

วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 2 Issue 1



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 • มกราคม - มิถุนายน 2562

Volume 2 Issue 1 • January - June 2019

ISSN : 1906-7739

วัตถุประสงค์

1. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้นำผลงานทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบของบทความ
2. เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร และการพัฒนาความร่วมมือทางด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องระหว่างมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
3. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า และการอ้างอิง

ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกป้องกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ครอบคลุมเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในทุกสาขาวิชา เป็นต้นว่า กฎหมายแพ่งและธุรกิจ กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ

การพิจารณาบทความ

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีระบบการพิจารณาบทความ ดังนี้

บทความทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาของบทความนั้น ๆ จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ โดยผู้ทรงคุณวุฒิจะไม่ทราบชื่อของผู้เขียนบทความ และผู้เขียนบทความจะไม่ทราบชื่อของผู้ทรงคุณวุฒิ (double blinded)

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคณาภพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

สำหรับบทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นั้น จะต้องเป็นบทความที่ได้รับการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน ในระดับ “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” ในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่าน “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บทความนั้นจะไม่ได้รับการตีพิมพ์ ส่วนในกรณีที่บทความใดผู้ทรงคุณวุฒิท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ตีพิมพ์” แต่ผู้ทรงคุณวุฒิอีกท่านหนึ่ง “เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์” บรรณาธิการและกองบรรณาธิการจะพิจารณาเลือกผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ผลการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

กำหนดตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีกำหนดตีพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้

ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

ความคิดเห็นใด ๆ ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ และสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

Objective

1. To encourage people inside and outside Mae Fah Luang University to publish academic work in the field of law and other related disciplines in the form of articles.
2. To serve as a medium for exchanging information and developing cooperation in law and other related fields between Mae Fah Luang University and other agencies in both the public and private sectors.
3. To be used as a research document and reference.

Scope

Mae Fah Luang University Law Journal will consider the following article types; academic article, research article, analysis of judicial decision, analysis of legal opinion, analysis of legal exam question, legal miscellaneous, and other related articles in both Thai and English. The scope of academic content of the Mae Fah Luang University Law Journal includes legal issues in all disciplines such as civil law, business law, criminal law and criminal justice system, public law, international law, taxation law, etc.

Consideration for Publication

Mae Fah Luang University Law Journal operates with double blind peer review policy.

All articles will be considered by two peer reviewers who have the knowledge and expertise in the subject matter to be reviewed. Qualified reviewers will be the persons who have no conflict of interest with the author. The reviewers will not know the name of the author, and the author will not know the name of the reviewers (double blinded).

In case any article is written by a person inside Mae Fah Luang University, qualified peer reviewers will be individuals outside Mae Fah Luang University. (This rule also applies to co-authored articles, which one or more authors are working at Mae Fah Luang University)

For an article to be published in the Mae Fah Luang University Law Journal, the article must be assessed as “*worthy of publication*” by two peer

reviewers. In the event that both reviewers made decisions to “*decline the publication*”, the article will not be accepted for publication. However, if one of the peer reviewer assessed the article as worthy of publication, but the other one rejected the article, the editor and the editorial board will consider selecting a third peer reviewer to assess the quality of the article. The assessment of the third peer reviewer is considered final.

Publication Frequency

Mae Fah Luang University Law Journal will publish two issues per year.

No. 1 January - June

No. 2 July - December

The opinion expressed and displayed in the content of the article published in Mae Fah Luang University Law Journal does not represent the view and responsibility of the editor and the editorial board of Mae Fah Luang University Law Journal

บรรณาธิการ

Editor

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

Arjan Wiwat Damrongkulnan

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

Professor Dr. Pairojana Kampusiri

รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Vice President, Thammasat University

รองศาสตราจารย์อาณนัท มาเมาะ

Associate Professor Arnon Mamout

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Faculty of Law, Thammasat University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์

Assistant Professor Dr. Suphasit Taweekamsup

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Faculty of Law, Chulalongkorn University

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บุณาวาทย์

Arjan Dr. Archariya Wongburanavart

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
Arjan Wimpat Rajpradit
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
Faculty of Law, Chulalongkorn University

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์
Arjan Natdanai Nachan
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
School of Law, Mae Fah Luang University

ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ศาสตราจารย์ ดร.สุจิตรา วงศ์เกษมจิตต์	ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ
ศาสตราจารย์พิเศษ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์	ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ โฆะวิไลกุล
อาจารย์ธีรยุทธ หล่อเลิศรัตน์	ศาสตราจารย์พิเศษ ไชยวัฒน์ บุณนา
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทร์โอภากร

ผู้ทรงคุณวุฒิ*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรณานันท์
ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์	รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล
รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล	รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยนิม	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ดวงเด่น นาคสีหราช
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัสวรรณ อุซุงศ์อมร	ผู้ช่วยศาสตราจารย์วรรณท์ ถีลาเวทพงษ์

* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2562) ทั้งบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

อาจารย์ ดร.ณัฐกร วิทิตานนท์

อาจารย์ ดร.วัชระ เนติวาณิชย์

อาจารย์ ดร.สรศักดิ์ ตันติจิตตานนท์

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน

อาจารย์ ดร.ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์

อาจารย์ ดร.วรพล มาลสุขุม

อาจารย์ ดร.อนุเทพ สุขศรีวงศ์

อาจารย์อริศรา เหล็กคำ

อาจารย์อวิกา ผลไม้

พิสูจน์อักษร

นายศิริศักดิ์ ขาวเล็ก

นางสาวฐิตาภา เย็นใจ

นางสาวเกสร่า จีระดิษฐ์

นางสาวพริดา เข้าพรม

นางสาวรัชนิกร ศิริโกคา

นางสาวรัชนิกร บุญอ่อน

นางสาวเยาวภา คำโค

บทบรรณาธิการ

บางท่านเปิดอ่านวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ฉบับนี้ เพราะต้องการที่จะทราบว่าภายในวารสารนิติศาสตร์ฯ ประกอบไปด้วยบทความเรื่องใดบ้าง บางท่านเปิดอ่าน เพราะต้องการที่จะทราบว่าภายในวารสารนิติศาสตร์ฯ มีบทความในสาขาวิชาที่ตนเองสนใจ หรือต้องการที่จะค้นคว้าหาข้อมูลหรือไม่ บางท่านเปิดอ่านเพราะต้องการที่จะสร้างแรงบันดาลใจให้ตนเองได้เขียนบทความลงในวารสารนิติศาสตร์ฯ บ้าง

ไม่ว่าท่านเปิดอ่านวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ด้วยเหตุผลใดก็ตาม ผมและกองบรรณาธิการรู้สึกยินดีที่ได้มีโอกาสเป็น “สื่อกลาง” ส่งผ่านผลงานทางวิชาการในรูปแบบของบทความจากฝั่งผู้เขียนบทความมายังท่าน

วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ท่านอาจเป็น “ผู้อ่าน” แต่เพียงอย่างเดียว แต่ในฉบับต่อ ๆ ไป ผมและกองบรรณาธิการขอเชิญชวนให้ท่านเป็น “ผู้เขียน” เพื่อถ่ายทอดผลงานทางวิชาการของท่านในรูปแบบของบทความไปยังผู้อื่นบ้าง ทั้งนี้ หากท่านยังไม่เคยมีประสบการณ์และยังไม่มี ความมั่นใจในการเขียนบทความ ผมขอแนะนำให้ท่านเริ่มต้นจากการเขียนบทความที่โดยลักษณะไม่เน้นหนักเนื้อหาทางวิชาการ เช่น “แนะนำหนังสือกฎหมาย” เมื่อท่านเริ่มมีประสบการณ์และมีความมั่นใจในการเขียนบทความเพิ่มขึ้นแล้ว ผมขอแนะนำให้ท่านเขียนบทความที่โดยลักษณะค่อนข้างเน้นหนักเนื้อหาทางวิชาการ เช่น “วิเคราะห์คำตัดสินศาล” “วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย” หรือ “วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย” และเมื่อท่านมีประสบการณ์และมีความมั่นใจในการเขียนบทความเต็มเปี่ยมแล้ว ผมขอแนะนำให้ท่านเขียนบทความที่โดยลักษณะเน้นหนักเนื้อหาทางวิชาการ เช่น “บทความวิชาการ”

แต่หากท่านยังมีความ “กลัว” ที่จะเขียนบทความ ผมขอฝากข้อคิดสั้น ๆ ไว้ว่า “หากท่านกลัว แล้วเมื่อไหร่ท่านจะก้าว” แล้วพบกันใหม่ในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับหน้า สวัสดีครับ

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิชาการ : Academic Articles

- แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 17
Constitutionalism among the Transition of the Constitution of the
Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557
พิมลกร แปงฟู
Pimonkorn Pangfoo

- ละเมิดทางการกีฬาในประเทศอังกฤษ 55
Sports Torts in England
ปีดิเทพ อยู่ยืนยง
Pedithep Youyuenyong

- Tortious Liability in Outer Space : Lacunas in International Laws
and the Ways Forward to Protect Thai Space Activities under
Existing International and Domestic Legal Instruments 75
ความรับผิดทางละเมิดในอวกาศ : ช่องว่างในกฎหมายระหว่างประเทศ
และแนวทางคุ้มครองกิจกรรมอวกาศไทยภายใต้กลไกทางกฎหมายระหว่างประเทศ
และกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบัน
Kitjapat Kesiranon
กิจจาพัฒน์ เกศิรานนท์

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556 (การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น)

119

Supreme Court Judgement Number 21262/2556 (Transfer of Claims as Another Performance)

ปณณธร เชื้อนแก้ว และศรัณย์ พิมพ้งาม

Pannathorn Khuankaew and Sarun Pimngam

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย : Analysis of Legal Opinion

- ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 (การออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ โดยไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน)

133

Decision of Commission on Administrative Procedure Number 1018/2561 (Title Deeds issued for Lands with Their Partial Areas Adjoining and Overlapping or Encroaching upon National Park without Appointing Land Surveying and Examining Committee)

นิธิพัฒน์ สิ้นเพ็ง

Nithipat Sinpeng

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

- Harmonisation of Intellectual Property in the European Union

143

ความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในสหภาพยุโรป

Archariya Wongburanavart

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมาย : French for Lawyer

- Urbanisme : application de la règle du délai raisonnable d'un an aux recours contre des autorisations d'urbanisme

(Conseil d'Etat)

159

กฎหมายผังเมือง : การบังคับใช้กฎเกณฑ์ระยะเวลาที่เหมาะสมในการยื่นฟ้องโต้แย้งการอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองโดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat)

Tanistnan Pakdeethammasakul

ธนัฐนันท์ ภัคดีธรรมะสกุล

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

- ข้อเสนอแนะการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายกับการเรียงคำพิพากษา

171

Remarks on the Selection of Legal Reasoning for Answering Law Exam Questions and Writing Judgments

พลวิชย์ พันธุ์คำเกิด

Ponpawit Pankhamkerd

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

- ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

199

The Civil Law System : From the Twelve Tables to the Thai Civil and Commercial Code

พลวิชย์ พันธุ์คำเกิด

Ponpawit Pankhamkerd

บทความวิชาการ : Academic Articles

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557^{*}

Constitutionalism among the Transition of the Constitution of the Kingdom of Thailand (Interim) B.E. 2557

พิมลกร แปงฟู^{**}

Pimonkorn Pangfoo

บทคัดย่อ

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมถือเป็นหลักการสำคัญของการตรารัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ ตลอดจนจำกัดอำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล หากรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมเสียแล้ว กลไกของระบอบประชาธิปไตยย่อมไม่สามารถขับเคลื่อนได้อย่างมีประสิทธิภาพ เมื่อพิจารณาบริบททางการเมืองและสังคมท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของประเทศไทยตลอดระยะเวลาภายหลังการรัฐประหารตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2557 เป็นต้นมา พบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แม้จะมีบทบัญญัติที่รองรับเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่ยังไม่ชัดเจนและเพียงพอที่จะเป็นหลักประกันมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐโดยหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 และการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐอื่น ทั้งยังมิได้รับรองแนวคิดเรื่องความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามทฤษฎีสัญญาประชาคม การแบ่งแยกอำนาจ การตรวจสอบและ

^{*} วันที่รับบทความ (received) 19 ธันวาคม 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 16 พฤษภาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 16 พฤษภาคม 2562

^{**} อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.ม. (สาขากฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ถ่วงดุลอำนาจ ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มิได้นำแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ แต่ประการใด ด้วยเหตุนี้จึงส่งผลกระทบต่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการทำให้การรัฐประหาร บรรดาประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อีกทั้งแม้กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จะถูกรวบรวมไว้โดยมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แต่ก็มิได้เป็นไปตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ทั้งยังจำกัดการมีส่วนร่วมของประชาชนซึ่งก่อความเสียหายต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยของประเทศไทยในอนาคตอีกด้วย

คำสำคัญ : รัฐธรรมนูญนิยม, ประชาธิปไตย, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

Abstract

The Constitutionalism is an important legal concept for adopting the Constitutions of liberal democracy states, because the Constitution is a written law applied as a tool of defining a form of governance and mechanism regarded as fundamental structure of State's administrative organization, confining state power to protect citizens' rights and liberties, checking the exercise of state power, as well as strengthening stability and efficiency of state.

Therefore, if the Constitution does not comply with the concept of the Constitutionalism, the mechanism of democracy cannot be effectively driven. Considering to the political and social context amid the transition of Thailand after 22 May 2014 coup, it was found that, even the Constitution of the Kingdom of Thailand (interim) B.E. 2014 (hereinafter "the Interim Constitution of 2014") includes some provisions affirming the rights and the liberties of citizens, those provisions are vague and deficiency in order to ensure that the fundamental rights and liberties of citizens will not be violated, especially the provision concerning the exercise of state power by the head of National Council for Peace and Order (NCPO) by virtue of Article 44 of the Interim Constitution of 2014. Moreover, the exercise of other state agencies do not comply with the concept of supremacy of the constitution according to the

social contract theory, separation of powers, checks and balances of the exercise of state power as well.

Therefore, it can be said that the Interim Constitution of 2014 does not enclose the concept of the Constitutionalism and it results in the draft Constitution (referendum version) on 7 August 2016 in part of transitory provision saying that *'all announcements, orders, acts of the National Council for Peace and Order or of the Head of the National Council for Peace and any order promulgated through Article 44 is deemed legal and effective under Constitution'*. In addition, the process of drafting the new Constitution under Article 35 of the Interim Constitution of 2014 also does not comply with the concept of the Constitutionalism. Hence, it restricts people's participation and causes damage to development of Thailand's democracy in the future.

Keywords : Constitutionalism, democracy, the Constitution of the Kingdom of Thailand

1. บทนำ

ประเทศไทยนับแต่เหตุการณ์รัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 โดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) อันมี พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา เป็นผู้นำการรัฐประหาร โคนล้มรัฐบาลรักษาการ นายนิวัฒน์ธำรง บุญทรงไพศาล ซึ่งนับเป็นรัฐประหารครั้งที่ 13 ของประเทศไทย ส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นหมวด 2 พระมหากษัตริย์ จากนั้นต่อมาวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2557 มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 โดยให้มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่แทนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา และสภานิติบัญญัติแห่งชาติมีมติเลือก พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา เป็นนายกรัฐมนตรี

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่าเป็นเครื่องมือของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในการเข้าสู่เส้นทางการเมืองของข้าราชการทหารและการใช้อำนาจในการบริหารประเทศเพื่อเอื้อประโยชน์ต่อพวกพ้อง ตลอดจนล้มล้างระบอบการเมืองเก่าที่มีอดีตนายกรัฐมนตรี ทักษิณ ชินวัตร เป็นผู้นำ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและรัฐบาลจนเกิดการละเมิดสิทธิ

เสรีภาพของประชาชน ฉะนั้น การศึกษาแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จึงเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมถือเป็นหลักการสำคัญของการตรารัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ใช้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการปกครองและกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐานในการจัดองค์กรบริหารของรัฐซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ตลอดจนการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล หากรัฐธรรมนูญไม่เป็นไปตามหลักรัฐธรรมนูญนิยมเสียแล้วกลไกของระบอบประชาธิปไตยย่อมไม่สามารถขับเคลื่อนได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพียงพอที่จะเป็นหลักประกันมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน

2. แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism)

2.1 คำนิยามของรัฐธรรมนูญนิยม

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) เป็นแนวคิดที่มีวิวัฒนาการอย่างยาวนานก่อนจะได้รับความนิยมอย่างมากในศตวรรษที่ 19 โดยมีนักวิชาการทั้งในและต่างประเทศได้พยายามให้คำนิยามของรัฐธรรมนูญนิยมไว้มากมาย ดังนี้

คำนิยามของรัฐธรรมนูญนิยมในความเห็นของนักวิชาการต่างประเทศ อาทิ

Carl J. Friedrich ศาสตราจารย์ที่มีชื่อเสียงด้านการปกครอง แห่งมหาวิทยาลัยฮาวาร์ด กล่าวว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมีวัตถุประสงค์ คือ “...การปกป้องปัจเจกชน ซึ่งเป็นสมาชิกของชุมชนทางการเมือง จากการแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตโดยแท้ของบุคคล... วัตถุประสงค์พื้นฐานที่ต้องการปกป้องปัจเจกชนซึ่งเป็นสมาชิกของชุมชนทางการเมือง คือ การจัดให้มีการคุ้มครองโดยการแบ่งแยกอำนาจทางการเมือง เพื่อการจัดการที่มีประสิทธิภาพในการจำกัดอำนาจรัฐบาล...”¹

Walther F. Murphy กล่าวว่า ประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญนิยมต่างเชื่อมโยงซึ่งกันและกันอยู่เสมอ เพราะประชาธิปไตยและรัฐธรรมนูญนิยมต่างเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และต่างก็เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับอำนาจของฝ่ายปกครอง (รัฐบาล) และสิทธิของปัจเจกชน โดยประชาธิปไตยมีผลบังคับใช้กับปัจเจกชนผู้ต่อต้านการตัดสินใจของรัฐบาล แต่ประชาธิปไตยเอง

¹ Carl Friedrich (1972). “Constitution and Constitutionalism” *International Encyclopedia for the Social Science* (reprinted ed.), p. 319.

ก็ถูกควบคุมตรวจสอบเช่นกัน ส่วนรัฐธรรมนูญนิยมให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองหรือรัฐ และคุ้มครองปัจเจกชนจากการใช้อำนาจของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ²

Charles Howard McIlwain กล่าวว่า รัฐธรรมนูญนิยม คือการจำกัดอำนาจของรัฐบาลโดยกฎหมาย อันเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับกฎเกณฑ์ของผู้ใช้อำนาจตามอำเภอใจ และเป็นสิ่งที่ตรงกันข้ามกับผู้ทรงอำนาจเด็ดขาด³

Louis Henkin กล่าวว่า “รัฐธรรมนูญนิยม คือการที่รัฐบาลที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของรัฐธรรมนูญ และต้องบริหารงานตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเท่านั้น โดยจะต้องอยู่ภายใต้การจำกัดของรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจ และตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดวัตถุประสงค์ไว้...”⁴

Stephen Griffin กล่าวว่า รัฐธรรมนูญนิยม คือแนวคิดที่ต้องการจะจำกัดและให้อำนาจแก่ปัจเจกชนภายใต้หลักนิติรัฐ ซึ่งก็คือความต้องการที่จะจำกัดและให้อำนาจแก่รัฐนั่นเอง⁵

Gordon J. Schochet กล่าวว่า การที่จะให้ความหมาย “รัฐธรรมนูญนิยม” ก็คือการกล่าวถึงรัฐเสรีประชาธิปไตย การเรียกร้องในสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคล และการรอดพ้นจากการปกครองแบบเผด็จการอันได้มีอยู่ในประวัติศาสตร์ยุโรปตะวันตก และสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 16 ทั้งนี้ หลักพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยมในการจำกัดการใช้อำนาจ และหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) ได้ถือกำเนิดขึ้น ณ เวลาเดียวกันกับการเรียกร้องแนวคิดดังกล่าว⁶

คานิยามของรัฐธรรมนูญนิยมในความเห็นของนักวิชาการในประเทศไทย อาทิ

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ กล่าวว่า Constitutionalism คือแนวคิดที่จะใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรให้เป็นเครื่องมือในการกำหนดรูปแบบการ

² Walter F. Murphy (1993) “constitutionalism” *cited in* Liu, W. [刘雯婷]. “The Christian dimension of the origin of constitutionalism: St. Augustine, Thomas Aquinas, Richard Hooker and John Locke” (Master of Philosophy: University of Hong Kong, 2012), p. 21.

³ McIlwain and Charles Howard, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, (Ithaca: Cornell University Press, 1940), p. 24.

⁴ Louis Henkin, *Constitutionalism, democracy and foreign affairs*, (New York and Oxford: Columbia University Press, 1990), p. 6.

⁵ Stephen Griffin. “Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics” *Oxford Journal of Legal Studies* 10: 201-220.

⁶ อรรถพรณ ลินะเปสนันท์, “แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 10.

ปกครองและกำหนดกลไกอันเป็นโครงสร้างพื้นฐาน (infra - structure) ในการจัดองค์กรบริหารของรัฐ⁷

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ กล่าวว่า ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวทางหรือกระบวนการที่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 เพื่อให้รัฐทั้งหลายมีรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดเป็นลายลักษณ์อักษรที่ใช้ในการจำกัดอำนาจรัฐและองค์กรของรัฐ มิให้กลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจและอำนาจทรราชย์ในที่สุด

ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนี้มีปัจจัยหลายประการ คือการมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะกฎหมายสูงสุดที่เป็นสัญญาประชาคม การยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองอย่างแท้จริง การมีกลไกควบคุม หรือดุลและคานอำนาจไม่ให้ใช้เกินขอบเขต การยอมรับและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁸

ดร.วิชัย ตันศิริ กล่าวว่า ลัทธิรัฐธรรมนูญนิยมนั้น อันที่จริงมีปรัชญาพื้นฐานว่าการสร้างรัฐธรรมนูญนั้น คือการสร้างเครื่องมือเหนี่ยวรั้งของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารมิให้เกินขอบเขต แนวทางสักระยะนั้นมีสองระดับหรือสองด้าน ด้านหนึ่งนั่นก็คือจะต้องป้องกันมิให้อำนาจของฝ่ายบริหาร หรือผู้ใช้อำนาจรัฐรุกล้ำเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของส่วนบุคคล และอีกด้านหนึ่งก็คือจะต้องป้องกันมิให้กลุ่มหนึ่งกลุ่มใดเข้าครอบครองอำนาจรัฐโดยเบ็ดเสร็จในระยะหนึ่งระยะใด การสร้างระบบคานอำนาจหรือการถ่วงดุลอำนาจจึงเป็นหลักการที่สำคัญหลักหนึ่ง และการใช้หลักนิติธรรมเป็นหลักปกครองก็เป็นอีกหลักหนึ่ง⁹

รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา กล่าวว่า รัฐธรรมนูญนิยม (Constitutionalism) คือแนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญที่ยึดหลักเรื่องการจำกัดอำนาจของรัฐ โดยจำกัดอำนาจรัฐให้มีเท่าที่กฎหมายให้ไว้¹⁰

จากความหมายของรัฐธรรมนูญนิยมนักวิชาการทั้งในและต่างประเทศ อาจสรุปได้ว่า แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมคือแนวคิดหนึ่งในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ซึ่งแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวคิดที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นเครื่องมือสำคัญในการกำหนดรูปแบบการปกครองและรูปแบบการจัดองค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ตลอดจนก่อตั้งองค์กรทางการเมือง ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในฐานะสัญญา

⁷ อมร จันทรสมบูรณ์, **คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) ทางออกประเทศไทย**, (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539), หน้า 9.

⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 85-86.

⁹ วิชัย ตันศิริ, **รัฐธรรมนูญประเทศตะวันตกและไทย กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย**, (กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2540), หน้า ข.

¹⁰ มานิตย์ จุมปา, **หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559), หน้า 16.

ประชาคม (Social Contract) เป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ และเพื่อจำกัดอำนาจของผู้ปกครอง หรือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร มิให้ใช้อำนาจเกินขอบเขตตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด หรือรวบอำนาจเบ็ดเสร็จอยู่ภายใต้องค์กรใดองค์กรหนึ่งจนกลายเป็นอำนาจตามอำเภอใจนำไปสู่อำนาจทรราชย์ในที่สุด ดังคำกล่าวของ Lord Acton ที่ว่า “Power tends to corrupt and absolute power corrupt absolutely” ดังนั้น จึงต้องมีระบบตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ระบบดุลและคานอำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อให้การบริหารประเทศ การเมืองการปกครองเป็นไปอย่างมีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพ และในขณะเดียวกัน แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมยังเปรียบเสมือนเกาเขาคุ่มกันมิให้รัฐลิดรอนหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยรัฐต้องยอมรับการมีส่วนร่วมของประชาชนตามวิถีทางของการปกครองระบอบประชาธิปไตยด้วย

2.2 วิวัฒนาการของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเริ่มปรากฏอย่างเด่นชัดและได้รับการกล่าวถึงอย่างมากในศตวรรษที่ 18-19 หรือภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ในความเป็นจริงแล้วนั้นแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกลับมีวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ที่ยาวนานมาตั้งแต่สมัยกรีกโรมัน ยุคจารีตประเพณี จนเข้าสู่ยุคการเกิดของประชาธิปไตยในศตวรรษที่ 18 ตามลำดับ ดังนั้น การศึกษาวิวัฒนาการของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมย่อมมีอาจะละทิ้งไปเสียได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้เข้าใจถึงรากฐานความเป็นมาและเหตุผลที่ก่อให้เกิดแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม อันเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยว่ามีความสอดคล้องกับความมุ่งหมายที่แท้จริงของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมหรือไม่ เพียงใด

2.2.1 สมัยกรีกโรมัน

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในยุคกรีกโรมันถือเป็นยุคเริ่มแรก แม้จะไม่ปรากฏอย่างเด่นชัดมากนัก แต่ยังคงแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญกับกฎหมายในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์ควบคุมความประพฤติของผู้ปกครอง ดังปรากฏในหนังสือ The Law ของเพลโต (Plato) ปรัชญาเมธีชาวกรีก ความว่า “กฎหมาย” ก็คือ เหตุผลของเรื่องตามธรรมชาติที่นำมาตราขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะบังคับในบ้านเมืองนั่นเอง¹¹ ในช่วงแรกเริ่มของงานเขียนของเพลโตลักษณะการปกครองที่ดีในทัศนะของเพลโต คือการปกครองที่ผู้ที่มีความรู้ที่ได้รับการฝึกฝนให้เปี่ยมด้วยเหตุผลเป็นผู้ปกครอง แต่ภายหลังเพลโตกลับเห็นต่างกับแนวคิดเดิมของตัวเอง โดยเขากลับให้ความสำคัญกับตัวบทกฎหมายมากขึ้น โดยกล่าวว่า ราชาผู้เป็นนักปราชญ์นั้นหายากยิ่ง ดังนั้น จึงอาจทดแทนราชาผู้เป็นนักปราชญ์ด้วยการปกครองแบบประชาธิปไตยและให้กฎหมายมีความสำคัญสูงสุด เนื่องจากกฎหมายเป็นผลจากประสบการณ์และ

¹¹ ปรีดี เกษมทรัพย์ (เขียน), กิตติศักดิ์ ปรกติ (แก้ไขเพิ่มเติม), นิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559), หน้า 132.

ความรอบรู้ของมนุษย์ กฎหมายจะเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวของผู้ปกครองให้มุ่งต่อประโยชน์ส่วนรวม มิใช่ประโยชน์ส่วนตัว¹² แนวคิดทางการเมืองของเพลโตนี้เองต่อมาได้รับการพัฒนาอีกครั้งในสมัยโรมันโดยทฤษฎีสัญญาประชาคม อันเริ่มต้นขึ้นครั้งแรกด้วยแนวคิดที่ว่า กฎหมายก็คือสัญญาร่วมกันของสังคม และได้กลายเป็นส่วนประกอบที่สำคัญที่สุดของรัฐธรรมนูญนิยมตะวันตกในเวลาต่อมา¹³

อริสโตเติล (Aristotle) อธิบายเรื่องการปกครองภายใต้กฎหมายไว้ในหนังสือ Politics ว่าการให้อำนาจแก่กฎหมายเสมือนหนึ่งเป็นการให้อำนาจแก่พระผู้เป็นเจ้าหรือแก่ธรรมชาติ แต่การให้อำนาจแก่บุคคลเป็นการให้อำนาจแก่สัตว์เดียวิจรรย์ เพราะความปรารถนาหรือความอยาก (Desire) ของคนนั้นมีลักษณะของเดียวิจรรย์ แม้คนที่ดีที่สุดในอำนาจก็มักเสียคนเพราะกิเลสตัณหา¹⁴ ทั้งนี้ อริสโตเติลเชื่อว่ากฎหมายคือเหตุผลหรือธรรมที่ปราศจากกิเลสตัณหา (The Law is reason without passion) การปกครองของกฎหมายไม่ใช่การปกครองของบุคคล¹⁵ ดังนั้น ควรให้ปกครองด้วยกฎหมายหรือภายใต้กฎหมาย หากปล่อยให้คนปกครองกิเลสตัณหาของคนจะทำให้การปกครองไม่ดี เพราะจะหาคนที่ไม่มีกิเลสตัณหาจึงต้องใช้กฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครอง นอกจากนี้อริสโตเติลได้อธิบายความหมายของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญ” คือการจัดองค์กรของอำนาจปกครองในนครที่กำหนดการจัดสรร และสภาพของอำนาจสูงสุดที่อยู่ในรัฐ และในชีวิตของสังคมสังคมหนึ่ง จะเห็นได้ว่า อริสโตเติลได้กล่าวถึงรัฐธรรมนูญไว้ในฐานะที่เป็นเครื่องมือของรัฐในการวางกลไกในการบริหารประเทศ และยอมรับการปกครองโดยกฎหมายว่าอยู่เหนือการปกครองโดยตัวบุคคลอันถือเป็นปฐมบทของการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองอันมีลักษณะคล้ายกับรัฐธรรมนูญในความหมายปัจจุบันอย่างมาก

ต่อมา เมื่อกรีกเสื่อมความรุ่งเรืองลงไป ความเจริญรุ่งเรืองก็ได้เคลื่อนย้ายมาสู่จักรวรรดิโรมัน ซึ่งเดิมมีการใช้ระบบประเพณีที่มีความยืดหยุ่นสูงเพื่อจัดการกับข้อขัดแย้งของคนในสังคม แต่เมื่อสังคมเศรษฐกิจขยายตัว ประเพณีการปกครองเหล่านั้นจึงไม่เหมาะสมที่จะอำนวยความสะดวกอย่างเพียงพออีกต่อไป แนวคิดทางการเมืองของกรีกโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดของเพลโตจึงได้รับการพัฒนาจนเกิดแนวคิดที่ว่ากฎหมายคือสัญญาร่วมกันของสังคม ซึ่งรัฐธรรมนูญในขณะนั้นได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างวิวัฒนาการของการปกครอง เพื่อสร้าง

¹² ภิรัชญา วัฒนรุ่ง, **ปรัชญาและพัฒนาการทางกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544), หน้า 40.

¹³ Carl Friedrich (1972). “Constitution and Constitutionalism” **International Encyclopedia for the Social Science** (reprinted ed.): 319.

¹⁴ ปรีดี เภสมทรัพย์ (เขียน), กิตติศักดิ์ ปรกติ (แก้ไขเพิ่มเติม), **นิติปรัชญา**, หน้า 92.

¹⁵ ต่อมาได้มีการใช้คำว่า “The Rule of law not the rule of man”

รัฐให้เจริญรุ่งเรืองและสร้างความกินดีอยู่ดีของราษฎร ทั้งนี้ ภายใต้ความเชื่อพื้นฐานที่ว่ามนุษย์ได้มาอยู่ร่วมกันเป็นสังคม การอยู่ร่วมกันในสังคมเป็นการดำเนินชีวิตที่ต้องเป็นไปตามหลักเหตุผล ด้วยเหตุนี้ การมีชีวิตร่วมกันในรัฐย่อมจะทำให้มนุษย์มีชีวิตอย่างสมบูรณ์ได้มากที่สุด การปกครองด้วยเหตุผลนั้น คือการปกครองด้วยกฎหมายเป็นใหญ่¹⁶ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า แม้กรีกและจักรวรรดิโรมันได้ล่มสลายลง แต่แนวคิดในเชิงปรัชญาในการให้ความสำคัญกับกฎหมาย โดยเฉพาะแนวความคิดของอริสโตเติลซึ่งถือเป็นจุดเริ่มต้นของกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมความประพฤติของผู้ปกครอง สร้างรูปแบบของรัฐและการปกครอง เพื่อสร้างรัฐที่ดี และการปกครองที่ยุติธรรม อันเป็นรากฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมยังคงได้รับการสืบทอดและมีอิทธิพลในเวลาต่อมา

2.2.2 ยุคการปกครองโดยจารีตประเพณี

เมื่อพ้นจากยุคกรีกโบราณเข้าสู่ช่วงศตวรรษที่ 10 หลาย ๆ ประเทศในโลกมีระบบการปกครองที่ใช้จารีตประเพณีเป็นหลัก แม้จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้บ้างบางเรื่อง แต่ยังไม่มียุทธธรรมบัญญัติลายลักษณ์อักษรกำหนดวิธีการได้มาซึ่งผู้ปกครองและการใช้อำนาจของผู้ปกครองบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ต่อมาเมื่อเกิดข้อพิพาทเนื่องจากผู้ปกครองประพฤติผิดจารีตประเพณีการปกครอง รัฐจึงเกิดความพยายามที่จะทำให้ผู้ปกครองกลับไปอยู่ในครรลองของจารีตประเพณีดั้งเดิม เช่น ประเทศอังกฤษมีการปกครองโดยจารีตประเพณีมาตั้งแต่สมัยพระเจ้าวิลเลียมที่ 1 แห่งแคว้นนอร์มั่งดี ยกพลเข้ายึดอังกฤษเป็นผลสำเร็จในปี ค.ศ. 1066 แล้วนำสถาบันที่เรียกว่า “มหาสภา” (The Great Council) มาใช้ในประเทศอังกฤษ มหาสภาประกอบด้วยขุนนางชั้นสูง พระ และสามัญชน มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบกรณีที่เกี่ยวข้องกับการเก็บภาษี ต่อมาในต้นศตวรรษที่ 13 พระเจ้าจอห์นได้ประพฤติผิดประเพณีการปกครองของอังกฤษโดยทรงเรียกเก็บภาษีเพื่อทำสงครามกับฝรั่งเศสโดยไม่ได้รับความเห็นชอบจากมหาสภา ขุนนางชั้นบารอนจำนวนหนึ่งจึงรวบรวมกำลังกันต่อต้านและรบชนะพระเจ้าจอห์น ทั้งนี้ ขุนนางเหล่านั้นได้บังคับให้พระเจ้าจอห์นลงนามในเอกสารฉบับหนึ่งมีชื่อเป็นภาษาละตินว่า Magna Carta หรือ The Great Charter แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า มหาบัตรรัฐธรรมนูญ¹⁷ เมื่อวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1215 ซึ่ง Magna Carta มีฐานะเป็นเอกสารที่นำเอากฎหมายจารีตประเพณีมาบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรให้ชัดเจนเป็นครั้งแรก โดย

¹⁶ อรพรรณ สันะเปสนันท์, “แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549,” หน้า 10.

¹⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), หน้า 22.

กำหนดให้พระมหากษัตริย์ต้องปฏิบัติตามจารีตประเพณีที่มีมาแต่โบราณ Magna Carta ประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น 63 มาตรา มีสาระสำคัญหลัก 3 ประการ คือ¹⁸

1) พระมหากษัตริย์จะเรียกเก็บภาษีหรือขอให้ราษฎรให้ความช่วยเหลือไม่ได้ นอกจากจะได้รับความยินยอมจากที่ประชุมมหาสภา

2) การงดใช้กฎหมายหรือการยกเว้นไม่ใช้กฎหมายบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง จะกระทำมิได้

3) บุคคลใด ๆ จะถูกจับกุมคุมขัง หน่วงเหนี่ยว หรือขับไล่เนรเทศมิได้ นอกจากการนั้นจะเป็นไปโดยคำพิพากษาที่ชอบและตามกฎหมายของบ้านเมือง และจะต้องได้รับการพิจารณาพิพากษาจากบุคคลชั้นเดียวกันกับเขา (His Peers)

จะเห็นได้ว่า Magna Carta เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับแรกที่ยพยายามจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือผู้ปกครอง จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ ทั้งยังส่งเสริมการปกครองแบบรัฐสภา และเป็นจุดเริ่มต้นของระบบการจำกัดการใช้อำนาจรัฐ อย่างไรก็ตาม Magna Carta มิได้รับรองสิทธิของประชาชนทุกคนในประเทศอังกฤษ แต่ Magna Carta เพียงรับรองเฉพาะสิทธิของขุนนาง พระ และอิสระชน เช่น พ่อค้า แต่ไม่รวมบรรดาไพร่ตติที่ดินของขุนนางด้วยแต่อย่างใด

ต่อมาในสมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 มีความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์กับรัฐสภาหลายเรื่องและประชาชนไม่พอใจพฤติกรรมของกษัตริย์ที่บังคับกักเงินจากคนร่ำรวย เมื่อกษัตริย์เรียกประชุมรัฐสภาในปี ค.ศ. 1628 รัฐสภาจึงบังคับให้พระองค์ลงนามในเอกสารที่เรียกว่าคำขอสิทธิ (The Petition of Right) อันเป็นเอกสารที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น ห้ามกษัตริย์เรียกเก็บภาษีโดยไม่ได้รับอนุญาตจากสภา ห้ามใช้กฎหมายการศึกในยามปกติ ห้ามใช้กำลังทหารบังคับกับพลเรือน ห้ามจับกุมคุมขังตามอำเภอใจ และกรณีอื่น ๆ ที่ส่งผลกระทบถึงเสรีภาพของประชาชน

ต่อมา สมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 2 พระองค์ทรงต้องการปกครองประเทศอังกฤษในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ และให้ประเทศอังกฤษเป็นประเทศคาทอลิก ทำให้ประชาชนไม่พอใจและรัฐสภาไม่เห็นด้วยกับพระองค์ พระเจ้าเจมส์ที่ 2 จึงทรงยุบสภา ผู้นำทางศาสนา ขุนนาง และประชาชนจัดตั้งกองทัพต่อสู้กับพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ในที่สุดพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ต้องเสด็จหนีและทิ้งตราแผ่นดินลงแม่น้ำเทมส์ รัฐสภามีมติให้เชิญพระเจ้าวิลเลียม ออฟ ออเรนจ์ และพระราชินีแมรี ซึ่งเป็นพระราชธิดาของพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ขึ้นครองราชย์ และรัฐสภาได้ตรากฎหมายที่เรียกว่า พระราชบัญญัติสิทธิเสรีภาพของประชาชน (Bill of Right 1689) เพื่อ

¹⁸ สนธิ เตชานันท์, ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: โอ เอส พริ้นติ้ง เฮาส์, 2529), หน้า 1-2.

คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้กว้างขวางยิ่งขึ้นและเกิดหลักกฎหมายว่า รัฐสภาเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด ไม่ใช่พระมหากษัตริย์อีกต่อไป ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนี้ยังคงใช้บังคับในปัจจุบัน¹⁹

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า เอกสารทั้ง 3 ฉบับ คือ Magna Carta, The Petition of Right และ Bill of Right 1688 ได้สะท้อนให้เห็นแนวคิดพื้นฐานของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก แสดงให้เห็นถึงความพยายามนำบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาบังคับใช้แทนจารีตประเพณีเพื่อจำกัดอำนาจของพระมหากษัตริย์หรือผู้ปกครองในยุคนั้น และการรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ภายใต้การปกครองให้มากขึ้นตามลำดับ ประการที่สอง พัฒนาการในช่วงนี้อยู่บนพื้นฐานของสัญญาสังคม หากผู้ปกครองผู้ให้สัญญาไม่ทำตามสัญญา ผู้อยู่ภายใต้ปกครองมีสิทธิที่จะทวงถามให้ผู้ปกครองปฏิบัติตามสัญญาอันเป็นพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยที่พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญและเป็นจุดเริ่มต้นของการพิจารณาคดีโดยลูกขุน (Jury) ในเวลาต่อมา และประการสุดท้าย เสริมสร้างการปกครองระบอบรัฐสภาโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดให้ความเข้มแข็ง จะเห็นได้ว่า ในยุคที่สองนี้เราจะพบวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเพียง 2 ประการเท่านั้น กล่าวคือ การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผู้อยู่ใต้ปกครอง และการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ (ผู้ปกครอง)

2.2.3 ยุคการเกิดของระบอบประชาธิปไตย

คริสต์ศตวรรษที่ 17 โดยประมาณ ประเทศในภาคพื้นยุโรปเข้าสู่ยุคสมบูรณาญาสิทธิราชย์ พระมหากษัตริย์เริ่มมีพระราชอำนาจอย่างหาที่สุดมิได้ โดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศส เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจมากส่งผลให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ จนมีคำกล่าวอันลือลั่นของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ว่า “รัฐนั้นคือตัวข้าเอง” (L’Etat, c’est moi) สถาบันกษัตริย์ของฝรั่งเศสในยุคนั้นเรียกได้ว่าสูญเสียความชอบธรรมและความภาคภูมิใจอย่างมาก อันเนื่องมาจากความอ่อนแอของพระเจ้าหลุยส์ที่ 15 ซึ่งทรงขึ้นครองราชย์พร้อมกับหนี้สินของประเทศอันเป็นหนี้สินอันเกิดจากการก่อสงครามของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 แต่ถึงอย่างนั้นแทนที่จะมีการใช้จ่ายใช้สอยในราชสำนักอย่างประหยัด กลับมีการใช้จ่ายกันอย่างฟุ่มเฟือย ส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของคนชนชั้นกลาง ชุนนาง และประชาชนอย่างกว้างขวาง เมื่อเข้าสู่รัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ทำให้เกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสครั้งใหญ่ซึ่งเริ่มต้นในปี ค.ศ. 1789 ด้วยการเรียกประชุมสภานานดรในเดือนพฤษภาคม ซึ่งในปีแรกของการปฏิวัติ เกิดเหตุการณ์สมาชิกรัฐานันดรที่สามประกาศคำปฏิญาณสนามเทนนิสในเดือน

¹⁹ ปรางทิพย์ พรวิวัฒนะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556), หน้า 38.

มิถุนายน การทลายคุกบัสตีย์ในเดือนกรกฎาคม คำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในเดือนสิงหาคม ต่อมามีการประกาศจัดตั้งสาธารณรัฐในเดือนกันยายน ค.ศ. 1792 และพระเจ้าหลุยส์ที่ 16 ทรงถูกประหารชีวิตในปีถัดมา

ภายใต้การปฏิวัติทางการเมืองการปกครองครั้งใหญ่ของฝรั่งเศสที่ปรากฏนั้น เป็นผลมาจากนักปรัชญาเมธีในฝรั่งเศสที่พยายามนำเสนอปรัชญาการเมืองเพื่อจำกัดอำนาจสูงสุดของพระมหากษัตริย์ โดยในยุคนั้นมีปรัชญาการเมืองหลักอยู่ 2 ปรัชญา กล่าวคือ²⁰

1) ปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

ความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติเริ่มต้นมาตั้งแต่สมัยกรีก โดยมีปรัชญาเมธีที่มีชื่อเสียง ได้แก่ เซนต์ออกัสติน, เซนต์โทมัส อควีนาส และฮิวโก โกรติอุส แต่ดั้งเดิมมีแนวความคิดว่ากฎหมายธรรมชาติมีจุดเริ่มต้นมาจากกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ของจักรวาลที่เป็นระบบระเบียบโดยที่กฎหมายถือว่าเป็นส่วนหนึ่งในนั้นด้วย ต่อมาในสมัยกลาง ศาสนจักรเริ่มรุ่งเรืองทำให้แนวความคิดเรื่องธรรมชาติถูกใช้ปะปนกับคตินิยมทางคริสต์ศาสนาโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เซนต์ โทมัส อควีนาส เป็นผู้ทำให้เกิดความคิดขึ้นว่า กฎหมายธรรมชาติดีก็คือกฎหมายของพระผู้เป็นเจ้า (God) แม้พระมหากษัตริย์จะมีอำนาจสูงสุดในการปกครองทางโลก แต่อำนาจสูงสุดที่พระมหากษัตริย์มีนั้นอยู่ภายใต้อำนาจของพระผู้เป็นเจ้าและรับมาจากพระผู้เป็นเจ้า กฎหมายที่พระมหากษัตริย์ตราขึ้นหรือที่เรียกว่า กฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) จะขัดหรือแย้งกับกฎหมายของพระผู้เป็นเจ้าไม่ได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เมื่อพระผู้เป็นเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ และให้สิทธิเสรีภาพแก่มนุษย์ อันเป็นสิทธิเสรีภาพตามธรรมชาติ พระมหากษัตริย์จะใช้อำนาจตรากฎหมายบ้านเมืองไปจำกัดตัดทอนหรือไม่ยอมรับสิทธิเสรีภาพของบุคคลซึ่งมีอยู่ตามธรรมชาติไม่ได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าสู่สมัยฟื้นฟูศิลปวิทยา อำนาจและความคิดทางศาสนาเสื่อมถอย ทำให้แนวคิดกฎหมายธรรมชาติเปลี่ยนแปลงไปเป็นเชื่อว่ากฎหมายธรรมชาตินั้น แท้ที่จริงแล้วมีที่มาจากศีลธรรม หรือความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของมนุษย์ อันมีรากฐานมาจากเหตุผลในธรรมชาติของมนุษย์ที่มองมนุษย์ว่ามีสติปัญญาหรือเหตุผล

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ปรัชญาของสำนักกฎหมายธรรมชาติมีความสำคัญต่อแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นอย่างยิ่ง เพราะปรัชญากฎหมายธรรมชาตินี้เองที่ยืนยันว่าเหนืออำนาจของผู้ปกครองยังมีอำนาจที่เหนือกว่า สิ่งนั้นก็คือกฎหมายธรรมชาติอันเป็นกฎของเหตุและผล แนวคิดนี้นำไปสู่การจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในเวลาต่อมา และเป็นที่มาของคำประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกา ลงวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 ภายใต้คำขวัญที่ว่า “เสรีภาพ (Liberté) เสมอภาค (Égalité) และภราดรภาพ (Fraternité)”

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 39-40.

2) ทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยม

ทฤษฎีประชาธิปไตยเสรีนิยมเกิดขึ้นและได้รับความสนใจอย่างมากในศตวรรษที่ 17 และศตวรรษที่ 18 อันเป็นแนวคิดเพื่อจำกัดอำนาจของผู้ปกครองเช่นเดียวกับสำนักกฎหมายธรรมชาติ ทั้งนี้ ประกอบไปด้วยทฤษฎีย่อยที่สำคัญอีก 2 ทฤษฎี คือทฤษฎีสัญญาประชาคม และทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ

2.1) ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract)

ทฤษฎีสัญญาประชาคมนี้แรกเริ่มเดิมทีนั้นมีพื้นฐานมาจากแนวคิดว่าด้วยสภาวะทางธรรมชาติ (State of Nature) และแนวคิดที่ว่าด้วยสัญญาประชาคมของ โกรติอุส (Grotius ค.ศ. 1583 - 654)²¹ นักปรัชญาชาวฮอลันดา ซึ่งอธิบายไว้ว่า มนุษย์ในสมัยที่ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะธรรมชาตินั้น มนุษย์ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของใครหรือเป็นอิสระ การที่สังคมมนุษย์เกิดขึ้นก็เพื่อหลีกเลี่ยงจากสภาวะธรรมชาติ มนุษย์จึงทำข้อตกลงระหว่างกันเพื่อก่อตั้งสังคมขึ้นมา ข้อตกลงดังกล่าวนี้คือ “สัญญาประชาคม” ซึ่งแนวความคิดนี้เองที่มีอิทธิพลต่อมาในระหว่างศตวรรษที่ 16 ถึงศตวรรษที่ 18 นักคิดหลายท่านที่มีแนวความคิดเกี่ยวกับ “สัญญาประชาคม” ที่สำคัญคือ จอห์น ล็อก (John Locke) นักปรัชญาชาวอังกฤษในศตวรรษที่ 17 ผู้ให้กำเนิดทฤษฎีสัญญาประชาคมและเป็นผู้วางรากฐานแนวคิดเกี่ยวกับการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตย แนวความคิดของจอห์น ล็อก เป็นปฐมบทให้แก่ฌอง ฌาคส์ รูสโซ (Jean Jacques Rousseau) ผู้ประสานแนวความคิดของทฤษฎีสัญญาประชาคมกับเจตจำนงทั่วไปของประชาชน โดยมองว่าสัญญาประชาคมเป็นเจตจำนงทั่วไปของประชาชนเพื่อสนับสนุนการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะกฎหมายธรรมชาติเพียงสิ่งเดียวที่ต้องเป็นเอกฉันท์ นั่นก็คือข้อตกลงทางสังคมหรือสัญญาประชาคม การร่วมกันเป็นสังคมเป็นการกระทำที่สมควรใจที่สุด คนทุกคนเกิดมาเสรีภาพและเป็นนายของตัวเองไม่ว่าจะใช้ข้ออ้างอะไรก็ตาม ไม่มีใครสามารถกดขี่บังคับผู้อื่นได้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากคนผู้นั้น การตัดสินใจว่าลูกของทาสเกิดมาเป็นทาส จึงเป็นการตัดสินใจที่ถือว่าเขาไม่ได้เกิดมาเป็นคนซึ่งไม่ถูกต้อง ระบอบประชาธิปไตยมิใช่เป็นการมอบเจตจำนงของประเทศให้กับผู้หนึ่งผู้ใด เพราะผู้ปกครองที่แท้จริงคือผู้อยู่ใต้ปกครองหรือประชาชนนั่นเอง ประชาชนจึงสามารถถอดถอนล้มล้างรัฐบาลตลอดจนมีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมายได้²²

รัฐธรรมนูญตามทฤษฎีสัญญาประชาคมจึงเป็นเอกสารที่ถูกร่างขึ้นเพื่อเป็นกฎหมายสูงสุดโดยคนในสังคมมีส่วนร่วม ทั้งนี้ ก็เพื่อยืนยันสัญญาประชาคมที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ฉะนั้น รัฐธรรมนูญจึงไม่ได้หมายความว่าเพียงเอกสารที่เป็น

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555), หน้า 66.

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 85.

