

2018

RAPHI

Duty

Rights

**Social
Media**

Laws

News

RUMOR



รพีพัฒนศักดิ์

2018



พระประวัติ

พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์



พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เป็นพระราชโอรสองค์ที่ 14

ในพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ

กับเจ้าจอมมารดาตลับ

ประสูติเมื่อ

วันพุธ ขึ้น 11 ค่ำ เดือน 11 ปีจอ จุลศักราช 1236

ตรงกับวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ. 2417



ได้รับพระราชทานนามจากพระราชบิดาว่า รพีพัฒนศักดิ์
พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
ทรงเป็นต้นราชสกุล “รพีพัฒน์”

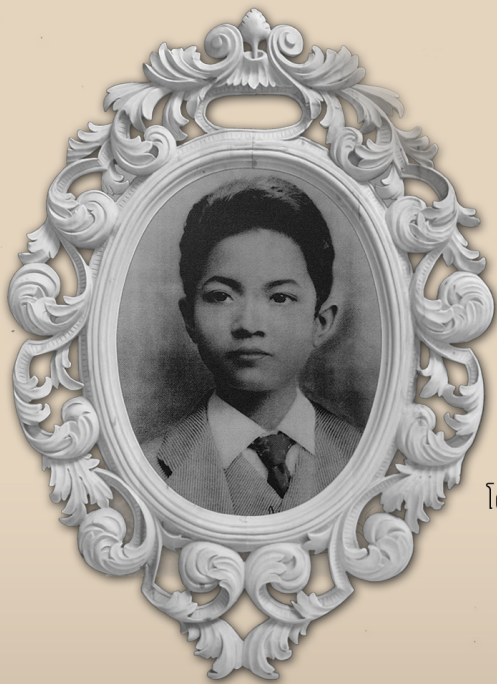
พ.ศ. 2417

พ.ศ. 2417 - 2463



พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์
ทรงเป็นผู้วางรากฐานด้านกฎหมายในเมืองไทย
จนได้รับพระสมัญญานามว่า
“พระบิดาแห่งกฎหมายไทย”





เมื่อเจริญวัยขึ้น พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
ทรงเข้าศึกษาวิชาภาษาไทยเบื้องต้น
กับพระยาศรีสุนทรโวหาร (น้อย อาจารยางกูร)
โดยใช้แท่นทรงนกกภายในพระบรมมหาราชวังเป็นที่ทรงพระอักษร

ต่อมาพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ
โปรดเกล้าฯ ให้เข้าศึกษาใน โรงเรียนพระตำหนักสวนกุหลาบ

พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
ทรงเข้าพระราชพิธีโสกันต์
ในวันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2427



พ.ศ. 2427

พ.ศ. 2428



ทรงเข้าพิธีผนวช ณ วัดพระศรีรัตนศาสดาราม
โดยมีสมเด็จพระมหาสมณเจ้า กรมพระยาปวเรศวริยาลงกรณ์
เป็นพระอุปัชฌาย์ เมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2428

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เป็นพระราชโอรสกลุ่มแรกที่ถูกส่งไปศึกษาต่อ
ณ ทวีปยุโรป เมื่อ พ.ศ. 2428 ซึ่งการไปครั้งนี้มีพระราชโอรสเสด็จพร้อมกัน 4 พระองค์ คือ

พระองค์เจ้ากิตติยาคารวรลักษณ (กรมพระจันทบุรีนฤนาถ)

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์)

พระองค์เจ้าประวิตรวัฒนโนดม (กรมหลวงปราจิณกิติบดี)

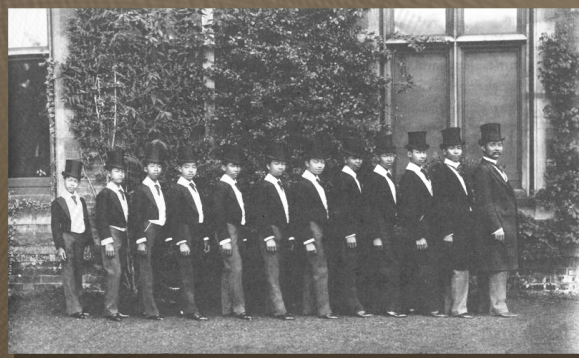
พระองค์เจ้าจิรประวัติกวเดช (กรมหลวงนครไชยศรีสุรเดช)



พ.ศ. 2428

พ.ศ. 2431

พ.ศ. 2437



พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ทรงศึกษาวิชาภาษาละติน วิชาภาษาอังกฤษ
และวิชาภาษาฝรั่งเศส อยู่ 2 ปี จึงเสด็จนิวัติประเทศไทย
จนถึงปี พ.ศ. 2431 จึงเสด็จไปศึกษาต่อในชั้นมัธยมอยู่
ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ

และต่อมาปี พ.ศ. 2434 ทรงเลือกศึกษาวิชากฎหมายต่อที่วิทยาลัยไครสต์เชิร์ช ในมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด
จนกระทั่งปี พ.ศ. 2437 ทรงสามารถสอบไล่ได้ตามหลักสูตรชั้นปริญญาเกียรตินิยม

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์เสด็จกลับประเทศสยามในปี 2437
พระองค์ทรงตั้งพระทัยแน่วแน่ที่จะเข้ารับราชการตุลาการ

พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว พระราชบิดา
ได้โปรดเกล้าฯ ให้เข้ารับราชการในกรมราชเลขาธุการ

ทรงสามารถปฏิบัติพระราชภารกิจได้อย่างดีเยี่ยม ประกอบกับทรงร่างพระราชหัตถเลขาถวาย
ได้เป็นที่พอพระราชหฤทัยอย่างยิ่ง พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงขนานนามว่า
“เฉลียวฉลาดรพี”



พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงสวามิภักดิ์ พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้าหญิงอรพินทร์ประิไพ
พระธิดาองค์ใหญ่ ในสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ เจ้าฟ้าภาณุรังษีสว่าง กรมพระจักรพรรดิพงษ์
พระราชทานเสกสมรสให้ โดยในครั้งนั้น เป็นครั้งแรกที่มีการพระราชทานน้ำสวามิภักดิ์ แต่ก็ทรงใช้ชีวิตร่วมกัน
เพียงไม่นานก็หย่าขาดจากกัน หลังจากนั้นพระองค์จึงรับหม่อมอ่อนเป็นชายาพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
มีพระโอรส-ธิดา ที่ประสูติกับหม่อมอ่อน หม่อมแดง และหม่อมราชวงศ์สอแสง ปราโมช ทุกพระองค์ทรง
ตั้งชื่อคล้องจองกันหมด และมีความหมายเกี่ยวกับ พระอาทิตย์



พ.ศ. 2437

พ.ศ. 2439

พ.ศ. 2440



พ.ศ. 2439 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระกรุณาโปรดเกล้าฯ
ให้ตราพระราชบัญญัติตั้งข้าหลวงพิเศษสำหรับแก้ไขธรรมเนียมศาลยุติธรรมหัวเมือง
ทั่วปวง ร.ศ. 115 ขึ้นเพื่อที่จะให้การพิจารณาพิพากษาคดีในพระราชอาณาเขต
เป็นไปอย่างรวดเร็ว เทียบตรง และเป็นอย่างเดียวกัน ในการนี้โปรดเกล้าฯ ให้พระองค์เจ้ารพี
เป็น สภานายก ในกองข้าหลวงพิเศษ

พระราชกรณียกิจที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งก็คือในปี พ.ศ. 2440
ได้ทรงจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น โดยมีเจ้าพระยาอภัยราชาสยามานุรักษ์
(โรลังยัคินส์) เป็นที่ปรึกษา และพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ทรงเข้าสอน
เป็นประจำ ต่อมาได้จัดให้มีการสอบไล่ขึ้นด้วย ในปีแรกที่มีการสอบ
ปรากฏว่ามีผู้สอบผ่านเพียง 9 คนจากจำนวนกว่าร้อยคน





พ.ศ. 2542 พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ
สถาปนาพระอิสริยยศ พระเจ้าลูกยาเธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์
ขึ้นเป็นพระองค์เจ้าต่างกรมโดยมีพระนามจารึกในพระสุพรรณบัฏว่า
“พระเจ้าลูกยาเธอ กรมหมื่นราชบุรีดิเรกฤทธิ์”

พ.ศ. 2455 พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้รับพระกรุณาโปรดเกล้าฯ
สถาปนาพระอิสริยยศ เป็น พระเจ้าพี่ยาเธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

พ.ศ. 2478 ทรงดำรงพระอิสริยยศ เป็น พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์

พ.ศ. 2442

พ.ศ. 2443



พ.ศ. 2439 ทรงได้รับพระบรมราชโองการแต่งตั้ง ให้เป็นเสนาบดีกระทรวงยุติธรรม
ซึ่งขณะมีพระชนมายุเพียง 22 ชันษา พระองค์ทรงดำรงตำแหน่งถึง พ.ศ. 2453
ตลอดระยะเวลาในการปฏิบัติพระกรณียกิจเสนาบดี พระองค์ทรงมีส่วนสำคัญอย่างยิ่ง
ในการปฏิรูปการศาล เช่น ทรงขอพระราชทานพระบรมราชานุญาต ให้ศาลในสังกัด
กระทรวงยุติธรรมสามารถกำหนดโทษเองได้ เนื่องจากในสมัยนั้น เมื่อศาลกำหนดโทษ
จำคุกผู้ต้องหาแล้ว ต้องให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวทรงกำหนดเวลาให้อีกชั้นหนึ่ง
ซึ่งเป็นเหตุของความล่าช้าในวงการศาล ทรงปรับปรุงเงินเดือนผู้พิพากษาให้เหมาะสม
กับตำแหน่งหน้าที่ ออกประกาศ ออกประกาศยกเลิก หรือแก้ไขพระราชบัญญัติ
กฎหมายดีกว่า 60 ฉบับ เพื่อแก้ไขจุดบกพร่อง เพิ่มสิทธิของคู่ความให้เท่าเทียมกัน
หรือแก้ไขบทลงโทษที่ล้าหลัง

พ.ศ. 2443 ขณะนั้น ทรงดำรงตำแหน่ง เสนาบดีกระทรวงยุติธรรม โดยทรงตั้ง “กองพิมพ์ลายนิ้วมือ”
ขึ้นมา สำหรับตรวจลายนิ้วมือผู้ต้องหาในคดีอาญา อันเป็นจุดเริ่มต้น ของการตรวจพิสูจน์ยืนยันตัวบุคคล
ปี พ.ศ. 2444 จัดให้มีการพิมพ์ลายพิมพ์นิ้วมือ ของนักโทษที่จำคุกไว้ เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการยืนยัน
ตัวบุคคลว่าได้เคยกระทำความผิดมาก่อน ดังนั้น พระองค์จึงเปรียบเสมือน “บิดาวิชาลายพิมพ์นิ้วมือ” ด้วย

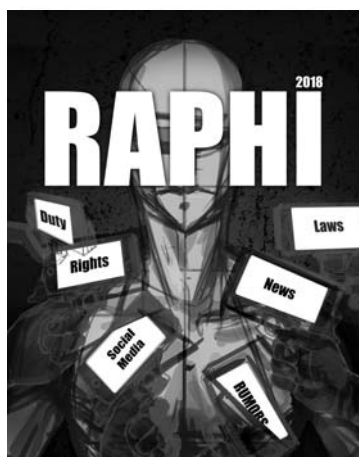




พ.ศ. 2463

ในปี พ.ศ. 2462 พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงประชวรและมีการแทรกซ้อนไปยังพระวักกะ (ไต) จึงทรงขอลาพักราชการในวันที่ 24 กรกฎาคม พ.ศ. 2462 เพื่อรักษาพระองค์แต่อาการยังไม่ทุเลา ต่อมาจึงเสด็จไปรักษาพระองค์ที่กรุงปารีส ประเทศฝรั่งเศส แต่พระโรคที่พระวักกะก็ยังทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นเกินที่แพทย์จะเยียวยาได้ จนกระทั่งถึงวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2463 เวลาประมาณ 21 นาฬิกา จึงสิ้นพระชนม์ สิริพระชันษา 45 ปี 9 เดือน 17 วัน

พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวโปรดเกล้าฯ ให้ออกอัครราชทูตสยามประจำประเทศฝรั่งเศสจัดการถวายพระเพลิง ณ กรุงปารีส ตามที่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์รับสั่งไว้ หลังจากนั้นหม่อมเจ้าไชยเสงรวี รพีพัฒน์ เสด็จไปรับและอัญเชิญพระอัฐของกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์มาถึงประเทศไทยในวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2463



ชื่อหนังสือ	หนังสือรฟพัฒนศักดิ์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประจำปี พ.ศ. 2561
ภาพหน้าปกโดย	ต้นน้ำ (Tonnum)
พิมพ์ครั้งที่	1
ปีที่พิมพ์	พ.ศ. 2561
จำนวนที่พิมพ์	400 เล่ม
จัดพิมพ์โดย	สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
พิมพ์ที่	โรงพิมพ์เดือนตุลา



สาร
ประธานศาลฎีกา
(นายชีพ จุลมนต์)

วันที่ 7 สิงหาคม ของทุกปี คือ “วันรพี” เป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้มีส่วนสำคัญในการวางรากฐานด้านกฎหมายของประเทศจนได้รับการยกย่องว่าเป็น “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” วันดังกล่าวเป็นวันสำคัญยิ่งของนักกฎหมายที่จะได้น้อมรำลึกถึงคุณงามความดีของพระบิดาแห่งกฎหมายไทยที่มีต่อวงการนิติศาสตร์ และตระหนักถึงความสำคัญของวิชาชีพนักกฎหมาย รวมทั้งบทบาทหน้าที่ของตนเองในการผดุงความยุติธรรมให้แก่ประชาชน

หนังสือรพีพัฒนศักดิ์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประจำปี พ.ศ. 2561 ที่สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จัดทำขึ้นเนื่องในวันรพี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่สาระและความรู้ในเชิงวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ จึงเป็นการสืบสานพระปณิธานของพระบิดาแห่งกฎหมายไทยอีกทางหนึ่ง ทั้งยังเป็นการแสดงถึงความเสียสละและพากเพียรของคณะกองบรรณาธิการและผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายที่ได้ร่วมกันสร้างสรรค์คุณประโยชน์แก่การศึกษาเพื่อความสว่างไสวทางปัญญาแห่งสังคมไทย

(นายชีพ จุลมนต์)
ประธานศาลฎีกา



สาร
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ
(นายสุรเกียรติ์ มาประณีต)

“พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” นักกฎหมายไทยพร้อมใจถวายการยกย่องพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ทรงอุทิศพระองค์ประกอบกรณียกิจอันเป็นคุณอย่างใหญ่หลวงต่อกระบวนการยุติธรรมของกฎหมายไทยด้วยการวางรากฐานกฎหมาย วางระเบียบในศาลยุติธรรมของไทย ทรงพระกรุณาประทานกำเนิดโรงเรียนกฎหมายเป็นแห่งแรกในประเทศและสอนวิชากฎหมายเพื่อจะให้มีผู้รู้กฎหมายมากขึ้น โดยมีพระดำริว่า “การที่จะยังราชการศาลยุติธรรมให้เดินไปด้วยดีนั้น มีความจำเป็นที่ต้องจัดให้มีผู้รู้กฎหมายมากขึ้นกว่าแต่ก่อน โดยการเปิดให้มีการสอนกฎหมายขึ้นเป็นที่แพร่หลาย” อีกทั้งยังได้รวบรวมกฎหมายและคำพิพากษา แต่งตำราอธิบายกฎหมายต่าง ๆ มากมาย อันได้เป็นรากฐานก่อตั้งการศึกษานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยจนถึงปัจจุบัน

“วันรพี” วันที่ 7 สิงหาคม ของทุกปี อันเป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระองค์ เพื่อให้แก่นักกฎหมายได้มีโอกาสแสดงความระลึกถึงพระกรุณาธิคุณของพระองค์ “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” พร้อมทั้งตั้งมั่นในอุดมการณ์ตามแนวทางที่พระองค์ได้ทรงวางวิถีสุจริตสัมมาปฏิบัติ ยึดมั่นในหลักความยุติธรรมและความถูกต้อง คำนึงถึงความเป็นธรรมอย่างแท้จริงสำหรับทุกฝ่าย ไม่ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือเอาเปรียบสังคม ตามพระปณิธานที่ว่า “My life is service” ชีวิตของฉันเกิดมา เพื่อรับใช้ประเทศชาติ

(นายสุรเกียรติ์ มาประณีต)
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ



สาร
ประธานศาลปกครองสูงสุด
(นายปิยะ ปะตังทา)

พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ทรงเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการวางรากฐานการศาลยุติธรรมและการศึกษากฎหมายของไทยจนสามารถพัฒนาความก้าวหน้าและทัดเทียมนานาอารยประเทศ วันที่ 7 สิงหาคม ของทุกปี เป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระองค์ จึงได้กำหนดวันนี้ให้เป็น ‘วันรพี’ เพื่อน้อมรำลึกในพระกรุณาธิคุณที่ได้ทรงวางรากฐานระบบกฎหมาย และทรงวางระบบงานด้านการศาลยุติธรรมให้เป็นมาตรฐานสากลเหมือนเช่นนานาอารยประเทศ ทั้งยังทรงตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นเป็นครั้งแรกเพื่อผลิตบุคลากรด้านกฎหมาย สร้างนักกฎหมายที่มีความรู้ มีคุณธรรม และจริยธรรม อันเป็นรากฐานอันสำคัญในการพัฒนาประเทศไทยในเวลาต่อมา

ในโอกาสที่วันรพี ประจำปี พ.ศ. 2561 เวียนมาบรรจบพบอีกวาระหนึ่ง จึงขอเชิญชวนทุกท่านร่วมกันรำลึกถึงพระกรุณาธิคุณของพระองค์ท่าน และสานต่อพระปณิธานของพระองค์ ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และบังคับใช้กฎหมายด้วยความถูกต้อง มีจริยธรรม และคุณธรรมเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมให้บังเกิดประโยชน์สุขต่อสังคมและประเทศชาติสืบไป

(นายปิยะ ปะตังทา)
ประธานศาลปกครองสูงสุด



สาร
อัยการสูงสุด
(ศาสตราจารย์พิเศษ เข็มชัย ชุตินวงศ์)

ในวาระที่วันรพีได้เวียนมาถึงอีกครั้งหนึ่งในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2561 นี้ ข้าพเจ้าในฐานะอัยการสูงสุด ขอชื่นชมสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ทั้งในส่วนของคณาจารย์และนักศึกษาที่เกี่ยวข้อง ที่ได้ดำเนินการจัดทำหนังสือ “รพีพัฒนศักดิ์” อันเป็นหนังสือที่ระลึกเนื่องในวันครบรอบวันสวรรคตของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ขึ้น เพื่อสานต่อพระปณิธานในการเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายอันทรงคุณค่าไปสู่สังคม

ทั้งนี้ ข้าพเจ้าได้ทราบมาจากกองบรรณาธิการว่า หนังสือรพีพัฒนศักดิ์ฉบับนี้จัดว่าเป็นฉบับที่มีความพิเศษอยู่ 2 ประการ ประการแรกคือ จัดทำขึ้นสอดคล้องกับโอกาสที่สำนักวิชานิติศาสตร์ก่อตั้งครบรอบ 15 ปี และประการที่สองคือ เป็นการจัดทำขึ้นในวาระครบรอบ 20 ปี แห่งการสถาปนามหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ทำให้บทความที่ตีพิมพ์ลงในหนังสือฉบับนี้ทุกบทความได้รับการคัดกรองให้มีความเข้มข้นทางวิชาการ และมีความหลากหลายในศาสตร์ความรู้ ซึ่งข้าพเจ้าหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านทั้งหลายคงจะได้เพลิดเพลินกับการลิ้มลองความรู้ใหม่ ๆ ที่อัดแน่นอยู่ในหนังสือฉบับนี้ไม่มากนัก

(ศาสตราจารย์พิเศษ เข็มชัย ชุตินวงศ์)
อัยการสูงสุด



สาร

นายกสภาทนายความ
(ว่าที่ร้อยตรี ดร.ถวัลย์ รุยาพร)

วันที่ 7 สิงหาคมของทุกปี เป็นวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ นักกฎหมายต่าง ๆ ทุกสาขาอาชีพได้ร่วมกันถวายพระสมัญญานามแด่พระองค์ว่าทรงเป็น “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย”

ขอชื่นชมสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ที่ได้ดำเนินการจัดพิมพ์หนังสือวันรพีประจำปีพุทธศักราช 2561 เพื่อเทิดพระเกียรติและน้อมรำลึกพระกรุณาธิคุณของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งวงการกฎหมายไทยนอกจากนี้ยังเป็นการเผยแพร่ความรู้ในทางกฎหมายต่าง ๆ สู่ประชาชนและสังคม ทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์รับรู้ถึงสิทธิ และหน้าที่ของตนเองตามกฎหมาย และนำมาซึ่งความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมและประเทศชาติในอนาคตต่อไป

ว่าที่ร้อยตรี

(ดร.ถวัลย์ รุยาพร)

นายกสภาทนายความ



สาร
อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
(รองศาสตราจารย์ ดร.วันชัย ศิริชนะ)

พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ผู้ซึ่งได้รับการยกย่องให้เป็น “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” ถือเป็นผู้มีคุณูปการต่อประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในส่วนของพระองค์ได้ทรงวางรากฐานระบบกฎหมายและการศึกษากฎหมายไทยไว้อย่างดีเยี่ยม ผลจากการทรงงานของพระองค์ทำให้ระบบกฎหมายตลอดจนนักกฎหมายของประเทศไทยได้รับการยอมรับทัดเทียมกับระดับสากล

ดังนั้น เนื่องในวันคล้ายวันสิ้นพระชนม์ของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ที่เวียนมาบรรจบครบรอบในอีกวาระหนึ่งคือวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2561 มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงโดยสำนักวิชานิติศาสตร์จึงได้จัดทำ “หนังสือที่ระลึกเนื่องในวันรพีฯ” ขึ้น ในทางหนึ่งคือเพื่อเทิดพระเกียรติของพระบิดาแห่งกฎหมายไทย และในอีกทางหนึ่งคือเพื่อสานต่อพระปณิธานในการเผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายที่สำคัญให้กับสังคมได้รับทราบ

ผมในฐานะอธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง หวังเป็นอย่างยิ่งว่าหนังสือ “รพีฯ” ฉบับนี้ จะเป็นหนึ่งในหนังสือที่ทรงคุณค่า และเป็นหนึ่งในเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยในการทำนุบำรุงวงวิชาการกฎหมายต่อไป

(รองศาสตราจารย์ ดร.วันชัย ศิริชนะ)
อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



สาร

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์)

วันที่ 7 สิงหาคม เวียนมาบรรจบครบรอบในอีกวาระหนึ่ง นับเป็นเวลากว่า 98 ปีแล้ว ที่พระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ “พระบิดาแห่งกฎหมายไทย” ได้สิ้นพระชนม์ลง ซึ่งเมื่อวันนี้ดำเนินมาถึงก็ถือเป็นธรรมเนียมปฏิบัติสืบต่อกันมาว่า สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จะได้ดำเนินการจัดทำหนังสือรพีพัฒนศักดิ์ขึ้น เพื่อเผยแพร่ผลงานวิชาการทางกฎหมายที่ทรงคุณค่าสู่สาธารณชน โดยมุ่งหวังสานต่อพระปณิธานของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ฯ ในการพัฒนางานกฎหมายไทยให้ก้าวหน้ายืนยงและทัดเทียมอารยประเทศต่อไป

ในปีเดียวกันนี้เองยังมีเรื่องน่ายินดีควบคู่กันไปอีกสองวาระ วาระหนึ่งคือการที่สำนักวิชานิติศาสตร์ได้ก่อตั้งมาครบรอบ 15 ปี และในอีกวาระหนึ่งคือการครบรอบ 20 ปี แห่งการสถาปนามหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ดังนั้น นอกจากหนังสือรพีพัฒนศักดิ์ฉบับนี้ได้ถูกจัดทำขึ้นเพื่อเฉลิมพระเกียรติของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ฯ แล้ว ยังถือว่าเป็นหนังสือรพีเล่มเดียวที่เผยแพร่ออกมา ณ ช่วงเวลาที่สำคัญทั้งของสำนักวิชานิติศาสตร์และของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ทำให้เป็นที่ตระหนักว่าในหนังสือรพี ฉบับนี้ ผู้อ่านจะได้พบกับรูปลักษณะพิเศษที่แปลกใหม่ไปจากเดิม พร้อมทั้งเนื้อหาที่ยังทรงคุณค่าทางวิชาการอยู่ มีเสื่อมคลาย อันเป็นการแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของหนังสือเล่มนี้ที่เติบโตไปพร้อมกับสำนักวิชาและมหาวิทยาลัย ซึ่งข้าพเจ้าเชื่อมั่นว่าท่านผู้อ่านทั้งหลายจะได้รับความรู้ทางกฎหมายอันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งจากการอ่านบทความในหนังสือรพีฯ ฉบับนี้

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์)

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

“ Law is a craft. It’s craftsmen have selected out and preserved to themselves over the millennia an area of human behavior ”

“ กฎหมายเป็นศิลปวัตถุ ศิลปิน (นักกฎหมาย) เป็นบุคคลที่ได้รับคัดเลือก และทะนุถนอมบำรุงรักษากฎหมายเหล่านี้ไว้เป็นเวลาหลายร้อยปี ”



บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับ ผมอาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ บรรณาธิการหนังสือพิมพ์พัฒนศักดิ์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประจำปี พ.ศ. 2561

ในโอกาสที่วันรพีฯ ประจำปี พ.ศ. 2561 เวียนมาบรรจบพบอีกวาระหนึ่ง สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้ดำเนินการจัดทำหนังสือรพีฯ ฉบับนี้ขึ้น เพื่อน้อมรำลึกในพระกรุณาธิคุณของพระเจ้าบรมวงศ์เธอ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย โดยการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานทางวิชาการของบุคคลทั้งภายในและภายนอกสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ในรูปแบบของบทความสู่สาธารณชน

ผมในฐานะบรรณาธิการหนังสือรพีฯ ฉบับนี้ ขอขอบพระคุณผู้เขียนบทความทุก ๆ ท่านที่ได้ให้ความอนุเคราะห์เขียนบทความตีพิมพ์ลงในหนังสือรพีฯ ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณที่ปรึกษา รองบรรณาธิการ และขอขอบใจนักศึกษาในองค์กรยุวชนสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ซึ่งทำหน้าที่เป็นกองบรรณาธิการ ฝ่ายจัดหาทุน ฝ่ายบัญชี ฝ่ายออกแบบ ฝ่ายพิสูจน์อักษร และฝ่ายสนับสนุน ที่ได้เสียสละเวลา ทุ่มเทความคิด และแรงกายในการจัดทำหนังสือรพีฯ ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผมหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านจะได้รับประโยชน์จากหนังสือรพีฯ ฉบับนี้ ในฐานะที่เป็นเอกสารประกอบการเรียน การศึกษาค้นคว้า และการอ้างอิง ฯลฯ ตามสมควร ขอขอบคุณครับ



อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ



สารบัญ

บทความ

❑	การตั้งตัวแทนในการดำเนินการด้านที่ดิน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้น	17
	รุ่ง ศรีสมวงศ์	
❑	พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่าย	29
	ศรัณย์ พิมพ์งาม / ปณณธร เชื้อนแก้ว	
❑	Cosplay and Copyrights Law	57
	Bhunyauch Kanjananon	
❑	อนาคตของพรรคการเมืองไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560	69
	ณัฐดนัย นาจันทร์	
❑	สิทธิที่จะถูกลืม หรือหน้าที่ที่จะต้องลืม ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560	81
	สาวตรี สุขศรี	
❑	หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา	99
	เพชรณพัฒน์ ศรีวิสุทธิประภา	
❑	ความร่วมมือทางทรัพยากรสินทางปัญญาในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	113
	อัจฉริยา วงษ์บูรณาวิทย์	
❑	Illegal Trade of Elephant Ivory and Implementation of CITES by Thailand	131
	Thanapat Chatinakrob	
❑	The Ambiguity of Non-Appropriation in Outer Space: Analysis of the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act 2015	157
	Suwijak Chandaphan	
❑	สิทธิของคนพิการกับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศของมวลมนุษยชาติ	173
	ชูเกียรติ น้อยฉิม / นภวัฒน์ สืบบุญธรรม	
❑	แนวทางการศึกษานิติศาสตร์และหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ระดับชั้นปริญญาตรี	189
	พลกริชย์ พันธุ์คำเกิด	
	ตัวอย่างข้อสอบวิชากฎหมายของนักศึกษาชั้นปีที่ 1	222

“สร้างคน
สร้างความรู้
สร้างคุณภาพ
และสร้างคุณธรรม”

ปณิธานมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง



การตั้งตัวแทนในการดำเนินการด้านที่ดิน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้น

The Agency in the Implementation of Land and Problem that may arise

รุ่ง ศรีสมวงษ์





การตั้งตัวแทนในการดำเนินการด้านที่ดิน และปัญหาที่อาจเกิดขึ้น

The Agency in the Implementation of Land and Problem that may arise

รุ่ง ศรีสมวงศ์^{*}
Rung Srisomwong

1. บทนำ

เราไม่สามารถปฏิเสธได้เลยว่าที่ดินเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีความสำคัญกับชีวิตของเราเป็นอย่างมาก ทั้งในเรื่องของการเป็นสถานที่อยู่อาศัยไปจนถึงการเป็นสถานที่ทำมาหาเลี้ยงชีพ ดังนั้น การทำนิติกรรม (การก่อ เปลี่ยนแปลง โอน หรือสงวนสิทธิ) ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับที่ดินนั้นย่อมเป็นสิ่งที่สำคัญ และเป็นเรื่องที่ต้องจัดการด้วยตนเอง

อย่างไรก็ตาม หากมองตามสภาพความเป็นจริงแล้ว เราจะพบว่าการดำเนินการทางด้านที่ดินใด ๆ จำเป็นต้องใช้ระยะเวลาที่ค่อนข้างยาวนานและมีกระบวนการที่ซับซ้อนส่วนหนึ่งเนื่องจากกฎหมายทั้งในส่วนของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ต่างกำหนดให้หน่วยงานของรัฐคือ “กรมที่ดิน” เข้ามามีส่วนในการทำนิติกรรมด้านที่ดินของประชาชนในทุกกรณี ดังนั้น ในหลาย ๆ ครั้งผู้ที่ประสงค์จะทำนิติกรรมด้านที่ดินจึงเลือกที่จะใช้วิธีการตั้งผู้อื่นให้เป็นตัวแทนของตนในการดำเนินการด้านที่ดินแทนตน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงได้ดำเนินการจัดทำบทความสั้น ๆ ฉบับนี้ขึ้น เพื่ออธิบายหลักการสำคัญต่าง ๆ ในการตั้งให้ผู้อื่นเป็นตัวแทนเพื่อทำนิติกรรมด้านที่ดินแทนตน พร้อมทั้งนำเสนอปัญหาสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ โดยหวังว่าบทความนี้จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อผู้อื่นไม่มากนักน้อย โดยผู้เขียนจะขอแบ่งเนื้อหาในบทความนี้ออกเป็น 3 ส่วนใหญ่ ๆ ได้แก่ ส่วนที่ว่าด้วยหลักพื้นฐานในเรื่องของการตั้งตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนที่ว่าด้วยขั้นตอนการแต่งตั้งตัวแทน และในส่วนสุดท้ายได้แก่ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการแต่งตั้งตัวแทน โดยมีรายละเอียดดังนี้

2. หลักพื้นฐานว่าด้วยตัวการและตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความในมาตรา 797 ได้ให้นิยามของสัญญาตัวแทนไว้ว่า “สัญญาตัวแทน คือการทำสัญญาเพื่อให้บุคคลซึ่งถูกเรียกว่าตัวแทนนั้นใช้อำนาจกระทำการแทนบุคคลอีกบุคคลหนึ่งเรียกว่าตัวการ” ซึ่งหาก

^{*} น.บ. (มหาวิทยาลัยรามคำแหง), น.ม. (มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต), Doctor of Legal Science (University of Canberra, Australia), ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ และคณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

พิจารณาเฉพาะความหมายในส่วนนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าการตั้งตัวแทนนั้นคือการมอบอำนาจให้ผู้อื่นกระทำการใด ๆ แทนตนนั่นเอง นั้นย่อมหมายความว่าในทางกฎหมายแล้วเมื่อมีการทำสัญญาตัวแทนเกิดขึ้น การกระทำใด ๆ ของตัวแทนที่ทาลงโดยได้รับมอบอำนาจจากตัวการย่อมเป็นไปในนามของตัวการ เหมือนตัวการนั้นได้กระทำการเอง

การทำสัญญาตัวแทนนั้นจะกระทำการลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 797 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม เฉพาะกิจการซึ่งตามกฎหมายแล้วกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนขึ้นเพื่อดำเนินกิจการใด ๆ ที่ต้องทำเป็นหนังสือนั้นย่อมต้องมีการทำสัญญาตัวแทนเป็นหนังสือด้วย ตามความที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 798 โดยลักษณะเช่นนี้สอดคล้องกับการทำนิติกรรมในที่ดิน ซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เสมอ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการซื้อขาย การให้ หรือการจำนอง ตามความที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ การทำสัญญาตัวแทนนั้นอาจมีได้ 2 ประเภท คือ สัญญาตัวแทนทั่วไป และสัญญาตัวแทนเฉพาะการ อันเป็นการแต่งตั้งตัวแทนขึ้นมาเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยในการทำนิติกรรมที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน ในลักษณะของการขาย จำนอง หรือให้เช่าเกินกว่า 3 ปีนั้น ผู้ประสงค์ทำนิติกรรมเช่นว่าไม่สามารถทำสัญญาตัวแทนในลักษณะของการมอบอำนาจโดยทั่วไปได้ เป็นการต้องห้ามตามความในมาตรา 801 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การทำสัญญาตัวแทนในกรณีนี้ต้องทำเป็นสัญญาตัวแทนซึ่งได้รับมอบอำนาจแต่เฉพาะการ ตามความที่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 800 คือต้องเป็นการทำสัญญาตัวแทนที่ระบุไว้โดยเฉพาะเจาะจงว่าจะให้ตัวแทนเข้าทำการแทนในส่วนของการจัดการอสังหาริมทรัพย์สิ่งใดนั่นเอง

ลักษณะที่กล่าวมาทั้งหมดนี้คือหลักการทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาตัวแทน ซึ่งในส่วนของการทำนิติกรรมใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้น ทั้งตัวการและตัวแทนจะต้องระลึกไว้เสมอว่าการทำสัญญาตัวแทนจะต้องทำเป็นหนังสือ และระบุเรื่องที่จะให้กระทำการแทนไว้โดยเฉพาะเจาะจง สัญญาตัวแทนจึงจะมีผลสมบูรณ์ และตัวแทนจึงจะสามารถกระทำการใด ๆ แทนตัวการในเรื่องที่เกี่ยวกับที่ดินนั้น ๆ ได้

3. การแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับที่ดิน

กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย ได้ดำเนินการจัดทำหนังสือชื่อ “คำแนะนำประชาชน เรื่องความรู้เกี่ยวกับที่ดิน” ขึ้น ในปี พ.ศ. 2551 โดยในหนังสือดังกล่าวมีรายละเอียดเกี่ยวกับการแต่งตั้งตัวแทนให้กระทำการใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินไว้ โดยอาจสรุปเนื้อหาที่น่าสนใจได้ดังนี้¹

¹ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, คำแนะนำประชาชน เรื่องความรู้เกี่ยวกับที่ดิน, (กรุงเทพมหานคร: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน, 2551), หน้า 38-63.

การที่ตัวการจะมอบอำนาจให้ตัวแทนในการจัดการเรื่องที่ดินนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะต้องทำเป็นหนังสือ โดยเพื่อความสะดวกของประชาชนกรมที่ดินได้ดำเนินการจัดทำแบบพิมพ์สำเร็จรูปที่ใช้สำหรับการมอบอำนาจระหว่างตัวการและตัวแทนขึ้น โดยประชาชนที่ประสงค์จะตั้งตัวการและตัวแทนเพียงแคไปขอรับเอกสารดังกล่าวจากกรมที่ดินมากรอกให้ครบถ้วน พร้อมแนบบัตรประจำตัวประชาชนของทั้งตัวการและตัวแทนมาก็เป็นอันใช้ได้และมีผลสมบูรณ์ อย่างไรก็ตาม การใช้หนังสือมอบอำนาจโดยเฉพาะแบบที่กรมที่ดินกำหนดนั้นจำเป็นต้องใช้ให้ถูกต้องตรงกับประเภทของที่ดินด้วยคือที่ดินมีโฉนดก็ใช้หนังสือมอบอำนาจแบบหนึ่ง ที่ดินไม่มีโฉนดก็ใช้หนังสือมอบอำนาจอีกแบบหนึ่ง ทั้งนี้ ข้อควรระวังในการกรอกข้อมูลในหนังสือมอบอำนาจนั้น ประกอบด้วย

(1) จะต้องกรอกเครื่องหมายสำคัญสำหรับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้อง หากเป็นที่ดินที่มีบ้านหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นอยู่จะต้องระบุถึงสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวตลอดจนเลขที่ทางทะเบียนของสิ่งปลูกสร้างนั้นให้ชัดเจนด้วย

(2) เนื่องจากการมอบอำนาจให้กับตัวแทนในเรื่องเกี่ยวกับที่ดินนั้นเป็นการมอบอำนาจโดยเฉพาะ ตามความที่กำหนดไว้ในมาตรา 800 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตัวการจะต้องระบุเรื่องที่มอบหมายให้ตัวแทนทำโดยชัดแจ้ง ไม่ว่าจะเป็นการซื้อ ขาย จำนอง หรือการกระทำทางทะเบียนเกี่ยวกับที่ดิน ตลอดจนการให้ความยินยอมในกิจการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับที่ดินนั้น ๆ

(3) การกรอกข้อมูลใด ๆ ลงในหนังสือมอบอำนาจ หากกรอกด้วยมือจะต้องใช้ลายมือที่เหมือนกันและใช้น้ำหมึกสีเดียวกัน แต่หากเป็นการพิมพ์จะต้องเป็นการพิมพ์โดยอาศัยเครื่องพิมพ์เครื่องเดียวกัน

(4) หากมีการชูด ลบ แก้ไข ตกเติม หรือขีดฆ่า จะต้องมีการระบุไว้อย่างชัดแจ้งว่าการชูด ลบ แก้ไข ตกเติม หรือขีดฆ่านั้น ได้กระทำไว้กี่แห่ง และในแต่ละแห่งที่ได้มีการกระทำเช่นนั้นให้บุคคลผู้เป็นตัวการลงลายมือชื่อกำกับไว้ทุกครั้งด้วย

(5) ห้ามมิให้ตัวการลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจที่ยังไม่ได้กรอกรายละเอียดให้ครบถ้วนหรือในหนังสือมอบอำนาจเปล่า

(6) ต้องมีพยานลงลายมือชื่อรับรองในหนังสือมอบอำนาจอย่างน้อย 1 คน แต่หากตัวการลงชื่อโดยอาศัยลายพิมพ์นิ้วมือจะต้องมีพยานลงชื่อรับรอง 2 คน ทั้งนี้ พยานจะต้องลงชื่อเท่านั้น ไม่สามารถใช้การพิมพ์นิ้วมือหรือใช้เครื่องหมายอื่นใดแทนการลงชื่อได้

(7) ในกรณีที่ตัวการมีคู่สมรสและทรัพย์สินที่มอบอำนาจให้ตัวแทนจัดการแทนนั้นเป็นทรัพย์สินที่ต้องจัดการร่วมกันกับคู่สมรส คู่สมรสของผู้มอบอำนาจจะต้องทำหนังสือยินยอมให้มีการจัดการทรัพย์สินนั้นโดยตัวแทนมาด้วย หากไม่ทำเช่นนั้นแล้วคู่สมรสของตัวการอาจลงลายมือชื่อเป็นพยานแทนการทำหนังสือให้ความยินยอมก็ได้

(8) หากหนังสือมอบอำนาจทำในต่างประเทศ ควรให้สถานทูต สถานกงสุล หรือโนตารีพับลิก (Notary Public) รับรองด้วย

4. ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการตั้งตัวแทนเพื่อดำเนินการด้านที่ดิน

ในการดำเนินการตั้งตัวแทนเพื่อกระทำการนิติกรรมต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินแทนตัวการนั้น ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่พบบ่อยมาก นั่นคือ**ความไม่เรียบร้อยของเอกสารและการกรอกข้อความที่ไม่ครบถ้วน** ซึ่งส่งผลให้ตัวแทนไม่สามารถดำเนินการแทนตัวการได้เนื่องจากหนังสือมอบอำนาจไม่สมบูรณ์ อันทำให้ไม่สามารถถือได้ว่าตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจนั้นเป็นตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจโดยเฉพาะเรื่อง

อย่างไรก็ตาม ปัญหาหรือความบกพร่องอีกประการหนึ่งซึ่งอาจเกิดขึ้นได้เมื่อมีการมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการแทนตัวการในเรื่องที่ดินนั้นคือกรณีตามความใน**มาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์** ซึ่งได้วางหลักไว้ว่า *“ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้”* ซึ่งหากกล่าวโดยสรุปแล้ว ความในมาตรานี้หมายถึงตัวแทนจะไม่สามารถทำนิติกรรมในนามของตัวการกับตนเองได้ หรือตัวแทนจะไม่สามารถเป็นตัวแทนให้ทั้งตัวการกับบุคคลภายนอกพร้อมกันได้ เว้นแต่ตัวการจะได้ให้ความยินยอมไว้แล้ว

ปัญหาตามความในมาตรานี้มักเกิดขึ้นในกรณีที่ตัวแทนเป็นผู้ประสงค์จะซื้ออสังหาริมทรัพย์กับตัวการ หรือตัวแทนเป็นผู้รับจ้างกระทำการแทนบุคคลสองฝ่ายคือผู้ซื้อและผู้ขายในการจดทะเบียนที่ดิน เป็นต้น โดยตัวการนั้นมักจะลืมนำใบอนุญาตให้ตัวแทนกระทำการนิติกรรมต่อตนเองหรือกระทำการแทนบุคคลภายนอกอื่นได้ด้วย การลืมนำข้อความเช่นว่านี้นอกจากจะเป็นการไม่ปฏิบัติตามความในมาตรา 805 แล้ว ยังอาจถือได้ว่ามิได้มีการระบุการมอบอำนาจโดยเฉพาะเจาะจงตามความในมาตรา 800 ซึ่งทำให้ตัวแทนไม่สามารถกระทำการใด ๆ ตามความมุ่งหวังของตัวการให้แล้วเสร็จได้

แน่นอนว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมานี้ย่อมสามารถทำได้โดยง่ายตาย นั่นคือตัวการจำเป็นต้องใช้ความละเอียดรอบคอบของตนทุกครั้งในการทำหนังสือมอบอำนาจ ในการกรอกข้อมูลต่าง ๆ ที่จำเป็นลงไปให้ครบถ้วน ทั้งนี้ รวมถึงตัวการมีความประสงค์ที่จะทำนิติกรรมกับตัวแทนหรือต้องการให้ตัวแทนแสดงออกในฐานะของตัวแทนของบุคคลอื่นด้วยแล้ว ตัวการจำเป็นต้องระบุข้อความยินยอมในลักษณะเช่นนี้ลงไปในหนังสือมอบอำนาจด้วย การมอบอำนาจจึงจะสมบูรณ์และตัวแทนจึงจะกระทำการให้เป็นไปตามความมุ่งหวังของตัวการได้อย่างแท้จริง

5. บทสรุป

ในท้ายที่สุดแล้ว เราจะเห็นได้ว่าการดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับตัวการ ตัวแทน และหนังสือมอบอำนาจในการทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินนั้น ไม่ได้อาศัยสิ่งใดเลยนอกจากความละเอียดรอบคอบ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้การดำเนินการด้านเอกสารนั้นมีผลสมบูรณ์ และป้องกันความสับสนขัดข้องอันเกี่ยวข้องกับเรื่องของการกรอกข้อมูล ผู้เขียนขอแนะนำให้ประชาชนที่ประสงค์จะดำเนินการด้านที่ดินในลักษณะใด ๆ ติดต่อขอทราบข้อมูลและแนวทางปฏิบัติที่

จำเป็นจากเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง รวมถึงศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้จากแหล่งต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หนังสือ “คำแนะนำประชาชน เรื่องความรู้เกี่ยวกับที่ดิน” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นหนังสือที่มีประโยชน์อย่างยิ่งในการทำนิติกรรมใด ๆ ในด้านที่ดินของประชาชน

ภาคผนวก

(การร่างหนังสือมอบอำนาจและการกรอกข้อความในหนังสือมอบอำนาจ)

ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นมักจะทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงจะถือว่าสมบูรณ์ตามกฎหมาย โดยปกติหากผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ต้องการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไปยังผู้ใด ก็สามารถดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ได้ด้วยตนเอง แต่หากในกรณีที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่สะดวกที่จะกระทำได้ด้วยตนเอง กฎหมายก็เปิดช่องให้สามารถมอบอำนาจไปยังตัวแทนเพื่อดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้โดยการทำเป็นหนังสือมอบอำนาจ

ในการทำหนังสือมอบอำนาจนั้น แม้ในกฎหมายหลักอย่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 789 วรรคแรก จะบัญญัติไว้ว่า “*กิจการอันใดท่านบังคับไว้โดยกฎหมายว่าต้องทำเป็นหนังสือ การตั้งตัวแทนเพื่อกิจการอันนั้นก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย*” กล่าวคือ หากตัวการจะมอบอำนาจไปยังตัวแทนเพื่อทำการใดที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าต้องทำเป็นหนังสือ การมอบอำนาจก็ย่อมต้องทำเป็นหนังสือเช่นกัน ซึ่งในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ดังนั้น ในการมอบอำนาจเพื่อดำเนินการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ จึงต้องทำเป็นหนังสือเช่นกัน

แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะได้กำหนดไว้ว่า การมอบอำนาจให้ตัวแทนเพื่อซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องทำเป็นหนังสือ แต่กลับไม่ได้ระบุอย่างเฉพาะเจาะจงว่าในการทำหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวต้องทำอย่างไร และต้องมีข้อความอะไรบ้าง แต่อย่างไรก็ดี ทางกรมที่ดินก็มี “ระเบียบกรมที่ดิน ว่าด้วยการมอบอำนาจให้ทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม หรือกิจการอื่นเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2547” ซึ่งได้กำหนดวิธีการทำหนังสือมอบอำนาจไว้อย่างชัดเจน กล่าวคือ

ในหมวด 1 กล่าวถึงการทำหนังสือมอบอำนาจว่าควรทำอย่างไร ซึ่งในข้อ 5 ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่า ทางกรมที่ดินได้มีแบบพิมพ์หรือแบบฟอร์มของหนังสือมอบอำนาจไว้แล้ว ผู้เขียนจึงมีหน้าที่เพียงระบุข้อความตามแบบฟอร์มดังกล่าวให้เพียงพอที่จะเข้าใจถึงสาระสำคัญว่า ตัวการต้องการมอบให้ใครทำอะไร มากน้อยเพียงใด เกี่ยวกับที่ดินแปลงใด

อีกทั้งในข้อ 6 ยังได้กล่าวถึงการทำหนังสือมอบอำนาจว่าควรมีพยานอย่างน้อย 1 คน และถ้าผู้มอบอำนาจพิมพ์ลายนิ้วมือตัวเองแทนการลงลายมือชื่อ ต้องมีพยานอย่างน้อย 2 คน ลงลายมือชื่อรับรองไว้สำหรับการพิมพ์ลายนิ้วมือนั้น ซึ่งพยานต้องลงลายมือชื่อเท่านั้นจะพิมพ์ลายนิ้วมือไม่ได้

นอกจากนี้ ในข้อ 7 ยังกล่าวถึงการชุดลบ ตกเติม หรือการแก้ไขในสาระสำคัญว่า หากมีการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กล่าวมา การกระทำดังกล่าวต้องมีการลงลายมือชื่อต่อกรกระทำนั้นเสมอ เพื่อเป็นที่ยืนยันว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำโดยผู้มีอำนาจในการ

แก้ไข มิเช่นนั้น หากไม่มีการลงลายมือชื่อกำกับกับการแก้ไขเอกสาร หนังสือมอบอำนาจฉบับดังกล่าวจะถือว่าใช้ไม่ได้เลย

และยิ่งไปกว่านั้น การทำหนังสือมอบอำนาจดังกล่าว หากทำนอกราชอาณาจักรก็สามารถทำได้ แต่ควรให้ผู้ที่มีความน่าเชื่อถือสูงเป็นพยาน เช่น สถานทูต สถานกงสุล เป็นผู้ลงลายมือชื่อไว้เป็นพยาน เว้นแต่หากเป็นผู้อื่น ก็เป็นดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ตัดสินว่า ลายมือชื่อดังกล่าวสามารถเชื่อถือได้มากน้อยเพียงใด

ข้อควรระวัง

(1) หนังสือมอบอำนาจสามารถใช้ได้ตลอด เว้นแต่ผู้มอบอำนาจถึงแก่ความตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ (มาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) หากผู้มอบอำนาจถึงแก่ความตาย หรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หนังสือมอบอำนาจฉบับดังกล่าวถือเป็นอันระงับสิ้นไป ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาตามมาภายหลังได้หลายกรณี ยกตัวอย่างเช่น

กรณีที่ 1 เป็นกรณีของผู้มอบอำนาจถึงแก่ความตาย “ก่อน” ทำการจดทะเบียนซื้อขายที่ดิน เช่น วันที่ 10 เมษายน 2561 นาย ก. มอบอำนาจให้นาย ข. ทำการซื้อที่ดินต่อจากนาย ค. ต่อมาวันที่ 11 เมษายน 2561 นาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ หนังสือมอบอำนาจที่นาย ก. มอบอำนาจให้นาย ข. นั้น ถือเป็นการใช้ไม่ได้เลย นาย ข. ไม่สามารถนำหนังสือมอบอำนาจดังกล่าวไปอ้างกับนาย ค. เพื่อทำการจดทะเบียนใด ๆ ได้

กรณีที่ 2 เป็นกรณีของผู้มอบอำนาจถึงแก่ความตาย “ขณะ” ทำการจดทะเบียนซื้อขายที่ดิน เช่น วันที่ 10 เมษายน 2561 นาย ก. มอบอำนาจให้นาย ข. ทำการซื้อที่ดินต่อจากนาย ค. ต่อมาเช้าวันที่ 11 เมษายน 2561 นาย ก. ถึงแก่ความตายโดยที่นาย ข. ยังไม่ทราบ และในเวลาบ่ายวันเดียวกัน นาย ข. เดินทางไปยังกรมที่ดินเพื่อจดทะเบียนรับโอนกรรมสิทธิ์จากนาย ค. จนเสร็จสิ้น หากต่อมาภายหลัง นาย ง. ทายาทของนาย ก. เดินทางมาหา นาย ข. เพื่อบอกถึงการจดทะเบียนนั้น ผลคือ นาย ง. สามารถบอกถึงการจดทะเบียนนั้นได้ กล่าวคือ เมื่อนาย ก. ถึงแก่ความตาย โดยหลักของมาตรา 826 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การมอบอำนาจดังกล่าวย่อมเป็นอันระงับสิ้นไปทันที ดังนั้น เมื่อขณะจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ ผู้มอบอำนาจไม่มีอำนาจอีกต่อไป ผู้รับมอบอำนาจจึงไม่มีอำนาจกระทำการใด ๆ ได้เช่นกัน เว้นเสียแต่ว่า หากนาย ง. ผู้เป็นทายาทไม่ต้องการบอกถึงการจดทะเบียนดังกล่าว แต่ต้องการให้คงการจดทะเบียนไว้ดังนั้น นาย ง. ก็เพียงให้ถ้อยคำยืนยันว่าการกระทำดังกล่าวนั้นชอบแล้ว เช่นนี้ การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวก็ถือว่าสมบูรณ์ ทั้งนี้ การบอกกล่าวหรือการให้สัตยาบันนั้น ต้องทำเป็นหนังสือด้วย

กรณีที่ 3 เป็นกรณีของผู้มอบอำนาจถึงแก่ความตาย “หลัง” ทำการจดทะเบียนซื้อขายที่ดิน เช่น วันที่ 10 เมษายน 2561 นาย ก. มอบอำนาจให้ นาย ข. ทำการขายที่ดินต่อให้นาย ค. ต่อมาเช้าวันที่ 11 เมษายน 2561 นาย ข. เดินทางไปยังกรมที่ดินเพื่อจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้นาย ค. จนเสร็จสิ้น และในเวลาบ่ายวันเดียวกัน นาย ก. ถึงแก่ความตาย เช่นนี้ นาย ง. ผู้เป็นทายาทโดยชอบด้วยกฎหมายของนาย ก. จะทำการบอกถึงการจด

ทะเบียนนั้นไม่ได้ เพราะขณะที่นาย ข. ทำการจดทะเบียนนั้น นาย ก. ยังมีชีวิตอยู่ จึงทำให้การมอบอำนาจนั้นยังไม่สิ้นสุด นาย ข. สามารถกระทำตามที่ได้รับมอบอำนาจได้ ดังนั้น การรับโอนกรรมสิทธิ์ระหว่างนาย ข. และ นาย ค. จึงสมบูรณ์ และทันทีที่ทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าวเสร็จสิ้น กรรมสิทธิ์ก็ถูกโอนไปยังผู้รับโอน (นาย ค.) โดยชอบด้วยกฎหมาย นาย ค. จึงเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวโดยสมบูรณ์ นาย ง. จึงไม่สามารถบอกอ้างการจดทะเบียนดังกล่าวได้

(2) การตั้งตัวแทนตามมาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือ โดยหากตัวการต้องการให้หนังสือดังกล่าวบังคับใช้ได้ โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ในหนังสือมอบอำนาจนั้นต้องมีข้อความในทำนองว่า “ให้ความยินยอม” ให้ตัวแทนทำนิติกรรมอันใดในนามของตนเองหรือในนามตัวแทนของบุคคลภายนอกด้วย มิเช่นนั้นจะถือว่าเป็นการละเมิดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย ทำให้หนังสือมอบอำนาจดังกล่าวตกเป็นโมฆะ ส่งผลให้ตัวแทนที่ได้รับมอบอำนาจตามมาตรา 805 นี้ คงทำได้เพียงการชำระหนี้เท่านั้น โดยหากต้องการมอบอำนาจให้ตัวแทนกระทำการอันใดในนามของตนเองหรือในนามตัวแทนของบุคคลภายนอกโดยที่ไม่ขัดต่อมาตรา 805 นี้ สามารถแบ่งการมอบอำนาจออกได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 เป็นกรณีที่ตัวแทนเข้าทำนิติกรรมกับตนเองในนามของตนเอง ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. ต้องการขายที่ดินให้ นาย ข. โดยทำการมอบอำนาจให้นาย ข. ดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินจากนาย ก. ให้นาย ข. เองทั้งหมด เช่นนี้ โดยหลักแล้วเป็นการมอบอำนาจที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติกฎหมายมาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การกระทำเช่นว่านี้ทำไม่ได้ เพราะถือเป็นการกระทำของตัวแทนในนามของตนเอง กล่าวคือ ตัวแทนไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้มอบอำนาจให้กับตนเองได้ ในขณะที่ตนยังคงเป็นตัวแทนอยู่

กรณีที่ 2 เป็นกรณีที่ตัวแทนเข้าทำนิติกรรมในนามของตัวการทำกับตนเองในนามตัวแทนของบุคคลภายนอกด้วย ยกตัวอย่างเช่น นาย ก. มอบอำนาจให้นาย ข. ขายที่ดินให้กับนาย ค. และนาย ค. ก็มอบอำนาจให้นาย ข. รับซื้อที่ดินจากนาย ก. เช่นเดียวกัน หากเป็นเช่นนี้ การมอบอำนาจดังกล่าวถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ดี หากการมอบอำนาจทั้งสองกรณี มีข้อความอันถือเป็นข้อยกเว้นหลัก มาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ หากในหนังสือมอบอำนาจจะมีถ้อยคำในทำนองว่า “ให้ความยินยอม” ให้ตัวแทนเข้าทำนิติกรรมในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกได้ จะถือเป็นการยกเว้นบทบัญญัติดังกล่าวให้สามารถกระทำได้

ข้อสังเกต บทบัญญัติมาตรา 805 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการ

ทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่
นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด กล่าวคือ ยัง
สามารถตกลงเป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากบทบัญญัตินี้ได้ ซึ่งตัวบทก็ได้บอกไว้อย่าง
ชัดเจนแล้วว่า “...เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการจะเข้าทำ...หาได้ไม่...” ดังนั้น หากได้รับ
ความยินยอม ก็สามารถกระทำการตามที่ได้รับมอบอำนาจนั้นได้ โดยไม่ขัดต่อบทบัญญัติ
ดังกล่าวแต่อย่างใด

ตัวอย่างการเขียนหนังสือมอบอำนาจ



(ท.บ. ๒๑)

หนังสือมอบอำนาจ

ที่ดิน

ระหว่าง..... 1. ต. 1. อ. ตำบล..... จังหวัด.....
เลขที่ดิน..... 1. หน้าสำรวจ..... 2. อำเภอ..... จังหวัด.....
โฉนดที่ดินเลขที่..... 3. จังหวัด..... กรุงเทพมหานคร.....
เรื่อง..... ขายที่ดิน.....

เขียนที่..... 11/1 ซอย 71 ถ.ลาดพร้าว.....

วันที่..... 16 เดือน..... เมษายน..... พุทธศักราช..... 2561.....

โดยหนังสือฉบับนี้ข้าพเจ้า..... นายสมหวัง..... ทุกประการ.....

เลขประจำตัวประชาชน 1 2 3 4 5 6 7 8 9 0 1 2 3 อายุ..... 35..... ปี เชื้อชาติ..... ไทย.....

สัญชาติ..... ไทย..... บิดาชื่อ..... นายสมหมาย..... ทุกประการ..... มารดาชื่อ..... นางสมหญิง..... ทุกประการ.....

บ้านเลขที่..... 11/1..... หมู่ที่..... 8..... ตรอก/ซอย..... ลาดพร้าว..... ถนน..... ลาดพร้าว.....

ตำบล..... จังหวัด..... อำเภอ..... บางกะปิ..... จังหวัด..... กรุงเทพมหานคร..... โทรศัพท์..... 0-2123 4567.....

ได้มอบให้..... นายโชคดี..... มีชัย.....

เลขประจำตัวประชาชน 1 9 8 7 6 5 4 3 2 1 0 9 8 อายุ..... 34..... ปี เชื้อชาติ..... ไทย.....

สัญชาติ..... ไทย..... บิดาชื่อ..... นายมีโชค..... มีชัย..... มารดาชื่อ..... นางลัดกี..... มีชัย.....

บ้านเลขที่..... 22/2..... หมู่ที่..... 8..... ตรอก/ซอย..... ลาดพร้าว..... ถนน..... ลาดพร้าว.....

ตำบล..... จังหวัด..... อำเภอ..... บางกะปิ..... จังหวัด..... กรุงเทพมหานคร..... โทรศัพท์..... 0-2987 6543.....

เป็นผู้มีอำนาจจัดการ..... ขายที่ดินแปลงเครื่องหมายข้างบนนี้..... ในราคา..... 10,000,000..... บาท (สิบล้านบาทถ้วน).....

ตลอดจนให้ด้วยค่าต่าง ๆ ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่.....

..... แทนข้าพเจ้าจนเสร็จการ.....

เพื่อเป็นหลักฐานข้าพเจ้าได้..... ลงลายมือชื่อ/พิมพ์ลายนิ้วมือ..... ไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยานแล้ว.....

..... ผู้มอบอำนาจ

(..... นายสมหวัง..... ทุกประการ.....)

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าเป็นลายมือชื่อ/ลายพิมพ์นิ้วมือ..... อันแท้จริงของผู้มอบอำนาจและผู้มอบอำนาจ.....

ได้ลงลายมือชื่อ/พิมพ์ลายนิ้วมือ..... ต่อหน้าข้าพเจ้า.....

หมายเหตุ กรณีที่ผู้รับมอบอำนาจเป็นคู่สัญญาหรือเป็นตัวแทนของคู่สัญญาให้ระบุข้อความดังต่อไปนี้ด้วย "และยินยอมให้ผู้รับมอบอำนาจเข้าทำการแทนในนามตนเองและ/หรือเป็นตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย"	 พยาน (..... นายยุติธรรม..... อื่นๆ.....) พยาน (..... นายชื่อตรง..... ต่อเวลา.....)
---	---

หมายเหตุ การลงลายมือชื่อหรือพิมพ์ลายนิ้วมือ..... ถ้าใช้อย่างใด..... ให้ขีดฆ่าข้อความที่ไม่ใช่ออก..... ในกรณีพิมพ์ลายนิ้วมือ.....

ให้ใช้พิมพ์ลายนิ้วมือซ้าย..... **โปรดอ่านคำเตือนด้านหลัง**

หมายเหตุ :

* ในหัวข้อ “เรื่อง” หากเป็นเรื่องอื่นก็ให้ใส่ตามที่ต้องการ เช่น ขายที่ดิน ขายที่ดินเฉพาะส่วน รับซื้อที่ดิน ขายฝาก ให้ที่ดิน รับที่ดิน จำนอง รับโอนมรดก เป็นต้น และหากที่ดินดังกล่าวมีสิ่งปลูกสร้างรวมอยู่ด้วยให้ระบุไว้ว่า “พร้อมสิ่งปลูกสร้าง”

** หากมีสิ่งปลูกสร้างให้ระบุด้วยว่า “พร้อมบ้าน/ตึก/ตึกแถวชั้นหลัง/คูหาเลขที่.....”

พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่าย

The Development of Multilateral Contracts

ศรัลย์ พิมพ์งาม
ปณณรร เชื้อนแก้ว



"...การรักษาความยุติธรรมในแผ่นดิน
ไม่ควรจะถือเพียงแค่ขอบเขตของกฎหมาย
จำเป็นต้องขยายออกไปให้ถึงศีลธรรมจรรยา
ตลอดจนเหตุและผลตามความเป็นจริงด้วย..."

พระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9
ในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สอบไล่ได้
วิชาความรู้ชั้นเนติบัณฑิต
ณ อาคารใหม่ สวนอัมพร
29 ตุลาคม 2522

พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่าย

The Development of Multilateral Contracts

ศรัณย์ พิมพังงาม*

Sarun Pimngam

ปณณธร เชื้อนกแก้ว**

Pannathorn Khuankaew

1. บทนำ

โดยปกติแล้ว การสร้างความสัมพันธ์ในทางเอกชนระหว่างกันที่บังคับใช้ให้เป็นไปได้ทั้งทางธุรกิจและทางกฎหมาย เครื่องมือทางกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในการสร้างความผูกพันดังกล่าวระหว่างกันมากที่สุดคือ “สัญญา” ซึ่งสามารถทำให้บุคคลผูกพันกันได้ทั้งในด้านความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ เช่น ตกลงกันทำสัญญาซื้อขาย หรือตกลงกันทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัท และในด้านของความสัมพันธ์ทั่วไปที่มีใช้เศรษฐกิจ เช่น ตกลงร่วมกันจัดการงานที่มีได้ทำขึ้นเพื่อการค้าหรือหากำไร แต่ทั้งนี้ ด้วยระบบเศรษฐกิจปัจจุบันซึ่งขับเคลื่อนด้วยหน่วยธุรกิจการค้าต่าง ๆ ซึ่งอาจดำเนินงานโดยบุคคลคนเดียวเป็นกิจการส่วนตัวของผู้คน โดยเฉพาะแต่ลำพัง หรืออาจดำเนินงานโดยบุคคลหลายคนเป็นกลุ่มเป็นหมู่คณะ¹ ทว่าโดยปกติแล้ว สัญญาคือความผูกพันระหว่างคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย หากแต่สัญญานั้นสามารถเกิดขึ้นได้จากการแสดงเจตนาเสนอสนองผูกพันกันของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่มีจำนวนมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป ซึ่งอาจเรียกว่า “สัญญาหลายฝ่าย”² ซึ่งโดยปกติแล้วทุกฝ่ายมักจะตกลงทำสัญญาเพื่อประโยชน์ที่มีร่วมกัน³ โดยคำว่า หลายฝ่าย ย่อมสะท้อนให้เห็นถึงความผูกพันระหว่างกันของสายใยทางกฎหมายระหว่างฝ่ายต่าง ๆ ที่มีนิติสัมพันธ์เชื่อมต่อซับซ้อนมากขึ้นยิ่งกว่าสัญญาธรรมดาทั่วไปที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่าย

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, ปัจจุบันเป็นนักวิชาการและที่ปรึกษาด้านการลงทุน

** นิสิตชั้นปีที่ 2 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ้นส่วนบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 13 (กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2556), หน้า 4.

² ในบทความนี้ คำว่า “สัญญาหลายฝ่าย” (Multilateral Contracts) หมายถึง สัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนมากกว่า 2 ฝ่าย นั่นคือ สัญญาหลายฝ่ายจะต้องมีคู่สัญญาอย่างน้อย 3 ฝ่าย

³ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 20 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 310.

ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับพัฒนาการภาพรวมของสัญญาและกฎหมายสัญญาในต่างประเทศและไทยประกอบกัน ที่แสดงให้เห็นถึงการพัฒนาของสัญญาจากที่มีคู่สัญญาเพียงสองฝ่ายมาสู่สัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป อันแสดงให้เห็นถึงพลวัตของสัญญาที่พัฒนาขึ้นตามระบบเศรษฐกิจและสังคม

2. พัฒนาการของสัญญาที่มีคู่สัญญาหลายฝ่ายในต่างประเทศ

การทำความเข้าใจในเรื่องสัญญาหลายฝ่ายให้สมบูรณ์สามารถศึกษาวิวัฒนาการและความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เพื่อให้สามารถมองเห็นเส้นสายรากฐานที่สืบทอดต่อเนื่องมาจากอดีต เนื่องจากประเทศไทยนั้นใช้ระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์อันมีที่มาสืบสายได้จากกฎหมายโรมัน⁴ ความคิดพื้นฐานเบื้องต้นของสัญญาจึงควรพิจารณาศึกษาจากต้นรากแห่งกฎหมายซึ่งก็คือกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายแพ่งของโรมันเสียก่อน และด้วยพัฒนาการทางกฎหมายในภาคพื้นยุโรปที่มีการสกัดและนำหลักการของกฎหมายโรมันไปบัญญัติหรือใช้ในประเทศตนเรื่อยมา รวมถึงประเทศต่าง ๆ ที่แม้จะใช้ระบบกฎหมายอื่นที่มีใช้ซีวิลลอว์ แต่ด้วยพัฒนาการของเศรษฐกิจ สังคมและกฎหมายรวมถึงความเป็นโลกาภิวัตน์ (Globalization) ที่ทำให้ทุกสิ่งที่เกิดขึ้นในโลกใบนี้ถูกแปรรูปให้เข้ากันอย่างใกล้ชิดมากขึ้น⁵ อันรวมไปถึงกฎหมายและสัญญาที่อาจเกิดการขัดเกลาให้เข้ากันเพื่ออำนวยความสะดวกในทางการค้าและพาณิชย์ระหว่างประเทศหรือการค้าพาณิชย์ในประเทศแต่มีการผสมกันระหว่างผู้ประกอบการท้องถิ่นกับบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาทำธุรกรรมด้วย

2.1 ยุคโรมัน

ในกฎหมายโรมันนั้นไม่มีความคิดของสัญญาในลักษณะของหลักเกณฑ์ทั่วไป ทั้งนี้ การให้คำนิยามหรือความหมายของสัญญา (*contractus*) ว่าเป็นข้อตกลงของคู่สัญญานั้น เป็นพัฒนาการทางความคิดของกฎหมายในยุคคลาสสิกของโรมันที่สำเร็จขึ้นในยุคของจักรพรรดิ จัสติเนียน⁶ กฎหมายโรมันมีรายชื่อของสัญญาและแบบพิธีกำหนดแยกรายละเอียดไว้ ซึ่งถ้าคู่สัญญาไม่ทำตามรายละเอียดของแบบที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงนั้นจะไม่มีทางเกิดขึ้นเป็นสัญญาได้เลย ซึ่งต่างจากแนวความคิดของกฎหมายสัญญาในปัจจุบันที่โดยปกตินั้นจะไม่มี

⁴ René David and John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3rd ed. (London: Stevens & Sons, 1985), p. 22.

⁵ เอก ตั้งทรัพย์วัฒนา, *บริษัทข้ามชาติ บรรษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของบรรษัท* (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 10-11.

⁶ Andrew Borkowski, and Paul du Plessis, *Textbook on Roman Law*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2005), pp. 253-255.

เคร่งครัดในประเด็นเรื่องแบบ⁷ และสัญญาโดยทั่วไปมักจะอยู่ในรูปของสัญญาสองฝ่าย เช่น สัญญาเืม สัญญาฝากทรัพย์ สัญญาซื้อขาย

ในระบบกฎหมายโรมันสามารถแบ่งสัญญาได้เป็น 2 ประเภทโดยพิจารณาจากฝ่ายในสัญญา คือ สัญญาฝ่ายเดียว (unilateral) กับสัญญาสองฝ่าย (bilateral or synallagmatic) โดยสัญญาฝ่ายเดียวคือกรณีที่ฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่ในการชำระหนี้เพียงฝ่ายเดียว และอีกฝ่ายมีแต่สิทธิที่จะได้รับการชำระหนี้โดยหาหน้าที่ในการชำระหนี้ใด ๆ ไม่ เช่น สัญญาเืม ส่วนสัญญาสองฝ่ายจะทำให้คู่สัญญามีหน้าที่ในการชำระหนี้และสิทธิในการได้รับชำระหนี้ตอบแทนระหว่างกัน เช่น สัญญาซื้อขาย⁸ ซึ่งจุดประสงค์ของสัญญาสองฝ่ายก็คือ การแลกเปลี่ยนการชำระหนี้ระหว่างกัน⁹

แม้โดยหลักจะมีเพียงสัญญาฝ่ายเดียวหรือสัญญาสองฝ่าย แต่มีสัญญาบางชนิดที่เกิดขึ้นในสมัยโรมันที่มีลักษณะค่อนข้างคล้ายคลึงกับสัญญาหลายฝ่าย นั่นก็คือ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน (*societas*) โดยที่พัฒนาการของสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนของโรมันนั้นเกิดจากครอบครัวที่มีการแตกออกเป็นครอบครัวย่อย ๆ ซึ่งครอบครัวเล็ก ๆ รวมถึงทายาทนั้นจะถือว่าเป็นเจ้าของทรัพย์สินร่วมกัน ต่อมาเกิดการเลียนแบบในหมู่เพื่อนฝูงหรือผู้สนิทสนมจัดตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ โดยมีวัตถุประสงค์ในการแบ่งกำไรระหว่างหุ้นส่วนและมีการถือตัวบุคคลเป็นสาระสำคัญ เพราะถ้าหุ้นส่วนคนใดขอถอนตัวหรือตายลงห้างหุ้นส่วนนั้นจะต้องเลิกและไม่อาจดำเนินกิจกรรมต่อไปได้ เว้นแต่มีการตกลงกันใหม่ระหว่างหุ้นส่วนที่เหลืออยู่¹⁰

ทั้งนี้ ด้วยสภาพสังคมที่เจริญเติบโตขึ้นโดยเฉพาะการค้าและพาณิชย์ ทำให้สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนเริ่มมีแบบแผนกลายเป็นสัญญาที่หนึ่งเกิดจากความยินยอม (*obligations consensu contractae*) ประเภทหนึ่ง สามารถเกิดขึ้นสมบูรณ์และก่อหนี้ได้โดยไม่ต้องทำตามแบบ เพียงมีคู่สัญญาสองคนหรือหลายคนยินยอมเข้าทำสัญญากันเพื่อดำเนินกิจกรรมที่แบ่งปันผลกำไร แต่ทั้งนี้ มีความแตกต่างกับห้างหุ้นส่วนที่เข้าใจกันในปัจจุบัน คือในระบบกฎหมายโรมันนั้นสัญญาดังกล่าวก่อผลผูกพันเฉพาะหนี้ต่อกัน และมีได้แยกห้างหุ้นส่วนออกมาเป็นนิติบุคคลเพราะความคิดของกฎหมายโรมันไม่มีการยอมรับนิติบุคคลหรือบุคคลที่ไม่มีชีวิต¹¹ แต่ในบางมุนั้น สัญญาห้างหุ้นส่วนของกฎหมายโรมันก็มีขอบเขตวัตถุประสงค์ที่กว้างกว่าสัญญา

⁷ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press, 1965), p. 165.

⁸ George Mousourakis, *Fundamentals of Roman Private Law* (New York: Springer, 2012), p. 188.

⁹ Ibid.

¹⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 223-226.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 222.

จัดตั้งห้างหุ้นส่วนในปัจจุบัน เพราะอาจตกลงทำกิจกรรมร่วมกันบางอย่างที่ไม่ต้องการแสวงหากำไร เช่น ร่วมกันเป็นหุ้นส่วนซื้อที่ดิน หรือร่วมกันหารค่าใช้จ่ายในการเดินทางเพียงอย่างเดียวก็ได้¹²

แม้ว่าแนวคิดหลักของสัญญาในระบบกฎหมายโรมันนั้นจะมุ่งไปยังสัญญาที่มีคู่สัญญาไม่เกินสองฝ่ายเป็นสำคัญ เพียงแต่อาจจะมีสัญญาที่มีลักษณะคล้ายสัญญาหลายฝ่ายเกิดขึ้นในบางกรณี เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน ดังที่อธิบายไป รากฐานความคิดของกฎหมายสัญญาเหล่านี้เป็นต้นแบบที่มีวิวัฒนาการต่อมาในหลักกฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป รวมถึงเป็นที่มาของฐานความคิดของประมวลกฎหมายแพ่งสำคัญของโลกในเวลาถัดมา เช่น ประมวลกฎหมายนโปเลียนของฝรั่งเศส (ค.ศ. 1804) ซึ่งมีอิทธิพลต่อประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ เช่น เนเธอร์แลนด์ สเปน อิตาลี จึงเปรียบเสมือนว่ากฎหมายโรมันได้แผ่อิทธิพลไปยังประเทศเหล่านี้ด้วย รวมถึงประเทศเยอรมนีที่ภายหลังได้ทำการศึกษาและสกัดหลักของกฎหมายโรมันอย่างกว้างขวางจนได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันยิ่งกว่าฝรั่งเศส และได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันขึ้นในปี ค.ศ. 1900 โดยถูกนำไปใช้เป็นแบบอย่างในการจัดทำประมวลกฎหมายญี่ปุ่น บราซิล และสวิตซ์¹³

2.2 ยุคหลังโรมันจนถึงปัจจุบัน

พัฒนาการด้านสัญญาในต่างประเทศนั้นโดยหลักมักจะมีสาเหตุเกี่ยวกับการเจริญเติบโตด้านการค้าพาณิชย์ เศรษฐกิจ และสังคม เพราะตัวอย่างของผลผลิตจากสัญญาโดยเฉพาะสัญญาหลายฝ่ายที่สำคัญและเป็นตัวเฟื่องของระบบเศรษฐกิจคือห้างหุ้นส่วนและบริษัท อันมีฐานรากมาจากการสร้างนิติบุคคลเพื่อรองรับความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างบุคคลธรรมดากับการรวมกลุ่มของบุคคลอื่น และนิติบุคคลนั้นสามารถถือครองทรัพย์สิน ทำสัญญากับบุคคลอื่น¹⁴ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นรากฐานปิรามิดด้านล่างตั้งต้นมาจากความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับบุคคล และนอกจากนี้ เมื่อพิจารณาความมั่งคั่งของโลกก็จะพบว่า ส่วนใหญ่ถูกสร้างขึ้นโดยห้างหุ้นส่วนบริษัทซึ่งเป็นเครื่องมือหลักที่ผู้ประกอบการเกือบทั้งหมดใช้ขับเคลื่อนธุรกิจให้ดำเนินงอกงาม¹⁵ โดยหลักกฎหมายสำคัญที่ทำให้สัญญาหลายฝ่ายประเภทที่สร้างขึ้นมาเพื่อหาประโยชน์และผลกำไรได้รับความนิยมก็เนื่องจากการแยกบุคคลกับนิติบุคคลและกองทรัพย์สินให้มีชีวิตทางกฎหมาย แม้ไม่มีจิตใจตามธรรมชาติแต่ก็มีสิทธิหน้าที่หลายอย่างทางกฎหมาย เช่น สิทธิในการเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญา อีกทั้งสิทธิหน้าที่รวมถึงหนี้และความ

¹² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, p. 185.

¹³ อุกฤษ มงคลนาวิน, *ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)* (พระนคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมอบให้พิมพ์จำหน่ายที่ไทยวัฒนาพานิช, 2514), หน้า 11-12.

¹⁴ Stephen Mayson, Derek French and Christopher Ryan, *Mayson, French & Ryan on company law*, 22th ed. (New York: Oxford University Press, 2005), p. 1.

¹⁵ Janet Dine and Marios Koutsias, *Company law*, 7th ed. (Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009), p. 1.

รับผิดชอบนั้นก็แยกไปต่างหากจากตัวบุคคลผู้ร่วมลงทุน¹⁶ ทำให้สะดวกในการจัดการวางแผนธุรกิจ และแผนส่วนบุคคล

วิวัฒนาการของสัญญาและสัญญาหลายฝ่ายในอดีตของโลกนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า ส่วนหนึ่งเติบโตขึ้นมาจากการค้าพาณิชย์ที่ก้าวหน้าแพร่หลายประกอบกับรูปแบบธุรกิจต่าง ๆ ที่พัฒนาขึ้นมาตามลำดับเพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค ในอีกด้านหนึ่งสัญญาก็พัฒนาขึ้นมาจากความรุ่งเรืองทางการเงิน เพราะความรุ่งเรืองของเงินตราก็คือที่มาของความรุ่งเรืองในหมู่มนุษย์ สถาบันการเงินและตราสารทางการเงินรวมถึงพัฒนาการด้านตลาดทุน ล้วนเชื่อมโยง ประกันภัย ล้วนเป็นหนึ่งในปัจจัยที่สำคัญต่อความก้าวหน้าในแต่ละยุคสมัยของมวลมนุษยชาติ¹⁷ และสัญญานั้นก็จัดว่าเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว พัฒนาการด้านกฎหมายจึงต้องปรับปรุงเปลี่ยนแปลงตามการค้าพาณิชย์และการเงินด้วย

โดยภายหลังจากที่จักรวรรดิโรมันล่มสลาย ประวัติศาสตร์ในภูมิภาคยุโรปก็เริ่มเดินต่อ ในยุคต่อมาคือยุคที่ศาสนจักรมีอำนาจเหนืออาณาจักร ในยุคนี้การทำสัญญาจะต้องคำนึงถึงความเชื่อทางศาสนาและปรัชญาเกี่ยวกับกฎหมายธรรมชาติ หลักสำคัญเกี่ยวกับสัญญาที่ยังคงใช้มาทุกวันนี้คือ หลักที่ว่า “สัญญาต้องเป็นสัญญา” (*pacta sunt servanda*) คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามสัญญาอย่างเคร่งครัด เพราะการทำสัญญาใด ๆ ที่ประกาศตนโดยอ้างพิธีทางศาสนา จะถือว่าเป็นการทำสัญญาต่อพระเจ้าซึ่งจะบิดพลิ้วไม่ปฏิบัติตามไม่ได้ ใครที่ผิดสัญญาแล้วสร้างความเสียหายแก่บุคคลอื่นก็จำต้องชดใช้ค่าเสียหาย¹⁸ หลังจากนั้นก็เป็นยุคศักดินา (feudalism) หรือระบบที่กษัตริย์พระราชทานที่ดินให้ขุนนางถือและขุนนางจะให้ประชาชนทำประโยชน์บนที่ดินของตนโดยแต่ละลำดับจะให้ความคุ้มครองกันเป็นทอด ๆ

จวบจนถึงศตวรรษที่ 14-15 ที่เกิดยุคฟื้นฟู (renaissance) นำความคิดศิลปวิทยาการ รวมถึงกฎหมายของกรีกและโรมันกลับมาศึกษาคุณค่าวรรณคดี ศิลปะ ผลงานและกิจกรรมของมนุษย์¹⁹ มีการเกิดขึ้นของแนวคิดในการก่อตั้งรัฐชาติซึ่งทำให้เกิดรัฐต่าง ๆ ขึ้นมามากมาย มีการขยายดินแดน ขยายตัวทางการค้าและอุตสาหกรรม แสวงหาอาณานิคมเพื่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง²⁰ ทำให้ช่วงศตวรรษที่ 15-18 ระบบการค้าลัทธิเศรษฐกิจแบบ

¹⁶ ปีติพงศ์ อาชามงคล, “ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 10-11.

