหมายส่งผลให้มีการตั้งข้อรังเกียจแก่ผู้กระทำความผิด การตั้งข้อรังเกียจดังกล่าวปรากฏมาเป็นการใช้ระบบคุณธรรม (Merit System) เป็นข้อห้ามในกฎหมายหรือกำหนดให้การได้รับโทษทางอาญาเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพและวิชาชีพ และ (3) ระบบกฎหมายไทยที่มีลักษณะบัญญัติโทษทางอาญาเป็นส่วนใหญ่เพื่อห้ามปรามการฝ่าฝืนกฎหมายและการตั้งข้อรังเกียจด้วยระบบคุณธรรมห้ามประกอบอาชีพสำหรับผู้พ้นโทษ มีกฎหมายอื่นที่เป็นกลไกในการสนับสนุนให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วสามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุขมากน้อยเพียงใด โดยบทความนี้ได้กล่าวถึงการศึกษากฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในประเทศไทย

## 2. การกำหนดนโยบายและการบัญญัติกฎหมายที่เน้นโทษทางอาญา

กล่าวได้ว่า ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยมีความยึดโยงกับการกำหนดบทลงโทษในทางอาญา สาเหตุประการสำคัญเป็นเพราะความเชื่อในเรื่องระบบลงโทษทางอาญาที่ปรากฏมาตั้งแต่สังคมและวัฒนธรรมไทยในอดีต ซึ่งมีอิทธิพลต่อการบัญญัติกฎหมายในขณะนั้นเพื่อให้คนในสังคมเกรงกลัวต่อกฎหมายส่งผลให้กฎหมายมีสภาพบังคับเป็นอย่างมาก โดยความเชื่อดังกล่าวส่งผลต่อการกำหนดนโยบายและการบัญญัติกฎหมายของไทยในปัจจุบันที่เน้นการนำโทษทางอาญามาบัญญัติไว้ในกฎหมาย

ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายในลำดับศักดิ์พระราชบัญญัติประมาณ 700 ฉบับ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติและมีอำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

ตามรัฐธรรมนูญ<sup>1</sup> จำนวนกฎหมายหลักดังกล่าวก่อให้เกิดคำถามว่า ประเทศไทยมีกฎหมายหลักมากเกินไปหรือไม่ นักกฎหมายส่วนใหญ่มองว่ากฎหมายในประเทศไทยมีความซ้ำซ้อนกันและมีจำนวนมากเกินไปจนเป็นเหตุให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 บัญญัติวางกรอบให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม จำนวนบทบัญญัติแห่งกฎหมายมิได้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความซับซ้อนของระบบกฎหมาย หรือเป็นการเกินความจำเป็น ประมาจารย์ด้านกฎหมายบางท่านให้ข้อสังเกตไว้ว่า “จำนวนพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นในลำดับศักดิ์ที่เทียบเท่าของไทยยังถือว่าน้อยเมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือญี่ปุ่น”<sup>3</sup> การมีกฎหมายมากอาจหมายถึงมีกลไกของรัฐในการรองรับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างครบถ้วน และจากกฎหมายในลำดับศักดิ์พระราชบัญญัตินี้มีมากถึง 700 ฉบับ จากการทบทวนกฎหมายและการสำรวจงานวิจัยที่ผ่านมาพบว่า ปัจจุบันกฎหมายไทยมีมากถึง 350 ฉบับ ที่มีบทลงโทษทางอาญา หรือกึ่งหนึ่งของจำนวนกฎหมายหลักทั้งหมด การกำหนดนโยบายด้วยการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวก่อให้เกิดคำถามว่า มีความจำเป็นในการบัญญัติบทลงโทษทางอาญามากน้อยเพียงใด อธิบายได้ดังนี้

## 2.1 ความผิดในประมวลกฎหมายอาญาและตามพระราชบัญญัติอื่น

โดยทั่วไปความผิดในทางอาญาแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ คดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอันยอมความได้ หรือความผิดต่อส่วนตัว กับคดีที่เกี่ยวข้องกับความผิดอาญาแผ่นดินที่รัฐถือว่าเป็นผู้เสียหาย และไม่สามารถยอมความได้ การกำหนดฐานความผิดในทางอาญาก่อให้เกิดคำถามว่า ประเทศไทยใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายเป็นความผิดในทางอาญา อาจกล่าวได้ว่า การกระทำบางประเภทซึ่งฝ่าฝืนกฎหมายก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลเป็นการเฉพาะ แต่กฎหมายบัญญัติให้มีโทษทางอาญาเพื่อป้องปรามมิให้เกิดการกระทำดังกล่าว ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานหมิ่นประมาทซึ่งสัมพันธ์กับความผิดตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ.2560

<sup>1</sup>ปวีตร เลิศธรรมเทวี, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับระบบกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 158.

<sup>2</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 77.

<sup>3</sup>ศาสตราจารย์ ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล ได้กล่าวไว้ในงานเสวนาโต๊ะกลม (Round Table) เรื่อง “ประชาคมอาเซียนกับกลไกด้านกฎหมายการค้าและการลงทุน” จัดโดย สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย ณ โรงแรม ศุภิสกุล วันที่ 30 กันยายน 2558 เวลา 13.00-16.30.

หากพิจารณาลักษณะความผิดเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้และบัญญัติว่า “ผู้ใดใส่ความผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่นหรือถูกเกลียดชัง ผู้นั้นกระทำความผิดฐานหมิ่นประมาท ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”<sup>4</sup>

ความผิดฐานหมิ่นประมาท คือ การนินทาหรือใส่ร้ายผู้อื่นต่อบุคคลที่สาม เพื่อให้เสื่อมเสียชื่อเสียง หรือให้ผู้ถูกใส่ร้ายได้รับความเกลียดชัง ดังคำกลอนที่สุนทรภู่ได้แต่งไว้ในเรื่อง “พระอภัยมณี” ที่ว่า

อันนินทาเกลเหมือน เหน้  
ไม่ชอกช้ำเหมือนเอามิด มากิดหิน  
แม้องค์ปฐิมา ยังราคิน  
คนเดินดินหรือจะสิ้น คนนินทา

แม้สุนทรภู่จะได้แต่งไว้เป็นหลายร้อยปีมาแล้ว ก็ยังมีความทันสมัยแสดงให้เห็นว่า การนินทาหรือพูดลับหลังเป็นเรื่องที่อยู่คู่กับชีวิตของสังคมมนุษย์ การหมิ่นประมาทหรือนินทาลับหลังจึงเป็นการกระทำที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเสียหายขึ้นต่อผู้ถูกกระทำเฉพาะโดยตรง อาจมองได้ว่าความเสียหายเกี่ยวกับความผิดดังกล่าวเป็นเรื่องของศักดิ์ศรี กฎหมายจึงบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวมีโทษทั้งจำคุกทั้งปรับ การลงโทษในคดีหมิ่นประมาทมีความแตกต่างกันในแต่ละคดีโดยทั่วไปศาลเลือกใช้การปรับหรือการลงโทษจำคุกแต่ให้รอการลงอาญา อย่างไรก็ตาม ในบางคดีศาลมีการลงโทษจำคุกจำเลยในคดีหมิ่นประมาท ตัวอย่างเช่น ศาลอุทธรณ์พิพากษาจำคุกนายสมศรีสุนทรเวช อดีตนายกรัฐมนตรีนคดีหมิ่นประมาท หรือกรณีที่ศาลฎีกาพิพากษาให้จำคุก นายธาริตเพ็งดิษฐ์ ในคดีหมิ่นประมาท โดยไม่รอลงอาญา<sup>5</sup> เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่า ศาลยุติธรรมอาจใช้หลักนิติเศรษฐศาสตร์โดยคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อสังคมของลักษณะกระทำในคดีหมิ่นประมาททั้งสองคดี อย่างไรก็ตาม ศาลยุติธรรมไทยมิได้กล่าวไว้ การบัญญัติบทลงโทษทางอาญาในคดีหมิ่นประมาทมิได้แสดงให้เห็นว่า มีประสิทธิภาพในการห้ามปรามการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใด และเกิดคำถามว่า มาตรการทางอาญาในคดีหมิ่นประมาทอาจไม่เหมาะสมหรือไม่ บางประเทศกำหนดนิตินโยบายให้คดีหมิ่นประมาทเป็นเรื่องในทางแพ่ง และบางประเทศเป็นคดีทั้งทางแพ่งและอาญาเช่นเดียวกับประเทศไทย ในมุมมองของนิติเศรษฐศาสตร์ การหมิ่นประมาทก่อให้เกิดความเสียหาย

<sup>4</sup>ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 326.

<sup>5</sup>คดีหมายเลขดำที่ อ.495/2556.

ต่อผู้เสียหายเป็นสำคัญ ฉะนั้น บทลงโทษที่เหมาะสมก็คือ การใช้โทษปรับซึ่งเป็นการแลกเปลี่ยนความมั่งคั่งจากผู้กระทำไปสู่ผู้เสียหายตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ โทษปรับจึงเป็นการสร้างต้นทุนต่อผู้กระทำผิด โดยไม่ก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม และการปรับที่ดีที่สุด คือ การปรับให้สูงที่สุดเท่าที่เป็นไปได้

ตัวอย่างของคติความผิดอันยอมความได้ที่ถูกหยิบยกมาอภิปรายมากที่สุดเกี่ยวกับระบบยุติธรรมทางอาญาไทยที่มุ่งเน้นการลงโทษทางอาญาเป็นหลัก คือ ความผิดอันเกิดจากการใช้เช็คตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้เช็ค พ.ศ.2534<sup>6</sup> แม้ลักษณะของการกระทำความผิดจะส่งผลต่อสังคม แต่หลายประเทศวางนิตินโยบายให้เป็นคดีในทางแพ่ง เนื่องจากผู้เสียหายต้องการได้รับเงินคืนมากกว่าจะเป็นการให้ผู้กระทำได้รับโทษจำคุก ระบบยุติธรรมทางอาญาไทยซึ่งบัญญัติให้คดีความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค หรือคดีความผิดต่อส่วนอื่นที่มีลักษณะในทำนองเดียวกันส่งผลต่อทางเลือกของผู้เสียหายหรือเชื่อว่าตนเสียหายในการดำเนินคดีในกระบวนยุติธรรมทางอาญา กล่าวคือผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิได้ใน 2 แนวทาง คือ การร้องทุกข์/กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน และการฟ้องร้องคดีต่อศาลด้วยตนเอง ในคดีที่ผู้เสียหายร้องทุกข์/กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน จะผ่านการกลั่นกรองโดยพนักงานอัยการและหากพนักงานอัยการเห็นว่าการกระทำที่กล่าวอ้างมีมูลจะเข้าสู่กระบวนยุติธรรมในชั้นศาลตามขั้นตอน ส่วนในกรณีที่ประชาชนฟ้องคดีเองต่อศาล กระบวนพิจารณาความทางอาญากำหนดให้ศาลมีหน้าที่ไต่สวนมูลฟ้อง<sup>7</sup> ในทางปฏิบัติผู้เสียหายยอมเลือกที่จะดำเนินคดีในทางอาญา โดยอาศัยกลไกของรัฐด้วยการร้องทุกข์กล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวนเป็นหลัก เนื่องจากแนวทางดังกล่าวมีต้นทุนน้อยกว่าการฟ้องร้องคดีต่อศาลด้วยตนเองซึ่งต้องมีการว่าจ้างนักกฎหมายและทนายความในการว่าคดี การบัญญัติให้ความผิดในลักษณะดังกล่าวเป็นความผิดในทางอาญาส่งผลให้ประชาชนที่เสียหายเลือกที่ใช้ทรัพยากรของรัฐ ผ่านกระบวนกระบวนการยุติธรรมในการระงับข้อพิพาทเป็นหลัก การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวส่งผลต่อปริมาณคดีที่เข้าสู่กระบวนกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

นอกเหนือจากคติความผิดฐานหมิ่นประมาทและความผิดอันเกิดจากการใช้เช็ค อีกตัวอย่างหนึ่งที่ควรกล่าวถึง คือ ความผิดเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา การคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแบ่งออกเป็นหลายประเภท ตั้งแต่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ออกแบบผลิตภัณฑ์ คุ้มครองพันธุ์พืช ผังภูมิวงจรรวม ความลับทางการค้า และภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทุกประเภทของไทยมีที่มาจาก

<sup>6</sup>พระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้เช็ค พ.ศ.2534.

<sup>7</sup>สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, ปวีศร เลิศธรรมเทวี และทรงพล สงวนจิตร, “การวิเคราะห์กระบวนกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเชิงประจักษ์” ใน สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, **นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554), หน้า 33 และ 35.

การเข้าเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และประเทศไทยต้องรับเอาพันธกรณีภายใต้ข้อตกลงทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (WTO Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights: TRIPS Agreement)<sup>8</sup> หรือข้อตกลงทริปส์ โดยทริปส์กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของภาคีสมาชิกทั่วโลก และมีระบบการบังคับใช้กฎหมายให้มีประสิทธิภาพ (Effective Enforcement) แต่ไม่ได้บังคับว่าสมาชิกต้องใช้การลงโทษทางอาญาเป็นมาตรการทางกฎหมายภายใน หลายประเทศทั่วโลกนำหลักการละเมิดในกฎหมายแพ่งมาใช้ในการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ขณะที่ประเทศไทยบัญญัติให้การฝ่าฝืนกฎหมายที่เป็นการละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาตามกฎหมายไทยทุกฉบับมีโทษทางอาญา โดยเฉพาะโทษจำคุก วัตถุประสงค์สำคัญของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา คือ การปกป้องผลผลิตของความคิดมนุษย์ (Products of Human Minds)<sup>9</sup> กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้คิดค้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะกระทำการใดๆ ก็ได้ต่อผลงานของตนช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยสิทธิดังกล่าวจะเกิดประโยชน์สูงสุดหากถูกนำไปใช้ให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ<sup>10</sup> ฉะนั้น การละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาจึงกระทบการใช้สิทธิทางเศรษฐกิจของผู้คิดค้น ลักษณะหรือหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองจึงมุ่งเน้นที่จะเยียวยาและตอบแทนผู้เสียหายเป็นตัวเงินมากกว่าจะเป็นเรื่องนำผู้กระทำความผิดมาจำคุก หลายประเทศจึงบัญญัติให้การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นคดีเอกชนต่อเอกชน ซึ่งต้องใช้การระงับคดีในทางแพ่งเป็นหลัก สำหรับประเทศไทยบัญญัติให้การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาย่อมส่งผลให้การกระทำละเมิดหรือการฝ่าฝืนกฎหมายบางพฤติการณ์กลายเป็นความผิดในทางอาญา ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงไม่น่าประหลาดใจว่าเหตุใดคดีความผิดทางอาญาจึงเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเป็นจำนวนมาก และปริมาณคดีจำนวนมากย่อมส่งผลต่อปริมาณของผู้กระทำความผิดที่สูงขึ้นตามลำดับ

## 2.2 การใช้โทษทางอาญาในกฎหมายทางเศรษฐกิจ

นอกเหนือจากความผิดอันยอมความได้ ยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆ ใน 350 ฉบับ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจบัญญัติให้มีบทลงโทษทางอาญา ความหมายของกฎหมายเศรษฐกิจมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ บางประเทศโดยเฉพาะกลุ่มประเทศภาคพื้น

---

<sup>8</sup> Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights in Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, opened for signature 14 April 1994, 1869 UNTS 3 (entered into force 1 January 1995).

<sup>9</sup> ปวีตร เลิศธรรมเทวี, ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์-วิญญูชน, 2561), หน้า 19-22.

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 23.

ยุโรป อาทิ สาธารณรัฐเยอรมนีเรียกว่ากฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ บางประเทศโดยเฉพาะกลุ่มประเทศที่มีระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เรียกว่ากฎหมายพาณิชย์และกฎหมายธุรกิจ อาทิ สหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร เป็นต้น ตัวอย่างของกฎหมายเศรษฐกิจที่สำคัญ คือ กฎหมายแข่งขันทางการค้า (Competition Law) หรือกฎหมายป้องกันการผูกขาด (Anti-Trust Law)

สำหรับประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 โดยเป็นประเทศแรกในอาเซียนที่มีการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว<sup>11</sup> และมีปัญหาเรื่องการบังคับใช้ในหลายประเด็น นอกจากนี้ยังมีปัญหาเรื่องกลุ่มธุรกิจหลายประเภทได้รับการยกเว้นไม่ต้องแข่งขันทางการค้าจึงก่อให้เกิดการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าวภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2560 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน อันที่จริงประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการแข่งขันทางการค้าก่อนปี พ.ศ.2542 ประเทศไทยได้ตรากฎหมายเกี่ยวกับการป้องกันการค้ำกำไรเกินควรซึ่งเกี่ยวกับการป้องกันการผูกขาด (Anti-Monopoly) ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ที่ทั่วโลก รวมทั้งประเทศไทยประสบปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำอันเป็นผลมาจากภาวะสงครามและการปิดกั้นตลาด ประชาคมโลกไม่เปิดการค้าเสรีระหว่างกัน ภายในประเทศไทยเกิดการกักตุนสินค้า เกิดการปฏิบัติทางการค้าอย่างไม่เป็นธรรมเป็นเหตุให้มีการตราพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควรขึ้นในปี พ.ศ.2480 เพื่อควบคุมราคาสินค้า และป้องกันการกำหนดราคาสินค้าตามอำเภอใจ

อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่มีผลใช้บังคับในสถานการณ์ปัจจุบัน แต่เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในภาวะฉุกเฉิน พระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควรได้รับการแก้ไขขึ้นในปี พ.ศ.2483 และอีกครั้งในปี พ.ศ.2484 จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควร พ.ศ.2490 ซึ่งบังคับใช้ได้ สถานการณ์ปกติ จากพระราชบัญญัติป้องกันการค้ำกำไรเกินควรสู่พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้าซึ่งประเทศไทยได้ตราขึ้นบังคับใช้ควบคุมดูแลปัญหาการผูกขาดเพื่อให้ระบบเศรษฐกิจเดินไปตามกลไกตลาด หัวใจสำคัญของกฎหมาย คือ การควบคุมพฤติกรรมทางการค้าที่ก่อให้เกิดการผูกขาด และส่งเสริมให้การประกอบธุรกิจเป็นไปอย่างเสรีและป้องกันมิให้เกิดการกระทำอันไม่เป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ<sup>12</sup> กฎหมายแข่งขันทางการค้าจึงวางเจตนารมณ์ในการควบคุมทางเศรษฐกิจและมีบทบัญญัติบางประการที่การฝ่าฝืนกฎหมายมีโทษทางอาญา

นอกเหนือจากกฎหมายการแข่งขันทางการค้ายังมีกฎหมายอีกประเภทโดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงินและสถาบันทางการเงินซึ่งมีลักษณะเป็นกฎระเบียบหรือข้อบังคับหรือ

<sup>11</sup> ศักดา ธนิตกุล, คำอธิบายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553), หน้า 39.

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน.

“Soft Law” มากกว่าจะเป็น “Hard Law” มีผู้ตั้งข้อสังเกตว่ามนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจ และโดยเฉพาะสิ่งจูงใจหรือผลประโยชน์ที่เป็นตัวเงินมากที่สุด กฎหมายเกี่ยวกับการเงิน (Financial Law) จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็น Hard Law ก็มีสภาพบังคับให้บุคคลที่เกี่ยวข้องปฏิบัติ ฉะนั้น กฎหมายเกี่ยวกับการเงินแม้มีลักษณะเป็น Soft Law แต่เป็น Soft Law ที่มีสภาพบังคับ (Soft Law But Hard Power)

อย่างไรก็ตาม สภาพบังคับของกฎหมายเกี่ยวกับการเงินของไทยเกิดจากกฎหมายกลุ่มดังกล่าวมีบทลงโทษทางอาญาของการฝ่าฝืน ตัวอย่างเช่น กฎระเบียบของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือ กลต.<sup>13</sup> อาจกล่าวได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายและการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายเศรษฐกิจดังกล่าวมีความสำคัญต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศในภาพรวม อย่างไรก็ตาม ในมุมมองทางนิติเศรษฐศาสตร์ การควบคุมและกำกับดูแลทางเศรษฐกิจอาจใช้มาตรการอื่นแทนมาตรการทางอาญาก็ได้ โดยเฉพาะมาตรการทางปกครอง และการปรับในทางแพ่ง ซึ่งตอบสนองต่อลักษณะการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย (เรื่องเศรษฐกิจ) มากกว่าการลงโทษจำคุกในทางอาญาเพื่อให้ผู้ฝ่าฝืนเกรงกลัวหรือหลบจำ

การบัญญัติกฎหมายเศรษฐกิจที่เน้นการลงโทษในทางอาญาส่งผลให้การควบคุมดูแลทางเศรษฐกิจจึงใช้กระบวนการทางอาญาเป็นกลไกหลักในการกำกับดูแลทางเศรษฐกิจไปโดยปริยาย

## 2.3 บทกำหนดโทษจำคุกและแนวทางการลงโทษจำคุกในกฎหมายไทย

บทกำหนดโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญาและที่ปรากฏในพระราชบัญญัติฉบับต่างๆ ยังก่อให้เกิดคำถามเกี่ยวกับความเหมาะสมของระยะเวลาในการบัญญัติโทษว่ามีความเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์มากน้อยเพียงใด

จากการศึกษาบทลงโทษตามประมวลกฎหมายหรือที่ปรากฏในพระราชบัญญัติอื่นพบว่า ไม่มีการใช้หลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการศึกษาและกำหนดระยะเวลาของการลงโทษจำคุกแต่อย่างใด ระยะเวลาที่กำหนดการลงโทษจำคุกจึงขึ้นอยู่กับผู้ร่างกฎหมายที่พิจารณาถึงภัยของการกระทำต่อสังคมเป็นหลัก ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ซึ่ง “ผู้ใดทำบัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอมขึ้นทั้งฉบับหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด เดิมหรือดัดทอนข้อความ หรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริง โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นบัตรอิเล็กทรอนิกส์ที่แท้จริงหรือเพื่อใช้ประโยชน์อย่างหนึ่งอย่างใด ผู้นั้นกระทำความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ ต้องระวางโทษจำคุก

---

<sup>13</sup> ระเบียบต่างๆ ของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์.

ตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี ...”<sup>14</sup> ขณะที่ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 217 กำหนดให้ผู้กระทำความผิดระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี<sup>15</sup> เป็นต้น หลักเกณฑ์ใดเป็นตัวชี้วัดโทษจำคุกขั้นต่ำหรือการระวางโทษจำคุกอย่างสูงในกฎหมายอาญาของไทย

บทลงโทษจำคุกมีความสัมพันธ์กับแนวทางในการลงโทษจำคุกของบรรดาผู้พิพากษาซึ่งเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายให้บังเกิดความยุติธรรม การกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม ไม่ปรากฏแนวทางในกฎหมายว่า ผู้พิพากษาจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการกำหนดจำนวนระยะจำคุกในคดีอาญา จากการสัมภาษณ์ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมพบว่า ในการกำหนดจำนวนโทษจำคุกที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิด ศาลจะมีปัญหามากกับการใช้ดุลยพินิจของศาลเรื่องการกำหนดโทษผู้กระทำความผิดในทางอาญา หรือแนวทางการลงโทษ (Sentencing Guideline) เพื่อให้การลงโทษในศาลเดียวกันในคดีที่เหมือนกันไม่มีความแตกต่างกันมากนัก แนวทางการลงโทษดังกล่าวเรียกว่า “ยี่ตอก” ศาล ปัจจุบันยี่ตอกดังกล่าวไม่มีการเปิดเผยต่อสาธารณชน สาเหตุหนึ่งเป็นเพราะแนวทางการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การลงโทษด้วยการจำคุกอาจมีประสิทธิภาพมากในการห้ามปรามในการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม การลงโทษจำคุกเหมาะกับการกระทำความผิดบางฐานความผิด โดยเฉพาะการกระทำที่มีลักษณะเป็นภัยต่อสังคมหรือผู้กระทำความผิดมีความก้าวร้าวรุนแรง ความผิดบางฐานความผิดมีโทษจำคุกที่ค่อนข้างสูง อาทิ ความผิดเกี่ยวกับบัตรอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีจำนวนโทษจำคุกในระดับที่เทียบเท่าการวางเพลิงเผาทรัพย์ แต่ลักษณะของการกระทำมิได้รุนแรงอย่างการวางเพลิงเผาทรัพย์ การจำคุกในบางคดีจึงมีประโยชน์แต่เพียงแค่การแยกตัวผู้กระทำความผิดออกจากสังคม

## 2.4 โทษปรับทางอาญาไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

นอกเหนือจากโทษจำคุก โทษปรับตามกฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันยังไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ของสังคมและเศรษฐกิจในปัจจุบัน ผลงานวิจัยกฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ที่ผ่านมายังแสดงให้เห็นว่า กฎหมายกำหนดโทษปรับต่ำเกินกว่าระดับที่เหมาะสมมากนักนิติเศรษฐศาสตร์ดังกล่าวจึงสรุปว่า สาเหตุสำคัญดังกล่าวมาจาก (1) ในกระบวนการยกร่างกฎหมายไม่มีการศึกษาอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฝ่าฝืนกฎหมาย (2) การกำหนดโทษปรับในกฎหมายมิได้คำนึงถึงเงินเฟ้อ และเมื่อกฎหมายใช้บังคับมาเป็นเวลานาน

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 269/1.

<sup>15</sup> ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 217.

จะมีค่าลดลงตามอัตราเงินเฟ้อ (3) การพิจารณาความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงมิได้คำนึงถึงผลกระทบของค่าเงินที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลา ซึ่งส่งผลให้โทษปรับอยู่ในระดับที่ต่ำกว่าระดับที่เหมาะสม (Optimal) และไม่สามารถป้องปรามการละเมิดกฎหมายได้อย่างเพียงพอ

ปัจจุบันมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโทษปรับในประมวลกฎหมายอาญาให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น และการกำหนดโทษปรับในพระราชบัญญัติต่างๆ มีการศึกษาหลักการทางเศรษฐศาสตร์มากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาโทษปรับในกฎหมายฉบับต่างๆ ยังพบว่า ไม่มีความสอดคล้องกับหลักนิติเศรษฐศาสตร์แต่อย่างใด ตัวอย่างเช่น ความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งมีโทษปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท โทษปรับอย่างสูงดังกล่าวยังถือว่าอยู่ในระดับที่ต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับโทษปรับตามกฎหมายอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่าอย่างการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 ซึ่งบัญญัติว่า ห้ามผู้ใดจัดตั้งหรือประกอบกิจการร้านวีดิทัศน์โดยทำเป็นธุรกิจหรือได้รับประโยชน์ตอบแทน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>16</sup> ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 100,000 บาทถึง 500,000 บาท และปรับอีกไม่เกินวันละ 10,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ฝ่าฝืน ในปี พ.ศ.2553 ศาลชั้นต้นพิพากษาให้นายสุรตน์ มณีนิพรรัตน์สุดา (จำเลย) มีความผิดฐานเป็นผู้ได้รับประโยชน์ตอบแทนจากการให้เช่า แลกเปลี่ยน หรือจำหน่ายภาพยนตร์ซึ่งเป็นผลิตภัณฑ์วีดิทัศน์ แม้เป็นผลิตภัณฑ์วีดิทัศน์ที่ถูกกฎหมาย (Copyrighted) แต่ผู้ได้รับประโยชน์ดังกล่าวต้องมีใบอนุญาตจากนายทะเบียน<sup>17</sup> คำพิพากษาดังกล่าวได้รับความสนใจจากภาคประชาสังคมเป็นอย่างมาก เนื่องจากจำเลยเป็นพนักงานเก็บขยะ รู้เท่าไม่ถึงการณ์กฎหมายเก็บแผ่นภาพยนตร์วีดิทัศน์ที่ถูกทิ้งแล้วนำไปขาย จึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551 การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องเฉพาะตัวและซับซ้อนเกินกว่าที่บุคคลธรรมดาทั่วไปจะเข้าถึงได้ แต่มีโทษทางอาญาที่รุนแรงแก่การกระทำที่ไม่มีเจตนา

ความผิดตามพระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 เป็นอีกตัวอย่างที่แสดงให้เห็นว่าการกำหนดโทษปรับในกฎหมายของไทยในปัจจุบันไม่มีการวิเคราะห์หลักการทางเศรษฐศาสตร์ มาตรา 52 บัญญัติให้ “ผู้ใดเก็บ จัดหาหรือรวบรวมพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชป่าหรือส่วนหนึ่งส่วนใดของพันธุ์พืชดังกล่าว เพื่อการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษาทดลอง หรือวิจัยเพื่อประโยชน์ในทางการค้าจะต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ ...”<sup>18</sup>

<sup>16</sup> พระราชบัญญัติภาพยนตร์และวีดิทัศน์ พ.ศ.2551, มาตรา 53.

<sup>17</sup> คดีอาญาหมายเลขดำที่ 3060/2552.

<sup>18</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542, มาตรา 52.

นิยามของพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าครอบคลุมพืชทุกชนิด อาทิ พืชผักสวนครัวที่พบในอาณาเขตประเทศไทย การบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าสอดคล้องตามหลักการทรัพยากรพันธุกรรมเป็นมรดกของมวลมนุษยชาติของกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (United Nations Convention on Biological Diversity: CBD)<sup>19</sup> อย่างไรก็ตาม กฎหมายมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่าการเก็บ จัดหา หรือรวบรวมพันธุ์พืชใดที่จะถือว่าเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ในทางการค้าและต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวครอบคลุมถึงการค้าขายพืชผักสวนครัวของเกษตรกรหรือพ่อค้ารายย่อยซึ่งเป็นการค้าขายในครัวเรือนเพื่อการดำรงชีพมากกว่าจะเป็นการประกอบกิจการเพื่อแสวงหากำไร ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดตามมาตรา 66 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 400,000 บาท จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดโทษปรับไว้อย่างรุนแรงสำหรับการกระทำที่ฝ่าฝืนมาตรา 53 โดยไม่มีข้อยกเว้น และเป็นโทษปรับที่มีอัตราสูงกว่าการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาอย่างความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ การกำหนดโทษปรับทางอาญาจึงไม่มีหลักการทางเศรษฐศาสตร์ในการบัญญัติกฎหมายแต่อย่างใด

## 2.5 การเยียวยาทางแพ่งไม่สนองความพึงพอใจของผู้เสียหาย

สาเหตุสำคัญที่ส่งผลให้ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยเน้นการใช้การระงับพิพาทด้วยการดำเนินคดีทางอาญาเป็นหลักเป็นเพราะการเยียวยาทางแพ่งไม่ตอบสนองความพึงพอใจของผู้เสียหาย โดยเฉพาะคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา อาทิ คดีหมิ่นประมาท (Defamation) ประเทศไทยไม่มีการกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษ<sup>20</sup> การคำนวณค่าเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดของไทยเป็นการคิดค่าเสียหายแบบการเรียกค่าสินไหมทดแทน หรือการคิดค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายจริง ค่าเสียหายดังกล่าวจึงยังที่จะครอบคลุมค่าเสียหายที่คำนวณเป็นตัวเงินไม่ได้ อาทิ สิทธิที่ควรจะได้รับจากการกระทำละเมิด เช่น ค่าเสียโอกาส (Opportunity Cost) ฉะนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 424 จึงบัญญัติว่า “ในการพิพากษาคดีขอความรับผิดเพื่อละเมิดและกำหนดค่าสินไหมทดแทนนั้น ท่านว่าศาลไม่จำเป็นต้องดำเนินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะอาญาอันว่าด้วยการที่จะต้องรับโทษและไม่จำเป็นต้องพิเคราะห์ถึงการที่ผู้กระทำผิดต้องคำพิพากษาลงโทษทางอาญาหรือไม่”<sup>21</sup>

<sup>19</sup>United Nations Convention on Biological Diversity, opened for signature 5 June 1992, 31 UNTS 818 (entered into force 29 December 1993).

