

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับท่านสมาชิกและท่านผู้อ่าน วารสารนิติศาสตร์ปีที่ ๔๓ ฉบับที่ ๓ เดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๕๗ กองบรรณาธิการและทีมจัดการคงให้คำมั่นว่าจะออกวารสารให้เนื้อหาเข้มข้น ตรงต่อเวลา ซึ่งเป็นแบบแผนที่ดีในการจัดทำวารสารวิชาการกฎหมายของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

พ.ศ. ๒๕๕๗ ยังคงเป็นปีแห่งการเฉลิมฉลองครบรอบ ๘๐ ปี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เพื่อร่วมรำลึกถึงเหตุการณ์สำคัญดังกล่าว ภาพหน้าปกเล่มนี้จึงเป็นภาพโดมแห่งที่สามของ ธรรมศาสตร์ คือ โดมศูนย์ลำปาง ซึ่งตั้งเด่นเป็นสง่าอยู่หน้าแนวภูเขา ขอขอบคุณภาพจาก หอจดหมายเหตุ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

วารสารฉบับนี้มีบทความพิเศษ คือ “Asian Legal Studies in A Changing World” ซึ่งเป็นคำบรรยายพิเศษของศาสตราจารย์ Andrew Harding และความคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิ ๓ ท่าน คือ ศาสตราจารย์ ดร. ประชุม โฉมฉาย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปกติ และ รองศาสตราจารย์ ดร. พินัย ญ นคร

บทความภาษาอังกฤษอีกหนึ่งเรื่อง คือ “The Duty to Inform The Patient in View of Consumer Protection – A Comparison Between The Evolving Trends in Italy and Brazil” ซึ่งเขียนโดย Nicola Cavallaro

บทความกฎหมายแพ่งหนึ่งบทความ คือ “พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส ระหว่างบุคคลเพศเดียวกันในประเทศฝรั่งเศส” โดย ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ

นอกจากนี้ยังมีบทความวิจัย ๔ เรื่อง จากคณาจารย์ภายในคณะนิติศาสตร์ คือ “การพัฒนากระบวนการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม” โดย อาจารย์ธีระ สุธีวรานุ “มาตรการในการรับของกลาง : เปรียบเทียบหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาต่างประเทศ” โดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนิท และคณะซึ่งประกอบด้วย อาจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี อาจารย์ นันทัช กิจรณันท์ และนายบุญญภัทร์ ชูเกียรติ “บทเรียนจากการฟ้องคดีบริษัทยาสูบ ในสหรัฐอเมริกา สู่กฎหมายและมาตรการควบคุมยาสูบในประเทศไทย” โดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สวตรี สุขศรี และ “ปัญหาความมีผลของการแสดงเจตนา กรณีผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็น คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถในภายหลัง” โดย อาจารย์ ดร. กมลวรรณ จิรวิศิษฐ์ และ อาจารย์ พัชยา น้ำเงิน

ท้ายสุดคือ บทความของ อาจารย์ ดร. ฐิติ พ่วงศรีเจริญ จากคณะรัฐศาสตร์ ซึ่งเขียนเรื่อง “หลักประชาธิปไตยเชิงรุก : ตุลาการวิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย” ในมุมมองของ “นิติรัฐศาสตร์”

ภาควิเคราะห์ฉบับนี้เป็นการวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๕๗ เรื่อง “ความรับผิดของผู้ส่งของในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดตามกฎหมายการรับขนส่งทางทะเล” โดยอาจารย์ มัชชะ ยุวมิตร และ ปกฤษะกฤษฎาภรณ์ เรื่อง “บิทคอยน์ (Bitcoin) : ความท้าทายในการกำกับดูแลนวัตกรรมเงินเสมือน” โดยอาจารย์ อภินพ อติพิบูลย์สิน

ขอให้ท่านผู้อ่านได้รับความรู้และมุมมองที่น่าสนใจจากวารสารนิติศาสตร์ และรพบกันฉบับที่ ๔ ซึ่งแน่นอนที่สุดจะมีภาพปกเป็นโฉมศูนย์พิทักษ์ครับ

ปกป้อง ศรีสนิท
บรรณาธิการ

วารสารนิติศาสตร์

ปีที่ ๔๓ ฉบับที่ ๓ (กันยายน ๒๕๕๗)

สารบัญ

บทความ

ASIAN LEGAL STUDIES IN A CHANGING WORLD.....Andrew Harding, Prachoom Chomchai,.....๔๗๕
Kittisak Prokati, and Pinai Nanakorn

พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน
ในประเทศฝรั่งเศส.....ไพโรจน์ กัมพูสิริ.....๔๙๘

การพัฒนาระบบการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม.....ธีระ สุธีวรารักษ์.....๕๑๖

มาตรการในการรับของกลาง: เปรียบเทียบหลักกฎหมายและ
แนวคำพิพากษาต่างประเทศ.....ปกป้อง ศรีสนิท.....๕๔๕
และคณะ

บทเรียนจากการฟ้องคดีบริษัทยาสูบในสหรัฐอเมริกาสู่กฎหมายและ
มาตรการควบคุมยาสูบในประเทศไทย.....สาวตรี สุขศรี.....๕๖๔

ปัญหาความมีผลของการแสดงเจตนา กรณีผู้แสดงเจตนาตาย
ตกเป็นใครความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถในภายหลัง.....กมลวรรณ จิรวิศิษฐ์.....๖๐๒
พชยา น้ำเงิน

หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตุลาการวิวัฒน์กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย.....ฐิติ พวงศเจริญ.....๖๓๑

THE DUTY TO INFORM THE PATIENT IN VIEW OF CONSUMER
PROTECTION – A COMPARISON BETWEEN THE EVOLVING TRENDS
IN ITALY AND BRAZIL.....Nicola Cavallaro.....๖๖๐

ฎีกาวิเคราะห์

คำพิพากษาฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๕๗
(ความรับผิดของผู้ส่งของในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดตามกฎหมาย
การรับขนของทางทะเล).....มัธยะ ยุวมิตร.....๖๘๑

ปณิธานกฎหมาย

บิทคอยน์ (BITCOIN): ความท้าทายในการกำกับดูแลนวัตกรรมเงินเสมือน.....อภิณพ อติพิบูลย์สิน.....๖๙๒

THAMMASAT LAW JOURNAL

Vol. 43 No. 3 (September 2014)

CONTENTS

Articles

- ASIAN LEGAL STUDIES IN A CHANGING WORLD.....*Andrew Harding, Prachoom Chomchai,475*
Kittisak Prokati, and Pinai Nanakorn
- DEVELOPMENT OF LAW ON SAME-SEX MARRIAGE IN FRANCE.....*Pairojana Kampusiri498*
- DEVELOPMENT OF POLITICAL CASE MANAGEMENT
IN THE COURT OF JUSTICE.....*Teera Suteewarangkum516*
- MEASURE OF FORFEITURE: COMPARE WITH DOCTRINE AND
JURISPRUDENCE OF FOREIGN COUNTRIES.....*Pokpong Srisanit and Others545*
- LESSONS FROM LAWSUITS AGAINST TOBACCO COMPANIES IN THE U.S.
TO LAWS AND TOBACCO CONTROL MEASURES IN THAILAND.....*Sawatree Suksri564*
- LEGAL VALIDITY AND CONSEQUENCES OF DECLARATIONS OF INTENTION
WHEN A PERSON WHO MADE THE DECLARATION OF INTENTION DIES,
BECOMES INCOMPETENT OR QUASI-INCOMPETENT BY COURTS' ORDERS.....*Kamolvan Chiravisit602*
Phutchaya Numngern
- MILITANT DEMOCRACY: JUDICIALISATION AND THE PROTECTION
OF DEMOCRACY.....*Puli Fuwongcharoen631*
- THE DUTY TO INFORM THE PATIENT IN VIEW OF CONSUMER
PROTECTION – A COMPARISON BETWEEN THE EVOLVING TRENDS
IN ITALY AND BRAZIL.....*Nicola Cavallaro660*

Case Notes

- SUPREME COURT DECISION NUMBER 8346/2547
(LIABILITY OF THE SHIPPER IN CASE OF MUTUAL FAULT COMMITTED
BY THE CARRIER UNDER THE LAW OF CARRIAGE OF GOODS BY SEA).....*Matthaya Yuvamit.....681*

Legal Varieties

- BITCOIN: A CHALLENGE IN REGULATING THE INNOVATION
OF VIRTUAL CURRENCY.....*Apinop Atipiboonsin.....692*

ASIAN LEGAL STUDIES IN A CHANGING WORLD

Andrew Harding^{*}

Prachoom Chomchai^{**}

Kittisak Prokati^{***}

Pinai Nanakorn^{****}

บทคัดย่อ

บทความนี้เกิดขึ้นจากการบรรยายพิเศษของศาสตราจารย์ ดร. แอนดรูว์ ฮาร์ดิง เมื่อวันที่ ๙ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๖ ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ ซึ่งภายหลังจากที่ผู้บรรยายบรรยายเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งประกอบไปด้วย ศาสตราจารย์ ดร. ประชุม โฉมฉาย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กิตติศักดิ์ ปรกติ และรองศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร ได้แสดงความคิดเห็นต่อคำบรรยาย ด้วยเหตุนี้บทความนี้จึงเป็นการนำเสนอการบรรยายและบท สนทนาโต้ตอบอย่างย่อเกี่ยวกับการศึกษากฎหมายเอเชียในมุมมองของไทย เพื่อทำความเข้าใจข้อคิด เห็นบางส่วน ผู้อ่านควร

^{*} M.A. (Oxon), LL.M. (NUS), Ph.D. (Monash). He is a professor of law and the Director of the Centre for Asian Legal Studies at National University of Singapore and the Director of the Asian Law Institute.

^{**} M.A. (Oxon), B.Litt (Oxon), Barrister-at-Law of Lincoln's Inn, D.D.S. (Mention Bien), D.D.U. (Mention Bien), D.E.S., Docteur en droit (Paris), LL.D. (honoris causa) (Thammasat). He is an adjunct professor at the Faculty of Law, Thammasat University.

^{***} LL.B. (Thammasat), LL.M. (Thammasat), Diplôme de Droit Comparé Strasbourg, M.jur. comp.(magna cum laude) (Bonn), Dr.jur. (summa cum laude) (Bonn). He is an assistant professor at the Faculty of Law, Thammasat University and an associate member of the International Academy of Comparative Law.

^{****} LL.B. (2nd Class Hons) (Thammasat), Barrister-at-Law (Thai Bar Association), Diploma in English Legal Studies (with Distinction) (Bristol), LL.M. (2nd Class Hons) (Cantab), Ph.D. (Bristol). He is an associate professor at the Faculty of Law, Thammasat University.

ตั้งข้อสังเกตว่าการบรรยายพิเศษและบทสนทนาเกิดขึ้นในระหว่างที่มีการ ประท้วงรัฐบาลอย่าง กว้างขวางในกรุงเทพมหานครอันสืบเนื่องมาจากการเสนอร่างพระราชบัญญัติ นิรโทษกรรมเข้าสู่การ พิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร

บทความนี้เริ่มต้นด้วยคำบรรยายของศาสตราจารย์ ดร.แอนดรูว์ ฮาร์ดิง และตามมาด้วย ข้อคิดเห็นของนักกฎหมายไทยที่ได้กล่าวถึงข้างต้นตามลำดับ

Abstract

The following joint article arises out of a lecture given by Professor Andrew Harding at the Faculty of Law, Thammasat University, on 9 November 2013. The lecture was followed by three comments from Thammasat professors (Prachoom, Kittisak, and Pinai), so that we present here what is in effect a short dialogue about Asian legal studies from a Thai perspective. To explain some of the remarks, readers should be aware that this discussion took place in the midst of extensive protests across Bangkok against an Amnesty Bill that was before Parliament.

The article is structured as follows. Andrew Harding's lecture appears first, followed by the three comments. Harding then responds to the comments. There are therefore five sections.

พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการสมรส ระหว่างบุคคลเพศเดียวกัน ในประเทศฝรั่งเศส*

ไพโรจน์ กัมพูสิริ**

บทคัดย่อ

ในปลายทศวรรษที่ ๒๐ คู่เกย์ที่ใช้ชีวิตร่วมกันเริ่มเรียกร้องสิทธิให้เท่าเทียมกับคู่สมรสในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งนานวันเข้ามีจำนวนเพิ่มขึ้นและกดดันรัฐบาลอย่างต่อเนื่อง จนในที่สุดรัฐบาลได้ตรากฎหมาย PACS ออกมาอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือต่างเพศมาบันทึกทะเบียนคู่ชีวิตได้ ผลปรากฏว่าได้รับความนิยมมาก อีกทั้งแนวคำพิพากษาของศาลในเวลานั้นไม่ว่าจะเป็นศาลแพ่ง ศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญหรือแม้แต่ศาลแห่งสหภาพยุโรปล้วนเป็นไปในทางสนับสนุนสิทธิของกลุ่มบุคคลรักร่วมเพศทั้งสิ้น จนเมื่อมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีในปี พ.ศ. ๒๕๕๕ และผู้นำพรรคสังคมนิยม M.François HOLLANDE ซึ่งได้สัญญาว่าจะตรากฎหมายอนุญาตให้บุคคลเพศเดียวกันสมรสหากได้ชัยชนะในการเลือกตั้ง หลังได้รับการเลือกตั้ง รัฐบาลปัจจุบันจึงได้ผลักดันร่างกฎหมายเพื่อการนี้จนสำเร็จและประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษาลงวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๖ โดยรวมแล้วนับจากเวลาประกาศใช้กฎหมาย PACS ถึง ๑๔ ปี การเรียกร้องของบุคคลเดียวกันเพื่อสมรสจึงประสบความสำเร็จได้

* งานเขียนนี้ได้รับการสนับสนุนจากทุนเพิ่มพูนความรู้ในต่างประเทศ ประจำปีงบประมาณ ๒๕๕๗ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สำหรับข้อมูลในงานเขียนทั้งหมด ผู้เขียนขอขอบคุณ Prof. Dominique ROSENBERG แห่งมหาวิทยาลัยปารีส ๑๒ Maître Laure GOLDBLUM ทนายความแห่งกรุงปารีส Mlle. Stéphanie BOISSEAU และคุณอนัน ญ ศุสนทร เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมายการคลัง กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Doctorat de l' Université de Paris, ศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายแพ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

At the end of the twentieth century, the cohabiting gay couples in France began the movements to call for equal rights as marriage couples. As days passed, the increasing number of people had placed continuous pressure on the Government. The Government then promulgated the PACS (*le Pacte civil de Solidarité*) allowing both same-sex couples and heterosexual couples to register for civil unions. The PACS turned out to be very popular. Meanwhile, the rulings of courts, including the Civil Courts, the Administrative Court, the Constitutional Council or even the European Court of Justice had all set path to support homosexual rights. In the 2012 presidential election, M.François Hollande, leader of the Socialist Party, promised to promulgate law allowing same-sex couples to marry if he wins the election. After he was elected, the “*Mariage pour tous*” bill was successfully pushed forward into law by his current government. It was published in the *Journal officiel* dated 18 May 2013. In conclusion, it took the French fourteen years, after the PACS was enacted, to finally achieve the demand of same-sex marriage.