¹⁷ Niall Ferguson, *The Ascent of Money: A Financial history of the World*, (London: Penguin Books, 2009), p. 4.

¹⁸ James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, tort, contract, unjust enrichment* (New York: Oxford University Press, 2006), p. 37.

¹⁹ อนันตชัย จินดาวัฒน์, *ประวัติศาสตร์โลก (ฉบับสมบูรณ์) จากยุคหินถึงโลกาภิวัตน์* (กรุงเทพฯ: ยิปซีกรุ๊ป, 2554), หน้า 299.

²⁰ ณัชชาภัทร อุ่นตรงจิตร, *รัฐศาสตร์*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 8.

พาณิชย์นิยม (mercantilism) เป็นวิธีการค้าหลักของโลก เป็นยุคที่ประเทศในแถบยุโรป ตั้งรกรากในอาณานิคมไม่ว่าจะในทวีปอเมริกาเหนือและใต้ ทวีปแอฟริกา ทวีปเอเชีย และส่งสินค้าต่าง ๆ มาขายยังประเทศแม่ที่เป็นเจ้าอาณานิคม²¹ เช่น จักรวรรดิอังกฤษ จักรวรรดิสเปน

การค้าในยุคนั้นเน้นไปที่การขนส่งติดต่อผ่านท้องทะเล จากเดิมที่มีการทำสัญญาระหว่างกันในลักษณะคู่สัญญา หรือกรณีเป็นสัญญาหลายฝ่ายก็ใช้การเข้าทำสัญญาห้างหุ้นส่วน ทว่าด้วยเหตุที่รูปแบบการค้าในยุคต่อมาต้องอาศัยทุนรอนจำนวนมาก เนื่องจากการออกเรือไปหาสินค้าที่ทำกำไรดีจากเครื่องเทศ หนึ่งสัตว์ จะต้องเดินเรือไปทางฝั่งตะวันออกและไม่มี การรับประกันใด ๆ ว่าเรือพาณิชย์ลำนั้นจะอยู่รอดกลับมาหรือไม่ จึงต้องอาศัยการร่วมกัน ลงทุนและอาศัยการเฉลี่ยภัยในหมู่นักลงทุน มีการสร้างหลักความรับผิดชอบจำกัดในกรณีที่ บริษัทขาดทุนจนต้องเลิกหรือล้มละลาย นักลงทุนจะสูญเสียเพียงเงินลงทุนในบริษัทและ ไม่สูญเสียทรัพย์สินอื่น ซึ่งได้พัฒนาต่อมาเป็นหลักความรับผิดชอบจำกัดในปัจจุบัน ที่ผู้ถือหุ้น หรือนักลงทุนไม่มีพันธะหนี้อื่นใดร่วมกับหนี้ของบริษัท เพราะบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหาก ออกมาจากตัวผู้ถือหุ้น²²

โดยในช่วงปี ค.ศ. 1600 บริษัทอีสต์อินเดียของอังกฤษได้ถูกก่อตั้งขึ้น และถัดจากนั้น สองปีบริษัทอีสต์อินเดียของดัตช์ได้ถูกจัดตั้งตามมาโดยมีรัฐบาลฮอลันดาเป็นเบื้องหลัง สนับสนุน ทำให้มีอำนาจผูกขาดด้านการค้าของดัตช์ในฝั่งโลกตะวันออกเกือบทั้งหมด และ ในการตั้งบริษัทแห่งนี้มีชาวดัตช์จำนวนมากร่วมลงทุนจัดตั้งด้วยจำนวนทุนตั้งต้นมหาศาล จนมี ผู้กล่าวว่าสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นนวัตกรรมทางการเงินที่ยิ่งใหญ่ที่สุดของดัตช์ก็คือ บริษัทจำกัด (joint-stock companies)²³ ซึ่งอาจกล่าวต่อได้ว่าในทางประวัติศาสตร์ก็อาจถือว่าสิ่งนี้เป็นนวัตกรรม ทางสัญญาหลายฝ่ายที่ยิ่งใหญ่ครั้งสำคัญของวงการกฎหมายเช่นกัน ทั้งนี้ ในอดีตนั้นประเทศ ไทยก็ได้รับผลกระทบจากทั้งสองบริษัทไม่ว่าจะเป็นบริษัทอีสต์อินเดียของอังกฤษหรือของดัตช์ เมื่อตอนที่ทั้งคู่เข้ามาทำการติดต่อค้าขายกับสยาม²⁴ เนื่องจากบริษัทเหล่านี้มาในฐานะของ ตัวแทนรัฐบาล เช่น บริษัทอีสต์อินเดียของดัตช์ก็มาในฐานะตัวแทนของรัฐบาลฮอลันดา²⁵ โดยทางสยามต้องเปิดเสรีให้ทำการค้าแบบไม่มีข้อจำกัด สามารถผูกขาดกิจการบางประเภทได้

²¹ โรเบิร์ต ซี อัลเลน, *ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจโลก: ความรู้ฉบับพกพา*, แปลโดย สมคิด พุทธศรี และศุภณัฐ ศศิวิวัฒน์ (กรุงเทพฯ: โอเพนเวิร์ลด์, 2557), หน้า 18.

²² Angela Schneeman, *The Law of Corporations and Other Business Organizations*, 6th ed. (New York: Delmar Cengage Learning, 2013), pp. 259-260.

²³ Niall Ferguson, *The Ascent of Money: A Financial history of the World*, pp. 128-130.

²⁴ สมชัย อนุมานราชธน, *การทูตของไทยสมัยกรุงศรีอยุธยา* (พระนคร: โรงพิมพ์พระจันทร์, 2509), หน้า 72.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 17.

รวมไปถึงได้รับสิทธิสภาพนอกอาณาเขตบางอย่าง เช่น ถ้าคนของบริษัทเหล่านี้กระทำความผิด ฝ่ายไทยจะไม่มีสิทธิพิจารณาพิพากษาคดี²⁶

นอกจากการค้าพาณิชย์จะเป็นตัวผลักดันให้เกิดสัญญาหลายฝ่าย ความคิดทางปรัชญาและเศรษฐศาสตร์ในสมัยศตวรรษที่ 17-19 ได้เผยแพร่ความเชื่อที่ว่าสิทธิเสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่มีความสำคัญยิ่ง เป็นยุคแห่งเสรีนิยม (liberalism) เชื่อในความมีเหตุผลของมนุษย์ ความเท่าเทียมระหว่างกัน และสนับสนุนการค้าเสรี (laissez-faire)²⁷ เอกชนจะถูกจำกัดอิสระในการกระทำต่าง ๆ ก็ควรจะถูกจำกัดด้วยความสมัครใจของตนเองเท่านั้น อันเป็นรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยหลักอิสระในทางแพ่ง (private autonomy) หลักกรรมสิทธิ์ (right of ownership) และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา (freedom of contract) แนวคิดในยุคนั้นจึงมุ่งไปที่การส่งเสริมความเป็นอิสระในทางแพ่งของเอกชน และมองว่าการควบคุมเข้าแทรกแซงจะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อสังคมและเศรษฐกิจ การกระทำใด ๆ เช่น การตกลงทำสัญญานั้นถ้าไม่ได้เป็นไปโดยสมัครใจย่อมถือว่าไม่ยุติธรรม และความยุติธรรมในกรณีนี้อาจอ้างทฤษฎีประโยชน์นิยม คือเน้นผลของการกระทำว่ามีความสำคัญ โดยการกระทำที่ว่าจะต้องทำให้เกิดผลประโยชน์ความสุขโดยรวมสูงสุด (maximize pleasure) ซึ่งก็คือผลประโยชน์สูงสุดของคู่สัญญา²⁸ หรือทำให้คู่สัญญาได้สิ่งที่พวกเขาต้องการมากที่สุดที่จะเป็นไปได้เพื่อให้สมประสงค์ในสิ่งที่เป็วัตถุประสงค์ของสัญญามากที่สุด ซึ่งถ้าใช้หลักคิดนี้ในสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนมากจะต้องมุ่งผลไปในทางที่ตัวเลือกหนึ่งสามารถบรรลุผลในด้านความพึงพอใจ (satisfaction) มากที่สุด โดยอาจนับอรรถประโยชน์รวมที่สูงสุดของทุกฝ่ายมาเปรียบเทียบกัน ความพึงพอใจของฝ่ายเดียวย่อมไม่ให้ประโยชน์เท่าความพึงพอใจของเกือบทุกฝ่าย และการตัดสินใจว่าจะใช้ตัวเลือกใดต้องคำนึงถึงการสูญเสียของฝ่ายอื่นด้วย²⁹

สัญญาหลายฝ่ายประเภทแบ่งกำไรหรือร่วมลงทุนพัฒนาขีดแห่งนวัตกรรมอย่างก้าวหน้าในสหรัฐอเมริกาช่วงเวลาต่อมา ซึ่งรับระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์มาใช้จากอังกฤษแล้วพัฒนาปรับปรุง ด้วยเหตุที่สหรัฐอเมริกามีความก้าวหน้าในการแปลงทุนรวมถึงพัฒนากระบวนการระดมทุนในรูปแบบต่าง ๆ ทั้งการสะสม จัดสรร และเคลื่อนย้ายทุน ทำให้สัญญาหลายฝ่ายตั้งแต่ยุคคริสต์ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมา มีการสร้างสรรค์สัญญาหลายฝ่ายตามรูปแบบธุรกิจและการลงทุนแบบใหม่ ๆ ที่กระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก เช่น การจัดตั้งบริษัท Ford Motor และบริษัทอื่นในอุตสาหกรรมรถยนต์ที่เปลี่ยนระบบแรงงานทั่วประเทศเป็นสองพวกคือพนักงานคอปกขาวและคอปกน้ำเงิน (white and blue collar)

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

²⁷ ฌ็องฌัก อุนตรงจิตร, รัฐศาสตร์, หน้า 86-88.

²⁸ Raymond Wacks, *Philosophy of Law: A very short introduction* (New York: Oxford University Press, 2006), pp. 61-63.

²⁹ James Gordley, *Foundations of Private Law: Property, tort, contract, unjust enrichment*, p. 21.

สร้างระบบสายพานการผลิต และเป็นต้นแบบของบริษัทมหาชนที่ประชาชนร่วมถือหุ้นจำนวนมาก³⁰

นอกจากนี้ ผลผลิตของสัญญาหลายฝ่ายอย่างหนึ่งที่เป็นเหตุการณ์สำคัญอันส่งผลกระทบต่ออย่างมากคือการจัดตั้ง Standard Oil Trust ของ John D. Rockefeller ที่บริษัทน้ำมันของเขาทำการซื้อและควบรวมกิจการบริษัทน้ำมันโรงกลั่นอื่น ๆ โดยภายหลังจัดตั้งในรูปแบบของทรัสต์เพื่อกุมอำนาจการตัดสินใจแบบเบ็ดเสร็จ ซึ่งต่อมานั้น Standard Oil Trust มีอำนาจเหนือตลาดและผูกขาดธุรกิจน้ำมันในสหรัฐรวมไปถึงครอบงำกลุ่มธุรกิจอื่น เช่น ธุรกิจขนส่งทางรถไฟ³¹ อาจกล่าวได้ว่าในขณะนั้นสัญญาหลายฝ่ายได้ถูกสร้างขึ้นในรูปของข้อตกลงที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ เช่น สัญญาพันธมิตรระหว่างกัน สัญญากำหนดราคาสินค้าร่วมกัน (Cartel) การแบ่งพื้นที่ขาย หรือข้อตกลงหลายฝ่ายร่วมกันอย่างอื่นในการจำกัดการแข่งขัน จนกระทั่งประชาชนในขณะนั้นเริ่มหวาดกลัวการครอบงำทางเศรษฐกิจของกลุ่มทุนขนาดใหญ่ จึงเกิดกฎหมายป้องกันการผูกขาด “The Sherman Act” ในปี ค.ศ. 1890 มาจำกัดข้อตกลงเหล่านี้³² และสุดท้าย Standard Oil Trust ก็ถูกบังคับให้แตกออกเป็นหลายบริษัทในเวลาต่อมา มีข้อสังเกตได้ว่ากฎหมายในยุคหลังเริ่มเข้ามาจำกัด แทรกแซงหรือห้ามไม่ให้ทำข้อตกลงที่เป็นสัญญาหลายฝ่ายบางชนิดด้วยเหตุผลจากแนวนโยบายของรัฐซึ่งกลับหลักจากเดิมที่ปล่อยให้เรื่องของธุรกิจและเศรษฐกิจเป็นเรื่องของกลไกตลาดและเสรีภาพในการทำสัญญา³³

อีกกรณีหนึ่งที่มีสาเหตุทำให้เกิดสัญญาหลายฝ่ายบนฐานของแนวคิดเศรษฐกิจสมัยใหม่คือความเฟื่องฟูของการยอมรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ข้อตกลงร่วมกันในเรื่องการรักษาความลับทางการค้า ข้อตกลงในการจัดตั้งกองทรัพย์สินทางปัญญา เช่น กองทุนสิทธิบัตรร่วม (patent-pools) เพื่อความสะดวกในการต่อยอดนวัตกรรมต่าง ๆ ทางเทคโนโลยี อันนำไปสู่รูปแบบการประกอบธุรกิจสมัยปัจจุบันที่เน้นการแบ่งปันทรัพยากรหรือฐานข้อมูล

³⁰ Alvin Toffler and Heidi Toffler, *Revolutionary Wealth* (New York: Alfred A. Knopf, 2006), pp. 259-261.

³¹ Standard Oil Trust ควบคุมปริมาณการซื้อขายน้ำมันและผลิตภัณฑ์การกลั่นเกือบร้อยละ 90 จนสามารถตั้งและกำหนดราคาทั้งตลาดน้ำมันดิบและตลาดปิโตรเลียมจากการกลั่นได้ บีบบังคับธุรกิจอื่นด้วยการกดราคาและกำจัดธุรกิจรายเล็กออกจากการแข่งขันในอุตสาหกรรมได้อย่างง่ายดาย, โปรดดู A. D. Neale and D. G. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States of America: A study of competition enforced by law*, 3rd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), pp. 95-96.

³² Ricard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1976), p. 4.

³³ Rudolph J.R. Peritz, *Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law*, Revised ed. (New York: Oxford University Press, 2000), pp. 9-10.

(sharing economy) ด้วยระบบเศรษฐกิจที่ก้าวหน้า การเข้าถึงอินเทอร์เน็ตที่แพร่หลายและการยอมรับแนวธุรกิจสมัยใหม่ว่าสิ่งต่าง ๆ สามารถนำมาเช่าเพื่อแบ่งกันใช้ได้ ด้วยต้นทุนที่ต่ำลงมาก³⁴ นอกจากนี้ มีผู้กล่าวว่า ธุรกิจและบริษัทคือผู้เล่นเกมเศรษฐกิจ และบริษัทคือการรวมตัวของสัญญาหลายฉบับ³⁵ จึงย่อมคาดการณ์ได้ว่าสัญญาหลายฝ่ายในยุคถัดไปจะเกิดขึ้นจากกิจกรรมทางธุรกิจของบริษัทต่าง ๆ ในอนาคต เพราะต้องไม่ลืมว่าตัวธุรกิจและบริษัทก็เกิดขึ้นมาจากสัญญาหลายฝ่ายเช่นกัน

3. พัฒนาการของสัญญาที่มีคู่สัญญาหลายฝ่ายในประเทศไทย

ในการพิจารณาเรื่องสัญญาของไทยนั้น ถ้าย้อนไปในประวัติศาสตร์จะพบว่าหลักกฎหมายเรื่องสัญญาที่มีลักษณะเป็นสากกลนั้นเริ่มขึ้นในยุคหลังของไทย โดยเฉพาะหลังจากมีการสร้างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว เนื่องจากการสร้างกฎหมายลักษณะสัญญารับขึ้นมานั้น จำเป็นที่จะต้องสร้างสถาบันทางกฎหมายหลายอย่างมารองรับ เช่น ระบบกรรมสิทธิ์ ระบบที่รองรับสถานะของบุคคลหรือเอกชนที่เท่าเทียมกัน³⁶ ระบบของกฎหมายที่ทันสมัยซึ่งเลือกใช้ระบบประมวล³⁷ โรงเรียนสอนกฎหมาย กระทรวงยุติธรรม กรมที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะศาล เพื่อให้กฎหมายเป็นสถาบันที่สำคัญที่สุดด้านกฎหมาย³⁸ และระบบอื่น ๆ ที่มีขึ้นเพื่อบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายลักษณะสัญญาที่จะสร้างขึ้นมา³⁹ จึงอาจกล่าวได้ว่า สัญญา ตามความหมายสากลที่หมายถึงข้อตกลงที่มีผลผูกพันคู่สัญญาในทางกฎหมาย เริ่มขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 เป็นต้นมา⁴⁰

³⁴ The Economist, *The rise of sharing economy* [Online]. 29 April 2018. Available from: <http://www.economist.com/news/leaders/21573104-internet-everything-hire-rise-sharing-economy>

³⁵ โรเบิร์ต บี โรธ, *อภิพินนิมสุดชั่ว: การเปลี่ยนโฉมของธุรกิจ ประชาธิปไตย และชีวิต*, แปลโดย สุภาภรณ์ กาญจนวีระโยธิน (กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2553), หน้า 33.

³⁶ แสวง บุญเฉลิมวิภาส, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 140-141.

³⁷ ชาญชัย แสวงศักดิ์, *อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558), หน้า 14-16.

³⁸ Rene Guyon, *The work of codification in Siam* (Paris: Imprimerie National, 1919), pp. 4-5.

³⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556), หน้า 123.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 117-118.

3.1 ยุคก่อนจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ย้อนกลับไปในสมัยกรุงศรีอยุธยา สัญญาที่กฎหมายเอาใจใส่มีเพียงสัญญาคู่และสัญญาขายคนเป็นทาส⁴¹ ส่วนสัญญาที่มักทำกันแพร่หลายในสยามมักจะเป็นสัญญาสองฝ่าย เช่น ซื้อขาย ขายฝาก และจำนอง⁴² ในส่วนของสัญญาหลายฝ่ายนั้น ดังได้เห็นจากในต่างประเทศว่า สัญญาหลายฝ่ายที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจอย่างมากคือ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและสัญญาจัดตั้งบริษัท แต่กรณีของประเทศไทยในอดีตนั้น ได้ปรากฏว่ามีการพูดถึงกฎหมายลักษณะหนี้และเอกเทศสัญญาในเรื่องนี้มาบ้างตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาโดยการจัดกระจายอยู่ในกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จและลักษณะกู่หนี้⁴³ โดยมีบทที่ 115 กล่าวถึงการเข้าหุ้นส่วนค้าขายและแบ่งกำไรอันมีบทลงโทษถ้ามีความไม่ซื่อสัตย์ยกยกกำไรไว้ฝ่ายเดียว⁴⁴ ซึ่งมีลักษณะเป็น “ทรัพย์สัญญา” ไม่ใช่ลักษณะตามสัญญาห้างหุ้นส่วนในปัจจุบัน เพราะการเป็นทรัพย์สัญญาหมายถึง ความผูกพันนั้นเกิดขึ้นด้วยสาเหตุจากการส่งมอบสิ่งของ หรือมีผู้ใดได้ยึดถือทรัพย์ของผู้อื่นไว้ โดยหน้าที่ก็จำต้องส่งสิ่งนั้นคืนแก่ผู้มีสิทธิหรือถ้าไม่ส่งคืนก็จะต้องกระทำการใด ๆ ตอบแทนถึงจะมีสิทธิถือทรัพย์นั้นไว้ได้⁴⁵ ถ้าพิจารณาถึงการเข้าห้างหุ้นส่วนตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จย่อมพบว่า มีการบัญญัติไว้เป็นหน้าที่ว่าจะต้องส่งสิ่งของซึ่งในที่นี้คือกำไรในส่วนของอีกฝ่ายให้กับผู้เข้าหุ้นส่วนค้าขาย ซึ่งถ้าไม่ส่งให้ก็จำต้องรับผิดชอบซึ่งรับผิดชอบโดยลักษณะคือละเมิด มีบทลงโทษในการปรับค่าสินไหมเป็นเท่า ๆ อันไม่ใช่มูลกฎหมายสัญญา แสดงให้เห็นว่าความผูกพันในกรณีนี้เกิดจากการส่งมอบสิ่งของหรือทรัพย์ มิได้เกิดจากความผูกพันกันด้วยสัญญา ไม่ใช่การตกลงเข้าร่วมโดยแสดงเจตนาก่อตั้งห้างหุ้นส่วนแบบสากลแต่อย่างใด อันบ่งบอกได้ถึงความขาดกฎหมายหุ้นส่วน และแสดงให้เห็นว่าการค้าของเอกชนในอดีตมีความเจริญน้อยมาก⁴⁶ เนื่องจากรัฐโดยเฉพาะกษัตริย์และเสนาบดี ขุนนางเป็นผู้แทรกแซงและผูกขาดการค้าแต่เพียงผู้เดียว⁴⁷

⁴¹ โรแบร์ แลงกาต์; บรรณาธิการโดยชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิมลย์ พงศ์พนิตานนท์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 201.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 152.

⁴³ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, **กฎหมายสมัยอยุธยา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 70.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 79.

⁴⁵ โรแบร์ แลงกาต์; บรรณาธิการโดยชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิมลย์ พงศ์พนิตานนท์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, หน้า 204.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 306-307.

⁴⁷ เจมส์ ซี. อินแกรม, **การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจในประเทศไทย 1850-1970**, แปลโดย ชุติรมณีพฤกษ์, และเฉลิมพจน์ เอี่ยมกมลลา, บรรณาธิการแปลโดย สุภาภรณ์ จรัสพัฒน์ ชิกโตมิ (กรุงเทพฯ: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย, 2552), หน้า 37-39.

อนึ่ง อาจพิจารณาสัญญาหลายฝ่ายในสมัยกรุงศรีอยุธยาเพิ่มเติมได้อีกลักษณะหนึ่ง คือ สัญญาพนันขั้นต่อ ในพระอัยการเบ็ดเสร็จได้กล่าวถึง โดยรูปแบบนั้นเป็นทรัพย์สินสัญญา เนื่องจากโดยปกติต้องมีเดิมพันมาวางไว้เป็นกลางเสมอ เพียงแต่ภายหลังยอมให้ใช้ว่าจาได้ เพราะปกติวงพนันจะมีคนเป็นพยานอยู่มาก⁴⁸ แต่พอเข้าสู่สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ก็มีการออกกฎหมายห้ามมิให้เล่นการพนันอีกหลายชนิดรวมถึงหวยด้วย ซึ่งพอมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วหลักการเหล่านี้ก็ตกทอดมาว่า การพนันขั้นต่อ เป็นสัญญาที่กฎหมายห้ามมาจนถึงปัจจุบัน⁴⁹

3.2 ยุคหลังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สัญญาสมัยใหม่มีรากฐานแนวคิดบางอย่างจากเศรษฐศาสตร์ซึ่งมองว่า สัญญาคือการแลกเปลี่ยนทรัพยากร⁵⁰ ทำให้อาจพิจารณาพัฒนาการของกฎหมายสัญญาในไทยไปพร้อมกับมุมมองของระบบเศรษฐกิจทุนนิยมที่มีหน่วยเศรษฐกิจจุลภาคอันอาศัยปัจจัยการผลิต (factors of production) 4 ประเภท คือ ที่ดิน แรงงาน ทุน และผู้ประกอบการ⁵¹ โดยในส่วนของที่ดิน (land) แต่เดิมถือว่าที่ดินเป็นทรัพย์สินสำคัญของประเทศ ที่ดินทั้งในและนอกกรุงศรีอยุธยาเป็นของพระเจ้าอยู่หัว ส่วนราษฎรเป็นเพียงผู้อาศัย⁵² พระมหากษัตริย์จะพระราชทานที่ดินให้อาศัยตามยศที่กำหนดไว้ อันเรียกว่า ศักดินา⁵³ และแนวคิดนี้รับมาถึงสมัยรัชกาลที่ 5 ดังเห็นได้จากคำอธิบายกฎหมายลักษณะที่ดินว่า ที่ดินทั้งหมดเป็นที่ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว⁵⁴ ทรงมีอำนาจที่จะไล่คนที่อยู่ในที่ดินนั้นออกได้ เพียงแต่มีโฉนดตราแดงตราใบจองเหยียบย่ำ

⁴⁸ โรแบร์ แลงการ์ด; บรรณาธิการโดยชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิทย์ พงศ์พนิตานนท์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, หน้า 307-308.

⁴⁹ มาตรา 853 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วรรคแรก บัญญัติว่า “อันการพนันหรือขั้นต่อ ท่านว่าหากก่อให้เกิดหนี้ สิ่งที่ได้ให้กันไปในการเล่นหรือขั้นต่อก็จะทวงคืนไม่ได้ เพราะเหตุหามูลหนี้ อย่างหนึ่งอย่างใดมิได้”

⁵⁰ Richard A. Posner, **Economic Analysis of Law**, 8rd ed. (New York: Aspen Publishers, 2011), p. 115.

⁵¹ Paul A. Samuelson and William D. Nordhaus, **Economics**, 19th ed. (Boston: McGraw-Hill, 2010), p. 9.

⁵² ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, **กฎหมายสมัยอยุธยา**, หน้า 85.

⁵³ โดยรูปคำอาจแปลขยายได้ว่า คืออำนาจในการครอบครองที่นา ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการทำอาชีพหลักของประชาชนในยุคนั้น, โปรดดู จิตร ภูมิศักดิ์, **โฉมหน้าศักดินาไทย**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (นนทบุรี: ศรีปัญญา, 2550), หน้า 35-38.

⁵⁴ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จประกาศปี 1903 บท 43 มีความว่า “ในแว่นแคว้นกรุงศรีอยุธยา มหาคิลนพรัตนราชธานีบุรีรมย์เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว...”

กลายเป็นหนังสืออนุญาตให้ราษฎรอาศัยทำกินในที่ดังกล่าว⁵⁵ แต่ต่อมาที่ดินมีค่ามาก สิทธิในที่ดินทำกินถูกแปรเปลี่ยนเป็นกรรมสิทธิ์ ศาลเริ่มยอมรับความเป็นเจ้าของที่ดินของบุคคล⁵⁶ จนกระทั่งมีกฎหมายออกมารองรับเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนในเวลาหลังจากนั้น⁵⁷ ส่วนสังหาริมทรัพย์นั้นโดยปกติไม่ถือว่าเป็นของรัฐหรือพระมหากษัตริย์ ผู้โดยย่ออ้างว่าได้กรรมสิทธิ์โดยการเข้าถือเอาสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีเจ้าของได้เป็นปกติ⁵⁸ เมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงกฎหมายลักษณะทรัพย์แล้ว ย่อมครอบคลุมถึงอำนาจที่บุคคลจะใช้ต่อทรัพย์หรือทรัพย์สินสิทธิ กับวัตถุที่จะรองรับถึงการใช้อำนาจนั้นที่เรียกว่าทรัพย์สิน ซึ่งส่งผลให้ผู้ใดจะมาฝ่าฝืนหรือล่วงละเมิดไม่ได้⁵⁹

การรับรองด้วยกฎหมายให้เอกชนและบุคคลมีสิทธิในกรณีข้างต้น ถือได้ว่ากฎหมายได้เข้ามารับรองที่ดิน (land) และทุน (capital) แล้ว ส่วนกรณีของแรงงาน (labor) และผู้ประกอบการ (entrepreneur) นั้น เมื่อพิจารณาสภาพสังคมในอดีต สถานะของบุคคลทั่วไปส่วนใหญ่คือ ไพร่และทาส ทำให้เห็นได้ว่า เนื่องจากที่ดินมีจำนวนมหาศาล สิ่งสำคัญสุดจึงกลับกลายเป็น แรงงาน เพราะเป็นผู้ที่จะทำให้ที่ดินเกิดประโยชน์ขึ้นมา⁶⁰ ดังจะเห็นได้จากการเกณฑ์แรงงานไพร่ทาสมาทำงานเป็นกำลังหลักให้ จนทั้งสองชนชั้นนี้ไม่มีเวลาไปทำกิจกรรมทางเศรษฐกิจอื่นเพื่อตน⁶¹ จนกระทั่งมาถึงช่วงปฏิรูปประเทศเข้าสู่ยุคใหม่ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงริเริ่มดำเนินการยกเลิกระบบไพร่และมีการเลิกทาสอย่างค่อยเป็นค่อยไป⁶² และหลังจากนั้นจึงมีการออกกฎหมายมารับรองความสามารถของบุคคล โดยในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ขั้นต้นนั้น บรรพว่าด้วยบุคคลได้ดำเนินการพร้อมไปกับบรรพว่าด้วยหนี้ เพราะผู้ร่างมีความเห็นว่าต้องพิจารณารูขี้อย่างบุคคลโดยเฉพาะ

⁵⁵ พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, **เปิดพระรูปเล็กเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายล้มเลิก**, (กรุงเทพฯ: พิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพหม่อมเจ้าวิมาทิตย์ รัตพัฒน ณ สุสานวัดเทพศิรินทราวาส, 2502), หน้า 17.

⁵⁶ ผาสุก พงษ์ไพจิตร, และคริส เบเคอร์, **เศรษฐกิจและการเมืองไทยสมัยกรุงเทพฯ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: ซิลค์เวอร์ม, 2546), หน้า 21-24.

⁵⁷ พัฒนาการตั้งแต่แรกจนถึงการออกพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497, โปรดดู วรวิทย์ เทพทอง, **คำอธิบายกฎหมายที่ดิน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557), หน้า 192-197.

⁵⁸ บัญญัติ สุชีวะ, **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**, (ปรับปรุงโดยไพโรจน์ วายุภาพ), พิมพ์ครั้งที่ 17 (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2559), หน้า 12.

⁵⁹ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, **อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์** (กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551), หน้า 1-8.

⁶⁰ จิตร ภูมิศักดิ์, **โฉมหน้าศักดินาไทย**, หน้า 163-166.

⁶¹ โรแบร์ แลงการ์ด; บรรณาธิการโดยชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิกัลย พงศ์พนิตานนท์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, หน้า 202.

⁶² แสวง บุญเฉลิมวิภาส, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**, หน้า 177-178.

ส่วนที่เกี่ยวกับสัญญา หลักเกณฑ์ว่าด้วยบุคคลไร้ความสามารถ อาทิ เรื่องการเป็นผู้แทนโดยชอบธรรมของผู้เยาว์โดยบิดามารดาหรือผู้ปกครองเสียก่อน⁶³ เมื่อจัดการทั้งเรื่องของสถานะบุคคลในสังคมและความสามารถในการทำสัญญาแล้ว ย่อมถือได้ว่าระบบกฎหมายไทยรับรองสิทธิของบุคคลในฐานะที่ตนจะเข้ามาเป็นแรงงาน หรือถือหุ้น สะสมที่ดิน เป็นผู้ประกอบการ เท่ากับกิจการค้าพาณิชย์และกิจกรรมทางเศรษฐกิจของไทยได้พัฒนาไปสู่ระบบสากล โดยใช้สัญญาเป็นเครื่องมือหลักในการขับเคลื่อน

อย่างไรก็ดี แม้สยามจะดำเนินการค้ากับต่างประเทศมานานตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยา แต่การค้าพาณิชย์แบบหุ้นส่วนบริษัทนั้นเป็นการค้ารูปแบบใหม่ที่ไม่เคยมีในระบบพาณิชย์ของไทย กฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ตัวเงิน เช็ค นั้น จึงไม่มีบัญญัติอยู่ในกฎหมายไทยเลย⁶⁴ แต่กลุ่มผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เห็นว่าหลักกฎหมายเกี่ยวกับนิติบุคคล มูลนิธิ สยามมีการรับรู้และยอมรับทั้งทางกฎหมาย ศาล และสังคมโดยทั่วไปแล้ว⁶⁵ แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ศึกษาเรื่องหุ้นส่วนและบริษัทจากการดำเนินการของประเทศอังกฤษซึ่งมีความร่วมมือระหว่างหอการค้าและตลาดหลักทรัพย์ ประกอบด้วย⁶⁶ อันจะเห็นได้ว่าอิทธิพลของกฎหมายอังกฤษในส่วนของกฎหมายพาณิชย์ไทยมีค่อนข้างมากทั้งก่อนร่างและหลังร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมาย ลักษณะล้มละลาย กฎหมายลักษณะพยาน กฎหมายลักษณะซื้อขาย และกฎหมายลักษณะ ตัวเงิน ซึ่งปรากฏอิทธิพลอยู่ในเนื้อหาสาระและหลักการแห่งกฎหมาย ในหลักกฎหมายเก่า สัญญาต้องมีสินจ้าง (Consideration) จึงจะสมบูรณ์ ซึ่งเป็นหลักตามกฎหมายอังกฤษแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติเป็นหลักใหม่ว่าสินจ้างไม่เป็นสาระสำคัญของสัญญา อันจะเห็นได้ว่า หลักการตามกฎหมายเก่าซึ่งรับแนวคิดมาจากกฎหมายอังกฤษเป็นหลักถูกยกเลิกไปเพราะจำเป็นต้องใช้บัญญัติเรื่องนิติกรรมและสัญญาซึ่งเป็นบทบัญญัติตามกฎหมายใหม่และบัญญัติไว้ชัดแจ้ง⁶⁷ ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่บรรพ 1 บรรพ 2 และบรรพ 3 ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเกี่ยวกับนิติกรรมและสัญญานำมาจากกฎหมายของประเทศ

⁶³ Rene Guyon, *The work of codification in Siam*, pp. 20-21.

⁶⁴ พชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์, “การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ สาขาวิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), หน้า 42.

⁶⁵ Rene Guyon, *The work of codification in Siam*, p. 21.

⁶⁶ Ibid., p. 17.

⁶⁷ พระสารสาสน์ประพันธ์ (ชื่น จารุวัตร), *กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้)*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554), หน้า 20.

เยอรมันด้วยการเลียนแบบจากกฎหมายญี่ปุ่นมาอีกทอด⁶⁸ แต่ก็มีแนวคิดว่าอิทธิพลกฎหมายของฝรั่งเศสก็ปรากฏในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในหลายส่วนเช่นกัน⁶⁹

พัฒนาการด้านสัญญายุคใหม่อาจสะท้อนให้เห็นได้จากมุมมองของนักกฎหมายในช่วงจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รวมถึงในเวลาต่อมา ในสมัยเริ่มแรกนั้นตำรากฎหมายแพ่งรวมถึงสัญญาคัดลอกมาจากตำราของกฎหมายอังกฤษเป็นพื้นฐาน จนทำให้กฎหมายไทยมีรูปเป็นกฎหมายจารีตประเพณีมีแนวคิดข้อความใช้ดังกฎหมายอังกฤษ⁷⁰ ซึ่งบรรยายสัญญาในลักษณะว่า สาระสำคัญในการเกิดขึ้นของสัญญาคือการแสดงเจตนา สัญญานั้นคือความยินยอมทั้งสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายในการที่จะกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง⁷¹ หรือสัญญาตามกฎหมายคือความยินยอมนัดหมายอย่างหนึ่งที่ต้องมีคน 2 คนหรือมากกว่า แสดงความประสงค์แก่กันในกิจธุระที่ต่างคนต่างมีความประสงค์ต้องกัน และต่างคนต่างจะทำการหรืองดการสิ่งใดสิ่งหนึ่งแลกเปลี่ยนกัน⁷² หรือความตกลงที่จะเป็นสัญญาได้จะต้องเป็นความตกลงอันเป็นเหตุให้บุคคลหนึ่งหรือหลายคนในผู้เป็นฝ่ายในสัญญานั้นมีสิทธิ⁷³ หรือสัญญาคือความตกลงระหว่างบุคคลตั้งแต่สองขึ้นไปว่าจะกระทำการหรืองดเว้นไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดแก่กันซึ่งฟ้องร้องกันได้เมื่อฝ่ายใดไม่ทำตาม⁷⁴

เมื่อมีการสอนกฎหมายในส่วนของหุ้นส่วนสมัยใหม่เรื่องนิติบุคคล เรื่องหุ้น⁷⁵ ห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด⁷⁶ ในโรงเรียนกฎหมายสมัยนั้น แนวคิดเรื่องบุคคลหลายฝ่ายเข้ามาร่วมทำสัญญาจึงเริ่มปรากฏ เพราะมีหนังสือหรือตำราเกี่ยวกับลักษณะสัญญาและสัญญาหลายฝ่ายประเภทห้างหุ้นส่วนบริษัทออกมาค่อนข้างมาก⁷⁷ เช่น คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัทโดยพระจินดาภิรมย์ราชสภบดีซึ่งอธิบายการเข้าหุ้นส่วนและบริษัทว่า จำต้องมี

⁶⁸ ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์, บันทึกคำสัมภาษณ์พระยามานวราชเสวี, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557), หน้า 40.

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28-29.

⁷⁰ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย (กรุงเทพฯ: บพิธการพิมพ์, 2523), หน้า 178-180.

⁷¹ พระเจ้าฟ้ายาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์ (พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468), หน้า 132.

⁷² ไชยชรรค์ (เทียม), หลักกฎหมายสัญญา มีคำอธิบายหัวข้อกฎหมายลักษณะสัญญา แลวิธีทำสัญญาต่างๆ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, 2445), หน้า 6-7.

⁷³ พระยามานวราชเสวี, เล็กเซอร์หัวข้อกฎหมายลักษณะมูลคดีสัญญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466), หน้า 2.

⁷⁴ หม่อมเจ้าเกียรติประวัติ, หลักกฎหมายลักษณะสัญญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิทักษ์อักษรกิจ, 2464), หน้า 1.

⁷⁵ พระเจ้าฟ้ายาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์, หน้า 142.

⁷⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 166-168.

⁷⁷ อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย, หน้า 199-200.

บุคคลตั้งแต่สองปรองดองเข้าทำกิจการร่วมกันด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรซึ่งได้มาจากการนั้น⁷⁸ มีคำอธิบายกฎหมายลักษณะสัญญา เช่น ตำรามูลคดีสัญญาของหลวงประดิษฐไพจิตร การ คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของพระยาเทพวิฑูร ฯลฯ ซึ่งบางเล่มก็ปรากฏในคำนำชัดเจนว่าเขียนอธิบายเรื่องสัญญาตามหลักกฎหมายอังกฤษและใช้คดีของศาลอังกฤษเป็นตัวอย่าง โดยได้อธิบายว่า สัญญาตามกฎหมายเกิดขึ้นจากความตกลงและหน้าที่ในแฟง⁷⁹ สัญญาหลายฝ่ายที่แพร่หลายและขึ้นเป็นคดีความในยุคนั้นคือ สัญญาเช่าหุ้นส่วน เช่น คดีระหว่างอามแดงเล็กกับจินกาบิน จินจิว (คำพิพากษาฎีกาที่ 120 ฎีกาบางเรื่องเล่ม 1 หน้า 496) ตัดสินคดีโดยใช้หลักเรื่องผู้ถือหุ้นทุกคนต้องรับผิดชอบแทนกันในการกระทำที่หุ้นส่วนคนหนึ่งออกไปกระทำอันคนทั่วไปถือว่าเป็นการงานของหุ้นส่วนนั้น⁸⁰

ส่วนตัวอย่างที่จะแสดงให้เห็นถึงผลผลิตของการสร้างกฎหมายลักษณะสัญญาและรูปธรรมของสัญญาหลายฝ่าย คือการจัดตั้งบริษัททั้งที่จดทะเบียนและไม่จดทะเบียน เช่น รถรางไทย แบงก์สยามกัมมาจล รวมถึงการยอมรับบริษัทที่จดทะเบียนในต่างประเทศซึ่งกฎหมายไทยรับรองว่าเป็นนิติบุคคล⁸¹ และการเกิดของกลุ่มทุนไทยสำคัญ ๆ ของเอกชน โดยเฉพาะกลุ่มทุนนิคมครอบครัว⁸² จัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทต่าง ๆ ทั้งด้านธุรกิจโครงสร้างพื้นฐานและการเงิน ธนาคารและประกันภัย

แต่เนื่องด้วยกฎหมายที่ออกมาในยุคแรกเริ่มล้าสมัย ตัวบทกฎหมายเดิมใช้บังคับมานาน ซึ่งแม้ระยะแรกนั้นจะครอบคลุมและเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจ หากแต่ในภายหลังมีการเปลี่ยนแปลงทางโครงสร้างของเศรษฐกิจและสังคมอย่างมาก การประกอบกิจการธุรกิจและการค้าอุตสาหกรรมขยายตัวและมีความกว้างขวางก้าวหน้า มีงานวิจัยและรายงานจำนวนมากเสนอให้แก้ไขปรับปรุงกฎหมายโดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีการจัดตั้งตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยในช่วงปี พ.ศ. 2518 ทำให้ประเทศไทยได้รู้จักตลาดเงิน ตลาดทุนและผลิตภัณฑ์ทางการเงินสมัยใหม่⁸³ การมีตลาดรองเกิดขึ้นทำให้องค์กรธุรกิจแก้ไขปัญหาด้านข้อจำกัดเงินลงทุนในการประกอบธุรกิจและผู้ลงทุนมีช่องทางในการซื้อขายที่ทำให้

⁷⁸ พระจินดาภิรมย์ราชสาปตึ, คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วนแลบริษัทเล่ม 1 (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิศาลบรรณนิติ, 2456), หน้า 9.

⁷⁹ หลวงประดิษฐ์ไพจิตร, คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, 2454), หน้า 2-3.

⁸⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 115.

⁸¹ พระเจ้าฟ้ายาเธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, เล็กเซอร์, หน้า 271-272.

⁸² เนตรนภา ไวทยเลิศศักดิ์, กลุ่มทุน-ธุรกิจครอบครัวไทยก่อนและหลังวิกฤต 2540 (กรุงเทพฯ: BrandAgebooks, 2549), หน้า 115.

⁸³ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ตลาดหุ้นในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2534), หน้า 2-6.

สภาพคล่องในการลงทุนดีขึ้น⁸⁴ เมื่อกลุ่มองค์กรธุรกิจมีเครื่องมือในการระดมทุนที่ดีมีการเปลี่ยนแปลงสภาพเศรษฐกิจและการลงทุนก็ทำให้เกิดพัฒนาการทางกฎหมายที่สำคัญที่ต้องออกมาสอดคล้องกับพัฒนาการทางเศรษฐกิจที่เจริญเติบโต อาทิ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535⁸⁵ แต่หลังจากมีวิกฤตทางการเงินปี พ.ศ. 2540 ทำให้กลุ่มทุนไทยเสียหายและต้องทำการปรับตัวอย่างมาก⁸⁶ มีการจัดตั้งองค์กรใหม่ทางกฎหมายและการปรับปรุงกฎหมายเดิมรวมถึงออกกฎหมายใหม่ เช่น บรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย ศาลล้มละลายกลาง⁸⁷

ด้วยความที่กลุ่มธุรกิจต่าง ๆ ของไทยต้องตกอยู่ในภาวะล้มละลายหรือขาดสภาพคล่องทางการเงิน ทำให้กลุ่มบริษัทข้ามชาติยักษ์ใหญ่จำนวนมากอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบสามารถเข้าซื้อหรือควบรวมกิจการต่าง ๆ ที่ประสบปัญหา⁸⁸ อันนำมาซึ่งสัญญาหลายฝ่ายรูปแบบใหม่ ๆ จากต่างชาติแพร่หลายเข้ามาในแวดวงธุรกิจและกฎหมายของไทย เพื่อใช้เป็นเครื่องมือทางการเงินลงทุน เช่น สัญญาผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้น สัญญาจำกัดการถือครองหุ้น สัญญาตกลงไม่เปิดเผยข้อมูล รวมไปถึงสัญญาอันผสมผสานกับกฎหมายที่ออกมาสอดคล้องแนวคิดเศรษฐกิจสมัยใหม่ เช่น พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. 2545 ทำให้เกิดสัญญาหลายฝ่ายในข้อตกลงรักษาความลับทางการค้า หรือกฎหมายใหม่ในบางกรณีก็อาจมีผลทำให้ไม่สามารถสร้างสัญญาหลายฝ่ายบางชนิดได้ เช่น พระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีผลทำให้ข้อตกลงระหว่างกันที่จำกัดการแข่งขันทางการค้าระหว่างธุรกิจหรือผูกขาดทางการค้าในอุตสาหกรรมอันขัดกับบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถใช้บังคับได้ หรือในทางกลับกัน

⁸⁴ ปกรณ์ วิญญูหัตถกิจ, “การได้มาซึ่งทรัพย์สินของบริษัทที่มีใช้บริษัทจดทะเบียนอันถือเป็นการเข้าจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์โดยอ้อม” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 13-15.

⁸⁵ มารวย ผดุงสิทธิ์, บรรณาธิการ, **ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย อดีต ปัจจุบัน และอนาคต** (กรุงเทพฯ: ไทยวิจัยและฝึกอบรม, 2548), หน้า 281-299.

⁸⁶ ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ, **การต่อสู้ของทุนไทยเล่ม 2** (กรุงเทพฯ: มติชน, 2549), หน้า 152-161.

⁸⁷ ธนาคารแห่งประเทศไทย, **ปรับปรุงโครงสร้างหนี้: บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤตเศรษฐกิจไทย** (กรุงเทพฯ: แพลนโมทิฟ, 2544), หน้า 14-18.

⁸⁸ ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ, **การต่อสู้ของทุนไทยเล่ม 1** (กรุงเทพฯ: มติชน, 2549), หน้า 24-25.

ก็มีประกาศทางกฎหมายที่ยอมรับถึงการทำสัญญาหลายฝ่ายบางประเภท เช่น สัญญาที่มีการกระทำร่วมกับบุคคลอื่น (Acting in Concert)⁸⁹

ทั้งนี้ ตัวอย่างของสัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่าสองฝ่ายหรือสัญญาหลายฝ่ายในประเทศไทยซึ่งปรากฏในคำพิพากษาฎีกาต่าง ๆ มักจะปรากฏอยู่ในสัญญาห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 2624/2551 ซึ่งมีคู่สัญญา 3 ฝ่าย⁹⁰ ไปจนถึงคำพิพากษาฎีกาที่ 3199/2543 ซึ่งมีจำนวนคู่สัญญาถึง 12 ฝ่าย⁹¹ หรือสัญญาประนีประนอมยอมความ ซึ่งอาจมีจำนวนคู่สัญญามากกว่าสองฝ่าย เช่น คำพิพากษาฎีกา 3199/2543⁹² ซึ่งสัญญาเหล่านี้เป็นเอกเทศสัญญา หากแต่สัญญาหลายฝ่ายอาจจัดทำขึ้นได้โดยใช้หลักกฎหมายทั่วไปลักษณะ

⁸⁹ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุนที่ ทจ.7/2552 เรื่อง กำหนดลักษณะความสัมพันธ์หรือพฤติกรรมที่เข้าลักษณะเป็นการกระทำร่วมกับบุคคลอื่น และการปฏิบัติการตามมาตรา 246 และมาตรา 247 (แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535)

⁹⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2624/2551 “จำเลยและ พ. กับพี่น้องตกลงเข้ากันเพื่อกระทำการกิจการร้านค้าร่วมกันโดยมีวัตถุประสงค์แบ่งปันผลกำไรระหว่างกัน จึงเข้าลักษณะสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1012 การที่ พ. สั่งซื้อสินค้าจากโจทก์และจำเลยได้ออกเช็คพิพาทเพื่อชำระหนี้ค่าสินค้าและทำหนังสือรับสภาพหนี้แก่โจทก์เป็นการดำเนินการในฐานะหุ้นส่วนอันเป็นไปในทางที่เป็นธรรมดาการค้าขายของห้างหุ้นส่วนนั้น จำเลยซึ่งเป็นหุ้นส่วนจะต้องรับผิดชอบร่วมกับหุ้นส่วนคนอื่น ๆ โดยไม่จำกัดจำนวนในการชำระหนี้อื่นได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะจัดการไปเช่นนั้นตามมาตรา 1050...”

⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 3199/2543 “การที่โจทก์และผู้รับประกันภัยรายอื่นรวม 12 ราย ตกลงเข้ารับประกันภัยการขนส่งร่วมกัน โดยระบุชื่อและกำหนดสัดส่วนความรับผิดชอบของแต่ละคนไว้อย่างแน่นอน โดยมุ่งหวังแบ่งปันกำไรอันพึงได้ตามสัดส่วนดังกล่าว ย่อมเข้าลักษณะเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญ โจทก์ซึ่งเป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายทั้งหมดเพื่อประโยชน์แก่ผู้รับประกันภัยรายอื่นซึ่งเป็นหุ้นส่วนทุกคนด้วย โดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้รับประกันภัยรายอื่นจะทำหนังสือมอบสิทธิของตนให้แก่โจทก์หรือไม่...”

⁹² คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2519 “โจทก์ จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ช. ตกลงแบ่งที่ดินอันเป็นมรดกของ ก. ให้แก่จำเลยที่ 2 ที่ 3 และ ช. โดยโจทก์จำเลยที่ 1 ที่ 2 และ ช. ไปยื่นคำขอแบ่งแยกต่อเจ้าพนักงานที่ดิน จนกระทั่งเจ้าพนักงานได้รังวัดแบ่งแยกที่ดินออกเป็นสามส่วน สัด เป็นการระงับข้อพิพาทแห่งกองมรดกที่จะมีขึ้น จึงเป็นสัญญาประนีประนอมยอมความ แต่การที่จำเลยที่ 2 บิดาผู้แทนโดยชอบธรรมของจำเลยที่ 3 ผู้เยาว์ทำสัญญาประนีประนอมยอมความดังกล่าวแทนจำเลยที่ 3 โดยมีได้รับอนุญาตจากศาล ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1546 (4) ย่อมตกเป็นโมฆะ ปัญหาข้อนี้ เป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้จำเลยจะมีได้ยกขึ้นต่อสู้ไว้ตั้งแต่ศาลชั้นต้น ศาลฎีกาและศาลอุทธรณ์ก็มีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยได้ และในกรณีนี้จำนวนทายาทหรือจำนวนทรัพย์มรดกที่จะได้รับส่วนแบ่งย่อมเป็นสิ่งเกี่ยวพันกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันได้ ข้อตกลงแบ่งที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 2 และ ช. ดังกล่าวย่อมตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น โจทก์ไม่มีสิทธิที่จะอ้างข้อตกลงแบ่งมรดกดังกล่าวมาฟ้องขอแบ่งที่ดินจากจำเลยได้”

นิติกรรมและสัญญาประกอบกัน เช่น สัญญาผู้ถือหุ้น ซึ่งตามคำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 มีจำนวนคู่สัญญาจำนวน 3 ฝ่าย⁹³

4. บทวิเคราะห์

4.1 ลักษณะของสัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายไทย

สัญญาเป็นนิติกรรมที่เกิดจากการแสดงเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างบุคคลหลายฝ่าย ซึ่งสัญญาโดยปกติแล้วจะมีคู่สัญญาจำนวน 2 ฝ่ายเท่านั้น แต่ไม่ได้หมายความว่าสัญญานั้นจะมีคู่สัญญามากกว่า 2 ฝ่ายมิได้ ซึ่งสัญญาใดจะเข้าลักษณะเป็นสัญญาหลายฝ่ายจะต้องมีองค์ประกอบดังนี้

(ก) เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาอย่างน้อย 3 ฝ่าย

สัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนเพียงแค่ 2 ฝ่าย ถือว่าเป็น “สัญญาสองฝ่าย” ดังนั้น “สัญญาหลายฝ่าย” จึงเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญามากกว่า 2 ฝ่าย หรือก็คือมีคู่สัญญาจำนวนตั้งแต่ 3 ฝ่ายขึ้นไป โดยฝ่ายในสัญญาคือกลุ่มของบุคคลที่มีผลประโยชน์ร่วมกันในสัญญานั้น ๆ ซึ่งแต่ละฝ่ายอาจจะมีบุคคลจำนวนหลายคน เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน

⁹³ คำพิพากษาฎีกาที่ 3402/2548 “การขอรับชำระหนี้ในค่าเสียหายเนื่องจากผู้บริหารแผนไม่ยอมรับทรัพย์สินของลูกหนี้ หรือสิทธิตามสัญญาที่สภาวะเกินควรกว่าประโยชน์ที่จะพึงได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้และบุคคลภายนอกต่างมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน สัญญาที่จะก่อให้เกิดหน้าที่แก่ลูกหนี้ดังกล่าวได้ ข้อสัญญาดังกล่าวจะต้องสมบูรณ์และมีผลบังคับตามกฎหมาย

ผู้ร้องได้สนับสนุนทางการเงินแก่บริษัทลูกหนี้โดยผู้ร้องเข้าไปถือหุ้นและเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท สถานะดังกล่าวมีผลเสมือนหนึ่งว่าผู้ร้องมีส่วนในการเป็นเจ้าของลูกหนี้ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้น ผู้ร้องจะได้รับประโยชน์จากเงินลงทุนเพียงใด ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1200 มาตรา 1201 และมาตรา 1269 การที่สัญญาผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ร้อง ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ และลูกหนี้ ข้อ 1 (1) (3) กำหนดว่า ‘ผู้ถือหุ้น กับบริษัทจะดำเนินการให้กรรมการของบริษัทถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นในบริษัทในการออกหุ้นแต่ละครั้งและจะไม่ออกหุ้นใหม่ของบริษัทให้แก่บุคคลใด ๆ ซึ่งจะมีผลทำให้กรรมการถือหุ้น คิดเป็นร้อยละต่ำกว่าร้อยละที่ระบุไว้ข้างต้นโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นและผู้ร้อง’ และข้อ 3 กำหนดว่า ‘บริษัทและผู้ถือหุ้นจะชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ลงทุนสำหรับต้นทุนค่าใช้จ่าย ค่าสูญหายและค่าเสียหาย (รวมทั้งค่าธรรมเนียมทางกฎหมายที่สมเหตุสมผล) ที่เกิดขึ้นต่อผู้ลงทุนอันเกี่ยวเนื่องกับการที่บริษัทและผู้ถือหุ้นไม่สามารถปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในสัญญานี้ได้’ ข้อสัญญาดังกล่าวในส่วนของลูกหนี้กับผู้ร้องจึงขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบของบริษัทจำกัด รูปแบบผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้น ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัทอันเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนที่สังคมจะต้องปฏิบัติร่วมกัน มีผลกระทบต่อบุคคลภายนอกถือว่าเป็นกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ผู้ร้องจึงมิได้มีฐานะเป็นเจ้าหนี้ซึ่งได้รับความเสียหายตามพระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 มาตรา 90/41 ทวิ แต่อย่างใด”

คู่สัญญาฝ่ายที่หนึ่งคือ นาย A กับนาย B ฝ่ายที่สองคือ นาย C กับนาย D และฝ่ายที่ 3 คือ นาย E กับนาย F จะเห็นได้ว่า สัญญานี้มีคู่สัญญาจำนวน 3 ฝ่าย แต่มีบุคคลรวม 6 บุคคล

(ข) คู่สัญญาทุกฝ่ายมีผลประโยชน์ร่วมกันในสัญญา

สัญญาที่ตกลงจัดทำขึ้นระหว่างคู่สัญญาย่อมจะต้องมีวัตถุประสงค์ของสัญญาที่คู่สัญญาทุกฝ่ายต้องการบรรลุจากการจัดทำสัญญานั้น ด้วยเหตุนี้ สัญญาหลายฝ่ายซึ่งเป็นนิติกรรมที่มีคู่กรณีหรือคู่สัญญามากกว่า 2 ฝ่าย ทำข้อเสนอสนองต้องตรงกันเกิดเป็นสัญญาหลายฝ่าย สัญญาหลายฝ่ายจึงเป็นสัญญาที่โดยปกติ คู่สัญญาทุกฝ่ายต่างจะต้องมีการมุ่งหวังในวัตถุประสงค์ที่ร่วมกันตกลงไว้ อันเป็นประโยชน์ร่วมกันของคู่สัญญา⁹⁴ และการจะบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญาหรือมีการชำระหนี้ตามที่ระบุไว้ในข้อตกลงของสัญญา⁹⁵ เช่น สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่มีลักษณะเป็นสัญญาหลายฝ่าย คู่สัญญาทุกฝ่ายย่อมต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อกระทำการกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น ๆ โดยตัวอย่างของสัญญาหลายฝ่ายในกฎหมายไทยที่เคยปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาต่าง ๆ จะพบในสัญญา 3 ชนิด คือ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน สัญญาประนีประนอมยอมความ และสัญญาผู้ถือหุ้น

4.2 สาเหตุในการพัฒนาการจากสัญญาสองฝ่ายเป็นสัญญาหลายฝ่าย

การสร้างความสัมพันธ์ในทางเอกชนระหว่างกันที่บังคับใช้ให้เป็นไปได้ เครื่องมือทางกฎหมายที่ถูกนำมาใช้ในการสร้างความผูกพันดังกล่าวมากที่สุดคือ สัญญา ซึ่งการเกิดขึ้นของสัญญาหลายฝ่ายต่อมานั้นเป็นไปโดยผลลัพธ์จากพัฒนาการทางธุรกิจและกฎหมาย บนความต้องการของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องที่ต้องการและจำเป็นที่จะต้องสร้างสัญญาที่มีคู่สัญญาจำนวนมากกว่า 2 ฝ่าย ขึ้นมารองรับรูปแบบทางธุรกิจสมัยใหม่ ที่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่คาดหวังได้โดยอาศัยคู่สัญญาจำนวนเพียงแค่ 2 ฝ่ายเหมือนในอดีต ซึ่งจะเห็นได้จากการศึกษาว่าในแต่ละสถานที่และยุคสมัยนั้น พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่ายเป็นไปอย่างก้าวหน้าโดยอาศัยแรงจูงใจทางการเงินและเศรษฐกิจเป็นสำคัญ ตามมาด้วยพัฒนาการจากสาเหตุเกี่ยวพันกับการเจริญเติบโตด้านรูปแบบของสังคม โดยพัฒนาการของสัญญาหลายฝ่ายเริ่มต้นขึ้นจากความสัมพันธ์ในระดับครอบครัวและหมู่มิตรสหายก่อนในช่วงแรก แล้วจึงกลายเป็นสัญญาที่เกิดจากกลุ่มของคนในสังคมที่กว้างขึ้นมาตามลำดับ เช่น นักลงทุน หรือหน่วยธุรกิจด้วยกัน

โดยสัญญาหลายฝ่ายที่เริ่มต้นขึ้นจากความสัมพันธ์ในระดับครอบครัวและหมู่มิตรสหายนั้น ปรากฏย้อนไปตั้งแต่สมัยโรมันที่มีการจัดทำสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน (*societas*) ซึ่งพัฒนาการของสัญญาชนิดนี้เกิดขึ้นเพราะความจำเป็นในการจัดการทรัพย์สินของครอบครัว

⁹⁴ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, หน้า 310.

⁹⁵ ศรีณย์ พิมพิ้งาม, “ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 180-181.

โรมัน แล้วพัฒนาไปเป็นสัญญาที่ตอบสนองต่อการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ระหว่างมิตรสหาย ทั้งที่ต้องการแสวงหากำไรหรือไม่แสวงหากำไร

ต่อมาสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนในสมัยโรมันได้พัฒนากลายเป็นสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วน บริษัทสมัยใหม่ โดยเป็นไปเพื่อตอบสนองต่อระบบการค้าลัทธิเศรษฐกิจแบบพาณิชยนิยม (mercantilism) ที่ได้กลายเป็นวิถีการค้าหลักของโลก โดยสัญญาหลายฝ่ายได้พัฒนาขึ้นพร้อมกับแนวคิดเรื่องของการจัดตั้งบุคคลในทางกฎหมาย หรือการสร้างสถานะของความเป็นนิติบุคคลขึ้นมา เพื่อให้เกิดความสะดวกสบายแก่การจัดการเรื่องของสิทธิและหน้าที่ทางกฎหมาย เช่น สิทธิในการเข้าทำนิติกรรมหรือสัญญา หรือสิทธิในการบริหารจัดการหนี้และทรัพย์สิน ของบุคคลต่าง ๆ ดังจะเห็นได้จากสัญญาจัดตั้งบริษัทจำกัด (joint-stock companies) ของดัตช์และอังกฤษไปทำการค้าในโลกตะวันออก

นอกจากการค้าพาณิชย์จะเป็นตัวผลักดันให้เกิดสัญญาหลายฝ่าย ความคิดทางปรัชญา และเศรษฐศาสตร์ในสมัยศตวรรษที่ 17-19 เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งในด้านของเสรีนิยม (liberalism) และในด้านของการค้าเสรี (laissez-faire) ทำให้สัญญาหลายฝ่ายเป็นเครื่องมือในการขับเคลื่อนและรองรับการพัฒนาทางธุรกิจหลังการปฏิวัติวิทยาศาสตร์ คู่สัญญาในสัญญาหลายฝ่ายจึงเปลี่ยนจากหน่วยครอบครัวเป็นหน่วยทางธุรกิจแทน เช่น กรณีของสัญญาหลายฝ่ายที่ถูกสร้างขึ้นในรูปของข้อตกลงที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ เช่น สัญญาพันธมิตรระหว่างธุรกิจ สัญญากำหนดราคาสินค้าร่วมกันหรือแบ่งพื้นที่ขายของหน่วยธุรกิจ (Cartel) หรือข้อตกลงหลายฝ่ายร่วมกันอย่างอื่นในการจำกัดการแข่งขันทางการค้า เช่น กรณีของ Standard Oil Trust ในประเทศสหรัฐอเมริกา

และในยุคถัดมา สัญญาหลายฝ่ายได้พัฒนาไปอีกขั้นโดยแนวคิดของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เช่น ในการจัดทำข้อตกลงร่วมกันในเรื่องทรัพย์สินทางปัญญา อาทิ การรักษาความลับทางการค้า ข้อตกลงในการจัดตั้งกองทุนสิทธิบัตรร่วม (patent-pools) ฯลฯ

อนึ่ง พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่ายในประเทศไทยก็สอดคล้องกับในต่างประเทศ เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในยุคหลังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีการรองรับโดยกฎหมายต่อการตกลงทำสัญญา ซึ่งสัญญาหลายฝ่ายที่นิยมทำกันมากก็เป็นเช่นเดียวกับในต่างประเทศ คือ สัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัท และด้วยการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ประกอบกับการสร้างสถาบันทางกฎหมายสมัยใหม่ เช่น เรื่องของทรัพย์สินทางปัญญา เครื่องมือทางการเงินและการระดมทุน รวมไปถึงการเข้ามาของบริษัทข้ามชาติ สัญญาหลายฝ่ายรูปแบบใหม่ ๆ จึงแพร่หลายเข้ามาในแวดวงธุรกิจและกฎหมายของไทย เช่น สัญญาผู้ถือหุ้นหรือข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้น สัญญาจำกัดการถือครองหุ้น ฯลฯ ด้วยเหตุนี้ พัฒนาการของสัญญาหลายฝ่ายในประเทศไทยจึงสอดคล้องเป็นไปในแนวทางเช่นเดียวกันกับประสบการณ์กฎหมายเกี่ยวกับสัญญาหลายฝ่ายของต่างประเทศ

5. บทสรุป

ภายหลังจากโครงสร้างทางสังคม ระบบกฎหมาย ของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงครั้งใหญ่ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 โดยเฉพาะการนำระบบประมวลกฎหมายมาใช้ ทำให้แม้ในอดีตนั้นแนวคิดด้านสัญญา รวมถึงสัญญาหลายฝ่ายจะปรากฏในประวัติศาสตร์น้อยมาก แต่ทว่าภายหลังเมื่อมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นบทบัญญัติกฎหมายหลักเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนแล้ว พร้อมทั้งสภาพเศรษฐกิจสังคมที่เจริญเติบโตขึ้น ความเชื่อมโยงกันระหว่างประเทศของธุรกิจ เงินทุน ทำให้ประเทศไทยมีวิวัฒนาการทางด้านแนวคิดและการทำสัญญาที่พัฒนาขึ้นอย่างมาก สัญญาที่เดิมมีเพียงคู่สัญญาจำนวนสองฝ่ายไม่สามารถตอบสนองความต้องการและวัตถุประสงค์ร่วมกันของคู่สัญญาที่ต้องการจะบรรลุ จึงเกิดความร่วมมือกันระหว่างคู่สัญญาที่มีจำนวนมากกว่าสองฝ่ายในการตกลงจัดทำสัญญาขึ้นมา ซึ่งปรากฏให้เห็นทั้งในประเทศไทยเองและในต่างประเทศซึ่งมีรากฐานพัฒนาขึ้นมาตั้งแต่สมัยโรมัน และย่อมคาดคะเนในอนาคตได้ว่า ด้วยกระแสเงินทุนเศรษฐกิจและรูปแบบธุรกิจสมัยใหม่ที่จะพัฒนาขึ้นสูงขึ้นเป็นลำดับ อีกทั้งยังมีการเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วอยู่เสมอ ทำให้สัญญาหลายฝ่ายซึ่งเป็นเครื่องมือในการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวย่อมเกิดขึ้นในรูปแบบใหม่ ๆ ได้ตลอดเวลา อันทำให้สัญญาหลายฝ่ายจะทวีความสำคัญมากขึ้นตามไปด้วยในอนาคต

บรรณานุกรม

- Toffler, A. and Toffler, H. **Revolutionary Wealth**. New York: Alfred A. Knopf, 2006.
- Borkowski, A. and Plessis, P. D. **Textbook on Roman Law**. 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2005.
- Schneeman, A. **The Law of Corporations and Other Business Organizations**. 6th ed. New York: Delmar Cengage Learning, 2013.
- Nicholas, B. **An Introduction to Roman Law**. Oxford: Clarendon Press, 1965.
- Mousourakis, G. **Fundamentals of Roman Private Law**. New York: Springer, 2012.
- Gordley, J. **Foundations of Private Law: Property, tort, contract, unjust enrichment**. New York: Oxford University Press, 2006.
- Dine J. and Koutsias, M. **Company law**. 7th ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.
- Ferguson, N. **The Ascent of Money: A Financial history of the World**. London: Penguin Books, 2009.
- Samuelson, P. A. and Nordhaus, W. D. **Economics**. 19th ed. Boston: McGraw-Hill, 2010.
- Wacks, R. **Philosophy of Law: A very short introduction**. New York: Oxford University Press, 2006.
- David, R. and Brierley, J. E. C. **Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law**. 3rd ed. London: Stevens&Sons, 1985.
- Guyon, G. **The work of codification in Siam**. Paris: Imprimerie National, 1919.
- Posner, R. A. **Antitrust Law: An Economic Perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.
- Posner, R. A. **Economic Analysis of Law**. 8rd ed. New York: Aspen Publishers, 2011.
- Peritz, R. J.R. **Competition Policy in America: History, Rhetoric, Law**. Revised ed. New York: Oxford University Press, 2000.

- Mayson, S. French, D. and Ryan, C. **Mayson, French & Ryan on company law**. 22nd ed. New York: Oxford University Press, 2005.

- The Economist. **The rise of sharing economy** [Online]. Available from: <http://www.economist.com/news/leaders/21573104-internet-everything-hire-rise-sharing-economy> Date Published: 9 March 2013 [Accessed: 29 April 2018]

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. **การปฏิรูประบบกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลยุโรป**. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2556.

- จิตร ภูมิศักดิ์. **โฉมหน้าศักดินาไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 9. นนทบุรี: ศรีปัญญา, 2550.

- เจมส์ ซี. อินแกรม. **การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจในประเทศไทย 1850-1970**. แปลโดย ชูศรี มณีพุกษ์ และเฉลิมพจน์ เอี่ยมกมลลา. บรรณาธิการแปลโดย สุภาภรณ์ จรัสพัฒน์ ชิกโตมิ. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโตโยต้าประเทศไทย, 2552.

- ชาลส์ แสงศักดิ์. **อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.

- ไชยสรรค์ (เทียม). **หลักกฎหมายสัญญา มีคำอธิบายหัวข้อกฎหมายลักษณะสัญญา และวิธีทำสัญญาต่าง ๆ**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองทัพอากาศ, 2445.

- ณิชชาภัทร อุ่นตรงจิตร. **รัฐศาสตร์**. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

- ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย. **ตลาดหุ้นในประเทศไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: ภาพพิมพ์, 2534.

- ธนาคารแห่งประเทศไทย. **ปรับปรุงโครงสร้างหนี้: บทเรียนและประสบการณ์จากวิกฤตเศรษฐกิจไทย**. กรุงเทพฯ: แพลนโมทิฟ, 2544.

- เนตรนภา ไทย์เลิศศักดิ์. **กลุ่มทุน-ธุรกิจครอบครัวไทยก่อนและหลังวิกฤต 2540**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ BrandAgebooks, 2549.

- บัญญัติ สุชีวะ. **คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์**. ปรับปรุงโดย ไพโรจน์ วายุภาพ. พิมพ์ครั้งที่ 17. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2559.

- ปกรณ์ วิญญูห์ตถกิจ. “การได้มาซึ่งทรัพย์สินของบริษัทที่มีใช้บริษัทจดทะเบียนอันถือเป็นการเข้าจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์โดยอ้อม.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.

- ปิติพงศ์ อาชาวมงคล. “ขอบเขต ผล และการบังคับใช้สัญญาผู้ถือหุ้น.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

- ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ. **การต่อสู้ของทุนไทยเล่ม 1**. กรุงเทพฯ: มติชน, 2549.

- ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ. **การต่อสู้ของทุนไทยเล่ม 2**. กรุงเทพฯ: มติชน, 2549.

- ผาสุก พงษ์ไพจิตร และคริส เบเคอร์. **เศรษฐกิจและการเมืองไทยสมัยกรุงเทพฯ**. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: ซิลค์เวอร์ม, 2546.
- จินดาภิรมย์ราชสถาปตี, พระ. **คำอธิบายกฎหมายหุ้นส่วนแลบริษัทเล่ม 1**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิศาลบรรณินดี, 2456.
- ราชบุรดิเรกฤทธิ, พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวง. **เปิดพระรูปเล็กเซอร์กฎหมายที่ดินและกฎหมายผ้าเมียบ**. กรุงเทพฯ: พิมพ์แจกในงานพระราชทานเพลิงศพหม่อมเจ้าวิมาทิตย์ ธิพัฒน์ ณ สุสานวัดเทพศิรินทราวาส, 2502).
- ราชบุรดิเรกฤทธิ, พระเจ้าพี่ยาเธอกรมหลวง. **เล็กเซอร์**. พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2468.
- มานวราชเสวี, พระยา. **เล็กเซอร์หัวข้อกฎหมายลักษณะมูลคดีสัญญา**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์บำรุงนุกุลกิจ, 2466.
- สารสาสน์ประพันธ์ (ขึ้น จารุวัตร), พระ. **กฎหมายแพ่งและพาณิชย์พิสดาร (หนี้)**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2554.
- พชรินทร์ เปี่ยมสมบูรณ์. “การปฏิรูปกฎหมายของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2411 จนถึง พ.ศ. 2478.” **วิทยานิพนธ์ปริญญาโท** สาขาวิชาประวัติศาสตร์ คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.
- ภาควิชานิติศึกษาทางสังคม ปรัชญา และประวัติศาสตร์. **บันทึกคำสัมภาษณ์พระยา มานวราชเสวี**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2557.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **กฎหมายสมัยอยุธยา**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. **อธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กฎหมายลักษณะทรัพย์**. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2551.
- มารวย ผดุงสิทธิ์, บรรณาธิการ. **ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย อดีต ปัจจุบัน และอนาคต**. กรุงเทพฯ: ไทยวิจัยและฝึกอบรม, 2548.
- โรเบิร์ต ซี อัลเลน. **ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจโลก: ความรู้ฉบับพกพา**. แปลโดย สมคิด พุทธศรี และศุภณัฐ ศศิวิวัฒน์. กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์, 2557.
- โรเบิร์ต บี ไรซ์. **อภินิหารสุดขีด: การเปลี่ยนโฉมของธุรกิจ ประชาธิปไตย และชีวิต**. แปลโดย สุภาภรณ์ กาญจน์วีระโยธิน. กรุงเทพมหานคร: มติชน, 2553.
- โรแบร์ แลงการ์ด; บรรณาธิการโดย ชาญวิทย์ เกษตรศิริ และวิกัลย์ พงศ์พนิตานนท์. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- วรุฒิ เทพทอง. **คำอธิบายกฎหมายที่ดิน**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2557.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน**. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.

- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**. พิมพ์ครั้งที่ 20. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- ศรัณย์ พิมพ์งาม. “ปัญหาความไม่สมบูรณ์ของสัญญาหลายฝ่าย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559.
- สมชัย อนุมานราชธน. **การทูตของไทยสมัยกรุงศรีอยุธยา**. พระนคร: โรงพิมพ์พระจันทร์, 2509.
- แสง บัญเฉลิมวิภาส. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 9. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558.
- ไสภณ รัตนกร. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ่นส่วนบริษัท**. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพฯ: นิติบรรณาการ, 2556.
- เกียรติประวัติ, หม่อมเจ้า. **หลักกฎหมายลักษณะสัญญา**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์พิทักษ์อักษรกิจ, 2464.
- ประดิษฐ์พิจารณาการ, หลวง. **คำอธิบายกฎหมายมูลคดีสัญญา**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์กองลหุโทษ, 2454.
- อนันตชัย จินดาวัฒน์. **ประวัติศาสตร์โลก (ฉบับสมบูรณ์) จากยุคหินถึงโลกาภิวัตน์**. กรุงเทพฯ: ยิปซีกรุ๊ป, 2554.
- อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย. กรุงเทพฯ: บริษัทการพิมพ์, 2523.
- อุกฤษ มงคลนาวิน. **ประวัติศาสตร์กฎหมายต่างประเทศ (สากล)**. พระนคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยมอบให้พิมพ์จำหน่ายที่ไทยวัฒนาพานิช, 2514.
- เอก ตั้งทรัพย์วัฒนา. **บริษัทข้ามชาติ บริษัทภิบาล และความรับผิดชอบต่อสังคมของบริษัท**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

“สัญญาต้องเป็นสัญญา”

“Pacta sunt servanda”



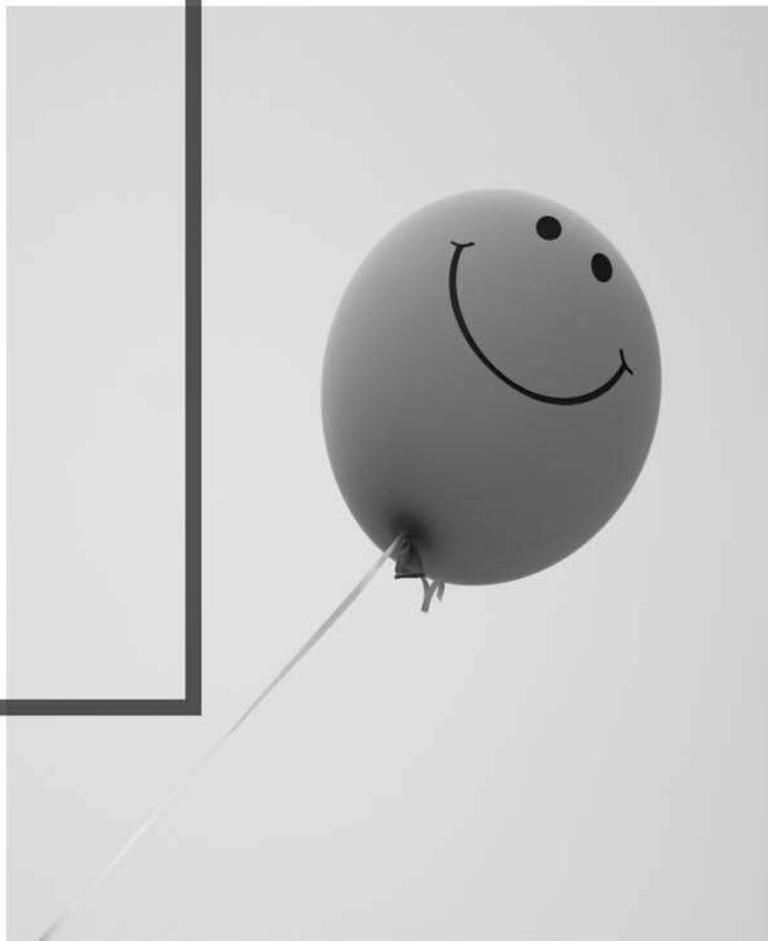
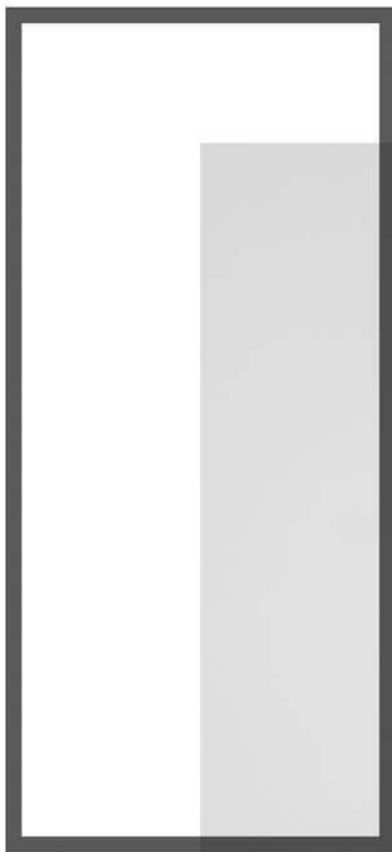


Cosplay and Copyrights Law

การแต่งกายคอสเพลย์และกฎหมายลิขสิทธิ์

Bhunyanutch Kanjananon

“ I disapprove of what you say, but
I will defend to the
death your right to say it ”



Voltaire

Cosplay and Copyrights Law

การแต่งกายคอสเพลย์และกฎหมายลิขสิทธิ์

Bhunyanutch Kanjananon^{*}

บุญยานุช กาญจนานนท์

1. Introduction

It takes time as well as exceptional creativity and imagination in order to produce unique cartoon characters or designs which capture fame and outstand among others in today's decidedly competitive market. The popularity regarding these cartoons and animated characters became vastly popular and adored by consumers consequently, their fans start to host events and fairs to mimic and role-play their desired characters, as to dress, wear make-up or/and accessories replicating anime, cartoons, movie or video games characters distinctive features; this can be known as 'costume play' or in short "cosplay".

Cosplay has been known as the 1990s evolution, despite the pleasure of cosplay just for personal entertainment, national and international cosplay competition are also being organized. Adding on to this, there are numbers of cosplay social networks such as website and fan page which are gaining aggregate fame; in addition, the cosplay industry has been enrooted as a part of the people's culture in many parts of Europe and Asia specifically in countries as Japan and Thailand. As the admiration of cosplay escalate, arguments from copyright owners, authors, fans and critiques also risen. The debate predominantly implicate the equilibrium between the two equally important rights: 'freedom of speech and copyright law'.¹

Initially, this article will examine the classification of copyright law and copyright owners' exclusive rights; furthermore, chapter one will clarify

^{*} LL.B. (second-class honours) Mae Fah Luang University, LL.M. in Intellectual Property Law (with Merit) University College London (UCL), Mae Fah Luang University Law lecturer

¹ Lionel Bentley and Brad Sherman, **Intellectual Property Law**, (Oxford University Press, 2014), p. 31.

dissimilarities between moral rights and economic rights. The following chapter will offer an introduction of the Thai Copyright law infringement exemptions in section 32 of the Thai Copyright Act 1994 (herein after the Thai Copyright Act). The third chapter will illuminate copyrights in cartoon characters and costumes and how will this associate with the debate of copyright law infringement and its exceptions. Then, I will give a brief conclusion as well as propose a solution to give a balance between the two previously mentioned rights; ‘freedom of speech and copyright law for cosplay’.²

2. Chapter 1 Clarification of the dissimilarities between moral rights and economic rights will be included

Let me first provide you a brief introduction of what is ‘copyright law’, the definition of copyright has been given in section 4 of the Thai Copyright Act 1994 that ‘copyright is an ‘exclusive right’ that the law warrants to do any act with respect to the work made by the author’ in order to give an automatic protection to (does not need to be register to receive protection unlike trademarks and patent) guard expression of ideas in cultural goods³ listed in section 6: this includes, literary, dramatic, musical, cinematographic, artistic, audiovisual, sound recordings, broadcasts, and scientific works.⁴ Numbers of debates argue why it is essential for the mentioned intangible properties to have the privilege of being shelter by copyright law; opinions indicate that copyright recognizes the author’s natural right which is a correct manner under the principle of natural justice. Adding on to this under the theory of cultural argument, others believe that copyright works impact greatly to the development of the social culture therefore, it is essential to warrant protections for these rights. Yet, some claim that copyright law acts more as a reward that the law confers for authors as an action of gratitude since these work had to be invested it is a usual thought for authors or creators to at least receive some advantage in return; this is based from an economic argument.

² Ibid.

³ Aorapan Panutputtana, *The Explanation of Copyright Law in Thailand*, (Nititham, 2010), p. 39.