<sup>20</sup>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, มาตรา 424.

<sup>21</sup>เรื่องเดียวกัน.

ตามหลักนิติเศรษฐศาสตร์ การที่กฎหมายไม่สามารถนับคำนวณค่าเสียหาย อาทิ ค่าเสียโอกาสได้ส่งผลให้ค่าเสียหายที่ได้รับการเยียวยาต่ำกว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อผู้ถูกระทำกว่าความเป็นจริง การที่การนับคำนวณค่าเสียหายทางแพ่งต่ำกว่าความเป็นจริงอาจมีสาเหตุเป็นเพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจหรือแนวทางสำหรับศาลในการพิจารณาพิพากษา และยังไม่มีการศึกษาอย่างจริงจังและเป็นระบบถึงการปรับเปลี่ยนการคำนวณค่าเสียหายในทางแพ่ง ส่งผลให้ผู้เสียหายรู้สึกว่าการกฎหมายไม่สามารถยับยั้งหรือห้ามปรามการกระทำละเมิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และส่งผลให้ผู้เสียหายในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญาจึงเลือกที่จะใช้วิธีแก้แค้นต่างตอบแทนเพื่อความ “สะใจ” แทนความพึงพอใจที่เป็นตัวเงิน

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การใช้บทลงโทษทางอาญาเป็นหลักในการห้ามปรามการฝ่าฝืนกฎหมาย การกำหนดบทลงโทษปรับและโทษจำคุกที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง การเยียวยาทางแพ่งที่ไม่เพียงพอตอบสนองต่อความพึงพอใจของผู้เสียหายเป็นปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายและการบัญญัติกฎหมายของไทยที่ส่งผลให้ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยมุ่งเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินสมควร (Over-Criminalization) ดังกล่าวข้างต้น

### 3. การใช้ระบบคุณธรรมในการตั้งข้อรังเกียจผู้พ้นโทษ

ระบบยุติธรรมทางอาญาของไทยที่มุ่งเน้นการลงโทษทางอาญาเป็นหลัก ยังมีการตั้งข้อรังเกียจไว้ในกฎหมายห้ามมิให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วประกอบอาชีพ โดยเฉพาะผู้เคยได้รับโทษจำคุก การตั้งข้อรังเกียจดังกล่าวมีที่มาจากการใช้ระบบคุณธรรมมาบัญญัติไว้ในกฎหมาย ห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกดำรงตำแหน่งทางการเมือง การรับราชการหรือตำแหน่งหน้าที่เกี่ยวกับราชการ และรวมถึงการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพบางอย่าง การบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกีดกันผู้มีประวัติอาชญากรรมภายหลังที่ผู้นั้นได้รับโทษครบตามจำนวนแล้ว อาจกล่าวได้ว่า ระบบยุติธรรมทางอาญาที่เน้นการลงโทษทางอาญาเป็นหลักอย่างของไทยทำให้อัตราการกระทำความผิดมีปริมาณที่สูงและส่งผลกระทบต่อจำนวนผู้กระทำความผิด กฎหมายยังมีการลงโทษภายหลังที่ผู้นั้นพ้นโทษแล้วด้วย โดยเฉพาะความผิดที่มีโทษจำคุก ดังวิเคราะห์ต่อไปนี้

#### 3.1 ระบบคุณธรรมที่แฝงอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ระบบคุณธรรม (Merit System) หมายถึง วิธีการเลือกบุคคลเข้าทำงาน โดยพิจารณาตามคุณสมบัติที่ครบถ้วนตามต้องการ และมีการตรวจสอบคุณสมบัติ รวมทั้งการประเมินผล

ความรู้ความสามารถของบุคคลโดยไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางการเมือง หรือความสัมพันธ์ส่วนบุคคล<sup>22</sup> การคัดเลือกบุคคลเข้ารับทำงานโดยใช้ระบบคุณธรรมจึงพิจารณาจากประวัติของบุคคลดังกล่าวว่ามีความขาวสะอาด ไม่มีข้อบกพร่องที่จะส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์ทางสังคม ฉะนั้น ประวัติอาชญากรรมจึงถือเป็นสาระสำคัญที่ถูกใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาตามระบบคุณธรรมของการรับเข้าทำงาน

ประเทศที่ถือเป็นต้นแบบของการใช้ระบบคุณธรรม คือ สาธารณรัฐประชาชนจีน และถือเป็นประเทศแรกที่มีการใช้ระบบดังกล่าวในการคัดเลือกข้าราชการที่มีคุณธรรมในการเข้ามาทำหน้าที่ในตำแหน่งของราชสำนัก ปรากฏตั้งแต่สมัยราชวงศ์น่าน โดยนักปราชญ์ที่มีส่วนสำคัญและผลักดันให้มีระบบดังกล่าวขึ้น คือ ขงจื้อ ระบบคุณธรรมจึงให้ความสำคัญไปที่ความสามารถของบุคคล ความซื่อสัตย์ และความเสียสละ ฉะนั้น ในยุคสมัยดังกล่าว จีนจึงจัดให้มีการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการโดยถือเป็นประเทศแรกที่มีระบบดังกล่าว ขณะที่ประเทศอื่นโดยเฉพาะอังกฤษและในภาคพื้นยุโรป การทำงานในตำแหน่งหน้าที่ราชการยังยึดโยงอยู่กับระบบอุปถัมภ์และความเกี่ยวพันทางสายเลือดกับชนชั้นสูงหรือเชื้อพระวงศ์หรือศาสนจักร ระบบการสอบคัดเลือกเพิ่งจะปรากฏในช่วงยุคศตวรรษที่ 19 (ช่วงระหว่างปี ค.ศ.1800 เป็นต้นมาถึง 1899)

สำหรับประเทศไทย ระบบคุณธรรมถูกใช้เป็นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 5 และสืบรากรมาให้เห็นจนถึงปัจจุบัน<sup>23</sup> มีการตราพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนฉบับแรกขึ้นในปี พ.ศ.2517 เพื่อเน้นย้ำการใช้ระบบคุณธรรมในการสรรหาและคัดเลือกข้าราชการไทยในการเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กล่าวได้ว่า การใช้ระบบคุณธรรมดังกล่าวก็เพื่อตอบสนองต่อความเชื่อที่ว่าระบบต่างๆ รวมทั้งกฎหมายของประเทศไทยนั้นดีอยู่แล้ว แต่ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นล้วนมาจาก “คน” ผู้ยังไม่ดีพอ ดังนั้นทางออกของปัญหาจึงต้องหา “คนดี” มาเป็นผู้บังคับใช้ คำตอบในลักษณะนี้ยังคงพบได้ทั่วไปในสังคมไทย บทความวิจัยฉบับนี้มีได้ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาของระบบคุณธรรมที่ถูกใช้ในการคัดเลือกบุคคลเข้ารับราชการ แต่ต้องการนำเสนอมุมมองที่ว่าระบบคุณธรรมเป็นแนวคิดที่แฝงอยู่ในการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย ฉะนั้น บทบัญญัติของกฎหมายจึงมีข้อห้ามผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้ลงโทษจำคุกในการประกอบอาชีพโดยเฉพาะการดำรงตำแหน่งทางการเมือง และนอกเหนือจากการห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมือง กฎหมายยังมี

<sup>22</sup>Marzone Tallman, *Dictionary of Civics and Government* (UK: Philosophical Library, 1953), p. 165.

<sup>23</sup>เรืองวิทย์ เกษสุวรรณ, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐประศาสนศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2554), หน้า 150.

ข้อกำหนดห้ามผู้เคยมีประวัติต้องโทษจำคุกในการเข้ารับราชการ และการประกอบอาชีพบางอาชีพ ซึ่งเป็นผลมาจากการปรับใช้ระบบคุณธรรมทั้งสิ้น

ระบบคุณธรรมจึงมีผลต่อการบัญญัติกฎหมายที่ตั้งข้อรังเกียจผู้พ้นโทษจำคุกในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ 3 ลักษณะที่สำคัญ ได้แก่ (1) การดำรงตำแหน่งทางการเมือง (2) การรับราชการหรือตำแหน่งหน้าที่เกี่ยวกับราชการตามกฎหมาย และ (3) การประกอบอาชีพและวิชาชีพต่างๆ อาทิ วิชาชีพบริการ วิชาชีพด้านการแพทย์ อาชีพเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ เป็นต้น โดยลักษณะต้องห้ามดังกล่าวจะต้องเป็นกรณีที่ผู้พ้นโทษจำคุกในคำพิพากษาที่ถึงที่สุด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น<sup>24</sup> กล่าวได้ว่า ปัจจัยการได้งานทำของผู้พ้นโทษถือเป็นประเด็นสำคัญของการกลับไปเริ่มต้นชีวิตใหม่อีกครั้งดังที่องค์การสหประชาชาติ (United Nations: UN) ได้วางนโยบายเกี่ยวกับการบำบัดและฟื้นฟูผู้กระทำความผิด โดยรัฐจะต้องจัดให้ผู้พ้นโทษมีงานทำภายหลังการพ้นโทษ รวมทั้งการออกกฎหมาย และการกำหนดนโยบายต่างๆ<sup>25</sup> ที่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้พ้นโทษ<sup>26</sup> อาจกล่าวได้ว่า การส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษสามารถกลับไปประกอบอาชีพและใช้ชีวิตได้ในสังคมอย่างปกติสุขย่อมส่งผลให้ผู้พ้นโทษไม่หันกลับไปกระทำความผิดซ้ำ (Recidivism) โดยบทความนี้มีได้ต้องการเสนอรายการและรายชื่อกฎหมาย (Exhaustive Lists) การศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียดและในเชิงลึกจำเป็นต้องมีการศึกษาเพิ่มเติมต่อไป สำหรับบทความวิจัยนี้ให้ความสำคัญกับกฎหมายในลำดับชั้นพระราชบัญญัติเป็นหลัก และจะสอดแทรกกฎหมายอื่นๆ ที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับประเด็นการวิจัย อาจกล่าวได้ว่า การศึกษากฎหมายในลำดับชั้นพระราชบัญญัติมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเนื่องจาก กฎหมายลำดับรอง อาทิ กฎกระทรวงที่ออกตามความพระราชบัญญัติ ระเบียบหรือประกาศต่างๆ ย่อมมีข้อความที่ร้อยเรียงกับพระราชบัญญัติอันเป็นกฎหมายหลัก และการกล่าวถึงอาชีพกับวิชาชีพประเภทต่างๆ ในบทความนี้ คำว่า “อาชีพ” ซึ่งหมายถึง การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน หรือการทำงานที่เป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีวิตตามปกติสุข กับคำว่า “วิชาชีพ” ซึ่งเป็นการรวมคำว่า “อาชีพ” กับคำว่า “วิชา” ที่หมายถึง ความรู้ที่ได้จากการฝึกฝนเล่าเรียน หมายความว่า ความรู้ที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพ แม้จะมีการใช้ที่แตกต่างกันในทางภาษาไทย แต่อาชีพและวิชาชีพในที่นี้มีความหมายเหมือนกัน ซึ่งหมายถึงการเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน และงานที่ทำเป็นประจำเพื่อการเลี้ยงชีวิตโดยสุจริต และดังได้กล่าวข้างต้นว่า ระบบคุณธรรมเป็นแนวคิดที่แฝงอยู่ในกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายจึงกำหนดให้การ

<sup>24</sup> ขอขอบคุณข้อมูลจากสำนักงานกิจการยุติธรรม.

<sup>25</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *The Roadmap for the Development of Prison-based Rehabilitation Programmes* (Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2017). 7

<sup>26</sup> กรณีนี้รวมทั้งการมีกฎหมายควบคุมการเข้าถึงประวัติอาชญากรรม.

ต้องโทษทางอาญาเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพของผู้พ้นโทษจำคุก 3 กลุ่มที่สำคัญ ได้แก่ (1) การดำรงตำแหน่งทางการเมือง (2) การเป็นข้าราชการ ซึ่งรวมทั้ง ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการทหาร ตำรวจ อัยการ และบรรดาผู้พิพากษาและตุลาการ รวมทั้งการดำรงตำแหน่งหน้าที่ ตามกฎหมาย และ (3) การประกอบอาชีพ หรือการได้รับใบอนุญาตบางประเภท ในส่วนนี้จะแยก วิเคราะห์ตามลักษณะดังกล่าว

### 3.2 ลักษณะต้องห้ามในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง และข้อสังเกตบางประการ

กล่าวได้ว่า การตั้งข้อรังเกียจห้ามมิให้ผู้พ้นโทษทางอาญาประกอบอาชีพ ปรากฏให้เห็น ตั้งแต่ในรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด การตั้งข้อรังเกียจดังกล่าวปรากฏเป็นลักษณะต้องห้าม การดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยเฉพาะผู้เคยได้รับโทษจำคุกอันถึงที่สุดมาก่อนในการประกอบ อาชีพ อาทิ การใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 98<sup>27</sup> ความเป็น สมาชิกภาพของวุฒิสภาสิ้นสุดลงเมื่อต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก ตามมาตรา 111 (6)<sup>28</sup> การ ดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎร และประธานและรองประธานวุฒิสภา ตามมาตรา 117 (4)<sup>29</sup> การเป็นรัฐมนตรีต้องไม่เป็นผู้ต้องคำพิพากษาให้จำคุก แม้คดีนั้นจะยังไม่ถึงที่สุด หรือมีการรอ การลงโทษ ตามมาตรา 160 (7)<sup>30</sup> หรือคุณสมบัติของการเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 202 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน<sup>31</sup>

การบัญญัติลักษณะต้องห้ามผู้มีประวัติการกระทำความผิดทางอาญาดังกล่าว แสดงให้เห็นถึงนิตินโยบายของประเทศไทยจึงต้องการให้ “คนดี” มาเป็นผู้บังคับใช้กฎหมายหรือบริหาร บ้านเมือง และสะท้อนถึงการใช้นโยบายด้วยระบบคุณธรรมในกฎหมายสูงสุด หรือกล่าวแบบนัก กฎหมาย คือ การสร้างหลักนิติธรรม สมคิด เลิศไพฑูรย์ ประมาจารย์ด้านรัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบันกล่าวว่า

ในประเทศไทยตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก พ.ศ.2475 เป็นต้นมาถือได้ว่า ประเทศไทยพยายามนำหลักนิติธรรมมาใช้กับสังคมไทย .... มีรัฐธรรมนูญ ฉบับถาวรที่มีการบัญญัติเนื้อหาของหลักนิติธรรมอยู่ในรัฐธรรมนูญและ

<sup>27</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 98(6) (7) (9) (10) และ (13).

<sup>28</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 111 (6).

<sup>29</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 117 (4).

<sup>30</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 160 (7).

<sup>31</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 202.

กฎหมายไว้ได้อย่างเป็นมาตรฐานสากล ความแตกต่างระหว่างประเทศไทย  
กับประเทศอื่น น่าจะอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย<sup>32</sup>

ในมุมมองของนักกฎหมายดังกล่าวจึงมองว่าระบบกฎหมายของประเทศไทยที่เป็นอยู่  
(รวมทั้งรัฐธรรมนูญ) มีความทันสมัยและพัฒนาขึ้นมาในบริบทแบบสากลโลกเป็นอย่างมาก  
นักนิติศาสตร์ดังกล่าวจึงสรุปว่า กฎหมายไทยจึงดีอยู่แล้ว แต่ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นเป็นปัญหามาจาก  
การได้ “คนไม่ดี” มาบังคับใช้กฎหมายหรือบังคับใช้กันอย่างไม่ดีเพี้ยน ดังนั้น นักนิติศาสตร์ดังกล่าว  
จึงสรุปว่า ทางออกของปัญหา คือ ต้องหา “คนดี” หรือผู้มีบารมีสูงส่งมาเป็นผู้บังคับใช้กฎหมาย  
อย่างเป็นธรรม

อย่างไรก็ตาม มุมมองเกี่ยวกับระบบคุณธรรมที่ใช้ห้าม “คนไม่ดี” ในรัฐธรรมนูญยังเป็น  
ที่ถกเถียง และมีมุมมองที่แตกต่างกันอย่างชัดเจนในวงวิชาการ ธงชัย วินิจจะกูล กล่าวว่า

ในความเป็นจริงแล้ว ความอยุติธรรมที่ประชาชนคนไทยกำลังเผชิญอยู่นี้  
ก็ล้วนเป็นมาจากฝีมือของคนดีเหล่านั้นทั้งสิ้น จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่า  
ระบบและสถาบันทางกฎหมายของไทยอ่อนแอมากเสียจนกระทั่งไม่สามารถ  
จำกัดความเสียหาย อันเป็นผลมาจากการกระทำของคนไม่ดีได้เลย หรือ  
ในทางกลับกันระบบและสถาบันทางกฎหมายเองก็อาจเป็นปัจจัยหนึ่งที่  
เอื้ออำนวยแก่การผิดเพี้ยนที่เกิดขึ้นอยู่ก็ได้<sup>33</sup>

ขณะที่วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มีมุมมองเกี่ยวกับคำว่า “คนดี” ในสังคมไทยกับระบบ  
กฎหมายไทยในปัจจุบันว่า

บรรดานักกฎหมายที่เข้าไปรับใช้คณะรัฐประหาร ส่วนใหญ่แล้วไม่ได้เข้าไป  
เพราะมีทัศนคติหรือจุดยืนทางนิติปรัชญาแบบสำนักกฎหมายบ้านเมืองเลย  
แต่เข้าไปเพราะทัศนคติทางการเมืองหรือเข้าไปเพื่อแสวงหาผลประโยชน์หรือ  
อำนาจทั้งสิ้น แม้แต่นักกฎหมายที่แสดงตนว่านิยมยกย่องกฎหมายธรรมชาติ

<sup>32</sup> สมคิด เลิศไพฑูรย์, “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย,” วารสารศาลรัฐธรรมนูญ  
19, 55 (มกราคม-เมษายน 2560): 152-172.

<sup>33</sup> ธงชัย วินิจจะกูล, “นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชนิติธรรม” (ปาฐกถาพิเศษ ป่วยอิงการณ์ ครั้งที่ 17, 9  
มีนาคม 2563).

หรือแสดงตนว่าเชื่อมั่น “คุณความดี” หรือเป็น “คนดี” ก็ล้วนเข้าไปทำงานให้คณะรัฐประหาร มีหน้าซำยังพยายามอธิบาย “คุณความดี” ไปในทางสนับสนุนการรัฐประหารและสร้างความชอบธรรมแก่ (ตนเองด้วย) เช่น อ้างว่าทำไปเพื่อประเทศชาติ หรือเพื่อขจัดคนเลว<sup>34</sup>

ไม่ว่ามุมมองในเรื่องการห้าม “คนไม่ดี” มาดำรงตำแหน่งทางการเมืองจะถูกต้องประการใด ระบบคุณธรรมได้ถูกใช้เป็นข้อห้ามในการตั้งข้อรังเกียจผู้กระทำผิดซึ่งถือเป็น “คนไม่ดี” ในการดำรงตำแหน่งทางการเมืองดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญข้างต้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามตั้งแต่ ก่อน ที่ศาลจะมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าเป็นผู้กระทำผิดจริง ขณะที่ตำแหน่งอื่นๆ รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องเป็นความผิดโดยคำพิพากษาถึงที่สุดก่อน การกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามการเป็นรัฐมนตรีดังกล่าวจึงขัดหรือแย้งกับบทสันนิษฐานในคดีอาญาว่าต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้ ตามมาตรา 29 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

### 3.3 การรับราชการและตำแหน่งหน้าที่ในราชการ

ระบบคุณธรรมยังถูกใช้เป็นระบบในการกลั่นกรองการเป็นข้าราชการ และการดำรงตำแหน่งหน้าที่ในราชการตามกฎหมายต่างๆ จากการสำรวจกฎหมายพบว่า มีกฎหมายมากถึง 138 ฉบับ ในลำดับชั้นพระราชบัญญัติที่มีข้อห้ามการเป็นข้าราชการ หรือกำหนดลักษณะต้องห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในการดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือตำแหน่งอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในทางราชการ ในความเป็นจริงอาจมีกฎหมายมากกว่าจำนวนดังกล่าวที่มีการตั้งข้อรังเกียจดังกล่าว โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่มที่สำคัญ กล่าวคือ

**กลุ่มแรกข้าราชการ** ซึ่งโดยทั่วไปจำเป็นต้องเป็นบุคคลที่มีความสุภาพเรียบร้อย และมีประวัติเป็นที่น่าเชื่อถือในสังคม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความสะดวกของประชาชนที่เกี่ยวข้องในการติดต่อประสานงาน ฉะนั้น กฎหมายหลายฉบับจึงมีบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท

<sup>34</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่าน, 2561), หน้าค่านำ.

หรือความผิดลหุโทษ โดยกฎหมายที่มีการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวปรากฏในการประกอบอาชีพข้าราชการประเภทต่างๆ ตั้งแต่ ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา ข้าราชการตำรวจ ข้าราชการอัยการ ข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ข้าราชการรัฐสภา และข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 บัญญัติหลักการสำหรับการปฏิบัติตนเป็นข้าราชการพลเรือน รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์การเข้ารับราชการของบุคคลว่าต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามบางประการ โดยลักษณะต้องห้ามดังกล่าวส่งผลต่อการประกอบอาชีพของผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษ ปรากฏในมาตรา 36 ข. (7) ซึ่งกำหนดลักษณะของผู้ที่จะเข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือนต้องมีคุณสมบัติทั่วไป และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามว่า

[ ... ]

เป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ<sup>35</sup>

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 มีบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกในทางอาญา เข้ารับราชการเป็นข้าราชการพลเรือน เจตนารมณ์สำคัญของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นเพราะ ความพยายามในการสร้างมาตรฐานของการเป็นข้าราชการไทย มิให้มีข้อรังเกียจใดๆ ต่อสังคม หรืออาจเป็นเพราะความต้องการสร้างระบบราชการที่ปราศจากการทุจริต ไม่ว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวจะมีเจตนารมณ์อย่างไร บทบัญญัติดังกล่าวห้ามผู้ต้องโทษจำคุกเข้ารับราชการแต่อย่างใด กรณีนี้กล่าวโดยสรุปได้ว่า ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วย่อมไม่สามารถเข้ารับราชการได้แต่อย่างใด

อีกตัวอย่างที่เห็นได้ชัดคือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547 ซึ่งกำหนดข้อห้ามผู้เคยต้องคำพิพากษาและต้องโทษให้จำคุก ห้ามมิให้เข้ารับราชการเป็นครูหรือบุคลากรทางการศึกษา ดังที่ปรากฏในมาตรา 30 (10) ซึ่งบัญญัติว่า

ไม่เป็นผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ<sup>36</sup>

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551, มาตรา 36 ข. (7).

<sup>36</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547, มาตรา 30 (10).

แม้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547 จะใช้บังคับเฉพาะหน่วยงานรัฐ ข้อห้ามเกี่ยวกับบุคคลที่จะเข้ารับราชการครูและบุคลากรทางการศึกษามีได้ใช้บังคับเฉพาะโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาที่เป็นหน่วยงานรัฐ หรือในกำกับดูแลของรัฐ แต่ยังใช้บังคับรวมถึงสถาบันการศึกษาและโรงเรียนเอกชน เนื่องจากสถาบันการศึกษาหรือโรงเรียนเอกชนมีข้อบังคับเกี่ยวกับการรับบุคคลเข้าทำงาน และยึดตามหลักเกณฑ์ที่ทางราชการเป็นผู้ออกเป็นสำคัญ<sup>37</sup>

พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547 ซึ่งมีข้อความปรากฏในมาตรา 7 ข (7) ในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547<sup>38</sup> หรือพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีการบัญญัติข้อห้ามการเข้ารับราชการเป็นข้าราชการตำรวจในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 โดยปรากฏในมาตรา 48 ซึ่งบัญญัติว่า

ผู้ที่ได้รับการบรรจุเข้าเป็นข้าราชการตำรวจ ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ .... (6) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามอื่นตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร.<sup>39</sup>

คุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎ ก.ตร. หมายถึง บุคคลที่เคยกระทำความผิดทางอาญาและพ้นโทษมาแล้วตามกฎหมาย ก.ตร. แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547 เป็นกฎหมายอีกฉบับที่ไม่เอื้อต่อการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมและประกอบอาชีพของผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษ

นอกเหนือจากกฎหมายดังกล่าวยังมีพระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553 ซึ่งบัญญัติลักษณะต้องห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดห้ามมิให้เป็นข้าราชการอัยการ ปรากฏในมาตรา 49 ข (5) ซึ่งมีข้อความในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 ดังกล่าวข้างต้น<sup>40</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543

<sup>37</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับระบบกฎหมายไทย (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 217-218.

<sup>38</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ.2547, มาตรา 7 ข (7).

<sup>39</sup> พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ.2547, มาตรา 48.

<sup>40</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ.2553, มาตรา 49 ข (5).

ซึ่งห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกในการเข้ารับราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ดังข้อความที่ปรากฏใน มาตรา 26 (9) ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน<sup>41</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554 ซึ่งใช้สำหรับข้าราชการรัฐสภา เนื่องจากไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและมีข้อห้ามสำหรับผู้เคยต้องคำพิพากษาให้จำคุกในการเข้ารับราชการสังกัดรัฐสภาใน มาตรา 37 ข (7)<sup>42</sup> และพระราชบัญญัติข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2554 ซึ่งใช้สำหรับข้าราชการกรุงเทพมหานคร และบุคลากรของกรุงเทพมหานคร โดยมีมาตรา 43 ข (5) กำหนดควบคุมลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะเข้ารับราชการสังกัดกรุงเทพมหานครหรือเป็นบุคลากรของกรุงเทพมหานครว่าต้องไม่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดมาก่อน ดังข้อความที่ปรากฏในมาตรา 43 ข (5)<sup>43</sup> ซึ่งถอดแบบมาจากกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีข้อความในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น

**กลุ่มที่สอง ข้าราชการการเมือง** โดยมีพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ.2535 เป็นกฎหมายฉบับหลักที่กำหนดลักษณะต้องห้ามบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด มิให้เป็นข้าราชการการเมือง ปรากฏในมาตรา 9 (7) ซึ่งมีบทบัญญัติลักษณะเดียวกันกับกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่ควบคุมเรื่องคุณสมบัติของข้าราชการ<sup>44</sup>

อันที่จริง การกำหนดคุณสมบัติของข้าราชการการเมือง และนักการเมืองปรากฏให้เห็น ตั้งแต่บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่มีการห้ามมิให้ บุคคลที่ “เคยได้รับโทษจำคุกโดยได้พ้นโทษมายังไม่ถึงสิบปีนับถึงวันเลือกตั้ง ...”<sup>45</sup> ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ดังที่ปรากฏ ในมาตรา 98 รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หรือบทบัญญัติมาตราอื่นๆ ที่กำหนดเรื่องคุณสมบัติเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งรัฐมนตรี<sup>46</sup> หรือตำแหน่งอื่นในองค์กรศาลและองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ<sup>47</sup> กรณีนี้อาจกล่าวได้ว่า แนวคิดทางกฎหมายของไทยมีลักษณะไม่เปิดโอกาสให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาว่ากระทำความผิด หรือผู้พ้นโทษกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข ตั้งแต่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด (Supreme Law) สาเหตุสำคัญอาจเป็นเพราะรากฐานทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายไทยที่ปรากฏมาตั้งแต่สมัยอดีต อาทิ กฎหมายตราสามดวง ที่มักเลือกใช้วิธีการลงโทษทาง

<sup>41</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543, มาตรา 26 (9).

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการรัฐสภา พ.ศ.2554, มาตรา 37 ข (7).

<sup>43</sup> พระราชบัญญัติข้าราชการกรุงเทพมหานครและบุคลากรกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2554, มาตรา 43 ข (5).

<sup>44</sup> พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ.2535, มาตรา 9 (7).

<sup>45</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 98.

<sup>46</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 160.

<sup>47</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 202.

อาญา<sup>48</sup> เนื่องจากมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมาย<sup>49</sup> และมุมมองของสังคมที่ฝังรากลึกมาตั้งแต่โบราณเกี่ยวกับบุคคลผู้เคยกระทำความผิดในทางอาญา ซึ่งไม่ได้รับการยอมรับกลับคืนเข้าสู่สังคมและใช้ชีวิตได้อย่างปกติสุขภายหลังการพ้นโทษ หรืออาจเป็นเพราะเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้คนดีปราศจากตำหนิเข้ามารับตำแหน่งสำคัญในการบริหารจัดการประเทศ

**กลุ่มที่สามผู้ดำรงตำแหน่งหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับราชการ** โดยมีกฎหมายอีกหลายฉบับที่มีผลต่อการดำรงตำแหน่งสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ซึ่งได้รวบรวมและวิเคราะห์กฎหมายพบว่า มีกฎหมายอย่างน้อย 160 ฉบับ ที่กำหนดลักษณะต้องห้ามในการเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ หรือประธานกรรมการ หรือเลขาธิการในคณะกรรมการชุดต่างๆ ที่เกิดขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติฉบับต่างๆ หรือมีลักษณะต้องห้ามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง อาทิ การเป็นผู้ใหญ่บ้านตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 การดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ เกี่ยวข้องและกำหนดคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งไว้ หรือกฎหมายเกี่ยวกับการเป็นกรรมการในคณะกรรมการชุดต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง กฎหมายหลายๆ ฉบับ ห้ามบุคคลผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ โดยห้ามการเป็นประธานกรรมการ หรือกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการชุดต่างๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือเป็นลักษณะต้องห้ามคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง

### 3.4 เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 และการกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามในการประกอบอาชีพของบุคคล

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพซึ่งเป็นสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ การรับรองสิทธิดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิในการทำงาน (Right to Work) ว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพที่จะเลือกประกอบอาชีพใดได้ตามที่ตนเองต้องการ การบัญญัติรับรองดังกล่าวจึงสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏใน UDHR และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางวัฒนธรรม และสิทธิทางสังคม (International Covenant on Economic, Cultural and Social Rights: ICECSR)<sup>50</sup> โดยเฉพาะข้อ 23 (1) แห่ง UDHR ซึ่งวางหลักไว้ว่า

<sup>48</sup> ชัชพล ไชยพร, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 224.