การพัฒนาระบบการจัดการคดีการเมือง ในศาลยุติธรรม*

ธีระ สุธีวรารังกูร**

บทคัดย่อ

จากการศึกษาระบบการพิจารณาวินิจฉัยคดีการเมืองในศาลยุติธรรม สามารถแบ่งคดีการเมืองออกเป็นสองประเภท ได้แก่ คดีเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และคดีเกี่ยวกับการตรวจสอบในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง โดยบทความนี้ จะกล่าวถึงเฉพาะ “คดีเกี่ยวกับการตรวจสอบในคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง” เท่านั้น ซึ่งถึงแม้ว่าศาลยุติธรรมยังคงมีความเหมาะสมในการพิจารณาวินิจฉัยคดีประเภทนี้ แต่เมื่อได้ศึกษาหลักทางทฤษฎีระบบกฎหมายต่างประเทศ และระบบกฎหมายไทย ทั้งในแง่พัฒนาการทางประวัติศาสตร์และสภาพกฎหมายในปัจจุบันแล้ว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและความเหมาะสมยิ่งขึ้น สมควรพิจารณาปรับปรุงองค์กรและระบบการพิจารณาวินิจฉัยคดีประเภทดังกล่าว ทั้งการจัดชั้นของศาลยุติธรรมเพื่อประกันสิทธิของคู่ความในคดี การใช้ระบบวิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนโดยคำนึงถึงหลักการรับฟังคู่ความ องค์คณะ และระบบการจ่ายสำนวนให้แก่องค์กรคณะ และการลงมติและการทำคำพิพากษาส่วนตนของศาล

* บทความนี้สรุปจากรายงานการวิจัยเรื่อง “การพัฒนาระบบการจัดการคดีการเมืองในศาลยุติธรรม” เสนอต่อสถาบันวิจัยและพัฒนาสังคม สำนักงานศาลยุติธรรม พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๖ และเพื่อให้สอดคล้องกับชื่อและเนื้อหารายงานการวิจัย จึงใช้ชื่อบทความตามที่ปรากฏอยู่

** อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Abstract

The study of the procedural system of political cases in the Court of Justice categorizes political cases into two types: one is a case concerning assumption of a position by a holder of a political position, and the other is a case concerning investigation under a criminal case of a holder of a political position. This article will discuss only a case concerning investigation under a criminal case of a holder of a political position. Although the Court of Justice may remain an appropriate body to consider such case, given theoretical principles, foreign legal systems and the Thai legal system both in terms of historical development and current legal circumstance, it is, with a view to being more fair and rightful, appropriate to consider improvement of the procedural body and system, ranging from the hierarchical arrangement of the Court of Justice to ensure the rights of the parties of the case and the use of the inquisitive procedure for such case relying on the rights to defend of the parties, to the judge panel as well as the system of assignment to the judge panel and voting a decision as well as making an individual judicial decision.

มาตรการในการริบของกลาง: เปรียบเทียบหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษา ต่างประเทศ*

ปกป้อง ศรีสนธิ และคณะ**

บทคัดย่อ

การริบทรัพย์สินในคดีอาญามีปัญหาบางประการที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพในการยับยั้งอาชญากรรมและขาดความโปร่งใส การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและแนวทางปฏิบัติดังต่อไปนี้จะทำให้กฎหมายริบทรัพย์สินมีประสิทธิภาพในการยับยั้งอาชญากรรมและทำให้เกิดความโปร่งใส ประการที่หนึ่ง การใช้แนวทางการพิจารณาประโยชน์สาธารณะในการสั่งริบทรัพย์สินที่ได้ใช้หรือมีไว้เพื่อใช้ในการกระทำความผิด ประการที่สอง การใช้การริบทรัพย์สินตามมูลค่ากับอาชญากรที่กระทำความผิดหลายครั้งหรือที่มีวิถีชีวิตเป็นอาชญากร และประการที่สาม การกำหนดให้มีการให้เหตุผลในการสั่งคดีเกี่ยวกับของกลางรวมทั้งเหตุผลในการพิพากษาเกี่ยวกับการริบทรัพย์สิน

* บทความนี้สรุปจากรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง มาตรการในการริบของกลาง: เปรียบเทียบหลักกฎหมายและแนวคำพิพากษาต่างประเทศ (Measure of forfeiture : compare with doctrine and jurisprudence of foreign countries) โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และ สำนักงานอัยการสูงสุด

** คณะผู้วิจัยประกอบด้วย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ปกป้อง ศรีสนธิ เป็นหัวหน้าคณะผู้วิจัย โดยมีผู้ร่วมวิจัย คือ อาจารย์ ดร. รณกรณ์ บุญมี อาจารย์ นันทัช กิจรานันท์ และนายบุญญฤทธิ์ ชูเกียรติ



Abstract

Some problems of criminal forfeiture lead to ineffectiveness of criminal deterrence and lacking of transparency. Improving of laws and practices as follows could make criminal forfeiture more effective and more transparent: 1. Public interest aspect should be applied in deciding whether to confiscate properties used or possessed for use in the commission of an offence, 2. “Value-based confiscation” makes forfeiture more effective in deterrence against recidivists or those who have criminal lifestyle, 3. Reasoning in dossier relating to issue of forfeiture by the public prosecutor and the judge could make criminal proceedings transparent and accountable.

บทเรียนจากการฟ้องคดีบริษัทยาสูบใน สหรัฐอเมริกา สู่กฎหมายและมาตรการควบคุม ยาสูบในประเทศไทย*

สาวตรี สุขศรี**

บทคัดย่อ

ด้วยเหตุผลเรื่องความสูญเสียด้านต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการบริโภคยาสูบ ไม่ว่าจะเป็นด้านทรัพยากรบุคคล สุขภาพของประชากร หรือด้านเศรษฐกิจ ทำให้การควบคุมยาสูบ (Tobacco Control) กลายเป็นภารกิจจำเป็นอย่างหนึ่งที่รัฐสมัยใหม่มีอาจหลีกเลี่ยงได้ การออกกฎหมายควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบและคุ้มครองสุขภาพผู้ไม่สูบบุหรี่ การเพิ่มภาษีบุหรี่ การจำกัดพื้นที่สูบบุหรี่ การห้ามโฆษณาทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งการให้ข้อมูลด้านสุขภาพหรือช่องทางเลิกสูบบุหรี่ ล้วนแล้วแต่เป็นมาตรการเพื่อควบคุมยาสูบทั้งสิ้น และนับตั้งแต่ทศวรรษที่ ๕๐ เป็นต้นมา การฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมยาสูบ เพื่อเรียกร้องให้ผู้ผลิตรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นกับเอกชนผู้ได้รับผลกระทบด้านสุขภาพ หรือต่อความเสียหายทางเศรษฐกิจที่รัฐต้องประสบ ก็เริ่มถูกนำมาใช้เพื่อเป้าหมายในการควบคุมยาสูบด้วย ทั้งนี้ สหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศต้นแบบของการฟ้องคดีบริษัทยาสูบ โดยแม้อดีตจนถึงปัจจุบันคดีส่วนใหญ่ไม่ประสบความสำเร็จ เนื่องจากโจทก์มักเป็นฝ่ายแพ้หรือจำต้องยุติคดีก่อนมีคำตัดสินก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่ามีจำนวนคดีเพิ่มขึ้นเรื่อยมาเป็นลำดับทั้งในและนอกสหรัฐอเมริกา สำหรับประเทศไทยนั้นในช่วงระยะกว่า ๒๐ ปีที่ผ่านมา ทั้งภาครัฐและเอกชนต่างก็พยายามใช้มาตรการต่างๆ เพื่อควบคุมยาสูบมาแล้วเกือบทุกมาตรการ แต่ยังไม่ปรากฏว่ามีการฟ้องคดี

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของรายงานวิจัย “โครงการสำรวจกฎหมายควบคุมยาสูบ: การฟ้องคดียาสูบและคำพิพากษาคดีในต่างประเทศ (Tobacco Litigation) เพื่อศึกษาความเป็นไปได้ในการคุ้มครองและเยียวยาสุขภาพของผู้สูบและไม่สูบบุหรี่ ผ่านการฟ้องคดีบริษัทหรือกลุ่มอุตสาหกรรมยาสูบในประเทศไทย” เสนอสำนักควบคุมการบริโภคยาสูบ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข, ๒๕๕๖

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมดีมาก) (ธรรมศาสตร์), นิติศาสตรมหาบัณฑิต (ธรรมศาสตร์), เนติบัณฑิตยสภา, LL.M (มหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี), อาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

บริษัทผู้ผลิตยาสูบเกิดขึ้นเลย บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาคดียาสูบในต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่นำเสนอให้เห็นถึงสถานการณ์คดี วิวัฒนาการของข้อกล่าวหา ข้อเรียกร้อง และข้อต่อสู้ของคู่ความ รวมทั้งผลสะท้อนของคดีที่เกิดขึ้นต่อสังคม เพื่อนำมาวิเคราะห์ว่า หากเปรียบเทียบกับสถานการณ์ทางคดีในต่างประเทศแล้ว ด้วยบทกฎหมายที่มีอยู่ประกอบกับบริบทของสังคมในปัจจุบัน การฟ้องคดีบริษัทยาสูบอาจเกิดขึ้นในประเทศไทยได้หรือไม่ หรือมีปัญหาและข้อติดขัดประการใด

Abstract

Due to losses caused by tobacco consumption e.g. in human resource, public health or economic, tobacco control becomes an unavoidable mission for a modern state. Legislation to regulate tobacco products and protect the health of non-smokers, raising taxes for cigarettes, restriction of smoking areas, bans of advertising and the provision of health information or guidelines for quitting smoking are the tobacco control measures. Since the 1950's, lawsuits against tobacco companies have been used for the goal of tobacco control to insist their accountability for damages of private health or economic losses of the state. The United States is considered as a model of lawsuits against tobacco companies. Although most cases have been seen as unsuccessful due to the dismissed plaintiffs or force ended cases before the verdict. However, a number of cases are apparently increasing inside and outside the U.S. In last 20 years, government and non-government organizations in Thailand have tried almost all measures to control tobacco products. However, no case against tobacco companies has ever been prosecuted in Thailand. This article is a part of the research on tobacco litigation in foreign countries especially in the U.S.. It shows case scenarios, evolution of the allegations, claims and defences of parties including the impact of those cases to the society. Moreover, it analyses the possible problems and barriers of lawsuit against tobacco companies in Thailand based on existing legislation and context of society in comparison with lawsuit situation in other countries.

ปัญหาความมีผลของการแสดงเจตนา กรณีผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็นคนที่รู้ความสามารถหรือ คนเสมือนรู้ความสามารถในภายหลัง*

กมลวรรณ จิรวินิชญ์**
พัชยา น้ำเงิน***

บทคัดย่อ

การแสดงเจตนาอาจแบ่งได้เป็นการแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนากรณีหนึ่ง ซึ่งการแสดงเจตนาจะมีผลทันทีที่แสดงเจตนาออกมาตามทฤษฎีการแสดงเจตนามีผลเมื่อปรากฏ (Doctrine of Utterance/Expression) กับการแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนาอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งการแสดงเจตนาประเภทนี้สามารถแบ่งแยกได้เป็นสองกรณีคือ กรณีที่หนึ่ง การแสดงเจตนาต่อผู้อยู่เฉพาะหน้า มีผลเมื่อผู้รับการแสดงเจตนาได้ทราบการแสดงเจตนาขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๖๘ ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีการแสดงเจตนามีผลเมื่อรู้ (Doctrine of Perception) และกรณีที่สอง การแสดงเจตนาต่อผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า มีผลเมื่อการแสดงเจตนาได้ส่งไปถึงผู้รับการ

* บทความนี้สรุปจากรายงานการวิจัยเรื่อง “ปัญหาความมีผลของการแสดงเจตนา กรณีผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็นคนที่รู้ความสามารถหรือคนเสมือนรู้ความสามารถในภายหลัง” เสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., LL.M. University of California Berkeley, J.S.D. University of California Berkeley, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายแพ่ง และภาควิชากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

*** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายเอกชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายแพ่ง และภาควิชากฎหมายวิธีสบัญญัติ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

แสดงเจตนาแล้วโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับการแสดงเจตนาจะทราบถึงการแสดงเจตนาขึ้นหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๖๙ วรรคหนึ่ง ซึ่งสอดคล้องกับทฤษฎีการแสดงเจตนา มีผลเมื่อไปถึง (Doctrine of Reception)

ปัญหามีอยู่ว่าหากผู้แสดงเจตนาตายหรือตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ การแสดงเจตนาขึ้นนั้นจะยังคงมีอยู่หรือจะเสื่อมเสียไป คณะผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์ โดยแบ่งแยกออกเป็นสามสถานการณ์ ดังนี้

สถานการณ์ที่หนึ่งคือ กรณีผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาสำเร็จเด็ดขาดลง

สถานการณ์ที่สองคือ กรณีผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ ภายหลังจากได้แสดงเจตนาออกไปสำเร็จเด็ดขาดลงแล้ว แต่ก่อนที่การแสดงเจตนาจะมีผล ซึ่งตามสถานการณ์นี้คณะผู้เขียนได้แยกพิจารณาออกเป็น (๑) การแสดงเจตนาที่ไม่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา (๒) การแสดงเจตนาที่ต้องมีผู้รับการแสดงเจตนา ตามกรณีย่อยที่สองนี้ ยังแบ่งแยกการพิจารณาออกไปอีกสามกรณีคือ (๒.๑) กรณีการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้อยู่เฉพาะหน้า (๒.๒) กรณีการแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่อยู่เฉพาะหน้า และ (๒.๓) กรณีการแสดงเจตนาผ่าน “ตัวแทน”

สถานการณ์ที่สามคือ กรณีที่ผู้แสดงเจตนาตาย ตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถภายหลังจากการแสดงเจตนาขึ้นนั้นมีผลแล้ว ซึ่งตามสถานการณ์นี้คณะผู้เขียนได้แยกศึกษาวิเคราะห์ในแต่ละกรณีเช่นเดียวกับสถานการณ์ที่สอง

จากการศึกษาพบว่าในแต่ละสถานการณ์และกรณีย่อยให้ผลทางกฎหมายแตกต่างกัน บางกรณีไม่ก่อผลใดๆ ในทางกฎหมายเพราะไม่มีผลเป็นการแสดงเจตนา บางกรณีการแสดงเจตนามีผลตามกฎหมายเพราะความตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถไม่กระทบถึงเจตนาที่ได้แสดงออกไปสำเร็จเด็ดขาดลงแล้ว อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นให้เจตนาที่ได้แสดงออกไปสำเร็จเด็ดขาดลงแล้ว “เสื่อมเสียไป” หากเป็นการแสดงเจตนาทำคำเสนอ ทั้งนี้ การ “เสื่อมเสียไป” ของเจตนาย่อมต้องให้ผลทางกฎหมายสอดคล้องและไม่ขัดแย้งกับหลักกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย หรือการแสดงเจตนา ยังคงมีผลตามกฎหมายเพราะเจตนาที่ได้แสดงออกไปสำเร็จเด็ดขาดลงมีผลทางกฎหมายแล้วก่อนผู้แสดงเจตนาตาย หรือตกเป็นคนไร้ความสามารถหรือเสมือนไร้ความสามารถ

Abstract

In theory, declarations of intention can be divided into two categories: first, those that do not need receivers of the intention and second, those that need receivers of the intention. According to the Doctrine of Utterance/Expression, a declaration of intention in the first category automatically takes effect right after it is completed. For this second category, the declarations of intention can further be divided into two sub-categories. The first sub - category concerns declarations of

intention that is expressed to the receivers in their presence. According to Section 168 of the Thai Civil and Commercial Code, the declarations of intention shall take effect from the time when the receivers know about the intention of the other parties. The second sub-category deals with declarations of intention made to the receivers without their presence. According to Section 169 paragraph 1 of the Thai Civil and Commercial Code, this type of declarations of intention takes effect only when the intention is communicated and reaches the receiver, regardless of the receiver's knowledge of such the declarations. This rule is in accordance with the Doctrine of Reception.

The main focus of this study is on legal consequences and validity of declarations of intention in case a person who made the declaration of intention dies, becomes incompetent or quasi-incompetent by Courts' orders. These scenarios occur in three situations;

First: when a person who originally made a declaration of intention dies, becomes incompetent or quasi-incompetent by a Court's order prior to the completion of his/her declaration of intention.

Second: when a person who originally made a declaration of intention dies, becomes incompetent or quasi-incompetent by a Court's order after the declaration of intention is made, but before the declaration of intention takes effect. Here, the legal consequences of the declaration of intention vary depending on whether the declaration of intention needs a receiver or not, whether the declaration of intention is made to a person in his presence or not and whether it is made through "an agent" or not.

Third: when a person who originally made a declaration of intention dies, becomes incompetent or quasi-incompetent by a Court's order after the declaration of intention has already taken effect. The legal consequences of the declarations of intention in this situation are different depending on several factors, similar to those applied to the second situation.

This study concludes that the legal consequences of declarations of intention in the case of a deceased, incompetent and semi-incompetent person in each of the above situations and factors vary. First, where the declaration is incomplete, it has no legal effect. However, in other situations, the status of the deceased, incompetent and semi-incompetent person who made such the declaration will not affect the validity of the original declaration which has been sent off, except where his original declaration of intention was to make an offer. In such the case, the validity of the offer is deemed

to have already been “impaired”. Here, the term “impaired” shall be interpreted in concurrent and compliance with other related laws. Nonetheless, in other situations, the declarations of intention can still be valid since the declarations of intention have already been completed and taken effect before the person who made the declaration of the intention dies, becomes incompetent or quasi-incompetent by a Court’s order.

