

วารสาร ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 กันยายน 2559
นิติศาสตร์



Vol. 45 No. 3 September 2016

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 มิถุนายน 2559

กองบรรณาธิการกลั่นกรองบทความ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

นายกสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร. คณิต ฐาทร

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร. ประชุม โฉมฉาย

ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงศ์

ศาสตราจารย์ ดร. เสาวนีย์ อัครโรจน์

อาจารย์ มานพ นาคทัต

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ประธานคณะกรรมการบัณฑิตศึกษา

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการประจำ

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการประจำ

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กรรมการปฏิรูปกฎหมาย

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการประจำ

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อานนท์ มาแก้ว

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

อาจารย์ วุฒิสถิตน์ ทิพย์สัมฤทธิ์กุล

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ ภัทรพงษ์ แสงไกร

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อาจารย์ สุรศักดิ์ บุญญานุภักดิ์

อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้จัดการ

นางสาวรุ่งทิพย์ สร้อยทอง

กองจัดการ

นางสิริกานต์ รัชชากร

นางสาวมนต์ผกา แก้วแย้ม

นักศึกษา

นายจักรกฤษณ์ มุสิกสาร

นายธนาวัฒน์ เปลี่ยนขำ

นางสาวชญญา แหววับ

นายณัฏฐชาติ อุไรรงค์

นายณัฐวัศ ไวมะลิ้องอรเอก

นายสาวสุใจ ปานผาสุข

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ กรุงเทพฯ 10200
โทรศัพท์ 0-2613-2139, 0-2696-5406 โทรสาร 0-2696-5108, 0-2222-0160
Faculty of Law, Thammasat University, Prachan Rd., Bangkok 10200
Tel. 0-2613-2139, 0-2696-5406 Fax. 02-696-5108, 0-2222-0160
Website: lawjournal.law.tu.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารนิติศาสตร์เป็นวรรณกรรมของผู้เขียนโดยเฉพาะ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท สมัครงานวารสารปีละ 4 ฉบับ 500 บาท
พิมพ์ที่ โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2559. โทรศัพท์ 0-2564-3105 โทรสาร 0-2564-3119

วารสารนิติศาสตร์

คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

วัตถุประสงค์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดพิมพ์ “วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์” ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการด้านนิติศาสตร์หรือความรู้ที่เกี่ยวข้องกับทางนิติศาสตร์ซึ่งมีเนื้อหาสาระที่น่าสนใจและมีคุณค่าทั้งในด้านทฤษฎีและปฏิบัติ ในรูปแบบของวารสารทางวิชาการ อีกทั้งเป็นการส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกสามารถนำเสนอผลงานทางวิชาการเพื่อตีพิมพ์เผยแพร่สู่สาธารณะได้อีกด้วย

บทความหรือผลงานวิชาการที่จะตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์มีลักษณะ ดังนี้

- (1) บทความวิชาการ หมายถึง บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือวิจารณ์กฎหมายทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป
- (2) บทความวิจัย หมายถึง บทความที่เขียนขึ้นจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์เพื่อนำเสนอข้อค้นพบหนึ่งข้อค้นพบจากงานวิจัยอย่างเป็นระบบ
- (3) ฎีกาวิเคราะห์ หมายถึง งานเขียนวิเคราะห์คำพิพากษาของศาล
- (4) ปกิณกะกฎหมาย หมายถึง การนำเสนอประเด็นปัญหาที่น่าสนใจในทางกฎหมาย

การเตรียมต้นฉบับ

การเตรียมต้นฉบับ ผู้เขียนควรพิมพ์ด้วยกระดาษ A4 พิมพ์หน้าเดียว โดยจัดพิมพ์ด้วย Microsoft Word for Windows และควรตรวจสอบถูกต้องของการสะกดคำและไวยากรณ์ รวมทั้งความสม่ำเสมอของการใช้คำที่ทับศัพท์ภาษาอังกฤษทั้งบทความทั้งนี้ ผู้เขียนควรระมัดระวังในเรื่องต่อไปนี้

- (1) ชื่อเรื่องไม่ควรยาวเกินไปแต่ครอบคลุมสาระทั้งเรื่อง
- (2) ชื่อผู้เขียนและชื่อบทความมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
- (3) หน่วยงานสังกัดของผู้เขียน พิมพ์ไว้ในเชิงบรรณ (ท้ายหน้ากระดาษ)
- (4) การอ้างอิงให้ใช้รูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงบรรณตามแบบที่ได้รับการยอมรับทั่วไป

(5) การแปลศัพท์เฉพาะ (technical terms) และชื่อบุคคลจากภาษาต่างประเทศเป็นภาษาไทย ให้ระบุถ้อยคำภาษาต่างประเทศไว้ในวงเล็บต่อท้ายถ้อยคำดังกล่าวครั้งแรกเพียงครั้งเดียว

(6) บทความย่อ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษความยาวอย่างละไม่เกิน 800 คำ

การส่งบทความตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการที่จะตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์จะต้องยังไม่เคยตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ไหนมาก่อน และผู้เขียนจะไม่ส่งบทความหรือผลงานวิชาการเดียวกันนี้ไปตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายใน 60 วัน นับจากวันที่โครงการวารสารนิติศาสตร์ได้รับบทความจากผู้เขียน ทั้งนี้ ผู้เขียนสามารถส่งบทความมาที่

1. กองบรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์

โครงการวารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

ท้าวพระจันทร์ โทรศัพท์ 0 2613 2139 โทรสาร 0 2222 0160

เลขที่ 99 หมู่ที่ 18 ถ.พหลโยธิน ต.คลองหนึ่ง อ.คลองหลวง จ.ปทุมธานี 12121

ศุณย์รังสิต โทรศัพท์ 0 2696 5406 โทรสาร 0 2696 5108

2. Website: lawjournal.law.tu.ac.th

3. E-mail: tu.lawjournal@gmail.com

ทั้งนี้ การพิจารณาบทความหรือผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์เป็นสิทธิของกองบรรณาธิการ และกองบรรณาธิการไม่รับผิดชอบในเนื้อหาหรือความถูกต้องของบทความหรือผลงานวิชาการที่ส่งมาตีพิมพ์ และสงวนสิทธิในการตรวจแก้ไขบทความหรือผลงานวิชาการที่ส่งมาตีพิมพ์ และอาจจะส่งบทความหรือผลงานวิชาการคืนไปยังผู้เขียนเพื่อให้แก้ไขเพิ่มเติมหรือพิมพ์ต้นฉบับใหม่ แล้วแต่กรณี

บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ทุกเรื่องจะต้องผ่านการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) ที่ตรงตามสาขาวิชา

แบบฟอร์มการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เรียน บรรณาธิการ

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

ตำแหน่งทางวิชาการ.....วุฒิการศึกษา.....

ขอส่ง ☐ บทความวิจัย ☐ บทความทางวิชาการ ☐ ฎีกาวิเคราะห์ ☐ ปกิณกะกฎหมาย ☐ อื่นๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย) :

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ) :

คำสำคัญ (ภาษาไทย) :

(ภาษาอังกฤษ) :

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย) :

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ) :

.....

ที่อยู่ปัจจุบันที่ติดต่อได้สะดวก :

.....

โทรศัพท์.....โทรสาร.....โทรศัพท์มือถือ.....

E-mail :

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้ ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ในบทความจริง
☐ เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์และเผยแพร่ในวารสารใดมาก่อนและ
จะไม่นำไปเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายใน 60 วัน นับจาก
วันที่โครงการวารสารนิติศาสตร์ได้รับบทความจากผู้เขียน

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันที่...../...../.....

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับนี้เป็นฉบับที่ 3 ของปี พ.ศ. 2559 ที่กองบรรณาธิการภูมิใจเสนอบทความพิเศษ ที่ชื่อว่า “The Issue of Compliance and Implementation with Respect to Judgments of the International Court of Justice” ซึ่งเขียนโดย Judge Hisashi Owada ท่านเป็นอดีตประธานและผู้พิพากษาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ที่กรุณาส่งบทความดังกล่าวเพื่อเผยแพร่ในวารสารของเรา ผมในนามกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณท่านเป็นอย่างยิ่งและขอขอบพระคุณ ผศ.ดร. นาถนรินทร์ จันทร์งาม ที่เป็นผู้นำบทความของท่านมายังวารสารของเรา ผมเชื่อว่า ผู้อ่านจะได้รับประโยชน์และความรู้อย่างมากจากบทความดังกล่าว

ต่อมาจากนั้น คือ บทความวิจัย ซึ่งมี 3 บทความ บทความแรก คือ “กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองกัมพูชา” ซึ่งเขียนโดย ผศ.ดร. ปิยะบุตร แสงกนกกุล ผู้ศึกษาวิจัยสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ 1993 ของประเทศกัมพูชา ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเชิงเปรียบเทียบ โดยเฉพาะต่อประเด็นการใช้รัฐธรรมนูญในฐานะเครื่องมือแก้ไขความขัดแย้งภายในประเทศ บทความที่สอง เขียนโดย อ.ดร. นิรมัย พิศแซ มั่นจิตร ชื่อว่า “สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาสในประเทศไทย” ซึ่งศึกษาวิจัยปัญหาเรื่องการเข้าถึงการรักษาพยาบาลของผู้ด้อยโอกาส เช่น คนต่างด้าว คนไร้ที่พึ่ง เพื่อนำเสนอทางออกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในประเทศไทย สำหรับบทความสุดท้าย คือ “เงื่อนไขที่เหมาะสมเพื่อความเป็นธรรมของข้อสัญญาห้ามแข่งขันกับนายจ้าง: บทเรียนจากกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศส” ซึ่งเขียนโดย อ.ดร. ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ และ อ.รวินท์ ลีละพัฒนะ เป็นบทความจากการวิจัยที่น่าสนใจและเป็นประโยชน์ต่อการนำไปพัฒนากฎหมายไทยในเรื่องดังกล่าวต่อไป

สำหรับบทความภาษาไทยที่เป็นบทความวิชาการทั่วไปที่ไม่ใช่บทความวิจัยนั้น มี 3 บทความเช่นกัน ได้แก่ บทความเรื่อง “สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน” เขียนโดย ผศ.ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ ที่จะฉายให้เห็นถึงนัยสำคัญของการประสบความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศเยอรมนี บทความที่สองเรื่อง “การให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนในการระดมทุนผ่านทางระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยการเสนอหุ้นตอบแทน” เขียนโดย ผศ.ดร. นิลุบล เลิศนุวัฒน์ ที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์การคุ้มครอง

ในเรื่องดังกล่าว และชี้ให้เห็นข้อขัดข้องในรายละเอียดบางประการ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขและพัฒนาเรื่องนี้ในอนาคต บทความสุดท้าย เขียนโดย ท่านศุภกิจ แย้มประชา ชื่อ “ประสบการณ์การใช้อนุสัญญาควบคุมผู้กระทำความผิดด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring of Offenders: EM) ในอังกฤษ สกอตแลนด์ สวีเดน และเนเธอร์แลนด์” ที่สะท้อนว่า EM เป็นเพียงเทคโนโลยีที่เข้ามาช่วยเสริมการทำงานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้น ไม่ใช่เครื่องมือที่จะแก้ไขปัญหของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้โดยลำพัง

จากนั้นเป็นบทความภาษาต่างประเทศมี 2 บทความ บทความแรกเป็นภาษาฝรั่งเศส ชื่อ “La réforme du droit des contrats” เขียนโดย Patrick DUTERTRE ที่กล่าวถึงการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาในประเทศฝรั่งเศส และบทความที่สอง ชื่อ “UNFCCC and POST-KYOTO PROTOCOL: An Introduction to the Implementation of Thailand” เขียนโดย Peerapon Jaderojananont ที่มุ่งอภิปรายว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวนี้มีพันธกรณีที่สำคัญอย่างไร และประเทศไทยจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไรบ้างหรือไม่

สำหรับหัวข้อกวีวิเคราะห์ในเล่มนี้ ชื่อ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (กระทำชำเราโดยการใช้ปากอมอวัยวะเพศ) เขียนโดย อ.วิวรรณ ดำรงค์กุลันท์ ที่วิเคราะห์อย่างละเอียดและนำเสนอประเด็นอื่น ๆ ที่มากกว่าที่ปรากฏในคำพิพากษาด้วย