⁴ The Thai Copyright Act, Section 6

Setting aside the three previously mentioned theory of being fair or good, the fourth argument sees that copyright law acts as an ‘incentive’ for authors and creators to generate works, this argument view more towards the public remunerations rather than the authors or creators interests and benefits under the social argument.⁵ Though critiques have different view on why it is significant of copyright law nevertheless, they all come to a uniform inference that copyright law is desirable and essential.

Section 15 of the Thai Copyright Act elucidate that what doings are considered as authors exclusive rights; this includes, the rights to reproduce, distribute, rent, lend, perform in public, communicate to the public, make an adaptation as well as to authorize others for the mentioned doing.⁶ If the copyright owner does not give a consent, any of the doings mentioned in section 15 will contribute to an ‘infringement’. Copyright Infringement can be seen as a restriction to another equally significant right ‘freedom of speech’ as the public apprehension however, it is important to create a balance between these two respectively vital rights. Consequently, responsibilities fall on the shoulders of the copyright infringement exemptions which will be debate in greater details in the subsequent chapter.

When a work is eligible under copyright law, two distinct privileges that copyright law offers are economic rights and moral rights.⁷

Moral rights are rights which aim to shelter non-economic interests of the author, commissioner or director of the copyrighted work as fame and recognition, moral rights may include the right to re-call, the right of paternity, the right of divulgation and the right of integrity while the sub-categorized rights may differ from country to country. While Article 6bis of the Berne convention acknowledges moral rights and the member states were guided to follow⁸. Subsequently, section 18 of the Thai Copyright Act recognizes this right and

⁵ Chaiyot Hemarachata C, **Principle of Intellectual Property Law in Thailand**, (Nititham, 2016)

⁶ The Thai Copyright Act, Section 15

⁷ William Cornish, David Llewelyn and Tanya Aplin, **Intellectual Property; Patents, Copyright, Trademarks and Allied Right**, (Street & Maxwell, 2013), 12.02

⁸ The Berne Convention, Article 6bis

virtually duplicate article 6bis under the topic of author's integrity and attribution.⁹

Economic rights primarily target to shield commercial and financial benefits when once a work is eligible to gain protection, exclusive rights (section 15) will be granted to authors/copyright owners. This phase is when an intangible property gain a tangible value as exclusive rights warranted include sales of the work, its copies, license, mortgage and assignments which attentions predominantly on capital gain and profitable interests rather than appreciation which has already been sheltered under moral rights.

3. Chapter 2 Thai Copyright Law infringement exemptions

As formerly stated that once a work qualifies to obtain copyright protection and exclusive rights are granted to authors or copyright owners, a violation of the rights mentioned in section 15 of the Thai Copyright Act will contribute to an infringement.¹⁰ However, the law provides what is recognized as users' 'breathing space' to consume these works; this can be acknowledged as fair dealing in certain jurisdictions and fair use in others. Even though fair use and fair dealings are both infringement exceptions but please note that they do not alternate for one another. One may say that fair dealing (*United Kingdom Scheme*) has a 'rigid' structure which gives the privilege of simplicity but it can also be perceived as outdated, as in order to gain the exception under the fair dealing the use must be listed in the 'permitted category',¹¹ in addition it also has to be adequate under the test of being 'fair'. While, fair use (*United States Scheme*) is known for its 'flexibility' when it only needs to satisfy the four-factor tests but the scope of protection is left open-ended and is not restrained by the 'permitted list'; as a result, this leaves room for innovative exceptions.¹²

The blueprint of the Thai Copyright Law was based from the United Kingdom copyright law, when copyright infringement exception imitated section

⁹ The Thai Copyright Act, Section 18

¹⁰ Panutputtana (n4), p. 125.

¹¹ Bentley and Sherman (n1), pp. 221-223.

¹² Gluseppina D'Agostino, "Healing Fair Dealing- A Comparative Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use" (2008) 53 McGill Lj 309

2 (1) of the UK Copyright Act 1911 and first appeared in section 20 (Thai Act of Protection of Literary and Artistic Works 1931), in 1979 the term 'fair dealing' was removed from the written law however, the permitted list remains. As a result, this forms massive obscurity for law users whether the Thai copyright exemption will be considered under the 'fair use' or 'fair dealing' approach.¹³

Later on, two main modifications had been made to the Thai Copyright Act, this includes two conditions which have been inserted to section 32 paragraph 1 (these two pre-conditions are 1. "which does not conflict with normal exploitation of the copyright work by the owner of copyright" 2. "does not unreasonably prejudice the legitimate rights of the owner of copyright shall not be deemed an infringement of copyright")¹⁴ which are identical to article 9 (2)¹⁵ of the Berne Convention second and third steps of the three-step test and article 13¹⁶ of the TRIPS agreement. In addition to this, non-commercial purposes was added to section 32 (1) and (7). These changes were made to imply with the TRIPS agreement in 1994 as well as the Berne Convention. Due to the ambiguity formerly indicated some scholars infer that due to the UK influence section 32 still follows the United Kingdom fair dealing approach conversely, other intellectuals indicate that since the term 'fair dealing' has been removed from section 32 and the two pre-conditions had been introduced, it would suggest that the Thai copyright infringement exception now is 'fair use'. However, the Thai IP court diminished this haziness and ruled that section 32 follows the fair use approach; due to this the exceptions would vary from a case-to-case basis as long as the use satisfies the two pre-conditions mentioned in paragraph 1 of section 32 of the Thai Copyright Act, this means the pre-conditions can be used independently from the permitted list in paragraph 2.

¹³ Jirasak Rodjun, **Copyright: Copyright Law and Enforcement for the Exploitation of Copyrightable Work**, (Winyuchon 2012), p. 115.

¹⁴ The Thai Copyright Act, Section 32

¹⁵ The Berne Convention, Article 9 (2)

¹⁶ The Trips agreement, Article 13

The DIP¹⁷ soon issue a manual which help escort the measurements of tests for these two-pre conditions since there were immense doubt and ambiguity for users however, the manual released remained as a guideline and not restrained users to them since this guideline has not yet been implemented as a law. The reason that law users are confused is because even though Thailand has followed the fair use approach alike the United States but there has not yet been a ruling where the tests of what is fair was used along with these conditions as what is the measurements of fairness.¹⁸ Unlike the United States which clearly states that the test of 'fair use' is the four factor test which requires to cogitate 1) the purpose and character of use 2) the nature of the copyrighted work 3) The Amount and Substantiality of the Portion Used in Relation to the Copyrighted Work as a Whole 4) The Effect of the Use upon the Potential Market for or value of the Copyrighted Work.¹⁹

4. Chapter 3 So, Is Cosplay legal?

Afore examining whether it is legal to cosplay or not firstly, we need to question whether the cartoon character/anime which is being cosplayed is eligible under the protection of copyright law? (this means that the work had satisfied requirements stated in the CDPA in section 6 and 8)²⁰ or is the work 'still' entitle under the fortification of copyright law? In the case of 'still entitle' under the protection of the law means the character may have been protected by copyright a hundreds and hundreds of years ago but is 'no longer' being protected by copyright. As section 19 of the Thai Copyright Act has undoubtedly stated the period of time that the work will be sheltered under copyright law, if the time mentioned in section 19 elapsed, the work will be

¹⁷ Department of Intellectual Property (DIP), **Guideline for fair use in educational purpose** [Online], 5 May 2018. Available from <https://ams.kku.ac.th/asset/file/9.doc>

¹⁸ ThaiLawForum, **Copyright Exceptions for Research, Study and Libraries in Thailand: What Should be developed and Reformed in Order to Improve the Copyright Protection Regime** [Online], 8 May 2018. Available from <http://www.thailawforum.com/copyright-exceptions-for-research-study-and-libraries-in-thailand-what-should-be-developed-and-reformed-in-order-to-improve-the-copyright-protection-regime/>

¹⁹ D'Agostino (n13)

²⁰ Panutputtana (n4), p. 127.

considered as 'in the public domain' and will no longer be secured by copyright. Secondly, we need to consider whether the use (cosplay) violates that copyright owner exclusive right previously states in section 15 which will contribute to an 'infringement'? The use would, since cosplay is considered as reproduction and adaptation of the copyrighted work. Thirdly, will cosplay be able to argue its use under the copyright infringement exemptions in section 32 of the CDPA? When cosplay can be used in numbers of ways and since the Thai copyright exception is no longer a 'fair dealing' approach which does not rely on the exhaustive list given in section 32 paragraph 2 yet rather examine two pre-conditions stated in paragraph 1. As formerly said the exception would vary from case-by-case basis.

i) Regarding Non-Commercial Cosplay fans gatherings

Since Marvel had just released their sci-fi movie and there is a massive fan base of marvel characters which include the avengers, Batman, Superman, Wonder Women and other heroes. I would like to choose 'Batman' as my example. Taking the first question in for consideration because Batman satisfies the queries, the work qualifies as to be protected by copyright with the character's unique black body suite, black bat face mask and the logo 'Batman' at the back of the black coat and the work is still being protected within the time frame of protection. However, when dressing up (cosplaying) as 'Batman' without receiving a permission from the copyright owner could contribute to an infringement (according to section 15 of the Thai CDPA) however, since the use is purely 'non-commercial' as well as it could possibly be claimed under 'personal use' for individual fans who love Batman. I believe that users will be able to make their claim under the copyright infringement exceptions in section 32 because their use satisfies the conditions mentioned in paragraph 1.

ii) Regarding Cosplay clothing industry for commercial purposes

In this case, the use immensely differs from the use stated in i) which is cosplay for personal use and personal entertainment for fans gatherings. Please highlight the word 'non-commercial' in i), which is the spiraling point concerning uses in i) and ii). When the use of cosplay in ii) regards mainly on the clothing industry that aims to produce 'mass production' of cosplay costumes. The target of which is to gain financial income from those dedicated

fans who want to dress like Batman. As a result, one can easily see that without the copyright owner permission or license this use will not be a 'fair use', and will not be able to claim its use under section 32 of the Thai CDPA as it will not be able to satisfy section 32 paragraph 1 in any of the two conditions.²¹

iii) Regarding Cosplay competition

Cosplay Competition gets complicated when the analysis needs to evaluate diverse crowds of users; the first crowd is the people who hosts the competition itself, if their aim is to receive capital gain from sponsors then the use will expect to contribute an 'infringement'. In contrary, if the target is not to gain commercial benefits yet for personal entertainment then it is likely to be reflected as a fair use under section 32. Comparable explanation applies to the fans who join these cosplay competition.²²

5. Conclusion

In conclusion, it takes a lot of time, effort and hardship to create something creative, exceptional and original, not only cartoon characters but also other qualified works in the fields. I believe it is vital to respect these rights which the law grants to authors and copyright owners, at the same time; it is also important for users to be able to consume these cultural goods. The law tries to balance two parties interests through section 32 of the Thai CDPA "copyright infringement exceptions".

Cosplay is something close to reach for teenagers nowadays, just a click on a webpage or a search engine, numerous cosplay groups and events can be found. It is something that one may not think that it could possibly be 'illegal' yet, it could. Uses of works must be used inadequate within the boundaries and conditions stated. As explained ordinary cosplay for personal entertainment will not likely to cause you a law suit however, organizers or

²¹ Wisit Sipibul, **Thai Copyright Explanations and Rulings**, (Tipada, 2005), p. 79.

²² Prepanod Nainapat, **Understand the fundament of Copyright Law from the BNK48 incident** [Online], 7 May 2018. Available from <https://thematter.co/rave/license-is-all-around/43988>

companies who are looking to host cosplay competitions or manufacture cosplay clothes are under different positions and terms.²³

²³ Supid Praneedpalakrungs, **Copyright Case**, (Athaya Millennium, 2005), p. 57.

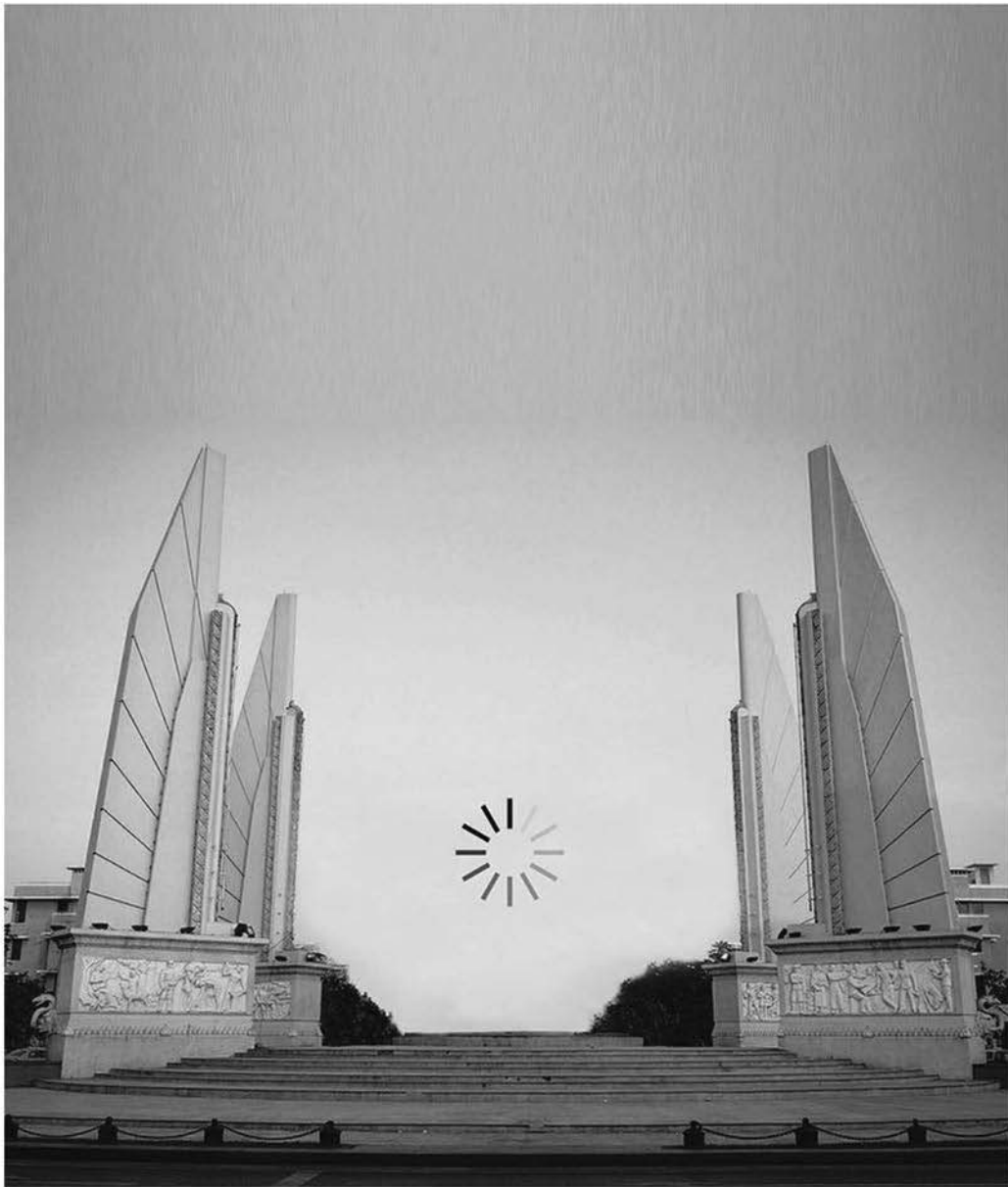
Bibliography

- Bentley L and Sherman B. **Intellectual Property Law**. (Oxford University Press, 2014)
- Cornish W, Llewelyn D and Aplin T. **Intellectual Property; Patents, Copyright, Trademarks and Allied Right**. (Street & Maxwell, 2013)
- Hemarachata C. **Principle of Intellectual Property Law in Thailand**. (Nititham, 2016)
- Panutputtana A. **The Explanation of Copyright Law in Thailand**. (Nititham, 2013)
- Praneedpalarung S. **Copyright Case**. (Athataya Millennium, 2005)
- Sipibul W. **Thai Copyright Explanations and Rulings**. (Tipada, 2005)
- Department of Intellectual Property (DIP). **Guideline for fair use in educational purpose**. Available from <https://ams.kku.ac.th/asset/file/9.doc> (Accessed: 5 May 2018)
- Nainapat P. **Understand the fundament of Copyright Law from the BNK48 incident**. Available from <https://thematter.co/rave/license-is-all-around/43988> (Accessed: 7 May 2018)
- D'Agostino G. **Healing Fair Dealing- A Comparative Analysis of Canada's Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use**. (2008) 53 McGill Lj 309
- ThaiLawForum, **Copyright Exceptions for Research, Study and Libraries in Thailand: What Should be developed and Reformed in Order to Improve the Copyright Protection Regime**. Available from <http://www.thailawforum.com/copyright-exceptions-for-research-study-and-libraries-in-thai-land-what-should-be-developed-and-reformed-in-order-to-improve-the-copy-right-protection-regime/> (Accessed: 8 May 2018)
 - The Thai Copyright Act, B.E. 2537 (1994)
 - The Berne Convention
 - The TRIPS Agreement

อนาคตของพรรคการเมืองไทยภายใต้รัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

Future of Thai Political Parties under the Constitution
of Kingdom of Thailand B.E. 2560

ณัฐดนัย นาจันทร์





"...การมีเสรีภาพนั้นเป็นของที่ดีอย่างยิ่ง แต่เมื่อจะใช้
จำเป็นจะต้องใช้ด้วยความระมัดระวัง และความรับผิดชอบ
มิให้ล่วงละเมิดเสรีภาพของผู้อื่นที่เขามีอยู่เท่าเทียมกัน
ทั้งมิให้กระทบกระเทือนถึงสวัสดิภาพ
และความเป็นประติสุขของส่วนรวมด้วย..."

พระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9

พระราชทานแก่ผู้บังคับบัญชาลูกเสือ

9 กรกฎาคม 2514



อนาคตของพรรคการเมืองไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

Future of Thai Political Parties under the Constitution of Kingdom of Thailand B.E. 2560

ณัฐดนัย นาจันทร์^{*}
Natdanai Nachan

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นั้น จัดว่าเป็นหนึ่งในรัฐธรรมนูญที่สร้างนวัตกรรมทางการเมืองอันน่าตื่นตาตื่นใจขึ้นมาเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับความพยายามในการจัดการความเป็นไปของพรรคการเมืองน้อยใหญ่ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยตรงคือสิ่งที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเอง และโดยอ้อมคือกฎหมายลูกทั้งหลายที่ตราและประกาศใช้ขึ้นภายใต้นามของรัฐธรรมนูญนั้น

ข้อควรพิจารณาถึงประการหนึ่ง นั่นคือการจัดการพรรคการเมืองเช่นว่านั้นจะก่อให้เกิดผลประการใดกับพรรคการเมืองที่ดำรงอยู่และพรรคการเมืองใหม่ที่กำลังจะจัดตั้งขึ้นอันเป็นสิ่งที่น่าสนใจและสมควรอย่างยิ่งที่จะต้องดำเนินการพิจารณาให้รู้เห็นให้ชัดแจ้ง

ทั้งนี้ บทความฉบับนี้มีลักษณะเป็นเพียงข้อวิเคราะห์ความเห็นส่วนตัวขนาดสั้นของผู้เขียน มิได้เป็นการนำเสนอความเห็นในเชิงวิชาการอย่างเต็มรูปแบบ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ผู้อ่านได้รับข้อมูลเบื้องต้นที่เพียงพอต่อการพิเคราะห์ถ้อยความของผู้เขียนไปพร้อมเพรียงกัน ผู้เขียนจึงจะขอเสนอเนื้อหาในบทความนี้โดยแบ่งเป็น 3 ส่วนหลัก ได้แก่ ส่วนแรก หลักการทั่วไปเกี่ยวกับพรรคการเมืองและการควบคุมพรรคการเมืองภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย ส่วนที่สอง หลักกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยแยกย่อยได้เป็นในส่วนของรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง และในส่วนของกฎหมายอื่นอีกประการหนึ่ง และส่วนที่สาม ผลกระทบของพรรคการเมืองไทยภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ โดยมีรายละเอียดดังที่จะกล่าวต่อไปนี้

^{*} นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสาขากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

2. แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยพรรคการเมืองและการตรากฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง

ในส่วนที่ว่าด้วยแนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับพรรคการเมืองและการตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยพรรคการเมืองนั้น ประกอบด้วย 2 หัวข้อย่อยด้วยกัน ได้แก่ หัวข้อที่ว่าด้วยแนวคิดพื้นฐานว่าด้วยพรรคการเมือง และในอีกหัวข้อหนึ่งคือการตรากฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

2.1 แนวคิดพื้นฐานว่าด้วยพรรคการเมือง

พรรคการเมือง (Political Parties) นั้น เป็นคำที่ถูกให้ความหมายได้หลายแง่มุม ขึ้นอยู่กับเครื่องมือที่ใช้ในการให้ความหมาย ไม่ว่าจะเป็นการอธิบายบนพื้นฐานของเหตุแห่งการรวมตัว หรือการอธิบายบนพื้นฐานของความมุ่งหมายในการจัดตั้งพรรค อย่างไรก็ตาม เราอาจสรุปการให้ความหมายของพรรคการเมืองได้ว่า “พรรคการเมืองคือการรวมตัวกันของกลุ่มบุคคลที่มีแนวความคิดทางการเมืองการปกครอง ตลอดจนผลประโยชน์ในด้านต่าง ๆ ร่วมกัน ซึ่งรวมตัวกันขึ้นเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอันจะทำให้ตนสามารถนำแนวคิดทางการเมืองของตนไปใช้ในการปกครองประเทศได้”¹ หากมองความหมายในแง่ที่กล่าวมานี้ พรรคการเมืองย่อมสามารถเกิดขึ้นได้อย่างหลากหลาย ขึ้นอยู่กับว่าอุดมการณ์ทางการเมืองของประชาชนในประเทศนั้นมีอยู่มากมายเพียงใด และคนที่มีอุดมการณ์ทางการเมือง ตลอดจนความต้องการในด้านผลประโยชน์ร่วมกันเช่นนั้นจะเข้ามารวมตัวกันเพื่อจัดตั้งพรรคการเมือง และเข้ามามีส่วนร่วมในการขับเคลื่อนระบบการเมืองของประเทศหรือไม่ ทำให้โดยสภาพแล้ว พรรคการเมืองคือสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นและได้รับการรับรองจากกฎหมายบนพื้นฐานทางด้านความหลากหลายของบุคคลซึ่งว่าด้วยอุดมการณ์ทางการเมืองและผลประโยชน์บางประการที่มีร่วมกัน

บทบาทของพรรคการเมืองนั้นมีผลต่อการปกครองประเทศเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อย้อนพิจารณาถึงหลักทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ ได้แก่ แนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมแล้วย่อมเห็นได้ว่าองค์ประกอบสำคัญในการใช้อำนาจอธิปไตยส่วนหนึ่งคือผู้แทนของประชาชนที่จะเข้ามาทำหน้าที่ทั้งในฝ่ายนิติบัญญัติและบริหาร² โดยการมีระบบพรรคการเมืองหรือกลุ่มคนที่เข้ามารวมตัวกันในนามของอุดมการณ์ทางการเมืองนี้เองที่จะทำให้ประชาชนทั้งหลายภายในรัฐสามารถเลือกผู้แทนของตนได้ง่ายขึ้น โดยวางพื้นฐานการเลือกผู้แทนไว้บนความสอดคล้องต้องกันหรือความชอบใจในอุดมการณ์ทางการเมืองของพรรคการเมืองนั้น ๆ

¹ โกเมศ ขวัญเมือง, กฎหมายว่าด้วยระบบพรรคการเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), หน้า 3-5.

² บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 47-58.

2.2 การตรากฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมือง

พรรคการเมืองจัดเป็นหนึ่งในสถาบันหลักทางการเมืองของรัฐสมัยใหม่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐซึ่งปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่การเลือกผู้แทนของประชาชนเป็นพื้นฐานสำคัญของระบบการปกครอง พรรคการเมืองเปรียบเสมือนตัวแทนของอุดมการณ์ทางการเมืองต่าง ๆ ที่เสนอตัวเข้ามาเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารประเทศให้เป็นไปตามความต้องการของสังคมส่วนรวม ซึ่งแน่นอนว่าหากพูดในเชิงทฤษฎีแล้วการดำเนินงานของพรรคการเมืองย่อมถือเอาประโยชน์ของสังคมส่วนรวมเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ เพื่อสร้างหลักประกันอันเป็นการรับรองว่าพรรคการเมืองที่เข้ามาทำงานในฐานะตัวแทนของประชาชนจะดำเนินการทั้งหลายไปเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมจริง ตลอดจนเพื่อสร้างหลักประกันว่าอุดมการณ์ทางการเมืองของพรรคการเมืองนั้น ๆ รวมถึงการดำเนินการทางการเมืองต่าง ๆ จะไม่เป็นอันตรายต่อสังคมโดยภาพรวม การตรากฎหมายเพื่อควบคุมและกำกับดูแลการจัดตั้ง ตลอดจนการดำเนินการของพรรคการเมืองต่าง ๆ จึงเกิดขึ้น ทั้งนี้ การตรากฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองนั้นไม่ได้เป็นไปแต่เพียงในทางของการกำกับดูแล แต่ยังรวมไปถึงการตรากฎหมายอันมีลักษณะเป็นการส่งเสริมกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองอีกด้วย³

การออกแบบระบบกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองนั้นมักจะขึ้นอยู่กับว่า ณ เวลาที่มีการร่างรัฐธรรมนูญและตรากฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้นจะมีการเลือกกระบวนพรรคการเมืองรูปแบบใดให้เป็นรูปแบบหลักของประเทศ ซึ่งระบบพรรคการเมืองนั้นสามารถแบ่งได้โดยอาศัยการพิจารณาจาก “จำนวน” ของพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลต่อการปกครองของประเทศนั้น ๆ ได้แก่⁴

- (1) ในกรณีที่ประเทศใดมีพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลต่อการปกครองพรรคเดียว ประเทศนั้นใช้ระบบพรรคการเมืองแบบพรรคเดียว (Single Party System)
- (2) ในกรณีที่ประเทศใดมีพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลต่อการปกครอง 2 พรรค ประเทศนั้นใช้ระบบการเมืองแบบพรรคคู่ (Bi-Parties System)
- (3) ในกรณีที่ประเทศใดมีพรรคการเมืองที่มีอิทธิพลต่อการปกครองมากกว่า 2 พรรค ประเทศนั้นใช้ระบบพรรคการเมืองแบบหลายพรรค (Multi Parties System)

สำหรับประเทศที่ใช้ระบบหลายพรรคการเมือง เช่น ไทย เยอรมัน และฝรั่งเศส⁵ การตรากฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองย่อมเป็นไปในทางที่ส่งเสริมให้เกิดความหลากหลายในการรวมตัวทางการเมือง การสร้างหลักประกันความเข้มแข็งของรัฐบาลที่มาจากพรรคการเมืองหลายพรรครวมกันว่าจะบริหารประเทศไปได้บนพื้นฐานของประโยชน์ส่วนรวม มากกว่าการ

³ โกเมศ ขวัญเมือง, กฎหมายว่าด้วยระบบพรรคการเมือง, หน้า 69-77.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 56-66.

⁵ เรื่องเดียวกัน

สนองต่อผลประโยชน์และอุดมการณ์ทางการเมืองเฉพาะกลุ่ม ทั้งนี้ ในแง่หนึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการส่งเสริมความหลากหลายทางการเมือง ควบคู่ไปกับการสร้างหลักประกันในความมั่นคงทางการเมือง⁶

ทั้งนี้ การสร้างหลักประกันในความหลากหลายของอุดมการณ์ทางการเมืองซึ่งต่อมารวมตัวกันเป็นพรรคการเมืองเช่นนี้ ถือเป็นหนึ่งในสองหลักการที่สำคัญที่จะทำให้กลไกทางกฎหมายและกลไกอื่น ๆ ในการขับเคลื่อนรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁷ และถือเป็นหัวใจหลักของการออกแบบกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมือง ซึ่งไม่ควรอย่างยิ่งที่จะมีลักษณะเป็นการจำกัดความหลากหลายดังกล่าว

3. หลักกฎหมายของประเทศไทยเกี่ยวกับพรรคการเมือง

กฎหมายของประเทศไทยที่ส่งผลกระทบต่อการดำเนินการของพรรคการเมืองสามารถแบ่งได้เป็น 2 ระดับ คือกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติลงมาซึ่งวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับพรรคการเมืองโดยตรง

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากบทความนี้เป็นบทความวิเคราะห์ทิศทางของพรรคการเมืองไทยภายใต้ชุดกฎหมายในห้วงเวลาปัจจุบันของผู้เขียน ดังนั้น ผู้เขียนจึงมุ่งเน้นนำเสนอรายละเอียดของกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงในลักษณะที่ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นข้างเคียงหรือประเด็นปลีกย่อยอื่น ๆ ให้ครบถ้วน ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดจะเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงพรรคการเมืองไว้ในระดับหนึ่ง แต่โดยเนื้อหาสาระสำคัญแล้วหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองล้วนปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอนำเสนอเนื้อหาในบทความนี้โดยการนำเสนอเนื้อหาแห่งกฎหมายในพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องก่อน แล้วจึงตามด้วยการนำเสนอมุมมองในรัฐธรรมนูญ ดังนี้

3.1 กฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 ได้วางหลักเกณฑ์เบื้องต้นในการจัดตั้งพรรคการเมืองไว้ในมาตรา 9 ว่า พรรคการเมืองจะต้องมีผู้ร่วมจัดตั้งในครั้งแรกนั้นไม่น้อยกว่า 500 คน และจะต้องมีทุนประเดิมในการจัดตั้งครั้งแรกไม่น้อยกว่า 1,000,000 บาท ซึ่งผู้ร่วมกันจัดตั้งพรรคการเมืองทุกคนต้องร่วมกันจ่ายเงินเพื่อเป็นทุนประเดิมคนละไม่น้อยกว่าหนึ่งพันบาทแต่ไม่เกินคนละห้าหมื่นบาท

⁶ ณรงค์เดช สรุโฆษิต, แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 6.

⁷ Neculia Bobica, “The State Law and the Multi-Party System”, in ACTA Universitatis Danubius Juridica, (2005), p. 7.

ในขณะที่เดียวกันภายหลังจากที่จัดตั้งพรรคได้แล้ว บทบัญญัติมาตรา 33 ยังได้บัญญัติเพิ่มเติมไว้อีกว่า ภายในหนึ่งปีนับตั้งแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียน พรรคการเมืองต้องดำเนินการเพิ่มสมาชิกให้ไม่น้อยกว่า 5,000 คน รวมถึงจัดให้มีสาขาอยู่ทุกภาคอย่างน้อยภาคละหนึ่งสาขา โดยแต่ละสาขาต้องมีสมาชิกไม่น้อยกว่า 500 คน

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ตามที่กล่าวมานี้เป็นหลักที่ใช้บังคับกับพรรคซึ่งจะได้มีการจัดตั้งขึ้นใหม่เท่านั้น โดยพรรคการเมืองที่จัดตั้งและดำเนินงานอยู่แล้วก่อนที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองมีผลใช้บังคับก็ให้คงมีสถานะเป็นพรรคการเมืองที่ชอบด้วยกฎหมายต่อไป ภายใต้เงื่อนไขคือจะต้องทำตามบทเฉพาะกาลที่กำหนดไว้ในมาตรา 141 ให้ลุล่วง หากไม่กระทำเช่นนั้นแล้ว อาจมีผลให้พรรคการเมืองเก่าไม่ได้รับเงินสนับสนุนหรือถูกยุบเลิกได้

นอกจากนี้ กฎหมายที่สำคัญอีกฉบับหนึ่งซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการจัดตั้งพรรคการเมืองและอาจมีผลอย่างยิ่งต่อการดำเนินการใด ๆ ของพรรคการเมือง คือ **คำสั่งคณะกรรมการความสงบแห่งชาติ (คสช.) 53/2557 และ 53/2560** โดยคำสั่งฉบับแรกคือคำสั่งที่ออกเพื่อระงับกิจกรรมใด ๆ ทางการเมืองภายหลังจากที่ คสช. ได้ทำการยึดรวมอำนาจในการปกครองประเทศแล้วเสร็จ ในขณะที่อีกคำสั่งหนึ่งเป็นคำสั่งอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมทางการเมืองได้ภายใต้ความเห็นชอบของ คสช.

เหตุผลที่คำสั่ง คสช. ฉบับหลังถูกประกาศออกมานั้นมีด้วยกัน 2 ประการ ประการแรกคือ ความต้องการในการจดทะเบียนพรรคการเมืองใหม่ตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ที่ได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางการเมืองและเหตุผลประการที่สองคือ พรรคการเมืองเก่าที่จัดตั้งก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ นั้นจำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นไปตามบทเฉพาะกาลภายในกรอบเวลาที่กำหนด ซึ่งการดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ภายใต้คำสั่ง คสช. ที่ 53/2557 จึงต้องมีคำสั่งฉบับที่ 53/2560 ออกมาเพื่อเปิดช่องให้มีการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองได้และบังคับให้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ

การที่ผู้เขียนนำเสนอข้อมูลในส่วนนี้โดยมุ่งเน้นไปที่หลักกฎหมายอันเกี่ยวกับการก่อตั้งพรรคการเมืองและการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของพรรคการเมืองภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ ฉบับใหม่ เนื่องจากเห็นว่าเป็นปัจจัยสำคัญที่สุดที่จะส่งผลต่อทิศทางของพรรคการเมืองในอนาคต โดยในส่วนของการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองนั้นผู้เขียนจะขอเสนอไว้ในหัวข้อที่ว่าด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญต่อไป

3.2 บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติถึงการดำเนินกิจกรรมที่สำคัญที่สุดของพรรคการเมืองไว้โดยตรงนั่นคือการเลือกตั้ง โดยมาตรา 87 กำหนดไว้ว่าผู้ที่จะลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบแบ่งเขตได้จะต้องสังกัดพรรคการเมือง

ในขณะเดียวกันพรรคการเมืองเองก็ต้องเป็นผู้จัดทำบัญชีรายชื่อสำหรับการได้มาซึ่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อด้วย

บทบัญญัติที่ผู้เขียนเห็นว่าสำคัญและควรพิจารณาถึงเนื่องจากส่งผลกระทบต่อพรรคการเมืองในอนาคตโดยตรงได้แก่ บทบัญญัติในมาตรา 91 ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งแบบจัดสรรปันส่วนผสม ซึ่งหากจะกล่าวโดยสรุปแล้ว ระบบเลือกตั้งแบบจัดสรรปันส่วนผสม คือระบบที่ให้ประชาชนเลือกผู้สมัครพรรคที่ตนชอบในเขตที่ตนอยู่อาศัย แล้วนำเอาคะแนนที่พรรคนั้น ๆ ได้จากทุกเขตมารวมเพื่อหาสัดส่วนที่นั่งในสภาฯ ที่พรรคนั้นควรจะได้รับ เมื่อได้จำนวนเช่นว่านั้นแล้วก็นำไปหักออกจากที่นั่งที่พรรคนั้น ๆ ได้จากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขต หากยังมีจำนวนที่นั่งเหลือก็ให้นำเอารายชื่อบุคคลจากบัญชีรายชื่อที่เสนอไว้เข้ามานั่ง แต่หากไม่เหลือหรือจำนวนที่นั่งที่ได้รับจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตสูงกว่าอัตราที่ได้จากการคำนวณก็ให้เป็นไปตามนั้น โดยไม่ต้องพิจารณาจากบัญชีรายชื่อที่เสนอไว้

การวางระบบเลือกตั้งเช่นนี้หากพิจารณาจากการให้สัมภาษณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญแล้วจะเห็นได้ว่า ความต้องการหลักนั้นคือความพยายามที่จะไม่ให้เสียงของประชาชนที่เลือกพรรคที่ตนชอบต้องเสียไปเพราะแพ้คะแนนเสียงข้างมาก จึงได้นำเอาอัตราส่วนของที่นั่งในสภาที่ควรจะได้มาคำนวณเอาจากบัญชีรายชื่อที่ได้มีการเสนอไว้ ซึ่งจะทำให้อย่างน้อยที่สุดแล้วพรรคนั้นก็อาจจะได้ที่นั่งในสภาบางแทนที่จะไม่ได้เสียเลย⁸

4. อนาคตของพรรคการเมืองไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศที่กำหนดไว้ว่าพรรคการเมืองมีหน้าที่หลักคือการขับเคลื่อนระบบการเมืองโดยการส่งผู้สมัครเข้าสู่สนามเลือกตั้ง ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองเองถูกตราขึ้นเพื่อวางโครงสร้างของพรรคการเมืองภายใต้เงื่อนไขที่จำเป็นในการรับประกันว่าจะมีการจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามความในรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

หากพิจารณาจากบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งยกมาข้างต้น เปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์พื้นฐานว่าด้วยพรรคการเมืองและการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับพรรคการเมืองตามที่กล่าวมาแล้ว ในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่ามีปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น 3 ประการ ได้แก่

(1) พรรคการเมืองใหม่จะจัดตั้งได้ยากขึ้น และมีแนวโน้มที่จะทำให้ความหลากหลายทางอุดมการณ์ในเวทีการเมืองลดน้อยลง

การจัดตั้งพรรคการเมืองนั้นเป็นเสมือนการนำเอาแนวคิดหรืออุดมการณ์ทางการเมืองที่มีอยู่เฉพาะคนเฉพาะกลุ่มมาสถาปนาขึ้นให้เป็นรูปเป็นร่างอย่างเป็นทางการ เพื่อที่จะแสดงบทบาทของตนในเชิงรุก (Active) ซึ่งจะทำให้แนวคิดทางการเมืองของตนถูกเผยแพร่ไปใน

⁸ มติชนออนไลน์, เลือกตั้ง “จัดสรรปันส่วนผสม” บัตรเดียวกา 1 ได้ถึง 3, [ออนไลน์], <https://www.matichon.co.th/news/29066>, เข้าถึงเมื่อ 4 สิงหาคม 2561

วงกว้าง การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 กำหนดให้การจัดตั้งพรรคการเมืองใหม่จะต้องมีเงื่อนไขที่ย่างยากซับซ้อน ทั้งในส่วนของเงินทุน ประเดิมที่จะต้องมี และในส่วนของเงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนสมาชิกพรรคและการเปิดสาขาพรรค ในภูมิภาคต่าง ๆ นั้น ล้วนมีลักษณะที่ก่อให้เกิดการกีดกันการเข้าสู่ระบบการเมืองของกลุ่ม การเมืองกลุ่มเล็ก ๆ โดยตรง เนื่องจากเป็นไปไม่ได้เลยที่กลุ่มการเมืองขนาดเล็กซึ่งมีคน สนับสนุนไม่มากจะสามารถทำตามเงื่อนไขว่าด้วยงบประมาณ จำนวนสมาชิก ตลอดจนการจัดตั้งพรรคสาขาในส่วนภูมิภาค ลักษณะเช่นนี้ย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าต่อไปการ ก่อตั้งพรรคการเมืองในลักษณะของพรรคเชิงอุดมการณ์ที่ประสงค์จะดำเนินกิจกรรมทาง การเมืองในกรอบที่แคบกว่าการเลือกตั้งจะไม่สามารถทำได้ อันมีลักษณะที่ขัดแย้งกับการ ส่งเสริมความหลากหลายของระบบพรรคการเมืองแบบหลายพรรคอย่างชัดเจน

(2) พรรคการเมืองขนาดเล็กได้ที่นั่งในสภายากขึ้น

กิจกรรมทางการเมืองหลักของพรรคการเมืองไม่ว่าอย่างไกร้แล้วแต่นั้นคือการเลือกตั้ง ซึ่งแน่นอนว่าทุกพรรคย่อมอยากได้ที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรภายใต้เหตุผลสำคัญประการหนึ่ง นั้นคือการเป็นกระบอกเสียงให้กับประชาชนผู้มีอุดมการณ์ทางการเมืองคล้ายคลึงกับตนในสภา

การเลือกตั้งแบบจัดสรรปันส่วนผสมนั้นถึงที่สุดแล้วกำหนดจำนวนที่นั่งในสภา ผู้แทนราษฎรโดยอาศัยจำนวนสมาชิกพรรคการเมืองที่ชนะการเลือกตั้งเป็นสำคัญ จริงอยู่ที่มี การวางระบบเกี่ยวกับการนำเอาคะแนนของพรรคที่ได้รับเลือกจากประชาชนในการเลือกตั้ง แบบแบ่งเขตแต่ไม่ชนะเสียงส่วนใหญ่มาคิดคำนวณเป็นจำนวนที่นั่งที่ควรจะได้เพื่อคำนวณหา สมาชิกพรรคที่จะได้รับเลือกให้เข้าไปนั่งในสภาภายใต้ระบบการเลือกแบบบัญชีรายชื่อ แต่ โอกาสที่พรรคเล็กจะได้คะแนนในส่วนนี้มากพอจนถึงขั้นที่จะนำไปคำนวณสัดส่วนเช่นว่านั้น และได้ที่นั่งในสภาเป็นไปได้อย่างยิ่ง โดยเฉพาะหากมองว่าได้พรรคขนาดใหญ่เองยังมีพรรค ขนาดกลางทั้งหลายซึ่งมีกำลังและความสามารถในการส่งผู้สมัครได้มากกว่า ลักษณะเช่นนี้แทบ จะปิดโอกาสที่พรรคขนาดเล็กจะเข้ามามีส่วนร่วมและมีที่นั่งในสภาผู้แทนราษฎรได้แทบจะหมด ลื่น ซึ่งแน่นอนว่าโดยสภาพแล้วย่อมขัดแย้งกับการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับพรรคการเมือง ในประเทศที่ใช้ระบบหลายพรรคควรจะเป็น

(3) การกำกับดูแลภายใต้คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

การดำเนินกิจกรรมทางการเมืองในช่วงเวลาปัจจุบันนั้นยังคงอยู่ภายใต้การควบคุมของ คณะรักษาความสงบแห่งชาติอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจกรรมทางการเมืองที่แม้จะยินยอมให้มี การกระทำได้แต่ยังคงต้องขออนุญาตเป็นรายพรรครายกรณีไป ลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้อาจ สันนิษฐานได้ว่าประการหนึ่งว่า บรรดาพรรคการเมืองทั้งหลายที่มีอุดมการณ์ทางการเมือง แนวคิด หรือกิจกรรมการเคลื่อนไหวที่ออกนอกกรอบนอกทางตามที่กำหนดไว้อาจไม่ได้รับการ อนุญาตหรือถูกระงับการดำเนินกิจกรรมได้โดยง่าย ซึ่งมีลักษณะเป็นการจำกัดการทำกิจกรรม ทางการเมืองบนพื้นฐานของอุดมการณ์ทางการเมืองอย่างชัดเจน

5. บทสรุป

โดยภาพรวมแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าอนาคตของพรรคการเมืองไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 คงไม่แตกต่างจากเดิมเท่าใดนักในแง่ของพรรคที่มีอิทธิพลต่อการเมืองการปกครอง เนื่องจากพรรคขนาดใหญ่รวมถึงพรรคขนาดกลางคงไม่มีปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการให้เป็นไปตามความในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฯ กลับกัน พรรคการเมืองขนาดเล็กจะถูกลดบทบาทลงเนื่องด้วยการขาดแคลนที่นั่งในสภาจากระบบจัดสรรปันส่วนผสม และในขณะเดียวกันพรรคใหม่หรืออุดมการณ์ทางการเมืองชุดใหม่ที่ไม่ใช่กระแสหลักก็ไม่สามารถก้าวเข้าสู่เวทีทางการเมืองอย่างเป็นทางการได้

นอกจากนี้ การที่กิจกรรมทางการเมืองตกอยู่ภายใต้การควบคุมของคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังเป็นสิ่งที่ตอกย้ำให้เห็นว่าโอกาสที่พรรคการเมืองซึ่งมีแนวคิดที่แตกต่างจะก้าวเข้าสู่เวทีการเมืองอย่างเต็มภาคภูมิยิ่งลดน้อยถอยลงไปอีก ซึ่งแน่นอนว่าในท้ายที่สุดแล้วผลร้ายย่อมตกอยู่กับประชาชนซึ่งไม่สามารถเลือกหรือสนับสนุนอุดมการณ์ทางการเมืองที่เหมาะสมกับชุดความคิดของตนให้เข้าไปเป็นผู้แทนในสภาได้อย่างแท้จริง ซึ่งนั่นย่อมทำให้อาจเกิดการละเลยเสียงเรียกของประชาชนบางกลุ่มได้

ปัญหาที่กล่าวถึงในบทความนี้คือสิ่งซึ่งผู้เขียนคาดว่าจะเกิดขึ้นกับพรรคการเมืองไทยในอนาคต นั้นยังไม่รวมถึงบทวิเคราะห์ปัญหาอื่น ๆ ซึ่งมีการเขียนไว้แล้วเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะปัญหาที่จะเกิดการแข่งขันการแย่งตัวผู้สมัครมากกว่าจะเป็นการแข่งขันกันในเรื่องนโยบายซึ่งจะทำให้เป้าหมายหลักในการจัดตั้งพรรคการเมืองคือการขับเคลื่อนอุดมการณ์ทางการเมืองต้องเสียไป⁹ สิ่งเหล่านี้เป็นปัญหาอย่างยิ่งและเป็นที่ควรจะต้องดำเนินการติดตามและแก้ไขต่อไป เพราะหากพรรคการเมืองขนาดเล็กหรือพรรคทางเลือกไร้อนาคตแล้วละก็ประชาชนผู้อยู่ภายใต้อุดมการณ์ทางการเมืองกระแสรองย่อมไม่สามารถมีปากเสียงในสังคมการเมืองได้เลย

⁹ 101 One-on-One, “อ่านอนาคตสังคมไทย อ่านเลือกตั้ง 2561 กับ สิริพรรณ นกสวน สวัสดิ์”, [online], <https://www.the101.world/issues-2/politics/101-one-on-one-ep-08-siripan/>, เข้าถึงเมื่อวันที่ 24 เมษายน 2561

รายการอ้างอิง

หนังสือภาษาไทย

- โกเมศ ขวัญเมือง. กฎหมายว่าด้วยระบบพรรคการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- ณรงค์เดช สรุโฆษิต. แนวทางการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมือง. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 2554.

บทความภาษาต่างประเทศ

- Neculia Bobica, “The State Law and the Multi-Party System”, in ACTA Universitatis Danubius Juridica, [2005]

เอกสารออนไลน์

- มติชนออนไลน์. เลือกตั้ง “จัดสรรปันส่วนผสม” บัตรเดียวกา 1 ได้ถึง 3. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <https://www.matichon.co.th/news/29066> [เข้าถึงเมื่อ 4 สิงหาคม 2561]
- 101 One-on-One. “อ่านอนาคตสังคมไทย อ่านเลือกตั้ง 2561 กับ สิริพรรณ นกสวน สวัสดี”. [online]. แหล่งที่มา <https://www.the101.world/issues-2/politics/101-one-on-one-ep-08-siripan/> [เข้าถึงเมื่อ 24 เมษายน 2561]

“ แม้ข้าพเจ้าจะเดินช้า
แต่ก็ไม่เคยเดินถอยหลัง ”

- Abraham Lincoln -



สิทธิที่จะถูกลืม หรือหน้าที่ที่จะต้องลืม

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์
(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560

Right to be Forgotten or Duty to Forget in Computer-Related Offenses Act
[No. 2] B.E. 2560

สาวตรี สุขศรี



“...กฎหมาย มีไว้สำหรับให้มีความสุขในบ้านเมือง
มิใช่ว่ากฎหมายมีไว้สำหรับบังคับประชาชน
ถ้ามุ่งหมายที่จะบังคับประชาชนก็กลายเป็นเผด็จการ
กลายเป็นสิ่งที่บุคคลหมู่น้อยจะต้องบังคับกับบุคคลหมู่มาก
ในทางตรงกันข้ามกฎหมายมาไว้สำหรับให้บุคคลส่วนมาก
มีเสรีและอยู่ได้ด้วย ความสงบ...”

พระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9

พระราชทานแก่คณะกรรมการการจัดงาน “วันรพี”

ณ พระราชตำหนักจิตรลดารโหฐาน

27 มิถุนายน 2541

**สิทธิที่จะถูกลืม หรือหน้าที่ที่จะต้องลืมในพระราชบัญญัติว่าด้วย
การกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2560**
**Right to be Forgotten or Duty to Forget in Computer-Related
Offenses Act (No. 2) B.E. 2560**

สาวตรี สุขศรี^{*}
Sawatree Suksri

1. บทนำ

ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายไซเบอร์ และที่ปรึกษากิตติมศักดิ์ คณะกรรมการวิสามัญกร่าง พ.ร.บ.ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ต่อไปในบทความจะเรียกว่า พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ) คนหนึ่ง ตอบคำถามของผู้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นต่อร่างแก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ฉบับปรับปรุงวันที่ 18 พฤศจิกายน 2559 เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2559 ที่อาคารรัฐสภา ซึ่งแสดงความกังวลต่อเนื้อหาที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 16/2 อันเป็นบทกำหนดความผิดลักษณะใหม่ในร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า เป็นมาตราที่จำเป็นต้องมี โดยมาตรานี้มีหลักการ “สิทธิที่จะถูกลืม” (right to be forgotten) อยู่เบื้องหลัง¹ ทั้งนี้ มาตรา 16/2 บัญญัติว่า “ผู้ใดรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ในความครอบครองของตนเป็นข้อมูลที่ศาลสั่งให้ยึดและทำลายตามมาตรา 16/1 ผู้นั้นต้องทำลายข้อมูลดังกล่าว หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษกึ่งหนึ่งของโทษที่บัญญัติไว้ในมาตรา 14 หรือมาตรา 16 แล้วแต่กรณี”

อย่างไรก็ตาม คำตอบนี้นอกจากไม่สามารถช่วยลดความกังวลใด ๆ ต่อบทบัญญัตินี้ให้กับผู้ชกถามแล้ว กลับก่อให้เกิดคำถามขึ้นใหม่ในสังคม และบรรดาผู้ที่ติดตามความเป็นไปของกฎหมายฉบับนี้หันที่ถามว่ามาตรา 16/2 เกี่ยวอะไรกับ “สิทธิที่จะถูกลืม”? และแท้ที่จริงแล้วเป้าหมายของการบัญญัติมาตรานี้คืออะไรกันแน่? เพราะหากพิจารณาดูในภาพรวมของร่างแก้ไข พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ (ซึ่งในท้ายที่สุด ร่าง พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ก็ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2559 แม้ว่าจะมีประชาชนกว่า 3 แสนรายลงชื่อ

^{*} ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น.บ. (เกียรตินิยมดีมาก) (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.ม. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. (มหาวิทยาลัยมิวนิค ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)

¹ ดูสรุปความเห็นต่อร่าง พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ใน “ร่าง พ.ร.บ.คอมฯ ระบุชัดให้กรรมการ 5 คนสั่งปิดเว็บไซต์ผิดธรรมอันดี, การไม่ลบข้อมูลเป็นความผิดเพราะคนมี ‘สิทธิที่จะถูกลืม’” [ออนไลน์], 3 มีนาคม 2561. <https://ilaw.or.th/node/4337>

และยื่นหนังสือคัดค้านก็ตาม²) จะพบว่า หนึ่งในประเด็นสำคัญของการแก้ไขก็คือ การขยายขอบเขต “เนื้อหา” ที่รัฐสามารถระงับการเผยแพร่ในโลกออนไลน์ได้ โดยนอกจากการแก้ไขถ้อยคำซึ่งเป็นองค์ประกอบความผิดในมาตราหลักของความผิดเกี่ยวกับการ “เผยแพร่เนื้อหา” อย่างมาตรา 14 หรือมาตรา 16 แล้ว มาตรา 20 ซึ่งเป็นบทให้อำนาจรัฐปิดกั้นการแสดงเนื้อหา ก็ถูกแก้ไขให้กว้างขวางยิ่งขึ้นด้วย เหล่านี้ยังไม่รวม “คณะกรรมการกลั่นกรองเนื้อหา” ที่ถูกสร้างขึ้นใหม่เพื่อทำหน้าที่พิจารณา “ความเหมาะสม” ของเนื้อหาที่เผยแพร่ ที่แม้ไม่เข้าข่ายเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับใดเลยรัฐก็อาจปิดกั้นเสียได้ เพียงแต่ลักษณะการรुकืบของมาตราต่าง ๆ ดังกล่าวมา อาจไม่ได้เป็นเรื่องเหนือความคาดหมายนักของคนที่ไม่ได้สังเกตการณ์การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้มากกว่า 10 ปี สิ่งที่ถือเป็นนวัตกรรมใหม่อย่างแท้จริงคือมาตรา 16/2 เพราะมันได้เผยให้เห็นความพยายามอย่างถึงที่สุดของรัฐในการควบคุม “ข้อมูล” บางอย่างที่อยู่ในมือของประชาชน แม้ว่าข้อมูลเหล่านั้นจะไม่ได้ถูก “เผยแพร่” หรือ “ส่งต่อ” ไปยังที่ใดเลยก็ตาม และด้วยท่าทีเช่นนี้เองที่รัฐอาจถูกตั้งคำถามได้ว่าการกำลังพยายามขยับล่วงล้ำเข้าไปในเขตแดนแห่งสิทธิเสรีภาพในทางความนึกคิดหรือความเชื่อของประชาชน อันเป็นเรื่องภายในจิตใจและเป็นส่วนตัวของแต่ละปัจเจกชนโดยแท้หรือไม่ ซึ่งตามหลักแล้วสิทธิดังกล่าวถือเป็น “สิทธิเด็ดขาด” (Absolute Right) ที่รัฐไม่สามารถออกกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ มาจำกัดตัดทอนลงได้

2. สิทธิที่จะถูกลืม (Right to be Forgotten)

ข้อความคิด (concept) เกี่ยวกับสิทธิที่จะถูกลืมนั้นมีมานานแล้วในหลายประเทศในทวีปยุโรป ซึ่งหมายถึงแนวคิดที่ว่า ปึงเจกบุคคลควรมีสสิทธิตัดและตัดสินใจเกี่ยวกับกิจกรรมต่าง ๆ ของตนด้วยตนเอง (Self-Determination) รวมทั้งมีอิสระในการปกครองและพัฒนาตัวเอง (Autonomy) โดยปราศจากการแทรกแซงรัฐเห็น หรือโดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้สถานการณ์ของการถูกตราหน้าจากบุคคลอื่นตลอดไป โดยแม้แต่บุคคลที่เคยถูกพิพากษาว่ากระทำความผิดและเป็นผู้ต้องโทษมาก่อนก็ควรมีสสิทธิตั้งนี้ด้วย เขาไม่ควรถูกข้อมูลและเรื่องราวในอดีตของตัวเองตามหลอกหลอนตลอดชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนที่ต้องการเริ่มต้นชีวิตใหม่อย่างการมีครอบครัวหรือหางานที่มั่นคงทำ (สิทธิที่จะถูกลืม สอดคล้องอย่างยิ่งกับทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำผิดโดยมีเป้าหมายเพื่อแก้ไขฟื้นฟูให้สามารถกลับคืนสู่สังคมได้ - Rehabilitation Theory) ดังนั้น ความเข้าใจในระดับสากล สิทธิที่จะถูกลืมจึงมักครอบคลุม

² ดู “ร่าง พ.ร.บ.คอมพ์ ผ่านฉลุย สนช.เมินเสียงค้าน” [ออนไลน์], 3 มีนาคม 2561. <http://www.komchadluek.net/news/politic/252653>

³ Mantelero, Alessandro, “The EU Proposal for a General Data Protection Regulation and the roots of the ‘right to be forgotten’”, Computer Law & Security Review. Vol. 29 (3), 2013, pp. 229-235.

สิทธิในสามรูปแบบ คือ 1) สิทธิที่จะขอให้ลบข้อมูลหลังจากช่วงเวลาหนึ่ง 2) สิทธิที่จะได้รับการให้อภัย (right to be forgiven) หรือได้รับโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่ และ 3) สิทธิที่จะถูกเชื่อมโยงกับข้อมูลที่เป็นปัจจุบันเท่านั้น

ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ “สิทธิที่จะถูกลืม” ปรากฏเป็นคำกลางในสถานะของ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” และ “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล” ชัดเจนขึ้นจากการรับรองและคุ้มครองไว้ในมาตรา 8 แห่งอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Convention on Human Rights - ECHR) และมาตรา 6 แห่งระเบียบยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล (European directive on data protection - Directive 95/46/EC) ซึ่งมีหลักการสำคัญว่า ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไม่ควรถูกจัดเก็บไว้นานเกินกว่าความจำเป็นที่ต้องเก็บไว้เพื่อใช้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดเก็บ โดยมีมาตรา 12 (b) และ (c) แห่งระเบียบฉบับเดียวกัน⁴ เป็นฐานทางกฎหมายให้ ด้วยการกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องรับประกันว่าเจ้าของข้อมูลมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลที่ประมวลผลทั้งหมดเกี่ยวกับตัวเอง ทั้งยังมีสิทธิเรียกร้องให้แก้ไข ลบทิ้ง หรือกีดกันไม่ให้มีการเข้าถึงข้อมูลที่ไม่สมบูรณ์ ไม่ถูกต้อง หรือไม่ได้มีการประมวลผลตามกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย⁵ นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 2012 คณะกรรมาธิการยุโรป ยังเสนอร่างกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลฉบับใหม่⁶ โดยหนึ่งในประเด็นสำคัญที่เสนอด้วย ก็คือให้สิทธิบุคคลร้องขอให้สถาบันหรือองค์กร โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตลบข้อมูลบางอย่างที่เกี่ยวกับตัวเองออกจากสารบบการค้นหา โดยองค์กรที่ถูกร้องขอนั้นต้องทำตามคำร้องด้วย หากไม่มีเหตุผลอันสมควร (legitimate ground) ที่จะเก็บข้อมูลนั้นไว้ ซึ่งก็คือการพยายามทำ

⁴ Article 12 Directive 95/46/EC “Member States shall guarantee every data subject the right to obtain from the controller: (...)

(b) as appropriate the rectification, erasure or blocking of data the processing of which does not comply with the provisions of this Directive, in particular because of the incomplete or inaccurate nature of the data;

(c) notification to third parties to whom the data have been disclosed of any rectification, erasure or blocking carried out in compliance with (b), unless this proves impossible or involves a disproportionate effort.”

⁵ Media Laws, “The Codification of the Right to be Forgotten in the Digital Era: From Directive 95/46/EC to the General Data Protection Regulation” [Online], 4th April 2018. <http://www.medialaws.eu/the-codification-of-the-right-to-be-forgotten-in-the-digital-era-from-directive-9546ec-to-the-general-data-protection-regulation/>

⁶ European Commission, “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and On the Free Movement of Such Data”, 2012/0011 (COD).

ให้ “สิทธิที่จะถูกลืม” ปรากฏเป็นบทเฉพาะมาตราหนึ่งในระเบียบยุโรปเลยนั่นเอง⁷ อย่างไรก็ตาม สิทธิชนิดนี้ถูกทำให้เป็นรูปธรรมชัดเจนยิ่งขึ้นอีกครั้งผ่านการนำระเบียบของสหภาพยุโรปมาบังคับใช้โดยศาลยุติธรรมยุโรป (Court of Justice of the European Union: CJEU) ในคดี กอนชาเลส (Costeja Case) เมื่อปี 2014 (ในบทความนี้จะกล่าวถึงในหัวข้อถัดไป) ปัจจุบัน “สิทธิที่จะถูกลืม” จึงถูกรับรู้กันในความหมายว่า บุคคลซึ่งมีข้อมูลไม่ว่าจะเป็นข้อความ ภาพ วิดีโอ ฯลฯ ที่เกี่ยวกับตนเองเผยแพร่อยู่บนอินเทอร์เน็ต สามารถร้องขอให้ลบข้อมูลนั้นออกจาก ระเบียบอินเทอร์เน็ตเพื่อไม่ให้บุคคลอื่นเข้าถึงหรือค้นพบมันผ่านเครื่องมือสืบค้น (Search Engine) ได้

ในด้านหนึ่ง แม้สิทธิที่จะถูกลืมคือส่วนหนึ่งของ “สิทธิความเป็นส่วนตัว” ที่เกี่ยวกับ ข้อมูลส่วนบุคคล แต่ในอีกด้านหนึ่งการบังคับให้เป็นไปตามสิทธิ หรือลักษณะการเรียกร้องให้ คัดกรองพื้นที่ส่วนบุคคลนั้น สิทธิที่จะถูกลืมก็มีความแตกต่างกับการคัดกรองข้อมูลส่วนบุคคล อยู่ด้วย เพราะการคัดกรองข้อมูลส่วนบุคคลโดยทั่วไป คือคัดกรองไม่ให้ข้อมูลที่เจ้าของข้อมูล ไม่ต้องการให้บุคคลอื่นรับรู้หรือยังไม่เป็นที่รับรู้ ถูกผู้อื่นนำไปเผยแพร่หรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับ อนุญาต ในขณะที่สิทธิที่จะถูกลืมเกี่ยวข้องกับการลบข้อมูลที่เป็นที่รู้จักในสาธารณะในเวลา ที่กำหนดแล้ว เพียงแต่เจ้าของข้อมูลไม่อนุญาตให้บุคคลอื่นเข้าถึงมันได้อีกต่อไปเท่านั้น

3. คดีความที่ยกระดับความสำคัญและการรับรู้ถึงการมีอยู่ของ “สิทธิที่จะถูกลืม”

เดือนพฤษภาคม ปี 2014 ศาลยุติธรรมยุโรป (CJEU) มีคำสั่งให้ Google เว็บไซต์ ให้บริการเครื่องมือสืบค้น (Search Engine) ลบลิงก์หรือคำเชื่อมโยงออกจากหน้าผลการค้นหา ของตน เพราะเหตุที่มีบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลที่ถูกเชื่อมโยงไปถึงร้องขอ⁸ ประเด็นสำคัญที่ ศาลยุติธรรมยุโรปชี้ไว้ในคดีนี้ก็คือ ปัจจุบันมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้บริการลบข้อมูลบางอย่างได้ หากข้อมูลนั้นมีลักษณะไม่ครบถ้วน ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือเคยมีส่วนเกี่ยวข้องกับผู้ร้องขอเพียง แค่นั้นในอดีต กล่าวอีกอย่างก็คือ มันเป็นข้อมูลที่ล้าสมัยไปแล้ว คำตัดสินนี้มีผลกับผู้ให้บริการ ค้นหาข้อมูลรายอื่น ๆ ด้วยนอกจาก Google อย่างไรก็ตาม คำสั่งดังกล่าวไม่ได้มีผลไปถึง เว็บไซต์ต้นตอที่มีข้อมูลซึ่งผู้ให้บริการเครื่องมือสืบค้นเชื่อมโยงไปถึง นั่นหมายความว่า ข้อมูลที่ ล้าสมัยเหล่านั้นยังคงอยู่ในอินเทอร์เน็ตได้ต่อไป เพียงแต่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจะไม่สามารถพบเจอ มันได้ผ่านการป้อนคำค้นลงในเว็บไซต์ช่วยค้นหา

⁷ Article 17. Right to be forgotten and To Erasure. See in “Factsheet on the ‘Right to be Forgotten’ ruling (C-131/12)” [Online], 4th April 2018. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/files/factsheets/factsheet_data_protection_en.pdf

⁸ “Press release No. 70/14 (Judgment in Case C-131/12)” [Online], 5th April 2018. <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070en.pdf>

ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีคือ มาริโอ คอสเตซา กอนซาเลส ชายสัญชาติสเปนเคยเรียกร้องไปยัง Google ประเทศสเปน ให้ลบลิงก์จากหน้าแสดงผลการค้นหาซึ่งเชื่อมโยงไปยังข้อมูลประกาศขายทอดตลาดบ้านของเขาอันเนื่องมาจากการตกเป็นบุคคลล้มละลายเมื่อ 16 ปีก่อน ซึ่งเป็นข้อมูลเก่าและปัจจุบันเขาไม่ได้เป็นบุคคลล้มละลายอีกต่อไปแล้ว กอนซาเลสเห็นว่าสิทธิความเป็นส่วนตัวและชื่อเสียงของเขาถูกล่วงละเมิดทั้งจากเว็บไซต์ (เว็บข่าวออนไลน์) ที่ยังแสดงข้อมูลเหล่านี้อยู่ และ Google ด้วย เนื่องจากทำให้บุคคลอื่นสามารถเข้าถึงข้อมูลดังกล่าวได้ กอนซาเลสฟ้องศาลสเปนเรียกร้องให้ 1) หนังสือพิมพ์ออนไลน์ฉบับที่ลงข้อมูลของเขาลบเนื้อหาออกทั้งหมด และ 2) Google ต้องลบลิงก์ทั้งหมดที่เชื่อมโยงไปถึงข้อมูลดังกล่าวออกจากหน้าการค้นหา และข้อพิพาทนี้ถูกส่งไปถึงศาลยุติธรรมยุโรป

ศาลยุติธรรมยุโรปอาศัยระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูล (Directive 95/46/EC) และมาตรา 7 ของกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป (Charter of Fundamental rights of the European Union) เพื่อยืนยันหลักการที่ว่า ปึงเจกบุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูลย่อมมีสิทธิที่ดีในการควบคุมข้อมูลของเขา ข้อยกเว้นที่ผู้ให้บริการสืบค้นหรือบริการอื่น ๆ ในลักษณะเดียวกันสามารถอ้างเพื่อปฏิเสธคำร้องขอได้ก็คือ การเปิดเผยต่อไปนั้นเป็นไป “เพื่อประโยชน์ของสาธารณะ” (Public interest) หรือเป็นข้อมูลที่ “ใช้เพื่อจุดประสงค์ด้านการข่าวเท่านั้น”

คำตัดสินดังกล่าว ด้านหนึ่งได้รับเสียงชื่นชมจากฝ่ายที่ทำงานด้านการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล⁹ ที่เริ่มไม่ไว้วางใจวิธีการและเป้าหมายในการจัดเก็บ รวมทั้งการใช้ข้อมูลของผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตโดยผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหลากหลายประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรขนาดใหญ่ที่ปัจจุบันได้กลายเป็น “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” จำนวนมหาศาลของผู้คนทั่วโลก จนกลายเป็นว่านอกจากชีวิตของประชาชนจะถูกสอดแนมโดยรัฐบาลของประเทศตัวเองแล้วยังอาจถูกสอดแนมโดยบริษัทหรือองค์กรเอกชนเหล่านี้ด้วย แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากหลายฝ่ายที่เห็นว่า คำตัดสินนี้จะส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อ “สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร” (Right to Know) และ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” (Freedom of Expression) อันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญยิ่งในโลกเสรีประชาธิปไตย¹⁰ โดยแม้คำตัดสินนี้จะไม่ได้มีผลเป็นการลบข้อมูลออกจากเว็บไซต์ใดเว็บไซต์หนึ่งโดยตรง แต่ย่อมปฏิเสธไม่ได้ว่า

⁹ Marc Randazza, “We need a ‘right to be forgotten’ online” [Online], 5th April 2018. <http://edition.cnn.com/2014/05/14/opinion/randazza-google-right-to-privacy/index.html>

¹⁰ The Guardian, “Wikipedia swears to fight ‘censorship’ of ‘right to be forgotten’ ruling” [Online], 6th April 2018. <https://www.theguardian.com/technology/2014/aug/06/wikipedia-censorship-right-to-be-forgotten-ruling>; Mark Stephens, “Only the powerful will benefit from the ‘right to be forgotten’” [Online], 6th April 2018. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/18/powerful-benefit-right-to-be-forgotten>

ในปัจจุบันหากปราศจากซึ่งความช่วยเหลือจากเครื่องมือสืบค้นอย่าง Google เสียแล้ว ก็เป็นเรื่องยากลำบากที่ผู้ใช้งานอินเทอร์เน็ตทั่วไปจะพบข้อมูลที่ถูกลบออกจากหน้าแสดงผลการค้นหาได้ด้วยตนเอง บางฝ่ายแสดงความกังวลว่าในท้ายที่สุดแล้วสิทธิที่จะถูกลืมนี้อาจตกเป็นเครื่องมือให้แก่กลุ่มบุคคลบางกลุ่มที่ต้องการปิดกั้นการรับรู้ หรือลบล้างข้อมูลในอดีตของตนออกจากความทรงจำของประชาชนทั่วไปเท่านั้น¹¹ ดังที่ปรากฏว่าภายหลังคำตัดสินนี้มีคำร้องขอไปยัง Google จากบุคคลอีกอย่างน้อย 3 รายให้ลบลิงก์ที่เชื่อมโยงไปยังเว็บไซต์ที่มีข้อมูลส่วนบุคคลของพวกเขาด้วยเหตุผลเดียวกัน โดยรายหนึ่งเป็นแพทย์ที่ไม่ต้องการให้มีการเชื่อมโยงไปยังคำวิจารณ์การทำงานของเขาจากอดีตผู้ป่วย รายที่สองเป็นอดีตนักการเมืองที่ต้องการสมัครรับเลือกตั้งครั้งใหม่และต้องการให้ประชาชนลืมการกระทำของเขาเมื่อสมัยที่แล้ว และรายที่สามเป็นผู้ที่เคยถูกกล่าวหาว่ามีสื่อลามกอนาจารเด็กในครอบครัว¹²

ข้อโต้แย้งยังรวมไปถึงประเด็นผลกระทบต่อพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่สัมพันธ์เชื่อมโยงอยู่กับปัญหา “ภาระหน้าที่ของผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต” ด้วย เพราะศาลยุติธรรมยุโรปยังวางหลักไว้ด้วยว่าเมื่อผู้ร้องเรียนร้องขอต่อผู้ให้บริการเครื่องมือสืบค้นแล้ว ผู้ให้บริการนั้นต้องพิจารณาเองว่าข้อมูลที่ขอให้ลบลิงก์เชื่อมโยงออกจากการค้นหานั้นเข้าข่ายที่ต้องลบจริง ๆ หรือไม่ จนนำไปสู่ภาวะของการ “เซ็นเซอร์ตัวเอง” (Self-censorship) ซึ่งย่อมเป็นอันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และนอกจากภาระในแง่ของการต้องทำหน้าที่ประหนึ่งเป็นผู้พิพากษาผู้ตัดสิน หรือเสี่ยงต่อความรับผิดชอบต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการถูกฟ้องร้องดำเนินคดีแล้ว ผู้ประกอบการยังมีภาระด้านอื่น ๆ ที่ต้องดำเนินการอีก ไม่ว่าจะเป็นภาระด้านค่าใช้จ่าย หรือภาระทางด้านเทคนิค อาทิ ต้องเขียนอัลกอริทึมใหม่เพื่อให้การเชื่อมโยงถูกต้องตามกฎหมาย ค้นหาลิงก์เป้าหมายซึ่งอาจถูกเก็บรักษาอยู่อย่างกระจัดกระจาย และประเด็น “ความเสมอภาคเท่าเทียมกัน” ในการแข่งขันทางการค้า ระหว่างผู้ประกอบการรายใหญ่กับรายเล็ก อันเนื่องมาจากมีความสามารถในการแบกรับภาระต่าง ๆ ได้ไม่เท่ากัน ก็ถูกหยิบยกขึ้นเพื่อวิพากษ์วิจารณ์ผลการตัดสินครั้งนี้ด้วย มีข้อเท็จจริงว่าเพียงไม่กี่วันหลังการต้องปฏิบัติตามคำตัดสินคดีก่อนชาเลซ Google ได้รับคำร้องขอให้ลบลิงก์ที่เชื่อมโยงไปยังข้อมูลส่วนบุคคลถึงราว 12,000 ราย¹³

หัวใจของการถกเถียงกันจึงอยู่ที่ว่าควรให้น้ำหนักกับสิ่งใดมากกว่ากันระหว่างเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร กับสิทธิความเป็นส่วนตัวและข้อมูล

¹¹ Mark Stephens, “Only the powerful will benefit from the ‘right to be forgotten’” [Online], 6th April 2018. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2014/may/18/powerful-benefit-right-to-be-forgotten>

¹² Ibid.

¹³ EuropeNews. Net, “Removal of Google personal information could become work intensive”, Retrieved 2 June 2014, [Online], 6th April 2018. <http://www.europenews.net/news/222490797/removal-of-google-personal-information-could-become-work-intensive>

ส่วนบุคคล เรื่องราวในอดีตของบุคคลคนหนึ่งควรถูกตีพิมพ์อย่างอยู่เหนือกาลเวลา และก้าวข้ามกฎของการลืมเลือนเพื่อสนับสนุนเสรีภาพในการรับรู้ในโลกเสรีประชาธิปไตย หรือเจ้าของข้อมูลนั้นควรควบคุมปิดกั้นมันได้ และปล่อยให้ความทรงจำของมนุษย์ทำงานไปตามธรรมชาติโดยปราศจากการช่วยเหลือจากเทคโนโลยี ทั้งนี้ ในโลกเสรีอย่างมากอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาเราอาจพบว่า บ่อยครั้งที่ศาลให้เสรีภาพสื่อมวลชน รวมทั้งสิทธิในการรับรู้ข้อเท็จจริงของประชาชนอยู่เหนือสิทธิความเป็นส่วนตัว แม้เรื่องส่วนตัวนั้นจะเกี่ยวกับอดีตของบุคคลคนหนึ่งก็ตาม โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมันมีคุณค่าแห่งความเป็นข่าว (Newsworthiness) และเป็นไปก็เพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) (แม้คำจำกัดความหรือขอบเขตของคำว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะจะยังเป็นปัญหาอยู่ก็ตาม)¹⁴ ในขณะที่หลายประเทศในยุโรปมักให้ความสำคัญกับสิทธิส่วนบุคคล และชีวิตส่วนตัวของบุคคลมากกว่า แม้บุคคลนั้น ๆ จะเป็นบุคคลสาธารณะ หรือกระทั่งเคยเป็นอาชญากรมาแล้วก็ตาม จึงดูเหมือนว่ายุโรปจะกระตือรือร้นในการสร้างสมดุลระหว่างสิทธิสองกลุ่มนี้มากกว่า จึงไม่น่าแปลกใจว่ากฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลที่เป็นลายลักษณ์อักษรจะพัฒนา และเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศเยอรมนี และประเทศอื่น ๆ ในยุโรปก่อนประเทศสหรัฐอเมริกาหลายปี¹⁵

4. ปัญหาของมาตรา 16/2 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ กับสิทธิที่จะถูกลืม

มาตรา 16/2 “ผู้ใดรู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ในครอบครองของตนเป็นข้อมูลที่ศาลสั่งให้ยึดและทำลายตามมาตรา 16/1 ผู้นั้นต้องทำลายข้อมูลดังกล่าว หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษกักขังหนึ่งเดือนหรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำและปรับ”

ปรากฏตัวครั้งแรกใน พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ (ฉบับที่ 2) ปี พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติชื่อเดียวกันนี้ที่ประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2550 โดยผลของบทบัญญัติมาตรานี้ทำให้ “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ซึ่งเป็น “ข้อมูลที่ศาลสั่งให้ยึดหรือทำลายตามมาตรา 16/1” กลายเป็น “สิ่งที่ผู้ใดมีไว้ในครอบครองเป็นความผิด” แทนที่ ทำนองเดียวกับการมียาเสพติด ภาพลามกอนาจารเด็ก อาวุธปืนเถื่อน ซากสัตว์ป่าสงวน ฯลฯ ไว้ในครอบครอง และการครอบครองสิ่งเหล่านั้นนอกจากผู้ครอบครองจะมีความผิดตามกฎหมายฉบับที่เกี่ยวข้องแล้ว ตามมาตรา 32 ประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติว่า “ทรัพย์สินใดที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าผู้ใดทำหรือมีไว้เป็นความผิด ให้ริบเสียทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นของผู้กระทำความผิด และมีผู้ถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือไม่” ยังบังคับให้ศาลต้องริบเสียด้วยหากมีการฟ้องร้องกันจนเป็นคดีความ เนื่องจากเป็น “ทรัพย์สินประเภทที่ต้องริบโดยเด็ดขาด” ศาลจะใช้ดุลพินิจไม่ได้

¹⁴ เรย์มอนด์ แวกส์ (เขียน), อธิป จิตตฤกษ์ และ ปวรรัตน์ ผลาสินธุ์ (แปล), *ความเป็นส่วนตัว: ความรู้ฉบับพกพา* (กรุงเทพฯ: โอเพ่นเวิลด์ส์, 2556), หน้า 190-197.

¹⁵ ดู นคร เสรีรักษ์, *ความเป็นส่วนตัว: ความคิด ความรู้ ความจริง และพัฒนาการเรื่องการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลในประเทศไทย* (กรุงเทพฯ: พี.เพรส, 2557), หน้า 143-236.

มาตรา 16/1 ซึ่งเป็นมูลฐานของการทำให้การมีข้อมูลคอมพิวเตอร์ไว้ในครอบครองเป็นความผิด บัญญัติว่า “ในคดีความผิดตามมาตรา 14 หรือมาตรา 16 ซึ่งมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด ศาลอาจสั่ง

(1) ให้ทำลายข้อมูลตามมาตราดังกล่าว

(2) ให้โฆษณาหรือเผยแพร่คำพิพากษาทั้งหมดหรือแต่บางส่วนในสื่ออิเล็กทรอนิกส์ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ หรือสื่ออื่นใด ตามที่ศาลเห็นสมควร โดยให้จำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณา หรือเผยแพร่

(3) ให้ดำเนินการอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดนั้น”

บางส่วนน่าจะบัญญัติล้ามาจาก มาตรา 332 ประมวลกฎหมายอาญาที่อยู่ในกลุ่มความผิดฐานหมิ่นประมาท ความว่า

“ในคดีหมิ่นประมาทซึ่งมีคำพิพากษาว่าจำเลยมีความผิด ศาลอาจสั่ง

(1) ให้ยึด และทำลายวัตถุหรือส่วนของวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาท

(2) ให้โฆษณาคำพิพากษาทั้งหมด หรือแต่บางส่วนในหนังสือพิมพ์หนึ่งฉบับหรือหลายฉบับ ครั้งเดียวหรือหลายครั้ง โดยให้จำเลยเป็นผู้ชำระค่าโฆษณา”

ซึ่งเป็นบทให้อำนาจศาลเยียวยาจิตใจแก่ผู้ได้รับความเสียหายต่อชื่อเสียงเกียรติยศจากการถูกบุคคลอื่นหมิ่นประมาท แต่มีข้อที่ต้องสังเกตว่าในประมวลกฎหมายอาญานั้น ไม่มีบทมาตราใดอีกที่กำหนดความผิดสำหรับผู้ใดก็ตามที่เพียงแค่วัดดู หรือส่วนของวัตถุที่มีข้อความหมิ่นประมาทนั้น (เทียบได้กับความผิดตามมาตรา 16 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์¹⁶) และศาลได้สั่งให้ทำลายแล้วตามมาตรา 332 ต้องมีความผิดทางอาญาไปด้วยแบบที่ปรากฏอยู่ตามมาตรา 16/2 ในขณะที่ความผิดตามมาตรา 112 ประมวลกฎหมายอาญาที่ว่าด้วยการหมิ่นประมาท ดูหมิ่น หรือแสดงความอาฆาตมาดร้ายพระมหากษัตริย์ฯ กิติ หรือมาตรา 116 ประมวลกฎหมายอาญาว่าด้วยการ “ยั่วยุปลุกปั่น” ด้วยการเผยแพร่หรือกระทำการใด ๆ ให้ปรากฏข้อมูลต่อ

¹⁶ มาตรา 16 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ “ผู้ใดนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ที่ประชาชนทั่วไปอาจเข้าถึงได้ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ที่ปรากฏเป็นภาพของผู้อื่น และภาพนั้นเป็นภาพที่เกิดจากการสร้างขึ้น ตัดต่อ เติม หรือดัดแปลง ด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์หรือวิธีการอื่นใด โดยประการที่น่าจะทำให้ผู้อื่นนั้นเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น ถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อภาพของผู้ตาย และการกระทำนั้นน่าจะทำให้บิดามารดา คู่สมรส หรือบุตรของผู้ตายเสียชื่อเสียง ถูกดูหมิ่น หรือถูกเกลียดชัง หรือได้รับความอับอาย ผู้กระทำต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่ง....”