กฎหมายสูงสุดที่ผู้ใดจะตราขึ้นก็ได้ และตราขึ้นอย่างไรก็ได้ แต่เป็นเอกสารที่เป็นกฎหมายสูงสุดที่เกิดขึ้นจากความยินยอมพร้อมใจกันของคนในสังคมและประเทศชาติเพื่อเป็นเครื่องมือสร้างกลไกการปกครองประเทศให้เกิดความผาสุกร่วมกัน

2.2) ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers)

ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจเป็นแนวความคิดของมองเตสกีเอร์ (Montesquier) นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ผู้เขียนหนังสือ The Spirit of Law หรือเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย มองเตสกีเอร์จึงถูกขนานนามว่าเป็นเจ้าต้นตำรับเรื่องการแบ่งแยกอำนาจอริปไตย ทั้งที่มองเตสกีเอร์ไม่เคยใช้คำนี้ในหนังสือของเขาเลยแม้สักครั้งเดียว แต่คำนี้เป็นเพียงคำที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของบรรดานักวิชาการในยุคหลัง เมื่อต้องการอธิบายถึงแนวความคิดของมองเตสกีเอร์ อย่างไรก็ตาม เจตนาแท้จริงของมองเตสกีเอร์ไม่ใช่ว่าการบอกว่าอำนาจอริปไตยจะต้องแบ่งเป็น 3 อำนาจ หากแต่ต้องการให้มีการแบ่งอำนาจอริปไตยออกเป็นด้าน ๆ เพื่อให้องค์กรต่าง ๆ ได้ใช้อำนาจด้านนั้น ๆ เพื่อไม่ให้องค์กรหนึ่งใช้อำนาจแต่เพียงองค์กรเดียว เพราะอำนาจเป็นสิ่งยั่วชวนใจ ผู้ใช้อาจเผลอใช้อำนาจโดยมิชอบได้เสมอ ฉะนั้น จึงเรียกหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกอย่างหนึ่งได้ว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกองค์กรเพื่อใช้อำนาจอริปไตย²³

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ทฤษฎีการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) จะต้องจัดให้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอริปไตยเพื่อให้เกิดหลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจบีบบังคับประชาชนได้โดยพลการ และต้องจัดให้มีระบบการถ่วงดุลอำนาจ (check and balance) เพราะเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่า “บุคคลใดก็ตามที่มีอำนาจอยู่ในมือก็มักจะใช้อำนาจเกินเลยอยู่เสมอ เพื่อมิให้มีการใช้อำนาจเกินขอบเขต จึงจำต้องใช้อำนาจหยุดยั้งอำนาจตามวิถีทางแห่งกำลัง” จากหลักนิติรัฐ²⁴

2.2.4 ยุคการประกาศเอกราชของสหรัฐอเมริกาและการปฏิวัติครั้งใหญ่ในฝรั่งเศส

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีพัฒนาการมาจากประเทศตะวันตกในปลายศตวรรษที่ 18 โดยมีเหตุการณ์ประวัติศาสตร์การเมืองสำคัญของโลกสองเหตุการณ์คือการประกาศเอกราชของประเทศสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติครั้งใหญ่ของ

²³ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540), (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547) หน้า 22.

²⁴ พิมลกร แ่งฟู, “การจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทสาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552), หน้า 69.

ฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 อันเป็นการวางรากฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นครั้งแรกของโลก สิทธิและเสรีภาพทางการเมืองของประชาชนได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญอย่างเป็นทางการตลอดจนกำหนดให้ประชาชนในฐานะผู้ทรงสิทธิในอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการปกครองอย่างกว้างขวาง นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดต้องสร้างหลักประกันให้กับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ผู้แทน ไม่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการ ละเลยต่อสิทธิและเสรีภาพ ตลอดจนละเลยต่อเสียงสนับสนุนของประชาชน

อย่างไรก็ตาม เมื่อผ่านศตวรรษที่ 19 ความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้นกลับเป็นแต่เพียงความเสมอภาคในทางกฎหมาย ไม่อาจมีความเสมอภาคในความเป็นจริงได้ รัฐธรรมนูญในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงศตวรรษที่ 21 จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพียงจำกัดอำนาจของผู้ปกครองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น หากแต่ยังต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่ให้ความคุ้มครองแก่คนด้อยโอกาสในสังคมอีกด้วย ดังนั้น แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในยุคนี้จึงพัฒนาอย่างก้าวกระโดดโดยมุ่งเป้าหมายไปที่การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะการบัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้หมายความรวมถึงการให้สิทธิแก่เด็ก สตรี คนชรา คนพิการ รวมตลอดถึงบุคคลที่อ่อนแอกว่าในสังคมทุกระดับด้วย

2.2.5 ยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระบอบประชาธิปไตยแยกได้เป็น 2 ระบบ คือระบบประธานาธิบดี และระบบรัฐสภา ซึ่งประเทศที่ใช้ระบบรัฐสภามักเกิดสภาพล้มลุกคลุกคลานของรัฐบาล หรือที่เรียกว่า “รัฐบาลไร้เสถียรภาพ” อยู่เสมอ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมจึงเกิดขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 (หลังปี ค.ศ. 1945) โดยได้เริ่มต้นจากประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันก่อน ตามด้วยประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เมื่อเยอรมันแพ้สงครามราวกลางปี ค.ศ. 1948 ที่ประชุมของผู้ว่าการของมลรัฐต่าง ๆ ได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมา 1 ชุด เพื่อทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการชุดดังกล่าวมีความตั้งใจว่ารัฐธรรมนูญฉบับที่จะยกร่างขึ้นนี้จะมีลักษณะชั่วคราว กล่าวคือ จะใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไปจนกว่าจะมีการรวมดินแดนของเยอรมันทั้งสองฝั่งเข้าด้วยกัน จึงขนานนามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) หรือ Basic Law²⁵ สำคัญสำคัญของกฎหมายพื้นฐานได้แก่ การเพิ่มมาตรการที่ช่วยให้รัฐบาลเยอรมันเข้มแข็ง วางกฎเกณฑ์ให้ฝ่ายค้านไม่สามารถยื่นญัตติโดยลำพังได้โดยไม่อภิปรายแปรญัตติ เป็นต้น

²⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, (กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 126.

สำหรับประเทศฝรั่งเศส ภายหลังจากการปฏิวัติ ค.ศ. 1789 ทำให้เกิดความผันผวนทางการเมืองอย่างมาก รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ ไม่สามารถก่อให้เกิดภาวะผู้นำเพื่อแก้ไขปัญหาสำคัญ ๆ ของประเทศได้ ส่งผลสืบเนื่องไปถึงการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญฉบับสิบครั้ง โดยรัฐธรรมนูญที่มีความสำคัญ อาทิ รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. 1946 ใช้รูปแบบการปกครองในระบบรัฐสภาที่สภามีอำนาจค่อนข้างมากจนสามารถครอบงำรัฐบาลได้ ทั้งยังมีการใช้ระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วนที่สามารถสะท้อนความคิดเห็นของประชาชนได้อย่างทั่วถึง แต่ก็นำไปสู่รัฐสภาที่ประกอบไปด้วยพรรคเล็กและรัฐบาลผสมซึ่งไม่มั่นคงมากนัก ความอ่อนแอของรัฐบาลนี้เองที่ทำให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองเป็นระยะ ๆ จนในที่สุดประชาชนเริ่มไม่พอใจกับสถานการณ์ความไม่มั่นคงที่เกิดขึ้น กระทั่งหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นายพลเดอโกล์เปลี่ยนฝรั่งเศสเป็นระบบกึ่งประธานาธิบดี และยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ มีการประกาศใช้อย่างเป็นทางการในวันที่ 4 ตุลาคม ค.ศ. 1958 ถูกขนานนามว่ารัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐที่ 5 ซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่เคยปรากฏที่ใดมาก่อน เช่น การให้รัฐบาลขอความไว้วางใจจากสภาผู้แทนราษฎรในนโยบายหรือโครงการที่สำคัญ เมื่อรัฐบาลแถลงต่อสภาผู้แทนราษฎรแล้ว หากฝ่ายค้านไม่ยื่นญัตติไม่ไว้วางใจภายใน 48 ชั่วโมง ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรให้ความเห็นชอบเป็นต้น

จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในยุคหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นอกจากจะจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง คำนึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน และสร้างความเป็นธรรมให้สังคมแล้ว ยังเริ่มต้นให้ความสำคัญเกี่ยวกับกลไกการสร้างเสถียรภาพทางการเมืองให้แก่รัฐบาลมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อให้รัฐบาลมีความเข้มแข็งเพียงพอที่จะบริหารประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ก็มีผลเลยต่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และการถูกตรวจสอบได้ตามกลไกของกฎหมาย ตลอดจนทำให้ระบบรัฐสภาเป็นระบบที่มีเหตุผล เรียกได้ว่าเป็นแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในระบบรัฐสภาก็ว่าได้

2.2.6 ยุคการพัฒนาแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่

ยุคนี้ก็คือยุคปัจจุบัน (ศตวรรษที่ 21) ซึ่งเป็นยุคของการพยายามจัดทำรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นระดับประเทศ ระดับภูมิภาค หรือระดับนานาชาติ เช่น ในปี ค.ศ. 2000 สหภาพยุโรปได้จัดทำรัฐธรรมนูญยุโรป หรือ European Constitution แม้จะอยู่ในรูปแบบสนธิสัญญา แต่หลายประเทศได้ให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภาและต่อมาเกิดปัญหาทางการเมืองในฝรั่งเศสจึงทำให้กระบวนการต่าง ๆ หยุดชะงัก ฉะนั้น การตรารัฐธรรมนูญนานาชาติกรณีสหภาพยุโรปจึงยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ประกอบไปด้วยหลักสำคัญ ดังต่อไปนี้

- 1) หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ
- 2) หลักการแบ่งแยกองค์กรใช้อำนาจอธิปไตย
- 3) ทฤษฎีสัญญาประชาคม

ในที่นี้ผู้เขียนขออธิบายถึง “หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ” ซึ่งยังมีได้กล่าวถึง ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้อธิบายถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ว่า “รัฐธรรมนูญย่อมเป็นกฎหมายสูงสุด คือมีฐานะเหนือกว่ากฎหมายใด ๆ ของรัฐทั้งสิ้น ทั้งนี้ เห็นได้จาก (1) รัฐธรรมนูญของประเทศโดยมากแก้ไขเพิ่มเติมได้ยากกว่ากฎหมายธรรมดา... (2) รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ ๆ ต้องสาบานหรือปฏิญาณตนว่าจะรักษาและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ... (3) การละเมิดรัฐธรรมนูญโดยใช้กำลังบังคับหรือการใช้กำลังประทุษร้ายย่อมทำให้ผู้ละเมิดมีความผิดฐานกบฏ... (4) บทบัญญัติของพระราชบัญญัติที่มีข้อความแย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้...”²⁶

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศเป็นกฎหมายที่กำหนดแบบแผนกระบวนการบริหารประเทศและเป็นแม่บทกฎหมายทั้งปวงของแต่ละประเทศภายใต้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด พบว่ามีทฤษฎีทางกฎหมายรองรับอีก 3 ทฤษฎีด้วยกัน คือ

1) ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมาย

ทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮันส์ เคลเซิน (Hans Kelsen) ได้ก่อให้เกิดลำดับศักดิ์ของกฎหมาย โดยเคลเซินได้อธิบายไว้ว่า กฎหมายที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่าต้องพิจารณาความสัมพันธ์ของกฎเกณฑ์ 2 ชนิด คือ

(1) กฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจออกกฎเกณฑ์อื่น

(2) กฎเกณฑ์ที่ออกตามอำนาจของกฎเกณฑ์อื่น หรือกฎเกณฑ์ที่ออกโดยอาศัยอำนาจที่ได้รับมาจากกฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจในการออกกฎเกณฑ์อื่น

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า กฎเกณฑ์ใดต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายอื่นแล้ว กฎเกณฑ์นั้นย่อมมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ากฎเกณฑ์ที่ให้อำนาจ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีลำดับศักดิ์สูงกว่าพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจออกพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาทั้งปวง อย่างไรก็ตาม สำหรับรัฐธรรมนูญนั้น เคลเซินได้อธิบายโดยอาศัยทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติว่า กฎเกณฑ์ที่เป็นขั้นสูงสุดอันมีลำดับศักดิ์เหนือกว่า

²⁶ หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญของคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อ้างถึงใน ปรานทิพย์ พรวัฒนกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” หน้า 46.

รัฐธรรมนูญ (ฉบับแรก) เรียกว่า “กฎเกณฑ์พื้นฐาน” หรือ Grund norm ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่ให้อำนาจในการตรารัฐธรรมนูญฉบับแรกเริ่ม กฎเกณฑ์พื้นฐาน หรือ Grund norm จึงมีความสัมพันธ์ในลักษณะห่วงโซ่ที่สัมพันธ์กับกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายไปจนถึงรัฐธรรมนูญซึ่งถือว่าเป็นกฎเกณฑ์ชั้นมูลฐาน

2) ทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract)

หากพิจารณาหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในมุมมองของระบอบประชาธิปไตยที่รัฐธรรมนูญเป็นสัญญาประชาคม สมาชิกทุกคนในสังคมได้ร่วมกันสร้างขึ้นเป็นกฎเกณฑ์ในการปกครองในระบอบการเมืองการปกครองของประเทศ และควบคุมสังคมให้อยู่ในความสงบเรียบร้อย ทุกคนในสังคมไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้อยู่ภายใต้การปกครองก็ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญเพื่อเป็นหลักประกันเจตนารมณ์ของประชาชน และให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกละเมิด และเพื่อมิให้หลักการต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญรับรองถูกเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขเพิ่มเติมได้ง่ายเช่นกฎหมายธรรมดา จึงมีความจำเป็นต้องยอมรับให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดอยู่เหนือทุกส่วนของสังคม²⁷

3) ทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง

ซีเอเยส์ (Sieyes) ได้ให้กำเนิดทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง โดยกล่าวว่า สังคมทุกสังคมจะมีอำนาจอยู่อำนาจหนึ่งที่เรียกว่า อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมือง (Pouvoir Constituant) ซึ่งอำนาจก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองนั้นแสดงออกมาโดยผ่านทางรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญขึ้น เป็นที่มาโดยตรงของรัฐธรรมนูญ เมื่อมีรัฐธรรมนูญแล้วรัฐธรรมนูญนั้นย่อมก่อตั้งระบบกฎหมายขึ้นทั้งระบบและก่อตั้งองค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจการเมืองการปกครอง อันมีผลให้รัฐธรรมนูญอยู่เหนือกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหมด และองค์กรอื่นที่ถูกก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ ดังนี้ อำนาจในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองจึงถูกเรียกในอีกชื่อหนึ่งว่า อำนาจในการจัดให้มีรัฐธรรมนูญ²⁸

ผลของความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ คือกฎหมายอื่นในระบบกฎหมายจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไม่ได้ และการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทำได้ยากเนื่องจากรัฐธรรมนูญนั้นจะต้องกำหนดวิธีการ หรือกระบวนการในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตัวเองไว้เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาโดยทั่วไป เพื่อรับรองความเป็นกฎหมายสูงสุดของ

²⁷ ประทีป พรวฒนะกิจ, “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย,” หน้า 47.

²⁸ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, หน้า 143.

ตัวเอง ไม่ขยายอำนาจให้กับฝ่ายนิติบัญญัติให้สามารถแก้ไขหรือออกกฎหมายได้ตามอำเภอใจ และเพื่อสร้างความมั่นคงถาวรให้กับรัฐธรรมนูญเองด้วย

2.3 วัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการร่างรัฐธรรมนูญ

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแต่ยุคแต่ละสมัย ตลอดจนหลักการสำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญสมัยใหม่แล้ว จะเห็นได้ว่าแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเป็นแนวคิดที่ประเทศในระบอบประชาธิปไตยอันมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดและเป็นกลไกในการปกครองประเทศนำไปเป็นแนวทางในการปฏิรูประบอบการเมืองการปกครองและพัฒนาข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญในแต่ละประเทศจนกระทั่งปัจจุบันแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกลายเป็นกระแสหลักในการแก้ไขข้อบกพร่องของระบบการเมืองการปกครองทั่วโลกก็ว่าได้ จากหลักการสำคัญของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมนำมาสู่แนวคิดในการร่างรัฐธรรมนูญของรัฐสมัยใหม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญที่จะถือว่าอยู่ในกรอบของแนวคิดรัฐธรรมนูญจะต้องมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

1) รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมต้องเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในความเป็นมนุษย์ไว้ หรือในบางตำราเรียกว่า “สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” หมายถึง อำนาจที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรอง คุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในรัฐหรือประเทศในอันที่จะกระทำการใด หรือไม่กระทำการใด ซึ่งการให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายต้องให้ความเคารพปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างใดก็ตาม สิทธิและเสรีภาพของประชาชนนอกจากจะได้รับการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแล้ว ในประชาคมโลกที่มีความแตกต่างกันตามอัตลักษณ์ของแต่ละประเทศจึงมีวิถีปฏิบัติต่อประชาชนของตนแตกต่างกัน และเพื่อให้มนุษย์ได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเหมือนกัน จึงได้มีข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับที่ประเทศภาคีสมาชิกยึดถือปฏิบัติอีกด้วย

2) การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

รัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิมนอกจากเป็นกลไกในการก่อตั้งองค์กรทางการเมืองและเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยรวมแล้ว จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐด้วย โดยมีหลักการสำคัญ 2 ประการ²⁹ ประการแรก หลักการใช้อำนาจของรัฐที่ต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ รัฐจะใช้อำนาจของรัฐก้าวล่วงเข้าไปในสิทธิ

²⁹ มานิตย์ จุมปา, *หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ*, หน้า 17-18.

เสรีภาพของประชาชนจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้ รัฐจะกระทำมิได้ และประการที่สอง คนทุกคนในรัฐอยู่ภายใต้กฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน ไม่มีใครมีอภิสิทธิ์ไม่ว่าจะเป็นผู้ปกครองหรือผู้ใต้ปกครองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายเช่นเดียวกัน

แต่เดิมสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ มีลักษณะค่อนข้างจำกัดและมุ่งเน้นเฉพาะเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ภายหลัมนับแต่ศตวรรษที่ 19 เป็นต้นมาสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญสมัยใหม่ขยายออกไปอย่างมาก โดยเฉพาะบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรอิสระหรือองค์กรกึ่งตุลาการ ที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจโดยมิชอบของนักการเมืองและผู้บริหารระดับสูง เช่น สถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ฯลฯ

3) การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล

วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่งของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมสมัยใหม่ คือการกำหนดมาตรการที่มีความมุ่งหมายทำให้รัฐบาลมีประสิทธิภาพโดยทำให้องค์กรทางการเมืองฝ่ายบริหารมีความมั่นคง ทั้งนี้ จะต้องมีส่วนในทางนโยบาย เพราะองค์กรทางการเมืองฝ่ายบริหารจะต้องอยู่ในฐานะต้องตัดสินใจกระทำการได้ด้วยเหตุผลและจำต้องมีฐานะมั่นคงในช่วงเวลาหนึ่งที่เป็นไปเพื่อบริหารนโยบายนั้นให้บรรลุผลตามความมุ่งหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย³⁰

การร่างรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นไปตามกรอบหรือวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้นั้นจำเป็นต้องอาศัยการเทียบเคียงกลไกของรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ เพื่อแสวงหาหลักที่เหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพในการจัดองค์กรทางการเมืองและการบริหารประเทศให้มีระบบระเบียบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเหนือสิ่งอื่นใดเพื่อให้รัฐธรรมนูญถูกทำลายลงได้โดยง่าย เพราะกลไกรัฐธรรมนูญถูกกำหนดขึ้นก็เพื่อให้เป็นวิถีทางที่จะนำไปสู่จุดมุ่งหมายในการดำรงอยู่อย่างผาสุกของมนุษย์ที่มีการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมนุษย์นั่นเอง

3. แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมท่ามกลางการเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลังการรัฐประหาร พ.ศ. 2557

บทความฉบับนี้ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 นั่นก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อันส่งผลกระทบต่อร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติ วันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 โดยมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

³⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 125.

3.1 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับการเปลี่ยนผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

3.1.1 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมยังไม่ได้ได้รับความสนใจมากนักในประเทศไทย คงมีเพียงกระแสแนวความคิดประชาธิปไตยเฉพาะเพียงการนำกลไกบางอย่างของระบอบประชาธิปไตยเข้ามาปฏิรูปการปกครอง ผลของการเปลี่ยนแปลงมีเพียงการปรับปรุงทางด้านเทคนิคการบริหารราชการและการทดลองกลไกบางอย่างภายใต้โครงสร้างของระบอบการปกครองดั้งเดิม ต่อมานับแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 คณะราษฎรมีแนวคิดระบอบประชาธิปไตยเพื่อใช้เป็นรากฐานอุดมการณ์ทางการเมืองแต่ก็ยังไม่ชัดเจน เนื่องจากเป้าหมายหลักของการเปลี่ยนแปลงการปกครองอยู่ที่การลดบทบาททางการเมืองของสถาบันกษัตริย์ลงเท่านั้น อันส่งผลทำให้ห้วงระยะเวลาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 ถึง พ.ศ. 2500 เป็นห้วงเวลาของการช่วงชิงอำนาจในระหว่างกลุ่มผู้นำทางการเมือง โดยมิได้สร้างเสริมให้แนวคิดประชาธิปไตยตะวันตกหยั่งรากลึกลงในสังคมไทยอย่างแท้จริง ปัจจุบันหากไม่รวมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประเทศไทยได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 19 ฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับก็ได้มีการจัดวางโครงสร้างองค์การทางการเมือง การใช้อำนาจอธิปไตย และเนื้อหาของรัฐธรรมนูญไปตามสภาพการณ์ทางการเมืองก่อนยกร่างรัฐธรรมนูญ อันถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อเนื้อหาของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรแต่ละฉบับ โดยเฉพาะต่อการบรรจุแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยและสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล จากการศึกษาพบว่า รัฐธรรมนูญหลายฉบับโดยเฉพาะฉบับชั่วคราวไม่มีการนำแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการยกร่างรัฐธรรมนูญเลย ในทางกลับกันมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับที่มีความพยายามนำแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้ครบถ้วนทุกประการ โดยสามารถจัดแบ่งรัฐธรรมนูญของประเทศไทยได้ 3 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 รัฐธรรมนูญที่ไม่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมเลย

รัฐธรรมนูญที่ไม่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอย่างสิ้นเชิง มักอยู่ในลักษณะของรัฐธรรมนูญที่เป็นเครื่องมือของคณะรัฐประหาร เนื่องจากผู้ก่อการรัฐประหารมิได้คำนึงถึงแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอันเป็นหลักการพื้นฐานในการร่างรัฐธรรมนูญของประเทศประชาธิปไตย แต่คำนึงถึงเพียงเป้าหมายในการล้มล้างระบอบการปกครอง หรือการล้มล้างรัฐบาลที่ปกครองประเทศในขณะนั้น และรวมอำนาจเบ็ดเสร็จในการปกครองประเทศและรักษาไว้ซึ่งอำนาจของตนที่มีอยู่ในขณะนั้นให้นานที่สุด รัฐธรรมนูญในกลุ่มนี้มีทั้งหมด 10 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475,

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549

กลุ่มที่ 2 รัฐธรรมนูญที่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมบางส่วน แต่ไม่อาจบรรลุตามวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการร่างรัฐธรรมนูญ

ในการจัดทำรัฐธรรมนูญบางฉบับภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 ได้มีกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่มีการกำหนดให้มีการประชุมโดยเปิดเผย และมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ตลอดจนการเปิดโอกาสให้วิพากษ์วิจารณ์ร่างรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่อย่างไม่เคยมีมาก่อน ประกอบกับแนวคิดของผู้ร่างในขณะนั้นได้มีการนำแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาใช้ในการร่างรัฐธรรมนูญ โดยการวางรากฐานเรื่องหลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกลไกในการตรวจสอบการใช้อำนาจอธิปไตย หรือการจำกัดอำนาจของรัฐไว้ในรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ๆ ที่มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างกว้างขวางและมีการแยกออกเป็นสิทธิและเสรีภาพประเภทต่าง ๆ ไว้ในแต่ละมาตรา แต่ถึงกระนั้น รัฐธรรมนูญเหล่านี้แม้จะพยายามบรรจุแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมไว้อย่างชัดเจน แต่กลับไม่มีเนื้อหาเพื่อเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

กลุ่มที่ 3 รัฐธรรมนูญที่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมครบถ้วนและบรรลุตามวัตถุประสงค์ของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการร่างรัฐธรรมนูญ

จากอดีตนับแต่ความพยายามยกร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม ดังปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอยู่น้อย จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ปรากฏแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอย่างเด่นชัดและเป็นรูปธรรมที่สุดฉบับแรก โดยผู้ร่างผลักดันให้เกิดแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอย่างเต็มกำลังท่ามกลางสภาพการณ์ทางการเมืองที่เต็มไปด้วยพลังกดดันในสังคมไม่ว่าจะเป็นกลุ่มนิสิต นักศึกษา และประชาชน จนทำให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นประชาธิปไตยมากฉบับหนึ่ง

นับแต่นั้นเป็นต้นมา รัฐธรรมนูญถาวรแทบทุกฉบับได้บรรจุแนวคิด รัฐธรรมนูญนิยมไว้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้บัญญัติอย่างชัดเจนถึงหลักการดังกล่าวในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ โดยเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ก็คือการปฏิรูปการเมืองโดยมีเป้าหมาย 3 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ขยายสิทธิ เสรีภาพ และส่วนร่วมของพลเมืองในการเมือง ประการที่สอง การเพิ่ม การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยประชาชน เพื่อให้เกิดความสุจริตและโปร่งใสในระบอบ การเมือง และประการสุดท้าย การทำให้ระบบการเมืองมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพ

3.1.2 สถานการณ์การเปลี่ยนผ่านของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

ก่อนการรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ระบบการเมือง การปกครองของไทยเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 2 ว่า “ประเทศไทยมีการ ปกครองระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจ นั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว” นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญกำหนดระบบการเมืองของไทยให้เป็นระบบเสรีประชาธิปไตยและระบบรัฐสภาที่ ประชาชนเป็นผู้เลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยตรง แล้วให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้เลือก นายกรัฐมนตรีจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จากนั้นให้นายกรัฐมนตรีจัดตั้งคณะรัฐมนตรีขึ้นมา บริหารราชการแผ่นดินโดยต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาในนโยบายทั่วไปของคณะรัฐมนตรี ซึ่ง ภายใต้อำนาจรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นี้ รัฐบาลที่ได้รับการสนับสนุน จากพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรไม่อาจบริหารราชการแผ่นดินได้ตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้รับการต่อต้านจากกลุ่มทางการเมืองที่ไม่ยอมรับรัฐบาล และพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร โดยเห็นว่าเป็นพวกเดียวกันและทำให้เกิด “ระบบเผด็จการรัฐสภา” ดังนั้น กลุ่มทางการเมืองดังกล่าวจึงใช้วิธีการเคลื่อนไหวทาง การเมืองโดยการชุมนุมประท้วง การปิดถนน การยึดสถานที่ราชการ การยึดสนามบิน ฯลฯ เพื่อกดดันให้รัฐบาล หรือให้มีการยุบสภา ทั้งในสมัยรัฐบาลนายสมัคร สุนทรเวช สมัยรัฐบาล นายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ และสมัยรัฐบาลนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นนายกรัฐมนตรี

จนกระทั่งสมัยรัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) พรรคเพื่อไทยและพรรคร่วมรัฐบาลได้เสนอร่าง พระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดเนื่องจากการชุมนุมทางการเมือง การ แสดงออกทางการเมือง พ.ศ. ... ต่อสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติรับหลักการ ในวาระที่ 1 และแต่งตั้งคณะกรรมการฯ ขึ้นมาพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่

คณะกรรมการฯ โดยเสียงข้างมากได้แก้ไขขอบเขตของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงผู้ซึ่งกระทำความผิดในกรณีอื่น ๆ ด้วย จนมีการคัดค้านจากพรรคประชาธิปัตย์ว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี นอกจากนี้ การแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมฯ ดังกล่าว ยังได้รับการคัดค้านโดยนิสิต นักศึกษา นักวิชาการ พนักงานเอกชน นักแสดง ญาติของผู้สูญเสียจากการสลายการชุมนุมในปี พ.ศ. 2553 ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการต่อต้านจากนายสุเทพ เทือกสุบรรณ และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคประชาธิปัตย์กลุ่มหนึ่ง โดยเริ่มต้นด้วยการตั้งเวทีปราศรัยในพื้นที่ที่จำกัดอยู่ในสถานีรถไฟสามเสน แต่ต่อมาเมื่อมีประชาชนเข้าร่วมชุมนุมเพิ่มมากขึ้น แม้ว่าสภาผู้แทนราษฎรจะได้มีมติถอนร่างพระราชบัญญัติการปรองดองแห่งชาติฯ พ.ศ. ... และพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมฯ ทุกฉบับที่ยังไม่ได้มีการพิจารณาออกจากระเบียบวาระการประชุมแล้ว และแม้วุฒิสภาจะได้มีมติไม่รับหลักการร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมฯ ฉบับที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรมาแล้วก็ตาม นายสุเทพฯ พร้อมด้วย ส.ส. พรรคประชาธิปัตย์ จำนวนหนึ่งก็ได้ประกาศลาออกจากตำแหน่ง ส.ส. และได้เปลี่ยนจากการคัดค้านร่างพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมฯ มาเป็นการขับไล่รัฐบาลนางสาวยิ่งลักษณ์ ชินวัตร และขจัดอิทธิพลของ พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี จากการเมืองไทย โดยในวันที่ 29 พฤศจิกายน 2556 นายสุเทพฯ พร้อมด้วยแกนนำ “เครือข่ายนักศึกษาประชาชนปฏิรูปประเทศไทย” (คปท.) และแกนนำ “กองทัพประชาชนโค่นล้มระบอบทักษิณ” (กปท.) รวมตัวกันบนเวทีอนุสาวรีย์ประชาธิปไตย ประกาศก่อตั้ง “คณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” หรือที่รู้จักกันในนาม “กปปส.” โดยมีนายสุเทพฯ เป็นเลขาธิการ กปปส. มีการเปลี่ยนวิธีการต่อต้านจากการจัดตั้งเวทีปราศรัยมาเป็นวิธีการเข้ายึดสถานที่ราชการ การปิดล้อมสถานีโทรทัศน์ต่าง ๆ และเรียกร้องให้มีการจัดตั้ง “สภาประชาชน” (ที่มีได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน) และให้มี “นายกรัฐมนตรีคนกลาง” (ที่มีได้มาจากการเลือกโดยสภาผู้แทนราษฎร) โดยอ้างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 ในส่วนที่บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย” และมาตรา 7 ที่บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีได้ ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” แต่นางสาวยิ่งลักษณ์ฯ นายกรัฐมนตรียืนยันว่ารัฐบาลจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงได้ประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2557 สถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยทวีความรุนแรงขึ้นอย่างต่อเนื่องเมื่อพรรคประชาธิปัตย์มีมติไม่ส่งผู้สมัครในการเลือกตั้งทั่วไปและในขณะเดียวกัน กปปส. ได้พยายามขัดขวางไม่ให้มีการเลือกตั้งโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในวันที่ 27 ธันวาคม 2556

ในพื้นที่ภาคใต้ กบปส. ปิดทางเข้าออกสถานที่สมัครรับเลือกตั้ง ส.ส. แบบเขต จนทำให้ไม่มีผู้สมัครใน 28 เขตเลือกตั้ง วันที่ 29 ธันวาคม 2556 นายสุเทพฯ ประกาศ “ชัตดาวน์” กรุงเทพมหานคร ทำให้รัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีมีมติประกาศใช้พระราชกำหนดสถานการณ์ฉุกเฉินฯ ภายในพื้นที่ 4 จังหวัด ประกอบด้วย กรุงเทพมหานคร นนทบุรี สมุทรปราการ และปทุมธานี เป็นเวลา 60 วัน ด้วยเหตุความขัดแย้งทางการเมืองดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบอบการเมืองการปกครองของประเทศไทยอย่างมาก ส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญหลายฉบับเพื่อแก้ไขปัญหาการเลือกตั้งและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

กระทั่งวันที่ 20 พฤษภาคม 2557 พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบกได้ออกประกาศกองทัพบก ฉบับที่ 1/2557 เรื่อง การประกาศใช้พระราชบัญญัติกฏอัยการศึก และได้จัดตั้งกองอำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อย (รส.) โดยมีผู้บัญชาการทหารบกเป็นผู้อำนวยการ วันที่ 21 พฤษภาคม 2557 พล.อ.ประยุทธ์ฯ ได้เชิญตัวแทนวุฒิสภา รัฐบาล กกต. พรรคเพื่อไทย พรรคประชาธิปัตย์ กบปส. และ นปช. แต่ไม่อาจหาข้อยุติได้ จำต้องมีการประชุมครั้งที่ 2 แต่ก็ยังคงตกลงกันไม่ได้เช่นเดิม พลเอกประยุทธ์ฯ ในฐานะผู้อำนวยการกองอำนวยการรักษาความสงบเรียบร้อย (ผอ. รส.) ได้ยกเลิกการประชุมและดำเนินการควบคุมผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมดไปที่กรมทหารราบที่ 1 กองพันที่ 1 รักษาพระองค์ ต่อจากนั้นเวลา 16.30 น. พล.อ.ประยุทธ์ฯ และผู้บัญชาการเหล่าทัพได้ประกาศยึดอำนาจรัฐ โดยพลเอกประยุทธ์ฯ ผู้บัญชาการทหารบกในฐานะหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เพื่อยึดอำนาจรัฐ ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นการรัฐประหารครั้งที่ 13 ของประเทศไทย และออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ฉบับที่ 5/2557 และฉบับที่ 11/2557 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สิ้นสุดลง ยกเว้นหมวด 2 พระมหากษัตริย์ แต่ให้ศาลทั้งหลายคงมีอำนาจดำเนินการพิจารณาและพิพากษาอรรถคดีตามกฎหมายต่อไป ส่วนองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทั้ง 4 องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ ผู้ตรวจการแผ่นดิน กกต. คณะกรรมการ ปปช. และ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ยังคงอยู่และมีผลบังคับใช้ต่อไป

วันที่ 22 กรกฎาคม 2557 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งนับเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ 19 ของประเทศไทย ก่อให้เกิดแม่น้ำ 5 สาย คือ

- แม่น้ำสายที่ 1 สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ทำหน้าที่นิติบัญญัติ มีสมาชิก 220 คน

- แม่น้ำสายที่ 2 คณะรัฐมนตรี โดยมี พล.อ. ประยุทธ์ฯ เป็นนายกรัฐมนตรี

- แม่น้ำสายที่ 3 สถาปนาปฏิรูปแห่งชาติ (สปช.) มีสมาชิกทั้งหมด 250 คน ทำหน้าที่เสนอแนะแนวทางปฏิรูปประเทศด้านต่าง ๆ ไปยังคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (หากเป็นเรื่องที่ต้องมีกฎหมายรองรับ ให้ สปช. ยกร่างกฎหมาย แล้วเสนอไปยัง สนช. ต่อไป) และให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญที่จะมีคณะกรรมการการไปยกร่างจัดทำขึ้น

- แม่น้ำสายที่ 4 คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ

- แม่น้ำสายที่ 5 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คงอยู่ต่อไป แต่อำนาจของ คสช. ตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ถึงความชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นไปตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอันเป็นหลักสากล

จะเห็นได้ว่า เหตุการณ์ความขัดแย้งทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วง พ.ศ. 2556 ถึง 2557 ของไทย ได้ทำให้ทหารสามารถก้าวเข้ามาแทรกแซงทางการเมือง โดยวิกฤตการณ์ทางการเมืองได้ส่งผลไปให้ทหารทำการรัฐประหาร นับเป็นรัฐประหารครั้งที่ 13 ในประวัติศาสตร์ไทย และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ฉะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่ถูกสร้างขึ้นมาภายหลังการรัฐประหารจึงมุ่งแก้ไขปัญหาสถานการณ์บ้านเมืองในขณะนั้นเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นการรวบอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จไว้ที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ และการใช้มาตรา 44 อันมีวัตถุประสงค์ในลักษณะเป็นการป้องกันการกระทำใด ๆ อันอาจจะก่อความวุ่นวายทางการเมือง อาทิ การออกประกาศ คำสั่งยกเลิกเพิกถอนกฎหมาย ปลด โยกย้ายข้าราชการ และเรียกบุคคลเข้ามาปรับทัศนคติ ฯลฯ ซึ่งการใช้อำนาจดังกล่าวผ่านรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 เป็นที่วิพากษ์วิจารณ์และตั้งคำถามถึงความชอบด้วยแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมจากนานาอารยประเทศที่ปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยอย่างกว้างขวางในหัวข้อต่อไป ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ว่ามีอยู่หรือไม่ เพียงใด

3.1.3 แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ตลอดระยะเวลา 4 ปีที่ผ่านมา ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์อย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นเรื่องโครงสร้างการปกครองซึ่งทำให้ประเทศเป็นระบบสภาเดียว คือมีสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพียงสภาเดียว การสืบทอดอำนาจของคณะผู้ทำการรัฐประหารซึ่งครอบงำในทุกองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญภายหลังการรัฐประหาร การจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน การบังคับใช้มาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 อันเป็นไปในลักษณะตามอำเภอใจมากกว่าตามกฎหมาย และการร่างรัฐธรรมนูญ

ฉบับใหม่ซึ่งวางกลไกให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ยังคงครอบงำระบบการเมืองการปกครองต่อไปในช่วงระยะเวลา 5 ปีเช่นเดิม สร้างความกังวลให้กับประชาชนเป็นอย่างมากจากการวิพากษ์วิจารณ์ที่เกิดขึ้นดังกล่าวอาจวิเคราะห์ตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมได้ดังต่อไปนี้

3.1.3.1 รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” แม้จะมีการบัญญัติรับรองคัดค้านความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของประชาชนไว้ตามรัฐธรรมนูญ แต่การรับรองดังกล่าวเป็นเพียงการรับรองตามประเพณี การปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้วเท่านั้น รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติหรือวางหลักการเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพดังกล่าวเมื่อเกิดการละเมิด หรือการเยียวยาแก่การละเมิดสิทธิเสรีภาพนั้น และเมื่อประกอบกับโครงสร้างการปกครองประเทศภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ไม่จำกัดการใช้อำนาจผู้ใช้อำนาจดังที่กล่าวไปแล้ว ดังนั้น สิทธิเสรีภาพของประชาชนจึงเสี่ยงต่อการละเมิดที่จะเกิดขึ้นจากการใช้อำนาจรัฐนั่นเอง

3.1.3.2 หลักการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

หลักการสำคัญประการหนึ่งของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม คือการแบ่งแยกอำนาจ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักการแบ่งแยกผู้ใช้อำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ซึ่งแต่ละอำนาจต้องมีการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจซึ่งกันและกัน เพื่อมิให้อำนาจเบ็ดเสร็จอยู่กับองค์กรใดองค์กรหนึ่งแต่เพียงองค์กรเดียว และเพื่อมิให้องค์กรเหล่านั้นใช้อำนาจเกินขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติและใช้อำนาจเข้าไปละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญจะยังคงแบ่งแยกการใช้อำนาจออกเป็น 3 อำนาจ คืออำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เหมือนดังที่ปรากฏในหลักการแบ่งแยกอำนาจของมองเตสกีเอร์ก็ตาม แต่หากพิจารณาไปในรายละเอียดในทางรูปแบบการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้วางหลักการตรวจสอบอำนาจรัฐ หรือหลักการจำกัดการใช้อำนาจรัฐไว้แต่อย่างใด โดยสามารถแยกพิจารณาในรายละเอียดได้ ดังต่อไปนี้

1) การใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 บัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เป็นสภาที่ทำหน้าที่นิติบัญญัติแทนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา โดยมีสมาชิกไม่เกิน 220 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งขึ้นตามคำแนะนำของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (เป็นผู้เลือกสรร) แล้วนำความขึ้นกราบบังคับทูล สมาชิกทั้ง 220 คน ไม่มีการรับสมัคร จึงเป็นดุลยพินิจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยแท้ซึ่งขัดต่อหลักประชาธิปไตยอย่างชัดเจน นอกจากนี้เมื่อหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นข้าราชการทหารอันถือว่าเป็นผู้ปฏิบัติตามนโยบายการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหาร อันจัดได้ว่าเป็นผู้ใช้อำนาจบริหาร เมื่อข้าราชการทหารเป็นผู้ได้เสียในการปฏิบัติตามกฎหมาย (ในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายด้วย) ย่อมขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ไม่ต้องการให้การใช้อำนาจอย่างเบ็ดเสร็จตกอยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งอย่างชัดเจน

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ยังวางกลไกในการควบคุมตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารไว้อย่างง่ายทั้งในส่วนของการยื่นกระทู้ถามรัฐมนตรี ตามมาตรา 16 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้สมาชิกทุกคนมีสิทธิตั้งกระทู้ถามรัฐมนตรีในเรื่องใดอันเกี่ยวกับงานในหน้าที่ได้ แต่รัฐมนตรีย่อมมีสิทธิที่จะไม่ตอบเมื่อเห็นว่าเรื่องนั้นยังไม่ควรเปิดเผยเพราะเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือประโยชน์สำคัญของแผ่นดิน หรือเมื่อเห็นว่าเป็นกระทู้ที่ต้องห้ามตามข้อบังคับ และการตรวจสอบการทำงานด้วยการเปิดอภิปราย ตามมาตรา 16 วรรคสอง ในกรณีมีปัญหาสำคัญ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จะเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายเพื่อซักถามข้อเท็จจริงจากคณะรัฐมนตรีก็ได้ แต่จะลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจไม่ได้ จึงถือว่าเป็นเพียงการซักถามข้อเท็จจริงในการทำงานเท่านั้น ดังนั้น กลไกการตรวจสอบของฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่สามารถตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหารได้อย่างประสิทธิภาพ เพราะฝ่ายนิติบัญญัติคือสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เปรียบเสมือนส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหารที่ทำหน้าที่เป็นเครื่องมือให้แก่คณะรักษาความสงบแห่งชาติอันเป็นการขัดหลักการแบ่งแยกการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างชัดเจน

2) การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ไม่ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรี ฉะนั้น จะแต่งตั้งจากบุคคลใดก็ได้ เป็นข้าราชการประจำก็ได้ เป็นผู้บริหารรัฐวิสาหกิจก็ได้ โดยถือหลักการเพียงว่าเป็นช่วงเวลาที่ไม่ปกติ โดยให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นผู้เลือกสรรแล้วนำความกราบบังคมทูลให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งต่อไป ดังนั้นจะเห็นได้ว่านับแต่ที่มาของ

นายกรัฐมนตรีก็มีที่มาจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งเป็นผู้กระทำการรัฐประหารเสียแล้ว การใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีจึงไม่ใช่การใช้อำนาจเพื่อประชาชนหรือต้องรับผิดชอบต่อประชาชนแต่อย่างใด นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ไม่ได้กำหนดบทบาทบัญญัติอันเป็นกลไกให้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการ หรือประชาชนสามารถเข้ามาทำการตรวจสอบการใช้อำนาจของนายกรัฐมนตรีได้อย่างใด นายกรัฐมนตรีจึงเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่สามารถใช้อำนาจได้อย่างไร้ขีดจำกัดเช่นเดียวกับหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

3) การใช้อำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 บัญญัติว่า “ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อย หรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้ และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

จะเห็นได้ว่า มาตรา 44 เป็นมาตราที่ให้อำนาจทุกประการแก่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) โดยอาศัยเหตุผลอย่างกว้างขวาง หรือเรียกได้ว่าครอบจักรวาลก็ว่าได้ โดยมาตรา 44 ใช้คำว่า “...หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้” โดยคำว่า “ใด ๆ” หมายถึง ทุกสิ่งทุกอย่าง อันรวมถึงอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการด้วย ดังนั้น ไม่ว่าคณะรักษาความสงบแห่งชาติจะสั่งการ หรือกระทำด้วยประการใด ๆ รวมถึงรับคำสั่งหรือผู้ที่ทำตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติตามมาตรา 44 ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรือขัดกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ประกาศคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 26/2558 เรื่อง การดำเนินการเพื่อถอด พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ออกจากยศตำรวจ โดยอาศัยเหตุเพียงว่าเป็นกรณีกระทบต่อความมั่นคงของชาติและมีความจำเป็นต้องดำเนินการเป็นการด่วนเท่านั้น หรือกรณีการออกหมายจับนายจตุภัทร์ บุญภัทรรักษา หรือ “ไผ่ ดาวดิน” นักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ด้วยข้อหา

ขัดคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จากการจัดกิจกรรม “พูดเพื่อเสรีภาพ รัฐธรรมนูญกับคนอีสาน?” ซึ่งเป็นเวทีเสวนาในประเด็นเกี่ยวกับประชาธิปไตยที่มหาวิทยาลัยขอนแก่น เมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม 2559 อันนำไปสู่การดำเนินการของตำรวจและศาลที่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชน และเป็นที่ครหาของประชาชนต่อการใช้อำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติอย่างมาก

จะเห็นได้ว่า โครงสร้างการปกครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 นี้ ผิดแผกไปจากหลักการและความมุ่งหมายของแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจตามทฤษฎีของมงเตสกีเอร์ ทำให้องค์กรทางการเมืองที่ก่อตั้งขึ้นตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งในส่วนการเสนอรายชื่อการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งทั้งในฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และด้วยกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจของแต่ละองค์กรที่เกิดขึ้น รัฐธรรมนูญกลับกำหนดกลไกการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจอย่างมีข้อจำกัดและมีข้อยกเว้นจนทำให้การทำงานของทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารปราศจากการตรวจสอบถ่วงดุล (Check and Balance) ทำให้อำนาจที่แท้จริงตกอยู่ที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติในลักษณะอำนาจอย่างไร้ขีดจำกัดและปราศจากการตรวจสอบการใช้อำนาจ ซึ่งเป็นการขัดต่อแนวคิดการแบ่งแยกอำนาจเพราะอำนาจตกอยู่ที่บุคคลเพียงคนเดียว และยังคงเป็นการใช้อำนาจแบบรวมศูนย์อำนาจ ขัดต่อความประสงค์ของหลักนิติรัฐตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมอีกประการหนึ่งด้วย

3.1.3.3 การเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล

วัตถุประสงค์ประการสุดท้ายของแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม คือการกำหนดมาตรการที่มีความมุ่งหมายทำให้รัฐบาลมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องมีผู้นำในทางนโยบายในฐานะผู้ตัดสินใจกระทำการได้ด้วยเหตุผลและบริหารนโยบายนั้นให้บรรลุผลตามความมุ่งหมาย แต่ภายหลังการรัฐประหาร รัฐบาลทหารของ พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้ให้ความสำคัญกับสร้างเสถียรภาพของรัฐบาล เนื่องจากประการแรกผู้ทำหน้าที่ฝ่ายบริหารมิได้มาจากประชาชนตามครรลองของระบอบประชาธิปไตย และไม่สอดคล้องกับทฤษฎีสัญญาประชาคม ซึ่งโดยหลักการแล้วฝ่ายบริหารภายใต้ระบบรัฐสภาอันมีทฤษฎีสัญญาประชาคมเป็นพื้นฐาน เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติคือบุคคลที่เป็นผู้แทนของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติจึงเป็นผู้ทำหน้าที่เลือกบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเพื่อทำหน้าที่บริหารประเทศ และการบริหารประเทศของฝ่ายบริหารต้องรับผิดชอบต่อสภาผู้แทนราษฎรซึ่งถือเป็นผู้แทนของประชาชน แต่เมื่อพิจารณามาตรา 19³¹ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ

³¹ มาตรา 19 “พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีคนหนึ่งตามมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และรัฐมนตรีอื่นอีกจำนวนไม่เกินสามสิบห้าคนตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ ประกอบเป็น

ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 กลับบัญญัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้เสนอรายชื่อบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี โดยที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติเองมาจากอำนาจแต่งตั้งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ประการที่สอง เมื่อนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารและสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งโดยกลไกของรัฐธรรมนูญต้องทำหน้าที่ถ่วงดุลและตรวจสอบการทำหน้าที่ของฝ่ายบริหารมาจากองค์กรเดียวกันเสียแล้ว ท้ายที่สุดการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารจึงเสี่ยงต่อการใช้อำนาจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนตนของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ทำให้การบริหารประเทศมิได้เป็นไปเพื่อประชาชนอย่างแท้จริงและไม่สอดคล้องกับทฤษฎีสัญญาประชาคม จะเห็นได้ว่าแม้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะมีบทบัญญัติหลายมาตราให้การใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเป็นไปโดยสะดวกรวดเร็ว แต่มิใช่การทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพหรือความเข้มแข็ง แต่กลับทำให้รัฐบาลรวบอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดไว้แต่เพียงองค์กรเดียวและในตัวบุคคลเพียงคนเดียว คือ พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา ทั้งในฐานะนายกรัฐมนตรี และหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ตรงกันข้ามอย่างสิ้นเชิงกับระบอบประชาธิปไตยภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะร่างรัฐธรรมนูญให้รัฐบาลมีเสถียรภาพ คือมีความเข้มแข็ง แต่มีกลไกที่สามารถตรวจสอบและถ่วงดุลฝ่ายบริหารเมื่อมีการประพฤติมิชอบออกจากตำแหน่งได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3.1.4 การส่งผ่านแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมไปสู่ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559

จากการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ในหัวข้อที่ผ่านมา อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ไม่มีส่วนใดแสดงให้เห็นถึงแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม กล่าวคือ ประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ ไม่มีกลไกการตรวจสอบอำนาจรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่ให้ความสำคัญกับการสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้แก่รัฐบาล ผลพวงจากรัฐธรรมนูญซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมทำให้เกิดผลกระทบต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญถาวร หรือร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 ในหลายประการดังนี้

1) ประชาชนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

แม้ว่าความมุ่งหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและความมุ่งหมายของรัฐบาลจะมุ่งหวังให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมต่อกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญด้วยการกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเมื่อกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ (กรธ.) ได้ยกร่างรัฐธรรมนูญ

คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน ดำเนินการให้มีการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ และส่งเสริมความสามัคคีและความสามานฉันท์ของประชาชนในชาติ”