หลักประชาธิปไตยเชิงรุก: ตูลาการวิวัฒน์ กับการพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตย

ภุริ พวงค์เจริญ*

บทคัดย่อ

หลักประชาธิปไตยเชิงรุก (Militant Democracy) เป็นหลักการพื้นฐานซึ่งเน้นย้ำถึงความจำเป็นที่จะต้องพิทักษ์ระบอบประชาธิปไตยด้วยการจำกัดสิทธิเสรีภาพของพลเมือง หลักดังกล่าวมุ่งปราบปรามผู้ที่หาประโยชน์จากระบอบประชาธิปไตย เพื่อทำลาย หรือโค่นล้มระบอบประชาธิปไตยเอง อนึ่ง ในการบังคับใช้หลักประชาธิปไตยเชิงรุก สถาบันที่มีแนวโน้มถูกดึงมาเป็นผู้รับผิดชอบก็คือ สถาบันตุลาการ ศาลในประเทศต่างๆ ได้รับมอบอำนาจชี้ขาดว่า อะไรเป็นภัยคุกคามต่อระบอบประชาธิปไตย และเราควรจัดการกับภัยคุกคามนั้นๆ อย่างไร บทความชิ้นนี้เริ่มต้นจากการสำรวจพัฒนาการทางการเมืองในเยอรมนียุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ ๒ ที่ทำให้ Karl Loewenstein หันมาชูแนวคิดที่ว่าด้วยการปกป้องประชาธิปไตยจากการทำลายตัวเอง หลังได้พิจารณาข้อเสนอของเขา ส่วนที่เหลือของบทความจะเกี่ยวกับการนำหลักประชาธิปไตยเชิงรุกไปปฏิบัติในเยอรมนีตะวันตกระหว่างช่วงสงครามเย็น โดยจะเจาะจงที่ ๒ กรณีศึกษาสำคัญ คือ การยุบพรรคการเมืองสุดโต่ง และการตัดสิทธิเข้ารับราชการของพวกฝ่ายซ้าย ท้ายที่สุด บทความชิ้นนี้ยังศึกษาความตึงเครียดภายในตัวของหลักประชาธิปไตยเชิงรุก ตลอดจนประเด็นที่ต้องคำนึงถึงเวลานำหลักดังกล่าวไปปฏิบัติ

* รัฐศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๑) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เศรษฐศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, M.Phil. (Politics) University of Cambridge, Ph.D. (Politics and International Studies) University of Cambridge, อาจารย์ประจำ คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. นครินทร์ เมฆไตรรัตน์ อย่างสูง บทความชิ้นนี้คงไม่สำเร็จได้หากปราศจากแรงสนับสนุน และคำปรึกษาจากอาจารย์



Abstract

Militant democracy is the basic principle that emphasises the need to safeguard democracy by placing restrictions on civil rights and liberties. Such a principle seeks to suppress those who misuse democracy so as to challenge or subvert democracy itself. Meanwhile, in bringing militant democracy into force, the institution which tends to be placed in charge turns out to be the judiciary. Courts in many countries have been vested with the power to decide on what constitutes a threat to democracy and how we should deal with that threat. This article begins from examining the political development in Germany before the Second World War that induced Karl Loewenstein to propound the idea concerning the protection of democracy from self-destruction. Then, after contemplating his proposal, the rest of this article concerns the implementation of militant democracy in West Germany during the Cold War, with a focus on two revealing case studies: the dissolution of extremist parties and the professional disqualification against the left. In the end, this article also discusses the internal tension within militant democracy as well as issues that need to be taken into consideration when applying the principle.

THE DUTY TO INFORM THE PATIENT IN VIEW OF CONSUMER PROTECTION – A COMPARISON BETWEEN THE EVOLVING TRENDS IN ITALY AND BRAZIL

Nicola Cavallaro *

บทคัดย่อ

ประเทศบราซิลได้เลือกกระบวนกลางระหว่างหลักเกณฑ์ต่างๆ ในกฎหมายตนเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ในการเปรียบเทียบจึงมีใช้กรณีของการแสดงให้เห็นว่าหลักเกณฑ์ข้อใดเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปหรือหลักเกณฑ์พิเศษอีก หากแต่เป็นการวิเคราะห์จุดร่วมระหว่างกฎเกณฑ์ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกฎหมายเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่ง (Código Civil) กฎเกณฑ์การคุ้มครองผู้บริโภคตามที่ได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะในประมวลกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค (Código de Defesa do Consumidor) และกฎของภาคส่วนอื่นๆ ในการคุ้มครองผู้บริโภค

* Licensed Lawyer admitted to the Superior Jurisdiction in Italy. Partner of Cavallaro Law Firm in Italy (Bergamo). Past Tutor (“Cultore della materia”) assisting the Chair of Institutions of Private Law at Catholic University in Milan in 1993.

Abstract

Brazil has chosen the option of a centrality of the system of rules for consumer protection in its own law. It is no longer a case of establishing which rule is general or special compared to the others, but rather than of analysing the coexistence between the regulation of the relationships of private law, as legitimated in the Código Civil, and that which specifically protects the consumer as contained in the Código de Defesa do Consumidor and the other sector regulations for the protection of the same.

ฎีกาวิเคราะห์

มัธยะ ยุวมิตร*

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๕๗

(ความรับผิดของผู้ส่งของในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดตามกฎหมายการรับขนของทางทะเล)

“ที่ฝาระวางทวินเดก แอช คัพเวอร์ ของระวางที่ ๑ บนเรือเฮริเทจของโจทก์ที่ ๒ ผู้ขนส่งหักพังลงมากระแทกสินค้าอื่นจนฝาระวางและสินค้าอื่นนั้นได้รับความเสียหาย เป็นเหตุมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยโดยจำเลยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตามประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งไม้เนื้อแข็งแปรรูปนั้น อย่างไรก็ตาม โจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นผู้ขนส่งก็มีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังและปฏิบัติการให้เหมาะสมในการบรรทุกกล่องเรือซึ่งไม้เนื้อแข็งแปรรูปที่ตนทำการขนส่งตามพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๑๐ ด้วย การที่โจทก์ทั้งสองนำไม้เนื้อแข็งแปรรูปซึ่งเป็นสินค้าที่มีน้ำหนักมากไปวางไว้บนฝาระวางทวินเดก แอช คัพเวอร์ ย่อมเสี่ยงต่อการที่ฝาระวางดังกล่าวจะหักพังลงมาเพราะรับน้ำหนักไม่ได้”

“ความเสียหายที่โจทก์ทั้งสองได้รับ...รวมเป็นค่าเสียหายทั้งสิ้นจำนวน ๘๕,๕๑๑.๒๙ ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อได้วินิจฉัยข้างต้นแล้วว่าที่ฝาระวางทวินเดก แอช คัพเวอร์ ของระวางที่ ๑ บนเรือเฮริเทจของโจทก์ที่ ๒ ผู้ขนส่งหักพังลงมาและกระแทกกับสินค้าอื่นจนฝาระวางและสินค้าอื่นนั้นได้รับความเสียหายเป็นเหตุมาจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยผู้ส่งของและเป็นเหตุมาจากโจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งซึ่งเป็นฝ่ายผู้เสียหายมีส่วนประมาทในการก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวด้วย จึงเห็นสมควรกำหนดค่าเสียหายให้จำเลยรับผิดชอบใช้แก่โจทก์ทั้งสองจำนวน ๔๒,๗๕๕.๖๔ ดอลลาร์สหรัฐ”

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา

ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล

โจทก์ที่ ๑ และโจทก์ที่ ๒ เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัดประกอบกิจการรับขนของทางทะเล โจทก์ที่ ๑ ใช้ชื่อทางการค้าว่า “นอร์วีเจียนเอเชียไลน์” (Norwegian Asia Line) โจทก์ที่ ๒ เป็นเจ้าของเรือเดินทะเลชื่อ “เฮริเทจ” (Heritage) โจทก์ทั้งสองมีสถานะเป็นผู้ขนส่งตามกฎหมายการรับขนของทางทะเล ส่วนจำเลยเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ประกอบกิจการส่งออกไม้เนื้อแข็งแปรรูปและมีสถานะเป็นผู้ส่งของ

เมื่อวันที่ ๑๕ กันยายน ๒๕๔๒ จำเลยได้ว่าจ้างโจทก์ที่ ๑ ให้ขนส่งสินค้าแบบเทกองไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวนทั้งสิ้น ๔๑๕ มัด ปริมาตรรวม ๕๓๖.๖๖ ลูกบาศก์เมตร รวมน้ำหนักประมาณ ๓๗๘,๙๙๕ กิโลกรัม จากท่าเรือสิงคโปร์ไปยังท่าเรือโคลัมโบ ประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมประชาธิปไตยศรีลังกา โดยในการขนส่งครั้งนี้ได้มีการแบ่งปริมาณของสินค้าออกตามใบตราส่งทั้งหมด ๕ ฉบับ โดยมีรายละเอียดตามลำดับดังนี้

- ใบตราส่งฉบับที่ ๑ ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๒๘๕ มัด ปริมาตร ๓๖๑.๔๗ ลูกบาศก์เมตร น้ำหนักรวม ๒๕๕,๒๓๖ กิโลกรัม

- ใบตราส่งฉบับที่ ๒ ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๕๖ มัด ปริมาตร ๗๒.๑๖ ลูกบาศก์เมตร น้ำหนักรวม ๕๐,๙๖๓ กิโลกรัม

- ใบตราส่งฉบับที่ ๓ ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๒๔ มัด ปริมาตร ๓๕.๙๙ ลูกบาศก์เมตร น้ำหนักรวม ๒๕,๔๑๕ กิโลกรัม

- ใบตราส่งฉบับที่ ๔ ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๓๕ มัด ปริมาตร ๕๒.๙๙ ลูกบาศก์เมตร น้ำหนักรวม ๓๗,๔๒๐ กิโลกรัม

- ใบตราส่งฉบับที่ ๕ ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๑๕ มัด ปริมาตร ๑๔.๐๕ ลูกบาศก์เมตร น้ำหนักรวม ๙,๙๒๑ กิโลกรัม

อย่างไรก็ดี ในการขนส่งไม้เนื้อแข็งแปรรูปดังกล่าว โจทก์ที่ ๒ ได้ร่วมทำการขนส่งกับโจทก์ที่ ๑ โดยนำเรือเฮริเทจมาใช้ขนส่ง โจทก์ทั้งสองได้นำสินค้าไม้เนื้อแข็งแปรรูปตามใบตราส่งฉบับที่ ๒ ถึงที่ ๕ รวมกับไม้เนื้อแข็งแปรรูปบางส่วนตามใบตราส่งฉบับแรกจำนวน ๔๓ มัด^๑ รวมเป็นไม้เนื้อแข็งแปรรูปทั้งสิ้น ๑๗๓ มัด จัดวางลงบนฝาระวางทวินเด็ค แอช คัฟเวอร์ (Tweendeck Hatch Cover)^๒ ของระวางที่ ๑ ซ้อนกันสูงประมาณ ๖ ถึง ๗ ชั้น ในเนื้อที่ ๑๐๔ ตารางเมตร ซึ่งหากคำนวณน้ำหนักตามที่

^๑ ส่วนไม้เนื้อแข็งแปรรูปตามใบตราส่งฉบับแรกในส่วนที่เหลือจำนวน ๒๔๒ มัด โจทก์ทั้งสองได้แยกนำไปจัดวางไว้ในระวางที่ ๒ และที่ ๓

^๒ ฝาระวางทวินเด็ค แอช คัฟเวอร์ เป็นส่วนประกอบหนึ่งของเรือประเภท TWEEN DECK VESSELS ซึ่งเป็นเรือที่มีดาดฟ้าเพิ่มขึ้นอีกหลายชั้นที่ด้านล่างของดาดฟ้าเรือชั้นบนสุด (main deck) เหมาะสมกับการบรรทุกสินค้าทั่วไป ซึ่งดาดฟ้าเรือแต่ละชั้นจะช่วยป้องกันความเสียหายของสินค้าได้. นักเรียนจำทราเรือ รุ่น ๑๒, “ความรู้เรื่องท่าเรือและเรือ,” สืบค้นเมื่อ ๕ มิถุนายน ๒๕๕๗, จาก

ระบุไว้ในใบตราส่งทั้ง ๕ ฉบับนั้นจะคำนวณได้น้ำหนักรวมกันเท่ากับ ๑๖๗,๒๔๔ กิโลกรัม หรือ ๑๖๗,๒๔๔ เมตริกตัน แต่ในความเป็นจริงแล้วไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๑๗๓ มัดที่เกิดเหตุนี้มี น้ำหนักมากถึงประมาณ ๓๑๗.๙๒๗ เมตริกตัน การแจ้งน้ำหนักสินค้าของจำเลยจึงไม่ถูกต้องและถือเป็นพฤติการณ์ที่จำเลยประมาทเลินเล่อมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยของผู้ประกอบ กิจการส่งออกไม้เนื้อแข็งแปรรูป ด้วยเหตุนี้การกระทำของจำเลยผู้ส่งของซึ่งได้แจ้งน้ำหนักของสินค้าไม้ เนื้อแข็งแปรรูปน้อยกว่าน้ำหนักของสินค้าตามความจริงอันเป็นผลโดยตรงที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ เรือของโจทก์ที่ ๒ ซึ่งเป็นผู้ขนส่ง ซึ่งถือเป็นพฤติการณ์ที่จำเลยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตามประเพณีทาง การค้าเกี่ยวกับการส่งไม้เนื้อแข็งแปรรูป ตามมาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ส่งของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการที่ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นได้รับความเสียหาย หรือการที่เรือเสียหาย เว้นแต่จะเป็นเหตุมาจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้ส่งของหรือตัวแทน หรือลูกจ้างของผู้ส่งของหรือจากสภาพแห่งของนั้นเอง โดยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือ ประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งของนั้น”

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าในคดีนี้จะได้มีการให้ถ้อยคำจากพยานซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทโจทก์ ทั้งสองว่า ฝาระวางทวินเดกฯ ของระวางที่ ๑ ดังกล่าวสามารถรับน้ำหนักได้มากที่สุดจำนวน ๓๑๗.๔๐๘ เมตริกตัน หากสินค้าไม้เนื้อแข็งแปรรูปมีน้ำหนักเพียง ๑๖๗,๒๔๔ เมตริกตัน ตามที่จำเลยแจ้ง ฝาระวางนั้นย่อมสามารถรับน้ำหนักของไม้เนื้อแข็งได้อย่างแน่นอนก็ตาม แต่ด้วยข้อเท็จจริงที่เรือเฮอริเทจ นั้นได้ถูกสร้างขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๑๙ และยังไม่ปรากฏว่ามีการซ่อมแซมในส่วนของฝาระวางทวินเดกฯ มาก่อน จึงเห็นได้ว่าโจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งย่อมทราบถึงสภาพแห่งฝาระวางที่ได้ถูกใช้งานบรรทุกสินค้า บนผ้านั้นมานานถึง ๒๓ ปีโดยปราศจากการซ่อมแซม ดังนั้น จึงเป็นที่คาดหมายได้ว่าความมั่นคง แข็งแรงของฝาระวางดังกล่าวย่อมเสื่อมสภาพไปตามกาลเวลาและไม่น่าจะยังคงมีความมั่นคงแข็งแรง เพียงพอที่จะรับน้ำหนักได้ถึง ๓๑๗.๔๐๘ เมตริกตัน ดังที่พยานฝ่ายโจทก์ได้ให้ถ้อยคำยืนยัน

นอกจากนี้คำพิพากษาของศาลยังได้ระบุเหตุผลเพิ่มเติมต่อไปด้วยว่า น้ำหนักของไม้เนื้อแข็ง แปรรูปที่จำเลยผู้ส่งของได้แจ้งกับจำเลยผู้ขนส่งนั้นเป็นเพียงการประมาณน้ำหนักโดยคิดตามสูตร คำนวณของคณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์เท่านั้น ไม่ได้ใช้วิธีการชั่งน้ำหนักจริง^๓ การจัดวาง ไม้เนื้อแข็งแปรรูปเหล่านั้นบนฝาระวางดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์และความ สะดวกของโจทก์ทั้งสองเองที่ง่ายต่อการขนถ่ายสินค้าไม้เนื้อแข็งลงจากเรือเมื่อถึงเมืองท่าปลายทาง ด้วยเหตุนี้พฤติการณ์ดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำที่โจทก์ทั้งสองมิได้ใช้ความระมัดระวังและไม่ได้