ท้ายสุด คือหัวข้อปกิณกะกฎหมาย ชื่อ “กฎหมายอาญาคืออะไร ?” เขียนโดย ผศ.ดร. วรรณกร บุญมี ที่จุดประกายความคิดในทางทฤษฎีและชี้ให้เห็นประเด็นจากการตีความในทางปฏิบัติไว้อย่างน่าอภิปรายกันไป

หวังว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้และประเด็นใหม่ ๆ จากวารสารของเรา แล้วพบกันใหม่ในฉบับหน้า ซึ่งเป็นฉบับสุดท้ายของปีนี้ครับ

อานนท์ มาเ้า
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ 45 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2559)

สารบัญ

บทความพิเศษ

The Issue of Compliance and Implementation with Respect
to Judgments of the International Court of Justice Judge Hisashi Owada 603

บทความ

กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองกัมพูชา ปิยะบุตร แสงกนกกุล 628

สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาสในประเทศไทย นิรมัย พิศแข มั่นจิตร 673

เงื่อนไขที่เหมาะสมเพื่อความเป็นธรรมของข้อสัญญาห้ามแข่งขันกับนายจ้าง:
บทเรียนจากกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายฝรั่งเศส ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ 708
และ รวินท์ ลีละพัฒนะ

สถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์ 732

การให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนในการระดมทุนผ่านทางระบบ
หรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยการเสนอหุ้นตอบแทน นิลุบล เลิศนุวัฒน์ 775

ประสบการณ์การใช้มาตรการควบคุมผู้กระทำความผิดด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์
(Electronic Monitoring of Offenders: EM) ในอังกฤษ สกอตแลนด์ สวีเดน
และเนเธอร์แลนด์ ศุภกิจ แย้มประชา 804

บทความภาษาต่างประเทศ

La réforme du droit des contrats Patrick DUTERTRE 827

UNFCCC and Post-Kyoto Protocol: An Introduction
to the Implementation of Thailand Peerapon Jaderojananont 847

ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557

(กระทำความผิดโดยใช้ปากกอมอวัยวะเพศ).....วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์.....873

ปกิณกะกฎหมาย

กฎหมายอาญาคืออะไร ?.....รณกรณ์ บุญมี.....883

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 45 No. 3 (September 2016)

CONTENTS

Special article

The Issue of Compliance and Implementation with Respect
to Judgments of the International Court of Justice *Judge Hisashi Owada* 603

Articles

Constitutional Law and Political Institution in Cambodia *Piyabutr Saengkanokkul* 628

Right to health of disadvantaged people in Thailand *Niramai Phitkhae Manjit* 673

The criteria of suitability and fairness for the restraint
of trade clause: lessons from English and French laws *Suphasit Taweejamsup* 708
and Rawin Leelapatana

Political Status of the Federal Constitutional Court
of Germany *Torpong Kittiyapunpong* 732

Investor's Protection in Thailand *Nilubol Lertnuwat* 775

Electronic Monitoring of Offenders: Experiences from Britain,
Scotland, Sweden and the Netherlands *Supakit Yampracha* 804

Foreign-Language Article

La réforme du droit des contrats *Patrick DUTERTRE* 827

UNFCCC and Post-Kyoto Protocol: An Introduction
to the Implementation of Thailand *Peerapon Jaderojananont* 847

Case Note

Supreme Court Decision Number 6323/2557

(Sexual Intercourse by Oral Penetration with Sex Organ

of Another Person).....*Wiwat Damrongkulnan*.....873

Legal Variety

What is criminal law ?.....*Ronnakorn Bunmee*.....883

The Issue of Compliance and Implementation with Respect to Judgments of the International Court of Justice^{*}

*Judge Hisashi Owada^{**}*

Introduction

The topic that I will address today concerns the issue of compliance and implementation in relation to the judgments delivered by the International Court of Justice. This topic is undoubtedly of great importance to the international community as a whole and to all those affected by the decisions of the Court. Moreover, in my humble opinion, this topic should be of particular relevance at the present-day stage of international law to scholars and students of international law such as yourselves, given that the legal profession is increasingly faced with challenging questions arising from the interaction between the domestic and the international legal orders. I will return to this important topic in my conclusion. First, let me start with the specific topic of compliance and implementation in relation to the judgments of the International Court of Justice.

I. The Binding Force of the Court's Judgments

Within the United Nations system, which constitutes the basic framework of the legal order of the international community, the International Court of Justice

^{*} Academic Lecture on the Topic of “The International Court of Justice and the Maintenance of International Peace and Security” by H.E. Hisashi Owada, Judge and Former President of the International Court of Justice on Saturday, November 28, 2015 at the Faculty of Law, Thammasat University

^{**} Former President and Judge of the International Court of Justice

กฎหมายรัฐธรรมนูญ และสถาบันการเมืองกัมพูชา*

ปิยบุตร แสงกนกกุล**

บทคัดย่อ

รัฐธรรมนูญ 1993 ของกัมพูชาเป็นผลสืบเนื่องมาจากความพยายามในการยุติความขัดแย้งทางการเมืองภายในประเทศที่ดำเนินต่อเนื่องมาหลายทศวรรษ และความพยายามในการค้นหาระบอบการเมืองที่เหมาะสมสำหรับกัมพูชา รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำเนิดขึ้นด้วยอิทธิพลและแรงกดดันของประชาคมระหว่างประเทศและสหประชาชาติ โดยหวังว่ารัฐธรรมนูญนี้จะเป็เครื่องมือในการสถาปนานิติรัฐ-ประชาธิปไตย สร้างสันติภาพ ยุติความขัดแย้งของคนในชาติ และมุ่งหน้าสู่การพัฒนาประเทศ

รัฐธรรมนูญ 1993 ได้ออกแบบระบอบการเมืองการปกครองกัมพูชาให้เป็นประชาธิปไตยใน 4 ลักษณะ ได้แก่ 1) ประชาธิปไตยแบบเสรีนิยม 2) ประชาธิปไตยในราชอาณาจักร 3) ประชาธิปไตยแบบผู้แทน 4) ประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา โดยยึดหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน และการเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคล รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ก่อตั้งองค์กรสมัยใหม่ตามที่ปรากฏในรัฐเสรีประชาธิปไตยทั้งหลายเพื่อเป็นกลไกของนิติรัฐ-ประชาธิปไตย เช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ สภาแห่งชาติ วุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการตุลาการ เป็นต้น อีกด้านหนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยังคงเก็บรักษาสถาบันเก่าแก่อันเป็นมรดกตกทอดทางประวัติศาสตร์ไว้อย่างสถาบันกษัตริย์ และพุทธศาสนา

* บทความนี้ สรุปล่มจากงานวิจัยเรื่อง “กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองกัมพูชา: จากความขัดแย้งทางการเมืองสู่การสถาปนานิติรัฐและประชาธิปไตย” เสนอต่อ คณะกรรมการส่งเสริมงานวิจัย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กันยายน 2558 อนึ่ง เนื่องจากงานวิจัยชิ้นนี้มีความยาวถึง 154 หน้า ในการสรุปย่อให้เป็นบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ ผู้เขียนจึงจำเป็นต้องตัดเนื้อหาบางส่วนออกไป และปรับเปลี่ยนหัวข้อใหม่ให้เหมาะสมกับการนำเสนอในรูปแบบบทความ หากต้องการทราบเนื้อหาละเอียด สามารถดูได้จากงานวิจัยฉบับเต็ม

** น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์, D.E.A. de droit public, l'Université de Nantes ประเทศฝรั่งเศส, Doctorat, มหาวิทยาลัย Toulouse ประเทศฝรั่งเศส, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในบทความนี้ จะศึกษาถึงสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ 1993 โดยพิจารณาไล่เรียงไปตั้งแต่กษัตริย์ รัฐสภา รัฐบาล ศาล และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

Abstract

The 1993 Constitution of Cambodia is the result of efforts undertaken under the supervision of the international community and the United Nations to end the decades-long civil war in the country, as part of a peace-building operation aimed at restoring the rule of Law and democracy in a search for a suitable political regime.

The 1993 Constitution sets the framework of a democratic political system based on the following components: 1) Liberal Democracy 2) Constitutional Monarchy 3) Representative Democracy and 4) Parliamentary System. Supremacy of the constitution, popular sovereignty and human rights protection are provided for in the 1993 constitutional text.

Following the practice of liberal democracies, the Constitution provides for the creation of organs such as a Constitutional Council, a national Parliament, a Senate, an Electoral Commission, a Judicial Committee, etc. Meanwhile, the Constitution also safeguards old institutions, legacies of the past, such as the institution of the monarchy, and Buddhism.

In this article, I thoroughly examine the political institutions of the 1993 Constitution by analyzing the following: 1) The King 2) The Parliament 3) The Government 4) The Court and 5) The Constitutional Council.

สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาส ในประเทศไทย*

นรินทร์ พิศนาคะ มั่นจิตร์**

บทคัดย่อ

สิทธิในสุขภาพโดยเฉพาะการเข้าถึงบริการรักษาพยาบาลถือเป็นสิทธิมนุษยชนอย่างหนึ่งที่ทุกประเทศควรให้การรับรองและคุ้มครองแก่ทุกคน โดยเฉพาะแต่พลเมืองของตนเท่านั้น แต่ควรให้ความคุ้มครองไปถึงคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศด้วย สำหรับผู้ด้อยโอกาส เช่น เด็กและเยาวชน คนพิการ ผู้สูงอายุ คนไร้ที่พึ่ง เป็นต้น เป็นกลุ่มคนที่ขาดไร้โอกาสกว่าบุคคลทั่วไปยิ่งควรได้รับการคุ้มครองเพื่อเข้าถึงบริการสาธารณสุขซึ่งเป็นสวัสดิการพื้นฐานที่ทุกประเทศควรต้องดำเนินการให้แก่ประชาชนของตน ในขณะเดียวกันการจัดสวัสดิการเหล่านี้จะช่วยลดปัญหาความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นภายในสังคมด้วย

* บทความนี้สรุปประเด็นและสาระสำคัญมาจากงานวิจัย เรื่อง “สิทธิในสุขภาพของผู้ด้อยโอกาสในประเทศไทย” ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนการวิจัย (ประเภทที่ 2) จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประจำปีการศึกษา 2558

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสาขากฎหมายสุขภาพและกฎหมายสวัสดิการสังคม (Droit de la santé et droit de la protection sociale) มหาวิทยาลัยตูลูส 1 (Université Toulouse 1 Capitole), นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (Docteur en droit) มหาวิทยาลัยตูลูส 1 ประเทศฝรั่งเศส, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



Abstract

The right to health, especially the access to healthcare, is a human right that should be certified and protected by the government of all countries. Not only its citizens but should also provide protection to foreigners who live in the country. For disadvantaged people, such as children and young, person with disability, elderly people, homeless etc., they are a group who lacks opportunities, therefore they should be protected, in order to access health services. This health welfare should be provided to all persons for reducing the disparity problem in society.