แล้วเสร็จและได้รับความเห็นชอบแล้ว โดยให้มีการลงประชามติเพื่อยอมรับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ แต่เมื่อพิจารณากระบวนการร่างรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่กำหนดขึ้นโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 จะเห็นได้ว่าการมีส่วนร่วมของประชาชนต่อกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้ส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติในร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกยกกว้างขึ้นแต่อย่างใด นอกจากนี้ ประเด็นเพิ่มเติมในการลงประชามติหรือที่เข้าใจโดยทั่วกันว่า “คำถามพ่วง”³² ซึ่งอาจอธิบายโดยหลักได้ว่า แต่เดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) ซึ่งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เป็นผู้ลงมติเลือกนายกรัฐมนตรีเข้ามาเป็นผู้บริหารประเทศ ส่วนวุฒิสภา (ส.ว.) นั้น ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการเลือกนายกรัฐมนตรีเลย เนื่องจากแต่เดิมวุฒิสภาเปรียบเสมือนสภาที่เลี้ยง ทำหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองร่างกฎหมายที่ผ่านสภาผู้แทนราษฎรมาแล้ว แต่หลักการของคำถามพ่วงที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) เห็นชอบให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อพ่วงไว้ในการจัดทำประชามติเสนอไปนั้น เขียนว่าให้ “ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา” พิจารณาเลือกนายกรัฐมนตรี หมายความว่าให้ทั้งสภาผู้แทนราษฎร 500 คน และวุฒิสภา 250 คน ลงมติร่วมกันเพื่อเลือกนายกรัฐมนตรี และเมื่อพิจารณาประกอบร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 มาตรา 269 กำหนดว่า ในวาระเริ่มแรกให้อำนาจอคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ในการตัดสินใจเลือกวุฒิสภาทั้งหมด 250 คน และระบบเลือกตั้งตามร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 ยังกำหนดคกปกป้องกันไม่ให้มีพรรคการเมืองใหญ่ได้ที่นั่ง ส.ส. มากเกินไปด้วยเพื่อป้องกันเผด็จการรัฐสภาเช่นในอดีต เช่นนี้แล้วจึงเป็นไปได้ยากมากที่จะมีพรรคการเมืองใดจะสามารถมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมากกว่า 250 คน ดังนั้น บทบาทในการเลือกนายกรัฐมนตรีจึงเป็นของวุฒิสภาซึ่งอยู่ภายใต้การครอบงำของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) อันถือว่าแข็งแกร่งอย่างมากเมื่อเทียบกับคะแนนเสียงของประชาชนจากการเลือกพรรคการเมืองที่ได้คะแนนสูงสุด ส่งผลให้ช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่าง 5 ปีแรกหลังประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ประเทศไทยยังคงรูปแบบการปกครองโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือรูปแบบเผด็จการทหารเช่นเดิม อันอาจกล่าวได้ว่าแม้จะมีการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในกระบวนการประชามติ แต่ในความเป็นจริงแล้วนั้นการมีส่วนร่วมของประชาชนต่อกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่อาจสะท้อนเจตจำนงร่วมกันตามหลักการสัญญา

³² คำถามว่า “ท่านเห็นชอบหรือไม่ว่า เพื่อให้การปฏิรูปประเทศเกิดความต่อเนื่องตามแผนยุทธศาสตร์แห่งชาติ สมควรกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลว่า ในระหว่าง 5 ปีแรกนับแต่วันที่มีรัฐสภาชุดแรกตามรัฐธรรมนูญนี้ ให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี”

ประชามติอันเป็นทฤษฎีพื้นฐานของรัฐธรรมนูญนิยมได้แต่อย่างใด ทั้งการลงประชามติดังกล่าวมิใช่การลงประชามติในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากขาดหลักการลงประชามติโดยเสรีเพราะเป็นการลงประชามติภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวไม่ได้มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้อย่างชัดเจน ไม่มีระบบที่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ ไม่มีกลไกการตรวจสอบอำนาจรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ประชาชนต้องจำนนต่อการเห็นชอบต่อร่างรัฐธรรมนูญในที่สุด

2) องค์กรที่ยกร่างรัฐธรรมนูญไม่มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชน

ตามหลักประชาธิปไตย บรรดาองค์กรที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบสภาหรือคณะกรรมการจะต้องมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนผ่านการได้รับเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงหรือได้รับการแต่งตั้งจากผู้แทนของประชาชน แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้ออกแบบขั้นตอนการยกร่างรัฐธรรมนูญโดยมีองค์กรที่จัดทำร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วย 5 องค์กร ได้แก่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) สภาปฏิรูปแห่งชาติ (สปช.) สภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี และคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งทั้ง 5 องค์กรที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อร่างรัฐธรรมนูญล้วนมีปัญหาความไม่ชอบธรรมทางประชาธิปไตย เพราะไม่มีองค์กรใดมีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยที่แท้จริง เนื่องจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นองค์กรที่ถือกำเนิดมาโดยการรัฐประหาร รวมถึงสภานิติบัญญัติแห่งชาติที่เป็นผู้เลือกนายกรัฐมนตรีและสภาปฏิรูปแห่งชาติต่างก็เป็นองค์กรที่ได้รับการแต่งตั้งจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เช่นเดียวกันกับที่มาคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้ง 36 คน ก็มาจากการแต่งตั้งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และสภาปฏิรูปแห่งชาติ

3) การร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรไม่สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 35³³ ถือเป็นบทบัญญัติที่วางกรอบแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร หรือร่าง

³³ มาตรา 35 “คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมเรื่องดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การรับรองความเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้

(2) การให้มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่เหมาะสมกับสภาพสังคมของไทย

(3) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกัน ตรวจสอบ และจัดการทุจริตและประพฤติมิชอบทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน รวมทั้งกลไกในการกำกับและควบคุมให้การใช้อำนาจรัฐเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและประชาชน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวไม่ได้สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม จึงทำให้กรอบแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรแม้จะบัญญัติให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญต้องจัดทำร่างรัฐธรรมนูญให้ครอบคลุมไปถึงสาระสำคัญหลายประการแต่กลับไม่ครอบคลุมถึงหลักการสำคัญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแต่ประการใด โดยการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 มุ่งให้ความสำคัญกับกลไกในการป้องกัน ตรวจสอบ และจัดการทุจริตและประพฤติมิชอบทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและพรรคการเมือง และป้องกันการบริหารราชการแผ่นดินที่มุ่งสร้างความนิยมทางการเมือง รวมทั้งกลไกในการกำกับและควบคุมให้การใช้อำนาจอธิปไตยเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและประชาชน จากบทบัญญัติมาตรา 35 อาจกล่าวได้ว่า กรอบแนวทางการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญล้วนมุ่งเน้นไปที่การป้องกันและปราบปรามนักการเมืองที่เคยก่อความวุ่นวายทางการเมืองและทำให้เกิดวิกฤตการณ์ทางการเมืองในอดีตทั้งสิ้น ไม่มีกรอบแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แม้ในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม

(4) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันและตรวจสอบมิให้ผู้เคยต้องคำพิพากษาหรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมายว่ากระทำการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ หรือเคยกระทำการอันทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตหรือเที่ยงธรรม เข้าดำรงตำแหน่งทางการเมืองอย่างเด็ดขาด

(5) กลไกที่มีประสิทธิภาพที่ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐโดยเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและพรรคการเมือง สามารถปฏิบัติหน้าที่หรือดำเนินกิจกรรมได้โดยอิสระ ปราศจากการครอบงำหรือชี้นำโดยบุคคลหรือคณะบุคคลใด ๆ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(6) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการสร้างเสริมความเข้มแข็งของหลักนิติธรรม และการสร้างเสริมคุณธรรม จริยธรรม และธรรมาภิบาลในทุกภาคส่วนและทุกระดับ

(7) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการปรับโครงสร้างและขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจและสังคมเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมอย่างยั่งยืน และป้องกันการบริหารราชการแผ่นดินที่มุ่งสร้างความนิยมทางการเมืองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชนในระยะยาว

(8) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการใช้จ่ายเงินของรัฐให้เป็นไปอย่างคุ้มค่า และตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนโดยสอดคล้องกับสถานะทางการเงินการคลังของประเทศ และกลไกการตรวจสอบและเปิดเผยการใช้จ่ายเงินของรัฐที่มีประสิทธิภาพ

(9) กลไกที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันมิให้มีการทำลายหลักการสำคัญที่รัฐธรรมนูญจะได้วางไว้

(10) กลไกที่จะผลักดันให้มีการปฏิรูปเรื่องสำคัญต่าง ๆ ให้สมบูรณ์ต่อไป

ให้คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญพิจารณาถึงความจำเป็นและความคุ้มค่าที่ต้องมีองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่มีจำเป็นต้องมี ให้พิจารณามาตรการที่จะให้การดำเนินงานขององค์กรดังกล่าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลด้วย”

2559 จะมีบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยแต่ยังไม่ชัดเจนและเพียงพอที่จะเป็นหลักประกันมิให้มีการละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะประชาชนยังอาจถูกลิดรอนสิทธิเสรีภาพจากบทเฉพาะกาลที่บัญญัติให้อำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติดำเนินมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญ (ฉบับถาวร) จะเข้ารับหน้าที่ นอกจากนี้ กรอบแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญตามมาตรา 35 ไม่ให้ความสำคัญกับการสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพในการทำงานของรัฐบาล

4. สรุป

แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมถือเป็นหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญในประเทศที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และการเสริมสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพให้กับรัฐบาล เมื่อพิจารณาบริบททางการเมืองและสังคมท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของประเทศไทยตลอดระยะเวลาภายหลังการรัฐประหารตั้งแต่วันที่ 22 พฤษภาคม 2557 เป็นต้นมา อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ไม่สอดคล้องกับแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม และด้วยเหตุของความไม่เป็นไปตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมดังกล่าว การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวร หรือร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติวันที่ 7 สิงหาคม 2559 แม้จะมีการวางกรอบแนวทางในการจัดทำไว้ในมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แต่กลับไม่ครอบคลุมถึงหลักการสำคัญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมแต่ประการใด กรอบแนวทางในการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับถาวรมุ่งเน้นให้ความสำคัญกับกลไกในการป้องกันตรวจสอบ ขจัดกาทุจริตและประพฤตินิชอบทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน เจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยเฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและพรรคการเมือง และป้องกันการบริหารราชการแผ่นดินที่มุ่งสร้างความนิยมทางการเมือง อันแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความต้องการที่จะจัดรูปแบบการบริหารของรัฐบาลและนักการเมืองชุดเก่า และสร้างรัฐธรรมนูญให้เป็นเสมือนหลักและโล่กำบังศัตรูที่มุ่งเข้าสู่ระบอบการเมืองของประเทศในอนาคต ดังนั้น รัฐธรรมนูญของไทยในปัจจุบันจึงไม่ได้นำแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมมาบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศแต่ประการใด และกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญจำกัดการมีส่วนร่วมของประชาชน จนก่อความเสียหายต่อการพัฒนาระบอบการปกครองประชาธิปไตยของประเทศไทยอีกด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556.
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556.
- ปรีดี เกษมทรัพย์ (เขียน) กิตติศักดิ์ ประกติ (แก้ไขเพิ่มเติม). นิติปรัชญา. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559.
- ฤทธิชญา วัฒนรุ่ง. ปรัชญาและพัฒนาการทางกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2544.
- มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540). กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2547.
- มานิตย์ จุมปา. หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2559.
- วิชัย ตันศิริ. รัฐธรรมนูญประเทศตะวันตกและไทย กรณีศึกษาทางประวัติศาสตร์และกฎหมาย. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2540.
- สนธิ เตชานันท์. ระบบการเมืองการปกครองของประเทศไทย. กรุงเทพฯ: โอ เอส พริ้นติ้ง เฮ้าส์, 2529.
- อมร จันทสมบุรณ์. คอนสติติวชันแนลลิสม์ (Constitutionalism) ทางออกประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สถาบันนโยบายศึกษา, 2539.

วิทยานิพนธ์

- พิมพ์กร แสงฟู. “การจำกัดวาระการดำรงตำแหน่งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552.
- ปรางทิพย์ พรวัฒนกิจ. “รูปแบบขององค์กรร่างรัฐธรรมนูญตามแนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556.

- อรพรรณ ลีนะเปสนันท์. “แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมในรัฐธรรมนูญไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Carl Friedrich (1972). “Constitution and Constitutionalism” International Encyclopedia for the Social Science (reprinted ed.): 319.

- George E. Connor, Christopher W. Hammons. Edited. The constitutionalism of American states. Columbia: University of Missouri Press, 2008.

- Krisch, Nico. Beyond constitutionalism: the pluralist structure of postnational law. Oxford, Oxford University Press, 2010.

- Liu, W. [刘雯婷]. “The Christian dimension of the origin of constitutionalism: St. Augustine, Thomas Aquinas, Richard Hooker and John Locke.” Master of Philosophy: University of Hong Kong, 2012.

- McIlwain. Charles Howard. Constitutionalism: Ancient and Modern. Ithaca: Cornell University Press, 1940.

- Louis Henkin. Constitutionalism, democracy and foreign affairs. New York and Oxford: Columbia University Press, 1990.

- Stephen Griffin. “Constitutionalism in the United States: From Theory to Politics” Oxford Journal of Legal Studies 10: 201-220.

ละเมิดทางการกีฬาในประเทศอังกฤษ*

Sports Torts in England

ปีดิเทพ อยู่ยูนยง**

Pedithep Youyuenyong

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มุ่งค้นคว้าความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกีฬา ผ่านการวิเคราะห์ว่าจะใช้กฎหมายละเมิดอย่างไรเพื่อจัดการกับข้อพิพาทเนื่องมาจากละเมิดทางการกีฬา บทความฉบับนี้แสวงหาหลักกฎหมายละเมิดที่ถูกนำมาใช้พิจารณาความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกีฬา ในกรณีการได้รับบาดเจ็บและการใช้ความรุนแรงในกีฬาอาชีพ หลักการต่าง ๆ ของกฎหมายละเมิด เช่น การยอมรับความเสี่ยงภัยด้วยตัวเอง ความรับผิดเพื่อละเมิด และความประมาทเลินเล่อ ได้ถูกนำมาวิเคราะห์และพิจารณาถึงบริบทอันคำนึงถึงประโยชน์ในแวดวงกีฬา ซึ่งจะกลายมาเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้ากฎหมายละเมิดทางการกีฬาสมัยใหม่ บทความฉบับนี้ยังได้หยิบยกเอากรณีศึกษาจากกฎหมายอังกฤษมาศึกษาวิเคราะห์และพิจารณาเปรียบเทียบเพื่อนำไปสู่การตั้งข้อสังเกตพัฒนาการของกฎหมายละเมิดทางการกีฬาในยุคสมัยใหม่

คำสำคัญ : ละเมิดทางการกีฬา, ความรับผิดเพื่อละเมิด, ประมาทเลินเล่อ, การบาดเจ็บ, ความรุนแรง

Abstract

This article explores a range of sports participant liability. It particularly examines how law of torts finds its applicability in settling the disputes in the

* วันที่รับบทความ (received) 14 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 13 มีนาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 13 มีนาคม 2562

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, สัมฤทธิ์บัตรกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, LLM in Business Law De Montfort University, PhD in Environmental and Planning Law De Montfort University, อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ผู้เขียนเป็นผู้บรรยายวิชาการกระบวนวิชา 17443 กฎหมายกีฬา (Sports Law) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

field of sports torts. Using Tort Law contexts it considers the sports policy frameworks underpinning the main impacts of participant liability to co-participants for injuries and violence in professional sports. The law of torts is then explored. A range of torts including risk assumption, liability and negligence are examined and set in the context of sports interest. It then considers the growing range of modern sports torts. Case studies from UK jurisdiction are used throughout and a comparative approach is taken which considers developments of modern Sports Tort Law.

Keywords : Sports torts, Liability, Negligence, Injury, Violence

1. บทนำ

กฎหมายลักษณะละเมิด (Law of Torts) ที่บังคับใช้ในประเทศอังกฤษอยู่ภายใต้การวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำนั้นเป็นการกระทำของตนเองก็ดี หรือเป็นการกระทำของบุคคลอื่นก็ดี รวมไปถึงความรับผิดชอบโดยเคร่งครัดเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของปัจเจกชนหากมีผลร้ายเกิดขึ้น แต่ในปัจจุบันหลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะละเมิดได้ถูกนำมาปรับใช้เพื่อประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคลในสาขาอาชีพหรือเยียวความเสียหายต่อผู้ประกอบการอาชีพ ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ในส่วนของค่าเสียหายที่ผู้ได้รับความเสียหายหรือผู้ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกจากผู้กระทำละเมิดได้ตามกฎหมายนั้น ย่อมต้องมีความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่กฎหมายรับรองหรือคุ้มครองเอาไว้เสียก่อน ซึ่งตัวผู้กระทำละเมิดได้ทำให้สิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดที่ถูกกระทำละเมิดมีอยู่เสียหายไป¹

การกีฬา (Sports) ที่มีการเล่นหรือเกมการแข่งขันกันอยู่ในสมัยใหม่นี้ ย่อมมีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้ามาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการแข่งขันกีฬามากขึ้น² ด้วยเหตุผลที่แตกต่างกันออกไปทั้งเหตุผลในเชิงอุตสาหกรรม ธุรกิจ สุขภาพ และความเพลิดเพลิน ผู้ที่เข้า

¹ Mark James, “Liability for Professional Athletes’ Injuries: a comparative analysis of where the risk lies”, *Journal of Current Legal Issues*. (2006), Available from <http://usir.salford.ac.uk/1058/1/james1.pdf> (Accessed 14 February 2019)

² Mark James & David McArdle, “Are you experienced? ‘Playing cultures’, sporting rules and personal injury litigation after *Caldwell v Maguire*”, *The Tort Law Review*. (2005), Available from http://usir.salford.ac.uk/1055/2/Tort_Law_Review_V13_3_Are_you_experienced.pdf (Accessed 14 February 2019)

มาเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการแข่งขันกีฬาที่อาจได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์จากการแข่งขันกีฬา ย่อมถือเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬา (Sports Stakeholders)³ เช่น สมาคมกีฬา (Associations) สโมสรกีฬา (Clubs) ผู้ฝึกสอนกีฬา (Coach) นักกีฬา (Players) และผู้ชมการแข่งขันกีฬา (Spectators) เป็นต้น

เมื่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาพยายามพัฒนาหรือเข้ามามีส่วนร่วมสร้างเกมการแข่งขันกีฬาในแต่ละชนิดกีฬาให้เป็นระบบแบบแผน ภายใต้การกำหนดกรอบแนวทางปฏิบัติหรือการวางระเบียบกำกับกับการแข่งขันกีฬาเพื่อให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาต้องปฏิบัติตาม ย่อมถือเป็นการพัฒนาการเล่นกีฬาทั่วไปให้กลายเป็นการเล่นกีฬาอาชีพ (Professionalism)⁴ ผ่านการมีปฏิสัมพันธ์ของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพอย่างเป็นระบบ (System)⁵ ซึ่งผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพก็ต้องมีความรู้ความสามารถเฉพาะในการจัดการแข่งขันกีฬาหรือการเล่นในแต่ละชนิดกีฬา พึงยึดถือขนบธรรมเนียมประเพณีและมีจิตสำนึกในการเล่นกีฬาอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรมร่วมกัน (ภายใต้การดูแลขององค์กรกำกับกีฬาหรือสถาบันกีฬาที่เป็นทางการ) และพึงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดในแวดวงกีฬาอาชีพ ที่จะต้องมาเหนือประโยชน์ส่วนตัว

อย่างไรก็ตาม ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพอาจกลายมาเป็นผู้กระทำละเมิดหรือผู้ให้ผู้อื่นไปกระทำละเมิดได้ รวมไปถึงนิติบุคคลที่เป็นสโมสรกีฬาหรือองค์กรกำกับกีฬาก็อาจกลายมาเป็นผู้กระทำละเมิดได้หากมีการกระทำละเมิดภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลหรือมีการกระทำละเมิดที่ผู้แทนนิติบุคคลดังกล่าวได้กระทำไปภายใต้ขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ในทางกลับกันผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพอาจกลายมาเป็นผู้ถูกกระทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน⁶ เพราะมีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพอาจได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นจากการแข่งขันกีฬาหรือกิจกรรมที่เกิดขึ้นมาจาก

³ Richard Lewis & Annette Morris, *Tort Law Culture in the United Kingdom: Image and Reality in Personal Injury Compensation*, Cardiff University, 2012, p. 232.

⁴ Neil Partington, "Sports coaching and the law of negligence: implications for coaching practice", *Sports Coaching Review*. (2016): 93-105.

⁵ Richard Parrish, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003, pp. 249-250.

⁶ Steve Greenfield, AJ Karstens, Guy Osborn & JP Rossouw, "Reconceptualising the standard of care in sport: The case of youth rugby in England and South Africa", *African Law Journal Online*. (2015): 2184-2217.

การกีฬาอาชีพ⁷ เช่น การใช้ความรุนแรง (Violence) ความประมาทเลินเล่อ (Negligence) และการบาดเจ็บเสียหายส่วนบุคคล (Personal Injury) เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ กฎหมายลักษณะละเมิดอาจถูกนำมาใช้กำหนดความรับผิดทางแพ่ง (Civil Liability) ของผู้กระทำละเมิดที่เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพ⁸ โดยผู้ถูกระทำละเมิดที่เป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพที่ได้รับความเสียหาย ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาخذใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดอันเป็นการกระทำที่กระทบสิทธิของตน อีกประการหนึ่งในส่วนของนักกีฬาอาชีพ (Professional Sports Players) ซึ่งถือว่าเป็นผู้เผชิญกับความเสี่ยงค่อนข้างสูง เนื่องจากมีนักกีฬาอาชีพบางส่วนมักได้รับความบาดเจ็บทางร่างกายหรือเสียชีวิตจากการแข่งขันกีฬาหรือการทำกิจกรรมเพื่อเตรียมตัวแข่งขันกีฬา นักกีฬาอาชีพฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนอันเป็นผลมาจากความผิดพลาดของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพ และมักจะถูกฟ้องเรียกค่าเสียหาย (Damages) หรือค่าสินไหมทดแทน (Compensations) เป็นจำนวนเงินมาก⁹ ทำให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพต้องมีการระมัดระวังในการที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนเหล่านั้น ซึ่งการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นจากการแข่งขันกีฬาหรือการทำกิจกรรมเพื่อเตรียมตัวแข่งขันกีหาย่อมถือเป็นละเมิดทางการกีฬา (Sports Torts)

ละเมิดทางการกีฬาเป็นนิติเหตุที่ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายอย่างหนึ่ง (Legal Cause) กล่าวคือ ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพรายหนึ่งรายใดอาจไม่ได้สมครใจที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล หากแต่เมื่อมีการกระทำอันก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพรายอื่นแล้ว และมีกฎหมายกำหนดเอาไว้ให้ถือเอาว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นความผิดทางแพ่ง (Civil Wrong)¹⁰ ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพก็ต้องผูกพันชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน เพื่อให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพรายอื่นที่ถูกกระทำละเมิดกลับคืนสู่ฐานะเดิม รวมไปถึงผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพที่ถูกกระทำละเมิดอาจร้องขอต่อศาลให้ศาลสั่งให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬา

⁷ Neil Partington, “Legal liability of coaches: a UK perspective”, *International Sports Law Journal*. (2014): 232-241.

⁸ Richard Caddell, “The Referee’s Liability for Catastrophic Sports Injuries - A UK Perspective”, *Marquette Sports Law Review*. (2005): 415-424.

⁹ Pauline Sadler & Rob Guthrie, “Sports Injuries and the Right to Damages”, *Sports Administration*. (2001): 9-14.

¹⁰ Joachim Dietrich & Iain Field, “The ‘Reasonable Tort Victim’: Contributory negligence, standard of care and the ‘equivalence theory’”, *Melbourne University Law Review*. (2018): 602-646.

อาชีพรายอื่นที่ได้กระทำละเมิด กระทำการบางอย่างหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อเยียวยาให้ผู้ถูกระทำละเมิดกลับคืนสู่ฐานะเดิม

ผู้เขียนเห็นว่าการศึกษาวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับข้อกำหนดความรับผิดทางแพ่ง อันเกี่ยวเนื่องกับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาในประเทศไทยนั้น มีส่วนสำคัญที่จะทำให้ เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายละเมิดทางการกีฬาอันเป็นบริบทหนึ่งของแขนงวิชา กฎหมายกีฬา (Context of Sports Law) ให้ทันต่อพัฒนาการของปัญหาทางกฎหมายกับ ความเป็นกีฬาอาชีพสมัยใหม่มากยิ่งขึ้น

2. ละเมิดทางการกีฬา

นักกีฬาอาชีพ (Professional Athletes) อาจต้องเผชิญกับความเสียหายหลายประการ ในการเข้ามามีส่วนร่วมกับเกมการแข่งขันกีฬาในนามของสโมสรกีฬาหรือสมาคมกีฬาที่สังกัด ตั้งแต่กระบวนการเตรียมตัวฝึกซ้อมกีฬาไปจนถึงการลงแข่งขันกีฬา (อันเป็นส่วนหนึ่งของการ ปฏิบัติงาน) ความเสี่ยงดังกล่าวอาจเกิดขึ้นมาจากอุบัติเหตุหรือความผิดพลาดบางประการ อันเนื่องมาจากประมาทเลินเล่อในแวดวงกีฬา (Negligence in Sports) การปฏิบัติงานใน ฐานะนักกีฬาอาชีพ นักกีฬาอาชีพก็ต้องอาศัยความรู้ ความสามารถ และทักษะ ทางการกีฬาตามแต่ละชนิดกีฬา หากแต่ในบางกรณีที่มีความผิดพลาดในการฝึกซ้อมกีฬาหรือ การแข่งขันกีฬามีส่วนจากการกระทำที่ประมาทเลินเล่อ ปราศจากความระมัดระวังรอบคอบ และการทำกิจกรรมทางการกีฬาโดยไม่ได้คำนึงถึงมาตรฐานหรือจริยธรรมในการเป็นนักกีฬา อาชีพ ก็อาจทำให้นักกีฬาอาชีพหรือสโมสรอันเป็นต้นสังกัดของนักกีฬาดังกล่าวถูกฟ้องร้อง เรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนได้ ตัวอย่างเช่น นักกีฬาอาชีพอาจไปกระทำละเมิดต่อนักกีฬาอาชีพด้วยกัน (Player-to-Player Conduct)¹¹ เป็นต้น

นักกีฬาอาชีพก็สามารถเผชิญความเสี่ยงที่จะถูกระทำละเมิดต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ และสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอื่น ๆ ที่มีส่วน เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับนักกีฬาอาชีพ (เช่น สโมสรกีฬาและผู้ฝึกสอนกีฬา) อาจใช้อำนาจสร้างความรุนแรงในแวดวงกีฬา (Violence in Sports)¹² ผ่านการขู่เข็ญบังคับหรือต่อรองให้นักกีฬา

¹¹ Mark James & David McArdle, “Player violence or violent players? Vicarious liability for sports participants”, *The Tort Law Review*. (2004), Available from http://usir.salford.ac.uk/1056/2/Tort_Law_Review_V12_13_Player_Violence.pdf (Accessed 14 February 2019)

¹² Joachim Dietrich & Iain Field, “Understanding sports violence: revisiting foundational explorations Sport in Society”, *Cultures, Commerce, Media, Politics*. (2016): 751-767.

ต้องอยู่ในภาวะที่จำยอมต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด รวมไปถึงอาจแสดงอำนาจต่อนักกีฬาอาชีพหรือกลุ่มนักกีฬาอาชีพ เพื่อก่อให้เกิดผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ความรุนแรงที่เคยเกิดขึ้นต่อนักกีฬาอาชีพ เช่น การทำร้ายร่างกายนักกีฬาอาชีพ (Assaults) การคุกคามทางเพศนักกีฬาอาชีพหญิง (Sexual Harassment) การจงใจกลั่นแกล้งนักกีฬาอาชีพ (Bully) และพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมอื่น ๆ (Misbehavior) เมื่อนักกีฬาอาชีพถูกระทำการโดยใช้ความรุนแรงแล้ว นักกีฬาอาชีพอาจไม่กล้าเปิดเผยต่อบุคคลรอบข้างหรือต่อสาธารณชน เพราะยำเกรงอำนาจหรืออยู่ภายใต้อำนาจของผู้กระทำการโดยใช้ความรุนแรง ผลที่ตามมาก็อาจทำให้นักกีฬาอาชีพได้รับความกระทบกระเทือนทั้งทางร่างกายและจิตใจ เช่น แพทย์ผู้ทำการรักษานักกีฬาและสโมสรต้นสังกัดของนักกีฬาผู้ให้การฝึกฝนอบรมทักษะทางกีฬา (รวมถึงสถาบันการศึกษาที่นักกีฬาอาชีพสังกัดอยู่) ได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดโดยไม่ได้ใช้ทักษะในการปฏิบัติตามความเหมาะสมต่อการเฝ้าระวังรักษาหรือการฝึกสอนอบรมนักกีฬา (Malpractice) จนทำให้เกิดอันตรายต่อชีวิตและร่างกายของนักกีฬา

ไม่เพียงแต่นักกีฬาอาชีพที่อาจเข้าไปเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการกระทำละเมิดทั้งในฐานะที่เป็นผู้กระทำละเมิดกับผู้ถูกระทำละเมิดเท่านั้น หากแต่ผู้ชมการแข่งขันกีฬา (Fans) ก็อาจเป็นผู้กระทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้ชมการแข่งขันกีฬาไปกระทำละเมิดต่อผู้ชมการแข่งขันกีฬาด้วยกันก็ดี หรือผู้ชมการแข่งขันกีฬาไปกระทำละเมิดต่อนักกีฬาอาชีพก็ดี เช่น ผู้ชมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลเข้าไปทำร้ายร่างกายผู้ชมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลฝั่งตรงข้าม (Opposing fans) อีกทั้งผู้ชมการแข่งขันกีฬาอาจถูกสโมสรกีฬา (ทั้งสโมสรกีฬาที่ตนสนับสนุนหรือสโมสรกีฬาอื่นที่ตนไม่ได้สนับสนุน) กระทำละเมิดได้เช่นเดียวกัน เช่น ความเสียหายอันเนื่องมาจากวัสดุ อุปกรณ์ หรือผลิตภัณฑ์ของสโมสรกีฬาที่ส่งผลกระทบต่อผู้ชมการแข่งขันกีฬาที่เข้าไปชมการแข่งขันกีฬาในสนามกีฬาหรือที่ส่งผลกระทบต่อผู้ชมการแข่งขันกีฬาที่ติดตามรับชมการแข่งขันกีฬาภายนอกสนาม วัสดุ อุปกรณ์ หรือผลิตภัณฑ์ของสโมสรกีฬา อาจก่อให้เกิดอาการบาดเจ็บทางร่างกาย (Bodily Injury) หรือความเสียหายต่อทรัพย์สิน (Property Damage) ที่สโมสรกีฬาหรือผู้ผลิตสินค้าพึงต้องรับผิดชอบโดยการบาดเจ็บทางร่างกายหรือความเสียหายต่อทรัพย์สินนั้นอาจเป็นอุบัติเหตุที่เกิดมาจากการไม่ได้ใช้ความระมัดระวังของสโมสรกีฬาฟุตบอลหรือผู้ผลิตสินค้า เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีกรณีของการกระทำละเมิดอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่หน่วยงานรัฐในลักษณะที่ไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของนักกีฬาอาชีพ การที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่หน่วยงานรัฐอาจ

ถูกตรวจสอบภายในหน่วยงานทางปกครองเองหรืออาจถูกตรวจสอบด้วยสถาบันตุลาการในความชอบด้วยกฎหมายของขั้นตอน กระบวนการและการออกคำสั่งอันเป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของนักกีฬาอาชีพ เช่น การดำเนินการควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา (Anti-Doping) ในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายไม่สอดคล้องกับหลักคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามรัฐธรรมนูญและการออกคำสั่งลงโทษนักกีฬาที่กระทำผิดโดยใช้สารต้องห้ามที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย¹³ รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) เพียงเพราะนักกีฬามีความแตกต่างในเรื่องของอายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การแต่งงานและการใช้ชีวิตคู่ การตั้งครรภ์ และการคลอดบุตร สีผิว ศาสนาและความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ¹⁴ เป็นต้น

ความรับผิดเพื่อละเมิดทางการกีฬา (Sports Liability) ก็อาจเป็นได้ทั้งความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของตนเอง ความรับผิดเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น และความรับผิดทางละเมิดอันเกิดจากทรัพย์ รวมไปถึงความรับผิดเพื่อละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการกีฬา เหตุละเมิดที่ทำให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาจะต้องรับผิดชอบนั้น ก็ถือเป็นความเสี่ยง (Risks) ประการหนึ่ง กล่าวอีกนัยหนึ่งโอกาสที่จะเกิดความเสียหายหรือเกิดภัยต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดจากการแข่งขันกีฬาหรือการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการกีฬาก็เป็นความเป็นไปได้ที่มีความเสียหายเกิดขึ้น เช่น โอกาสที่จะได้รับการบาดเจ็บจากการกีฬา (Sports-Related Injuries) ไม่ว่าการบาดเจ็บนั้นอาจเกิดขึ้นจากพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมของผู้เล่นกีฬา ฝ่ายตรงข้ามหรือผู้ฝึกสอนกีฬา (Unreasonable Behavior) กับอาจเกิดขึ้นจากความเสียหายอันเกิดจากเครื่องมืออุปกรณ์ทางการกีฬา (Equipment Failure) แล้วผู้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องเข้ามารับผิดชอบค่าเสียหายก็อาจเป็นตัวผู้กระทำละเมิดเอง

อย่างไรก็ตาม การแข่งขันกีฬาตามกฎเกณฑ์ของการแข่งขันแต่ละชนิดกีฬาหรือกติกาอันเป็นที่ยอมรับอย่างสากลในแวดวงกีฬา ยอมรับความเสี่ยงภัยโดยสมัครใจ (voluntary assumption of risk)¹⁵ หรือเรียกในภาษาลาตินว่า “Volenti” การเล่นกีฬาในบางชนิดกีฬาอาจต้องมีการปะทะกันระหว่างผู้เล่นที่ลงแข่งขันทั้งสองฝ่ายไปบ้าง ก็ถือว่าเป็นการลงแข่งขันภายใต้กฎเกณฑ์หรือกติกาเดียวกัน แต่ผู้เล่นที่ลงแข่งขันทั้งสองฝ่ายก็คงไม่ได้ยินยอมให้ผู้เล่นฝ่ายตรงข้ามสามารถกระทำต่อชีวิตและร่างกายของตนได้อย่างไรชีวิตจำกัดหรือยอมให้

¹³ Peter Charlsh, “Drugs in sport”, *Legal Information Management*. (2012): 109-120.

¹⁴ James Dornan, *A proposal for a Bill to make Scottish professional football clubs strictly liable for their supporters’ behaviour*, Scottish National Party, 2016, p. 10.

¹⁵ Lura Hess, “Sports and the Assumption of Risk Doctrine in New York”, *St. John’s Law Review*. (2002): 457-482.

กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นการกระทำที่อยู่ภายนอกกรอบกฎเกณฑ์หรือกติกาอันเป็นที่ยอมรับอย่างสากลในแวดวงกีฬา อีกประการหนึ่งผู้เล่นที่ลงแข่งขันกีฬาทั้งสองฝ่ายที่ให้ความยินยอมเข้าร่วมการแข่งขันกีฬาก็ต้องใช้ความระมัดระวังในระหว่างเกมการแข่งขันกีฬา (possible care) ว่าจะไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันฝ่าฝืนกฎเกณฑ์กติกาของเกมการแข่งขันและไม่กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดอันก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิตกับร่างกายของผู้เล่นฝ่ายตรงกันข้ามในคราวเดียวกัน การที่จะอ้างว่าความยินยอมของนักกีฬาผู้เสียหายจากอาการบาดเจ็บหรือเสียชีวิตทำให้ไม่ถือเป็นการกระทำละเมิด ภายใต้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด หรือเรียกในภาษาลาตินว่า “Volenti non fit injuria” ย่อมต้องไม่ขัดต่อกฎเกณฑ์กติกาของการแข่งขันแต่ละชนิดกีฬาและไม่ขัดต่อหลักกฎหมายกีฬาที่มุ่งจะให้เกมการแข่งขันกีฬาเป็นไปด้วยความเรียบร้อย บริสุทธิ์ และยุติธรรม¹⁶

โดยสรุปแล้ว “ละเมิดทางการกีฬา” อาจหมายความรวมถึงการกระทำหรือการงดเว้นกระทำของบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬาไม่ว่าจะเป็นองค์กรกำกับกีฬา (เช่น หน่วยงานราชการกำกับกีฬา สมาคมกีฬา และสโมสรกีฬา) ผู้ฝึกสอนกีฬา ผู้ตัดสินกีฬา นักกีฬา และผู้ชมการแข่งขันกีฬา อันเป็นผลให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น ซึ่งความเสียหายที่เกิดขึ้นอาจเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬา การกระทำของบุคคลอื่นบุคคลซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์หรืออยู่ภายใต้ความดูแลของบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬา หรือความเสียหายที่เกิดจากทรัพย์สินที่อยู่ในความครอบครองดูแลของบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬา¹⁷ ผู้ต้องเสียหายจากละเมิดทางการกีฬาก็ชอบที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ผ่านการชดเชยค่าสินไหมทดแทนจากบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬาหรือเรียกร้องให้บุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬาปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อเยียวยาความเสียหายให้ผู้ต้องเสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิม สิ่งสำคัญที่กฎหมายละเมิดทางการกีฬาทั้งที่เกิดจากวางหลักเกณฑ์เอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ดี (ระบบลายลักษณ์อักษร) หรือการวางหลักเกณฑ์โดยคำพิพากษาของศาลก็ตาม (ระบบจารีตประเพณี) ย่อมแล้วแล้วแต่ประสงค์จะทำให้ผู้ต้องเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมก่อนถูกละเมิดให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ในทำนองเดียวกันเหตุละเมิดจากอุบัติเหตุหรือความประมาทเลินเล่อจากบุคคลผู้มีส่วนได้ส่วนเสียทางการกีฬาได้สร้างเกณฑ์ (criteria) ขึ้นมาให้ผู้คนในแวดวงกีฬาหันมาใส่ใจกับความเสี่ยงเนื่องมาจากเหตุละเมิดที่อาจเกิดขึ้นในการมีส่วนร่วมในกิจกรรมกีฬาและการมีส่วนร่วมกับการแข่งขันกีฬา ตลอดจนแวดวงธุรกิจประกันภัยก็ได้พัฒนาผลิตภัณฑ์ประกันภัย

¹⁶ Gary E. Siskind, “Liability for Injuries to Spectators”, *Osgoode Hall Law Journal*. (1968): 305-315.

¹⁷ John O. Spengler & Bruce B. Hronek, *Legal Liability in Recreation Sports and Tourism*, Sagamore Publishing, 2011, pp. 33-40.

กีฬาอาชีพ (professional sports insurance) เพื่อประกันความเสียหายอันเกิดจากอุบัติเหตุหรือความประมาทเลินเล่อจากการมีส่วนร่วมในกิจกรรมกีฬาและการมีส่วนร่วมกับการแข่งขันกีฬา

3. คดีละเมิดทางการกีฬาในประเทศอังกฤษ

ในหลายประเทศ (ทั้งประเทศที่ใช้ระบบจารีตประเพณีและระบบลายลักษณ์อักษร) ศาลยุติธรรมได้มีบทบาทเข้ามาวางบรรทัดฐานคำพิพากษาคดีละเมิดทางการกีฬาเอาไว้ในหลายประเด็นด้วยกัน โดยศาลยุติธรรมได้นำเอาหลักกฎหมายละเมิดตามกฎหมายจารีตประเพณี (คอมมอนลอว์) มาปรับใช้กฎหมาย (apply) ให้เข้ากับประเด็นข้อเท็จจริงเฉพาะคดีที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะในคดีที่มีนักกีฬาอาชีพไปกระทำละเมิดอันไปกระทบต่อสิทธิของบุคคลอื่นหรือคดีที่นักกีฬาอาชีพถูกบุคคลอื่นกระทำการอันกระทบสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด รวมไปถึงคดีละเมิดที่บุคคลในแวดวงกีฬาเข้าไปเกี่ยวข้องสัมพันธ์ด้วย

ในประเทศอังกฤษ ศาลยุติธรรมอังกฤษได้เคยวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับละเมิดทางการกีฬาเอาไว้ในคำพิพากษาหลายคดีด้วยกัน โดยมากคดีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (คอมมอนลอว์) ในประเทศอังกฤษมักเป็นคดีที่เกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่ออันเกิดจากการแข่งขันกีฬา (cases of sporting negligence) หากคดีดังกล่าวตัวผู้กระทำไม่ได้กระทำโดยเจตนา แต่กระทำโดยไม่ได้ใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ ตามหน้าที่ที่ตนพึงมี (duty of care) แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ ตัวอย่างคดีละเมิดทางการกีฬาที่เคยเกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ เช่น

(ก) คดี R v Bradshaw [1878] Cox CC, 83 คดีนี้เป็นคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา (guilty of manslaughter) ในระหว่างการแข่งขันกีฬาฟุตบอล โดยโจทก์อ้างว่าจำเลยได้เข้าปะทะโจทก์บริเวณท้องของโจทก์อย่างรุนแรง ในขณะที่มีการชุลมุนแย่งบอลระหว่างโจทก์ จำเลย และผู้เล่นคนอื่น ๆ กลางอากาศ ซึ่งกรรมการผู้ตัดสินได้เห็นเหตุการณ์ดังกล่าวจึงได้ตัดสินให้จำเลยต้องรับผิด ต่อมาศาลยุติธรรมอังกฤษได้วินิจฉัยว่าการกระทำของจำเลยไม่ถือว่าเป็นความผิด เพราะการกระทำของจำเลยเป็นการกระทำในการเล่นเกมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬาที่มีกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอลมารองรับแล้ว การกระทำในการเล่นเกมกีฬาหรือการแข่งขันกีฬา แม้ว่าจะทำให้ผู้เล่นฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บไปบ้าง ก็ถือว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือมีอำนาจที่จะกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย (lawful) กล่าวคือ มีกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอลให้อำนาจทั้งโจทก์และจำเลยในการลงแข่งขันกีฬาฟุตบอล เมื่อจำเลยมีอำนาจลงแข่งขันกีฬาฟุตบอลและด้วยธรรมชาติของเกมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลก็อาจมีการปะทะระหว่างผู้เล่นฝั่งตรงกันข้ามไปบ้าง ก็ถือว่ามี

กฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอลให้อำนาจทั้งสองฝ่าย จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำมิชอบด้วยกฎหมาย (unlawful) ศาลยุติธรรมอังกฤษจึงได้พิพากษายกฟ้องในคดีดังกล่าว

(ข) คดี **R v Moore (1898) 14 TLR 229** ในระหว่างการแข่งขันกีฬาฟุตบอล จำเลยถูกกล่าวหาว่าได้จงใจกระโดดพุ่งเข้าปะทะโจทก์ผู้เล่นอีกฝ่าย โจทก์ได้กล่าวอ้างว่าจำเลยกระทำผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา แม้จำเลยไม่ได้มีการกระทำโดยเจตนา การกระทำของจำเลยดังกล่าวไม่เพียงจะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอล (foul charge against an opposing player) แต่ยังสามารถก่อให้เกิดโจทก์ผู้เล่นอีกฝ่ายถึงแก่ความตายได้รับความเสียหายแก่ชีวิตแล้วอันถือเป็นการกระทำละเมิดอย่างหนึ่ง ต่อมาศาลยุติธรรมอังกฤษได้วินิจฉัยว่าในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลถือว่าผู้เล่นกีฬาฟุตบอลเองย่อมมีอำนาจที่จะลงเล่นเกมการแข่งขันดังกล่าวโดยมีกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอลให้อำนาจ แล้วผู้เล่นเองต้องมีหน้าที่ระมัดระวังในฐานะที่เป็นนักกีฬาฟุตบอลที่ต้องระมัดระวังไม่ให้เกิดการกระทบต่อเนื้อตัวร่างกายของบุคคลอื่นหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของบุคคลอื่น (being careful to restrain themselves) โดยกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาฟุตบอลไม่ได้ให้สิทธิแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดในการกระทำละเมิดต่อผู้เล่นกีฬาฟุตบอลฝ่ายตรงข้าม จนเป็นเหตุให้ผู้เล่นฝ่ายตรงข้ามได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตาย ศาลยุติธรรมอังกฤษจึงได้พิพากษาว่าจำเลยได้กระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยไม่เจตนา (crime of manslaughter)

(ค) คดี **Condon v Basi [1985] 1 WLR 866** ในระหว่างการแข่งขันฟุตบอลในลีก Leamington อันเป็นลีกการแข่งขันท้องถิ่น โจทก์เป็นผู้เล่นฟุตบอลในสโมสร Whittle Wanderers F.C. เกิดขาหัก (broken leg) ซึ่งเกิดมาจากการปะทะกับจำเลยที่เป็นผู้เล่นของสโมสร Khalso Football F.C. Club โจทก์จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมอังกฤษ จึงมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่าจำเลยมีหน้าที่พึงระวังไม่ให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ (Duty to Care) ในระหว่างที่เกมการแข่งขันกีฬาฟุตบอลกำลังดำเนินอยู่หรือไม่ หากเกิดความเสียหายขึ้นมาแล้ว จำเลยต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายหรือไม่ ต่อมาศาลยุติธรรมอังกฤษได้วินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำละเมิดอันเป็นเพราะจำเลยละเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง (reckless) อย่างพอเพียง ตามวิสัยของผู้เล่นในลีกการแข่งขันท้องถิ่นพึงมี อีกทั้งจำเลยได้ใช้ความระมัดระวังต่ำไปกว่ามาตรฐานการใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นนักกีฬาฟุตบอลในลีกท้องถิ่นพึงมีและวิญญูชนทั่วไปก็พึงคาดหวังให้นักกีฬาฟุตบอลที่ลงแข่งขันในลีกท้องถิ่นได้ใช้ในช่วงเกมการแข่งขัน

(ง) คดี **McCord v Cornforth and Swansea City Football Club, 19 Dec. 1998 unreported** ในเกมการแข่งขันระหว่างสโมสร Swansea F.C. และสโมสร Stockport F.C. เดือนมีนาคม 1993 นาย Brian McCord ผู้เล่นของสโมสร Stockport F.C. ได้ถูกนาย John Cornforth กัปตันทีมสโมสร Swansea F.C. กระทำโดยประมาทเล่นเล่อเป็นเหตุให้นาย Brian McCord ได้รับบาดเจ็บสาหัสที่ขาข้างขวาจนไม่สามารถลงเล่นการแข่งขันกีฬา

ฟุตบอลได้ตลอดชีวิต ศาลยุติธรรมจึงวินิจฉัยให้นาย John Cornforth ต้องชดใช้ค่าเสียหายให้กับนาย Brian McCord เป็นจำนวน 250,000 ปอนด์ (£250,000)

(จ) คดี **Caldwell v Maguire and Fitzgerald CA** ([2001] EWCA Civ 1054) คดีนี้โจทก์เป็นนักกีฬาขี่ม้าอาชีพ (professional jockey) ได้ถูกจำเลยซึ่งเป็นนักกีฬาขี่ม้าอาชีพ คู่แข่งขันฝ่ายตรงข้ามสองคนอาศัยอุบาย (manoeuvres) ทำให้โจทก์ได้รับบาดเจ็บ หลังจากที่ มีการไต่สวนของสโมสรกีฬาขี่ม้า ก็พบว่าจำเลยได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวัง (careless) และกระทำการอันฝ่าฝืนกฎเกณฑ์การแข่งขันกีฬาขี่ม้าอาชีพอีกด้วย โจทก์จึงได้ ฟ้องว่าจำเลยทั้งสองได้กระทำละเมิดโดยประมาท (tort of negligence) ต่อมาศาลยุติธรรม อังกฤษได้พิพากษาให้จำเลยทั้งสองปราศจากความผิด เพราะแม้ว่าในการแข่งขันจำเลยจะต้อง ปฏิบัติตามความระมัดระวังตามที่ตนพึงมี (duty of care) ภายใต้กฎเกณฑ์การแข่งขัน กีฬาขี่ม้าอาชีพ กล่าวคือ หน้าที่ดังกล่าวต้องเป็นหน้าที่ที่จะต้องพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิด ผลร้ายต่อชีวิตและร่างกายของผู้เข้าร่วมการแข่งขันกีฬาขี่ม้าอาชีพคนอื่น ๆ (avoid causing injury) อย่างสมเหตุสมผลและสอดคล้องกับสถานการณ์ในขณะเกมการแข่งขันขี่ม้าดำเนินอยู่ อีกทั้งนักกีฬาขี่ม้าต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยของนักกีฬา ขี่ม้าอาชีพและพฤติการณ์ของเกมการแข่งขันที่กำลังดำเนินอยู่ ถ้านักกีฬาขี่ม้าอาชีพอาจใช้ ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ ก็ถือว่าเป็นการกระทำโดยประมาท เลินเล่อ แต่ทว่าในคดีนี้โจทก์ไม่อาจนำสืบได้ว่าหรือไม่ปรากฏหลักฐานชัดเจนว่าจำเลยทั้งสอง ได้กระทำการโดยละเลยไม่ได้ใช้ความระมัดระวัง (without evidence of reckless) ศาลยุติธรรมอังกฤษจึงพิพากษายกฟ้องในคดีดังกล่าว

(ฉ) คดี **Watson v British Boxing Board of Control** [2001] QB 1134 คดีนี้ นาย Michael Watson นักกีฬามวยอาชีพเป็นโจทก์ฟ้องคณะกรรมการควบคุมการแข่งขัน มวยอาชีพบริติช (British Boxing Board of Control) ในฐานะจำเลย โดยโจทก์ได้กล่าวหาว่า จำเลยได้กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ (negligence) โดยจำเลยในฐานะผู้จัดการแข่งขัน มวยอาชีพพึงต้องมีหน้าที่จะต้องระมัดระวัง (duty of care) ในการจัดการแข่งขันกีฬา มวยอาชีพ ซึ่งวิญญูชนทั่วไปพึงคาดหมายถึงการเตรียมการปฐมพยาบาลเบื้องต้นและการ ช่วยเหลือทางการแพทย์ต่อนักกีฬามวยอาชีพที่ได้รับการบาดเจ็บจากการแข่งขันอย่างทันท่วงที (medical care) ต่อมาโจทก์ได้รับบาดเจ็บในระหว่างการแข่งขันกีฬามวยที่จำเลยได้จัดขึ้น หากแต่จำเลยไม่ได้จัดเตรียมการปฐมพยาบาลหรือการช่วยเหลือการแพทย์อย่างทันท่วงที ส่งผลให้โจทก์ได้รับการรักษาอย่างล่าช้าและไม่ทันท่วงทีต่ออาการบาดเจ็บที่เกิดขึ้น โจทก์จึง ต้องทนทุกข์ทรมานจากอาการบาดเจ็บจากการแข่งขัน ทั้งนี้ จำเลยในฐานะผู้จัดการแข่งขัน กีฬามวยอาชีพพึงต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยของ ผู้จัดการแข่งขันกีฬามวยอาชีพและพฤติการณ์ของเกมการแข่งขันที่อาจมีนักกีฬาคนหนึ่งคนใด

ได้รับบาดเจ็บ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยผู้จัดการแข่งขันกีฬามวยอาชีพ ศาลยุติธรรมอังกฤษได้พิพากษาให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์เป็นจำนวนเงินเกือบ 1 ล้านปอนด์ (£1 million)