สาธารณชนอันขัดต่อความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญก็¹⁷ ซึ่งอยู่ในหมวดความมั่นคงแห่งรัฐ (และเป็นการผิดที่ถูกละเมิดโดย พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ด้วยมาตรา 14 (3)¹⁸) ก็ไม่เคยมี บทบัญญัติให้อำนาจศาลสั่งทำลายวัตถุ หรือสิ่งใดได้แบบมาตรา 332 ประมวลกฎหมายอาญามาก่อน จึงย่อมน่าสนใจอย่างยิ่งว่า ด้วยเหตุผลใดที่ทำให้ผู้ร่างมาตรา 16/2 เห็นว่า ข้อมูลที่เข้าลักษณะต่าง ๆ ดังกล่าวมา ซึ่งอยู่ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น และไม่ได้ถูกเผยแพร่ต่อไป ณ ที่ใดเลยนั้นเป็นภัยร้ายแรงจนผู้เพียงมีไว้ในครอบครองควรต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาไปด้วย

การกำหนดความผิดอาญาในลักษณะเช่นนี้ ย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชน เนื่องจาก “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ซึ่งเป็นได้ทั้งข้อมูล ข้อความ รูปภาพ ฯลฯ ไม่ได้มีธรรมชาติ และลักษณะเช่นเดียวกับยาเสพติด อาวุธเถื่อน หรือซากสัตว์ป่าสงวน ที่โดยลักษณะนั้นเป็น วัตถุที่จับต้องได้ และย่อมมีความชัดเจนอยู่ในตัวว่าเป็นสิ่งผิดกฎหมายหรือต้องห้าม นอกจากนี้ ยังไม่สามารถเข้าไปอยู่ใน “ความครอบครอง” ของใครได้โดยง่าย แตกต่างจาก “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ซึ่งแพร่หลายได้อย่างรวดเร็ว ถูกเก็บรักษาได้ในพื้นที่ที่หลากหลาย กระจัดกระจาย และอย่างไร้พรมแดน ชนิดที่ใครหรือผู้ใด และไม่ว่าจะโดยรู้ตัวหรือไม่ก็ตาม มีโอกาสครอบครองได้ในยุคเทคโนโลยีสารสนเทศ ไม่ว่าจะเป็นประชาชนทั่วไป ผู้ให้บริการ รูปแบบต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ต ผู้ดูแลฐานข้อมูลออนไลน์ สถาบันการศึกษา บริษัท ห้างร้าน องค์กร ฯลฯ อีกทั้งการจะล่วงรู้ได้ว่า ข้อมูลที่พวกเขาครอบครองอยู่นั้นเข้าข่ายเป็นความผิด ตามกฎหมาย หรือเป็นข้อมูลที่ศาลสั่งให้ทำลายหรือไม่ยิ่งไม่ใช่เรื่องง่าย เหล่านี้ยังมีพักได้ กล่าวถึง “ความกว้างขวาง” ของถ้อยคำที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 14 หรือมาตรา 16 พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ฯ ที่แม้แต่พนักงานเจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็ยังตีความแตกต่างกัน และยังไม่ได้กล่าว อีกด้วยว่าหลาย ๆ ครั้งประชาชนไม่ทราบด้วยซ้ำว่า “ข้อมูลคอมพิวเตอร์” ที่ศาลสั่งว่ามิเนื้อหา เป็น “ความผิด” และ “ให้ทำลาย” เหล่านั้นมี “เนื้อหา” หรือ “ข้อความ” อย่างใดกันแน่

¹⁷ มาตรา 116 ประมวลกฎหมายอาญา “ผู้ใดกระทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจา หนังสือหรือวิธีอื่นใดอัน มิใช่เป็นการกระทำภายในความมุ่งหมายแห่งรัฐธรรมนูญ หรือมิใช่เพื่อแสดงความคิดเห็นหรือติชมโดยสุจริต

(1) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายแผ่นดินหรือรัฐบาล โดยใช้กำลังข่มขืนใจ หรือใช้กำลังประทุษร้าย

(2) เพื่อให้เกิดความปั่นป่วนหรือกระด้างกระเดื่องในหมู่ประชาชนถึงขนาดที่จะก่อความไม่สงบขึ้นในราชอาณาจักร หรือ

(3) เพื่อให้ประชาชนล่วงละเมิดกฎหมายแผ่นดิน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี”

¹⁸ มาตรา 14 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ “ผู้ใดกระทำความผิดที่ระบุไว้ดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1)...

(2)...

(3) นำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ใด ๆ อันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้ายตามประมวลกฎหมายอาญา...”

เพราะศาลใช้วิธีพิจารณาตัดสิน และห้ามไม่ให้ใครได้รับรู้ อย่างข้อความที่ถูกกล่าวหาว่าเป็นความผิดตามมาตรา 112 เป็นต้น

อนึ่ง หากมีใครกล่าวว่า ตามมาตรา 16/2 นี้ บุคคลจะต้องรับผิดชอบเมื่อมีเจตนา หรือ “รู้ว่าข้อมูลคอมพิวเตอร์ในความครอบครองของตนเป็นข้อมูลที่ศาลสั่งให้ยึดและทำลายตามมาตรา 16/1” เท่านั้น จึงไม่เห็นความจำเป็นว่าประชาชนต้องวิตกกังวลอะไร แต่ต้องไม่ลืมว่าการถูกฟ้องคดี และการต่อสู้คดีทุกประเภทล้วนมี “ต้นทุน” ที่ผู้ถูกกล่าวหา “ต้องจ่าย” เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อกล่าวหาที่รุนแรงอย่างมาตรา 112 มาตรา 116 หรือมาตรา 14 (2) (3) ที่ตลอดระยะเวลาเกือบ 10 ปีที่ผ่านมาของการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว ผู้ต้องหาและจำเลยจำนวนมากถูกกล่าวหากันอย่างง่ายดาย และมักไม่ได้รับสิทธิในการประกันตัว ดังนั้น การเขียนกฎหมายอย่างมาตรา 16/2 ซึ่งขยายขอบเขตของ “ความผิด” ออกไปมากมายเช่นนี้ จึงมีแนวโน้มที่จะส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างมากต่อไปในอนาคต

หลักการทั่วไปของการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการ “ควบคุม” เนื้อหาที่เป็นความผิดต่อกฎหมายในโลกออนไลน์ คือการควบคุมและลงโทษ “การทำให้แพร่หลาย” ซึ่งข้อมูลในลักษณะดังกล่าวเนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวม โดยแม้การทำให้แพร่หลาย หรือการเผยแพร่ข้อมูลต่าง ๆ นั้นจะเป็น “เสรีภาพในการแสดงออก” ของประชาชนซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและสำคัญที่สุดในระบอบประชาธิปไตย แต่ด้วยเหตุผลว่าการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นในบางลักษณะสามารถส่งผลกระทบกับ “คุณค่า” บางอย่างซึ่งสำคัญเทียบเท่าหรือสำคัญกว่าซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นชื่อเสียง เกียรติยศของบุคคลอื่น สิทธิความเป็นส่วนตัว ศีลธรรมอันดี กระทั่งความมั่นคงแห่งรัฐ ฉะนั้น รัฐต่าง ๆ จึงยังสามารถ “จำกัด” เสรีภาพประเภทนี้ได้ แต่ได้ด้วย 1) การออกเป็นกฎหมาย (Provided by Law) 2) ภายใต้วัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย (Legitimate Aim) และ 3) เพียงเท่าที่จำเป็น (Necessary)¹⁹ ดังนั้น การตามเข้าไปควบคุม หรือเอาผิดกับใครก็ตามที่เพียงมีข้อมูลที่ศาลชี้ว่าเป็นความผิดไว้ในครอบครอง โดยที่เขาไม่ได้เป็นผู้ “นำเข้าสู่ระบบ” หรือ “ส่งต่อ” หรือทำให้ “แพร่หลาย” ไปยังที่ใดเลย จึงนอกจากจะไม่เป็นไปตามหลักการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมไซเบอร์แล้ว ยังเป็นการคุกคาม “เสรีภาพ” ในเรื่องอื่นที่ไม่ใช่แค่เพียง “เสรีภาพในการแสดงออก” อีกด้วย

สำหรับข้อกล่าวอ้างของผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายไซเบอร์และที่ปรึกษากิตติมศักดิ์ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ คนหนึ่งที่ว่า หลักการเบื้องหลังขอมตรา 16/2 คือ “สิทธิที่จะถูกลืม” (Right to Be Forgotten) นั้น ก็ต้องนับว่าเป็นการกล่าวอ้างอย่าง “ผิดพลาดคลาดเคลื่อน” หรือแบบ “ผิดฝาผิดตัว” เพราะดังอธิบายไปแล้วข้างต้นว่า “สิทธิที่

¹⁹ Toby Mendel, *Restriction Freedom of Expression: Standard and Principles Background Paper for Meetings*, UN Special Reporter on Freedom of Opinion and Expression, p. 3.

จะถูกลืม” มีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัวที่เกี่ยวกับการควบคุม “ข้อมูลส่วนบุคคล” ของเจ้าของข้อมูล อันนับเป็น “คุณค่า” สำคัญหนึ่งของปัจเจกบุคคลที่รัฐต้องให้ความสำคัญคุ้มครองด้วย จนเป็นประเด็นปัญหาให้ต้องถกเถียงกันในระดับสากลว่าระหว่างเสรีภาพในการแสดงออก และสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารกับสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคลนั้นควรให้น้ำหนักกับสิ่งใดมากกว่ากัน ถ้าให้น้ำหนักกับสิทธิส่วนบุคคล เจ้าของข้อมูลก็ควรมีสิทธิควบคุมข้อมูลของเขา เพื่อไม่ให้สาธารณชน “เข้าถึง” มันได้อีก แต่

(1) มาตรา 16/2 ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการ “เข้าถึง” ได้หรือไม่ได้โดย “สาธารณชน” เลย หรือกล่าวอีกอย่างก็คือ ไม่ใช่กรณีที่รัฐเข้าไป “ควบคุม” วิธีการทำให้แพร่หลายซึ่ง “ข้อมูล” เหล่านั้นเพื่อคุ้มครองเจ้าของข้อมูล หากแต่เป็นกรณีที่รัฐจำกัดอำนาจการ “ครอบครอง” ข้อมูลเหล่านั้นไว้เองโดยประชาชนคนใดคนหนึ่ง

(2) ในขณะที่ “สิทธิที่จะถูกลืม” ที่สภายุโรปพยายามให้การรับรองนั้น เป็นไปอย่างมีขอบเขต มุ่งบังคับกับผู้ให้บริการเครื่องมือสืบค้น (Search engine) ด้วยการถอดลิงก์หรือคำที่เชื่อมโยงไปยังข้อมูลที่เจ้าของข้อมูลร้องขอเท่านั้น ไม่ได้ให้ “ลบ” ข้อมูลทั้งหมดออกจากระบบคอมพิวเตอร์ หรือแม้แต่จากเว็บไซต์ที่ข้อมูลเหล่านั้นปรากฏอยู่ (ในสถานะของเรื่องหรือข่าวเก่า) เนื่องจาก “สิทธิที่จะถูกลืม” ไม่ได้มุ่งหมาย “ลบร่องรอยทางประวัติศาสตร์” แต่มาตรา 16/2 กลับกำหนดให้ลบหรือทำลายข้อมูลที่กฎหมายกำหนดไว้ทิ้งไปทั้งหมด ทั้ง ๆ ที่ข้อมูลนั้นอาจไม่ใช่เรื่องหรือข่าวเก่า หรือไม่ได้แม้แต่ถูกนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์เลย

(3) สิทธิที่จะถูกลืม มุ่งคุ้มครองสิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งหมายเฉพาะข้อมูลที่ไม่ครบถ้วน ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือเคยมีส่วนเกี่ยวข้องกับเจ้าของข้อมูลเพียงแคในอดีต แต่มาตรา 16/2 กลับหมายถึงข้อมูลอื่นใด อย่างข้อมูลที่เป็นภาพติดต่อ ล้อเลียนทำให้บุคคลเสื่อมเสียหรืออับอายตามมาตรา 16 (ซึ่งโดยปกติแล้ว ความผิดดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีการนำเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ หรือเผยแพร่ต่อไปยังบุคคลที่สาม) ข้อมูลที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับผู้ใดเลยหากแต่เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐตามมาตรา 14 (2) (3) (ซึ่งก็ยังคงอยู่มากกว่ามีขอบเขตแค่นี้ เพียงใด) รวมทั้งข้อมูลที่มีลักษณะ “ลามกอนาจาร” ตามมาตรา 14 (4) ซึ่งที่ถูกต้องแล้วเป็นเรื่อง “ส่วนบุคคล” ที่รัฐไม่ควรก้าวล่วงเข้าไปกำหนด หรือกะเกณฑ์ว่าห้ามไม่ให้ประชาชนทั่วไปมีมันไว้ในครอบครอง (ตามหลัก Adult and Alone) เว้นแต่สิ่งลามกนั้นเป็น “สิ่งลามกอนาจารเด็กหรือเยาวชน” ที่ประเทศเองก็เพิ่งมีกฎหมายกำหนดว่า ให้การมีไว้ครอบครองเป็นความผิดด้วย เนื่องจากมี “คุณค่า” ที่ต้องคุ้มครองยิ่งกว่า คือเด็กและเยาวชน²⁰

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา (โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2558)

มาตรา 287/1 “ผู้ใดครอบครองสื่อลามกอนาจารเด็กเพื่อแสวงหาประโยชน์ในทางเพศสำหรับตนเองหรือผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ด้วยองค์ประกอบความผิดของมาตรา 16/2 เช่นนี้เอง จึงไม่อาจกล่าวได้เลยว่ามาตรา 16/2 มี “สิทธิที่จะถูกลืม” ที่ต้องการคุ้มครอง “สิทธิความเป็นส่วนตัว” หรือ “สิทธิในข้อมูลส่วนบุคคล” เป็นพื้นฐานในการบัญญัติ หากจะกล่าวกันโดยเคร่งครัด โดยตัวของมาตรา 16/2 ต่างหากที่มีแนวโน้มจะนำไปสู่การล่วงละเมิด “สิทธิส่วนบุคคล” ของประชาชนเสียเอง

5. บทสรุปว่าด้วยสิทธิที่จะถูกลืม หรือหน้าที่ที่จะต้องลืม

สำหรับประเทศไทยแล้ว ไม่ได้มีเพียงมาตรา 16/2 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ พ.ศ. 2560 นี้เท่านั้น ที่แสดงให้เห็นว่ารัฐพยายามก้าวล่วงเข้าไปควบคุมกำกับข้อมูล จนสุดท้ายอาจจะละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของบุคคล แต่คนที่ติดตามกฎหมายฉบับนี้มาตลอด 10 ปีย่อมเห็นได้ว่าเป้าประสงค์ ที่แม้บางคนอาจมองว่า “แอบแฝง” แต่ในความเป็นจริงมัน “เด่นชัด” มาตั้งแต่สมัยที่กฎหมายฉบับนี้ผ่านมาบังคับใช้ครั้งแรกในปี พ.ศ. 2550 โดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่ถูกตั้งขึ้นภายหลังการรัฐประหารในเดือนกันยายน ปี พ.ศ. 2549 แล้ว ก็คือการควบคุมรวมทั้งปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนผ่าน “ความกำกวม” หรือ “ความคลุมเครือ” ของถ้อยคำในบทบัญญัติต่าง ๆ ทั้งมาตรา 14 และมาตรา 20 มีเว็บไซต์จำนวนมากถูกปิดกั้นการเข้าถึงในช่วงวิกฤตการณ์การเมืองไทยอันยาวนานโดยคำสั่งศาล ภายใต้ความไม่ชัดเจนว่าเว็บไซต์เหล่านั้นนำเสนอ “เนื้อหา” ที่มีความผิดตามกฎหมายฉบับใด หรือเป็น “ความผิด” จริงหรือไม่ เพราะเมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเว็บไซต์ที่ถูกปิดกั้น กลับพบว่าเจ้าของเว็บไซต์หรือผู้โพสต์ข้อมูลจำนวนน้อยยิ่งกว่าน้อยที่ถูกแจ้งความดำเนินคดีจริง ๆ ว่าเขาเหล่านั้นเผยแพร่เนื้อหาที่เป็นความผิด²¹

อันที่จริงแล้วการปิดกั้นเว็บไซต์เกิดขึ้นตั้งแต่ก่อนรัฐประหารปี พ.ศ. 2549 แล้ว แม้ว่าในขณะนั้นจะยังไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจแก่รัฐ หรือถือเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญก็ตาม จนเมื่อ พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ประกาศใช้ราวปลายปี 2550 หากอยู่ในช่วงเวลาปกติรัฐบาลจะอาศัยกฎหมายนี้ปิดกั้นเว็บไซต์ผ่านคำสั่งศาล แต่เมื่อรัฐบาลประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งเกิดขึ้นบ่อยครั้งและยาวนานในช่วงชุมนุมทางการเมือง รัฐบาลจะอาศัยอำนาจตามกฎหมายพิเศษ เช่น พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก หรือพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ปิดกั้นเนื้อหาทันทีโดยไม่ต้องมีคำสั่งศาล การปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเนื้อหา มิได้เกิดขึ้นเฉพาะกับเว็บไซต์ที่ดำเนินการอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น หากแต่รัฐบาลไทย

ถ้าผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งส่งต่อซึ่งสื่อลามกอนาจารเด็กแก่ผู้อื่น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

²¹ คู่มือสิทธิการปิดกั้นเว็บไซต์ และจำนวนคดีความย้อนหลังได้ใน สวตริ สุขศรี, ศิริพล กุศลศลบุद्धิ และ อรพิน ยิ่งยงพัฒนา, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์: ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, กรุงเทพฯ: โครงการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (ilaw) ในมูลนิธิอาสาสมัครเพื่อสังคม, 2555.

ยังเคยปิดกั้นเว็บไซต์ต่างประเทศหลายครั้งด้วย ที่สำคัญ ๆ ก็เช่น ปิดกั้น Youtube.com ในเดือนเมษายน 2550 ด้วยเหตุผลว่ามีผู้เผยแพร่เนื้อหาที่อาจเข้าข่ายหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ ปิดกั้นเว็บไซต์วิกิลีกส์ (WikiLeaks) ในปี 2552²² หรือปิดกั้น Facebook ในปี 2557 เป็นต้น

นอกจากการสั่งปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงเว็บไซต์แล้ว รัฐบาลไทยยังมักใช้ “มาตรการเชิงบังคับ” หรือ “ขอความร่วมมือ” จากผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ปิดกั้นหรือลบเนื้อหาออกจากระบบบ่อยครั้งด้วย ในกรณีของผู้ให้บริการในประเทศไทยอาจต้องมีความรับผิดชอบต่อเนื้อหาด้วยตาม พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ (มาตรา 15²³) ทั้งนี้ มีข้อเท็จจริงด้วยว่าภายหลังรัฐประหารปี พ.ศ. 2557 รัฐบาลทหารของประยุทธ์ จันทร์โอชา เรียกตัวผู้ประกอบการธุรกิจโทรคมนาคมและอินเทอร์เน็ตเข้ารายงานตัว ทั้งยังตั้งเป็นคณะกรรมการร่วมกับหน่วยงานความมั่นคง เพื่อประโยชน์ในการระงับการเผยแพร่เนื้อหาหรือปิดกั้นเว็บไซต์ตามที่คณะรัฐประหารต้องการ²⁴ ในขณะที่กรณีของผู้ให้บริการต่างประเทศนั้น จะเป็นไปในรูปของการร้องขอให้ช่วยถอดหรือลบข้อความออกจากบริการ เช่น กระทรวงไอซีทีเคยร้องขอให้ Facebook ปิดเพจกว่า 10,000 URL ที่มีเนื้อหาหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์²⁵ หรือเมื่อต้นปี พ.ศ. 2559 ก็ปรากฏข่าวว่า รัฐบาลไทยพยายามขอความร่วมมือจาก Google ให้ลบลิงก์ที่เชื่อมโยงไปยังข้อมูลที่มีเนื้อหาที่กระทบต่อความมั่นคง หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะจะมีหรือไม่มีคำสั่งศาลก็ตาม (ตามมาตรา 20 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ)²⁶

²² ประชาไทออนไลน์, “รัฐ-เอกชนผนึกกำลังตรวจสอบเนื้อหาสื่อออนไลน์” [ออนไลน์], 6 เมษายน 2561. <https://prachatai.com/journal/2010/08/30787>

²³ มาตรา 15 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ (ฉบับที่ 2) 2560 “ผู้ให้บริการผู้ใดให้ความร่วมมือ ยินยอม หรือรู้เห็นเป็นใจให้มีการกระทำความผิดตามมาตรา 14 ในระบบคอมพิวเตอร์ที่อยู่ในความควบคุมของตน ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับผู้กระทำความผิด ตามมาตรา 14

ให้รัฐมนตรีออกประกาศกำหนดขั้นตอนการแจ้งเตือน การระงับการทำให้แพร่หลายของ ข้อมูลคอมพิวเตอร์ และการนำข้อมูลคอมพิวเตอร์นั้นออกจากระบบคอมพิวเตอร์ ถ้าผู้ให้บริการพิสูจน์ได้ว่า ตนได้ปฏิบัติตามประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามวรรคสอง ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ”

²⁴ มีการปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงอินเทอร์เน็ตอย่างลับ ๆ โดยปราศจากกระบวนการและคำสั่งศาล ตามกฎหมาย แต่เป็นการสั่งการกันในคณะกรรมการดังกล่าว กรณีที่เป็นข่าว เช่น การปิดกั้นช่องทางการเข้าถึง Facebook ในวันที่ 28 พฤษภาคม 2557, [ออนไลน์], 7 เมษายน 2561. <https://www.blognone.com/node/56744> และ <https://www.blognone.com/node/57136> (27 สิงหาคม 2560)

²⁵ ประชาไทออนไลน์, “รมว. ไอซีที เผย ขอเพชฌฆาตปิดเพจหมิ่นฯ ไปแล้วกว่าหมื่นยูอาร์แอล” [ออนไลน์], 7 เมษายน 2561. <http://prachatai.com/journal/2011/11/38004>

²⁶ ดู “สรุปผลการประชุมคณะกรรมการสิทธิการขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศด้านการสื่อสารมวลชน สภาขับเคลื่อนการปฏิรูปประเทศ ครั้งที่ 11” [ออนไลน์], 7 เมษายน 2561. http://www.parliament.go.th/ewtcommittee/ewt/drive_communication/download/article/article_20160127161649.pdf

อนึ่ง Google มักถูกขอให้ลบลิงก์แสดงผลการค้นหายุ่งเหยิง โดยจากรายงานความโปร่งใสของ Google หรือ Google Transparency Report²⁷ ซึ่งให้เห็นว่า รัฐบาลของหลากหลายประเทศทั่วโลกเคยร้องขอให้ Google ถอดลิงก์แสดงผลการค้นหายุ่งเหยิงข้อมูลบางอย่าง ซึ่งแม้โดยปกติแล้ว Google จะมีหลักการ หรือนโยบายของตัวเองในการดำเนินการกับเรื่องทำนองนี้เช่นกัน แต่ก็มีหลายกรณีที่ Google ยอมถอดลิงก์เชื่อมโยงให้ เพราะไม่อยากมีปัญหาในประเทศที่ร้องขอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่ประเทศนั้นยืนยันว่าข้อมูลที่เชื่อมโยงไปถึงนั้นเป็นความผิดต่อกฎหมายภายใน ทั้งนี้ เพื่อแสดงว่า Google ยังเคารพกฎหมายภายในของประเทศที่ตนเข้าไปประกอบกิจการอยู่ อย่างไรก็ตาม การถอดลิงก์ที่เกิดขึ้นด้วยเหตุผลดังกล่าว มักเป็นการถอดในลักษณะที่ประชาชนภายในประเทศผู้ร้องขอไม่เห็นการเชื่อมโยงหรือเข้าถึงข้อมูลเหล่านั้นผ่านตัวค้นหาของ Google ไม่ได้เท่านั้น ไม่ได้ดำเนินการเป็นการทั่วไปสำหรับทั้งโลก

การขอคำสั่งศาลให้ปิดกั้นเว็บไซต์ตามกฎหมาย (มาตรา 20 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ) ก็คือการขอความร่วมมือจากบรรดาผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตให้ปิดกั้นช่องทางการเข้าถึงหรือถอดข้อมูลใด ๆ ออกจากพื้นที่ให้บริการที่ดี รวมทั้งการร้องขอให้เว็บไซต์ที่ให้บริการค้นหาข้อมูลอย่าง Google ลบลิงก์เชื่อมโยงข้อมูลที่ดี แน่นอนว่าไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องเลยกับ “สิทธิที่จะถูกลืม” ที่มีเป้าประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิความเป็นส่วนตัว และคืนอำนาจในการจัดการควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลให้กับเจ้าของข้อมูลเหล่านั้น “จุดร่วมหนึ่งเดียว” ระหว่างสิทธิที่จะถูกลืมกับการใช้อำนาจรัฐปิดกั้นหรือลบข้อมูล ก็คือทั้งสองเรื่องนี้มีลักษณะเป็นปรปักษ์ หรือส่งผลกระทบโดยตรงต่อ “เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น” และ “สิทธิในการรับรู้ข้อมูลข่าวสาร” ของประชาชน แต่ในขณะที่ ในประเทศเสรีประชาธิปไตย สิทธิที่จะถูกลืมนับเป็น “คู่ต่อสู้” ที่สมน้ำสมเนื้อ และควรค่าแก่การโต้แย้งถกเถียงกว่า เพราะหลักที่สิทธินี้ใช้พึงหลังอยู่ คือการต้องให้ความคุ้มครอง “สิทธิส่วนบุคคล” ซึ่งเป็นสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกัน การใช้อำนาจปิดกั้นข้อมูลโดยรัฐกลับเป็น “รอง” กว่าในทุก ๆ ด้าน เพราะการปิดกั้นการรับรู้แบบ “คุณพ่อรู้ดี” นอกจากจะเป็นการดูถูกวิจารณ์ของประชาชนพลเมืองในประเทศตัวเองแล้ว เหตุผลที่รัฐยกขึ้นอ้างก็มักดูเลื่อนลอย นามธรรมจับต้องหรือพิสูจน์ไม่ได้ อย่างความมั่นคงแห่งรัฐ ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดี ป้องกันการก่อการร้าย ฯลฯ หรือมีเช่นนั้นก็สนับสนุนแนวคิดเรื่องอภิสิทธิ์ชนและความไม่เท่าเทียมกันอย่างการละเมิดอำนาจผู้พิพากษา หรือว่ามาตรา 112 ซึ่งในท้ายที่สุดก็มักปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอ ๆ ว่ารัฐอาศัยความไม่ชัดเจนเหล่านี้เป็นเครื่องมือทางการเมืองปิดกั้นความคิดของประชาชนผู้เห็นต่างกับตน การกระทำเช่นนี้ของรัฐหรือผู้ใช้อำนาจรัฐจึงเป็นอะไรอื่นไม่ได้เลย นอกจากการ “บังคับ” ไม่ให้แสดงออก (ในสิ่งที่รัฐไม่ต้องการให้แสดงออก) ไม่ให้รับรู้ (ในสิ่งที่รัฐไม่ต้องการให้รู้) และหากเป็นไปได้ก็ถอดรื้อ ลบทิ้ง ทำลายสิ่งที่เคยได้รับรู้ไปแล้วออกไปเสียด้วย ถ้าใครยังขัดขืนยืนกรานที่จะอยู่ฝ่ายตรงข้ามกับผู้ใช้

²⁷ <https://www.google.com/transparencyreport/removals/government/notes/?hl=en>

อำนาจรัฐ ต่อให้คุณไม่ได้คิดจะ “ขยายแนวร่วม” หรือ “เผยแพร่ความคิดนั้นต่อไป” ก็ต้องมี
ความผิดหรือรับผลร้ายบางอย่างบางประการในนามของกฎหมายอยู่ดี “หน้าที่ที่จะต้องลืม”
จึงเป็นฟังก์ชันเดียวของมาตรา 16/2 พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ฯ ฉบับใหม่ หาใช่ “สิทธิที่จะถูกลืม”
ดังคำเขาอ้าง

“ ປັດຈະບຸກຄລຄວຽມມີສິກຣິດແລະຕັດສິນໃຈ
ເຖິງກັບກິຈກຣຽມຕ່າງ ໆ ຂອງຕນດ້ວຍຕນເອງ ”

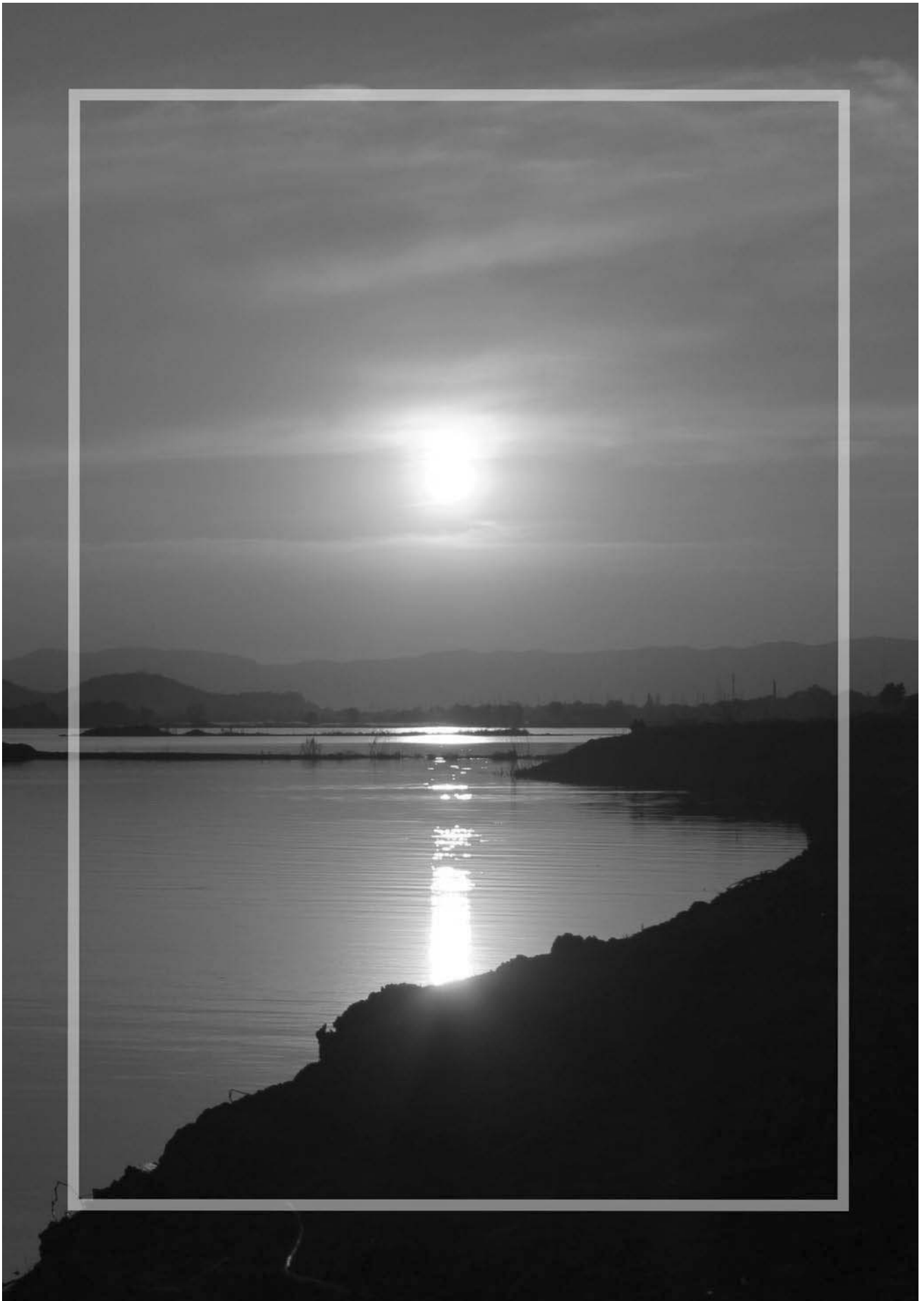


หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณา ที่**เป็นสนธิสัญญา**ตราสารระหว่างประเทศ

General Rules in Consideration of International Agreements which are Treaties

เพชรณพัฒน์ ศรีสุทริยประภา





หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศ ที่เป็นสนธิสัญญา

General Rules in Consideration of International Agreements which are Treaties

เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา*
Phetnapat Srivuddhiyaprabha

1. บทนำ

สนธิสัญญาถือเป็นเครื่องมือที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมาเป็นระยะเวลายาวนานก่อนที่นิยามของกฎหมายระหว่างประเทศตามความเข้าใจในปัจจุบันจะปรากฏ¹ บทบาทของสนธิสัญญาโดดเด่นมากยิ่งขึ้นสืบเนื่องจากข้อจำกัดบางประการของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary international law) ที่ไม่สามารถตอบสนองความต้องการของรัฐได้ในบางประการ สนธิสัญญาถือเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญที่สุดแหล่งหนึ่ง จนมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้โดยเฉพาะโดยสนธิสัญญาเป็นหัวข้อกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องแรกที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission: ILC) หยิบยกขึ้นมาในการประชุมครั้งแรกเพื่อประมวลเอาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาจัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรในรูปของอนุสัญญา จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันความสำคัญสนธิสัญญามีมากยิ่งขึ้น สะท้อนให้เห็นได้จากกระบวนข้อมูล United Nations Treaty Series² ของสหประชาชาติ พบว่านับตั้งแต่ ค.ศ. 1946 จนถึงปัจจุบัน จำนวนสนธิสัญญาที่รัฐนำมาจดทะเบียนไว้กับสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ ตามข้อ 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติ มีจำนวนทั้งสิ้นมากกว่า 200,000 ฉบับ

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าตราสารระหว่างประเทศใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ เกิดเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศอยู่ไม่น้อย เพราะองค์ประกอบภายในประเทศอาจตีความสถานะของตราสารแตกต่างกันออกไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของตน ซึ่งอาจจะไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลให้การดำเนินนโยบายต่างประเทศของ

* น.บ. มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.ม. (กฎหมายระหว่างประเทศ) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

¹ Jennings, R.B. and Watts, A.T. Oppenheim's International Law. Ninth Edition. UK: Longman, 1992, p. 1197.

² United Nations Treaty Series, https://treaties.un.org/Pages/Overview.aspx?path=overview/overview/page1_en.xml (Accessed June 12, 2015)

ฝ่ายบริหารในการทำสนธิสัญญาเกิดความติดขัด เช่น กรณีศาลรัฐธรรมนูญไทยตีความสถานะทางกฎหมายของแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา (Joint Communiqué) ให้เป็นสนธิสัญญา ขณะที่ฝ่ายบริหารมีความเห็นว่าเป็นเพียงเอกสารทางการเมือง ความเห็นที่ขัดแย้งกันของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการในกรณีดังกล่าวส่งผลกระทบอย่างสำคัญ เพราะตามกฎหมาย คำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการย่อมผูกพันฝ่ายบริหาร และสิ่งที่น่าสนใจในกรณีนี้คือ รัฐบาลกัมพูชาตอบหนังสือกลับมายังรัฐบาลไทยว่า แถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมิได้เป็นสนธิสัญญา จึงเท่ากับว่า รัฐบาลทั้งสองประเทศเห็นว่าเป็นสนธิสัญญา แต่ศาลรัฐธรรมนูญไทยเห็นว่าเป็นสนธิสัญญา คำถามจึงเกิดขึ้นว่า โดยแท้จริงแล้วแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเช่นไร มีหลักเกณฑ์การพิจารณาอย่างไร และที่สำคัญองค์กรของรัฐทั้งฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ ตุลาการ ก็ควรที่จะต้องพูดเป็นเสียงเดียวกัน (Speak with one voice) ในทางระหว่างประเทศ

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาถึงหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องของสนธิสัญญา รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าตราสารระหว่างประเทศใดเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ เพื่อแยกแยะตราสารระหว่างประเทศที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาที่ก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศกับตราสารระหว่างประเทศที่ไม่ใช่สนธิสัญญาแต่เป็นความตกลงระหว่างประเทศรูปแบบหนึ่งที่แสดงเจตจำนงหรือข้อผูกพันทางการเมืองเท่านั้น แต่ไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมาย เนื่องจากในบางครั้งอาจมีข้อพิพาทระหว่างประเทศเกี่ยวกับนิติฐานะของเอกสารเหล่านี้โดยคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะอ้างว่าตราสารระหว่างประเทศบางฉบับเป็นสนธิสัญญาซึ่งมีผลบังคับให้อีกฝ่ายต้องปฏิบัติตาม และก่อให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศได้ การทำความเข้าใจ แยกแยะ และกำหนดว่าตราสารระหว่างประเทศใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่จึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและจำเป็นในการป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้น

2. ความหมายและองค์ประกอบทางกฎหมายของสนธิสัญญา

ตราสารระหว่างประเทศใดที่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศสามารถพิจารณาได้จากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ. 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations 1986) รวมทั้งจากทางปฏิบัติของรัฐต่าง ๆ และจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice) ในส่วนของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) นั้น ถือเป็นอนุสัญญาที่ประมวลกฎหมายเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ โดยที่ได้มีการเริ่มยกร่างโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศตั้งแต่ ค.ศ. 1949 และยกร่าง

เสรีสมบูรณ์เปิดให้มีการลงนามและสัตยาบันใน ค.ศ. 1969 โดยอนุสัญญาฯ เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) จะไม่ได้ประมวลหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) และหลักกฎหมายทั่วไป (General Principle of Law) เกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นอนุสัญญาที่ได้ประมวลหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญเกี่ยวกับสนธิสัญญาไว้ทั้งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หลักกฎหมายทั่วไป หรือหลักเกณฑ์ใหม่อันเป็นการพัฒนาที่ก้าวหน้า (Progressive Development of the Law) ของกฎหมายเกี่ยวกับสนธิสัญญา ซึ่งสนธิสัญญาที่มีได้อยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) นั้น ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ดังที่กล่าวไว้ในอารัมภบทของอนุสัญญาฯ ดังกล่าว

2.1 ความหมายและองค์ประกอบทางกฎหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) ได้กำหนดนิยามของสนธิสัญญาไว้ในข้อ 2 วรรค 1 a ว่า “สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่จัดทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรระหว่างรัฐและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะได้ทำขึ้นเป็นเอกสารฉบับเดียวสองฉบับหรือหลายฉบับ และไม่ว่าจะเรียกชื่อเช่นใด³” จากนิยามดังกล่าวอาจแยกองค์ประกอบของสนธิสัญญาได้ 4 ประการ คือ

1) เป็นความตกลงระหว่างประเทศ

สนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศชนิดหนึ่งที่สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นในทางระหว่างประเทศ คำว่า ความตกลงระหว่างประเทศ ต้องประกอบไปด้วย เจตนา มีการแสดงออกซึ่งเจตนาอันอย่างชัดแจ้ง รวมถึงระบุสิ่งที่ตกลงกันและก่อให้เกิดผลผูกพันกันในอนาคต ดังนั้น สนธิสัญญาจึงเป็นการกระทำทางกฎหมายที่ทำขึ้นตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป ภาควิความตกลงต้องมีลักษณะในทางระหว่างประเทศ ดังนั้น คำแถลงหรือคำประกาศฝ่ายเดียว (Unilateral Acts) หรือความตกลงระหว่างเอกชนภายในประเทศ จึงไม่นับว่าเป็นสนธิสัญญา

³ Article 2. USE OF TERMS

1. For the purposes of the present Convention: (a) “Treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

แม้ว่าในบางกรณีจะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมาย เนื่องจากขาดลักษณะของการเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่พาดพิงตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไป

2) ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร

สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ จะต้องทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ความตกลงระหว่างประเทศที่ทำด้วยวาจา (Verbal Agreement) จึงไม่อยู่ภายใต้ขอบเขตของอนุสัญญาฯ นี้ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฯ นี้ก็ไม่ได้ปฏิเสธสถานะของการทำสนธิสัญญาด้วยวาจาเสียทีเดียว โดยในข้อ 3 ของอนุสัญญาฯ ได้มีการรับรองไว้ว่า แม้ว่าอนุสัญญาฯ นี้จะไม่ใช้บังคับกับความตกลงด้วยวาจา แต่ก็ห้ามมีผลกระทบต่อบังคับทางกฎหมายของความตกลงดังกล่าว โดยคำพิพากษาของศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศในคดีเกาะกรีนแลนด์ตะวันออก ค.ศ. 1933 ได้มีการวินิจฉัยถึงคำกล่าวของรัฐมนตรีต่างประเทศนอร์เวย์ชื่อ IHLEN ที่กล่าวกับรัฐมนตรีต่างประเทศเดนมาร์กในเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์เหนือเกาะกรีนแลนด์ตะวันออก ระหว่างประเทศทั้งสองว่า นอร์เวย์ไม่สนใจในกรรมสิทธิ์ของเกาะนี้เมื่อมีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลประจำยุติธรรมระหว่างประเทศ จึงเป็นเหตุให้นอร์เวย์แพ้คดี เนื่องจากถือว่าคำพูดของรัฐมนตรีต่างประเทศที่กระทำในหน้าที่ แม้ไม่ได้ทำสนธิสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ก็เป็นหลักฐานอ้างอิงผูกพันได้ เพราะในทางระหว่างประเทศถือว่าคำกล่าวของรัฐมนตรีต่างประเทศเป็นการกระทำของตัวแทนประเทศ⁴

3) จัดทำขึ้นระหว่างรัฐ

สนธิสัญญาตามนัยของอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ ต้องทำขึ้นระหว่างรัฐเท่านั้น ความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐทำกับเอกชนย่อมไม่ใช่สนธิสัญญา และอนุสัญญาฯ นี้ไม่ใช้บังคับกับความตกลงที่ทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศ ในกรณีขององค์การระหว่างประเทศนั้น อำนาจในการทำสนธิสัญญาขึ้นอยู่กับกฎบัตรก่อตั้ง หรือหากเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอันขาดเสียมิได้ที่จะต้องทำสนธิสัญญาเพื่อให้บรรลุความมุ่งประสงค์และภารกิจหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศนั้นแม้ไม่มีกฎบัตรกำหนดอำนาจในการทำสนธิสัญญา ผู้แทนองค์การฯ ก็สามารถทำสนธิสัญญาได้โดยปริยายตามที่รัฐสมาชิกกำหนด ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันเอง จะอยู่ภายใต้บังคับของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ.1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or Between International Organizations 1986)

สำหรับรัฐที่จะมีความสามารถทำสนธิสัญญาได้นั้น โดยหลักจะต้องเป็นรัฐที่มีเอกราชและอธิปไตย ส่วนมลรัฐที่อยู่ใต้สหพันธรัฐและรัฐในอารักขาก็อาจมีอำนาจทำสนธิสัญญากับต่างประเทศได้ถ้ากฎหมายรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐหรือความตกลงระหว่างรัฐ

⁴ ประจิตต์ โรจนพฤกษ์, “สนธิสัญญากับกฎหมายไทย,” หน้า 86.

ในอารักขากับรัฐที่เป็นผู้อารักขาอนุญาตให้ทำได้ ตามหลักกฎหมายสนธิสัญญา บุคคลที่มีอำนาจทำสนธิสัญญาผูกพันรัฐได้โดยหลักแล้วมี 3 บุคคลคือ ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีต่างประเทศ ส่วนบุคคลอื่นนอกจากนี้จะต้องมีหนังสือมอบอำนาจเต็ม (full powers) จากประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีต่างประเทศ

4) อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ

ความตกลงระหว่างประเทศที่จะถือเป็นสนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาฯ นี้ จะต้องเป็นความตกลงที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ กล่าวคือ มุ่งหมายให้เกิดพันธกรณีและบังคับการกันได้ตามขอบข่ายของกฎหมายระหว่างประเทศ โดยองค์ประกอบข้อนี้มีความสำคัญเพราะแสดงถึงลักษณะทางกฎหมายของสนธิสัญญาในอันที่แยกสนธิสัญญาออกจากตราสารอื่นที่ไม่ใช่สนธิสัญญา ประการแรกคือ เป็นความตกลงที่มีผลผูกพันทางกฎหมาย มิใช่โดยอธยาศัยไมตรีเท่านั้น เพราะคำว่า “governed by international law” ย่อมแสดงนัยยะอยู่แล้วว่าจะต้องเป็นความตกลงที่มีผลผูกพันทางกฎหมายจึงอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย และประการที่สองคือ กฎหมายที่จะใช้บังคับกับความตกลงนั้นจะต้องเป็นกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ดังนั้น ความตกลงใดที่แม้กระทำการระหว่างรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศหรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน แต่ทุกฝ่ายตกลงกันให้ใช้กฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่งบังคับกับความตกลงนั้น ความตกลงนั้นก็จะไม่เป็นสนธิสัญญา เพราะสนธิสัญญาเป็นเรื่องการกำหนดความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศที่จะต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศด้วย

ในส่วนจำนวนฉบับของสนธิสัญญา หรือชื่อสนธิสัญญา ไม่ใช่องค์ประกอบของสนธิสัญญา เป็นเพียงการขยายความองค์ประกอบทั้ง 4 ประการข้างต้นเท่านั้น โดยที่ปกติสนธิสัญญามักทำเป็นฉบับเดียวกัน แต่บางครั้งก็มีการจัดทำเป็นสนธิสัญญาต่อท้ายสนธิสัญญาฉบับแม่ หรือทำสนธิสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาฉบับแม่ โดยมักทำในชื่อเรียกว่า พิธีสาร (Protocol) จึงทำให้เวลาใช้สนธิสัญญาจะต้องอ่านทั้งสนธิสัญญาฉบับแม่และพิธีสารต่อท้ายด้วยจึงจะเข้าใจได้ถูกต้องครบถ้วน ซึ่งอันที่จริงพิธีสารต่อท้ายเหล่านี้ก็มีลักษณะเป็นสนธิสัญญาในตัวเองได้ อย่างไรก็ดี ยังมีสนธิสัญญาโดยแบบพิธีย่อ (treaty in simplified form) ที่นิยมทำกันในทางปฏิบัติเช่นกันเพราะมีความสะดวกรวดเร็ว เช่น สนธิสัญญาในรูปแบบหนังสือแลกเปลี่ยน (exchange of notes) ซึ่งมีลักษณะแบบจดหมายหรือหนังสือราชการที่ฝ่ายหนึ่งมีคำเสนอไปถึงอีกฝ่ายหนึ่ง โดยอาจจะทำเป็นหนังสือลงนามหรือหนังสือกลาง (note verbale) ซึ่งลงชื่อเป็นหน่วยงานแทนชื่อบุคคลแล้วประทับตราของหน่วยงานพร้อมกับลงนามย่อตรงตราประทับก็ได้ พร้อมกับแจ้งว่าหากอีกฝ่ายตกลงตามคำเสนอก็ให้มีหนังสือตอบตกลงมา และให้ถือว่าหนังสือฉบับที่มีไปถึงอีกฝ่ายและหนังสือตอบรับของอีกฝ่ายประกอบกันเป็นความตกลงระหว่างสองฝ่าย และให้มีผลตั้งแต่วันที่ที่ลงหนังสือตอบรับของอีกฝ่าย ดังนั้น จะเห็นได้ว่า

สนธิสัญญาในรูปแบบหนังสือแลกเปลี่ยนนี้จะต้องมีมากกว่าหนึ่งฉบับ และเมื่อนำมาประกอบกันก็จะ เป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างกัน

2.2 ความหมายของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

สนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป⁵ หรือสนธิสัญญาในความหมายอย่าง กว้าง หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศซึ่งทำขึ้นระหว่างบุคคลในทางกฎหมายระหว่าง ประเทศ ได้แก่ รัฐและองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งอาจทำความตกลงในรูปแบบที่เป็น ลายลักษณ์อักษรหรือทางวาจาก็ได้ และความตกลงเช่นว่านั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ระหว่างประเทศ จากความหมายจะเห็นได้ว่าสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป มี ความหมายกว้างกว่าสนธิสัญญาตามที่นิยามไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งในแง่ของผลผูกพันทางกฎหมายย่อมมีค่าบังคับเช่นเดียวกันตามหลัก กฎหมายระหว่างประเทศ

3. แนวทางการวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเกี่ยวกับสถานะของตราสาร ระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา

นอกจากการศึกษาถึงนิยามและองค์ประกอบทางกฎหมายของสนธิสัญญาตาม อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้ว การพิจารณาตราสารระหว่างประเทศ ที่เป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ จำเป็นต้องศึกษาแนวคำวินิจฉัยที่ศาลยุติธรรม ระหว่างประเทศใช้ในการพิจารณาว่าตราสารระหว่างประเทศใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ ซึ่งจาก การศึกษาในเบื้องต้นพบว่ามีคดีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว 2 คดีหลัก ๆ ได้แก่

3.1 คดีไอล์ทวีปแห่งทะเลเอเจียน 1978 Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)⁶

เป็นคดีที่รัฐมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของแถลงการณ์ร่วม กรุงบรัสเซลส์ (Joint Communiqué) โดยประเทศตุรกีเห็นว่า แถลงการณ์ร่วมกรุงบรัสเซลส์ที่ ทำกับกรีซไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่กรีซเห็นว่าแถลงการณ์ร่วมดังกล่าวมีสถานะเป็น สนธิสัญญา โดยในคดีนี้ศาลตัดสินว่าแถลงการณ์ร่วมที่ทำขึ้นระหว่างตุรกีกับกรีซ ไม่มีสถานะ เป็นความตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาที่ยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่าง ประเทศให้แก่ศาลฯ เพื่อพิจารณาข้อพิพาท โดยศาลวินิจฉัยว่าการพิจารณาว่าแถลงการณ์ร่วม จะเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ ต้องพิจารณาถึงสถานะที่แท้จริงของแถลงการณ์ร่วมโดยดูจาก เนื้อความและสภาพข้อเท็จจริงที่ก่อให้เกิดแถลงการณ์ร่วมด้วย ในคดีนี้ศาลพิจารณาจากสภาวะ แวดล้อมของการทำคำแถลงการณ์ร่วมประกอบทั้งก่อนที่จะมีการทำแถลงการณ์ร่วม ศาล พบว่ามีการทำบันทึกด้วยวาจา (Note verbale) จากกรีซไปสู่ตุรกีว่า แม้กรีซจะสงวนสิทธิ์นำ

⁵ จุมพต สายสุนทร, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2, หน้า 105.

⁶ Aegean Sea Continental Shelf Case, (jurisdiction), I.C.J. Report, (1978)

ข้อพิพาทขึ้นศาลโลกฝ่ายเดียว แต่จะดีกว่าถ้าทั้งกรีซและตุรกีจะมีข้อตกลงร่วมกัน ซึ่งตุรกีก็ยอมรับและเห็นดีด้วยกับการทำข้อตกลงพิเศษในการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ จากสถานการณ์แวดล้อมที่ปรากฏแสดงให้เห็นถึงเงื่อนไขในการนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศของทั้งสองรัฐว่าจะต้องทำข้อตกลงพิเศษกันก่อน คำแถลงการณ์ร่วมในกรณีนี้จึงไม่ใช่สนธิสัญญา เนื่องจากพฤติการณ์และทางปฏิบัติของรัฐกลับสร้างเงื่อนไขขึ้นมาใหม่ในภายหลังแตกต่างไปจากถ้อยคำในแถลงการณ์ร่วมที่ทำกันไว้แต่เดิม เมื่อรัฐทั้งสองไม่ได้มีเจตนาที่จะผูกพันตามแถลงการณ์ร่วมในฐานะสนธิสัญญา แถลงการณ์ร่วมในกรณีนี้จึงเป็นเพียงข้อตกลงทางการเมืองเท่านั้น⁷

3.2 คดีการกำหนดเขตทางทะเลและปัญหาเขตแดนระหว่างกาตาร์และบาห์เรน 1994 Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)⁸

คดีนี้เป็นกรณีที่กาตาร์กับบาห์เรนมีข้อพิพาทเรื่องพรมแดนทางทะเลและได้ขอให้กษัตริย์ Fahd แห่งซาอุดีอาระเบียเข้ามาเป็นคนกลางไกล่เกลี่ย ต่อมาในปี ค.ศ.1987 กษัตริย์ซาอุดีอาระเบียส่งหนังสือถึงทั้งประมุขกาตาร์และบาห์เรนว่าในท้ายที่สุด กรณีที่พิพาทและตกลงกันไม่ได้จะนำไปสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งทั้งประมุขกาตาร์และบาห์เรนยอมรับหนังสือดังกล่าว ต่อมาในการประชุมที่โดฮาในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1990 ของสภาความร่วมมือของรัฐอาหรับรอบอ่าว ได้มีการบันทึกการประชุม (minutes) ว่าทั้งกาตาร์และบาห์เรนยืนยันความตกลงที่ทำไว้ก่อนหน้านี้ และขอให้กษัตริย์ซาอุดีอาระเบียเป็นคนกลางไกล่เกลี่ยจนถึงเดือนพฤษภาคม ค.ศ.1991 ถ้าตกลงไม่ได้ก็นำคดีขึ้นสู่ศาลฯ ต่อมาเมื่อไม่อาจตกลงกันได้ กาตาร์ก็นำคดีขึ้นสู่ศาลฯ โดยอ้างข้อตกลงที่เป็นเจตนาของกษัตริย์ซาอุดีอาระเบียปี ค.ศ. 1987 และบันทึกการประชุมโดฮาปี ค.ศ. 1990 แต่บาห์เรนยอมรับเพียงข้อตกลงปี ค.ศ. 1987 โดยอ้างว่าบันทึกการประชุม (minutes) ปี ค.ศ. 1990 ไม่ใช่สนธิสัญญาจึงนำคดีมาสู่ศาลไม่ได้

ศาลฯ ได้พิจารณาทันทีการประชุมโดฮาปี ค.ศ. 1990 แล้ววินิจฉัยว่า “บันทึก” ดังกล่าว ไม่ใช่การบันทึกการประชุมอย่างเดี่ยวตามที่เคยบันทึกกันมาในการประชุม 3 ฝ่าย เพราะไม่ได้รายงานเพียงการอภิปรายและสรุปข้อตกลงกันได้หรือตกลงกันไม่ได้ แต่บันทึกการประชุมปี ค.ศ. 1990 กลับระบุพันธกรณีแต่ละจุดที่คู่กรณียินยอมไว้ บันทึกการประชุม (minutes) นี้จึงสร้างสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศให้คู่กรณี จึงเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศ จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าชื่อของตราสารระหว่างประเทศไม่ใช่ปัจจัยชี้ขาดว่าตราสารนั้นจะเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ โดยชื่อย่อไม่สำคัญ

⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา, หน้า 75-77.

⁸ I.C.J. Report, Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain Case, (Jurisdiction and Admissibility), (1994).

เท่าเจตนาของฝ่ายต่าง ๆ ที่เข้าจัดทำและลงนามในตราสารนั้นว่าประสงค์จะผูกพันกันทางกฎหมายหรือไม่

4. หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การพิจารณาตราสารระหว่างประเทศใดว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลทางกฎหมายหรือเป็นสนธิสัญญาหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาจากทั้งเนื้อความของข้อบท บริบท และสภาพการณ์แวดล้อมทั้งก่อน ในขณะทำ และหลังจากทำตราสารนั้น โดยจะต้องค้นหาที่แท้จริงของคู่กรณีเป็นเกณฑ์ว่าต้องการที่จะผูกพันกันในฐานะใด และชื่อของตราสารระหว่างประเทศไม่ใช่สิ่งชี้ขาดว่าตราสารนั้นจะเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ ตราสารระหว่างประเทศบางอย่างแม้จะมีชื่อเป็นสนธิสัญญา แต่ถ้าขาดองค์ประกอบในการเป็นสนธิสัญญาก็ไม่ใช่สนธิสัญญา ในทางตรงกันข้าม ตราสารระหว่างประเทศบางอย่างแม้จะมีชื่อเป็นอย่างอื่น แต่ถ้ามีลักษณะเข้าองค์ประกอบของการเป็นสนธิสัญญาครบถ้วนแล้ว ก็เป็นสนธิสัญญาได้ จากการศึกษาสามารถสรุปหลักเกณฑ์ในการพิจารณาตราสารระหว่างประเทศใดว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลทางกฎหมายหรือเป็นสนธิสัญญาได้จากลักษณะดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

4.1 พิจารณาจากเจตนาของภาคีความตกลงที่มุ่งหมายให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมาย

สนธิสัญญาต้องเกิดขึ้นจากเจตนาของภาคีทุกฝ่ายที่ประสงค์จะให้ความตกลงระหว่างประเทศนั้น ๆ เกิดสิทธิและพันธกรณีทางกฎหมาย หรืออาจจะตกลงกันเพื่อให้สถานะทางกฎหมายแก่สิ่งใดสิ่งหนึ่ง ทำนองเดียวกับการบัญญัติกฎหมายกำหนดสถานภาพสิ่งใดสิ่งหนึ่ง หรือการวางระบอบทางกฎหมาย (legal regime)⁹ สิ่งที่จะชี้ว่าภาคีมีเจตนาที่จะให้ความตกลงใด ๆ มีพันธกรณีทางกฎหมาย ก็คือการให้อำนาจอันชอบธรรมแก่ภาคีในการเรียกร้องให้อีกฝ่ายกระทำการหรือละเว้นการกระทำ โดยสามารถใช้วิธีการและกลไกระงับข้อพิพาทในลักษณะทางตุลาการได้ โดยคำตัดสินที่ออกมาจะมีผลผูกมัดทางกฎหมายต่อคู่กรณี และหากอีกฝ่ายไม่ทำตามพันธกรณีที่ตนมีอยู่ก็จะเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ และเมื่อเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศแล้วก็จะต้องได้รับการลงโทษจากการกระทำละเมิดพันธกรณีของตน ซึ่งรวมถึงความรับผิด (liability) (โทษทางแพ่ง) ที่จะต้องชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย อนึ่ง การที่ความตกลงกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีที่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อคู่พิพาท ก็เป็นเครื่องแสดงเจตนาอย่างหนึ่งว่าภาคีมีเจตนาที่จะให้ความตกลงนั้นมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกัน ในกรณีที่ความตกลงไม่ได้ระบุเรื่องการระงับข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างกันไว้ หรือได้กำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทโดยวิธีอื่นที่ไม่ใช่วิธีทางกฎหมาย

⁹ เช่น การกำหนดให้สถานะทางกฎหมายแก่ดวงจันทร์และทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์ว่าเป็นมรดกสมบัติร่วมกันของมวลมนุษยชาติ ซึ่งหมายความว่า ภาคีทุกฝ่ายมีพันธกรณีเหมือนกันคือจะต้องไม่ตักดวงผลประโยชน์หรือเอาดวงจันทร์และทรัพยากรธรรมชาติบนดวงจันทร์เป็นทรัพย์สินส่วนตัว

เช่น โดยการเจรจาหรือการปรึกษาหารือกัน ก็ไม่อาจสันนิษฐานในทางกลับกันได้ว่า ความตกลงนั้นไม่น่าจะเป็นสนธิสัญญา

ในส่วนของกรณีของการจดทะเบียนความตกลงกับสหประชาชาติตามข้อ 102 ของกฎบัตรสหประชาชาตินั้น ก็ได้หมายความว่าความตกลงนั้นจะเป็นสนธิสัญญาเสมอไป เพราะในการประชุมจัดทำกฎบัตรฯ รัฐที่ประชุมจัดทำตกลงกันว่าไม่ต้องให้คำนิยามสนธิสัญญาและความตกลงระหว่างประเทศที่รัฐสมาชิกจะนำไปจดทะเบียนกับสหประชาชาติ และสำนักเลขาธิการสหประชาชาติก็แจ้งทำที่การรับจดทะเบียนของรัฐสมาชิกว่าทำตามทำที่ของรัฐสมาชิกที่เป็นคู่สัญญาที่นำมาจดทะเบียน โดยการรับจดทะเบียนของสำนักเลขาธิการฯ ไม่ได้หมายความว่า เป็นการวินิจฉัยถึงสถานะทางกฎหมายของความตกลงที่นำมาจดทะเบียนแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาข้อ 102 (2) ของกฎบัตรฯ ซึ่งกำหนดว่าสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศที่คู่ภาคีไม่ได้จดทะเบียนไว้กับสหประชาชาติ คู่ภาคีก็จะไม่สามารถยกสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นต่อองค์กรของสหประชาชาติได้ ก็อาจจะเห็นได้ว่าอย่างน้อยการที่รัฐภาคีความตกลงระหว่างประเทศนำความตกลงระหว่างประเทศนั้นไปขอจดทะเบียนกับสหประชาชาติก็น่าจะมีนัยได้ในระดับหนึ่งว่ารัฐภาคีที่ทำความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีความประสงค์ที่จะให้ความตกลงระหว่างประเทศนั้นมีผลนำไปใช้ต่อองค์กรของสหประชาชาติได้ ซึ่งองค์กรหนึ่งของสหประชาชาตินั้นก็มีศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ International Court of Justice (ICJ) รวมอยู่ด้วย

นอกจากนี้ ภาควิชาความตกลงต้องมีเจตนามุ่งหมายให้พันธกรณีในสัญญาตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) กล่าวคือ ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองบังคับตั้งแต่กระบวนการทำสนธิสัญญา และบังคับให้เป็นไปตามสนธิสัญญาที่ทำแล้วระหว่างภาคี

“เจตนา” ของภาคี ถือเป็นเกณฑ์ที่สำคัญในการวินิจฉัยว่า เอกสารหรือตราสารระหว่างประเทศใดมีผลผูกพันทางกฎหมายหรือเป็นสนธิสัญญาภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ทั้งนี้ เจตนาของภาคีจะต้องเป็นเจตนาที่แสดงออกมาให้ปรากฏภายนอก เมื่อแสดงออกมาแล้วย่อมไม่อาจเปลี่ยนแปลงได้ เว้นแต่ฝ่ายที่แสดงเจตนาจะเพิกถอนเจตนาขึ้นก่อนที่จะเกิดการตกลงกัน ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ระบบกฎหมายสนธิสัญญามีความมั่นคง เมื่อตกลงกันแล้วย่อมไม่สามารถบิดพลิ้วกันได้โดยง่าย ตามหลักกฎหมายที่ว่า “สัญญาจะต้องได้รับการปฏิบัติตาม” (*pacta sunt servanda*) เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยรวมดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคง การหาเจตนาอันแท้จริงของภาคีความตกลง อาจพิจารณาได้จากบันทึกการประชุมการเจรจา หรือสรุปผลการประชุมในระหว่างการดำเนินการจัดทำความตกลง

4.2 พิจารณาจากถ้อยคำ บริบทของถ้อยคำ เนื้อหาที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาถึงสถานะของตราสารที่เป็นสนธิสัญญานอกจากจะพิจารณาได้จากเจตนาของภาคีความตกลงแล้ว ยังสามารถพิจารณาได้จากถ้อยคำและบริบทของถ้อยคำ

รวมถึงเนื้อหาที่ปรากฏในตราสารนั้น ๆ ด้วย ซึ่งถือเป็นหลักฐานสำคัญเบื้องต้น ในการพิจารณาว่าตราสารใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ จึงจำเป็นที่จะต้องพิจารณาจากถ้อยคำและบริบทของถ้อยคำและตัวเอกสารหรือตราสารนั้นเป็นขั้นแรกในทุกกรณี เพราะเป็นสิ่งที่ใกล้ชิดมากที่สุดหรือเป็นรูปธรรมสำหรับการแสดงออกของเจตนา แต่ทั้งนี้ จะต้องตีความหาเจตนาของภาคีบนพื้นฐานของหลักสุจริต (good faith) ด้วย

สำหรับรูปแบบและชื่อเรียกของตราสารที่ตกลงกันได้ไม่ได้เป็นตัวตัดสินเด็ดขาดถึงเจตนาของภาคีว่าประสงค์ที่จะให้การตกลงเกิดเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างกันหรือไม่ แม้ว่าอาจจะ เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาได้ก็ตาม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าแม้ชื่อเรียกเอกสารจะเป็นบันทึกการประชุม (Minutes) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็วินิจฉัยว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลผูกพันทางกฎหมายได้ เช่น ในคดี Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain และในคดี Aegean Sea Continental Shelf ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ได้กล่าวว่า การที่ตราสารชื่อว่าคำแถลงการณ์ร่วม (joint communiqué) ไม่ได้บ่งบอกว่าเอกสารนั้นไม่อาจที่จะเป็นสนธิสัญญาได้

การพิจารณาจากถ้อยคำ บริบทของถ้อยคำ รวมถึงเนื้อหาที่ปรากฏในตราสารระหว่างประเทศนั้น ย่อมทำให้ทราบถึงความมุ่งหมายของภาคี จากความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำ หรือจากบริบท (context) ทั้งหมดของข้อบท การพิจารณาเพียงส่วนหนึ่งส่วนใดอาจก่อให้เกิดความผิดพลาด ย่อมเป็นการตีความที่ไม่สุจริต ดังนั้น เพื่อให้ได้เจตนาที่แท้จริงของภาคี การพิจารณาตัวเอกสารหรือตราสาร ยังรวมถึงส่วนที่เป็นอารัมภบทและภาคผนวกของตราสารนั้น ๆ ด้วย และยังสามารถพิจารณาได้จากบริบทแวดล้อมอื่น ๆ เช่น ความตกลงอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตราสารที่ทำขึ้นระหว่างภาคีที่เกี่ยวข้องในการทำความตกลงด้วย

4.3 พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมในการทำสนธิสัญญา

เจตนาที่จะให้สิ่งที่ตกลงกันนั้นมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันจะต้องเป็นเจตนาที่มีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญา ดังนั้น การกล่าวอ้างกันในภายหลังว่าขณะทำสนธิสัญญาตนไม่มีเจตนาที่จะทำสนธิสัญญาจึงมีน้ำหนักน้อยเพราะการพิจารณาหาเจตนาจะต้องพิจารณาว่าเจตนาที่มีอยู่ในขณะทำสนธิสัญญาหรือไม่ ถ้าขณะทำสนธิสัญญาทุกฝ่ายมีเจตนาตรงกันที่จะให้เป็นสนธิสัญญา ตราสารนั้นก็จะเป็นสนธิสัญญาแล้ว ส่วนเจตนาที่เกิดขึ้นหรือกล่าวอ้างในภายหลังจากที่ทำสนธิสัญญาแล้วจะมีผลทางกฎหมายในอันที่จะเปลี่ยนแปลงความผูกพันตามสนธิสัญญาให้มีผลเป็นอย่างอื่นได้หรือไม่เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายต่อไป และโดยที่เจตนาสามารถแสดงออกมาได้หลายรูปแบบ ทั้งการแสดงออกมาโดยแจ้งชัด โดยปริยาย หรือบางกรณีก็โดยการนิ่งเฉยก็ได้ ดังนั้น แม้ถ้อยคำและบริบทของถ้อยคำและตราสารจะเป็นตัวแทนที่ใกล้ชิดที่สุดของเจตนาที่แสดงออกมาให้ปรากฏในรูปลักษณะอักษร แต่พฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเกิดของสนธิสัญญานั้นก็ยังเป็นปัจจัยที่จะต้องพิจารณาประกอบด้วย ซึ่งเป็นการพิจารณาเจตนาในลักษณะของภววิสัย (objective intention) จึงทำให้ในบางกรณีศาลฯ อาจจะได้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับเจตนาของภาคีในแง่

ของอัตวิสัย (subjective intention) มากนักหากเห็นว่าความตกลงมีความชัดเจนตามความหมายปกติตามบริบทของถ้อยคำและรวมทั้งถ้อยคำยังมีพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ ประกอบสนับสนุนด้วย เจตนาของภาคีที่เคยมีในขณะที่จัดทำตราสารนั้นก็อาจจะเปลี่ยนไปได้ แล้วเกิดเป็นเจตนาใหม่ระหว่างภาคีหากมีการนำตราสารเดิมนั้นไปอ้างถึงอีกครั้งในอีกบริบทและพฤติการณ์แวดล้อมหนึ่งดังเช่นในคดี Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain ดังนั้น การที่จะอ้างว่าเจตนาหรือมูลเหตุจูงใจในขณะที่ทำตราสารนั้นเป็นเจตนาทางการเมืองเท่านั้นอาจจะอ้างได้ยากหากเจตนาที่อ้างนั้นขัดแย้งกับการใช้ถ้อยคำที่ปรากฏในตัวตราสารนั้น

การพิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อมในการทำสนธิสัญญา อาจพิจารณาได้จากทางปฏิบัติของภาคีในความตกลง ซึ่งการพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐ (States Practices) เป็นส่วนประกอบหรือส่วนเสริมหนึ่งที่สามารถนำมาพิจารณาพิเคราะห์ถึงสถานะความเป็นสนธิสัญญาได้ โดยอาจพิจารณาได้จากเอกสารที่ถือว่าเป็นเอกสารลำดับรอง เช่น เอกสารการเตรียมร่าง (Preparatory work) บันทึกแลกเปลี่ยน (Exchange of Note) รายงานการร่างเอกสารประกอบการพิจารณา รวมถึงสภาวะแวดล้อมอื่น ๆ (Circumstance) เป็นต้น ซึ่งพฤติการณ์ความประพฤติปฏิบัติของภาคีภายหลังจากทำความตกลงก็มีความสำคัญเช่นกัน เพราะความประพฤติปฏิบัติก็ถือเป็นหลักฐานอย่างหนึ่งของการแสดงเจตนาได้เช่นกัน แต่กรณีหลังนี้ไม่ใช่การหยั่งหาเจตนาของภาคีต่อความตกลงนั้นในขณะที่ทำสัญญา แต่ความประพฤติปฏิบัติในภายหลังของภาคีอาจจะทำให้เจตนาเดิมที่มีอยู่ในขณะที่ทำความตกลงถูกเปลี่ยนแปลงไปว่าบัดนี้ภาคีได้มีเจตนาใหม่ที่จะให้ความตกลงมีสถานะอย่างไรแล้วก็ได้ และหากอีกฝ่ายไม่ได้คัดค้านอะไรก็อาจทำให้พันธกรณีที่มีต่อกันมาแต่เดิมเปลี่ยนแปลงไปก็ได้ (แต่ในช่วงที่มีความประพฤติที่ผิดแผกไปจากพันธกรณีและหากตราสารนั้นเป็นสนธิสัญญาก็เท่ากับว่ากำลังมีการละเมิดพันธกรณีตามสนธิสัญญาเกิดขึ้นควบคู่ไปด้วย ด้วยเหตุนี้ โดยหลักแล้ว การเปลี่ยนแปลงเจตนาในภายหลังโดยความประพฤติปฏิบัติของรัฐที่จะมีผลทางกฎหมายดังกล่าวนี้โดยทั่วไปหากเป็นการกระทำโดยฝ่ายเดียวก็น่าจะทำให้ความตกลงเปลี่ยนสถานะไปได้เพราะความตกลงเป็นเรื่องที่ต้องมีเจตนาที่ตรงกันของทุกฝ่ายที่เป็นภาคีสันธิสัญญา)

5. สรุป

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นถึงแนวทางหลักเกณฑ์กว้าง ๆ ที่ใช้ในการพิจารณาว่าตราสารใดมีสถานะเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาให้เห็นถึงสถานะอันแท้จริงของตราสารระหว่างประเทศแต่ละเรื่องนั้นไม่ใช่เรื่องที่ย่างยาก บางครั้งอาจจะตรงตามเกณฑ์ข้อหนึ่งแต่ไปหย่อนในเกณฑ์อีกข้อหนึ่ง ผู้ตีความจึงต้องชั่งน้ำหนักจากเนื้อความในตราสารตลอดจนพฤติการณ์ทั้งหมดทั้งหมดว่า ตราสารนั้นเป็นหรือไม่เป็นสนธิสัญญา ส่วนใดมีเหตุผลมากกว่ากัน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป



ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาใน ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

Intellectual Property Cooperation in the ASEAN Economic Community

อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์



*“ The law likes the traveller
must be ready for the morrow
It must be ready for the principle of growth ”*



ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

Intellectual Property Cooperation in the ASEAN Economic Community

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์^{*}
Archariya Wongburanavart

1. บทนำ

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) เป็นหนึ่งในสามเสาหลักที่สำคัญของประชาคมอาเซียน (ASEAN Community)¹ การก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นของประเทศสมาชิกที่มุ่งประสานความร่วมมือระหว่างกันในด้านเศรษฐกิจให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น ซึ่งปฏิเสธไม่ได้ว่าหนึ่งในความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจที่สำคัญของอาเซียนก็คือ ความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property Cooperation) ด้วยเหตุที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual Property: IP) นั้นได้รับการยอมรับว่าเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่สามารถช่วยเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศอันจะช่วยส่งเสริมการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจของประเทศให้ดียิ่งขึ้น รวมไปถึงเป็นปัจจัยพื้นฐานที่จำเป็นในการนำพาประเทศก้าวไปสู่เศรษฐกิจเชิงสร้างสรรค์ (Creative Economy)² ประเทศสมาชิกอาเซียนต่างตระหนักถึงความสำคัญในส่วนนี้จึงได้มีการประสานความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญามาอย่างต่อเนื่องผ่านการพัฒนาโครงการความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเองรวมถึงโครงการความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับประเทศคู่ค้าภายนอกภูมิภาค ความร่วมมือเหล่านี้เองทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนมีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น แต่ทว่าเนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา (Developing Country) และประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (Least Developed Country) จึงทำให้ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ยังขาดศักยภาพที่เพียงพอในการ

^{*} อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M in Business Laws (English Programme) (2011) Thammasat University, LL.M in International Trade and Commercial Law (2012) Durham University, PhD in Law (2017) Durham University, UK

¹ ประชาคมอาเซียนประกอบไปด้วย 3 เสาหลักที่สำคัญ ได้แก่ ประชาคมการเมืองความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community หรือ APSC) ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community หรือ ASCC)

² กริชพกา บุญเฟื่อง, “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับเศรษฐกิจสร้างสรรค์,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 4, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556): 39-62.

ปฏิบัติงานให้สำเร็จลุล่วงตามเป้าหมายภายในกรอบเวลาที่วางเอาไว้ ดังนั้น การประสานความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญายังคงเป็นหนึ่งในภารกิจที่ยังต้องทำอย่างต่อเนื่องในอาเซียน รวมไปถึงควรมีการพัฒนาความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนให้มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น

2. ความเป็นมาของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

อาเซียนก่อตั้งเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม พ.ศ. 2510 โดยประเทศสมาชิกผู้ก่อตั้ง 5 ประเทศ ได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ และไทย ได้ลงนามใน “ปฏิญญาอาเซียน” (ASEAN Declaration) หรือ “ปฏิญญากรุงเทพ” (Bangkok Declaration) ซึ่งมีสาระสำคัญในการส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของประเทศสมาชิก เพื่อเสริมสร้างความมั่นคง สันติสุขในภูมิภาคและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชากรในประเทศสมาชิกให้ดียิ่งขึ้น³ ปัจจุบันอาเซียนประกอบด้วยประเทศสมาชิก 10 ประเทศ⁴ โดยบรูไน เวียดนาม ลาว พม่า และกัมพูชา ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกอาเซียนในปี พ.ศ. 2527, 2538, 2540 และ 2542 ตามลำดับ แต่ในอนาคตอาเซียนอาจมีการขยายตัวโดยการรับสมาชิกเพิ่มขึ้น เนื่องจากประเทศติมอร์เลสเตได้แสดงความประสงค์อยากเข้าร่วมเป็นสมาชิกอาเซียน และได้ยื่นเจตจำนงอย่างเป็นทางการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 ดังนั้น หากยึดถือเกณฑ์ทางภูมิศาสตร์ อันเป็นหนึ่งในหลักเกณฑ์การเข้าร่วมเป็นสมาชิกอาเซียน⁵ ติมอร์เลสเตเป็นเพียงประเทศเดียวในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ยังมิได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกอาเซียน

ประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศสามารถแบ่งได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ ประเทศสมาชิกเก่าที่มีระดับการพัฒนาสังคมเศรษฐกิจที่สูงกว่า หรือที่เรียกว่ากลุ่มประเทศ “ASEAN-6” ซึ่งประกอบไปด้วยประเทศอินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ ไทย และบรูไน และประเทศสมาชิกใหม่ที่มีระดับการพัฒนาสังคมเศรษฐกิจที่ต่ำกว่า หรือที่เรียกว่ากลุ่มประเทศ “CLMV” ซึ่งประกอบไปด้วย ประเทศกัมพูชา ลาว พม่า และเวียดนาม การขยายองค์การให้ครอบคลุมประเทศในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เกือบทั้งหมดนั้นย่อมทำให้

³ ASEAN, The Asean Declaration (Bangkok Declaration) Bangkok, 8 August 1967 [Online], 20 April 2018. Available from <http://asean.org/the-asean-declaration-bangkok-declaration-bangkok-8-august-1967/>

⁴ ปัจจุบันอาเซียนมีประเทศสมาชิก 10 ประเทศ ได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ สิงคโปร์ ไทย บรูไน เวียดนาม ลาว พม่า และกัมพูชา

⁵ กฎบัตรอาเซียน หมวดที่ 3 ข้อ 6 การรับสมาชิกให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

(ก) ที่ตั้งทางภูมิศาสตร์อันเป็นที่ยอมรับว่าอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

(ข) การยอมรับโดยรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งปวง

(ค) การตกลงที่จะผูกพันและเคารพกฎบัตรนี้ และ

(ง) ความสามารถและความเต็มใจที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีของสมาชิกภาพ

อาเซียนได้รับผลประโยชน์มากมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การขยายตัวดังกล่าวย่อมเพิ่มอำนาจในการเจรจาต่อรองทางเศรษฐกิจและการเมืองของภูมิภาคและส่งผลให้ตลาดอาเซียนมีขนาดใหญ่ขึ้น ซึ่งจะช่วยเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันของอาเซียนในตลาดโลกให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

อาเซียนตระหนักดีว่าการที่จะยังคงสถานะเป็นกลุ่มการรวมตัวในภูมิภาคที่มีความสำคัญและมีความสามารถในการแข่งขันในตลาดโลกนั้นจำเป็นจะต้องมีการบูรณาการความร่วมมือในระดับภูมิภาคอย่างแนบแน่นยิ่งขึ้น ด้วยเหตุนี้เอง อาเซียนจึงมีความมุ่งมั่นที่จะเสริมสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเชิงลึกมากยิ่งขึ้นโดยการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ในปี พ.ศ. 2558 อันเป็นหนึ่งใน 3 เสาหลักที่สำคัญของประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) โดยนอกจากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว อาเซียนยังมีเป้าหมายที่จะจัดตั้งประชาคมการเมืองและความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political and Security Community: APSC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community: ASCC) อย่างไรก็ตาม ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนถือเป็นประชาคมที่ได้รับความสนใจมากเป็นพิเศษและมีความสำคัญเป็นอย่างมาก การจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นมีความมุ่งหมายที่จะเปลี่ยนอาเซียนให้เป็นตลาดและฐานการผลิตเดียว (Single Market and Production Base) กล่าวคือ เป็นตลาดที่มีการเคลื่อนย้ายของปัจจัยการผลิต อันได้แก่ สินค้า บริการ เงินทุน และแรงงานโดยเสรี โดยมีความมุ่งหมายที่จะทำให้อาเซียนเป็นภูมิภาคที่มีความมั่นคง มีศักยภาพในการแข่งขัน รวมไปถึงมีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างเท่าเทียมกันและลดความเหลื่อมล้ำทางสังคมและเศรษฐกิจในประเทศสมาชิก

3. การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียน

เนื่องจากการมีระดับการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจและกฎหมายที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิก ประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว (ASEAN Developed Country)⁶ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา (ASEAN Developing Country)⁷ และประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (ASEAN Least Developed Country)⁸ โดยระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศ

⁶ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว (ASEAN Developed Country) ได้แก่ สิงคโปร์

⁷ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา (ASEAN Developing Country) ได้แก่ อินโดนีเซีย มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ ไทย บรูไน และเวียดนาม

⁸ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุด (ASEAN Least Developed Country) ได้แก่ ลาว พม่า และกัมพูชา

สมาชิกอาเซียนต่างมีการแปรผันตรงตามระดับของการพัฒนาประเทศ⁹ กล่าวคือ ประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างสิงคโปร์ ได้รับการยอมรับว่าเป็นหนึ่งในประเทศที่มีระดับความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มข้นมากที่สุดในโลก ในขณะที่ประเทศพัฒนาน้อยที่สุดอย่างเช่น พม่า ยังมีระดับความคุ้มครองทางทรัพย์สินทางปัญญาที่ต่ำกว่ามาตรฐานระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้เอง ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศสมาชิกอาเซียนจึงมีความแตกต่างกันอย่างมากเนื่องจากความแตกต่างในระดับการพัฒนารวมไปถึงภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ของแต่ละประเทศสมาชิก

ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศยกเว้นประเทศไทยต่างเคยตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก จึงทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ในช่วงเริ่มต้นได้รับอิทธิพลมาจากประเทศเจ้าอาณานิคม หรือแม้แต่ประเทศไทยเองที่แม้จะไม่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมชาติตะวันตกก็มิพัฒนาการทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับอิทธิพลมาจากชาติตะวันตกเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป โดยเป็นไปในลักษณะที่ประเทศกำลังพัฒนาหรือประเทศที่มีอำนาจการต่อรองที่น้อยกว่าต้องรับแรงกดดันจากบรรดาประเทศที่พัฒนาแล้วที่ต้องการให้ประเทศอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาแก้ไขกฎหมายภายในของตนเพื่อเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อแลกกับความร่วมมือและผลประโยชน์ทางการค้า¹⁰

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนได้รับการพัฒนาไปในทิศทางเดียวกันมากยิ่งขึ้นเมื่อ “ความตกลงว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวกับการค้า” (Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights) หรือที่รู้จักกันในนามของ “ความตกลงทริปส์” (TRIPs Agreement) ได้เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการเจรจาการค้าพหุภาคีในรอบอุรุกวัย¹¹ ความตกลงทริปส์ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญมากที่สุดฉบับหนึ่ง โดยความตกลงทริปส์ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จะต้องปฏิบัติตามเอาไว้ ดังนั้น บรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งต่างก็เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลกจึงมีความผูกพันที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในความตกลงทริปส์ กล่าวคือ ประเทศสมาชิกไม่สามารถให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่ต่ำกว่าทริปส์ แต่สามารถให้ความ

⁹ ICC, ‘Intellectual Property: Powerhouse for Innovation and Economic Growth’ (2011), p. 10.