เงื่อนไขที่เหมาะสมเพื่อความเป็นธรรม ของข้อสัญญาห้ามแข่งขันกับนายจ้าง: บทเรียนจากกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายฝรั่งเศส*

ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์**
รวินท์ ลีละพัฒนะ***

บทคัดย่อ

ข้อสัญญาห้ามแข่งขันกับนายจ้าง (the restraints of trade clause) ถือเป็นเงื่อนไขเพื่อจำกัดสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างหนึ่ง ตามหลักสากลยอมรับว่าข้อสัญญาเช่นว่านี้มีผลสมบูรณ์ไม่เป็นโมฆะหากแต่การบังคับใช้ระหว่างกันจะต้องไม่กระทบสิทธิในการประกอบกิจการของฝ่ายนายจ้างมากเกินไป อันเป็นที่มาของแนวคิดที่ว่า การบังคับใช้ข้อสัญญาฯ จำต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง สำหรับกฎหมายไทย มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 14/1 ให้ข้อสัญญาฯ สามารถใช้บังคับระหว่างนายจ้างลูกจ้างได้เท่าที่เป็นธรรม ในส่วนของบทกฎหมายต่างประเทศ เช่น อังกฤษและฝรั่งเศส นั้นได้ปล่อยให้เป็นอำนาจของตุลาการในการวางขอบเขตของความเป็นธรรมเช่นว่านี้ โดยศาลอังกฤษได้ถือเอา “ความสมเหตุสมผล” กับการที่ลูกจ้างต้องถูกจำกัดสิทธิ ในขณะที่ศาลฝรั่งเศสถือเอา

* บทความนี้เป็นงานเขียนที่ประมวลและสรุปผลงานวิจัยเรื่อง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยข้อสัญญาห้ามทำการแข่งขันกับกิจการของนายจ้าง” ได้รับทุนสนับสนุนจากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

** นบ. จุฬาฯ (เกียรตินิยมอันดับสอง), นบท., Master II de recherche, droit social Université d'Aix-Marseille III, Docteur en droit, droit des affaires mention droit social (mention Très honorable avec félicitations de l'unanimité – prix de thèse) Université d'Aix-Marseille III อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

*** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M., University of Bristol (UK) อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

“ความได้สัดส่วน” ระหว่างประโยชน์ที่ฝ่ายลูกจ้างและนายจ้างได้รับ เป็นเครื่องชี้ความเหมาะสมและเป็นธรรมของเงื่อนไขแห่งข้อสัญญาฯ นอกจากนี้แล้ว ระบบกฎหมายทั้งสองยังได้แสดงให้เห็นความสำคัญของเงื่อนไขเช่นว่านี้ด้วยการกำหนดให้เป็นกติกาที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด มิเช่นนั้นแล้วจะทำให้ข้อสัญญาฯ กลายเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบอาชีพซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนไป ด้วยเหตุนี้จึงเป็นเรื่องที่ศึกษาเพื่อวิเคราะห์หาส่วนที่อาจนำมาประยุกต์ใช้ในการพัฒนากฎหมายไทยต่อไปได้

Abstract

The ‘restraints of trade’ clause (‘the RTC’) is regarded as one of several conditions which imposes a restriction on the right to the freedom of employment. The international standards concede that such a clause is valid only provided it does not excessively encroach upon an employer’s right to management. Therefore, any application of the RTC ought to be based on the balance of interests of both employers and employees. The Thai Labour Protection Act 1998 likewise permits an inclusion of the RTC on the basis of the fairness condition. In other jurisdictions, English and French labour laws; for instance, give the judiciary a discretionary power to determine the boundaries of such condition. In this respect, where the English court would, in principle, ask whether an employee’s right to employment is reasonably restricted, its French counterpart relies on the proportionality test between interests both employers and employees would benefit given the existence of the RTC. Besides, lessons from England and France highlight the need to strictly interpret the RTC in such a way that would not create any immense hindrance against individuals’ inherent right to employment. A critical analysis on the English and French views on the RTC would accordingly be useful for their Thai alternative.

สถานะทางการเมือง ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน

ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์*

บทคัดย่อ

ความขัดแย้งหรือข้อพิพาททางการเมืองนั้น เกิดขึ้นจากมโนภาพที่หลากหลายเกี่ยวกับความยุติธรรมทางการเมืองในสังคมพหุนิยม ข้อพิพาททางการเมืองเช่นว่านั้นจึงมีลักษณะที่สลับซับซ้อน และไม่สามารถระงับลงได้โดยง่ายโดยการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเพื่อทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาททางการเมืองเท่านั้น ความสัมพันธ์ของศาลรัฐธรรมนูญในระบบการเมืองนั้นยังขึ้นอยู่กับเงื่อนไขหลายประการ และเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดของความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญคือการที่ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องมีสถานะทางการเมืองที่ชัดเจน ซึ่งจะเป็นหลักประกันว่า คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญจะได้รับการยอมรับจากทุกฝ่ายอย่างแท้จริง แต่การที่จะสร้างสถานะทางการเมืองที่มั่นคงของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศนั้น กลับเป็นเรื่องลักษณะเฉพาะในทางประวัติศาสตร์ รวมถึงความยินยอมพร้อมใจอย่างแท้จริงของประชาชนต่อระบอบการเมืองการปกครอง รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ และยังขึ้นอยู่กับจิตสำนึกทางการเมืองของประชาชน และความปรารถนาอย่างแท้จริงของประชาชนที่มีความต้องการร่วมกันในการยุติความขัดแย้งทางการเมืองด้วย การศึกษาเรื่องสถานะทางการเมืองของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันจะเป็นตัวอย่างสำคัญที่ใช้อธิบายเงื่อนไขแห่งความสำเร็จของศาลรัฐธรรมนูญในทางการเมือง ซึ่งอาจเป็นประโยชน์ในการหาทางออกให้กับวิกฤตการณ์ทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญในประเทศอื่น ๆ ได้ไม่มากนัก

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) ธรรมศาสตร์, Magister Legum (LL.M.) Universität Konstanz ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, doctor iuris (Dr. iur.) Friedrich-Schiller-Universität Jena ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

Abstract

In plural society, political disputes or conflicts arise out of a diversity of perceptions of political justice. Those political conflicts are complex and can not be resolved simply by the establishment of a constitutional court. The effectiveness of a constitutional court in a political system is determined by several factors. The most essential one is its clear political status which should guarantee its genuine recognition by all political parties and players. To build a firm political status of a constitutional court in each country depends on its historical background, people's consensus on a political regime, constitution, and political institutions established by the constitution. In addition, a political conscience of the people and their active participation in resolving political conflicts also play a significant role. A study of the political status of the Federal Constitutional Court of Germany may shed light on requirements for political success of a constitutional court which may provide an appropriate solution for political crises in many countries in which the constitutional court has involved.

การให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนในการระดมทุน ผ่านทางระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยการเสนอหุ้นตอบแทน*

นิรุบล เลิศนุวัฒน์**

บทคัดย่อ

ในปัจจุบัน อินเทอร์เน็ตมีบทบาทอย่างมากในการทำงานและการประกอบธุรกิจ จนมีแนวคิดที่จะนำระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์มาใช้ในการระดมทุนจากประชาชนจำนวนมาก เงินที่ได้รับจากการระดมทุนดังกล่าวอาจนำมาใช้ในรูปแบบของการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือใช้ในการประกอบกิจการ รูปแบบการระดมทุนที่บทความนี้มุ่งศึกษาคือ การระดมทุนผ่านทางระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์โดยการเสนอหุ้นตอบแทน กล่าวคือผู้ระดมทุนจะเสนอหุ้นเป็นการตอบแทนเงินที่ลงทุนให้กับนักลงทุน ข้อพิจารณาของบทความนี้คือ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการระดมทุนดังกล่าวให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนรายบุคคลได้อย่างเพียงพอหรือไม่ การศึกษาพบว่ากฎเกณฑ์ทั้งประกาศที่ออกโดยคณะกรรมการกำกับตลาดทุนและกฎหมายบริษัทที่เกี่ยวข้องให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนทั้งในช่วงระยะเวลาที่มีการระดมทุนและหลังจากการระดมทุนเสร็จสิ้นอย่างเพียงพอ อย่างไรก็ตามอย่างไรก็ดี กฎหมายและหลักเกณฑ์ดังกล่าวบางประการยังคงมีข้อบกพร่องในแง่ของความชัดเจนในรายละเอียดและการปรับใช้

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการนำเสนอในงานเสวนาเรื่อง “Crowdfunding: มิติใหม่แห่งการลงทุน” ที่จัดขึ้น ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในวันอังคารที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2559 ผู้เขียนขอขอบพระคุณผู้จัดงานเสวนาวิทยากรและผู้ร่วมงานเสวนาทุกท่าน

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์



Abstract

As Internet recently plays a significant role in working and doing business, there is an idea of using electronic system or network to raise money from a large number of people. This method is known as “crowdfunding”. The money raised through this platform is to serve different purposes – public benefit or business. As there are various types of crowdfunding, this article focuses on equity-based crowdfunding which the fundraiser, generally a company, issues its own shares to the investors in exchange of share payment. The key question of this article is whether the legal protection provided to retail investors is sufficient. It is found that the notification issued by the Capital Market Supervisory Board and related company laws provide sufficient legal protection to retail investors throughout and after the period of fund raising. However, some rules applied to this fund raising platform remain unclear and problematic

ประสบการณ์การใช้มาตรการควบคุมผู้กระทำผิด ด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring of Offenders: EM) ในอังกฤษ สกอตแลนด์ สวีเดน และเนเธอร์แลนด์

ศุภกิจ แยมั้ประชา*

บทคัดย่อ

ประเทศไทยเริ่มทดลองใช้การควบคุมผู้กระทำผิดด้วยเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring of Offenders: EM) เพื่อลดจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำตั้งแต่ปลายปี 2556 และมีแนวโน้มที่จะใช้มากขึ้นในอนาคตอันใกล้ โดยไม่นานมานี้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาให้เจ้าพนักงานหรือศาลสามารถกำหนดให้ใช้ EM เป็นเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวได้ เนื่องจาก EM เป็นมาตรการที่ใช้ในต่างประเทศมานาน การเรียนรู้ประสบการณ์ของต่างประเทศจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อการวางแผนการดำเนินงานในประเทศไทย

บทความนี้นำเสนอประสบการณ์การใช้ EM ในประเทศยุโรปบางประเทศ โดยเฉพาะ อังกฤษ สกอตแลนด์ สวีเดนและเนเธอร์แลนด์ โดยเน้นย้ำให้เห็นถึงความหลากหลายของการใช้ EM ในแต่ละประเทศ ทั้งในแง่ของเทคโนโลยีที่ใช้และวิธีการดำเนินการ ตลอดจนข้อจำกัดและเงื่อนไขความสำเร็จในการใช้ EM เป็นมาตรการลดจำนวนผู้ต้องขังในเรือนจำ นอกจากนี้ บทความนี้ยังวิเคราะห์ประสบการณ์การใช้ EM เป็นเงื่อนไขในการปล่อยชั่วคราวในอังกฤษและสกอตแลนด์ เพื่อเสนอแนะสิ่งที่ประเทศไทยควรเตรียมการในการนำมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับ วัตถุประสงค์หลักของบทความคือการเน้นย้ำว่า EM เป็นเพียงเทคโนโลยีที่เข้ามาช่วยเสริมการทำงานของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเท่านั้น ไม่ใช่ยาวิเศษที่จะแก้ไขปัญหาของกระบวนการยุติธรรมทางอาญาได้โดยลำพัง

* ผู้พิพากษาประจำสำนักงานศาลยุติธรรม, น.บ. (เกียรตินิยม) (ธรรมศาสตร์), น.ม. (กฎหมายอาญา) (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., M.A (Criminal Justice) State University of New York at Albany, USA (ทุนรัฐบาล) PhD (Law) University of Strathclyde, UK (ทุนรัฐบาล) อดีตอาจารย์พิเศษ ผู้บรรยายวิชาอาชญาวิทยาและทัณฑวิทยาชั้นสูง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

Thailand has piloted using electronic monitoring of offenders (EM) as a means to reduce prison population since the end of 2013. Recently, there has been a clear sign of expanding the use of EM by the Thai Criminal Justice System. To illustrate, the latest amendment to the Criminal Procedure Code allows the officials who are authorized to grant bail and the courts to impose EM as a condition of bail. As EM has been practiced in other countries for over 30 years, learning from their experiences is crucial for the success or failure of implementing EM in Thailand.

This article explores experiences in using EM in England, Scotland, Sweden and the Netherlands. The aims are to point out the diversity in technology used and modes of operation and to depict what EM can and cannot do in terms of changing the behavior of the offenders and reduce prison population. The final part of the article selects experiences in piloting the use of EM as a condition of bail in England and Scotland as a case study to investigate how the EM pilot projects should be evaluated and what Thailand can learn from experiences of those two jurisdictions in designing, implementing and evaluating the EM-bail pilot. The article ends by emphasizing that EM is only a technology not a panacea that can solve all problems of the criminal justice system.