(ข) คดี **Vowles v Evans and Welsh Rugby Union Ltd. [2003] EWCA Civ 318; [2003] 1 WLR 1607** คดีดังกล่าวโจทก์ซึ่งเป็นนักกีฬารักบี้สมัครเล่นได้รับบาดเจ็บจากการแข่งขันอย่างรุนแรง จนทำให้เกิดอาการบาดเจ็บที่บริเวณคอระหว่างการแข่งขัน เป็นสาเหตุให้ต้องนั่งรถเข็นหลังจากเกิดอาการบาดเจ็บดังกล่าว จำเลยซึ่งเป็นกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นรุ่นผู้ใหญ่ถูกกล่าวหาว่าไม่ได้บังคับใช้กฎเกณฑ์ของการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นเพื่อลดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือลดโอกาสที่จะเกิดอาการบาดเจ็บของโจทก์ที่เป็นนักกีฬารักบี้สมัครเล่น โจทก์จึงกล่าวหาว่าจำเลยได้กระทำการโดยปราศจากความระมัดระวังที่ผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้ทั่วไปพึงมี (failed to exercise reasonable care) และอาการบาดเจ็บของโจทก์ที่เป็นนักกีฬารักบี้สมัครเล่นเป็นสิ่งที่พึงคาดหมายได้จากการแข่งขันกีฬารักบี้ (injury reasonably foreseeable) จำเลยซึ่งเป็นกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นรุ่นผู้ใหญ่พึงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องใช้ความระมัดระวังในขณะที่ตนกำลังตัดสินการแข่งขันที่กำลังดำเนินอยู่ ทั้งนี้ จำเลยในฐานะกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นพึงต้องใช้ความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยของกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นและพฤติการณ์ของเกมการแข่งขันรักบี้ที่อาจมีนักกีฬารักบี้คนหนึ่งคนใดที่ลงทำการแข่งขันได้รับบาดเจ็บ ซึ่งกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่นอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของจำเลยกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬารักบี้สมัครเล่น ศาลยุติธรรมอังกฤษจึงพิพากษาให้จำเลยต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์

(ข) คดี **Benjamin Collett v (1) Gary Smith (2) Middlesbrough Football and Athletics Company (1986) Ltd: QBD [2008]** คดีนี้นาย Benjamin Collett อดีตผู้เล่นทีมสำรองสโมสร Manchester United F.C. ได้ลงเล่นในการแข่งขันกีฬาฟุตบอลระหว่างสโมสร Manchester United F.C. และทีมสำรองสโมสร Middlesbrough F.C. ในขณะที่มีการแข่งขันอยู่นั้นนาย Benjamin Collett ได้ถูกนาย Gary Smith กระทำการโดยประมาท (negligent tackle) จนเป็นเหตุให้นาย Benjamin Collett เกิดอันตรายแก่ร่างกาย ได้แก่ การเกิดอาการบาดเจ็บอย่างร้ายแรงบริเวณขาขวา นาย Benjamin Collett จึงได้มาฟ้องต่อศาลยุติธรรมอังกฤษโดยฟ้องนาย Gary Smith เป็นจำเลยที่ 1 ในฐานะลูกจ้าง และฟ้องสโมสร Middlesbrough F.C. ในฐานะที่เป็นนายจ้างสโมสรต้นสังกัดของนาย Gary Smith โดยนาย Gary Smith ได้กระทำละเมิดในทางการที่จ้าง (vicariously liable) ต่อมาศาลยุติธรรมอังกฤษได้พิจารณาพิพากษาให้นาย Benjamin Collett ได้รับค่าสินไหมทดแทนเพื่อเยียวยา

ความเสียหายทั้งที่เป็นค่าขาดรายได้ในอดีต (past loss of earnings) และค่าขาดรายได้ในอนาคต (prospective loss of earnings) คดีนี้มีข้อที่น่าสนใจอยู่ว่าศาลยุติธรรมอังกฤษได้ลดจำนวนค่าเสียหายตามที่โจทก์ขอให้จำเลยชดใช้ลงมา (discount) เป็นจำนวนร้อยละ 15 ของค่าขาดรายได้ในอนาคต แม้ว่าในคดีนี้อาการบาดเจ็บอย่างร้ายแรงบริเวณขาขวาของนาย Benjamin Collett ส่งผลต่อการประกอบอาชีพนักกีฬาฟุตบอล ทำให้ไม่สามารถทำมาหาได้หรือประกอบกิจการงานจากการเล่นกีฬาฟุตบอลอาชีพได้ตามปกติ รวมไปถึงการขาดโอกาสในการเข้าร่วมการแข่งขันพรีเมียร์ลีก (หรือพรีเมียร์ลีก (Premiership)) ในปี 2007 ถึง 2008 ซึ่งหากนาย Benjamin Collett ได้มีโอกาสเข้าร่วมการแข่งขันพรีเมียร์ลีกแล้วจะทำให้รายได้ในอนาคตมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นในอัตราร้อยละ 15 แต่เมื่อศาลยุติธรรมอังกฤษได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่าโอกาสที่นาย Benjamin Collett จะเข้าร่วมการแข่งขันพรีเมียร์ลีกไม่สูงมาก ด้วยเหตุนี้เองศาลยุติธรรมอังกฤษจึงปฏิเสธไม่ใช้ Ogden Table¹⁸ มากำหนดค่าขาดรายได้จากการสูญเสียความสามารถในการเป็นนักกีฬาฟุตบอลอาชีพ

4. บทวิเคราะห์คดีละเมิดทางการกีฬาในประเทศไทย

จากที่กล่าวถึงตัวอย่างคดีละเมิดทางการกีฬาในข้างต้น ที่ศาลยุติธรรมอังกฤษได้เคยพิจารณาพิพากษาเอาไว้ เมื่อพิจารณาถึงข้อพิพาทระหว่างผู้กระทำความผิดกับผู้ถูกระทำความผิดแล้วแต่เป็นคดีอันเป็นคดีข้อพิพาทระหว่างนักกีฬาอาชีพกับนักกีฬาอาชีพด้วยกันเอง คดีข้อพิพาทระหว่างนักกีฬาอาชีพกับกรรมการผู้ตัดสินกีฬาอาชีพ คดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรกำกับกีฬาในฐานะที่เป็นผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพกับนักกีฬาอาชีพ และเป็นคดีในเรื่องดังต่อไปนี้

¹⁸ ตั้งแต่ปี 1998 เป็นต้นมา House of Lords ของประเทศอังกฤษได้อนุมัติให้ศาลยุติธรรมอังกฤษใช้ Ogden Table มาประเมินความเสียหายในอนาคตที่เป็นตัวเงิน โดย Ogden Table ได้รับการพัฒนามาจนถึงฉบับตีพิมพ์ครั้งที่ 6 (The 6th edition of the Ogden Tables) ในปี 2007 ศาลยุติธรรมในอังกฤษอาศัยการคำนวณค่าขาดรายได้ในอนาคตเนื่องมาจากการบาดเจ็บ โดยอาศัยความไม่แน่นอนระหว่างระยะเวลาที่ขาดรายได้ อันเกิดจากความเสี่ยงที่เกิดขึ้นมาจากการตายและความไม่แน่นอนของระยะเวลาในการทำงาน ศาลยุติธรรมอังกฤษจะใช้ Ogden Table มาคิดคำนวณมูลค่าปัจจุบันของรายได้ในอนาคตที่สูญเสียไปอันเนื่องมาจากการบาดเจ็บ ปัจจุบันคำนวณรายได้ในอนาคตที่สูญเสียไปอันเนื่องมาจากการบาดเจ็บของ Ogden Table ต้องคิดถึงปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ รายได้ ระดับการศึกษา การทำงาน สุขภาพ และเพศ

โปรดดูเพิ่มเติมใน สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์ : การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด ภายใต้โครงการวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์, สถาบันวิจัยและพัฒนาคึกคัก สำนักงานศาลยุติธรรมและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2553, หน้า 3-13.

คดีข้อพิพาทระหว่างนักกีฬากับนักกีฬาด้วยกันเอง ได้แก่ คดีที่นักกีฬาอาชีพในฐานะที่เป็นผู้กระทำละเมิดไม่ได้ตั้งใจ แต่กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวังอย่างเช่นนักกีฬาอาชีพในชนิดกีฬานั้น ๆ พึงต้องใช้ในการแข่งขันกีฬาระดับกีฬาอาชีพ ซึ่งนักกีฬาอาชีพในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำละเมิดอาจใช้ความระมัดระวังอย่างเช่นนักกีฬาอาชีพในชนิดกีฬานั้น ๆ แต่ก็ได้ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามปกติวิสัยของนักกีฬาอาชีพในแต่ละชนิดกีฬาที่ต้องมีความรู้ในกฎเกณฑ์กติกาและความสามารถใช้ทักษะทางการกีฬาของตนที่ไม่ก่ออันตรายต่อนักกีฬาฝั่งตรงกันข้ามหรือหลีกเลี่ยงไม่ใช้ความรุนแรงในการแข่งขันกีฬาอาชีพ อีกทั้งยังมีคดีที่ผู้กระทำละเมิดตั้งใจทำร้ายร่างกายทำให้เกิดอันตรายถึงแก่ชีวิต โดยนักกีฬาอาชีพอาจไม่ได้มีเจตนาทำให้นักกีฬาฝั่งตรงกันข้ามได้รับอันตรายถึงแก่ชีวิตตั้งแต่แรก แต่เมื่อเป็นการจงใจทำร้ายร่างกายจนทำให้นักกีฬาฝั่งตรงกันข้ามถึงแก่ความตายแล้ว การกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการกระทำละเมิดแล้ว นักกีฬาอาชีพผู้กระทำละเมิดจำต้องรับผิดชอบจากการกระทำของตน

คดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรกำกับกีฬาในฐานะที่เป็นผู้จัดการแข่งขันกีฬากับนักกีฬา ได้แก่ คดีที่องค์กรกำกับกีฬา (เช่น คณะกรรมการกีฬา สมาคมกีฬา และชมรมกีฬา) ในฐานะผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพไม่ได้ใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์ ไม่ให้เกิดความผิดพลาดอันอาจส่งผลต่อชีวิตและร่างกายของนักกีฬาอาชีพผู้เข้าร่วมการแข่งขันกีฬาอาชีพ อันเป็นกิจกรรมที่องค์กรกำกับกีฬาได้จัดขึ้นมา การที่องค์กรกำกับกีฬาในฐานะผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพไม่ได้จัดให้มีการดูแลสุขภาพพออนามัยและการรักษาความปลอดภัยในชีวิตที่เหมาะสม โดยไม่มีมาตรการหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์มารองรับความเสี่ยงที่จะเกิดอุบัติเหตุหรืออันตรายแก่ร่างกายหรือชีวิตของนักกีฬาอาชีพที่เข้าร่วมการแข่งขันกีฬา ย่อมไม่ใช่วิสัยขององค์กรกำกับกีฬาในฐานะผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพพึงกระทำหรือปฏิบัติในการจัดกิจกรรมการแข่งขันกีฬาระดับอาชีพ ถือได้ว่าองค์กรกำกับกีฬาได้ประมาทเลินเล่อ เมื่อเกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายของนักกีฬาอาชีพที่เข้าร่วมการแข่งขันกีฬาแล้ว เพราะการปราศจากมาตรการหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์มารองรับความเสี่ยงที่จะเกิดอุบัติเหตุหรืออันตรายแก่ร่างกายหรือชีวิตของนักกีฬาอาชีพที่เข้าร่วมการแข่งขันกีฬา ก็ย่อมเป็นผลโดยตรงจากการกระทำขององค์กรกำกับกีฬาในฐานะผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพ เช่นว่านี่องค์กรกำกับกีฬาในฐานะผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพต้องรับผิดชอบต่อนักกีฬาอาชีพที่ได้ถึงแก่ความตายหรือได้รับบาดเจ็บ

ข้อพิพาทระหว่างนักกีฬากับกรรมการผู้ตัดสินกีฬา ได้แก่ คดีที่กรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬามีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังตามวิสัยและพฤติการณ์พิเศษในการแข่งขันกีฬาที่กำลังดำเนินอยู่ เพื่อลดความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายหรือลดโอกาสที่จะเกิดอาการบาดเจ็บของนักกีฬาสัมผัสหรืออาชีพ ถ้ากรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬาอาจใช้ความระมัดระวังเช่นว่า

นั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่ จึงเป็นการกระทำโดยประมาทเลินเล่อของกรรมการผู้ตัดสินการแข่งขันกีฬา

นอกจากนี้ คดีละเมิดทางการกีฬาในข้างต้น ที่ศาลยุติธรรมอังกฤษได้เคยวินิจฉัยเอาไว้ เมื่อพิจารณาถึงประเด็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ โดยทั่วไปมักเป็นคดีที่โจทก์บรรยายฟ้องมาว่าจำเลยได้กระทำโดยประมาทเลินเล่อ (negligence actions) หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง (gross negligence actions) จนก่อให้เกิดความตาย (death) หรืออาการบาดเจ็บต่อร่างกาย (injuries) ของนักกีฬาที่ลงทำการแข่งขันในแต่ละชนิดกีฬา โดยที่ผู้กระทำละเมิดอาจไม่ได้จงใจจะให้เกิดความเสียหายในชั้นแรก แต่กระทำไปโดยปราศจากความระมัดระวัง ซึ่งผู้กระทำละเมิดจะต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำละเมิดอาจใช้ความระมัดระวังตามหน้าที่ที่ตนมี ไม่ว่าจะเป็นหน้าที่ตามกฎหมายกติกากีฬาการแข่งขัน หน้าที่ตามสัญญาที่ผูกพันเอาไว้ภายใต้ระบบการแข่งขันหรือกับสโมสรกีฬาต้นสังกัด หรือหน้าที่ของผู้ดำเนินกิจกรรมกีฬาอย่างหนึ่งอย่างใดเป็นการเฉพาะ แต่หาใช้อย่างเพียงพอไม่

ความเสียหายที่เกิดขึ้นในคดีละเมิดทางการกีฬาข้างต้น ที่ศาลยุติธรรมอังกฤษได้เคยพิจารณาพิพากษาเอาไว้ มักเป็นเรื่องของการที่ผู้เสียหายฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายในทางแพ่งจากผู้กระทำละเมิด จากความเสียหายแก่ชีวิตจากการทำให้นักกีฬาอาชีพถึงแก่ความตายจากการแข่งขันโดยประมาทเลินเล่อ (หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง) แม้ว่าตัวผู้กระทำละเมิดเพียงจงใจทำร้ายร่างกาย แต่ถ้าผลที่เกิดขึ้นคือความตายของผู้ถูกกระทำละเมิดแล้ว ผู้กระทำละเมิดก็ต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายเช่นกัน อีกทั้งจากความเสียหายแก่ร่างกายของนักกีฬาอาชีพไม่ว่าจะเป็นอันตรายแก่ร่างกายที่สาหัสก็ดี หรือไม่สาหัสก็ดี ก็ถือเป็นความเสียหายแก่นักกีฬาอาชีพทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม จากที่ได้หยิบยกตัวอย่างคดีในข้างต้น มีคดีตัวอย่าง 2 คดี ได้แก่ (ก) คดี R v Bradshaw [1878] Cox CC, 83 และ (ข) คดี Caldwell v Maguire and Fitzgerald CA ([2001] EWCA Civ 1054) ที่ศาลยุติธรรมอังกฤษได้พิพากษาให้ยกฟ้องจำเลย (dismiss) เนื่องจากเห็นว่าพยานโจทก์ที่นำสืบมายังไม่อาจฟังได้ว่า จำเลยกระทำการอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมาย (เช่น กฎหมายอาญา) หรือจำเลยได้กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังในระหว่างเกมการแข่งขันจนส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์¹⁹

¹⁹ คดี R v Bradshaw [1878] Cox CC, 83 เป็นคดีละเมิดทางการกีฬาที่ปราศจากการแทรกแซงจากกฎหมายอาญาเข้ามาในการแข่งขันกีฬาอาชีพ (non-intervention of the criminal law into sport) กล่าวคือ ผลของการทำความผิดทางอาญาในระหว่างการแข่งขันกีฬาอาชีพ (เช่น การทำร้ายร่างกาย) ไม่มีผลผูกพันต่อการดำเนินคดีละเมิดทางแพ่งในประเทศอังกฤษ เพราะศาลยุติธรรมอังกฤษเองก็ไม่ได้ถือเอาข้อเท็จจริงในส่วนที่เกี่ยวกับองค์ประกอบความผิดทางอาญาตามที่โจทก์ได้นำสืบมาพิจารณาพิพากษาคดีส่วนละเมิดทางแพ่ง อันเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ว่าคดีอาญามีภาระ

อีกประการหนึ่ง ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดอันเกิดจากการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability) กล่าวคือ ความรับผิดชอบเมื่อนักกีฬาอาชีพในฐานะลูกจ้างที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับสโมสรกีฬาอาชีพสังกัดในฐานะนายจ้างไปกระทำละเมิดในระหว่างลงทำการแข่งขันกีฬาระดับอาชีพซึ่งเป็นการปฏิบัติงานในทางการที่จ้างอย่างหนึ่งให้กับสโมสรกีฬาอาชีพในฐานะนายจ้าง จนไปก่อให้เกิดความเสียหายแก่นักกีฬาอาชีพจากสโมสรกีฬาอาชีพอื่นแล้ว เช่นว่านี้กฎหมายละเมิดอังกฤษกำหนดให้สโมสรกีฬาอาชีพดังกล่าวต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำละเมิดของนักกีฬาอาชีพที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์เป็นนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งความผูกพันเป็นนายจ้างและลูกจ้างในธุรกิจกีฬา (sports employment contract) ของอังกฤษเช่นว่านี้ โดยมากมักผูกพันภายใต้สัญญาจ้างเพื่อพัฒนาผู้เล่นรุ่นเยาว์ (Youth Academy Contracts) และสัญญาจ้างนักกีฬาอาชีพ (Professional Player Contracts)

5. บทสรุป

ละเมิดทางการกีฬาถือเป็นนิติเหตุจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ (รวมถึงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง) ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้ในแวดวงกีฬา ไม่ว่าจะเป็น (ก) นักกีฬาอาชีพกระทำละเมิดนักกีฬาอาชีพด้วยตนเอง (ข) กรรมการผู้ตัดสินกีฬาอาชีพกระทำละเมิดนักกีฬา และ (ค) องค์กรกำกับกีฬาในฐานะที่เป็นผู้จัดการแข่งขันกีฬาอาชีพกระทำละเมิดนักกีฬาอาชีพ ก็ล้วนแล้วแต่เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและร่างกายจากการกระทำละเมิดในการแข่งขันกีฬาด้วยกันทั้งหมดทั้งสิ้น การศึกษาบทวนคดีละเมิดทางการกีฬาที่ได้หยิบยกมาเป็นตัวอย่างในข้างต้น ย่อมทำให้ผู้มีส่วนเสียในวงการกีฬา (เช่น องค์กรกำกับกีฬา สโมสรกีฬา ผู้ฝึกสอนกีฬา ผู้จัดการแข่งขันกีฬา กรรมการผู้ตัดสินกีฬา และนักกีฬาอาชีพ) ได้ตระหนักว่าพึงต้องใช้ความระมัดระวังตามหน้าที่ที่ตนพึงมีภายใต้กรอบกฎเกณฑ์กติกาการแข่งขันและข้อผูกพันในสัญญาหรือพึงกระทำการโดยปราศจากความประมาทเลินเล่อ (หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง) เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ไปกระทำละเมิดต่อบุคคลอื่นในแวดวงกีฬา อีกทั้งตัวสโมสรกีฬาอาชีพในฐานะที่เป็นนายจ้างของนักกีฬาอาชีพในฐานะที่เป็นลูกจ้าง

พิสุจน์และองค์ประกอบของความผิดทางอาญาที่แตกต่างไปจากคดีละเมิดทางแพ่ง อย่างไรก็ดี ในบางคดีที่ศาลยุติธรรมอังกฤษได้ตัดสินเกี่ยวกับคดีละเมิดทางการกีฬา ศาลยุติธรรมอังกฤษกลับอาศัยผลของการกระทำผิดทางอาญาในระหว่างการแข่งขันกีฬาอาชีพ (เช่น การทำร้ายร่างกาย) มาเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาพิพากษาคดีละเมิดทางแพ่ง เท่ากับว่าเป็นการปล่อยให้มีการแทรกแซงจากกฎหมายอาญาเข้ามาในการแข่งขันกีฬาอาชีพ (intervention of the criminal law into sport)

โปรดดูเพิ่มเติมใน Edge Hill University, *The Criminal Law and Sport*. (2017), Available from <https://www.edgehill.ac.uk/law/research/centre-for-sports-law-research/sports-law-insights-two-faces-sports-law/criminal-law-sport/> (Accessed 14 February 2019)

ก็พึงต้องกำกับดูแลและคอยกำชับว่าให้นักกีฬาอาชีพในสังกัดของตนใช้ความระมัดระวังในการแข่งขันกีฬาอาชีพอันถือเป็นการประกอบกิจการงานทางการที่จ้างให้กับสโมสรกีฬาอาชีพในฐานะนายจ้าง

เมื่อศาลยุติธรรมอังกฤษได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับคดีละเมิดทางการกีฬาผ่านการอาศัยหลักความรับผิดชอบต่อความเสียหายจากการกระทำละเมิด ซึ่งในการตัดสินประเด็นว่าผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพรายหนึ่งรายใดกระทำโดยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้น เท่ากับศาลยุติธรรมอังกฤษได้วางบรรทัดฐานที่ว่าผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพพึงต้องใช้ความระมัดระวังตามสมควรในขณะทำกิจกรรมเกี่ยวกับการแข่งขันกีฬาอาชีพหรือในระหว่างที่มีการแข่งขันกีฬาอาชีพ หากความเสียหายหรือภัยอันตรายที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งที่จำเลยคาดเห็นได้แล้ว ก็เท่ากับว่าจำเลยต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อความเสียหายที่จำเลยคาดเห็นได้ด้วย การวางบรรทัดฐานของศาลยุติธรรมอังกฤษย่อมเกิดประโยชน์ทำให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพพึงระลึกละเลียดให้ตนพยายามหลีกเลี่ยงการใช้ความรุนแรงหรือก่ออาการบาดเจ็บต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในแวดวงกีฬาอาชีพรายอื่น

บรรณานุกรม

- สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และคณะ, **การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์ : การคิดค่าเสียหายในคดีละเมิด ภายใต้โครงการวิจัยเรื่อง การวิเคราะห์กฎหมายด้วยวิธีทางเศรษฐศาสตร์, สถาบันวิจัยและพัฒนาคึกคัก สำนักงานศาลยุติธรรมและสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2553.**

- Edge Hill University, **The Criminal Law and Sport.** (2017), Available from <https://www.edgehill.ac.uk/law/research/centre-for-sports-law-research/sports-law-insights-two-faces-sports-law/criminal-law-sport/> (Accessed 14 February 2019)

- Gary E. Siskind, “Liability for Injuries to Spectators”, **Osgoode Hall Law Journal.** (1968): 305-315.

- James Dornan, **A proposal for a Bill to make Scottish professional football clubs strictly liable for their supporters’ behaviour**, Scottish National Party, 2016.

- Joachim Dietrich & Iain Field, “The ‘Reasonable Tort Victim’: Contributory negligence, standard of care and the ‘equivalence theory’”, **Melbourne University Law Review.** (2018): 602-646.

- Joachim Dietrich & Iain Field, “Understanding sports violence: revisiting foundational explorations Sport in Society”, **Cultures, Commerce, Media, Politics.** (2016): 751-767.

- John O. Spengler & Bruce B. Hronek, **Legal Liability in Recreation Sports and Tourism**, Sagamore Publishing, 2011, p. 33-40.

- Lura Hess, “Sports and the Assumption of Risk Doctrine in New York”, **St. John's Law Review.** (2002): 457-482.

- Mark James, “Liability for Professional Athletes’ Injuries: a comparative analysis of where the risk lies”, **Journal of Current Legal Issues.** (2006), Available from <http://usir.salford.ac.uk/1058/1/james1.pdf> (Accessed 14 February 2019)

- Mark James & David McArdle, “Are you experienced? ‘Playing cultures’, sporting rules and personal injury litigation after Caldwell v Maguire”, **The Tort Law Review.** (2005), Available from <http://usir.salford.ac.uk/1055/2/>

Tort_Law_Review_V13_3_Are_you_experienced.pdf (Accessed 14 February 2019)

- Mark James & David McArdle, “Player violence or violent players? Vicarious liability for sports participants”, *The Tort Law Review*. (2004), Available from http://usir.salford.ac.uk/1056/2/Tort_Law_Review_V12_13_Player_Violence.pdf (Accessed 14 February 2019)

- Neil Partington, “Legal liability of coaches: a UK perspective”, **International Sports Law Journal**. (2014): 232-241.

- Neil Partington, “Sports coaching and the law of negligence: implications for coaching practice”, **Sports Coaching Review**. (2016): 93–105.

- Pauline Sadler & Rob Guthrie, “Sports Injuries and the Right to Damages”, **Sports Administration**. (2001): 9-14.

- Peter Charlish, "Drugs in sport", **Legal Information Management**. (2012): 109-120.

- Richard Caddell, “The Referee’s Liability for Catastrophic Sports Injuries - A UK Perspective”, **Marquette Sports Law Review**. (2005): 415-424.

- Richard Lewis & Annette Morris, **Tort Law Culture in the United Kingdom: Image and Reality in Personal Injury Compensation**, Cardiff University, 2012.

- Richard Parrish, *Sports law and policy in the European Union*, Manchester University Press, 2003.

- Steve Greenfield, AJ Karstens, Guy Osborn & JP Rossouw, “Reconceptualising the standard of care in sport: The case of youth rugby in England and South Africa”, **African Law Journal Online**. (2015): 2184-2217.

Tortious Liability in Outer Space : Lacunas in International Laws and the Ways Forward to Protect Thai Space Activities under Existing International and Domestic Legal Instruments^{*}

ความรับผิดทางละเมิดในอวกาศ : ช่องว่างในกฎหมายระหว่างประเทศ
และแนวทางคุ้มครองกิจกรรมอวกาศไทยภายใต้กลไก
ทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในที่มีอยู่ในปัจจุบัน

Kitjapat Kesiranon^{**}
กิจจาพัฒน์ เกศิรานนท์

Abstract

Space technology is being globally developed by many governmental and private agencies. Space activities are also being conducted by both foreign agencies and Thai agencies. Heretofore, even though we have international space laws, namely the 1967 Outer Space Treaty (the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies), and the 1972 Space Liability Convention (Convention on International Liability for Damage Caused by Space

^{*} วันที่รับบทความ (received) 15 ธันวาคม 2561, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 6 มีนาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 8 มีนาคม 2562

^{**} Mr. Kitjapat has been serving as an Inquiry Official Assistant (formerly called Corruption Suppression Officer) at Office of National Anti-Corruption Commission (Thailand) since year 2014. He was registered as a reserve at Judge Advocate General Office of Royal Thai Air Force since September 2017.

Mr. Kitjapat got LL.B. (Second-class honors) from Department of Laws, Faculty of Social Sciences, Kasetsart University (Thailand), and LL.M. from Penn State Law, Pennsylvania State University (United States of America). He is currently doing Ph.D. in International Law (Researching on “On Legal Problems of Use of Space Weapons in Outer Space”) at China University of Political Science and Law (Beijing, China).

Objects), this space law regime is not able to fairly protect the right of injured persons from tortious acts in outer space. They do not touch upon individuals' tortious acts in outer space and do not impose any civil liability on them. The international space law regime lacks of some key definitions in the 1967 Outer Space Treaty and the 1972 Space Liability Convention. It does not truly cover all space activities. Although it provides that non-governmental entities that conduct space activities must bear international responsibility, but it does not provide any method to injured persons to claim for compensation from those entities conducting space activities.

Meanwhile, procedures in domestic tort laws are far more developed than those mentioned. It, nevertheless, has some problematic issues on different choices of law rules among states, and immunity of States and international organizations. Such immunities make those entities stay above a state's jurisdiction which makes them cannot be sued before any particular state's court.

This article points out some problems in international space laws as mentioned and transnational tort litigation system in general, in claiming of damage caused in outer space. It analyzes into the ways forward to protect Thai space activities under the current international laws and Thai domestic laws, namely the Conflict of Laws Act B.E. 2481(1938), the Civil and Commercial Code of Thailand, and the Civil Procedure Code of Thailand. Such ways forward would be able to adapt with other countries as well. The author believes that the guideline as such will benefit Thailand and international community, and bring justice up from the earth into outer space.

Keywords : Tort, Tortious liability, Outer space

บทคัดย่อ

เทคโนโลยีอวกาศกำลังได้รับการพัฒนาอย่างกว้างขวางทั่วโลกโดยหลายหน่วยงาน ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน ทั้งหน่วยงานในประเทศไทยและต่างประเทศก็ได้ดำเนินกิจกรรมในอวกาศเช่นกัน แต่จนปัจจุบันนี้ ถึงแม้จะมีกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอวกาศ คือ สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 (the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and

Other Celestial Bodies) และอนุสัญญาความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects) แต่ระบอบกฎหมายดังกล่าวนี้กลับไม่สามารถคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดในอวกาศได้อย่างเป็นธรรม กล่าวคือ กฎหมายเหล่านี้ไม่กล่าวถึงการกระทำละเมิดของบุคคลในอวกาศ และไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบทางละเมิดแก่บุคคลผู้ทำละเมิด ในกรณีดังกล่าว ไม่กล่าวถึงคำนิยามของคำสำคัญบางคำในตัวบท ไม่ครอบคลุมความเสียหายจากกิจกรรมทุกอย่างในอวกาศ และไม่กล่าวถึงกระบวนการเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานที่ไม่ใช่รัฐซึ่งทำละเมิด ทั้งที่อนุสัญญากล่าวว่าหน่วยงานดังกล่าวก็ต้องรับผิดชอบในความเสียหายทางแพ่งเช่นกัน

ในขณะเดียวกัน กระบวนการทางแพ่งของกฎหมายละเมิดภายในแต่ละประเทศได้รับการพัฒนาไปไกลกว่ามาก แต่ทั้งนี้ก็ยังคงมีปัญหบางประการในการบังคับใช้กับการละเมิดในอวกาศ ปัญหาดังกล่าวเกี่ยวเนื่องกับการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างรัฐ และความคุ้มกันแห่งรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ซึ่งคุ้มกันรัฐและองค์การระหว่างประเทศที่ก่อความเสียหายทางละเมิดให้มีต้องถูกฟ้องเป็นคดีในศาลของรัฐใดรัฐหนึ่งภายใต้เขตอำนาจศาลแห่งรัฐนั้น

บทความนี้แสดงปัญหบางประการในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอวกาศและระบบการฟ้องคดีละเมิดข้ามชาติเพื่อเยียวยาความเสียหายจากเหตุละเมิดในอวกาศ บทความนี้วิเคราะห์ถึงแนวทางคุ้มครองกิจกรรมทางอวกาศของไทยภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในปัจจุบันดังที่กล่าวมาแล้ว และกฎหมายภายในของไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งแนวทางดังกล่าวอาจสามารถนำมาปรับใช้แก่ประเทศอื่น ๆ ได้ด้วย ผู้เขียนเชื่อว่าการพัฒนากลไกทางกฎหมายดังกล่าวจะเกิดประโยชน์แก่ประเทศไทยและประชาคมโลก และนำความยุติธรรมจากภาคพื้นผิวโลกไปสู่อวกาศในที่สุด

คำสำคัญ : ละเมิด, ความรับผิดชอบทางละเมิด, อวกาศ

Chapter 1: Introduction

Human is suspect creature. We, human, are always eager to know what are above us out of airspace. Telescopes, satellites, rockets, space crafts, and other space objects have been created. First innovation that showed human's capability to reach into outer space was developed in the World War II period. The German V-2 Rockets, the world's first ballistic missiles, attacked London in

1944 by flying across the nations.¹ The V-2 has operational range of 200 kilometers.² This range is high enough to reach into outer space.³ In 1957, the Soviet Union launched the first artificial satellite, Sputnik 1, into outer space. In 1961, Russian man, Yuri Gagarin, became the first human that orbited around the Earth in the Vostok 1. The flight lasted 108 minutes, and reached an altitude of 327 kilometers. In U.S.A., the first American satellite, Explorer 1, started orbiting in 1958. In 1961, Alan Shepard became the first American flew into outer space. Recently, the U.S. Air Force successfully flew three X-37B Orbital Test Vehicles since April 2010.⁴

In military field, the U.S. president, Ronald Reagan, called for the development of a missile-defense system in 1983, namely Strategic Defense Initiative (SDI) project. The project was mocked as “Star Wars”.⁵ It was a project aimed at developing a space-based missile defense program that could protect America from nuclear attack. The idea of futuristic technology, including space-based laser was included in the project, even such laser has not been successfully developed.⁶ Recently, in June 2018, the U.S. President, Donald Trump, expressed his idea of establishing the U.S. Space Force to dominate

¹ The Aerospace Corporation, **A Brief History of Space Exploration** [online], 10 December 2018. source <https://aerospace.org/story/brief-history-space-exploration>; Richard Hollingham, **V:2 The Nazi Rocket that Launched the Space Age** [online], 10 December 2018. source <http://www.bbc.com/future/story/20140905-the-nazis-space-age-rocket>

² Hollingham, **V:2 The Nazi Rocket that Launched the Space Age** [online], 10 December 2018. source www.bbc.com/future/story/20140905-the-nazis-space-age-rocket

³ John A. Vosburgh, “Where Does Outer Space Begin?,” **American Bar Association Journal** 56 [online], 2, (February 1970): 134-136. source <https://www.jstor.org/stable/pdf/25725041.pdf>

⁴ U.S. Air Force, **X-37B Orbital Test Vehicle** [online], 10 December 2018. source <http://www.af.mil/About-Us/Fact-Sheets/Display/Article/104539/x-37b-orbital-test-vehicle/>

⁵ Kevin D. Williamson, **A Satisfying ‘Star Wars’ Sequel** [online], 10 December 2018. source <https://www.nationalreview.com/2017/06/ronald-reagan-missile-defense-star-wars-initiative-huge-success-despite-critics/>

⁶ U.S. Department of State, **A Satisfying Strategic Defense Initiative (SDI)**, 1983 [online], 10 December 2018. source state.gov/r/pa/ho/time/rd/104253.htm

outer space.⁷ These incidents could result in damaging of space assets or space objects in outer space in future.

Furthermore, increasing of space debris and idea of space tourism are also important and are going to be talked more in future. These issues inevitably cause damage in outer space somehow. One of notable example can be referred to the 2009 incident which the Russian derelict satellite (Cosmos 2251) collided with the United States' satellite (Iridium 33).⁸ Another incident was the collision of China's satellite fraction and Russian Ball Lens In The Space (BLITS) satellite in 2013.⁹

Considering those facts, many space activities are being operated by many capable states around the world, including Thailand. Thai government and private entities also play roles in outer space. Those activities are demonstrated in the Chapter 4.

This article is indicating the insufficiency of current international space law regime which is unable to fairly protect injured persons from space activities if damages occurred. It is demonstrating that domestic tort law system still has problems in some aspects. It is enumerating how Thai domestic laws, together with current international space law regime, protect Thai space assets and recover injured entities from tort occurred in outer space. It is eventually offering that a proper legal instrument needs to be developed to cope with potential damage from space activities. Additionally, the article is elaborating the ways to develop new legal instrument.

The article starts from the Introduction which explains briefly about history of space technology development and history of space activities. The

⁷ Andrew O'reilly, **Trump Orders Establishment of 'Space Force' as 6th Branch of Military** [online], 10 December 2018. source <http://www.foxnews.com/politics/2018/06/18/trump-orders-establishment-space-force-as-6th-branch-military.html>

⁸ The National Aeronautics and Space Administration, **The Collision of Iridium 33 and Cosmos 2251: The Shape of Things to Come** [online], 10 December 2018. Source <https://ntrs.nasa.gov/archive/nasa/casi.ntrs.nasa.gov/20100002023.pdf>

⁹ Leonard David, **Russian Satellite Hit by Debris from Chinese Anti-Satellite Test** [online], 10 December 2018. source <https://www.space.com/20138-russian-satellite-chinese-space-junk.html>

second Chapter indicates laws involving with the issues. Those are international space law, Thai tort laws, and Thai conflict of laws rules. The first cornerstone chapter, third Chapter analyses into the problems and lacunas of the laws in the second Chapter. Fourth Chapter, the second cornerstone, enumerates space activities of Thai people, risks, and applications of existing legal mechanisms order to protect space assets. Fifth chapter proposes the futuristic ideas of filling the loopholes mentioned in the third Chapter by developing of new legal instruments. Finally, the sixth Chapter is conclusion of this article.

Chapter 2: Relevant Laws and Regulations

The author has categorized the relevant laws into three categories, namely international space laws, tort laws, and conflict of laws rules.

1. Space Laws

The relevant space laws here are Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies (the 1967 Outer Space Treaty) and the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects (the 1972 Space Liability Convention).

When the Sputnik I was launched into outer space in 1957, reaching to outer space became real. It is not only an imagination like in a scientific fiction anymore. Hence, the world's attention moved to necessity of space law. So that one scholar in air and space law, Professor Diederiks-Verschoor, expressed her view: "*What the Wright brothers did for air law, Sputnik I did for space law*".¹⁰

The United Nations General Assembly, in 1958, recognized the common interest of mankind in outer space. It basically means outer space should be used only for peaceful purposes. At that time, an *ad hoc* Committee on the Peaceful Uses of Outer Space was also established by the Assembly to report to the Assembly the nature of legal problems involved with space

¹⁰ Isabella Henrietta Philepina Diederiks-Verschoor and V Kopal, **An Introduction to Space Law**, 3rd edition (London: Kluwer Law International, 2008), p. 2.

exploration.¹¹ One year later, in 1959, the permanent Committee was established, namely the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space (UNCOPUOS).¹² This permanent committee was introduced, to report the Assembly the legal problems which may arise from space explorations and uses. The Assembly also, in 1961, in order to strengthen international co-operation in the use of outer space, commended to the States that international law, including the U.N. Charter, shall applies to outer space and celestial bodies.¹³ In this occasion, *terra nullius*¹⁴ doctrine was adopted to be applied to outer space.¹⁵ In 1963, nine concrete fundamental principles of space law were eventually declared by the Assembly by adopting the Resolution 1962 (XVII) on December 13 of that year.¹⁶ Eventually, those nine principle were put together in the very first world's international space law, 'Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and

¹¹ United Nations General Assembly, "General Assembly Resolution 1348 (XIII) Question of the peaceful use of outer space, adopted 13 December 1958 [online]", 10 December 2018. source <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/747/92/IMG/NR074792.pdf?OpenElement.html>

¹² United Nations General Assembly, "General Assembly Resolution 1472 (XIV) International Cooperation in peaceful uses of outer space, adopted 12 December 1959 [online]", 10 December 2018. source <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/142/95/IMG/NR014295.pdf?OpenElement>

¹³ United Nations General Assembly, "General Assembly Resolution 1721 (XVI) International Cooperation in peaceful uses of outer space, adopted 20 December 1961 [online]", 10 December 2018. source <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/142/95/IMG/NR014295.pdf?OpenElement>

¹⁴ Tim Hillier, **Sourcebook on Public International Law**, 1st edition (London: Routledge-Cavendish, 1998), p. 223.

¹⁵ United Nations General Assembly, "General Assembly Resolution 1721 (XVI) International Cooperation in peaceful uses of outer space," adopted 20 December 1961.

¹⁶ United Nations General Assembly, "General Assembly Resolution 1962 (XVIII) Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, adopted 13 December 1963 [hereinafter Declaration of Space Legal Principles] [online]," 10 December 2018. source <http://www.un-documents.net/a18r1962.htm>

Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies’ (the 1967 Outer Space Treaty), which was adopted by the Assembly in late 1966 under the Resolution 2222(XXI), and was opened for signature in early 1967.¹⁷

The 1967 Outer Space Treaty is the very first international law governing activities in outer space. It could be regarded as ‘Space Charter’ or ‘Space Magna Charta’.¹⁸ It contains nine fundamental legal principles which are, in short, 1) the benefit and interests of all mankind, 2) free exploration and use by all States on a basis of equality and in accordance with international law, 3) national sovereignty free in outer space (*terra nullius*), 4) other international laws and the U.N. Charter are applied to the exploration and use of outer space, 5) international responsibility for national activities in outer space, 6) principle of cooperation, 7) retaining of jurisdiction and control over registered space object and any personnel thereon, 8) international liability for damage caused in outer space, and 9) astronauts shall be regarded as envoys of mankind, and shall be assisted. These principles serve the purpose of peaceful use of outer space.¹⁹

Amongst those nine legal principles, the duties to be responsible and to be liable for damage caused to another State Party to the Treaty were mentioned in Article VI and Article VII.

“Article VI: 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, and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the

¹⁷ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, adopted 19 December 1966 [hereinafter Outer Space Treaty of 1967] [online], ” 10 December 2018. source http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_21_2222E.pdf

¹⁸ Harold M. White, Jr., **International Law and Relations** [online], 10 December 2018. source <https://er.jsc.nasa.gov/seh/law.html>

¹⁹ United Nations General Assembly, “Declaration of Space Legal Principles”.

present Treaty. The activities of non-governmental entities in outer space, including the moon and other celestial bodies, shall require authorization and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty. When activities are carried on in outer space, including the moon and other celestial bodies, by an international organization, responsibility for compliance with this Treaty shall be borne both by the international organization and by the States Parties to the Treaty participating in such organization.”²⁰

“Article VII: Each State Party to the Treaty that launches or procures the launching of an object into outer space, including the moon and other celestial bodies, and each State Party from whose territory or facility an object is launched, is internationally liable for damage to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons by such object or its component parts on the Earth, in air or in outer space, including the moon and other celestial bodies.”²¹

These provisions seem not to be able to cover liability of an individual from damage caused by his or her activities in outer space. The liability mentioned in these provisions is of States Parties that cause damage through “national activity”.

The 1972 Space Liability Convention was drafted on the idea that “*the rights and obligations pertaining to liability for damage as laid down in the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies should be elaborated in a separated international instrument.*”²²

²⁰ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty of 1967,” art. VI. source http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_21_2222E.pdf

²¹ Ibid., art. VII.

²² United Nations Office for Outer Space Affairs, “General Assembly Resolution 2777 (XXVI) Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, adopted 29 November 1971 [hereinafter Space Liability Convention of 1972] [online],” 10 December 2018. source http://www.unoosa.org/pdf/gares/ARES_26_2777E.pdf

The Convention enumerates more on liability of the damage by imposing legal liability of a launching state. Article II of the Convention provides:

*“A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft flight.”*²³

The following Articles (Article III – Article VI) explain more about the damage caused in different circumstances. However, those circumstances mention only damage caused by States to States.²⁴

Article VII of the Conventions additionally invalidates the Convention from applying to the damage caused by a Launching State to its national or foreign national that is participating *“in the operation of that space object from the time of its launching or at any stage thereafter until its descent, or during such time as they are in the immediate vicinity of a planned launching or recovery area as the result of an invitation by that launching State”*.²⁵ Article VIII stipulates the right of suffered States to claim for compensation, and the Article IX provides the channel of claiming which is diplomatic channel. Thus, we can see that the Convention was created to govern only the issue between states.

2. Tort Laws

Tort law is basically a mechanism used to recover damages by forcing tort-feasors to pay compensation to injured persons. Each state has its own domestic tort law that basically can be enforced in its territory by exercising its jurisdiction. Thailand’s tort law is written in the Civil and Commercial Code, section 420 to section 437.²⁶ Section 420, the general principle, says:

²³ Ibid., art. II.

²⁴ Ibid., arts. II-VII.

²⁵ Ibid., art. VIII.

²⁶ Siam Legal, “The Civil and Commercial Code,” [hereinafter Thai Civil and Commercial Code] [online], sections 425-428, 10 December 2018. source <http://library.siam-legal.com/thai-law/civil-and-commercial-code-torts-section-420-437/>

“A person who, willfully or negligently, unlawfully injures the life, body, health, liberty, property or any right of another person, is said to commit a wrongful act and is bound to make compensation therefore.”²⁷

3. Conflict of Laws Rules

In extraterritorial case, domestic tort law of one state is able to be enforced in another state in accordance with the choice of laws rules which are normally *lex loci delicti* and *lex fori*.²⁸

Under *lex loci delicti*, applicable law is considered to be the law of the place that tort occurred. On the other hand, the law of the forum will be applied if the law of the place that incident strongly goes against policy of the forum state, this is called *lex fori*.²⁹

More doctrines, namely ‘the most significant relationship rule’ and ‘governmental interest analysis’³⁰ were also developed to decide which country’s tort laws should be applied to a particular case. Finally, the most recent theory, the idea of party autonomy, is accepted to be applied to tort litigation. This idea was also adopted in the Civil Code of Russia³¹ and in the European Union Regulation on the Law Applicable to Non-contractual

²⁷ Siam Legal, “Thai Civil and Commercial Code,” section 420.

²⁸ USLegal, **Laws Applicable to Torts** [online], 10 December 2018. source <https://conflictflaws.uslegal.com/laws-applicable-to-torts/>

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ World Intellectual Property Organization, “The Civil Code of Russian Federation, 18 December 2006, [hereinafter Civil Code of Russia] [online],” art. 1219, 10 December 2018. source <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru083en.pdf>

Obligations (Rome II).³² Under the party autonomy, parties are free to choose their agreed governing law to apply with their case.³³

Thailand has Conflict of Laws Act B.E. 2481(1938) as the main domestic law governing conflict of laws issue. This law refers to tort as a ‘wrongful act’. Section 15 of the act provides the text as follows:

“An obligation arising out of a wrongful act shall be governed by the law of the place where the facts constituting such wrongful act have taken place.

*The foregoing paragraph shall not applicable to the facts, which having taken place in a foreign country, do not constitute a wrongful act according to the Siamese law.”*³⁴

What can be drawn from the text above is that this Thai law mainly recognizes the principle of *lex loci delicti* which cannot be applied in *terra nullius* as examined below. Meanwhile, the second paragraph does not appear to allow *lex fori* doctrine to be applied, but it merely rejects application of *lex loci delicti* in case that the tortious act is not unlawful under Thai laws.

Tortious acts in outer space which cause damages are definitely unlawful under Thai Civil and Commercial Code as mentioned.³⁵ However, there is no national sovereignty or any other domestic tort law in outer space to trigger the application of *lex loci delicti*. Therefore, Section 3 of the Act needs to be considered:

³² European Union Law, “Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-contractual Obligations, 11 July 2007, [hereinafter Rome II] [online],” 10 December 2018, art. 14, source <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=EN>

³³ Columbia Law Review Association, Inc., “Conflict of Laws: “Party Autonomy” in Contracts,” **Columbia Law Review** 57 [online], 4, (February 1958): 555. source <https://www.jstor.org/stable/pdf/1119750.pdf>

³⁴ ThaiLaws.com, “Conflict of Law Act B.E. 2481 (1938),” [online], 10 December 2018. source http://www.thailaws.com/law/t_laws/tlaw0063.pdf

³⁵ Siam Legal, “Thai Civil and Commercial Code,” section 420.

*“Whenever there is no provision in this Act or in any other laws of Siam to govern a case of conflict of laws, the general principles of private international law shall apply.”*³⁶

Since the term ‘principles of private international law’ is broad and abstract, the author thinks ‘the most significant relationship rule’³⁷ can be used here to apply *lex fori* doctrine or Thai substantive laws in Thai courts to tortious acts occurred in outer space.

Although outer space is likely an *extra commercium*³⁸ and free from national sovereignty as a *terra nullius*³⁹ under international space law regime, there are still some ways to enforce domestic tort laws to recover damage caused in outer space which are explained in the fourth Chapter.

Chapter 3: Mechanisms and Lacunas in International Space Laws and Feasibility of Using Doctrines on Conflict of Laws Rule with Tort Occurred in Outer Space

1. International Space Laws

1.1) Outer Space Treaty of 1967

Unfortunately, under the 1967 Outer Space Treaty, article VI, there are only three types of entity can bear international responsibility, namely ‘governmental agencies’, ‘non-governmental entities’, and ‘international organization’. Individuals shall not be responsible under this provision. On the top of that, these organizations or entities, under this provision, can bear international responsibility only for damage occurred from ‘national activities’ in outer space.

³⁶ ThaiLaws.com, “Conflict of Law Act B.E. 2481 (1938).”

³⁷ The American Law Institute, “Restatement (Second) of Conflict of Laws s 145” [hereinafter 2nd Restatement of Conflict of Laws], 1971.

³⁸ Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, 1st edition (London: Clarendon Press, 1997), page 390.

³⁹ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty of 1967,” art. II.; Tim Hillier, **Sourcebook on Public International Law**.

Considering those words and how they apply, Morris D. Forkosch, in his book *Outer Space and Legal Liability*, explained that ‘governmental agencies’ will apply to the States where they are capable to conduct activity in outer space. ‘International organization’ is applicable when the state is not capable to conduct space activities by itself and has to cooperate with the others. The Article VI also mentions ‘non-governmental entities’ which can be private bodies. However, this Article requires those entities to take a responsibility only when they caused damage from ‘national activities’.⁴⁰

The Treaty does not touch upon the scope of ‘national activity’ and does not even clearly define it. The author believes that this term should absolutely include the States’ public acts (*acta jure imperii* – “comprises those acts, which are done by a state’s virtue of his sovereign authority, that means activities of governmental or public nature”), but the issue will be complicated if the States conduct space activities as ‘private acts’ (*acta jure gestionis* – “comprises acts where the state acts otherwise than a sovereign in private or commercial matters”)⁴¹ because it is unclear whether or not *acta jure gestionis* is intentionally covered by the term ‘national activity’.

According to the above discussion, there is no way to use this 1967 Treaty to force individuals that causes damage in outer space either with or without state’s supervision or authorization. To illustrate this, the Treaty does not govern tortious acts made by astronauts in outer space.

Article VII of the 1967 Outer Space Treaty emphasizes that the international liability shall be taken exclusively by the State Parties which harm another State Party or its persons.⁴² Hence, this Article shall not apply to tortious acts made by astronauts in outer space as well. This Treaty does not

⁴⁰ Morris D. Forkosch, *Outer Space and Legal Liability*, 1st edition (Netherlands: Springer, 1982), p. 46.

⁴¹ Mara Wantuch-Thole, *Cultural Property In Cross-Border Litigation*, 1st edition (Berlin: De Gruyter Digital original edition, 2015), p. 279.

⁴² United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VII.

impose civil liability on an individual who intentionally or negligently harm or injure other person.

The interesting point here is Article VII should be able to deal with the States' private acts (*acta jure gestionis*), as well as public acts (*acta jure imperii*), that cause damage since this provision requires no national activity. Also, it seems to appear that this Article forces the States to take international liability when damage caused from any launching by non-government entities in its territory.

The word 'international organization' was laid down in Article VI, but it is quite odd for an international organization to bear international responsibility for national activity because the nature of activity conducted by international organization should be 'international activity'. Since Article VI says that an international organization shall be responsible for compliance with this Treaty, international organizations should be internationally liable for their internal activities under Article VII if they caused damage.