^๓ โจทก์ทั้งสองและจำเลยนำสืบกันว่า การส่งไม้เนื้อแข็งจะไม่มีกรชั่งน้ำหนักมาก่อนเพราะต้องเสียเวลามาก จึงต้องใช้สูตรการคำนวณน้ำหนักของไม้ดังกล่าวตามสูตรของคณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์ (ด้วยการนำปริมาตรของ ไม้เป็นลูกบาศก์ฟุตหรือลูกบาศก์เมตรเป็นตัวตั้งหารด้วย ๑.๔๑๖ ผลลัพธ์ที่ได้จะได้น้ำหนักของไม้เป็นกิโลกรัม) และคิดระวาง บรรทุกกันตามปริมาตรและขนาดของไม้

ปฏิบัติการให้เหมาะสมตามวิสัยของผู้ขนส่งในการบรรทุกของลงเรือ^๔ โจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งจึงมีส่วนประมาทในการบรรทุกของลงเรือซึ่งไม่แน่นแฟ้นแข็งแรงแปรรูปเหล่านั้นจนเป็นเหตุให้ฝาระวางที่ ๑ หักพังมากระแทกกับสินค้าอื่นจนได้รับความเสียหายด้วย

ดังนั้น สรุปความเสียหายที่โจทก์ทั้งสองได้รับจึงมีค่าซ่อมแซมฝาระวางทวินเดกฯ ของระวางที่ ๑ จำนวน ๖๙,๐๐๐.๙๕ ดอลลาร์สหรัฐ ประกอบกับค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอื่นๆ^๕ รวมเป็นค่าเสียหายจำนวนทั้งสิ้น ๘๕,๕๑๑.๒๙ ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งจากที่ศาลได้วินิจฉัยข้างต้นแล้วว่าสาเหตุแห่งความเสียหายของฝาระวางทวินเดกฯ ของระวางที่ ๑ บนเรือเฮอริเทจของโจทก์ที่ ๒ นั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของจำเลยผู้ส่งของและโจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งซึ่งเป็นฝ่ายผู้เสียหายที่มีส่วนประมาทในการก่อให้เกิดความเสียหายดังกล่าวด้วย จึงได้มีคำพิพากษาให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์ทั้งสองเป็นจำนวน ๔๒,๗๕๕.๖๔ ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นจำนวนกึ่งหนึ่งของความเสียหายทั้งหมดนั้นเอง

บทวิเคราะห์คำพิพากษา

๑. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดี

บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้ ได้แก่ มาตรา ๓๑ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ส่งของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการที่ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นได้รับความเสียหายหรือการที่เรือเสียหาย เว้นแต่จะเป็นเหตุมาจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้ส่งของหรือตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ส่งของหรือจากสภาพแห่งของนั้นเอง โดยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งของนั้น” บทบัญญัติข้างต้นนี้ทำให้เกิดความเข้าใจในเบื้องต้นว่า โดยหลักผู้ส่งของจะไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการที่ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นได้รับความเสียหายหรือการที่เรือเสียหาย แต่ก็มีข้อยกเว้นว่า ถ้าเหตุแห่งความเสียหายหรือการที่เรือเสียหายนั้นเกิดขึ้นจาก (๑) ความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้ส่งของ หรือตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ส่งของ หรือ (๒) เกิดจากสภาพแห่งของนั้นเอง ทั้งนี้โดยข้อบกพร่องของผู้ส่งของที่ (ก) มิได้ปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งของนั้น หรือ (ข) มิได้ปฏิบัติตามประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งของนั้น ซึ่งหน้าที่ในการนำสืบข้อบกพร่องอันเป็นสาเหตุแห่งความเสียหายดังกล่าวนี้ย่อมเป็นภาระการพิสูจน์ของผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่น^๖

^๔ ทั้งนี้ตามมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ขนส่งต้องใช้ความระมัดระวังและปฏิบัติการให้เหมาะสมในการบรรทุกของลงเรือ การยกขน การเคลื่อนย้าย การเก็บรักษา การดูแลและการขนถ่ายซึ่งของที่ตนทำการขนส่ง”

^๕ ค่าเสียหายเพื่อความเสียหายอื่นๆ ได้แก่ ความเสียหายของสินค้าอื่นจำนวน ๗,๓๔๑.๓๒ ดอลลาร์สหรัฐ ความเสียหายเนื่องจากการขนถ่ายสินค้าเกินเวลาจำนวน ๗,๔๒๙.๐๒ ดอลลาร์สหรัฐ และความเสียหายที่เรือเฮอริเทจต้องใช้น้ำมันเชื้อเพลิงระหว่างการขนถ่ายสินค้าเกินเวลาจำนวน ๑,๗๔๐ ดอลลาร์สหรัฐ

^๖ ไผทชิต เอกจริยกร, (๒๕๕๒), กฎหมายพาณิชย์นาวี ตอน ๒, พิมพ์ครั้งที่ ๖, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน), ๒๙๙

มาตรา ๓๑ ข้างต้นนี้เป็นบทบัญญัติที่ได้รับอิทธิพลมาจากอนุสัญญาระหว่างประเทศ ๒ ฉบับ ได้แก่ (๑) International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, 1924 ซึ่งนิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “Hague Rules” และ (๒) United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978 ซึ่งนิยมเรียกกันโดยทั่วไปว่า “Hamburg Rules” โดยมีข้อบทอันเป็นที่มาของมาตรา ๓๑ ดังนี้

Hague Rules, Article 4 (3) “The shipper shall not be responsible for loss or damage sustained by the carrier or the ship arising or resulting from any cause without the act, fault or neglect of the shipper, his agents or his servants.”

Hamburg Rules, Article 12 “The shipper is not liable for loss sustained by the carrier or the actual carrier, or for damage sustained by the ship, unless such loss or damage was caused by the fault or neglect of the shipper, his servants or agents. Nor is any servant or agent of the shipper liable for such loss or damage unless the loss or damage was caused by fault or neglect on his part.”

จากข้อบททั้งสองข้างต้นจะสังเกตได้ว่าเนื้อหาสาระสำคัญและรูปแบบว่าด้วยการกำหนดหลักการและข้อยกเว้นของบทบัญญัติแห่งกฎหมายไทยนั้นมีลักษณะเดียวกันกับกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะต่างก็กำหนดบทหลักไว้ว่า “ผู้ส่งของไม่ต้องรับผิดชอบ...” (“The shipper shall not be responsible for...” (“The shipper is not liable for...”)) ก่อนที่จะกำหนดข้อยกเว้นต่อไปว่า “เว้นแต่จะเป็นเหตุมาจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของผู้ส่งของ...” (“...without the act, fault or neglect of the shipper, his agents or his servants.”) (“...unless the loss or damage was caused by fault or neglect on his part.”) อย่างไรก็ตาม ข้อแตกต่างประการหนึ่งระหว่างกฎหมายไทยและกฎหมายระหว่างประเทศที่สังเกตได้ชัดเจนคือ มาตรา ๓๑ ของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ นั้นมีหลักเกณฑ์ที่เป็นรายละเอียดว่า “โดยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งของนั้น” ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่า Hague Rules หรือ Hamburg Rules จะไม่ปรากฏข้อความดังกล่าว

อย่างไรก็ดี เรื่องของการปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งของนั้นก็มีปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศอยู่เช่นกัน ได้แก่ Article 4 (2)(b)(ii) ของ Hamburg Rules ซึ่งกำหนดให้ผู้ขนส่งสิ้นสุดความรับผิดชอบต่อสินค้าเมื่อได้ส่งมอบของแก่ผู้รับตราส่งตามกฎหมาย (the law) หรือประเพณีทางการค้า (the usage of the particular trade) หรือใน Article 9 ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับสิทธิของผู้ขนส่งที่จะบรรทุกของบนปากระวางได้ก็ต่อเมื่อเป็นการปฏิบัติตามข้อตกลง (agreement) ประเพณีทางการค้า (usage of the particular trade) หรือกฎหมาย (statutory rules or regulations) แต่สิ่งที่สังเกตได้ชัดเจนประการหนึ่งคือในข้อบทที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบของผู้ส่งของอันมีสาเหตุมาจากความผิดหรือประมาทเลินเล่อของตนนั้นจะไม่มีหลักเกณฑ์ในเชิงรายละเอียดว่าด้วยการปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าแต่อย่างใด ดังนั้น คดีในทำนองเดียวกันนี้หากเป็นข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลในต่างประเทศที่เป็นภาคีและได้มีการอนุวัติการกฎหมายภายในตาม Hague

Rules หรือ Hamburg Rules ก็อาจจะไม่มีประเด็นเกี่ยวกับการปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าที่จะต้องพิจารณาเหมือนอย่างคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ ในทางตรงกันข้าม ศาลเช่นนั้นอาจตีความคำว่า “ความผิด” (fault) หรือ “ประมาทเลินเล่อ” (neglect) ของผู้ส่งของในลักษณะที่กว้างกว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าก็ได้ เช่น การวินิจฉัยโดยอาศัยหลักเรื่องละเมิด^๗ เป็นต้น

๒. การนำสืบข้อเท็จจริงของคู่ความและการปรับใช้กฎหมายของศาล

ในส่วนของการนำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นภาระการพิสูจน์ของโจทก์ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นนั้น โจทก์ทั้งสองได้นำพยานซึ่งเป็นพนักงานตรวจสอบเรือและสินค้า (Marine Surveyor) มาเบิกความประกอบบันทึกถ้อยคำยืนยันข้อเท็จจริงว่า พยานเป็นผู้สำรวจความเสียหายรายนี้และได้ทำการสุ่มตัวอย่างไม้เนื้อแข็งแปรรูปที่บรรจุอยู่บนฝาระวางทวินเดกฯ ของระวางที่ ๑ จำนวน ๒๐ มัด จากจำนวน ๑๗๓ มัด^๘ พบว่า ไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๒๐ มัด แต่ละมัดมีน้ำหนักตั้งแต่ ๑.๑๑๗ เมตริกตัน ถึง ๓.๐๙๙ เมตริกตัน รวม ๓๖.๗๓๕ เมตริกตัน ซึ่งไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๑ มัด จะมีน้ำหนักเฉลี่ย ๑.๘๓๗ เมตริกตัน ส่วนน้ำหนักเฉลี่ยตามที่ระบุไว้ในใบตราส่งจะเท่ากับ ๐.๙๖๖ เมตริกตัน ต่อ ๑ มัด ดังนั้น ผลต่างของน้ำหนักที่แท้จริงกับน้ำหนักที่จำเลยแจ้งไว้จะเท่ากับ ๐.๘๗๑ เมตริกตัน ต่อ ๑ มัด น้ำหนักที่เพิ่มขึ้นของไม้เนื้อแข็งแปรรูปทั้ง ๑๗๓ มัด จะเท่ากับ ๑๕๐.๖๘๓ เมตริกตัน หรือน้ำหนักไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๑๗๓ มัด ที่แท้จริงจึงควรมีน้ำหนัก ๓๑๗.๙๒๗ เมตริกตัน^๙ เพราะฉะนั้น เมื่อจำเลยมีได้พยานหลักฐานมาสืบหักล้างเป็นอย่างอื่น ข้อเท็จจริงจึงฟังได้ตามที่กล่าวมาข้างต้นและเห็นได้ว่าการแจ้งน้ำหนักไม้เนื้อแข็งแปรรูปของจำเลยนั้นไม่ถูกต้อง อันนำมาซึ่งการวินิจฉัยในประเด็นสืบเนื่องตามมาที่ว่า การแจ้งน้ำหนักแห่งของที่ไม่ถูกต้องนั้นถือเป็นความผิดหรือความประมาทของจำเลยโดยพฤติการณ์ที่จำเลยผู้ส่งของมิได้ปฏิบัติตาม “กฎหมาย” หรือ “ประเพณีทางการค้า” เกี่ยวกับการส่งสินค้าไม้เนื้อแข็งแปรรูปอันเป็นเหตุให้โจทก์ทั้งสองได้รับความเสียหายหรือไม่

ในประเด็นข้างต้นนี้ศาลวินิจฉัยว่า ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติมาตราใดในพระราชบัญญัติการรับขนส่งทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ที่บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของผู้ส่งของในอันที่จะต้องแจ้งน้ำหนักแห่งของที่ส่งแก่ผู้ขนส่งก็ตาม แต่การที่มีสูตรการคำนวณน้ำหนักของไม้เนื้อแข็งแปรรูปที่ขนส่งตามสูตรของ

^๗ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกลุ่มประเทศในระบบคอมมอนลอว์ ซึ่งให้สิทธิแก่โจทก์ที่จะเลือกมูลคดีในการฟ้องร้องระหว่างมูลสัญญาและมูลละเมิดได้ ทั้งนี้เพื่อความเป็นธรรมในการคุ้มครองผู้เสียหาย. ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “ข้อสังเกตบางประการต่อกฎหมายรับขนทางอากาศ,” วารสารกฎหมายขนส่งและพาณิชย์, (กรุงเทพฯ: โครงการสถาบันกฎหมายขนส่งและพาณิชย์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), ปีที่ ๑, ฉบับที่ ๑ (๒๕๔๙), น.๓๔

^๘ โดยสุ่มตรวจไม้เนื้อแข็งแปรรูปจำนวน ๙ มัดจากส่วนของไม้จำนวน ๔๓ มัด สุ่มตรวจจำนวน ๓ มัดจากส่วนของไม้จำนวน ๒๔ มัด สุ่มตรวจจำนวน ๖ มัดจากส่วนของไม้จำนวน ๕๖ มัด สุ่มตรวจจำนวน ๑ มัด จากส่วนของไม้จำนวน ๑๕ มัด และสุ่มตรวจจำนวน ๑ มัด จากส่วนของไม้จำนวน ๓๕ มัด

^๙ ในขณะที่จำเลยได้แจ้งแก่โจทก์ที่ ๑ ให้จดแจ้งไว้ในใบตราส่งมีน้ำหนักรวมประมาณ ๑๖๗.๒๔๔ เมตริกตัน

คณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์^{๑๐} ก็แสดงให้เห็นว่า การแจ้งน้ำหนักของไม้ให้ผู้ขนส่งทราบนั้นก็ถือเป็นหน้าที่ตามประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการส่งไม้เนื้อแข็งแปรรูปที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการจัดวางสินค้านั้นลงในระวางเรือของโจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งด้วย ดังนั้น แม้จำเลยผู้ส่งของจะนำสืบว่าได้แจ้งน้ำหนักของไม้เนื้อแข็งแปรรูปตามสูตรการคำนวณของคณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์ แต่น้ำหนักของไม้ที่แจ้งนั้นก็ไม่น่าจะคลาดเคลื่อนและขาดไปมากถึงจำนวน ๑๕๐,๖๘๓ กิโลกรัม ซึ่งเป็นจำนวนน้อยกว่าน้ำหนักที่แท้จริงถึงเกือบสองเท่า ดังนั้น พฤติการณ์ดังกล่าวจึงนับได้ว่าการแจ้งน้ำหนักที่ไม่ถูกต้องนั้นเป็นความประมาทเลินเล่อของจำเลยซึ่งมิได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอตามวิสัยของผู้ประกอบกิจการส่งออกไม้เนื้อแข็งแปรรูป

๓. ข้อสังเกตเกี่ยวกับการบันทึกข้อสงวนลงในใบตราส่ง: เครื่องมือปกป้องผลประโยชน์หรือ “ดาบสองคม”?