La réforme du droit des contrats

Patrick DUTERTRE*

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสฉบับปี ค.ศ. 1804 ประสบความสำเร็จมาจนถึงกลางศตวรรษที่ 20 อันเนื่องมาจากความไม่ซับซ้อนและอำนาจบังคับของหลักกฎหมายซึ่งเป็นรากฐานของประมวลกฎหมายแพ่งดังกล่าว หลักกฎหมายบางเรื่องมาจากกฎหมายโรมัน ในขณะที่หลักกฎหมายบางเรื่องมาจากกฎหมายเก่าของฝรั่งเศสตั้งแต่สมัยปฏิวัติฝรั่งเศส โดยนัยดังกล่าว พัฒนาการทางด้านนิติบัญญัติระหว่างช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ถึงครึ่งแรกของคริสต์ศตวรรษที่ 20 นำมาซึ่งการแก้ไขหลักกฎหมายเหล่านั้นแต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น

หากพัฒนาการด้านนิติบัญญัติเป็นไปอย่างเชื่องช้า ในทางตรงกันข้าม แนวคำพิพากษาศาลฎีกากลับเดินหน้าไปเร็วกว่านักกฎหมายอยู่บ่อย ๆ และเป็นระยะเวลานานแล้ว เนื่องมาจากการตีความของศาลในทางสร้างสรรค์เกี่ยวกับหลักกฎหมายเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดชอบแห่งโดยเคร่งครัด หรือการนำถ้อยคำหลักสุจริตและความสมดุลของหน้าที่ของคู่สัญญามาใช้บังคับแก่สัญญามากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ

การปฏิรูปอย่างเป็นทางการของกฎหมายเกี่ยวกับหนี้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาจึงได้เริ่มต้นขึ้นตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. 1990 เป็นต้นมา โดยได้รับอิทธิพลที่เพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ของแนวคำพิพากษาศาลฎีกา และเห็นควรที่จะนำแนวคำพิพากษาศาลฎีกามากำหนดเป็นกฎหมาย

ร่างกฎหมายปฏิรูปร่างแรกมีชื่อเรียกว่า ร่างกฎหมาย CATALA ได้ยกร่างขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 2000 ต่อมาคณะกรรมการวิชาการชุดที่มีนาย TERRE เป็นประธาน ได้นำร่างกฎหมายดังกล่าวมาพิจารณาต่อและได้ทำการแก้ไขปรับปรุงเล็กน้อย ร่างกฎหมายดังกล่าวได้นำมาซึ่งการอภิปรายอย่างกว้างขวางของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย บางท่านกังวลเกี่ยวกับการยังคงไว้ซึ่งหลักกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการทำสัญญาและเหตุแห่งการทำสัญญา หลักกฎหมายประการหลังนี้เป็นหลักสำคัญของนิติสัมพันธ์ในทางสัญญา ในขณะที่บางท่านยืนยันเกี่ยวกับการทำให้นิติสัมพันธ์ในทางสัญญามีความทันสมัยยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงการเปลี่ยนแปลงด้านข้อมูลข่าวสาร แบบของสัญญา

* Professeur Associé à la Faculté de Droit de l'Université Thammasat, Maître de Conférences (Charles de Gaulle Lille III), Conseiller du Centre d'Etudes de Droit Français.

การแพร่หลายของสัญญาเข้าเป็นสมาชิก และความจำเป็นที่จะต้องทบทวนหลักกฎหมายเก่า ๆ เกี่ยวกับการไม่สามารถคาดหมายได้และการห้ามการโอนหนี้ซึ่งกระทบต่อการประกอบธุรกิจ

การปฏิรูปนี้เป็นการปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาอย่างแท้จริง โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของถ้อยคำเกี่ยวกับ “ความสมดุลของหน้าที่” ระหว่างคู่สัญญาฝ่ายได้เปรียบและคู่สัญญาฝ่ายเสียเปรียบ ซึ่งเป็นข้อห่วงกังวลของอดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่ได้กำหนดชื่อของตนเป็นชื่อร่างกฎหมายนี้ และเกี่ยวกับความจำเป็นที่จะต้องกำหนด “หลักสุจริต” ไว้ในการดำเนินการทางสัญญา “ในทุกขั้นตอน” ตั้งแต่การเกิดขึ้นของสัญญาจนถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญา แม้ว่าถ้อยคำนี้จะยังขาดความชัดเจนอยู่บ้างก็ตาม

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายปฏิรูปฉบับนี้ซึ่งมิได้ผ่านการตรวจพิจารณาของรัฐสภาและจะมีผลใช้บังคับในเดือนตุลาคมที่จะถึงนี้ เป็นการปฏิรูปที่จำเป็น แม้จะมีขอบเขตของบทบัญญัติที่จำกัดอยู่บ้าง และยังคงไว้ซึ่งหลักกฎหมายสำคัญ ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งอยู่ก็ตาม

สัญญาตามแบบอย่างของกฎหมายฝรั่งเศส (ตามที่บัญญัติไว้แต่เดิม) ดูเหมือนจะถูกคุกคามจากวิวัฒนาการเกี่ยวกับประเพณีปฏิบัติและการตีความของศาล หากแต่ในความเป็นจริงได้รับการแก้ไขให้เข้มข้นยิ่งขึ้นโดยบัญญัติเป็นกฎหมายเลยทีเดียว

Abstract

Le Code Civil Français de 1804 a dû son succès jusqu'au milieu du 20ème siècle à la simplicité et à la force des principes juridiques qui l'inspiraient, certains issus du droit romain, d'autres provenant de l'ancien droit français mais la plupart de la Révolution Française corrigée par Napoléon Bonaparte. L'évolution législative au cours du 19ème siècle et de la première moitié du 20ème siècle a en fait peu modifié ces données de base.

Cependant, si la législation avait été lente à évoluer jusqu'à ces dernières années, la jurisprudence, par contre, par son interprétation imaginative des principes, avait, depuis longtemps, souvent anticipé sur le législateur, qu'il s'agisse de la responsabilité civile sans faute ou de la mise en œuvre des contrats en introduisant de plus en plus fort les notions de bonne foi et d'équilibre des prestations.

Une réforme officielle du droit des obligations, et plus particulièrement du droit des contrats, avait donc été envisagée dès les années 1990 compte tenu de cette influence grandissante de la jurisprudence, dont il convenait d'intégrer les apports.

Un premier projet CATALA avait été élaboré dans les années 2000. La commission TERRE a repris et remanié ce projet, non sans de vifs débats chez les professionnels du droit, les uns soucieux du maintien des principes fondateurs de l'autonomie de la volonté et de la cause, cette dernière moteur essentiel de la relation contractuelle, d'autres insistant sur la modernisation de cette relation, compte tenu des modifications de l'information, du formalisme croissant, de la généralisation des contrats d'adhésion, de la nécessité de revoir les anciens concepts d'imprévision et d'interdiction de cession de dettes, mis à mal par la vie économique.

S'agit-il d'une véritable révolution du droit des contrats, mettant au cœur la notion d'équilibre entre fort et faible, souci affirmé par l'ancienne Ministre Garde des Sceaux qui a attaché son nom à ce projet, ainsi qu'à la nécessité d'introduire de la bonne foi, notion cependant imprécise, désormais, dans toutes les opérations contractuelles, de leur naissance à leur non-exécution.

Plus modestement, on peut penser que le texte actuel, non soumis au Parlement mais qui entrera en vigueur en octobre prochain, est plutôt une réforme nécessaire, modérée dans ses dispositions et maintenant l'essentiel des principes du Code Civil.

Le contrat à la française, tel que conçu à l'origine, semblait menacé de mort par l'évolution des mœurs et sa traduction jurisprudentielle, il paraît plutôt renforcé par sa nouvelle formulation.

Abstract

The 1804 Civil Code of France was successful until the mid-twentieth century because of its simplicity and the force of the principles underpinning the Code. The principles in some issues originated from Roman law whereas others came from ancient French laws since the French Revolution. In this sense, the legislative development from the nineteenth century to the first half of the twentieth century brought about only minor adaptation of these principles.

However, if the legislative development was slow, the jurisprudence of the Supreme Court, on the contrary, progressed, quite often and for a long time, faster than jurists, by its imaginative interpretation of the principles such as the strict civil



liability or the increasing application of the notion of good faith and the equilibrium of duties of parties in the contract.

The official reform of the law on obligations, especially the law on contract, began around 1990 with the increasing influence of the Supreme Court's jurisprudence and the consideration that the jurisprudence should inform the law.

The first draft was called the CATALA draft, finalised in 2000. Subsequently, the Commission chaired by Mr Terre considered the draft and added minor amendments. The draft was discussed extensively by the legal profession. Some expressed concern about retaining fundamental principles of freedom of contract and the cause, the latter principle being fundamental in the contractual legal relations. Others insisted that the contractual legal relations should be modernized, taking into account the development in information, forms, the generalization of contract of adhesion, the necessity to review old concepts of imprevision, and the prohibition of assignment of debts which undermines economic life.

The reform was the revolution of the contract law. It is based on the notion of the equilibrium of duties of the advantageous and disadvantageous contractual parties, which was the concern of the former Minister of Justice who named the draft in his own name., and the necessity to introduce the principle of good faith, a notion that is imprecise to a certain extent, in every step of contractual operation from formation to breaches.

It may be said that the reform of this law, which has not been reviewed by the Parliament and will come into force this October, is necessary. This is so even if the scope of the provisions is still limited and key principles of the Civil Code are retained.

The contract in France, as originally conceived, seems threatened with death by changing customs and judicial interpretation. In truth, it seems strengthened now with the new formulation.

UNFCCC and Post-Kyoto Protocol: An Introduction to the Implementation of Thailand

*Peerapon Jaderojananont**

บทคัดย่อ

ตั้งแต่ปี 1992 เป็นต้นมา ปัญหาการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศกลายเป็นหนึ่งในประเด็นสำคัญ ที่ประชาคมระหว่างประเทศให้ความสนใจ โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ และพิธีสารที่สำคัญเกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหานี้ คือ อนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ หรือที่รู้จักกันในนาม UNFCCC และพิธีสารเกียวโต ซึ่งได้ถูกสร้างขึ้นเพื่อนำมาใช้แก้ไขบรรเทาวิกฤตการณ์ด้านภูมิอากาศโลก ถึงแม้ว่าตราสารระหว่างประเทศเหล่านี้จะสามารถสร้างพันธกรณีที่สำคัญแก่รัฐภาคีตลอดจนสร้างเครื่องมืออันเป็นนวัตกรรมในการช่วยเหลือรัฐภาคีลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก สู่ชั้นบรรยากาศโลกก็ตาม แต่ตราสารระหว่างประเทศดังกล่าวยังคงมีความซับซ้อน และยากต่อการทำให้บรรลุผล ส่งผลให้การแก้ไขปัญหาไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร นอกจากนี้ ตั้งแต่ปี 2012 เป็นต้นมา พิธีสารเกียวโตยังได้สิ้นสุดไปโดยเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้อีกด้วย เป็นเหตุให้นานาประเทศหาทางเจรจาต่อรองผลประโยชน์ในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก เพื่อนำมาสู่การทำข้อตกลงฉบับใหม่ร่วมกัน จนกระทั่งเกิดเป็นข้อตกลงกรุงปารีส ในปี 2015 ซึ่งได้วางหลักการและแนวทางที่ชัดเจนใหม่ ด้วยเหตุนี้ บทความวิชาการชิ้นนี้จึงมุ่งอธิบายว่า ข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวมานั้น มีพันธกรณีที่สำคัญอย่างไร และประเทศไทยมีความตระหนัก และพร้อมรับมือในการดำเนินการอย่างไรบ้าง เพื่อให้พันธกรณีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศสามารถบรรลุผลสำเร็จ

คำสำคัญ: การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศ, ข้อตกลงระหว่างประเทศ, การดำเนินการให้บรรลุผลสำเร็จของประเทศไทย

* LLB, LLM, Thammasat University (Thailand) and LLM in International Environmental Law, Macquarie University (NSW, Australia).

Abstract

Since 1992, the climate change has become one of serious environmental problems concerned by international community. The most significant international convention and protocol, the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and the Kyoto Protocol, were favorably adopted to address the climate crisis. Although those international legal instruments have directly provided many key commitments and innovative mechanisms to support their state parties to reduce the greenhouse gases emissions, those have remained controversial and problematic to be implemented. Moreover, due to the Kyoto Protocol having been technically expired since 2012, many nations seek for further international conferences in order to jointly negotiate and create a new agreement. Until 2015, the COP 21 created new action plans for promoting state parties to step forward to reduce the greenhouse gases emissions and it also adopted the Paris Agreement, which now becomes a new legal framework for fighting against the climate change. With this regard, this research mainly aims to analytically explore and discuss two key questions: (1) how the UNFCCC and the Kyoto Protocol, including the key actions after its expiry can play important roles in fighting against the climate crisis; (2) how Thailand as a developing country party to the UNFCCC and the Kyoto Protocol has implemented the commitments under those international legal instruments from a period of the Kyoto Protocol to the adoption of the Paris Agreement.