<sup>49</sup> แสง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 246.

<sup>50</sup> International Covenant on Economic, Cultural and Social Rights, opened for signature 16 December 1966, 993 UNTS 3 (entered into force 3 January 1976).

“ทุกคนมีสิทธิในการทำงาน ในการเลือกงานโดยอิสระ ในเงื่อนไขที่ยุติธรรมและเอื้ออำนวยต่อการทำงาน และในการคุ้มครองต่อการว่างงาน” ฉะนั้น การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคง หรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น<sup>51</sup>

ปัจจุบันกฎหมายไทยหลายฉบับมีบทบัญญัติกำหนดห้ามผู้พ้นโทษในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือการขอรับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพบางประการดังตารางที่ 2 ข้างต้น ซึ่งกำหนดให้การต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเป็นลักษณะต้องห้าม อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว หากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขทางรัฐธรรมนูญ (Constitutional Requirements)<sup>52</sup> ในเรื่องสิทธิในการทำงานหรือเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ย่อมถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ การกำหนดคุณสมบัติต้องห้ามในการประกอบอาชีพของบุคคลในกฎหมายสรุปได้เป็นกลุ่มธุรกิจ (อาชีพหรือวิชาชีพ) ได้เป็น 6 กลุ่มที่สำคัญ ได้แก่ (1) กลุ่มธุรกิจด้านการศึกษา (2) กลุ่มธุรกิจด้านการแพทย์และสาธารณสุข (3) กลุ่มธุรกิจวิชาชีพการบริการ (4) กลุ่มธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ (5) กลุ่มธุรกิจที่ต้องมีใบอนุญาต และ (6) กลุ่มธุรกิจอื่นๆ อธิบายโดยสังเขปได้ดังนี้

#### 1) กลุ่มธุรกิจด้านการศึกษา (Education)

กลุ่มธุรกิจด้านการศึกษา (Education) ครอบคลุมโรงเรียนและสถาบันการศึกษาทุกระดับชั้น ตั้งแต่ อนุบาล (Preschool) ประถม (Primary School) มัธยม (Secondary School) อาชีวศึกษา (Vocational) อุดมศึกษา (Higher Education) และบริการการศึกษาในลักษณะอื่นๆ อาทิ ศูนย์การเรียนรู้และพัฒนาเด็กวัยแรกเกิด ย่อมถูกควบคุมและอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับต่างๆ และอาจเกี่ยวข้องกับสถาบันการศึกษาที่เป็นรัฐ หรือเอกชน ในส่วนนี้จะวิเคราะห์บุคลากรทางการศึกษาในโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษาเอกชน ซึ่งปัจจุบันมีกฎหมาย 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550<sup>53</sup> พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2546<sup>54</sup> และพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546<sup>55</sup> ที่มีข้อห้ามบุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกมิให้ประกอบวิชาชีพเป็นบุคลากรทางการศึกษา สำหรับโรงเรียนหรือสถาบันการศึกษา

<sup>51</sup> รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 40.

<sup>52</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, การประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม, 2563), หน้า 78.

<sup>53</sup> พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550.

<sup>54</sup> พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2546.

<sup>55</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546.

ที่เป็นหน่วยราชการของรัฐมีกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551 และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2547 ควบคุมอยู่แล้ว

**โรงเรียนเอกชน** ตามพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550 บัญญัติวางกรอบไว้ว่า โรงเรียนในระบบจะต้องมีครูและบุคลากรทางการศึกษาที่เพียงพอกับการจัดการศึกษาที่เหมาะสมกับจำนวนนักเรียน และต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย โดยปรากฏในมาตรา 42 ซึ่งบัญญัติว่า

.... ครูและบุคลากรทางการศึกษา ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพครูหรือบุคลากรทางการศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา แล้วแต่กรณี<sup>56</sup>

จะเห็นได้ว่า การประกอบวิชาชีพครูหรือบุคลากรทางการศึกษาในโรงเรียนเอกชนจะต้องไม่เป็นผู้ที่มีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ. 2546 และภายใต้กฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพครู และบุคลากรทางการศึกษาอื่น อาทิ ผู้บริหารสถานศึกษา เป็นต้น ในมาตรา 43 และมาตรา 44 (ข) (3) ซึ่งบัญญัติว่า

**มาตรา 43** ให้วิชาชีพครู ผู้บริหารสถานศึกษา และผู้บริหาร การศึกษา เป็นวิชาชีพควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ การกำหนดวิชาชีพควบคุมอื่นให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ....

**มาตรา 44** ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพควบคุม ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้ (ข) ลักษณะต้องห้าม ... (3) เคยต้องโทษจำคุกในคดีที่ศาลเห็นว่าอาจนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ<sup>57</sup>

<sup>56</sup> พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550, มาตรา 42.

<sup>57</sup> พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550, มาตรา 43 และ 44.

การประกอบวิชาชีพครูและผู้บริหารสถานศึกษา กฎหมายห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดในการประกอบวิชาชีพดังกล่าว จะเห็นได้ว่า กฎหมายมิได้กำหนดลักษณะต้องห้ามสำหรับบุคลากรทางการศึกษาอื่น อาทิ บุคลากรที่ทำหน้าที่สนับสนุนการศึกษา หรือให้บริการหรือปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัดกระบวนการเรียนการสอน หรือการนิเทศ อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายฉบับดังกล่าวจะมีได้กำหนด แต่ตามนัยพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ.2550 มาตรา 42 ข้างต้น กำหนดให้บุคลากรทางการศึกษาอื่นต้องมีคุณสมบัติที่กำหนดในมาตรา 44 ด้วย และในทางปฏิบัติจะพบว่า โรงเรียนเอกชนจะมีการออกระเบียบ หรือการตรวจเช็คประวัติบุคลากรอื่นๆ แม้จะมีได้เป็นครู ว่าเคยเป็นผู้ได้รับโทษทางอาญามาแล้วหรือไม่ โดยเฉพาะโทษจำคุกโดยศาลถึงที่สุดแล้ว สำหรับลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 44 พระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2546 ดังกล่าว ที่บัญญัติให้เป็นดุลยพินิจของคุรุสภาพิจารณาว่าโทษจำคุกในฐานความผิดใดอาจนนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพนั้น ในทางปฏิบัติพบว่า คุรุสากำหนดให้โทษจำคุกในความผิดทุกประเภท หากครูหรือบุคลากรทางการศึกษาได้รับโทษจำคุกและเป็นโทษที่ถึงที่สุดแล้วให้ถือว่าเป็นการกระทำที่นำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพทั้งสิ้น กล่าวได้ว่าผู้กระทำความผิดและได้รับโทษจำคุก ภายหลังพ้นโทษย่อมไม่มีสิทธิที่จะประกอบวิชาชีพครูหรือบุคลากรทางการศึกษาอีกต่อไป

**อาจารย์มหาวิทยาลัยในสถาบันอุดมศึกษา** หรือมหาวิทยาลัยมีข้อห้ามในทำนองเดียวกันกับครูและบุคลากรทางการศึกษาข้างต้น โดยปรากฏใน พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษา เอกชน พ.ศ.2546 มาตรา 46 ซึ่งเป็นการบัญญัติลักษณะต้องห้ามของการเป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยเอกชนไว้ว่า

คณาจารย์ประจำต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

[...]

(5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ<sup>58</sup>

อันที่จริง การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวควรจะจำกัดอยู่เฉพาะความผิดทางอาญาบางฐานความผิดหรือไม่ เช่น ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดที่กระทำต่อเด็ก และความผิดต่อชีวิตและร่างกาย การกำหนดลักษณะต้องห้ามดังกล่าวดูเหมือนว่าจะสอดคล้องและรองรับกับกฎกติกาของอาจารย์มหาวิทยาลัยที่มีข้อห้ามทุกมหาวิทยาลัยว่าอาจารย์ห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงผล

<sup>58</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546, มาตรา 46.

คะแนน และการมีความสัมพันธ์ลึกซึ้งกับนักศึกษา ซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องการเรียกรับผลประโยชน์ตอบแทน และความผิดเกี่ยวกับเพศ และสำหรับผู้บริหารสถาบันอุดมศึกษาเอกชน หรือมหาวิทยาลัยเอกชนกฎหมายมีการบัญญัติลักษณะต้องห้ามการเป็นผู้บริหารไว้ในมาตรา 40 และ 41 แห่งพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ไว้ว่า

**มาตรา 40** ให้สภาสถาบันแต่งตั้งอธิการบดีจากผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 41 และแจ้งให้สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันแต่งตั้ง

**มาตรา 41 (6)** ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่ในความผิดอันได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ<sup>59</sup>

กฎหมายห้ามบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งอธิการบดี หรือหัวหน้าหน่วยงาน สำหรับคณะผู้บริหารในระดับที่ต่ำกว่าอธิการบดีอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 46 (5) ในฐานะคณาจารย์อยู่แล้ว กล่าวได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติการประกอบวิชาชีพครูหรือเกี่ยวกับการศึกษา กฎหมายมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมากเกินไป โดยไม่คำนึงถึงประเภทแห่งความผิด ฉะนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายมีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อเสรีภาพจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสภาครูและบุคลากรทางการศึกษา พ.ศ.2546 มีบทบัญญัติที่เปิดช่องให้ครูสภาใช้ดุลยพินิจในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคลโดยไม่มีเหตุผลอันควร และอาจขัดรัฐธรรมนูญ หรือพระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546 ที่กำหนดให้โทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดเป็นข้อห้ามในการเป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย เป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามไว้ในกฎหมายครอบคลุมความผิดทางอาญาทุกประเภท<sup>60</sup>

ความผิดทางอาญาทุกฐานความผิดที่ถูกกำหนดเป็นข้อรังเกียจในการประกอบวิชาชีพครูและอาจารย์มหาวิทยาลัยเอกชนอาจไม่สอดคล้องต่อสภาพความเป็นจริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ความผิดบางฐานความผิดอาจไม่สัมพันธ์กับการปฏิบัติหน้าที่หรือประกอบวิชาชีพครู ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ ความผิดฐานปลอมบัตรอิเล็กทรอนิกส์ หรือความผิดฐานละเมิดสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น บางความผิดมีนัยสำคัญและเกี่ยวพันโดยตรงกับการประกอบ

<sup>59</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546, มาตรา 40 และ 41.

<sup>60</sup> พระราชบัญญัติสถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ.2546.

วิชาชีพครู เช่น ความผิดเกี่ยวกับร่างกาย ความผิดต่อเด็ก สตรีหรือเยาวชน และความผิดเกี่ยวกับเพศซึ่งสมควรเฝ้าระวังและห้ามในการประกอบวิชาชีพ/อาชีพดังกล่าว หลายประเทศทั่วโลก โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร หรือเครือรัฐออสเตรเลียมีบทบัญญัติกฎหมายห้ามผู้กระทำความผิดดังกล่าวในการประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการศึกษา การที่กฎหมายทั้งสองฉบับมีบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวจึงทำให้ผู้พ้นโทษจำคุกในคดีอาญาอื่นที่ไม่สัมพันธ์กับการประกอบวิชาชีพถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 ซึ่งรับรองสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ<sup>61</sup> และไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 ที่บัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือประกอบอาชีพ<sup>62</sup> กล่าวได้ว่า บทบัญญัติที่กำหนดห้ามผู้พ้นโทษจำคุกประกอบวิชาชีพครูในกฎหมายทั้งสองฉบับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และสมควรแก้ไขต่อไป ทั้งนี้จะได้จัดทำเป็นข้อสรุปในการแก้ไขกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้พ้นโทษในบทสรุปและข้อเสนอแนะต่อไป

## 2) กลุ่มธุรกิจด้านการแพทย์และสาธารณสุข

กลุ่มธุรกิจด้านการแพทย์และสาธารณสุขซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ พบว่ามีกฎหมาย 12 ฉบับที่มีลักษณะต้องห้ามการรับโทษทางอาญาโดยคำพิพากษาที่ถึงที่สุดเป็นลักษณะต้องห้ามการประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ

**วิชาชีพด้านการแพทย์ และสาธารณสุข** ภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525 กำหนดคุณสมบัติของผู้ขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตว่าต้องมีคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดดังที่ปรากฏใน มาตรา 30 บัญญัติว่า “ผู้ขอขึ้นทะเบียนและรับใบอนุญาตต้องเป็นสมาชิกแห่งแพทยสภา และมีคุณสมบัติอื่นตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับแพทยสภา เมื่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผู้ใดขาดจากสมาชิกภาพ ให้ใบอนุญาตของผู้นั้นสิ้นสุดลง”<sup>63</sup> ขณะที่แพทย์แผนไทยมีกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2556 ควบคุม โดยมีมาตรา 12 (4) บัญญัติลักษณะต้องห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาศาลถึงที่สุดแล้วประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์แผนไทย<sup>64</sup> นอกจากนี้ หากผู้พ้นโทษจะประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการสาธารณสุขในชุมชน กฎหมายก็ไม่เปิดช่องให้ประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการสาธารณสุข

<sup>61</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 40.

<sup>62</sup>รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560, มาตรา 77.

<sup>63</sup>พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2525, มาตรา 30.

<sup>64</sup>พระราชบัญญัติวิชาชีพการแพทย์แผนไทย พ.ศ.2556, มาตรา 12 (4).

ชุมชน พ.ศ.2556 มีข้อความในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวข้างต้น โดยปรากฏในมาตรา 10 (2) (ข)<sup>65</sup>

ในส่วนที่เกี่ยวกับวิชาชีพด้านการพยาบาลและการผดุงครรภ์ มีข้อห้ามผู้ที่เคยต้องโทษในคดีอาญาและได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วห้ามประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการพยาบาลหรือการผดุงครรภ์ โดยปรากฏในมาตรา 11 (1) (ง) ซึ่งบัญญัติรับรองการประกอบวิชาชีพ โดยกำหนดข้อห้ามมิให้เป็นผู้ต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุด หรือคำสั่งที่ขอด้วยกฎหมายให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ<sup>66</sup> วิชาชีพด้านการสัตวแพทย์ปรากฏภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ.2545 บัญญัติให้การประกอบวิชาชีพสัตวแพทย์เป็นวิชาชีพที่ควบคุมตามกฎหมายโดยบัญญัติลักษณะต้องห้ามไว้ในมาตรา 13 (4) ซึ่งบัญญัติให้ผู้จะประกอบวิชาชีพเป็นสัตวแพทย์ต้องขึ้นทะเบียนเป็นสมาชิกสัตวแพทย์สภา และต้องไม่ใช่ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดมาก่อน<sup>67</sup> หรือวิชาชีพด้านเทคนิคการแพทย์เป็นวิชาชีพทางการแพทย์อีกวิชาชีพหนึ่งที่กฎหมายควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ.2547 มาตรา 11 (4) ซึ่งบัญญัติให้การประกอบวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ต้องขึ้นทะเบียนต่อสภาเทคนิคการแพทย์และต้องไม่ใช่ผู้เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเช่นเดียวกับวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุขอื่นๆ ข้างต้น<sup>68</sup>

**วิชาชีพทันตกรรม** มีกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ.2537 เป็นกฎหมายหลักฉบับเดียวที่บัญญัติเรื่องลักษณะต้องห้ามการประกอบวิชาชีพโดยปรากฏในมาตรา 12 (4) โดยมีข้อความในลักษณะเดียวกันกับวิชาชีพด้านการแพทย์และสาธารณสุขอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้น<sup>69</sup>

**นอกเหนือจากการทันตกรรม การกายภาพบำบัด** ยังถือเป็นวิชาชีพทางการแพทย์ ในวิชาชีพหนึ่งซึ่งมีกฎหมายควบคุมภายใต้พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ.2547 กฎหมายฉบับดังกล่าวบัญญัติลักษณะการได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วเป็นลักษณะต้องห้ามการประกอบวิชาชีพด้านกายภาพบำบัด ปรากฏในมาตรา 11 (4)<sup>70</sup>

<sup>65</sup> พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ.2556, มาตรา 10 (2) (ข).

<sup>66</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพการพยาบาลและการผดุงครรภ์ พ.ศ.2528, มาตรา 11 (1) (ง).

<sup>67</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพการสัตวแพทย์ พ.ศ.2545, มาตรา 13 (4).

<sup>68</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเทคนิคการแพทย์ พ.ศ.2547, มาตรา 11 (4).

<sup>69</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพทันตกรรม พ.ศ.2537, มาตรา 12 (4).

<sup>70</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพกายภาพบำบัด พ.ศ.2547, มาตรา 11 (4).

**สำหรับกฎหมายที่ควบคุมวิชาชีพเกี่ยวกับการเภสัชกรรม ยา และอาหาร**  
มีกฎหมาย 3 ฉบับที่กำหนดลักษณะต้องห้ามการประกอบวิชาชีพ กล่าวคือ พระราชบัญญัติวิชาชีพ  
เภสัชกรรม พ.ศ.2537 บัญญัติไว้ในมาตรา 12 (4) และมาตรา 32 ที่มีข้อห้ามมิให้บุคคลผู้เคย  
ต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาศาลถึงที่สุดแล้ว ประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการเภสัชกรรม<sup>71</sup> หรือใน  
พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510 มีบทบัญญัติที่มีลักษณะเดียวกัน ตามที่ผู้ทรงเขียนไว้ โดยปรากฏใน  
มาตรา 14 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้อนุญาตจะออกใบอนุญาตให้ผลิต ขาย หรือนำหรือส่งเข้ามาใน  
ราชอาณาจักรซึ่งยาแผนปัจจุบัน เมื่อปรากฏว่าผู้ขออนุญาตไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษา  
ถึงที่สุดหรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมายให้จำคุกในความผิดที่กฎหมายบัญญัติให้ถือเอาการกระทำ  
โดยทุจริตเป็นองค์ประกอบ หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ กฎหมายว่าด้วย  
วัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท กฎหมายว่าด้วยการขายยาหรือพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่พ้นโทษ  
มาแล้วไม่น้อยกว่าสองปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต”<sup>72</sup> และนอกจากมาตรา 14 (4) ยังมีมาตรา 48 (4)  
ที่ปรากฏข้อความในลักษณะเดียวกัน

ในส่วนที่เกี่ยวกับอาหารปรากฏในพระราชบัญญัติควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ พ.ศ.  
2558 ซึ่งมีข้อความในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ กำหนดห้ามมิให้  
ผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วในการประกอบวิชาชีพ ปรากฏในมาตรา 20 (5)

การเปิดสถานพยาบาลยังมีกฎหมายควบคุมคุณสมบัติของผู้จะเปิดกิจการดังกล่าว  
ภายใต้พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ.2541 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ.2533  
โดยข้อความที่ปรากฏในกฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวเป็นข้อความเดียวกับพระราชบัญญัติอื่นๆ  
ดังกล่าวข้างต้น<sup>73</sup> และกล่าวได้ว่า จากการทบทวนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบวิชาชีพด้าน  
การแพทย์และสาธารณสุขพบว่า กฎหมายทุกฉบับที่เกี่ยวข้องมีข้อห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำ  
พิพากษาถึงที่สุดประกอบวิชาชีพด้านการแพทย์

อาจกล่าวได้ว่า กลุ่มกฎหมายที่กำหนดข้อห้ามผู้พ้นโทษจำคุก ประกอบวิชาชีพด้าน  
การแพทย์และสาธารณสุขมีลักษณะเช่นเดียวกับวิชาชีพครู กล่าวคือ ครอบคลุมทุกฐานความผิด  
ในทางอาญาที่เป็นโทษจำคุก โดยไม่คำนึงถึงความสัมพันธ์กับลักษณะความผิดและการปฏิบัติหน้าที่  
ของแพทย์ หรือบุคลากรทางสาธารณสุข กลุ่มกฎหมายดังกล่าวเกี่ยวกับการแพทย์และสาธารณสุขที่  
กล่าวมาข้างต้น มีลักษณะขัดหรือแย้งกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40  
เกินสมควร และไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ปรากฏในมาตรา 40 แห่งรัฐธรรมนูญ

<sup>71</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพเภสัชกรรม พ.ศ.2537, มาตรา 12 (4) และ 32.

<sup>72</sup> พระราชบัญญัติยา พ.ศ.2510, มาตรา 14 (4).

<sup>73</sup> พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ.2541 และพระราชบัญญัติสถานพยาบาลสัตว์ พ.ศ.2533.

### 3) กลุ่มธุรกิจวิชาชีพการบริการ (Professional Services)

กลุ่มธุรกิจวิชาชีพการบริการ (Professional Services) หรือการบริการวิชาชีพ ในหลากหลายวิชาชีพ อาทิ ทนายความ นักบัญชี และวิศวกร มีกฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามบุคคลผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วห้ามประกอบวิชาชีพบริการดังกล่าวหลายวิชาชีพ

**วิชาชีพทนายความและการบัญชี** มีพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ.2547 ซึ่งมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับกฎหมายฉบับก่อนๆ ดังที่กล่าวมากำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะประกอบวิชาชีพทนายความ (มาตรา 35 และ 36)

โดยมาตรา 35 (5) ห้ามมิให้ผู้ที่อยู่ระหว่างต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดจดทะเบียน ขณะที่มาตรา 35 (6) ห้ามผู้ที่เคยถูกจำคุกเพราะศาลมีคำพิพากษาเป็นที่สุดให้จำคุกในคดีที่คณะกรรมการเห็นว่าจะนำมาซึ่งความเสื่อมเสียมาสู่วิชาชีพจดทะเบียน<sup>74</sup> และสำหรับวิชาชีพบัญชีกำหนดลักษณะห้ามการประกอบอาชีพสำหรับผู้เคยต้องโทษจำคุกในมาตรา 13 (5) และมาตรา 39 (3)<sup>75</sup> เหตุผลของการบัญญัติห้ามประกอบวิชาชีพทนายความและการบัญชีอาจเป็นเพราะปัญหาเกี่ยวกับจริยธรรมและจรรยาบรรณในการประกอบวิชาชีพนักกฎหมาย และนักการบัญชีของไทย และภาพลักษณ์ที่ทั้งสองวิชาชีพนี้มีต่อสังคมว่าต้องไม่เป็นผู้กระทำความผิดมาก่อน ไม่ว่าเจตนากรณีแห่งพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ.2547 จะมีลักษณะอย่างไร บทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการไม่เอื้อให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วกลับมาประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้อีกเลย

**วิศวกรและสถาปนิก** เป็นอีกสองวิชาชีพที่สำคัญของประเทศไทย และกฎหมายให้ความสำคัญและควบคุมคุณสมบัติของบุคคลที่จะมาประกอบวิชาชีพดังกล่าว โดยมีพระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ.2542 บัญญัติให้ผู้ที่จะประกอบวิชาชีพเป็นวิศวกรต้องขึ้นทะเบียนต่อสภาวิศวกร และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามการเป็นผู้เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วมาก่อน<sup>76</sup> ขณะที่วิชาชีพสถาปนิกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ.2543 ซึ่งบัญญัติให้การประกอบวิชาชีพดังกล่าวจำเป็นต้องขึ้นทะเบียนกับสภาสถาปนิก และต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามแบบเดียวกับการประกอบวิชาชีพวิศวกรเช่นกัน<sup>77</sup>

**วิชาชีพเกี่ยวกับประกันภัย** ตามพระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558 บัญญัติไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 55 (2) ว่า บุคคลผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นผู้บังคับหลักประกันต้อง

<sup>74</sup> พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528, มาตรา 35 และ 36.

<sup>75</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ.2547, มาตรา 13 (5) และ 39 (3).

<sup>76</sup> พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ.2542, มาตรา 12 (5) และ 40 (4).

<sup>77</sup> พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ.2543, มาตรา 12 (5) และ 40 (4).

มีความรู้ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ด้านกฎหมาย บัญชี เศรษฐศาสตร์ บริหารธุรกิจ หรือ การประเมินราคาทรัพย์สิน โดยต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ หรือความผิดอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติต้องห้ามไว้<sup>78</sup> จะเห็นได้ว่า การประกอบวิชาชีพเกี่ยวกับการประกันภัยนั้น กฎหมายยังมีข้อห้ามมิให้ผู้พ้นโทษจำคุกประกอบวิชาชีพดังกล่าวตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

นอกจากนี้ยังมีวิชาชีพการรังวัด หรือการใช้สิทธิทำการรังวัดที่ดินที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ.2535 โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้ผู้จะเป็นช่างรังวัดเอกชนได้จะต้องได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัติดังกล่าวก่อน และต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม โดยเฉพาะต้องไม่เคยต้องโทษจำคุกมาก่อน<sup>79</sup> กล่าวได้ว่า แม้กระทั่งวิชาชีพรังวัด กฎหมายไทยยังมีบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกประกอบวิชาชีพดังกล่าว

อาจกล่าวได้ว่า วิชาชีพการบริการดังกล่าวข้างต้นมีความแตกต่างกันในเนื้อหาและรายละเอียด โดยเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายบัญญัติให้การรับโทษคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเป็นข้อห้ามในการประกอบวิชาชีพทุกประเภทดังกล่าวข้างต้น เป็นการกำหนดข้อห้ามให้การกระทำความผิดทางอาญาทุกฐานความผิดห้ามประกอบวิชาชีพดังกล่าวเลยโดยไม่คำนึงถึงฐานความผิดและลักษณะของวิชาชีพ ฉะนั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาแก้ไขเรื่องการได้รับโทษจำคุกเป็นข้อห้ามประกอบวิชาชีพนั้น โดยกำหนดฐานความผิดทางอาญาให้ชัดเจนและมีความสอดคล้องที่ควรห้ามประกอบวิชาชีพดังกล่าว

#### 4) กลุ่มธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ (Transportations)

กลุ่มธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ (Transportations) อาชีพที่เกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะมีกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้อง 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522 ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามผู้ประกอบการขนส่งในรูปแบบต่างๆ ตั้งแต่การขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทาง การขนส่งโดยรถขนาดเล็ก หรือการขนส่งส่วนบุคคล<sup>80</sup>

**พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522** เป็นกฎหมายอีกฉบับที่มีข้อห้ามผู้กระทำความผิดในการประกอบอาชีพเกี่ยวกับการขนส่งทางบก โดยปรากฏในมาตรา 96 จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ.2522 เป็นกฎหมายอีกฉบับที่ตัดสิทธิผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษในการประกอบอาชีพเกี่ยวกับการเดินรถสาธารณะ อาจกล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับนี้ป้องกัน

<sup>78</sup> พระราชบัญญัติหลักประกันทางธุรกิจ พ.ศ.2558, มาตรา 55 (2).

<sup>79</sup> พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ.2535, มาตรา 19 (9) และ 25 (7).

<sup>80</sup> พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ.2535, มาตรา 19 (9) และ 25 (7).

ความเสี่ยงของผู้โดยสารสาธารณะจากภัยที่อาจเกิดจากการกระทำความผิดของผู้พันโทษ กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงทัศนคติและมุมมองของสังคมที่มีต่อผู้พันโทษแล้ว และส่งผลต่อการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด ในรูปแบบของการบัญญัติเป็นกฎหมาย

**พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522** มาตรา 50 ยังตัดสิทธิผู้เคยต้องโทษจำคุกในการขอรับใบอนุญาตการขับซึ่รถบางประเภทโดยมีกำหนดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด<sup>81</sup>

กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะทั้งสองฉบับข้างต้น มีลักษณะเช่นเดียวกับกลุ่มกฎหมายที่มีข้อห้ามผู้เคยได้รับโทษจำคุกประกอบอาชีพ โดยเป็นการบัญญัติให้การต้องโทษจำคุกมาก่อนเป็นลักษณะต้องห้ามในการขอรับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถ หรือขอรับใบอนุญาตการขับซึ่รถบางประเภท กล่าวได้ว่า การบัญญัติให้โทษจำคุกเป็นลักษณะต้องห้ามในการประกอบอาชีพดังกล่าวควรจำกัดอยู่เฉพาะความผิดเกี่ยวกับการใช้รถ หรือความผิดที่สัมพันธ์กับการเป็นผู้ให้บริการด้านการขนส่งสาธารณะเท่านั้น กลุ่มกฎหมายประเภทนี้จึงเป็นอีกกลุ่มกฎหมายที่สมควรแก้ไขปรับปรุง และจะได้กล่าวต่อไป

#### 5) กลุ่มธุรกิจที่ต้องมีใบอนุญาต

ดังที่กล่าวข้างต้น กฎหมายยังมีการกำหนดลักษณะต้องห้ามการได้รับโทษจำคุกของผู้กระทำความผิดเป็นสาระสำคัญและต้องห้ามในการออกใบอนุญาต โดยเกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตอาวุธปืนหรือสิ่งเทียมอาวุธปืน และเกี่ยวกับการเรียไร

**การออกใบอนุญาตอาวุธปืนหรือสิ่งเทียมอาวุธปืน** ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490 บัญญัติไว้ในมาตรา 13 ห้ามมิให้รัฐออกใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้แก่บุคคลที่ต้องโทษจำคุกในลักษณะต่างๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>82</sup>

**การเรียไร** อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พุทธศักราช 2487 ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้บุคคลผู้เคยต้องโทษความผิดเกี่ยวกับทรัพย์จัดให้มีการเรียไรตามกฎหมายฉบับดังกล่าว<sup>83</sup> เป็นที่น่าสังเกตว่าพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับดังกล่าวมีการตรารขึ้นใช้บังคับมานานแล้ว แต่มีบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ต้องโทษจำคุกหรือคดีอาญาห้ามดำเนินการบางอย่าง โดยเป็นการกำหนดลักษณะต้องห้ามที่มีความสัมพันธ์กับความผิดที่ผู้นั้นได้กระทำความผิด กล่าวได้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับแตกต่างจากกฎหมายฉบับอื่นๆ ดังกล่าวข้างต้นที่การกำหนดลักษณะต้องห้าม

<sup>81</sup> พระราชบัญญัติรถยนต์ พ.ศ.2522, มาตรา 50.

<sup>82</sup> พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ.2490, มาตรา 13.

<sup>83</sup> พระราชบัญญัติควบคุมการเรียไร พ.ศ.2487, มาตรา 11.