Moreover, it is unclear whether or not non-government entities shall bear such liability under Article VII. Plain language of the Treaty seems not to mean so, and leave such liability to be imposed only on the States and international organization, regardless of whether or not damage caused by non-government entities under the State's authorization and continuing supervision. Such imposed liability on the States and international organizations is 'strict liability'. Meanwhile the Treaty does not consider which liability doctrine should be imposed on individual's acts.⁴³

⁴³ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper, OTA-BP-ISC-41 44-45** [online], 1st edition (Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 1986), 10 December 2018, p. 22. source <http://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=spacelawdocs>

1.2) *Space Liability Convention of 1972*

The Convention was concluded in pertaining to the rights and obligations of liability for damage as laid down in the 1967 Outer Space Treaty.⁴⁴ The key article, Article II, provides:

*“A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the earth or to aircraft flight.”*⁴⁵

The only actor who can be liable under this Convention is obviously a ‘launching state’ which means a (1) State which launches or procures the launching of a space object; and (2) a State from whose territory or facility a space object is launched.⁴⁶

As we know that a space activity basically causes high budget and wastes a lot of resources, only powerful and capable states are able to conduct a space activity or launch an object into outer space. Therefore, some states gather together and make cooperation in a form of an international organization. This needs to be considered that whether or not international organizations have to be responsible under this treaty. Even though the International Court of Justice, in 1949, rendered its opinion that international organizations have possibility to acquire international legal personality⁴⁷, but the *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* principle was also laid down in Article 34 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.⁴⁸ This means that

⁴⁴ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972”

⁴⁵ Ibid., art. II.

⁴⁶ Ibid., art. I.; Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, pages 309.

⁴⁷ Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, pages 311.; International Court of Justice, *Reparation of Injuries Suffered in Service of the U.N.*, Advisory Opinion, p. 174., 11 April 1949.

⁴⁸ Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, pages 311.; Edwin Egede and Peter Sutch, **The Politics of International Law and International Justice**, 1st edition (Edinburgh: Edinburgh University Press, 1997), page 57.; United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties 1969* [online], Done at Vienna on 23 May 1969. source http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

members of an international organization which are non-parties to the 1972 Convention shall not be liable or responsible under the Convention.⁴⁹ In this regard, the author views that the questions of ‘whether an international organization shall be liable’ and ‘whether members of an international organization shall be liable’ are not the same issue. However, the 1972 Convention, Article XXII, copes with this problem. It provides that an international intergovernmental organization shall be liable only when it has declared to accept the rights and obligations provided for in this Convention.⁵⁰ The final draft came out this way even though in the negotiation stage the Legal Subcommittee considered that “*international organizations that launch objects into outer space should be liable under the Convention for damage caused by such activities*”.⁵¹

This is a loophole that would allow some of the super power states to conduct space activities avoiding liability by conducting space activities under an international organization without such declaration, even though there is no any nation does so at the present time.

The 1972 Convention also does not impose civil liability on non-governmental entities and individuals that caused damages in outer space or from space activities. It only imposes ‘strict liability’ doctrine on the States and international organizations.⁵²

The Convention ambiguously defines the term ‘space object’. This explanation was submitted by the Indian delegation and was likely supported

⁴⁹ Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, pages 311.

⁵⁰ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. XXII.

⁵¹ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Report of the Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, U.N. Doc. Supplement No. 21 (A/7621), 1969 [hereinafter Legal Subcommittee Report of 1969] [online],” 10 December 2018, page 22, source http://www.unoosa.org/pdf/gadocs/A_7621E.pdf.

⁵² U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper, OTA-BP-ISC-41 44-45**, page 45

by the Argentinian delegation.⁵³ To be precise, it does not give the definition, but merely says “*space object includes component parts of a space object as well as its launch vehicle and parts thereof*”.⁵⁴ It would be easy to say that a satellite, rocket, or spacecraft is space object. The issue will be complicated and not so easy to be solved if the damage was caused in outer space by exotic military technology like direct energy weapons (laser or particle beam) that could be fired from ground-based station. We don’t know exactly whether laser and particle beam can be regarded as a ‘space object’.

Space debris seems to be timely issue as well. It is obvious that space debris is an ‘object’, but the point is whether or not they are owned by any nation. When should the ownership in space object terminated? A State might reject its liability on damage caused by its space debris like Russia did in 2009.⁵⁵

Another issue is natural person or juristic person cannot claim for the damage although he or she is protected from being injured by other States under the Convention. The Convention grants the right of claim to the State that such person is belong to.⁵⁶ It could be said that, the Convention seems not to recognize that injured person initially has right to be recovered, but was concluded on purpose of controlling the States in international relationship rather than recovering injured persons. Furthermore, Article VII of the Convention obviously denies injured person to claim for the damage caused by his or her own government.

⁵³ United Nations Office for Outer Space Affairs, Legal Subcommittee Report of 1969, page 23.

⁵⁴ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972”, art. I.

⁵⁵ Timothy G. Nelson, **Regulating the void: In-orbit collisions and space debris** [online], 10 December 2018. source <http://www.thespacereview.com/article/2520/1>

⁵⁶ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. IX.

2. Feasibility of Using Doctrines on Conflict of Laws Rules with Tort Occurred in Outer Space

Tort can be constituted through many kinds of conducts. It is sometimes not easy to be defined. Professor Winfield, a tort lawyer, said tort is an action arisen “*from the breach of a duty primarily fixed by law; this duty is towards persons generally and its breach is redressible by an action for unliquidated damages*”.⁵⁷

Because the actual international tort law does not exist, and tort laws are wildly enacted as domestic laws in each country, conflict of laws rules on tort are important in applying domestic tort laws to damage caused in outer space which could have transnational characteristic. This topic shows characteristic of each doctrine on conflict of laws rule of tort, and analyze into the feasibility of applying each doctrine with tort occurred in outer space.

There are five relevant legal doctrines for considering which state’s tort law shall apply to a particular case, *lex loci delicti*, *lex fori*, the most significant relationship rule, the government interests approach, and the party autonomy.

2.1) Lex Loci Delicti

In *lex loci delicti*, courts consider the substantive rights of an injured party in accordance with the law of the state where the injury occurred. However, the application is not that harsh. The doctrine also concerns on the substantive phases of torts or the actions thereof. Where an act of tort occurs at one place and the damage takes place at another, the law of that another place applies.⁵⁸ The United States Court of Appeals mentioned in *Rayle Tech, Inc. v. DEKALB Swine Breeders, Inc.* (1998):

“*Under the rule of lex loci delicti, tort cases are governed by the substantive law of the state where the tort was committed.*”⁵⁹

⁵⁷ Percy Henry Winfield, **The Province of Law of Tort**, 5th edition (London: Sweet & Maxwell, 2014), p. 32.

⁵⁸ USLegal, **Laws Applicable to Torts**.

⁵⁹ *Rayle Tech, Inc. v. DEKALB Swine Breeders, Inc.*, 133 F.3d 1405, 1409 (11th Cir. 1998).

It is likely impossible to apply *lex loci delictus* to any tort occurred and resulted in damage in outer space since there is no state sovereignty and domestic law jurisdiction out there in *terra nullius*. However, *lex loci delictus* can still apply if a tort in outer space caused damage in a state's territory on the earth. It can be applied to damages caused in outer space also if states agree among each other.⁶⁰

2.2) *Lex Fori*

Lex fori doctrine aims differently. It basically means the law of the forum state applies, no matter where the tort or damage occurred.⁶¹ In 1870, the English Court, in *Phillips v. Eyre*, laid down the principle describing that:

*“As a general rule, in order to found a suit in England wrong alleged to have been committed abroad, two conditions be fulfilled. First, the wrong must be of such a character that it has been actionable if committed in England;... Secondly, must not have been justifiable by the law of the place where done”*⁶²

The criterions to apply *lex fori* doctrine have been studied and described by some scholars. Albert A. Ehrenzweig indicated in his work, *The Lex Fori: Basic Rule in the Conflict of Laws*, four exceptions that make *lex fori* applicable which are public policy and order public, procedure, failure to prove the foreign law, and Renvoi.⁶³ While Ehrenzweig views *lex fori* as the exception

⁶⁰ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper**, OTA-BP-ISC-41 44-45, p. 47.

⁶¹ See *Tinsley v. Mills*, 36 F. Supp. 621, 623 (E.D. La. 1940) (“Where torts are committed in foreign countries, or beyond the territorial jurisdiction of the sovereignty in which the action is brought, the *lex fori* governs, no matter whether the right of action depends upon the common law or a local statute, unless the statute which creates or confers the right limits the duration of such right to a prescribed time.”)

⁶² *Phillips v. Eyre* (1870) L.R. 6 Q.B. 1, 28-29, quoted in P. B. Carter, “Choice of Law in Tort: The Role of the *Lex Fori*,” **Cambridge Law Journal** [online] 54, 1 (March 1995): 38. source <https://www.jstor.org/stable/4508032>

⁶³ Albert A. Ehrenzweig, “The *Lex Fori*: Basic Rule in the Conflict of Laws,” **Michigan Law Review** [online] 58, 5 (March 1960): 671-683. source <https://www.jstor.org/stable/1285822>

to *lex loci delictus*, Carter views it as general rule and views *lex loci delictus* as the exception as indicated in *Boys v. Chaplin*.⁶⁴

Lex fori also applies when tort action occurred in the high sea⁶⁵ which is *terra nullius* (“territory not capable of being claimed by any single State, for example, the high seas and outer space.”)⁶⁶. Therefore, it could be considered that in outer space, which is also *terra nullius*⁶⁷, *lex fori* should also apply to tortious acts in outer space.

2.3) The rule of most significant relationship

The rule of most significant relationship seems to be the less harsh than the previous two doctrines. In *Grupo Televisa, S.A. v. Telemundo Commc'ns Grp., Inc.* (2007)⁶⁸, the Court mentioned four contacts or factors from the Restatement (Second) of Conflict of Laws § 145 (1971) that need to be considered in determining which state’s law should apply:

“(a) the place where the injury occurred, (b) the place where the conduct causing the injury occurred, (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and (d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered.”⁶⁹

This principle is flexible and would be proper to be used as a model rule to deal with tort case in outer space. Anyhow, not every country adopted this principle in its domestic law on choice of laws rules.

⁶⁴ *Boys v. Chaplin* [1971] AC 356, quoted in P. B. Carter, “Choice of Law in Tort: The Role of the Lex Fori,” **Cambridge Law Journal** [online] 54, 1 (March 1995): 38. source <https://www.jstor.org/stable/4508032>

⁶⁵ USLegal, **Laws Applicable to Torts**.

⁶⁶ Tim Hillier, **Sourcebook on Public International Law**.

⁶⁷ Ibid.; Bin Cheng, **Studies in International Space Law**, p. 229.

⁶⁸ *Grupo Televisa, S.A. v. Telemundo Commc'ns Grp., Inc.*, 485 F.3d 1233, 1240 (11th Cir. 2007).

⁶⁹ The American Law Institute, “Restatement (Second) of Conflict of Laws Section 145 [online]”, published 1971, 10 December 2018. source <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest145.html>

2.4) *Governmental interests approach*

The main idea is that the law of the forum state should be mainly applied, unless there is a positive reason to replace it. Such practice emphasizes the importance of the forum state's policy and sovereignty.⁷⁰ This means foreign law can be applied if there is a positive reason which means *“the court seeks to identify and apply the law of the state whose interest would be the more impaired if its law were not applied”*⁷¹ This approach was also adopted by the Oregon Supreme Court in 1964.⁷²

2.5) *Party Autonomy*

Another good example from the civil law system country, the Civil Code of the Russia Federation imposes more flexible regulations than the Restatement does. Part III of the Code contains a set of rule which allows parties to choose their applicable law.

“Article 1219. The Law Governing Obligations Emerging as a Result of Infliction of Harm

*3. After the committing of an action or onset of another circumstance that entailed infliction of harm the parties may come to an agreement that the obligation that has emerged as a result of infliction of the harm is to be governed by the law of the country of the court.”*⁷³

Such party autonomy in the Russian Law was drawn from the Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 (Rome II). Article 14 of the Rome II also recognizes that parties may conclude their agreement to choose their applicable law for their case

⁷⁰ Robert A. Christensen, “Oregon Adopts Governmental Interest Approach to Choice of Law: Conflict of Laws. Guardian and Ward,” Stanford Law Review 17 [online], 4, (April 1965): 752. source <https://www.jstor.org/stable/pdf/1227368.pdf?refreqid=search%3A7866fd48d526d601a8151f600e5d94a2>

⁷¹ USLegal, **Government Interests Approach** [online], 10 December 2018. source <https://conflictflaws.uslegal.com/laws-applicable-to-torts/government-interests-approach/>

⁷² Robert A. Christensen, “Oregon Adopts Governmental Interest Approach to Choice of Law: Conflict of Laws. Guardian and Ward,” p. 750.

⁷³ World Intellectual Property Organization, “Civil Code of Russia” art. 1219.

even after the damage occurred.⁷⁴ This practice was also adopted in some other European countries like Germany, Belgium, Lithuania, and Switzerland. Some countries, namely Austria, Liechtenstein, and Netherlands, even allow the parties to choose their applicable law both *ex ante* and *ex post* (before and after the injury occurred).⁷⁵ This principle was also supported by the Legal Subcommittee expressed that parties may also conclude an agreement to choose their applicable law to claim the damage under the 1972 Space Liability Convention⁷⁶.

3. Applications of Laws and Remaining Problems

This topic indicates applications of the international laws and domestic tort laws to four potential incidents that could be occurred in outer space. The author categorized those incidents based on tort-feasors. Also, remaining problems are presented here.

3.1) Damage caused by the State or the State's entity

This type of damage is definitely covered by the international space laws which are the 1967 Outer Space Treaty and the 1972 Space Liability Convention.

Under the 1967 Outer Space Treaty, the States shall bear international liability for their national activities which include launching or procuring the launching of an object into outer space, including the moon and other celestial bodies, and being a State Party from whose territory or facility an object is launched, if such activities caused damage to another States Parties to the Treaty, regardless of such conducted activity was private spatial act (*acta jure*

⁷⁴ European Union Law, “Rome II,” art. 14

⁷⁵ Thomas Kadner Gazano, “Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Article 14 and 4(3) of the Rome II Regulation [hereinafter Freedom to Choose the Applicable Law],” in **The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: A New Tort Litigation Regime**, edited by John Ahern and William Binchy, (Brill | Nijhoff: Leiden, 2009), pp. 114-115.

⁷⁶ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Legal Subcommittee Report of 1969.”

gestionis) or Public spatial act (*acta jure imperii*) of the States that caused damage to another States or their personals.

The States also have duty to make sure that all space activities in their territory, regardless of whether they are operated by the States or not, are being conducted properly under Article VII of the Treaty.

The 1972 Space Liability Convention repeatedly enumerates the same principle as stipulated in the 1967 Outer Space Treaty. The States, as launching States, shall absolutely bear liability on damage from their activities. However, the Convention is likely not to cover damage from laser or particle beam weapon fired into outer space from ground-based weapons since the Convention deals with only damage from ‘space objects’ which is not properly defined by the Convention.

It is too remote to conclude that there is a feasibility to regard ‘direct-energy weapon attack’ like laser or particle beam as a ‘space object’. In term of ‘space debris’, even though there is no official resolution from the U.N. General Assembly, some scholars view that space debris should be considered as space debris even though some country might have hundreds pieces of debris from its one satellite and the quantity is extremely high which is difficult to remove. Timothy G. Nelson referred in his article, ‘*Regulating the void: In-orbit collisions and space debris*’, scholarly opinions of Bin Cheng and Manfred Lachs that consistently expressed that “*a space object is any object to be placed in orbit as a satellite of the earth, the moon or any other celestial body to traverse some other course to, in or through outer space.*”⁷⁷ According to such opinion, Nelson interprets that the term ‘space object’ in the 1972 Space Liability Convention and the term ‘object launched into space’ in the 1967 Outer Space Treaty should include ‘space debris’.⁷⁸

Nelson, in order to argue that states should be responsible for space debris, furthermore pointed out more rationale rather than interpreting the term ‘space object’. He rose up the opinion of Howard Baker who embraces customary international law together with the 1967 Treaty’s provision. He views

⁷⁷ Timothy G. Nelson, **Regulating the void: In-orbit collisions and space debris.**

⁷⁸ Ibid.

that the decision rendered by the International Court of Justice in the *Corfu Channel* case (1947), stated that “A State is thus obliged to use all the means at its disposal in order to avoid activities which take place in its territory, or in any area under its jurisdiction, causing significant damage to the environment of another State”, should be applied together with Article VI⁷⁹ of the 1967 Outer Space Treaty. Hence, States are responsible to take a due diligence to protect other states as well.⁸⁰

Since the 1972 Convention appears to impose only strict liability doctrine on the States and international organizations,⁸¹ the issue needs to be considered is that whether it is really fair to apply only this doctrine to damage from space objects. As indicated in the 2009 incident which the United States’ object and the Russian object hit with each other and both two objects were damaged, who will have to be liable if we apply strict liability doctrine? We can see from such case that both satellite operators were likely equal in technical knowledge. It would not make much sense to apply the doctrine of strict liability if the relationship is not of between technical service provider and service user, like in case of space travel that tour providers agree to carry passengers to travel into outer space.

Hence, it would be more proper to say that strict liability should be merely used in the case of space tour. In other types of space activities, fault liability doctrine should be still applied to prove which party has greater responsibility than another. The details are deeply examined in the fifth Chapter.

Finally, another point in international space laws is that while foreign individuals are entitled to exercise their right under Article VII of the 1967 Outer Space Treaty⁸² to claim the compensation from launching States under Article II

⁷⁹ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VI.

⁸⁰ Timothy G. Nelson, **Regulating the void: In-orbit collisions and space debris.**

⁸¹ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, **Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper, OTA-BP-ISC-41 44-45**, p. 45.

⁸² United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VII.

of the 1972 Liability Convention⁸³, Article VII of the 1972 Liability Convention blocks the way for individuals who were damaged by their government or state to claim the compensation through the Convention.

“Article VII: The provisions of this Convention shall not apply to damage caused by a space object of a launching State to:

(a) nationals of that launching State;

(b) foreign nationals during such time as they are participating in the operation of that space object from the time of its launching or at any stage thereafter until its descent, or during such time as they are in the immediate vicinity of a planned launching or recovery area as the result of an invitation by that launching State.”⁸⁴

Tort law system is able to deal with States’ tortious acts in outer space, but not with every state’s acts. Only State Parties to the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property shall be waived their immunity by consequence of Article 12 of the Convention.⁸⁵ Non-parties States might hold their absolute immunity (the immunity claimed by States to prevent from being a defendant before foreign courts.)⁸⁶ to prevent against being litigated under another state’s jurisdiction.

3.2) Damage Caused by International Organization

In this regard, international organization means inter-governmental organization. As discussed before, international organizations can bear international liability under the 1967 Space Treaty. But when it comes to the 1972 Space Liability Convention which officially established the channel for

⁸³ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. II.

⁸⁴ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. VII.

⁸⁵ United Nations, “United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, adopted 2 December 2004 [hereinafter States Immunities Convention] [online]”, arts. 5 and 12, 10 December 2018. source https://treaties.un.org/doc/source/RecentTexts/English_3_13.pdf

⁸⁶ Xiaodong Yang, **State Immunity in International Law**, 1st edition (London: Cambridge University Press, 2012), p. 7.

compensation claiming, it says that an international organization shall be liable only when it declare its acceptance of the rights and obligations provided for in the 1972 Convention. Some of the super power States, in order to avoid the liability, may conduct space activities under an international organization without such declaration.

International organizations can also claim their immunity although there is no customary international law provides immunity to international organization⁸⁷. International organizations can have immunity from their establishing treaty or convention⁸⁸. Furthermore, some countries' domestic laws, policy, or foreign policy also recognize and protect immunity of international organizations. Austrian, in 1977, enacted the *Federal Act on the Granting of Privileges and Immunities to International Organizations* which allows the Austrian government to grant immunities to international organizations by governmental agreement.⁸⁹ In Belgian, international organizations can enjoy their immunities by agreements between organizations and host state.⁹⁰ Such immunities are more absolute than state immunity.⁹¹ This means international organizations may not be sued in the courts based on both their tortious private acts (*acta jure gestionis*) and tortious public acts

⁸⁷ Michael Wood, "Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?," in **Immunity of International Organizations**, edited by Niels M. Blokker, (Brill | Nijhoff: Leiden, 2015), page 30.

⁸⁸ Ibid.; Federal Department of Foreign Affairs of Switzerland, **Immunity of International Organisations** [online], 10 December 2018. source <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/international-law/privileges-and-immunities/immunity-international-organisations.html>

⁸⁹ Kirsten Schmalenbach, "Austrian Courts and the Immunity of International Organizations," in **Immunity of International Organizations**, edited by Niels M. Blokker, (Brill | Nijhoff: Leiden, 2015), p. 193.

⁹⁰ Eric De Brabandere, "Belgian Courts and the Immunity of International Organizations," in **Immunity of International Organizations**, edited by Niels M. Blokker, (Brill | Nijhoff: Leiden, 2015), p. 213.

⁹¹ Ibid., p. 216.

(*acta jure imperii*). Such situation show the lack of proper legal standard dealing with tortious acts of international organizations in global stage.

As we have discussed that international organizations, if enjoy an immunity, enjoy immunity more absolute than states. The fact shows that every state tends to recognize immunity of international organizations base on foreign policy and foreign relationship. International organizations also obviously enjoy the immunity as provided in their establishing conventions that the organization and its staffs enjoy immunity. This situation prevents international organizations from falling into another state's jurisdiction and litigation in every case. So far, the author finds three inter-governmental space agencies, namely Intersputnik International Organization of Space Communications (Intersputnik), European Space Agency (ESA), and Asia-Pacific Space Cooperation Organization (APSCO). The ESA has already conducted numerous activities in outer space such as Ariane rockets, SOHO (Solar and Heliospheric Observatory) sun studying satellite, and Gaia galaxy mapping satellite.⁹² Meanwhile the APSCO is also capable to conduct activities in outer space, but it has not conducted any space activities so far.

3.3) Damage Caused by Private Sectors under The State's Authorization and Continuing Supervision

Under the 1967 Outer Space Treaty, private sectors can bear international responsibility only when they conduct national activities mentioned in Article VI.

Although the 1972 Space Liability Convention was concluded based on the principle from the 1967 Outer Space Treaty, but it conversely does not mention that private sectors or non-governmental entities shall bear liability and pay compensation under this Convention. Only the States shall be able to bear liability for all activities conducted in their territory and cause damage to another State. Hence, although private sectors or non-governmental entities

⁹² European Space Agency, **Our Missions** [online], 10 December 2018. source http://www.esa.int/ESA/Our_Missions; Elizabeth Howell, **European Space Agency: Facts & Information** [online], 10 December 2018. source <https://www.space.com/22562-european-space-agency.html>

shall bear international responsibility from their national activities under Article VI of the 1967 Treaty, the 1972 Space Liability Convention does not force them to pay compensation directly to injured persons. The method, so far, seems to be that the States must pay first and recourse from such private entities later. However, the problematic issue is which law can be referred as the ground for the States to get reimbursement from private entities. Using domestic tort laws to allow the States to claim back the money might not be so easy since not every state's tort law allows its government to claim money back from private entities specifically based on damage from national space activity. To illustrate this, Thailand's tort law allows employer to get reimbursement back from his employee if such tortious act was conducted under a 'hire of services' agreement, but not under a 'hire of works' agreement, unless the employer gave the employee instruction but the employee failed to follow it.⁹³ If, for instance, Thai government had to pay compensation under the 1972 Liability Convention because damage caused by its employee, the government would not be able to claim back the reimbursement if it concluded 'hire of works' agreement with the employee due to nature of activity.

Let's take a look at another sample from the Civil Code of Russia Federation. According to Article 1068, it appears to be that an employer has to pay the compensation for damage caused by his employee if the act was done based on civil contract and his employee did not comply with his instruction.⁹⁴ This article seems to be able to apply with a case of a government agency hired an individual to operate space activity as a private act (*acta jure gestionis*) since the Article aims at relationship between the contractors, not their statuses.

Next Article of the same Code also provides the same situation, but in a case of unlawful actions caused by state and local self-government bodies, or officials. In this regard, the Russian Treasury shall pay the compensation.⁹⁵ The

⁹³ Siam Legal, "Thai Civil and Commercial Code."

⁹⁴ World Intellectual Property Organization, "Civil Code of Russia", art. 1068.

⁹⁵ Ibid., art. 1069.

inflicting or tortious act in this Article seems to mean a public act (*acta jure imperii*).

With respect to the two Articles mentioned above, the Russian Civil code, in first paragraph and fourth paragraph of Article 1081, together, allow “a person who has redressed the injury inflicted by another person (the employee who discharges official or other labour duties, the person who drives a transport vehicle, etc.) shall have the right to recourse to this person in the amount of the paid compensation, unless the law establishes a different amount of compensation.”⁹⁶ According to the Russian Civil Code, in any case, the Russian Government seems to be able to recourse from its national who caused damage in outer space after the government has redressed for such damage. This is the one sample that is quite different from Thai tort law as previously mentioned.

Another potential problem would be any damage occurred from space tourism. This sounds little futuristic, but it has been happened before in 2001 when Russia sent Dennis Tito, an American businessman to the International Space Station. The similar tours were happened also with other two businessmen, Mark Shuttleworth and Greg Olsen, in 2002 and 2005, respectively.⁹⁷ Recently, 23 people were sent into outer space in 2013 for an hour for traveling because they won the free space trip award from AXE Company.⁹⁸ The idea of traveling to outer space, if it becomes popular, it needs huge financial support from private sectors and would be operated by private sectors under a government’s supervision. Since there is the idea and effort to make it happens, pointed out by Kevin Bonsor,⁹⁹ this activity is

⁹⁶ Ibid., art. 1069.

⁹⁷ Kevin Bonsor, **How Space Tourism Works** [online], 10 December 2018. source <https://science.howstuffworks.com/space-tourism.html>

⁹⁸ Miriam Kramer, **23 Axe Apollo Fans with the Right Stuff Win Free Space Trips** [online], 10 December 2018. source <https://www.space.com/23866-axe-apollo-space-academy-spaceflight-winners.html>; Julietta, **Phirada Dechavijit: First Thai Woman in Outer Space [พริดา เดชะวิจิตร หญิงไทยคนแรกบนห้วงอวกาศ]** [online], 10 December 2018. source <https://women.mthai.com/amazing-women/162837.html>

⁹⁹ Ibid.

definitely going to be private acts (*acta jure gestionis*), like the trip organized by AXE Company in 2013, Even though the 1972 Space Liability Convention can force a government to pay compensation for damage caused by space tour company in its territory, but there is no legal instrument provide that a government is entitled to the reimbursement. Problem will also arise if a government is forced to pay compensation under the international space laws in such cases but cannot get money back, while the private entity that caused damage can also be forced to pay compensation directly, under domestic tort law, for the same damage that its government has been already paid for.

3.4) *Damage Caused by Individuals*

The two international space laws were not written on purpose of punishing individuals. They do not impose civil liability on individuals nor non-governmental entities that caused damage in outer space. They were written mainly to control States' space activities by applying the doctrine of 'strict liability' which is consistent with the idea saying that space activities fall into the category of normally dangerous activities (sometimes referred as 'ultra-hazardous activities').¹⁰⁰ On the other hand, normal tortious acts in outer space, if conducted by individual, the doctrine of 'fault liability' should be applied, but the 1972 Space Liability Convention nevertheless does not mention about this.¹⁰¹

However, regular tort law mechanism is still available to cope with this kind of damage.

3.5) *Problems Summary*

In sum, problems stemmed out from current legal instruments are as follows:

a) The international space laws apply only 'strict liability' doctrine to damage from outer space objects conducted mainly by States. The 1972 Liability Convention does not separately consider between damage caused by

¹⁰⁰ Cornell Law School, **Ultrahazardous Activity** [online], 10 December 2018. source https://www.law.cornell.edu/wex/ultrahazardous_activity

¹⁰¹ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper*, OTA-BP-ISC-41 44-45, p. 45.

individuals that ‘fault liability’ doctrine should be applied, and damage caused by space activities that ‘strict liability’ doctrine should be applied. However, in fact, not all space activities should be governed by strict liability doctrine.

tortious acts from

The international space laws do not apply to individuals’ tortious acts, their civil liability, and the doctrine of ‘fault liability’ that should be applied to the cases. The laws only apply ‘strict liability’ doctrine in order to mainly deal with States’ space activity.

b) No clear definition of the term ‘space object’ in the 1972 Space Liability Convention.

c) No clear definition of the term ‘national activity’ in the 1967 Outer Space Treaty.

d) The States must bear liability on paying of compensation under the 1972 Space Liability Convention although the damage caused by private entities, and there is no clear legal mechanism allowing the States to recourse the reimbursement.

e) Foreign individuals are entitled to exercise their right under Article VII of the 1967 Outer Space Treaty because launching states shall be internationally liable for damage to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons.¹⁰² Theoretically, injured persons should be able to claim the compensation from launching States under Article II of the 1972 Liability Convention. However, Article VII of the 1972 Liability Convention¹⁰³, which provides the method of such claim, forbids individuals who were damaged by their government or their state to claim the compensation through the Convention.

f) International organizations shall be liable under the 1972 Space Liability Convention only when they have declared to accept the rights and obligations provided for in the Convention.

¹⁰² United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VII.

¹⁰³ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. II.

g) Tort law system cannot definitely deal with States and international organizations' tortious acts in outer space because of the immunity.

Chapter 4: Problems of Using Transnational Tort Litigation System on Tort Occurred in Outer Space & Protection of Space Activities in Thailand

1. Space Activities in Thailand

At the present time, there are some organizations in Thailand operating or aiming at operating space activities in outer space.

Geo-Informatics and Space Technology Development Agency (GISTDA) is a public organization established on purposes of developing geo-informatics and space technology as non-boundary knowledge for the country development.¹⁰⁴ A sample achievement is the Cosmo-SkyMed satellites – “Constellation of four radar satellites for Earth observation for dual (civil and military) use. Its purpose is to monitor the globe for the sake of emergency prevention (management of environmental risks), strategy (defense and national security), and scientific and commercial purposes, providing data on a global scale.”¹⁰⁵

Royal Thai Air Force also aims at using outer space as an area for security operation under the Space Affair Development for Security Project. The Air Force proposed to have a capability to conduct Space Observation, Space Surveillance and Space Defense.¹⁰⁶

Thaicom is Thai public company limited. It “provides tailored satellite communications solutions on an end-to-end basis for broadcasters, the telecom industry and mobile network carriers, businesses and governments

¹⁰⁴ Geo-Informatics and Space Technology Development Agency, **Corporate information** [online], 10 December 2018. source <https://www.gistda.or.th/main/en/node/265>

¹⁰⁵ Geo-Informatics and Space Technology Development Agency, **Cosmo-SkyMed** [online], 10 December 2018. source <https://www.gistda.or.th/main/en/node/579>

¹⁰⁶ Royal Thai Air Force, “Royal Thai Air Force’s 20 Years Strategy (2017-2036) [ยุทธศาสตร์กองทัพอากาศ 20 ปี (พ.ศ. 2560 - 2579)] [online]”, 10 December 2018, pp. 16-17., source http://www.rtaf.mi.th/th/Documents/Publication/RTAF_Strategy_20y_2560-2579.pdf

operating in the Asia Pacific Region.”¹⁰⁷ It has launched 8 THAICOM satellites to provide broadcasting service.¹⁰⁸

Mu Space Corp is a limited company. It “delivers reliable satellite-based broadband, mobile and broadcasting solutions for telcos and businesses in Thailand.”¹⁰⁹ On July 2018, it recently successfully launched its satellite with a reusable rocket from Blue Origin Company of the United States.¹¹⁰

These agencies operate important space activities which are significantly important to Thai people’s interest. Thus, they need fair and reasonable protection which is able to guarantee that they will be able to operate their activity smoothly and get recovered from unexpected damages occurred in outer space.

2. Potential Risks and Proposed Legal Solutions for Thai Space Agencies

Similarly, as discussed in the previous Chapter, Thai space agencies may face with the same legal difficulties. The author analyzed the potential incidents that could happen and divided in four categories. Moreover, the author offers here each incident legal solutions based on international laws, domestic laws, and diplomatic action perspectives.

2.1) Damage caused by the State or the State’s entity

International Space Laws

Article VI of the 1967 Outer Space Treaty¹¹¹ imposes the duty to State actors to bear international responsibility for national activities. However, the Article VII¹¹² emphasizes that a State who launched an object into outer space

¹⁰⁷ THAICOM, **Services Overview** [online], 10 December 2018. source <http://www.thaicom.net/en/services/overview>

¹⁰⁸ THAICOM, **Satellites Overview** [online], 10 December 2018. source <http://www.thaicom.net/en/satellites/overview>

¹⁰⁹ mu Space Corp, **About** [online], 10 December 2018. source <https://www.muspacecorp.com/about/>

¹¹⁰ mu Space Corp, **mu Space makes history for Asia with successful Blue Origin flight** [online], 10 December 2018. source <https://www.muspacecorp.com/mu-space-makes-history-for-asia-with-successful-blue-origin-flight/>

¹¹¹ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VI.

¹¹² United Nations Office for Outer Space Affairs, “Outer Space Treaty,” art. VII.

is internationally liable for damage to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons, regardless of whether such launching was a national activity or public act (*acta jure imperii*). Hence, it appears to be that the State Parties shall be also internationally liable even they caused damages from conducting spatial private acts (*acta jure gestionis*).

In practical, in order to enforce the principle manifested, Article II of the 1972 Space Liability Convention¹¹³ need to be used to claim for compensation from the damages. An injured state or a state that its natural or juridical persons get injured may claim for compensation, according to the Article IX¹¹⁴, through diplomatic channels or through the Secretary-General of the United Nations. However, this claim will be absolutely fruitful only if the damage concerned was caused by a ‘space object’ which we, so far, don’t exactly know whether or not this term is fit with ‘direct-energy weapon attack’ and ‘space debris’. As previously discussed, nobody discusses or publishes any work on the ‘direct-energy weapon attack’ issue relating to ‘space object’ before, but some scholars contend that the term includes ‘space debris’ and injured persons from space debris seems to be entitled to claim for compensation through the international laws. The author agrees with this idea, since the 1972 Convention applies ‘strict liability doctrine’, and the Convention does not consider intention to cause damage nor possession of an object during damage is being occurred. However, claiming compensation for damage caused by a state’s space debris will lead to uncertain legal consequence. However, the author agrees that space debris is also a ‘space object’ as described in the 1972 Convention even though there is still nobody has claimed for damage caused by space debris so far.

Tort Laws

Bringing an action under Thai domestic tort laws is also another way to claim for compensation. The advantage of using Thai domestic tort laws is that

¹¹³ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. II.

¹¹⁴ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. XI.

tort laws basically protect injured persons based on damage they have suffered from unlawful tortious acts, regardless of whether or not such acts were conducted through space objects. This is a good way to avoid the interpretable term like the ‘space objects’ used in the 1972 Convention. The author views that damage caused by directed-energy weapons can be recovered by domestic tort laws. In case of damage occurred from space debris, the author views that section 420 of the Civil and Commercial Code is also applicable.

The damage as such could fall into damage caused by a negligent tortious act, if the debris can be proved where it came from.

As previously described, the 1972 Space Liability Convention prevents against persons to claim for compensation from damage caused by their government or their state. Thus, Thai individuals suffered from Thai government’s space activities are not able to access to the channel provided in the Convention. However, they may use Thai domestic tort law to claim for compensation. Additional to section 420 of the Civil and Commercial Code of Thailand as previously mentioned, the Act on Tortious Liability of Officials B.E. 2539 also allows injured persons to directly bring an action against the government agency that caused damage.¹¹⁵

To bring an action by using Thai domestic tort laws, injured persons can use section 4 ter of the Civil Procedure Code of Thailand.¹¹⁶

2.2) Damage caused by International Organizations

International Space Laws Although the 1967 Outer Space Treaty and the 1972 Space Liability Convention impose responsibility and liability on international organizations, but such kind of organizations shall be liable only when they have declared their acceptance of the rights and obligations

¹¹⁵ Krisdika, “Act on Tortious Liability of Officials B.E. 2539 (1996) [online]”, 6 March 2019, Section 5, source [http://120.52.51.19/www.krisdika.go.th/wps/wcm/connect/e7782a804e34cce9be73fff7e6da8c7c/Act+on+Tortious+Liability+of+Officials,+B.E.+2539+\(1996\).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e7782a804e34cce9be73fff7e6da8c7c](http://120.52.51.19/www.krisdika.go.th/wps/wcm/connect/e7782a804e34cce9be73fff7e6da8c7c/Act+on+Tortious+Liability+of+Officials,+B.E.+2539+(1996).pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e7782a804e34cce9be73fff7e6da8c7c)

¹¹⁶ International Money Laundering Information Network (IMOLIN), “Civil Procedure Code of Thailand [online]”, 10 December 2018, Section 4 Ter, source https://www.imolin.org/doc/amlid/Thailand_The%20Civil%20Procedure%20Code.pdf

provided for in the 1972 Convention.¹¹⁷ Thus, if an injured Thai entity would like to claim for compensation against an international organization, such organization must accept the rights and obligations under the 1972 Convention. Heretofore, the author finds that the Intersputnik International Organization of Space Communications (Intersputnik) is the only international organization which accepted so.¹¹⁸

However, even though it appears to be almost impossible to claim the compensation directly from international organizations, injured Thai entities may claim such compensation from “*a State from whose territory or facility a space object is launched*” that is covered as a second meaning of ‘launching State’ in Article I(c) of the 1972 Space Liability Convention and shall be liable as well as the launching authority under the Article II.

Tort Laws

To bring tort litigation against an international organization that does not accept the rights and obligations under the 1972 Convention, the injured entities must be sure that the organization is free from absolute immunity. The author finds that the European Space Agency (ESA) is the only international space agency that its immunity can be waived under its founding convention, Article IV.¹¹⁹

Thus, so far, claiming for compensation against international organizations seems not to be systematized. An injured person has to examine whether or not the organization he want to bring an action against has (1) accepted the rights and obligations under the 1972 Convention, or (2) waived its absolute immunity under domestic courts.

¹¹⁷ United Nations Office for Outer Space Affairs, “Space Liability Convention of 1972,” art. XXII.

¹¹⁸ United Nations, “Declaration of Acceptance by the Intersputnik International Organization of Space Communications, declared 11 July 2018 [online]”, 10 December 2018. source <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2018/CN.330.2018-Eng.pdf>

¹¹⁹ European Space Agency, **CONVENTION FOR THE ESTABLISHMENT OF A EUROPEAN SPACE AGENCY** [online], 10 December 2018. source http://www.esa.int/About_Us/Welcome_to_ESA/I._Privileges_and_immunities

2.3) Damage Caused by Non-governmental Organization under the State's Authorization and Continuing Supervision

International Laws

Under the 1967 Outer Space Treaty, private sectors can bear international responsibility only when they conduct national activities mentioned in Article VI.

Although the 1972 Space Liability Convention was concluded based on the principle from the 1967 Outer Space Treaty, but it does not mention that private sectors or non-governmental entities shall bear liability and pay compensation under this Convention. Only the States shall be able to bear liability for all activities conducted in their territory and cause damage to another State. Hence, if damage was caused on a space object of Thai entities by private sectors which was supervised or authorized by foreign governments, the only way here which is internationally legal is that the injured entities may request Thai government to claim for compensation through diplomatic channels or through the Secretary-General of the United Nations, as the method provided in Article IX of the 1972 Space Liability Convention.

Thailand should have a particular domestic regulation establishing a procedure of such requesting, claiming, and paying the reimbursement.

Tort Law

Private sectors are basically non-state actors. They enjoy no state immunity by themselves, unless there is a law provides so. The 1967 Outer Space Treaty requires a State to supervise and authorize non-governmental organization in space activities. The law does not touch upon the issue of immunity nor specify characteristic of relationship between a non-governmental organization and its supervisor or authorizer. Thus, injured Thai entities are still entitled to bring tort litigation against these organizations for damage occurred in outer space according to Section 4 *ter.* of the Civil Procedure Code of Thailand¹²⁰ and Section 3 of the Conflict of Laws Act.¹²¹

¹²⁰ International Money Laundering Information Network (IMOLIN), "Civil Procedure Code of Thailand", Section 4 Ter.

¹²¹ THAILAWS.COM, "Conflict of Laws Act B.E. 2481 (1938), Section 3.

We can see that there are two ways to deal with damage in outer space caused by non-governmental organizations. However, in case of damage caused by space debris, injured Thai persons may claim either through Thai domestic courts or through the channel provided by the 1972 Convention.

2.4) Damage Caused by Individuals

International Laws

Unfortunately, the international space laws, as previously discussed, impose no civil liability on pure individual's tortious acts. As such, injured Thai entities or individuals (like astronauts) are not able to get recovered through international space laws in this case.

Tort laws

Injured Thai entities may exercise their rights through regular tort litigation mechanism by relying on the Civil and Commercial Code of Thailand and the Conflict of Laws Act B.E. 2481(1938). Although damages were caused in outer space that is *terra nullius* and free from national sovereignty which makes the *lex loci delicti* under Section 15 of the Act cannot be applied, but since injured entities are Thai national, Section 3 of the Act leave a threshold for Thai law to govern the cases.

The Section 3 allows using of 'principles of private international law' when no Thai conflict of laws rule can be found and fit with the cases. Thus, 'the rule of most significant relationship' from the Restatement (Second) of Conflict of Laws § 145 (1971) should be considered.¹²² Under this rule, Thai courts may consider "*the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties*" to choose the applicable law which could be Thai law.

¹²² The American Law Institute, "Restatement (Second) of Conflict of Laws Section 145."; Niti Janjirasakul, "Conflict of Laws on Tort among the ASEAN States [การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน] [online]," (Thesis submitted for the master of laws degree in international laws, Faculty of Laws, Thammasart University, 2015), 10 December 2018, pp. 78-79. source http://ethesisarchive.library.tu.ac.th/thesis/2015/TU_2015_5601032583_4092_3280.pdf

The courts shall also consider the Civil Procedure Code of Thailand together with the Conflict of Laws Act in order to assure that the Thai Civil Court has jurisdiction on the cases. In this regard, Section 4 *ter.* of the Civil Procedure Code of Thailand is taken into account.

“Section 4 ter. – The other plaintiff as provided other than Section 4 bis. which the defendant is not domiciled within the Kingdom and the cause of action is not arose within the Kingdom, if the plaintiff has Thai nation or domicile within the Kingdom, it shall be submitted to the Civil Court or to the Court within the territorial jurisdiction oh which the plaintiff is domiciled.”¹²³

Chapter 5: Conclusion

Even though space technology and space activities have been significantly being developed since the Cold War period¹²⁴, but space law regime are being developed slower than space technology. It would be unfair and impartial if we cannot sustain justice to people who deserve their right, and cannot claim for their loss or have to let them face with multi-legal standards.

The author believes that every damage and loss caused by intention, negligence, or lack of care in space operation, is supposed to be recovered. New legal instrument in international level is supposed to be developed to invite all states to use tort law mechanism to recover damages caused in outer space, set up an agreed conflict of laws rules, and waive unreasonable immunities of states and international organizations. Damages from all activities in outer space, including individual's tortious acts, space debris, directed energy weapons, and space traveling must be covered. Also, new legal instrument should impose strict liability to only space traveling activity since it requires high responsibility of carriers toward passengers and passengers generally are not able to relieve harm by themselves, while other types of space activities

¹²³ International Money Laundering Information Network (IMOLIN), “Civil Procedure Code of Thailand [online]”, Section 4 Ter.

¹²⁴ Matthew Godwin, **The Cold War and the Early Space Race** [online], 10 December 2018. source <http://www.history.ac.uk/ihr/Focus/cold/articles/godwin.html>

appears to be conducted among technicians who have equal knowledge and are capable to avoid or deal with damages.

The author hopes the opinions and suggestions offered in this article would be a helpful primary guideline for Thailand's space agencies and private space industries to be ready in case that tort action occurred. Moreover, the author strongly hope that the ways forward to develop new legal instrument previously mentioned would influence persons who read them, especially persons who are working in relevant fields, to move forward and carry out the spirit of justice for future.

References

- Richard Hollingham. V:2 The Nazi Rocket that Launched the Space Age [online]. source: <http://www.bbc.com/future/story/20140905-the-nazis-space-age-rocket>, 2018 (December 10)
- John A. Vosburgh. "Where Does Outer Space Begin?." American Bar Association Journal volume 56, 2 (February 1970): 134-136.
- Kevin D. Williamson. A Satisfying 'Star Wars' Sequel [online]. source: <https://www.nationalreview.com/2017/06/ronald-reagan-missile-defense-star-wars-initiative-huge-success-despite-critics/>, 2018 (December 10)
- Andrew O'reilly. Trump Orders Establishment of 'Space Force' as 6th Branch of Military [online]. source: <http://www.foxnews.com/politics/2018/06/18/trump-orders-establishment-space-force-as-6th-branch-military.html>, 2018 (December 10)
- Leonard David. Russian Satellite Hit by Debris from Chinese Anti-Satellite Test [online]. source: <https://www.space.com/20138-russian-satellite-chinese-space-junk.html>, 2018 (December 10)
- Isabella Henrietta Philepina Diederiks-Verschoor. An Introduction to Space Law. 3rd edition. London: Kluwer Law International, 2008.
- Tim Hillier. Sourcebook on Public International Law. 1st edition. London: Routledge-Cavendish, 1998.
- Harold M. White, Jr.. International Law and Relations [online]. source: <https://er.jsc.nasa.gov/seh/law.html>, 2018 (December 10)
- Bin Cheng. Studies in International Space Law. 1st edition. London: Clarendon Press, 1997.
- Columbia Law Review Association, Inc. "Conflict of Laws: "Party Autonomy" in Contracts." Columbia Law Review 57, 4 (February 1958): 274-277.
- Morris D. Forkosch. Outer Space and Legal Liability. 1st edition. Netherlands: Springer Netherlands, 1982.
- Mara Wantuch-Thole. Cultural Property in Cross-Border Litigation. 1st edition. Berlin: De Gruyter Digital original edition, 2015.

- Percy Henry Winfield. *The Province of Law of Tort*. 1st edition. London: Cambridge University Press, 2015.
- Paula Giliker. *Tort*. 5th edition. London: Sweet & Maxwell, 2014.
- U.S. Congress, Office of Technology Assessment. "Space Stations and the Law: Selected Legal Issues-Background Paper, OTA-BP-ISC-41 44-45." August 1986
- P. B. Carter. "Choice of Law in Tort: The Role of the Lex Fori." *Cambridge Law Journal* 54, 1 (March 1995): 38-42.
- Albert A. Ehrenzweig. "The Lex Fori: Basic Rule in the Conflict of Laws." *Michigan Law Review* 58, 5 (March 1960): 637-688.
- American Law Institution. *Restatement of the Law Second: Torts Tentative Draft*. 1st edition. Pennsylvania: American Law Institution, 1964.
- The American Law Institute. *Restatement (Second) of Conflict of Laws Section 145* [online]. source: <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest145.html>, 2018 (December 10)
- Robert A. Christensen. "Oregon Adopts Governmental Interest Approach to Choice of Law: Conflict of Laws. Guardian and Ward." *Stanford Law Review* 17, 4 (April 1965): 750-754.
- Thomas Kadner Graziano. *Freedom to Choose the Applicable Law in Tort – Article 14 and 4(3) of the Rome II Regulation* [online]. source: https://www.biicl.org/files/5201_graziano_27-09-10_biicl_2.pdf, 2018 (December 10)
- Timothy G. Nelson. *Regulating the void: In-orbit collisions and space debris* [online]. source: <http://www.thespacereview.com/article/2520/1>, 2018 (December 10)
- Xiaodong Yang. *State Immunity in International Law*. 1st edition. London: Cambridge University Press, 2012.
- Michael Wood. "Do International Organizations Enjoy Immunity Under Customary International Law?." in *Immunity of International Organizations*, edited by Niels M. Blokker, pages 61-73. 1st edition. Leiden: Brill | Nijhoff, 2015.
- Kirsten Schmalenbach. "Austrian Courts and the Immunity of

International Organizations.” in Immunity of International Organizations, edited by Niels M. Blokker, pages 188-205. 1st edition. Leiden: Brill | Nijhoff, 2015.

- Eric De Brabandere. “Belgian Courts and the Immunity of International Organizations.” in Immunity of International Organizations, edited by Niels M. Blokker, pages 206-245. 1st edition. Leiden: Brill | Nijhoff, 2015.

- Kevin Bonsor. How Space Tourism Works [online]. source: <https://science.howstuffworks.com/space-tourism.html>, 2018 (December 10)

- Miriam Kramer. 23 Axe Apollo Fans with the Right Stuff Win Free Space Trips [online]. source: <https://www.space.com/23866-axe-apollo-space-academy-spaceflight-winners.html>, 2018 (December 10)

- Julietta. Phirada Dechavijit: First Thai Woman in Outer Space [พริดา เตชะวิจิตร หญิงไทยคนแรกบนห้วงอวกาศ] [online]. source: <https://women.mthai.com/amazing-women/162837.html>, 2018 (December 10)

- Niti Janjirasakul. “Conflict of Laws on Tort among the ASEAN States [การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยละเมิดในกลุ่มประเทศอาเซียน].” Master Degree, International Laws, Faculty of Laws, Thammasart University, 2015.

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556 (การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น)*

Supreme Court Judgement Number 21262/2556
(Transfer of Claims as Another Performance)

ปณณธร เชื้อนแก้ว ** และศรัณย์ พิมพงาม ***
Pannathorn Khuankaew and Sarun Pimngam

บทคัดย่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556 วินิจฉัยว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น ยังไม่ทำให้หนี้เดิมระงับไปทันที ถ้ายังมิได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา และเป็นกรณีที่ไม่มีข้อตกลงให้หนี้เดิมระงับทันที หากแต่การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง เมื่อเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแล้ว หนี้ตามมูลหนี้เดิมย่อมต้องระงับสิ้นไป เจ้าหนี้ที่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ย่อมไม่สามารถกลับมาฟ้องร้องลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องได้ เพียงแต่ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องที่มีการโอนเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้นเกิดการรอนสิทธิเจ้าหนี้ผู้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องสามารถกลับมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้นั้นรับผิดชอบตามมาตรา 322

คำสำคัญ : การชำระหนี้, การชำระหนี้เป็นอย่างอื่น, โอนสิทธิเรียกร้อง

* วันที่รับบทความ (received) 24 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 19 มีนาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 19 มีนาคม 2562

** นิสิตชั้นปีที่ 3 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

*** น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, ปัจจุบันเป็นนักวิชาการอิสระและที่ปรึกษาด้านการลงทุน

Abstract

The Supreme Court Judgment number 21262/2556 held, summarily, that when the debtor transfers the claim as another performance than that agreed upon to the creditor who accepts it, an obligation is not extinguished unless the debtor of the transferred claim performs his obligation, or having an agreement in the transfer or claim contract to release the debtor from his obligation. However, from the study, according to the section 321 paragraph 1, an obligation is extinguished if the creditor accepts in lieu of performance another performance than that agreed upon. Therefore, the creditor is not allowed to claim performance from the debtor who transfers the claim as another performance. On the other hand, according to the section 322, if a claim against a third person or any other right is given in lieu of performance, the debtor shall be liable for eviction in the same manner as a seller.