¹⁰ Jakkrit Kuanpoth, *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*, (Edward Elgar Publishing, 2010), p. 106.

¹¹ เป็นการเจรจาทางการค้ารอบที่ 8 ของแกตต์ (GATT) ซึ่งต่อมาได้มีการยกฐานะของแกตต์เป็นองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)

คุ้มครองในระดับที่สูงกว่าได้¹² แต่อย่างไรก็ตาม ความตกลงทริปส์ได้มีการขยายระยะเวลาในการปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ แก่ประเทศสมาชิกที่จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดจนถึงปี พ.ศ. 2564¹³ ดังนั้น บรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดอันได้แก่ พม่า ลาว และกัมพูชา ยังคงมีเวลาในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของตนให้เป็นไปตามมาตรฐานที่ทริปส์ได้กำหนดไว้

แม้ว่าภายหลังการมีข้อตกลงทริปส์ ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความสอดคล้องกับมาตรฐานสากล และเป็นไปในทิศทางเดียวกันมากยิ่งขึ้น แต่ทว่าประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกที่อยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและกลุ่มประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด ยังคงประสบกับปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา การขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐานและทรัพยากรที่เพียงพอในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาอย่างมีประสิทธิภาพ รวมไปถึงการแก้ไขปัญหากละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาที่ยังคงมีอยู่อย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดลิขสิทธิ์และการละเมิดเครื่องหมายการค้า ดังนั้น ความแตกต่างหรือช่องว่างในระดับการคุ้มครองรวมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศอาเซียนด้วยกันจึงยังคงมีอยู่มาก ยกตัวอย่างเช่น ความแตกต่างในระดับการพัฒนาทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสิงคโปร์และพม่า นั้นมีความแตกต่างกันค่อนข้างมาก กล่าวคือ ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิงคโปร์สูงกว่ามาตรฐานของทริปส์ หรือที่รู้จักกันในนามของ “ทริปส์-พลัส” (TRIPS-Plus) นอกจากนี้ สิงคโปร์ยังมีการทำความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement: FTA) กับสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปซึ่งต่างก็มีข้อเรียกร้องให้ประเทศคู่สัญญาเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับที่สูงกว่าทริปส์ ในขณะที่ระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของพม่า ยังคงต่ำกว่ามาตรฐานสากลหรือมาตรฐานขั้นต่ำของทริปส์อยู่มาก กล่าวคือ กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของพม่านั้นยังคงล้าสมัย ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในหลาย ๆ ด้าน เช่น สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้าและสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างดังกล่าวอาจลดน้อยลง เนื่องจากในขณะนี้พม่าอยู่ในระหว่างการร่างกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้มีความครอบคลุมและสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรฐานความตกลงทริปส์¹⁴ นอกจากนี้ ทั้งประเทศลาวและกัมพูชาต่างก็แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าที่

¹² David L. Blenkhorn, *Competitive Intelligence and Global Business*, (Greenwood Publishing Group, 2005), p. 137.

¹³ WTO, *Responding to least developed countries' special needs in Intellectual Property* [Online], 1 May 2018. Available from http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm

¹⁴ WIPO, *Myanmar: Patents and Designs (Emergency Provisions) Act of 1946* [Online], 1 May 2018. Available from <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6177>

สำคัญในการเสริมสร้างความเข้มแข็งในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาโดยการเข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกของพิธีสารกรุงมาดริด (Madrid Protocol) ซึ่งถือเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศที่สำคัญในการให้ความคุ้มครองเครื่องหมายการค้า¹⁵ สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสัญญาณที่ดีที่แสดงให้เห็นถึงความกระตือรือร้นของประเทศสมาชิกอาเซียนโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสมาชิกที่อยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุดในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของตนให้เป็นไปตามมาตรฐานสากลและเป็นไปในทิศทางเดียวกันกับประเทศสมาชิกอื่น ๆ มากยิ่งขึ้น ซึ่งเป็นผลดีต่อการประสานความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนให้แน่นแฟ้นยิ่งขึ้น

4. ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญของอาเซียน

ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหนึ่งในความร่วมมือที่สำคัญของอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากอาเซียนต้องการจะก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนอย่างเต็มรูปแบบ กล่าวคือ การที่จะทำให้สินค้าซึ่งถือเป็นหนึ่งในปัจจัยการผลิตมีการหมุนเวียนโดยเสรีภายในตลาดร่วมอาเซียนนั้น อุปสรรคทางการค้าทั้งที่เป็นมาตรการทางภาษี (Tariff Barriers) และอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษี (Non-tariff Barriers) จะต้องถูกกำจัดให้หมดไป โดยหนึ่งในอุปสรรคทางการค้าที่ไม่มีใช้ภาษีที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิก¹⁶ ด้วยเหตุนี้เอง การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนมีความสอดคล้องต้องกันและเป็นไปตามมาตรฐานสากลจึงเป็นหนึ่งในภารกิจที่สำคัญของอาเซียนมาโดยตลอด อาเซียนจึงได้มีการพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเองและความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนกับประเทศอื่น ๆ นอกภูมิภาคเพื่อดำเนินการต่าง ๆ ให้บรรลุเป้าหมายตามกรอบเวลาที่วางไว้

4.1 ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน

4.1.1 กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญา (ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation)

กรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาซึ่งมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2538 ถือเป็นก้าวแรกที่สำคัญของอาเซียนในการจัดวางกรอบความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่ชัดเจนในระดับภูมิภาค วัตถุประสงค์หลักของกรอบความตกลงคือการส่งเสริมความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาภายในอาเซียน รวมไปถึงการส่งเสริมการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้

¹⁵ WIPO, *WIPO-Administered Treaties* [Online], 1 May 2018. Available from http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=8

¹⁶ Helen Norman, *Intellectual Property Law*, (OUP 2014) 23.

ศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งระบบสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าอาเซียน รวมไปถึงการจัดตั้งสำนักงานสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าอาเซียน แม้ว่าในปัจจุบันอาเซียนยังไม่สามารถบรรลุเป้าหมายในการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาค แต่อย่างไรก็ตาม กรอบความตกลงนี้ถือเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการริเริ่มความคิดในการบูรณาการระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนอันนำไปสู่การพัฒนาแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในลำดับต่อ ๆ มา

4.1.2 แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน (ASEAN IPR Action Plan)

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 จนถึงปัจจุบัน ประเทศสมาชิกอาเซียนได้ร่วมกันพัฒนาแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนรวมทั้งสิ้น 3 ฉบับ ได้แก่ แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในช่วงปี พ.ศ. 2547-2553 แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในช่วงปี พ.ศ. 2554-2558 และแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในช่วงปี พ.ศ. 2559-2568 เพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาในภูมิภาคในเชิงลึกมากยิ่งขึ้น

อาเซียนตระหนักดีว่าการที่จะก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้อย่างสมบูรณ์นั้น การประสานความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันเป็นหนึ่งในการกิจที่สำคัญของอาเซียน ดังนั้น การพัฒนาและบังคับใช้แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนจึงถือเป็นก้าวสำคัญในการนำพาอาเซียนมุ่งสู่การเสริมสร้างความร่วมมือที่แน่นแฟ้นระหว่างประเทศสมาชิกในการปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากล โดยหนึ่งในเป้าหมายที่สำคัญที่มีมาแต่เริ่มต้นคือการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน ดังจะเห็นได้จากแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในช่วงปี พ.ศ. 2547-2553 ที่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าหนึ่งในภารกิจที่สำคัญคือการศึกษาความเป็นไปได้ในการจัดตั้งระบบจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและการออกแบบของอาเซียน นอกจากนี้ ประเทศสมาชิกยังมีความผูกพันที่จะต้องเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ เช่น พิธีสารมาดริด (Madrid Protocol) ข้อตกลงกรุงเฮก (Hague Agreement) สนธิสัญญากรุงปารีส (Paris Convention) อนุสัญญากรุงเบอร์น (Berne Convention) และสนธิสัญญาความร่วมมือด้านสิทธิบัตร (Patent Cooperation Treaty: PCT) เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อยกระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศอย่างใดก็ตาม แม้ว่าแผนปฏิบัติการจะได้วางกรอบที่ชัดเจนในการดำเนินงาน แต่ทว่ายังคงมีความร่วมมือในหลาย ๆ ด้านยังไม่บรรลุเป้าหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน รวมไปถึงการเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ ๆ ภายในกรอบเวลาที่กำหนดไว้ โดยปัจจัยที่ถือเป็นปัญหาและอุปสรรคที่

สำคัญคือขีดความสามารถที่แตกต่างกันของประเทศสมาชิกในการปฏิบัติตามพันธกรณี อันเนื่องมาจากความแตกต่างในระดับการพัฒนาทางสังคม เศรษฐกิจและกฎหมายของประเทศ สมาชิกที่ยังมีความแตกต่างกันอยู่ค่อนข้างมาก ดังนั้น เพื่อสานต่อภารกิจหลักเหล่านี้ อาเซียนจึง ได้พัฒนาและบังคับใช้แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญามาอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน

แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนที่มีผลบังคับใช้ในปัจจุบัน เป็นการกำหนดทิศทางความร่วมมือและการดำเนินงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทาง ปัญญาในระยะ 10 ปี (พ.ศ. 2559-2568) ซึ่งเป็นการกำหนดระยะเวลาของแผนปฏิบัติการให้ สอดคล้องกับแผนงานประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC Blueprint 2025) ซึ่งเป็นแผนงานที่ ครอบคลุมแผนปฏิบัติการทางด้านเศรษฐกิจทั้งหมดรวมไปถึงด้านทรัพย์สินทางปัญญา แผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนฉบับปัจจุบันมีความมุ่งหมายที่จะใช้ ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหนึ่งในปัจจัยสำคัญในการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันรวมถึง ส่งเสริมการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก ดังนั้น ยุทธศาสตร์ที่สำคัญในแผน ปฏิบัติการฉบับนี้จึงมุ่งที่จะพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้มี ประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากล เช่น ยังคงมีการกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียน เข้าเป็นภาคีสถิติสัญญาความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ ๆ ของโลก นอกจากนี้ ยัง มีความมุ่งหมายที่จะพัฒนาระบบและเครือข่ายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียน เช่น พัฒนาระบบการยื่นจดทะเบียนออนไลน์ร่วมกัน ปรับปรุงฐานข้อมูลทางทรัพย์สินทางปัญญาของ อาเซียน รวมไปถึงพัฒนาเครือข่ายหรือเครื่องมือใหม่ ๆ ในการให้บริการทรัพย์สินทางปัญญา ร่วมกันในระดับภูมิภาค ภารกิจเหล่านี้ล้วนแล้วแต่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นของอาเซียนที่ ต้องการจะประสานความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกในแนบแน่นมากยิ่งขึ้น อันจะนำไปสู่การจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในอนาคต

4.2 ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญระหว่างอาเซียนกับประเทศนอก อาเซียน

นอกจากความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกัน เองยังมีความร่วมมือที่สำคัญอันเกิดจากความร่วมมือระหว่างอาเซียนและประเทศคู่ค้าที่สำคัญ เช่น สหภาพยุโรป สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น เป็นต้น แต่ทว่ากลุ่มประเทศคู่ค้าที่ให้ความร่วมมือ และให้ความช่วยเหลือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญามาอย่างยาวนานและต่อเนื่องมากที่สุดคือ สหภาพยุโรป จุดเริ่มต้นของโครงการความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างอาเซียนกับ สหภาพยุโรปคือ โครงการความร่วมมือทางสิทธิบัตรและเครื่องหมายการค้าของสหภาพยุโรป และอาเซียน (ASEAN-EU Patents and Trademarks Programme) หรือที่รู้จักกันในนาม ของโครงการ ECAP I ซึ่งมีช่วงเวลาดำเนินการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 ถึง พ.ศ. 2540 โครงการนี้ มุ่งเน้นการพัฒนาทรัพย์สินทางปัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบเครื่องหมายการค้า และ ระบบสิทธิบัตรของประเทศสมาชิกอาเซียน โดยสหภาพยุโรปมีการให้ความช่วยเหลือผ่านการ จัดฝึกอบรม สัมมนาและดูงานในสหภาพยุโรปเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของ

บุคลากรที่เกี่ยวข้อง ซึ่งส่งผลให้การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น¹⁷ แต่ทว่าโครงการความร่วมมือในครั้งนั้นมีเพียงประเทศสมาชิกบางส่วนของอาเซียนเท่านั้นที่เข้าร่วม ยังมีบางประเทศสมาชิกอื่นได้แก่ ลาว กัมพูชา และพม่า ที่ยังมิได้เข้าร่วม

ในปี พ.ศ. 2543 ได้มีการสานต่อความร่วมมือจากโครงการ ECAP I ผ่านโครงการความร่วมมือด้านสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประชาคมยุโรป-อาเซียน (EC-ASEAN Intellectual Property Rights Cooperation Programme) หรือที่รู้จักกันในนามของโครงการ ECAP II ซึ่งมีช่วงระยะเวลาดำเนินการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 จนถึงปี พ.ศ. 2550 โครงการนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมการปรับปรุงกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกอาเซียนให้มีความสอดคล้องต้องกัน และเพิ่มขีดความสามารถในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาของสมาชิกให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และที่สำคัญโครงการนี้ยังได้ขยายขอบเขตความร่วมมือให้ครอบคลุมในทุก ๆ ด้านที่สำคัญที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินทางปัญญา ได้แก่ ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า การออกแบบผลิตภัณฑ์ สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ ความลับทางการค้า และการออกแบบผังภูมิวงจรรวม นอกจากนี้ ทุกประเทศสมาชิกอาเซียน ยกเว้นประเทศพม่า ต่างก็เข้าร่วมในโครงการนี้อย่างพร้อมเพรียงกัน จึงถือได้ว่าเป็นความสำเร็จอีกก้าวหนึ่งที่สำคัญของอาเซียนอันนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในประเทศสมาชิกอาเซียนให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศมากยิ่งขึ้น¹⁸

ต่อจากนั้นก็ยังมีการดำเนินโครงการ ECAP มาอย่างต่อเนื่องจนถึงโครงการ ECAP III ซึ่งมีช่วงระยะเวลาดำเนินงานตั้งแต่ปี พ.ศ. 2553 จนถึงปี พ.ศ. 2560 จุดมุ่งหมายของโครงการก็เพื่อสานต่อโครงการก่อน ๆ ของ ECAP ซึ่งมุ่งที่จะเสริมสร้างขีดความสามารถในการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญารวมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อที่จะได้บรรลุเป้าหมายที่วางไว้ ได้มีการจัดกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างสองภูมิภาคอย่างแนบแน่นมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ทั้งสหภาพยุโรปและอาเซียนยังตระหนักถึงความแตกต่างทั้งในด้านระดับการพัฒนาและความสนใจของประเทศสมาชิกอาเซียน ดังนั้น ในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ จึงมุ่งสนับสนุนและเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศมีส่วนร่วมในการริเริ่มกิจกรรมตามความต้องการและความสนใจของตน ในโครงการความร่วมมือในครั้งนี้นี้อาเซียนได้ให้ความสำคัญและความสนใจเป็นพิเศษกับประเทศสมาชิกที่อยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดอย่างเช่น พม่า ลาว และ

¹⁷ ASEAN, **Cooperation in Intellectual Property** [Online], 2 May 2018. Available from <http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/cooperation-in-intellectual-property>

¹⁸ The Evaluation Unit, 'Evaluation of EC co-operation with ASEAN' (2009) Final Report, Volume 2, 25 <<http://www.oecd.org/derec/ec/47377499.pdf>> Accessed 2 May 2018.

กัมพูชา เพื่อที่จะช่วยสนับสนุนให้ประเทศเหล่านี้ได้เข้าไปมีส่วนร่วมอย่างเต็มที่ในแต่ละกิจกรรมที่ได้จัดทำขึ้นภายใต้โครงการนี้ อันจะทำให้ประเทศเหล่านี้มีระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

จากการดำเนินความร่วมมือผ่านโครงการ ECAP มาอย่างต่อเนื่อง อาเซียนได้จัดทำฐานข้อมูลเครื่องหมายการค้าออนไลน์ของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน (ASEAN TMview) รวมไปถึงฐานข้อมูลการออกแบบผลิตภัณฑ์ของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน (ASEAN Designview) ได้สำเร็จ ซึ่งเป็นการทำให้ผู้สนใจและผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงข้อมูลการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าและการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการคุ้มครองในกลุ่มประเทศอาเซียนได้ง่ายยิ่งขึ้น การจัดตั้งฐานข้อมูลเหล่านี้ถือเป็นความสำเร็จที่สำคัญอันเป็นผลมาจากความร่วมมือระหว่างอาเซียนและสหภาพยุโรปในการพัฒนาระบบและเครือข่ายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคของอาเซียนที่อาจพัฒนาไปสู่การมีระบบทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคเช่นเดียวกับที่มีในสหภาพยุโรป¹⁹ สิ่งเหล่านี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าสหภาพยุโรปให้การสนับสนุนอาเซียนอย่างต่อเนื่องและเป็นการให้ความร่วมมืออย่างเป็นรูปธรรม การดำเนินโครงการ ECAP ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาช่วยเพิ่มขีดความสามารถของสมาชิกอาเซียนในการให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การบังคับใช้ทรัพย์สินทางปัญญารวมไปถึงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและการจัดการทรัพย์สินทางปัญญาให้มีประสิทธิภาพและสอดคล้องกับมาตรฐานสากลมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ขณะนี้ระยะเวลาดำเนินโครงการ ECAP III ได้สิ้นสุดลงแล้ว และยังมีได้มีการตกลงกันถึงความร่วมมือในระยะต่อไป ย่อมเป็นที่น่าเสียดายหากโครงการความร่วมมือนี้จะต้องสิ้นสุดลง แต่หากเป็นเช่นนั้นจริง อาเซียนควรหันมาพึ่งพาและให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกด้วยกันเองอย่างจริงจังให้มากยิ่งขึ้น โดยไม่พึ่งพาความช่วยเหลือจากภายนอกภูมิภาคมากเกินไป

5. แนวทางในการพัฒนาความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียน

จะเห็นได้ว่าอาเซียนได้ดำเนินการประสานความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกันเองรวมไปถึงมีการประสานความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับประเทศคู่ค้าที่สำคัญโดยเฉพาะอย่างยิ่งสหภาพยุโรปอย่างต่อเนื่อง โดยแผนการดำเนินงานในแต่ละโครงการล้วนแล้วแต่มีจุดมุ่งหมายในการปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกรวมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ อีกทั้งยังมุ่งปรับปรุงโครงสร้างพื้นฐานและการบริหารจัดการทางทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ก็เพื่อมุ่งสู่จุดมุ่งหมายในการจัดตั้งระบบทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในระดับภูมิภาค เนื่องจากอาเซียนตระหนักดีว่าการจะสร้างตลาดร่วม

¹⁹ ECAP III, **About ECAP** [Online], 2 May 2018. Available from <http://www.ecap-project.org/about/ecap-iii-phase-ii>

อาเซียนที่มีการหมุนเวียนของสินค้าอย่างเสรีในประชาคมได้อย่างแท้จริงนั้น การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคจะเป็นหนึ่งในเป้าหมายที่อาเซียนมีมาแต่เริ่มแรกในการประสานความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญา แต่ทว่าอาเซียนยังคงมีอาจบรรลุเป้าหมายในส่วนนี้ได้ เนื่องมาจากข้อจำกัดหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่พร้อมของประเทศสมาชิก กล่าวคือ ความแตกต่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิกล้วนมีค่อนข้างมาก ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่เป็นประเทศที่ยังคงอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและพัฒนาน้อยที่สุด จึงเกิดความไม่เท่าเทียมกันในด้านความสามารถในการปรับปรุงกฎหมาย การบังคับใช้ รวมไปถึงการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาให้ทัดเทียมกับมาตรฐานสากล เนื่องจากประเทศเหล่านี้ยังขาดแคลนทรัพยากรที่เพียงพอทั้งในส่วนของการบุคลากรและทรัพยากรทางการเงิน ดังนั้น การที่จะบรรลุเป้าหมายในการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนจึงยังคงเป็นเป้าหมายในระยะยาวที่มีอาจสำเร็จได้ในระยะเวลาอันใกล้

ดังนั้น เพื่อสานต่อความร่วมมือและปฏิบัติงานต่าง ๆ ให้สำเร็จตามกรอบเวลาที่วางไว้ ความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาในอาเซียนควรดำเนินควบคู่ไปกับการลดช่องว่างในระดับการพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจของประเทศสมาชิกให้น้อยลง ความร่วมมือภายในระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันรวมไปถึงความร่วมมือกับประเทศคู่ค้าอื่น ๆ ควรเป็นไปในลักษณะที่มุ่งช่วยเหลือและให้ความสำคัญกับประเทศสมาชิกที่ไม่พร้อมหรืออยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาน้อยที่สุด อันได้แก่ พม่า ลาว และกัมพูชา มากเป็นพิเศษ กล่าวคือ นอกเหนือไปจากการดำเนินงานตามแผนปฏิบัติการด้านทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนรวมถึงการประสานความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับประเทศคู่ค้า ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นความตกลงร่วมมือในระดับพหุภาคีหรือในระดับภูมิภาคที่มีหลายประเทศเข้าร่วม อาเซียนควรส่งเสริมให้มีความร่วมมือในระดับทวิภาคีหรือความร่วมมือระหว่างกันในกลุ่มย่อยในโครงการความร่วมมือที่มุ่งพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและขีดความสามารถในการจัดการทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศอาเซียนที่อยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดให้มากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เนื่องจากความร่วมมือในระดับทวิภาคีหรือความร่วมมือกันในกลุ่มย่อยมีแนวโน้มที่จะดำเนินการได้ง่ายกว่าความร่วมมือในระดับพหุภาคี²⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีความร่วมมือระดับพหุภาคีที่ประกอบไปด้วยประเทศผู้เข้าร่วมที่มีความขีดความสามารถและระดับการพัฒนาที่แตกต่างกัน การที่จะ

²⁰ Mahathir Mohamad and Abdullah Ahmad, *Dr. Mahathir's Selected Letters to World Leaders Volume 2* (Marshall Cavendish International Asia Pte Ltd 2015); Shlomi Dinar, 'International Water Treaties: Negotiation and Cooperation along Transboundary River' (2008) 72 Psychology Press.

บรรลุตฤตประสงค์และเป้าหมายอันเป็นที่น่าพอใจของทุก ๆ ประเทศย่อมเป็นไปได้ยาก²¹ นอกจากนี้ ควรสนับสนุนให้มีการช่วยเหลือเกื้อกูลกันระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเอง มากกว่าการรอความช่วยเหลือจากประเทศภายนอกภูมิภาค เนื่องจากอาเซียนก็มีประเทศสมาชิกบางประเทศที่มีศักยภาพและความพร้อม เช่น สิงคโปร์ ที่สามารถจะให้ความช่วยเหลือ และให้คำแนะนำแก่ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในการพัฒนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา การบังคับใช้กฎหมาย รวมไปถึงการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาให้มีประสิทธิภาพและเป็นไปตามมาตรฐานสากลได้ ดังนั้น หากโครงการความร่วมมือเหล่านี้ประสบความสำเร็จด้วยดี อันทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนมีระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ใกล้เคียงกันมากขึ้น เป้าหมายในการจัดตั้งระบบทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนก็ย่อมอยู่ไม่ไกล

6. บทสรุป

ความร่วมมือทางทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหนึ่งในความร่วมมือที่สำคัญในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน การจัดตั้งตลาดร่วมอาเซียนที่มีการหมุนเวียนของสินค้าโดยเสรีอย่างแท้จริง ย่อมมีอาจเกิดขึ้นได้หากยังคงมีความแตกต่างทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกซึ่งถือเป็นอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภายในประเภหนึ่ง แม้ว่าอาเซียนจะตระหนักถึงความสำคัญในส่วนนี้และได้มีการประสานความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาทั้งระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเองรวมถึงความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับประเทศคู่ค้าที่สำคัญอย่างเช่นสหภาพยุโรปอย่างต่อเนื่อง การจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของอาเซียนในระดับภูมิภาคยังคงเป็นเป้าหมายที่ยังมีอาจไปถึงได้ อันมีสาเหตุมาจากปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญที่เกิดจากความเหลื่อมล้ำหรือความไม่เท่าเทียมกันในระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม และกฎหมายของประเทศสมาชิก โดยปฏิเสธไม่ได้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังคงอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาน้อยที่สุด จึงส่งผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนส่วนใหญ่ยังขาดศักยภาพที่เพียงพอในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้เป็นไปตามมาตรฐานระหว่างประเทศ รวมไปถึงการบังคับใช้กฎหมายและการบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น นอกเหนือไปจากการประสานความร่วมมือทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาอย่างต่อเนื่องและแนบแน่นทั้งระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกันเอง รวมถึงความร่วมมือระหว่างอาเซียนกับประเทศภายนอกภูมิภาคแล้ว สิ่งสำคัญที่ต้องดำเนินการควบคู่กันไปคือการลดความเหลื่อมล้ำหรือความแตกต่างในระดับการพัฒนาของประเทศสมาชิก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านสังคมและเศรษฐกิจให้ลดน้อยลง โดยมุ่งให้ความช่วยเหลือประเทศสมาชิกในกลุ่มประเทศพัฒนาน้อยที่สุดเป็นสำคัญ ทั้งในรูปแบบความช่วยเหลือทางการเงินและทางเทคนิค เพื่อช่วยให้ประเทศสมาชิกเหล่านี้สามารถพัฒนาได้

²¹ Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*, (Harvard University Press, 1965).

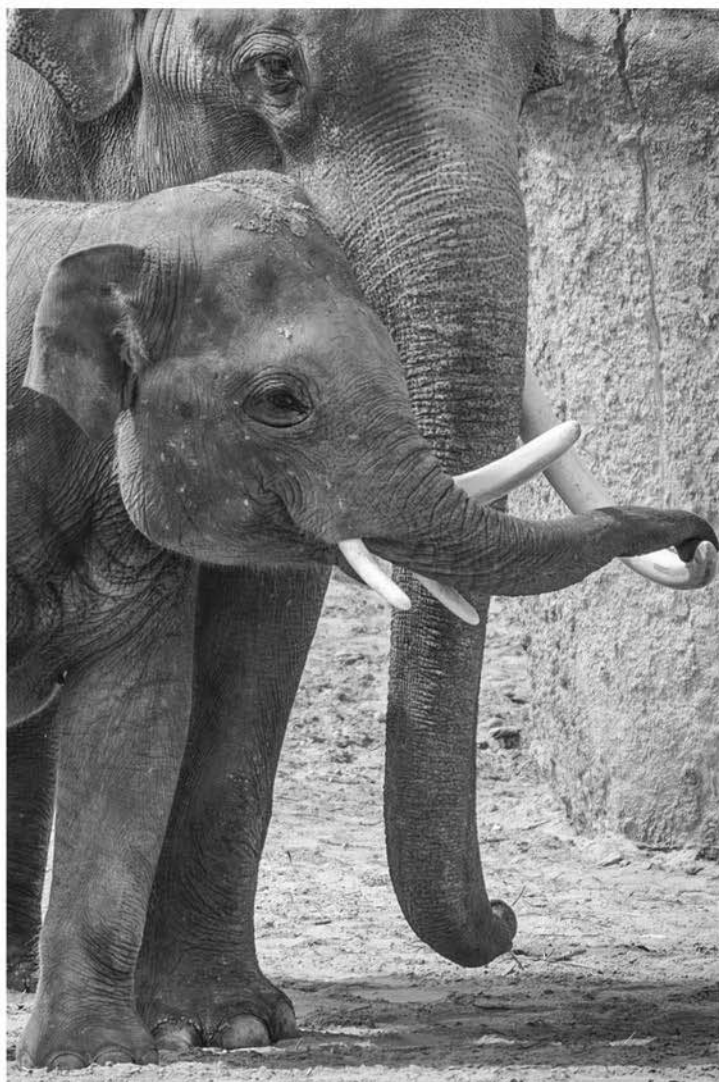
ทันประเทศสมาชิกอื่น ๆ นอกจากนี้ อาเซียนควรส่งเสริมให้มีความร่วมมือทางด้านทรัพยากร
ทางปัญญาในระดับทวิภาคีให้มากขึ้น โดยควรเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศที่พร้อมจะเป็น
ประเทศพี่เลี้ยงกับประเทศที่ยังขาดศักยภาพที่เพียงพอ เพื่อที่จะได้เปิดโอกาสให้ประเทศเหล่านี้
ได้ร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดและแลกเปลี่ยนประสบการณ์กันอย่างเต็มที่ โดยหากอาเซียนสามารถ
ลดช่องว่างของระดับการพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกให้ลดน้อยลง จนในที่สุดสามารถทำให้
ทุก ๆ ประเทศพัฒนาไปพร้อม ๆ กันได้ เมื่อนั้นเป้าหมายในการพัฒนากฎหมายทรัพยากร
ปัญญาของประเทศสมาชิกให้เป็นไปตามมาตรฐานสากล รวมไปถึงการจัดตั้งระบบกฎหมาย
ทรัพยากรปัญญาในระดับภูมิภาคของอาเซียนย่อมบรรลุผลสำเร็จได้

บรรณานุกรม

- กริชพกา บุญเฟื่อง, “การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญากับเศรษฐกิจสร้างสรรค์,” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ 4, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2556).
- ASEAN, ‘Cooperation in Intellectual Property’ <<http://www.asean.org/communities/asean-economic-community/item/cooperation-in-intellectual-property>> Accessed 2 May 2018.
- ASEAN, ‘The Asean Declaration (Bangkok Declaration) Bangkok, 8 August 1967’ <<http://asean.org/the-asean-declaration-bangkok-declaration-bangkok-8-august-1967/>> Accessed 20 April 2018.
- David L. Blenkhorn, *Competitive Intelligence and Global Business* (Greenwood Publishing Group 2005).
- ECAP III, ‘About ECAP’ <<http://www.ecap-project.org/about/ecap-iii-phase-ii>> Accessed 2 May 2018.
- Helen Norman, *Intellectual Property Law* (OUP, 2014).
- ICC, ‘Intellectual Property: Powerhouse for Innovation and Economic Growth’ (2011).
- Jakkrit Kuanpoth, *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future* (Edward Elgar Publishing, 2010).
- Mahathir Mohamad and Abdullah Ahmad, *Dr. Mahathir’s Selected Letters to World Leaders Volume 2* (Marshall Cavendish International Asia Pte Ltd, 2015).
- Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Harvard University Press, 1965).
- Shlomi Dinar, ‘International Water Treaties: Negotiation and Cooperation along Transboundary River’ (2008) 72 Psychology Press.
- The Evaluation Unit, ‘Evaluation of EC co-operation with ASEAN’ (2009) Final Report, Volume 2, 25 <<http://www.oecd.org/derec/ec/47377499.pdf>> Accessed 2 May 2018.
- WIPO, ‘Myanmar: Patents and Designs (Emergency Provisions) Act of 1946’ <<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6177>> Accessed 1 May 2018.
- WIPO, ‘WIPO-Administered Treaties’ <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?treaty_id=8> Accessed 1 May 2018.

- WTO, 'Responding to least developed countries' special needs in Intellectual Property' <http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/ldc_e.htm>
Accessed 1 May 2018.





Illegal Trade of Elephant Ivory and **Implementation** of CITES by Thailand

การคำนวณที่ผิดกฎหมายและการอนุวัติการอนุสัญญาไซเตสภายใต้บริบทของประเทศไทย

Thanapat Chatinakrob

“ชาติกำเนิดของผู้คนหาได้เป็นสิ่งสำคัญไม่
คนยอมไม่ใช่สุนัข ทั้งมิใช่อาชญา
จึงจะต้องมีพันธุ์ดี ถึงจะนับว่าดีได้
คนเราคิดจะเป็นบุคคลเยี่ยงไร
ล้วนอยู่ที่ตัวมันเองคิดกระทำทั้งสิ้น”

- โกวเล้ง -



Illegal Trade of Elephant Ivory and Implementation of CITES by Thailand

การดำเนินงานที่ผิดกฎหมายและการอนุวัติการอนุสัญญาไซเตสภายใต้บริบท ของประเทศไทย

Thanapat Chatinakrob^{*}
ธนภัทร ชาตินักรบ

1. Introduction

At the Seventeenth Meeting of the Conference of the Parties ('CoP17'), Thailand was listed as one of nine countries of secondary concern by the Standing Committee of the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora ('CITES') and has to prepare national ivory action plans ('NIAPs').¹ In order to strengthen regulations of the trade in ivory and challenge the illegal ivory trade, Thailand, as a member State of CITES,² has an international obligation to eliminate illegal trade in ivory, including providing effective actions dealing with such situations.

2. CITES and its Protections against the Illegal Ivory Trade

To reach an effective analysis on Thailand's implementation under CITES, it is important to first provide an overview of CITES, which is the key player dealing with the control of the trade in endangered species of plants and animals. Then, this section identifies the significant role of CITES in combatting with the illegal trade of ivory in particular, discussing the NIAPs for some member States.

^{*} Intern (Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law); LL.M. (Queen Mary University of London); LL.M. and LL.B. (Thammasat University)

¹ CITES, 'Report of the Seventeenth meeting of the Conference of the Parties on the National Ivory Action Plans Process' CoP17 Doc. 24 (Rev. 1) (Johannesburg, 24 September to 5 October 2016) 12.

² Thailand ratified the CITES on 21 January 1983.

2.1 CITES: An Overview

With a determination by member States to protect endangered species of flora and fauna from extinction, the CITES draft was adopted in 1963 at the 7th General Assembly meeting of the International Union for Conservation of Nature ('IUCN'), followed by the official text on 3 March 1973.³ To understand CITES, the following points need to be briefly introduced: its administrative apparatus, Appendices, exemptions, compliance, enforcement and its relationship with other treaties.

Regarding its administrative apparatus, CITES consists of a number of important organs, especially the Secretariat, the Conference of the Parties ('CoP'), the Standing Committee, as well as the Management and Scientific Authorities. While the Secretariat mainly prepares meetings, reports and resolutions, the CoP takes a lead role in meeting every two or three years for amending the list of Appendices in order to enhance the strength of the Convention.⁴ Due to the size of the task of the CoP, Standing Committees have been formed to address specific issues.⁵ Last, every State party has obligation to nominate Management and Scientific Authorities to implement CITES effectively.⁶

As mentioned earlier, the Appendices are continually reviewed by the CoP. If listed, State parties should also implement such a list in national legislation or regulation regarding the trade in the listed species.⁷ Members of the list of species under Appendix I and II might be added or removed in accordance with the guideline proposed by the Bern criteria, which was replaced by Fort Lauderdale criteria when the CoP raised the important of

³ CITES (signed 3 March 1973, entered into force 1 July 1975) 993 UNTS 243; first amended 22 June 1979 (entered into force 13 April 1987) and second amended 30 April 1983 (no entry into force); CITES, 'What is CITES?' <<https://www.cites.org/eng/disc/what.php>> accessed 15 March 2018; Philippe Sands and Jacqueline Peel, *Principles of International Environmental Law* (Cambridge University Press 2012) 472.

⁴ CITES (ibid.) art XI(2) and Sands and Peel, ibid.

⁵ Michael Bowman, Peter Davies and Catherine Redgwell, *Lyster's International Wildlife Law* (Cambridge University Press 2010) 488.

⁶ Ibid, 490.

⁷ Sands and Peel (n 3) 472.

precautionary principle.⁸ Appendix I includes all threatened species with extinction, which ‘are or may be affected by trade’;⁹ the trade in these specimens is thus strict and only allowed under exceptional circumstances. The scope of species provided under Appendix II is broader and less strict than Appendix I because it includes all species that have or seem to have potential to be threatened.¹⁰ There is also another Appendix, Appendix III, which covers all species proposed by States parties in order to preserve and control them in trade.¹¹

CITES also has several exemptions to trade provisions. For example, a permit is not necessary for the transit or transshipment of specimens in a party’s jurisdiction if they are under the control of customs,¹² pre-Convention specimens,¹³ specimens that belong to personal owners,¹⁴ captive-bred specimens¹⁵ and specimens for scientific purposes.¹⁶

With regard to compliance, every CITES organ, including the Standing Committee, the CoP and the Secretariat, take an important role in guaranteeing compliance with international obligations.¹⁷ While the Standing Committee monitors and assesses compliance, information verification and advice to the parties,¹⁸ the CoP, on the other hand, reviews decisions proposed by the Standing Committee and introduces policy direction on compliance.¹⁹ The Secretariat then supports the CoP’s role concerning compliance matters.²⁰

⁸ CITES, Resolution Conf. 1.1 and Resolution Conf. 9.24 (Rev. CoP14).

⁹ CITES (n 3), art II(1).

¹⁰ *ibid*, art II(2).

¹¹ *ibid*, art II(3).

¹² *ibid*, art VII(1).

¹³ *ibid*, art VII(2).

¹⁴ *ibid*, art VII(3).

¹⁵ *ibid*, art VII(4). For ranching specimens, they are moved from Appendix I to II because the survival rate is very low, thus there is a permission to take these specimens from the wild.

¹⁶ *ibid*, art VII(6).

¹⁷ Bowman, Davies and Redgwell (n 5) 518.

¹⁸ CITES, Resolution Conf. 14.3, para 12.

¹⁹ *ibid*, para 10.

²⁰ *ibid*, para 14.

However, CITES cannot be effectively operated without enforcement by its parties. This can be done under the scope of a national or regional perspective. For example, within the Association of Southeast Asian Nations ('ASEAN'), there is a regional programme called the ASEAN Wildlife Enforcement Network, established in 2005, aiming to strengthen the cooperation in legal enforcement of CITES among ASEAN countries.²¹ Even though there have been several attempts to comply with CITES rules, the CoP still believes that many parties face challenging difficulties in enforcing this process, because approximately two-thirds of the parties are developing states.²² The CoP thus decided to provide some additional funding for such States.²³

Thus in summary, CITES has its own system, which needs cooperation of every single organ, namely the Secretariat, the CoP, the Standing Committee and the Management and Scientific Authorities, as well as collaboration from State parties in order for effective enforcement.

2.2 Enforcing CITES to Combat Illegal Trade in Ivory

Initiated by Resolution Conference 10.10 (Rev. CoP15), the national ivory action plans ('NIAPs') were concretely formed at the sixteenth meeting of the CoP in 2013 by the recommendation of the Standing Committee.²⁴ The NIAPs are practical instruments used by some States parties to the CITES in order to enhance the restriction of the elephant ivory trade and to combat illegal trade in ivory.²⁵ The Plans are amended in accordance with CITES Standing Committee recommendations, together with the information collected by the Elephant Trade Information System ('ETIS'), the monitoring system under the CITES.

²¹ ASEAN Ministers, 'Joint Press Statement of the ASEAN Ministers Responsible for Implementation of CITES' (Bangkok, 1 December 2005).

²² CITES, Resolution Conf. 3.4.

²³ CITES, Resolution Conf. 11.3 (Rev. CoP14).

²⁴ CITES, 'Report of the Sixteenth meeting of the Conference of the Parties on Monitoring of illegal trade in ivory and other elephant specimens' CoP16 Doc. 53.2.2 (Rev. 1) (Bangkok, 3–14 March 2013) 1.

²⁵ CITES, 'CITES National Ivory Action Plans' <<https://www.cites.org/eng/niaps>> accessed 18 March 2018.

According to the NIAPs, along with analysis by the ETIS there are also evaluations, resulting in three groups of countries: Parties of ‘primary concern’, Parties of ‘secondary concern’ and Parties of ‘importance to watch’. The Parties of primary concern consist of countries that have roles as a source, transit or destination country of illegally traded ivory.²⁶ The Parties in this category, most affected by the illegal trade in ivory, are presumed to participate in the NIAPs process, which requires a State to prepare five-pillar structure, including: (i) legislation and regulations, (ii) national-level enforcement action and inter-agency collaboration, (iii) international and regional enforcement collaboration, (iv) outreach, public awareness and education, and (v) reporting.²⁷ On the other hand, the Parties of secondary concern, consisting of parties markedly affected by illegal trade in ivory, are not presumed to need to participate in the NIAPs process, while the Parties of importance to watch, affected by illegal trade in ivory, are not recommended for participation in the NIAPs.²⁸

During the first two years of the NIAPs programme, eight countries were listed as Parties of ‘primary concern’, China, Kenya, Malaysia, the Philippines, Thailand, Uganda, the United Republic of Tanzania and Viet Nam. At CoP17, some countries, such as Thailand and the Philippines, were moved to lower categories because of their adoption of enforcement in accordance with the NIAPs guidelines.²⁹ However, there was also one country moved to a higher category, namely Cambodia, moved from the Parties of ‘importance to watch’ to the Parties of ‘secondary concern’ as assessed by the ETIS.³⁰

At the latest meeting on the NIAPs, the CoP17 adopted Guidelines to the NIAPs process, which expects the Secretariat to begin the reviewing process of new countries on the list and asks these countries to submit relevant information to the CITES Standing Committee.³¹ The Standing Committee also

²⁶ CITES, ‘Introduction: Parties of ‘primary concern’’ <https://cites.org/eng/prog/niaps/introduction_parties_of_primary_concern> accessed 18 March 2018.

²⁷ CITES, Resolution Conf. 10.10 (Rev. CoP17) 11–12.

²⁸ *ibid.*

²⁹ CITES (n 1) 12.

³⁰ *ibid.*

³¹ CITES (n 27), Annex 3.

clarified the three categories of the ETIS and provided new names for NIAP categories to ‘Category A Parties’ (former the Parties of ‘primary concern’), consisting of Parties most affected by illegal ivory trade; ‘Category B Parties’ (former the Parties of ‘secondary concern’), consisting of Parties markedly affected by illegal ivory trade; and ‘Category C Parties’ (former the Parties of ‘importance to watch’), consisting of Parties affected by illegal ivory trade.³²

3. The Illegal Ivory Trade in Thailand and its Background

This section introduces some relevant facts of the elephant ivory trade in Thailand by illustrating the history and current situation of the illegal ivory trade in the country. Then describes international obligations under CITES concerning trade in ivory that Thailand should respect. Finally analyses Thai domestic laws, policies and actions concerning the ivory trade, including national implementation through some cases in Thai domestic courts.

3.1 History and Current Situation of Illegal Ivory Trade in Thailand

According to the ETIS report in 2013, Thailand has been listed as one of the Asian elephant range States.³³ Even though the rate of ivory seizures was ranked the fourth largest by weight value among the parties, there were only 11 reports on ivory seizure information to the ETIS since the CoP9.³⁴ However, Thailand has been reported by others about ivory seizures in the country, which have been estimated as four times as many seizures as reported in the national reports.³⁵ Moreover, there was also a report by the Rule of Law Index by the World Bank that there was a lack of effective law enforcement in Thailand towards the illegal trade in ivory, resulting a growing number in ivory seizures, about 8.3 tonnes of ivory.³⁶ Furthermore, approximately 77% of the illegal ivory trade was indicated as attributed to Thailand.³⁷ This made Thailand

³² CITES, ‘Sixty-ninth meeting of the Standing Committee on National Ivory Action Plans Process: Report of the Secretariat’ SC69 Doc. 29.3 (Geneva, 27 November to 1 December 2017).

³³ CITES (n 24) 13.

³⁴ *ibid.*

³⁵ *ibid.*

³⁶ *ibid.*

³⁷ *ibid.*

at the top of all parties in terms of worst compliance with regulation of domestic ivory markets.

Ivory products are imported into Thailand as cargo with poor enforcement of the domestic market. Even though Thailand has the Commercial Registration Act BE 2499 (1956) that requires every retailer, wholesaler and carving business to register under domestic law, the law was rarely enforced; only 67 traders were registered.³⁸ With regard to the raw ivory trade, all products are required to be authorised at the Department of Livestock Development, the Ministry of Agriculture and Cooperatives, but there was no information on specific descriptions, such as weights and origin.³⁹ To solve such problems, Thailand passed a Ministerial Order of 5 March 2009 to identify records and documents relating to trade in ivory for inspection.⁴⁰ This led to Thailand listed as a Party of ‘primary concern’ at the end of the CoP16.

With the achievement of the control of ivory trade by Thailand, Thailand was moved from the parties of ‘primary concern’ to the parties of ‘secondary concern’ at the CoP17.⁴¹ Thailand provided an active plan in combating illegal ivory trade, resulting in a country of non-destination of large-scale ivory seizures.⁴² Since the 2013, there have been an increasing number of legal enforcement actions, amendments to domestic laws and non-governmental organisations (‘NGOs’) supporting the compliance of CITES rules in Thailand.⁴³ Further information on how Thailand has implemented CITES in relating to illegal ivory can be found in Section 3.3.

³⁸ CITES, ‘Ivory Trade Control in Thailand (submitted by Thailand)’ SC62 Inf. 11 (Geneva, 23–27 July 2012).

³⁹ CITES (n 24) 18.

⁴⁰ Department of Business Development, Ministry of Commerce of Thailand, ‘Ministerial Order Relating to Type of Ivory retailers, Wholesalers and Carving Businesses B.E. 2522 (2009)’ (4 February 2009).

⁴¹ CITES, ‘Seventeenth meeting of the Conference of the Parties: Report on the Elephant Trade Information System’ CoP17 Doc. 57.6 (Rev. 1) 21.

⁴² *ibid.*

⁴³ *ibid.*, 22.

3.2 Thailand's Obligations under CITES

As a State party of CITES since 1983, Thailand has obligations to respect and implement the Convention at both the international and domestic levels. This includes implementation by developing national legislation and complying with decisions and recommendations provided by the CoP and the CITES Standing Committee. According to the Convention, in the relation with illegal trade issue Thailand has an obligation to prohibit trade in specimens, including illegal trade in elephant ivory.⁴⁴

According to the Resolution adopted by the Tenth meeting of the CoP with latest amendment at the CoP17, the illegal trade in ivory issue was considered as one of main challenges, and Thailand, as a CITES party and listed party of primary concern at that time, has obligations to prepare a NIAPs.⁴⁵ Even though Thailand is moved to a better position now as a party of secondary concern in accordance with the ETIS report at CoP17, Thailand still has obligation to implement the NIAP under the CITES framework.

According to the Annex 3 to Resolution Conf. 10.10 (Rev. 17) on *Trade in elephant specimens*,⁴⁶ Thailand should follow the five-step guidelines proposed by the CoP as follows. *Step One*, Thailand has obligation to participate in the NIAPs process and develop a Plan to submit to the CITES Standing Committee.⁴⁷ *Step Two*, with regard to the development of the Plan, Thailand should develop at least an adequate Plan, consisting of specific issues, the five-pillar structure (i.e. legislation and regulations; national level enforcement action and inter-agency collaboration; international and regional enforcement collaboration; outreach, public awareness and education; and reporting), and a clear outline with a proposed timeframe to the achievement of the implementation and measures to solve problems.⁴⁸ *Step Three*, the Secretariat, along with experts, will assess the NIAP to approve or suggest amendments to it.⁴⁹ *Step Four*, Thailand should submit the progress reports

⁴⁴ CITES (n 3), art VIII.

⁴⁵ CITES (n 27) 1.

⁴⁶ *ibid*, Annex 3.

⁴⁷ *ibid*.

⁴⁸ *ibid*.

⁴⁹ *ibid*.

regarding the national implementation under the NIAP action to the Secretariat 90 days in advance of each meeting of the CITES Standing Committee.⁵⁰ And *Step Five*, the Secretariat will consult with the experts to consider all NIAP actions by Thailand in order to remove Thailand from the list.⁵¹ This is a summary of five processes adopted by the CoP to CITES, however, to achieve each step and comply with each NIAP takes time. It is clear that Thailand is on track to implement the NIAP and other obligations under CITES, but the process is still incomplete.

3.3 Thai Laws, Policies and Actions concerning the Ivory Trade

After the establishment of the CITES Management Authority by the Thai Cabinet Resolution regarding the Thailand Ivory Action Plan to combat with seizure of illegal ivory, promulgated on 16 September 2014, Thailand first submitted a progress report on the implementation of NIAP to the CITES Standing Committee in 2015.⁵² Regarding implementation, Thai actions can be classified into five categories: the enactment of legislation and regulations, the establishment of a registration database system, supervision and law enforcement, raising public awareness and evaluation and monitoring.⁵³

Thailand passed new laws and amended several existing ones to strengthen the control of domestic trade in ivory. For the core enactment, there is a new law called the Elephant Ivory Act B.E. 2558 (2015), which aims to control the number of possession, trade, import and export, and other transactions of domestic elephant ivory.⁵⁴ There are obligations for ivory owners to register their ivory products and fines and imprisonment penalties if there is trade, import or export of ivory without permission. Other significant laws are the amendment to the Beast of Burden Act B.E. 2482 (1939),⁵⁵ and the Wild

⁵⁰ *ibid.*

⁵¹ *ibid.*

⁵² Thai Cabinet Resolution regarding National Ivory Action Plan to Control and Solve Illegal Ivory Seizure on 16 September 2014.

⁵³ Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation, 'Progress Report on the Implementation of Revised Thailand's National Ivory Action Plan for SC66' SC66 Doc. 29 A8 (15 September 2015).

⁵⁴ Elephant Ivory Act B.E. 2558 (2015) (enforced on 17 January 2015).

⁵⁵ Beast of Burden Act B.E. 2482 (1939) (amendment in progress).

Animals Reservation and Protection Act (No. 3) B.E. 2557 (2014).⁵⁶ The amendment includes the protection of ivory and other ivory products of African elephants as a protected species under the law and increasing penalties of both fines and imprisonment.

With regards to the establishment of ivory database system, Thailand has improved the registration ivory trade system for all possessions of ivory products, including those from domesticated and African elephants, those traded in ivory domestic markets and those confiscated in order to ensure the effective control and monitoring of the ivory trade. According to the information provided by the Thai government, about 80% of the accessible data was added to the online system.⁵⁷

Regarding legal enforcement concerning the illegal ivory trade, Thailand initiated the subcommittee on ivory trade supervised by the Deputy Commissioner of Thailand.⁵⁸ There were 739 trade inspections by 79 police teams in the country between April and August 2015.⁵⁹ There has been an increased curbing of illegal ivory trade since then. For example, the rate of inspection at the borders, sea ports, airport and of postal mail has been increased. According to a report by the Customs Department, approximately seven illegal ivory trades were seized and two of the cases resulted in large-scale confiscations.⁶⁰ Another example can be found from the monitoring of domestic trade in illegal ivory. There were four cases of illegal trade in ivory by Thai nationals that were seized by the Royal Thai Police.⁶¹

To combat the problem effectively, Thailand has also raised awareness among its nationals and tourists through a number of online and offline media sources. This includes local newspapers, television, social media, public seminars and signs at public places. One example is a campaign named 'Don't Buy Ivory', which appeared at several public places, especially airports, border

⁵⁶ Wild Animals Reservation and Protection Act B.E. 2535 (1992) (Third amendment, enforced on 31 December 2014).

⁵⁷ More information available at <http://ivory.dnp.go.th>.

⁵⁸ Department of National Parks (n 53) 2.

⁵⁹ *ibid*.

⁶⁰ *ibid*, 19.

⁶¹ *ibid*, 23.

areas and tourist attractions.⁶² It is clear that the activity of authorities is not enough to stop this problem; there is also a need in understanding and collaboration from public.

Last is evaluation and monitoring. Thailand has provided several Committees to monitor the improvement of NIAP in Thailand. There was a record during the first phrase in 2015, where more than 11 meetings were held to monitor and evaluate the implementation of CITES, including preparing a progress report to the CITES Standing Committee.⁶³

After the first report to the 66th meeting of the CITES Standing Committee, Thailand also submitted another two reports to following meetings of the Committee. There were reports on illegal ivory seizures at domestic ivory markets and airports in 2016, for example.⁶⁴ However, the amendment of the existing laws, such as the Beast of Burden Act B.E. 2482 (1939) has not still been achieved.⁶⁵ The active role to combat illegal ivory trade in Thailand has been increased by the Order Number 60/2559 of the National Council for Peace and Order ('NCPO') regarding the implementation of comprehensive measures to address illegal trade in elephants.⁶⁶ This Order covers elephant ivory as a product of elephants. From 2016 to mid-2017, six more cases concerning the illegal ivory trade were conducted and ivory seized by the Department of Customs, all of which were linked to the smuggling framework of neighbouring countries.⁶⁷

⁶² *ibid*, 3.

⁶³ *ibid*, 3-4.

⁶⁴ Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation, 'Progress Report on the Implementation of Thailand's National Ivory Action Plan submitted to 67th meeting of CITES Standing Committee' SC67 Doc. 13 Annex 5 (Johannesburg, 23 September 2016).

⁶⁵ *ibid*.

⁶⁶ Order Number 60/2559 dated 28 September 2016 relating to Relevant Agencies to Implement Comprehensive Measures to Address Illegal Trade in Elephants.

⁶⁷ Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation, 'Progress Report on the Implementation of Thailand's National Ivory Action Plan during October 2016 to June 2017 submitted to 69th meeting of CITES Standing Committee' SC69 Doc. 29.3 Annex 15 (Geneva, 27 November to 1 December 2017).

The evidence mentioned above illustrates how Thailand has implemented and enforced its CITES obligations in relation to the illegal trade in ivory, but there should be further improvement if Thailand wants to be withdrawn from the NIAP list, as will be discussed in the following section.

4. Effective Implementation: Withdrawing Thailand from CITES's Parties of Concern List

This section recommends four main significant points that might assist Thailand in being withdrawn from the CITES's Parties of Concern List, consisting of legislative reform, law enforcement, public awareness and monitoring and evaluation. Compared with some successful CITES parties,⁶⁸ such as the Philippines, China, and Mozambique. This section illustrates how Thailand should adapt some of their models of others to effectively combat the illegal trade in ivory sustainably.

4.1 Legislative Reform

As stated in the Guidelines to the NIAPs Process,⁶⁹ the reform of national legislation is one of important conditions in developing the NIAP. Thailand has provided a substantially new law, namely the Elephant Ivory Act B.E. 2558 (2015)⁷⁰ and the amendment to the Wild Animals Reservation and Protection Act (No. 3) B.E. 2557 (2014)⁷¹ to deal with illegal ivory trade situation in Thailand. This was a significant change in Thai domestic laws, and it was the first time that Thailand has specific legislation providing penalties for ivory trade matters, which was a driving factor that lowered Thailand from the list of 'primary' to 'secondary' concern countries. However, judging from the report of ETIS at the CoP16, Thailand still ranked the highest among other countries concerning the illegal ivory trade,⁷² thus Thailand is still on the list of Parties of 'secondary concern'.

⁶⁸ Please note that this section will not describe specific issues solved by successful states, but it describes how the ETIS considers and classifies types of Parties of Concern List.

⁶⁹ CITES (n 27), Annex 3.

⁷⁰ Elephant Ivory Act (n 54).

⁷¹ Wild Animals Reservation and Protection Act (n 56).

⁷² CITES (n 27), Annex 3, 22.

With regards to further recommendations, here is what Thailand can do in order to combat the illegal ivory trade more effectively.

(a) Amendment of the existing laws

There is no need in passing new laws to combat the illegal ivory trade, because Thailand has already passed a new one in 2015, which covers the essential aspects of the illegal ivory trade in accordance with CITES. However, some existing domestic laws are still inconsistent with CITES. For example, the Beast of Burden Act B.E. 2482 (1939), which Thailand has added to the NIAP submitted to the 66th meeting of the CITES Standing Committee, has been in a draft form for a very long time, but the process of legislation is still unfinished. The proposed draft includes the protection of elephant products, especially ivory.

Another example can be found in the Customs Act B.E. 2560 (2017). There was an amendment of the whole structure of the Custom law to comply with the current situation and international obligation under the CITES, including the intensity in law enforcement for smuggling, import and export of illegal products (elephant ivory) and illegal transaction. However, such a law has maximum penalties that might not comply with the future situation. This law thus needs continual development and revision.

(b) Subordinate legislation

Passing new acts and amending new laws seems to have been embraced by Thailand, however, what Thailand should continue to expand is its role in enforcing such laws. This can be achieved by enacting subordinate legislation. Taking the Elephant Ivory Act for an example, several categories of delegated legislation should be available to effectively enforce the Act as soon as possible, discussed below.

At least three clusters of subordinate legislation should be implemented. *First*, there should be at least three Ministerial Regulations. Right now, there is no explanation of rules, procedures and conditions concerning the permission, trade and suspension or revocation of permits, which should be prescribed by regulation.⁷³ Furthermore, the Act only mentions that an ivory holder should submit an application for permission of ivory transit, but no

⁷³ Elephant Ivory Act (n 54), section 4.

guideline is available for the import and export or possess for transit of elephants ivory in accordance with the Act.⁷⁴ Thus, the Settlement Committee, by the virtue of the Minister of National Resources and Environment ('NPE'), should establish Ministerial Regulations to comply with the Act, as well as the NIAP submitted to the CITES Standing Committee. Moreover, the Act grants permission to the Minister to issue the Ministerial Regulation on fees and execution in accordance with the rate of fees under the annex.⁷⁵ However, such a ministerial regulation does not currently exist.

Second, Ministerial Notices should also be enacted. The Minister of NPE should provide the Notice guidelines to submit applications for possession of elephant ivory without a commercial purpose.⁷⁶ This section relates to the Beast of Burden Act which needs an adoption of its draft amendment in order to advance the process. Another important example from the Elephant Ivory Act are guidelines regarding to the notification of the transfer of possession.⁷⁷ Until now, there have not been any rules available implementing these obligations.

Third, the Director General of the Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation should declare its announcements concerning rules, procedures and conditions concerning the permission of elephant ivory trade and a list of acquisition.⁷⁸ Such rules are still in process, even for the principal Act, which has been enforced since 2015.

(c) Public participation in passing or amending laws

The Philippines, one of the successful CITES parties, moved from the list of parties of 'primary concern' to 'importance to watch'. The national government provided several public and national consultations to gain feedback and comments from various sources. This led to the increase of the

⁷⁴ Elephant Ivory Act (n 54), section 5.

⁷⁵ Elephant Ivory Act (n 54), section 20.

⁷⁶ Elephant Ivory Act (n 54), section 6.

⁷⁷ Elephant Ivory Act (n 54), section 7.

⁷⁸ Elephant Ivory Act (n 54), sections 18 and 19.

strength of consolidated legislation of ivory laws, due to buy-in from a variety of stakeholders.⁷⁹

The Thai government has focused on the reform of the structure of ivory law at ministerial level, without providing enough consultation of public participation. The reason behind this decision can be understandable in the short run, because Thailand had been listed in the cluster of primary concern countries. Since holding many consultations or meetings might take a long time, the government thus enacted the Elephant Ivory Act and other related legislation to stimulate instant action to combat the illegal ivory trade. However, there might be gaps in the Act, that Thailand might need to improve. This can be done in several ways, including arranging public consultations among stakeholders, providing channels for any entities to give further recommendations in order to achieve and exit the NIAP.

In summary, legislative reform is one of the guidelines under the NIAPs to comply with the CITES rules for combatting illegal trade in ivory. Thailand has initiated several important actions towards legislative reform, however, there are still ongoing issues that Thailand has to overcome to be able to withdraw itself from the CITES list as mentioned above.

4.2 Law Enforcement

It was mentioned earlier in a previous section that actions done by Thailand in combatting with illegal ivory trade includes the establishment of patrol teams, the Centre for Suppression of Illegal Ivory Trade, as well as a number of reasonable check points under the supervision of the Royal Thai Police.⁸⁰ Also, there were many seizures of smuggled ivory at several border areas.⁸¹ According to the ETIS analysis, if Thailand would like to withdraw itself from the list, Thailand should adapt its national governance to satisfy two indicators proposed by the ETIS.

(a) Satisfying World Bank governance indicator for rule of law

⁷⁹ Department of Environment and Natural Resources, Biodiversity Management Bureau of the Philippines, 'Third Progress Report on the implementation of the National Ivory Action Plan based on the template provided by the CITES Secretariat' SC66 Doc. 29 Annex 7 (15 September 2015).

⁸⁰ Department of National Parks (n 53) 2.

⁸¹ *ibid.*

The main indicator that the ETIS applies, using cluster analysis, is the *World Bank rule of law* indicator. The score ranges from the weakest governance performance at -2.5 to the strongest governance performance at 2.5.⁸² In the first analysis (between 2009 to 2011), Thailand scored -0.23, which ranked as the third weakest governance performance of all clusters,⁸³ while in the latest analysis (between 2012 to 2014), Thailand did even worse, receiving the second weakest governance performance of all clusters at -0.61.⁸⁴

Scoring higher will raise an opportunity for Thailand to withdraw itself from the list of the CITES Standing Committee. Regarding the description of the rule of law indicators, the World Bank considers the rules of society, especially the quality of contract enforcement, property rights, the police, the courts and the likelihood of crime and evidence.⁸⁵ In this regard, all perspectives are current actions that Thailand is attempting to achieve.

In connection with illegal ivory trade under the Elephant Ivory Act, even though there is a provision dealing with competent officials,⁸⁶ the implementation of such a provision has hardly proceeded, however. Regarding the interpretation of the term ‘competent officials’, the Minister of NPE is in charge of control of the execution of this Act. Thus, enforcement cannot be directly done by applying the Act; the Minister of NPE needs to enact subordinate legislation and other Ministerial policies instead.

For instance, there should be an assignation of the Ivory Settlement Committee, consisting of representatives of the Attorney General, representatives of the Ministry of Interior, representatives of the Royal Thai Police, representatives of the Minister of NPE, as well as representatives of the Customs Department.⁸⁷ This Committee should work as a working group in collaboration with other governmental and related agencies. Another example can be found from the execution of the Customs Department, there were 40

⁸² CITES (n 41) 13.

⁸³ CITES (n 24) 12.

⁸⁴ CITES (n 41) 13.

⁸⁵ Daniel Kaufmann and Aart Kraay, *The Worldwide Governance Indicators (WGI) Project: Rule of Law* (World Bank, 2016).

⁸⁶ Elephant Ivory Act (n 54), section 3 and 20.

⁸⁷ Elephant Ivory Act (n 54), section 17.

seizures of illegal imports and exports of elephant ivory in violation of CITES in the 2017 fiscal year.⁸⁸ While there have been 12 cases of illegal ivory smuggling in the 2018 fiscal year, which runs from October 2017 to September 2018, this is only six months into the fiscal year.

The increasing number of ivory seizures does not mean that Thailand ignores the illegal ivory problems; competent Thai officials try their best in blocking illegal trade in ivory. Even though the number of seizures has risen, it is believed that it will decrease soon because of the strictness of law enforcement by government officials. Thus, the rank of Thailand in the *World Bank rule of law indicator* should be better in the near future.

(b) *Satisfying law enforcement effort (LE) ratio*

Another substantial indicator analysed by the ETIS is the *LE ratio*. The score ranges from no law enforcement effort at 0.00 to the best law enforcement effort, 1.00.⁸⁹ Between 2009 to 2011, Thailand only scored 0.23, which was considered as a very low enforcement of law.⁹⁰ For the next phase (between 2012 and 2014), Thailand had a better score at 0.43, but it was still low compared to other clusters.⁹¹

Taking China into consideration, their law enforcement effort ratio ranked the highest among other clusters.⁹² China put a great deal of commitment into seizing any illicit elephant ivory in the country.⁹³ In other words, China bans both legal and illegal ivory trade in any forms.⁹⁴ Local factories, including ivory dealers have stopped their business since March 2017,

⁸⁸ Of all 40 cases, the Customs Department seized 510 pieces of elephant ivory. More statistics are available at <http://www.customs.go.th>.

⁸⁹ CITES (n 41) 13.

⁹⁰ CITES (n 24) 12.

⁹¹ CITES (n 41) 13.

⁹² *ibid*, 15.

⁹³ *ibid*.

⁹⁴ State Forestry Administration of the People's Republic of China, 'China to ban all ivory trade' (Beijing, 31 December 2017).

resulting in the ending of the local ivory market in China.⁹⁵ This is a very big step for China in its effort to combat illegal ivory trade.

Even by adapting China's measures in Thailand, it will be quite difficult to terminate all ivory trade in Thailand. However, Thailand can limit and control the trade. This may be done in several ways, not only at the ministerial level but also lower levels, such as the provincial or the practitioner levels. Local officers should have authority in executing, seizing and assessing situations without waiting for orders at the executive level. In this regard, the Controller of the Elephant Ivory Act, namely the Minister of NPE should appoint competent officials to execute the Act immediately.

In this section it has been explained that being assessed with a higher score from the *World Bank rule of law indicator* and the *LE ratio* will result in increased opportunities for Thailand to be withdrawn from having to prepare the NIAP. This should be done by law enforcement, especially at the local level by decentralising the power of the execution from the Ministry of NPE to provincial sectors and other related governmental agencies, such as the Attorney General, the Customs Department, the Royal Thai Police and the Ministry of Interior.

4.3 Public Awareness

Comparing with other subsections of the NIAP, public awareness seems to be the most important factor to deal with, because if people recognise the severity of killing elephants for their ivory, the rate of the death of elephants would decline. No laws or enforcement would be needed. However, such a utopia does not exist. Ivory smuggling and illicit transactions continue. Even though a number of organisations in Thailand have tried to communicate to the public, ivory traders and foreign visitors on the prohibition of illegal ivory trade, results cannot be seen concretely. Here are some solutions for public awareness that Thailand should apply.

⁹⁵ Fred Kumah, 'China's ban on ivory, a new frontier to save our majestic elephants' (World Wildlife Fund for Nature, 31 December 2017) <<https://medium.com/@WWF/chinas-ban-on-ivory-a-new-frontier-to-save-our-majestic-elephants-87c64416f617>> assessed 24 March 2018.

(a) Clarifying key players in ivory trade

Publishing a campaign concerning illegal ivory trade at public spots might be an outmoded way to combat with the crisis. To effectively raise public awareness, there is a need in understanding categories of stakeholders in relation to the ivory trade. Upon observation the problem can be divided into four groups, which are tourists, ivory possessors, the ivory traders and the public.

Regarding the first group, the tourists are the first players who are involved in the ivory trade as a buyer. Several tourists buy craft ivory as a souvenir back to their own country. The direct solution for these people are campaigns against the illegal ivory trade at the airports, seaports and borders of Thailand as well as throughout the country at tourist destinations. Also, the message in the campaign should be available in various languages, as many nationalities of tourists travel to Thailand.

The second is the group of the ivory possessors. The background of these people is their fascination with ivory products. The total ban as in China might not be the best solution for Thailand, but the government should ensure the confidence to the possessors in order that they respect the Elephant Ivory Act and register their product with the authorised officials. Thus, the government can control their resale and distribution more easily.

The next group is the ivory traders. These retailers are inclined to avoid regulation. According to the Elephant Ivory Act, rules, procedures and conditions concerning the permission to trade ivory are complex,⁹⁶ resulting in small number of permissions. Raising awareness among ivory traders by persuading them to register for permission to trade should be done in accordance with the Act. This is very important because the government can accurately assess the status of the flow of ivory trade in Thailand and the intensity of the situation on ivory trade.

With regards to the public, the campaign can be achieved by clarifying the understanding of the illegal ivory trade. This should be done nationwide via current powerful channels, such as social media, campaign by public figures

⁹⁶ Elephant Ivory Act (n 54), section 4.

(celebrities, scholars, politicians, etc.) or movies that have content regarding the damages of ivory trade.

(b) *Strengthening education*

This section has never been considered in any governmental progress report, however, some successful parties in the list of the parties of ‘importance to watch’ such as the Philippines or Mozambique have included an education section as one goal in their NIAP.⁹⁷ According to both countries, they provided a substantial number of seminars, conferences and training for the purpose of knowledge of ivory trade among authorities and related entities.⁹⁸

Thailand is now focusing on working to stop the ivory trade. Thus, the government should provide enough educational programmes for competent officials, ivory traders and processors and the public to gain knowledge of ivory. Such programmes should include essential topics such as general information on elephant ivory, domestic and international laws relating to trade in ivory, law enforcement and other procedures if they face with suspected ivory trade.

To conclude this section, raising public awareness concerning the ivory trade cannot be operated in the same method for every person. The government should apply different procedures to each player separately. Moreover, Thailand should build the knowledge capacity of their people in order to proceed with the NIAP effectively.

4.4 Monitoring and Evaluation

Even though Thailand has conducted several meetings relating to the implementation of CITES,⁹⁹ the number of meetings does not illustrate that Thailand monitors the problem of illegal ivory trade productively and adequately. However, to sustain the combat against this illicit trade, there are some recommendations that Thai government might follow.

⁹⁷ Department of Environment and Natural Resources, (n 79) 11 and Mozambique, Implementation Plan for the Memorandum of Understanding (MOU) on Cooperation in the Fields of Biodiversity Conservation and Management between Mozambique and South Africa for the Period 2015–2019, Table 1, 23.

⁹⁸ *ibid.*

⁹⁹ Department of National Parks (n 53) 3-4.

(a) Collaboration of government agencies, NGOs and related organisations

Establishing several committees to monitor and evaluate illegal ivory trade situation in Thailand is a useful initiative; however, the components of committees should consist of suitable diversity of actors, not only government officials but also civil society sectors and NGOs. Thailand has partially fulfil this recommendation in providing for the collaboration of NGOs, such as the WWF-Thailand and the TRAFFIC Southeast Asia.

As Thailand mentioned in its first NIAP progress report, Thailand established four sub-committees for the implementation of the NIAP, the sub-committee for rules and regulations, sub-committee for ivory registration system, sub-committee for law enforcement and sub-committee for public relations.¹⁰⁰ However, these sub-committees only involve the participation of government agencies, such as the Department of National Parks, Wildlife and Plant Conservation, the Department of Customs and the Royal Thai Police, and there is no component of non-governmental entities. It is true that government is in charge and takes control of the execution of programs against the illegal ivory trade, but some tasks might also need the cooperation of non-governmental agencies.

For example, in terms of the sub-committee for ivory registration system, such online system might be done better by outsourcing to private organisations. In this regard, the competent officials can monitor their work and have more time to focus on other tasks. Another sub-committee that might be led by non-governmental agencies is the public relations. This task needs collaboration from every sector, especially civil society, such as NGOs, social groups, youth groups, communities and academic institutions.

(b) Specific timeframe for meetings

The frequency of monitoring and evaluation is also important. Thailand has arranged a significant number of meetings of committees and sub-committees to evaluate the situation and prepare progress reports to the CITES Standing Committee. However, to increase the efficiency of the monitoring and

¹⁰⁰ Thai Cabinet Resolution regarding Progress Report in Accordance with the National Ivory Action Plan on 8 September 2015.

evaluation, all level meetings should be provided at appropriate times. This might be achieved with a three-stage approach: short term, middle term and long term.

For ministerial level meetings, the meeting should be set as a long-term meeting in which the committees meet every twelve months. The ministerial meetings are conducted for the purpose of monitoring of lower-level meetings and authorising competent personnel at the department and practitioner levels. While in the department level, chaired by Director General of related departments, the meeting should be set as middle-term meetings in which committees meet every six months. The competency of the committee should be more specific and less policy-related than the ministerial meeting. Furthermore, the working level meetings should be set as short-term meetings in which the committees meet every one to three months. The practitioner level can meet more frequently depending on the urgency of ivory trade matters. The model, however, is flexible and should adapt to the situation appropriately. The suitable number of meetings might effectively and systematically assist monitoring and evaluating.

Thus far, this section has shown that monitoring and evaluation is very important in the implementation of the NIAP combatting with illegal ivory trade. However, there is a need for collaboration from every sector in Thailand, not only the government. Also, the administration of organising meetings properly should be another concern. The ministerial level meeting should not be held too often, while the officers at the department and practitioner level may arrange more meetings to effectively achieve their goals.

5. Conclusion

The crisis of illegal ivory trade is one of the significant problems challenging our world in this era. The number of elephants killed for their ivory is increasing every year. Thailand, considered as a hub of illegal ivory transit, has been listed as the party of concern by the CITES Standing Committee and has had to prepare a NIAP to combat illegal trade in ivory. Even though Thailand has been moved from the country of 'primary concern' category to 'secondary concern' category, there is still a need in improving itself so as to be totally withdrawn from the list. This includes legislative reforms, improved

law enforcement, more ways of raising public awareness and monitoring and evaluation, recommendations for which are described above.



The Ambiguity of Non-Appropriation in Outer Space:

Analysis of the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act 2015

ความคลุมเครือของหลักการห้ามเข้ายึดครองห้วงอวกาศ: วิเคราะห์กรณีกฎหมายการส่งยาน
ขึ้นสู่อวกาศเพื่อการแข่งขันในเชิงพาณิชย์ ค.ศ. 2015 ของประเทศสหรัฐอเมริกา

Suwijak Chandaphan



“ Research is creating
new knowledge ”

Neil Armstrong



The Ambiguity of Non-Appropriation in Outer Space: Analysis of the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act 2015

ความคลุมเครือของหลักการห้ามเข้ายึดครองห้วงอวกาศ: วิเคราะห์กรณีกฎหมาย
การส่งยานขึ้นสู่อวกาศเพื่อการแข่งขันในเชิงพาณิชย์ ค.ศ. 2015
ของประเทศสหรัฐอเมริกา

Suwijak Chandaphan^{*}
สุวิจักขณ์ จันดาพันธ์

1. Introduction

The global public interest in outer space is recognized by the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies 1976¹. This Treaty is very often perceived as the “constitution” or “Magna Carta” of the international legal regime all of the outer space activities. In Accordance with the Outer Space Treaty, any area of outer space, including the moon and other celestial bodies are the province of all mankind, states cannot appropriate by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means. Humanity has a freedom to explore, access and use for the peaceful purposes without any kind of discrimination, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free to access in all areas of celestial bodies. Furthermore, the exploration and use shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development.

^{*} Ph.D. Candidate (International Space Law), School of Law, Beijing Institute of Technology (北京理工大学), Beijing, People’s Republic of China. LL.M. (Private and Business law), Faculty of law, Chulalongkorn University. LL.B., School of law, Mae Fah Luang University. Instructor (On study leave), School of law, Mae Fah Luang University.

¹ hereinafter referred to as The Outer Space Treaty.

In 2015, The United States of America adopted The United States Commercial Space Launch Competitiveness Act², which recognizes the rights of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources. The Act also guarantees commercial actors the rights to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resources or space resources that have been obtained by the commercial entity. As the result of this Act, it would be challenged by The Outer Space Treaty, article II, which indicates that states cannot appropriate by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means over the outer space including the moon and other celestial bodies. After the adoption of this law, there has been a debate over the lawfulness basing on The Outer Space Treaty. The United States attempts to protect this Act by arguing that The Outer Treaty prohibits states claiming sovereignty of Outer Space, including the moon and other celestial bodies. However, this does not include the creation of titles on property in private law. In addition, the principle of non-appropriation does not include the natural resources which are extracted from outer space, including the moon and other celestial bodies. So, this paper argues that the term “appropriation” in the article II of the Outer Space Treaty must be broadly interpreted to include all forms of appropriation, owning and exploitation of the natural resources in the outer space, covering both claims of sovereignty and the creation of titles on property in private law in Outer Space, including the moon and other celestial bodies.

This paper firstly explains the freedom of exploration and use of outer space, including the moon and other celestial bodies for the peacefully purposes. The paper also looks into the principle of non-appropriation in the Outer Space Treaty and points out to the ambiguity of legal status of the natural resources in the outer space. Then, it focuses on the USCSLC in the terms of legislation history as well as the concept of asteroid resources and space resources rights in article 51303 of this Act. Finally, this paper analyzes the rights of private sectors to explore and use of outer space, the ambiguity of the non-appropriation in The Outer Space Treaty, and how the USCSLC is

² hereinafter referred to as USCSLC.

considered against the legal principle of non-appropriation in The Outer Space Treaty 1976.

2. The Outer Space Treaty

2.1 Freedom of exploration and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies

The Outer Space Treaty Article I, paragraph 2, specifies that “Outer space, including the moon and other celestial bodies, shall be free for explorations and uses by all states without discrimination of any kind, on a basis of equality and accordance with international law, and there shall be free access to all area of celestial bodies.” This article laid down the fundamental legal basis for the principle of exploration and use of outer space by all countries³ without discrimination of any kind, the outer space should be the province of all mankind. This refers to the legal principle of *res communis*, traditionally meant the resource involved may not become the subject of appropriation by states, all nations have vested rights in common resources and should be shared equitably among them. Therefore, the treaty allows all states to explore and use outer space resources for the peaceful purposes.

2.2 The principle of Non-Appropriation in The Outer Space Treaty

The principle of non-appropriation is recognized in the article II of The Outer Space Treaty, which specifies that “Outer space, including the moon and other celestial bodies, is not subject to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.” This article laid down the basis of the outer space as *res extra commercium* which means that areas not subject to national appropriation⁴ and cannot be the object of private rights, so states cannot claim sovereignty or other form of occupation. In this regard, Goehuis asserted that “by denying the legality of

³ Ram Jakhu, “Legal Issue Relating to the Global Interest in Outer Space,” *Journal of Space Law*, no. 32 (2006): 39.

⁴ Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (in the topic of The 1967 Space Treaty), (UK: Oxford University Press, 1997), 11.

such sovereignty claims the interest of the world community as a whole would be best served.”⁵

Nonetheless, some scholars argue that article II of The Outer Space Treaty only prohibits [n]ational [a]ppropriation not including the appropriation by the individual or private company. This view is unreasonable as it does not conform to the purpose of The Outer Space Treaty that indicates that outer space is the province of all mankind, freely accessed and all countries can explore and use for the peaceful purposes. So, the word “national appropriation” should be interpreted in a broader sense to include all forms of appropriation, whether states or private sectors.⁶

The legal status of natural resources in the outer space is a highly controversial topic. Indeed, international space law lacks clear and internationally accepted rules governing their extraction and use. This situation generates uncertainty and can be viewed as a factor obstructing the commencement of mining activities in outer space. As to the former, general consensus exists on the right of states to extract and use natural resources in outer space for scientific purposes, such as scientific investigation and research⁷. However, no agreement exists on the rules and conditions regulating their extraction and utilization for the purpose of obtaining a financial gain, whether such activities are carried out by states or by private operators⁸.

⁵ Goedhuis,D., “**Some Recent Trends in the Interpretation and the Implementation of the Rule of International Space Law,**” Columbia Journal of Transnational Law, no. 19 (1981): 212.

⁶ Ram Jakhu, supra note 3, p. 44.

⁷ M.J. Listner, **The Ownership and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundational Law and Future Challenges to Current Claims,** 1 Regent Journal of International Law (2003), 75.

⁸ A. Kerrest de Rozavel, **New Developments and the Legal Framework Covering the Exploitation of the Resources of the Moon,** in Proceedings of the Forty-Seventh Colloquium on the Law of Outer Space (2005), 530.

3. The United States Commercial Space Launch Competitiveness Act

3.1 Legislation history

In November 25th, 2015, President Obama signed the United States Commercial Space Launch Competitiveness Act (“USCSLC”) into law. The new law makes modifications to the following areas to facilitate a pro-growth environment for developing commercial space industry by encouraging private sector investment. It also creates more stable and predictable regulatory conditions⁹, such as the commercial space launches, the commercial remote sensing, the office of space commerce, and the exploration and use of space resources¹⁰ with the stated purpose. This aims at promoting the rights of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources. The USCSLC also recognizes commercial actors’ rights to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resources or space resources that has been obtained by the commercial entity. There have been many arguments after the adoption of this law, specifically on asteroid resources and space resources rights in article 51303 and questions have been asked. How can the domestic law of one state allows its citizens to own the natural resources in outer space? Is it against the international treaties, especially The Outer Space Treaty which prohibits states appropriate or claim the sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means?

3.2 The concept of asteroid resources and space resources rights in article 51303

The article 51303 of USCSLC specifies that “A United States citizen engaged in commercial recovery of asteroid resources or a space resources under this chapter shall be entitled to any asteroid resources obtained, including to possess, own transport, use and sell the asteroid resources or space resource obtained in accordance with applicable law, including international obligations of the United States.” According to this article, the USCSLC recognizes the rights of American citizen, not only to explore and use

⁹ The preamble of The Act.