ส่วนใหญ่ไม่สัมพันธ์กับความผิดแต่อย่างใด กรณีนี้จะได้จัดทำข้อสรุปกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดในส่วนต่อไป

จากกลุ่มกฎหมายที่มีบทบัญญัติให้การได้รับโทษจำคุกเป็นข้อห้ามในการประกอบอาชีพข้างต้น กลุ่มธุรกิจที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีใบอนุญาตทั้งสองประเภทดังกล่าวข้างต้น มีการบัญญัติให้การได้รับโทษจำคุกเป็นข้อห้ามในการขอรับใบอนุญาตที่สัมพันธ์กับการประกอบอาชีพ ดูเหมือนว่ากฎหมายในกลุ่มนี้จะมีการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของฐานความผิดทางอาญาที่ได้รับกับลักษณะการประกอบอาชีพ ส่วนจะมีการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ (Economic Analysis of Law) หรือไม่ประการใด เจตนารมณ์ในการยกร่างกฎหมายทั้งสองดังกล่าวมิได้ระบุไว้แต่อย่างใด

#### 6) กลุ่มธุรกิจอื่นๆ

กลุ่มธุรกิจอื่นๆ ซึ่งมีหลากหลายอาชีพและวิชาชีพที่กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้ที่เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว กล่าวคือ

**พนักงานรักษาความปลอดภัย** มีพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ.2558 มาตรา 34 ข. (3) มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับกฎหมายทุกฉบับดังกล่าวข้างต้น การบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวอาจสะท้อนมุมมองทางกฎหมายได้ว่า การประกอบอาชีพเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย ผู้จะประกอบอาชีพเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยจำเป็นต้องมีประวัติที่ขาวสะอาด และไม่สุ่มเสี่ยงที่จะก่ออันตรายต่อสังคม และกล่าวได้ว่าการบัญญัติข้อห้ามประกอบอาชีพไว้ในกฎหมายมีความสอดคล้องกับลักษณะอาชีพ ซึ่งผู้พ้นโทษมีความเสี่ยงที่จะกระทำความผิดในลักษณะที่กฎหมายบัญญัติห้าม ฐานความผิดจึงมีความสัมพันธ์กับการประกอบอาชีพ และไม่มี ความจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด

**อาชีพค้าของเก่า** อยู่ภายใต้การควบคุมโดยพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 โดยกฎหมายบัญญัติให้ผู้ประกอบอาชีพขายทอดตลาดและค้าของเก่าต้องได้รับใบอนุญาต และการพิจารณาให้ใบอนุญาตจะต้องเป็นบุคคลที่ไม่เคยมีประวัติต้องโทษจำคุกตามที่กฎหมายกำหนดมาก่อน<sup>84</sup> การบัญญัติให้การได้รับโทษจำคุกในทางอาญาเป็นข้อห้ามในการประกอบอาชีพค้าของเก่าตามกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเจาะจงฐานความผิด อาทิ ความผิดฐานรับของโจร เป็นต้น จึงกล่าวได้ว่า เป็นกฎหมายที่มีการบัญญัติข้อห้ามในการประกอบอาชีพที่คำนึงถึงประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างความผิดกับลักษณะของอาชฝิฉนั้น กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ไม่มีความจำเป็นต้องแก้ไขแต่อย่างใด

<sup>84</sup>พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474, มาตรา 6.

**นักสังคมสงเคราะห์** ซึ่งมีพระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ.2556 มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับกลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพบริการ หรือการประกอบวิชาชีพทางการศึกษาข้างต้น โดยปรากฏในมาตรา 10 (4) และมาตรา 31 ที่มีข้อห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกประกอบวิชาชีพดังกล่าว<sup>85</sup> ฉะนั้น พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ.2556 จึงควรศึกษาแก้ไขเพิ่มเติมต่อไป

นอกจากนี้ยังมีการเปิดสถานประกอบกิจการบางประเภท ที่กฎหมายควบคุมและมีลักษณะห้ามมิให้บุคคลผู้เคยต้องโทษจำคุกดำเนินการในกิจการดังกล่าว โดยเกี่ยวข้องกับการเปิดสถานประกอบกิจการดังต่อไปนี้ (1) สถานประกอบการเพื่อสุขภาพ อาทิ สปา นวดไทย อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ.2559<sup>86</sup> (2) การเปิดสถานประกอบกิจการประเภทโรงแรมอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547<sup>87</sup> (3) การเปิดสถานบริการต่างๆ อาทิ พับบาร์ เป็นต้น อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ.2509 (4) การเปิดโรงรับจำนำซึ่งมีพระราชบัญญัติโรงรับจำนำห้ามมิให้ผู้เคยกระทำความผิดเกี่ยวกับการรับของโจรหรือรับใบอนุญาต<sup>88</sup> และ (5) กิจการเกี่ยวกับการค้าไม้ซึ่งมีกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 ควบคุม<sup>89</sup>

การเปิดสถานประกอบกิจการดังกล่าวมีกฎหมายควบคุมและกำหนดลักษณะต้องห้ามเกี่ยวกับผู้เคยต้องโทษจำคุกห้ามมิให้ขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการที่การกระทำ ความผิดมีความสัมพันธ์กับลักษณะของการประกอบอาชีพ เว้นแต่กิจการค้าไม้เพียงฉบับเดียวที่กฎหมายบัญญัติโดยไม่คำนึงถึงความสอดคล้องของฐานความผิดในคดีอาญาใดๆ กลุ่มกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดสถานประกอบการ ยกเว้นกิจการค้าไม้จึงไม่จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด

**การประกอบอาชีพจัดหาแรงงานทางทะเล** ยังถูกกฎหมายภายใต้พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558 ควบคุมโดยปรากฏข้อความที่มีลักษณะห้ามผู้เคยต้องโทษจำคุกโดยคำพิพากษาศาลที่ถึงที่สุดแล้วในมาตรา 21 (7) โดยเฉพาะความผิดเกี่ยวกับการจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน<sup>90</sup> กล่าวได้ว่า การบัญญัติให้ผู้เคยมีประวัติต้องโทษจำคุกตามกฎหมายห้ามประกอบอาชีพเกี่ยวกับการจัดหาแรงงานมีการคำนึงถึงความสัมพันธ์ของโทษที่เคยได้รับกับลักษณะ

<sup>85</sup> พระราชบัญญัติวิชาชีพสังคมสงเคราะห์ พ.ศ.2556, มาตรา 10 (4).

<sup>86</sup> พระราชบัญญัติสถานประกอบการเพื่อสุขภาพ พ.ศ.2559, มาตรา 12 และ 13 (3).

<sup>87</sup> พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547, มาตรา 16 (5) และ 33 (5).

<sup>88</sup> พระราชบัญญัติโรงรับจำนำ พ.ศ.2505, มาตรา 9 (5).

<sup>89</sup> พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484, มาตรา 49 (2).

<sup>90</sup> พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558, มาตรา 21 (7).

ของการประกอบอาชีพ ฉะนั้น พระราชบัญญัติแรงงานทางทะเล พ.ศ.2558 จึงไม่จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขแต่อย่างใด

#### 4. กฎหมายที่ส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุข

กฎหมายที่ส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างปกติสุขต้องตอบสนองต่อเรื่อง การประกอบอาชีพ (Employment) ของผู้พ้นโทษ การมีงานทำก่อให้เกิดรายได้ (Income) เป็น ปัจจัยสำคัญต่อการดำรงชีวิตของผู้พ้นโทษซึ่งถูกออกจากตลาดแรงงานช่วงระยะเวลาหนึ่ง การที่ กฎหมายไทยมีข้อห้ามผู้พ้นโทษทางอาญา โดยเฉพาะผู้เคยต้องโทษให้จำคุกห้ามประกอบอาชีพจึง นำมาสู่ข้อสรุปที่ว่า กฎหมายไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด ก่อนเข้าสู่การ จัดทำข้อสรุปกฎหมายที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด มีความจำเป็นต้อง ตรวจสอบว่า ประเทศไทยมีการกำหนดนโยบายหรือกฎหมายใดบ้างที่มีลักษณะส่งเสริมหรือเอื้อ ต่อผู้พ้นโทษให้สามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างคนปกติ โดยเฉพาะกฎหมายหรือนโยบายที่ ส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษมีงานทำ ในส่วนนี้จะวิเคราะห์ว่ากฎหมายไทยในปัจจุบันตอบสนองต่อสอง ประเด็นที่สำคัญดังต่อไปนี้หรือไม่ กล่าวคือ (1) เรื่องของตราบาป (Stigma) จากการเคยเป็นนักโทษ จำคุก หรือทัศนคติของสังคมที่มีต่อผู้พ้นโทษซึ่งสัมพันธ์กับเรื่องการมีงานทำของกลุ่มบุคคลดังกล่าว และ (2) ประเด็นเรื่องของการประกอบอาชีพเพื่อให้กลุ่มบุคคลดังกล่าวมีรายได้และสามารถดำรงชีพ ในชีวิตประจำวันได้

##### 4.1 เรื่องของตราบาป (Stigma) และทัศนคติของสังคมที่มีต่อผู้พ้นโทษ

การเป็นอาชญากรย่อมมีตราบาป (Stigma) ประทับเป็นเครื่องหมายไว้ว่าบุคคลดังกล่าว เป็นผู้กระทำความผิด เป็นนักโทษอาชญากร (Offenders) และถูกประณามในทางสังคม ตราบาปจึง ถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อการกลับมาใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิดที่พ้น โทษเกิดจากตราบาป (Stigma) โดยปัญหาดังกล่าวถือเป็นจุดเริ่มต้นในจิตใจของผู้กระทำความผิดที่ พ้นโทษในการกลับเข้าสู่สังคม<sup>91</sup> นักวิชาการลงความเห็นว่า การได้รับโทษมีลักษณะเป็นการถอดถอน สิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้กระทำ กล่าวคือ การริบสิทธิความเป็นพลเมือง (Strip of Civil Rights)<sup>92</sup> ฉะนั้น เมื่อพ้นโทษผู้กระทำผิดควรได้รับสิทธิดังกล่าวคืน อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ผู้กระทำผิดกลับต้องเผชิญปัญหาหลายประการในการกลับคืนสู่สังคมและใช้ชีวิตอย่างปกติสุข

<sup>91</sup>ปวีตร เลิศธรรมเทวี, กฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการ ยุติธรรม, 2562), หน้า 6.

<sup>92</sup>ปวีตร เลิศธรรมเทวี, เรื่องเดียวกัน.

การเกิดตราบาปยังส่งผลกระทบต่อผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษในการปรับตัวเข้ากับสังคมและการแสวงหาอาชีพและรายได้เพื่อการดำรงชีวิต และในทางกลับกันทัศนคติของสังคมที่มีต่อผู้พ้นโทษ ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการเลือกปฏิบัติ และการกีดกัน (Discrimination) รวมตลอดทั้ง เกียรติภูมิของบุคคลย่อมสูญสิ้นไปซึ่งมีความสำคัญที่สุดดังคำที่ John Stuart Mills ได้กล่าวไว้ว่า เกียรติยศและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่หอมหวานและมีคุณค่าที่สุดของมนุษย์ แนวคิดของ Mills จึงสอดคล้องกับเรื่องความยุติธรรมที่ให้ความสำคัญกับข้อเท็จจริงที่ว่า รัฐจำเป็นต้องคืนสิทธิทุกประการให้แก่ผู้กระทำความผิด เมื่อผู้นั้นได้รับโทษที่สมควรจะลงแก่ตนเองแล้ว จึงกล่าวได้ว่า องค์ประกอบข้อแรกของความยุติธรรมในเรื่องนี้ คือ การคืนสิทธิและเสรีภาพให้แก่บุคคลที่พ้นโทษ กับประเด็นเรื่องของโทษที่ผู้นั้นได้รับ ต้องเป็นโทษที่ได้รับตามโทษานุโทษของการกระทำความผิด ฉะนั้น หากรัฐไม่สามารถจัดหาให้สิทธิความเป็นพลเมืองของผู้นั้นได้เหมือนเดิม รัฐจำเป็นต้องอาศัยกฎหมาย หรือการตรากฎหมายเพื่อช่วยเหลือ ส่งเสริมหรือเอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ไม่มีแนวคิดหรือทฤษฎีเกี่ยวกับความยุติธรรมไหนที่จะกล่าวถึงเรื่องดังกล่าวไว้โดยตรง<sup>93</sup> แม้นิติเศรษฐศาสตร์เองก็ไม่ได้มีการนิยามไว้อย่างชัดเจน หรือตั้งแต่ความยุติธรรมในสมัยของโสกราตีส (Socrates) ปราชญ์ยุคกรีกโบราณ<sup>94</sup> ความยุติธรรมของเฮสิอด (Hesiod) ซึ่งกล่าวถึงเทพแห่งความยุติธรรม หรือ ไคคี (Dike)<sup>95</sup> หรือความยุติธรรมในลักษณะของ “ความปรารถนาที่มีอยู่โดยสม่ำเสมอไม่มีวันสิ้นสุดที่จะทำให้แต่ละคนได้รับสิ่งที่ตนสมควรจะได้รับ” ในประมวลกฎหมายแพ่งของพระเจ้าจัสติเนียน (*Corpur Juris Civillis*)<sup>96</sup> หรือความยุติธรรมตามแนวคิดทฤษฎีอรรถประโยชน์ของเบนแธมที่วางหลักไว้ว่า “ความผาสุกที่สุดของคนส่วนใหญ่” คือ ความยุติธรรม<sup>97</sup>

<sup>93</sup> ดูการสำรวจประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญาของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ซึ่งไม่ปรากฏว่ามีผู้ใดกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ชัดเจน ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2560), หน้า 18.

<sup>94</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 72.

<sup>95</sup> ปรากฏในวรรณกรรมเรื่อง “เทโอโกนี” (Theogony) เฮสิอดกล่าวถึงธิดาสามองค์ของเทพซูสกับเทพีเมมิส คือ ไคคี (Dike) ยูโนมีอา (Eunomia) และอีรีนี (Eirene).

<sup>96</sup> Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A Very Short Introduction* (Oxford: Oxford University Press, 2014), p. 74.

<sup>97</sup> ดูทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarianism) ของเจเรมี เบนแธม Jeremy Bentham.

ทฤษฎีความยุติธรรมที่พอดิบสนองต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวได้ น่าจะเกี่ยวข้องกับทฤษฎีความยุติธรรม (A Theory of Justice) ของจอห์น โรลส์ (John Rawls) ซึ่งเป็นที่ยอมรับเป็นอย่างมาก โดยโรลส์ได้ประมวลสรุปเอาแนวคิดเรื่องความยุติธรรมและสรุปว่า ความยุติธรรมก็คือความเป็นธรรมในสังคม (Justice as Fairness) และการแบ่งปันปันส่วน ทฤษฎีของโรลส์ให้ความสำคัญกับเรื่องของความสุข โดยมนุษย์จำเป็นต้องรับรู้ได้ก่อนว่าสิ่งใดเป็นที่น่าพึงพอใจได้ก่อน และสิ่งใดเป็นเรื่องเหมาะสมและเป็นธรรมได้ก่อน แล้วจึงจะเข้าใจได้ว่าสิ่งนั้นมีคุณค่าหรือไม่ โดยมนุษย์จะรู้ได้อย่างไรว่าความพอใจที่ตนได้รับจากการลงโทษ (การทรมาน) ผู้กระทำความผิด (ผู้อื่น) ถือว่ามีคุณค่า หากผู้นั้นยังไม่สามารถรู้ได้ว่าการกระทำนั้นเป็นธรรมแล้วหรือไม่ อย่างไรก็ตาม หนังสือทฤษฎีความยุติธรรมของโรลส์ มิได้กล่าวถึงกรณีการกระทำความผิดซ้ำ หรือการให้โอกาสผู้กระทำความผิดกลับใจและสามารถเริ่มต้นชีวิตใหม่ได้ แนวคิดของโรลส์มีความสำคัญที่จะมุ่งเน้นให้จัดการกับความเหลื่อมล้ำในลักษณะที่เกี่ยวกับความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ และสังคมที่จะทำให้คนที่เสียเปรียบที่สุดได้รับประโยชน์มากที่สุด และความเหลื่อมล้ำในที่นี้เชื่อมโยงกับตำแหน่งหน้าที่การงานและสถานที่ทำงานซึ่งเปิดกว้างให้กับทุกคนภายใต้เงื่อนไขที่ทุกคนมีโอกาสอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน อาจกล่าวได้ว่า แนวคิดของโรลส์ในเรื่องความยุติธรรมมีความสัมพันธ์กับเรื่องการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับมาใช้ชีวิตในสังคมได้ใหม่ตามคำวลีที่ติดปากว่า “บุคคลทุกคนควรได้รับโอกาสอีกครั้ง” (Everyone deserves a second chance) และส่งเสริมให้กฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลทุกคนสามารถประกอบอาชีพใดก็ได้ตามที่ตนเองต้องการ กฎหมายที่ตอบสนองในเรื่องนี้ คือ กฎหมายที่ช่วยจัดหรืออย่างน้อยลดทอนภาพลักษณะของตราบาปนักโทษ ซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายประวัติอาชญากรรม

กล่าวได้ว่า กฎหมายประวัติอาชญากรรมทำหน้าที่ควบคุมประวัติการกระทำความผิดของบุคคล การจัดเก็บประวัติการกระทำความผิดเพื่อการใช้ประโยชน์ของรัฐหรือการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานภาครัฐในการปราบปรามอาชญากรรม นอกจากนี้ กฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมยังถูกใช้เป็นกลไกในการควบคุมการเข้าถึงประวัติอาชญากรรมดังกล่าวจากบุคคลภายนอก รวมทั้งการใช้ประโยชน์สำหรับการจ้างงานของนายจ้าง อาทิ การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมโดยนายจ้างเกี่ยวกับความผิดที่สัมพันธ์กับการปฏิบัติหน้าที่ ตัวอย่างเช่น ผู้ที่จะประกอบอาชีพเป็นนายธนาคารในสหรัฐอเมริกาต้องไม่มีประวัติการกระทำความผิดเกี่ยวกับการฉ้อโกง (Fraud) หรือความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน เป็นต้น

ประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเฉพาะ (*Sui Generis Law*) เพื่อใช้ในการบันทึก จัดเก็บและบริหารจัดการเกี่ยวกับทะเบียนประวัติอาชญากรรม<sup>98</sup> การจัดเก็บหรือดำเนินงานเกี่ยวกับทะเบียนประวัติอาชญากรรมขึ้นอยู่กับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ โดยมีระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยอำนาจหน้าที่กองทะเบียนประวัติอาชญากรรม พ.ศ.2552 เป็นกฎหมายหลักที่ใช้เป็นแนวทางปฏิบัติ<sup>99</sup> หรืออาจสอดแทรกอยู่ในกฎหมายฉบับอื่นๆ อาทิ พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561 ซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดส่งประวัติเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดไปยังสำนักงานตำรวจแห่งชาติ<sup>100</sup> หรือพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553 ซึ่งห้ามเปิดเผยหรือนำประวัติการกระทำความผิดของเด็กและเยาวชนไปพิจารณาให้เป็นผลร้ายหรือเป็นการเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมแก่เด็กหรือเยาวชน<sup>101</sup> งานวิจัยที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่า การไม่มีกฎหมายเฉพาะฉบับหลักเกี่ยวกับการดำเนินการประวัติอาชญากรรมในประเทศไทยส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการจัดเก็บข้อมูลที่เป็นระบบ การเข้าถึงและกีดกันการเข้าถึง รวมถึงมาตรการอื่นๆ ที่จะออกมารองรับเมื่อผู้กระทำผิดพ้นโทษ และส่งผลกระทบต่อเรื่องการขจัดตราบาป (Stigma) และการลบทัศนคติของภาคประชาสังคมต่อผู้พ้นโทษ<sup>102</sup>

ในความเป็นจริง ผู้กระทำความผิดแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม อย่างง่าย คือ ผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กหรือเยาวชน กับผู้กระทำความผิดที่ไม่ใช่เด็กหรือเยาวชน (บรรลุนิติภาวะแล้ว) กฎหมายปฏิบัติแตกต่างกัน สำหรับเด็กหรือเยาวชนที่กระทำความผิดมีกฎหมายควบคุมประวัติอาชญากรรม และยังมีระบบตรวจสอบหรือกำกับดูแลพฤติกรรมโดยกรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม ขณะที่นักโทษเมื่อถูกปล่อยตัวจากราชทัณฑ์ย่อมเป็นการพ้นจากอำนาจหน้าที่ของกรมราชทัณฑ์ ในสังคมเมืองผู้พ้นโทษอาจกลับเข้าสู่สังคมและมีงานทำได้ง่ายกว่าสังคมชนบท สำหรับสังคมชนบท ผู้พ้นโทษอาจยังอยู่ในความดูแลของคนในชุมชน โดยเฉพาะอยู่ในการควบคุมดูแลของผู้ใหญ่บ้าน หรือกำนันในพื้นที่ กรณีดังกล่าวส่งผลกระทบต่อเรื่องทัศนคติของคนในชุมชนและการปรับตัวเข้าสู่สังคมของผู้พ้นโทษปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายประวัติอาชญากรรมที่ตราขึ้นเป็นกฎหมาย

<sup>98</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *กฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2562), หน้า 7.

<sup>99</sup> ระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยอำนาจหน้าที่กองทะเบียนประวัติอาชญากรรม พ.ศ.2552.

<sup>100</sup> พระราชบัญญัติการบริหารการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนที่กระทำผิด พ.ศ.2561.

<sup>101</sup> พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ.2553.

<sup>102</sup> ปวีศร เลิศธรรมเทวี, *กฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม* (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2562), หน้า 7.

หลักโดยเฉพาะ และให้อำนาจหน่วยงานในกระทรวงยุติธรรม หน่วยงานหนึ่งทำหน้าที่เป็นองค์กรกลางในการจัดเก็บข้อมูล บริหารจัดการและควบคุมการเข้าถึง และบูรณาการระบบฐานข้อมูลดังกล่าวเข้ากับหน่วยงานในระบบยุติธรรม

#### 4.2 ประเด็นเรื่องรายได้ (Income) และการประกอบอาชีพ (Employments)

ปัจจัยสำคัญที่ส่งผลกระทบต่อ การกลับมาใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด คือ ประเด็นเรื่องรายได้ (Income) จากการประกอบอาชีพ การดำรงชีพหรือการทำงานภายหลังพ้นโทษ

เมื่อได้รับการปล่อยตัว ผู้พ้นโทษหลุดจากระบบยุติธรรมของทางราชทัณฑ์และเข้าสู่ระบบประกันสังคม<sup>103</sup> มีสิทธิได้รับเงินประกันสังคม โดยก่อนที่จะได้รับการปล่อยตัว กรมราชทัณฑ์ (เรือนจำในแต่ละแห่ง) จะมีการอบรมผู้ต้องถูกคุมขังในเรือนจำในเรื่องดังกล่าว รวมตลอดทั้งการอบรมเกี่ยวกับการปฏิบัติตนเองว่าต้องเตรียมความพร้อมอย่างไรบ้างเมื่อพ้นโทษ อย่างไรก็ตาม เป็นที่เข้าใจได้ว่า เงินที่ได้รับจากประกันสังคมเป็นเงินที่ได้มาฟรีจึงมีจำนวนน้อย และไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพ ในทางปฏิบัติจะมีช่วงระยะเวลาหนึ่ง (Grace Period) ที่ผู้พ้นโทษเมื่อถูกปล่อยตัวจะต้องปรับตัวและเป็นระยะเวลานานพอสมควร<sup>104</sup> บ่อยครั้งที่ผู้พ้นโทษจะกลับเข้าไปอาศัยอยู่กับบุคคลในครอบครัว หรืออาจเปลี่ยนถิ่นที่อยู่หากไม่เป็นที่ยอมรับในสังคมหรือชุมชน ช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาที่ยากลำบากสำหรับผู้พ้นโทษเป็นอย่างมาก

นอกจากนี้ เงินที่ได้รับจากประกันสังคมยังไม่เพียงพอต่อการดำรงชีพ และความยากลำบากในการแสวงหาอาชีพยังเป็นเรื่องที่ยากยิ่งขึ้น กองทุนยุติธรรม ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อใช้ในการยุติธรรมก็มีอาจนำมาใช้กับกรณีผู้พ้นโทษได้ เนื่องจากเป็นกองทุนสำหรับประชาชนผู้บริสุทธิ์และได้รับความเดือดร้อน และแสวงหาความยุติธรรม กองทุนดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้

กล่าวได้ว่า หากผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษไม่มีรายได้ และไม่สามารถแสวงหาอาชีพได้ ย่อมนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำ ปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่รัฐและเอกชนยอมแสวงหาทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพ มากกว่าการเลือกตัดสินที่ที่จะว่าจ้างบุคคลที่เคยต้องโทษ จากการสำรวจกฎหมายดังกล่าวข้างต้นพบว่า ผู้พ้นโทษเป็นกลุ่มบุคคลที่ต้องห้ามการประกอบอาชีพเป็นอย่างยิ่ง อาทิ การเข้ารับราชการ หรือวิชาชีพที่อาศัยจริยธรรมหรือจรรยาบรรณ เช่น ทนายความหรือนักบัญชี เป็นต้น ฉะนั้น ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษจึงมีทางเลือกในการประกอบอาชีพได้ไม่มากนัก โดยอาชีพที่เป็น

<sup>103</sup> ขอขอบคุณข้อมูลจากกรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรม.

<sup>104</sup> จากการสัมภาษณ์ผู้พ้นโทษพบว่า อาจใช้ระยะเวลา 6 เดือน ถึง 2 ปี แล้วแต่คนในการปรับตัวเข้าสู่สังคม.

ช่องทางหนึ่งของผู้พันโทษ คือ อาชีพค้าขาย หรืออาชีพอิสระซึ่งเป็นไปตามความสามารถของผู้พันโทษและตามฤดูกาล ในปี พ.ศ.2556 กรมราชทัณฑ์ กระทรวงยุติธรรมเปิดตัวแบรนด์ผลิตผลคนดี หรือ “แบรนด์คนดี” ซึ่งถือเป็นนโยบายของรัฐที่ช่วยส่งเสริมผู้พันโทษให้มีความทำ

หากมองในมุมมองของนักนิติเศรษฐศาสตร์ย่อมถือว่านโยบายดังกล่าวมีประโยชน์ต่อผู้พันโทษ โดยเฉพาะในเรื่องการส่งเสริมรายได้และการมีงานทำ อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวได้ว่าแบรนด์ผลิตผลคนดีอาจมีผลต่อเรื่องภาพลักษณ์ในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ สินค้า หรือบริการที่เกิดจากผู้พันโทษไปสู่การยกระดับเป็นสินค้าหรือบริการอีกระดับหนึ่ง อาทิ การพัฒนาไปสู่ระบบแฟรนไชส์ (Franchise) หรือในมุมมองของเศรษฐศาสตร์ แบรนด์ผลิตผลคนดีมีผลต่อภาพลักษณ์ในการบริโภคสินค้าหรือบริการของผู้บริโภค ซึ่งตอบสนองต่อของดีมีคุณภาพแต่มีราคาถูก การทำผลิตผลคนดีอาจเป็นการทำเครื่องหมายการค้าที่ไม่ถูกต้องนักในทางการตลาด และส่งผลต่อการส่งเสริมวิสาหกิจชุมชนที่จะนำสินค้าของผู้พันโทษไปจำหน่าย เนื่องจากอาจเป็นสินค้าที่ขาย แลกเปลี่ยนหรือเปลี่ยนมือได้ยาก ฉะนั้น แรงจูงใจเป็นสิ่งสำคัญที่ส่งผลต่อพฤติกรรมของคนในสังคม มนุษย์ตอบสนองต่อสิ่งจูงใจที่ตนเองมองว่าเกิดประโยชน์ส่วนตัวสูงสุด โดยเฉพาะเรื่องของราคา กรณีดังกล่าว รัฐควรสร้างแรงจูงใจ อาทิ การคืนภาษีในการบริโภคสินค้าและบริการที่มาจากผู้พันโทษ

นอกจากนี้ รัฐควรมีมาตรการสร้างแรงจูงใจให้บรรดาผู้ประกอบการในภาคเอกชนเกิดการว่าจ้างผู้พันโทษ กล่าวได้ว่า ผู้มีประวัติอาชญากรรมย่อมมีโอกาสได้รับการว่าจ้างที่น้อยกว่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากนายจ้างหรือผู้ประกอบการย่อมให้ความสำคัญแต่เฉพาะเรื่องการทำให้เกิดกำไรสูงสุด (Profit-Maximization) ฉะนั้น นายจ้างหรือผู้ประกอบการย่อมเลือกบุคคลที่มีความสามารถมากที่สุด ในราคาที่ต่ำที่สุด ในทางนิติเศรษฐศาสตร์ ผู้พันโทษย่อมมีศักยภาพในการทำงานน้อยกว่าคนปกติทั่วไปเนื่องจากถูกแยกตัวออกจากตลาดแรงงาน ศักยภาพในการผลิต (Productive Labour) จึงลดน้อยถอยลง เป็นที่น่าเสียดายว่าปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการของรัฐใดๆ นิตินโยบายหรือกฎหมายฉบับใดที่บังคับใช้เพื่อช่วยส่งเสริมให้ผู้พันโทษมีงานทำอย่างเป็นรูปธรรม อาทิ การลดภาษีนิติบุคคลแก่เอกชนผู้ว่าจ้างผู้มีประวัติอาชญากรรมในการเข้ารับทำงาน และโดยที่ยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรมที่จะเป็นกลไกช่วยนายจ้างในการเฝ้าระวังการกระทำความผิด หรือการกำกับดูแลโดยรัฐ การขาดมาตรการสร้างแรงจูงใจโดยรัฐและกฎหมายประวัติอาชญากรรมย่อมส่งผลต่อการส่งเสริมให้เกิดการจ้างงานผู้พันโทษอย่างมีนัยสำคัญ ปัจจุบันกรมสรรพากรกำลังดำเนินการเรื่องมาตรการทางภาษีในการลดหย่อนให้กับบริษัท ห้างร้านที่จ้างผู้พันโทษเข้าทำงานซึ่งสอดคล้องกับประเด็นการวิจัยข้างต้น

ประเด็นเรื่องการจัดการงานจึงควรเริ่มต้นตั้งแต่รัฐ ในการสร้างมาตรการที่เอื้อต่อการกลับไปทำกินสำหรับผู้กระทำความผิดตามลักษณะความสามารถที่บุคคลเหล่านั้นจะสามารถตอบ

แทนสังคม ตลอดจนการสร้างกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับและนโยบายที่ส่งเสริมการประกอบอาชีพของผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษ

อันที่จริง กลุ่มผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษมักเป็นกลุ่มคนว่างงาน (Unemployed) โดยผู้พ้นโทษที่ว่างงานยังส่งผลต่อปัญหาการว่างงานในภาพรวมของประเทศ และส่งผลต่อภาพรวมทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ นักเศรษฐศาสตร์ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาเศรษฐกิจ ความยากจนนำไปสู่ปัญหาความเหลื่อมล้ำทางสังคม และการก่ออาชญากรรม ฉะนั้น หากผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้วไม่มีงานทำ ย่อมส่งเสริมให้กลับไปสู่การกระทำความผิดแบบซ้ำๆ กรณีนี้รัฐจึงควรมีมาตรการทางกฎหมาย และการกำหนดนโยบายและการบังคับใช้กฎหมายในภาคปฏิบัติเพื่ออัตราการมีงานทำของบุคคลทุกกลุ่มในสังคม รวมทั้ง กลุ่มผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษ การเพิ่มอัตราการจ้างแรงงานยังหมายความว่ารวมถึงการเพิ่มรายได้ให้เพียงพอต่อการดำรงชีพ และเพียงพอต่อมาตรฐานการดำรงชีวิตอย่างยั่งยืน