จากข้อเท็จจริงในคดี เมื่อจำเลยได้แจ้งแก่โจทก์ที่ ๑ ว่าสินค้ามีน้ำหนักรวมประมาณ ๑๖๗.๒๔๔ เมตริกตัน ตามบทบัญญัติมาตรา ๑๘ (๑)^{๑๑} ผู้ขนส่งจึงต้องจดแจ้งน้ำหนักดังกล่าวลงในใบตราส่ง ซึ่งถ้าหากว่าผู้ขนส่งหรือบุคคลอื่นซึ่งออกใบตราส่งในนามของผู้ขนส่งทราบ หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าข้อความดังกล่าวไม่ถูกต้องตรงกับของที่รับไว้จริง หรือไม่อาจตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงของรายการดังกล่าวโดยวิธีการอันสมควรแก่วิสัยและพฤติการณ์ในภาวะเช่นนั้นได้ บุคคลดังกล่าวต้องบันทึกเป็นข้อสงวนไว้ในใบตราส่งโดยระบุถึงข้อที่ไม่ตรงกับความจริง เหตุแห่งความสงสัย หรือพฤติการณ์ที่ไม่อาจตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงได้ ทั้งนี้ตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ อย่างไรก็ดี ตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ไม่ได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าโจทก์ผู้ขนส่งได้ทำการบันทึกข้อสงวนใดๆ ลงในใบตราส่งหรือไม่ แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นไม่ว่าจะได้มีการบันทึกข้อสงวนเอาไว้หรือไม่ก็ตามก็มิได้มีประเด็นในทางกฎหมายแต่อย่างใดเพราะเรื่องของการบันทึกข้อสงวนลงในใบตราส่งนั้นเป็นเรื่องของการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ขนส่งในกรณีที่มีการเรียกร้องค่าเสียหายจากการสูญหายหรือเสียหายของสินค้าที่ทำการขนส่งเท่านั้น ไม่ได้มีผลเป็นการปกป้องผลประโยชน์ของผู้ขนส่งในกรณีที่ตัวเรือได้รับความเสียหายจากการแจ้งปริมาณหรือน้ำหนักของสินค้าที่ไม่ถูกต้องแต่อย่างใด มิหนำซ้ำการบันทึกข้อสงวนลงในใบตราส่งโดยผู้ขนส่งนั้นอาจกลายเป็น “ดาบสองคม” ที่หันกลับมาทิ่มแทงผู้ขนส่งเองก็เป็นได้ เพราะถ้าหากว่าผู้ขนส่งนั้นได้รู้หรือมีเหตุแห่งความสงสัยอยู่แล้วว่าข้อความที่ผู้ส่งของได้แจ้งหรือจัดให้นั้นไม่ตรงกับความจริงแต่ก็ยังดันทุรังปฏิบัติการ

^{๑๐} คณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์ หรือ Singapore Trade Development Board นั้นเป็นชื่อเดิมของ International Enterprise Singapore (IE Singapore) ซึ่งเป็นหน่วยงานที่อยู่ภายใต้กระทรวงการค้าและการอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry) อันมีพันธกิจหลักในการให้ความช่วยเหลือแก่ธุรกิจที่ตั้งอยู่ในสิงคโปร์ให้เติบโตและก้าวสู่ความเป็นระหว่างประเทศได้อย่างสำเร็จลุล่วง. IE Singapore, <http://www.iesingapore.gov.sg>, สืบค้น ณ วันที่ ๒๘ มิถุนายน ๒๕๕๗

^{๑๑} มาตรา ๑๘ บัญญัติว่า “ใบตราส่งพึงแสดงรายการดังต่อไปนี้ (๑) ลักษณะทั่วไปแห่งของ เครื่องหมายที่จำเป็นเพื่อแบ่งตัวของ ข้อความที่แจ้งลักษณะอันตรายแห่งของ หากจะต้องมี จำนวนหน่วยการขนส่ง และน้ำหนักของหรือปริมาณอย่างอื่น ทั้งนี้ ตามที่ผู้ส่งของแจ้งหรือจัดให้”

ขนส่งโดยจัดระวางสินค้าภายใต้การยึดถือข้อความดังที่ผู้ส่งของได้แจ้งหรือจัดให้เป็นหลักแล้วเกิดความเสียหายขึ้นกับเรือของตนหรือเรือของผู้ขนส่งอื่น ผลแห่งคดีก็อาจเป็นไปได้ในลักษณะทำนองเดียวกันกับที่ศาลได้ระบุในคำพิพากษาลำดับนี้ว่า น้ำหนักของไม้เนื้อแข็งแปรรูปที่จำเลยผู้ส่งของได้แจ้งกับจำเลยผู้ขนส่งนั้นเป็นเพียงการประมาณน้ำหนักโดยคิดตามสูตรคำนวณของคณะกรรมการพัฒนาการค้าสิงคโปร์เท่านั้น การจัดวางไม้เนื้อแข็งแปรรูปนั้นบนฝาระวางดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์และความสะดวกของโจทก์ทั้งสองเองที่ง่ายต่อการขนถ่ายสินค้าไม้นั้นลงจากเรือเมื่อถึงเมืองท่าปลายทาง ด้วยเหตุนี้พฤติการณ์ดังกล่าวจึงถือเป็นการกระทำที่โจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งมิได้ใช้ความระมัดระวังและไม่ได้ปฏิบัติตามให้เหมาะสมในการบรรทุกของเรือซึ่งสินค้าไม้เนื้อแข็งแปรรูปตามวิสัยของผู้ขนส่งดังที่มาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ได้กำหนดไว้ ดังนั้นโจทก์ทั้งสองผู้ขนส่งจึงมีส่วนประมาทในการบรรทุกไม้เนื้อแข็งแปรรูปเหล่านั้นลงเรือจนเป็นเหตุให้ฝาระวางที่ ๑ หักพังลงมากะแทกกับสินค้าอื่นจนได้รับความเสียหายด้วย

๔. การกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ขนส่งก็มีส่วนผิด

หากพิจารณาตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ แล้วจะพบว่ามาตรา ๓๑ นั้นกำหนดไว้แต่เพียงว่า “ผู้ส่งของไม่ต้องรับผิดชอบเพื่อการที่ผู้ขนส่งหรือผู้ขนส่งอื่นได้รับความเสียหายหรือการที่เรือเสียหาย เว้นแต่...” โดยที่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัดส่วนแห่งความรับผิดชอบแต่อย่างใด ประเด็นปัญหาจึงมีอยู่ว่าการที่ศาลได้กำหนดค่าเสียหายให้จำเลยรับผิดชอบใช้แก่โจทก์ทั้งสองจำนวน ๔๒,๗๕๕.๖๔ ดอลลาร์สหรัฐ ซึ่งเป็นกึ่งหนึ่งของค่าเสียหายทั้งหมดจำนวน ๘๕,๕๐๑.๒๙ ดอลลาร์สหรัฐนั้น ศาลอาศัยหลักเกณฑ์ตามกฎหมายฉบับใดมาเป็นเครื่องกำหนดสัดส่วนความเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบ

ประการแรก สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือ ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีนี้เกิดขึ้นจากความเสียหายตามสัญญาการรับขนของทางทะเลระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นสัญญาที่ตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ดังนั้น ในการกำหนดค่าเสียหายจึงควรอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นลำดับแรก อย่างไรก็ตามบทบัญญัติที่ปรากฏในมาตรา ๓๑ นั้นอาจยังไม่ชัดเจนเพียงพอที่จะนำมาเป็นฐานในการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบ เพราะมาตราดังกล่าวเพียงแต่กำหนดให้ผู้ส่งของต้องรับผิดชอบเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดด้วยแต่อย่างใด

ประการที่สอง ในเมื่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาการรับขนของทางทะเลข้างต้นนั้นไม่สามารถอุดช่องว่างในประเด็นความรับผิดชอบของผู้ส่งของในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดได้ จึงมีประเด็นน่าพิจารณาว่าศาลจะสามารถนำเอาหลักความรับผิดชอบฐานละเมิดมาใช้บังคับแก่สัญญาการรับขนของทางทะเลได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ได้เคยมีนักกฎหมายท่านหนึ่งตั้งคำถามไว้เช่นกันว่า “เราจะเอาระบบความรับผิดทางละเมิดมาใช้กับเรื่องสัญญาได้ด้วยหรือ” แต่จากคำอธิบายของนักกฎหมายอีกท่านหนึ่งซึ่งเป็นนักกฎหมายขนส่งทางอากาศได้ให้คำตอบว่าในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ความรับผิดทางละเมิดกับความรับผิดทางสัญญาการรับขนมีความคล้ายคลึงกันอย่างยิ่งจนแยกไม่ออกว่า

ความรับผิดชอบที่ต่างกันอย่างไร ดังจะเห็นได้จากลักษณะของบทบัญญัติมาตรา ๔๓๗, ๖๑๖ และ ๖๓๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีลักษณะการเขียนในทำนองเดียวกัน ทำให้เข้าใจได้ว่าทั้งกรณีละเมิดและสัญญาต่างก็สามารถอยู่ภายใต้ระบบความรับผิดโดยเคร่งครัด (Strict Liability) ได้เช่นเดียวกัน^{๑๒} ยิ่งไปกว่านั้น ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายลักษณะละเมิดในมาตรา ๔๔๒ ซึ่งเป็นกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นเพราะความผิดอย่างหนึ่งอย่างใดของผู้ต้องเสียหายประกอบด้วย ก็ยังมีการโยงเอาบทบัญญัติมาตรา ๒๒๓^{๑๓} มาใช้บังคับโดยอนุโลม ดังนั้น ในแง่มุมดังกล่าวนี้จึงแสดงให้เห็นว่า ไม่ว่าศาลจะพิจารณาคดีโดยอาศัยหลักเรื่องละเมิดหรือสัญญา ก็ได้ส่งผลในลักษณะที่แตกต่างกัน เพราะสุดท้ายต่างก็จะถูกโยงมายังหลักการพื้นฐานว่าด้วยหนี้ยู่เช่นเดิม

ประการที่สาม ในเมื่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งมีสถานะเป็น “กฎหมายเฉพาะ” ไม่สามารถอุดช่องว่างในเรื่องการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดได้ จึงมีประเด็นนำพิจารณาว่าศาลจะสามารถนำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่สัญญาการรับขนของทางทะเลในฐานะที่เป็น “กฎหมายทั่วไป” ได้หรือไม่ ภายใต้ประเด็นดังกล่าวจึงมีประเด็นสืบเนื่องตามมาให้พิจารณาว่าในการบังคับใช้กฎหมายทั่วไปเช่นว่านั้น บทบัญญัติในส่วนใดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่สมควรจะถูกนำมาใช้บังคับกับสัญญาการรับขนของทางทะเล กล่าวโดยเฉพาะเจาะจงคือ บทบัญญัติในลักษณะ ๘ ว่าด้วยรับขน จะสามารถนำมาใช้บังคับได้หรือไม่ เพราะโดยปกติแล้วบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อใช้บังคับแก่การรับขนส่งของหรือคนโดยสารภายในประเทศ และบทบัญญัติในมาตรา ๖๐๙ วรรคสอง ก็กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “รับขนของทางทะเล ท่านให้บังคับตามกฎหมายและกฎข้อบังคับว่าด้วยการนั้น” ซึ่งเป็นที่ชัดเจนว่าบทบัญญัติในลักษณะนี้จะไม่สามารถนำมาใช้บังคับแก่คดีได้โดยตรงอย่างแน่นอน หากมีความจำเป็นต้องใช้บังคับก็จะต้องผ่านกระบวนการตามหลักนิติวิธีเพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมายตามมาตรา ๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เสียก่อน

อย่างไรก็ดี ในประเด็นที่กล่าวมาข้างต้นนี้จริงๆ แล้วก็ได้มีความน่าสนใจแต่ประการใด เนื่องจากว่าถึงแม้จะได้มีการนำเอาบทบัญญัติในลักษณะ ๘ รับขน มาใช้บังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายใกล้เคียงอย่างยิ่ง ประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดที่มีอยู่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๔๗ นี้ก็เชื่อว่าจะสามารถแก้ไขหรือหาทางออกได้ด้วยบทบัญญัติในลักษณะ ๘ รับขน เพราะบทบัญญัติที่ปรากฏในลักษณะดังกล่าวนี้มีเพียงมาตรา ๖๑๙^{๑๔} เท่านั้นที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของผู้ส่งของ และก็เป็น

^{๑๒} ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๗, น. ๓๒

^{๑๓} ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๒๓ บัญญัติว่า “ถ้าฝ่ายผู้เสียหายได้มีส่วนทำความผิดอย่างใดอย่างหนึ่งก่อให้เกิดความเสียหายด้วยใจชั่ว ท่านว่าหนี้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ฝ่ายผู้เสียหายมากน้อยเพียงใดนั้น ต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาณ ข้อสำคัญก็คือความเสียหายนั้นได้เกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งย่อนกว่ากันเพียงไร”

^{๑๔} มาตรา ๖๑๙ บัญญัติว่า “ถ้าของเป็นสภาพอันจะก่อให้เกิดอันตรายได้ หรือเป็นสภาพเกลือกจะก่อให้เกิดเสียหายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินไร้ ผู้ส่งต้องแสดงสภาพแห่งของนั้นไว้ก่อนทำสัญญา ถ้าไม่ได้ทำเช่นนั้นผู้ส่งจะต้องรับผิดชอบในการเสียหายไม่ว่าอย่างไร อันเกิดแต่ของนั้น”

บทบัญญัติที่ครอบคลุมถึงเฉพาะกรณีแห่งการขนส่งของที่มีสภาพอันจะก่อให้เกิดอันตรายได้เท่านั้น ไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อการกระทำที่ผิดหน้าที่ตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการขนส่งของแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ผู้ขนส่งมีส่วนผิดด้วยนั้น ก่อนหน้าที่จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๔๗ ก็ปรากฏว่าได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับหนึ่งที่มีลักษณะแห่งประเด็นปัญหาใกล้เคียงกัน กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๙๗๐/๒๕๔๕ ซึ่งเป็นกรณีของการขนส่งสินค้าถ่านไม้ที่ผู้ส่งของได้บรรจุลงในกล่องกระดาษขนาดใหญ่แล้วนำมาส่งมอบให้แก่ตัวแทนของผู้ขนส่งโดยมิได้ทำเครื่องหมายหรือปิดป้ายอันแสดงว่าเป็นสินค้าอันตราย ผลสุดท้ายสินค้าถ่านไม้ได้ลุกไหม้จนเกิดความเสียหายแก่ผู้ขนส่งขึ้น กรณีนี้จึงเป็นกรณีที่ผู้ส่งของผิดหน้าที่ตามมาตรา ๓๓ แห่งพระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ แต่ด้วยเหตุที่ผู้ขนส่งเองก็ทราบถึงสภาพอันตรายแห่งสินค้านั้น ความเสียหายจึงมิได้เกิดจากการที่โจทก์ไม่ทราบถึงสภาพอันตรายแห่งสินค้าอันเนื่องมาจากการที่จำเลยไม่ทำเครื่องหมายหรือปิดป้ายตามสมควรหรือไม่แจ้งให้โจทก์ทราบถึงสภาพอันตรายแห่งสินค้านั้น ดังนั้น ในคดีนี้ศาลจึงได้พิพากษาว่า “...สาเหตุสำคัญที่ทำให้ถ่านไม้เกิดลุกไหม้จนเกิดความเสียหายขึ้นนั้น นอกจากจะเกิดจากการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยในการบรรจุสินค้านั้นแล้ว ยังมีสาเหตุที่สำคัญมาจากการจัดวางตู้สินค้าที่บรรจุถ่านไม้ที่ไม่เหมาะสม โดยวางปะปนกับตู้สินค้าอื่นและอากาศถ่ายเทไม่สะดวก ทำให้ถ่านไม้เกิดความร้อนสะสมขึ้นอย่างช้าๆ และลุกไหม้ขึ้น อันเป็นการปฏิบัติหน้าที่บกพร่องและด้วยความประมาทเลินเล่อของโจทก์ผู้ขนส่งด้วย ดังนั้น ในการที่จะให้จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์มากนักน้อยเพียงใดนั้น ย่อมต้องอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาทโดยคำนึงถึงข้อสำคัญว่าความเสียหายนั้นเกิดขึ้นเพราะฝ่ายไหนเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไรตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๒๒๓ และเมื่อพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์กับความร้ายแรงแห่งการกระทำของโจทก์และจำเลยซึ่งต่างก็เป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยโจทก์และจำเลยต่างประมาทเลินเล่อด้วยกันแล้ว จึงเห็นสมควรกำหนดให้จำเลยรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายแก่โจทก์เพียงกึ่งหนึ่งคิดเป็นต้นเงินค่าเสียหายจำนวน ๓๘๒,๕๖๑.๘๘ บาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี นับแต่วันที่ ๒๓ มิถุนายน ๒๕๓๗ จนกว่าจะชำระเสร็จสิ้นที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายกฟ้องนั้น ศาลฎีกาแผนกคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไม่เห็นพ้องด้วย ฎีกาของโจทก์ฟังขึ้นบางส่วน”