¹⁰ Michael Dodge, “Governing Commercialization & Space Resource Utilization” last modified March 19, 2018. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/air_space/course/16-update/uc16-spl-space-act.pdf

of outer space, including the moon and other celestial bodies, but also be entitled to any asteroid resources, possess, own transport, use and even sell them. As a result of this article 51303, some of the American entrepreneur comments that “The natural resources of our solar system have great potential to facilitate and support our human endeavors, both in outer space and on Earth. Commercial space companies in the United States are making significant investments to develop technical capabilities for exploring and using outer space resources. This bill provides for enabling environment for this new industry and provides guidance for future entrepreneurs.”¹¹

4. Analysis

4.1 The rights of private sectors to explore and use of outer space, including the Moon and other celestial bodies

The Outer Space Treaty article I, paragraph 1, states that “The exploration and use of outer space shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development, and shall be the province of all mankind”, and the paragraph 2 states that “outer space... shall be free for exploration and use by all states without discrimination of any kind... and there shall be free access to all areas of celestial bodies.” This article emphasizes that the outer space is the province of all mankind and laid down the basis for rights of states to freely explore, access and use outer space for the peaceful purposes. However, the article I uses the word “states” without mentioning the rights of private sectors. It is questionable whether or not the article I recognizes the rights of private sectors itself in exploring and using outer space?

Nonetheless, in article VI of The Outer Space Treaty indicates that “States parties to the treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space, including the moon and other celestial bodies, whether such activities are carried on by governmental agencies or by non-governmental entities...” Therefore, articles I and VI should be interpreted that

¹¹ Chairman Smith (R-Tx), “**Historic Asteroid Property Rights Bill Signed into Law**” last modified March 18, 2018. <https://futurism.com/owning-space-asteroid-property-rights-bill-signed-into-law/>

not only states can explore and use outer space, but also the private sectors (non-governmental entities) have been given such rights too. In this regard, The Outer Space Treaty specifies the responsibility of the states over their national activities in outer space. At present, there are so many private companies in the United States doing business activities involving space i.e., SpaceX, Boeing, Orbital Science, Sierra Nevada Corporation, Virgin Galactic, Xcor Aerospace, Made in Space, Ad Astra Rocket Company, Planetary Resources¹² etc.

4.2 The ambiguity of the Non-Appropriation in the Outer Space Treaty

The non-appropriation principle has been emphasized in article II of The Outer Space Treaty, which specifies that “Outer Space, including the moon and other celestial bodies, is not to national appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means.” However, this treaty lacks definition of “appropriation”, and what is the action of “appropriation by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means”? The article II of The Outer Space Treaty prohibits national appropriation of outer space including the moon and other celestial bodies, but it does not clarify about space resources, let alone their commercial use. This fact led scholars to hold two diverging interpretations of the right to remove and appropriate natural resources contained in a celestial bodies. On the one hand, a group of scholars points out that the non-appropriation principle refers only to outer space as a whole and not to its natural resources¹³. Therefore, by analogy with the rules underlying the freedom of the high seas, these authors state that the right to freely explore and use outer space, which is provided in Article I of the Outer Space Treaty, also includes the right to remove and use the natural resources contained thereof. This position is indirectly supported by the interpretation given by the United States.

¹² Erik Sofge, “The World’s Top 10 Most Innovative Companies in Space” last modified March 20, 2018. <https://www.fastcompany.com/3026685/the-worlds-top-10-most-innovative-companies-in-space>

¹³ M. Williams, *The Exploration and Use of Natural Resources in the Law of the Sea and the Law of Outer Space*, in Proceedings of the Twenty-Ninth Colloquium on the Law of Outer Space (1987), 198.

This paper also argues that the high sea fishing and sea-bed mining which is recognized in the United Nations Convention on the Law of the Sea¹⁴ are not totally the same with the creation of titles to property in private law in Outer Space, including the moon and other celestial bodies. On the high sea, the longtime settled law is that fish extracted from the ocean passes to the extracting entity.¹⁵ Moreover, UNCLOS article 116 clearly mentions that all state have the right for their nationals to engage in fishing from the high sea¹⁶, and it also provides regulations on sea-bed mining and mineral extraction.¹⁷ So, there is no the ambiguity involving the creation of titles on property in private law likewise in The Outer Space Treaty. So, the result of the ambiguity in article II of The Outer Space Treaty to the international community, especially the non-spacefaring nations attempt to address this by a later treaty, known as Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies 1979¹⁸, which recognizes the moon and its natural resources are the common heritage of mankind. In the article XI, paragraph 3 of The Moon Agreement states that “Neither the surface nor the subsurface of the moon, nor any part thereof or natural resources in place, shall become property of any State, international intergovernmental or non- governmental organization, national organization or non-governmental entity or of any natural person. The placement of personnel, space vehicles, equipment, facilities, stations and installations on or below the surface of the moon, including structures connected with its surface or subsurface, shall not create a right of ownership over the surface or the subsurface of the moon or any areas thereof,…”

¹⁴ hereinafter referred to as UNCLOS.

¹⁵ Elliot Reaven, “**The United States Commercial Space Launch Competitive-
ness Act: The Creation of Private Space Property Rights and the Omission of the Right
to Freedom from Harmful Interference**”, Washington University Law Review, Vol.94,
Issue 1 (2016): 6. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol94/iss1/8

¹⁶ Ibid.

¹⁷ UNCLOS Annex III.

¹⁸ hereinafter referred to as The Moon Agreement.

4.3 Whether the USCSLC against the legal principle of Non-Appropriation in the Outer Space treaty?

The USCSLC recognizes the rights of United States citizens to engage in commercial exploration and commercial recovery of space resources. The USCSLC guarantees that United States citizen engaged in commercial recovery of an asteroid resources or a space resources under this chapter shall be entitled to any asteroid resources or space resources obtained. So, the significant question is whether the USCSLC complies with the legal principle of non-appropriation in the Outer Space treaty? After this Act was enacted, the opinion of Ram Jakhu was that The Outer Space Treaty article II indicates that if you cannot use or occupy it, you really cannot mine it. So, the natural resources in space should not be allowed to be appropriated by anyone.¹⁹ Furthermore, some scholars argue that the property rights guaranteed by the USCSLC might violate Article II of The Outer Space Treaty because authorizing the private appropriation of space resources is tantamount to enabling national appropriation under The Outer Space Treaty²⁰.

In this case, the strong arguments which were debated in the legislative history of the USCSLC is the long-accepted legal doctrine *expression unius est exclusio alterus* that says when interpreting statutes, we should presume things not mentioned were excluded by deliberate choice, not inadvertence. For the fact that The Outer Space Treaty does not directly deal with the appropriation of space resources is strong evidence that it does not preclude it. Nevertheless, this paper strongly disagrees with this argument because the principle of non-appropriation does not exclude the claiming of extracted resources from the claiming of sovereignty. In this instance, The Outer Space Treaty, article III specifies that “States parties to the treaty shall carry on activities... in

¹⁹ Futurism.com, “Historic Asteroid Property Rights Bill Signed into Law,” last modified March 23, 2018. <https://futurism.com/owning-space-asteroid-property-rights-bill-signed-into-law/>

²⁰ Elliot Reaven, “The United States Commercial Space Launch Competitiveness Act: The Creation of Private Space Property Rights and the Omission of the Right to Freedom from Harmful Interference”, Washington University Law Review, Vol.94, Issue 1 (2016): 6. Available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_law_review/vol94/iss1/8

accordance with international law, including the Charter of the United Nations” which means the international law shall apply in outer space activities. So, the ambiguity of the word “appropriation” in the article II of The Outer Space Treaty should be interpreted by The Vienna Convention on The Law of Treaties 1969, article 31(1), which specifies that “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning given to the term of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.” Therefore, the word “appropriation” should be examined not only in the ordinary meaning, but also in the spirit of the treaty.

The legislative history of The Outer Space Treaty clearly shows that the intention of article II has been banned appropriation in any manner or form²¹, notably in the article II and reiterated in the Moon Agreement article XI, which was a treaty designed to fill in gaps in The Outer Space Treaty article II and, in particular, address the ownership of space resources.²² However, in the light of The United States ratified The Outer Space Treaty, but refusal to sign the Moon Agreement, may show that the legal concept in the Moon Agreement does not legally bind The United States.²³ Nonetheless, this paper mentions the legal concept in the Moon Agreement as reiterated by the principle concept of the non-appropriation in article II of The Outer Space Treaty, to show the significant reason why this principle must be broadly interpreted. This would include all forms of appropriation, owning and exploitation of the natural resources in the outer space, covering both claims of sovereignty and the creation of titles to property in private law in Outer Space, including the moon and other celestial bodies, it has been existing in the spirit of the Article II of The Outer Space Treaty. Furthermore, from the beginning of the space age, when President Lyndon B. Johnson submitted The Outer Space Treaty to the U.S. Senate for its consent to ratify, he recalled that “In November 1958, President Dwight D. Eisenhower asked me to appear before the United Nations to present the U.S. resolution [on outer space]... On that occasion, speaking for the United States, I

²¹ Ram Jakhu, *supra* note 3, p. 44.

²² Timothy Nelson, “Mining Outer Space: Who owns the Asteroids?”, 254 N.Y. L.J. (2015): 19.

²³ See. The legal doctrine *obligation erga omnes*.

said: “Today, outer space is free. It is unscarred by conflict. No nation holds a concession there. It must remain this way. We of the United States do not acknowledge that there are landlords of outer space who can presume to bargain with the nations of the Earth on the price of access to this domain...” I believe those words remain valid today.²⁴

In addition, when examined to the day of the negotiations on The Outer Space Treaty in the legal subcommittee of the UNCOPUOS, on August 4, 1966, the representative of Belgium noted that the term “non-appropriation covered both the claims of sovereignty and the creation of titles to property in private law,²⁵” His delegation had taken note of the interpretation of the non-appropriation advanced by several delegations, apparently without contradiction, covering both the establishment of sovereignty and the creation of title to property in private law. Moreover, the French delegate stated that: “...there was a reason to be satisfied since two basic principles were affirmed, namely: the prohibition of any claim of sovereignty or property rights in space...”²⁶ So, after examination of the time of negotiations and adoptions of The Outer Space Treaty, it should be concluded that the term “appropriation” in the article II of the Outer Space Treaty must be broadly interpreted to include all forms of appropriation, owning and exploitation the natural resources in the outer space, covering both claims of sovereignty and the creation of titles to property in private law in Outer Space, including the moon and other celestial bodies.

Finally, the Outer space, including the moon and other celestial bodies should be as *res extra commercium* not *res nullius*, which means a resource outside commerce and cannot be the object of any private rights. This is because The Outer Space Treaty recognizes outer space as a province of all mankind, both States and private entities cannot appropriate by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means. Humanity

²⁴ Ram Jakhu , supra note 3, p. 46.

²⁵ Ibid.

²⁶ Fabio Tronchetti, “The Non-appropriation principle under attack: Using article II of The Outer Space Treaty in its defence”, last modified April 27, 2018. <https://iislweb.org/docs/Diederiks2007.pdf>

has a freedom to explore, access and use for the peaceful purposes without discrimination of any kind, on a basis of equality and in accordance with international law, and there shall be free access to all areas of celestial bodies. The exploration and use shall be carried out for the benefits and in the interests of all countries, irrespective of their degree of economic or scientific development.

5. Conclusion

Outer space, including the moon and other celestial bodies is free for exploration such that all nations can access and use for the peaceful purposes. The outer space is not under the jurisdiction of states. Whether or not states or private companies cannot appropriate by claim of sovereignty. Furthermore, the exploration and use shall be carried out for the benefit and in the interests of all countries, because outer space including the moon and other celestial bodies is the province of all mankind.

As a result of the ambiguity of the term “appropriation” in article II of The Outer Space Treaty, The United States of America adopted USCSLC which stated the purpose to promote the rights of United States citizens to engage in commercial exploration for and commercial recovery of space resources. The USCSLC further guarantees commercial actors the rights to possess, own, transport, use, and sell the asteroid resources or space resources that have been obtained by the commercial entity. Therefore, it would be challenging to the principle of non-appropriation, which says that states cannot appropriate by claim of sovereignty, by means of use or occupation, or by any other means over the outer space including the moon and other celestial bodies.

The Outer space, including the moon and other celestial bodies should be as *res extra commercium*, and the term “non-appropriation” must be broadly interpreted to include all forms of appropriation, owning and exploitation the natural resources, covering both the claims of sovereignty and the creation of titles to property in private law. In accordance with The Vienna Convention on The Law of Treaty article 31(1) which indicates the word “appropriation” should be examined not only in the ordinary meaning, but also in the spirit of the treaty. So, this concludes that USCSLC is considered against the legal principle of non-appropriation in The Outer Space Treaty 1976.

References

- Bin Cheng, **Studies in International Space Law** (in the topic of The 1967 Space Treaty), (UK: Oxford University Press, 1997).
- Goedhuis,D., **“Some Recent Trends in the Interpretation and the Implementation of the Rule of International Space Law,”** Columbia Journal of Transnational Law, no. 19 (1981).
- M.J. Listner, **The Ownership and Exploitation of Outer Space: A Look at Foundational Law and Future Challenges to Current Claims,** 1 Regent Journal of International Law (2003).
- Ram Jakhu, **“Legal Issue Relating to the Global Interest in Outer Space,”** Journal of Space Law, no. 32 (2006).
- A. Kerrest de Rozavel, **New Developments and the Legal Framework Covering the Exploitation of the Resources of the Moon,** in Proceedings of the Forty-Seventh Colloquium on the Law of Outer Space (2005).
- M. Williams, **The Exploration and Use of Natural Resources in the Law of the Sea and the Law of Outer Space,** in Proceedings of the Twenty-Ninth Colloquium on the Law of Outer Space (1987).
- Elliot Reaven, **The United States Commercial Space Launch Competitiveness Act: The Creation of Private Space Property Rights and the Omission of the Right to Freedom From Harmful Interference,** Washington University Law Review, Vol.94, Issue 1 (2016): available at: https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol94/iss1/8
- Chairman Smith (R-Tx), **“Historic Asteroid Property Rights Bill Signed into Law”** last modified March 18, 2018. <https://futurism.com/owning-space-asteroid-property-rights-bill-signed-into-law/>
- Erik Sofge, **“The World’s Top 10 Most Innovative Companies in Space”** last modified March 20, 2018. <https://www.fastcompany.com/3026685/the-worlds-top-10-most-innovative-companies-in-space>
- Futurism.com, **“Historic Asteroid Property Rights Bill Signed into Law,”** last modified March 23, 2018. <https://futurism.com/owning-space-asteroid-property-rights-bill-signed-into-law/>

- Michael Dodge, “**Governing Commercialization & Space Resource Utilization**” last modified March 19, 2018. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/images/air_space/course/16-update/uc16-spl-space-act.pdf

- Fabio Tronchetti, “**The Non-appropriation principle under attack: Using article II of The Outer Space Treaty in its defense**”, last modified April 27, 2018. <https://iislweb.org/docs/Diederiks2007.pdf>

- Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies 1979.

- Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies 1967.

- United Nation Convention on the Law of the Sea.

- The Vienna Convention on The Law of Treaty 1969.

- U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act 2015.



สิทธิของคนพิการกับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศของมวลมนุษยชาติ

The Rights of Disable People on the Space Activities of Humanity

ชูเกียรติ บัวยิ้ม
นภวัฒน์ สืบบุสรณ์

" Shoot for the stars but if you happen to miss,
Shoot for the moon instead "

- Neil Armstrong -



สิทธิของคนพิการกับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศ ของมวลมนุษยชาติ

The Rights of Disable People on the Space Activities of Humanity

ชูเกียรติ น้อยฉิม*

Chukeat Noichim

นภวัฒน์ สืบบุญธรรม**

Napawat Suebnusorn

1. บทนำ

นับตั้งแต่ยุคอวกาศเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1957¹ โลกของเราก็ได้ก้าวเข้าสู่ยุคของการพัฒนาทางด้านอวกาศอย่างจริงจังมากขึ้น ซึ่งจะเห็นได้จากกิจกรรมต่าง ๆ ที่มนุษยชาติพยายามพัฒนาด้านกิจกรรมทางด้านอวกาศต่างๆ เช่น การจัดตั้งองค์การบริหารการบินและอวกาศแห่งชาติ (National Aeronautics and Space Administration: NASA) ของประเทศสหรัฐอเมริกา² และการที่มนุษยชาติพยายามที่จะคิดค้นยานสำรวจและส่งออกสำรวจรายละเอียดต่าง ๆ นอกโลก ซึ่งจากการกระทำดังกล่าวเหล่านี้ ส่งผลให้เรื่องการสำรวจอวกาศ

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Certificate of Private and Public International Law (Summer Session Program) Hague Academy: Netherlands, Ph.D. (Space Law) Leiden University: Netherlands, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

** นักศึกษาชั้นปีที่ 2 สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

¹ “ยุคอวกาศ” (Space Age) ถือว่าได้เริ่มต้นขึ้นเมื่ออดีตสหภาพโซเวียตประสบความสำเร็จในการส่งดาวเทียมดวงแรกของโลกที่ชื่อ “Sputnik 1” น้ำหนัก 84 กิโลกรัม ขึ้นสู่วงโคจรด้วยจรวดอาร์-7 ที่ความสูง 223 กิโลเมตรเหนือพื้นโลก เมื่อวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1957 เวลา 19.28.34 ตามเวลาสากล (UTC) ดาวเทียมสปุตนิกนี้เป็นดาวเทียมเพื่อการวิจัยความหนาแน่นของชั้นบรรยากาศต่าง ๆ การแผ่รังสีความร้อนจากดวงอาทิตย์ สนามแม่เหล็กโลก และรังสีคอสมิก สปุตนิกถูกปล่อยออกจากฐานทัพบูตาตัม (Tyutatum) ในคาซัคสถาน (ปัจจุบันคือฐานปล่อยยานอวกาศไบคานู (Baikonur Cosmodrome) ขณะอยู่ในวงโคจรสปุตนิกโคจรด้วยความเร็วมากกว่า 29,000 กิโลเมตรต่อชั่วโมง โคจรรอบโลกภายใน 101.5 นาที ตลอดช่วงการโคจร 22 วันจนพลังงานหมดลงในวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1957 สปุตนิกเข้าสู่แรงโน้มถ่วงของโลกและถูกเผาไหม้ในชั้นบรรยากาศของโลกในวันที่ 4 มกราคม ค.ศ. 1958 หลังจากโคจรเป็นระยะทางทั้งหมด 60 ล้านกิโลเมตร และโคจรในอวกาศเกือบ 6 เดือน

โปรดดู http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0910/08CHAPTER_1.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2561)

² ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ก่อตั้งองค์การเพื่อการศึกษาและวิจัยด้านอวกาศโดยเฉพาะในชื่อ “องค์การบริหารการบินและอวกาศแห่งชาติ หรือ (NASA)” เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 1958

หรือกิจกรรมทางอวกาศต่าง ๆ ของมนุษย์นั้น เป็นเรื่องที่ใหม่และค่อนข้างท้าทายความสามารถของมวลมนุษยชาติ ทั้งนี้ การดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศนั้นเป็นงานที่ใช้งบประมาณสูง และในขณะเดียวกันก็ให้ค่าตอบแทนที่ค่อนข้างสูง เนื่องจากเป็นงานที่มีความเสี่ยงภัยอย่างใดก็ตาม ปัจจุบันมนุษย์ได้ให้ความสนใจในการเข้าดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ กิจกรรมทางด้านอวกาศนั้น ประกอบไปด้วยการดำเนินงานที่หลากหลายด้าน เช่น กิจกรรมเกี่ยวกับการสำรวจห้วงอวกาศ การสร้างดาวเทียม การใช้ประโยชน์จากการดำเนินกิจกรรมอวกาศต่าง ๆ เช่น ด้านอุตุนิยมวิทยา หรือด้านการสื่อสารทางไกลผ่านดาวเทียมระหว่างมนุษย์บนโลก ซึ่งสื่อสารโดยใช้คลื่นวิทยุในความถี่ไมโครเวฟ เป็นต้น นอกจากนี้ การดำเนินกิจกรรม ทางด้านอวกาศต่าง ๆ นั้น ส่วนใหญ่เป็นกิจกรรมที่ค่อนข้างที่จะต้องใช้องค์ความรู้และความสามารถอย่างสูง จึงเป็นที่เข้าใจได้ว่า บุคคลที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางด้านอวกาศนั้นต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถทางด้านอวกาศในระดับที่สูง ซึ่งบางครั้งอาจทำให้บุคคลทั่วไปคิดว่าผู้ที่เข้าร่วมกิจกรรมทางด้านอวกาศจะต้องเป็นผู้มีร่างกายแข็งแรง มีอวัยวะต่าง ๆ ครบถ้วนนั้น ทั้งนี้ เมื่อพูดถึงการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศแล้ว มนุษย์ส่วนใหญ่จะนึกถึงนักบินอวกาศที่มีร่างกายสูงใหญ่ สุขภาพแข็งแรง มีอวัยวะทางร่างกายที่ครบพร้อมที่จะดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศ อย่างใดก็ตาม ในความเป็นจริงจะพบว่าการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศนั้น ไม่ได้มีแค่ภารกิจของนักบินอวกาศที่จะต้องควบคุมยานสำรวจต่าง ๆ ออกไปสำรวจนอกโลกเท่านั้น หากแต่ยังมีงานอื่น ๆ บนภาคพื้นดินต่าง ๆ ที่ต้องการใช้ความรู้ความสามารถของมนุษย์ที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวกับองค์ความรู้ทางด้านอวกาศอีกมากมายหลายสาขาที่เกี่ยวข้อง เช่น ทางด้านฟิสิกส์ ทางด้านธรณีวิทยา เพื่อนำเอาองค์ความรู้เหล่านั้นมาปรับใช้และใช้ในการพัฒนาเครื่องมือต่าง ๆ ในโครงการอวกาศ เช่น การสร้างดาวเทียมเพื่อสำรวจห้วงอวกาศ ดวงจันทร์ และเทหวัตถุอื่น ๆ รวมทั้งโลก หรือแม้กระทั่งงานทางด้านกฎหมาย ก็สามารถเข้าไปเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ทางด้านอวกาศได้ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญาในห้วงอวกาศ เป็นต้น

นอกจากนี้ พบว่าปัจจุบันสังคมโลกได้ให้ความสำคัญในเรื่องของความเท่าเทียมกันของมวลมนุษยชาติ ดังนั้น จึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจที่บทความนี้จะได้ทำการศึกษาวิเคราะห์เกี่ยวกับสิทธิของชนพินากับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศว่ามีความเป็นไปได้หรือไม่ รวมถึงมีหลักเกณฑ์และมาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน ทั้งในระดับระหว่างประเทศและในระดับประเทศรองรับหรือไม่ เพื่อยืนยันถึงสิทธิของชนพินาที่มีความเท่าเทียมกันกับบุคคลปกติทั่วไป ซึ่งทำให้ชนพินากล้าที่จะเข้ามาเป็นผู้มีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับอวกาศของมวลมนุษยชาติได้มากขึ้นในอนาคต

2. สภาพปัญหาในปัจจุบันเกี่ยวกับสิทธิของชนพินากับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศ

เมื่อวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 1961 สหภาพโซเวียตได้ทำการส่งยูริ อเล็กเซวิช กาการิน (Yuri Alekseyevich Gagarin) อายุ 27 ปี นักบินของกองทัพอากาศสหภาพโซเวียต

ขึ้นสู่วงโคจรโลกได้เป็นผลสำเร็จกลายเป็นนักบินอวกาศคนแรกของโลก ด้วยยานอวกาศชื่อ “Vostok 1” โดยวนรอบวงโคจรโลก 1 รอบ และต่อมาสหรัฐอเมริกาก็ได้ทำการส่งอลัน เชพเพิร์ด นักบินอวกาศคนแรกของสหรัฐอเมริกาเข้าสู่อวกาศในชั้นต่ำกว่าวงโคจรในวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1961 ในเที่ยวบินฟรีดอม 7 ถัดมาในวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1962 สหรัฐอเมริกาบรรลุความพยายามด้วยการส่งจอห์น เกลนน (John H. Glenn, Jr.) ขึ้นสู่วงโคจรโลกได้เป็นผลสำเร็จด้วยยานอวกาศที่ชื่อ Friendship 7 โดยวนรอบวงโคจรโลก 3 รอบ³ ซึ่งนับว่าเกลนนเป็นนักบินอวกาศคนแรกของสหรัฐอเมริกาที่ขึ้นสู่วงโคจร⁴ จากการที่ประเทศมหาอำนาจทางด้านอวกาศทั้งสองประเทศในสังคมโลกพยายามที่จะส่งนักบินอวกาศขึ้นสู่อวกาศตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้นอาจทำให้บุคคลทั่วไปคิดว่าผู้ที่เข้าร่วมกิจกรรมทางด้านอวกาศจะต้องเป็นผู้มีร่างกายแข็งแรง มีอวัยวะต่าง ๆ ครบเท่านั้น ถึงจะสามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางอวกาศของมวลมนุษยชาติได้ ดังเช่น นักบินอวกาศ

แต่อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงจะพบว่าการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศนั้น ไม่ได้มีแค่ภารกิจของนักบินอวกาศที่จะต้องควบคุมยานสำรวจต่าง ๆ ออกไปสำรวจนอกโลกเท่านั้น หากแต่ยังมีงานอื่น ๆ ที่ต้องการใช้ความรู้ความสามารถของมนุษย์ที่ได้ทำการศึกษาเกี่ยวองค์ความรู้ทางด้านอวกาศอีกมากมายหลายสาขาที่เกี่ยวข้อง เช่น Space Policy, Space Environment, Astrodynamics, Space System Design, Space Technology, Space Law, Space Business and Management, Space Sciences, etc.⁵ ดังนั้น กิจกรรมอวกาศในปัจจุบันหลังจากยุคสงครามเย็นสิ้นสุด จึงได้มีการเปลี่ยนจากการเป็นคู่แข่งมาเป็นพันธมิตรเพื่อการพัฒนาโครงการอวกาศร่วมกันระหว่างสหรัฐอเมริกาและประเทศรัสเซีย พบว่ากิจกรรมอวกาศเริ่มเข้าสู่ในรูปแบบเชิงพาณิชย์มากขึ้น ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็นประเภทต่าง ๆ ดังนี้ (1) กิจกรรมเกี่ยวกับดาวเทียม⁶ (2) กิจกรรมอันเนื่องเกี่ยวกับดาวเทียม⁷ (3) กิจกรรมการขนส่งอวกาศ⁸ (4) กิจกรรมการให้ใช้ หรือให้เช่าทรัพย์สินในอวกาศ⁹ (5) กิจกรรมการค้นคว้าและ

³ Frederick I. Ordway III and Wernher von Braun, “History of Rocketry and Space Travel,” Encyclopedia Americana 25, 368-370 (2006).

⁴ โปรดดู http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0910/08CHAPTER_1.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2561)

⁵ A. Houston and M. Rycroft, Keys to Space: An interdisciplinary approach to space studies, International Space University Publication: 1999, p. III-XII.

⁶ กิจกรรมการสื่อสารโทรคมนาคม และกิจกรรมการสำรวจทรัพยากรภาคพื้นดินระยะไกล

⁷ การให้บริการผลิตดาวเทียม จรวด และยานอวกาศ และการให้บริการส่งดาวเทียม จรวด และบริการที่เกี่ยวข้อง

⁸ การขนส่งสิ่งของขึ้นสู่อวกาศ และการขนส่งผู้โดยสาร

⁹ การให้เช่า Transponder ของดาวเทียม

พัฒนาในอวกาศ¹⁰ และ (6) กิจกรรมเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ¹¹ เป็นต้น ด้วยองค์ความรู้ทางด้านอวกาศและกิจกรรมอวกาศที่เริ่มเข้าสู่ในรูปแบบเชิงพาณิชย์มากยิ่งขึ้นนี้ทำให้การเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางอวกาศเปิดกว้างมากยิ่งขึ้นเพื่อจะรองรับบุคคลทั้งหลายที่มีความสามารถมิใช่เฉพาะแค่เพียงผู้ที่มีร่างกายสมบูรณ์เท่านั้น หากยังรวมไปถึงบุคคลที่อาจมีร่างกายพิการไม่สมบูรณ์แต่เป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาด มีความสามารถและเข้าใจเกี่ยวกับองค์ความรู้ทางด้านอวกาศหรือกิจกรรมอวกาศด้วย

ทั้งนี้ เราจะเห็นตัวอย่างบุคคลที่อาจมีร่างกายพิการไม่สมบูรณ์แต่เป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาดและเข้าใจเกี่ยวกับองค์ความรู้ทางด้านอวกาศที่เกิดขึ้นจริงคือ ศาสตราจารย์สตีเฟน วิลเลียม ฮอว์กิง (Professor Stephen William Hawking) ซึ่งเป็นนักฟิสิกส์และนักจักรวาลวิทยา ที่ค้นพบทฤษฎีเกี่ยวกับหลุมดำ โดยเขาป่วยเป็นโรคกล้ามเนื้ออ่อนแรง และตัวอย่างจากภาพยนตร์เรื่อง “อวตาร” ที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับนาวิกโยธินหนุ่มที่ชื่อ เจค ซัลลี ผู้ซึ่งสูญเสียขาทั้งสองข้างจากการรบในสงคราม ทำให้เจค ซัลลี กลายเป็นคนพิการ อย่างไรก็ตาม เจค ซัลลี ก็ได้ถูกคัดเลือกให้เข้ามาทำงานเกี่ยวกับกิจกรรมทางด้านอวกาศแทนพี่ชายของเขาซึ่งเสียชีวิตอย่างกะทันหันเนื่องจากการที่เขามี DNA เหมือนกับพี่ชายของเขา โดยเขาต้องเดินทางไปปฏิบัติภารกิจบนดาวที่มีชื่อว่า แพนโดรา ซึ่งหน้าที่ที่เขาได้รับคือ การถ่ายจิตเข้าสู่ร่างจำลองชาวพื้นเมืองเผ่าเนวีแห่งดาวแพนโดรา เพื่อสำรวจเก็บข้อมูลต่าง ๆ และเพื่อที่จะพิชิตชาวเผ่าเนวี

ซึ่งจากความสามารถของศาสตราจารย์สตีเฟน วิลเลียม ฮอว์กิง และจากตัวอย่างจากภาพยนตร์เรื่องอวตารนี้ ทำให้ผู้เขียนตระหนักเห็นว่า ไม่ใช่แค่มนุษย์ที่มีร่างกายแข็งแรงสมบูรณ์ อย่อย่างสำคัญต่าง ๆ ครบถ้วนพร้อมใช้งานเท่านั้นที่จะสามารถดำเนินกิจกรรมทางอวกาศได้ หากแต่ผู้พิการที่สูญเสียอวัยวะสำคัญต่าง ๆ ของร่างกาย แต่มีความรู้ความสามารถก็สามารถดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศได้เช่นเดียวกัน ซึ่งในปัจจุบันพบว่าสังคมโลกคนพิการยังไม่สามารถที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมอวกาศมากนักเช่นเดียวกับบุคคลที่มีร่างกายสมบูรณ์ครบถ้วน และพบว่าคนพิการบนโลกของเรามีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ไม่ว่าจะพิการมาแต่กำเนิด หรือพิการจากสถานการณ์ หรือเหตุการณ์ต่าง ๆ อาทิ อุบัติเหตุ เป็นต้น และสำหรับประเทศไทยจากรายงานการสำรวจคนพิการของสำนักงานสถิติแห่งชาติ พ.ศ. 2555 พบว่ามีประชากรที่มีความพิการประมาณ 1.5 ล้านคน หรือร้อยละ 2.2 ของประชากรทั้งประเทศ ประชากรที่พิการอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไปถึงวัยทำงาน มีจำนวน 1.4 ล้านคน พบว่าประมาณ 3 ใน 4 (ร้อยละ 74.3) ที่ไม่ได้ทำงาน¹² ด้วยเหตุนี้ องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities

¹⁰ การค้นคว้าและพัฒนามนุษย์อวกาศนานาชาติ

¹¹ การแสวงหาและเข้าใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในห้วงอวกาศ

¹² สำนักงานสถิติแห่งชาติ, **สรุปผลที่สำคัญการสำรวจความพิการ พ.ศ. 2555**, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสถิติแห่งชาติ พ.ศ. 2556

3. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของคนพิการกับการดำเนินกิจกรรมทางด้าน
อวกาศ

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities: CRPD)¹³

¹³ ในปี พ.ศ. 2545 องค์การสหประชาชาติจึงได้แต่งตั้งคณะทำงานยกร่างอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) ขึ้น ซึ่งต่อมาเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2549 ที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ครั้งที่ 61 ได้มีมติรับรองอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) และพิธีสารเลือกรับ (Optional protocol) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (CRPD) เนื่องจากกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่มีอยู่ในปัจจุบันนี้ยังไม่อาจให้ประกันการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและความเสมอภาคของคนพิการได้อย่างเต็มที่

¹⁴ ข้อ 3 (หลักการทั่วไป) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ พ.ศ. 2549 ให้ความสำคัญในเรื่องต่อไปนี้ (1) การพหุศักดิ์ศรีที่มีมาแต่กำเนิด การอยู่ได้ด้วยตนเอง เสรีภาพในการตัดสินใจด้วยตนเอง และความเป็นอิสระของบุคคล (2) ไม่เลือกปฏิบัติต่อคนพิการ (3) การมีส่วนร่วม การเข้าร่วมของคนพิการได้อย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพในสังคม (4) การเคารพความแตกต่าง ยอมรับคนพิการว่าเป็นส่วนหนึ่งของความแตกต่างของมนุษยชาติและความเป็นมนุษย์ (5) ความเทียมของโอกาส (6) การเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ (7) ความเสมอภาคระหว่างชายกับหญิง (8) การเคารพขีดความสามารถของเด็กพิการที่มีพัฒนาการอย่างต่อเนื่อง การเคารพสิทธิของเด็กพิการอย่างต่อเนื่อง และการเคารพสิทธิของเด็กพิการเพื่อสงวนรักษาอัตลักษณ์แห่งตน

และการไม่เลือกปฏิบัติ (2) สิทธิการมีชีวิต เสรีภาพ และความมั่นคงของบุคคล (3) สิทธิได้รับการยอมรับว่ามีความสามารถตามกฎหมายบนพื้นฐานอันเท่าเทียมกัน (4) เสรีภาพจากการถูกทรมาน (5) เสรีภาพจากการถูกแสวงหาประโยชน์ การใช้ความรุนแรงและการล่วงละเมิด (6) สิทธิที่จะได้รับการเคารพต่อศักดิ์ศรีทางด้านร่างกายและจิตใจ (7) เสรีภาพในการย้ายถิ่นฐานและการถือสัญชาติ (8) สิทธิในการอาศัยอยู่ในชุมชน (9) เสรีภาพในการแสดงออกและแสดงความคิดเห็น (10) สิทธิการเคารพการเป็นส่วนตัว (11) สิทธิการเคารพในการสร้างครอบครัว และสถาบันครอบครัว (12) สิทธิด้านสุขภาพ (13) สิทธิทางการศึกษา (14) สิทธิด้านการทำงาน (15) สิทธิสำหรับมาตรฐานความเป็นอยู่ที่ยั่งยืน (16) สิทธิการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเรื่องสาธารณะ (17) สิทธิการมีส่วนร่วมทางวัฒนธรรม นันทนาการ การพักผ่อนคลายความเครียดและกีฬา) เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ต่อคนพิการ อย่างเสมอภาคทัดเทียมกับบุคคลทั่วไป และเป็นสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน ขององค์การสหประชาชาติฉบับแรกในศตวรรษที่ 21 ดังนั้น สิทธิในด้านการทำงาน สิทธิความเท่าเทียมและการไม่เลือกปฏิบัติ และสิทธิได้รับการยอมรับว่ามีความสามารถตามกฎหมายบนพื้นฐานอันเท่าเทียมกันของคนพิการตามสนธิสัญญาฉบับนี้จึงเป็นหลักประกันที่จะทำให้คนพิการมีสิทธิอันชอบธรรมในการที่จะเข้าร่วมดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศของมวลมนุษยชาติ

3.2 กฎเกณฑ์ภายในประเทศ

สำหรับประเทศไทยนั้น จากการที่ผู้นำของโลกหรือองค์กรต่าง ๆ ของโลกได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ ดังนั้น ประเทศไทยจึงเล็งเห็นว่า ควรที่จะพัฒนากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สามารถคุ้มครองคนพิการภายในประเทศ ให้ได้รับสิทธิ การดูแลรักษา และการมีส่วนร่วมในการทำงานต่าง ๆ ได้อย่างเต็มที่ ประกอบกับด้วยแรงผลักดันของเครือข่ายคนพิการในประเทศไทย จึงได้ร่วมเป็นแกนนำในการยกร่าง เสร็จฯ ลงนามรับรอง รวมทั้งได้ให้สัตยาบันต่อ “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ” (CRPD) ดังนั้น จึงได้มีการบัญญัติสาระสำคัญอันเกี่ยวข้องกับสิทธิของคนพิการไว้ในกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศไทย เช่น

(1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

โดยกำหนดให้บุคคล (ซึ่งรวมถึงคนพิการ) ย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพ และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน และให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

นอกจากนี้ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำได้ รวมทั้งมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือ

เสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม¹⁵

(2) พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550

สำหรับเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ พ.ศ. 2534 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน สาระสำคัญและรายละเอียดเกี่ยวกับการสงเคราะห์และการฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการไม่เหมาะสมกับสภาพสังคมปัจจุบัน ดังนั้น สมควรกำหนดแนวทางและปรับปรุงวิธีการในการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการให้มีความเหมาะสมยิ่งขึ้น และกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์และความคุ้มครองคนพิการเพื่อมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุสภาพทางกายหรือสุขภาพ รวมทั้งให้คนพิการมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ตลอดจนให้รัฐต้องสงเคราะห์คนพิการให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีและพึ่งตนเองได้ และ

(3) กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎกระทรวงกำหนดจำนวนคนพิการที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการและหน่วยงานของรัฐจะต้องรับเข้าทำงานและจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2554 เพื่อเป็นการสร้างหลักประกันสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่เป็นสากลสำหรับคนพิการไว้ในกฎหมายไทยที่สอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ

4. วิเคราะห์สิทธิของคนพิการกับการส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางด้านโอกาสของประเทศไทย

จากการที่ประเทศไทยได้ออกแนวนโยบายของรัฐเกี่ยวกับคนพิการด้านการทำงาน ซึ่งได้ระบุไว้ในข้อ 3 เรื่องการลดความเหลื่อมล้ำของสังคม และการสร้างโอกาสการเข้าถึงบริการของรัฐ¹⁶ ที่ทำให้มีการเตรียมการจัดทำระบบการคุ้มครองทางสังคม ระบบการพัฒนาศักยภาพ คุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ จัดสวัสดิการช่วยเหลือและพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้พิการ¹⁷ สำหรับ

¹⁵ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

¹⁶ คำแถลงนโยบาย 11 ด้านของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภาในวาระที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2557

¹⁷ ข้อ 3 เรื่องการลดความเหลื่อมล้ำของสังคม และการสร้างโอกาสการเข้าถึงบริการของรัฐ และข้อ 3.2 “ในระยะต่อไป จะพัฒนาระบบการคุ้มครองทางสังคม ระบบการออมและระบบสวัสดิการชุมชนให้มีประสิทธิภาพและมีความยั่งยืนมากยิ่งขึ้น รวมทั้งการดูแลให้มีระบบการกักขังที่เป็นธรรมและการสงเคราะห์ผู้ยากไร้ อีตภาพ พัฒนาศักยภาพ คุ้มครองและพิทักษ์สิทธิ จัดสวัสดิการช่วยเหลือและพัฒนาคุณภาพชีวิตของผู้ด้อยโอกาส ผู้พิการ ผู้สูงอายุ สตรีและเด็ก” โปรดดู คำแถลงนโยบาย 11 ด้านของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภาในวาระที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2557

ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิของคนพิการในการมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางด้านโอกาสของประเทศไทยนั้น เราควรที่จะต้องมาทำการศึกษา 2 ประเด็นหลัก ดังนี้

4.1 ความหมายของคนพิการตามที่กฎหมายประเทศไทยกำหนด

ในประเด็นนี้ จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ได้ให้คำนิยาม “คนพิการ หมายความว่า บุคคลซึ่งมีข้อจำกัดในการปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวัน หรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคม เนื่องจากมีความบกพร่องทางการเห็น การได้ยิน การเคลื่อนไหว การสื่อสาร จิตใจ อารมณ์ พฤติกรรม สติปัญญา การเรียนรู้ หรือความบกพร่องอื่นใด ประกอบกับมีอุปสรรคในด้านต่าง ๆ และมีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวัน หรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป”¹⁸ จากคำนิยามนี้ จะเห็นได้ว่าคนพิการในประเทศไทยนั้นเป็นบุคคลที่มีข้อจำกัดในการใช้ชีวิตประจำวันเนื่องจากความบกพร่องทางร่างกายด้านใดด้านหนึ่งที่มีความจำเป็นเป็นพิเศษที่จะต้องได้รับความช่วยเหลือด้านหนึ่งด้านใด เพื่อให้สามารถปฏิบัติกิจกรรมในชีวิตประจำวันหรือเข้าไปมีส่วนร่วมทางสังคมได้อย่างบุคคลทั่วไป ซึ่งมีได้กำหนดว่าเป็นบุคคลที่ไม่สามารถประกอบอาชีพได้อย่างใดอย่างหนึ่งได้ ดังนั้นคนพิการในที่นี้จึงยังคงเป็นผู้ที่มีสิทธิอันชอบธรรมและมีสิทธิอย่างเสมอภาคในการที่จะเข้าร่วมดำเนินกิจกรรมทางด้านโอกาสของมวลมนุษยชาติ ทั้งนี้ สอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่กำหนดว่า บุคคล (คนปกติธรรมดาและคนพิการ) ย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้ และมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม¹⁹

4.2 สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนพิการในประเทศไทย

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนพิการในประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่าง

¹⁸ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550

¹⁹ มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

เป็นธรรม การป้องกัน หรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา”²⁰

ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ให้การรับรองถึงเสรีภาพในการประกอบอาชีพกับบุคคลทุกคนไม่ว่าเขาเหล่านั้นจะเป็นคนพิการ หรือเป็นคนปกติธรรมดาทั่วไป นอกจากนี้ การออกกฎหมาย หรือกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ได้ออกมาตรการที่เกี่ยวกับการจ้างงานคนพิการเพื่อเป็นแรงจูงใจสำหรับการจ้างงานคนพิการตามกฎหมาย เช่น

ก. ให้นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 100 คนขึ้นไป จะต้องรับคนพิการที่สามารถทำงานได้ 1 คน หากมีเศษเกิน 50 คน ต้องรับคนพิการเพิ่มอีก 1 คน ทั้งนี้ นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการนั้นจะได้รับสิทธิประโยชน์โดยไม่ต้องส่งเงินเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ และได้รับยกเว้นภาษีสองเท่า²¹

ข. หากมิได้ดำเนินการตามมาตรา 33 หรือมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ให้นำส่งเงินเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการเป็นรายปี (ค่าจ้างขั้นต่ำ × 365 วัน × จำนวนคนพิการที่ยังไม่ได้รับตามอัตรา)

หากปฏิบัติตามมาตรา 33 หรือมาตรา 35 ไม่ครบตามเงื่อนไขที่กำหนด ให้ส่งเงินเข้ากองทุนฯ ตามจำนวนวันที่ไม่ได้ปฏิบัติให้ครบตามที่กำหนดไว้

หากปฏิบัติตามข้อกำหนดของมาตรา 33 หรือมาตรา 35 ภายหลังจากที่ครบระยะเวลา ให้ยื่นคำขอรับเงินที่ได้ส่งเข้ากองทุนฯ คืนได้ตามจำนวนค่าจ้างที่ได้จ่ายไปจริง

ทั้งนี้ สิทธิประโยชน์ที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะได้รับคือ ไม่ต้องส่งเงินเข้ากองทุนฯ และได้รับยกเว้นภาษีหนึ่งเท่า²²

²⁰ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

²¹ มาตรา 33 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ ให้นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการ และหน่วยงานของรัฐรับคนพิการเข้าทำงานตามลักษณะของงานในอัตราส่วนที่เหมาะสมกับผู้ปฏิบัติงานในสถานประกอบการหรือหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานออกกฎกระทรวง กำหนดจำนวนที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการ และหน่วยงานของรัฐจะต้องรับคนพิการเข้าทำงาน”

และกฎกระทรวงกำหนดจำนวนคนพิการที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการและหน่วยงานของรัฐจะต้องรับเข้าทำงานและจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2554

²² มาตรา 34 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

ค. หากนายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการมิได้ประสงค์ดำเนินการตามมาตรา 33 หรือมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 อาจให้สัมปทาน จัดสถานที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการ จัดจ้างเหมาช่วงงาน หรือจ้างเหมาบริการ โดยวิธีกรณีพิเศษ ฝึกงาน หรือจัดให้มีอุปกรณ์หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ล่ามภาษามือ หรือให้การช่วยเหลืออื่นใดแก่คนพิการ หรือผู้ดูแลคนพิการแทนได้

ทั้งนี้ สิทธิประโยชน์ที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะได้รับคือ ไม่ต้องส่งเงินเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ แต่ไม่ได้รับการยกเว้นภาษี นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องเขียนโครงการส่งกรมจัดหางาน²³

ดังนั้น จากหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ตามที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นสิ่งยืนยันได้ว่าประเทศไทยได้ให้การส่งเสริมให้มีการจ้างงานคนพิการโดยสอดคล้องกับสิทธิของคนพิการที่จะได้รับการจ้างงาน เฉกเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาทั่วไปไม่ว่างานหรืออาชีพนั้นจะเป็นงานหรืออาชีพอะไรก็ตาม ซึ่งในที่นี้ก็รวมถึงโอกาสของคนพิการในประเทศไทยที่จะได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมทางด้านโอกาสด้วย

ทั้งนี้ เป็นที่ยอมรับกันโดยแพร่หลายว่าการทำงานหรือการประกอบอาชีพเป็นส่วนหนึ่งในการดำรงชีวิตของมนุษย์ ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ที่ดีทั้งในระดับบุคคลและระดับสังคม ผลของการทำงานจะกลายเป็นฐานของการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ

“นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการที่มีรับคนพิการเข้าทำงาน ตามจำนวนที่กำหนดตามมาตรา 33 ให้ส่งเงินเข้ากองทุนตามมาตรา 24 (5) ทั้งนี้ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานออกกฎกระทรวง กำหนดจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุน

นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการที่ต้องส่งเงินเข้ากองทุนตามวรรคหนึ่ง แต่มิได้ส่ง ส่งล่าช้า หรือส่งเงินไม่ครบถ้วน ให้เสียดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีของจำนวนเงินที่ยังไม่ได้ส่งเข้ากองทุน

นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการซึ่งรับคนพิการเข้าทำงานหรือส่งเงินเข้ากองทุนตามวรรคหนึ่งมีสิทธิได้รับยกเว้นภาษีเป็นร้อยละของจำนวนเงินค่าจ้างที่จ่ายให้แก่คนพิการ หรือเงินที่ส่งเข้ากองทุน แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายกำหนด”

และกฎกระทรวงกำหนดจำนวนคนพิการที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการและหน่วยงานของรัฐจะต้องรับเข้าทำงานและจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2554

²³ มาตรา 35 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐไม่ประสงค์จะรับคนพิการเข้าทำงานตามมาตรา 33 หรือนายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการไม่รับคนพิการเข้าทำงานตามมาตรา 33 และไม่ประสงค์จะส่งเงินเข้ากองทุนตามมาตรา 34 หน่วยงานของรัฐ นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการนั้นอาจให้สัมปทานจัดสถานที่จำหน่ายสินค้าหรือบริการ จัดจ้างเหมาช่วงงานหรือจ้างเหมาบริการโดยวิธีกรณีพิเศษ ฝึกงาน หรือจัดให้มีอุปกรณ์หรือสิ่งอำนวยความสะดวก ล่ามภาษามือ หรือให้ความช่วยเหลืออื่นใดแก่คนพิการหรือผู้ดูแลคนพิการก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนดในระเบียบ”

ดังนั้น การประกอบอาชีพหรือการมีงานทำจึงมีความสำคัญต่อคนพิการเหมือนกับคนธรรมดาทั่วไป เนื่องจากเป็นแหล่งการสร้างรายได้ให้กับตัวคนพิการเองแล้วยังเป็นเรื่องของการสร้างให้เห็นถึงความสามารถในทางวิชาชีพรวมถึงบุคลิกภาพของผู้พิการ และที่สำคัญที่สุดก็คือทำให้ผู้พิการนั้นมีความภาคภูมิใจในตนเอง เห็นคุณค่าของตนเอง ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยได้ดำเนินการให้คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ เช่น ให้มีการฟื้นฟูสมรรถภาพด้านอาชีพ การให้บริการที่มีมาตรฐาน การคุ้มครอง แรงงาน มาตรการเพื่อการมีงานทำ สิ่งอำนวยความสะดวก เทคโนโลยีหรือความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อการทำงานและประกอบอาชีพของคนพิการ²⁴

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันสังคมโลกได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับคนพิการเพิ่มมากยิ่งขึ้น โดยมีการยืนยันถึงสิทธิของคนพิการ ผ่านมาตรการต่าง ๆ เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006) และพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 ที่ส่งเสริมและรองรับสิทธิให้คนพิการซึ่งส่งผลให้คนพิการได้รับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาค และเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สำหรับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศนั้น ปัจจุบันมนุษย์ก็ได้ให้ความสนใจในการเข้ามาดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศเชิงพาณิชย์มากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ และบริษัทหรือหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศต่างต้องการผู้ที่มีความรู้ความสามารถทางด้านอวกาศมากยิ่งขึ้น ถึงแม้ว่ามนุษย์หลายคนอาจคิดว่า บุคคลที่จะเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางด้านอวกาศได้นั้น จะต้องมียุวกายที่แข็งแรงสมบูรณ์ มีอวัยวะที่ครบ แต่แท้จริงแล้ว คนพิการก็สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางด้านอวกาศได้เช่นกันหากแต่คนพิการเป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาดและเข้าใจองค์ความรู้ทางด้านอวกาศได้อย่างถ่องแท้ นอกจากนี้จากการที่สังคมโลกในปัจจุบันได้ให้ความสำคัญในเรื่องของความเท่าเทียมกันของมวลมนุษยชาติ จึงทำให้คนพิการมีความกล้าที่จะเข้ามาเป็นผู้มีส่วนร่วมในกิจกรรมทางด้าน

²⁴ มาตรา 20 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐ ดังต่อไปนี้...

(3) การฟื้นฟูสมรรถภาพด้านอาชีพ การให้บริการที่มีมาตรฐาน การคุ้มครอง แรงงาน มาตรการเพื่อการมีงานทำ ตลอดจนได้รับการส่งเสริมการประกอบอาชีพอิสระ และบริการสื่อ สิ่งอำนวยความสะดวก เทคโนโลยีหรือความช่วยเหลืออื่นใด เพื่อการทำงานและประกอบอาชีพของคนพิการ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานประกาศกำหนด”

อวกาศมากขึ้นและมีสิทธิที่จะได้รับการจ้างงานเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาทั่วไปในการดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศ

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) ประเทศไทยควรมีการส่งเสริมสนับสนุนและผลักดันให้คนพิการที่มีองค์ความรู้ทางด้านอวกาศให้สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการทำงานทางด้านอวกาศกับบุคคลธรรมดาทั่วไป

(2) ประเทศไทยควรมีการส่งเสริมและพัฒนาด้านการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางด้านอวกาศให้กับคนพิการเพิ่มมากขึ้น

(3) ปัจจุบันการให้คนพิการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางด้านอวกาศของมวลมนุษยชาติยังถือว่ามีค่อนข้างน้อย ดังนั้น หากบริษัทหรือหน่วยงานของรัฐใดที่ดำเนินกิจกรรมทางด้านอวกาศรับคนพิการที่มีองค์ความรู้ทางด้านอวกาศเข้าทำงานก็ควรจะได้รับสิทธิประโยชน์พิเศษตามกฎหมายเพิ่มมากขึ้น

เอกสารอ้างอิง

- สำนักงานสถิติแห่งชาติ, สรุปผลที่สำคัญการสำรวจความพิการ พ.ศ. 2555, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสถิติแห่งชาติ พ.ศ. 2556
- นโยบาย 11 ด้านของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา นายกรัฐมนตรี แถลงต่อรัฐสภาในวันศุกร์ที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2557
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560
- พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550
- กฎกระทรวงกำหนดจำนวนคนพิการที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการและหน่วยงานของรัฐจะต้องรับเข้าทำงานและจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2554
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities 2006
- Frederick I. Ordway III and Wernher von Braun, “History of Rocketry and Space Travel,” Encyclopedia Americana 25, 2006
- A. Houston and M. Rycroft (Editors), Keys to Space: An interdisciplinary approach to space studies, International Space University Publication, 1999
- http://digi.library.tu.ac.th/thesis/la/0910/08CHAPTER_1.pdf

“ จอมองขึ้นไปบนดงดาว

แทนที่จะก้มมองที่เท้าของเธอ ”

- Stephen Hawking -



แนวทางการศึกษานิติศาสตร์และ หลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ระดับชั้นปริญญาตรี

Introduction to Studying Laws and Principles for Writing Law Exams
at LL.B. Level

พลกวิษย์ พันธุ์คำเกิด





“...แม้จะเป็นผู้ที่มีการศึกษาสูงเพียงใด
ถ้าบกพร่องต่อการประมาณตนในทางปฏิบัติปฏิบัติชอบ
วิชาต่าง ๆ ที่ได้เล่าเรียนมานั้นก็ไร้ประโยชน์
ไม่สามารถจะนำความเจริญมาสู่ตน และประเทศชาติสมดังความปรารถนาได้...”

พระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9

ในพิธีพระราชทานปริญญาบัตร มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

10 สิงหาคม 2504

แนวทางการศึกษานิติศาสตร์และหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ระดับชั้นปริญญาตรี

Introduction to Studying Laws and Principles for Writing Law Exams at LL.B. Level

พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด*

Ponpawit Pankhamkerd

การศึกษาในระดับชั้นปริญญาตรีหาได้มุ่งหมายเพียงเพื่อให้บัณฑิตนักศึกษารียนจบไปเพื่อเข้าสู่เส้นทางอาชีพหารายได้เลี้ยงตนเองโดยมองนิสิตนักศึกษาเป็นเพียงวัตถุดิบในตลาดแรงงานเท่านั้นไม่ แต่ยังต้องการให้นิสิตนักศึกษารู้ซึ่งและเข้าใจถึงปรัชญาเบื้องหลังของสิ่งที่นิสิตนักศึกษาต้องศึกษา ในลักษณะการสร้างคนให้เป็นมนุษย์ที่รู้จักคิด เพื่อให้บัณฑิตนักศึกษามีหลักคิดสำหรับการประกอบสัมมาอาชีพและดำเนินชีวิตต่อไปโดยอาศัยความรู้และความคิดที่ได้จากการศึกษาในรั้วมหาวิทยาลัยนี้

สำหรับการศึกษาวิชานิติศาสตร์โดยเฉพาะนั้น การศึกษาในระดับชั้นปริญญาตรีให้ตีจะเป็นรากฐานที่สำคัญต่อการศึกษาในระดับสูง (ปริญญาโท - เอก) และการศึกษาเพื่อปฏิบัติงานในทางวิชาชีพ (ระดับเนติบัณฑิต) โดยตรง นิสิตนักศึกษาวิชานิติศาสตร์จึงต้องเริ่มปรับตัวเพื่อเตรียมตัวให้พร้อมสำหรับการศึกษาระดับชั้นปริญญาตรีให้ตนได้รับผลลัพธ์ที่คุ้มค่ามากที่สุด

ในการนี้ ผู้เขียนได้รับมอบหมายให้เรียบเรียงบทความนี้ขึ้น เพื่อให้ทำหน้าที่เสมือน **คู่มือการศึกษาและการสอบฉบับกะทัดรัด** ข้างกายนิสิตนักศึกษาวิชานิติศาสตร์ชั้นปริญญาตรี จึงเรียบเรียงบทความนี้โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนหลัก ส่วนแรกว่าด้วย **“หลักการเรียน**

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, ประกาศนียบัตรศึกษากฎหมายภาคฤดูใบไม้ผลิ ณ มหาวิทยาลัยพาสเซา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประจำปี 2555 (CPG Spring School 2012 at University of Passau, Germany) โดยทุนของศูนย์ความเป็นเลิศด้านนโยบายสาธารณะและธรรมาภิบาล เยอรมัน-อุษาคเนย์ (CPG)

ผู้พิพากษาศาลจังหวัดแพร่ ช่วยทำงานชั่วคราวในตำแหน่งผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดแพร่ อีกตำแหน่งหนึ่ง, อาจารย์พิเศษคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ลำปาง (สัมมนากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา), อาจารย์ผู้บรรยายหลักการเรียนและเทคนิคการเขียนตอบปัญหากฎหมายวิธีสบัญญัติ สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (กลุ่มวิธีพิจารณาความแพ่ง), อาจารย์ผู้บรรยายโครงการอบรมเตรียมความพร้อมความรู้สำหรับการศึกษาในระดับเนติบัณฑิต สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (หลักการเรียนกฎหมายแพ่งและพาณิชย์)

นิติศาสตร์ในระดับชั้นปริญญาตรี” และส่วนหลังว่าด้วย “วิธีการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายระดับชั้นปริญญาตรี”

ส่วนแรก : “หลักการเรียนนิติศาสตร์ในระดับชั้นปริญญาตรี”

การศึกษาในคณะหรือสำนักวิชานิติศาสตร์นี้มีข้อต่อที่สำคัญคือ นิสิตนักศึกษาสามารถศึกษาโดยอาศัยตนเองเป็นหลักได้ กล่าวคือ การศึกษานิติศาสตร์นั้นเป็นการศึกษาระบบการใช้เหตุผล และการชั่งน้ำหนักเหตุผลทางกฎหมายเป็นสำคัญ โดยที่มนุษย์ทุกคนมีสิ่งที่เรียกว่า “เหตุผล” อยู่ในความคิดของแต่ละคนอยู่แล้ว ผู้เรียนนิติศาสตร์จึงสามารถทดลองผลลัพธ์ทางความคิดได้โดยไม่ต้องอาศัยอุปกรณ์พิเศษต่างหากอย่างเช่นการทดลองทางวิทยาศาสตร์ แต่อาจทำได้โดยง่ายกว่านั้น คือเพียงแค่ถกเถียงถามเหตุผลกันว่าฝ่ายใดเห็นแบบใด ทำไม่ถึงเห็นเช่นนั้น มีเหตุผลสนับสนุนอย่างไร ความคิดนั้นมีความน่าเชื่อถือหรือไม่ มีแหล่งข้อมูลอ้างอิงหรือไม่ และเพียงแค่ว่าพยายามค้นคว้าหาความรู้จากห้องสมุด จากการเข้าฟังบรรยาย จากการถกเถียงเพื่อขัดเกลาความคิด ฝึกฝนการชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียจากการใช้เหตุผลของแต่ละฝ่าย ด้วยความวิริยะอุตสาหะและน้ำอดน้ำทนของผู้เรียน ก็จะสามารถประสบความสำเร็จในการเรียนกฎหมายได้ด้วยดี

ในขั้นนี้ ผู้เขียนขอแจกแจงเรื่องสำคัญที่ผู้เรียนควรเข้าใจไว้เป็นเบื้องต้นคือ

1. การเข้าฟังบรรยาย (Lecture)

นิสิตนักศึกษาทุกท่านเมื่อได้ผ่านพ้นช่วงการศึกษามัธยมตอนปลายมาจนขึ้นระดับอุดมศึกษาแล้ว จะพบว่าการฟังบรรยายในมหาวิทยาลัยนี้ บางสถานศึกษาอาจไม่บังคับนิสิตนักศึกษาให้ต้องเข้าฟังบรรยาย ทั้งนี้ เพราะมหาวิทยาลัยให้เสรีภาพแก่นิสิตนักศึกษาในฐานะคนที่กำลังจะบรรลุนิติภาวะแล้วว่านิสิตนักศึกษาอาจมีกิจธุระจำเป็นหรือกำลังเข้าร่วมกิจกรรมสำคัญอันจะทำประโยชน์อย่างอื่นแก่ตัวนิสิตนักศึกษาเองหรือแก่ผู้อื่นด้วยก็เป็นได้ อย่างไรก็ตาม หากนิสิตนักศึกษามีได้ติดภารกิจสำคัญอันใด โปรดเข้าใจว่าการเข้าฟังบรรยายโดยอาจารย์ที่มหาวิทยาลัยของนิสิตนักศึกษาเองนั้น นอกจากจะเป็นการทำหน้าที่ของตนแล้วยังช่วยตัวนิสิตนักศึกษาเองให้ได้แนวทางการศึกษาที่ถูกต้อง ได้ความรู้จากข้อความคิดที่ชัดเจน เพื่อประโยชน์ในการอ่านตำราหรือฝึกฝนทำข้อสอบต่อไปได้อย่างราบรื่น อันก่อประโยชน์ยิ่งแก่อนาคตของนิสิตนักศึกษาทั้งนั้น และท้ายที่สุด ยังเป็นการให้เกียรติอาจารย์ผู้บรรยายที่ท่านได้เตรียมการสอนมาเพื่อตั้งใจถ่ายทอดความรู้ให้ผู้เรียนอีกด้วย

2. การเตรียมตัวเพื่อเข้าฟังบรรยาย

เมื่อนิสิตนักศึกษาลงทะเบียนวิชาใด นิสิตนักศึกษาย่อมทราบอยู่แล้วว่าจะต้องเรียนและสอบในวิชานั้น จึงต้องเข้าฟังบรรยายของอาจารย์ประจำวิชาเพื่อทำความเข้าใจและทราบถึงข้อความคิดสำคัญของแต่ละเรื่อง

ในการฟังบรรยายนี้ นิสิตนักศึกษาจะทำตัวเช่นสมัยเรียนชั้นมัธยมคือเข้าห้องเรียนเพื่อคอยฟังอาจารย์พูดแล้วจดตามคำบอกหรืออ่านหนังสือเท่าที่อาจารย์ให้อ่านแบบนั้นไม่ได้อีกแล้ว เพราะการศึกษาในระดับอุดมศึกษาจะมีทั้งส่วนที่ปูพื้นฐานทางความคิด และยังมีส่วนต่อยอดทางความคิดของนิสิตนักศึกษาอีกด้วย โดยในห้องเรียนอาจมีการตั้งคำถามให้นิสิตนักศึกษาตอบ ให้อภิปราย ให้ถกเถียง หรือให้แสดงความเห็นต่อกลุ่มสาระตนชนขนาดย่อมได้ หากนิสิตนักศึกษาไม่เตรียมตัวให้พร้อมกับการฟังบรรยาย ก็จะได้ฝึกฝนตนเองเท่าที่ควร และจะรู้สึกแย่ในภายหลังที่ได้มีโอกาสขัดเกลาตนเองอย่างเต็มที่ในรั้วมหาวิทยาลัยแต่กลับไม่ใช่ประโยชน์จากโอกาสนั้น

การเตรียมพร้อม ทำได้หลายรูปแบบ เช่น

2.1 อ่านหนังสือก่อนเข้าฟังบรรยาย

การที่นิสิตนักศึกษาทราบดีว่า ในแต่ละวิชามีหนังสือหลักเล่มใดที่ต้องใช้บ้าง หากได้อ่านไปก่อน จะทำให้นิสิตนักศึกษาฟังบรรยายได้เข้าใจรวดเร็ว และแจ่มชัดกว่าผู้ที่มิได้อ่านไปก่อนอย่างแน่นอน และนิสิตนักศึกษาก็จะรู้สึกคุ้มค่าที่ได้รับประโยชน์เต็มที่ทุกนาทีจากการฟังบรรยาย

2.2 ตั้งคำถามก่อนเข้าฟังบรรยาย

การอ่านหนังสือก่อนเข้าฟังนั้น นิสิตนักศึกษาย่อมจะเกิดจุดเล็ก ๆ ซึ่งก่อให้เกิดข้อสงสัยที่น่าสนใจได้ ทำให้นิสิตนักศึกษาจดข้อสงสัยนั้นไว้ รอเมื่อถึงเวลาเข้าฟังบรรยายนั้นแล้วให้ถามอาจารย์ผู้บรรยายถึงข้อสงสัยดังกล่าว นิสิตนักศึกษาจะได้รับคำตอบที่ถูกต้องชัดเจน และที่สำคัญคือ ตนเองเป็นคนสงสัยเอง เวลาได้รับคำตอบก็จะจำได้มีรู้สึก ถือว่าช่วยให้จดจำข้อมูลในส่วนนั้นได้โดยทุนแรงทบทวนไปโดยปริยาย

2.3 ฝึกทำข้อสอบเก่าเพื่อช่วยตั้งคำถาม

การตั้งคำถามมิได้เกิดจากการอ่านอย่างเดียว การที่นิสิตนักศึกษานำข้อสอบเก่ามาฝึกปรือทดสอบความรู้ความเข้าใจของเรา ย่อมจะช่วยให้เราเกิดคำถามที่แตกแขนงจากคำถามที่เราพบเจอเพิ่มขึ้นได้อีก และย่อมเป็นคำถามที่น่าสนใจเพราะมักจะอยู่ในระดับใกล้เคียงกันกับคำถามในข้อสอบเก่านั้นเอง

3. หลักและเทคนิคการอ่านขั้นพื้นฐาน : อ่านอย่างไรให้ไว และจำแม่น

ทำอย่างไรจึงจะอ่านเร็ว : ผู้เขียนลองอ่านมาหลากหลายวิธี พบว่า การกังวลกับเทคนิคการอ่านมากเกินไป จะทำให้เราไม่ค่อยได้เนื้อหาสาระที่อ่าน คือมัวแต่มากังวลว่า นี่เราใช้

เทคนิคตามที่เราศึกษามานี้มันถูกต้องอยู่หรือไม่? จนทำให้เนื้อหาที่ต้องใช้สอบจริง ๆ ไม่เข้าสมองเท่าที่ควร แต่กลับพบว่า **สิ่งที่สำคัญที่สุดในการอ่านให้ไวคือ “การแยกแยะเนื้อหาที่สำคัญกับคำอธิบายที่เป็นน้ำ ๆ ออกจากกันให้ไวที่สุด”**

สิ่งสำคัญที่สุด ที่จะช่วยเราแยกแยะ “เนื้อ” กับ “น้ำ” ออกจากกันนั้นก็คือ “ข้อสอบเก่า”

เนื่องจาก “ข้อสอบเก่า” คือสิ่งที่คัดสรรมาแล้วว่า ประเด็นระดับใด หรือในขอบเขตใดบ้าง ที่จะนำมาออกสอบได้ สิ่งเดียวที่ผู้เขียนคิดในขณะอ่านคำนั้น ๆ ประโยคนั้น ๆ ในหนังสือเลยก็คือว่า **เจ้าคำหรือประโยคที่กำลังเข้าสู่ตามายังสมองเราเนี่ย จะออกสอบได้หรือไม่ และหากออกสอบแล้วจะออกอย่างไร ! นี่เป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการอ่านเพื่อสอบ**

หากนิสิตนักศึกษาแยกได้ว่า เนื้อหาในส่วนนี้ดูจะเป็นคำอธิบายที่ยืดยาวหรือเป็นน้ำ ๆ เสียมากกว่าที่เป็นเนื้อหาสำคัญ หรือเข้าลักษณะเป็นประเด็นยิบย่อยและไม่มีความสำคัญในทางปฏิบัติเสียมากกว่า เช่นนี้ก็สันนิษฐานได้เลยว่า น่าจะเป็นเนื้อหาในส่วนที่ออกสอบได้ยาก แต่ก็ไม่ถึงกับแนะนำให้นิสิตนักศึกษาข้ามผ่านไป เพียงแค่ให้นิสิตนักศึกษาอ่านให้เข้าใจ แต่อาจลดความเข้มข้นในการจดจำข้อมูลในส่วนนั้นลงสักหน่อย แล้วใช้เวลาไปจดจำในเนื้อหาสำคัญมาก ๆ ก็คงจะดีกว่าสำหรับการรับมือกับระดับความยากและจำนวนประเด็นของข้อสอบกฎหมายในปัจจุบัน

เมื่อแยกได้เช่นนี้ การอ่านของนิสิตนักศึกษาจะแปลกไปจากเดิมมาก เพราะจะรู้สึกถึงท่วงทำนองในการอ่านที่แปรผันไปตามเนื้อหาที่อ่าน กล่าวคือ เมื่อนิสิตนักศึกษาเคยทำข้อสอบเก่ามาก่อนแล้ว รู้แล้วว่าประเด็นนี้ออกบ่อย ประเด็นระดับนี้ออกได้ ประเด็นยิบย่อยหรือเนื้อหาที่ไม่ค่อยใช้ทางปฏิบัติแบบนี้ไม่ค่อยออก แบบนี้ความเข้มข้นของการอ่านก็จะแปรผันไปตามเนื้อหาที่อ่าน และนิสิตนักศึกษาก็จะรู้ได้ว่า ในแต่ละหน้าความสำคัญก็จะไม่เท่ากัน และแม้แต่ในหน้ากระดาษเดียวกันก็มีความสำคัญที่ไม่เท่ากันด้วย ไม่ใช่มาเน้นข้อความหรือไฮไลต์ทั้งหน้าแบบเดิม และจะทำให้อ่านเร็วขึ้นไปตามธรรมชาติ **อีกทั้งจะรู้สึกมั่นใจในเนื้อหาที่อ่านว่า จุดที่เราเน้นย้ำในการอ่านนี้ จากประสบการณ์การศึกษาข้อสอบเก่าของเรา ย่อมมีโอกาสออกสอบได้แน่นอน !**

โดยแนะนำว่า หากอยากอ่านวิชาใด ก็ให้ท่านนำข้อสอบเก่าในวิชานั้น ๆ มาลองทำ และศึกษาธงโดยละเอียดเสียก่อน **ในขั้นตอนนี้ ลองทำข้อสอบเก่าไม่ต้องทำจริงจัง** และเมื่อเสร็จจากข้อสอบเก่าในวิชานั้นแล้ว ก็ค่อยเริ่มอ่านวิชานั้น

เมื่ออ่านเสร็จแล้ว ก็ค่อยนำข้อสอบเก่านั้น มาทำใหม่อีกที **โดยครั้งนี้ให้ทำอย่างจริงจัง** ผลลัพธ์ที่ได้จะดีขึ้นอย่างน่าประหลาดใจ เสร็จแล้วท่านก็ค่อยเคลื่อนไปสู่วิชาอื่นต่อ โดยทำเริ่มกระบวนการนี้ใหม่อีกครั้ง

ทุกหน้าที่เปิด ทุกบรรทัดที่อ่าน พึงระลึกว่าคำ ๆ นี้ต้องเขียนในสมุดคำตอบหรือไม่ หรือว่าแค่ให้เข้าใจไว้ แต่พอสอบจริง ๆ แล้วไม่ต้องเขียน ขณะที่อ่านไปต้องแยกแยะให้ออก

4. สิ่งสำคัญที่สุดในขณะที่อ่าน : สมาธิ

นอกจากเทคนิคการทำข้อสอบเก่าและศึกษาธำคําทบก่อน แล้วค่อยลงมืออ่านในแต่ละวิชาแล้ว สิ่งที่สำคัญที่สุดในขณะอ่านก็คือ “สมาธิ”

ศาสตราจารย์หลวงวิจิตรวาทการ อธิบายว่า “สมาธิ” หมายถึง ความตั้งใจแน่วแน่อยู่นิ่งในสิ่งที่ตนกำลังคิด และกำลังทำ ในขณะที่กำลังทำสิ่งหนึ่ง หรือกำลังคิดสิ่งหนึ่ง ก็สามารถห้ามใจไม่ให้วอกแวกกระสีกถึงสิ่งอื่น หรือเอาความคิดเรื่องอื่นเข้ามาพัวพัน คิดอยู่อย่างเดียวมองเห็นอยู่อย่างเดียว มีความตั้งใจอยู่ในสิ่งเดียว จนกว่าจะเสร็จธุระกับสิ่งนั้น

การสร้างสมาธิเป็นการกระทำที่ต้องฝึกฝนใจ อันที่จริงการฝึกจิตทุก ๆ อย่างเป็นการที่ต้องฝึกใจทั้งนั้น เพราะการฝึกจิตก็คือการฝึกใจนั่นเอง แต่เมื่อเราฝึกใจทางที่ถูกพยายามฝึกไปให้ได้ลงท้ายก็จะเป็นความเคยชินและเป็นประโยชน์แก่เราเอง เช่นถ้าเราหัดสมาธิด้วยการพยายามฝึกใจเราจะรู้สึกลำบากในขั้นต้น แต่ในเมื่อปลายจะเห็นความดีของสมาธิเป็นอันมาก¹

5. ไม่อ่านเพื่อสอบ : แต่อ่านเพื่อทวน - แล้วค่อยทวนเพื่อสอบ

แม้บัณฑิตนักศึกษามีเทคนิคที่ดีที่สุดในການอ่านอยู่ในมือแล้วก็ตาม ก็ยังต้องผ่านการวิเคราะห์ด้วยตนเองว่า เมื่อนิสิตนักศึกษาอ่านขณะนั้น ๆ แล้ว ความทรงจำจะคงอยู่ทนทานไปจนถึงวันสอบได้เลย ใช่หรือไม่ ?

“ไม่ !” นั่นคือคำตอบของคนแทบจะทั้งหมด สำหรับเนื้อหาส่วนใหญ่ที่อ่านไปทั้งหมด เพราะในแต่ละวันนิสิตนักศึกษาจะจัดแบ่งขอยเวลาออกเป็นหลายกิจกรรมมาก และกว่าจะจบแต่ละวิชาที่ใช้เวลานาน เมื่อเวลาผ่านไปจนนิสิตนักศึกษาอ่านเนื้อหาทั้งหมดจบแล้วในรอบแรกนั้นไม่ได้แปลว่านิสิตนักศึกษาจะจำเนื้อหาที่อ่านมาแล้วทั้งหมดได้จนถึงวันนั้น แล้ว...นิสิตนักศึกษาจะอ่านไปเพื่ออะไรถ้าจำไม่ได้

คำตอบของผู้เขียนคือ “อ่านเพื่อทวน”

ความข้อนี้สำคัญที่สุด นิสิตนักศึกษาจะต้องตั้งธงไว้เลยว่า ในการอ่านรอบแรกจะเอาไว้อ่านเพื่อทวน ไม่ใช่อ่านเพื่อกลับมาอ่านซ้ำ แบบนี้ไม่เกิดประโยชน์และเสียเวลาโดยใช่เหตุ นิสิตนักศึกษาจะต้องอ่านรอบแรกอย่างเข้าใจในเนื้อหานั้น ๆ แล้วสามารถทำ “สิ่งบันทึกช่วยทวน” สำหรับตนเองได้ เช่น นิสิตนักศึกษาอาจจะมาร์คไว้ในหนังสือเล่มนั้น ๆ โดยจัดลำดับความสำคัญด้วย สีไฮไลท์ที่ใช้ หรือจำนวนดอกจันหรือดาวที่ทำไว้ หรือนิสิตนักศึกษาอาจจะใช้วิธีจดย่อ ๆ ลงในประมวลเล่มใหญ่ของตน เป็นต้น

สำหรับวิธีแรก คือมาร์คในหนังสือเล่มนั้น ข้อดีคือทำได้ง่ายและเร็ว ไม่เสียเวลามาก เพราะไม่ต้องจดเองใหม่ แต่พึงระลึกว่า ต้องทำเครื่องหมายให้ไม่มากเกินไปจนกลายเป็นทำเพื่อ

¹ ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 24-25.

กลับมาอ่านใหม่เกือบทั้งหมด และระวังสัที่ใช้หรือจำนวนดอกจันด้วย เพื่อจัดลำดับความสำคัญของเนื้อหาให้ชัดเจน

สำหรับวิธีที่สอง คือจดย่อ ๆ ลงในประมวลเล่มใหญ่นี้ อาจใช้เวลาสักหน่อย และเนื้อหาอาจเยอะกว่าเนื้อหาที่วางใจจะต้องมี “ใบประจำต่อ” (คือนำกระดาษเปล่ามาทากาวแทรกระหว่างตัวบทที่เรากำลังจดอยู่) แต่ก็เป็นวิธีที่ดีมาก ๆ เพราะเมื่อถึงเวลาทวน นิสิตนักศึกษาจะได้ทวนทั้งตัวบท และเนื้อหาสำคัญไปพร้อมกันทันท่วงที และเป็นประโยชน์แก่การนำมาปฏิบัติงานจริงในภายภาคหน้าอย่างยิ่ง

เมื่อนิสิตนักศึกษาทำ “สิ่งบันทึกช่วยทวน” เสร็จแล้ว จะเข้าสู่ step 2 คือ “ทวนเพื่อสอบ” คราวนี้แหละคือตอนที่เรารอ่านเพื่อที่จะจำเนื้อหาบรรจุไว้ในหัวให้มาก ๆ เพื่อแบกเข้าห้องสอบต่อไป !

“การทวนเพื่อสอบ” คือการอ่านตั้งแต่รอบ 2 เป็นต้นไปจนถึงช่วงใกล้สอบ และไม่ว่า นิสิตนักศึกษาจะอ่านแล้วบันทึกอย่างไร จงจำไว้ว่า “สิ่งบันทึกช่วยทวน” ของนิสิตนักศึกษา คือสิ่งที่สำคัญที่สุด นิสิตนักศึกษาจะสอบได้หรือไม่ จะทวนได้ทันสอบหรือไม่ เข้าใจเนื้อหาจริงหรือไม่ ทุกอย่างขึ้นกับ “สิ่งบันทึกช่วยทวน” นี้ทั้งสิ้น !

ดังนั้น ขอให้ “อ่านเพื่อทวน” จบแล้วค่อย “ทวนเพื่อสอบ” เพราะร้อยละ 99 ผู้เขียนมั่นใจว่า การอ่านเพื่อสอบคืออ่านครั้งแรกแล้วจำได้ทันทีจนเอาไปสอบได้นั้น มีโอกาสเกิดขึ้นน้อยมาก และนิสิตนักศึกษาห้ามอ่านแล้วผ่านไปโดยละเลยการทำสิ่งบันทึกช่วยทวนอย่างเด็ดขาด มิฉะนั้นเมื่อเวลาผ่านไปมาก ๆ กลับมาเปิดเล่มเก่าแล้วนิสิตนักศึกษาจะพบว่า “ไม่ได้อะไรเลย...”

6. ต้องทำความเข้าใจตัวบทนั้น ๆ ก่อน - ค่อยอ่านเนื้อหาเรื่องนั้น ๆ

ในการอ่านเนื้อหาแต่ละเรื่อง นิสิตนักศึกษาต้องอ่านตัวบทมาตรานั้น ๆ จนเข้าใจให้มากที่สุดเท่าที่จะเข้าใจได้จากตัวบทดังกล่าวเสียก่อน แล้วจึงค่อยอ่านคำอธิบาย !