## 5. บทสรุป

บทความนี้ศึกษากฎหมายของไทยเพื่อตรวจสอบสมมติฐานที่ว่าระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด และจากการศึกษาวิเคราะห์พบว่าการที่กฎหมายไทยในปัจจุบันไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมอย่างปกติสุขของผู้พ้นโทษสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเด็นที่สำคัญ กล่าวคือ ประการแรก ลักษณะการกำหนดนโยบายหรือการบัญญัติกฎหมายที่มีลักษณะเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินควร (Over-Criminalization) สาเหตุสำคัญมาจากสภาพสังคมและวัฒนธรรมของสังคมไทยที่ยึดโยงกับการลงโทษทางอาญาปรากฏมาตั้งแต่กฎหมายสมัยสุโขทัย กฎหมายในสมัยอยุธยาและธนบุรี ตลอดจนกฎหมายตราสามดวง ซึ่งส่งผลต่อการเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขต และนำไปสู่การจัดทำประมวลกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ และแม้จะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแบบสมัยใหม่ บทบัญญัติของกฎหมายยังยึดโยงกับลักษณะความผิดตามกฎหมายเดิม อาทิ ความผิดฐานหมิ่นประมาท และส่งผลให้แนวคิดการลงโทษทางอาญาเป็นแนวคิดหลักในการบัญญัติกฎหมายของประเทศไทย โดยใช้เพื่อห้ามปรามมิให้เกิดการฝ่าฝืนกฎหมาย กรณีนี้ส่งผลให้บางการกระทำไม่ควรเป็นเรื่องทางอาญา

ประการที่สอง การใช้ระบบคุณธรรมตั้งข้อรังเกียจผู้พ้นโทษ โดยเฉพาะผู้เคยต้องโทษจำคุกไว้ในกฎหมายห้ามประกอบอาชีพ ปรากฏตั้งแต่การดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญ การเข้ารับราชการ และการประกอบอาชีพในภาคเอกชน อาทิ การประกอบวิชาชีพการบริการ วิชาชีพด้านการแพทย์ อาชีพเกี่ยวกับการขนส่งสาธารณะ เป็นต้น จากการสำรวจบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ลักษณะต้องโทษจำคุกเป็นข้อห้ามในการประกอบอาชีพพบว่า การตั้งข้อรังเกียจดังกล่าวไม่สัมพันธ์

กับการประกอบอาชีพ เช่น การประกอบวิชาชีพครูหรืออาจารย์ในสถาบันการศึกษาเอกชน ผลของการบัญญัติกฎหมายจึงห้ามผู้เคยต้องโทษให้จำคุกในคดีอาญาทุกฐานความผิดประกอบวิชาชีพดังกล่าวแต่อย่างใด หากบุคคลดังกล่าวกระทำความผิดเกี่ยวกับการใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์ปลอม และได้รับโทษจำคุก ซึ่งไม่สัมพันธ์กับการอบรมสั่งสอนเด็กหรือเยาวชนหรือนักศึกษาให้มีคุณภาพกฎหมายจึงตัดโอกาสในการประกอบอาชีพ การจำกัดโอกาสดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงความเป็นจริงที่ว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 และเป็นกฎหมายที่รัฐควรปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้รัฐพึงมีกฎหมายเท่าที่จำเป็น ทนต่อสภาพการณ์และไม่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตของคนในสังคม

ประการสุดท้าย กฎหมายที่มีลักษณะเน้นการลงโทษทางอาญาและมีข้อห้ามในการประกอบอาชีพของผู้พ้นโทษหลายๆ ประการ ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกลไกหรือมาตรการของรัฐรวมตลอดทั้งนิตินโยบายและกฎหมายที่เข้าไปส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษมีงานทำ และการส่งเสริมให้ผู้พ้นโทษมีงาน คือ การส่งเสริมรายได้ เป็นปัจจัยที่ส่งเสริมการแก้ไขปัญหาคriminal การจ้างงานยังมีความสัมพันธ์กับเรื่องประวัติอาชญากรรม ปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายที่ควบคุมประเด็นดังกล่าวส่งผลให้ระบบจัดการขาดประสิทธิภาพ และการบูรณาการ รวมถึงการใช้ประโยชน์จากข้อมูลประวัติอาชญากรรมในการยุติธรรมอย่างี่ควรจะเป็น การที่กฎหมายไทยมีลักษณะเน้นการลงโทษทางอาญามากเกินไป โดยมีบทบัญญัติห้ามมิให้ผู้เคยต้องโทษจำคุกประกอบอาชีพ และไม่มีกลไกหรือนิตินโยบาย และกฎหมายใดส่งเสริมในเรื่องการจ้างแรงงาน ผู้พ้นโทษจึงนำมาสู่ข้อสรุปว่า กฎหมายไทยที่ไม่เอื้อต่อการกลับไปใช้ชีวิตในสังคมของผู้กระทำความผิด และกล่าวได้ว่า กฎหมายของไทยในปัจจุบันส่งผลให้ผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษ ถูกถอดสิทธิความเป็นพลเมือง สิทธิต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ผู้พ้นโทษกลับได้รับโดยไม่เท่าเทียมกันกับบุคคล สถานะของผู้กระทำความผิดที่พ้นโทษแล้ว จึงมีสถานะไม่ต่างจากการเป็นพลเมืองชั้นสอง (2<sup>nd</sup> Class Citizens) ของประเทศ

### บรรณานุกรม

- ซัชพล ไชยพร, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- ธงชัย วินิจจะกุล. “นิติรัฐอภิสิทธิ์ และราชนิติธรรม.” ปาฐกถาพิเศษ ป่วยอิงภากรณ์. ครั้งที่ 17, 9 มีนาคม 2563.
- ปวริศร เลิศธรรมเทวี. **การประกันสิทธิทางรัฐธรรมนูญจากการกระทำที่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม, 2563.
- \_\_\_\_\_. **ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับระบบกฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- \_\_\_\_\_. **ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- \_\_\_\_\_. **กฎหมายเกี่ยวกับประวัติอาชญากรรม**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกิจการยุติธรรม, 2562.
- เรืองวิทย์ เกษสุวรรณ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับรัฐประศาสนศาสตร์**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2554.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่าน, 2561.
- ศักดิ์ดา ธนิตกุล. **คำอธิบายพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553.
- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์, ปวริศร เลิศธรรมเทวี และทรงพล สงวนจิตร. “การวิเคราะห์กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในเชิงประจักษ์.” ในสมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ. **นิติศาสตร์ของระบบยุติธรรมทางอาญาของไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2554.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. “การสถาปนาหลักนิติธรรมขึ้นในระบบกฎหมายไทย.” **วารสารศาลรัฐธรรมนูญ** 19, 55 (มกราคม-เมษายน 2560): 152-172.
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส และอดิรุจ ต้นบุญเจริญ. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- Tallman, Marzone. **Dictionary of Civics and Government**. UK: Philosophical Library, 1953.

- United Nations Office on Drugs and Crime. **The Roadmap for the Development of Prison-based Rehabilitation Programmes**. Vienna: United Nations Office on Drugs and Crime, 2017.
- Wacks, Raymond. **Philosophy of Law: A Very Short Introduction**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง  
เกี่ยวกับอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ฐิติพร ลิ้มแหลมทอง



การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับ  
อำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน<sup>\*</sup>  
Remedy of Defectiveness of Administrative Order Regarding  
the Authorization by Ratification

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธิติพร ลิ้มแหลมทอง<sup>\*\*</sup>  
Assistant Professor Thitiporn Limlaemthong

บทคัดย่อ

การให้สัตยาบันเป็นการรับรองความบกพร่องต่างๆ ที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์โดยไม่ต้องเพิกถอน เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น มีความสมบูรณ์โดยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในทางนิตินัย วิธีการรับรองความบกพร่องปรากฏการให้ความเห็นชอบย้อนหลัง การรับรองโดยผลแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมัน หรือหลักทฤษฎีทางกฎหมาย เช่น ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยข้อเท็จจริงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ทำให้ระบบกฎหมายปกครองยอมรับแนวคิดการให้สัตยาบันเพื่อให้คำสั่งทางปกครองสมบูรณ์ โดยที่เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีความบกพร่องในรูปแบบ ขั้นตอน ซึ่งการให้องค์กรฝ่ายปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ไม่เกิดประโยชน์และเพิ่มขั้นตอนโดยไม่จำเป็น ในเมื่อองค์กรฝ่ายปกครองยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาในทำนอง

---

<sup>\*</sup> บทความวิจัยนี้เรียบเรียงจากโครงการวิจัย เรื่อง “การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน” โดยได้รับทุนอุดหนุนการจากวิจัยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ประจำปี พ.ศ.2562.

This article is a part of research title “Remedy of Defectiveness of Administrative Order Regarding the Authorization by Ratification”. This research is funding by Faculty of Law, Ramkhamhaeng University, 2019.

<sup>\*\*</sup> อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; น.ม. สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. E-mail: thitiporn.l@ru.ac.th

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

วันที่รับบทความ (received) 28 มกราคม 2564, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 21 มีนาคม 2564, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 23 มีนาคม 2564.

เดียวกันอีก เพียงแต่การให้สัตยาบันรับรองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น คำสั่งทางปกครองจะต้องไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีอยู่จริงในระบบกฎหมาย และต้องไม่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องยกเลิกเพิกถอน โดยไม่สามารถแก้ไขเยียวยาภายหลังหรือให้สัตยาบันได้ จากการศึกษาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการ ได้แก่ ขอบเขตอำนาจเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ เรื่อง พื้นที่ และเวลา ซึ่งเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกและระดับผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามโดยเฉพาะคำสั่งทางปกครองที่ปรากฏเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกที่เยียวยาได้เท่านั้นจะถือเป็นเพียงเหตุบกพร่อง แต่ถ้าไม่ใช่เป็นเพียงความบกพร่องที่เยียวยาได้ก็ดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผลการศึกษาพบว่า เหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่อง และพื้นที่ที่อำนาจระดับผลของคำสั่งทางปกครองถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว แต่หากเป็นกรณีความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ถือเป็นความบกพร่องที่เยียวยาได้ เช่น เหตุบกพร่องเกี่ยวกับคำสั่งแต่งตั้งบุคคลให้เป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ปรากฏภายหลังว่าได้รับการแต่งตั้งไม่ชอบจนเป็นเหตุให้พ้นตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นกระทำไปตามอำนาจหน้าที่ ซึ่งเป็นการรับรองโดยผลแห่งกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นหลักการเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริงในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และการรับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายข้าราชการสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บทบัญญัติมาตรา 19 เป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ควรตีความขยายความเกินเนื้อหาและวัตถุประสงค์โดยนำไปอุดช่องว่างเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมและถือเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย ดังที่ปรากฏในความเห็นขององค์กรที่ให้ความเห็นทางกฎหมายได้ปรับใช้กับเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลาของเจ้าหน้าที่ซึ่งผู้วิจัยไม่เห็นด้วย หากแต่ต้องเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายรองรับเท่านั้น เพื่อให้ไม่ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง หลักความมั่นคงแห่งสถานะทางกฎหมาย หลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว และหัวใจของหลักกฎหมายปกครอง คือ หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย

**คำสำคัญ:** คำสั่งทางปกครอง, การเยียวยา, ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

### Abstract

The ratification was the certification of any defectiveness with reason of illegality to be the invalid administrative order with any irrevocability so that such unlawful administrative order should be valid without any doubt or legal condition. The method of certifying the defectiveness was found as the retroactive consent. The certification by law in the German legal system or the legal theory, such as the theory regarding the officials by facts in the French legal system initiated the administrative legal system to accept the idea of ratification for validity of administrative order due to the illegality which was defective in relation to model or process. That the administrative organization withdrawn the unlawful administrative order was not beneficial and increased the unnecessary process as the administrative organization still issued the administrative order with the similar statement. However, in order to ratify for certifying the unlawful administrative order, the administrative order should not be the invalid administrative order or administrative order which is not existing under the legal system and it shall not be an unlawful administrative order. Based on the research of defectiveness of administrative order regarding the authorization, the laws which should be terminated which could not be remedied or ratified thereafter, were the scope of authority of the officials regarding the areas and times which caused the difference between the external illegality and level of result of the administrative orders. Nevertheless, only the administrative order that had the external unlawful ground which could be remedied, was deemed as the cause of defectiveness. If it was not only the defectiveness that could be remedied, it could be terminated or revokable. The result of the research was found that the unlawful ground relating to the authority in connection with the issues and authority area and level of result of the administrative order were the unlawful administrative orders that required to terminate or revoke. If it was the illegality of the authority of the officers, it was deemed as the defectiveness which could be remedied, such as the defectiveness relating to the unlawful order to appoint the person as the official who was empowered to do any action. It was found thereafter that the appointment was unlawful which was the reason to

vacate from the office. This vacating from the office should not affect to any action already done by such person according to the authority or duties, which was certified by legal result pursuant to Section 19 of the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996). This was the similar principle of the theory regarding the officials based on the fact in the French legal system and certifying the unlawful order to appoint the officials under the provision of Section 19 of the German law relating to the federal officials, which was the exemption of the principle of unlawful administrative action, which should not interpret and clarify more than the statements and objectives, which should prevent the gaps in the laws, which was the most related laws to apply mutatis mutandis and was deemed as the implied ratification as appearing in the legal opinion of the organization provided to apply with the unlawful reason relating to the authority regarding the time of the officials which the researcher disagreed. It should be the case where it was supported by the provision of laws to avoid any conflict with the principle of administrative actions which should not be retroactive. The security principle of legal status, principe de l'exercice personnel de la competence, and core of principle of administrative law were the lawful principle of administrative action.

**Keywords:** administrative order, remedy, the lawful principle of administrative action

## 1. บทนำและความสำคัญของปัญหา

บรรดาการกระทำทางปกครองซึ่งเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจตามกฎหมายขององค์กรรัฐฝ่ายปกครอง คำสั่งทางปกครองมีความสำคัญอย่างยิ่งในระบบกฎหมายปกครอง เนื่องจากการใช้อำนาจขององค์กรรัฐฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพต่อประชาชนเป็นการเฉพาะเจาะจง ฉะนั้นภายใต้หลักนิติรัฐ การออกคำสั่งทางปกครองขององค์กรรัฐฝ่ายปกครองต้องเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายเป็นแหล่งที่มาและอำนาจกระทำการ และเป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการ ฉะนั้นการที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจที่จะออกคำสั่งทางปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ ขอบเขตอำนาจในแง่ของบุคคล ขอบเขตอำนาจในแง่เนื้อหา ขอบเขตอำนาจในแง่พื้นที่ และขอบเขตอำนาจในแง่เวลา

ในระบบกฎหมายปกครองถือว่าคำสั่งทางปกครองมีผลบังคับทันทีเมื่อแจ้งให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองทราบ ทำให้คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนหรือสิ้นลงด้วยเงื่อนไขหรือเงื่อนไขเวลา ผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมี 2 ประการ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะและคำสั่งทางปกครองที่เพิกถอนได้ คำสั่งทางปกครองใดบ้างที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะยังมีความเห็นที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะต่างก็ยอมรับที่เหมือนกันว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมาย ไม่มีเหตุที่จะต้องเพิกถอนแต่ประการใด คงมีแต่การทำให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เพิกถอนได้ สิ้นผลได้โดยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย โดยคำนึงถึงหลักการบริหารราชการแผ่นดิน หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะและหลักสุจริตประกอบกัน หากแต่ปรากฏว่าในประเทศไทยมีหลายกรณีที่องค์กรรัฐฝ่ายปกครอง ครอบคลุมความเห็นขององค์กรกฎหมาย ไม่ได้พิจารณาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ แต่กลับใช้การเยียวความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน ทั้งนี้ แนวคิดในเรื่องการให้สัตยาบัน (Ratification) ต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจ ศาลปกครองฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยว่า การที่องค์กรฝ่ายปกครองที่มีอำนาจได้ให้ความเห็นชอบ ยินยอม หรือให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองที่พาดพิงโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจ ย่อมไม่มีผลเยียวคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องในเรื่องอำนาจหน้าที่ให้มีผลสมบูรณ์ขึ้นมาได้ และบางฝ่ายเห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจตามกฎหมายได้ให้สัตยาบันต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจขัดกับหลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว (principe de l'exercice personnel de la compétence) และหลักว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง (principe de non-rétroactivité des actes administratifs)

จากสภาพปัญหาดังกล่าว ทำให้ประเด็นปัญหาในทางกฎหมายปกครองไทยที่ยังไม่สามารถหาข้อยุติที่เหมาะสมได้ เพราะการให้สัตยาบันเป็นหลักที่คุ้นเคยสำหรับนิติกรรมทางแพ่งที่เป็นโมฆียะ ซึ่งคุ้มครองผู้ซึ่งแสดงเจตนาบกพร่องในการทำนิติกรรม หากแต่ในแง่หลักกฎหมายปกครองแล้ว องค์การรัฐฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ยังต้องพิจารณาหลักความมั่นคงแห่งสิทธิ และหลักสุจริตประกอบกัน ด้วยหลักกฎหมายปกครองสมัยใหม่ได้มุ่งกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเท่านั้น แต่ต้องปกป้องคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนให้อยู่ในสถานะสมดุล ไม่ให้เอกชนต้องแบกรับภาระและความไม่เป็นธรรมจากการใช้อำนาจขององค์การรัฐฝ่ายปกครอง หลักนี้เป็นหลักที่เกิดขึ้นแล้วในทางปฏิบัติ ซึ่งตรงข้ามกับหลักในทางทฤษฎี แต่หลักกฎหมายปกครองควรมีลักษณะพลวัตร ยืดหยุ่นและเหมาะสมกับหลักบริการสาธารณะ ผู้วิจัยจึงได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางที่ถูกต้องเหมาะสมสำหรับประเทศไทย ดังนี้

1.1 การให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครองมีข้อความคิดที่แตกต่างจากกฎหมายแพ่งหรือไม่

1.2 การให้สัตยาบันนำไปใช้กับการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการได้เพียงใด ด้วยเหตุผลใด

1.3 การให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีการปรับบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกัน หรือไม่เพียงใด

## 2. แนวคิดและการใช้การตีความการให้สัตยาบันคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองนั้น การให้สัตยาบันเป็นรูปแบบหนึ่ง “สัตยาบัน” เป็นการแสดงเจตนาเพื่อให้การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้ามีความสมบูรณ์ด้วยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในสายตากฎหมายหรือในทางนิตินัย แนวคิดการให้สัตยาบันมีการยอมรับหรือคุ้นเคยกับการนำมาใช้ในระบบกฎหมายแพ่ง แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็มิได้ปฏิเสธหลักดังกล่าว เพียงแต่มิได้ปรากฏถ้อยคำว่าสัตยาบันชัดเจนในบทบัญญัติกฎหมาย แต่เป็นถ้อยคำอื่นที่ใช้เยียวยาความบกพร่องคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทำนองเดียวกับการให้สัตยาบัน

## 2.1 ลักษณะการให้สัตยาบันกรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองมีด้วยกันหลายลักษณะ เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ร้ายแรงไม่สามารถยอมรับให้มีผลทางกฎหมายต่อไป หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถเยียวยาได้โดยไม่ต้องเพิกถอนซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการศึกษาของงานวิจัยฉบับนี้ ทั้งนี้ ในระบบกฎหมายปกครองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถเยียวยาได้นั้นมีรูปแบบ ดังนี้

1) การให้ความเห็นชอบ คำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้ต้องได้รับความเห็นชอบจากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนจึงจะสามารถออกคำสั่งทางปกครองได้นั้น ในกรณีเจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองไปโดยที่ไม่ได้ขอความเห็นชอบก่อน จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยสภาพภายนอกเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอนของการทำคำสั่งทางปกครองอันเป็นเงื่อนไขของความชอบด้วยกฎหมาย กรณีดังกล่าวได้กำหนดรูปแบบการเยียวยาโดยการให้ความเห็นชอบย้อนหลังคำสั่งทางปกครองดังกล่าว มีผลทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบของการทำคำสั่งทางปกครอง เป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่เริ่มต้น หากแต่การให้ความเห็นชอบย้อนหลังก็มิได้มีการเปลี่ยนแปลงในเนื้อหาสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใดด้วย เช่น บทบัญญัติมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ลักษณะของการให้ความเห็นชอบ นิรดา จรูญศักดิ์<sup>1</sup> ได้สรุปไว้ 2 ลักษณะด้วยกัน คือ ลักษณะแรก ได้แก่ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ภายในหน่วยงานทางปกครองเดียวกัน โดยอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทรงอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองมีอำนาจที่จะกระทำการให้ความเห็นชอบย้อนหลังด้วยตนเอง เช่น การจัดให้มีเหตุผลภายหลัง การจัดให้มีการรับฟังคู่กรณีภายหลัง เป็นต้น อีกลักษณะหนึ่ง ได้แก่ การให้ความเห็นชอบของเจ้าหน้าที่ภายนอกหน่วยงานทางปกครอง เช่น การให้ความเห็นชอบของผู้ว่าราชการจังหวัดก่อนการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง

2) การรับรอง คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่เยียวยาได้โดยการรับรอง ได้แก่ การรับรองผลของคำสั่งทางปกครองหรือผลของการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งได้ดำเนินการมาจนมีคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้น มีข้อสังเกตก็คือ การรับรองนี้เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติรับรองผลไว้โดยไม่ต้องดำเนินการใดๆ อีก ต่างจากการให้ความเห็นชอบ เช่น กรณีที่คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ หากปรากฏภายหลังว่าเป็นผู้ซึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ

---

<sup>1</sup>นิรดา จรูญศักดิ์, “การให้ความเห็นชอบย้อนหลังต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 94-95.

ทางปกครอง พ.ศ.2539 หรือกรณีการพิจารณาทางปกครองที่ได้กระทำก่อนไปโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสีย แต่ต้องหยุดการพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่คนใหม่สามารถดำเนินการพิจารณาทางปกครองต่อไปได้หรือจะยกเลิกการพิจารณาส่วนหนึ่งส่วนใดก็ได้ เท่ากับเป็นการรับรองการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนได้เสียได้กระทำไปก่อนหน้านั้น เสมือนกับไม่มีเหตุบกพร่องดังกล่าวอยู่เลย ตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นต้น

3) การให้สัตยาบันโดยปริยาย เป็นกรณีการรับรองโดยอาศัยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง เมื่อค้นหาลักษณะทางกฎหมายโดยการตีความแล้ว ผู้ใช้กฎหมายไม่อาจใช้ถ้อยคำที่ปรากฏในบทกฎหมายนั้นได้ กรณีจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้วิธีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายเป็นอันดับถัดไป ไม่ว่าโดยเทียบเคียงบทกฎหมาย หรือการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครองด้วย การให้สัตยาบันโดยปริยายได้เคยเกิดขึ้นโดยความเห็นขององค์กรทางกฎหมาย เช่น การนำมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาบังคับโดยเทียบเคียง

## 2.2 นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ<sup>2</sup> ให้ความหมายของนิติวิธี หมายถึง วิธีการที่จะคิดเป็นระบบในกฎหมาย นิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงหมายถึง วิธีการที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในกฎหมายมหาชน ได้แก่ นิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนและนิติวิธีเฉพาะในกฎหมายมหาชน สำหรับนิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนเป็นวิธีการที่นักกฎหมายมหาชนทุกคนต้องนำไปใช้ในการตีความ เพื่อให้สามารถแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายอื่นๆ ได้ นิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนยังแยกออกเป็นนิติวิธีหลักและนิติวิธีประกอบ ซึ่งนิติวิธีหลักนี้เป็นหัวใจสำคัญที่จะเข้าถึงแก่นของกฎหมายมหาชนได้เป็นอย่างดี นิติวิธีหลักในกฎหมายมหาชนที่ว่าไว้ดังกล่าวนี้ ได้แก่ นิติวิธีเชิงปฏิเสธ คือ การปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง และนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ คือ การสร้างหลักกฎหมายมหาชนจากความสมดุระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชน การศึกษานิติวิธีหลักในกฎหมายมหาชนนี้ จะต้องยึดนิติวิธีที่ใช้อยู่ในประเทศที่มีการแบ่งแยกประเภทกฎหมายออกเป็นกฎหมายมหาชนจากกฎหมายเอกชน ซึ่งเป็นระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพมาเป็นหลักในการสร้างนิติวิธี เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศส

<sup>2</sup>บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), หน้า 291-292.

สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี มานิตย์ วงศ์เสรี<sup>3</sup> เห็นว่า การแบ่งระบบกฎหมายมหาชนหรือระบบกฎหมายเอกชน มีหลักการพื้นฐานของการวินิจฉัยปัญหาทางกฎหมายเหมือนกัน คือ การใช้ตัวบทบัญญัติแห่งกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทำให้ไม่ว่าระบบกฎหมายจะแบ่งเป็นกี่ประเภทหรือกี่สาขาก็ตาม แต่ก็มีลักษณะพื้นฐานร่วมกันในการใช้หลักตีความกฎหมาย ดังนั้น ระบบกฎหมายทั้งหลายจึงอยู่ภายใต้หลักนิติวิธีทั่วไปสำหรับการใช้การตีความกฎหมาย หากแต่กฎหมายมหาชนมีลักษณะเฉพาะ ฉะนั้นการใช้และตีความกฎหมายผ่านนิติวิธีจึงจะต้องคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน ในระบบกฎหมายมหาชนที่แบ่งเป็นสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครองซึ่งต่างก็มีลักษณะเฉพาะทางกฎหมายแตกต่างกัน ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองย่อมต่างกัน และนิติวิธีทั่วไปในกฎหมายมหาชนตาม ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ก็เป็นแนวคิดในทางนิติวิธีที่อธิบายถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะแตกต่างจากกฎหมายเอกชนนั่นเอง

#### 1) นิติวิธีทั่วไป

การศึกษานิติวิธีประการหนึ่ง คือ การค้นหาหลักเกณฑ์การตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยอาศัยเครื่องมือในทางนิติวิธี ซึ่งโดยปกติแล้ว ได้แก่ ถ้อยคำในกฎหมาย ความเป็นมาของกฎหมาย ระบบกฎหมายทั้งระบบและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมาย<sup>4</sup>

#### 2) ลักษณะเฉพาะของนิติวิธี การใช้การตีความในกฎหมายปกครอง

การใช้การตีความกฎหมาย ได้แก่ การปรับใช้กฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น การตีความกฎหมายย่อมตีความตามบทบัญญัติตามถ้อยคำและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้น ประกอบกับพิจารณาถึงลักษณะความสัมพันธ์เชื่อมโยงของบทกฎหมายทั้งระบบ และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญด้วย ในการค้นหาลักษณะเฉพาะของนิติวิธี การใช้การตีความในกฎหมายปกครองจำเป็นต้องพิจารณาว่า ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองในการดำเนินกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม หากแต่ภายใต้หลักนิติรัฐการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้บทกฎหมาย โดยมีองค์กรตุลาการควบคุมตรวจสอบการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครอง แต่ในการควบคุมตรวจสอบขององค์กรฝ่ายปกครองก็ต้องไม่มากเกินไป การดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองต้องมีพื้นที่ที่ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง ภายใต้หลักประสิทธิภาพในการดำเนินการขององค์กรฝ่ายปกครอง จึงทำให้เกิดลักษณะเฉพาะของนิติวิธี

<sup>3</sup>มานิตย์ วงศ์เสรี, *นิติวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 47-48.

<sup>4</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เอกสารเสนองานร่างลี้ก 100 ปี ชาตกาล ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์: การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 30 มีนาคม 2551, หน้า 3.

การใช้การตีความในกฎหมายปกครอง โดยสรุปคือ การใช้และการตีความกฎหมายปกครองต้องคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล

กรณีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง การอุดช่องว่างแห่งกฎหมายที่ปรากฏในมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นเพียงวิธีการหรือกระบวนการขั้นตอนในทางนิติวิธี จึงมิได้จำกัดอยู่แต่เพียงในเขตแดนของกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายปกครองได้เช่นเดียวกัน เพียงแต่ผู้ใช้กฎหมายต้องคำนึงเสมอว่า กฎหมายปกครองและกฎหมายแพ่งเป็นระบบกฎหมายที่แยกเป็นเอกเทศออกจากกัน โดยต่างก็มีหลักกฎหมายที่ต่างกัน การนำกฎหมายแพ่งมาใช้อุดช่องว่างในกฎหมายปกครองอาจไม่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายปกครองได้ แต่ในกรณีหลักความเป็นหนึ่งเดียวของระบบกฎหมายทำให้ผู้ร่างกฎหมายก็นำบทกฎหมายแพ่งมาบัญญัติในกฎหมายปกครองด้วย เช่น มาตรา 22 (2) หรือมาตรา 51 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นต้น ส่วนการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ภายใต้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการที่มีลักษณะก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะต้องมีบทกฎหมายให้อำนาจไว้ ตาม “หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” แต่หากไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้และเกิดช่องว่างของกฎหมายขึ้น องค์กรฝ่ายปกครองอาจใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งกระทำการที่มีลักษณะเป็นคุณแก่ประชาชนได้ภายใต้หลักความเสมอภาค ฉะนั้นเมื่อเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายจะต้องพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวเป็นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่ หากเป็นดังนั้นการใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งย่อมไม่อาจกระทำได้ และเป็นช่องว่างในทางนิตินโยบายที่จะอุดช่องว่างแห่งกฎหมายได้แต่เพียงการตรากฎหมายให้อำนาจแก่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการ เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็น

### 3. ทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองส่วนใหญ่มาจากคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) ซึ่งเป็นศาลปกครองสูงสุด และจากกฎหมายเป็นเรื่องราว ที่เกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครอง ก่อนที่จะมีกฎหมายกลางซึ่งรวบรวมหลักจากแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐและบทบัญญัติที่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายเป็นเรื่องราว นั้น ในรูปประมวลกฎหมายมี

ผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ.2016 (พ.ศ.2559) มีฐานะเป็นกฎหมายทั่วไป เรียกว่า “ประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครอง (Code des relations entre le public et l' Administration)” เช่นเดียวกับในระบบกฎหมายเยอรมัน มีรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครองแห่งสหพันธ์ ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVFG) เป็นหลักการสำคัญที่ปรากฏทฤษฎีและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

### 3.1 ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริง (Théorie des fonctionnaires de fait)

สาระสำคัญของทฤษฎีนี้ มาจากทฤษฎีที่ว่าด้วยสิ่งที่ปรากฏให้เห็นการที่ข้าราชการแสดงออกต่อบุคคลภายนอกหรือทำให้ปรากฏต่อบุคคลภายนอกว่าตนมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง และได้ใช้อำนาจภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ หากแต่ในทางนิตินัยหรือในสายตาของกฎหมายแล้ว ข้าราชการไม่มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่ใช่บุคคลซึ่งกฎหมายบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ให้กระทำการในเรื่องนั้น ซึ่งคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลเหล่านี้ จึงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริงใช้ทั้งในสถานการณ์ปกติ และสถานการณ์พิเศษ กล่าวคือ ในสถานการณ์ปกติ เป็นกรณีที่ประชาชนทั่วไปซึ่งไม่สามารถรับรู้ได้ว่าหรือข้าราชการซึ่งออกคำสั่งทางปกครองให้แก่ตนนั้น มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรืออีกกรณีที่ข้าราชการคนหนึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้ปรากฏต่อสายตาต่อประชาชนภายนอกว่าได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบด้วยกฎหมาย ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่กระทำโดยบุคคลเหล่านี้ ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งให้อำนาจหน้าที่กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย จนกว่าจะถูกเพิกถอนและในสถานการณ์พิเศษ เช่น ในภาวะสงคราม ในกรณีที่มีภัยธรรมชาติร้ายแรง หรือสถานการณ์ฉุกเฉิน ประชาชนทั่วไปที่เข้ามาช่วยเหลือข้าราชการในอำนาจหน้าที่ต่างๆ รวมถึงมีการออกคำสั่งทางปกครองเรื่องหนึ่งเรื่องใดไป หรือประชาชนถูกบังคับโดยสถานการณ์ให้ปฏิบัติหน้าที่ในการบริหารราชการด้วยความจำเป็นเพื่อให้เกิดความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ<sup>5</sup> ฉะนั้น คำสั่งที่ออกโดยเอกชนเหล่านี้ ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งให้อำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น<sup>6</sup> ทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการ

---

<sup>5</sup> ประสาท พงษ์สุวรรณ, “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง,” *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 2 (มิถุนายน 2545): 261.