Keywords : Performance, Substitute performance, Transfer of claims

1. บทนำ

โดยปกติเมื่อเกิดหนี้ขึ้นมาโดยมูลหนี้ต่าง ๆ แล้ว ด้วยอำนาจแห่งมูลหนี้นั้น เจ้าหนี้อย่อมมีสิทธิจะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ หากแต่แม้จะเป็นหนี้กันอยู่อย่างไร ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ย่อมถือเป็นการชำระหนี้โดยชอบ¹ ทว่ากรณีในการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น โดยการโอนสิทธิเรียกร้องให้แก่เจ้าหนี้ ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 21262/2556 วินิจฉัยไว้ว่า “...เมื่อขณะที่ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องเจ้าหนี้อยังไม่ได้รับชำระหนี้เป็นเงินจากผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 และจะได้รับชำระหนี้จริงก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 แต่ละรายได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ย่อมถือไม่ได้ว่าการที่เจ้าหนี้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่ 2 เป็นการที่เจ้าหนี้อยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้เป็นเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ เมื่อเจ้าหนี้อยังไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 ตามหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง หนี้ที่เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้จึงมิได้ระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 ลูกหนี้ที่ 2 ยังคงผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน” จึงมีประเด็นกฎหมายที่น่าสนใจและสมควร

¹ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 1001.

ศึกษาว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น ถ้าเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา หนี้เดิมจะระงับลงหรือไม่ เพียงใด

2. หลักการเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น

2.1 หลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายไทย

เมื่อได้มีการก่อหนี้ขึ้นมาแล้วระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ การชำระหนี้ของลูกหนี้ที่จะเป็นการชำระหนี้ที่ถูกต่องั้นต้องเป็นการชำระหนี้ทั้งหมด และลูกหนี้จะต้องชำระหนี้ตามที่ตกลงกันให้แก่เจ้าหนี้ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 320² ด้วยเหตุนี้ ลูกหนี้จะชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนหนี้ที่ต้องชำระ หรือบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้ที่ไม่ตรงตามความผูกพันที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้ไม่ได้³ หากแต่เจ้าหนี้จะยอมรับเอาการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้นก็อาจกระทำได้ ซึ่งถือว่าเป็นการชำระหนี้ที่ชอบ โดยอาศัยบทบัญญัติในมาตรา 321⁴

กรณีตามบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง สามารถพบเห็นได้ในทางปฏิบัติ เช่น กรณีที่ลูกหนี้ยินดีที่จะเอาทรัพย์สินอย่างอื่นมาใช้หนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อให้เป็นการชำระหนี้เสร็จสิ้นกันไป และเจ้าหนี้ยอมรับเอาทรัพย์สินหรือสิทธิที่เขาขอใช้หนี้ให้ ถ้าทั้งสองฝ่ายเห็นประโยชน์ยินยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้แล้ว หนี้ก็จะเป็นอันได้ระงับสิ้นไป⁵ แต่หากเป็นการชำระหนี้แทนด้วยตราสารเปลี่ยนมือ มาตรา 321 วรรคสาม บัญญัติไว้เป็นพิเศษว่า หนี้นั้นจะระงับสิ้นไปก็ต่อเมื่อตัวเงินหรือประทวนสินค่านั้นได้ใช้เงินแล้ว

ดังนั้น ในกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้เมื่อลูกหนี้ตามมูลหนี้ที่หนึ่งได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อลูกหนี้ของตนให้แก่เจ้าหนี้ตามมูลหนี้ที่หนึ่ง เพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในมูลหนี้ที่หนึ่งเดิม และการโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้นั้นนั้นได้กระทำตามวิธีการโอนสิทธิเรียกร้องที่

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 320 “อันจะบังคับให้เจ้าหนี้รับชำระหนี้แต่เพียงบางส่วน หรือให้รับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นผิดไปจากที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้นั้น ท่านว่าหาอาจจะบังคับได้ไม่”

³ ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 226.

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 “ถ้าเจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็อันระงับสิ้นไป

ถ้าเพื่อที่จะทำให้พอแก่ใจเจ้าหนี้นั้น ลูกหนี้รับภาระเป็นหนี้อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นใหม่ต่อเจ้าหนี้ไซ้เมื่อกรณีเป็นที่ยสงสัย ท่านมิให้สันนิษฐานว่าลูกหนี้ได้ก่อหนี้ขึ้นขึ้นแทนการชำระหนี้

ถ้าชำระหนี้ด้วยออก-ด้วยโอน-หรือด้วยสลักหลังตัวเงินหรือประทวนสินค้ำ ท่านว่าหนี้นั้นจะระงับสิ้นไปต่อเมื่อตัวเงินหรือประทวนสินค้ำนั้นได้ใช้เงินแล้ว”

⁵ ม.ร.ว.เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1007-1008.

สมบูรณ์⁶ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 306 ถึงมาตรา 313 ทำให้ลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่โอนมานั้นจะต้องมาชำระหนี้กับผู้รับโอนเนื่องจากการโอนสิทธิเรียกร้องมีผลให้ผู้รับโอนเข้าสวมสิทธิของเจ้าหนี้เดิม⁷ (ซึ่งเจ้าหนี้เดิมก็คือลูกหนี้ที่นำสิทธิเรียกร้องมาตีใช้นี้) และเมื่อเป็นเช่นนั้น เข้าลักษณะเป็นการที่ลูกหนี้ได้ยินดีที่จะเอาสิทธิอย่างอื่นมาตีใช้นี้ให้แก่เจ้าหนี้ เพื่อให้เป็นการชำระหนี้เสร็จสิ้นกันไป และเจ้าหนี้นี้ยอมรับเอาสิทธิที่เรียกร้องที่ลูกหนี้ขอตีใช้นี้ให้แล้ว หนี้ก็จะเป็นอันได้ระงับสิ้นไป

ทว่าในมาตรา 322 นั้นได้กำหนดว่า⁸ หากเจ้าหนี้นี้ยอมรับเอาทรัพย์สินหรือสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกโดยการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่วัตถุแห่งหนี้ที่ตีใช้นั้นนั้นเป็นทรัพย์สิน ถ้าทรัพย์สินที่เอามาตีใช้นั้นนั้นเกิดชำรุดบกพร่องเสื่อมราคาไป หรือเกิดการรอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจากบุคคลภายนอก กฎหมายก็บัญญัติให้ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบ เพื่อชำรุดบกพร่องและเพื่อการรอนสิทธิทำนองเดียวกับผู้ขาย

ตัวอย่างเช่น หาก ข. ลูกหนี้ ได้นำรถยนต์คันหนึ่งตีใช้นี้ในหนี้เงินให้แก่ ก. เจ้าหนี้ของตน และ ก. ยอมรับ หนี้เงินระหว่าง ก. กับ ข. ย่อมระงับไปเนื่องจาก ก. เจ้าหนี้ได้ยอมรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นจาก ข. ลูกหนี้แล้ว อย่างไรก็ตามหากมีกรณีปรากฏภายหลัง เช่น ก. ได้พบว่ารถยนต์ภายในรถคันดังกล่าวบกพร่อง ไม่สามารถใช้สอยได้ดังปกติซึ่งเป็นการที่ทรัพย์สินนั้นชำรุดบกพร่องเสื่อมราคาไป หรือกรณีที่ ค. ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในรถคันนั้นมาทวงรถคืนซึ่งเข้ากรณีเป็นการที่ทรัพย์สินนั้นเกิดการรอนสิทธิขึ้นจากบุคคลภายนอก หากปราศจากมาตรา 322 แล้ว ก. และ ข. ย่อมไม่มีนิติสัมพันธ์ใด ๆ ต่อกันอีก เนื่องจากหนี้เงินเดิมนั้นได้ระงับไปแล้ว ผลคือ ก. ย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ต่อ ข. ได้อีกเลย และ ก. ต้องจำยอมรับทรัพย์สินที่บกพร่องนั้น หรือถูก ค. เจ้าของรถนั้นติดตามเอารถกลับคืนไป ดังนั้นมาตรา 322 จึงมีไว้เพื่อแก้ไขปัญหาดังว่า ซึ่งกรณีระหว่าง ก. กับ ข. นั้น ข. ผู้นำทรัพย์สินมาตีใช้นี้จำเป็นต้องรับผิดชอบ

⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 315/2494 วินิจฉัยว่า “เจ้าหนี้ยอมรับการโอนหนี้ที่ลูกหนี้ของตนเป็นเจ้าหนี้คนอื่นอยู่เป็นส่วนหนึ่งในการชำระหนี้แก่ตนแล้ว และลูกหนี้ได้แจ้งการโอนไปยังบุคคลภายนอกผู้เป็นลูกหนี้แล้ว อันเป็นการโอนที่ใช้นับบุคคลภายนอกได้ด้วย เช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเจ้าหนี้ได้รับโอนหนี้ไปจากลูกหนี้เสร็จเด็ดขาดแล้ว เมื่อเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิฟ้องร้องบุคคลภายนอกผู้เป็นลูกหนี้แล้ว จะกลับมาฟ้องเรียกหนี้จำนวนนี้จากลูกหนี้ของตนอีกไม่ได้”

⁷ ดารารพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 176.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 322 “ถ้าเอาทรัพย์สินก็ดี สิทธิเรียกร้องจากบุคคลภายนอกก็ดี หรือสิทธิอย่างอื่นก็ดี ให้แทนการชำระหนี้ ท่านว่าลูกหนี้จะต้องรับผิดชอบ เพื่อชำรุดบกพร่องและเพื่อการรอนสิทธิทำนองเดียวกับผู้ขาย”

เดียวกับผู้ชาย หากรถคันนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 472⁹ ลักษณะของความรับผิดนั้น มิได้กำหนดไว้ว่าผู้ชายต้องรับผิดชอบอย่างไร กรณีรับผิดชอบจึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ธรรมดาในเรื่องสัญญาและหนี้ คือผู้ชายต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายซ่อมแซมหรือจ่ายค่าซ่อมแซมในทรัพย์สินนั้น เป็นต้น¹⁰ อย่างไรก็ตาม หากขณะส่งมอบรถนั้นเพื่อตีใช้หนี้ ความชำรุดบกพร่องได้เกิดขึ้นโดยประจักษ์และ ก. ก็ยังยอมรับไว้โดยมิได้อื่น กรณีนี้เข้าลักษณะข้อยกเว้นความรับผิดของผู้ขายตามมาตรา 473¹¹

อย่างไรก็ดี มาตรา 322 ได้กำหนดไว้ว่า นอกจากการชำระหนี้แก่เจ้าหนี้เป็นอย่างอื่นด้วยทรัพย์สินแล้ว หากปรากฏว่าการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นโดยสิทธิเรียกร้องต่อบุคคลภายนอกนั้นได้ชำรุดบกพร่องหรือเกิดการรอนสิทธิ ลูกหนี้ก็ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ในทำนองเดียวกันกับผู้ชายเช่นกัน ซึ่งนักกฎหมายได้เสนอว่า การรับผิดชอบในทำนองเดียวกันกับผู้ชายตามมาตรา 322 กับเรื่องของการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อตีใช้หนี้ การปรับใช้ลักษณะความรับผิดของลูกหนี้ “ทำนองเดียวกับผู้ชาย” มิได้ “เหมือน” กับความรับผิดของผู้ขายตามกฎหมายลักษณะซื้อขายเสียทีเดียว เนื่องจากความชำรุดบกพร่องและการรอนสิทธิในเรื่องซื้อขายนั้นจะใช้เฉพาะกับทรัพย์สินที่มีรูปร่างเท่านั้นและการโอนสิทธิเรียกร้องมิใช่การโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายลักษณะซื้อขาย¹²

ดังนั้น ในกรณีที่ลูกหนี้ในสิทธิเรียกร้องได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้เดิมไป หรือเจ้าหนี้เดิมบอกกล่าวปลดหนี้ให้ลูกหนี้ในสิทธิเรียกร้องก่อนที่หนังสือบอกกล่าวของเจ้าหนี้ผู้ยอมรับชำระ

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 472 “ในกรณีที่ทรัพย์สินซึ่งขายนั้นชำรุดบกพร่องอย่างหนึ่งอย่างใดอันเป็นเหตุให้เสื่อมราคาหรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติก็ดี ประโยชน์ที่มุ่งหมายโดยสัญญาก็ดี ท่านว่าผู้ขายต้องรับผิด

ความที่กล่าวมาในมาตรานี้ย่อมใช้ได้ ทั้งที่ผู้ขายรู้อยู่แล้วหรือไม่รู้ว่าการชำรุดบกพร่องมีอยู่”

¹⁰ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะ ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 207-208.

¹¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้ คือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่องหรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน

(2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อื่น

(3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด”

กรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่าข้อยกเว้นความรับผิดของลูกหนี้ผู้ตีใช้หนี้ตามมาตรา 322 ประกอบกับมาตรา 473 นั้น จะยกอ้างได้แต่เพียงมาตรา 473 (1) และ (2) เท่านั้น เนื่องจากเป็นไปไม่ได้ที่ลูกหนี้จะตีใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ผ่านช่องทางขายทอดตลาดได้

¹² ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 234-237.

หนึ่งเป็นอย่างอื่นจะมาถึง ทำให้เจ้าหนี้ผู้ยอมรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นไม่สามารถรับชำระหนี้ได้เต็มจำนวนสิทธิที่รับโอนมา กรณีดังกล่าวแท้จริงแล้วคือเรื่องการขาดตกบกพร่องของสิทธิในการชำระดอกเบี้ย แต่ก็ไม่ควรตีความเป็นความชำระดอกเบี้ยแห่งสิทธิได้ เนื่องจากหากไม่ปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 322 เช่นนี้อาจเกิดปัญหาทางกฎหมายที่ทำให้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนี้ไม่ได้รับความเป็นธรรม¹³

ในเรื่องการรอนสิทธิก็เช่นกัน เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ตัวอย่างการรอนสิทธิในสิทธิเรียกร้องนั้น เช่น ข. ลูกหนี้ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องที่ตนมีต่อ ค. ให้ ก. เพื่อตีใช้นี้ระหว่าง ข. กับ ก. หลังจากนั้น ก. ก็ได้ทำหนังสือบอกกล่าวไปยัง ค. ลูกหนี้แห่งสิทธิเรียกร้องเพื่อขอรับชำระหนี้ แต่ก่อนหน้านั้น ข. ผู้โอนสิทธิเรียกร้อง ได้ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องในหนี้ไปให้ ง. ด้วย และ ง. ได้ทำหนังสือบอกกล่าวแก่ ค. ไปก่อนแล้ว ซึ่งตามมาตรา 307 ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องและส่งหนังสือไปยังลูกหนี้แห่งสิทธิได้ก่อนนั้นย่อมมีสิทธิดีกว่า กรณี ก. จึงไม่อาจเรียกร้องให้ ค. ชำระหนี้แก่ตนได้ จึงเป็นการรอนสิทธิในสิทธิเรียกร้องตามมาตรา 322¹⁴

โดยสรุป เมื่อพิจารณาหลักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น หลักการสำคัญก็คือ **การยอมรับชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องตีใช้นี้ หนี้ตามมูลหนี้เดิมย่อมต้องระงับสิ้นไป** การที่เจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งหนี้ย่อมส่งผลให้หนี้เดิมระงับสิ้นไป แม้ต่อมาได้เกิดการชำระดอกเบี้ยหรือการรอนสิทธิขึ้น ก็ไปปรับผัดกันตามกฎหมายในลักษณะของการรับผิดอย่างผู้ขาย¹⁵ จะกลับไปบังคับกันโดยหนี้เดิมที่ระงับไปแล้วมิได้¹⁶ เจ้าหนี้ได้แต่ฟ้องบังคับเอาตามสิทธิเรียกร้องที่รับโอนมา¹⁷ เมื่อเจ้าหนี้ได้ยอมรับชำระหนี้ด้วยของแทนแล้วอันรวมถึงการโอนสิทธิเรียกร้องตีใช้นี้ให้ หนี้เดิมย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป¹⁸

¹³ เรื่องเดียวกัน

¹⁴ ดัดแปลงจากคำอธิบายของศาสตราจารย์ ดร. ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, เรื่องเดียวกัน, หน้า 237.

¹⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556), หน้า 488-489; ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1015; ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, หน้า 214-215.

¹⁶ ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์), หน้า 1015.

¹⁷ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้, หน้า 488-489.

¹⁸ จิตติ ดิงศักดิ์ และยล ธีรกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503), หน้า 176; ดาราพร ธีระวัฒน์, กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, หน้า 214-215; ศันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้), หน้า 227.

2.2 หลักเกณฑ์ในระบบกฎหมายโรมัน เยอรมัน และญี่ปุ่น

โดยหลักตามกฎหมายโรมัน การชำระหนี้เป็นเงินและการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น (*datio in solutum*) การชำระหนี้ที่จะทำให้หนี้ระงับไปได้นั้นจะต้องชำระให้ถูกต้อง จะชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนอกเหนือจากที่ตกลงกันไว้ไม่ได้ เว้นแต่เจ้าหนี้จะยินยอมให้ลูกหนี้ชำระหนี้เป็นอย่างอื่นได้¹⁹ ทั้งนี้ ถ้าหากเจ้าหนี้ได้ตัดสินใจที่จะรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแทน ผลของการกระทำเช่นนี้ย่อมส่งผลให้ลูกหนี้หลุดพ้นจากหนี้เช่นเดียวกับการชำระหนี้โดยปกติที่ต้องชำระตามมูลหนี้²⁰

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 321 และมาตรา 322 มีบทกฎหมายต่างประเทศในหลักแห่งมาตรานี้ คือประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน²¹ มาตรา 364 และมาตรา 365 ตามลำดับ²² โดยตัวบทบัญญัติมาตรา 364 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติในลักษณะคล้ายกับบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยว่า หากเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแล้ว หนี้ย่อมเป็นอันระงับสิ้นไป²³ หลักเกณฑ์เช่นนี้คล้ายคลึงกับหลักเกณฑ์เรื่อง *datio in solutum* ในกฎหมายโรมัน²⁴ และหากทรัพย์สินหรือสิทธิที่นำมาชำระหนี้แทนนั้นเกิดการรอนสิทธิ มาตรา 365 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กำหนดให้ลูกหนี้ยังคงจะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อยู่²⁵ ซึ่งจากบทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ ย่อมเห็นได้ว่า หากเจ้าหนี้ยอมรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแทน ลูกหนี้ย่อมเป็นอันหลุดพ้นจากหนี้ แต่ในกรณีที่ยอมรับชำระหนี้ด้วยสิทธิเรียกร้องแทน ลูกหนี้ยังจะต้องรับภาระหน้าที่เหมือนดังผู้ขาย ในกรณี

¹⁹ ศนันท์กรณ โสติพันธ์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน* (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559), หน้า 154.

²⁰ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 753.

²¹ บทบัญญัติภาษาอังกฤษของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อ้างอิงจาก Bundesministerium für Bildung und Forschung, *German Civil Code (BGB)* [online], accessed 25 February 2019. Available from https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html.

²² จิตติ ดิงศภัทัย และยล ชีร์กุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึง มาตรา 452*, หน้า 179-182.

²³ *German Civil Code (BGB)*, section 364 paragraph 1 (Acceptance in lieu of performance of contract) “The obligation expires if the obligee accepts, in lieu of performance of contract, performance other than that owed.”

²⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 754.

²⁵ *German Civil Code (BGB)*, section 365. (Warranty in the case of performance in lieu of performance of contract) “If a thing, a claim against a third party or another right is given in lieu of performance of contract, the obligor must provide warranty for a legal defect or a material defect of the thing in the same manner as a seller.”

ที่เกิดการรอนสิทธิในสิทธิเรียกร้องที่นำมาชำระหนี้แทนแก่เจ้าหนี้²⁶ เช่นเดียวกับในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งมีหลักเกณฑ์เรื่อง การชำระหนี้เป็นของแทน (substitute performance) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 482 ว่า หากเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้ด้วยของอื่นแทนผลทางกฎหมายเหมือนเช่นกับการชำระหนี้เป็นของปกติเดิมที่กำหนดไว้ในหนี้²⁷ นั่นคือหนี้เป็นอันเลิกไป²⁸

โดยสรุปจะเห็นหลักการทางกฎหมายที่สำคัญได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 321 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มีปรากฏตั้งแต่สมัยโรมัน และได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมันกับญี่ปุ่น²⁹ อันมีผลว่าหากเจ้าหนี้มีการยอมรับชำระหนี้ด้วยของแทนแล้ว ย่อมส่งผลให้หนี้นั้นระงับลง ซึ่งในกรณีที่ของแทนที่นำมาชำระหนี้เกิดปัญหา มาตรา 322 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย และมาตรา 365 ประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมัน กำหนดให้ลูกหนี้ยังจะต้องรับภาระหน้าที่เหมือนดังผู้ขาย ในกรณีที่เกิดการรอนสิทธิในสิทธิเรียกร้องที่นำมาชำระหนี้แทนแก่เจ้าหนี้

ในหัวข้อต่อไปจะได้อธิบายถึงคำพิพากษากฎีกาที่ 21262/2556 ซึ่งมีการวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อตีใช้หนี้ อันมีลักษณะเป็นการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 321

²⁶ Ernest J. Schuster, *The Principle of German Civil Law* (Oxford: Clarendon Press, 1907), pp. 177-178.

²⁷ *Civil Code of Japan*, art. 482. “If an obligor, in lieu of the performance he/she originally incurred, provided any other type of performance with the acknowledgment of the obligee, such performance shall have the same effect as that of the original performance.” (บทบัญญัติภาษาอังกฤษ อ้างอิงจาก Japanese Law Translation, **Civil Code (Part I, Part II, and Part III)** [online], accessed 14 February 2019. Available from <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2057&vm=04&re=02>).

²⁸ J.E. de Becker, *The Principles and Practice of the Civil Code of Japan* (London: Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar, 1921), p. 254.

²⁹ แม้กระทั่งในประมวลกฎหมายแพ่งของไต้หวัน ก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 319 ว่า “ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับการชำระหนี้อื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงไว้แต่เดิม หนี้นั้นก็ดับสิ้นไป” (*Taiwan Civil Code*, art. 319. “If the creditor has accepted other prestation in lieu of the prestation originally agreed, the obligation is extinguished.” อ้างอิงบทบัญญัติจาก Ministry of Justice (法務部), **Taiwan Civil Code** [online], accessed 14 February 2019. Available from <http://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=B00000001>).

3. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556

คดีนี้ ธนาคารซีทีแบงก์ เป็นโจทก์ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) เจ้าหนี้บริษัท กริไทย ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด กับพวก เป็นจำเลย มีข้อกฎหมายแพ่งที่เกี่ยวข้องคือมาตรา 321 เรื่องการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น และมาตรา 233 เรื่องการโอนสิทธิเรียกร้อง

ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยในคดีนี้ว่า³⁰ “ลูกหนี้ที่ 2 โอนสิทธิเรียกร้องเงินที่ลูกหนี้ที่ 2 มีสิทธิจะได้รับตามสัญญารับเหมาก่อสร้างจากผู้ว่าจ้างให้แก่เจ้าหนี้ มีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ที่ 2 ผู้โอนสิทธิเรียกร้องและมีสิทธิบังคับชำระหนี้แก่ผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องได้โดยตรงในนามของตนเอง... ทั้งหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องระหว่างเจ้าหนี้กับลูกหนี้ที่ 2 มิได้มีข้อตกลงใดที่ให้หนี้ที่ลูกหนี้ที่ 2 มีอยู่กับเจ้าหนี้ระงับลงบางส่วนหรือทั้งหมดในทันทีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง หากแต่มีข้อตกลงว่าหากมีความเสียหายใด ๆ เกิดขึ้นจากการรับโอนสิทธิเรียกร้องลูกหนี้ที่ 2 ยินยอมให้เจ้าหนี้เรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้เท่านั้น เมื่อขณะที่ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องเจ้าหนี้ยังมิได้รับชำระหนี้เป็นเงินจากผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 และจะได้รับชำระหนี้จริงก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 แต่ละรายได้ชำระหนี้ให้เจ้าหนี้ ย่อมถือไม่ได้ว่าการที่เจ้าหนี้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่ 2 เป็นการที่เจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้เป็นเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ เมื่อเจ้าหนี้ยังมิได้รับชำระเงินจากผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 ตามหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง หนี้ที่เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้จึงมิได้ระงับสิ้นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 321 ลูกหนี้ที่ 2 ยังคงผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน”

4. บทวิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556 สามารถพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น แยกได้ดังต่อไปนี้

(ก) คดีนี้เป็นคดีในศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลาย โดยลูกหนี้ที่ 2 เป็นหนี้เจ้าหนี้ในมูลหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินและสัญญาอื่น แต่ต่อมาได้ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องเงินตามสัญญารับเหมาก่อสร้างที่ลูกหนี้ที่ 2 มีสิทธิจะได้รับจากผู้ว่าจ้างจำนวน 3 รายให้แก่เจ้าหนี้เพื่อเป็นการชำระหนี้ตามมูลหนี้สัญญาเดิมที่เป็นหนี้เจ้าหนี้อยู่ โดยเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์เห็นว่าการที่เจ้าหนี้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ที่ 2 มีสิทธิจะได้รับตามสัญญารับเหมาก่อสร้างจากผู้ว่าจ้างถือว่าเจ้าหนี้ได้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้เป็นเงินตามที่ได้ตกลงกันไว้ และยอมทำให้หนี้ของเจ้าหนี้ระงับลง

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาประจำพุทธศักราช 2556 ตอนที่ 11 จัดพิมพ์โดยเนติบัณฑิตยสภา, หน้า 3343-3348.

(ข) ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายวินิจฉัยว่า การที่ลูกหนี้ที่ 2 โอนสิทธิเรียกร้องเงินที่ลูกหนี้ที่ 2 มีสิทธิจะได้รับตามสัญญารับเหมาก่อสร้างจากผู้ว่าจ้างให้แก่เจ้าหนี้ นั้น มีผลให้เจ้าหนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ที่ 2 ผู้โอนสิทธิเรียกร้องและมีสิทธิบังคับชำระหนี้แก่ผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องได้โดยตรงในนามของตนเอง

(ค) หากแต่ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายเห็นว่า แม้จะมีการโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้แก่เจ้าหนี้แล้ว แต่เจ้าหนี้จะได้รับเงินตามหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อนำมาชำระหนี้ของลูกหนี้ที่ 2 ได้หรือไม่และเพียงใดนั้น เป็นเรื่องที่เจ้าหนี้จะต้องไปดำเนินการเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ตามสัญญาที่ได้โอนสิทธิเรียกร้องมาต่อไป และเมื่อมีได้มีข้อตกลงใดที่แสดงให้เห็นว่า หนี้ที่ลูกหนี้ที่ 2 มีอยู่กับเจ้าหนี้ระงับลงบางส่วนหรือทั้งหมดในทันทีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง มีแต่เพียงข้อตกลงว่าหากมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการรับโอนสิทธิเรียกร้องลูกหนี้ที่ 2 ยินยอมให้เจ้าหนี้เรียกร้องให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้เท่านั้น

(ง) ด้วยเหตุนี้ ศาลฎีกาแผนกคดีล้มละลายจึงเห็นว่า ขณะที่ทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องนั้นเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้เป็นเงินจากผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 ตามสัญญาที่ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องมา และจะได้รับชำระหนี้จริงก็ต่อเมื่อผู้ว่าจ้างของลูกหนี้ที่ 2 แต่ละรายตามสัญญาที่ได้โอนสิทธิเรียกร้องมานั้นได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ เมื่อเป็นเช่นนี้ย่อมถือไม่ได้ว่าการที่เจ้าหนี้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องของลูกหนี้ที่ 2 นี้ เป็นการที่เจ้าหนี้ยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้เป็นเงินตามที่ตกลงกันไว้ เมื่อเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ของสัญญาที่ได้โอนมาตามหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง หนี้ที่เจ้าหนี้ขอรับชำระหนี้จึงมิได้ระงับสิ้นไปตามมาตรา 321 ลูกหนี้ที่ 2 (ผู้โอนสิทธิเรียกร้อง) ยังคงผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้จนครบถ้วน

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เป็นการแสดงให้เห็นถึงความเป็นมาและประเด็นข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 21262/2556 อย่างชัดเจนขึ้น โดยคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ทำให้เกิดประเด็นว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น ถ้าเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา หนี้เดิมาก็ยังไม่ระงับ เว้นแต่สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้จะมีข้อตกลงให้หนี้เดิมระงับทันที³¹

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น แม้เจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา หนี้เดิมก็ระงับลงแล้ว โดยที่สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ไม่จำเป็นต้องมีข้อตกลงให้หนี้เดิมระงับทันทีแต่อย่างใด

³¹ จริฎ ภัคธินากุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2558), หน้า 203.

ด้วยเหตุผลประกอบที่ว่า

(1) การโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง หลักกฎหมายในมาตรานี้ได้กำหนดไว้ว่า “ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่น แทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป” บทบัญญัติใช้คำว่า “หนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป” แสดงว่าเมื่อเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแล้ว ซึ่งในกรณีนี้คือการยอมรับชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้ ผลทางกฎหมายย่อมเกิดขึ้นว่า หนี้ตามมูลหนี้เดิมย่อมต้องระงับสิ้นไป เมื่อระงับสิ้นไปแล้ว เจ้าหนี้ที่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้ ย่อมไม่สามารถกลับมาฟ้องร้องลูกหนี้ได้ โดยผลของการได้รับโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้จะส่งผลให้เจ้าหนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องเข้ามาเป็นเจ้าหนี้แทนลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้อง และมีสิทธิบังคับชำระหนี้แก่ลูกหนี้ (ของลูกหนี้ที่ได้โอนสิทธิเรียกร้องมา) ซึ่งเป็นลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องได้โดยตรงในนามของตนเอง เพียงแต่ในกรณีที่สิทธิเรียกร้องที่มีการโอนที่ใช้หนี้เพื่อเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้นเกิดการรอนสิทธิ เจ้าหนี้ผู้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องย่อมสามารถกลับมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้นั้นรับผิดชอบตามมาตรา 322 ได้

(2) ด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ถ้าเจ้าหนี้อยอมรับการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทนการชำระหนี้ที่ได้ตกลงกันไว้ ท่านว่าหนี้นั้นก็เป็นอันระงับสิ้นไป” ทำให้เมื่อเจ้าหนี้ได้ยอมรับชำระหนี้ด้วยสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้แล้ว หนี้เดิมย่อมเป็นอันระงับสิ้นไปโดยทันทีตามกฎหมาย โดยไม่จำเป็นที่จะต้องมีข้อตกลงใดว่าจะให้หนี้ระงับลงบางส่วนหรือทั้งหมดในทันทีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายทำหนังสือโอนสิทธิเรียกร้อง เพราะโดยผลของบทบัญญัติมาตรา 321 ทำให้หนี้เดิมนั้นเป็นอันระงับสิ้นไปทันที

(3) และด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง หนี้เดิมซึ่งได้มีการยอมรับชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้แทนย่อมต้องระงับสิ้นไป ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องย่อมสิ้นความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แม้เจ้าหนี้ยังมิได้รับชำระเงินจากลูกหนี้ของสัญญาที่ได้โอนมาตามหนังสือโอนสิทธิเรียกร้องก็ตาม หลักเกณฑ์เรื่องจะต้องได้รับชำระเงินก่อนจึงจะทำให้หนี้ระงับนั้น มีเพียงมาตรา 321 วรรคสาม เท่านั้นที่กำหนดไว้ว่าการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นโดยเป็นการออก-โอน-หรือสลักหลังตัวเงินหรือประทวนสินค้า หนี้จะระงับสิ้นไปต่อเมื่อตัวเงินหรือประทวนสินค้านั้นได้ใช้เงินแล้ว ดังนั้น ด้วยหลักเกณฑ์ของบทบัญญัติกฎหมายและการใช้กฎหมายตามนิติวิธี หลักเกณฑ์รับเงินตามมาตรา 321 วรรคสาม นี้ย่อมไม่บังคับกับการโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้ซึ่งถือว่าเป็นการชำระหนี้เป็นอย่างอื่นตามมาตรา 321 วรรคหนึ่ง และการโอนสิทธิเรียกร้องที่ใช้หนี้ตามวรรคหนึ่งนี้ ย่อมทำให้หนี้เดิมระงับสิ้นไปทันทีโดยไม่จำเป็นที่เจ้าหนี้จะต้องได้รับชำระเงินจากลูกหนี้ของสัญญาที่ได้โอนสิทธิเรียกร้องมาแต่อย่างใด

(4) หากยอมให้เจ้าหนี้กลับมาฟ้องร้องลูกหนี้เก่าได้อีกครั้ง ทั้ง ๆ ที่ตนได้รับการโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมไปแล้ว ย่อมไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวให้ ซึ่งโดยปกติ การโอนสิทธิเรียกร้องดังกล่าวแทนการชำระหนี้เดิม มักจะมีการคิดลดมูลค่า หรือยอมโอนสิทธิให้เจ้าหนี้โดยลดราคาจากมูลค่าที่แท้จริงของสิทธิเรียกร้องนั้น เพื่อให้เจ้าหนี้ได้รับผลตอบแทนที่สูงขึ้นจะได้พึงพอใจในการยอมรับชำระหนี้ด้วยของอื่นแทนสิ่งที่ตกลงในสัญญาไว้ อีกทั้งการให้เจ้าหนี้ฟ้องลูกหนี้เดิมได้และยังฟ้องร้องลูกหนี้ในสิทธิเรียกร้องที่โอนมาได้อีกทางหนึ่ง ย่อมทำให้เจ้าหนี้ได้เปรียบอย่างมาก สร้างความไม่เป็นธรรมแก่ลูกหนี้จนเกินควร ย่อมเป็นการไม่สมกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในเรื่องนี้

(5) หากศาลตัดสินให้ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้นั้นนั้นยังคงมีความผูกพันในหนี้เดิมอยู่ ในขณะที่เจ้าหนี้ของลูกหนี้ก็ยังมีสิทธิเรียกร้องในการเรียกชำระหนี้จากลูกหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่ตนเองได้รับโอนมาอีกทีหนึ่ง กรณีดังกล่าวเป็นการที่เจ้าหนี้มีสายสัมพันธ์ทางหนี้ถึงสองสาย ถึงแม้ลูกหนี้เดิมจะยอมใช้หนี้ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจนหมด เจ้าหนี้ก็ยังคงมีสิทธิเรียกร้องให้ลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องใช้หนี้อีกทีหนึ่งด้วย ทว่าลูกหนี้เดิมกลับสูญเสียสิทธิเรียกร้องไปเนื่องจากตนได้โอนให้แก่เจ้าหนี้เพื่อดีใช้หนี้ไปแล้ว กรณีจึงเป็นการไม่เป็นธรรม

ด้วยเหตุผลข้างต้นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นแย้งกับคำพิพากษาดังกล่าวที่ว่าแม้ลูกหนี้จะดีใช้หนี้เจ้าหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้อง ลูกหนี้ก็ยังคงมีความผูกพันอยู่จนกว่าเจ้าหนี้นั้นจะได้รับการชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้อง และผู้เขียนยังเห็นว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น แม้เจ้าหนี้ยังไม่ได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา หรือแม้สัญญาโอนสิทธิเรียกร้องดีใช้หนี้ไม่มีข้อตกลงกำหนดให้หนี้เดิมระงับ แต่ด้วยผลของบทบัญญัติมาตรา 321 วรรคหนึ่ง ย่อมส่งผลให้หนี้เดิมระงับลงโดยทันที แม้อาจจะมีการโต้แย้งได้ว่าเจ้าหนี้ยังไม่ได้รับความเป็นธรรมเนื่องจากหนี้ของตนยังมิได้รับชำระหนี้ กรณีนี้จะโทษลูกหนี้นั้นไม่ได้ เนื่องจากเจ้าหนี้เองที่เป็นผู้ยอมรับการดีใช้หนี้หรือการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้น จึงควรเป็นภาระของเจ้าหนี้ส่วนหนึ่งด้วยในการตรวจสอบสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้ได้นำมาชำระหนี้เป็นอย่างอื่นแทน หากเจ้าหนี้ไม่สามารถเรียกร้องใด ๆ จากลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องได้ก็ถือว่าเป็นการยอมรับความเสี่ยงภัยของเจ้าหนี้เองที่ยอมระงับหนี้เดิมเพื่อไปรับชำระหนี้จากสิทธิเรียกร้องที่ลูกหนี้เสนอมา

นอกจากนี้ ผู้เขียนยังเห็นว่า การที่เจ้าหนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องนั้น แม้ได้รับการชำระหนี้ ก็ไม่ถือว่าเป็นกรณีที่มีการโอนสิทธิเรียกร้องที่รับโอนมานั้นชำระครบพร้อม หรือถูกโอนสิทธิจากบุคคลภายนอกตามมาตรา 322 อันเป็นเหตุให้ลูกหนี้เดิมที่ดีใช้หนี้ต้องรับผิดชอบในทำนองเดียวกันกับผู้ขาย เนื่องจากความชำระครบพร้อมในสิทธินั้น เป็นกรณีของกระบวนการที่ขาดตกบกพร่องในตัวหนี้อันมีผลให้เจ้าหนี้นั้นได้รับชำระหนี้จากลูกหนี้ได้ไม่เต็มตามสิทธิที่กฎหมายให้ไว้ แต่จากกรณีปัญหานี้ ไม่ปรากฏว่าสิทธิเรียกร้องให้ชำระเงินของเจ้าหนี้จะเกิด

ความชำรุดบกพร่อง หากแต่เป็นเรื่องที่ลูกหนี้ในสิทธิเรียกร้องนั้นมิได้ชำระเงินให้ เพราะพฤติการณ์ของลูกหนี้เอง นอกจากนี้ กรณียังมีใช้การรอนสิทธิ เมื่อไม่ปรากฏว่ามีบุคคลภายนอกเข้ามารบกวนการใช้สิทธิในการเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้

ด้วยเหตุนี้ ผลทางกฎหมายที่ควรจะเป็นของคำพิพากษานี้ตามหลักกฎหมายเรื่องการโอนสิทธิเรียกร้องเพื่อชำระหนี้เป็นอย่างอื่นก็คือ หนี้ของลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องเป็นอันระงับทันทีที่เจ้าหนี้และลูกหนี้ได้ทำการโอนสิทธิเรียกร้องเป็นหนังสือเพื่อตีใช้หนี้ตามมาตรา 321 วรรคหนึ่ง และเจ้าหนี้ผู้รับโอนสิทธิเรียกร้องต้องไปเรียกให้ลูกหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ตนรับโอนมานั้นเป็นผู้ชำระหนี้ให้ จะมาเรียกร้องการชำระหนี้จากลูกหนี้เดิมที่ทำการโอนสิทธิเรียกร้องมาเพื่อชำระหนี้เป็นอย่างอื่นมิได้ เพราะไม่มีมูลหนี้เดิมหลงเหลืออยู่แล้ว เนื่องจากมูลหนี้ดังกล่าวได้ระงับไปโดยผลของกฎหมาย

5. บทสรุป

คำพิพากษาฎีกาที่ 21262/2556 วินิจฉัยว่า การที่ลูกหนี้โอนสิทธิเรียกร้องตีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมนั้น ยังไม่ทำให้หนี้เดิมระงับไปทันทีถ้ายังมิได้รับชำระหนี้ตามสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมา และเป็นกรณีที่ไม่มีข้อตกลงให้หนี้เดิมระงับทันที หากแต่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาและวิเคราะห์หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนสิทธิเรียกร้องตีใช้หนี้ให้เจ้าหนี้แทนการชำระหนี้เดิมแล้วมีความเห็นว่า เมื่อเจ้าหนี้อยอมรับชำระหนี้ด้วยอย่างอื่นแล้ว อันรวมไปถึงการยอมรับชำระหนี้ด้วยการโอนสิทธิเรียกร้องตีใช้หนี้ หนี้ตามมูลหนี้เดิมย่อมต้องระงับสิ้นไป และเมื่อหนี้ระงับสิ้นไปแล้ว เจ้าหนี้ที่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องตีใช้หนี้อย่อมไม่สามารถกลับมาฟ้องร้องลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องได้ และตนต้องไปใช้สิทธิเรียกร้องกับลูกหนี้ในสิทธิเรียกร้องที่ตนรับโอนมานั้นแทน มีเพียงกรณีที่สิทธิเรียกร้องที่มีการโอนตีใช้หนี้เกิดการชำรุดบกพร่องหรือรอนสิทธิตามมาตรา 322 เท่านั้น เจ้าหนี้ผู้ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องจึงสามารถกลับมาเรียกร้องให้ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องตีใช้หนี้นั้นรับผิดชอบตามมาตรา 322 ได้บนฐานการรับผิดชอบอย่างผู้ขายตามที่กฎหมายกำหนด มิใช่ตามมูลแห่งหนี้เดิมที่ได้ระงับไปแล้วโดยผลของกฎหมายอย่างใดก็ดี คำพิพากษาฎีกานี้อาจเป็นตัวอย่างการใช้และตีความกฎหมายของศาลเพื่อสร้างความเป็นธรรมแก่คู่กรณีในคดีพิพาทให้เจ้าหนี้ได้รับชำระหนี้ตามที่ประสงค์ ซึ่งทางแก้สำหรับกรณีนี้ เจ้าหนี้สามารถสร้างข้อตกลงเพิ่มเติมกับลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องมาเพื่อชำระหนี้เป็นอย่างอื่นกำกับไว้ได้ว่า หากสิทธิเรียกร้องที่ได้รับโอนมานั้นมีเหตุให้เจ้าหนี้ไม่ได้รับการชำระหนี้หรือมีการชำระหนี้ไม่ครบ ลูกหนี้ผู้โอนสิทธิเรียกร้องเพื่อชำระหนี้เป็นอย่างอื่นนั้นจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นดังกล่าวจากสิทธิเรียกร้องที่ได้โอนมาด้วย

บรรณานุกรม

- Ernest J. Schuster. The Principle of German Civil Law. Oxford: Clarendon Press, 1907.
- J.E. de Becker. The Principles and Practice of the Civil Code of Japan. London: Butterworth & Co., Bell Yard, Temple Bar, 1921.
- Reinhard Zimmermann. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Oxford University Press, 1996.
- จริญ ภัคดิธนากุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยผลและความระงับแห่งหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานครพาณิชย์, 2558.
- จิตติ ดิงศรัทธี และยล อธิกุล. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 241 ถึงมาตรา 452. กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2503.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. กฎหมายหนี้: หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558.
- ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ เล่ม 2 (ภาคจบบริบูรณ์). พิมพ์ครั้งที่ 3. ปรับปรุงแก้ไขโดย มุนินทร์ พงศาปาน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2559.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้ (ผลแห่งหนี้). พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560.
- ไสภณ รัตนกร. คำอธิบายกฎหมายลักษณะหนี้. พิมพ์ครั้งที่ 11. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2556.

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย : Analysis of Legal Opinion

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง
เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 (การออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดิน
ที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ
โดยไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน)*

Decision of Commission on Administrative Procedure Number
1018/2561 (Title Deeds issued for Lands with Their Partial Areas
Adjoining and Overlapping or Encroaching upon National Park
without Appointing Land Surveying and Examining Committee)

นิธิพัฒน์ สิ้นเพ็ง **
Nithipat Sinpeng

บทคัดย่อ

ตามความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 การที่หน่วยงานของรัฐได้ออกโฉนดที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดนั้น เป็นการดำเนินการที่ไม่ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดอันส่งผลให้การออกโฉนดที่ดินดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หน่วยงานสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการทำความคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่ง

* อ้างอิงจากบันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1018/2561 เรื่อง “การออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน”

วันที่รับบทความ (received) 27 เมษายน 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) ผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2562

** LL.B. Kyoto University, Faculty of Law, LL.M. University of California, Berkeley, School of Law, เนติบัณฑิตไทย, ปัจจุบันรับราชการตำแหน่งอัยการผู้ช่วย สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด (บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน ไม่ใช่ความเห็นของสำนักงานอัยการสูงสุดที่ผู้เขียนรับราชการอยู่แต่อย่างใด)

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาเทียบเคียงบังคับใช้ได้เพื่อดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินแล้วเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดให้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดต่อไป

คำสำคัญ : คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, การแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครอง, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 (4)

Abstract

According to the decision of Commission on Administrative Procedure number 1018/2561, when a state agency issues title deeds for lands with their partial areas adjoining and overlapping or encroaching upon national park without appointing land surveying and examining committee and submit its opinion to the prefectural governor, the title deeds shall become unlawful since the agency does not follow procedures required by the laws. Nevertheless, the agency may adopt the rules concerning making good defects in procedure of defective administrative act pursuant to Section 41 (4) of Administrative Procedure Act B.E. 2539, by appointing land surveying and examining committee and submitting its opinion to the governor in order to make the procedures comply with the laws.