Keywords: Climate Change, International Agreement, Implementation of Thailand

ฎีกาวิเคราะห์

วิวรรณ ดำรงค์กุลนนท์*

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 (กระทำชำเราโดยการใส่ปากอมอวัยวะเพศ)

1. ความเบื้องต้น

“กระทำชำเรา” เป็นคำที่ใช้อยู่ในประมวลกฎหมายอาญา โดยเป็นการนำเอาคำ 2 คำ คือคำว่า “กระทำ” กับคำว่า “ชำเรา” มารวมเข้ากัน ซึ่งเมื่อแยกพิจารณาความหมายของคำทั้ง 2 คำดังกล่าวแล้ว จะพบว่าพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ดังนี้ คำว่า “กระทำ” หมายความว่า *ทำ*¹ ส่วนคำว่า “ชำเรา” หมายความว่า *ลึกลับ ล่วงเข้าไป*² เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้ว จึงหมายความว่า ทำจนลึกลับ หรือทำจนล่วงเข้าไป อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า คำว่า “ชำเรา” นั้น เป็นคำที่เพี้ยนมาจากภาษาเขมรคำว่า “เซรา” (ស្រា อ่านว่า เทรา) ซึ่งแปลว่า *ลึกลับ*³ เช่นเดียวกัน

เดิมที่ประมวลกฎหมายอาญาไม่ได้บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้แต่อย่างใด โดยได้นำคำนี้มาบัญญัติไว้เพียงเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดตามมาตรา 276 วรรคหนึ่ง (เดิม)⁴ ที่ว่า “*ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยหญิงอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้หญิงเข้าใจผิดว่าตนเป็น*

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

¹ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556), หน้า 42.

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 379.

³ วิจารย์ พานิช, สนุกกับภาษาไทย - ภาษาอีสานมาไศรย 40. ขยาคาภาษาไทย (19) [ออนไลน์], 9 มิถุนายน 2559. แหล่งที่มา <https://www.gotoknow.org/posts/154090>.

คำว่า “จะเซิงเทรา” ซึ่งเป็นชื่อจังหวัดหนึ่งในภาคตะวันออกเฉียงเหนือของประเทศไทยก็เป็นคำที่เพี้ยนมาจากภาษาเขมรเช่นกัน โดยเพี้ยนมาจากคำว่า “ฉติง” (ឆ្នាំង) ซึ่งแปลว่า แม่น้ำ กับคำว่า “เซรา” (ស្រា) ซึ่งแปลว่า ลึกลับ เมื่อนำมารวมเข้ากันแล้วจึงหมายความว่า แม่น้ำลึกลับ (ผู้เขียนสันนิษฐานว่าน่าจะสื่อถึงแม่น้ำบางปะกง) รายละเอียดโปรดดู เรื่องเดียวกัน

⁴ แก้ไขเพิ่มเติมถึงพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2525 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 5 พ. วันที่ 6 สิงหาคม 2525



บุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...” และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง (เดิม)⁵ ที่ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กหญิงอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาของตน โดยเด็กหญิงนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...” ศาลฎีกา⁶ จึงได้ตีความคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ว่าหมายถึง การนำของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชาย “ล้วงล้ำ” เข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง ด้วยเหตุนี้ แต่เดิมนั้น การกระทำชำเราจึงต้องเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงซึ่งมิใช่ภริยาของตนเท่านั้น⁷ ไม่รวมถึงกรณีที่ชายกระทำต่อชายด้วยกัน หรือหญิงกระทำต่อชาย (ไม่ว่าชายผู้ถูกกระทำจะเป็นสามีของหญิงผู้กระทำหรือไม่ก็ตาม) หรือหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกัน และต้องเป็นกรณีที่ชายผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำ (สอดใส่) เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกกระทำเท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีที่ชายใช้อวัยวะอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น นิ้วมือ นิ้วเท้า หรือวัตถุใด ๆ เช่น ขวด แดงกวา มะเขือยาว ล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง หรือกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำเข้าไปในอวัยวะอื่น ๆ ของหญิง (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น ทวารหนัก⁸ หรือช่องปาก

กระทั่งเมื่อช่วงปลายปี พ.ศ. 2550 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 277 ใหม่⁹ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ถือเป็นครั้งที่สำคัญมาก เพราะได้บัญญัติขยายขอบเขตตัวผู้กระทำและผู้ถูกกระทำให้กว้างขวางมากยิ่งขึ้น ทั้งได้บัญญัติความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้อย่างชัดเจนขึ้นเป็นครั้งแรกอีกด้วย ซึ่งความหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่นี้มีความกว้างขวางเป็นอย่างมาก รายละเอียดดังนี้

มาตรา 276 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย โดยผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้ หรือโดยทำให้ผู้อื่นนั้นเข้าใจผิดว่าตนเป็นบุคคลอื่น ต้องระวางโทษ...

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

มาตรา 277 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ต้องระวางโทษ...

⁵ แก้ไขเพิ่มเติมถึงพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2530 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 173 ตอนที่ 4 พ วันที 1 กันยายน 2530

⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518

⁷ “ภริยา” ตามความในมาตรา 276 วรรคหนึ่ง (เดิม) และมาตรา 277 วรรคหนึ่ง (เดิม) หมายถึง ภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของชายผู้กระทำ

⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1048/2518 “การกระทำชำเราตามกฎหมายจะต้องปรากฏว่าของลับหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของชายล้วงล้ำเข้าไปในช่องสังวาสหรืออวัยวะสืบพันธุ์ของหญิง การที่จำเลยขืนใจเด็กหญิงผู้เสียหายโดยใช้ของลับของจำเลยใส่เข้าไปในทางทวารหนักของผู้เสียหายจึงไม่เป็นการกระทำชำเรา คงมีความผิดฐานกระทำความอนาจารเท่านั้น”

⁹ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 56 ก วันที่ 19 กันยายน 2550

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น”

ทั้งนี้ เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้มีอยู่ว่า “...บทบัญญัติมาตรา 276 มาตรา 277...แห่งประมวลกฎหมายอาญาเป็นบทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ สมควรแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวให้สอดคล้องกับหลักการมีสิทธิเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง และหลักการห้ามมิให้เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศที่เคยได้รับความคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข...”¹⁰

การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนี้ ส่งผลให้องค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 276 และมาตรา 277 เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในปัจจุบัน การกระทำชำเราจะเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิง หรือชายกระทำต่อชายด้วยกัน หรือหญิงกระทำต่อชาย หรือหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกันก็ได้¹¹ และจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ หรือจะเป็นกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำก็ได้

ต่อมาเมื่อช่วงต้นปี พ.ศ. 2558 ก็ได้มีการเพิ่มความผิดฐาน “กระทำชำเราศพ”¹² เข้ามาในประมวลกฎหมายอาญา¹³ เป็นครั้งแรก ทั้งได้บัญญัติให้ความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ทำนองเดียวกับที่มาตรา 276 และมาตรา 277 ได้บัญญัติให้ความหมายไว้ รายละเอียดดังนี้

มาตรา 366/1 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง บัญญัติว่า “**ผู้ใดกระทำชำเราศพ ต้องระวางโทษ...**

การกระทำชำเราตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของศพ”

¹⁰ รายละเอียดโปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550

¹¹ เฉพาะมาตรา 276 จะเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อหญิงซึ่งเป็นภริยาของตน หรือกรณีที่หญิงกระทำต่อชายซึ่งเป็นสามีของตนก็ได้ ส่วนมาตรา 277 ไม่รวมถึง 2 กรณีดังกล่าวด้วย เนื่องจากมาตรา 277 วรรคหนึ่ง ยังคงบัญญัติโดยใช้คำว่า “...กระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปีซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตน...” อยู่

อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่ชายกระทำต่อเด็กหญิงอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นภริยาของตน หรือกรณีที่หญิงกระทำต่อเด็กชายอายุยังไม่เกิน 15 ปี ซึ่งเป็นสามีของตน แม้ทั้ง 2 กรณีดังกล่าวจะไม่เป็นความผิดตามมาตรา 277 เพราะเด็กผู้ถูกระทำเป็นภริยาหรือเป็นสามี แล้วแต่กรณี ของผู้กระทำ แต่ก็เป็นความผิดตามมาตรา 276 ได้ หากการกระทำนั้นครบองค์ประกอบของความผิดตามมาตรา 276

อนึ่ง “สามี” หรือ “ภริยา” ตามความในมาตรา 277 วรรคหนึ่ง หมายถึง สามีหรือภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของหญิงหรือชายผู้กระทำ แล้วแต่กรณี

¹² ก่อนหน้านั้น มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7144/2545 วินิจฉัยไว้ว่า “เมื่อผู้ตายได้ตายไปแล้ว แต่จำเลยคิดว่าผู้ตายสลบไป จึงข่มขืนกระทำชำเราผู้ตาย จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราผู้ตาย เพราะผู้ตายได้ถึงแก่ความตายไปก่อนแล้ว ไม่มีสภาพบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง”

¹³ เพิ่มโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนที่ 10 ก วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2558



เหตุผลในการเพิ่มครั้งนี้มีอยู่ว่า “...ประมวลกฎหมายอาญายังมิได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพ ได้แก่ การกระทำชำเราศพ...อันเป็นการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงสมควรให้มีบทบัญญัติความผิดดังกล่าว...”¹⁴

ดังนั้น ในปัจจุบัน หากจะกล่าวถึง “ความผิดฐานกระทำชำเรา” ตามประมวลกฎหมายอาญา สามารถแบ่งออกได้เป็น 3 กรณีด้วยกัน ได้แก่ กรณีที่ 1 ความผิดฐานกระทำชำเราผู้อื่น (มาตรา 276) กรณีที่ 2 ความผิดฐานกระทำชำเราเด็ก (มาตรา 277) และกรณีที่ 3 ความผิดฐานกระทำชำเราศพ (มาตรา 366/1)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า คำว่า “ข่มขืน” นั้น ประมวลกฎหมายอาญาได้นำมาบัญญัติไว้เฉพาะในมาตรา 276 เท่านั้น ไม่ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 277 และมาตรา 366/1 ด้วย สาเหตุเนื่องจากคำว่า “ข่มขืน” มีความหมายว่า มิได้สมัครใจ¹⁵ กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ฝืนใจ หรือบังคับใจ¹⁶ นั่นเอง ดังนั้น หากเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำยินยอมให้กระทำชำเรา ก็ถือว่าสมัครใจ จึงไม่เป็นการข่มขืน แต่ถ้าเป็นกรณีที่ผู้ถูกกระทำไม่ยินยอมให้กระทำชำเรา ก็ถือว่ามิได้สมัครใจ จึงเป็นการข่มขืน ด้วยเหตุนี้ คำว่า “กระทำชำเรา” กับคำว่า “ข่มขืน” จึงเป็นคำที่แยกออกจากกันและมีความหมายที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม “กระทำชำเรา” ให้พิจารณาว่ามีการกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่นหรือศพ หรือมีการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่นหรือศพหรือไม่ ส่วนอย่างไรเป็น “ข่มขืน” ให้พิจารณาว่าผู้ถูกกระทำยินยอมหรือไม่ ฉะนั้น การที่มาตรา 277 วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า “...**โดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...**” ย่อมแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมุ่งเอาผิดผู้กระทำที่กระทำชำเราเด็ก แม้เด็กผู้ถูกกระทำจะยินยอมก็ตาม (เมื่อเด็กยินยอม จึงไม่เป็นการข่มขืน) ส่วนมาตรา 366/1 วรรคหนึ่ง นั้น องค์ประกอบภายนอกของความผิดในส่วนของวัตถุแห่งการกระทำคือ “ศพ” ซึ่งไม่มีสภาพบุคคลแล้ว¹⁷ ในขณะลงมือกระทำ โดยสภาพจึงมีอาจที่จะยินยอมหรือไม่ยินยอมได้ ด้วยเหตุนี้ กฎหมายจึงเลี้ยงที่จะนำคำว่า “ข่มขืน” มาบัญญัติไว้ในมาตรา 277 และมาตรา 366/1

ย้อนกลับมาที่คำว่า “กระทำชำเรา” แม้วรรคสองของมาตรา 276 มาตรา 277 และมาตรา 366/1 จะได้บัญญัติให้ความหมายของคำนี้ไว้อย่างชัดเจนแล้ว (จากเดิมที่มาตรา 276 และมาตรา 277 ไม่ได้บัญญัติให้ความหมายไว้เลย) แต่ก็ยังมีบางถ้อยคำที่เมื่ออ่านแล้วอาจทำให้เกิดความสงสัยขึ้นได้ เช่น ถ้อยคำที่ว่า “...**โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ...ช่องปากของผู้อื่น...**” เมื่อเป็นกรณีที่ผู้กระทำเป็นหญิง ผู้ถูกกระทำเป็นชาย หรือถ้อยคำที่ว่า “...**โดย...การใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น**” เมื่อเป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่ว่าจะเป็นชายหรือหญิงใช้อวัยวะอื่นใด (นอกจากอวัยวะเพศ) เช่น ใช้ “ปาก” อมอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นชาย หรือใช้ “นิ้วมือ” ล้วงล้ำเข้าไป

¹⁴ รายละเอียดโปรดดู หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

¹⁵ จิตติ ดิงศรีทิพย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2543), หน้า 722.