<sup>6</sup> ประพฤกษ์ ชมพู, “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 151-153.

ตามความเป็นจริง ปรากฏในคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (Conseild'État) ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 (พ.ศ.2466) ในคดี Association des fonctionnaires de l'administration centrale des Postes et Télégraphes วินิจฉัยคุ้มครองประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งไม่สามารถล่วงรู้ว่ ำรัฐการที่ออกคำสั่งทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ฉะนั้นการออกคำสั่งทางปกครองของ ำรัฐการที่แสดงออกปรากฏต่อประชาชนว่าตนมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งที่ชอบด้วย กฎหมาย และคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐ (Conseild'État) ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ.2001 (พ.ศ.2544) ในคดี Préfet de police c/ Mtimet วินิจฉัยให้ ำรัฐการซึ่งได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หากได้ใช้อำนาจในขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นๆ ต้องถือว่า ำรัฐการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย จนกว่าจะถูกเพิกถอนการแต่งตั้ง<sup>7</sup>

### 3.2 ทฤษฎีว่าด้วยการรักษาการโดยปริยาย

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักการรักษาการโดยปริยายซึ่งมีสาระสำคัญว่า เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้หนึ่งพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีอำนาจรักษาการหรือ กระทำการไปพลางก่อน จนกระทั่งผู้ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งคนใหม่จะเข้าปฏิบัติหน้าที่แทน การรักษาการดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้ และหน่วยงานไม่จำเป็นต้องมีคำสั่ง ให้เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งรักษาการ การใดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำไประหว่างรักษาการนี้ถือว่า มีผล บังคับตามกฎหมาย อย่างไรก็ดี ตามแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐ การรักษาการโดยปริยายจะต้อง อยู่ภายใต้เงื่อนไข 3 ประการ ได้แก่ 1) หน่วยงานต้องร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งปฏิบัติ หน้าที่ต่อไป หรือมิฉะนั้นต้องเห็นชอบกับการรักษาการโดยปริยาย เช่น มิได้แต่งตั้งบุคคลอื่นเป็นผู้ รักษาการแทนหรือสั่งให้ผู้พ้นจากตำแหน่งหยุดปฏิบัติหน้าที่ 2) การรักษาการโดยปริยายสามารถ กระทำได้เฉพาะในระยะเวลาดสั้นๆ ตามความจำเป็นแห่งกรณี และ 3) ในระหว่างรักษาการ เจ้าหน้าที่ผู้พ้นจากตำแหน่งมีอำนาจหน้าที่จำกัดเฉพาะในส่วนบริหารงานทั่วไปและงานเร่งด่วน ไม่ รวมงานนโยบายหรืองานสำคัญระดับสูง

<sup>7</sup>ปิยะสาสตร์ ไขว้พันธุ์, “การทำคำสั่งทางปกครองของ ำรัฐการที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิชอบ (CE, 16mai 2001, Préfet de police c/Mtimet),” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ** (2548): 99-101.

### 3.3 หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง (Non-rétroactivité des actes administratifs)

เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ มิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลบังคับย้อนหลัง และเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง ทั้งนี้ เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น สภาแห่งรัฐได้เพิกถอนข้อบัญญัติของฝ่ายปกครองขึ้นราคากระแสไฟฟ้า ลงวันที่ 30 ธันวาคม 1947 (พ.ศ.2490) และประกาศใช้วันที่ 1 มกราคม 1948 (พ.ศ.2491) เพราะข้อบัญญัติดังกล่าวให้มีผลย้อนหลังก่อนวันประกาศใช้ข้อบัญญัติ ปรากฏเหตุผลที่สภาแห่งรัฐให้ไว้ว่า นิติกรรมทางปกครองทั่วไปที่มีผลบังคับย้อนหลังเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบในเรื่องการไม่มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองด้วยเหตุเกี่ยวกับเงื่อนไข ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองใช้อำนาจของตนก้าวล่วงไปกระทำการให้กระทบต่อสถานะทางกฎหมายในอดีตที่ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองได้ออกไว้ก่อนหน้านี้ หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครองตามระบบกฎหมายฝรั่งเศส มาจากการตีความเพื่อให้สอดคล้องกับความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคลจากประมวลกฎหมายแพ่งที่ว่ารัฐบัญญัติ (la loi) มีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่อาจมีผลย้อนหลังได้ สรุปได้ว่า หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง เป็นหลักห้ามมิให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองออกนิติกรรมทางปกครองทั่วไป (กฎ) มีผลใช้บังคับแก่การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นหรือสิ้นสุดลงแล้วก่อนวันที่นิติกรรมทางปกครองทั่วไป ประกาศใช้บังคับหรือนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเจาะจง (คำสั่งทางปกครอง) จะย้อนหลังกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นแล้วนับแต่วันที่แจ้งให้ผู้รับนิติกรรมทางปกครองเฉพาะเจาะจงทราบ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถออกนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลัง

ส่วนในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVFG ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) (Administrative Procedure Act) ได้บัญญัติเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและผลของคำสั่งทางปกครองได้เป็น 3 ประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่แก้ไขเยียวยาได้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง มาตรา 45<sup>8</sup> คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจเพิกถอนภายหลังได้ ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 วรรค 3 และคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะกรรม ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 และมาตรา 20 วรรคหนึ่ง (1) โดยรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 43 (3) บัญญัติถึงผลของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะถือว่าเสียเปล่า

---

<sup>8</sup> Mahendra P. Sign, *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2<sup>nd</sup> ed. (Berlin: Springer-Verlag, 2001), p. 149.

ไม่มีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ ไม่มีผลผูกพันผู้รับคำสั่งทางปกครอง บุคคลที่สาม องค์กรหน่วยงานอื่น ตลอดจนองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งเป็นผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นด้วย

### 3.4 หลักกฎหมายในรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

การพิจารณาอำนาจของหน่วยงานในแง่ของเรื่องจะต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นภารกิจของสหพันธ์ของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลที่กฎหมายบัญญัติให้สามารถออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพื่อเป็นการแบ่งแยกภาระหน้าที่ขององค์กรของรัฐว่าอำนาจของหน่วยงานใดในองค์กรที่มีภารกิจเรื่องนั้น โดยปกติแล้วการกำหนดอำนาจแก่หน่วยงานอาจแบ่งแยกหน่วยงานย่อยภายในตามระเบียบของแต่ละหน่วยงานซึ่งจะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดมีอำนาจกระทำการแทนหน่วยงานในเรื่องใด เว้นแต่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งใดในหน่วยงานที่มีอำนาจกระทำการ ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งดำรงตำแหน่งที่มีอำนาจหน้าที่กระทำการตามกฎหมายบัญญัติไว้ คำสั่งทางปกครองนั้นจะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย สำหรับความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองในแง่ของเรื่องรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 44 (1) บัญญัติเหตุความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง ได้แก่ กรณีคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องผิดพลาดร้ายแรงและแจ้งชัดที่เป็นไปสภาพและเหตุผลของเรื่องซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ส่วนความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจในแง่ของพื้นที่ถ้าไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น รัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) มาตรา 3 (1) ข้อ 1. ได้บัญญัติเกี่ยวกับหน่วยทางปกครองที่มีอำนาจทางปกครองเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับสถานที่ โดยให้หน่วยงานทางปกครองที่ทรัพย์สินหรือสถานที่นั้นตั้งอยู่เป็นหน่วยงานมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง และรัฐที่บัญญัติเดียวกันบัญญัติเหตุความเป็นโมฆะกรณีเกี่ยวกับความบกพร่องอำนาจในแง่ของพื้นที่ไว้ใน มาตรา 44 (2) ข้อ 3. ว่า “คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นการกระทำนอกเหนืออำนาจเนื่องจากอยู่นอกเขตพื้นที่ที่อสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่” เช่น เจ้าหน้าที่นอกเขตพื้นที่ที่อาคารนั้นตั้งอยู่ไม่มีอำนาจออกคำสั่งรื้อถอนอาคารที่ตนเองไม่มีเขตอำนาจบนพื้นที่นั้น คำสั่งรื้อถอนจึงตกเป็นเหตุโมฆะตามบทบัญญัติดังกล่าว ในกรณีปรากฏว่า มีหน่วยงานหลายหน่วยงานอ้างว่าต่างเป็นพื้นที่อำนาจของตน หรือในทางตรงข้ามหน่วยงานต่างปฏิเสธว่าตนเองไม่มีอำนาจบนพื้นที่นั้นให้หน่วยงานบังคับบัญชาที่ดูแลเรื่องอำนาจหน้าที่วินิจฉัยสั่งการ หากแต่ความบกพร่องอำนาจในแง่พื้นที่กรณี ตามมาตรา 44 (3) ข้อ 1. คำสั่งทางปกครองที่ออกให้แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครอง

นอกเหนือเขตท้องที่ซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้น และไม่ใช้กิจการเกี่ยวกับสิทธิทรัพย์สิน คำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับได้ตามกฎหมายแต่อาจเพิกถอนได้ในภายหลัง ไม่ถึงระดับเป็นเป็นโมฆะ

1) กรณีบุคคลซึ่งไม่ใช่เจ้าหน้าที่ทางปกครอง<sup>9</sup> การสั่งการหรือการกระทำการของบุคคลนั้นไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง เพราะไม่ครบองค์ประกอบของการเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ตามมาตรา 35 ประโยคแรก ให้คํานิยามว่า คำสั่ง คำตัดสินหรือมาตรการอื่นของทางรัฐการในทุกเรื่องที่หน่วยรัฐการหนึ่งหน่วยรัฐใดออกไป เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์บังคับกับกรณีใดกรณีหนึ่ง ในขอบเขตของกฎหมายมหาชนและเป็นมาตรการที่เจาะจงให้มีผลทางกฎหมายโดยตรงต่อภายนอก<sup>10</sup> “An administrative act shall be any order, decision or other sovereign measure taken by an authority to regulate an individual case in the sphere of public law and which is intended to have a direct, external legal effect. ...”<sup>11</sup> ฉะนั้น เมื่อไม่ได้เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ซึ่งสามารถแสดงเจตนากำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะเจาะจงกับปัจเจกบุคคลได้ จึงถือได้ว่าขาดองค์ประกอบของการเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 35 ประโยคแรก แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 ฉะนั้นไม่ถือว่า คำสั่ง คำตัดสินหรือมาตรการนั้นได้เกิดขึ้นและดำรงอยู่ในทางกฎหมาย<sup>12</sup>

2) กรณีเป็นหน่วยงานทางปกครองไม่มีอำนาจกระทำการ ได้แก่กรณีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจแก่หน่วยงานใดที่อาจปรากฏในรัฐธรรมนูญหรือรัฐบัญญัติมีอำนาจสั่งการ ดังนั้นเฉพาะหน่วยงานที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นที่มีอำนาจสั่งการ โดยการสั่งการของหน่วยงานจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ดำรงตำแหน่งสูงสุดหรือในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงาน เมื่อคำสั่งทางปกครอง

---

<sup>9</sup>เจ้าหน้าที่ทางปกครอง หมายถึง ตำแหน่งใดๆ ที่ปฏิบัติภารกิจของฝ่ายปกครองในทางมหาชน, ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, รายงานวิจัยเรื่องปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547), หน้า 50-51.

<sup>10</sup>บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 239-242.

<sup>11</sup>German Law Archive, **Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)** [Online], available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).

<sup>12</sup>วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 6, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 569-582, อ้างถึงใน ปัญญา จันสกุล, “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสและไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2550), หน้า 56-57.

มิได้กระทำโดยหน่วยงานที่กฎหมายบัญญัติให้มีอำนาจกระทำการในเรื่องนั้น คำสั่งทางปกครองนั้น จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากแต่ผลของคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายจะรุนแรง ถึงขนาดเป็นโมฆะหรือมีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กร ตุลาการอย่างไรขึ้นอยู่กับลักษณะการฝ่าฝืน ในบางกรณีมีการผ่อนคลายนอำนาจขององค์กรฝ่าย ปกครองอาจไม่เคร่งครัด หากปรากฏว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจไว้ให้ หรือกรณีมีความ จำเป็น การมอบอำนาจทางปกครองอาจเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในกฎหมายแพ่ง ซึ่ง กระทำในนามของหน่วยงาน เช่น สมาคมการตรวจสอบมาตรฐานการใช้งานของรถออกไปตรวจ สภาพรถให้แก่เจ้าของรถ ซึ่ง ศ.พิเศษ ดร.กมลชัย รัตนสกววงศ์ ได้อธิบายเพิ่มเติมไว้ว่า ปัญหา กฎหมายในเรื่องคำสั่งทางปกครองที่เกิดจากผู้ไร้ความสามารถไม่อาจเกิดขึ้นได้ดังเช่นที่เกิดขึ้นในการ ทำนิติกรรมทางแพ่งสำหรับการแต่งตั้งข้าราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีการเพิกถอนภายหลัง การกระทำของข้าราชการใดๆ ก่อนมีการเพิกถอน การกระทำนั้นย่อมชอบด้วยกฎหมาย<sup>13</sup> ยกตัวอย่าง เช่น กฎหมายว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์ ค.ศ.1953 (พ.ศ.2496) แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ.2019 (พ.ศ.2562) (Bundesbeamtengesetz (BBG)) บทบัญญัติในมาตรา 13<sup>14</sup> กรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการกระทำโดย เจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจ มีผลให้คำสั่งแต่งตั้งนั้นเป็นโมฆะ เว้นแต่จะหน่วยงานรับรองให้มีผลสมบูรณ์ โดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันแต่งตั้ง รวมถึงกรณีบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ขาดคุณสมบัติหรือ ลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกำหนด สำหรับคำสั่งแต่งตั้งที่เป็นโมฆะ กฎหมายข้าราชการสหพันธ์ มาตรา 15<sup>15</sup> บัญญัติให้ผู้บังคับบัญชาจะต้องห้ามข้าราชการปฏิบัติหน้าที่ จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยว่า

<sup>13</sup> กมลชัย รัตนสกววงศ์, “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมัน,” วารสารนิติศาสตร์ 1 (กันยายน, 2532): 39.

<sup>14</sup> Bundesbeamtengesetz (BBG), § 13 Nichtigkeit der Ernennung

(1) Die Ernennung ist nichtig, wenn

1. sie nicht der in § 10 Abs. 2 vorgeschriebenen Form entspricht,
2. sie von einer sachlich unzuständigen Behörde ausgesprochen wurde oder
3. zum Zeitpunkt der Ernennung

a) nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 keine Ernennungserfolg durfte und keine Ausnahmen nach § 7 Abs. 3 zugelassen war oder

b) die Fähigkeit zur Wahrnehmung öffentlicher Ämter nicht vorlag

(2) Die Ernennung ist von Anfang an als wirksam anzusehen, wenn

1. ...

2. im Fall des Absatzes 1 Nr. 2 die sachlich zuständige Behörde die Ernennung bestätigt oder.

<sup>15</sup> Bundesbeamtengesetz (BBG), § 15 Rechtsfolgen nichtiger oder zurückgenommener Ernennungen

คำสั่งแต่งตั้งเป็นโมฆะ เว้นแต่กรณีแต่งตั้งข้าราชการซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจผู้บังคับบัญชาจะสั่งห้ามปฏิบัติหน้าที่ก็ต่อเมื่อผู้บังคับบัญชาปฏิเสธที่จะรับรองการแต่งตั้งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น และไม่กระทบกระเทือนการดำเนินการใดๆ ก่อนหน้านั้น ที่เจ้าหน้าที่นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่<sup>16</sup>

#### 4. บทวิเคราะห์

##### 4.1 แนวคิดการใช้หลักการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครอง

การให้สัตยาบันในระบบกฎหมายเอกชนเป็นการรับรองนิติกรรมทางแพ่งที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับความสามารถของบุคคลเป็นส่วนใหญ่เพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการทำนิติกรรม เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่สมบูรณ์จนกว่าจะได้มีการบอกล้างเพียงแต่เหตุแห่งการบอกล้างนั้นไม่ถือเป็นเหตุผิดปกติร้ายแรง กฎหมายจึงเปิดโอกาสหรือให้อิสระแก่บุคคลซึ่งเสียเปรียบจากการทำนิติกรรมที่เป็นโมฆียะหรือมีเหตุร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะตัดสินใจว่าจะรักษานิติกรรมให้มีผลต่อไปโดยการให้สัตยาบันหรือบอกล้างนิติกรรมเพื่อให้นิติกรรมนั้นสมบูรณ์มาแต่แรกที่ทำนิติกรรมหรือเพื่อให้ไม่มีผลใดๆ ในทางกฎหมายต่อไป การให้สัตยาบันจึงเป็นการรับรองให้นิติกรรมที่เป็นโมฆียะกรรมให้มีผลสมบูรณ์มาตั้งแต่แรก และไม่กระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลภายนอก ซึ่งบุคคลที่มีสิทธิให้สัตยาบันเท่านั้นจะต้องแสดงเจตนาในการให้สัตยาบันโดยชัดแจ้งต่อคู่กรณีอีกฝ่ายหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย เช่น มีการกระทำบางอย่างเกี่ยวกับนิติกรรมที่เป็นโมฆียะ แต่สำหรับแนวคิดการใช้หลักการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายมหาชน ซึ่งในวิจัยฉบับนี้จะไม่ได้วิเคราะห์องค์ประกอบที่ให้สัตยาบัน แต่จะวิเคราะห์ว่าการให้สัตยาบันซึ่งเป็นการรับรองเพื่อให้การกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นมีความสมบูรณ์ด้วยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในสายตาของกฎหมายปกครองยอมรับได้หรือไม่อย่างไร ระบบกฎหมายปกครองแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน เช่น ในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีสภาแห่งรัฐสร้างหลักกฎหมายปกครองเพื่อควบคุมการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายและแยกคดีปกครองออกจากคดีเอกชนตามกฎหมายแพ่งที่

---

Ist die erstmalige Ernennung nichtig oder zurückgenommen worden, hat die oder der Dienstvorgesetzte jedeweitere Wahrnehmung der Dienstgeschäfte zu verbieten. Bei Nichtigkeit ist das Verbot erst dann auszusprechen, wenn die sachlich zuständige Behörde es abgelehnt hat, die Ernennung zu bestätigen, oder die Ausnahmen nach § 7 Abs. 3 nicht nachträglich zugelassen wird. Die bis zum Verbot oder bis zur Zustellung der Erklärung der Rücknahme vorgenommenen Amtshandlungen sind in gleicher Weise gültig, wie wenn eine Beamtin oder ein Beamter sie ausgeführt hätte. Die gezahlte Besoldung kann beibehalten werden.

<sup>16</sup> ปัญญา จันทสกุล, เรื่องเดิม, หน้า 63.

อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม เพื่อไม่ให้ศาลยุติธรรมเข้ามาก้าวล่วงการบริหารราชการแผ่นดิน ทำให้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงปฏิเสธที่ไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ แต่จะสร้างหลักกฎหมายพิเศษขึ้นมาเพื่อใช้กับคดีในทางปกครองหรือการบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งหลักกฎหมายปกครองก็มาจากแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่เป็นบรรทัดฐาน ความคิดของนักวิชาการ ผลงานทางตำราวิชาการต่างๆ จากการศึกษาพบว่า การรับรองการกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองที่ไม่มีอำนาจกระทำการเนื่องจากเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการในแง่บุคคล ทฤษฎีที่เด่นชัดของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ได้แก่ ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการโดยความเป็นจริงหรือข้าราชการโดยทางพฤตินัย ประเด็น คือ เจ้าหน้าที่คนนั้นได้ใช้อำนาจหน้าที่ที่ตนเองดำรงตำแหน่งเพียงแต่การเข้าสู่ตำแหน่งหรือการดำรงตำแหน่งนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เป็นเอกชนหรือเป็นเจ้าหน้าที่ แต่การแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการใดๆ ที่เจ้าหน้าที่ได้ทำไปอาจกระทบกระเทือนต่อบุคคลภายนอกซึ่งในทางทฤษฎีต้องชั่งน้ำหนักระหว่างหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายกับหลักความต่อเนื่องของการจัดทําบริการสาธารณะ นอกจากนี้ ทฤษฎีรักษาการโดยปริยายกรณีเจ้าหน้าที่ผู้ใดพ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นยังคงมีอำนาจรักษาการหรือกระทำการไปพลางก่อน จนกว่าจะมีผู้ดำรงตำแหน่งคนใหม่เข้าปฏิบัติหน้าที่ แต่หากเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบแต่ก้าวล่วงอำนาจผู้อื่น หรือแย้งชิงอำนาจที่ไม่ใช่ของตนมาออกคำสั่งสภาแห่งรัฐเห็นว่า การให้ความเห็นชอบ ยินยอมหรือการให้สัตยาบันต่อคำสั่งทางปกครองที่ทําขึ้นโดยองค์กรที่ไม่มีอำนาจและไม่ทำให้คำสั่งทางปกครองมีผลสมบูรณ์ได้ แต่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ และเหตุผลที่สนับสนุนในทางตำรา ได้แก่ การขัดต่อหลักการใช้อำนาจเฉพาะตัว และหลักที่ว่านิติกรรมทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง ส่วนในระบบกฎหมายเยอรมันกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่บัญญัติรับรองสิทธิทางมหาชน บังคับบุคคลมีสิทธิฟ้องต่อศาลเพื่อให้ศาลคุ้มครองสิทธิทางมหาชนกรณีรัฐละเว้นกระทำการหรือกระทำการที่มีได้เป็นไปตามกฎหมาย เมื่อกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มีเพื่อประโยชน์สาธารณะ ทำให้หลักกฎหมายเยอรมันจึงวางอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคล ที่สำคัญคือ กฎหมายพื้นฐานได้รับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และกฎหมายปกครองทำให้หลักดังกล่าวเป็นรูปธรรม ระบบกฎหมายปกครองเยอรมันจะมีกฎเกณฑ์บัญญัติไว้อย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) โดยเฉพาะการบัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และวิธีการเยียวยาคำสั่งทางปกครอง เช่น คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เป็นโมฆะ จะไม่สามารถทำให้สมบูรณ์ได้ยกเว้นมีกฎหมายเฉพาะให้ทำได้ เช่น กรณีการแต่งตั้งข้าราชการที่เป็นโมฆะรับรองให้มีผลสมบูรณ์ย้อนหลังนับแต่วันที่แต่งตั้งตามกฎหมาย ข้าราชการสหพันธ์ หรือการให้ความเห็นชอบภายหลัง กรณีคำสั่งทางปกครองที่ไม่เป็นปฎิบัติตาม

รูปแบบ ขั้นตอนที่ไม่กระทบต่ออำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่องหรือเนื้อเรื่อง รวมถึงกรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่อาจเยียวยาได้ แต่ต้องให้การยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น การให้สัตยาบันในความหมายกว้างเป็นการรับรองเพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีความสมบูรณ์ในทางนิตินัย ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและเยอรมันก็ยอมรับแนวคิดการให้สัตยาบัน แต่ก็มีข้อจำกัดเฉพาะตามแนวคำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐของสาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือเฉพาะกรณีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน เช่นเดียวกับระบบกฎหมายปกครองไทยที่ได้รับอิทธิพลจากทั้งสองประเทศ เช่น ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 17 มาตรา 19 หรือ มาตรา 41 เป็นต้น

#### 4.2 การให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ

คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการในแง่ตัวบุคคลเป็นเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอก ซึ่งถือว่ามิสภาพร้ายแรงอย่างมากจนเห็นได้ชัดเจนนี้อาจทำให้คำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการนั้นตกเป็นโมฆะซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายจึงไม่เพียงเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แต่ถึงขนาดไม่ยอมรับความมีอยู่ในกฎหมายปกครอง จึงเท่ากับไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องหรือทำให้สมบูรณ์ได้ด้วยการให้สัตยาบัน รวมถึงการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ดี การแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเพื่อใช้อำนาจหน้าที่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ในกรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นบุคคลคนเดียวหรือคณะบุคคลอาจขาดคุณสมบัติ หรือมีลักษณะต้องห้าม หรือได้รับการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันมีเหตุที่องค์กรฝ่ายปกครองมีส่วนต้องรับผิดชอบด้วย ซึ่งส่งผลกระทบต่อการกระทำใดๆ ของเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้ง ความเสียหายซึ่งไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ในทางกฎหมายของการกระทำมีผลต่องานราชการ ต่อบุคคลที่สาม และความต่อเนื่องของงานราชการได้ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองได้มีกฎหมายเฉพาะ ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยข้าราชการสหพันธ์เองยังบัญญัติกรณีของคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่กระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องภายหลังได้ด้วยการยืนยันในภายหลังในระบบกฎหมายปกครองไทย พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 19 บัญญัติว่า “ถ้าปรากฏภายหลังว่าเจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองใดขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามหรือการแต่งตั้งไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุให้ผู้นั้นต้องพ้นจากตำแหน่ง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่” ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไว้ว่า มาตรา 19 ใช้บังคับเฉพาะการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่หรือคณะกรรมการซึ่งจะมีผลเป็นการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น มิได้หมายถึงการปฏิบัติหน้าที่อื่น

ซึ่งมิใช่การพิจารณาทางปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 778/2551 ว่าคำสั่งแต่งตั้งให้ นาย ช. ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี นักบริหารระดับ 9 เป็นคำสั่งที่ถูกเพิกถอนโดยศาลปกครอง และมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งรองปลัดกระทรวง นักบริหารระดับ 10 สืบเนื่องมาด้วย โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง ส่งผลให้นาย ช. พ้นจากตำแหน่งรองปลัดกระทรวง การพ้นจากตำแหน่งเช่นว่านี้ ย่อมไม่กระทบกระเทือนถึงผลบังคับของประกาศกรมสรรพสามิต เรื่อง รับสมัครคัดเลือกเพื่อเลื่อนข้าราชการพลเรือนสามัญขึ้นดำรงตำแหน่งในระดับ 8 ที่ นาย ช. ได้ลงนามไปตามอำนาจหน้าที่ของรองปลัดกระทรวง รักษาการแทนอธิบดีกรมสรรพสามิต ประกาศกรมสรรพสามิตดังกล่าวจึงไม่เสียไป บทบัญญัติมาตรา 19 ถือเป็นรับรองหรือการให้สัตยาบันโดยมีกฎหมายรองรับทำนองเดียวกับกฎหมายข้าราชการสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือทฤษฎีข้าราชการโดยข้อเท็จจริงของระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งทำให้เห็นว่าการเยียวยาผลของการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจในแง่ตัวบุคคลตามมาตรา 19 ตามความเห็นของ ดร.อุทัย หงส์ศิริ ที่ว่า ไม่สามารถนำหลักเรื่องโมฆะกรรมตามหลักกฎหมายแพ่งมาใช้กับกรณีดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตามความบกพร่องของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจกระทำการบางกรณีไม่ได้ก็นำมาตรา 19 มาปรับใช้เช่น การแต่งตั้งบุคคลซึ่งเสียชีวิตแล้วเป็นอนุกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิใน อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษามัธยมศึกษาเขต 26 ทำให้องค์ประกอบของ อ.ก.ค.ศ. ไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้มติการประชุม อ.ก.ค.ศ. ย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า การใดที่ได้ปฏิบัติหรือดำเนินการตามมติ อ.ก.ค.ศ. เขต 26 โดยสุจริต ในส่วนของคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น ตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แทน ซึ่งการทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลโดยการเพิกถอนนั้นไม่ใช่เป็นการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองโดยหลักการให้สัตยาบันโดยผลกฎหมายตามมาตรา 19 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีข้อพิจารณาที่ต้องคำนึงมากมาย การทำให้คำสั่งทางปกครองสิ้นผลอาจไม่จำเป็นต้องย้อนหลังผลไปตั้งแต่วันที่คำสั่งทางปกครองมีผลก็ได้ แต่อาจทำให้สิ้นผล ณ เวลาใดเวลาหนึ่งไม่ว่าตั้งแต่คำสั่งทางปกครองมีผล ย้อนไปอดีต สิ้นผล ณ ปัจจุบันหรือในอนาคตขณะใดขณะหนึ่งก็ย่อมได้ แต่การให้สัตยาบันโดยมีกฎหมายรองรับผลตามมาตรา 19 นี้ ทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสมบูรณ์โดยไม่ต้องพิจารณาผลของคำสั่งทางปกครองแต่ละเรื่อง มีพิกัดต้องคำนึงตามหลักสุจริต

การปรับใช้มาตรา 19 โดยถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ปรากฏบันทึกความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การปฏิบัติงานของผู้อำนวยการสวนยาง ภายหลังจากที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว (เรื่องเสร็จ 706/2548) ข้อเท็จจริงตามเรื่องนี้ยังไม่มี

คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด จึงไม่ปรากฏความบกพร่องของคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง แต่เป็นกรณีว่า นาย ธ. ผู้อำนวยการสวนยางซึ่งพ้นวาระการดำรงตำแหน่ง แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้ยอมรับการปฏิบัติหน้าที่นั้นโดยไม่มีการทักท้วงว่าเป็นการดำรงตำแหน่งไม่ชอบ คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้นำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยเทียบเคียง เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกับการพิจารณาทางปกครองที่ นาย ธ. ได้กระทำไปในระหว่างที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งโดยอนุโลม การใดที่ นาย ธ. ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ของผู้อำนวยการองค์การสวนยางภายหลังที่ได้พ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว ย่อมไม่ถูกกระทบกระเทือนด้วยเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งแต่อย่างใด หรือเรื่องเสร็จที่ 47-48/2556 บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การรักษาราชการแทนและการปฏิบัติราชการแทนฯ มีความเห็นว่า การแต่งตั้งผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เป็นอำนาจของประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังไม่ได้ออกคำสั่งแต่งตั้งให้ นาย ส. เป็นผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และไม่มีอำนาจลงนามหรือดำเนินการใดๆ ในฐานะดังกล่าวด้วยเหตุนี้ การที่ นาย ส. ได้ลงนามอนุมัติการปฏิบัติงานนอกราชการของข้าราชการและพนักงานราชการ และการลงนามในสัญญาจ้าง 2 สัญญาในฐานะผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ การกระทำดังกล่าวจึงไม่มีผลผูกพันสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ อย่างไรก็ดี ถ้าการดำเนินการดังกล่าวเป็นไปโดยสุจริตและปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในเรื่องนั้นอย่างถูกต้อง ก็สามารถนำหลักการมาตรา 19 มาใช้โดยเทียบเคียงได้โดยอนุโลม ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบกระเทือนถึงการกระทำใดๆ ในช่วงเวลาดังกล่าว ฉะนั้นจะเห็นได้ว่าการปรับใช้มาตรา 19 ซึ่งเป็นข้อยกเว้นของผลความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองด้วยหลักการให้สัตยาบันหรือการรับรองคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลสมบูรณ์ในสายตาของกฎหมาย ใช้เพื่อการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายในฐานะบทบัญญัติใกล้เคียงอย่างยิ่ง

#### 4.3 การให้สัตยาบันเพื่อเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการ

เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการ ได้แก่ อำนาจกระทำการเกี่ยวกับเรื่อง อำนาจกระทำการเกี่ยวกับพื้นที่อำนาจ และอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา ซึ่งเป็นความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการทั้งสิ้น ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายแต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะ แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อาจเพิกถอนได้ เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นจะมีความบกพร่องผิดพลาดร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัด การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการในระบบกฎหมายปกครองยอมรับให้มีได้ก็เนื่องจากมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้กระทำได้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีซึ่งเป็นความบกพร่องในวิธีบัญญัติหรือขั้นตอน วิธีการมากกว่าความบกพร่องในเนื้อหาหรือในทางสารบัญญัติ เช่นเดียวกับระบบกฎหมายปกครองไทยที่มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 41 รองรับการรับรองหรือการให้สัตยาบันในส่วนวิธีบัญญัติเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญดังกล่าว ส่วนความบกพร่องขอบเขตการใช้อำนาจกระทำการไม่ได้มีการบัญญัติให้รับรองหรือให้สัตยาบันไว้จึงถูกมองว่าเป็นปัญหาของการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลาที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (เรื่องเสร็จที่ 706/2548) ให้นำบทบัญญัติในมาตรา 19 มาปรับใช้ในฐานะบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ก่อให้เกิดการรับรองหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย ทั้งนี้ คณะกรรมการฯ อ้างหลักการมาตรา 19 เป็นหลักการที่กำหนดขึ้นเพื่อรองรับผลการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจพิจารณาทางปกครองแต่มีเหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่ง โดยให้การกระทำนั้นส่งผลต่อไป นอกจากนี้ คณะกรรมการฯ อ้างถึงการยอมรับการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีการทักท้วงของเจ้าหน้าที่ซึ่งพ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้ว คณะกรรมการฯ จึงเห็นว่า การกระทำใดที่เจ้าหน้าที่ได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ภายหลังจากพ้นวาระการดำรงตำแหน่งแล้วย่อมไม่ถูกระงับหรือเพิกถอนแต่อย่างใด ซึ่งหลักกฎหมายปกครองกรณีที่ไม่มียกเว้นกฎหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งที่ครบวาระอยู่ในตำแหน่งเพื่อดำเนินงานต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งใหม่เข้ารับหน้าที่ เมื่อผู้ดำรงตำแหน่งได้ดำรงตำแหน่งจนครบวาระแล้ว จึงต้องพ้นจากตำแหน่งโดยผลของกฎหมายและไม่มีอำนาจดำเนินงานใดๆ ในอำนาจหน้าที่ในตำแหน่งนั้นได้อีก หลักกฎหมายตามมาตรา 19 สอดคล้องกับทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยหรือข้าราชการตามความเป็นจริง สำคัญสำคัญของทฤษฎีนี้มาจากทฤษฎีที่ว่าด้วยสิ่งที่ปรากฏให้เห็น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ข้าราชการได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้ปรากฏต่อสายตาต่อบุคคลภายนอกว่าได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบ ฉะนั้น คำสั่งทางปกครองใดที่กระทำโดยบุคคลนี้ถือเสมือนเป็นคำสั่งทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมาย เหตุบกพร่องในการดำรงตำแหน่งนี้ตามข้อเท็จจริงดังกล่าว มิใช่เรื่องการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ให้มีอำนาจกระทำการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เป็นเหตุบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับระยะเวลา หากนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเสมือนกับการให้สัตยาบันโดยปริยายก็จะเท่ากับยอมรับให้ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งทั้งที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งเป็นระยะเวลาที่ชอบด้วยกฎหมาย (ผู้ดำรงตำแหน่งพ้นวาระไปแล้วเมื่อวันที่ 17 ตุลาคม 2547 และปฏิบัติหน้าที่ต่อไปถึงวันที่ 28 พฤษภาคม 2548 กล่าวคือ ถอยหลังวันที่ 28 พฤษภาคม 2548 ย้อนกลับไปยังวันที่ 17 ตุลาคม 2547 ว่าอยู่ใน

ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง) ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีหลักกฎหมายทั่วไปได้แก่หลักความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง อันมาจากการตีความเพื่อให้สอดคล้องกับความมั่นคงในสถานะทางกฎหมายของบุคคลมีผลใช้บังคับสำหรับอนาคตเท่านั้น ไม่อาจมีผลย้อนหลังได้เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้องค์กรฝ่ายปกครองสามารถถอนนิติกรรมทางปกครองที่มีผลย้อนหลังได้ แต่เมื่อนำมาตรา 19 มาบังคับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งจะถือได้หรือไม่ว่าเหตุบกพร่องในเรื่องระยะเวลาเป็นเรื่องเดียวกันกับเหตุบกพร่องของการดำรงตำแหน่ง เพราะทฤษฎีข้าราชการโดยพฤตินัยมุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกซึ่งอาจได้รับผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใด ในขณะที่ทฤษฎีนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลังมุ่งควบคุมการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การปรับใช้มาตรา 19 ต้องคำนึงว่าเป็นบทบัญญัติที่เป็นข้อยกเว้นของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับขอบเขตการใช้อำนาจเกี่ยวกับระยะเวลา จึงไม่สามารถขยายความไปถึงเหตุบกพร่องของการดำรงตำแหน่ง โดยเฉพาะกรณีข้อเท็จจริงที่ยังไม่มีคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและเริ่มระยะเวลาในการใช้อำนาจหน้าที่แต่อย่างใด ไม่ควรตีความเป็นเรื่องเดียวกัน จะทำให้องค์กรฝ่ายปกครองไม่รับผิดชอบต่อความบกพร่องซึ่งองค์กรฝ่ายปกครองมีส่วนต้องรับผิดชอบอยู่ด้วย ฉะนั้นผู้วิจัยจึงไม่เห็นด้วยกับการนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย แต่เห็นว่าการดังกล่าว ควรเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา แต่ไม่ถึงขนาดเป็นโมฆะและไม่อาจแก้ไขเยียวยาโดยการให้สัตยาบันได้ นอกจากการอาจเพิกถอนเท่านั้น

#### 4.4 การยอมรับการให้สัตยาบันเป็นข้อยกเว้นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเช่นเดียวกับการปรับบทเทียบเคียงโดยอนุโลม หรือไม่เพียงใด

ประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรมย่อมปรากฏสาระสำคัญของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย การใช้การตีความหลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย สำหรับระบบกฎหมายฝรั่งเศส และระบบกฎหมายเยอรมันตีความแตกต่างกันไป ทั้งนี้ หลักที่นำไปใช้ในการพิจารณาเพื่อชั่งน้ำหนักกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ หลักคุ้มครองความสุจริตของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นหลักคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจโดยสุจริต ระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน หรือหลักคุ้มครองสิทธิที่ได้รับมาแล้วในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักการที่มีน้ำหนักใกล้เคียงกันและคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายจึงได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนนั่นเอง และปรับใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เพิกถอนได้ เพราะมีความบกพร่องในทางเนื้อหาที่ไม่สามารถแก้ไขให้สมบูรณ์ได้

แต่สำหรับการเยียวยาความบกพร่องของการให้สัตยาบันด้วยการรับรอง การให้ความเห็นชอบเป็นการเยียวยาให้คำสั่งทางปกครองสมบูรณ์โดยที่ไม่กระทบต่อเนื้อหา ทั้งนี้ล้วนแต่เป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้ทั้งสิ้น ปัญหาการใช้การตีความหรือนิติวิธีในระบบกฎหมายปกครอง เช่น ระบบกฎหมายเอกชนย่อมตีความตามบทบัญญัติตามถ้อยคำและวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้น เพียงแต่ต้องเข้าใจลักษณะเฉพาะกฎหมายปกครองว่า ภารกิจขององค์กรฝ่ายปกครองเป็นการดำเนินกิจกรรมเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนส่วนรวม และภายใต้หลักนิติรัฐ การดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองอยู่ภายใต้กฎหมายจำเป็นต้องคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างความมีประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมขององค์กรฝ่ายปกครองกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล กรณีการอุดช่องว่างแห่งกฎหมายปกครองโดยใช้กฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการหรือขั้นตอนในทางนิติวิธีที่ทำได้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ 2 กรณี คือ การเทียบเคียงบทกฎหมาย และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ดังกรณีมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ในหมวดเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง หากพิจารณาจากระบบกฎหมายปกครองแล้ว ถือเป็นข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ถือว่าเป็นเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง แต่เมื่อพ้นจากตำแหน่งแล้ว การใดที่เจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำไปก่อนหน้านั้นไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อความสมบูรณ์แต่อย่างใด บทบัญญัติมาตรา 19 จึงเป็นบทกฎหมายเฉพาะที่ควรตีความอย่างแคบ ไม่อาจขยายความได้ แม้จะมีความเห็นที่แตกต่างว่าไม่มีหลักกฎหมายใดห้ามให้ตีความอย่างแคบ แต่ความเห็นที่แตกต่างก็สอดคล้องกันในแง่ที่ว่าจะต้องตีความให้สอดคล้องกับเนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือไม่ เป็นต้น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การนำมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาใช้เป็นบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งหรือเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย อาจทำให้เพื่อมิให้องค์กรฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย หลักความแน่นอนชัดเจนของกฎหมาย ส่วนคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจกระทำการ ถ้าไม่ใช่เพราะเหตุบกพร่องตามมาตรา 19 ต้องถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีผลผูกพันต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง และเป็นกรณีอาจเพิกถอนได้ที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองบัญญัติหลักเกณฑ์ที่แน่นอนชัดเจนโดยมีหลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและการคุ้มครองสิทธิของผู้รับคำสั่งทางปกครองอยู่เบื้องหลังสอดคล้องกับภารกิจของกฎหมายปกครอง

## 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

### 5.1 บทสรุป

จากการศึกษาการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบันในระบบกฎหมายปกครองปรากฏว่า การให้สัตยาบันโดยการรับรองความบกพร่องต่างๆ ที่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองที่สมบูรณ์โดยไม่ต้องเพิกถอน เพื่อให้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นมีความสมบูรณ์โดยปราศจากข้อสงสัยหรือเงื่อนไขใดๆ ในทางนิตินัย โดยการใช้วิธีการให้ความเห็นชอบย้อนหลัง การรับรอง การให้สัตยาบันโดยปริยาย ทั้งนี้จะใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ ซึ่งอาจเป็นวิธีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ หรือจากหลักทฤษฎีที่ยอมรับให้ใช้วิธีดังกล่าวได้ แต่เนื่องจากวิจัยฉบับนี้ศึกษาการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจกระทำการโดยการให้สัตยาบัน ทำให้สามารถสรุปได้ดังนี้

1) หลักการให้สัตยาบันไม่ว่าจะเป็นการให้ความเห็นชอบ การรับรอง หรือการให้สัตยาบันโดยปริยาย มีการใช้ในระบบกฎหมายปกครองปรากฏทั้งทฤษฎี บทบัญญัติแห่งกฎหมาย และคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ แต่การนำหลักการให้สัตยาบันมาใช้ในแต่ละประเทศอาจมีความแตกต่างกัน จนอาจไม่ยอมรับเป็นหลักกฎหมายที่ยอมรับเป็นหลักสากล ซึ่งเป็นเพราะระบบกฎหมายปกครองแต่ละประเทศมีพัฒนาการที่แตกต่างกัน เช่น สาธารณรัฐฝรั่งเศสจะสร้างหลักเกณฑ์พิเศษเป็นเอกเทศแยกจากกฎหมายเอกชนโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง แต่หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีได้ตีความเคร่งครัด มีทฤษฎีหลายทฤษฎีที่ผ่อนคลายเป็นหลักดังกล่าว เช่น การเยียวยาความบกพร่องของเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับตัวบุคคลด้วยการรับรองให้มีผลสมบูรณ์ย้อนหลังได้ตามทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริง ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 เป็นการรับรองการกระทำทางปกครองอันเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ โดยที่ไม่ต้องแสดงเจตนาหรือดำเนินการใดต่อการกระทำนั้น แต่สำหรับระบบกฎหมายเยอรมันกรณีเรื่องเดียวกันรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ไม่ได้บัญญัติไว้เพราะถือว่าความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจจะเยียวยาได้ก็เป็นกรณีคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการตามกฎหมายข้าราชการสหพันธ์ที่ตกเป็นโมฆะ ที่กฎหมายข้าราชการสหพันธ์ให้รับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่เป็นโมฆะเพื่อมิให้การกระทำต่างๆ ของข้าราชการดังกล่าวได้รับการกระทบกระเทือนเกี่ยวกับความสมบูรณ์ที่ได้ทำไประหว่างนั้น ส่วนการให้ความเห็นชอบย้อนหลังวิธีหนึ่งของการเยียวยาคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ซึ่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธี

พิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) บัญญัติให้ใช้กับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีความบกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบ ขั้นตอน โดยเนื้อหาของคำสั่งทางปกครองยังคงออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเหมือนเดิม เพราะการที่จะบัญญัติไม่อนุญาตให้มีการให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบย้อนหลังก็จะเป็นการเสียเวลาและยุ่งยาก เพราะในที่สุดแล้วไม่มีผลกระทบต่อนโยบายของคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด สำหรับการให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งมาบังคับใช้โดยอนุโลมในระบบกฎหมายทั้งสองประเทศไม่ปรากฏการยอมรับชัดเจน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่เห็นว่า การให้สัตยาบันโดยปริยายโดยการรับรองการกระทำของเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการเกี่ยวกับระยะเวลาเป็นการขัดต่อหลักที่ว่ากระทำการทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง และกรณีไม่ใช่เพราะความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่หรือความสามารถของเจ้าหน้าที่ซึ่งจะใช้ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริงมาปรับใช้เช่นกัน

2) การให้สัตยาบันนำไปใช้กับการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการ จากการศึกษาปรากฏว่า ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองถือเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองซึ่งก่อให้เกิดผลทางกฎหมายด้วยกัน 3 ระดับ ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัดที่ทำให้ผลของคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ ไม่ก่อให้เกิดผลใดๆ ทางกฎหมาย หรือความไม่มีอยู่ในกฎหมายปกครอง ระดับผลของคำสั่งทางปกครองอีกกรณีหนึ่ง ได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ร้ายแรง แต่ไม่สามารถยอมรับให้มีผลต่อไปได้หากต้องทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลลงโดยการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และระดับผลของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องไม่ร้ายแรง หากแต่การมีผลต่อไปก็ขัดกับหลักการกระทำทางปกครองชอบด้วยกฎหมายแต่เหตุแห่งความบกพร่องสามารถเยียวยาแก้ไขได้โดยการให้สัตยาบันโดยไม่ต้องดำเนินการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ฉะนั้นการจะเยียวยาคำสั่งทางปกครองโดยหลักการให้สัตยาบันจึงต้องแยกแยะระดับผลของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งระบบกฎหมายแต่ละประเทศอาจไม่สอดคล้องกัน อันเป็นผลมาจากพัฒนาการในระบบกฎหมายปกครองที่แตกต่างกัน สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่นำการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มาบัญญัติเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาทางปกครอง ค.ศ.1976 (พ.ศ.2519) ที่ได้บัญญัติความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุที่จะก่อให้เกิดระดับผลของคำสั่งทางปกครอง และการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องตามบทบัญญัติดังกล่าวจะต้องดำเนินการด้วยวิธีใดบ้าง ทำให้เกิดความชัดเจนในการใช้อย่างเป็นระบบ เช่น การให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบภายหลังกับคำสั่งทางปกครองที่บกพร่องเกี่ยวกับรูปแบบ และขั้นตอนการทำคำสั่งทางปกครองอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่มีความบกพร่องทางเนื้อหาหรือการแก้ไขเยียวยาได้ทำให้เนื้อหาของคำสั่งทางปกครองเปลี่ยนแปลงไป

ทั้งนี้ การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวก็แต่เฉพาะเท่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ นอกจากนี้ ยังมี การเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายปกครองเฉพาะ เช่น ในรัฐบัญญัติว่า ด้วยข้าราชการสหพันธ์ที่ให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจได้รับรองคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การศึกษาการเยียวยาแก้ไขความบกพร่องในระบบกฎหมายเยอรมัน จึงทำให้เข้าใจแนวคิดการให้ สัตยาบันว่า ลักษณะคำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องเพราะเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายใด ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้และด้วยเหตุผลทางกฎหมาย เช่น หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ การที่ บทบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนแน่นอนเพียงพอจะทำให้ประชาชนสามารถกำหนดการกระทำของตนได้ สร้างความมั่นใจว่าเมื่อปฏิบัติตามที่กฎหมายบัญญัติจะได้รับความคุ้มครอง กรณีเมื่อประชาชนได้รับ คำสั่งทางปกครองแล้ว ประชาชนสามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ตามหลักคุ้มครองความสุจริตของ ผู้รับคำสั่งทางปกครอง ในแง่ของระบบกฎหมายปกครองการนำข้อความคิดหลักความได้สัดส่วนเป็น พื้นฐานของการเลือกใช้มาตรการในการทำให้คำสั่งทางปกครองที่มีความบกพร่องด้วยเหตุแห่งความ ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่างๆ นั้น เป็นเหตุผลสนับสนุนได้เช่นกัน วิธีการเยียวยาความบกพร่องของ คำสั่งทางปกครองใดจะเป็นวิธีการที่เหมาะสม จำเป็นและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนใน ความหมายอย่างแคบ และแนวคิดการให้สัตยาบันเป็นวิธีการเพื่อแก้ไขความบกพร่องของคำสั่งทาง ปกครองที่มีผลกระทบต่อประชาชนผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งได้รับการเยียวยาทางปกครองอย่าง เหมาะสมแทนที่จะใช้วิธีการยกเลิกเพิกถอนโดยองค์กรฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการแต่เพียงอย่าง เดียว ทั้งที่คำสั่งทางปกครองที่มีเหตุบกพร่องดังกล่าวนั้นยังคงมีเนื้อหาในทำนองเดียวกัน และทำให้ การบริหารราชการแผ่นดินไม่มีอุปสรรคใดๆ ตามหลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ อีกด้วย

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ระบบกฎหมายปกครองเป็นผลผลิตที่ตกผลึกจากสภา แห่งรัฐและนักกฎหมายมหาชนที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับ หากแต่หลักกฎหมายปกครองที่มาจาก คำวินิจฉัยสภาแห่งรัฐซึ่งมีข้อเท็จจริงที่อาจมีรายละเอียดที่แตกต่างกันไป การวางหลักกฎหมาย ปกครองหรือให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองนั้น จึงมีลักษณะยืดหยุ่นเพื่อให้ สอดคล้องกับการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายปกครองซึ่งมีการกิจซับซ้อนและมีจำนวนมาก และภารกิจ ที่มีมากขึ้นทำให้การกระทำขององค์กรฝ่ายปกครองก็จะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมาก ยิ่งขึ้น การแยกคดีพิพาททางปกครองให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม ทำให้ระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะนำกฎหมายเอกชนมาใช้และสร้างหลักเกณฑ์เฉพาะ หรือกฎหมายปกครองมาใช้ในคดีทางปกครอง เช่น นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มี ความบกพร่องอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด จะถือว่าเป็นนิติกรรมที่ไม่มีอยู่จริงโดยไม่ใช้คำว่า “โมฆะ” เช่น ระบบกฎหมายเยอรมัน และหลักความโมฆะกรรมไม่นำมาใช้กับความสามารถของเจ้าหน้าที่ใน ออกคำสั่งทางปกครอง เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่ซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ทำให้

ปรากฏต่อสายตาบุคคลภายนอกว่า ได้รับการแต่งตั้งมาโดยชอบด้วยกฎหมาย และได้ใช้อำนาจภายในขอบเขตอำนาจหน้าที่ แม้ว่าจะขัดกับหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แต่ทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความจริงที่เป็นทฤษฎีในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสปรากฏในคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐก็ยืนยันว่า ข้าราชการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งเท่ากับเป็นการรับรองการแต่งตั้งของเจ้าหน้าที่และผลการกระทำของเจ้าหน้าที่นั้นชอบด้วยกฎหมายหรือทฤษฎีการรักษาการโดยปริยายเพื่อให้ข้าราชการซึ่งยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ทั้งที่พ้นจากตำแหน่งสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ขณะนี้ระบบกฎหมายฝรั่งเศสเองก็เล็งเห็นความสำคัญของการรวบรวมหลักเกณฑ์การพิจารณาทางปกครองรวบรวมเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและฝ่ายปกครอง ค.ศ.2013 (พ.ศ.2556) ตามแนวทางเดียวกับระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน สำหรับกรณีประเทศไทยเมื่อกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไทยรับอิทธิพลมาจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีทำให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองไว้ โดยการให้สัตยาบันโดยการให้ความเห็นชอบภายหลัง หรือการรับรองเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่เยียวยากรณีนี้ ควรเป็นในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ เฉพาะคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งระดับผลของคำสั่งทางปกครองไม่ร้ายแรงถึงขนาดเป็นโมฆะ และไม่ใช้คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่เป็นคำสั่งทางปกครองที่สามารถแก้ไขเยียวยาได้ภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของประเทศไทยไม่ได้มีบทบัญญัติเหตุแห่งความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะ เหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายใดที่จะทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นต้องใช้วิธียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น จึงทำให้เมื่อมีคำสั่งทางปกครองใดที่มีเหตุความบกพร่องจึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ก่อให้ระดับผลของคำสั่งทางปกครองแตกต่างกันไป บางครั้งก็เกิดความสับสนในการใช้ เช่น การนำหลักการให้ความเห็นชอบย้อนหลังมาใช้เยียวยาความบกพร่องเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการ กรณีเจ้าหน้าที่ไม่มีอำนาจกระทำการจะมีหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 ซึ่งเป็นหลักการเดียวกับทฤษฎีว่าด้วยข้าราชการตามความเป็นจริง

3) การให้สัตยาบันโดยปริยายกรณีการปรับบทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง การปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรมักเกิดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งวิธีการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อค้นหานิตินโยบายของกฎหมายเพื่อใช้บังคับกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นให้สอดคล้องกับนิติวิธีที่คำนึงถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครอง หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายเป็นหลัก และก็มีข้อยกเว้นเพื่อผ่อนคลายความเคร่งครัดของหลักดังกล่าว หากแต่การนำข้อยกเว้นไปใช้นั้น

ก็ไม่ควรจะขยายความจนทำให้หลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายไม่ได้มีอยู่อย่างแท้จริง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจกระทำการในวิจัยฉบับนี้มีได้หมายความว่าถึงเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่มีอำนาจกระทำการเท่านั้น แต่รวมไปถึงความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำเกี่ยวกับเนื้อหา อำนาจกระทำการเกี่ยวกับพื้นที่ และอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา จากการศึกษาของประเทศไทยวิธีการเยียวยาความบกพร่องจากคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่จะมีบทบัญญัติชัดเจนปรากฏหลักในมาตรา 19 ส่วนการเยียวยาการให้ความเห็นชอบภายหลังซึ่งเป็นการให้สัตยาบันรูปแบบหนึ่งจะนำไปปรับใช้ในรูปแบบ ขั้นตอนการพิจารณาทางปกครอง จึงไม่ใช่การเยียวยาความบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ ให้ความความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเนื้อหา พื้นที่อำนาจ และเวลา ไม่ได้บัญญัติวิธีการเยียวยาโดยการให้สัตยาบันไว้ กลับมีความเห็นขององค์กรทางกฎหมายว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ยังมีผลต่อผู้รับคำสั่งทางปกครอง ตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 42 การทำให้สิ้นผลต้องยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น แต่อย่างไรก็ดี มีกรณีนำหลักมาตรา 19 ไปอุดช่องว่างแห่งกฎหมายโดยถือเป็นบทกฎหมายใกล้เคียงบังคับแก่คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีเหตุบกพร่องเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเรื่องเวลา เรียกได้ว่าเป็นการให้สัตยาบันโดยปริยาย แม้จะถือเป็นแนวบรรทัดฐานที่ยอมรับหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่สามารถนำมาตรา 19 มาปรับใช้ในลักษณะการให้สัตยาบันโดยปริยายได้โดยใช้เป็นการขยายความข้อยกเว้นของหลักการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการปรับใช้กฎหมายโดยวิธีการอุดช่องว่างโดยใช้บทกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีการในกฎหมายเอกชน แต่ก็สามารถนำมาปรับใช้ เพราะเป็นปัญหาการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกิดขึ้นได้ทั้งในกฎหมายเอกชนและกฎหมายปกครองซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนหากแต่ที่ผู้วิจัยไม่เห็นด้วย เพราะว่าการนำมาตรา 19 มาปรับใช้โดยอนุโลมเป็นการตีความโดยขยายความมากเกินไปกว่าเนื้อหาสาระและวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมายมาตรา 19 นั้นเอง

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

แนวคิดว่า การให้สัตยาบันโดยการรับรองความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่มีเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสภาพภายนอกคำสั่งทางปกครองและระดับผลของคำสั่งทางปกครอง ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ และไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่เพิกถอนได้ ฉะนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองให้มีบทบัญญัติเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ทำให้คำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะไว้อย่างชัดเจน เพื่อความชัดเจนในวิธีการที่จะเยียวยาคำสั่งทางปกครอง กรณีที่คำสั่งทางปกครองมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมายอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ และวิธีการเยียวยาโดยการให้สัตยาบันเกี่ยวกับอำนาจกระทำการเกี่ยวกับเวลา

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรบัญญัติหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเช่นกัน โดยใช้ทฤษฎีรักษาการโดยปริยายมาบัญญัติเพิ่มเติมไว้ โดยปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมเป็นร่างมาตรา 19/1 ว่า “ในกรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นและมีเหตุจำเป็นให้เจ้าหน้าที่พ้นวาระการดำรงตำแหน่งปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่เป็นการทั่วไปไปพลางก่อน จนกว่าผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจแต่งตั้งจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่นหรือสั่งให้พ้นจากตำแหน่งหรือหยุดการปฏิบัติหน้าที่ การพ้นจากวาระการดำรงตำแหน่งหรือหยุดการปฏิบัติหน้าที่เช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงการใดที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่”

### บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกววงศ์. “องค์ประกอบของนิติกรรมทางปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.” **วารสารนิติศาสตร์ 1** (กันยายน 2532): 39.
- กฤติ พุกษ์อัครกุล. “หลักความไม่มีส่วนได้เสียของเจ้าหน้าที่: ศึกษากรณีการออกคำสั่งทางปกครอง.” **วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2550.
- จักรพันธ์ เชี่ยวพานิช. “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้ปฏิบัติตามหลักความไม่มีส่วนได้เสีย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย**, 2550.
- ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์. **รายงานวิจัยเรื่องปัญหาขอบเขตการควบคุมคำสั่งทางปกครองระหว่างศาลปกครองกับศาลอาญา**. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.
- ธีระชัย จาตุรงค์สวัสดิ์. **ทฤษฎีบริการสาธารณะในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส: ข้อความคิด แนวทางการใช้ และระบบกฎหมาย** [Online]. Available URL: [http://thaiaixois.online.fr/etc.chai\\_service1.htm](http://thaiaixois.online.fr/etc.chai_service1.htm), 2563 (ตุลาคม, 15).
- นิรดา จรูญศักดิ์. “การให้ความเห็นชอบย้อนหลังต่อคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์**, 2556.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555.
- บุปผา อัครพิมาน. “หลักกฎหมายทั่วไป.” **วารสารวิชาการศาลปกครอง 5**, 1 (มกราคม-เมษายน 2548): 17-19.
- บรรเจิด สิงหนาด. **หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3) ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538.
- \_\_\_\_\_. **ที่มาของกฎหมายมหาชนและหลักความชอบด้วยกฎหมาย คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.
- ปัญญา จันสกุล. “ผลของคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ที่มีเหตุบกพร่องในอำนาจ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศสและไทย.” **วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต**, 2550.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. **กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.
- \_\_\_\_\_. **กฎหมายปกครองของประเทศในยุโรป**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2556.