ดังนั้น จากการพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีขนส่งถ่านไม้ข้างต้น (ฎ.๕๙๗๐/๒๕๔๕) ประกอบกับคำพิพากษาศาลฎีกาในคดีขนส่งไม้เนื้อแข็งแปรรูป (ฎ.๘๓๔๖/๒๕๔๗) จึงอาจสรุปได้ว่า ในเรื่องของการกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการที่ตนได้กระทำผิดหน้าที่ตามกฎหมายหรือประเพณีทางการค้าเกี่ยวกับการขนส่งของตามพระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ นั้น ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติการรับขนส่งของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ จะมีได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายดังกล่าวไว้ แต่ศาลก็อาจจะนำเอาบทบัญญัติมาตรา ๒๒๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยการอาศัยพฤติการณ์เป็นประมาทแล้วพิจารณาดันเหตุแห่งความเสียหายที่เกิดขึ้นว่ามาจากคู่กรณีฝ่ายใดเป็นผู้ก่อยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงไรได้ ทั้งนี้

เนื่องจากว่ามาตรา ๒๒๓ นั้นเป็นบทบัญญัติของ “กฎหมายทั่วไป” ในบรรพที่ว่าด้วยหนี้ ซึ่งตามหลักการบังคับใช้กฎหมายแล้วสามารถหยิบยกมาใช้บังคับได้ในกรณีที่กฎหมายเฉพาะมิได้บัญญัติไว้หรือบัญญัติไว้แต่ไม่ครอบคลุมถึง

๕. ข้อพิจารณาตามหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ (Civil law)

การที่บทบัญญัติมาตรา ๓๑ ของพระราชบัญญัติการรับขนของทางทะเล พ.ศ. ๒๕๓๔ ไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าเสียหายที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้ส่งของนั้น หากพิจารณาตามหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ (Civil law) แล้วจะพบว่าในระบบซีวิลลอว์ศาลจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงเพื่อวินิจฉัยต่อไปว่าเข้าข่ายเรื่องใดในบทบัญญัติของกฎหมาย ก่อนที่จะอ้างบทบัญญัติซึ่งจะเปิดช่องให้ผู้พิพากษาใช้ดุลพินิจได้ในระดับหนึ่งมาปรับใช้กับข้อพิพาท โดยที่ไม่ต้องไปวางหลักเกณฑ์ปลีกย่อยอื่นๆ มาอธิบายให้มากความอีก ทั้งนี้เพราะถือว่าบทบัญญัตินั้นเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปและผู้บัญญัติกฎหมายย่อมไม่อาจเล็งเห็นถึงปัญหาเชิงรูปธรรมในทางปฏิบัติที่ยังไม่เกิดขึ้นในเวลาร่างกฎหมายนั้นได้อย่างครบถ้วน^{๑๕} ดังนั้น ในการร่างบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะจึงอาจไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ปัญหาปลีกย่อยเหล่านั้นยังคงสามารถอุดช่องว่างหรือเติมเต็มได้ด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไป

๖. ความสงสัยท้าย

ผู้เขียนมีความเห็นโดยสรุปต่อการวินิจฉัยของศาลในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๘๓๔๖/๒๕๔๗ ว่าการปรับใช้กฎหมายโดยวิธีการนำกฎหมายทั่วไปมาเติมเต็มกฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดค่าเสียหายที่ผู้ส่งของจะต้องรับผิดชอบต่อผู้ขนส่งนั้นเป็นแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายที่ถูกต้องแล้ว อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ผู้ส่งของรับผิดชอบใช้ในจำนวนกึ่งหนึ่งของความเสียหายที่เกิดขึ้นอันมีผลเป็นการพิพากษาว่าทั้งผู้ส่งของและผู้ขนส่งมีส่วนผิดฝ่ายละ ๕๐ เปอร์เซ็นต์นั้นอาจจะก่อให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ได้ เพราะหากพิจารณาในภาพรวมแล้ว ในมุมมองของผู้เขียนอาจจะสรุปได้ว่าผู้ส่งของนั้นมีความผิดหรือประมาทในหนึ่งประเด็น ซึ่งได้แก่กรณีของการแจ้งน้ำหนักแห่งสินค้าที่ไม่ถูกต้อง ในขณะที่ทางฝ่ายของผู้ขนส่งนั้น นอกจากประเด็นที่ตนได้มีส่วนประมาทด้วยการไม่ตรวจสอบความถูกต้องของน้ำหนักแห่งสินค้าที่ได้รับแจ้งมาแล้ว ยังพบว่าอีกประเด็นหนึ่งซึ่งน่าจะถือเป็นข้อบกพร่องในวิสัยและพฤติกรรมของผู้ประกอบกิจการรับขนของทางทะเลนั้น ก็คือ การบรรทุกสินค้าหนักบนฝากระวางทวินเดกฯ ที่มีอายุการใช้งานมานานถึง ๒๓ ปีโดยปราศจากการซ่อมแซม ดังนั้น ความผิดหรือความประมาทของคู่กรณีในคดีนี้อาจจะไม่ได้มีส่วนในอัตราฝ่ายละ ๕๐ เปอร์เซ็นต์ตามนัยยะที่ศาลได้มีคำพิพากษาไว้ เพราะฉะนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าในการกำหนดสัดส่วนความผิดหรือความประมาทของคู่กรณีในลักษณะเช่นนี้ควรที่จะมีการวิเคราะห์ผลแห่งความคลาดเคลื่อนของการคิดคำนวณน้ำหนักสินค้าตามสูตรการคำนวณสากลภายใต้หลักเศรษฐศาสตร์ประกอบด้วย

^{๑๕} Rene David, *Major Legal Systems of the World Today*, (1985), 2nd ed., (London: Stevens & sons), 98 อ้างถึงใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, (๒๕๕๑), *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ ๓, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน), ๔๔

ปกิณกะกฎหมาย

บิทคอยน์ (BITCOIN): ความท้าทายในการกำกับดูแล นวัตกรรมเงินเสมือน

อภินพ อติพิบูลย์สิน*

แต่เดิมนั้นมนุษย์นำเอาสิ่งของที่หายากหรือมีค่ามาสมมติเป็นเงินตราเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการ เช่น สมัยโบราณที่ใช้เปลือกหอยหายากชนิดหนึ่งในฐานะเงินตราต่อมา ด้วยวิวัฒนาการทางเศรษฐกิจและสังคมที่ทวีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ส่งผลให้รัฐต้องพัฒนารูปแบบของเงินตราและการทำธุรกรรมให้สอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงดังกล่าว เช่น ผลิธนบัตรซึ่งเป็นการรับรองให้กระดาษมีคุณสมบัติเป็นเงินตราที่สามารถชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย หรือการที่เปิดโอกาสให้ผู้ประกอบธุรกิจธนาคารสามารถให้บริการทางการเงินผ่านอินเทอร์เน็ตแก่ลูกค้าของตนได้ เป็นต้น แต่ความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นยังเป็นเพียงรูปแบบและเทคโนโลยีที่อยู่เบื้องหลังการผลิตและอำนวยความสะดวกในการใช้เงินตราเท่านั้น ดังนั้น ที่ผ่านมากฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลเงินตราและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหลายจึงไม่จำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงวิธีการกำกับดูแลในสาระสำคัญ เพราะถึงที่สุดแล้วเงินตราก็ยังมีความหมายเป็นสิ่งที่รัฐรับประกันให้มีมูลค่าในตัวเองสามารถชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย^๑

อย่างไรก็ตาม ยังมีเงินตราอีกประเภทหนึ่งเกิดขึ้นและดำรงอยู่คู่ขนานไปกับเงินตราตามปกติข้างต้น เรียกว่า “เงินตราเสมือน” (Virtual Currency) ซึ่งที่มาของคำว่าเสมือนก็เนื่องจากเงินตราเหล่านี้มีคุณสมบัติโดยรวมคล้ายคลึงกับเงินตราทั่วไป แต่มีข้อแตกต่างสำคัญคือเป็นเงินตราที่ไม่มีรัฐบาลใดๆ รับประกันให้ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย^๒ เงินตราเสมือนเหล่านี้แต่เดิมไม่มีความสำคัญในระบบเศรษฐกิจพอจะต้องมีการกำกับดูแลเป็นพิเศษ เพราะมีลักษณะเป็นเพียงหน่วยสมมติในระบบ

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ.ท., อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

^๑ มาตรา ๑๑ และ ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑

^๒ Department of the Treasury Financial Crimes Enforcement Network, “Application of FinCEN’s Regulations to Persons Administering, Exchanging, or Using Virtual Currencies,” (Mar. 18, 2013), http://fincen.gov/statutes_regs/guidance/pdf/FIN-2013-G001.pdf (accessed July 31, 2014).

คอมพิวเตอร์สำหรับการซื้อขายสินค้าในเกมคอมพิวเตอร์หรือเป็นคะแนนสะสมให้แก่ลูกค้าของธุรกิจสำหรับแลกของรางวัล^๓ เช่น โบนัสสะสมของสายการบินต่างๆ เป็นต้น แต่ต่อมาเมื่อมีบุคคลผู้ใช้นามแฝงว่า Satoshi Nakamoto สร้างระบบสกุลเงินเสมือนรูปแบบใหม่ขึ้นมาเรียกว่า “บิทคอยน์” (Bitcoin) ในปี พ.ศ. ๒๕๕๒ บิทคอยน์กลายเป็นเงินเสมือนชนิดแรกที่สามารถซื้อสินค้าและบริการในชีวิตจริงได้หลากหลายคล้ายการใช้เงินทั่วไป โดยเสียค่าธรรมเนียมในการดำเนินธุรกรรมน้อยกว่าเมื่อเทียบกับวิธีการอื่น และได้รับความนิยมอย่างยิ่งในหลายประเทศทั่วโลก^๔

ทั้งนี้ ในประเทศไทยเองเงินบิทคอยน์เริ่มเป็นที่รู้จักอย่างกว้างขวางเมื่อมีบริษัทให้บริการรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์เกิดขึ้นปี ๒๕๕๖^๕ ท่ามกลางข่าวคราวความเคลื่อนไหวขององค์กรกำกับดูแลในหลายประเทศที่เริ่มให้ความสนใจเข้ามากำกับดูแลเงินเสมือน เนื่องจากอาจเป็นช่องทางของการกระทำความผิดกฎหมายได้หลายประการไม่ว่าจะเป็นการฟอกเงิน ฉ้อโกง หรือแม้กระทั่งการหนีภาษี^๖ ทว่าจนถึงปัจจุบันกลับยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจนและได้รับการเผยแพร่อย่างเป็นทางการจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการกำกับดูแลแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงมุ่งที่จะอธิบายลักษณะเฉพาะทางกฎหมายของสกุลเงินเสมือนอย่างบิทคอยน์ ตลอดจนชี้ให้เห็นถึงปัญหาที่อาจเกิดขึ้นและเสนอแนวทางแก้ไขโดยพิจารณาภายใต้กรอบของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดยเน้นเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมและระบบเศรษฐกิจ

ลักษณะพิเศษและปัญหาของบิทคอยน์

ในเบื้องต้น เงินบิทคอยน์หนึ่งหน่วยเป็นตัวเลขที่เข้ารหัสชุดหนึ่งที่เป็นเอกลักษณ์ไม่อาจทำซ้ำหรือลอกเลียนได้ โดยเงินบิทคอยน์แต่ละหน่วยจะเกิดขึ้นใหม่ทุกครั้งเมื่อมีบุคคลใดก็ตามสามารถแก้สมการจากโปรแกรมคอมพิวเตอร์ที่มีผู้ออกแบบเอาไว้แต่ต้น โดยการแก้สมการเหล่านี้ต้องอาศัยคอมพิวเตอร์ที่มีพลังในการคำนวณสูงมาก ซึ่งการแก้สมการเหล่านี้ก็เป็นไปเพื่อขับเคลื่อนระบบธุรกรรมของบิทคอยน์นั่นเอง ดังนั้น ผู้ที่ต้องการเงินบิทคอยน์จึงต้องทุ่มเทเงินและเวลาจำนวนมากเพื่อให้ได้บิทคอยน์แต่ละหน่วยจนส่งผลให้ธุรกรรมทั้งหลายที่เกิดขึ้นในระบบบิทคอยน์ไม่ต้องผ่านการประมวลผลของเครื่องเซิร์ฟเวอร์หรือระบบควบคุมจากส่วนกลางใดๆ นอกจากอาศัยพลังคำนวณจากคอมพิวเตอร์ของผู้ที่ต้องการเงินบิทคอยน์ (ในภาษาอังกฤษเรียกบุคคลกลุ่มนี้ว่า “นักขุด” หรือ “Miner” เป็นนัยว่าการแก้สมการนั้นต้องอาศัยความอดทนเพื่อให้ได้ผลตอบแทนที่สูงลิบลัวเหมือนการทำเหมืองทอง) นอกจากนั้นสำหรับตัวเลขรหัสของบิทคอยน์แต่ละหน่วยนั้น แม้ไม่มีรูปร่างจับต้องได้เหมือนธนบัตรหรือเหรียญที่ใช้กัน

^๓ Neil Guthrie, “The End of Cash? Bitcoin, the Regulators and the Courts,” *Banking & Financial Law Review*, (April, 2014): 356-357.

^๔ Jennifer R. Bagosy, “Controversial Currency: Accepting Bitcoin as Payment for Legal Fees,” *Orange County Lawyer*, (June, 2014): 42-43.

^๕ ทีมข่าวเศรษฐกิจ, “ธปท.เตือนระวังเงินบิทคอยน์ ชี้ไร้กฎหมายคุ้มครอง-รองรับมีสิทธิ์สูญเองง่ายๆ” ไทยรัฐออนไลน์, <http://www.thairath.co.th/content/410838> (สืบค้นเมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗).

^๖ Robert W. Wood, “Bitcoin: Tax Evasion Currency,” *FORBES*, <http://www.forbes.com/sites/robertwood/2013/08/07/bitcoin-tax-evasion-currency> (accessed July 31, 2014).

โดยทั่วไป แต่ระบบก็ได้ออกแบบมาอย่างดีให้จนไม่อาจลอกเลียนแบบได้และไม่สามารถลงใช้เงินจำนวนหนึ่งเพื่อแจ้งว่าจะโอนบิทคอยน์ให้แก่บุคคลจำนวนตั้งแต่สองคนในเวลาเดียวกันได้^๗

ทั้งนี้ เนื่องจากเงินบิทคอยน์มีลักษณะพิเศษหลายประการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาทางกฎหมายในหลายแง่มุม ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงขอหยิบยกเฉพาะคุณสมบัติสำคัญของเงินบิทคอยน์ที่อาจส่งเสริมการก่ออาชญากรรมหรือส่งผลในทางร้ายแก่ระบบเศรษฐกิจมาขยายความต่อไป ดังนี้

๑. ระบบบิทคอยน์ไม่มีคนกลางที่บริหารจัดการระบบเงินบิทคอยน์ทั้งหมด

เนื่องจากระบบของบิทคอยน์ทั้งหมดดำเนินการโดยทรัพยากรและพลังงานจากคอมพิวเตอร์ของนักขุดทั่วโลกภายใต้กรอบที่โปรแกรมตั้งต้นได้ออกแบบเอาไว้ การปรับปรุงหรือแก้ไขระบบบิทคอยน์จึงไม่อาจทำได้โดยองค์กรใดองค์กรเดียว นอกจากนั้น กระทั่งตัวผู้ออกแบบระบบเองก็ไม่ปรากฏแน่ชัดว่าเป็นบุคคลใด ต่างกับระบบของเครื่องถอนเงินอัตโนมัติหรือระบบในการตัดเงินบัตรเครดิตที่ธนาคารและผู้ประกอบการต่างๆ จะมีศูนย์กลางในการดูแลและรวบรวมกัน^๘ ด้วยเหตุนี้ ระบบที่แรกเริ่มผู้ออกแบบไม่ได้คาดหวังว่าจะมีผู้ใช้เป็นจำนวนมากและมีมูลค่าเป็นเม็ดเงินมหาศาล จึงยังขาดวิธีการป้องกันการจารกรรมข้อมูลเงินบิทคอยน์จากเครื่องคอมพิวเตอร์ส่วนบุคคลที่เก็บเงินบิทคอยน์เอาไว้ จนผู้เป็นเจ้าของเงินต้องแบกรับความเสี่ยงด้วยการเก็บรักษาเงินบิทคอยน์ของตนเองไม่ต่างกับการป้องกันไม่ให้คอมพิวเตอร์ที่ตนเองใช้อยู่ถูกไวรัสคอมพิวเตอร์โจมตี นอกจากนั้น ยังไม่มีหน่วยงานได้รับประกันเงินบิทคอยน์เหมือนที่มีการรับประกันเงินฝากในธนาคาร จนอาจส่งผลเสียหายอย่างร้ายแรงแก่บุคคลในวงกว้างได้ ดังเช่นกรณีบริษัท MT.GOX ในประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นบริษัทรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์เป็นเงินตราปกติที่ใหญ่ที่สุดในโลก ถูกโจรกรรมเงินบิทคอยน์ที่มีมูลค่าฝากเข้ามาในระบบจากฐานข้อมูลของบริษัทจนเป็นเหตุให้บริษัทล้มละลายไปในที่สุด^๙