ปัญหาที่ผู้เขียนประสบด้วยตนเองบ่อยครั้งคือ มุ่งเข้าหาคำอธิบาย โดยที่ไม่สนใจตัวบท และทุกครั้งที่ทำแบบนี้ ผลคือกลับอ่านซ้ำกว่าวิธีทำความเข้าใจตัวบทให้เรียบร้อยเสียก่อนเสียอีก เพราะเหตุว่าคำอธิบายส่วนใหญ่ก็เริ่มจากการอธิบายตัวบทที่ละองค์ประกอบ ปัญหาของคนที่จำตัวบทไม่ได้หรือไม่เข้าใจตัวบทก็คือ อ่านแล้วดันเกิดสงสัยว่า นี่ตอนนี้อ่านถึงเนื้อหาตรงไหนของตัวบทนั้นแล้ว ที่อ่านอยู่นี้คืออ่านหลักในตัวบทหรือข้อยกเว้นของตัวบทกันแน่ ไม่รู้ทิศทางว่าอยู่ไหน ต้องพลิกกลับมาดูว่า อ้อ ถึงส่วนนี้นะ คำนี้นะ แบบนี้เรียกว่า “อ่านแล้วไม่อิน” ผลเสียคือทำให้จดจำเนื้อหาได้ยากกว่าและทำให้แม่นยำช้า เพราะยังสับสนว่า นี่คือหลักในตัวบท หรือเป็นข้อยกเว้นตามฎีกากันแน่

7. วิธีการท่องจำตัวบทและเลขมาตราให้ได้

หัวข้อนี้จะว่าสำคัญก็สำคัญ เพราะเป็นประโยชน์อย่างมากกับการเขียนตอบ แต่อย่างไรก็ดี การจดจำตัวบทให้ได้นั้น เป็นศิลปะเฉพาะตน ต้องรังสรรค์วิธีการออกมาให้ถูก กับจริตของตนด้วย

สำหรับผู้เขียน จะใช้ประมวลเล่มเล็ก แบบที่เปิดกางได้ง่ายถึง 180 องศา สำหรับท่องตัวบท เพราะสามารถนำไปได้ทุกที่ แต่หากอยากจะจดบันทึกข้างตัวบท ก็มักจะใช้เล่มใหญ่ เพราะเนื้อที่เอื้อเฟื้อกว่า

เริ่มที่การจดจำ “เลขมาตรา” ก่อน ผู้เขียนมองว่า การจำเลขนั้นไม่ใช่ของยาก เพียงแค่หัดบททวนบ่อย ๆ หรือหัดเขียนตอบบ่อย ๆ ดูธงคำตอบบ่อย ๆ สำคัญที่สุดคือ เปิดประมวลดูให้บ่อยที่สุด ก็จำได้ไม่ยาก

แต่การท่องจำตัวบทให้ได้ทุกค่านั้น เป็นของยาก

ส่วนตัวผู้เขียนจะสังเกตก่อนว่า บทบัญญัติมาตรานั้นสามารถท่องจำได้หรือไม่ หากเป็นตัวบทที่เก่า ๆ หน่อย ไม่ค่อยได้แก้ไขจนใหม่เกินไป ตัวบทนั้น ๆ จะอ่านง่าย ขอให้ผู้อ่านลองสังเกตจากตัวบทจำพวก ตัวเงิน มรดก ละเมิด บทเบ็ดเสร็จทั่วไปแห่งหนึ่ง เป็นต้น พวกนี้จำได้ค่อนข้างง่าย ภาษาเป็นเอกลักษณ์ ไม่ค่อยสับสนกับมาตราอื่น ๆ

ผิดกับตัวบทที่แก้ไขใหม่ ๆ พวก ขาดนัด-มโนสาเร่ อุทธรณ์ ฎีกา วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบังคับคดีที่แก้ไขเมื่อปี 2560 ตัวบทที่แก้ไขใหม่ ๆ พวกนี้จะให้ท่องจำนั้นยากมาก เพราะหลาย ๆ มาตรา ใช้คำแบบเดียวกัน ไม่มีเอกลักษณ์ หากเราฝืนท่องจำแล้วจะสับสน ไม่มั่นใจที่ท่องไป แบบนี้ผู้เขียนจะไม่ท่อง เพียงทำความเข้าใจหลักการและรายละเอียด แล้วจำเฉพาะเลขมาตรากับคำสำคัญหรือ Keyword ในมาตรานั้น ๆ พอ

แต่กับมาตราเก่า ๆ ที่ไม่ค่อยแก้ไข จะใช้ภาษาออกจะโบราณ และแต่ละมาตราก็ใช้ถ้อยคำไม่ค่อยเหมือนกัน ซึ่งทั้งที่จริงอาจแปลความได้เหมือนกัน แต่กลับส่งผลคือทำให้เราท่องจำได้ง่าย ไม่สับสนกับมาตราอื่น เพราะคำต่างกัน และโบราณนั่นเอง นอกจากนี้ ตัวบทโบราณเหล่านี้จะร้อยเรียงไว้สวยงามนัก เสียงอักขระวรรณยุกต์ก็มักจะสอดคล้องจองกัน เป็นลำดับมากกว่า ซึ่งมาตราประเภทนี้ หากไม่เลือบ่ากว่าแรงผู้เขียนจะใช้เวลาท่องจำเลย

สำหรับวิธีการส่วนตัวที่ผู้เขียนใช้สำหรับท่องจำตัวบท คือใส่ทำนองลงไปในตัวบทพูดง่าย ๆ ก็คือแต่งตัวบทให้เป็นเพลงให้ได้ เปรียบเสมือนว่าเรามีเนื้อร้องอยู่แล้ว เพียงแต่พยายามสร้างสรรค์จังหวะลงไปในตัวบทให้ได้ เพราะได้รับแนวความคิดมาจากการสวดมนต์ว่า เมื่อตอนเด็ก ๆ เราไม่รู้ความหมายของการสวดมนต์ แต่เมื่อมีคนเริ่มสวดบทที่คุ้นเคย เราก็สวดตามได้ทันที เป็นเพราะอะไร คงเป็นเพราะ “ทำนอง” นี่เอง ทุกครั้งที่มีคนเริ่มขึ้นต้นบทสวดมนต์ ประโยคที่จะต้องสวดต่อไปทุกคนก็พูดต่อไปพร้อมเพรียงกัน ในทำนองเดียวกันด้วยซ้ำ

อีกทั้งบางที เรานึกถึงเพลงบางเพลง ที่เราฮัมเพลงได้ แต่กลับนึกเนื้อร้องไม่ออกเสียที จึงคิดว่า “ทำนองนี่แหละ คือสิ่งที่จดจำง่ายกว่าถ้อยคำเสียอีก” เช่นนี้ผู้เขียนจึงพยายามใส่

ทำนองลงไปในแต่ละมาตรา ให้ไม่เหมือนกัน และเมื่อใส่ทำนองลงไปในแต่ละมาตราได้ลงตัวแล้ว ก็จะท่องตัวบทนั้นด้วยทำนองนั้นตลอดไป ไม่เปลี่ยนแปลง เพื่อที่เราจดจำได้ชัดเจน ไม่สับสนกับมาตราอื่น ๆ

แต่การใส่ทำนองก็ต้องการช่องหายใจมาเว้นวรรค ผู้เขียนจึงพยายามหา “ตัวสะกด” “เสียงวรรณยุกต์” “เสียงสระ” หรือเสียงอะไรก็ได้ที่ออกเสียงแล้วคล้องจองกัน มาเป็นจุดตัดช่องหายใจ

ทุกครั้งที่เจอเสียงที่คล้องจองกัน ก็จะออกเสียงเน้นหนักในพยางค์นั้น ๆ แบบกระแทกเสียงลงไป เพื่อให้สมองจำได้ว่าจังหวะของถ้อยคำที่ส่งต่อกันไปนั้นเป็นอย่างไรบ้าง และที่สำคัญที่สุดคือ เพื่อให้แต่ละมาตราเน้นคำไม่เหมือนกัน จึงจะจำได้อย่างไม่สับสน

เมื่อท่องจำ pattern การท่องมาตรานั้นได้แล้ว ก็จะอัดเสียงใส่ “เครื่องอัดเสียง” ไฟล์ละประมาณ 10 มาตรา โดยเลขมาตราที่ท่องควรจะต้องต่อเนื่องกัน เพื่อที่จะง่ายต่อการอัดครั้งต่อไป จากนั้นก็จะฟังวนเรื่อย ๆ ทุกที่ที่ไปแล้วไม่อาจอ่านหนังสือได้ก็จะหยิบมาฟังวนไปเรื่อย จนกว่าจะเข้าหัวไหลไปอยู่ในจิตใต้สำนึกให้ได้

เมื่อจดจำได้แม่นยำระดับหนึ่ง ก็จะใช้ app ที่สามารถสุ่ม (random) ตัวเลขในโทรศัพท์มือถือได้ เมื่อกดสุ่มเลขออกมาแล้ว ได้เลขใดก็จะฝึกฝนท่องเลขมาตรานั้น แล้วกดสุ่มเพื่อท่องไปเรื่อย ๆ จนเหนื่อย (เพราะต้องใช้เสียงในการท่อง) ก็ค่อยกลับไปอ่านหนังสือหรือทำข้อสอบต่อไป

อย่างที่เรียนแล้วว่า วิธีการท่องจำตัวบทนั้นเป็นศิลปะ ไม่จำเป็นต้องลอกเลียนกัน แต่ก็ลองไปประยุกต์กับวิธีของท่านอื่น เพื่อเป็นวิธีของเราเองได้

ข้อสำคัญที่สุดของการท่องตัวบทคือ อย่าท่องทีละนาน ๆ สำหรับผู้เขียนการท่องนานที่สุดในแต่ละครั้งคือ 15 นาที เท่านั้น ท่านต้องเข้าใจว่า การอ่านหนังสือสั้น ๆ หนึ่งย่อหน้า ย่อหนึ่งย่อหน้า มากกว่าการท่องจำตัวบท เพราะการอ่านหนังสือ เราแค่ให้เข้าใจหรือจดจำบางคำเท่านั้น แต่การท่องตัวบทนั้น หากท่านคิดจะท่องทุกคำแล้ว ต้องใช้พลังงานมากและสมองจะเพลียเร็ว เมื่อใดที่สมองเพลียแล้ว ยากมากที่จะยัดให้สมองจดจำให้ได้ ฉะนั้น ควรใช้เวลาท่องครั้งละไม่เกิน 15 นาที และควรท่องทุก ๆ 2 ชั่วโมง เพื่อค่อย ๆ เก็บตัวบทไปเรื่อย ๆ

สิ่งที่ขอห้ามเลยคือ เก็บเวลาไว้เป็นก้อนใหญ่วันละ 3 ชั่วโมงบ้าง ครึ่งวันบ้าง เอามาท่องตัวบท แบบนี้ท่านแทบจะไม่ได้อะไร เพราะสมองจดจำไม่ไหวแล้ว อย่างมากท่านอาจจะเข้าใจหลักตัวบทบ้าง แต่จะให้ท่องจำได้แม่นยำนั้น เป็นไปไม่ได้อย่างแน่นอน !

“ความซิมซบ เป็นเคล็ดลับในเรื่องของความจำ”

ศาสตราจารย์ธานีรินทร์ กรัยวิเชียร

8. ว่าด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา และหลักการอ่านคำพิพากษาศาลฎีกา

8.1 ว่าด้วยคำพิพากษาศาลฎีกา

ท่านศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร อธิบายว่า “แม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาจะไม่ใช่วัตถุบทกฎหมาย แต่คำพิพากษาศาลฎีกานั้นก็มีน้ำหนักน่าเชื่อถือ ในแง่ที่ว่า ศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุดของประเทศ ผู้พิพากษาศาลฎีกาเป็นผู้พิพากษาที่มีอาวุโส มีประสบการณ์ในงานด้านพิจารณาพิพากษาอรรถคดีมานานปี ทั้งคดีแต่ละคดีได้ผ่านการกลั่นกรองของศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้นมาแล้วถึงสองชั้น” และนับแต่มีการปฏิรูประบบงานศาลยุติธรรมในครั้งรัชกาลที่ 5 นั้น ศาลทั้งหลายก็ถือเป็น “**นิติประเพณี**” ที่ศาลล่างจะถือปฏิบัติตามแนววินิจฉัยของศาลฎีกา และยึดถือหลักนี้จวบจนปัจจุบัน²

คำว่า “**นิติประเพณี**” นี้ มีคำอธิบายในประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ว่า “หมายถึง แนวปฏิบัติของผู้พิพากษาในทางอรรถคดี ซึ่งมีได้มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้ แต่เป็นเรื่องที่บรรพบุรุษการยึดถือกันมาว่าถูกต้องและปฏิบัติตาม เช่น ศาลล่างย่อมจะพิจารณาพิพากษาคดีตามแนวบรรทัดฐานของศาลสูง”³

8.2 ในกรณีคำพิพากษาศาลฎีกาขัดแย้งกัน

ท่านศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร ก็อธิบายว่า “ในกรณีที่คำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับขัดหรือแย้งกันเอง ศาลล่างก็มักจะถือเอาคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งวินิจฉัยในประเด็นนั้นโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาเป็นหลัก

หรือถ้าหากเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาธรรมดาขัดแย้งกัน ก็มักจะถือคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับล่าสุด”⁴

8.3 แหล่งเผยแพร่คำพิพากษาศาลฎีกา

คำพิพากษาศาลฎีกา ปัจจุบันนี้ ช่องทางหลักที่เผยแพร่คำพิพากษาศาลฎีกานั้น มีอยู่ 3 แหล่งข้อมูล

1) “**ฎีกาสาล**” : คำพิพากษาศาลฎีกา ฉบับที่จัดพิมพ์โดย “ศูนย์วิชาการงานคดีศาลฎีกา”

เดิมที่ฎีกาสาลช่องทางนี้ เริ่มตั้งแต่ปี 2529 โดย “สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม” เป็นผู้จัดพิมพ์ : นักกฎหมายหลายท่านจะเรียกฎีกาที่จัดพิมพ์จากแหล่งนี้ว่า “**ฎีกาส่งเสริมฯ**”

ต่อมาเมื่อมีการแยกศาลยุติธรรม ออกจากกระทรวงยุติธรรม ในปี 2543 สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการก็ถูกยุบเลิก ช่องทางเผยแพร่ฎีกานี้ก็เปลี่ยนมาเป็นหน้าที่ของ “**สำนัก**

² ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, หน้า 96.

³ สำนักงานศาลยุติธรรม, ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (ม.ป.ท., 2552), หน้า 4.

⁴ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, หน้า 96.

กฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม สำนักศาลยุติธรรม” แทน⁵ แต่นักกฎหมายก็ยังติดปากเรียก ฎีกาของสำนักงานศาลยุติธรรมนี้ว่า “ฎีกาส่งเสริมฯ” อยู่ดี

สุดท้ายเมื่อปี 2557 หน้าที่ตั้งกล่าวได้มาอยู่ที่ “ศูนย์วิชาการงานคดี ศาลฎีกา” ในการรวบรวมและจัดพิมพ์คำพิพากษาฎีกาแทนสำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรม เราอาจเรียกฎีกาที่จัดพิมพ์ในช่องทางนี้ว่า “ฎีกาศาล” จุดสังเกตคือ ปกหนังสือจะเป็นสี ๆ

บรรณาธิการปัจจุบันคือ “ท่านอาจารย์ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์”

2) “ฎีกาเนติ” : คำพิพากษาศาลฎีกา ฉบับที่จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา โดยเนติบัณฑิตยสถานนั้น เป็นแหล่งที่รวบรวมคำพิพากษาศาลฎีกามาก่อนฎีกาส่งเสริมฯ มาอย่างยาวนานมาก

เราอาจเรียกฎีกาที่จัดพิมพ์ในช่องทางนี้ว่า “ฎีกาเนติ” จุดสังเกตที่ปกจะเป็นสีขาวเท่านั้น

บรรณาธิการปัจจุบันคือ “ท่านอาจารย์สมชัย ทีฆาอุตมาร”

3) คำพิพากษาศาลฎีกา ที่เผยแพร่ในเว็บไซต์ระบบสืบค้นคำพิพากษาและคำสั่งคำร้องศาลฎีกา <http://deka.supremecourt.or.th>

8.4 เนื้อหาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่เผยแพร่

1) คำพิพากษาศาลฎีกาที่จัดพิมพ์จากแต่ละแหล่งนั้น จะมีจำนวนฎีกาไม่เท่ากัน และมีเนื้อหาที่ย่อไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ ขึ้นกับดุลพินิจของกองบรรณาธิการแต่ละแหล่ง

2) ลักษณะของคำพิพากษาศาลฎีกาแต่ละฉบับที่เผยแพร่ นั้น จะมี 3 ส่วนหลักคือ

- ย่อสั้น
- ย่อยาว
- หมายเหตุท้ายฎีกา (ถ้ามี)

3) “ย่อสั้น” คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับที่จัดพิมพ์โดยศาลมักจะยาวกว่าฉบับที่จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา เพราะ “ฎีกาเนติ” นั้น มักจะกรองเฉพาะข้อกฎหมายสำคัญลงไว้ในส่วนของย่อสั้น แต่ “ฎีกาศาล” มักจะมีข้อเท็จจริงที่สำคัญมาลงไว้ด้วย

ความนิยมส่วนใหญ่ของผู้อ่านฎีกาคือจะอ่านย่อสั้น เพราะจะได้หลักกฎหมายที่รวดเร็วกว่าการอ่านย่อยยาว แต่ข้อเสียคือ ท่านอาจจะได้ข้อเท็จจริงและจุดน่าสังเกตที่ไม่รอบด้าน

ไม่ว่าฎีกาศาล หรือฎีกาเนติ คำพิพากษาศาลฎีกาจะพิมพ์ประมาณเดือนละ 1 ฉบับ เมื่อครบ 1 ปี ก็จะมีทั้งหมด 12 เล่มของปีนั้น ๆ

⁵ วิรัช ชินวินิจกุล (บรรณาธิการ), คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2557, (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้าบรรณาธิการแถลง.

และเมื่อครบปี ก็จะมี “สารบาณฎีกา” ออกปีละ 1 เล่ม เพื่อสรุปว่าในปีนั้น ๆ แหล่งที่จัดพิมพ์ฎีกานั้นได้เผยแพร่ฎีกาใดบ้าง และแต่ละฎีกานั้น มีเนื้อหาอะไรบ้าง โดยในสารบาณฎีกานี้ จะมีแต่เฉพาะ “ย่อสั้น” ของแต่ละฎีกา

4) “ย่อยาว” คือส่วนที่อยู่หลังย่อสั้น จะเริ่มต้นตั้งแต่คำว่า “โจทก์ฟ้อง.....” หรือ “ผู้ร้องยื่นคำร้อง.....” “คดีสืบเนื่องจาก.....” แล้วไล่เรียงข้อเท็จจริงของแต่ละคดีไปว่ามีการดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไรกันบ้าง ศาลล่างพิพากษาอย่างไรบ้าง จนมาถึงศาลฎีกา

ข้อความที่ผู้อ่านจะต้องเริ่มอ่านคือคำว่า

“ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงฟังยุติว่า.....” หากมีข้อความในส่วนนี้ จะแสดงให้เห็นว่าคดีนี้มีข้อเท็จจริงอะไรบ้าง และข้อเท็จจริงในส่วนนี้ ก็คือส่วนที่กรรมการจะนำไปดัดแปลงเป็น ส่วนของข้อเท็จจริงในข้อสอบ ได้

หรือ “ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คดีมีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยว่า.....” ส่วนนี้จะเป็นส่วนสำคัญ ตั้งแต่การตั้งประเด็นที่ต้องวินิจฉัย - การวางหลักกฎหมาย - การดึงข้อเท็จจริงลงมาปรับบท - การสรุปผลทางกฎหมาย

และจะดำเนินกระบวนการวินิจฉัยแบบนี้ ตั้งแต่ตั้งประเด็น ไปจนถึงสรุปผล จนจบทุกประเด็น แล้วจึงมี “คำพิพากษาหรือคำสั่ง” ในย่อหน้าสุดท้ายว่า

“พิพากษายืน”

“พิพากษาแก้เป็นว่า... นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์”

“พิพากษายกฎีกาของจำเลยที่ 2 คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดชั้นฎีกาให้แก่จำเลยที่ 2”

“พิพากษายกคำพิพากษาศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นพิพากษาใหม่ตามรูปคดี ค่าฤชาธรรมเนียมชั้นฎีกาให้ศาลชั้นต้นรวมส่งเมื่อมีคำพิพากษาใหม่” (ฎ. 616/2548)

“พิพากษายกคำสั่งศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นส่งสำนวนให้อธิบดีผู้พิพากษาศาลแรงงานกลางวินิจฉัยเสียก่อนว่า คดีนี้อยู่ในอำนาจของศาลแรงงานหรือไม่แล้วดำเนินการต่อไป ค่าฤชาธรรมเนียมในชั้นฎีกาให้เป็นพับ ส่วนค่าฤชาธรรมเนียมในศาลชั้นต้น ให้ศาลชั้นต้นมีคำสั่งเมื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใหม่” (ฎ. 842/2548)

เป็นต้น

ในย่อหน้าสุดท้ายของ “ย่อยาว” ก็คือส่วนของ “คำพิพากษาหรือคำสั่ง” ที่ยกตัวอย่างมานี้ จะไม่ปรากฏใน “ย่อสั้น” เลย !

ฉะนั้น หากท่านไม่อ่านย่อยาว ก็ไม่อาจทราบได้ว่า แท้จริงแล้วศาลฎีกาท่านจะพิพากษาหรือสั่งประการใด ซึ่งจะมีผลกระทบมากต่อผู้ที่สอบผู้ช่วยผู้พิพากษา เวลาท่านเจอคำถามที่ว่า “หากท่านเป็นศาล จะดำเนินกระบวนการพิจารณาอย่างไรต่อไป” เพราะเหตุที่ท่านจะต้องนำความรู้ในส่วนนี้ไปตอบให้ได้ และท่านจะได้ความรู้นี้มา ต่อเมื่ออ่าน “ย่อยาว” เท่านั้น

5) “หมายเหตุท้ายฎีกา” เป็นข้อความคิดทางกฎหมายของผู้หมายเหตุ ที่ทำให้เราเกิดความเชื่อมโยงเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ ได้ และทำให้เราแตกฉานในเชิงวิชาการและการเปรียบเทียบฎีกามากขึ้น เพราะท่านจะเทียบหลักกฎหมายหรือฎีกา ที่ทั้งคล้ายกันและแตกต่างกันมาให้ดู เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายในคดีที่หมายเหตุนั้น

8.5 ข้อสังเกตการค้นห

การค้นหาฎีกานั้น ถ้าท่านมีเลขฎีกาที่จะค้นหาแล้ว ให้ท่านไปที่ฎีกาของปีนั้น ๆ แล้วหยิบสารบาญฎีกาของปีนั้น หากปีนั้นยังไม่มีสารบาญฎีกา ให้หยิบฎีกาเล่มสุดท้ายในปีนั้นที่มีแล้วเปิดดูในส่วนต้นว่า “เลขฎีกาที่ท่านหา นั้น อยู่ที่เล่มใด หน้าใด” จากนั้น ค่อยไปหาจากเล่มนั้น หน้า นั้น อีกที

หากท่านหาแหล่งแรกแล้วไม่เจอ ให้ไปดูของอีกแหล่งด้วยวิธีเดียวกันดังกล่าว

8.6 ข้อสังเกตการอ่านฎีกา

เมื่อท่านได้ฎีกาที่ท่านต้องการแล้ว การอ่านฎีกานั้น ท่านจะต้องรู้หลักกฎหมายที่ฎีกานั้นใช้ก่อน ก็จะอ่านเข้าใจฎีกานั้นได้ดี และท่านจะแยกแยะได้ว่า ข้อความใดเป็นตัวบทธรรมดา ส่วนใดเป็นข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่นำเสนอ ส่วนใดคือการปรับบทกฎหมายของศาลฎีกา แล้วศาลพิพากษาหรือสั่งอย่างไร - หากเริ่มอ่านฎีกา โดยที่ยังเข้าใจหลักกฎหมายที่จะใช้กับเรื่องนั้นไม่ดีพอ นับว่าไม่ได้ประโยชน์อันใดนอกจากอ่านเพียงนี้สนุกเฉย ๆ

อีกประการที่นิสิตนักศึกษาสงสัยคือ “ต้องจำเลขฎีกาหรือไม่ ?”

นิสิตนักศึกษาต้องเข้าใจว่า ระบบกฎหมายของไทยอาศัยหลักการ ป.พ.พ. มาตรา 4 เป็นใหญ่ คือต้องใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญตามนิติวิธีในระบบ Civil Law ฉะนั้นถ้าอยากจำเลขจริง ๆ ขอให้นิสิตนักศึกษาจดจำเลขในตัวบทที่สำคัญให้ได้ ไม่ต้องเอาเวลานามั่งจำเลขฎีกา ฎีกานั้นหากจะจำ ให้ FOCUS ไปที่เหตุผลทางกฎหมายของฎีกานั้นเป็นสำคัญที่สุด กล่าวคือ ไม่ต้องจำเลขฎีกา แต่ให้จำเหตุผลในฎีกาจะตรงวัตถุประสงค์กับการอ่านฎีกาอย่างแท้จริง

อย่างไรก็ดี หากฎีกานั้นสำคัญหรือน่าสนใจ ท่านควรบันทึกเลขฎีกานั้นกำกับเนื้อหา ของฎีกาที่ท่านจดบันทึกไว้ด้วย เพื่อประโยชน์ในการค้นคว้าฉบับยาว หรือไว้อ้างอิงในการปฏิบัติงานหรือทางวิชาการต่อไป

8.7 ประเภทของฎีกา

ผู้เขียนพบว่าการอ่านคำพิพากษาฎีกานั้น อาจแยกประเภทฎีกาได้น้อย 3 ประเภทคือ

1) “ฎีกาที่ตัดสินตามตัวบท” ฎีกาจำพวกนี้ เราไม่จำเป็นต้องจดจำ เพราะการท่องตัวบทได้ ก็สามารถทำให้เราปรับข้อเท็จจริงได้ผลตรงตามฎีกานั้นอยู่แล้ว

2) “ฎีกาวางหลัก” คือฎีกาที่อธิบายหลักการในตัวบท หรือวางหลักการที่ตัวบทไปไม่ถึง ฎีกาจำพวกนี้คือฎีกาที่สำคัญที่สุด นิสิตนักศึกษาต้องจดจำให้ได้ และต้องพยายามทำ

ความเข้าใจและอธิบายได้ว่า เหตุใดศาลฎีกาท่านถึงให้ความเห็นเช่นนี้ ตรงกับหลักทฤษฎีหรือไม่ แล้วนิสิตนักศึกษาเห็นอย่างไร

3) “ฎีกาข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง” ฎีกาประเภทที่ 3 คือฎีกาที่ตัดสินข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง อาจไม่มีการวางหลักกฎหมายใดเพิ่มเติม แต่อาจมีข้อกฎหมายที่น่าสนใจกับข้อเท็จจริงในคดีนั้น ๆ

8.8 “ทักษะที่เหนือกว่าการอ่านฎีกา” ต้องสามารถเอาฎีกาหลาย ๆ เรื่องที่อ่านไปนั้น มาผู้รวมเป็นข้อสอบได้ การที่ผู้อ่านจะทำได้เช่นนี้ จะต้องอ่านฎีกามากพอสมควร และทำข้อสอบมาจำนวนมากพอที่ทำให้เรามี SENSE ของผู้ออกข้อสอบได้ อีกทั้งเข้าใจหลักการของกฎหมายและข้อยกเว้นในแต่ละเรื่องได้แจ่มชัด เราจึงจะถึงระดับ (level) ที่แยกแยะได้เลยว่า ฎีกานี้มีค่ามากหรือน้อย ถ้าเอามาผูกข้อเนืองกับฎีกาอื่น ๆ ได้ นั้นเรียกว่าน่าสนใจ และทุกครั้งที่อ่านฎีกา ก็จะนึกเสมอว่า ถ้าผู้เขียนจะหยิบมาออกสอบ จะต้องออกอย่างไร ถามว่าอะไร ออกคู่กับฎีกาอะไร ไปข้อเนืองในฎีกาใดหรือหลักกฎหมายใด

สรุปแล้ว การอ่านฎีกานั้น ผู้เขียนจะไม่เลือกวิธีท่องจำฎีกา เพราะฎีกาเยอะมาก ๆ จนไม่รู้ว่าจะต้องท่องอะไร – แต่จะอาศัยการอ่านหนังสือเพื่อทำความเข้าใจระบบกฎหมายให้เห็นโครงสร้างชัดเจนก่อน แล้วค่อยเอาฎีกามาใส่ในล๊อค ๆ ในหัวเราตามที่เราเข้าใจระบบอยู่แล้ว จะทำให้อ่านฎีกาได้เร็ว ขณะอ่านก็อ่านแบบสำนึกว่านี่คือเรื่องจริงผ่านจอดี ๆ นี่เอง คือสิ่งที่เกิดขึ้นจริง ๆ อ่านแล้วใส่ความรู้สึกใน “อิน” กับเรื่องราว ให้เราซึมซับกับเหตุผลของศาล แล้วเราจะจดจำได้ดียิ่งขึ้นกว่าการท่องจำ เมื่อมาทำงานจริงก็จะมีลื้มด้วย - เว้นแต่ฎีกาใหม่ ๆ ที่เราเห็นเมื่อช่วงใกล้สอบแล้ว รู้สึกว่าใจร้อนรนผิดปกติ ไม่สามารถสร้างความรู้สึกลับแบบนั้นในการอ่านได้ ก็จำเป็นต้องท่องไป แต่จะใช้เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

“ดูฎีกาแล้วคิดไปด้วยว่า จริงอย่างศาลฎีกาท่านว่าไหม เราจะหาเหตุผลมาอ้างให้ดีกว่าของท่านได้หรือไม่ ถ้าอยากเก่งขึ้นไปอีก ต้องค้นคว้าว่าก่อน ๆ ฎีกาฉบับนั้น ศาลฎีกาเคยตัดสินไว้ว่าอย่างไร เหมือนหรือขัดกันอย่างไร

การอ่านกฎหมายที่ดีนั้น หลักเกณฑ์หรือข้อยกเว้นต่าง ๆ คุณต้องสามารถยกตัวอย่างได้โดยไม่ซ้ำกับคำสอนของอาจารย์ ถ้ายังยกตัวอย่างไม่ได้ เรียกว่ายังใช้ไม่ได้เรียนกฎหมายใหม่ ๆ ควรจะหาเพื่อนสัก 2-3 คน ควรเลือกเพื่อนที่เอาถ่านหรือเก่งสักหน่อย แล้วหัดโต้ถาม ขอความเห็น ต่างคนต่างถามแสดงความเห็นต่อกันเถียงกัน สิ่งใดต่างไม่ยอมกัน ก็ไปถามอาจารย์ดูว่า ท่านเห็นอย่างไร ฟังแล้วไม่ต้องเชื่อเสมอไปว่าท่านถูก เอามาคิดก่อน จึงค่อยเชื่อ”

ศาสตราจารย์ประพนธ์ ศาตะมาน

9. การฝึกทักษะความเป็นนักกฎหมาย

ทักษะ 2 ประการคือ การใช้เหตุผล และการเรียบเรียงความคิด เป็นสิ่งสำคัญที่สุดในการฝึกความเป็นนักกฎหมาย นิสิตนักศึกษาส่วนใหญ่รวมถึงผู้เขียนเอง เมื่อแรกเข้าศึกษาชั้นปีที่ 1 จะยังไม่มีทักษะเหล่านี้ ต่อเมื่อได้ฝึกฝนไปสัก 2 - 3 ปี นิสิตนักศึกษาจะเห็นผลกับตนเองได้ชัดเจนว่า สามารถอธิบายถ่ายทอดเรื่องราวต่าง ๆ ที่คิด ออกมาให้ผู้อื่นเข้าใจได้เป็นลำดับ

สิ่งที่นิสิตนักศึกษาจะต้องฝึกหัดให้เชี่ยวชาญมี 3 ประการหลักคือ ฝึกเขียน กับฝึกพูด และภาษาอังกฤษ

การฝึกเขียน บางสถานศึกษา จะมีการเปิดโอกาสให้นิสิตนักศึกษาหัดเขียนตอบข้อสอบกฎหมายให้อาจารย์ตรวจ นับเป็นโอกาสอันดีที่สุดของนิสิตนักศึกษา การฝึกเขียนนั้นเป็นทักษะที่เราไม่อาจพัฒนาได้เต็มที่ด้วยตัวเองเพียงคนเดียว **คนสำคัญที่จะทำให้การเขียนของเราพัฒนาขึ้นได้นั้นคือ ผู้ตรวจการเขียนของเราเท่านั้น** สำหรับผู้เขียนเอง โชคดีมีวาสนาที่ได้รับความเมตตากรุณาจากท่านอาจารย์พัสชา น้าเงิน อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ช่วยฝึกและตรวจการเขียนให้ผู้เขียนตั้งแต่เริ่มศึกษาวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป ในชั้นปีที่ 1 ซึ่งเป็นกฎหมายตัวแรกที่เรียน โดยมีอาจารย์พัสชาท่านนี้เป็นอาจารย์ผู้สัมมนาในวิชาดังกล่าว ซึ่งหากปราศจากอาจารย์ท่านนี้แล้ว ผู้เขียนคงมีอาจเรียบเรียงการเขียนออกมาได้ดีขึ้นอย่างทุกวันนี้เลย ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์มา ณ ที่นี้ด้วยครับ

การฝึกพูด เมื่อนิสิตนักศึกษาได้เรียนข้อความคิดใด ในวิชาใด ควรหมั่นคุย ปรีกษา หรือถกเถียงปัญหากฎหมายกับเพื่อน ๆ ว่า ในเรื่องนี้ประเด็นที่น่าสนใจอย่างไร แนวทฤษฎีกับทางปฏิบัติแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร ซึ่งเรื่องเหล่านี้ หากทำเป็นประจำจนติดเป็นนิสัย นิสิตนักศึกษาจะกลายเป็นคนที่มีเหตุผลมีผลไปโดยสภาพ และจะทำให้การเรียนนิติศาสตร์นั้นราบรื่นขึ้นอย่างเห็นได้ชัด

นอกจากนี้ นิสิตนักศึกษาอาจร่วมกิจกรรมเผยแพร่ความรู้กฎหมายแก่ประชาชน หรือให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่ประชาชน ในสำนักงานช่วยเหลือประชาชนทางกฎหมายของมหาวิทยาลัยได้ อันยังประโยชน์ให้นิสิตนักศึกษาได้ทบทวนความรู้ที่ร่ำเรียนไปแล้ว และก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนโดยเป็นการปลูกฝังจิตสำนึกแก่สังคมในจิตใจของตัวนิสิตนักศึกษาเองด้วย

อีกกิจกรรมที่สำคัญคือ **การฝึกฝนและแข่งโต้วาที** ก็เป็นกิจกรรมที่ดีมากเพราะนิสิตนักศึกษาจะได้ฝึกการใช้ไหวพริบในการใช้เหตุผล และศิลปะในการใช้คำพูด เพื่อโน้มน้าวให้ผู้ฟังคล้อยตามและจำแนกด้วยเหตุผล สิ่งสำคัญของการโต้วาทีนั้น มิได้ฝึกการพูด แต่ฝึกการใช้ความคิดเป็นสำคัญ

ยิ่งไปกว่าการโต้วาที ยังมีกิจกรรมที่สร้างมาเพื่อนิสิตศึกษานิติศาสตร์โดยเฉพาะ นั่นก็คือ **การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยแถลงการณ์ด้วยวาจา** เป็นกิจกรรมที่ฝึกทักษะทั้งหมดของการโต้วาที แต่เป็นการโต้ในลักษณะเฉพาะของผู้ที่ว่าความในศาล ผู้ร่วม

กิจกรรมจะได้ฝึกทักษะการใช้ความคิดแทบทั้งหมดที่ต้องฝึกในการโต้วาที และยังต้องผนวกกับความรู้ทางกฎหมายทั้งเชิงกว้างและลึก อันเป็นนัยยะทาง “ศาสตร์” ในที่นี้ก็คือนิติศาสตร์ เพื่อให้สามารถต่อสู้กับการใช้เหตุผลทางกฎหมายของฝ่ายตรงข้ามได้ ผู้ที่เข้าร่วมกิจกรรมนี้ หากทุ่มเทมากก็จะได้แข่งขันเข้าไปในรอบลึก ๆ และจะได้โอกาสแข่งหลายรอบ ยิ่งได้แข่งมากครั้งเท่าใด ก็ยิ่งขัดเกลาให้ผู้แข่งขันเฉียบคมในความคิดและแนบคายในการค้นคว้าหาข้อมูลมากขึ้นเท่านั้น และจะเกิดทักษะการค้นคว้า การประมวลและวิจัยความรู้ที่ค้นมารวมทั้งต้องจดจำให้ได้ การวางแผนต่อสู้ การจัดเตรียมข้อแก้ข้อฝ่ายหรือทางหนีทีไล่ในขณะแข่ง การฝึกให้เหตุผลและควมมีหัวกฎหมาย (legal mind) การฝึกพูดแบบโต้วาทีในที่สาธารณะโดยไม่ถือสคริปต์ และที่สำคัญคือ การทำงานกันเป็นทีมอย่างหนักหน่วง อันเป็นการทำให้ได้รับทั้ง “ศิลป์” และ “ศาสตร์” ในวิชากฎหมาย การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยแถลงการณ์ด้วยวาจาจึงเป็นกิจกรรมที่นิสิตนักศึกษานิติศาสตร์ทุกคนควรจะต้องเข้าร่วมสักครั้งหนึ่งเมื่อมีชีวิตในรั้วมหาวิทยาลัย เมื่อท่านผ่านการแข่งขันแล้ว ก็จะทำให้ทักษะการพูดและการเรียบเรียงความคิด ดีขึ้นอย่างผิดหูผิดตาเราเปรียบเปลี่ยนไปเป็นคนละคนทันที

ภาษาอังกฤษ : ทักษะที่สำคัญที่สุดของนักกฎหมายในปัจจุบันคือ การก้าวข้ามพรมแดนทางภาษาให้ได้ ผู้เรียนนิติศาสตร์ยุคนี้ หากตัดโอกาสตนเองที่จะเรียนรู้ภาษาอังกฤษออกไป ก็เหมือนกับตัดทางทำมาหากินของตนเองออกไปนับไม่ถ้วน โอกาสการได้งานทุกวันนี้ ภาษาอังกฤษย่อมเป็นปัจจัยหลักของตัวท่านเอง ไม่ว่าท่านจะทำงานเอกชนหรือรับราชการ การสื่อสารด้วยภาษาอังกฤษย่อมส่งผลให้ท่านเจริญก้าวหน้าในหน้าที่การงานอย่างเด่นชัด จึงต้องฝากให้ทุกท่านพยายามหาหนทางเพื่อพัฒนาภาษาอังกฤษของตนเองด้วย เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องเน้นย้ำทีเดียว

10. ตัวอย่างหนังสือกฎหมายที่เหมาะสมกับการศึกษาเพื่อวางรากฐานทางทฤษฎีในระดับปริญญาตรี ที่น่าอ่านในเบื้องต้น เช่น

คำแนะนำการเรียนเล่มแรกของนิสิตนักศึกษาทุกคนคือ คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย โดย ศ.(พิเศษ) ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และท่านอธิชน จันทรเสน

ภาควิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์

วิชาความรู้กฎหมายทั่วไป : ความรู้กฎหมายทั่วไป คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป โดย รศ.สมยศ เชื้อไทย และ “การใช้การตีความกฎหมาย” โดย กองทุนศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ จัดพิมพ์ในโอกาสงานวิชาการรำลึก ศ.จิตติ ติงศภัทิย์ ครั้งที่ 13 และการใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์ (LEGAL REASONING) โดย ผศ.ดร.ภูมินทร์ บุตรอินทร์ และหลักกฎหมายบุคคล โดย รศ.ดร.กิตติศักดิ์ ปกติ

วิชากฎหมายนิติกรรมและสัญญา : คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา โดย ศ.ดร.ศนันท์กรณ โสทธิพันธ์ หรือหลักกฎหมายแพ่งลักษณะนิติกรรมและสัญญา โดย ศ.ดร.จิต เศรษฐบุตร (แก้ไขโดย ศ.ดร.ดาราวรรณ ธีระวัฒน์)

วิชากฎหมายลักษณะหนี้ : หนี้ โดย ศ.(พิเศษ) โสภณ รัตนกร หรือกฎหมายหนี้ : หลักทั่วไป โดย ศ.ดร.ดารารพ ธีระวัฒน์

วิชากฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรียงมาตรา ว่าด้วยการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ ละเมิด โดย ศ.จิตติ ตังศภัทย์ (แก้ไขโดย ผศ.ดร.เชมภูมิ ภูมิถาวร, อ.ชวิน อุ่นภัทร และ อ.อำนาจ ตั้งศิริพินาน) หรือคำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้ โดย ศ.ดร.ศันท์กรณ โสติพิพันธุ์

อนึ่ง สำหรับวิชานิติกรรม-สัญญา หนี้ ละเมิด นี้ ผู้เขียนเองได้เรียบเรียง คู่มือสัมมนา และวิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ลักษณะนิติกรรมและหนี้ เล่ม 1 - 2 โดยเชื่อมโยงประเด็นวิชานิติกรรม-สัญญา หนี้ ละเมิด ในลักษณะการสัมมนาไว้ในชุดเดียวกัน

วิชากฎหมายลักษณะทรัพย์สิน : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 4 โดย ศ.วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์ หรือกฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป (เล่มแรก) และกรรมสิทธิ์ (เล่มสอง) โดย ผศ.อานนท์ มาเม้า

อนึ่ง ผู้ที่ต้องการศึกษากฎหมายทรัพย์สินอีกเล่มหนึ่งที่แนะนำคือ ตำราอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน โดย ศ.(พิเศษ) หม่อมราชวงศ์เสนีย์ ปราโมช (แก้ไขโดย ศ.(พิเศษ) ไพโรจน์ วยุภาพ)

วิชากฎหมายซื้อขาย-แลกเปลี่ยน-ให้-เช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ (เอกเทศสัญญา 1) : คำอธิบายซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ และคำอธิบายกฎหมายเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ โดย ศ.ดร.ศันท์กรณ โสติพิพันธุ์

วิชากฎหมายจ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับขน-ยืม-ฝากทรัพย์สิน-ตัวแทน-นายหน้า (เอกเทศสัญญา 2) : หลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะจ้างแรงงาน-จ้างทำของ-รับขน และหลักกฎหมายเอกเทศสัญญา ลักษณะตัวแทน-นายหน้า โดย ศ.ดร.นนทวัชร นวตระกูลพิสุทธิ์ และคำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วิชาเอกเทศสัญญา 2 ยืมและฝากทรัพย์สิน โดย รศ.สุธีร์ ศุภินิตย์ (แก้ไขโดย รศ.จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย)

วิชากฎหมายลักษณะประกันด้วยบุคคลและทรัพย์สิน : หลักกฎหมายค้ำประกัน จำนอง จำนำ โดย รศ.สุตา วัชรพิชญ์

วิชากฎหมายตัวเงิน : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวเงิน โดย ศ.ดร.เสาวนีย์ อัสวโรจน์ หรือคำอธิบายกฎหมายตัวเงิน โดย ศ.ดร.สทนต์ รัตนไพจิตร

วิชากฎหมายประกันภัย : กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยประกันภัย โดย ศ.จิตติ ตังศภัทย์

วิชากฎหมายหุ้นส่วนบริษัท : คำอธิบายหุ้นส่วนและบริษัท โดย ศ.(พิเศษ) โสภณ รัตนกร หรือคำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัท โดย ศ.ดร.สทนต์ รัตนไพจิตร

วิชากฎหมายครอบครัว : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว หรือย่อหลักกฎหมายครอบครัว โดย ศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

วิชากฎหมายมรดก : คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก โดย ศ.ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ หรือย่อหลักกฎหมายมรดก โดย ศ.ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ หรือคำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก โดย รศ.ดร.พินัย ณ นคร

ภาควิชากฎหมายอาญา

วิชากฎหมายอาญา ภาคทั่วไป : คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 โดย ศ.(พิเศษ) ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดี

วิชากฎหมายอาญา ภาคความผิด : กฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 1, 2, 3, 4 โดย ศ.(พิเศษ) ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดี และคำอธิบายประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด มาตรา 288-366 โดย ศ.(พิเศษ) หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ และกฎหมายอาญาเปรียบเทียบพร้อมคำถามและแนวคำตอบ โดย อ.นันทัช กิจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร

และควรฝึกการเขียนตอบจาก ถาม - ตอบ อาญา โดย อ.สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์

อนึ่ง ผู้ที่ต้องการศึกษากฎหมายอาญาลึกซึ้ง ควรศึกษาจากตำราของ ศ.จิตติ ตังศภัทิย์ ทั้ง 3 เล่ม หรือตำราของ ศ.ดร.คณิต ณ นคร

ภาควิชากฎหมายมหาชน

วิชากฎหมายมหาชนเบื้องต้น : หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น โดย รศ.สมยศ เชื้อไทย และคำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน โดย ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดย ศ.(พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิชาวุฒิชัย และทฤษฎีสถิตินันท์ โดย ผศ.ดร. ต่อพงศ์ กิตติยานพงศ์

วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ : หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดย ศ.ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ และกฎหมายรัฐธรรมนูญ การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ โดย ผศ.ดร.ปิยบุตร แสงกนกกุล และกฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ โดย ศ.(พิเศษ) ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

วิชากฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง และความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง โดย ศ.(พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิชาวุฒิชัย (ทั้ง 2 เล่ม) และกฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป โดย ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

ภาควิธีพิจารณาความ

วิธีพิจารณาความแพ่ง : คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ตั้งแต่ ภาค 1 ถึง 4 โดย ศ.(พิเศษ) ไพโรจน์ วายุภาพ (โดยเฉพาะเล่มภาค 2 ลักษณะ 1 “วิธีพิจารณาสามัญในศาลชั้นต้น” ควรอ่านเป็นเล่มแรก แล้วค่อยอ่านเล่มภาค 1 บททั่วไป จากนั้นค่อยอ่านเล่มที่เหลือตามลำดับเล่ม) และกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ว่าด้วยการบังคับคดี โดย ศ.(พิเศษ)

จรัญ ภักดีธนากุล และคู่มือการศึกษาสัมมนากฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดย อ.ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์

วิธีพิจารณาความอาญา : คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา โดย ศ.(พิเศษ) ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ และหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1 - 2 โดย ศ.ณรงค์ ใจหาญ

และควรฝึกการเขียนตอบจาก ถาม - ตอบ วิ.อาญา โดย อ.สมชาย พงษ์พัฒนาศิลป์

พยานหลักฐาน : คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน โดย ศ.(พิเศษ) โสภณ รัตนการ หรือคำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน โดย ศ.ดร.อุดม รัฐอมฤต และข้อเท็จจริงและการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง โดย ศ.(พิเศษ) ไพโรจน์ วยุภาพ

พระธรรมนูญศาลยุติธรรม : คำอธิบายระบบศาลและพระธรรมนูญศาลยุติธรรม โดย ศ.(พิเศษ) ไพโรจน์ วยุภาพ หรือหัวใจของพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแขวง โดย ศ.(พิเศษ) ธาณิศ เกศพิทักษ์

ล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ : กฎหมายล้มละลาย และกฎหมายฟื้นฟูกิจการ โดย อ.เอื้อน ขุนแก้ว

ภาคนิติศึกษา

วิชานิติปรัชญา : นิติปรัชญา ศ.ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ (แก้ไขโดย รศ.ดร.กิตติศักดิ์ พรกิต) และประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา โดย ศ.ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย โดย ศ.แสวง บุญเฉลิมวิภาส และกฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแอ่งไกลแขกซอน โดย ศ.(กิตติคุณ) ดร.ประชุม โฉมฉาย เป็นต้น

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เป็นเพียงหนังสือที่ผู้เขียนเคยสัมผัสและเห็นว่าเป็นตำราเบื้องต้นที่ปูพื้นฐานการทำความเข้าใจสำหรับนิสิตนักศึกษาชั้นปริญญาตรีได้เป็นอย่างดี ขอให้ทุกท่านลองค้นคว้าหาตำราเพิ่มเติมอีก เพื่อให้เข้าใจถึงหลักกฎหมายในเรื่องนั้นได้อย่างถึงแก่น จึงจะศึกษานิติศาสตร์ได้สนุก

11. การเรียนเนติบัณฑิตภายหลังจบชั้นปริญญาตรี

การเรียนเนติบัณฑิตภายหลังจบนิติศาสตรบัณฑิตนั้น จะช่วยให้นิสิตนักศึกษามีความรู้ทางกฎหมายไว้ใช้งานภาคปฏิบัติได้อย่างแม่นยำและชำอง ประการสำคัญคือ เมื่อท่านจบเป็นเนติบัณฑิตไทยแล้ว จะเป็นคุณวุฒิเบื้องต้นที่ท่านจะมีไว้ เพื่อมีสิทธิสมัครสอบในสนามอัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษาได้

ข้อมูลการสอบผู้ช่วยผู้พิพากษาและอัยการผู้ช่วย โดยย่อ มีดังนี้

1) การสมัครสอบแบ่งเป็น 3 สนาม คือสนามใหญ่ สนามเล็ก สนามจิ๋ว : ไม่ว่าสนามใดต้องจบนิติศาสตรบัณฑิต กับเนติบัณฑิตไทยก่อน และมีอายุ 25 ปีบริบูรณ์ ในวันสมัครสอบ

2) สนามใหญ่ : ต้องมีอายุงาน 2 ปี (ถ้าใช้วิชาชีพทนายความ ต้องปฏิบัติหน้าที่ในศาลมา 20 คดีขึ้นไป)

3) สนามเล็ก : ต้องจบปริญญาโทในไทย + ต้องมีอายุงาน 1 ปี (ถ้าใช้วิชาชีพทนายความ ต้องปฏิบัติหน้าที่ในศาลมา 10 คดีขึ้นไป)

4) สนามจิ๋ว : ต้องจบปริญญาโทในต่างประเทศ (หลักสูตรรวมกันไม่น้อยกว่า 2 ปี) + ต้องมีอายุงาน 1 ปี (ถ้าใช้วิชาชีพทนายความ ต้องปฏิบัติหน้าที่ในศาลมา 10 คดีขึ้นไป) “หรือ” จบปริญญาเอกในประเทศไทย

ส่วนหลัง ว่าด้วย “วิธีการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายระดับชั้นปริญญาตรี”

12. ความสำคัญของการฝึกทำข้อสอบเก่า

หัวใจของการเรียนและสอบวิชานิติศาสตร์นั้น นิสิตนักศึกษาคงทราบดีอยู่แล้วว่าการวัดผลด้วยการสอบข้อเขียนนั้นจะสอบกันด้วยข้อสอบอัตนัย คือเขียนออกจากความรู้ความเข้าใจในตัวนิสิตนักศึกษาเอง เช่นนี้ ท่านจะต้องถ่ายทอดออกมาเป็นภาษากฎหมาย คือการแสดงความรู้ด้วยภาษาเขียนโดยใช้ถ้อยคำอย่างนักกฎหมาย หากท่านหมั่นเพียรศึกษาหาความรู้ด้วยการอ่านหรือเข้าฟังบรรยายเพียงอย่างเดียว ย่อมไม่เพียงพอต่อการสอบข้อเขียนผ่านได้แน่ จึงต้องฝึกหัดนำข้อสอบเก่ามาลองทำและหัดเขียนตอบข้อสอบบ่อย ๆ และหากท่านมีอาจารย์ผู้ตรวจที่ดี การเขียนของท่านจะไม่เสียเปล่า ข้าพเจ้านั้นยังทำให้ท่านเขียนเก่งขึ้นอย่างก้าวกระโดดเลยทีเดียว และท่านต้องไม่ลืมว่า ที่เราสอบ ๆ กันนั้น คือ “แข่งกันเขียน ไม่ได้แข่งกันอ่าน”

13. การจัดระบบความคิดในการเขียนตอบ

เมื่อท่านได้ลองนำข้อสอบเก่ามาดูแล้ว จะพบว่า มีประเด็นมากมายที่ท่านจะต้องหยิบจากห้วมาใช้เขียนตอบลงในกระดาษ เช่นนี้ การเริ่มต้นเพื่อเขียนตอบที่สำคัญนั้น สิ่งสำคัญที่สุดคือการทดด้วย “การวางโครงคำตอบ”

โครงคำตอบนั้นเป็นที่ที่เราเอาความคิดของเราไปใส่ เพื่อลำดับว่า เราจะตอบอะไรก่อนหลัง แล้วในแต่ละหัวข้อที่ตอบ จะตอบรายละเอียดจุดใดบ้าง โดยทำที่ว่างด้านข้างของกระดาษคำถาม ตัวอย่างโครงคำตอบเช่น

➤ 1

○ 1.1.....

○ 1.2.....

○ 1.3.....

■ ผล = A

➤ 2

○ 2.1.....

■ ผล = B

➤ 3

○ 3.1.....

○ 3.2.....

■ ผล = C

➤ 4.

○ 4.1.....

■ ผล = D

➤ สรุป : A, B, C, D

เท่านั้นก็พอแล้ว เพราะเราแค่ตนเองให้เราเข้าใจเองเท่านั้น

วิธีนี้จะช่วยให้เราไม่พะวงกับตอนที่กำลังเขียนตอบว่า กลัวจะลืมว่าต้องเขียนเรื่องอะไร และจุดละเอียดอะไรบ้าง เพราะเราได้วางโครงแต่แรกแล้วว่าจะเขียน “จุดใหญ่” และ “จุดย่อย” อะไรบ้าง

อนึ่ง หากนิสิตนักศึกษาจำเลขมาตราที่ใช้ตอบได้ ก็สามารถทดด้วยการใช้ตัวเลขแทนตัวอักษรได้ ซึ่งจะทำให้ทำข้อสอบได้รวดเร็วขึ้น อีกทั้งจะไม่ทำให้เราลืมนำเลขมาตรานั้นไปตอบอีกด้วย

14. ประเภทข้อสอบกฎหมายและการเขียนตอบข้อสอบแต่ละประเภท

แต่ดั้งเดิมนั้น ข้อสอบกฎหมายมี 2 ประเภทคือ ข้อสอบบรรยาย และข้อสอบอุทธรณ์ (หรือข้อสอบตุ๊กตา)

15. ข้อสอบบรรยาย คือข้อสอบที่ถามว่า อะไรคืออะไร หรือถามเกี่ยวกับลักษณะของสิ่งที่ถาม ให้ผู้ตอบชี้แจง อธิบาย แสดงความเห็น โดยไม่มีข้อเท็จจริงในข้อสอบที่ผูกมัดให้ผู้ตอบต้องตอบตามนั้น เช่นถามว่า

“รับช่วงสิทธิ คืออะไร มีลักษณะแตกต่างกับการแปลงหนี้ใหม่ด้วยการเปลี่ยนตัวเจ้าหนี้ อย่างไรบ้าง จงอธิบาย” เป็นต้น

ในเบื้องต้น การตอบข้อสอบบรรยาย ควรมีหลักการเขียนดังต่อไปนี้

หลักการเขียนตอบข้อสอบบรรยาย

1. ต้อง “อธิบาย” ประเด็นที่จะอภิปรายก่อน
2. จากนั้นเราต้องให้ “ข้อพิจารณา” ในแต่ละประเด็นไปตามโครงที่วางไว้
3. จัดหา “ตัวอย่าง” ให้ผู้ตรวจอ่านแล้วเห็นถึงความเข้าใจในกฎหมายของเรา
4. รู้จัก “เปรียบเทียบ” กับหลักเกณฑ์อื่นที่คล้ายหรือต่างกัน
5. “ชี้ขาด” ด้วยการแสดงทัศนะหรือความเห็นของเรา โดยอาศัย “ห่วงเหตุห่วงผลอันหนักแน่น” ที่ก่อปรด้วยเหตุผลของนักกฎหมาย
6. เสริมทัพด้วยการเปิดเผย “ความเห็นของครูบาอาจารย์ชั้นผู้ใหญ่” และ “คำพิพากษาศาลฎีกา” ที่เห็นในทำนองเดียวกับเรา
7. “สรุป” ข้อความคิดที่อภิปราย และถ้ามีจังหวะดี อาจให้ “ข้อนำสังเกตเพิ่มเติม” ได้

ลำดับการเขียนตอบเช่นนี้ เป็นเพียงโครงความคิดของผู้เขียนในรูปแบบ Basic เท่านั้น ผู้สอบจะต้องรู้จักนำหลักการนี้ไปประยุกต์ใช้กับข้อสอบบรรยายแต่ละข้อไป เพื่อให้ได้รับคะแนนสูงสุดตามความสวยงามของการเรียบเรียงและเหตุผลอันน่าเชื่อถือของตนเอง

ข้อควรระวัง การนำหลักกฎหมายมาวางในกระดาดคำตอบ ผู้ตอบควรใช้คำว่า “วางหลักว่า” หรือ “กำหนดว่า” หรือ “บัญญัติให้” แต่อย่าใช้คำว่า “บัญญัติว่า” เพราะคำว่า บัญญัติว่า นั้น ผู้ตอบจะต้องนำตัวบทกฎหมายมาวางโดยถูกต้องเป๊ะทุกคำ ซึ่งทำได้ยากยิ่งและเป็นภาระโดยไม่จำเป็น

16. ข้อสอบอุทธรณ์หรือข้อสอบตุ๊กตา คือข้อสอบที่ให้ข้อเท็จจริงอันเป็นฐานให้เราวินิจฉัยไปตามนั้น โดยการตอบข้อสอบ

หลักการทำข้อสอบอุทธรณ์หรือปัญหาตุ๊กตา

1. Focus ไปที่คำถามท้ายโจทย์ว่า “วัตถุที่เขากล่าวให้เราตอบ คืออะไร” เสียก่อน
2. เมื่ออ่านคำถามท้ายโจทย์แล้ว ค่อยวกกลับมาอ่านข้อเท็จจริงข้างบนมาเรื่อย ๆ
3. ขณะที่อ่านไป ก็จดไปด้วยว่า ต้องใส่เลขมาตราใดมาเป็นหลักในการพิจารณา + เหตุผลคืออะไร + ผลคืออะไร โดยให้ทำในลักษณะ “โครงคำตอบ” ดังตัวอย่างข้างต้น

4. เมื่ออ่าน + ทดโครงคำตอบ จดหมดข้อแล้ว - ให้ทำแบบนี้ซ้ำอีกครั้งหนึ่ง ในการอ่านโจทย์รอบที่ 2 : เพื่ออ่านใหม่หมดแล้วเช็คให้แน่ใจว่า เราตรวจสอบหมดทุกคำทุกประเด็น แล้วจริง ๆ และในรอบ 2 นี้ ให้ตรวจดูว่า เราได้ใช้ประโยชน์จาก “ทุกคำ” ในข้อสอบ เพื่อนำมาตอบครบหรือไม่ - ถ้าไม่ สันนิษฐานว่าเราอาจต้องถูกหักคะแนนแล้ว
5. เมื่อเราได้โครงคำตอบที่สมบูรณ์แล้ว : ก็บรรเลงร้อยแก้วลงไปด้วยการเขียนตอบลงกระดาษคำตอบ โดยให้เขียนไปตามลำดับโครงคำตอบที่เราวางไว้อย่างดีแล้ว : และส่วนตัวผู้เขียนจะเขียนไป ดูโครงคำตอบไป พร้อม ๆ กับการอ่านโจทย์ใหม่อีกครั้งเป็นรอบที่ 3 เพื่อเก็บทุกอย่างไม่ให้เหลือซาก
6. ในขณะที่เขียนนั้น ระลึกทุกครั้งว่า ในการยกหลักกฎหมายมาวางในครั้งแรก ต้องใส่ชื่อประมวลฯ หรือ พ.ร.บ.ฯ ลงไปก่อน 1 ครั้งเสมอ (หลังจากนั้นไม่จำเป็นต้องใส่ซ้ำอีกก็ได้)
7. เช็คด้วยว่า ได้เขียนไปครบตามประเด็นที่วางไว้ในโครงจริงหรือไม่ + แต่ละประเด็นเราได้ “สรุปผล” ไว้แล้วหรือไม่
- ถ้าครบถ้วนทุกลำดับตามนี้ แสดงว่าท่านตอบได้ครบทุกประเด็นแล้วครับ

สำหรับการเขียนตอบข้อสอบอุทธรณ์ ผู้ตอบอาจทำได้ 2 วิธีหลัก ๆ คือ

1. “วิธีวางหลักกฎหมายทั้งหมดก่อน” แล้วค่อยเริ่มปรับบทวินิจฉัย

วิธีนี้ อาจเหมาะสำหรับผู้ที่เพิ่งเริ่มเรียนกฎหมายตัวแรก หรือยังไม่มีคามเชี่ยวชาญในการปรับใช้กฎหมาย หรือผู้ที่เรียนกฎหมายมาพอสมควรแต่กลับพบคำถามที่ตนตอบไม่ได้แล้วไม่มั่นใจในคำถาม : ผู้ตอบควรใช้วิธีการตอบแบบนี้เพื่อเรียกคะแนนในส่วนหลักกฎหมายที่วางไว้เบื้องต้นก่อน แม้ข้อความต่อ ๆ มาจะเป็นคำตอบที่ผิด ก็ยังได้คะแนนในส่วนต้นนั้นไปแล้ว นั่นเอง

ข้อเสียของวิธีนี้คือ ผู้ตอบบางคนไม่เข้าใจว่า แม้จะวางหลักกฎหมายที่ต้องใช้เป็นเบื้องต้นข้างบนแล้ว เวลาปรับบท เมื่อตั้งประเด็นในแต่ละข้อที่จะวินิจฉัยแล้ว ผู้ตอบก็ต้องดึงหลักกฎหมายที่ต้องใช้ตอบมาเขียนวางหลักในขั้นปรับบทอีกครั้งหนึ่ง **มิใช่ว่าเมื่อนิสิตนักศึกษาวางหลักข้างบนแล้ว พอเวลาปรับบทก็เพิกเฉยต่อหลักกฎหมายแล้วตอบแบบกำปั้นทุบดินเอาเสียง่าย ๆ** แบบนี้ย่อมถูกหักคะแนน เนื่องจากการตอบของเราจะไม่มีการปรับข้อกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงและไ้เหตุผล เพราะบอกแต่ว่า ข้อเท็จจริงนี้ทำให้ผลลัพธ์เป็นอย่างไรตามหลักกฎหมายข้างต้น เท่านั้นเอง **ที่สำคัญคือ นิสิตนักศึกษาพึงเข้าใจว่า ไม่ใช่หน้าที่ของอาจารย์ผู้ตรวจที่จะต้องกลับไปเปิดดูหน้าก่อนนี้ว่า นิสิตนักศึกษาวางหลักที่จะใช้กับประเด็นนี้ว่าอย่างไรบ้าง** แต่นิสิตนักศึกษาต่างหากที่ต้องทำหน้าที่นักกฎหมาย ด้วยการอธิบายและตอบปัญหานั้นในลักษณะความเรียงที่อ่านจากจุดเริ่มต้นไปยังจุดสิ้นสุดโดยผู้ตรวจไม่ต้องเปิดไปเปิดมา แล้วสามารถเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ว่าผู้ตอบนั้นใช้หลักกฎหมายอะไร และมีเหตุผลทางกฎหมายเพียงใด เป็นประการสำคัญ

และเมื่อผู้ตอบเคยวางหลักกฎหมายที่จะต้องใช้ไปข้างบนก่อนนั้นแล้ว พอเวลาปรับบทในประเด็นที่จะต้องใช้หลักกฎหมายนั้น ก็ต้องหยิบหลักกฎหมายนั้นมาเขียนอีก วิธีนี้จึงทำให้เสียเวลาเพราะทำงานซ้ำซาก

2. “วิธีอธิบายแล้วพินธง” : ไม่จำเป็นต้องวางหลักกฎหมายข้างบนก่อน แต่ในขณะที่กล่าวถึงข้อเท็จจริงที่กำลังตอบนั้น ก็ค่อยหยิบยกหลักกฎหมายที่ต้องใช้ในเรื่องนี้มาอธิบายแล้วค่อยปรับบทก็ได้

สำหรับรูปแบบหรือ pattern พื้นฐานในการเขียนตอบแบบอธิบายแล้วพินธงนี้ อาจทำได้ 2 แบบ

รูปแบบ 1

“กรณีตามปัญหาว่า ประเด็นที่ต้องวินิจฉัย หรือไม่นั้น จำต้องพิจารณา (ชื่อกฎหมาย) มาตรา ซึ่งวางหลักว่า ประเด็นที่ต้องวินิจฉัย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ข้อเท็จจริง จึงเป็นกรณีที่ ปรับบทเข้ากับหลักกฎหมาย เพราะ เหตุผลทางกฎหมาย (ถ้ามี) ดังนั้น สรุป ”

หรือ

รูปแบบ 2 (สั้นกว่า)

“การที่ ข้อเท็จจริง นั้น เป็นกรณีที่ ปรับบทเข้ากับหลักกฎหมาย ตาม (ชื่อกฎหมาย) มาตรา เพราะ เหตุผลทางกฎหมาย (ถ้ามี) ดังนั้น สรุป ”

ตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมและสัญญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ศูนย์ลำปาง) ภาค 2/2554 “ด้วยวิธีอธิบายแล้วพินธง”

“นายหนึ่งว่าจ้างให้นายพัด แดดอุดร นักร้องชื่อดังมาร้องเพลงในงานเลี้ยงฉลองวันเกิดครบรอบ 60 ปี ของบิดาตน ในวันที่ 20 มีนาคม 2555 โดยคิดค่าจ้าง 100,000 บาท นายหนึ่งได้ชำระค่าจ้างล่วงหน้าไว้แล้วเป็นเงิน 50,000 บาท อีก 50,000 บาท จะชำระให้เมื่อเสร็จงาน ทั้งนี้ ในสัญญามีข้อตกลงกันว่า หากนายพัดไม่มาแสดงตามกำหนด จะยอมให้นายหนึ่งปรับเป็นเงิน 50,000 บาท

ในเช้าวันที่ 20 มีนาคม 2555 นายพัดได้โทรมาแจ้งแก่นายหนึ่งว่า ตนขอเลื่อนการแสดงเป็นวันที่ 25 มีนาคม 2555 เนื่องจากติดงานแสดงอื่นที่ให้ค่าตัวเยอะกว่า นายหนึ่งไม่พอใจจึงประสงค์จะเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากนายพัด

ขอให้ท่านตอบคำถามต่อไปนี้

1. นายหนึ่งจะสามารถเลิกสัญญากับนายพัดได้ทันทีหรือไม่ เพราะเหตุใด
2. เงินที่นายหนึ่งให้ไว้แก่นายพัดนั้น ถือเป็นเงินมัดจำตามกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด
3. นายหนึ่งจะมีสิทธิเรียกเงิน 50,000 บาท ที่ชำระล่วงหน้าให้นายพัดคืนได้หรือไม่ เพราะเหตุใด
4. นายหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว จะยังมีสิทธิเรียกเบี้ยปรับจากนายพัดอยู่หรือไม่ เพราะเหตุใด”

ตัวอย่างการเขียนตอบจริง

“1. ประเด็นต้องวินิจฉัยประการแรกมีว่า หนึ่งเลิกสัญญากับนายพัดทันทีได้หรือไม่ เห็นว่า ป.พ.พ. มาตรา 387 วางหลักว่า ถ้าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะกำหนดระยะเวลาพอสมควร แล้วบอกกล่าวให้ฝ่ายนั้นชำระหนี้ภายในระยะเวลานั้นก็ได้ ถ้าฝ่ายนั้นไม่ชำระหนี้ภายในระยะเวลาที่กำหนดให้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญาเสียก็ได้ โดยมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเรื่องการใช้สิทธิเลิกสัญญาในฐานะบทหลัก

กรณีจำต้องพิจารณามาตรา 388 ซึ่งเป็นบทยกเว้นที่วางหลักว่า ถ้าวัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญานั้น ว่าโดยสภาพหรือโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ ณ เวลาที่กำหนด และกำหนดเวลานั้นได้ล่วงพ้นไปโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมิได้ชำระหนี้ อีกฝ่ายหนึ่งจะเลิกสัญญานั้นเสียก็ได้ โดยมีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าในมาตรา 387 เลย

เมื่อเห็นว่าจำ้งให้พัด แด่อุดร มาร้องเพลงในงานเลี้ยงฉลองวันเกิดครบรอบ 60 ปี ของบิดาตน ย่อมเป็นกรณีที่วัตถุที่ประสงค์แห่งสัญญาว่าจำ้งร้องเพลงนี้ ว่าโดยเจตนาที่คู่สัญญาได้แสดงไว้ จะเป็นผลสำเร็จได้ก็แต่ด้วยการชำระหนี้ด้วยการมาร้องเพลงในวันเกิดบิดาหนึ่งคือ วันที่ 20 มีนาคม 2555 เท่านั้น จะมาร้องเพลงวันอื่นแทนย่อมไม่ได้ การที่พัดโทรมาแจ้งหนึ่งว่า ขอเลื่อนการแสดงเป็นวันที่ 25 มีนาคม 2555 เนื่องจากติดงานแสดงอื่นที่ให้ค่าตัวเยอะกว่า ย่อมเป็นทำให้วันเกิดบิดาหนึ่งนั้นได้ล่วงพ้นไป โดยพัดมิได้ชำระหนี้ หนึ่งจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญานั้นเสียได้เลยทันทีตามมาตรา 388 ซึ่งเป็นบทยกเว้น โดยมีพักต้องบอกกล่าวก่อนตามมาตรา 387 ซึ่งเป็นบทหลัก เลย

ดังนี้ หนึ่งเลิกสัญญากับนายพัดได้ทันทีตามมาตรา 388 โดยไม่ต้องบอกกล่าวก่อนตามมาตรา 387

2. ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยต่อมาคือ เงินที่หนึ่งให้ไว้แก่พัดนั้นเป็นเงินมัดจำหรือไม่นั้น จำต้องพิจารณามาตรา 377 ซึ่งวางหลักว่า เมื่อเข้าทำสัญญา ถ้าได้ให้สิ่งใดไว้เป็นมัดจำ ท่านให้ถือว่าท่านให้มัดจำนั้นย่อมเป็นพยานหลักฐานว่าสัญญานั้นได้ทำกันขึ้นแล้ว อนึ่ง มัดจำนี้ย่อมเป็นประกันการที่จะปฏิบัติตามสัญญานั้นด้วย ย่อมแสดงให้เห็นว่า สิ่งที่จะเป็นมัดจำอันจะเป็นสัญญาอุปกรณ์นั้น ต้องเป็นสิ่งที่มอบให้เพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ประธานเท่านั้น หากเป็นการส่งมอบส่วนหนึ่งของหนี้ประธานให้ ย่อมมิใช่มัดจำตามกฎหมาย

การที่พิดคิดค่าจ้าง 100,000 บาท และหนึ่งได้ชำระค่าจ้างล่วงหน้าให้ 50,000 บาท อีก 50,000 บาท จะชำระให้เมื่อเสร็จงาน แสดงว่าเงิน 50,000 บาท ที่ส่งมอบให้พิดแล้วนั้น เป็นเพียงการชำระหนี้ประธานบางส่วนเท่านั้น มิใช่ส่งมอบให้เพื่อเป็นประกันการที่จะปฏิบัติ ตามสัญญาประธานอันจะเข้าลักษณะเป็นมัดจำซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์ตามมาตรา 377 แต่อย่างใด

ดังนี้ เงิน 50,000 บาท ที่หนึ่งมอบให้พิดแล้ว จึงมิใช่มัดจำตามมาตรา 377

3. ประเด็นต้องวินิจฉัยประการที่สามมีว่า หนึ่งมีสิทธิเรียกเงิน 50,000 บาท ที่ชำระ ล่วงหน้าให้พิดคืนได้หรือไม่ เมื่อวินิจฉัยแล้วว่า เงิน 50,000 บาท ชำระไปแล้วนั้นเป็นเงิน ส่วนหนึ่งของค่าจ้างพิดมาร้องเพลง อันเป็นเงินส่วนที่ปฏิบัติการชำระหนี้ในสัญญาประธาน แต่เมื่อวินิจฉัยข้างต้นแล้วว่า หนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญากับนายพิดได้ทันทีตามมาตรา 388 เมื่อ สัญญาเลิกกันแล้ว จำต้องพิจารณาผลแห่งการเลิกสัญญาตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง ตอนต้น ซึ่งวางหลักว่า เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งได้ใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจำต้องให้ อีกฝ่ายหนึ่งได้กลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิม กล่าวคือ หากฝ่ายใดได้รับมอบสิ่งใดจากอีกฝ่าย มากก็ให้คืนแก่กันไปทั้งหมด

เมื่อพิดได้รับเงินค่าจ้างล่วงหน้ามา 50,000 บาท และหนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว ผลแห่งการเลิกสัญญาย่อมทำให้พิดต้องส่งมอบเงิน 50,000 บาท คืนแก่หนึ่งเพื่อให้พิดและหนึ่ง ได้กลับคืนสู่ฐานะเดิมตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง นี้เอง

ดังนี้ หนึ่งมีสิทธิเรียกเงิน 50,000 บาท คืนจากพิดได้ตามมาตรา 391 วรรคหนึ่ง

4. ประเด็นต้องวินิจฉัยประการสุดท้ายมีว่า หนึ่งใช้สิทธิเลิกสัญญาแล้ว จะยังมีสิทธิ เรียกเบี้ยปรับจากพิดอยู่หรือไม่ ในข้อนี้ สัญญามีข้อตกลงกันว่า หากพิดไม่มาแสดงตามกำหนด จะยอมให้หนึ่งปรับเป็นเงิน 50,000 บาท ย่อมเป็นข้อกำหนดเบี้ยปรับ ต้องด้วยมาตรา 379 ซึ่ง วางหลักว่า ถ้าลูกหนี้สัญญาแก่เจ้าหนี้ว่าจะใช้เงินจำนวนหนึ่งเป็นเบี้ยปรับเมื่อตนไม่ชำระหนี้ก็ดี หรือไม่ชำระหนี้ให้ถูกต้องสมควรก็ดี เมื่อลูกหนี้ผิดนัดก็ให้ปรับเบี้ยปรับ นั้นเอง

เบี้ยปรับเป็นสัญญาอุปกรณ์ของสัญญาว่าจ้างร้องเพลงอันเป็นสัญญาประธาน จึงมี มาตรา 384 วางหลักว่า ถ้าการชำระหนี้ตามที่สัญญาไว้นั้นไม่สมบูรณ์ การที่ตกลงกันด้วย ข้อเบี้ยปรับในการไม่ปฏิบัติตามสัญญานั้นก็ย่อมไม่สมบูรณ์ดุจกัน แม้ถึงคู่กรณีจะรู้ว่า ข้อสัญญานั้นไม่สมบูรณ์

อย่างไรก็ดี มิใช่ทุกกรณีที่หากสัญญาประธานบังคับไม่ได้แล้ว เบี้ยปรับจะตกไปด้วย แต่อย่างใด การที่สัญญาอุปกรณ์จะตกไปตามสัญญาประธานนี้ จะต้องเป็นเรื่องที่สัญญา ประธานบกพร่องในรากฐานของนิติกรรมเสียทีเดียว เช่น สัญญาประธานตกเป็นโมฆะ หรือ ตกเป็นโมฆะแล้วถูกบอกกล่าว เป็นต้น เช่นนี้ เบี้ยปรับซึ่งเป็นสัญญาอุปกรณ์จึงจะตกไปตาม สัญญาประธานเพราะไม่สมบูรณ์ตามมาตรา 384

แต่กรณีนี้มีมิใช่เรื่องที่สัญญาประธานบกพร่องในรากฐานของนิติกรรมแต่อย่างใด เป็นแต่เรื่องสัญญาประธานถูกบอกเลิกเพราะความผิดของพิดที่ไม่ยอมชำระหนี้เท่านั้น ผลของ

การเลิกสัญญาที่เกิดตามมาตรา 391 ก็ไม่กระทบสัญญาเบี่ยงปรับซึ่งยังสมบูรณ์และมีผลบังคับ
ตามมาตรา 379 ต่อไป กรณีนี้จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 384 แต่อย่างใด

ดังนี้ หนึ่งยังคงเรียกเบี่ยงปรับจากผิดได้ตามมาตรา 379 เพราะเบี่ยงปรับไม่ตกไปตาม
มาตรา 384”

นี่คือตัวอย่างการเขียนตอบด้วยวิธีอธิบายแล้วฟันธง จะเห็นได้ว่าอ่านได้สั้นไหล
ผู้ตรวจไม่ต้องพลิกกระดาษคำตอบไปมาว่าผู้สอบวางหลักอะไรไว้บ้าง

ข้อเสียของวิธีการนี้มีอยู่ประการเดียวคือ หากผู้สอบไม่มั่นใจในคำตอบของตน จะทำ
ให้ง่วงหลักไปแล้วตอบผิด และจะทำให้ประเด็นต่อ ๆ มา อาจวินิจฉัยผิดไปเสียทั้งหมดด้วย
เช่นนี้ จึงต้องมั่นใจในคำตอบของตนพอสมควรในการใช้วิธีการนี้

ดังนั้น ข้อแนะนำคือ ข้อที่เรามั่นใจ ควรใช้ “วิธีอธิบายแล้วฟันธง” ส่วนข้อที่เรา
ไม่มั่นใจ ควรใช้ “วิธีวางหลักกฎหมายทั้งหมดก่อน” แล้วค่อยเริ่มปรับบทวินิจฉัย - ก็ถือเป็น
ทางเลือกที่เหมาะสม

17. การเขียนตอบข้อสอบอุทราหรณ์นั้น ข้อห้ามเด็ดขาดคือ

1) “ห้ามขี้ม้าเลียบค่าย”

นิสิตนักศึกษาสมควรที่จะไล่เรียงลำดับการตอบไปตามหลักการข้างต้น อย่าง “พุ่งตรง
ไปที่ประเด็น” ไม่มีเหตุอันใดให้ต้องรื้อชักช้ากว่าจะเข้าประเด็นได้

2) “ห้ามเถียงข้อเท็จจริง อย่าเพิ่มข้อเท็จจริง”

บางคนชอบเขียนตอบในทำนองว่า “ข้อเท็จจริงตามคำถามนั้นไม่สมเหตุผล
เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นสมควรที่จะเป็นเรื่องราว..... ดังนี้ จึงต้องวินิจฉัยว่า.....” แบบนี้
ไม่ได้ นอกจากท่านไม่ได้คะแนนแล้ว กรรมการอาจมองว่าท่านเป็นคนที่ไม่รู้จัก
กติกาในการวินิจฉัยข้อสอบกฎหมายว่า ข้อเท็จจริงที่อยู่ในคำถามนั้น ไม่ว่าจะแปลกพิสดาร
หรือวิถึการสักปานใด ก็ย่อมต้อง “มัด” ผู้สอบให้ต้องตอบตามนั้น

และที่สำคัญคือ เมื่อมีข้อเท็จจริงในข้อสอบอุทราหรณ์มัดตัวเราแล้ว อย่าเพิ่มตัวอย่าง
ใหม่ลงไปข้อสอบอุทราหรณ์อีก ! หน้าที่ของเราเพียงแค่ นำข้อเท็จจริงที่เขามอบให้ มา
วินิจฉัยตามหลักกฎหมายเท่านั้น

18. ข้อสอบแบบลูกผสม : อุทราหรณ์ควบบรรยาย (Hybrid)

จากประสบการณ์การเรียนการสอนในระดับมหาวิทยาลัยของผู้เขียน พบว่าการเรียน
ในชั้นปริญญาตรีนั้น เราจำต้องรู้ถึงประวัติศาสตร์ความคิดในหลักและข้อยกเว้นของ
กฎหมายที่สำคัญ ๆ ด้วย อีกทั้งต้องสามารถทำข้อสอบอุทราหรณ์ได้อย่างชำนาญในระดับ
หนึ่งแล้ว ก่อนที่จะเริ่มเรียนเนติบัณฑิต

ในขณะที่เรียนปริญญาตรี พบว่าข้อสอบหลายข้อ ตั้งคำถามในลักษณะตุกตา คือเป็น
ข้อสอบอุทราหรณ์ก็จริงอยู่ แต่พอต้องลงมือวินิจฉัยแล้วจริง ๆ กลับมีบางประเด็นให้เราต้อง

พิจารณาว่า ในเรื่องนั้นมีแนวความคิดทางทฤษฎีและทางปฏิบัติอย่างไรบ้าง สอดรับหรือขัดแย้งกันหรือไม่ แล้วเราก็ต้องเลือกแนวความเห็นเดียว เพื่อนำไปวินิจฉัยในประเด็นข้ออุทธรณ์นั้นต่อไป

วิธีการทำข้อสอบแบบนี้ นิสิตนักศึกษาต้องนำวิธีการเขียนตอบข้อสอบอุทธรณ์ + บรรยาย มาผสมกัน โดยผู้เขียนมีหลักการเขียนโดยคร่าว ดังนี้

หลักการเขียนตอบข้อสอบอุทธรณ์ควบบรรยาย (Hybrid)

1. Focus ไปที่คำถามท้ายโจทย์ว่า “วัตถุที่เขาถามให้เราตอบ คืออะไร” เสียก่อน แล้วค่อยวกกลับมาอ่านข้อเท็จจริงข้างบนมาเรื่อย ๆ ตามปกติ
2. ขณะที่อ่านไป ก็จดไปด้วยว่า ต้องใส่เลขมาตราใดมาเป็นหลักในการพิจารณา + เหตุผลคืออะไร + ผลคืออะไร โดยให้ทำในลักษณะ “โครงคำตอบ”
3. ในการทดดังกล่าว จะเห็นแล้วว่าประเด็นใดที่ยังคงเป็นที่ถกเถียงทางวิชาการอยู่ เราก็ต้องตั้งประเด็นไว้ และทดแนวความเห็นทุกแนวที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายที่ต้องใช้นั้น
4. เมื่อเราได้โครงคำตอบที่สมบูรณ์แล้ว ก็บรรเลงร้อยแก้วลงไปด้วยการเขียนตอบลงกระดาษคำตอบ โดยให้เขียนไปตามลำดับโครงคำตอบที่เราวางไว้อย่างดีแล้ว
5. เมื่อเราวินิจฉัยอุทธรณ์ตามปกติไปเรื่อย จนต้องเจอกับ “ประเด็นที่ต้องอธิบาย” ก็ให้เราตั้งเรื่องนั้นเป็นประเด็นให้ผู้ตรวจเห็น
6. อธิบายแนวความเห็นทุกแนวที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายที่ต้องใช้นั้น โดยต้องให้เหตุผลด้วยว่า 1) ทำไมความเห็นแยกออกเป็นหลายฝ่าย + 2) แต่ละความเห็นมีเหตุผลสนับสนุนอย่างไร
7. เลือกแนวความเห็นที่เราเห็นด้วยไว้ในใจเสียก่อน - แล้วลงรายละเอียดให้มากที่สุดว่า มีเหตุผลและความคิดอะไรบ้าง ทำให้เราต้องเลือกแนวความเห็นนั้น ในการนี้ อาจจัดหา “ตัวอย่าง” มาเปรียบเทียบให้เห็นชัดว่า แนวความเห็นที่เลือกนั้นดีกว่าแนวอื่นอย่างไร - แล้วจึงค่อย “ชี้ขาด” ด้วยการแสดงทัศนะหรือความเห็นของเรา โดยอาศัย “ห่วงเหตุห่วงผลอันหนักแน่น” ที่ก่อปรด้วยเหตุผลของนักกฎหมาย ว่า “เราเลือกแนวความเห็นใด”
8. เสริมทัพด้วยการเปิดเผย “ความเห็นของครูบาอาจารย์ชั้นผู้ใหญ่” และ “คำพิพากษาฎีกา” ที่เห็นในทำนองเดียวกับเรา
9. ชูธงแนวความเห็นที่เราเลือก ไปวินิจฉัยอุทธรณ์ต่อไปจนครบทุกประเด็น
10. จบด้วย “สรุปผล” ตามปกติของการสรุปคำตอบในข้อสอบอุทธรณ์ โดยไม่ต้องมี “ข้อสังเกตเพิ่มเติม” อะไรอีกแล้ว

เป็นเพียงโครงการเขียนข้อสอบลูกผสมของผู้เขียนในรูปแบบ Basic เท่านั้น ผู้สอบจะต้องรู้จักนำหลักการนี้ไปประยุกต์ใช้กับข้อสอบแต่ละข้อเช่นกัน

19. “ประเด็นอำพราง” : เจอหลุม อย่ากระโดดข้าม ให้กลบหลุมแล้วเหยียบเดินต่อไป

ข้อเตือนใจของการเขียนตอบทุกครั้งคือ นอกจาก “ประเด็นโดยตรง” ที่ข้อสอบมุ่งให้เป็น “วัตถุในการตอบ” นั้นแล้ว ท่านจะต้องค้นหา “ประเด็นอำพราง” ที่ปรากฏในข้อสอบด้วยว่า ยังมีประเด็นอะไรซ่อนอยู่ให้เราต้องตอบเพิ่มในฐานะที่เป็น “ประเด็นย่อย” หรือไม่ กล่าวคือ อ่านโจทย์แล้วเขาไม่ได้ถามหรือถามแต่เรามีข้อเท็จจริงที่อยู่ในลักษณะที่เชิญชวนให้เราวินิจฉัย (ทั้งที่อาจจะเป็นกรณีที่ไม่ว่าจะวินิจฉัยหรือไม่ ผลสุดท้ายก็ไม่เปลี่ยนแปลงไปก็ตาม)

วิธีการแก้ปัญหาคือ ท่านต้องตรวจสอบให้หมดทุกคำในคำถาม ว่าท่านได้ใช้ประโยชน์จาก “ทุกคำ” ในข้อสอบ เพื่อนำมาตอบครบหรือไม่ - ถ้ายังมีข้อเท็จจริงใดในคำถาม ที่ยังไม่ได้นำมาปรับ (ไม่ว่าจะปรับเพื่อไปสู่ผลลัพธ์ที่ต้องการ หรือจะปรับเพียงเพราะมีข้อเท็จจริงที่เชื่อเชิญให้ตอบเท่านั้น) ก็อาจสันนิษฐานได้เลยว่า อาจต้องถูกหักคะแนนแล้ว - และสิ่งนี้จะบอกเราได้เองเลยว่า ได้ตอบใน “ประเด็นอำพราง” นั้นแล้วหรือยัง

ตัวอย่างประเด็นอำพรางที่พบเห็นประจำเช่น ในวิชาครอบครัวมรดกนั้น หากปรากฏว่า ท่านหมื่นกับบอเจ้าจดทะเบียนสมรสเป็นสามีภริยากัน หากต่อมาท่านหมื่นออกบวชเป็นพระภิกษุ แล้วมีเรื่องราวต่อมาเรื่อย ๆ สิ่งที่ท่านต้องปรับบททุกครั้งคือ

“...ในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างท่านหมื่นกับบอเจ้านั้น ต้องพิจารณา ป.พ.พ. มาตรา 1501 ซึ่งวางหลักว่า การสมรสย่อมสิ้นสุดลงด้วยความตาย การหย่า หรือศาลพิพากษาให้เพิกถอน เพียง 3 เหตุนี้เท่านั้น การที่ท่านหมื่นเพียงบวชเป็นพระภิกษุเท่านั้น ย่อมไม่เป็นเหตุให้การสมรสระหว่างท่านหมื่นกับบอเจ้าต้องสิ้นสุดลงไปตามมาตรา 1501 แต่อย่างใด ดังนี้ ท่านหมื่นกับบอเจ้ายังคงมีฐานะเป็นสามีภริยากันอยู่ตามกฎหมาย...”