- ปิยะศาสตร์ ไชว์พันธุ์. “การทำคำสั่งทางปกครองของข้าราชการที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมาโดยมิชอบ (CE, 16 mai 2001, Préfet de police c/Mtimet).” ใน **รวมบทความทางวิชาการ เล่ม 1 กฎหมายปกครอง ภาคสารบัญญัติ** (2548): 99-101.
- ประพฤษ ชมพู. “หลักการคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจ วิเคราะห์กรณีศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร.” *วิทยานพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 2554.
- ประสาธ พงษ์สุวรรณ. “เหตุที่ใช้อ้างในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง.” *วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2* (มิถุนายน 2545): 261.
- พัชมา จิตรมหิมา. **ความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครอง เปรียบเทียบแนว คำวินิจฉัยของสภากลางรัฐ และหลักความเป็นกลางตามกฎหมายของสาธารณรัฐฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=345,2563> (เมษายน, 15).
- ภัสวรรณ อุซุพงศ์อมร. “ความไม่มีผลย้อนหลังของนิติกรรมทางปกครอง.” *รัฐสภาสาร 66*, 4 (กรกฎาคม-สิงหาคม 2561): 53.
- มานิตย์ วงศ์เสรี. **นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562.
- วรนาธิ สิงโต. **การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน (Der Vertrauensschutz bei der Aufhebung eines Verwaltungsaktes)** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/pdfPag.jsp?type=act&actCode=116,2563> (ตุลาคม, 15).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย: หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546.
- \_\_\_\_\_. “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย.” *วารสารวิชาการศาลปกครอง 6*, 1 (มกราคม-เมษายน 2549): 569-582.
- \_\_\_\_\_. **วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน**. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- \_\_\_\_\_. “เอกสารเสนอในงานรำลึก 100 ปีชาตกาล ศาสตราจารย์จิติ ดิงส์กัทย: การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน 2551.” *คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์*, 30 มีนาคม 2551.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง.**

กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561.

ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายว่าด้วยนิติกรรมสัญญา.** กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

ศุภวัฒน์ สิงห์สูงษ์. **ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง** [Online]. Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1957,2563> (ตุลาคม, 14).

\_\_\_\_\_. **ปัญหาความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ซึ่งมีส่วนร่วมพิจารณาทางปกครองในหลายขั้นตอน** [Online]. Available URL: [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th), 2560 (กุมภาพันธ์, 25).

\_\_\_\_\_. **โมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง: มุมมองเชิงกฎหมายเปรียบเทียบและพัฒนาการล่าสุดในระบบกฎหมายไทย** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside16/file/15Feb60-3.pdf>, 2563 (เมษายน, 9).

\_\_\_\_\_. **หลักเกณฑ์ใหม่เกี่ยวกับการลบล้างนิติกรรมทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส** [Online]. Available URL: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside16/file/15Feb60-5.pdf>, 2563 (เมษายน, 9).

\_\_\_\_\_. **หลักทั่วไปในการดำเนินงานของคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง** [Online]. Available URL: [www.krisdika.go.th](http://www.krisdika.go.th), 2563 (มีนาคม, 18).

สำนักงานกฎหมายปกครอง. **งานวิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาและคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. หัวข้อ การบริหารงานบุคคล.**

\_\_\_\_\_. **“นิติกรรมทางปกครอง,” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2554.

เอกสารราชการ. **เรื่อง เสร็จที่ 636/2549 บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง ความชอบด้วยกฎหมายของการประชุม อ.ก.ค.ศ. เขตพื้นที่การศึกษาแม่ฮ่องสอน เขต 1 ในคราวประชุมที่ไม่ได้แจ้งนัดประชุมกรรมการครบทุกคน.**

ฤทัย หงส์สิริ. **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง.** กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ.2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 7) พ.ศ.2550.

พระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน พ.ศ.2551. แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ.2562.

พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ.2496 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 14) พ.ศ.2562.

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ.118/2551.

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 2) เรื่องเสร็จที่ 47-48/2556.

German Law Archive. **Administrative Procedure Act (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVfG)** [Online]. Available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Code des relations entre le public et l' Administration** [Online]. Available URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution>, 2020 (April, 14).

Sign, MahendraP. **German Administrative Law in Common Law Perspcctive**. 2nd ed. Berlin: Springer-Verlag, 2001.

\_\_\_\_\_. **Section 44 Invalidity of an administrative act (1) An administrative act shall be invalid where it is very gravely erroneous and this is apparent when all relevant circumstances are duly considered.** [Online]. Available URL: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=289>, 2020 (April, 19).

คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ:  
กำหนดดอกเบี้ยในราคาใช้แทนรถยนต์ที่เช่าซื้อ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ภักดีคง  
พลีษฐ์ อันทรินทร์



## คำพิพากษาฎีกาที่น่าสนใจ: กำหนดดอกเบี้ยในราคาใช้แทนรถยนต์ที่เช่าซื้อ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิชา ปักดีคง\*

Assistant Professor Dr.Monticha Pakdeekong

พลิชฐ์ อันทรินทร์\*\*

Pasit Untharin

ตามธรรมดาที่เจ้าของทรัพย์สินคงไว้ซึ่งสิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินของตนอย่างไรก็ได้ หรือแม้จะก่อนิติสัมพันธ์เหนือทรัพย์สินด้วยการนำทรัพย์สินของตนออกให้บุคคลอื่นเช่าซื้อก็ยังย่อมทำได้ การทำสัญญาเช่าซื้อที่ยังประโยชน์แก่ผู้เช่าซื้อสำหรับการผ่อนชำระค่าเช่าซื้อเป็นงวดๆ ในขณะที่ตนได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินและมีโอกาสได้ไปซึ่งสิทธิในทรัพย์สินนั้น ผู้ให้เช่าซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่นอกจากจะได้รับค่าเช่าเป็นการตอบแทนจนกว่าผู้เช่าซื้อได้ชำระค่าเช่าซื้อครบถ้วน ผู้ให้เช่าซื้อคงไว้ซึ่งสิทธิในการได้มาซึ่งดอกเบี้ยเช่าซื้อหรือผลประโยชน์สำหรับเงินจำนวนดังกล่าวอีกด้วย<sup>1</sup> ด้วยเหตุที่กล่าวมานี้ สัญญาเช่าซื้อจึงได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ไม่จำกัดเพียงเฉพาะการทำสัญญาเช่าซื้อระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น แต่ครอบคลุมไปถึงการประกอบกิจการค้าที่ผู้ประกอบการธุรกิจ (โดยมากมักเป็นบริษัทไฟแนนซ์) นำทรัพย์สินออกให้ผู้บริโภคเช่าซื้อ โดยเฉพาะการเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ ดังจะเห็นได้จากประกาศคณะกรรมการ

---

\* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ. มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ (เกียรตินิยมอันดับสอง); น.ม. สาขากฎหมายธุรกิจ (หลักสูตรนานาชาติ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; น.ด. (หลักสูตรนานาชาติ) มหาวิทยาลัยรามคำแหง. E-mail: monticha.p@ru.ac.th

Lecturer in Law at Faculty of Law, Ramkhamhaeng University; LL.B. ChiangMai University (Second honor); LL.M. in Business Law (International Program) Chulalongkorn University; LL.D. (International Program) Ramkhamhaeng University.

\*\* อัยการประจำสำนักงานอัยการสูงสุด; น.บ. มหาวิทยาลัยรามคำแหง; น.บ.ท. สำนักอบรมศึกษากฎหมายแพ่งเนติบัณฑิตยสภา. E-mail: mr.pasit.u@gmail.com

Public Prosecutor attached to the Office of the Attorney General; LL.B. Ramkhamhaeng University; Barrister at Law at Thai Bar Under the Royal Patronage.

<sup>1</sup> ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 253-254.

ว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.2561<sup>2</sup> ที่กำหนดหลักเกณฑ์และสาระสำคัญสำหรับธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์ไว้เพื่อให้ผู้บริโภคในฐานะผู้เช่าซื้อได้รับความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น เพิ่มเติมจากหลักการเช่าซื้อตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แม้กระนั้น การฟ้องร้องต่อศาลขอให้พิพากษาบังคับตามสัญญาเช่าซื้อก็ยังคงมีอยู่เป็นจำนวนมาก เห็นได้จากสถิติคดีเช่าซื้อรถยนต์ระหว่างเดือนมกราคมถึงมีนาคม ในปี พ.ศ.2564 อยู่ที่ 16,431 คดี ถึงแม้จะลดลงจากปี พ.ศ.2563 ไปกว่าร้อยละ 30 จากเดิมที่มีจำนวน 23,505 คดีก็ตาม<sup>3</sup> หนึ่งในประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับคดีเช่าซื้อ คือการเลิกสัญญาเพราะผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ชำระค่าเช่าซื้อ กล่าวคือ เมื่อผู้เช่าซื้อ (ผิดนัดไม่ใช้เงินสองคราวติดๆ กันหรือกระทำผิดสัญญาในข้อที่เป็นส่วนสำคัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 574 วรรคหนึ่ง หรือผิดนัดชำระค่าเช่าซื้อรายงวดสามงวดติดๆ กัน และผู้ให้เช่าซื้อมีหนังสือบอกกล่าวผู้เช่าซื้อให้ใช้เงินรายงวดที่ค้างชำระนั้น ภายในเวลาอย่างน้อยสามสัปดาห์แล้ว แต่ผู้เช่าซื้อกลับละเลยเสียไม่ปฏิบัติตามหนังสือบอกกล่าวนั้น ทั้งนี้ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.2561 ข้อ 4 (4) หรือกรณีอื่นใด) จนเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าซื้อบอกเลิกสัญญา ส่งผลให้สัญญาเช่าซื้อสิ้นสุด ผู้ให้เช่าซื้อในฐานะเจ้าของทรัพย์สินชอบที่จะกลับเข้าครอบทรัพย์สินรวมถึงมีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินของตนคืนได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336

ข้อเท็จจริงมีปัญหาให้ต้องพิจารณาว่าถ้าผู้เช่าซื้อไม่ได้ส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อ จนเป็นเหตุให้ผู้ให้เช่าซื้อใช้สิทธิร้องขอต่อศาลขอให้พิพากษาบังคับให้ผู้เช่าซื้อส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อกลับคืน ถ้าผู้เช่าซื้อไม่อาจส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนแก่ผู้ให้เช่าซื้อได้ ต่อกรณีดังกล่าว ศาลจะพิพากษาให้ผู้เช่าซื้อนำเงินใช้ราคาแก่ผู้ให้เช่าซื้อแทน จะเห็นได้จากแนวคำพิพากษาฎีกาที่มีมาแต่เดิมว่า การใช้ราคาทดแทนการคืนทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าซื้อ เป็นกรณีที่คำพิพากษาได้กำหนดขั้นตอนการชำระหนี้ไว้เป็นลำดับแล้ว เพราะผู้เช่าซื้อซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษามิได้ส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อคืนผู้ให้เช่าซื้อก่อนเป็นลำดับแรก หากคืนไม่ได้จึงให้ใช้ราคาแทน เนื่องจากมิใช่การอันมี

<sup>2</sup> “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2561,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 35 ง (16 กุมภาพันธ์ 2561): 11.

<sup>3</sup> สื่อศาล, สถิติคดีเช่าซื้อรถยนต์ เดือนมกราคม - มีนาคม ย้อนหลัง 5 ปี [Online], available URL: <https://www.facebook.com/pr.coj/posts/790576581644338/>, 2564 (พฤษภาคม 22).

กำหนดพึงกระทำเพื่อชำระหนี้มีหลายอย่าง ซึ่งลูกหนี้มีสิทธิที่จะเลือกกระทำเพียงการใดการหนึ่ง แต่อย่างเดียวได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 198 (คำพิพากษาฎีกาที่ 5714/2562) ด้วยเหตุนี้ กรณีจึงไม่แน่นอนว่าหนี้ที่จะบังคับให้ใช้ราคาแทนการส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อจะมีหรือไม่ เมื่อเป็นหนี้ที่ไม่อาจกำหนดได้โดยแน่นอน ย่อมไม่อาจกำหนดดอกเบี้ยในส่วนของการขาดใช้แทนได้ (คำพิพากษาฎีกาที่ 10346/2559)

เป็นที่น่าสังเกตว่า เมื่อปี พ.ศ.2563 ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้มีคำวินิจฉัยต่างไปจากเดิม ดังนี้ “การที่ศาลวินิจฉัยให้จำเลยที่ 1 ส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อคืน หากคืนไม่ได้ให้ใช้ราคาแทนนั้น เป็นกรณีที่หากจำเลยที่ 1 ไม่ส่งมอบรถยนต์ดังกล่าวคืนแก่โจทก์ จำเลยที่ 1 ต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์เพื่อราคาวัตถุอันไม่อาจส่งมอบได้เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดขึ้นระหว่างผิदनัด โจทก์จึงมีสิทธิเรียกดอกเบี้ยในเงินจำนวนดังกล่าวได้ตั้งแต่วันที่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคานั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 225 แต่ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่า เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคาอันหมายถึงเวลาที่ไม่สามารถส่งมอบรถยนต์ที่เช่าซื้อเกิดขึ้นเมื่อใด จำเลยที่ 1 จึงต้องรับผิดชอบดอกเบี้ยในราคาใช้แทนนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาอันเป็นวันที่ศาลกำหนดราคาใช้แทนให้ และราคาใช้แทนนี้เป็นหนี้เงินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างผิदनัดร้อยละเจ็ดถึงต่อปี โจทก์จึงมีสิทธิคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของราคาใช้แทน 400,000 บาท นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์”<sup>4</sup>

จะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 8818/2563 ข้างต้นซึ่งศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยไว้อย่างน่าสนใจในสองประเด็น ได้แก่

ประการแรก เมื่อผู้เช่าซื้อซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ให้เช่าซื้อเพื่อราคาวัตถุอันไม่อาจส่งมอบได้เพราะเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันเกิดขึ้นระหว่างผิदनัด ผู้เช่าซื้อต้องรับผิดชอบดอกเบี้ยในราคาใช้แทนแก่ผู้ให้เช่าซื้อด้วย โดยผู้ให้เช่าซื้อสามารถเรียกดอกเบี้ยในจำนวนที่จะต้องใช้เป็นค่าสินไหมทดแทนคิดตั้งแต่วันที่เวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคานั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 225 แต่เนื่องจากไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เวลาอัน

---

<sup>4</sup> ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8818/2563 (ประชุมใหญ่) ประเด็น: เช่าซื้อ การคิดดอกเบี้ยจากราคาใช้แทน [Online], available URL: <https://thth.facebook.com/tulawcenter.org/posts/3857631644273663/>, 2564 (พฤษภาคม 22).

เป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคาอันหมายถึงเวลาที่ไม่สามารถส่งมอบทรัพย์สินที่เช่าซื้อเกิดขึ้นเมื่อใดศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้กำหนดให้วันที่ศาลมีคำพิพากษาซึ่งเป็นวันที่ศาลกำหนดราคาใช้แทนเป็นเวลาอันเป็นฐานที่ตั้งแห่งการกะประมาณราคา

ประการถัดมา ความรับผิดชอบของผู้เช่าซื้อในดอกเบี้ยอันเนื่องมาจากการผิดนัด ซึ่งถือเป็นค่าสินไหมทดแทน<sup>5</sup> หรือที่ปรากฏในคำพิพากษาเรียกว่า ราคาใช้แทน ราคาใช้แทนนั้นถือเป็นหนี้เงินเมื่อผู้เช่าซื้อผิดนัดไม่ชำระหนี้เงินดังกล่าว ผู้ให้เช่าซื้อในฐานะเจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดร้อยละ 7.5 ต่อปีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 วรรคหนึ่ง ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยในคดีนี้โดยกำหนดให้หนี้เช่าซื้อผิดนัดเรียกดอกเบี้ยได้ตั้งแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาจนกว่าผู้เช่าซื้อจะชำระเสร็จสิ้น

ข้อที่ควรขบคิดเกี่ยวกับการคิดดอกเบี้ยในหนี้เช่าซื้อผิดนัดในปี พ.ศ.2564 มีความแตกต่างไปจากเดิม สำหรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันกับคำพิพากษาฎีกาที่ 8818/2563 ข้างต้นเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 224 ได้ปรับเปลี่ยนไปตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์และสภาพเศรษฐกิจ โดยพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2564<sup>6</sup> มาตรา 4<sup>7</sup> ได้ยกเลิกความในมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกำหนดให้หนี้เงินนั้น สามารถคิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดใน

<sup>5</sup>ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563), หน้า 143.

<sup>6</sup>“พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2564,” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 26 ก (10 เมษายน 2564): 1.

<sup>7</sup>พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2564, มาตรา 4 “ให้ยกเลิกความในมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 224 หนี้เงินนั้น ให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างเวลาผิดนัดในอัตราที่กำหนดตามมาตราสองด้วยอัตราเพิ่มร้อยละสองต่อปี ถ้าเจ้าหนี้อาจจะเรียกดอกเบี้ยได้สูงกว่านั้นโดยอาศัยเหตุอย่างอื่นอันชอบด้วยกฎหมาย ก็ให้คงส่งดอกเบี้ยต่อไปตามนั้น

ห้ามมิให้คิดดอกเบี้ยซ้อนดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัด

การพิสูจน์ค่าเสียหายอย่างอื่นนอกจากนั้น ให้พิสูจน์ได้.”

อัตราที่กำหนดตามมาตรา 7<sup>8</sup> (คือให้ใช้อัตราร้อยละ 3 ต่อปี) บวกด้วยอัตราเพิ่มร้อยละ 2 ต่อปี จะเห็นว่าอัตราดอกเบี้ยผิวนัดได้ปรับลดจากเดิมที่ร้อยละ 7.5 ต่อปี เป็นอัตราร้อยละ 5 ต่อปี<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.2564, มาตรา 3 “ให้ยกเลิกความในมาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

มาตรา 7 ถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กันและมีได้กำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยบทกฎหมาย อันชัดแจ้ง ให้ใช้อัตราร้อยละสามต่อปี

อัตราตามวรรคหนึ่งอาจปรับเปลี่ยนให้ลดลงหรือเพิ่มขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศ ได้โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยปกติให้กระทรวงการคลังพิจารณาทบทวนทุกสามปีให้ใกล้เคียงกับอัตราเฉลี่ยระหว่างอัตราดอกเบี้ยเงินฝากกับอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ยืมของธนาคารพาณิชย์.”

<sup>9</sup> ทำเนียบรัฐบาล, รวดเร็ว! พ.ร.ก. ลดดอกเบี้ยผิวนัด และพ.ร.ก. ขอฟท์โลนช่วยผู้ประกอบการ 3.5 แสนล้าน มีผลบังคับใช้แล้ว [Online], available URL: [https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry\\_details/40887,2564](https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry_details/40887,2564) (พฤษภาคม 23).

### บรรณานุกรม

- ทำเนียบรัฐบาล. รวดเร็ว! พ.ร.ก. ลดดอกเบี้ยผิดนัด และพ.ร.ก. ซอฟท์โลนช่วยผู้ประกอบการ 3.5 แสนล้าน มีผลบังคับใช้แล้ว. [Online], Available URL: [https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry\\_details/40887,2564](https://www.thaigov.go.th/news/contents/ministry_details/40887,2564) (พฤษภาคม 23).
- “ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจเข้าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ.2561.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 35 ง (16 กุมภาพันธ์ 2561): 11.
- ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายเข้าทรัพย์สิน เข้าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552.
- ไพโรจน์ วายุภาพ. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2563.
- “พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2564.” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 26 ก (10 เมษายน 2564): 1.
- ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563.
- ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8818/2563 (ประชุมใหญ่) ประเด็น : เข้าซื้อ การคีดดอกเบี้ยจากราคาใช้แทน [Online]. Available URL: <https://thth.facebook.com/tulawcenter.org/posts/3857631644273663/>, 2564 (พฤษภาคม 22).
- สื่อศาล, สถิติคดีเข้าซื้อรถยนต์ เดือนมกราคม - มีนาคม ย้อนหลัง 5 ปี [Online]. Available URL: <https://www.facebook.com/pr.coj/posts/790576581644338/>, 2564 (พฤษภาคม 22).

## 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 มีนะกนิษฐ ศาลรัฐธรรมนูญ
10. ศาสตราจารย์ทักษมัย ฤกษ์สุต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
11. ดร.ธนกฤต วรณัชชากุล 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 เสี่ยงสุทธีวงศ์ ศาลยุติธรรม
18. นายปิยะ ครุฑเดชะ บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเคนซี จำกัด
19. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบดี นักวิชาการอิสระ
20. รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
21. ดร.เพชรรัตน์ ศุภนิมิตรกุลกิจ กระทรวงการคลัง
22. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
23. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
24. รองศาสตราจารย์ ดร.มัลลิกา พินิจจันทร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง
25. รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
26. นายวรวิทย์ ทวาทสิน ศาลยุติธรรม
27. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันท์ทกะ ศาลยุติธรรม
28. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

29. นายศักดิ์ชัย ลิ้มศิริโพธิ์ทอง

30. ศาสตราจารย์ ดร.ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล

31. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์

32. นายสมชัย ชีมาอุตมากร

33. รองศาสตราจารย์ ดร.สมชัย ศิริสมบุรณ์เวช

34. รองศาสตราจารย์สมชาย ปรีชาศิลปกุล

35. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล

36. ดร.สมบุรณ์ เสี่ยงมบุตร

37. นายสอนชัย สิริรายกุล

38. รองศาสตราจารย์สุชสมัย สุทธิบัติ

39. ดร.สุมาพร ศรีสุนทร

40. รองศาสตราจารย์ ดร.อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ

41. นายกฤดา กฤติยาโชติปกรณ์

42. ผู้ช่วยศาสตราจารย์บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

43. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ทศพล วรรณกุลพันธ์

44. อาจารย์ ดร.ปิติ เอี้ยวจำรูญลาก

บริษัท วีระวงศ์, ชินวัฒน์ และ  
พาร์ทเนอร์ส จำกัด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สำนักงานอัยการสูงสุด

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

นักวิชาการอิสระ

ศาลยุติธรรม

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กระทรวงการคลัง

มหาวิทยาลัยขอนแก่น

กรมสรรพากร

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

### ที่ปรึกษาบรรณาธิการ

1. ศาสตราจารย์พิเศษมารุต บุนนาค

2. ศาสตราจารย์พิเศษคณิศร กาโชน

3. ศาสตราจารย์ ดร.อุกฤษ มงคลนาวิน

4. รองศาสตราจารย์ทองสุข กรัณยพัฒน์พงศ์

5. นายสงวน ตีเยะไพบูลย์สิน

ที่ปรึกษาของพรรคประชาธิปัตย์

สำนักงานกฎหมาย

คณิศร แอนด์ พาร์ทเนอร์ส จำกัด

สำนักกฎหมายมงคลนาวิน จำกัด

นักวิชาการอิสระ

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

### บรรณาธิการ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มณฑิลา รักดีคง

มหาวิทยาลัยรามคำแหง

### กองบรรณาธิการ

- |                                                |                                     |
|------------------------------------------------|-------------------------------------|
| 1. รองคณบดีฝ่ายวิชาการและวิจัย                 | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 2. รองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์          | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 3. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ภัทร ลิ้มปิติระ           | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 4. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดนพร จิตต์จรุงเกียรติ | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 5. อาจารย์ศศิประภา ศิสสิ วรรณการ               | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 6. ศาสตราจารย์พิเศษปัญญา สุทธิบัติ             | นักวิชาการอิสระ                     |
| 7. นายนันท์ จิตสว่าง                           | สถาบันเพื่อการยุติธรรมแห่งประเทศไทย |
| 8. ศาสตราจารย์พิเศษวิชัย อริยะนันทกะ           | ศาลยุติธรรม                         |
| 9. นายสมชัย ชีฆาอุตมากร                        | ศาลยุติธรรม                         |
| 10. หม่อมหลวงศุภกิตต์ จรูญโรจน์                | สำนักงานอัยการสูงสุด                |
| 11. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล  | มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต             |
| 12. นายวรุฒิ ทวาทสิน                           | ศาลยุติธรรม                         |
| 13. นายนริศ มณีพันธ์                           | การรถไฟแห่งประเทศไทย                |
| 14. นางพัศนี เหลืองเรืองรอง                    | ศาลยุติธรรม                         |
| 15. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ มูลศิลป์            | มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ          |
| 16. นางสาวสุกัญญา แยมพราย                      | มหาวิทยาลัยรามคำแหง                 |
| 17. นายณศุท กรองแก้วอารยะ                      | 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](http://www.lawjournalru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://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. **ชื่อผู้พิมพ์** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา โดยให้กำกับสัญลักษณ์ (\*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุหน่วยงานต้นสังกัด คุณวุฒิการศึกษา ตามด้วย E-mail ติดต่อ โดยให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้า ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย เนื้อเรื่องใช้ตัวอักษร ขนาด 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.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.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.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc](http://www.grad2.ru.ac.th/PDF/THESIS/Samplethesis-niti260353.doc)

ตัวอย่างรูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ สืบค้นได้ที่ [www.lawjournal.ru.ac.th](http://www.lawjournal.ru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal)

### การส่งต้นฉบับ

ส่งต้นฉบับจำนวน 1 ชุด ไปยังกองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240 หรือ E-mail: [lawjournal@ru.ac.th](mailto:lawjournal@ru.ac.th) หรือส่งบทความแบบออนไลน์ (Online Journal System) ได้ที่ [www.lawjournal.ru.ac.th](http://www.lawjournal.ru.ac.th) หรือ [www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal](http://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 ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียกับผู้นิพนธ์ และเป็นการ peer review แบบ double blinded

7. เมื่อผู้นิพนธ์ได้แก้ไขความถูกต้องของบทความตามข้อเสนอแนะของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการจัดส่งเอกสารตอบรับการตีพิมพ์ไปยังผู้นิพนธ์ในลำดับถัดไป

### **จริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ (Publication Ethics)**

เพื่อให้การสื่อสารทางวิชาการเป็นไปอย่างถูกต้อง สอดคล้องกับมาตรฐานการตีพิมพ์นานาชาติ กองบรรณาธิการวารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์ จึงได้กำหนดจริยธรรมของการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานสำหรับการดำเนินงานของวารสาร ตามบทบาทหน้าที่ดังนี้

#### **1. หน้าที่และความรับผิดชอบของบรรณาธิการ (Duties of Editors)**

1.1 บรรณาธิการมีหน้าที่พิจารณาและตรวจสอบคุณภาพของบทความ เพื่อตีพิมพ์และเผยแพร่บทความในวารสารที่ตนรับผิดชอบ

1.2 บรรณาธิการจะต้องมีการตรวจสอบบทความในเรื่องการคัดลอกผลงานของผู้อื่น (Plagiarism) และการคัดลอกผลงานของตนเอง (Self-Plagiarism) ในบทความอย่างจริงจัง โดยการใช้โปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่เชื่อถือได้ และเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการ เพื่อให้แน่ใจว่าบทความที่ลงตีพิมพ์ในวารสารไม่มีการคัดลอกผลงาน

1.3 หากในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ บรรณาธิการตรวจพบการคัดลอกผลงาน บรรณาธิการจะต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เพื่อขอคำชี้แจงเพื่อประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.4 บรรณาธิการต้องหยุดกระบวนการประเมิน และติดต่อผู้นิพนธ์หลักทันที เมื่อตรวจพบการคัดลอกผลงานในระหว่างกระบวนการประเมินบทความ เพื่อขอคำชี้แจงและประกอบการ “ตอบรับ” หรือ “ปฏิเสธการตีพิมพ์” การตีพิมพ์บทความนั้นๆ

1.5 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลของผู้นิพนธ์ และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง

1.6 ในการคัดเลือกบทความตีพิมพ์ บรรณาธิการต้องตัดสินใจเลือกบทความหลังจากผ่านกระบวนการประเมินบทความแล้ว โดยพิจารณาจากความใหม่ ความสำคัญ ความชัดเจนของเนื้อหาที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารเป็นสำคัญ

1.7 บรรณาธิการต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียกับผู้นิพนธ์และผู้ประเมิน

1.8 บรรณาธิการต้องตีพิมพ์บทความที่ไม่เคยตีพิมพ์เผยแพร่ที่แหล่งตีพิมพ์อื่น

## 2. บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์ (Duties of Authors)

2.1 ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าผลงานที่ส่งมาตีพิมพ์นั้น เป็นผลงานใหม่และไม่มี การส่งให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ในเวลาเดียวกัน

2.2 ผู้นิพนธ์จะต้องอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลทุกครั้ง ให้ปรากฏในผลงานของตน หากมีการนำผลงานของผู้อื่นมาใช้ในผลงานของตน รวมทั้งจัดทำรายการอ้างอิงท้ายบทความ

2.3 ผู้นิพนธ์ต้องเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยโดยให้เป็นไปตามข้อกำหนดของวารสารนี้ และถูกต้องตามรูปแบบที่กำหนดไว้ใน “คำแนะนำการตีพิมพ์”

2.4 ผู้นิพนธ์ร่วม (Co-author) ทุกคนที่มีชื่อปรากฏในบทความ จะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการเขียนบทความวิชาการหรือบทความวิจัยจริง

2.5 ผู้นิพนธ์ต้องรายงานข้อเท็จจริงและผลที่เกิดขึ้นจากการทำวิจัย โดยไม่ควรมีการบิดเบือนข้อมูลหรือให้ข้อมูลที่เกินจริง

2.6 ในกรณีที่บทความวิจัย ผู้นิพนธ์ต้องระบุแหล่งทุนที่สนับสนุนในการทำวิจัยนี้

## 3. บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ (Duties of Reviewers)

3.1 เมื่อผู้ประเมินบทความได้รับบทความจากบรรณาธิการวารสาร และผู้ประเมินบทความทราบอยู่แล้วว่า ตนเองอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์ เช่น เป็นผู้ร่วมโครงการ หรือรู้จักผู้นิพนธ์เป็นการส่วนตัว หรือเหตุผลอื่นๆ ที่อาจทำให้ไม่สามารถให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะอย่างอิสระในทางวิชาการได้ ผู้ประเมินบทความควรแจ้งให้บรรณาธิการวารสารทราบและปฏิเสธการประเมินบทความนั้นๆ

3.2 ผู้ประเมินบทความควรประเมินบทความในสาขาวิชาที่ตนมีความเชี่ยวชาญ โดยพิจารณาความสำคัญของเนื้อหาในบทความที่จะมีต่อสาขาวิชานั้นๆ คุณภาพของการวิเคราะห์ และความเข้มข้นของผลงาน โดยไม่ควรใช้ความคิดเห็นส่วนตัวที่ไม่มีข้อมูลทางวิชาการรองรับมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบทความหรืองานวิจัยนั้นๆ

3.3 หากผู้นิพนธ์มีได้อ้างถึงผลงานวิจัยที่สำคัญๆ และสอดคล้องกับบทความเข้าไปในการประเมินบทความผู้ประเมินบทความต้องระบุเข้าไปในบทความที่กำลังประเมินด้วย เพื่อให้บทความเกิดคุณค่าในเชิงวิชาการเพิ่มขึ้น นอกจากนี้ หากมีส่วนใดของบทความที่มีความเหมือน หรือซ้ำซ้อนกับผลงานชิ้นอื่นๆ ผู้ประเมินบทความต้องแจ้งให้บรรณาธิการทราบด้วย

3.4 ในช่วงระยะเวลาของการประเมินบทความ ผู้ประเมินบทความต้องรักษาความลับ และไม่เปิดเผยข้อมูลบางส่วนหรือทุกส่วนของบทความที่ส่งมาเพื่อพิจารณาแก่บุคคลอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้อง