¹⁶ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, หลักกฎหมายอาญา ภาคความผิด, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2552), หน้า 200.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “**สภาพบุคคลย่อมเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารกและสิ้นสุดลงเมื่อตาย**”

ในอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นหญิง กรณีต่าง ๆ เหล่านี้จะอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน 2 กรณีหลัง เนื่องจากกฎหมายบัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...ใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ...” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...ใช้อวัยวะอื่นใดกระทำกับ...”

กระทั่งในปี พ.ศ. 2557 ที่ผ่านมา ศาลฎีกาก็ได้อธิบายความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ค่อนข้างละเอียดและลึกซึ้งผ่านคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ผู้เขียนจึงขอหยิบยกคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ขึ้นมาทำการวิเคราะห์ เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความรู้ความเข้าใจในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” มากยิ่งขึ้น

2. คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับย่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557¹⁸ “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสอง ให้ความหมายของการกระทำชำเราว่า หมายความว่า การกระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้อื่น

กรณีที่ผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตนกระทำชำเรา จะมีความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของหญิง

หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้อวัยวะเพศของชายผู้กระทำล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนัก หรือช่องปากของชายผู้ถูกระทำ

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นกรณีให้อวัยวะเพศชายผู้ถูกระทำล้วงล้าเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้กระทำ

ส่วนกรณีที่ผู้กระทำใช้สิ่งอื่นใดกระทำชำเรา จะมีความผิดสำเร็จได้ต่อเมื่อหากเป็นกรณีชายกระทำต่อหญิง ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าเข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของหญิง

หากเป็นกรณีชายกระทำต่อชายด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักของผู้ถูกระทำ หรือให้อวัยวะเพศชายของชายผู้กระทำล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปาก หรือทวารหนักของผู้กระทำ

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อชาย ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในทวารหนักของชาย หรือให้อวัยวะเพศของชายล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องปาก หรือทวารหนักของหญิง

หากเป็นกรณีหญิงกระทำต่อหญิงด้วยกัน ต้องเป็นการใช้สิ่งหนึ่งสิ่งใดล้วงล้าหรือสอดใส่เข้าไปในช่องคลอด หรือทวารหนักของหญิงผู้ถูกระทำ

¹⁸ รายละเอียดโปรดดู ระบบสืบค้นคำพิพากษา คำสั่งคำร้องและคำวินิจฉัยศาลฎีกา ค้นหา “คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557” แหล่งที่มา <http://deka2007.supremecourt.or.th/deka/web/searchlist.jsp> (สืบค้นเมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2559)



ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นชายใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นเด็กชายอายุ 11 ปีเศษ จึงถือได้ว่าช่องปากของจำเลยที่ 1 เป็นสิ่งอื่นใดที่ใช้กระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม”

3. บทวิเคราะห์

ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 นี้ เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็น “ชาย” ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็น “ชาย” ด้วยกัน โดยชายผู้ถูกกระทำมีอายุเพียง 11 ปีเศษ จึงมีสถานะเป็น “เด็ก” ตามนัยของประมวลกฎหมายอาญา กรณีมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาคือ การกระทำความผิดดังกล่าว ผู้กระทำมีความผิดฐานกระทำชำเราเด็กตามมาตรา 277 หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้ว่า การกระทำความผิดดังกล่าวอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง แล้ว เมื่อกระทำต่อเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี ผู้กระทำจึงมีความผิดตามมาตรา 277 วรรคสาม¹⁹

ความน่าสนใจของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้อยู่ตรงที่ศาลฎีกาได้อธิบายความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ไว้ค่อนข้างละเอียดและลึกซึ้ง โดยแบ่งการอธิบายความหมายออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนของการกระทำชำเราโดยการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” และส่วนของการกระทำชำเราโดยการใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากนี้ ยังได้กล่าวถึง “ความผิดสำเร็จ” ของการกระทำชำเราไว้อีกด้วย ในบทวิเคราะห์นี้ ผู้เขียนจึงขอแบ่งการวิเคราะห์เพื่อแสดงข้อมูลและความคิดเห็นเพิ่มเติมออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ 1) กระทำชำเราโดยการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” 2) กระทำชำเราโดยการใช้ “สิ่งอื่นใด” และ 3) “ความผิดสำเร็จ” ของการกระทำชำเรา โดยแต่ละประเด็นมีรายละเอียดดังนี้

3.1 กระทำชำเราโดยการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ”

กระทำชำเราโดยการใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” ศาลฎีกาในคดีนี้ได้อธิบายความหมายโดยใช้ “เพศ” ของผู้กระทำและผู้ถูกกระทำเป็นเกณฑ์ สรุปได้ดังนี้

- | | | |
|------------------------|---|-----------|
| (1) ชาย กระทำต่อ หญิง | → | อวัยวะเพศ |
| | → | ทวารหนัก |
| | → | ช่องปาก |
| (2) ชาย กระทำต่อ ชาย | → | ทวารหนัก |
| | → | ช่องปาก |
| (3) หญิง กระทำต่อ ชาย | → | อวัยวะเพศ |
| (4) หญิง กระทำต่อ หญิง | → | ไม่มี |

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 277 วรรคสาม บัญญัติว่า “ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำแก่เด็กอายุยังไม่เกินสิบสามปี ต้องระวางโทษ...”

มีข้อสังเกตคือ กระทำชำเราโดยใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” นั้น แม้วรรคสองของ มาตรา 277 ได้บัญญัติให้ความหมายไว้ว่า เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้ถูกระทำ แต่ศาลฎีกาก็ได้ตีความโดยพิจารณาถึงการ “ล่วงล้ำ” ได้ เข้ามาประกอบด้วย ไม่ว่าจะป็นกรณีที่ชายผู้กระทำ “ใช้” อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำ หรือกรณีที่หญิงผู้กระทำ “ให้” อวัยวะเพศของตนถูกล่วงล้ำ กล่าวโดยขยายความคือ สำหรับเพศชายนั้น อวัยวะเพศมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง ทวารหนัก (ทั้งของชายและหญิง) หรือช่องปาก (ทั้งของชายและหญิง) ได้ แต่ไม่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายด้วยกันได้ ส่วนเพศหญิงนั้น อวัยวะเพศมีลักษณะที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของชายล่วงล้ำเข้าไปได้เท่านั้น ไม่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของหญิงด้วยกัน ทวารหนัก (ทั้งของชายและหญิง) หรือช่องปาก (ทั้งของชายและหญิง) ล่วงล้ำเข้าไปได้

ด้วยเหตุนี้ หากเป็นกรณีที่ชายใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศของชายด้วยกันก็ดี หรือกรณีที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับทวารหนัก หรือปากของชายก็ดี หรือกรณีที่หญิงใช้อวัยวะเพศของตนกระทำกับอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือปากของหญิงด้วยกันก็ดี โดยสภาพแล้วย่อมไม่อาจมีการ “ล่วงล้ำ” เกิดขึ้นได้ เมื่อไม่อาจมีการล่วงล้ำเกิดขึ้นได้แล้ว โดยนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ กรณีต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมาข้างต้น จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง

3.2 กระทำชำเราโดยใช้ “สิ่งอื่นใด”

ในส่วนของการกระทำชำเราโดยใช้ “สิ่งอื่นใด” นั้น วรรคสองของมาตรา 277 ได้บัญญัติให้ความหมายไว้ว่า เป็นการกระทำกับอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำ (ไม่รวมถึง “ช่องปาก” ของผู้ถูกระทำด้วย) ซึ่งเมื่อนำบทบัญญัติในส่วนนี้มาพิจารณาประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้แล้ว มีข้อสังเกตที่สำคัญอยู่ 2 ประการ ดังนี้ ประการที่ 1 ศาลฎีกาในคดีนี้เห็นว่า “อวัยวะอื่นใด” ในร่างกายของผู้กระทำ (นอกจากอวัยวะเพศ) ได้แก่ “ทวารหนัก” หรือ “ช่องปาก” ถือเป็น “สิ่งอื่นใด” ด้วยเช่นกัน และประการที่ 2 “สิ่งอื่นใด” โดยนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ สิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้ และสิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำล่วงล้ำเข้าไปได้

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เมื่อศาลฎีกาได้แบ่ง “สิ่งอื่นใด” ออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ผู้เขียนก็มีความเห็นว่า กระทำชำเราโดยใช้ “สิ่งอื่นใด” นั้น ไม่จำเป็นต้องแยก “เพศ” ของผู้กระทำอีก เพราะศาลฎีกาได้พิจารณาถึงลักษณะของ “สิ่งอื่นใด” เป็นสำคัญ หาได้พิจารณาถึงลักษณะของ “อวัยวะเพศผู้กระทำ” เป็นสำคัญไม่²⁰ แต่เข้าใจว่าที่ศาลฎีกาแยกเพศของผู้กระทำก็เพื่อให้คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ง่ายต่อการทำความเข้าใจมากยิ่งขึ้น เนื่องจากคดีนี้ผู้กระทำและผู้ถูกระทำมีเพศเดียวกัน (ชายกระทำต่อชายด้วยกัน)

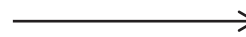
²⁰ แตกต่างไปจากการกระทำชำเราโดยใช้ “อวัยวะเพศของผู้กระทำ” เมื่อศาลฎีกาได้พิจารณาถึงลักษณะของ “อวัยวะเพศผู้กระทำ” เป็นสำคัญแล้ว การอธิบายความหมายจึงจำต้องแยก “เพศ” ของผู้กระทำด้วย



สำหรับสิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้ อันอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” โดยนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้สรุปได้ดังนี้

- | | | |
|-------------------|---|-----------------------|
| (1) กระทำต่อ หญิง |  | อวัยวะเพศ
ทวารหนัก |
| (2) กระทำต่อ ชาย |  | ทวารหนัก |

ส่วนสิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำล่วงล้ำเข้าไปได้ อันอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” โดยนัยของคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ สรุปได้ดังนี้

- | | | |
|-------------------|---|-----------|
| (1) กระทำต่อ หญิง |  | ไม่มี |
| (2) กระทำต่อ ชาย |  | อวัยวะเพศ |

มีข้อสังเกตคือ สิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ใช้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศ หรือทวารหนักของผู้ถูกระทำได้นั้น โดยสภาพแล้วไม่สามารถ “ให้” ล่วงล้ำเข้าไปในอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำได้²¹ ตัวอย่างสิ่งอื่นใดประเภทนี้ เช่น นิ้วมือ นิ้วเท้า หรือวัตถุใด ๆ เช่น ปากกา แดงกวา มะเขือยาว ส่วนสิ่งอื่นใดซึ่งมีลักษณะที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำ หรือทวารหนัก (ทั้งของชายและหญิงผู้ถูกระทำ) ล่วงล้ำเข้าไปได้²² ตัวอย่างสิ่งอื่นใดประเภทนี้ เช่น ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้กระทำ