แบบนี้ แม้เขาไม่ถามถึงเลย ก็ต้องตอบ เพราะการบวชนั้น เป็น “ประเด็นอำพรางเรื่องสถานะของการสมรส”

จงจำไว้ว่า “เจอหลุม อย่ากระโดดข้าม ให้กลบหลุมแล้วเหยียบเดินต่อไป” แม้โจทย์จะไม่ได้ถาม แต่ถ้ามีข้อเท็จจริงเชื่อเชิญให้เราวินิจฉัย ก็ต้องหาหลักกฎหมายมาตอบเป็นข้อแก้ด้วย

20. การแบ่งเวลาทำข้อสอบในแต่ละข้อ

ทันทีที่การสอบเริ่มต้นขึ้น ผู้สอบจะต้องประเมินข้อสอบทุกข้อว่า สามารถทำข้อใดได้มากน้อยเพียงใด

หากผู้สอบพิจารณาแล้ว พอทำได้ทุกข้อ : ก็ถือว่าข้อใดมีประเด็นมากน้อยเท่ากันอย่างไร ก็ต้องจัดสรรเวลาให้พอเหมาะสมกับแต่ละข้อด้วย เพราะอาจไม่ได้ใช้เวลาเท่ากันทุกข้อ ข้อใดประเด็นมากย่อมใช้เวลา มากกว่าข้อที่ประเด็นน้อย

หากผู้สอบพิจารณาแล้ว มีข้อที่ทั้งทำได้และทำไม่ได้ : ควรใช้เวลาทำข้อที่ทำได้ก่อน โดยตั้งเป้าเลยว่าข้อที่ทำได้จะต้องเต็มเลย ใช้เวลากับข้อนั้นให้เต็มที่ ส่วนข้อที่ทำได้เสียเลย นั้น ให้เก็บไว้ทำข้อท้ายสุดเท่าที่มีเวลาเหลือ เพราะถึงเดาอย่างไร ก็คงได้คะแนนไม่มากอยู่แล้ว หากให้เวลามากก็จะเสียเวลาไปโดยใช่เหตุ อย่างไรก็ตาม ใด ๆ ก็ดี เราต้องตอบเพื่อให้ได้คะแนนบ้าง ห้ามทิ้งด้วยการไม่ตอบเลยเด็ดขาด

“ตอบถูกต้องได้เต็ม ตอบผิดต้องไม่ศูนย์”

ศาสตราจารย์พิเศษ ไพโรจน์ วายุภาพ

21. วิธีการจัดการในเหตุฉุกเฉินเมื่อทำไม่ทัน

ท่านศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร กล่าวทำนองว่า ให้เขียนโครงคำตอบทิ้งไว้เลยยังดีเสียกว่าปล่อยว่างเปล่า แม้จะได้คะแนนน้อย แต่ก็ยังได้บ้าง เพื่อให้ไปจนเจอกับคะแนนที่ได้ในข้ออื่นแล้ว⁶ (ดูข้อ 13)

22. การจัดการความกลัวการเขียนตอบ

ความรู้สึกช่วงแรกของผู้ที่ไม่ค่อยได้หัดเขียนตอบข้อสอบที่ทุกคนต้องมีนั้น ก็คือ “ความกลัว”

“...กลัวว่าจะเริ่มต้นยังไง กลัวว่าจะเขียนปรับบทย่างไร กลัวว่าจะใช้คำไม่สวย เรียบเรียงไม่ออก กลัวว่าจะสรุปไม่ได้เลย...”

สิ่งเหล่านี้ผู้เขียนก็มีในช่วงแรก แต่ก็กลายหายไปสิ้นหลังจากเมื่อได้ลองหัดเขียนตอบส่งอาจารย์สัมมนาให้ตรวจเพื่อให้ท่านพัฒนาเรา

ยิ่งเขียน ยิ่งทำให้เราหมดความกลัว มันจะหายไปเอง คงเหลืออยู่แต่ความอยากที่จะพัฒนาตัวเองให้เขียนดียิ่งขึ้นไปอีก อยากใช้คำในตัวบทมาเชื่อมกันให้สวยขึ้นไปอีก

ดังนั้น ถ้าท่านอยากจะเขียนตอบจริงได้ลื่นไหล จะต้องหัดเขียนมาก ๆ ไม่ต้องสนใจว่าจะเขียนวันละกี่ข้อ แต่ให้ค่อย ๆ เขียนไปในแต่ละวัน จนกว่าจะหมดความกลัวในการใช้ภาษา เพราะสุดท้ายจะเหลือแต่พัฒนาการทางภาษาของท่านเองที่มีแต่จะพอกพูนขึ้น

ส่วนตัวผู้เขียน เวลาจะลองเขียนตอบจริง จะไม่นั่งลอกโจทย์ในกระดาษคำถามให้เมื่อยมือเสียเวลาเปล่า ๆ แต่จะนำข้อสอบที่จะใช้ฝึกเขียน ไปถ่ายเอกสารเฉพาะส่วนคำถาม แล้วนำแผ่นที่ถ่ายเอกสารมาตัดแปะลงในกระดาษรายงานของเรา อันเป็นการเตรียมการให้เรียบร้อย - พอจะเริ่มทำข้อสอบก็ค่อยเริ่มอ่านโจทย์และเริ่มจับเวลาทันที เพื่อฝึกให้เราเริ่มทำได้ทันเวลาหรือยัง และที่สำคัญคือ จะได้ฝึกการทบทวนบริเวณคำถามไว้ด้วย

⁶ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, หน้า 222.

23. การเขียนให้สว่อ่านแล้วล่นไหล ต้องสะสมคล่งคัพทให้มก

มีหลยท่นสอบถมว่ ต้องใช้ค้เชื่อมอย่งไรให้สว่ ต้องเขียนอย่งไรให้ประทบใจ อจกรยผู้ตรวจข้อสอบ ผู้เขียนเห็นว่ หลกการใช้ภษไทยสํคญมก เพราะจะชว่ให้เรา ้ใจกรใช้ถ้อยค้จรง ๆ อีกล่งที่แนะนาคือ หกท่นอยกมีคล่งคัพทมก ๆ ท่นต้องเป็น “นักอ่าน” มีได้หมายถึงหนังสือกฎหมาย เพราะหนังสือกฎหมายบงเล่ม ก็ใช้ภษออกจะ ือ ๆ อยู่ส็กหน้อย แต่อยกให้ลองให้สยตได้สัสมผัสกับวรรณกรรมจํพกนียน นิทน หนังสือประวัติศสตร์ หรือหนังสืออะไรก็ได้ ที่ผู้แต่งมีความสมรถทงภษาคี พกนี้จะช่วย ให้ท่นใช้ “วิชารูพกักจํ” แล้วนํมเป็นภษของตนได้อย่างดี ท่นศสตรจกรยสัญญา ธรรมศกดี กล่วว่ เวลสอบไล่ แม้เรจะมีรู้ดีเพียงไร ก็ขอได้โปรดแสดงออกมาโดย กระจ่งใส และให้คนอื่น้ใจตลอดปตลอดปร่ง หรือยั้งให้เขาเคลิบเคลิ้มไปด้วยก็ยั้งดี”⁷

24. การเก็งข้อสอบควรทำหรือไม่

ท่นศสตรจกรยธำนินทร์ กรยวิเชียร กล่วไว้ในหนังสือ “ค้แนะน่านิสิตนักศึกษา กฎหมาย” ว่ การเก็งที่ถูกต้องคือการเก็งแบบจกน่วค้ถมที่เคยออกสอบมแล้ว โดยผู้สอบ จะต้องเก็งว่ “กรรมกรสอบเก็งนิสิตนักศึกษาว่เก็งอะไร”⁸ เพราะท่นจะต้องหลบอย่ง เน้นอน

การเก็งข้อสอบนั้นก็มีข้อดีอยู่เหมือนกัน คือเป็นการเสริมสร้งกํล้งใจตัวเองในตัว เพราะคนที่จะเก็งได้ ต้องคิดว่ตัวเองเก็งแล้ว คืออ่านมพอแล้ว รู้แล้วว่าฎีกาเฉพาะเรื่องนี้ออก แล้วไม่น้อออกอีก ฎีกานี้ว่งหลกสํคญออกแล้วออกอีกได้ ฎีกานี้ใหม่มแรง อะไรต่ง ๆ นน นน เช่นนี้ จะทำให้ผู้อ่านมเกือบพร้อมแล้ว เกิดความสบายใจมกขึ้น และไม่เครียดกับผล จนเกินไป เพราะอย่งไรเสียข้อสอบจะออกเรื่องใดนั้น ก็เป็นปจจัยที่ไม่มีผู้ใดควมคุมได้

25. บทส่งท้ย

บิดาของผู้เขียนกล่วว่ การศึกษาวิชานิติศสตร์นั้น “เก็งไม่กล่ว กล่วขยัน” ผู้เขียนเห็นด้วยอย่งมก เพราะแม้บงท่นจะมีพื้นฐานกรเรียนที่ดีมกเพียงใด หกท่น เกียจคร้าน ไม่หมั่นหคความรู้ในหนังสือ ทั้งไม่ศึกษาความคิดของครูบอจกรยกฎหมายให้ ได้ หลกหลยท่น อีกล่งไม่ทบทวนบทเรียนที่มีจนวนมกเมื่อเทียบกับเนื้อหาที่ต้องศึกษา ในคณะหรือสำนักวิชอื่นแล้ว ก็ยักยั้งที่ท่นจะประสบควมสํร็จในเส้นทางอาชีพ นักกฎหมายอันท้ท้ยนี้ ล่งหนึ่งที่จะทำให้นิสิตนักศึกษาทุกท่นประสบควมสํร็จ ในการศึกษากฎหมายคือ ความรักในการใช้เหตุผลทงกฎหมายและความยุติธรรม แล้วท่น จะรักในวิชากฎหมาย และอยกที่จะเรียนนิติศสตร์ไปเองโดยไม่ต้องฝืนเลย เมื่อใดที่ท่น

⁷ ธำนินทร์ กรยวิเชียร และอภิชน จันทรเสน, ค้แนะน่านักศึกษากฎหมาย, หน้า 39.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 211-212.

ปลูกฝังการใช้เหตุผลเพื่อความยุติธรรมนี้ให้อยู่ในจิตสำนึกตลอดไป ท่านจะเป็นนักกฎหมายของสังคมที่ประชาชนรอคอยให้ท่านมาอำนวยความยุติธรรมแก่เขาอย่างแน่อน

**“ถ้าท่านอยากจะประสบความสำเร็จ ท่านต้องทำในสิ่งที่คนอื่นเขาทำไม่ได้
และต้องทนในสิ่งที่คนอื่นเขาทนไม่ได้”**

อาจารย์ไพฑูริ์ เศรษฐไกรกุล

เอกสารอ้างอิง

- สำนักงานศาลยุติธรรม. ประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ, พิมพ์ครั้งที่ 3. ม.ป.ท., 2552.
- ธาณินทร์ กรัยวิเชียร และอภิชน จันทระเสน. คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- วิรัช ชินวินิจกุล (บรรณาธิการ). คำพิพากษาศาลฎีกา พุทธศักราช 2557, ม.ป.ท., ม.ป.ป..

ตัวอย่าง ข้อสอบ

Sample
Legal
Questions



วิชาหลักกฎหมายเบื้องต้น

Foundation of Legal Principle

วิชากฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา

Law of Juristic Acts and Contracts

วิชากฎหมายอาญา 1: หลักทั่วไป

Criminal Law 1: General Principles

“ Only the painter and
lawyer who can change
from white to black or
black to white ”

“ ช่างทาสีและนักกฎหมายเท่านั้น
ที่สามารถเปลี่ยนจากสีขาวเป็นสีดำ
หรือสีดำเป็นสีขาวได้ ”

ตัวอย่างข้อสอบวิชากฎหมายของนักศึกษาชั้นปีที่ 1

Sample Legal Questions for First Year Student

วิชาหลักกฎหมายเบื้องต้น

Foundation of Legal Principle

ข้อ 1 คำถาม

ท่านเข้าใจสุภาษิตกฎหมายที่ว่า “กฎหมายนอนหลับบ้างบางครั้งแต่ไม่ตาย” (the laws sometimes sleep but never die) ว่าอย่างไร และเมื่อใดจึงจะถือว่ากฎหมายนั้นได้ “ตาย” ไปแล้ว จงอธิบายพร้อมยกตัวอย่างประกอบโดยสังเขป

แนวคำตอบ

สุภาษิตดังกล่าวเป็นการเปรียบเทียบขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายด้านเวลากับชีวิตของมนุษย์ ที่ว่าเมื่อมนุษย์ได้ถือกำเนิดขึ้นมาแล้ว ก็ถือว่ายังมีชีวิตอยู่ แม้ว่าจะไปนอนหลับเสียบ้าง แต่ตราบใดที่ยังไม่ตายก็จะยังถือว่าเป็นมนุษย์อยู่วันยังค่ำ เช่นเดียวกัน กฎหมายเมื่อได้เริ่มใช้บังคับแล้วก็จะยังมีผลใช้บังคับอยู่เสมอ แม้ว่าในบางช่วงเวลากฎหมายนั้นจะไม่ได้ถูกหยิบมาใช้บังคับเลย แต่หากกฎหมายยังไม่ถูกยกเลิกไป กฎหมายนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับอยู่เช่นกัน การยกเลิกกฎหมายจึงเปรียบเสมือนเป็นความตายของกฎหมายนั่นเอง

“ความตาย” ของกฎหมายที่หมายถึงการยกเลิกกฎหมาย จะเกิดขึ้นได้ 2 รูปแบบ ได้แก่

(1) รูปแบบแรก มีการยกเลิกกฎหมายโดยตรง ซึ่งแยกออกเป็น 3 กรณีได้แก่

กรณีแรก คือกฎหมายนั้นมีการกำหนดการยกเลิกกฎหมายไว้ในกฎหมายนั่นเอง เช่น ในตัวกฎหมายมีการกำหนดว่าให้กฎหมายนี้มีผลใช้บังคับเป็นเวลา 2 ปี หากเป็นกรณีเช่นนี้ เมื่อครบกำหนด 2 ปี กฎหมายฉบับนี้ก็จะถูกยกเลิกไปหรือสิ้นผลบังคับไปโดยตัวมันเองโดยไม่ต้องมีกฎหมายฉบับอื่นใดยกเลิก

กรณีที่สอง คือมีกฎหมายฉบับใหม่ระบุถึงการยกเลิกกฎหมายฉบับเดิมไว้โดยตรง เช่น เดิมมีพระราชบัญญัติที่มีผลใช้บังคับอยู่ แต่ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่โดยในพระราชบัญญัติฉบับใหม่นั้นได้ระบุให้ยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับเก่าไว้โดยตรง กรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าพระราชบัญญัติฉบับเก่าถูกยกเลิกไป แต่กฎหมายใหม่ที่ให้ยกเลิกกฎหมายเก่านั้น จะต้องเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นที่เท่ากันหรือสูงกว่า เช่น กฎหมายที่จะยกเลิกกฎหมายในระดับพระราชกฤษฎีกาจะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชกฤษฎีกาเท่ากันหรือระดับที่สูงกว่า เช่น พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด หรือกฎหมายที่จะยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้

ก็จะต้องเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดเท่านั้นที่มีลำดับชั้นเท่ากัน หรือรัฐธรรมนูญที่มีลำดับชั้นที่สูงกว่า เป็นต้น

กรณีที่สาม กรณีพระราชกำหนด ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ตราพระราชกำหนดตามคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีแล้ว และต่อมาได้มีการนำพระราชกำหนดนั้นไปให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบแก่พระราชกำหนดนั้น กรณีเช่นนี้ก็จะถือว่าพระราชกำหนดนั้นถูกยกเลิกไป หรือสิ้นผลบังคับไปนับแต่วันที่รัฐสภามีมติไม่เห็นชอบนั้น แต่ทั้งนี้ไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อกิจการที่ได้ดำเนินไปแล้ว

(2) รูปแบบที่สอง การยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย ซึ่งอาจแยกเป็น 2 กรณี

กรณีแรก มีกฎหมายฉบับใหม่ออกมาขัดแย้งกับกฎหมายฉบับเก่า ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับมีเนื้อหาในเรื่องเดียวกัน กรณีเช่นนี้ จะต้องถือว่ากฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าโดยปริยาย แต่การยกเลิกกฎหมายในกรณีนี้มีเงื่อนไขว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะต้องเป็นกฎหมายเรื่องเดียวกัน และเป็นกฎหมายประเภทเดียวกัน เช่น หากกฎหมายเก่าเป็นกฎหมายทั่วไป เช่น ประมวลกฎหมาย กฎหมายใหม่ก็ต้องเป็นกฎหมายประเภทกฎหมายทั่วไปเช่นเดียวกัน หรือหากกฎหมายเก่าเป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น พระราชบัญญัติ กฎหมายใหม่ก็ต้องเป็นกฎหมายเฉพาะเช่นเดียวกัน

ตัวอย่างเช่น หากกฎหมายเก่าเป็นประมวลกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายประเภทกฎหมายทั่วไป ส่วนกฎหมายใหม่เป็นพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ แม้ทั้งสองฉบับจะบัญญัติถึงเนื้อหาในเรื่องเดียวกัน แต่กรณีเช่นนี้จะไม่ถือเป็นกรณีที่กฎหมายใหม่ยกเลิกกฎหมายเก่าเพราะทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายคนละประเภทกัน แต่หากกฎหมายใหม่เป็นพระราชบัญญัติ และกฎหมายเก่าก็เป็นพระราชบัญญัติเช่นกัน หากกฎหมายสองฉบับนี้บัญญัติในเนื้อหาที่เหมือนกัน ย่อมต้องถือว่าพระราชบัญญัติฉบับใหม่ยกเลิกพระราชบัญญัติฉบับเก่าโดยปริยาย เพราะกฎหมายทั้งสองฉบับเป็นกฎหมายในประเภทเดียวกันนั่นเอง

กรณีที่สอง กรณีมีกฎหมาย 2 ฉบับมีความสัมพันธ์เป็นกฎหมายแม่บทกับกฎหมายลูกบท หากมีการยกเลิกกฎหมายแม่บท ย่อมทำให้กฎหมายลูกบทถูกยกเลิกตามไปด้วยโดยปริยาย เช่น พระราชบัญญัติกับพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กรณีเช่นนี้จะถือว่าพระราชบัญญัติเป็นกฎหมายแม่บท ส่วนพระราชกฤษฎีกานั้นเป็นกฎหมายลูกบท หากมีการยกเลิกพระราชบัญญัติที่เป็นกฎหมายแม่บท ย่อมมีผลเป็นการยกเลิกพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติฉบับนั้นด้วยโดยปริยาย

ข้อ 2 คำถาม

ไก่อบรมจักรยานยนต์มาก ไก่อายุย่างเข้า 15 ปี ทำพินัยกรรมขึ้นหนึ่งฉบับ กำหนดว่าเมื่อตนถึงแก่ความตายให้เงินสด 5 แสนบาทในบัญชีธนาคารของตนตกแก่สมาคมอนุรักษ์รถจักรยานยนต์ไทย เมื่อนายไก่อายุ 21 ปี ต้องการทำพินัยกรรมฉบับใหม่ แต่ก็เปลี่ยนใจไม่ทำ แต่กลับไปลงลายมือชื่อรับรองในพินัยกรรมฉบับเดิมเพื่อให้มีผลสมบูรณ์ ต่อมาไก่อมีความ

เจ็บป่วยทางจิตประเภทจิตฟั่นเฟือน ศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ และตั้งนางไข่มารดาเป็นผู้พิทักษ์ นายไก่อำศัยสัญญาเอาบ้านออกให้นายเป็ดเช่ามีกำหนดเวลา 5 ปี โดยนางไข่มารู้เห็นยินยอมแต่ประการใด หลังจากนั้น นายไก่อำศัยป่วยรุนแรงขึ้นถึงขั้นวิกลจริต ระหว่างนั้น นายไก่อำศัยซื้อรถจักรยานยนต์ SUZUKI จากนายห่าน 1 คัน ในขณะที่วิกลจริต และนายห่านก็ทราบว่านายไก่อำศัยวิกลจริต จนกระทั่งนายไก่อำศัยหนีขึ้นอีกจนศาลสั่งให้นายไก่อำศัยเป็นคนไร้ความสามารถ และตั้งนางไข่มเป็นผู้อนุบาล นางไข่มเห็นนายไก่อำศัยชอบรถจักรยานยนต์มาก และนายไก่อำศัยต้องการซื้อรถจักรยานยนต์ haley Davidson จากนายหงส์ 1 คัน ด้วยความสงสาร นายไก่อำศัย นางไข่มจึงอนุญาตให้นายไก่อำศัยซื้อรถจักรยานยนต์ดังกล่าวจากนายหงส์ ราคา 5 ล้านบาท

ให้วินิจฉัยว่า พันัยกรรมก็ดี การเอาบ้านออกให้เช่ามีกำหนดเวลา 5 ปีก็ดี การยินยอมของนางไข่มให้นายไก่อำศัยซื้อรถจักรยานยนต์ haley Davidson ก็ดี มีผลทางกฎหมายอย่างไร

อนึ่ง นางไข่มซึ่งเป็นผู้อนุบาลได้ถือโอกาสบอกล้างนิติกรรมการซื้อขายรถจักรยานยนต์ SUZUKI ระหว่างนายไก่อำศัยกับนายห่าน แต่นายห่านต่อสู้ว่านางไข่มไม่มีสิทธิบอกล้าง เพราะในขณะซื้อขายรถจักรยานยนต์นั้น นายไก่อำศัยเป็นคนวิกลจริตยังไม่ถูกศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถ และอีกทั้งยังไม่ได้ตั้งนางไข่มเป็นผู้อนุบาล ฉะนั้น นางไข่มจึงไม่มีสิทธิบอกล้าง ให้วินิจฉัยว่า ข้อต่อสู้ของนายห่านฟังขึ้นหรือไม่

แนวคำตอบ

(1) ไก่อำศัยเข้า 15 ปี อายุยังไม่ครบ 15 ปีบริบูรณ์ จึงไม่อาจทำพันัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 25 ได้ พันัยกรรมจึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 1703 แม้ว่านายไก่อำศัยบรรลุนิติภาวะแล้ว และลงลายมือชื่อรับรองพันัยกรรมที่ตกเป็นโมฆะ ก็ไม่ทำให้พันัยกรรมที่ตกเป็นโมฆะกลับสมบูรณ์ขึ้นมาได้ เพราะความสามารถของผู้ทำพันัยกรรมให้พิจารณาแต่ในเวลาที่ทำพันัยกรรมเท่านั้น ตามมาตรา 1654

(2) นายไก่อำศัยถูกศาลสั่งให้เป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ เอาบ้านซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ออกให้นายเป็ดเช่ามีกำหนดเวลา 5 ปี โดยไม่ได้รับความยินยอมจากนางไข่มผู้พิทักษ์ เป็นการขัดต่อมาตรา 34 (5) เพราะกฎหมายไม่อนุญาตให้เช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่า 3 ปี อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายส่วนใหญ่เห็นว่า ส่วนที่เกิน 3 ปีตกเป็นโมฆะ สัญญาเช่าสมบูรณ์เพียง 3 ปี

(3) การซื้อรถจักรยานยนต์ haley Davidson จากนายหงส์ แม้นางไข่มผู้อนุบาลได้ยินยอมให้นายไก่อำศัยซื้อ การซื้อขายก็ตกเป็นโมฆะ เพราะตามมาตรา 29 กฎหมายต้องการบัญญัติโดยเด็ดขาดให้การคุ้มครองการกระทำของคนไร้ความสามารถตกเป็นโมฆะทั้งสิ้น ผู้อนุบาลต้องกระทำแทนคนไร้ความสามารถเท่านั้น ผู้อนุบาลจะให้ความยินยอมให้คนไร้ความสามารถทำนิติกรรมเองไม่ได้ อีกทั้งมาตรา 29 ไม่มีการบัญญัติถึงการให้ความ

ยินยอมของผู้อนุบาลอย่างเช่นกรณีการให้ความยินยอมของผู้เยาว์ หรือการให้ความยินยอมของ
คนเสมือนไร้ความสามารถ

นิติกรรมซื้อขายรถจักรยานยนต์ SUZUKI ระหว่างนายไก่อกับนายห่านนั้นตกเป็น
โมฆียะตามมาตรา 30 เพราะกระทำลงในขณะวิกลจริตและคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งรู้ว่าผู้ทำเป็น
คนวิกลจริต อย่างไรก็ตาม คนวิกลจริตนั้นก็อาจบอกอ้างได้ เมื่อคนวิกลจริตนั้นได้พ้นจาก
สภาวะวิกลจริตแล้ว ตามมาตรา 175 (4) หรือหากต่อมาคนวิกลจริตนั้นถูกศาลสั่งให้เป็น
คนไร้ความสามารถ และตั้งผู้อนุบาลแล้ว ผู้อนุบาลย่อมมีอำนาจบอกอ้างหรือให้สัตยาบัน
นิติกรรมที่เป็นโมฆียะที่มีอยู่ก่อนศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถได้ด้วย (คำพิพากษาฎีกาที่
8515/2538)

ข้อ 3 คำถาม

นายอาทิตย์ออกเดินทางไปท่องเที่ยวประเทศจีน ด้วยสายการบินเอเชียแอร์ไลน์
เที่ยวบิน MH 370 ออกจากสนามบินกัวลาลัมเปอร์ไปยังสนามบินปักกิ่ง เมื่อเวลา 00.41 น.
ของวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2557 ประกอบด้วยผู้โดยสารและลูกเรือรวม 239 ชีวิต ระหว่างบิน
ผ่านเหนือน่านฟ้าเวียดนาม ช่วงเวลาประมาณ 01.21 น. ก็ขาดติดต่อกับศูนย์ควบคุมจราจร
ทางอากาศโดยสิ้นเชิง จากนั้นก็หายสาบสูญไปอย่างลึกลับ ไม่พบเศษซากเครื่องบิน หรือ
ชิ้นส่วนศพใด ๆ แม้คณะค้นหานานาชาติพยายามทำการค้นหามาเป็นเวลาเกินกว่า 3 ปีแล้ว
ก็ตาม นายเสาร์ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของนายอาทิตย์ เกรงว่าอาจจะไม่ได้รับชำระหนี้ที่นายอาทิตย์
กู้ยืมเงินของตนไป จึงยื่นคำร้องขอต่อศาลให้ศาลมีคำสั่งให้นายอาทิตย์เป็นคนสาบสูญ เพื่อจะ
ได้ให้นางศุภรซึ่งเป็นภริยาของนายอาทิตย์ดำเนินการจัดการเรื่องหนี้สินของนายอาทิตย์ต่อไป
ดังนี้ นายเสาร์มีสิทธิที่ร้องขอต่อศาลได้เองหรือไม่ และนับตั้งแต่เมื่อใดเป็นต้นมา

แนวคำตอบ

คำถามมีสองประเด็นคือ หนึ่ง เกี่ยวกับผู้มีส่วนได้เสีย สอง เกี่ยวกับการนับระยะเวลา
กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 61 ซึ่ง
บัญญัติว่า “ถ้าบุคคลใดได้ไปจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ และไม่มีใครรู้แน่ว่าบุคคลนั้นยังมีชีวิต
อยู่หรือไม่ตลอดระยะเวลาห้าปี เมื่อผู้มีส่วนได้เสียหรือพนักงานอัยการร้องขอ ศาลจะสั่งให้
บุคคลนั้นเป็นคนสาบสูญก็ได้”

ระยะเวลาตามวรรคหนึ่งให้ลดเหลือสองปี

(1) นับแต่วันที่การรบหรือสงครามสิ้นสุดลง ถ้าบุคคลนั้นอยู่ในการรบหรือสงคราม
และหายไปในการรบหรือสงครามดังกล่าว

(2) นับแต่วันที่ยานพาหนะที่บุคคลนั้นเดินทาง อับปาง ถูกทำลายหรือสูญหายไป

(3) นับแต่วันที่เหตุอันตรายเป็นภัยชีวิตนอกจากที่ระบุไว้ใน (1) หรือ (2) ได้ผ่านพ้นไป ถ้า
บุคคลนั้นตกอยู่ในอันตรายเช่นนั้น”

ตามหลักกฎหมาย “ผู้มีส่วนได้เสีย” คือผู้มีประโยชน์เกี่ยวข้องกับลักษณะซึ่งบุคคลนั้น อาจมีหรือเกิดสิทธิขึ้นจากความตายของผู้สาบสูญเท่านั้นที่จะมีสิทธิร้องขอต่อศาล เช่น บิดา มารดา บุตรผู้มิสิทธิรับมรดก ทายาทโดยพินัยกรรม สามัญญาที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคู่สมรส ที่มีหน้าที่จัดการทรัพย์สินระหว่างกัน ส่วนเจ้าหนี้ทางการเงินนั้นเป็นผู้มีส่วนได้เสียในประโยชน์ ระหว่างมีชีวิตไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียในประโยชน์อันเกิดจากความตาย กรณีนี้ นายเสารในฐานะ เจ้าหนี้ไม่ใช่ผู้มีส่วนได้เสียตามความหมายของมาตรานี้ จึงร้องขอให้นายอาทิตย์เป็นคนสาบสูญ ไม่ได้

และการหายไปของนายอาทิตย์ถือว่าเป็นการหายไปใน “กรณีพิเศษ” ระยะเวลาให้ ลดลงเหลือเพียง 2 ปี โดยเริ่มต้นนับตั้งแต่วันที่เหตุอันตรายเป็นผ่านพ้นไป คือวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2557 ครบกำหนดในวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2559 ดังนั้น จึงสามารถร้องขอต่อศาลให้สั่งให้นายอาทิตย์เป็นคนสาบสูญได้ตั้งแต่วันที่ 9 มีนาคม พ.ศ. 2559



วิชากฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา Law of Juristic Acts and Contracts

ข้อ 1 คำถาม

พิชิตสมรู้กับพิชัยทำสัญญากันหลอก ๆ ว่าพิชิตขายรถจักรยานยนต์คันหนึ่งของตนให้แก่พิชัยในราคา 30,000 บาท พิชิตได้ส่งมอบรถจักรยานยนต์ให้แก่พิชัย แต่ไม่มีการชำระราคากันจริง ต่อมาอีก 7 วัน พิชัยเอารถจักรยานยนต์คันนั้นไปขายแก่ไพรัชในราคา 29,000 บาท โดยไพรัชไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าพิชิตมิได้ขายรถจักรยานยนต์คันนั้นแก่พิชัยจริง ๆ เช่นนี้ ถ้าพิชิตเรียกร้องให้ไพรัชนำเอารถจักรยานยนต์คันนั้นมาส่งคืนให้แก่ตน ไพรัชต้องส่งคืนรถจักรยานยนต์ให้แก่พิชิตหรือไม่ เพราะเหตุใด

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง)

พิชิตกับพิชัยสมรู้กันแสดงเจตนาหลอกว่าพิชิตขายรถจักรยานยนต์คันหนึ่งให้แก่พิชัย สัญญาซื้อขายรถจักรยานยนต์ระหว่างพิชิตกับพิชัยจึงเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 155 วรรคหนึ่ง ตอนต้น ต่อมาอีก 7 วัน พิชัยเอารถจักรยานยนต์คันนั้นไปขายแก่ไพรัช โดยไพรัชไม่รู้และไม่มีเหตุอันควรรู้ว่าพิชิตมิได้ขายรถจักรยานยนต์คันนั้นแก่พิชัยจริง ๆ กรณีเช่นนี้ถือว่าไพรัชเป็นบุคคลภายนอกซึ่งกระทำการโดยสุจริต และถ้าไพรัชต้องคืนรถจักรยานยนต์ให้แก่พิชิต ไพรัชต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาหลอกของพิชิตกับพิชัย เพราะไพรัชได้หลงซื้อรถจักรยานยนต์คันนั้นต่อจากพิชัยไว้ในราคา 29,000 บาท ไพรัชจึงเป็นบุคคลภายนอกซึ่งได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง ตอนท้าย ดังนั้น ถ้าพิชิตเรียกร้องให้ไพรัชนำเอารถจักรยานยนต์คันนั้นส่งคืนให้แก่ตน ไพรัชจึงไม่ต้องส่งคืนรถจักรยานยนต์ให้แก่พิชิต

ข้อ 2 คำถาม

ก. อายุ 19 ปี 11 เดือน ได้รับมรดกสมุดสะสมแสตมป์จากปู่ของตน ซึ่งมีแสตมป์สมัยรัชกาลที่ 5 ซ้ำกันอยู่ถึงสิบห้าดวง ก. ซึ่งไม่ใช่ นักสะสมแสตมป์เห็นว่าแสตมป์เหล่านั้นมีราคาไปและคงไม่มีราคาอะไร จึงตกลงขายแสตมป์สองดวงแก่ ข. นักสะสมแสตมป์สมัครเล่นซึ่งเป็นเพื่อนร่วมชั้นเรียนในราคาดวงละ 100 บาท ต่อมาเมื่อ ข. นำแสตมป์ไปอวด ค. ซึ่งเป็นนักสะสมแสตมป์อาชีพ ค. จึงแจ้งให้ ข. ทราบว่า เป็นของหายากและขอซื้อแสตมป์ทั้งสองดวงในราคาดวงละ 20,000 บาท เพราะ ค. รู้ดีว่าเป็นแสตมป์พิมพ์รุ่นแรกที่มีราคาในท้องตลาดถึงดวงละ 20,000 ถึง 25,000 บาท ข. ก็ตกลงขายและส่งมอบแสตมป์ให้ ค. ไป

ต่อมาอีก 1 เดือนเมื่อ ก. อายุครบ 20 ปีบริบูรณ์ จึงรู้ว่าแสมบ่ที่ตนขายให้ ข. ไปนั้น แท้จริงมีราคาสูงและเป็นที่ต้องการของนักสะสมแสมบ่เป็นอย่างยิ่ง จึงไปขอทวงแสมบ่คืน จาก ข. เมื่อทราบว่า ข. ได้ขายให้แก่ ค. ไปในราคาแพงจึงเขียนจดหมายไปยัง ค. ขอรับแสมบ่ คืน แต่ ค. อ้างว่าตนได้ซื้อแสมบ่มาในราคาท้องตลาดโดยสุจริตจึงไม่ประสงค์จะคืนให้ ก. จึงเรียกให้ ข. รับผิดชอบเรียกแสมบ่คืนจาก ค. ให้ตนหรือมิฉะนั้น ข. จะต้องส่งเงินที่ได้รับจาก ค. แก่ตน 40,000 บาท โดยตนยินดีคืนเงินราคาซื้อแสมบ่ 200 บาทคืนแก่ ข.

ดังนี้ ท่านจงวินิจฉัยว่า ก. จะมีสิทธิเรียกให้ ข. ส่งคืนแสมบ่หรือชำระเงินแก่ตนตาม ข้อเรียกร้องหรือไม่ เพราะเหตุใด

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 มาตรา 157 มาตรา 175 (1) มาตรา 176 และมาตรา 181)

ก. เป็นผู้เยาว์ ทำนิติกรรมโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรม นิติกรรม จึงตกเป็นโมฆียะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 153 การที่ ก. ไม่ทราบว่า แสมบ่เป็นแสมบ่มีราคา ไม่ถือว่าเป็นการสำคัญผิดในคุณสมบัติของทรัพย์สินซึ่งโดยปกติถือเป็น สาระสำคัญ ตามมาตรา 157 เนื่องจากความเข้าใจผิดว่าราคาผิดหรือราคาแพง ไม่ถือว่าเป็น คุณสมบัติของทรัพย์สิน

การที่ ก. ไปทวงแสมบ่คืนจาก ข. ถือเป็นการแสดงเจตนาบอกล้างโมฆียกรรม ก. เป็นผู้มิสิทธิบอกล้างโมฆียกรรมตามมาตรา 175 (1) ได้แสดงเจตนาบอกล้างโมฆียกรรมภายใน ระยะเวลาตามมาตรา 181 ทำให้นิติกรรมตกเป็นโมฆะมาตั้งแต่เริ่มต้นตามมาตรา 176 คู่กรณี ต้องกลับคืนสู่ฐานะเดิม ก. ต้องคืนเงินให้ ข. ส่วน ข. ต้องคืนแสมบ่ให้ ก. แต่เนื่องจากแสมบ่ ถูกขายให้ ค. และ ค. ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 1329 เพราะ ค. กระทำการโดยสุจริต เสียค่าตอบแทน และได้แสมบ่มาก่อนที่นิติกรรมจะถูกบอกล้าง ก. จึงไม่สามารถเรียกแสมบ่ คืนจาก ค. ได้ เมื่อพ้นวิสัยที่ ข. จะคืนแสมบ่ให้ ก. ข. ก็ต้องใช้ค่าเสียหายให้กับ ก. ตามมาตรา 176 ซึ่งค่าเสียหายก็คือราคาที่แท้จริงของแสมบ่ซึ่งเป็นราคาตลาด คือประมาณ 40,000 บาท

ข้อ 3 คำถาม

นายสัญญาได้ทำสัญญากู้เงินนายรักษาจำนวน 50,000 บาท ในวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2540 เพื่อนำไปเป็นค่าใช้จ่ายในการซ่อมบ้าน กำหนดเวลาชำระคืนภายในหนึ่งเดือน ต่อมา นายสัญญาและนายรักษาได้พบกันเมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2550 นายรักษาได้ทวงถามให้ นายสัญญาชำระหนี้เงินตามสัญญา หากไม่ชำระตนจะนำเรื่องนี้ไปฟ้องต่อศาล นายสัญญา ไม่ยอมชำระหนี้และได้อ้างว่าหนี้เงินกู้นี้ขาดอายุความแล้ว ดังนั้น จึงไม่สามารถนำคดีฟ้องร้อง ศาลได้

ให้นักศึกษาวินิจฉัยข้ออ้างของนายสัญญาที่ว่า หักเงินกู้ขาดอายุความแล้วและไม่สามารถนำคดีนี้ไปฟ้องต่อศาลได้นั้น ฟังขึ้นหรือไม่

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/12 มาตรา 193/29 และมาตรา 193/30)

อายุความในกรณีนี้จะเริ่มนับเมื่อวันครบกำหนดชำระหนี้ ซึ่งเป็นวันที่นายรักษาเจ้าหนี้ อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 193/12 คือวันที่ 31 มีนาคม 2540 และกำหนดอายุความในกรณีของสัญญากู้ยืมเงินฉบับนี้ คืออายุความทั่วไป 10 ปี เพราะไม่ปรากฏว่ากฎหมายได้กำหนดอายุความเกี่ยวกับสัญญากู้ยืมเงินไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ในกรณีนี้กู้ยืมนี้ จะครบกำหนดอายุความในวันที่ 31 มีนาคม 2550 และจะขาดอายุความในวันที่ 1 เมษายน 2550 เมื่อนายรักษาได้มาทวงถามให้ชำระหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงิน เมื่อวันที่ 8 สิงหาคม 2550 จึงเป็นวันที่ขาดอายุความไปแล้ว อย่างไรก็ตาม แม้หนี้ตามสัญญา กู้ยืมจะขาดอายุความแล้ว ก็ไม่เป็นเหตุที่ตัดสิทธินายรักษาเจ้าหนี้ในการที่จะนำคดีขึ้นฟ้องร้อง ต่อศาล เพราะตามข้อเท็จจริง หากลูกหนี้ไม่ได้ยกอายุความขึ้นเป็นข้อต่อสู้ไม่ว่าด้วยสาเหตุใด ก็ตาม มาตรา 193/29 ก็ได้บัญญัติห้ามมิให้ศาลอ้างเอาอายุความมายกฟ้องเจ้าหนี้

ข้อ 4 คำถาม

วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 นายกฤษอายุ 19 ปี ได้จดทะเบียนสมรสกับ นางสาวเวล อายุ 20 ปี ในเย็นวันเดียวกันนั้นเองทั้งสองได้จัดงานฉลองพิธีสมรส หลังจากเสร็จงาน นายกฤษได้ชวนนายเหนือ อายุ 20 ปี เพื่อนชายคนสนิทไปที่ผับแห่งหนึ่งในซอยอารีย์ นายกฤษสั่งวิสกี้อย่างดีจากสกอตแลนด์ 2 ขวดเพื่อมาดื่มกับนายเหนือ นายถือผู้ขายเห็นว่า นายกฤษอาจอายุไม่ถึง 20 ปี จึงขอบัตรประชาชน นายกฤษยื่นบัตรประชาชนให้นายถือดู และแจ้งว่าแม่ตนจะอายุ 19 ปี แต่ตนได้สมรสแล้ว พร้อมทั้งเปิดภาพใบทะเบียนสมรสและภาพ ในงานฉลองพิธีสมรสระหว่างตนกับนางสาวเวลในโทรศัพท์มือถือให้ดู นายถือเห็นดังนั้น จึงทราบที่นายกฤษบรรลุนิติภาวะแล้วโดยการสมรส จึงได้ขายวิสกี้ให้นายกฤษ ก่อนพับปิด นายถือได้นำใบเรียกเก็บเงินไปให้นายกฤษ โดยค่าวิสกี้ที่นายกฤษต้องจ่ายทั้งหมดเป็นจำนวน 10,000 บาท นายกฤษได้ชำระเงินด้วยบัตรเครดิต นอกจากนี้ นายกฤษได้แจ้งนายถือว่า ตนชอบวิสกี้จากสกอตแลนด์มาก หากมีวิสกี้ใหม่ ๆ จากสกอตแลนด์ ให้เสนอขายให้ตนด้วย พร้อมทั้งได้ให้เบอร์โทรศัพท์มือถือของตนเพื่อเป็นช่องทางติดต่อกับนายถือ หนึ่งสัปดาห์ต่อมา นายถือได้นำเข้าวิสกี้ใหม่ ๆ มาจากสกอตแลนด์

เช้าวันที่ 21 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 นายถือจึงได้แสดงเจตนาเสนอขายวิสกี้ซึ่ง นำเข้ามาใหม่ไปยังนายกฤษ โดยการโทรศัพท์ไปยังโทรศัพท์มือถือของนายกฤษ แต่ในขณะนั้น นายกฤษอาบน้ำอยู่จึงไม่ได้รับโทรศัพท์ นายถือจึงได้ฝากข้อความไว้ในบริการรับฝากข้อความ

เสียง (voice mail) โดยแจ้งว่าตนประสงค์จะขายวิสกี้นำเข้าใหม่จากสกอตแลนด์ให้นายกฤษ ในราคา 1,000 บาท พร้อมทั้งระบุว่าหากนายกฤษประสงค์จะซื้อ ให้ตอบมาภายใน 7 วัน หลังจากอาบน้ำเสร็จ นายกฤษเห็นว่ามีโทรศัพท์โทรเข้าเป็นสาย miss call และมีสัญลักษณ์ แจ้งเตือนว่ามีข้อความใหม่ในบริการรับฝากข้อความเสียง แต่เนื่องจากในวันดังกล่าวนายกฤษ ยุ่งมาก จึงไม่ได้เปิดข้อความใน voice mail box ฟัง จนเวลาผ่านไปสองสัปดาห์ วันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2560 นายกฤษจึงได้เปิดฟังข้อความเสียง และทราบว่านายก็อตได้ทำคำแนะนำ ขยายวิสกี้ให้แก่ตน

โปรดตอบคำถามต่อไปนี้

(1) สัญญาซื้อขายวิสกี้ระหว่างนายกฤษและนายก็อต ในคืนวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2560 มีเหตุบกพร่องในเรื่องวัตถุประสงค์เนื่องจากเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย และ/หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนหรือไม่ เพราะเหตุใด

(2) การแสดงเจตนาทำคำแนะนำของนายก็อตต่อนายกฤษ มีผลเมื่อใด

หมายเหตุ:

พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

มาตรา 29 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่บุคคลต่อไปนี้
(1) บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ (2) บุคคลที่มีอาการมึนเมาจนครองสติไม่ได้”

มาตรา 40 บัญญัติว่า “ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยฝ่าฝืนมาตรา 29 หรือ
มาตรา 30 (1) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำ
ทั้งปรับ”

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 169
วรรคหนึ่ง)

(1) กรณีตามอุทาหรณ์มีประเด็นให้พิจารณาว่า การทำสัญญาขายวิสกี้ของนายก็อตแก่นายกฤษ เป็นการที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดเนื่องจากเป็นการที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือไม่ ทั้งนี้ กฎหมายควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์คุ้มครองบุคคลที่มีความอ่อนด้อยในการตัดสินใจ ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายห้ามมิให้ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่บุคคลที่อายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ รวมถึงคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังจะเห็นได้จากการที่กฎหมายไม่ประสงค์ให้มีการขายสุราแก่ผู้มึนเมาจนครองสติไม่ได้ ทั้งนี้ ในประเด็นของอายุนั้น กฎหมายมุ่งห้ามที่บุคคลอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์ โดยมิได้คำนึงว่าบุคคลนั้นจะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วหรือไม่ ดังนั้น การที่นายก็อตได้ขายสุราให้นายกฤษซึ่งอายุต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์

โดยทราบอายุของนายกฤษฎ์ จึงเป็นการทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 แม้จะนายกฤษฎ์จะบรรลุนิติภาวะโดยการสมรสแล้วก็ตาม

(2) การแสดงเจตนาทำคำเสนอของนายก้อตเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลซึ่งไม่อยู่เฉพาะหน้า เนื่องจากผู้แสดงเจตนาและผู้รับการแสดงเจตนาไม่สามารถติดต่อสื่อสารกันได้ทันที จึงมีผลเมื่อไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา ตามมาตรา 169 โดยเกณฑ์ในการพิจารณาว่าการแสดงเจตนาไปถึงผู้รับนั้น พิจารณาว่าอยู่ในเงื้อมมือของผู้รับการแสดงเจตนาหรือไม่ กล่าวคือ ผู้รับการแสดงเจตนาสามารถรับรู้เนื้อหาแห่งการแสดงเจตนา นั้นได้หรือไม่ การที่นายก้อตได้ฝากข้อความไว้ในบริการรับฝากข้อความของโทรศัพท์มือถือของนายกฤษฎ์ ถือว่าการณดังกล่าวอยู่ในอำนาจของนายกฤษฎ์ที่จะรับรู้เนื้อหาแห่งการแสดงเจตนา นั้นได้แล้ว จึงถือว่าการแสดงเจตนาทำคำเสนอของนายก้อตมีผลตั้งแต่วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2560 ในเวลาที่ฝากข้อความไว้ในบริการรับฝากข้อความ

“ Success doesn't just
come and find you,
You have to go out and get it ”



วิชากฎหมายอาญา 1: หลักทั่วไป

Criminal Law 1: General Principles

ข้อ 1 คำถาม

นายหนึ่งกับนายสองไม่ถูกกันเนื่องจากทั้งคู่หลงรักผู้หญิงคนเดียวกัน ส่วนนายสามไม่ถูกกับนายหนึ่งเนื่องจากนายหนึ่งเคยดูหมิ่นนายสามด้วยถ้อยคำที่หยาบคายเมื่อ 3 ปีที่แล้ว วันเกิดเหตุ นายหนึ่ง นายสอง และนายสาม พบกันโดยบังเอิญ โดยนายหนึ่งยืนอยู่ในเขตประเทศเมียนมา ส่วนนายสองและนายสามยืนอยู่ในเขตประเทศไทย

นายหนึ่ง นายสอง และนายสาม ต่างยกอาวุธปืนของตนขึ้นพร้อมกันเล็งจะยิง แต่ นายหนึ่งและนายสองยังไม่ทันได้เหนี่ยวไก นายหนึ่งก็ถูกตำรวจเมียนมาจับกุมตัวได้เสียก่อน นายสองก็ถูกตำรวจไทยจับกุมตัวได้เสียก่อน ส่วนนายสามได้ใช้อาวุธปืนของตนยิงไปที่นายหนึ่ง กระสุนปืนถูกนายหนึ่ง แต่นายหนึ่งไม่ตาย เพราะกระสุนปืนไม่ถูกอวัยวะที่สำคัญ

ให้นักศึกษาวินิจฉัยว่า ศาลไทยมีอำนาจลงโทษนายหนึ่ง นายสอง และนายสาม ในข้อหาพยายามฆ่าผู้อื่นได้หรือไม่ เพราะเหตุใด

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ตอนต้น และมาตรา 5 วรรคสอง)

กรณีนายหนึ่ง: เนื่องจากไม่มีการกระทำความผิด “ส่วนใดส่วนหนึ่ง” ในราชอาณาจักรไทยเลย และ “ผลแห่งการกระทำความผิด” ก็ยังไม่เกิดในราชอาณาจักรไทยด้วย หากแต่เป็นกรณีที่การกระทำความผิดเกิดขึ้น “นอกราชอาณาจักรไทย” และความผิดนั้นอยู่ในชั้น “พยายามกระทำความผิด” เท่านั้น การกระทำความผิดยังไม่ถึงขั้นเกิดผลเป็นความผิดสำเร็จ ในราชอาณาจักรไทย “แต่ผลจะเกิดในราชอาณาจักรไทย” หากการกระทำความผิดนั้นได้กระทำไปตลอดจนถึงขั้นเป็นความผิดสำเร็จ กรณีจึงต้องด้วยมาตรา 5 วรรคสอง ที่ให้ถือว่า การพยายามกระทำความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ ศาลไทยจึงมีอำนาจลงโทษนายหนึ่งในข้อหาพยายามฆ่านายสองได้

กรณีนายสอง: การกระทำความผิดฐานพยายามฆ่านายหนึ่ง “หมดทุกส่วน” ที่นายสองได้กระทำลงไปใน “เกิดขึ้นในราชอาณาจักรไทย” กรณีจึงต้องด้วยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ศาลไทยจึงมีอำนาจลงโทษนายสองในข้อหาพยายามฆ่านายหนึ่งได้

กรณีนายสาม: เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า ในขณะที่เกิดเหตุ นายสามยืนอยู่ในเขตประเทศไทย ส่วนนายหนึ่งยืนอยู่ในเขตประเทศเมียนมา กรณีจึงต้องด้วยมาตรา 5 วรรคหนึ่ง ตอนต้น ที่กำหนดไว้ว่า หากการกระทำความผิด “ส่วนใดส่วนหนึ่ง” ได้กระทำลง “ในราชอาณาจักรไทย” และการกระทำความผิดอีกส่วนหนึ่งได้กระทำลง “นอกราชอาณาจักรไทย” ให้ถือว่า

ความผิดนั้นได้กระทำในราชอาณาจักรไทย ด้วยเหตุนี้ ศาลไทยจึงมีอำนาจลงโทษนายสามในข้อหาพยายามฆ่าคนหนึ่งได้

ข้อ 2 คำถาม

นายสามและนางสาวดำเป็นแฟนกัน ไม่พอใจที่ได้เบอร์ที่นั่งแยกกันบนเครื่องบินของสายการบินแอร์โอเค แม้พนักงานต้อนรับจะพยายามอธิบายเหตุผลแล้ว แต่นางสาวดำก็ยังคงไม่พอใจอยู่ ทั้งยังสาธกหาเพื่อนในนางสาวแดงซึ่งเป็นพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินได้รับบาดเจ็บที่แขน นางสาวแดงโกรธมาก นางสาวแดงจึงขอยืมร่มจากนายเขียวผู้โดยสารคนหนึ่งซึ่งเห็นเหตุการณ์โดยตลอด โดยหวังจะเอาไปตีตอบโต้ นายเขียวไม่ชอบพฤติกรรมของนางสาวดำเช่นกัน จึงรีบส่งร่มให้ นางสาวแดงใช้ร่มนั้นตีไปที่แขนของนายสามหลายครั้งจนทำให้นายสามได้รับบาดเจ็บ ทั้งนี้ เพราะนายสามนั่งอยู่ในตำแหน่งที่นางสาวแดงตีได้ถนัดกว่านางสาวดำ นางสาวแดงจึงเลือกที่จะตีนายสามเพียงคนเดียว

ให้นักศึกษาวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญาของนางสาวดำ นางสาวแดง และนายเขียว

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา มาตรา 295 มาตรา 59 วรรคสอง มาตรา 68 มาตรา 72 และมาตรา 86)

ความรับผิดชอบทางอาญาของนางสาวดำต่อนางสาวแดง: นางสาวดำมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายนางสาวแดงจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายโดยประสงค์ต่อผล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 ประกอบมาตรา 59 วรรคสอง

ความรับผิดชอบทางอาญาของนางสาวแดงต่อนายสาม: นางสาวแดงมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายนายสาม จนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายโดยประสงค์ต่อผล ตามมาตรา 295 ประกอบมาตรา 59 วรรคสอง

นางสาวแดงจะอ้างว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 68 ไม่ได้ เพราะนางสาวแดงไม่ได้กระทำต่อนางสาวดำผู้ก่อภัย

นางสาวแดงจะอ้างว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำเพราะบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม เพื่อเป็นเหตุลดโทษตามมาตรา 72 ไม่ได้ เพราะนางสาวแดงไม่ได้กระทำต่อนางสาวดำผู้ข่มเหง

ความรับผิดชอบทางอาญาของนายเขียวต่อนายสาม: นายเขียวมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุนให้นางสาวแดงทำร้ายร่างกายนายสามจนเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กาย ตามมาตรา 295 ประกอบมาตรา 86

ข้อ 3 คำถาม

วันหนึ่งนายหมึกไปเที่ยวพบกับนางสาวสวยแฟนของตน นายหมึกเกิดไม่พอใจนายชิตที่แอบมองแฟนของตน จึงเดินเข้าไปด่าทอนายชิตด้วยถ้อยคำที่รุนแรงและทำนายชิตมาชกต่อยกัน นายชิตไม่พอใจจึงชกไปที่หน้านายหมึก จากนั้นทั้งคู่ต่างเข้าชกต่อยกันและกัน ปรากฏว่านายหมึกล้มลง นายชิตจึงหยิบมีดขึ้นมาเพื่อจะแทงนายหมึก นายหมึกเห็นดังนั้นจึงหยิบปืนที่พกมายิงไปที่นายชิต แต่นายชิตหลบทัน กระสุนปืนจึงเลยไปถูกนางสาวสวยซึ่งยืนอยู่ห่างจากที่ทะเลาะกัน 3 เมตรถึงแก่ความตาย

ให้วินิจฉัยว่า นายหมึกต้องรับผิดชอบทางอาญาต่อนายชิต และนางสาวสวยหรือไม่ เพราะเหตุใด

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง มาตรา 60 และมาตรา 68)

ความรับผิดชอบของนายหมึกต่อนายชิต: การที่นายหมึกใช้ปืนยิงไปที่นายชิต นายหมึกมีเจตนาประสงค์ต่อผลที่จะให้นายชิตถึงแก่ความตาย เนื่องจากอาวุธที่ใช้เป็นอาวุธปืน แต่เมื่อกระสุนไม่ถูกนายชิตเพราะนายชิตหลบทัน การกระทำของนายหมึกจึงไม่บรรลุผล นายหมึกจึงมีความผิดฐานพยายามฆ่านายชิตโดยประสงค์ต่อผล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 59 วรรคสอง

แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าการที่นายหมึกใช้ปืนยิงไปที่นายชิตก็เพื่อป้องกันชีวิตของตนเองจากการที่นายชิตกำลังจะใช้มีดแทงตนเอง อันถือเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึงก็ตาม แต่ภยันตรายนดังกล่าวนายหมึกมีส่วนผิดในการก่อให้เกิดภยันตรายนั้น โดยการเข้าหาเรื่องนายชิตก่อนและสมัครใจเข้าวิวาทต่อสู้เอง นายหมึกจึงไม่อาจอ้างการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 68 เพื่อยกเว้นความผิดฐานพยายามฆ่านายชิตได้

ความรับผิดชอบของนายหมึกต่อนางสาวสวย: เมื่อนายหมึกใช้ปืนยิงไปที่นายชิตโดยมีเจตนาประสงค์ต่อผลที่จะให้นายชิตถึงแก่ความตาย แต่กระสุนไม่ถูกนายชิต กลับเลยไปถูกนางสาวสวยถึงแก่ความตาย เช่นนี้ เป็นกรณีนายหมึกเจตนาฆ่านายชิต แต่ผลของการกระทำเกิดแก่นางสาวสวยโดยพลาดไป ให้ถือว่านายหมึกได้กระทำโดยเจตนาฆ่าแก่นางสาวสวยด้วย ดังนั้น นายหมึกจึงมีความผิดฐานฆ่านางสาวสวยโดยพลาดอันเป็นความผิดสำเร็จ ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 60

นอกจากนี้ เมื่อนายหมึกไม่อาจจะอ้างการกระทำโดยป้องกันเพื่อยกเว้นความผิดต่อนายชิตได้แล้ว นายหมึกจึงไม่อาจจะอ้างการกระทำโดยป้องกันเพื่อยกเว้นความผิดของตนต่อนางสาวสวยเช่นกัน

ข้อ 4 คำถาม

นายหมื่นมีเหตุโกรธเคืองกับนายไก่อ นายหมื่นจึงได้ว่าจ้างนายจ้อยให้ไปฆ่านายไก่อ ขณะที่นายจ้อยกำลังเล็งปืนเพื่อที่จะยิงนายไก่อ นายไก่อเห็นจึงได้ยิงสวนไปที่นายจ้อย กระสุนปืนถูกนายจ้อยได้รับอันตรายสาหัส (ตาซ้ายบอดสนิท) และกระสุนปืนยังได้เลยไปถูกนายอ้วนซึ่งยืนอยู่ไกลจากที่เกิดเหตุเป็นอย่างมากถึงแก่ความตายอีกด้วย

ให้นักศึกษาวินิจฉัยว่า การกระทำของนายหมื่น นายจ้อย และนายไก่อ เป็นความผิดในทางอาญาหรือไม่ อย่างไร จงอธิบาย

แนวคำตอบ

(หลักกฎหมาย: ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 มาตรา 289 (4) มาตรา 59 วรรคสอง มาตรา 60 มาตรา 68 มาตรา 80 และมาตรา 84 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม ตอนต้น)

ความรับผิดทางอาญาของนายจ้อยต่อนายไก่อ: นายจ้อยมีความผิดฐานพยายามฆ่านายไก่อโดยไตร่ตรองไว้ก่อนโดยประสงค์ต่อผล ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 289 (4) ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 59 วรรคสอง

ความรับผิดทางอาญาของนายหมื่นต่อนายไก่อ: นายหมื่นมีความผิดฐานเป็นผู้ใช้นายจ้อยพยายามฆ่านายไก่อโดยไตร่ตรองไว้ก่อนโดยประสงค์ต่อผล ตามมาตรา 289 (4) ประกอบมาตรา 80 มาตรา 59 วรรคสอง และมาตรา 84 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม ตอนต้น

ความรับผิดทางอาญาของนายไก่อต่อนายจ้อย: นายไก่อมีความผิดฐานพยายามฆ่านายจ้อยโดยประสงค์ต่อผล ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 และมาตรา 59 วรรคสอง แต่นายไก่อสามารถอ้างได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 68 ได้

ความรับผิดทางอาญาของนายไก่อต่อนายอ้วน: นายไก่อมีความผิดฐานฆ่านายอ้วนโดยพลาด ตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 60 ซึ่งนายไก่อสามารถอ้างได้ว่าการกระทำของตนเป็นการกระทำเพื่อป้องกันสิทธิของตนให้พ้นจากภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย เพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 68 ได้เช่นกัน





คณะผู้จัดทำ

ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

รองศาสตราจารย์ ดร.ชยาพร วัฒนศิริ	ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ
ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฉวีไกรกุล	ศาสตราจารย์พิเศษ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์
อาจารย์ธีรยุทธ์ หล่อเลิศรัตน์	อาจารย์สุบุญ วุฒิวงศ์
ศาสตราจารย์พิเศษ ไชยวัฒน์ บุณนาค	ศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

บรรณาธิการ

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

รองบรรณาธิการ

อาจารย์เพชรณพัฒน์ ศรีวุทธิยประภา อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์

กองบรรณาธิการ

นางสาวพิรดา เ้าพรหม
นางสาวจิตาภา เย็นใจ นางสาวรัชนิกร ศิริโกคา
นางสาวเกสร จีระดิษฐ์ นางสาวรัชนิกร บุญอ่อน

ฝ่ายจัดหาทุน

นางสาวชลิตา นิลรำไพ

นายศิริศักดิ์ ขาวเล็ก

นางสาวชิตชนก อ้วนอินทร์

นางสาวณัฏฐา สุภาพันธ์

นางสาวกุลจิรา ศักดิ์เพชรพลอย

ฝ่ายบัญชี

นายณวัฒน์ สืบนุสรณ์

นางสาวชนัฐวรรณ สุริยา

ฝ่ายออกแบบ

นายธิปก ไส้ไทย

ฝ่ายพิธีงานอัคร

นายปกรณ์สัน ป่าแก้ว

นางสาวชนิตรา พวงอินทร์

ฝ่ายสนับสนุน

นายภณโชติ ประเสริฐสุข

นายคมกริช ม่วงน้อยเจริญ

นายเจนณรงค์ ทองใบ

นางสาวชญญพัชร ฐากุลอริวัฒน์

นางสาวปริยานุช มีมาก



: Singha Park Chiang Rai สิงห์ปาร์ค เชียงราย

SINGHA PARK
CHIANGRAI

ถ้าเป็นชื่อวิริยะประกันภัย ทุกประกัน คือ มาตรฐานเดียวกัน

ประกันภัยบ้านเปี่ยมสุข

ประกันภัยรถยนต์ภาคสมัครใจ

ประกันภัยสุขภาพ
เหมาจ่ายอุ่นใจรักษ์

ประกันภัยอุบัติเหตุส่วนบุคคล



วิริยะประกันภัย
THE VIRIYAH INSURANCE

ความเจริญธรรม ด้วยหัวใจ

Ins. 02-239-1557

BORN BORN & ASSOCIATED CO.,LTD.
บริษัท บอร์น แอนด์ แอสโซซิเอต จำกัด



**TODAY
SHOW**



<https://th-th.facebook.com/kruakhuntoi>



<https://www.facebook.com/TODAYSHOWTV>



<https://www.youtube.com/user/borntvofficial>

M

O

N

O

29

ดอกเบี้ย 0%

*ลูกค้าเช่าโดยตัว/ลูกค้าประวัติดี TLT

แพคเกจขายปิดทุกคัน
รับส่วนลดสูงสุด 10% ทั่วประเทศ
โทร. 053-798888, 081-8852918
Call Center 053-798889



สอบถามได้ที่... โตโยต้า เชียงราย

ทุกสาขา

Ins. 053-798888, 081-8852918, 085-8674488



สถาบันติวกฎหมาย
Ohm's Law
โอห์ม ลอว์

ขอแสดงความยินดีกับ
บัณฑิตใหม่ทุกท่าน



088-885-9768
02-718-8845-6



หลักสูตรครอบคลุม

- ติวนิติศาสตร์บัณฑิต
- ติวเนติบัณฑิต
- ติวสอบภาค ก. (ก.พ.)
- ติวสอบวนราชการต่างๆ
- ติวใบอนุญาตให้เป็นทนายความ
- ติวสอบอัยการผู้ช่วย
- ติวสอบผู้ช่วยผู้พิพากษา



เรียนได้ทุกที่ ทุกเวลา

- คอร์สติวสด
- คอร์สติวออนไลน์
- คอร์สติวทวนไปรษณีย์



"ฝากความสำเร็จให้เราดูแล"



สถาบันติวกฎหมาย Ohm's Law (โอห์ม ลอว์)



@OhmsLawTutor



OhmsLawTutor



www.OhmsLawTutor.com



HACIENDA COFFEE HOUSE & RESTAURANT



333 หมู่ 3 บ้านแม่ข้าวต้มท่าสุด ต.ท่าสุด อ.เมือง
จ.เชียงราย 57100 โทร 089-6863354



โรงแรมวังคำเชียงราย

ขึ้นเหนือ แล่วเชียงราย อบอุ่นใจ พักวังคำ

ห้องพักสุดหรู ห้างประชุมสัมมนา พร้อมอุปกรณ์อำนวยความสะดวก

อิมพอร์ตกับบุฟเฟต์นานาชาติ มีอีกกลางวัน ได้ทุกวัน

ณ ห้องอาหารยูงทอง



869/90 ถนนเปรมะวิภาต อ.เมือง จ.เชียงราย 57000

Tel.0-5371-1800 Fax.0-5371-2973 E-mail:wangcomecei@gmail.com



ร้านอาหาร ยูนนาน โก-เชียง
國香雲南飯店
Go-Chiang Yunnan Restaurant



โต๊ะจีน รับจัดเลี้ยง 14-คนทุกสัปดาห์
โทรศัพท์ 095-684-9888
ร้านอยู่กึ่งกลางตึกสมมติพิทักษ์ ทางเข้า เชียงราย



SINCE 1966

advocates
&
solicitors

International Legal Counsellors Thailand Ltd.

175 Sathorn City Tower, 18th Floor

South Sathorn Road

Tungmahamek Sub-District

Sathorn District

Bangkok 10120

Tel.: 66 2 679-6005

Fax.: 66 2 679-6041

e-mail: law@ilct.co.th

www.ilct.co.th



บริษัท ธนพิริยะ จำกัด (มหาชน)
THHANAPIRIYA PUBLIC COMPANY LIMITED

“ธุรกิจค้าปลีกและค้าส่งของคนไทยรายแรก
ที่คาดว่าจะมีขึ้นในตลาดหลักทรัพย์”

**วิสัยทัศน์
(vision)**

“มุ่งมั่นเป็นร้านค้าปลีก
ท้องถิ่นที่เป็นเลิศด้านสินค้า
และบริการสู่ระดับสากล”

**พันธกิจ
(Mission)**

ธนพิริยะมุ่งมั่นที่จะพัฒนาบุคลากร
เพื่อสร้างงานบริการที่เป็นเลิศ
โดยการสร้างความพึงพอใจสูงสุดให้กับลูกค้า
ด้วยสินค้าที่มีคุณภาพและราคาพิเศษ

สถานที่ตั้งบริษัท

329 หมู่ 8 ถนนลำลูกกา-รังสิต
รังสิต จังหวัดปทุมธานี 11000

สาขารถติดตามปริมณฑลและต่างจังหวัด

เปิดปี 2558 (กลุ่มร้านธง) 2560 (กลุ่มร้านธง) 2561 (กลุ่มร้านธง)
เว็บไซต์ : <http://www.thanapiriya.co.th/>

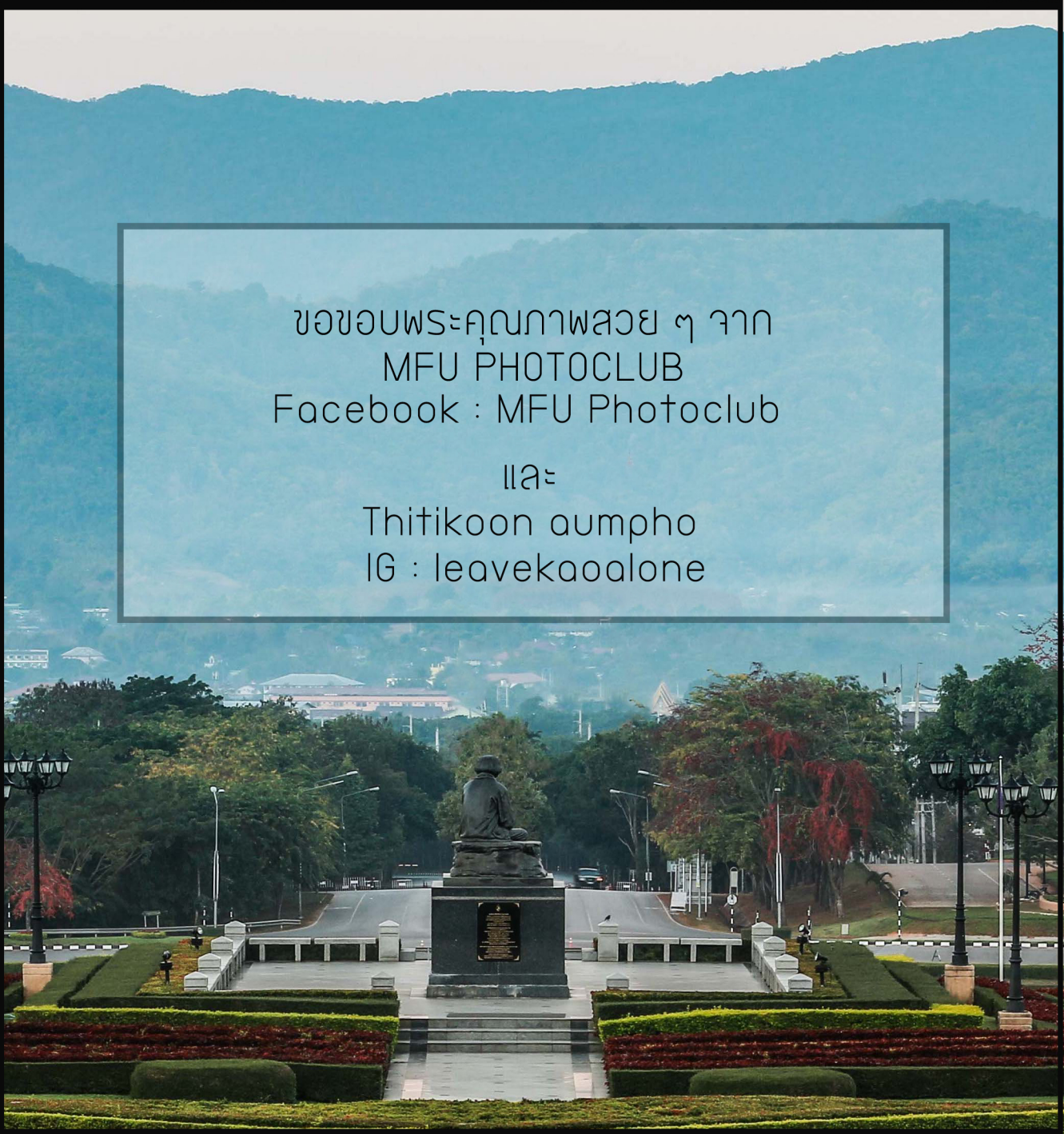


TNP

ขอขอบพระคุณ

ร้านอาหารสีลาวดี

ร้าน Parabola



ขอขอบพระคุณภาพสวย ๆ จาก

MFU PHOTOCLUB

Facebook : MFU Photoclub

และ

Thitikoon aumpho

IG : leavekaalone

Thai law firm + International capabilities |



Siam Premier International Law Office Limited (suggested by client)

SIAM PREMIER

International Law Office Ltd.

THE OFFICES AT CENTRAL WORLD 26TH FL. 999/9 RAMA 1 RD., PATHUMWAN, BANGKOK 10330

T: +66 (0) 2646 1888 F: +66 (0) 2646 1919 W: WWW.SIAMPREMIER.COM E: INFO@SIAMPREMIER.COM



ภาษาไทย-สังคม-GAT เชื่อมโยง

WWW.DAVANCE.COM

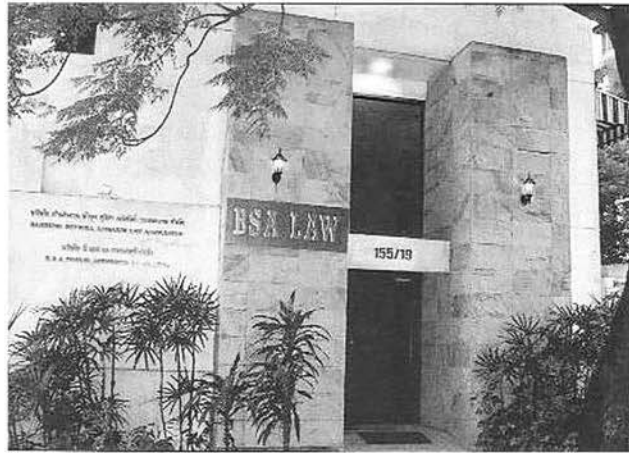


เรือนขญาดล

699 หมู่บ้านกรรัฐ ถนน สันโค้งหลวง
รอบเวียง เมือง จังหวัดเชียงราย 57000
โทร 053 756 997 แฟกซ์ 053 153 099

Chayadol Resort, Chiang Rai

Chayadol Resort, Chiang Rai
699 Kornrat Village, Sunkhongluang Road
Rob Wieng, Muang, Chiang Rai 57000 Thailand
Tel : +6653 756 997 Fax : +6653 153 099
E-mail: chayadolresort@gmail.com
www.chayadolresort.com



ด้วยอภินันทนาการ
จาก

บำรุง ตันจิตต์วัฒน์ อภิศักดิ์ ก้องกังวาลโชค วีรศักดิ์ โชติวาณิช

บริษัท สำนักงาน บำรุง สุวิชา อภิศักดิ์ ทนายความ จำกัด Bamrung Suvicha Apisakdi Law Associates
155/19 ซอยมหาดเล็กหลวง 1 ถนนราชดำริ แขวงลุมพินี เขตปทุมวัน กรุงเทพฯ 10330
155/19 Soi Mahadlekluang 1, Rajdamri Road, Lumpini, Pathumwan, Bangkok 10330
โทรศัพท์ 02-252-1566-7, 02-652-2815-9
โทรสาร 02-253-9575

Email: admin@bsalaw.co.th
www.bsalaw.co.th



ร่วมสนับสนุนโดย

นายวารวุฒิ หน่อคำ

อดีตสมาชิกวุฒิสภาจังหวัดลำปาง
อดีตประธานสภาทนายความภาค 5

บริษัท สำนักกฎหมายวารวุฒิ-ผ่องศรี จำกัด

VARAVUT – PONGSRI LAW OFFICE CO.,LTD

22 ถ.บุญวาทย์(เดิม) ต.หัวเวียง อ.เมือง จ.ลำปาง 52000

โทร: 054-225136 โทรสาร : 054-322911

E-mail: info@varavut-pongsri-law.co.th

ดำเนินงานโดย

ทนายความวารวุฒิ	หน่อคำ
ทนายความผ่องศรี	หน่อคำ
ทนายความวิชุดา	หน่อคำ
ทนายความจุลวุฒิ	หน่อคำ
ทนายความคลนภา	หน่อคำ
ทนายความกิตติพงษ์	เครือชัย
ทนายความแก้วกาญจน์	แก้วไพจิตร
ทนายความศิริรัตน์	ชัดสม
ทนายความสุรศักดิ์	มันภูสวาง

สำนักกฎหมายภัทรธรรม

นายพรชัย ใจยา (น.บ. , น.บ.ท)

หัวหน้าสำนักงาน

นางสาวเสาวรีย์ คนดี (น.บ.)

ทนายความ

รับว่าความทั่วราชอาณาจักร

180/8 หมู่ที่ 16 ถนนสันโค้งน้อย ตำบลรอบเวียง
อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57000

โทรศัพท์/โทรสาร: (053) 601360

มือถือ: 086-4210642

Email : noijaiya26@hotmail.com

Domnarn Somgiat & Boonma Since 1947

บริษัท สำนักกฎหมาย ดำเนิน สมเกียรติและบุญมา จำกัด

719 ถนนสีพระยา แขวงบางรัก เขตบางรัก

กรุงเทพฯ 10500

ตู้ ป.ณ. 203 กรุงเทพฯ 10500

โทรศัพท์ : 0-2639-1955

โทรสาร : 0-2639-1956 ถึง 57 (เครื่องหมายการค้า)

: 0-2639-1958 (สิทธิบัตร)

E-mail : mail@dsb.co.th

Web site : www.dsb.co.th

ขอขอบพระคุณผู้สนับสนุนกิตติมศักดิ์

อาจารย์ละม่อม ปิยะกุล

คุณย่าจำหน่าย ศิริโกคา

คุณเสรี คุณจิราภรณ์ ศิวยายพราหมณ์