Keywords : Commission on Administrative Procedure, Making good defects in procedure and form of defective administrative acts, Administrative Procedure Act B.E. 2539 Section 41 (4)

การออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมักนำมาซึ่งปัญหาทางกฎหมายเสมอมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากที่ดินนั้นมีอาณาเขตติดต่อกับเขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติก็ยิ่งทำให้ปัญหาเหล่านั้นเป็นที่น่าจับตามากยิ่งขึ้น เนื่องจากในปัจจุบันมีบุคคลจำนวนมากที่พยายามหาช่องทางเพื่อบุกรุกและแสวงหาประโยชน์จากที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติ โดยที่ผ่านมามีการบุกรุกที่ดินเฉพาะในเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถ จังหวัดภูเก็ต เพียงแห่งเดียวมีมูลค่าความเสียหายกว่า 14,000 ล้านบาท¹ หน่วยงานของรัฐจึงควรใช้ความระมัดระวังในการออกหนังสือแสดงสิทธิ

¹ โพสต์ทูเดย์, ดีเอสไอลุยล้างสค.1 นาร่องอุทยานสิรินาถ [ออนไลน์], 3 มกราคม 2561. แหล่งที่มา [www.posttoday.com /social/general/533449](http://www.posttoday.com/social/general/533449)

ในที่ดินเพื่อป้องกันการฉกฉวยผลประโยชน์จากที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน อย่างไรก็ตามก็ยังมีปัญหาที่น่าสนใจว่า ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเข้าใจว่าการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินเป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดครบถ้วนแล้ว แต่ความมาปรากฏในภายหลังว่ากระบวนการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินมีความบกพร่องอันเป็นเหตุให้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย หน่วยงานของรัฐจะสามารถดำเนินการต่อไปอย่างไร คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับประเด็นที่น่าสนใจไว้ในเรื่องเสร็จที่ 1018/2561

ตามเรื่องเสร็จนี้ กรมที่ดินได้ขอหารือมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ความว่า จังหวัดภูเก็ตได้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินจำนวนสองแปลงที่มีอาณาเขตติดต่อกับเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถ แต่ในการออกโฉนดที่ดินนั้นช่างผู้ทำการรังวัดได้รายงานว่าที่ดินดังกล่าวอยู่นอกเขตอุทยานแห่งชาติสิรินาถจึงไม่ได้เสนอเรื่องให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินแล้วเสนอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาตามข้อ 10 (3)² แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 จึงเป็นโฉนดที่ดินที่ออกไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรมที่ดินจึงขอหารือว่า พนักงานเจ้าหน้าที่จะสามารถนำหลักเกณฑ์ตามมาตรา

² กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 10 “เมื่อได้พิสูจน์สอบสวนการทำประโยชน์แล้ว ปรากฏว่าได้มีการครอบครองและทำประโยชน์ตามสมควรแก่สภาพที่ดินในท้องถิ่น ตลอดจนสภาพของกิจการที่ได้ทำประโยชน์ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการดังนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(3) ถ้าปรากฏว่าที่ดินนั้นตั้งอยู่ในตำบลที่มีป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ พื้นที่รักษาพันธุ์สัตว์ป่า พื้นที่ห้ามล่าสัตว์ป่าหรือพื้นที่ที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรีและกรมป่าไม้หรือกรมพัฒนาที่ดินยังไม่ได้ขีดเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่าหรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรีลงในระวางรูปถ่ายทางอากาศเพื่อการออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ หรือกรณีที่ขีดเขตแล้วแต่ที่ดินที่ขอออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์มีอาณาเขตติดต่อกับเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรี ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดิน ประกอบด้วยป่าไม้อาเภอหรือผู้ที่ป่าไม้จังหวัดมอบหมายสำหรับท้องที่ที่ไม่มีป่าไม้อาเภอ เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดินอำเภอ ปลัดอำเภอ (เจ้าพนักงานปกครอง) และกรรมการอื่นตามที่เห็นสมควร เมื่อคณะกรรมการดังกล่าวได้ทำการตรวจพิสูจน์เสร็จแล้ว ให้เสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดว่าสมควรออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ให้ได้หรือไม่ เพียงใด สำหรับที่ดินที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรีแต่ยังไม่ได้ขีดเขตหรือขีดเขตแล้ว แต่ที่ดินดังกล่าวมีอาณาเขตคาบเกี่ยวกับเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวาร ให้แต่งตั้งผู้แทนกรมพัฒนาที่ดินเป็นกรรมการด้วย”

41 (4)³ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาปรับใช้โดยให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินตามกฎหมายกระทรวงดังกล่าวแล้วเสนอให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาเพื่อให้ครบถ้วนตามกระบวนการขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ต้องดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินได้หรือไม่

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า การออกโฉนดที่ดินมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา 5⁴ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เมื่อกรมที่ดินได้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัด การออกโฉนดที่ดินดังกล่าวจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดและมีผลให้การออกโฉนดที่ดินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่โดยที่ความบกพร่องในการทำคำสั่งทางปกครองในกรณีนี้เป็นความบกพร่องเกี่ยวกับขั้นตอนการออกโฉนดที่ดินที่เกิดขึ้นจากการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากจะนำมาเป็นเหตุในการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ออกให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินในพื้นที่ย่อมอาจส่งผลกระทบและก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์หรือบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นได้ อีกทั้งความบกพร่องดังกล่าวก็หาได้ตัดอำนาจของเจ้าหน้าที่ที่จะดำเนินการในเรื่องดังกล่าวให้ถูกต้องตาม

³ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 41 “คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์

ฯลฯ

ฯลฯ

(4) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

เมื่อมีการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง (1) (2) (3) หรือ (4) แล้ว และเจ้าหน้าที่ผู้มีคำสั่งทางปกครองประสงค์ให้ผลเป็นไปตามคำสั่งเดิม ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นบันทึกข้อเท็จจริงและความประสงค์ของตนไว้ในหรือแนบไว้กับคำสั่งเดิมและต้องมีหนังสือแจ้งความประสงค์ของตนให้คู่กรณีทราบด้วย

กรณีตาม (2) (3) และ (4) จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามส่วนที่ 5 ของหมวดนี้ หรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าวก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น”

⁴ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 “ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ”

ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เสียใหม่แต่อย่างใด ดังนั้น กรมที่ดินจึงสามารถนำหลักเกณฑ์เรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาเทียบเคียงใช้บังคับกับกรณีนี้ได้เพื่อให้ดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการร่วมกันออกไปตรวจพิสูจน์ที่ดินดังกล่าวแล้วเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

จากคำวินิจฉัยข้างต้นจะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า ขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินและการเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่กำหนดในข้อ 10 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)ฯ เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งในการออกโฉนดที่ดินที่ไม่ใช่ขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญขนาดจะทำให้กระบวนการออกโฉนดที่ดินเสียไปทั้งหมด ซึ่งประเด็นนี้อาจเปรียบเทียบกับเรื่องเสร็จที่ 268/2552⁵ ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า กรณีที่เจ้าหน้าที่ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนมาตรา 14⁶ แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 ที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือครอบครองหรือกระทำการประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาตินั้น ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดอย่างร้ายแรงเป็นเหตุให้หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) นั้นไม่มีผลบังคับใช้โดยสิ้นเชิง ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จทั้งสองมีความแตกต่างกันเนื่องจากในเรื่องเสร็จที่ 268/2552 กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้บัญญัติห้ามมิให้ออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) สำหรับที่ดินในเขตป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรีไว้อย่างชัดเจน การออกหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.) ในเขตที่ดินดังกล่าวจึงเป็นการขัดต่อกฎหมายโดยชัดแจ้งอันเป็นเหตุให้หนังสือแสดงสิทธิในที่ดินดังกล่าวเสียไปทั้งหมดโดยที่หน่วยงานของรัฐไม่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้เลย แต่ในเรื่องเสร็จที่ 1018/2561 กฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้ออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวกับเขตอุทยานแห่งชาติเสียทีเดียว เพียงแต่กำหนดขั้นตอนว่าในการออกโฉนดที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อ

⁵ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 268/2552 เรื่อง “ผลใช้บังคับของคำสั่งทางปกครอง (หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. 3 ก.)) ที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

⁶ พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 14 “ในเขตป่าสงวนแห่งชาติห้ามมิให้บุคคลใดยึดถือ ครอบครอง ทำประโยชน์ หรืออยู่อาศัยในที่ดิน ก่อสร้าง แผ้วถาง เผาป่า ทำไม้ เก็บหาของป่า หรือกระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นการเสื่อมเสียแก่สภาพป่าสงวนแห่งชาติ เว้นแต่

(1) ทำไม้หรือเก็บหาของป่าตามมาตรา 15 เข้าทำประโยชน์หรืออยู่อาศัยตามมาตรา 16 มาตรา 16 ทวิ หรือมาตรา 16 ตริ กระทำการตามมาตรา 17 ใช้ประโยชน์ตามมาตรา 18 หรือกระทำการตามมาตรา 19 หรือมาตรา 20

(2) ทำไม้หวงห้ามหรือเก็บหาของป่าหวงห้ามตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้”

คาบเกี่ยวกับเขตอุทยานแห่งชาติจะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อเสนอความเห็นต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อพิจารณาสั่งการต่อไปเท่านั้น ความบกพร่องที่ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวจึงยังไม่รุนแรงขนาดเห็นประจักษ์ ไม่ทำให้โฉนดที่ดินนั้นเสียไปทั้งหมด

เมื่อความบกพร่องในการออกโฉนดที่ดินตามข้อหาหรือนี้ยังไม่ถึงกับทำให้การออกโฉนดที่ดินเสียไปทั้งหมด กรณีจึงมีประเด็นต้องพิจารณาต่อมาว่า กรมที่ดินจะมีวิธีการแก้ไขเยียวยาความบกพร่องดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า กรมที่ดินสามารถนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาเทียบเคียงบังคับใช้กับกรณีนี้ได้ ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีประเด็นที่น่าสนใจอยู่ไม่น้อย กล่าวคือ มาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ได้วางหลักว่า ความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนแต่ได้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นไปโดยไม่ได้รับความเห็นชอบ หากเจ้าหน้าที่อื่นนั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมถือว่าสมบูรณ์มาแต่แรก ซึ่งหากตีความตามลายลักษณ์อักษรจากบทบัญญัติดังกล่าวจะได้ว่าความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองที่อาจได้รับการเยียวยาได้นั้นจะต้องเป็นคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายกำหนดว่าจะต้องได้รับ “ความเห็นชอบ” จากเจ้าหน้าที่อื่นก่อนทำคำสั่งทางปกครอง แต่กรณีตามข้อหาหรือของกรมที่ดินในเรื่องเสรีนี้ ข้อ 10 (3) แห่งกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537)⁷ ได้กำหนดว่าในการออกโฉนดที่ดินสำหรับที่ดินที่มีอาณาเขตติดต่อกับเกี่ยวกับหรืออยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติจะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินเพื่อทำการสำรวจตรวจสอบที่ดินแล้วเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด โดยหากผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดให้สามารถออกโฉนดที่ดินได้ ผู้ว่าราชการจังหวัดก็จะดำเนินการ “สั่งการ” ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการออกโฉนดที่ดินต่อไป⁷ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า การออกโฉนดที่ดินในกรณีนี้กฎหมายได้

⁷ กฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 11 “เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดได้พิจารณาผลการตรวจพิสูจน์ที่ดินของคณะกรรมการตามข้อ 10 (3) แล้ว ปรากฏว่าที่ดินนั้นไม่อยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรี หรือปรากฏว่าที่ดินนั้นอยู่ในเขตป่าสงวนแห่งชาติ เขตอุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้อาวารตามมติคณะรัฐมนตรี แต่ผู้ขอได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมายมาก่อนวันที่ทางราชการกำหนดให้ที่ดินนั้นเป็นป่าสงวนแห่งชาติ อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ป่า หรือเขตที่ได้จำแนกให้เป็นเขตป่าไม้

กำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ “สั่งการ” ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการออกโฉนดที่ดิน ไม่ใช่กรณีที่ผู้ว่าราชการจังหวัดให้ “ความเห็นชอบ” ในการออกโฉนดที่ดินแต่อย่างใด นอกจากนี้ ขั้นตอนที่เกิดความบกพร่องในการออกโฉนดที่ดินตามข้อหาหรือนี้ยังรวมถึงตั้งแต่ขั้นตอนการแต่งตั้งคณะกรรมการพิสูจน์ที่ดิน การสำรวจตรวจสอบที่ดินของคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินตลอดจนการเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดอีกด้วย ซึ่งขั้นตอนทั้งหลายเหล่านี้ไม่มีขั้นตอนใดเลยที่เป็นการให้ “ความเห็นชอบ” ตามตัวบทของมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ

ที่ผ่านมาคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้เคยให้ความเห็นในประเด็นลักษณะคล้ายกันในเรื่องเสร็จที่ 143/2561⁸ ว่า การที่กรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งได้จัดการประชุมซึ่งตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดว่าจะต้องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติเสียก่อน แต่กรมทรัพยากรทางทะเลฯ ได้จัดการประชุมจนเสร็จสิ้นโดยไม่ได้เสนอเรื่องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติแต่อย่างใด คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า อาจนำหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในเรื่องการเยียวยาความบกพร่องในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองมาเทียบเคียงใช้กับการอนุมัติการประชุมในกรณีนี้ได้ ซึ่งหากปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้การอนุมัติยอมทำให้การจัดการประชุมนั้นชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม เรื่องเสร็จดังกล่าวมีข้อแตกต่างจากกรณีตามข้อหาหรือของกรมที่ดินบางประการ กล่าวคือ ประการแรก การกระทำทางปกครองในเรื่องเสร็จดังกล่าวไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเห็นว่า เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินจึงอาจนำหลักเกณฑ์ในเรื่องการให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อนถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลังย่อมไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์มาเทียบเคียงใช้กับการอนุมัติการจัดการประชุมได้ ประการที่สอง ในเรื่องเสร็จดังกล่าวกฎหมายกำหนดไว้ชัดเจนว่าจะต้องเสนอเรื่องให้ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมพิจารณาอนุมัติเสียก่อน ซึ่งสอดคล้องกับตัวบทในมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่จะต้องได้รับ “ความเห็นชอบ” จากเจ้าหน้าที่อื่นเสียก่อน แต่ตามข้อหาหรือของกรมที่ดินนี้มีประเด็นเกี่ยวกับความบกพร่องตั้งแต่การดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน การสำรวจตรวจสอบที่ดิน การทำรายงานการตรวจพิสูจน์ที่ดิน การเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด ตลอดจนการสั่งการ

ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี และไม่มีผู้คัดค้านภายในกำหนดเวลาที่ประกาศตามข้อ 10 (1) ให้ผู้ว่าราชการจังหวัด สั่งการให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาดำเนินการตามข้อ 10 (2)”

⁸ บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 143/2561 เรื่อง “การอนุมัติการจัดการประชุมของกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่งที่ได้ดำเนินการเสร็จสิ้นไปแล้ว”

ของผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งขั้นตอนเหล่านี้ไม่ตรงกับความหมายของการให้ “ความเห็นชอบ” ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เสียทีเดียว

ส่วนคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 920/2547⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดให้เจ้าของโครงการต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมก่อนจะดำเนินการก่อสร้างและเสนอรายงานดังกล่าวต่อสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเพื่อให้สำนักงานฯ ตรวจสอบและให้ความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการตามกฎหมายต่อไป ตามเรื่องเสร็จนี้ เจ้าของโครงการได้ดำเนินการก่อสร้างไปแล้วโดยไม่จัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม แต่มายื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมในภายหลังเมื่อล่วงเลยขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาประกอบการพิจารณาและมีความเห็นว่า แม้การยื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมจะล่วงเลยขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดแล้วอันเป็นการกระทำผิดขั้นตอน แต่ก็ไม่ได้ตัดอำนาจของหน่วยงานของรัฐที่จะรับรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมที่ยื่นไว้เพื่อดำเนินการต่อไป เรื่องเสร็จนี้มีความคล้ายกับข้อหาหรือของกรณีที่ดินอยู่บ้างเพราะว่าในเรื่องเสร็จดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้จะต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมซึ่งไม่ตรงตามความหมายของการให้ “ความเห็นชอบ” ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เช่นเดียวกันกับการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินตามข้อหาหรือของกรณีที่ดินในเรื่องเสร็จที่ 1018/2561 อย่่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า บันทึกลำดับงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในเรื่องเสร็จดังกล่าวระบุแต่เพียงว่าคณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาประกอบการพิจารณาเท่านั้น โดยไม่ปรากฏว่าได้นำมาตราดังกล่าวมาปรับใช้โดยตรงหรือเทียบเคียงใช้บังคับแต่อย่างใด

ในขณะที่ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 334/2550¹⁰ ว่า ในการดำเนินการก่อสร้างโครงการชลประทาน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดให้จะต้องดำเนินการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบและสอบสวนข้อเท็จจริงเกี่ยวกับที่ดินรวมทั้งขอความเห็นไปยังส่วนราชการที่เกี่ยวข้องแล้วจึงเสนอความเห็นไปให้กระทรวงมหาดไทยพิจารณาอนุมัติ ซึ่งไม่ปรากฏว่าหน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว การก่อสร้างโครงการชลประทานจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า

⁹ บันทึกลำดับงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 920/2547 เรื่อง “แนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ในส่วนของการทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม”

¹⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ 334/2550 ลงวันที่ 16 ตุลาคม 2550

ความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวสามารถแก้ไขได้ด้วยการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อีกทั้งการรื้อถอนคลองส่งน้ำตามโครงการดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ จึงยังไม่พิพากษาให้รื้อถอนแต่ให้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวเสียก่อน หากกระทรวงมหาดไทยไม่อนุมัติจึงค่อยให้รื้อถอน จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดนี้ จะเห็นได้ว่า แม้ศาลปกครองสูงสุดจะเห็นว่าหน่วยงานของรัฐสามารถดำเนินการแก้ไขความบกพร่องของการกระทำทางปกครองได้ แต่ก็มีได้นำมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาปรับใช้โดยตรงหรือเทียบเคียงใช้บังคับแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ในการพิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการแก้ไขความบกพร่องของการกระทำทางปกครอง ทั้งคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คณะกรรมการกฤษฎีกา และศาลปกครองสูงสุด น่าจะอาศัยหลักการเดียวกัน นั่นคือการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นอยู่ภายใต้หลักการเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากปรากฏว่าการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว หน่วยงานของรัฐก็ย่อมมีหน้าที่ในการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเสีย แต่ในบางกรณีการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นอาจส่งผลกระทบต่อผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องเกินสมควรหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผลประโยชน์สาธารณะได้ หน่วยงานของรัฐจึงยังไม่ควรด่วนรีบเพิกถอนหรือดำเนินการขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทันที แต่ควรพิจารณาถึงหนทางเยียวยาความบกพร่องตามวิธีที่พอจะทำได้เสียก่อน แต่ความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและศาลปกครองสูงสุดที่น่าสนใจประการหนึ่ง นั่นคือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้นำหลักเกณฑ์ตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มา “เทียบเคียง” ใช้บังคับกับกระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดินและเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อให้ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการสั่งการได้ ทั้งที่มีใช้การ “ให้ความเห็น” ของเจ้าหน้าที่อื่นตามตัวบทของมาตราดังกล่าว

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียง (*argumentum a simile*) คือการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย (*praeter verba legis*) เช่น กรณีที่ไม่สามารถปรับใช้กฎหมายได้โดยตรงเนื่องจากไม่มีบัญญัติกฎหมายไว้รองรับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ การใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงจะต้องคำนึงถึงโครงสร้างและระบบกฎหมาย ประวัติความเป็นมา ตลอดจนวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่จะนำมาใช้เทียบเคียงประกอบด้วย¹¹ โดยที่มาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีลักษณะเป็น

¹¹ วรเจตน์ ภาศิริตัน, “การใช้กฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง : หลักทั่วไปและการปรับใช้ในกฎหมายปกครอง,” *รวมบทความวิชาการในโอกาสอายุ 60 ปี วิษณุ วรรณุญ* (2560) : 175-202.

ข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงควรตีความโดยเคร่งครัดไม่ใช่ตีความโดยขยายความ (*singularia non sunt extendenda*) ผู้เขียนจึงเห็นว่าการนำมาตราดังกล่าวมาเทียบเคียงใช้บังคับกับกรณีตามข้อหาหรือของกรณีที่ดินน่าจะไม่ใช่สอดคล้องกับโครงสร้างของบทบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ที่คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นเช่นนั้นน่าจะเป็นเพราะได้คำนึงถึงผลกระทบและความเสียหายที่อาจเกิดกับเจ้าของกรรมสิทธิ์และบุคคลภายนอกซึ่งได้ใช้ประโยชน์จากที่ดิน ประกอบกับเห็นว่ากระบวนการแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจพิสูจน์ที่ดิน ตลอดจนการเสนอความเห็นไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดนั้นมีเจตนารมณ์เพื่อให้ผู้มีหน้าที่ดูแลพื้นที่เขตอุทยานแห่งชาติช่วยกันตรวจสอบตามกฎหมายของตนว่าอาณาเขตของที่ดินที่มีผู้ยื่นคำขอออกโฉนดอยู่ในแนวเขตที่หน่วยงานของตนดูแลหรือไม่เพียงใด เพื่อประกอบการพิจารณาสั่งการของผู้ว่าราชการจังหวัด ดังนั้น จึงอาจมองได้ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของการ “สั่งการ” ของผู้ว่าราชการจังหวัดซึ่งพอที่จะเทียบเคียงได้กับการ “ให้ความเห็นชอบ” ของเจ้าหน้าที่อื่นตามมาตรา 41 (4) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ นอกจากนี้ แม้ว่าจะไม่นำบทบัญญัตินี้มาใช้เทียบเคียงได้ก็ตาม แต่กรณีที่ดินก็ยังคงมีดุลพินิจในการพิจารณาว่าจะดำเนินการเพิกถอนโฉนดที่ดินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นหรือไม่ก็ได้ เพราะการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

กล่าวโดยสรุป โดยรวมแล้วผู้เขียนเห็นพ้องกับความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสรีจ 1018/2561 แต่มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่ามาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่สามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองได้นั้น เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การตีความบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงควรกระทำด้วยความเคร่งครัด ไม่ควรตีความโดยการขยายความมากเกินไปเพราะอาจเป็นการเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหลีกเลี่ยงไม่กระทำตามกระบวนการและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากภาครัฐเห็นว่าควรที่จะเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถแก้ไขเยียวยาความบกพร่องของคำสั่งทางปกครองอื่นนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด ก็ควรดำเนินการในระดับนโยบายเพื่อผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขข้อความในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

Harmonisation of Intellectual Property in the European Union^{*}

ความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในสหภาพยุโรป

Archariya Wongburanavart^{**}
อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

Abstract

One of the core objectives of the European Union (EU) is to unify national markets of member states into a single market, where goods, services, capital, and labour can freely move within the community. However, to ensure that goods can freely move within the market, harmonisation of intellectual property (IP) laws of the member states is necessary. In other words, it is recognised that differences in IP laws could have a negative impact on cross-border trade, and could thereby partition the EU single market. As a result, an attempt toward IP harmonisation has pursued to address this issue. The harmonisation of IP laws in the EU results from two separate approaches which are the harmonisation through EU legislation and international conventions. However, the core measures, which have been used are the enactment of directives and regulations. A high degree of IP harmonisation is clearly linked to the EU's success in creating a properly functioning single market. Thus, this article aims to present the development of the EU, EU and IP harmonisation, as

^{*} วันที่รับบทความ (received) 27 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 เมษายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 1 เมษายน 2562

^{**} Lecturer in Law, Mae Fah Luang University, PhD in Law (2017) Durham University, UK; LLM in International Trade and Commercial Law (2012) Durham University, UK; LLM in Business Laws (English Programme) (2011) Thammasat University; LLB (2009) Thammasat University

well as interesting remarks concerning IP harmonisation in the EU for the study of English for lawyers.

Keywords : Intellectual Property, Harmonisation, European Union, Single Market

บทคัดย่อ

หนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของสหภาพยุโรป (EU) คือการรวมตลาดของแต่ละประเทศสมาชิกให้เป็นตลาดเดียว (Single Market) ที่สินค้า บริการ เงินทุน และแรงงานสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างเสรีภายในสหภาพยุโรป อย่างไรก็ตามเพื่อให้มั่นใจว่าสินค้าจะสามารถเคลื่อนย้ายภายในตลาดเดียวได้อย่างเสรีนั้น จำเป็นจะต้องมีความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิก กล่าวคือเป็นที่ยอมรับว่าความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกอาจส่งผลกระทบในทางลบต่อการค้าข้ามพรมแดนและอาจส่งผลให้เกิดการแบ่งแยกตลาดเดียวสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปจึงมีความพยายามในการทำให้เกิดความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหานี้ ซึ่งความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในสหภาพยุโรปที่เกิดขึ้นนั้นเป็นผลมาจากสองแนวทางที่สำคัญคือ การทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันผ่านกฎหมายของสหภาพยุโรปและการทำให้กฎหมายของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันผ่านอนุสัญญาระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม มาตรการหลักที่สหภาพยุโรปใช้คือการตราข้อกำหนด (Directive) และข้อบังคับ (Regulation) ซึ่งการที่สหภาพยุโรปมีความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูงนี้เองมีความเชื่อมโยงอย่างชัดเจนกับความสำเร็จของสหภาพยุโรปในการสร้างตลาดเดียวที่มีการดำเนินงานอย่างเหมาะสม ดังนั้นบทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอพัฒนาการของสหภาพยุโรป สหภาพยุโรปกับความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา รวมถึงข้อสังเกตที่น่าสนใจที่เกี่ยวข้องเพื่อการศึกษาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

คำสำคัญ : ทรัพย์สินทางปัญญา, ความสอดคล้องต้องกัน, สหภาพยุโรป, ตลาดเดียว

1. Introduction

The European Union (EU) is perceived to be the one and only regional grouping that has successfully achieved a considerable level of IP harmonisation. It is evident that there is a link between a high degree of IP harmonisation and a well-functioning single market. That said, to facilitate cross

border trade, IP harmonisation has increasingly become relevant and necessary. Without IP harmonisation, the free movement of goods in the single market cannot be guaranteed. Thus, in order to successfully establish a genuine single market, the EU has progressively pursued its goal in harmonising IP laws through approximating national IP laws of the member states and establishing an EU-wide IP system through EU legislation and international conventions.

2. The Development of the European Union (EU)

Integration of the EU begun after World War II in response to the devastation left by the war. In order to rebuild, bring peace and economic growth to their societies, the European Coal and Steel Community (ECSC) Treaty established the first European community, ‘The European Coal and Steel Community’ in 1951. There were six founding members namely, France, Germany, Italy, Belgium, the Netherlands, and Luxemburg.¹ This was considered to be ‘the first step towards a supranational Europe’.² Following the success of the ECSC Treaty, the member states extended their cooperation on economic integration. The European Economic Community (EEC) Treaty was signed in Rome in 1957 thereby establishing the European Economic Common Market (EEC), which allowed goods, services, capital and persons to freely move around the community.³ This constituted closer cooperation and deeper regional integration in Europe. The first enlargement of the EEC was in 1973 when Denmark, Ireland and the United Kingdom joined the community.⁴ After

¹ Europa, ‘The history of the European Union’ <http://europa.eu/about-eu/eu-history/index_en.htm> accessed 19 January 2019.

² Europa, ‘Treaty establishing the European Economic Community, EEC Treaty’ <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_en.htm> accessed January 2019.

³ *ibid.*

⁴ Europa, ‘A growing community’ <http://europa.eu/about-eu/eu-history/1970-1979/index_en.htm> accessed 20 January 2019.

that, in 1981 Greece joined the EEC as the 10th member, followed by Spain and Portugal in 1986.⁵

The EEC was transformed into the European Union (EU) in 1993 when the Treaty on European Union (TEU) was signed in Maastricht. A significant component of the TEU was the introduction of the European Monetary Union (EMU), which represented a high level of economic integration.⁶ However, not all the EU members are part of the EMU. The euro (€) is the official currency shared by 19 out of 28 EU countries.⁷ In 1995, the membership in the EU increased when Austria, Finland and Sweden joined, thereby including nearly all countries in western Europe.⁸ In 2004, 10 new countries namely Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, the Slovak Republic, and Slovenia joined the EU.⁹ It is the first time that the EU has ever had the biggest enlargement. In 2007, Romania and Bulgaria became the EU members, bringing the number of member states to 27. In 2013, Croatia became the 28th EU member country.¹⁰ However, due to Brexit, the UK is due to leave the European Union on 29 March 2019. Despite Brexit, the other 27 member states still committed to sustain the EU.¹¹

Presently, the EU is comprised of 28 member countries. Following the ratification of the TEU in 1993, the EU has adopted various other treaties such

⁵ Europa, 'The changing face of Europe – the fall of the Berlin Wall' <http://europa.eu/about-eu/eu-history/1980-1989/index_en.htm> accessed 20 January 2019.

⁶ Europa, 'Treaty of Maastricht on European Union' <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_en.htm> 20 January 2019.

⁷ Europa, 'The euro' <http://europa.eu/about-eu/basic-information/money/euro/index_en.htm> accessed 9 February 2019.

⁸ Europa, 'Europe without frontiers' <http://europa.eu/about-eu/eu-history/1990-1999/index_en.htm> accessed 21 January 2019.

⁹ Europa, 'Further expansion' <http://europa.eu/about-eu/eu-history/2000-2009/index_en.htm> accessed 21 January 2019.

¹⁰ Europa, 'The history of the European Union: 2010 – today' <http://europa.eu/about-eu/eu-history/2010-today/index_en.htm> accessed 9 February 2019.

¹¹ Congressional Research Service, 'The European Union: Ongoing Challenges and Future Prospects' (2018) 22.

as the Treaty of Amsterdam (1997), the Nice Treaty (2000) and the Lisbon Treaty (2007) in order to foster membership growth and extend the areas of cooperation. Although numerous treaties have been ratified to adapt the structure and function of the EU in light of surrounding circumstances, the fundamental structure and concept of the EU are still largely based on the original concept which was established over 60 years ago of development and to create a single market.¹² At present, by achieving a relatively high level of economic integration through the creation of the single market and a single currency, the EU is arguably a role model for regional economic integration efforts in other regions.

3. EU and IP Harmonisation

The creation of a single market, ‘an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured’,¹³ is one of the core objectives of the EU in accordance with Article 3(3) of the TEU. It is undeniable that one of the major factors ensuring free movement of goods within the EU, a core principle of a single market, is success in harmonising IP laws within the community. IP rights had been included on the EU’s agenda from the start in completing the single market.¹⁴ According to the 1985 White Paper on the completion of the internal market, it was clearly stated that ‘differences in intellectual property laws have a direct and negative impact on inter-Community and on the ability of enterprise to treat the Common Market as a single environment for their economic activities’.¹⁵ The commission stated that the decision on the proposal of creating community trademark and on the proposal of approximating national trademark laws needed to be made.¹⁶ Moreover, the Community Patent Convention was

¹² Nigel Foster, *Foster on EU-law* (2nd edn, OUP 2009) 254.

¹³ Article 26(2) of the TFEU.

¹⁴ Peter Groves, ‘Editorial’ (1993) 4 *European Business Law Review* 54, 54.

¹⁵ Commission, ‘Completing the Internal Market – White Paper from the Commission to the European Council’ COM (85) 310, 37.

¹⁶ *ibid.*

intended to be brought into operation.¹⁷ This clearly demonstrates that disparities in national IP laws between the member states are incompatible with the existence of single market,¹⁸ and it should, therefore, be replaced by harmonised legislation. Additionally, the level of IP harmonisation that would be required in order to establish the single market is a certain level of approximation of national IP laws and a complete harmonisation through a community-wide IP system.

The EU has spent a significant effort to harmonise IP laws and provide a uniform set of IP systems legislatively by enacting directives¹⁹ and regulations²⁰, and ratifying international agreements in major areas of IP rights. By using these harmonising measures, the level harmonisation of IP laws in the EU ranges from minimum harmonisation to complete harmonisation. That said, the adoption of harmonising directives and international IP treaties can help approximate national IP laws of the member states. Nevertheless, some aspects of IP rights still remain unharmonised and are subject to member states' discretion. These measures allow the member states to have some degree of flexibility to tailor their IP systems to fit their particular needs and interests. Whereas the harmonisation of IP laws through the adoption of regulations, which no derogation is allowed, can help unify IP laws between member states.

¹⁷ *ibid.*

¹⁸ Peter Groves, *Sourcebook on Intellectual Property Law* (Cavendish Publishing 1997) 99.

¹⁹ 'Directives' require all the EU member states to amend their national laws to be compliant with the directives within the certain timeframe. See Europa, 'Regulations, Directives and other acts' <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_en.htm> accessed 15 February 2019.

²⁰ 'Regulations' do not impose any action on the EU member states to make the regulations part of their national laws. All the member countries are bound by the Regulations and must comply with. See Europa, 'Regulations, Directives and other acts' <http://europa.eu/eu-law/decision-making/legal-acts/index_en.htm> accessed 15 February 2019.

IP harmonisation usually means an increase in the level of IP protection. It has been claimed that increasing or adding extra protection is easier than taking away already acquired rights.²¹ A core measure used to standardise the IP laws of the member states is the issuance of harmonisation directives. A substantial number of directives, which member states are required to implement into their national laws within a set deadline, was approved in order to approximate substantive IP law of the member states. The directives mostly focused on the harmonisation of the delineation of protected subject-matter, the scope of protection, and the duration of protection. This helps to decrease the disparity between the national IP systems of the EU countries. Although the standardisation of a national IP system through the adoption of harmonisation directives encompasses various areas of IP rights, the EU has not yet achieved a complete harmonisation. Disparities in some areas still exist due to the difference in legal culture and administrative procedures of each member country.²² As a result, an attempt toward EU-level harmonisation through the enactment of regulations governing IP at the community level and the ratification of international IP agreements was pursued to address this issue.²³ This could enable the EU to achieve a higher degree of IP harmonisation within its community. As of now, the EU-wide systems cover most major areas of IP rights namely, trademarks, designs, plant variety rights (PVRs), and geographical indications (GIs). Moreover, by the first half of 2019 the unitary patent system will come into operation.²⁴

²¹ Trevor Cook, 'European Intellectual Property Developments' (2011) 16 JIPR 426, 427.

²² Billy A. Melo Araujo, 'IP and the EU's Deep Trade Agenda' (2013) 16 JIEL 439, 444.

²³ *ibid.*

²⁴ EPO, 'Unitary Patent and Unified patent Court' <<https://www.epo.org/law-practice/unitary.html>> accessed 20 February 2019.

4. Conclusion

The EU is acknowledged to be an example of regional economic integration that has achieved a high degree of harmonised IP standards. A high degree of IP harmonisation is clearly linked to the EU's success in creating a properly functioning single market. That said, the adoption of the harmonising directives and international IP laws can help approximate national IP laws of the member states, particularly in the areas that directly affect the operation of the market. This results in decreasing disparities between national IP regimes between the EU members and reducing impediments to the operation of the single market, and thereby paving the way for the EU to establish an EU-wide IP system through the regulations. From an overall perspective, EU IP regimes in the areas of trademarks, designs, PVRs and GIs are almost fully harmonised, whereas copyright and patent are still fragmented. By establishing EU-wide trademarks, designs and PVRs, and GIs systems, the conflict between the territorial nature of IP rights and the principle of free movement of goods can be resolved, thereby ensuring proper functioning of the single market.

คำแปลภาษาไทย

1. ความนำ

สหภาพยุโรป (European Union: EU) ได้รับการยอมรับว่าเป็นการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคเพียงกลุ่มเดียวที่ประสบความสำเร็จในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องต้องกันในระดับสูง โดยสหภาพยุโรปได้พิสูจน์ให้เห็นถึงความเชื่อมโยงที่ชัดเจนระหว่างความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา และการดำเนินงานของตลาดเดียวสหภาพยุโรป กล่าวคือเพื่ออำนวยความสะดวกการค้าข้ามพรมแดนระหว่างประเทศสมาชิก การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันจึงมีความสำคัญและจำเป็นมากยิ่งขึ้น มิฉะนั้นแล้วการที่จะให้สินค้ามีการหมุนเวียนอย่างเสรีภายในตลาดเดียวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้นเพื่อที่จะบรรลุเป้าหมายในการสร้างตลาดเดียวสหภาพยุโรปอย่างแท้จริง สหภาพยุโรปจึงได้ดำเนินการกิจในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันผ่านการทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันและการสร้างระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคผ่านกฎหมายของสหภาพยุโรปและอนุสัญญาระหว่างประเทศ

2. พัฒนาการของสหภาพยุโรป

การรวมกลุ่มของสหภาพยุโรปเริ่มต้นขึ้นหลังสงครามโลกครั้งที่สองเพื่อฟื้นฟูความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสงคราม โดยมีเป้าหมายเพื่อนำสันติภาพและการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจมาสู่ประเทศในทวีปยุโรป โดยได้มีการลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป (The European Coal and Steel Community: ECSC) เพื่อจัดตั้งประชาคมยุโรปแห่งแรก ซึ่งก็คือ “ประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป” ขึ้นในปี ค.ศ. 1951 มีสมาชิกก่อตั้งรวมทั้งสิ้นหกประเทศ ได้แก่ สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐอิตาลี ราชอาณาจักรเบลเยียม ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ และราชรัฐลักเซมเบิร์ก ซึ่งถือได้ว่าเป็น ‘ขั้นแรกสู่การรวมตัวเป็นสหภาพยุโรปในรูปแบบองค์การเหนือรัฐ’ หลังจากความสำเร็จจากการดำเนินการตามสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป ประเทศสมาชิกได้ขยายความร่วมมือไปยังด้านเศรษฐกิจ โดยได้มีการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจยุโรป (The European Economic Community: EEC) ผ่านการลงนามในสนธิสัญญากรุงโรม (The Treaty of Rome) ในปี ค.ศ. 1957 เพื่อจัดตั้งตลาดร่วมทางเศรษฐกิจยุโรปซึ่งสินค้า บริการ เงินทุนและแรงงานสามารถเคลื่อนไหวได้อย่างเสรี สิ่งนี้เองส่งผลให้เกิดความร่วมมืออย่างใกล้ชิดและการรวมกลุ่มในระดับภูมิภาคที่ลึกซึ้งขึ้นในยุโรป นอกจากนี้ยังมีการขยายตัวของสมาชิกของประชาคมเศรษฐกิจยุโรปเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1973 โดยราชอาณาจักรเดนมาร์ก สาธารณรัฐไอร์แลนด์ และสหราชอาณาจักรได้เข้าร่วมกับประชาคมเศรษฐกิจยุโรป หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 1981 สาธารณรัฐเฮลเลนิก (กรีซ) ได้เข้าร่วมในฐานะสมาชิกลำดับที่ 10 ตามด้วยราชอาณาจักรสเปนและสาธารณรัฐโปรตุเกสในปี ค.ศ. 1986

ประชาคมเศรษฐกิจยุโรปได้เปลี่ยนสถานะเป็นสหภาพยุโรป (European Union: EU) ในปี ค.ศ. 1993 โดยมีการลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (Treaty on European Union: TEU) ที่เมืองมาสทริชต์ องค์ประกอบที่สำคัญของสนธิสัญญานี้คือการจัดตั้งสหภาพเศรษฐกิจและการเงิน (The Economic and Monetary Union: EMU) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับสูง อย่างไรก็ตามสมาชิกสหภาพยุโรปทั้งหมดมิได้เข้าร่วมในสหภาพการเงินยุโรป โดยในขณะนี้มีประเทศสมาชิกที่ใช้สกุลเงินยูโร (€) ร่วมกันทั้งสิ้น 19 ประเทศ จาก 28 ประเทศ หลังจากนั้นสหภาพยุโรปได้มีการขยายตัวอีกครั้ง โดยในปี ค.ศ. 1995 สาธารณรัฐออสเตรีย สาธารณรัฐฟินแลนด์ และราชอาณาจักรสวีเดนได้เข้าร่วมเป็นสมาชิก ซึ่งเป็นการขยายสมาชิกสหภาพยุโรปให้ครอบคลุมเกือบทุกประเทศในทวีปยุโรปตะวันตก นอกจากนี้ในปี ค.ศ. 2004 ได้มีการขยายตัวครั้งใหญ่ที่สุดของสหภาพยุโรป โดยได้มีการรับประเทศสมาชิกใหม่รวมทั้งสิ้น 10 ประเทศ คือ สาธารณรัฐไซปรัส สาธารณรัฐเช็ก สาธารณรัฐเอสโตเนีย ราชอาณาจักรฮังการี สาธารณรัฐลัตเวีย สาธารณรัฐ

ลิทัวเนีย สาธารณรัฐมอลตา สาธารณรัฐโปแลนด์ สาธารณรัฐสโลวัก และสาธารณรัฐสโลวีเนีย เข้าร่วมกับเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป หลังจากนั้นในปี ค.ศ. 2007 ราชอาณาจักรโรมาเนียและ สาธารณรัฐบัลแกเรียก็ได้เข้ามาเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปทำให้จำนวนประเทศสมาชิกมีจำนวนทั้งสิ้น 27 ประเทศ และในปี ค.ศ. 2013 โครเอเชียได้เข้าร่วมและกลายมาเป็นประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปในลำดับที่ 28 อย่างไรก็ตามสืบเนื่องจาก “เบรกซิท” (Brexit) สหราชอาณาจักรมีกำหนดที่จะออกจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรปในวันที่ 29 มีนาคม ค.ศ. 2019 โดยแม้จะมีเหตุการณ์เบรกซิทเกิดขึ้น ประเทศสมาชิกอีก 27 ประเทศก็ยังคงมุ่งมั่นที่จะสนับสนุนสหภาพยุโรปให้คงอยู่ต่อไป

ปัจจุบันสหภาพยุโรปประกอบไปด้วยประเทศสมาชิกรวมทั้งสิ้น 28 ประเทศ โดยหลังจากได้มีการลงนามในสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป ในปี ค.ศ. 1993 สหภาพยุโรปได้ลงนามในสนธิสัญญาอื่น ๆ อีกมากมาย เช่น สนธิสัญญาอัมสเตอร์ดัม (ปี ค.ศ. 1997) สนธิสัญญานิซ (ปี ค.ศ. 2000) และสนธิสัญญาลิสบอน (ปี ค.ศ. 2007) เพื่อส่งเสริมการเติบโตของสมาชิกและขยายขอบเขตของความร่วมมือของสหภาพยุโรป โดยแม้ว่าจะมีการลงนามในสนธิสัญญาหลาย ๆ ฉบับเพื่อปรับโครงสร้างและหน้าที่ของสหภาพยุโรปให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่โครงสร้างและแนวคิดพื้นฐานของสหภาพยุโรปยังคงยึดตามแนวความคิดดั้งเดิมที่มีมาตั้งแต่ก่อตั้งซึ่งมีระยะเวลานานกว่า 60 ปี ในการพัฒนาและสร้างตลาดเดียวสหภาพยุโรป ด้วยเหตุนี้เองการที่สหภาพยุโรปได้บรรลุเป้าหมายในการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคในระดับที่ค่อนข้างสูงผ่านการสร้างตลาดเดียวและการใช้สกุลเงินร่วมกัน สหภาพยุโรปจึงเปรียบเสมือนแบบอย่างสำหรับการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในภูมิภาคอื่น ๆ

3. สหภาพยุโรปกับความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา

การสร้างตลาดเดียวสหภาพยุโรปซึ่งเป็น “เขตพื้นที่ที่ไม่มีอุปสรรคทางใด ๆ ระหว่างกันเพื่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายของสินค้า บุคคล บริการ และเงินทุนอย่างเสรี” ซึ่งเป็นหนึ่งในวัตถุประสงค์หลักของสหภาพยุโรปตามข้อ 3 (3) ของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป (TEU) นั้นปฏิเสธไม่ได้ว่าหนึ่งในปัจจัยสำคัญที่ทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายของสินค้าอย่างเสรีภายในสหภาพยุโรปซึ่งเป็นหลักการสำคัญของการจัดตั้งตลาดเดียวคือความสำเร็จในการทำกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องต้องกันภายในสหภาพยุโรป โดยทรัพย์สินทางปัญญาถูกบรรจุไว้ในระเบียบวาระการประชุมของสหภาพยุโรปตั้งแต่เริ่มต้นในการจัดตั้งตลาดเดียวให้เสร็จสิ้น โดยตามรายงานของ the 1985 White Paper on the Completion of the Internal Market ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “ความแตกต่างทางกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีผลกระทบโดยตรงและเป็นผลกระทบในเชิงลบต่อสหภาพยุโรปและ

ความสามารถขององค์กรในการจัดการตลาดร่วมของประเทศสมาชิกในฐานะที่เป็นสภาพแวดล้อมเดียวสำหรับทุก ๆ กิจกรรมทางเศรษฐกิจ” โดยคณะกรรมการยุโรปได้ระบุว่าการตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับข้อเสนอในการสร้างระบบเครื่องหมายการค้าในระดับภูมิภาคและข้อเสนอในการทำให้กฎหมายเครื่องหมายการค้าของประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันเป็นสิ่งที่จะต้องทำอย่างยิ่ง รวมไปถึงแนวคิดในการบังคับใช้อนุสัญญาสิทธิบัตรในระดับภูมิภาค สิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกนั้นไม่สอดคล้องกับการดำรงอยู่และการทำงานของตลาดเดียว ดังนั้นจึงควรถูกแทนที่ด้วยกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่มีความสอดคล้องตอกัน นอกจากนี้ระดับของความสอดคล้องตอกันที่จะต้องมีเพื่อสร้างตลาดเดียวสหภาพยุโรปคือการทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันและมีการจัดตั้งระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคที่มีความสอดคล้องตอกันในระดับที่สมบูรณ์

สหภาพยุโรปได้ใช้ความพยายามอย่างมากในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องตอกันและจัดทำระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคโดยการตรากฎหมายไม่ว่าจะเป็นข้อกำหนด²⁵ และข้อบังคับ²⁶ และการเข้าร่วมในอนุสัญญาระหว่างประเทศที่สำคัญในทางทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งการใช้มาตรการเหล่านี้ส่งผลให้สหภาพยุโรปมีระดับความสอดคล้องตอกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ในระดับตั้งแต่ขั้นต่ำไปจนถึงระดับที่สมบูรณ์ที่สุด กล่าวคือ การออกข้อกำหนด และการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาระหว่างประเทศทางทรัพย์สินทางปัญญาที่สำคัญ ๆ สามารถทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตามยังคงมีสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาบางประเภทที่ยังคงขาดความสอดคล้องตอกันและอยู่ภายใต้ดุลพินิจของประเทศสมาชิก จึงกล่าวได้ว่ามาตรการเหล่านี้ทำให้ประเทศสมาชิกยังคงมีความยืดหยุ่นในการปรับระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศของตนให้เหมาะสมกับความต้องการและผลประโยชน์ ในขณะที่การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องตอกันโดยการใช้ข้อบังคับที่มีได้มีความยืดหยุ่น สามารถช่วยทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกหลอมรวมเป็นระบบเดียวกันได้

²⁵ ประเทศสมาชิกจะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายภายในของตนเองให้เป็นไปตามข้อกำหนดภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้

²⁶ เป็นกฎหมายที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปต้องรับไปใช้ทั้งหมด โดยมีผลผูกพันต่อประเทศสมาชิกและระบบกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทันทีเมื่อมีการประกาศใช้ และไม่จำเป็นต้องมีการออกกฎหมายภายในเพื่อมารองรับการบังคับใช้ข้อบังคับดังกล่าว

การทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามีความสอดคล้องต้องกันในแต่ละครั้งอาจหมายถึงการเพิ่มระดับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้เนื่องจากการเพิ่มระดับความคุ้มครองนั้นง่ายกว่าการลดทอนสิทธิที่ได้รับมาแล้ว โดยมาตรการหลักที่ใช้ในการสร้างมาตรฐานกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกคือการออกข้อกำหนด ซึ่งออกมาเพื่อให้ประเทศสมาชิกปรับปรุงมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศตนเองให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะมุ่งเน้นไปที่เรื่องวัตถุแห่งสิทธิ ขอบเขตแห่งการคุ้มครอง และระยะเวลาแห่งการคุ้มครองเป็นสำคัญ ซึ่งมาตรการนี้เองได้ช่วยลดความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับประเทศระหว่างประเทศสมาชิกได้ อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันผ่านการตราข้อกำหนดนั้นได้ครอบคลุมถึงสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในหลาย ๆ ด้าน แต่สหภาพยุโรปก็ยังไม่ประสบความสำเร็จในการทำให้เกิดความสอดคล้องต้องกันอย่างสมบูรณ์ในทุก ๆ ด้านของทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้เนื่องมาจากความแตกต่างในวัฒนธรรมทางกฎหมายและขั้นตอนการบริหารจัดการของแต่ละประเทศสมาชิกด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้สหภาพยุโรปมีความพยายามในการสร้างความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคผ่านการออกข้อบังคับเพื่อสร้างระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาค และผ่านการเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศเพื่อจัดการกับปัญหาความแตกต่างเหล่านี้ มาตรการเหล่านี้จะทำให้สหภาพยุโรปสามารถบรรลุเป้าหมายในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันในระดับที่สูงขึ้นในระดับภูมิภาค ซึ่งในขณะนี้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคของสหภาพยุโรป (EU-wide Systems) ครอบคลุมถึงสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาในหลาย ๆ ด้านที่สำคัญ ได้แก่ เครื่องหมายการค้า การออกแบบ การคุ้มครองพันธุ์พืช และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังมีแผนที่จะเริ่มบังคับใช้ระบบกฎหมายสิทธิบัตรในระดับภูมิภาคภายในช่วง 6 เดือนแรกของปี ค.ศ. 2019 อีกด้วย

4. บทสรุป

สหภาพยุโรปได้รับการยอมรับว่าเป็นแบบอย่างของการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจในระดับภูมิภาคที่ได้บรรลุเป้าหมายในการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของเหล่าประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกัน และความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับสูงนี้เองได้แสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงอย่างชัดเจนกับความสำเร็จของสหภาพยุโรปในการสร้างตลาดเดียวที่มีการดำเนินงานอย่างเหมาะสม กล่าวคือการทำให้กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกมีความสอดคล้องต้องกันผ่านข้อกำหนดทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านที่ส่งผลกระทบโดยตรงต่อการดำเนินงานของตลาดเดียว

มีลักษณะใกล้เคียงกันมากยิ่งขึ้น โดยมาตรการเหล่านี้สามารถช่วยลดความแตกต่างของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกและอุปสรรคที่ขัดขวางการดำเนินงานของตลาดเดียว ด้วยเหตุนี้เองจึงสามารถช่วยปูทางให้สหภาพยุโรปสามารถสร้างระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคผ่านการตราข้อบังคับได้ ดังนั้นจากมุมมองโดยรวม ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของสหภาพยุโรปในด้านเครื่องหมายการค้า การออกแบบ การคุ้มครองพันธุ์พืช และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์นั้นค่อนข้างมีความสอดคล้องต้องกันอย่างสมบูรณ์ ในขณะที่ในด้านลิขสิทธิ์และสิทธิบัตรยังคงมีความแตกต่างกันอยู่ อย่างไรก็ตาม การสร้างระบบกฎหมายเครื่องหมายการค้า การออกแบบ การคุ้มครองพันธุ์พืช และสิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ในระดับภูมิภาคที่มีผลบังคับใช้กับทุกประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปนั้น ปัญหาความขัดแย้งระหว่างหลักดินแดนของสิทธิทางทรัพย์สินทางปัญญาและหลักการของการเคลื่อนย้ายของสินค้าอย่างเสรีในตลาดเดียวย่อมได้รับการแก้ไข ด้วยเหตุนี้เองจึงส่งผลให้ตลาดเดียวของสหภาพยุโรปสามารถดำเนินการได้อย่างสมบูรณ์

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่น่าสนใจ

(1) หนึ่งในเป้าหมายที่สำคัญของสหภาพยุโรป (European Union: EU) คือการจัดตั้งตลาดเดียว หรือ “single market” โดยคำว่า “single” (ซิง-เกิล) นั้นเป็นคำคุณศัพท์ (Adjective) ซึ่งมีได้หลายความหมาย อันได้แก่ เดียว โสด หรือยังไม่ได้แต่งงาน แต่ในที่นี้เมื่อนำมาขยายคำว่า “market” ซึ่งเป็นคำนาม (noun) จึงแปลว่า ตลาดเดียว ซึ่งหมายถึงการรวมเอาตลาดของแต่ละประเทศสมาชิกเข้าด้วยกันเป็นตลาดเดียว โดยเป็นการเปิดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อให้มีการเคลื่อนย้ายปัจจัยการผลิต อันได้แก่ สินค้า (goods) บริการ (service) เงินทุน (capital) และแรงงาน (labour) ภายในสหภาพยุโรปได้โดยเสรี

โดยนอกจากจะใช้คำว่า “single market” เพื่อสื่อความหมายถึงการเป็นตลาดเดียวแล้ว ยังสามารถใช้คำว่า “internal market” ได้อีกด้วย โดยคำว่า “internal” (อิน-เทอ-นอล) นั้นเป็นคำคุณศัพท์ (adjective) แปลว่า ภายใน เมื่อนำมาขยายคำว่า “market” จึงหมายถึงตลาดภายในซึ่งเกิดจากความร่วมมือของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่ตกลงกันให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ เงินทุน และแรงงาน ระหว่างกันอย่างเสรีนั่นเอง นอกจากนี้ยังมีการใช้คำว่า “single market” ในฐานะที่เป็นเป้าหมายสูงสุดของนโยบายการจัดตั้งตลาดภายใน หรือ “internal market” อีกด้วย²⁷

(2) คำว่า “Brexit” (เบร็ก-ซิท) เป็นคำนาม (noun) ได้ถูกบรรจุไว้ใน Oxford Dictionary ว่าหมายถึง การที่สหราชอาณาจักร (United Kingdom) ซึ่งประกอบไปด้วย

²⁷ See Rita de la Fera, *The EU Vat System and the Internal Market* (IBFD 2009).

อังกฤษ (England) สกอตแลนด์ (Scotland) เวลส์ (Wales) และไอร์แลนด์เหนือ (Northern Ireland) ขอลถอนตัวจากการเป็นสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งคำนี้มาจากรวมคำว่า “British” (บริติช) ซึ่งเป็นคำคุณศัพท์ (adjective) หมายถึง ที่เกี่ยวข้องกับสหราชอาณาจักร และคำว่า “Exit” (เอ็ก-ซิท) เป็นคำนาม (noun) ซึ่งแปลว่า การออกไป นั่นเอง

(3) คำว่า “inter-” (อิน-เทอ) เป็น prefix²⁸ ที่มีความหมายว่า ระหว่าง เมื่อนำมาวางไว้หน้าคำว่า “community” จึงหมายถึง กลุ่มประเทศสมาชิก ดังนั้น “inter-community” จึงหมายถึง ระหว่างประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป

(4) คำว่า “arguably” (อาร์-กิว-เอ-บลิ) เป็นวิเศษณ์ (adverb) ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นการใช้เพื่อสนับสนุนความคิด หรือความเชื่อที่ผู้เขียนต้องการสื่อออกไปว่าเป็นเรื่องที่ถูกต้อง ซึ่งในบทความนี้ผู้เขียนได้นำมาใช้ในประโยคเพื่อสนับสนุนความคิดที่ว่าสหภาพยุโรป นั้นเป็นเหมือนแบบอย่างให้กับภูมิภาคอื่นในการรวมตัวในระดับภูมิภาค หรือในบริบทที่ว่า “the EU is arguably a model for regional economic integration efforts in other regions.”