สำหรับคดีนี้ ข้อเท็จจริงคือ จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นชายใช้ปากกอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 1 ซึ่งเป็นชายด้วยกัน “ช่องปาก” ของจำเลยที่ 1 จึงถือเป็น “สิ่งอื่นใด” (ประเภทที่สามารถ “ให้” อวัยวะเพศของผู้ถูกระทำล่วงล้ำเข้าไปได้) เมื่อได้ใช้กระทำกับ “อวัยวะเพศ” ของผู้เสียหายที่ 1 การกระทำความผิดดังกล่าวจึงอยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง และเมื่อผู้เสียหายที่ 1 เป็นเด็กอายุยังไม่เกิน 13 ปี จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดตามมาตรา 277 วรรคสาม

3.3 “ความผิดสำเร็จ” ของการกระทำชำเรา

ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 277 ใหม่²³ ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้ว่าการกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อชายผู้กระทำใช้อวัยวะเพศของตน “ล่วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ แม้ล่วงล้ำเข้าไปเพียงเล็กน้อย ไม่ได้ล่วงล้ำเข้าไปทั้งหมด²⁴ แม้เมื่อ

²¹ ด้วยเหตุนี้ การใช้ “สิ่งอื่นใด” ประเภทนี้กระทำกับอวัยวะเพศของชายผู้ถูกระทำ จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง รายละเอียดโปรดดู หัวข้อที่ 3.1

²² ด้วยเหตุนี้ การใช้ “สิ่งอื่นใด” ประเภทนี้กระทำกับอวัยวะเพศของหญิงผู้ถูกระทำ หรือทวารหนัก (ทั้งของชายและหญิงผู้ถูกระทำ) จึงไม่อยู่ในความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” ตามความในมาตรา 277 วรรคสอง รายละเอียดโปรดดู หัวข้อที่ 3.1

²³ รายละเอียดโปรดดู เชิงอรรถที่ 9

²⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491

พรหมจารีของหญิงยังไม่ขาด และแม้ชายยังไม่สำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจียังไม่เคลื่อน (หลัง) ก็ตาม²⁵ ตรงกันข้าม หากอวัยวะเพศของชายเพียงแต่ “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของหญิง²⁶ ยังไม่ทันได้ ล้วงล้ำเข้าไปเลย แม้ทำให้เยื่อพรหมจารีของหญิงขาด และแม้ชายสำเร็จความใคร่โดยน้ำอสุจิเคลื่อนแล้ว ก็เป็นเพียงแค่การ “พยายาม” กระทำชำเราเท่านั้น²⁷

แต่ภายหลังจากที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 276 และมาตรา 277 ใหม่แล้ว วรรคสองของ ทั้ง 2 มาตราดังกล่าว ได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำว่า “...**โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับ... หรือการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับ...**” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล้วงล้ำ... หรือการใช้สิ่งอื่นใดล้วงล้ำ...” ทำให้เกิดปัญหาตามมาว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “กระทำกับ” หรือต่อเมื่อมีการ “ล้วงล้ำ” ในเรื่องนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์ ได้แสดงความเห็นไว้อย่างน่าสนใจว่า ในปัจจุบัน การกระทำชำเราไม่จำเป็นต้องมีการ “ล้วงล้ำ” ก็เป็นความผิดสำเร็จได้ เพราะวรรคสองของมาตรา 276 และมาตรา 277 ได้บัญญัติโดยใช้ ถ้อยคำว่า “...**กระทำกับ...**” ไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า “...ล้วงล้ำ...” ดังนั้น หากผู้กระทำซึ่งเป็นชายใช้อวัยวะเพศ ของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของผู้ถูกกระทำซึ่งเป็นหญิง แม้ยังไม่ทันได้ล้วงล้ำเข้าไปเลย ก็เป็นการกระทำชำเราอันเป็นความผิดสำเร็จทันที เพราะเป็นการ “...**ใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำกระทำกับอวัยวะเพศ...ของผู้อื่น...**” แล้ว²⁸

อย่างไรก็ดี คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ที่กำลังทำการวิเคราะห์กันอยู่นี้ ศาลฎีกาก็ ยังคงวินิจฉัยตามแนวบรรทัดฐานเดิมปรับเข้ากับหลักกฎหมายที่ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ คือวินิจฉัยว่า การกระทำชำเราจะเป็น “ความผิดสำเร็จ” ต่อเมื่อมีการ “ล้วงล้ำ” เกิดขึ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ ชายผู้กระทำ “ใช้” อวัยวะเพศของตนล้วงล้ำ หรือกรณีที่หญิงผู้กระทำ “ให้” อวัยวะเพศของตนถูก ล้วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ใช้” สิ่งอื่นใดล้วงล้ำ หรือกรณีที่ผู้กระทำ “ให้” สิ่งอื่นใดถูกล้วงล้ำ (รายละเอียดผู้เขียนได้กล่าวมาทั้งหมดแล้วในหัวข้อที่ 3.1 และหัวข้อที่ 3.2) อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เหตุที่ศาลฎีกาในคดีนี้ได้วินิจฉัยไว้เช่นนี้ ก็เนื่องมาจากศาลฎีกาได้ตีความคำว่า “**กระทำชำเรา**” ตามที่ ได้รับการบัญญัติความหมายไว้ในวรรคสอง ของมาตรา 277 โดยพิจารณาถึงการ “ล้วงล้ำ” ได้ เข้ามา ประกอบด้วย นั้นเอง

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1133/2509 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1646/2532

²⁶ โดยชายมี “เจตนา” ให้อวัยวะเพศของตน “ล้วงล้ำ” เข้าไปในอวัยวะเพศของหญิง เพราะหากชายไม่มีเจตนา เช่นนี้แล้ว การที่ชายใช้อวัยวะเพศของตน “ถูไถ” อยู่ที่ปากอวัยวะเพศด้านนอกของหญิง ชายก็มีความผิดเพียงฐานกระทำ อนาจารเท่านั้น ไม่มีความผิดฐานกระทำชำเรา หรือพยายามกระทำชำเราแต่อย่างใด

อนึ่ง “**กระทำอนาจาร**” ตามความในมาตรา 278 มาตรา 279 และมาตรา 366/2 หมายความว่า การกระทำ ที่ไม่สมควรทางเพศ รายละเอียดโปรดดู หยุต แสงอุทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2-3, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 170. ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10328/2546 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 473/2547

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 874/2491 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1706/2498 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4166/2547

²⁸ เกียรติขจร วังนะสวัสดิ์, กฎหมายอาญา ภาคความผิด เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: จีรรัชการพิมพ์, 2550), หน้า 290, 307.

4. บทส่งท้าย

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ทั้งในส่วนที่อธิบายความหมายของคำว่า “กระทำชำเรา” และในส่วนที่วินิจฉัย “ความผิดสำเร็จ” ของการกระทำชำเราไว้ เนื่องจาก หากตีความคำว่า “กระทำชำเรา” โดยไม่พิจารณาถึงการ “ล่วงล้ำ” ได้ เข้ามาประกอบด้วยแล้ว ย่อมก่อให้เกิดผลที่ไม่ควรจะเป็นขึ้นได้ เป็นต้นว่า ผู้กระทำเพียงแต่ใช้ “สิ่งอื่นใด” นอกจากอวัยวะเพศของตน เช่น ไข่มือ หรือแท่งกวา “แตะต้อง” หรือ “สัมผัส” กับอวัยวะเพศของผู้ถูกระทำซึ่งเป็นชาย เมื่อได้กระทำไปเพื่อสนองความใคร่ของตนแล้ว²⁹ ก็จะเป็นการ “กระทำชำเรา” อันเป็น “ความผิดสำเร็จ” ไปเสียทั้งหมด ซึ่งไม่น่าจะใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของการ “กระทำชำเรา” ตามที่ได้รับการบัญญัติความหมายไว้ในวรรคสอง ของมาตรา 277 (รวมถึงมาตรา 276 และมาตรา 366/1)

อนึ่ง มีข้อน่าคิดต่อไปว่า กรณีจะเป็นเช่นใด หากผู้กระทำ หรือผู้ถูกระทำ ได้รับการผ่าตัด “เปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศ” มาแล้ว ก่อนลงมือกระทำ เช่น ชายได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิง ในกรณีเช่นนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6323/2557 ได้แยก “เพศ” ของผู้กระทำ และผู้ถูกระทำไว้ แต่ก็แยกไว้เพราะ “เพศ” ย่อมแสดงให้เห็นถึง “ลักษณะ” ของอวัยวะเพศ ฉะนั้น เมื่อเพศไม่สามารถแสดงให้เห็นถึงลักษณะของอวัยวะเพศได้อีกต่อไป เนื่องจากมีการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศมาแล้ว ก็ต้องถือ “ลักษณะ” ของอวัยวะเพศที่ได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงมาแล้วเป็นสำคัญ หาได้ถือเพศโดยกำเนิด หรือลักษณะของอวัยวะเพศโดยกำเนิดเป็นสำคัญไม่³⁰

²⁹ การ “กระทำชำเรา” จะต้องเป็นการกระทำโดยมีเจตนาพิเศษ “เพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” ด้วย มิใช่เพื่อความสนุกสนาน หรือเพื่อทำร้ายร่างกาย รายละเอียดโปรดดู เรื่องเดียวกัน, หน้า 310.

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 “ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แม้จะได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วก็ตาม แต่ก็ไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องที่จะขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่เป็นกรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย ฉะนั้น ผู้ร้องจะขอให้ศาลมีคำสั่งให้ผู้ร้องเปลี่ยนเพศมาเป็นหญิงไม่ได้”

ปกิณกะกฎหมาย

กฎหมายอาญาคืออะไร ?*

รณกรณ์ บุญมี**

เราถูกสอนให้คิดและเข้าใจว่ากฎหมายอาญาคือ “กฎหมายที่ว่าด้วยความผิดและโทษ”¹ โดยเวลาที่เราคำนึ่งถึงโทษเราก็จะโยงไปที่โทษ 5 สถาน²ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน...แต่ข้อความดังกล่าวเป็นจริงหรือไม่, หรือพูดให้ชัดขึ้น ก็คือเป็นจริง “เสมอ” ไปหรือไม่?

* บทความฉบับนี้เดิมผู้เขียนต้องการเขียนเป็นบทความที่สมบูรณ์ แต่ด้วยข้อจำกัดทางภาระงานผู้เขียนจึงตัดสินใจที่จะเขียนออกมาในรูปแบบปกิณกะ เพื่อให้ให้นักศึกษาหรือผู้ที่สนใจในทฤษฎีกฎหมายอาญาได้มองเห็นว่ากฎหมายอาญาไม่ใช่เพียงเรื่องความผิดและโทษอย่างที่มีคนเข้าใจกัน โดยผู้เขียนหวังว่าในอนาคตอันไม่ไกลนักผู้เขียนจะได้มีเวลาปรับปรุงบทความปกิณกะสั้น ๆ นี้ให้เป็นบทความที่สมบูรณ์เพื่อประโยชน์สำหรับการพัฒนากฎหมายอาญาต่อไป

ผู้เขียนขอขอบคุณ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อานนท์ มาเฒ่า สำหรับความเห็นที่มีคุณค่าในร่างฉบับก่อนของบทความฉบับนี้

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) ธรรมศาสตร์., น.บ.ท., น.ม. (กฎหมายอาญา) ธรรมศาสตร์., LL.M. in Human Rights Law with Merit, London School of Economic and Political Sciences (Chevening Scholarship), น.ด. ธรรมศาสตร์., PhD Candidate, National University of Singapore (ทุนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)

¹ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป (วิญญูชน 2551) 14.