นอกจากนั้น ในด้านความมั่นคงของระบบการเงินในประเทศ รัฐก็ไม่อาจเข้าแทรกแซงเพื่อรักษาเสถียรภาพหรือสร้างสมดุลระหว่างอุปสงค์อุปทานของเงินบิทคอยน์ได้เหมือนที่สามารถกำหนดจำนวนธนบัตรในระบบได้โดยแน่นอน จึงอาจเกิดการผูกขาดตลาดเงินบิทคอยน์ได้โดยผู้ประกอบการให้แลกเงินบิทคอยน์ที่ปัจจุบันยังมีอยู่เพียงบริษัทเดียวในประเทศไทย^{๑๐} ซึ่งสามารถกำหนดราคาแลกเปลี่ยนระหว่างเงินบาทและเงินบิทคอยน์ตามความสมัครใจของผู้เข้าร่วมทำสัญญาโดยไม่มีข้อจำกัดตามกฎหมายแต่อย่างใด

๒. ระบบของบิทคอยน์ไม่มีการระบุตัวตนเจ้าของบัญชีเงินบิทคอยน์

เมื่อเงินบิทคอยน์ปราศจากผู้ให้บริการที่ชัดเจนเหมือนที่ธุรกรรมทางการเงินทั่วไปมีธนาคารรับหน้าที่เป็นผู้ให้บริการหลัก บุคคลทั่วไปที่ประสงค์จะใช้เงินบิทคอยน์จึงไม่ถูกบังคับให้แสดงข้อมูลเพื่อ

^๗ สำหรับรายละเอียดทางเทคนิคของบิทคอยน์ โปรดดู <http://www.bitcointrust.co/about-bitcoin/>

^๘ โปรดดู <http://www2.bot.or.th/fipcs/Documents/FPG/2555/ThaiPDF/25550234.pdf> ซึ่งเป็นตัวอย่างของการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับผู้ทำหน้าที่รับส่งข้อมูลและหักบัญชีระหว่างกัน

^๙ Robert Mcmillan, "The Inside Story of Mt. Gox, Bitcoin's \$460 Million Disaster," WIRED, <http://www.wired.com/2014/03/bitcoin-exchange/> (accessed July 31, 2014).

^{๑๐} โปรดดูเว็บไซต์ของ บริษัท บิทคอยน์ จำกัด ใน <https://bitcoin.co.th/>

ระบุตัวตนก่อนเข้าทำธุรกรรมเหมือนการทำธุรกรรมกับสถาบันการเงินทั้งหลาย ผู้ต้องการเปิดบัญชีเพียงแค่ดาวน์โหลดโปรแกรมทางอินเทอร์เน็ตและสร้างบัญชีเงินบิทคอยน์ของตนเองโดยไม่จำเป็นต้องแสดงข้อมูลส่วนบุคคลไม่ว่าจะเป็นชื่อ อาชีพ ที่อยู่ หรือวัตถุประสงค์ของการทำธุรกรรม

ในแง่ดี ระบบเช่นนี้ช่วยให้ผู้ใช้เงินบิทคอยน์ได้รับความสะดวกรวดเร็วในการทำธุรกรรม การเปิดบัญชีบิทคอยน์สามารถทำได้ในเวลาไม่กี่นาที และการส่งเงินก็ทำได้ง่ายเพียงแค่ใส่เลขบัญชีบิทคอยน์ของผู้รับให้ถูกต้อง อย่างไรก็ตาม อาจเป็นช่องว่างให้อาชญากรและนักฟอกเงินสามารถฉวยโอกาสใช้ช่องทางของบิทคอยน์ในการยกย่าย้ายเทเงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย เช่น หากปัจจุบันมีผู้ค้ายาเสพติดนำเงินสดที่ได้จากการค้ายาเสพติดไปซื้อขายแลกเปลี่ยนเป็นเงินบิทคอยน์ในประเทศไทย เมื่อยังไม่มีหน่วยงานใดเข้าไปกำกับดูแลผู้ให้บริการแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์ มาตรการเพื่อการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เช่น การแสดงตนของลูกค้าหรือการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า^{๑๑} ย่อมไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้ จึงเป็นเรื่องที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ควรให้ความสนใจเป็นอย่างยิ่ง เพราะแม้ระบบบิทคอยน์เองอาจเปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าถึงฐานข้อมูลที่บันทึกการทำธุรกรรมที่เกิดขึ้นได้จนเหมือนธุรกรรมที่เกิดขึ้นทั้งหมดเป็นข้อมูลสาธารณะที่อยากจะใช้อื้อประโยชน์ต่อการกระทำผิดกฎหมาย^{๑๒} แต่ในทางเทคนิคยังคงยากที่จะถอดรหัสข้อมูลจนสืบสาวไปได้ถึงตัวบุคคลที่เป็นผู้ทำธุรกรรม ในหลายประเทศจึงเริ่มมีผู้อาศัยระบบบิทคอยน์เป็นเครื่องมือในการฟอกเงินแล้ว เช่น เว็บไซต์ Silk Road ซึ่งเปิดให้ซื้อขายยาเสพติดและสิ่งผิดกฎหมายด้วยเงินบิทคอยน์^{๑๓} เป็นต้น นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่เงินบิทคอยน์ไม่อาจถูกอายัดบัญชีหรือยับยั้งการทำธุรกรรมได้เหมือนเงินในบัญชีธนาคาร อาชญากรจึงอาจเห็นเงินบิทคอยน์เป็นทางเลือกใหม่สำหรับการเก็บรักษารายได้จากการประกอบอาชญากรรมได้

๓. บิทคอยน์แต่ละหน่วยไม่มีประโยชน์ใช้สอยหรือมูลค่าในตัวเอง

แม้จะมีผู้เปรียบเทียบเงินบิทคอยน์กับทองคำว่าต่างมีค่าขึ้นมาได้ก็ด้วยความเชื่อถือร่วมกันของคนในสังคมนั่นเองที่เห็นว่าเป็นทรัพยากรที่มีค่า^{๑๔} และผู้ที่แสวงหาล้วนต้องลงทุนลงแรงอย่างแข็งขันก็ตาม แต่เงินบิทคอยน์ก็ยังมีข้อแตกต่างที่บิทคอยน์ไม่มีคุณค่าในตัวเอง กล่าวคือ ขณะที่ทองคำสามารถนำไปใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรม วิทยาศาสตร์ หรือแม้กระทั่งเพื่อการประดับตกแต่ง บิทคอยน์หน่วยหนึ่งๆ กลับไม่สามารถนำไปใช้สร้างประโยชน์ใดๆ ได้ทั้งสิ้น การที่บิทคอยน์มีมูลค่าราคาอยู่ในปัจจุบันได้ก็เพราะความต้องการของผู้ใช้ที่มีมากกว่าจำนวนของบิทคอยน์ที่มีอยู่เท่านั้น ชุมรหัสที่เป็นสาระสำคัญของตัวบิทคอยน์จะกลายเป็นเพียงตัวเลขหากไม่มีธุรกิจหรือผู้ให้บริการรับบิทคอยน์แทนเงิน และบิทคอยน์ก็จะสิ้นคุณค่าอีกเช่นกันหากไม่มีผู้ได้รับซื้อขายแลกเปลี่ยนบิทคอยน์กับเงินสกุลต่างๆ ที่มีรัฐเป็นผู้รับรองออกใช้อยู่

^{๑๑} พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดหน้าที่ของสถาบันการเงินไว้ในมาตรา ๒๐ และ ๒๑ เพื่อลดความเสี่ยงในการฟอกเงิน และเพิ่มพยานหลักฐานให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐหากพบในภายหลังว่ามีการฟอกเงินเกิดขึ้น

^{๑๒} Matthew Kien-Meng Ly, "Coining Bitcoin's Legal-Bits : Examining the Regulatory Framework for Bitcoin and Virtual Currencies," *Harvard Journal of Law & Technology*, (Spring, 2014): 593.

^{๑๓} Jose Pagliery, "FBI Shuts Down Online Drug Market Silk Road," CNNMONEY, <http://money.cnn.com/2013/10/25/news/economy/bitcoins-silk-road> (accessed July 31, 2014).

^{๑๔} Jennifer R. Bagosy, Controversial currency: accepting bitcoin as payment for legal fees, 42.



ด้วยเหตุนี้มูลค่าของบิทคอยน์จึงผันผวนอยู่ตลอดเวลาขึ้นอยู่กับสถานการณ์ของตลาดเงิน บิทคอยน์ที่ยังมีขนาดเล็กมากเมื่อเทียบกับตลาดเงินตราอื่นๆ ซึ่งที่ผ่านมาค่าเงินของบิทคอยน์ก็เคยขึ้นไปจากหน่วยละประมาณสามพันบาทในเดือนตุลาคม พ.ศ. ๒๕๕๖ จนมีมูลค่าถึงสามหมื่นบาทในเดือนพฤศจิกายนปีเดียวกัน และราคาก็กลับมาเหลือเพียงประมาณหนึ่งหมื่นบาทในเดือนเมษายนปีถัดมา^{๑๕} ด้วยลักษณะเช่นนี้การเก็งกำไรเงินบิทคอยน์จึงเป็นเครื่องดึงดูดให้คนจำนวนมากสนใจเข้ามาลงทุน เช่นที่สหรัฐอเมริกาสองพี่น้อง Winklevoss ซึ่งเคยเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับ facebook ได้ยื่นคำขอจัดตั้งกองทุนเงินบิทคอยน์กับคณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ของสหรัฐอเมริกาแล้ว^{๑๖} กรณีเช่นนี้ อาจก่อให้เกิดความเข้าใจผิดหรือการฉ้อโกงให้ผู้ลงทุนรายย่อยสูญเสียเงินเป็นจำนวนมากในที่สุด เป็นอีกหนึ่งปัญหาที่ถึงขณะนี้ยังไม่มีหน่วยงานใดเข้ามาควบคุมได้

๔. ธุรกิจเงินบิทคอยน์มีค่าธรรมเนียมในการทำธุรกรรมน้อยมาก

ในขณะที่การทำธุรกรรมทางการเงินในชีวิตประจำวันหรือในงานธุรกิจมักมีค่าใช้จ่ายในการดำเนินธุรกรรมพ่วงมาด้วยเสมอ ไม่ว่าจะเป็นการโอนเงินเข้าบัญชีต่างธนาคารหรือการชำระค่าสินค้าและบริการ ยิ่งหากเป็นการทำธุรกรรมข้ามประเทศค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นอาจกลายเป็นปัจจัยสำคัญที่จะทำให้การเจรจาทางธุรกิจสำเร็จหรือล้มเหลวได้ การโอนและการรับเงินบิทคอยน์กลับปราศจากค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมใดๆ ทั้งสิ้น แม้ว่าคู่สัญญาที่ทำธุรกรรมด้วยจะอยู่ห่างกันคนละทวีปก็ตาม ข้อนี้เป็นที่ชื่นชมของนักสังเกตการณ์ว่าอาจทำให้บิทคอยน์กลายเป็นเงินตราแห่งโลกอนาคตที่การทำธุรกรรมจะลดความซับซ้อนและค่าใช้จ่ายรายทางไปได้มาก

อย่างไรก็ตาม ข้อดีของเงินบิทคอยน์มีเหรียญอีกด้านหนึ่งที่ย้อนกลับมาเป็นภัยอยู่เสมอ สำหรับกรณีนี้ เมื่อการทำธุรกรรมบิทคอยน์ยังไม่มี การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ทำธุรกรรมและยังสามารถโอนรับเงินได้หลายทอดโดยเสียค่าธรรมเนียมน้อยมาก สุดท้ายบิทคอยน์จะกลายเป็นช่องทางสำหรับการหลีกเลี่ยงภาษีได้

กฎหมายที่สามารถใช้เพื่อกำกับดูแลและป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากบิทคอยน์

ลักษณะเฉพาะที่มีร่วมกันหลายประการของบิทคอยน์อาจก่อให้เกิดปัญหาสืบเนื่องตามมาได้ ผลที่ชัดเจนที่สุด คือ บทนิยามของกฎหมายหลายฉบับไม่อาจครอบคลุมไปถึงเงินบิทคอยน์ จนหน่วยงานกำกับดูแลทั้งหลายเห็นว่าไม่สามารถใช้อำนาจทางปกครองที่มีอยู่ได้ เพราะในฐานะที่ประเทศไทยปกครองโดยยึดถือหลักนิติรัฐ “องค์กรฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายมอบอำนาจให้แก่องค์กรฝ่ายปกครองในการกระทำการนั้น”^{๑๗} ดังนั้น หากหน่วยงานต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นธนาคารแห่งประเทศไทย คณะกรรมการหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

^{๑๕} โปรดดูอัตราแลกเปลี่ยนบิทคอยน์ย้อนหลังได้ที่ <http://www.coindesk.com/price/>

^{๑๖} Daniel Roberts, “On Winklevoss Bitcoin Index, it's Open Season for Developers” The Guardian, <http://fortune.com/2014/07/22/on-winklevoss-bitcoin-index-its-open-season-for-developers> (accessed July 31, 2014)

^{๑๗} วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป*, (กรุงเทพฯ: นิติราษฎร์, ๕๔๕๔) ๕๐

ต้องการเข้าไปกำกับดูแลเพื่อป้องกันไม่ให้บิทคอยน์ถูกใช้ในทางที่ผิด สิ่งแรกที่ต้องพิจารณาคือบทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบันมีส่วนใดบ้างที่สามารถนำมาปรับใช้กับเงินบิทคอยน์ได้ทันที และมีส่วนใดบ้างที่ต้องอาศัยการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเสียก่อน ต่อไปนี้ ผู้เขียนจะขอหยิบยกกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องและอาจนำไปใช้เพื่อควบคุมกำกับกิจการทั้งหลายในระบบของเงินบิทคอยน์ ดังนี้

พระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑

เมื่อบิทคอยน์ในภาษาอังกฤษมีความหมายในตัวเองว่าเป็นเงินเหรียญ (coin) แล้ว จึงควรต้องพิจารณาสถานะความเป็นเงินตราของบิทคอยน์ก่อนเป็นอันดับแรก ซึ่งในประเทศไทยมีพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑ ให้นิยามของเงินตราเอาไว้ในมาตรา ๖ ว่า “เงินตราได้แก่เหรียญกษาปณ์และธนบัตร” โดยที่การจัดทำและนำออกใช้เหรียญกษาปณ์และธนบัตรอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงการคลังและธนาคารแห่งประเทศไทยตามลำดับ^{๑๘} ดังนั้น เงินบิทคอยน์ตามนิยามในพระราชบัญญัติฉบับนี้ย่อมไม่ใช่เงินตราเพราะไม่ใช่เหรียญกษาปณ์หรือธนบัตร และไม่ได้จัดทำโดยกระทรวงการคลังหรือธนาคารแห่งประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดข้อห้ามไว้ในมาตรา ๙ ห้ามผู้ใดก็ตามจัดทำจำหน่ายหรือใช้วัตถุหรือเครื่องหมายใดๆ แทนเงินตราเว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง หากฝ่าฝืนมีโทษทางอาญาตามมาตรา ๓๕ ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน จึงมีข้อคาดการณ์ว่าการได้มาหรือใช้ซึ่งเงินบิทคอยน์ในประเทศไทยจะเข้าองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๙^{๑๙} หรือไม่ ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยตีความว่าคำว่าเงินตราตามพระราชบัญญัตินี้ว่าหมายถึง “สิ่งที่ใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนหรือการชำระหนี้”^{๒๐} เมื่อพิจารณาโดยนัยเดียวกันแล้วเงินบิทคอยน์จึงอาจถือเป็นการจัดทำและนำออกใช้ซึ่งวัตถุหรือเครื่องหมายใดๆ แทนเงินตราได้ ซึ่งย่อมมีผลให้รัฐมนตรีกระทรวงการคลังมีอำนาจพิจารณาอนุญาตหรือออกคำสั่งระงับยับยั้งการใช้เงินบิทคอยน์ได้ และหากอนุญาตให้ใช้เงินบิทคอยน์ก็สามารถกำหนดเงื่อนไขและขอบเขตของการใช้เงินบิทคอยน์พร้อมกับคำสั่งอนุญาตได้ เป็นอีกทางเลือกหนึ่งให้อำนาจรัฐเข้ามากำกับดูแลเงินบิทคอยน์ได้โดยอ้อม

อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของผู้เขียน ความหมายของวัตถุหรือเครื่องหมายที่ใช้แทนเงินตราไม่ควรพิจารณาแต่เพียงปัจจัยเรื่องการเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนเท่านั้น ควรต้องคำนึงถึงความแพร่หลายและเจตนาของการใช้งานด้วย กล่าวคือขณะนี้ในประเทศไทยเงินบิทคอยน์ยังไม่สามารถใช้แทนเงินบาทได้ทั้งหมดมีเพียงบริษัทห้างร้านในต่างประเทศที่รับแทนเงินทั่วไปได้ และผู้ซื้อขายแลกเปลี่ยนบิทคอยน์ก็มีเจตนาเพื่อการลงทุนเป็นหลักไม่ได้คิดจะนำบิทคอยน์ไปใช้ชำระหนี้ ไม่ต่างกับการซื้อภาพเขียนมีราคาหรือแสตมป์เก่า ดังนั้น แม้ในทางทฤษฎีบิทคอยน์จะเป็นเครื่องหมายที่ใช้แทนเงินตราได้

^{๑๘} พระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑ มาตรา ๑๐ และ ๑๔

^{๑๙} มาตรา ๙ ห้ามมิให้ผู้ใดทำ จำหน่าย ใช้หรือนำออกใช้ซึ่งวัตถุหรือเครื่องหมายใดๆ แทนเงินตรา เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

^{๒๐} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การใช้เบี้ยกดแทนเงินตรา เรื่องเสร็จที่ ๖๓/๒๕๕๐



แต่เมื่อพิจารณาองค์ประกอบด้านภายในคือเจตนาของผู้ใช้บิทคอยน์ในประเทศไทยแล้วยังไม่อาจเป็นการกระทำที่ครบองค์ประกอบความผิดตามมาตรา ๙

นอกจากนั้น แม้จะตีความไปในทางที่เป็นการกระทำความผิดตามมาตรา ๙ การบังคับใช้ก็จะเกิดปัญหาเนื่องจากปราศจากพยานหลักฐานที่ชัดเจน เพราะระบบบิทคอยน์ไม่มีผู้ควบคุมระบบในลักษณะของส่วนกลางตามที่กล่าวมาแล้ว และหากการใช้บิทคอยน์มีโทษ ผู้ใช้เงินบิทคอยน์ทั้งหมดก็จะยิ่งระมัดระวังไม่เปิดเผยตัวตนในการทำธุรกรรมยิ่งกว่าเดิม จนธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์ที่ขณะนี้ให้บริการเป็นกิจจะลักษณะ อาจกลายเป็นธุรกิจผิดกฎหมายที่ควบคุมตรวจสอบได้ยากกว่าเดิม จนการใช้โทษทางอาญาเพื่อจำกัดการใช้เงินบิทคอยน์จึงอาจเกิดผลเสียมากกว่าผลดีได้

พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. ๒๕๕๕

โดยหลักแล้ว รัฐสมัยใหม่ทั้งหลายล้วนผูกขาดการออกและการใช้เงินตราในประเทศของตนเอง เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ทั้งนี้ เนื่องจากการเข้ามาแข่งขันของเงินอีกสกุลหนึ่งอาจสร้างความเสียหายแก่ประชาชนและธุรกิจในประเทศนั้นได้ ซึ่งเป็นเหตุเดียวกับที่มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑ ได้ห้ามการผลิตหรือนำออกใช้วัตถุหรือเครื่องหมายอื่นแทนเงินบาทไทยตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น พระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินฯ จึงต้องมีขึ้นเพื่อควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราของต่างชาติ อันจะเป็นการคุ้มครองมูลค่าเงินตราและเศรษฐกิจของประเทศให้ปราศจากการแทรกแซงโดยการใช้เงินตราต่างประเทศเป็นเครื่องมือ โดยควบคุมตั้งแต่อัตราแลกเปลี่ยนเงิน รวมถึงการจัดระเบียบและให้ใบอนุญาตแลกเปลี่ยนเงินแก่บุคคล ผ่านกฎกระทรวงที่ออกมาในกรอบอำนาจของพระราชบัญญัติ

ในกรณีของบิทคอยน์ หากตีความถ้อยคำในกฎหมายดังกล่าวแต่ต้นว่า “เงินตราต่างประเทศ” ตามนิยามในมาตรา ๓ ของพระราชบัญญัติฉบับนี้^{๒๑} รวมถึงเงินบิทคอยน์ด้วย ก็ย่อมเป็นอำนาจของธนาคารแห่งประเทศไทยและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังที่จะอนุญาตให้มีการแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์โดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่^{๒๒} และอาจเป็นทางเลือกในการนำผู้ประกอบธุรกิจรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์เข้าอยู่ในการกำกับดูแลของรัฐได้ แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้มีขึ้นเพื่อควบคุมเงินตราต่างประเทศที่ออกใช้โดยรัฐบาลของประเทศต่างๆ โดยเฉพาะ นิยามของเงินตราต่างประเทศที่จะอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้จึงได้ระบุชัดเจนว่าต้องเป็นเงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายในประเทศอื่นใด (Legal Tender) ดังนั้น เมื่อปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีรัฐใดยอมรับว่าบิทคอยน์เป็นเงินตราที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมาย ผู้แลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์จึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายฉบับนี้แต่อย่างใด

^{๒๑} มาตรา ๓ ในพระราชบัญญัตินี้ “เงินตรา” หมายความว่า เงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายในประเทศไทย “เงินตราต่างประเทศ” หมายความว่า เงินที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายในประเทศอื่นใด นอกจากประเทศไทยและหมายความรวมถึงค่าแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ

^{๒๒} กฎกระทรวงฉบับที่ ๑๓ (พ.ศ. ๒๕๕๗) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินพุทธศักราช ๒๕๕๕

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

การที่มูลค่าของบิตคอยน์ขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้เกี่ยวข้อง จนราคาต่อหน่วยผันผวนรุนแรงตามที่กล่าวมาแล้วในตอนต้นนั้น เป็นสภาพที่คล้ายคลึงกับตลาดหลักทรัพย์และหลักทรัพย์ที่ต้องมีการคุ้มครองเสถียรภาพของตลาดและป้องกันไม่ให้ผู้ลงทุนถูกเอาเปรียบ จึงควรพิจารณาความเป็นไปได้ในการปรับใช้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งให้อำนาจสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เข้ามาช่วยกำกับดูแลหลักทรัพย์และประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ได้

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้กำหนดบทนิยามไว้อย่างชัดเจนว่าหลักทรัพย์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายได้แก่สิ่งใดบ้าง เช่น ตัวเงินค้ำประกัน พันธบัตร หุ้น ตัวเงิน เป็นต้น^{๒๓} ซึ่งบิตคอยน์ไม่อาจจัดเข้าเป็นหลักทรัพย์ประเภทใดได้ กฎหมายฉบับนี้จึงนำมาใช้กับเรื่องของบิตคอยน์ในระดับมหภาคได้เฉพาะเพื่อการป้องกันการประกอบธุรกิจจัดการกองทุนรวมที่รับเงินจากผู้ลงทุนรายย่อยเพื่อไปลงทุนในเงินบิตคอยน์ให้ได้ผลตอบแทน โดยไม่ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์^{๒๔} เพราะการจัดการกองทุนรวมตามพระราชบัญญัตินี้ได้รวมถึงการนำเงินจากการจำหน่ายหน่วยลงทุนไปลงทุนทรัพย์สินอื่นนอกเหนือจากหลักทรัพย์^{๒๕} ส่วนกลไกการกำกับดูแลอื่นๆ คงไม่สามารถนำมาใช้ได้ในปัจจุบัน

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒

ในระยะแรกที่บิตคอยน์เป็นข่าวในประเทศไทยนั้น เริ่มต้นจากการที่มีกลุ่มบุคคลกลุ่มหนึ่งจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดและยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศกับธนาคารแห่งประเทศไทย โดยระบุว่าจะให้บริการรับแลกเปลี่ยนเงินบิตคอยน์เป็นเงินบาท ซึ่งหากขณะนั้นธนาคารแห่งประเทศไทยมอบใบอนุญาตแก่บริษัทดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ ย่อมถือว่าบริษัทดังกล่าวเป็นหนึ่งในสถาบันการเงินที่อยู่มีหน้าที่เกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน^{๒๖} ซึ่งย่อมสะดวกต่อการกำกับดูแลโดยสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เพราะบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตฯ จะเป็นผู้มีหน้าที่โดยอัตโนมัติทันที

อย่างไรก็ตาม เมื่อกฎหมายได้แบ่งผู้ที่มีหน้าที่รายงานการทำธุรกรรมต่อสำนักงานและหน้าที่อื่นๆ ในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เป็น ๒ ประเภทหลัก คือ สถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพตามที่กำหนดในมาตรา ๑๖ ของพระราชบัญญัติดังกล่าว หากบุคคลใดไม่ใช่บุคคลตามสองประเภทข้างต้นแล้ว ก็ย่อมไม่มีหน้าที่ต้องรายงานการทำธุรกรรมหรือการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับลูกค้า

^{๒๓} มาตรา ๔ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

^{๒๔} มาตรา ๙๐ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕

^{๒๕} มาตรา ๔ พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๕ “... “การจัดการกองทุนรวม” หมายความว่า การจัดการลงทุนตามโครงการจัดการกองทุนรวมโดยการออกหน่วยลงทุนของแต่ละโครงการจำหน่ายแก่ประชาชน เพื่อนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายหน่วยลงทุนนั้นไปลงทุนหรือแสวงหาประโยชน์จากหลักทรัพย์ สัญญาซื้อขายล่วงหน้า ทรัพย์สินอื่น หรือไปหาผลตอบแทนหรือแสวงหาประโยชน์โดยวิธีอื่น...”

^{๒๖} โปรดดู กฎกระทรวง (พ.ศ. ๒๕๔๓) ออกตามความในพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ.

ตลอดจนการประเมินความเสี่ยงต่อการฟอกเงินของผลิตภัณฑ์หรือบริการที่ตนมีแต่อย่างใด ดังนั้น บริษัท ซึ่งประกอบธุรกิจรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์ที่เป็นการซื้อขายแลกเปลี่ยนเงินดิจิทัลเช่นเงินบิทคอยน์ เมื่อไม่ใช่บริษัทที่ได้รับอนุญาตให้รับแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินจากธนาคารแห่งประเทศไทย บริษัทหลักทรัพย์ หรือผู้ประกอบการอาชีพอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดหน้าที่ สำนักงาน ป.ป.ง. จึงยังไม่มีอำนาจที่จะกำกับดูแลการประกอบธุรกิจซื้อขายและแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์ จนกว่าธนาคารแห่งประเทศไทยจะให้ใบอนุญาตรับแลกเปลี่ยนเงินฯ หรือหน่วยงานอื่นใดจะกำหนดให้บริษัทรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์เป็นสถาบันการเงินหรือผู้ประกอบการอาชีพตามที่พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ กำหนดไว้ ในทางปฏิบัติสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จึงไม่สามารถเข้าไปกำกับดูแลผู้ที่ทำธุรกิจรับแลกเปลี่ยนเงินบิทคอยน์ได้เลย ทำได้เพียงเข้าไปสืบสวนเฉพาะรายเมื่อเกิดคดีเกี่ยวกับการฟอกเงินแล้วเท่านั้น^{๒๐๗}

แนวทางในการกำกับดูแลในอนาคต

แม้เงินบิทคอยน์จะยังคงเป็นเรื่องใหม่และในเวลานี้ยังมีผู้ครอบครองและใช้งานอยู่จริงไม่มากพอที่จะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง หน่วยงานผู้มีอำนาจหน้าที่ก็คงไม่อาจมองข้ามความสำคัญและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นต่อไปได้หากในอนาคตเงินบิทคอยน์ได้รับความนิยมถึงระดับเดียวกับหลายประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่มีผู้รับชำระค่าสินค้าและบริการเป็นบิทคอยน์มากขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้นในขณะที่ยังไม่มีกฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขเรื่องเงินบิทคอยน์โดยตรงออกมาใช้บังคับ และปัญหาที่ร้ายแรงที่สุดคือภัยจากการฟอกเงิน ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแก้กฎหมายที่จำเป็นที่สุดคือเรื่องการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เนื่องจากพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินใช้กฎหมายหลักอื่นๆ ในการเข้าไปดูแลเรื่องการฟอกเงิน เช่น ต้องเป็นบริษัทหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เสียก่อน จึงจะอยู่ในอำนาจของสำนักงาน ป.ป.ง. ที่จะเข้าไปควบคุมกระบวนการป้องกันการฟอกเงินในการทำธุรกรรมของบริษัทหลักทรัพย์ทั้งหลายได้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติครั้งต่อไป ควรที่จะให้คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินหรือคณะกรรมการธุรกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดผู้ประกอบการหรือประเภทธุรกิจที่สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินจะเข้าไปกำกับดูแลเพิ่มเติมได้จากที่ระบุไว้ในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เห็นว่าเป็นธุรกิจที่มีความจำเป็นเร่งด่วนและมีความเสี่ยงด้านการฟอกเงินสูง ซึ่งวิธีนี้จะช่วยให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมีความพร้อมในการป้องกันภัยจากการฟอกเงินในรูปแบบใหม่ได้อย่างทันทั่วทั้งที่ ทั้งนี้ สำหรับการคุ้มครองผู้ใช้ผู้ลงทุนบิทคอยน์และการคุ้มครองเสถียรภาพของเงินบาท เนื่องจากปัจจุบันบิทคอยน์ยังไม่ได้ใช้แพร่หลายในฐานะเงินที่ใช้จับจ่ายสินค้าหรือชำระหนี้อย่างแท้จริง ท่าทีของภาครัฐจึงควรเป็นไปในทางให้ความรู้และเตือนให้เห็นถึงความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการเข้าไปลงทุนหรือใช้เงินบิทคอยน์

^{๒๐๗} มาตรา ๔๐ (๕) พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นย่อยที่บิตคอยน์เข้าไปเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่นๆ อีกมากจนไม่อาจนำมากล่าวถึงทั้งหมดได้ เช่น การเก็บภาษีได้ของนักขุดเงินบิตคอยน์ หรือ ผลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของการชำระหนี้ด้วยบิตคอยน์ ซึ่งจะต้องมีการศึกษาวิเคราะห์แนวทางในการดำเนินการต่อไปด้วย

สรุป

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมด บางครั้งเราจะพบว่ากฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถปรับใช้กับเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมใหม่ได้ทันที และภาครัฐย่อมต้องพิจารณาหาแนวทางการกำกับดูแลด้วยการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายตลอดจนแนวทางปฏิบัติให้พร้อมรับปัญหาที่อาจเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายบางเรื่องนั้นมีความซับซ้อนและมีประเด็นที่ต้องพิจารณาเป็นจำนวนมาก จนบางครั้งอาจปรากฏได้ว่าการออกกฎหมายมาควบคุมส่งผลร้ายยิ่งกว่าการใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่น ต้นทุนที่ใช้ในการกำกับดูแลอาจสูงมากหรือการกำกับดูแลทำให้เกิดวาทกรรมอื่นๆ สูญเสียคุณสมบัติสำคัญไป ดังกรณีของบิตคอยน์ที่หากธนาคารแห่งประเทศไทยตีความพระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. ๒๕๐๑ ห้ามการใช้หรือแลกเปลี่ยนบิตคอยน์ย่อมกลายเป็นภาระของผู้บังคับใช้กฎหมายที่จะต้องใช้ทรัพยากรในการจับผู้กระทำความผิดและรัฐเองก็ต้องสูญเสียโอกาสที่จะให้เกิดระบบการใช้แลกเปลี่ยนเงินบิตคอยน์ที่อยู่ภายใต้กฎหมายซึ่งสามารถวางกฎเกณฑ์ว่าด้วยการป้องกันการฟอกเงินหรือป้องกันการฉ้อโกงประชาชนได้ดีกว่า การกำกับดูแลนวัตกรรมที่มีความซับซ้อนจึงย่อมต้องอาศัยการศึกษาวิเคราะห์ที่ถี่ถ้วนก่อนจะมีการแก้ไขกฎหมายต่อไป