² การนึกโยงแต่กับโทษอาญาทั้งห้าสถานนี้เป็นข้อจำกัดทางความคิดของนักกฎหมายอาญา แท้จริงแล้วโทษทางอาญาอาจมาในรูปแบบต่าง ๆ ได้มากกว่านี้ เพียงแต่ประมวลกฎหมายอาญาในปัจจุบันเลือกที่จะจำกัดว่าโทษทางอาญามีได้เพียงห้าสถานเท่านั้น ทั้งนี้ หากในอนาคตหากมีการแก้ไขกฎหมายให้มีโทษประการอื่น เราจะได้รู้อย่างไรว่ากฎหมายที่มีโทษนั้น (ที่ไม่ใช่ห้าสถานนั้น) เป็นกฎหมายอาญาหรือไม่ เช่น ถ้ามีการกำหนดโทษให้เป็นการเฆี่ยน หรือ ให้ลงทะเบียนผู้กระทำความผิดทางเพศ กฎหมายที่กำหนดผลร้ายเหล่านี้เป็นกฎหมายอาญาหรือไม่ เราจะรู้ได้อย่างไร เมื่อเทียบกับกรณีที่เราได้เห็นว่ากรณีที่นักฟุตบอลเล่นผิดกติกาแล้วจะถูกลงโทษด้วยใบเหลือง ใบแดง หรือให้พักเข้าร่วมการแข่งขัน กติกาเหล่านี้ไม่ใช่ความผิดอาญา ประเด็นเรื่องกำหนดโทษนั้นแม้จะเกี่ยวเนื่องแต่อยู่นอกเหนือขอบเขตของบทความนี้ ซึ่งหากมีโอกาสน่าจะได้มีการวิเคราะห์เพิ่มเติมไปพร้อมกัน

เวลาที่นักกฎหมายสักคนจะฟ้องคดี นักกฎหมายผู้นั้นจะต้องรู้ว่าคดีของเขาเป็นคดีประเภทไหน แพ่ง อาญา หรือปกครอง เพื่อที่จะได้ยื่นฟ้องถูกศาล และศาลเองก็จะได้เลือกใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความ ให้ถูกกับประเภทคดี เพราะคดีแต่ละประเภทมีวิธีพิจารณาความ แนวความคิดเบื้องหลัง และมาตรฐาน การพิสูจน์พยานหลักฐานที่แตกต่างกัน คำถามก็คือแล้วเรารู้ได้อย่างไรว่าคดีในมือเราเป็นคดีอาญา?

คำตอบก็คือ, และผมเชื่อว่าหลายคนคิดในใจ, ถ้ากฎหมายห้ามไม่ให้ทำ แล้วมันมีโทษแบบที่ กำหนดไว้ในมาตรา 18 ก็เป็นคดีอาญาอย่างไรเล่า เรื่องง่าย ๆ แค่นี้เองจะมาถามทำไม อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงเรามีกฎหมายอยู่อย่างน้อยสองกรณีที่ไม่ให้เราก่อการ และกำหนดโทษ เช่นเดียวกันกับกรณีมาตรา 18 ไว้แต่กฎหมายทั้งสองกลับไม่เป็นกฎหมายอาญา กล่าวคือ

1. กรณี “โทษปรับทางปกครอง”³ เช่นที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 58⁴ และพระราชบัญญัติ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า พ.ศ. 2546 มาตรา 111⁵

ถึงแม้จะมีผู้อธิบายว่าโทษปรับทางปกครอง และโทษปรับทางอาญามีความแตกต่างกัน ในประเด็นเรื่องความมุ่งหมายในการใช้ และองค์การที่ใช้อำนาจในการสั่งปรับ⁶ แต่ในทางเนื้อหาแล้ว เราจะเห็นว่าโทษทั้งสองประเภทแทบไม่มีความแตกต่างกัน เพราะเป็นการปรับเงินจากผู้กระทำการ ที่ละเมิดบทบัญญัติทางกฎหมาย โดยเงินค่าปรับนั้นไม่ได้ชำระให้กับผู้เสียหายโดยคำนวณตามความเสียหาย ที่แท้จริง แต่เป็นการจ่ายให้กับรัฐในอัตราที่กำหนดไว้ล่วงหน้า จึงมีความน่าสงสัยอยู่มากว่ามาตรการ ของรัฐที่ล่วงล้ำสิทธิที่สำคัญอย่างสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนจะสามารถดำเนินการได้โดยปราศจาก การสั่งขององค์กรทางตุลาการได้หรือไม่ และการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นการขัดกับสิทธิที่จะได้รับ การพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม ซึ่งได้รับการคุ้มครองทั้งโดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ข้อ 14

³ รายละเอียดเพิ่มเติมในการวิเคราะห์เรื่องนี้โปรดดู ปกป้อง ศรีสนิท, *กฎหมายอาญาชั้นสูง* (วิญญูชน 2559) 33-36.

⁴ “มาตรา 58 คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรือละเว้นกระทำ ถ้าผู้อยู่ใน บังคับของคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตาม เจ้าหน้าที่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครอง อย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้... (2) ให้มีการชำระค่าปรับ ทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ต้องไม่เกินสอง หมื่นบาทต่อวัน...”

⁵ “มาตรา 111 โทษทางปกครองมีดังต่อไปนี้... (3) ปรับทางปกครอง”

⁶ ประสาท พงษ์สุวรรณ, ความหมายของโทษปรับทางปกครอง [2547] <<http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?ID=593>> accessed 23 February 2016 นอกจากนี้ ยังมีความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครองให้ความเห็นยืนยันว่าโทษปรับทางปกครองไม่ใช่โทษปรับทางอาญา โดยเห็นว่า “โทษทางปกครองเป็นมาตรการบังคับ ทางกฎหมาย ให้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและ เป็นไปตามเจตนารมณ์ จึงมีวัตถุประสงค์แตกต่างจากวัตถุประสงค์ของโทษทางอาญา ดังนั้น ในกฎหมายหนึ่ง ๆ อาจกำหนดให้ การกระทำอย่างหนึ่งมีทั้งโทษทางอาญาและโทษทางปกครองได้ แม้พระราชบัญญัติอัยและน้ำตาลทราย พ.ศ. 2527 มาตรา 70 ถึงมาตรา 74 ได้กำหนดโทษทางอาญาโดยเฉพาะโทษปรับแก่โรงงานที่กระทำความผิดไว้แล้วก็ตาม อย่างไรก็ตาม มาตรา 17 (25) ได้บัญญัติให้มีโทษทางปกครองอันเนื่องจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระเบียบหรือประกาศที่คณะกรรมการอัยและน้ำตาลทราย กำหนดด้วยวิธีการชำระเบี้ยปรับ ดังนั้น ระเบียบที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงสามารถกำหนดรายละเอียด เกี่ยวกับเบี้ยปรับสำหรับการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ตามระเบียบหรือประกาศได้ และนอกจากนี้ แม้ศาลจะมีคำพิพากษา ว่าโรงงานไม่มีความผิดอาญา แต่ไม่ตัดอำนาจของคณะกรรมการบริหารที่จะสั่งให้โรงงานชำระเบี้ยปรับ” โปรดดูบันทึกของ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 51/2548 <http://app-thca.krisdika.go.th/Naturesig/CheckSig?whichLaw=cmd&year=2548&lawPath=c1_0051_2548#full> accessed 2 August 2016.

และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 40 หรือไม่

เนื่องด้วยนี้เป็นการเขียนเพื่อกระตุ้นให้คิด ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการเพียงพอที่จะชี้ให้เห็นว่า ในประเด็นดังกล่าวศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้วางหลักไว้หลายคดี เช่น *Engel and Others v. The Netherlands*⁷ หรือคดี *Öztürk v. Germany*⁸ ซึ่งวางหลักสอดคล้องกันว่าความผิดและโทษใดจะเป็นความผิดและโทษทางอาญานั้นมีสามเงื่อนไขคือ

(1) รัฐเรียกความผิดนั้นว่าอย่างไร คือถ้ารัฐเห็นว่าเป็นความผิดอาญาความผิดนั้นก็เป็นความผิดอาญา

(2) ลักษณะของความผิด และ

(3) ความรุนแรงและลักษณะของโทษ

เงื่อนไขทั้งสามนี้โดยเฉพาะเงื่อนไขประการสุดท้ายเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ซึ่งถ้าโทษปรับทางปกครองเป็นโทษทางอาญา เมื่อคิดย้อนกลับไปแสดงว่าการกระทำที่เป็นเหตุแห่งการปรับทางปกครอง ก็จะเป็นความผิดอาญา, แม้ว่าจะเรียกชื่ออย่างอื่น, และในการดำเนินคดีก็ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งจะให้ความคุ้มครองแก่จำเลย และใช้มาตรฐานการพิสูจน์ที่สูงกว่ากฎหมายอื่น ๆ การวิเคราะห์ถึงคำถามเหล่านี้อย่างเชื่อมโยงกันจึงเป็นเรื่องจำเป็น

2. “การละเมิดอำนาจศาล” ซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 33 แม้จะกำหนดโทษปรับเพียง 500 บาท แต่กลับกำหนดโทษจำคุกไว้สูงสุดถึงหกเดือน ซึ่งสูงกว่าความผิดอาญาที่แท้จริงหลายฐาน อย่างเช่นการกระทำความผิดตาม ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 169, 345, 366/4 ความผิดเหล่านี้แม้จะถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ซึ่งถูกถือว่าเป็นความผิดอาญาที่แท้จริงก็ยังคงกำหนดโทษจำคุกไม่เพียงเกินสามเดือน และโทษจำคุกถึงหกเดือนนี้เกินกว่าความผิดลหุโทษ⁹

นอกจากในคดีของศาลยุติธรรมแล้วศาลปกครองก็มีการกำหนดโทษสำหรับการละเมิดอำนาจศาลเช่นกัน โดยพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 64¹⁰, ตรงกันข้ามกลับศาลยุติธรรม, กำหนดระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือนระดับเดียวกับความผิดลหุโทษ แต่กลับกำหนดโทษปรับสูงสุดถึงห้าหมื่นบาท ซึ่งสูงกว่าความผิดอาญาที่แท้จริงหลายฐาน และไม่ได้สัดส่วนกับโทษจำคุกเลย

⁷ App no. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 [1976] 1 EHRR 647 <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1976/3.html>> para.82 accessed 23 February 2016.

⁸ App no. 8544/79 <<http://hudoc.echr.coe.int/web/services/content/pdf/001-57553?TID=hlppotufuu>> para 50. accessed 23 February 2016.

⁹ ดูประมวลกฎหมายอาญามาตรา 102 ที่กำหนดว่าความผิดลหุโทษคือความผิดที่จำคุกไม่เกิน 1 เดือน

¹⁰ “มาตรา 64 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมและเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้... (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ...”



อย่างไรก็ตาม ประเด็นเรื่องละเมิดอำนาจศาลนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นที่ 444/2528¹¹ ว่าการละเมิดอำนาจศาลไม่เป็นการกระทำความผิดอาญา ดังนั้น ผู้ถูกลงโทษจึงไม่ถูกตัดสิทธิหรือขาดคุณสมบัติที่จะเป็นข้าราชการ อย่างไรก็ตามว่าความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาในการตีความกฎหมายแม้จะน่าเชื่อถือเป็นอย่างยิ่งแต่ผูกพันเพียงส่วนราชการ แต่หาได้ผูกพันประชาชนไม่¹² และไม่ถือว่าถูกต้องเป็นที่สุดห้ามโต้แย้ง เช่นเดียวกับความเห็นของศาสตราจารย์มหาวิทยาลัย หรือศาลฎีกาที่อาจถูกโต้แย้งได้อย่างน้อยก็ในทางวิชาการโดยสุจริต

คำถามที่ควรตอบก็คือถ้ากฎหมายอาญาคือกฎหมายที่กำหนดความผิด และกำหนดโทษจริง ๆ ทำไมสองกรณีนี้จึงไม่มีความผิดอาญา แล้วรัฐสามารถสร้างความผิดใหม่ที่ห้ามประชาชนกระทำการและลงโทษผู้ฝ่าฝืนด้วยโทษทางอาญา โดยไม่ต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือมาตรฐานการพิสูจน์พยานหลักฐานแบบอาญาได้หรือไม่ แค่นั้น และถ้าทำได้จริงกฎหมายอาญาจะยังจำเป็นอยู่หรือไม่ เพราะเปลืองงบประมาณและสร้างความยุ่งยากที่สามารถหลีกเลี่ยงไปใช้กฎหมายที่เรียกชื่ออย่างอื่นได้

ผมไม่มีคำตอบที่เป็นที่สุดให้กับเรื่องนี้ แต่คิดว่า “คำสำคัญ” ที่สำคัญของเรื่องนี้คือคำว่า “การประณาม” หรือการตีตราว่าเป็นอาชญากรซึ่งกฎหมายอื่นทำไม่ได้แม้จะมีการกำหนดความผิดหรือแม้กระทั่งกำหนดโทษในรูปแบบเดียวกับกฎหมายอาญาก็ตาม หากท่านใดสนใจลองเขียนบทความแลกเปลี่ยน หรือทำเป็นวิจัยดูจะเป็นประโยชน์ยิ่งครับ

¹¹ <http://www.lawreform.go.th/.../th/deca/2528/c2_0444_2528.rtf> accessed 15 March 2016.

¹² มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2482