(5) หนึ่งในแนวทางที่สำคัญที่สหภาพยุโรปใช้ในการทำให้เกิดความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาระหว่างประเทศสมาชิกคือการทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกัน หรือที่เรียกว่า “approximation of law” ซึ่งคำว่า “approximate” (อะ-พโรค-ซิ-เมท) นั้นเป็นคำกริยา (verb) แปลว่า ประมาณ หรือ เกือบจะเหมือน ซึ่งในบทความนี้ได้ใช้คำว่า “approximate” กับบริบทของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศสมาชิก (national intellectual property law) เพื่อสื่อความหมายถึงการทำให้กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของแต่ละสมาชิกมีลักษณะใกล้เคียงกันหรือเป็นไปในทิศทางเดียวกันนั่นเอง

(6) คำว่า “tailor” (เท-เลอะ) มีได้หลายความหมาย โดยหากเป็นคำนาม (noun) จะแปลว่า ช่างตัดเสื้อ แต่หากเป็นคำกริยา (verb) จะแปลว่า ตัดเย็บเสื้อผ้า นอกจากนี้ยังหมายถึง ทำ หรือปรับเปลี่ยนเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างอีกด้วย ดังเช่นในบทความนี้ มีการใช้คำว่า “tailor” ในฐานะที่เป็นคำกริยาในบริบทของระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property system) จึงเป็นการสื่อความหมายถึงการปรับเปลี่ยนระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาให้เหมาะสมกับความต้องการและประโยชน์ของแต่ละประเทศสมาชิก ซึ่งเปรียบเสมือนการตัดเย็บเสื้อผ้าให้เหมาะสมกับสัดส่วนของผู้สวมใส่

(7) คำว่า “sustain” (ซัส-เทน) เป็นคำกริยา (verb) แปลว่า สนับสนุน รักษาไว้ คำจุน ซึ่งเมื่อนำมาใช้ในบริบทของสหภาพยุโรป จึงแสดงถึงเจตจำนงของประชาชาติที่เหลือทั้ง 27 ประเทศว่าต้องการจะสนับสนุนและรักษาความเป็นสหภาพยุโรปให้คงอยู่ต่อไป

²⁸ Prefix คือคำที่ใช้เติมเข้าข้างหน้าคำอื่นแล้วทำให้คำคำนั้นมีความหมายผิดไปจากเดิม

(8) คำว่า “EU-wide” (อี-ยู-ไวด์) เป็นคำคุณศัพท์ (adjective) หมายถึง ลักษณะที่ใช้บังคับกับทุก ๆ ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรป ดังเช่นในบทความนี้มีการใช้คำว่า “EU-wide” เพื่อขยายคำว่า “intellectual property system” ซึ่งเป็นการบรรยายเพื่อให้เห็นถึงลักษณะของระบบทรัพย์สินทางปัญญาในระดับภูมิภาคที่มีผลบังคับใช้กับทุก ๆ ประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปนั่นเอง

สุดท้ายนี้หวังว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้เกี่ยวกับ “ความสอดคล้องต้องกันของกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาในสหภาพยุโรป” พร้อมทั้งเกร็ดความรู้ภาษาอังกฤษที่น่าสนใจ แล้วพบกันใหม่ในคอลัมน์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายฉบับหน้าเดือนธันวาคม 2562 ค่ะ

ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมาย : French for Lawyer

Urbanisme : application de la règle du délai raisonnable
d'un an aux recours contre des autorisations d'urbanisme
(Conseil d'Etat)*

กฎหมายผังเมือง : การบังคับใช้กฎเกณฑ์ระยะเวลาที่เหมาะสม
ในการยื่นฟ้องโต้แย้งการอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง
โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat)

Tanistnan Pakdeethammasakul**
ธนิชฐนันท์ ภัคดีธรรมะสกุล

Abstract

City Planning Law in France is one of the essential laws that affect society and economy because, for example, it controls land use, distinct between city zone, agricultural zone, natural and forest zone, or even controlling any construction in the country.

Town planning and licensing under this French law is placed under the control of the Administrative Court. The Administrative Court has the power to verify the application of the law and also has the power to control administrative act not only for enact the regulations in accordance with the law, but also for the issuance of such individual permits. However, there are some cases related to urban planning which were placed under the criminal jurisdiction such as the punish infringements of the urban planning rules

* วันที่รับบทความ (received) 24 กุมภาพันธ์ 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 1 เมษายน 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 1 เมษายน 2562

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชนทางธุรกิจ) Université de Toulouse 1 Capitole, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง และนักวิจัยประจำหน่วยวิจัยกฎหมายและการพัฒนาพื้นที่ชายแดน (ReBALD)

imposed by the Penal Code. Also, there are other cases which are known as civil litigation in urban planning; these cases are under the civil jurisdiction as it is defined by Urban planning code, for an action against a building built in accordance with a building permit. The third person may request the civil court to order the demolition of the building if it does not comply with the city planning laws or servitude for public use. In order to obtain the demolition of the building, it is essential to have obtained, beforehand, the cancellation of the building permit due to the abuse of power in the issuance of such licenses in advance.

Therefore, when a dispute arises, as in the example that the author has raised, The Administrative Court, in this case, must interpret the provisions by considering the principle of legal security and damages incurred to the stakeholders for achieving a maximum justice.

Keywords : Urban planning law, Conseil d'Etat, Urban planning authorisations

บทคัดย่อ

กฎหมายผังเมืองในประเทศฝรั่งเศสเป็นหนึ่งในกฎหมายที่สำคัญและส่งผลกระทบต่อในด้านสังคมและเศรษฐกิจ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดิน การแบ่งโซนเมือง¹ โซนเกษตรกรรม² โซนธรรมชาติและป่าไม้³ หรือแม้แต่การควบคุมการก่อสร้าง

การวางผังเมืองและการออกใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองฝรั่งเศสนี้จะอยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง โดยศาลปกครองจะมีอำนาจในการตรวจสอบความถูกต้องในการบังคับใช้กฎหมาย อำนาจในการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครอง ทั้งในกรณีการออกกฎหมายที่มีได้มีผลเป็นการเฉพาะตัวบุคคล และกรณีการออกใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายผังเมืองที่มีผลเป็นการเฉพาะบุคคล อย่างไรก็ตาม ในกรณีเช่นการละเมิดกฎหมายผังเมืองที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายอาญา⁴ ก็จะอยู่ในเขตอำนาจของศาลอาญา หรือในบางกรณีที่กฎหมาย

¹ มาตรา R151-18 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง

² มาตรา R151-22 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง

³ มาตรา R151-24 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง

⁴ มาตรา L480-4-2 แห่งประมวลกฎหมายผังเมืองได้กำหนดให้นิติบุคคลอาจต้องรับผิดชอบภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามมาตรา 121-2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งกระทำความผิดที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา L. 480-12, L. 510-2 et L. 610-1 ของประมวลกฎหมายผังเมือง

ผังเมืองกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลแพ่ง⁵ กล่าวคือกรณีที่การก่อสร้างได้ปฏิบัติตามใบอนุญาตก่อสร้าง โดยผู้เสียหายอาจร้องขอต่อศาลแพ่งให้มีคำสั่งรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวได้หากไม่เป็นไปตามกฎหมายผังเมืองหรือภาระจำยอมเพื่อการใช้ประโยชน์สาธารณะ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าใบอนุญาตดังกล่าวนั้นได้ถูกยกเลิกอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจโดยมิชอบในการออกใบอนุญาตดังกล่าวไว้ล่วงหน้าแล้ว⁶

ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทดังเช่นในตัวอย่างที่ผู้เขียนได้หยิบยกมา ในคดีนี้ศาลปกครองได้ตีความบทบัญญัติโดยพิจารณาถึงความมั่นคงทางกฎหมายกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้มีส่วนได้เสีย เพื่อให้เกิดความยุติธรรมสูงสุด

คำสำคัญ : กฎหมายผังเมือง, ศาลปกครองสูงสุด, ใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง

Urbanisme : application de la règle du délai raisonnable d'un an aux recours contre des autorisations d'urbanisme (Conseil d'Etat)

L'article par Florian Ferjoux – Avocat, Cabinet Gossement Avocats

Par une décision du 9 novembre 2018, n° 409872, le Conseil d'Etat a retenu, qu'en présence d'un défaut ou d'une erreur dans la mention des délais de recours sur le panneau d'affichage d'une autorisation d'urbanisme, les tiers ne sont recevables à demander l'annulation de l'autorisation que dans le délai raisonnable d'un an.

Il s'agit d'une nouvelle application de la jurisprudence résultant de la décision du Conseil d'Etat rendue le 16 juillet 2016, Czabaj, dont le sens a été justifié par l'application du principe de sécurité juridique (Cf. CE, Assemblée, du 13 juillet 2016, n° 387763 – et notre commentaire).

Aux termes de cette jurisprudence, lorsque l'obligation d'information sur les délais et voies de recours n'a pas été respectée ou lorsque la preuve de son respect ne peut être rapportée, un délai de recours raisonnable d'un an est opposable au destinataire d'une décision administrative individuelle (Cf. pour une application pour un titre exécutoire exigeant le paiement d'une

⁵ มาตรา L480-13 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง

⁶ มาตรา L480-13 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง

somme d'argent ne contenant pas une présentation des délais et voies de recours CE, 9 mars 2018, n° 401386 - notre commentaire).

Son application était attendue en matière d'urbanisme, matière au sein de laquelle les règles relatives aux délais de recours sont souvent discutées devant le juge administratif.

En premier lieu, dans sa décision du 9 novembre 2018, le Conseil d'Etat rappelle les nombreuses dispositions spécifiques applicables en matière de contentieux contre une autorisation d'urbanisme.

En substance, une autorisation d'urbanisme peut être contestée dans un délai de recours de deux mois à compter du premier jour d'une période continue de deux mois d'affichage sur le terrain du panneau (Cf. Article R. 600-2 du code de l'urbanisme).

Les conditions qui permettent un affichage régulier ayant pour effet d'enclencher le départ du délai de recours de deux mois sont nombreuses.

En particulier, le panneau d'affichage à implanter sur le terrain d'assiette du projet, de manière visible de la voie publique, pendant une période continue de deux mois, doit faire figurer à l'attention des tiers le délai de recours contentieux contre l'autorisation délivrée.

Le défaut de cette mention – ou son caractère erronée – sur le panneau d'affichage rend inopposable le délai de recours contentieux de deux mois aux tiers.

Dans cette situation, un tiers est donc recevable à contester une autorisation d'urbanisme passé le délai de recours de deux mois.

En deuxième lieu, la décision rendue par le Conseil d'Etat limite dans le temps les effets du défaut de mention des délais de recours sur le panneau d'affichage.

Le Conseil se fonde d'abord sur la jurisprudence résultant de la décision Czabaj, du délai raisonnable d'une année, et l'applique aux recours formés par des tiers contre des autorisations d'urbanisme :

« Considérant que le principe de sécurité juridique, qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contesté

indéfiniment par les tiers un permis de construire, une décision de non-opposition à une déclaration préalable, un permis d'aménager ou un permis de démolir »

Un tiers n'est donc plus en mesure de pouvoir contester de manière indéfinie une autorisation d'urbanisme.

Faisant application de cette règle jurisprudentielle, le Conseil d'Etat indique que :

« que, dans le cas où l'affichage du permis ou de la déclaration, par ailleurs conforme aux prescriptions de l'article R. 424-15 du code de l'urbanisme, n'a pas fait courir le délai de recours de deux mois prévu à l'article R. 600-2, faute de mentionner ce délai conformément à l'article A. 424-17, un recours contentieux doit néanmoins, pour être recevable, être présenté dans un délai raisonnable à compter du premier jour de la période continue de deux mois d'affichage sur le terrain ; qu'en règle générale et sauf circonstance particulière dont se prévaudrait le requérant, un délai excédant un an ne peut être regardé comme raisonnable ; »

Partant, même à défaut d'indication des voies et délais de recours sur le panneau d'affichage d'une autorisation d'urbanisme installé sur le terrain d'assiette du projet, ou en présence d'une indication erronée, le délai de recours des tiers est, en règle générale, limité à un an.

Passé ce délai, les recours déposés par les tiers contre une autorisation d'urbanisme seront déclarés, comme en l'espèce, irrecevables (Cf. Exception : délivrance d'une autorisation de manière frauduleuse).

En troisième lieu, le Conseil d'Etat précise un point particulier, en matière de possibilités de recours de tiers après la fin de l'exécution des travaux autorisés par l'autorisation d'urbanisme :

« qu'il résulte en outre de l'article R. 600-3 du code de l'urbanisme qu'un recours présenté postérieurement à l'expiration du délai qu'il prévoit n'est pas recevable, alors même que le délai raisonnable mentionné ci-dessus n'aurait pas encore expiré ; »

L'article R. 600-3 du code de l'urbanisme, modifié par le décret n°2018-617 du 17 juillet 2018, prévoit qu'aucun recours ne peut être entrepris contre

un permis de construire ou d'aménager ou d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable à l'expiration d'un délai, aujourd'hui de six mois, anciennement d'un an, à compter de l'achèvement de la construction ou de l'aménagement.

Le Conseil d'Etat indique que cette disposition spécifique prévaut sur le délai raisonnable d'un an.

คำแปลภาษาไทย

กฎหมายผังเมือง (urbanisme) : การบังคับใช้กฎเกณฑ์ระยะเวลาที่เหมาะสมในการยื่นฟ้องโต้แย้งการอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองโดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด (Conseil d'Etat)

โดย Florian Ferjoux นายความแห่งสำนักงานนายความ Gossement

ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาคดีหมายเลขที่ 409872 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2561 (Conseil d'Etat, 9 nov. 2018, n° 409872) เกี่ยวกับการฟ้องเพิกถอนใบอนุญาตที่ออกตามกฎหมายผังเมืองไว้ว่า หากมีข้อบกพร่องหรือมีข้อผิดพลาดในการระบุระยะเวลาและวิธีการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างที่ติดประกาศ ณ สถานที่ก่อสร้าง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียจะฟ้องร้องขอเพิกถอนการอนุญาตดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาไม่เกิน 1 ปีนับแต่วันที่ปิดประกาศบนพื้นที่จัดทำโครงการ

กรณีนี้เป็นการบังคับใช้แนวคำพิพากษาแบบใหม่ อันเป็นผลมาจากคำพิพากษาคดี “Czabaj”⁷ ที่ศาลปกครองสูงสุดได้บังคับใช้เรื่องระยะเวลาที่เหมาะสม 1 ปี ในการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นไปตามหลักความมั่นคงทางกฎหมาย⁸ โดยคดีหมายเลขที่ 409872

⁷ Conseil d'Etat, 13 juill. 2016, n° 387763 : ในคำพิพากษานี้ศาลปกครองสูงสุดได้บังคับใช้หลักความมั่นคงทางกฎหมาย โดยจะไม่รับคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่กำหนดเรื่องเงินบำนาญหลังเกษียณเมื่อเกินระยะเวลาที่เหมาะสม (1 ปี) แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะมีข้อผิดพลาดโดยมิได้ระบุเขตอำนาจศาลในคำสั่งดังกล่าว โดยในคดีนี้ผู้ฟ้องได้ยื่นคำฟ้องต่อศาลปกครองเกินกว่า 22 ปี นับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดจึงยกคำฟ้องดังกล่าวเนื่องมาจากความล่าช้าในการฟ้องร้อง

แปลและสรุปจาก www.legifrance.gouv.fr

⁸ ในคดี Czabaj ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาในข้อที่ 6 ว่า กฎเกณฑ์เรื่องความมั่นคงทางกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อจำกัดผลในทางลงโทษกรณีไม่ระบุวิธีการและระยะเวลาในการโต้แย้ง โดยการจำกัดผลนี้ไม่ได้ทำให้เสียหายไปซึ่งสิทธิในการฟ้องร้อง แต่มีจุดมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการก่อให้เกิดความไม่แน่นอน

ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2561 นี้ได้นำแนวคำพิพากษาของคดี Czabaj มาบังคับใช้กับเรื่องใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง ซึ่งในตอนท้ายของคำพิพากษาได้ระบุว่า ถ้าหากมีการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับระยะเวลาและวิธีการในการโต้แย้ง หรือเมื่อไม่สามารถที่จะแสดงหลักฐานของการปฏิบัติตามบทบัญญัติที่กำหนดเรื่องดังกล่าวได้แล้ว ผู้ฟ้องสามารถยกระยะเวลา 1 ปี⁹ ในการฟ้องร้อง ขึ้นต่อสู้กับผู้รับประโยชน์ในใบอนุญาตก่อสร้างหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับเฉพาะตัว (อ้างอิงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ลงวันที่ 9 มีนาคม 2561 คดีหมายเลขที่ 401386 ได้พิพากษาในเรื่องของการบังคับใช้คำสั่งดำเนินการ ที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นเงินจำนวนหนึ่งโดยมิได้ระบุระยะเวลาและวิธีการในการโต้แย้ง¹⁰)

การบังคับใช้เรื่องระยะเวลากับกฎหมายผังเมืองนี้เป็นสิ่งที่สามารถคาดหมายได้เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับระยะเวลาในการโต้แย้งมักจะถูกยกขึ้นมาต่อสู้บ่อยครั้งในศาลปกครอง โดยในคำพิพากษานี้ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาและทำคำพิพากษาโดยแบ่งออกได้เป็นสามส่วนดังนี้

ในส่วนแรกของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2561 ศาลปกครองสูงสุดได้อ้างถึงบทบัญญัติเฉพาะที่ใช้บังคับกับการดำเนินคดีโต้แย้งใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง โดยมีสาระสำคัญซึ่งก็คือ การให้ใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองนั้นสามารถที่จะโต้แย้งได้ภายใน 2 เดือน นับตั้งแต่วันแรกที่ปิดประกาศใบอนุญาต ณ สถานที่ก่อสร้าง ต่อเนื่องไปจนครบกำหนด 2 เดือน (ตามประมวลกฎหมายผังเมืองมาตรา R. 600-2)

เงื่อนไขที่กำหนดเรื่องการติดประกาศที่ถูกต้องนั้น จะมีผลเป็นการเริ่มต้นนับระยะเวลา 2 เดือน ในการฟ้องเป็นคดีปกครอง และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การติดประกาศบนที่ดินที่จัดทำโครงการ ต้องจัดทำโดยลักษณะที่มองเห็นได้จากทางสาธารณะ โดยต้องติดไว้เป็นระยะเวลาติดต่อกัน 2 เดือน รวมถึงจะต้องระบุระยะเวลาสำหรับบุคคลภายนอกในการโต้แย้งการอนุญาตดังกล่าว

ต่อสถานการณ์ทางกฎหมาย และความเหมาะสมในการบริหารความยุติธรรมแก่ผู้ถูกฟ้องอันเนื่องมาจากการฟ้องร้องที่มีความล่าช้าเกินสมควร

แปลและสรุปจาก www.legifrance.gouv.fr

⁹ โดยหลักเรื่องการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างของบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายผังเมืองนั้น มาตรา R*600-2 ได้บัญญัติกำหนดระยะเวลา 2 เดือน ในการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างของบุคคลภายนอก โดยระยะเวลา 2 เดือนจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ปิดประกาศใบอนุญาตก่อสร้าง ณ สถานที่จัดทำโครงการ ทั้งนี้ ระยะเวลาสองเดือนจะใช้บังคับได้ต่อเมื่อการปิดประกาศดังกล่าวได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดผังเมือง

แปลและสรุปจาก www.legifrance.gouv.fr

¹⁰ Conseil d'État, 3ème - 8ème chambres réunies, 09 mars 2018, n° 401386

กรณีที่ไม่ได้ระบุระยะเวลาที่จะสามารถโต้แย้งใบอนุญาตได้นั้น หรือกรณีที่ใบปิดประกาศมีลักษณะไม่ถูกต้อง ผู้ได้รับใบอนุญาตจะไม่สามารถยกเรื่องระยะเวลา 2 เดือนในการโต้แย้งใบอนุญาตขึ้นกล่าวอ้างต่อบุคคลภายนอกได้ ในกรณีนี้บุคคลภายนอกสามารถที่จะยื่นฟ้องเพื่อโต้แย้งใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองได้ แม้ว่าระยะเวลา 2 เดือนที่ให้สิทธิโต้แย้งตามกฎหมายได้ผ่านพ้นไปแล้ว

ในส่วนที่สองนั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดได้กำหนดระยะเวลาในการฟ้องเพิกถอนใบอนุญาตในกรณีที่ใบอนุญาตที่ปิดประกาศ ณ สถานที่จัดทำโครงการมิได้ระบุระยะเวลาและวิธีการโต้แย้งสิทธิ

ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาคดีนี้บนพื้นฐานแนวคำพิพากษาในคดี Czabaj ว่า ระยะเวลาที่เหมาะสมในการโต้แย้งใบอนุญาตนั้นจะต้องไม่เกิน 1 ปี และจะใช้บังคับกับการโต้แย้งใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองของบุคคลภายนอก

“โดยศาลพิจารณาว่า หลักความมั่นคงทางกฎหมายนี้จะทำให้บุคคลภายนอกไม่สามารถที่จะยกข้อกล่าวอ้างเรื่องระยะเวลาขึ้นมาโต้แย้งได้อย่างไม่มีกำหนดเวลา เนื่องจากสถานการณ์ประกอบกับระยะเวลาที่ดำเนินไปจะเป็นตัวขัดขวางไม่บุคคลภายนอกสามารถที่จะโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างอย่างไม่มีที่สิ้นสุด เช่นเดียวกันกับกรณีคำสั่งทางปกครองที่จะไม่คัดค้านการจดทะเบียน (une décision de non-opposition à une déclaration préalable) หรือกรณีใบอนุญาตตัดแปลง (un permis d'aménager) หรือใบอนุญาตรื้อถอน (un permis de démolir)”

ฉะนั้น บุคคลภายนอกจึงไม่สามารถที่จะโต้แย้งใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมืองอย่างไม่มีที่สิ้นสุดได้อีกต่อไป

โดยการบังคับใช้แนวคำพิพากษาคดี Czabaj นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้ระบุว่า “ในการพิจารณาตีความใบอนุญาตก่อสร้าง หรือการจดทะเบียนที่ดินที่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรา R. 424-15 ของประมวลกฎหมายผังเมือง จะไม่ทำให้ระยะเวลา 2 เดือน ตามมาตรา R. 600-2 เริ่มนับ หากไม่มีการระบุระยะเวลาในการโต้แย้งตามประมวลกฎหมายผังเมือง มาตรา A. 424-17 แต่อย่างไรก็ดี การที่ข้อโต้แย้งดังกล่าวจะสามารถยื่นฟ้องต่อศาลได้นั้น จำต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยจะเริ่มนับจากวันแรกของระยะเวลาที่ปิดประกาศบนพื้นที่โครงการ และหากพิจารณาตามกฎหมายเกณฑ์ทั่วไปนั้น ระยะเวลาที่เกิน 1 ปีไปแล้วจะไม่สามารถกล่าวได้ว่าเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม เว้นแต่อาจเป็นกรณีพิเศษที่ผู้ร้องได้ยกขึ้นมากล่าวอ้าง”

ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็กรณีที่มีได้ระบุวิธีการและระยะเวลาในการโต้แย้งสิทธิบนใบอนุญาตที่ติดประกาศไว้ ณ สถานที่จัดทำโครงการ หรือจะเป็นกรณีที่การระบุวิธีการและระยะเวลาข้างต้นมีข้อผิดพลาด ตามกฎหมายทั่วไปนั้นบุคคลภายนอกจะสามารถฟ้องร้องได้

ต่อเมื่อระยะเวลาดังกล่าวยังไม่พ้น 1 ปี ถ้าหากระยะเวลา 1 ปีได้พ้นไปแล้ว ศาลก็จะไม่รับคำฟ้องโต้แย้งใบอนุญาตของบุคคลภายนอกไว้พิจารณา ซึ่งเป็นกรณีในคำพิพากษาที่เป็นประเด็นฉบับนี้ (ยกเว้น : กรณีออกใบอนุญาตโดยการฉ้อฉล)

ในส่วนที่สามนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ให้เห็นถึงความเป็นไปได้กรณีที่บุคคลภายนอกจะฟ้องร้องภายหลังที่การก่อสร้างตามใบอนุญาตได้สิ้นสุดลง โดยพิจารณาว่า “โดยผลของบทบัญญัติมาตรา R. 600-3 แห่งประมวลกฎหมายผังเมืองนั้น ศาลจะไม่รับพิจารณาการยื่นฟ้องภายหลังระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดได้สิ้นสุดลง แม้ว่าระยะเวลาที่เหมาะสมในการยื่นฟ้องที่ได้กล่าวถึงข้างต้นนั้นยังไม่สิ้นสุดลง” กล่าวคือ มาตรา R. 600-3 ประมวลกฎหมายผังเมือง แก้ไขโดยพระราชกฤษฎีกา ฉบับที่ 2018-617 ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2018 ได้กำหนดไว้ว่า การโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้าง ใบอนุญาตตัดแปลง หรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่คัดค้านการจดแจ้งล่วงหน้า จะไม่สามารถกระทำได้ภายหลังระยะเวลาตามกฎหมายได้สิ้นสุดลง (ปัจจุบันคือระยะเวลา 6 เดือน ซึ่งตามกฎหมายเก่าจะเป็นระยะเวลา 1 ปี) โดยเริ่มนับจากวันที่การก่อสร้าง หรือการตัดแปลงได้เสร็จสิ้น ดังนั้น หากพ้นระยะเวลาดังกล่าวไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะมาฟ้องเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารไม่ได้

ศาลปกครองสูงสุดได้ระบุว่าบทบัญญัติเฉพาะได้กำหนดไว้ว่าระยะเวลาที่เหมาะสมคือ 1 ปี

ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมายที่น่าสนใจ

(1) Code de l'urbanisme (n. masculin) ประมวลกฎหมายผังเมือง เป็นประมวลกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดิน การแบ่งโซนที่ดิน รวมถึงบัญญัติกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง โดยประมวลกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการจัดระเบียบเมืองและเพื่อให้เกิดความสอดคล้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันภายในประเทศ ประมวลกฎหมายฉบับนี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือส่วนที่เป็นกฎหมาย (Partie législative) และส่วนที่เป็นกฎข้อบังคับ (Partie réglementaire)

(2) Une autorisation d'urbanisme (n. féminin) ใบอนุญาตตามกฎหมายผังเมือง ที่จะรับรองว่าโครงการได้จัดทำตามข้อกำหนดของ Plan local d'urbanisme (เอกสารสำหรับการวางผังเมือง โดยเอกสารฉบับนี้จะเป็นตัวแบ่งโซนที่ดิน เช่น โซนเมือง หรือ โซนเกษตรกรรม เป็นต้น และจะเป็นตัวกำหนดกฎเกณฑ์ในการใช้และการถือครองที่ดิน ซึ่งจะแตกต่างกันไปในแต่ละเมือง) ซึ่งในการออกใบอนุญาตนี้จะแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทของการก่อสร้าง เช่นบางประเภทของการก่อสร้างมีความจำเป็นที่จะต้องเป็นใบอนุญาต

ก่อสร้างก่อนดำเนินการ แต่ในขณะเดียวกัน หากเป็นการตกแต่งเพิ่มเติมเพียงเล็กน้อย อาจจะได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องขออนุญาต แต่ต้องจดแจ้งล่วงหน้ากับทางเจ้าหน้าที่ เป็นต้น¹¹

(3) Une décision administrative individuelle (n. féminin) คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัว คำสั่งเฉพาะบุคคลเหล่านี้เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่รัฐผู้มีอำนาจในการตัดสินใจที่จะให้ หรือปฏิเสธ ในการให้สิทธิแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง (เช่น การให้ หรือปฏิเสธการให้ใบอนุญาตก่อสร้าง) โดยระบบของคำสั่งเหล่านี้จะแตกต่างไปจากนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎซึ่งจะมีผลเป็นการทั่วไป โดยในส่วนของนิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎนี้จะต้องมีการประกาศ เพื่อให้มีผลบังคับใช้ โดยอาจมีผลใช้บังคับทันที หรืออาจจะกำหนดวันที่กฎหรือระเบียบนั้นจะมีผลใช้บังคับไว้ก็ได้¹²

ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป โอกาสในการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองนั้นจะมีมากกว่า ซึ่งหากเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะบุคคล เงื่อนไขในการรับคดีไว้พิจารณานั้นจะค่อนข้างเข้มงวด โดยผู้ร้องจะต้องแสดงให้เห็นว่ามีส่วนได้เสียที่จะโต้แย้งตามกฎหมาย เช่นในกรณีการโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้าง ผู้ร้องเรียนต้องแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนและเพียงพอว่าการก่อสร้างดังกล่าวกระทบต่อสิทธิในการครอบครองหรือใช้ทรัพย์สินของตน เป็นต้น¹³

(4) Le principe de la sécurité juridique (n. masculin) หลักความมั่นคงแห่งกฎหมาย เป็นหลักที่มุ่งคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตของผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือผู้ที่รับประโยชน์จากคำสั่งทางปกครอง เพื่อให้ประชาชนสามารถเชื่อถือและไว้วางใจได้ว่า หากตนได้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว การกระทำดังกล่าวจะได้รับผลตามที่กฎหมายกำหนดและมีผลคงอยู่อย่างต่อเนื่อง เพื่อประโยชน์ในการวางแผนการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ¹⁴ ซึ่งจากคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นนั้น ในกรณีที่การปิดประกาศไม่ได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายผังเมืองในเรื่องการแจ้งระยะเวลาและวิธีการในการโต้แย้งใบอนุญาต จะทำให้ผู้ขอใบอนุญาตไม่สามารถยกข้อกล่าวอ้างเรื่องระยะเวลาฟ้องร้องตามประมวลกฎหมายความยุติธรรมทางปกครอง (code de justice administrative) ขึ้นกล่าว

¹¹ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/N319>

¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์, เครื่องมือในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง (ออนไลน์), 2 สิงหาคม 2551. แหล่งที่มา <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1250>

¹³ Conseil d'Etat, 16 novembre 2016, n°398065

¹⁴ ฤทัยรัตน์ ปทุมานนท์, หลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะกับการพิจารณาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิฟ้องเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารในระบบกฎหมายฝรั่งเศส (ออนไลน์), 23 มีนาคม 2557. แหล่งที่มา <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1947>

อ้างต่อผู้ร้องได้ แต่อย่างไรก็ดี การฟ้องร้องดังกล่าวจะไม่สามารถกระทำได้เมื่อพ้นระยะเวลา 1 ปี นับแต่ปิดประกาศใบอนุญาต ณ สถานที่จัดทำโครงการ¹⁵

(5) **Un permis de construire (n. masculin)**¹⁶ ใบอนุญาตก่อสร้าง ตามกฎหมายผังเมืองฝรั่งเศสนั้นได้กำหนดกรณีการขออนุญาตก่อสร้างไว้สองกรณี

กรณีแรก การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ขึ้นใหม่ (des constructions neuves) จะต้องขอใบอนุญาตก่อสร้าง (R.* 421-1 de code de l'urbanisme) เว้นแต่เป็นกรณีที่ได้รับยกเว้นเนื่องจากลักษณะของสิ่งปลูกสร้าง หรือขนาดของสิ่งปลูกสร้างที่มีขนาดเล็ก โดยข้อยกเว้นได้ถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติมาตรา R.* 421-2 ถึงมาตรา R.* 421-8-2 ตามประมวลกฎหมายผังเมือง เช่นเดียวกันกับสิ่งปลูกสร้างที่กฎหมายกำหนดให้จัดแจ้งล่วงหน้าก่อนกระทำการต่อเจ้าหน้าที่ ก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องขอใบอนุญาตก่อสร้างตามกฎหมายผังเมือง

กรณีที่สอง คือการก่อสร้างบนสิ่งปลูกสร้างเดิม (des travaux sur constructions existantes) ซึ่งโดยปกติจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอใบอนุญาตก่อสร้างและการจัดแจ้งล่วงหน้า แต่อย่างไรก็ดี หากเป็นการก่อสร้างต่อเติมสิ่งปลูกสร้างเดิม (ที่ไม่ใช่การก่อสร้างเพื่อบำรุงรักษาหรือซ่อมแซมสิ่งปลูกสร้าง) ที่มีผลเป็นการสร้างพื้นที่ใช้สอยเกินกว่า 20 ตารางเมตร ตามกฎหมายผังเมืองมาตรา R.* 421-14 ได้กำหนดให้ขอใบอนุญาตก่อสร้าง เป็นต้น

(6) **une déclaration préalable (n. féminin)** การจัดแจ้งล่วงหน้า ซึ่งตามกฎหมายผังเมืองฝรั่งเศสได้กำหนดให้การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นใหม่ที่รับยกเว้นไม่ต้องขอใบอนุญาตก่อสร้าง ให้จัดแจ้งล่วงหน้าต่อเจ้าหน้าที่ โดยจะต้องเป็นกรณีที่เป็นการก่อสร้างขึ้นใหม่ที่ไม่ได้ตั้งอยู่บนบริเวณที่เป็นแหล่งอนุรักษ์¹⁷ ที่มีคุณค่าในแง่ของประวัติศาสตร์ สถาปัตยกรรม โบราณคดี ภูมิทัศน์ หรือประโยชน์ส่วนรวม หรือใกล้กับอนุสรณ์สถานทางประวัติศาสตร์ หรือบริเวณที่เป็นพื้นที่ธรรมชาติที่ลักษณะทางประวัติศาสตร์ ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ ที่ควรสงวนไว้ซึ่งสภาพเดิม ฉะนั้น หากไม่เข้ากรณีดังกล่าวข้างต้น การก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างขึ้นใหม่ที่มีพื้นที่เกินกว่า 5 ตารางเมตร แต่น้อยกว่าหรือเท่ากับ 20 ตารางเมตร โดยความสูงจะต้องน้อยกว่าหรือเท่ากับ 12 เมตร กฎหมายกำหนดให้จัดแจ้งล่วงหน้าการ

¹⁵ Conseil d'État, Assemblée, 13 juill. 2016, n°387763

¹⁶ แปลและเรียบเรียงจาก Fiche d'orientation "permis de construire", juin 2018, Dalloz และประมวลกฎหมายผังเมืองฝรั่งเศส

¹⁷ Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine : Les sites patrimoniaux remarquables sont « les villes, villages ou quartiers dont la conservation, la restauration, la réhabilitation ou la mise en valeur présente, au point de vue historique, architectural, archéologique, artistique ou paysager, un intérêt public. »

ก่อสร้างดังกล่าวต่อเจ้าหน้าที่ โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตก่อสร้าง เช่นเดียวกับการก่อสร้างที่พักอาศัยเพื่อการพักผ่อน (habitations légères de loisir)¹⁸ ที่สามารถเคลื่อนย้ายหรือถอนได้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้ในการพักผ่อนเป็นการชั่วคราวหรือตามฤดูกาล หรือกรณีการก่อสร้างกำแพงที่มีความสูงไม่เกิน 2 เมตร เป็นต้น

ในส่วนของการก่อสร้างบนสิ่งปลูกสร้างที่มีอยู่แล้วนั้น¹⁹ โดยหลักจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอใบอนุญาต แต่บางกรณี กฎหมายกำหนดให้จัดแจ้งล่วงหน้า เช่น งานปรับปรุงด้านหน้าของอาคารที่ตั้งอยู่ในบริเวณที่มีการควบคุมตามมาตรา R.* 421-17-1 แห่งประมวลกฎหมายผังเมือง (ซึ่งจะเป็นกรณีที่อาคารดังกล่าวตั้งอยู่ในแหล่งที่สงวนไว้ซึ่งคุณค่าทางประวัติศาสตร์ สถาปัตยกรรม) เป็นต้น

¹⁸ Art. R111-37 du code de l'urbanisme « Sont regardées comme des habitations légères de loisirs les constructions démontables ou transportables, destinées à une occupation temporaire ou saisonnière à usage de loisirs. »

¹⁹ Art. *R421-17 du code de l'urbanisme

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

ข้อสังเกตการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์ ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายกับการเรียงคำพิพากษา*

Remarks on the Selection of Legal Reasoning for Answering Law Exam Questions and Writing Judgments

พลกวิชัย พันธุ์คำเกิด**
Ponpawit Pankhamkerd

บทคัดย่อ

ผู้เขียนตั้งใจตั้งหัวข้อ “ข้อสังเกตการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์” เพื่อเป็นอาจารย์ บุชาแต่รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมินทร์ บุตรอินทร์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย ธรรมศาสตร์ (ศูนย์ลำปาง) ผู้เรียบเรียงหนังสือ “การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์” ซึ่งเป็นหนังสือ อันทรงคุณค่าที่นิสิตนักศึกษากฎหมายทุกท่านควรอ่านเป็นพื้นฐานในการเริ่มศึกษาวิชา นิติศาสตร์ เพราะหัวใจของวิชานิติศาสตร์นั้นอยู่ที่การให้เหตุผล โดยบทความนี้จะ หยิบยกตัวอย่างการใช้เหตุผลทางกฎหมายในทางปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบการ ตอบข้อสอบกฎหมายในมหาวิทยาลัยและรูปแบบการเขียนคำพิพากษา เพื่อเสริมความเข้าใจ อีกทางหนึ่งให้กับนิสิตนักศึกษากฎหมาย อันจะเป็นการสร้างรากฐานที่มั่นคงให้กับนิสิต นักศึกษาในการประกอบวิชาชีพกฎหมายต่อไป

คำสำคัญ : การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, วิชาชีพกฎหมาย, ข้อสอบกฎหมาย, คำพิพากษา

* วันที่รับบทความ (received) 7 พฤษภาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) ผู้ทรงคุณวุฒิ เห็นสมควรให้ตีพิมพ์โดยไม่ต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติม, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 21 พฤษภาคม 2562

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66, ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 66 (สนามใหญ่), ประกาศนียบัตรศึกษากฎหมาย ภาคฤดูใบไม้ผลิ ณ มหาวิทยาลัยพาสา เซา สหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี ประจำปี 2555 และประกาศนียบัตรอบรมกฎหมายเยาวชนและครอบครัว ณ มหาวิทยาลัยนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา

ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

Abstract

The author set the title of this article to be “Remarks on the Selection of Legal Reasoning for Answering Law Exam Questions and Writing Judgments” in order to dedicate this article to Associate Professor Dr. Bhumindr Butr-indr, lecturer at Faculty of Law, Thammasat University (Lampang Campus), who is the author of the book named “Legal Reasoning”. This textbook is so valuable that every law student should read as a basis for studying law because the heart of the legal study is the reasoning. So, this article will bring some examples to illustrate how to give legal reasons practically in the form of answering law exam questions in a university and writing judicial decisions in order to enhance the understanding of law learning and build a solid foundation for students to pursue their legal professions.

Keywords : Legal reasoning, Legal profession, Law exam, Judgement

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่านครับ ผมได้รับมอบหมายให้มาเรียบเรียงคอลัมน์ “นักกฎหมายเล่าเรื่อง” นี้ เป็นครั้งแรก โดยจะเล่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวงการกฎหมายหรือการศึกษานิติศาสตร์ในรูปแบบของเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยที่ไม่เน้นเนื้อหาสาระทางวิชาการเต็มๆ มากนัก

หัวข้อ “ข้อสังเกตการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายกับการเรียงคำพิพากษา” นี้ ได้รับแรงบันดาลใจจากหนังสือ “การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์” ของรองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิษฐ์ บุตรอินทร์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ศูนย์ลำปาง) ซึ่งเป็นหนังสือทรงคุณค่าที่นิสิตนักศึกษากฎหมายทุกท่านควรอ่านเป็นพื้นฐานในการเริ่มศึกษาวิชานิติศาสตร์ ปัจจุบันหนังสือเล่มนี้ได้รับการตีพิมพ์ครั้งที่ 3 ในปีนี้เอง ท่านอาจารย์ภูมิษฐ์เลือกใช้คำว่า “การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์” โดยไม่ใช่คำว่า “การใช้เหตุผลทางกฎหมาย” เนื่องจากหนังสือเล่มดังกล่าวกินความกว้างกว่าเรื่องการใช้และตีความกฎหมาย ทั้งวัตถุประสงค์การศึกษาไม่ได้จำกัดอยู่แค่ตัวเนื้อหาของกฎหมายเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากโครงสร้างของหนังสือเล่มนี้อันประกอบไปด้วย

บทที่ 1 บ่อเกิดของการใช้เหตุและผลทางนิติศาสตร์

ว่าด้วยบ่อเกิดที่มาของการใช้เหตุผลในรูปแบบต่าง ๆ ตั้งแต่สมัยกรีกโบราณไปสู่สำนักคิดทางกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ

บทที่ 2 การใช้เหตุผลในการบัญญัติกฎหมาย

ว่าด้วยนิติศาสตร์ทางคุณค่า (Legal Science of Value) โดยเฉพาะ “ขอบเขตของวิชานิติบัญญัติ” รวมถึงความสัมพันธ์กับเหตุผลของเรื่องในการบัญญัติกฎหมายตามแนวคิดทางปรัชญาการเมือง ความเชื่อ และปัจจัยทางเศรษฐศาสตร์

บทที่ 3 การใช้เหตุผลในการปฏิบัติหน้าที่ทางกฎหมาย : ความสัมพันธ์ระหว่างตรรกศาสตร์ ภาษาศาสตร์ และนิติศาสตร์

ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างตรรกศาสตร์และนิติศาสตร์ โดยเชื่อมโยงหลักการใช้เหตุผลทางภาษาศาสตร์ ภายใต้ขอบเขตของวัฒนธรรม

บทที่ 4 การใช้เหตุผลทางข้อเท็จจริงในคดี

ว่าด้วยการใช้เหตุผลทางข้อเท็จจริงในคดีความและหลักการอ้างเหตุผลอย่างสมเหตุสมผล

บทที่ 5 การใช้เหตุผลทางข้อกฎหมาย

ว่าด้วยการใช้เหตุผลทางกฎหมายแบบนิรนัย (Deductive) แบบอุปนัย (Inductive) และแบบเทียบเคียง (Analogy)

บทที่ 6 การใช้เหตุผลวิเคราะห์กฎหมายในเชิงลึก : เพื่อเข้าใจและตีความขยายถ้อยคำ

ว่าด้วยตรรกศาสตร์กับการเลือกใช้ศัพท์นิติศาสตร์ การวิเคราะห์ถ้อยคำ และการใช้เหตุผลในนิติวิธี

บทที่ 7 การใช้เหตุผลวิเคราะห์กฎหมายในเชิงกว้าง : เพื่อประสานเหตุและผลทางกฎหมายในเรื่องหนึ่งเข้ากับเหตุและผลทางกฎหมายในอีกเรื่องหนึ่ง

ว่าด้วยกายวิภาคของกฎหมาย โครงสร้างตัวบทกฎหมาย บริบททั้งภายในและภายนอกของกฎหมาย ทั้งมีกรณีศึกษาการนำความหมายของการละเมิดและการล่วงสิทธิในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญามาใช้อย่างปะปนกัน

บทที่ 8 บทสรุป



โดยบทความนี้จะขอทำหน้าที่หยิบยกตัวอย่างการใช้เหตุผลทางกฎหมายในทางปฏิบัติให้เห็นเพื่อเสริมความเข้าใจในอีกทางหนึ่ง

บทนำ

นักกฎหมายทุกท่านคงทราบกันดีอยู่แล้วว่า หัวใจของวิชานิติศาสตร์อยู่ที่การให้เหตุผล หากท่านเป็นนิสิตนักศึกษาในมหาวิทยาลัย การฝึกฝนแสดงให้ปรากฏซึ่งเหตุผลทางกฎหมายก็เป็นสิ่งสำคัญที่สุดที่ท่านควรหมั่นซ้อมให้มาก ๆ เพื่อไม่ให้ลำบากต่อชีวิตการทำงานในภายภาคหน้า อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี เรื่องที่จะเล่าให้ฟังคราวนี้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเมื่อผู้เขียนได้ทำงานมาสักระยะแล้วพบว่า อันที่จริงแล้วการให้เหตุผลทางนิติศาสตร์ ในรูปแบบการตอบข้อสอบกฎหมายในมหาวิทยาลัยกับรูปแบบการเขียนคำพิพากษาในศาลจริง ๆ แล้ว กลับไม่เหมือนกันเสียทีเดียว แต่จะขอเริ่มอธิบายด้วยเรื่องการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์เสียก่อน โดยจะยกตัวอย่างจากเรื่องจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาให้เห็นเลย

หัวข้อ ก. การเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์

การเลือกใช้เหตุผลทางกฎหมายอาจทำได้หลายรูปแบบ เช่น

วิธีที่ 1 การอธิบายตัวบทกฎหมาย ด้วยการอธิบายความหมายตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น

หัวข้อนี้จะเป็นการแสดงวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมาย ด้วยการหยิบยกตัวบทหรือสิ่งที่อยู่ในกฎหมายฉบับนั้น ๆ มาใช้วินิจฉัย อันเป็นการตีความตามบริบทของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ได้แก่

1.1 กรณีตีความกฎหมายโดยพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติ นั้นเพียงมาตราเดียว : เป็นกรณีที่หยิบมาเพียงมาตราเดียวแล้วอธิบาย เช่น

ตัวอย่าง : หลักการของ ป.วิ.อ. มาตรา 39 (4) ที่บัญญัติให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้อง ระงับไปเมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้องอันเป็น หลักการห้ามดำเนินคดีซ้ำสอง แก่จำเลยนั้นจะต้องปรากฏว่าคดีก่อนเป็นกรณีที่จำเลยถูกฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างแท้จริง หากปรากฏว่าคดีก่อนเป็นการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างสมยอมกันแม้ว่าเป็นการกระทำความผิดเดียวกัน ก็ถือไม่ได้ว่าการกระทำความผิดนั้นจำเลยเคยถูกฟ้องและศาลได้มีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดอันจะมีผลทำให้สิทธินำคดีมาฟ้องในความผิดกรรมนั้นระงับไปไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 9334/2538)

ตัวอย่าง : ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตาม พ.ร.บ.ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง 57, 67, 91 พ.ร.บ.จราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 43 ทวิ วรรคหนึ่ง, 157/1 วรรคสอง ลดมาตราส่วนโทษและลดโทษกึ่งหนึ่งตาม ป.อ. มาตรา 78 คงจำคุก 5 เดือน และปรับ 7,000 บาท อาศัยอำนาจตาม พ.ร.บ.ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 142 (1) เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นส่งตัวจำเลยไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมในศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน เขต 9 จังหวัดสงขลา ชั้นต่ำ 6 เดือน ชั้นสูง 9 เดือน นับแต่วันมีคำพิพากษา หากจำเลยอายุครบยี่สิบสี่ปีบริบูรณ์แล้วยังเหลือระยะเวลาฝึกอบรมเท่าใด ให้ส่งจำเลยไปจำคุกในเรือนจำ หากจำเลยไม่ชำระค่าปรับ ให้ส่งตัวจำเลยไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมที่ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน เขต 9 จังหวัดสงขลา แทนค่าปรับแต่ไม่เกินหนึ่งปี ตาม พ.ร.บ.ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 145 โจทก์ยื่นคำร้องว่า พันกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาที่จำเลยจะต้องชำระค่าปรับต่อศาลแล้ว แต่จำเลยยังไม่ชำระค่าปรับ ขอให้ออกหมายบังคับคดี

ศาลฎีกาโดยมติที่ประชุมใหญ่เห็นว่า โจทก์ไม่ได้อุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านการใช้ดุลพินิจของศาลชั้นต้นส่วนนี้ว่าไม่ชอบอย่างไร ทั้งมาตรา 145 แห่ง พ.ร.บ.ศาลเยาวชนฯ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อใช้กับเด็กหรือเยาวชนที่ต้องโทษปรับ ไม่ว่าจะมิโทษจำคุกด้วยหรือไม่ก็ตาม โดยบัญญัติชัดเจนว่า ถ้าเด็กหรือเยาวชนไม่ชำระค่าปรับ ห้ามมิให้ศาลกักขังเด็กหรือเยาวชนแทนค่าปรับ แต่ให้ศาลส่งตัวไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมตามเวลาที่ศาลกำหนด แต่ต้องไม่เกิน 1 ปี เท่ากับเจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับคดีในการชำระค่าปรับแก่เด็กหรือเยาวชนที่ไม่มีเงินชำระค่าปรับว่า ให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนคือการส่งฝึกอบรมเท่านั้น หากใช้วิธีการกักขังแทนค่าปรับหรือมุ่งบังคับในทางทรัพย์สินของเด็กและเยาวชนแต่อย่างใด จึงเป็นบทบัญญัติที่ยกเว้น

มาตรา 29 แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹ หากจำต้องใช้มาตราดังกล่าวแก่จำเลยตามฎีกาของโจทก์ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 415/2561 ประชุมใหญ่)²

หมายเหตุ ฎีกานี้กล่าวถึงเจตนารมณ์ของมาตรา 145 แห่ง พ.ร.บ.ศาลเยาวชนฯ เพื่อจะอธิบายว่ามาตราดังกล่าวเป็นบทยกเว้นของมาตรา 29 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

1.2 กรณีตีความกฎหมายโดยพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติหลายมาตราเพื่อแสดงถึงความเชื่อมโยงกันในทางใดทางหนึ่ง : เป็นการหยิบยกบทกฎหมายมาหลาย ๆ มาตรา แล้วอธิบายเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องใช้ในการวินิจฉัยคดีนั้น เช่น

ตัวอย่าง : ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 271 เมื่อลูกหนี้ตามคำพิพากษาไม่ชำระหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาจะมีสิทธิร้องขอให้บังคับคดีโดยหากเป็นหนี้เงิน เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธินำเจ้าพนักงานบังคับคดียึดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษานำออกขายทอดตลาดเพื่อเอาเงินมาชำระหนี้ได้ และการบังคับคดีนั้นต้องอยู่ในบังคับของมาตรา 284 ด้วย ซึ่งมาตรา 284 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “เว้นแต่จะได้มีกฎหมายบัญญัติไว้ หรือศาลจะได้มีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ห้ามไม่ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของลูกหนี้ตามคำพิพากษาเกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาพร้อมทั้งค่าธรรมเนียมในคดีและค่าธรรมเนียมในการบังคับคดี อนึ่ง ถ้าได้เงินมาพอจำนวนที่จะชำระหนี้แล้ว ห้ามไม่ให้เอาทรัพย์สินที่ยึดออกขายทอดตลาด หรือจำหน่ายด้วยวิธีอื่น” เห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ [หมายถึงมาตรา 271 - ผู้เขียน] มีความหมายและเจตนารมณ์เพียงห้ามไม่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดทรัพย์เกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ แต่ไม่ได้มีความหมายหรือเจตนารมณ์ถึงขนาดห้ามยึดทรัพย์ใด ๆ ที่มีมูลค่าสูงกว่าจำนวนหนี้ตามคำพิพากษา การยึดทรัพย์ในการบังคับคดีเป็นการกระทำและการใช้ดุลพินิจร่วมกันระหว่างเจ้าหนี้ตามคำพิพากษากับเจ้าพนักงานบังคับคดี ซึ่งสำหรับในคดีนี้ เมื่อโจทก์ไม่สามารถสืบค้นและหาหลักฐานความเป็นเจ้าของทรัพย์สินอื่นของจำเลยได้

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 29 “ผู้ใดต้องโทษปรับและไม่ชำระค่าปรับภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ศาลพิพากษา ผู้นั้นจะต้องถูกยึดทรัพย์สินหรืออายัดสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินเพื่อใช้ค่าปรับ หรือมิฉะนั้นจะต้องถูกกักขังแทนค่าปรับ แต่ถ้าศาลเห็นเหตุอันควรสงสัยว่าผู้นั้นจะหลีกเลี่ยงไม่ชำระค่าปรับ ศาลจะสั่งเรียกประกันหรือจะสั่งให้กักขังผู้นั้นแทนค่าปรับไปพลางก่อนก็ได้

ความในวรรคสองของมาตรา 24 มิให้นำมาใช้บังคับแก่การกักขังแทนค่าปรับ”

² ฎีกานี้อธิบายต่อไปว่า : เมื่อศาลชั้นต้นพิพากษาถึงวิธีการบังคับโทษปรับจำเลยไว้ว่า หากไม่ชำระค่าปรับ ให้ส่งตัวจำเลยไปฝึกอบรมแทนค่าปรับไม่เกินหนึ่งปี ตาม พ.ร.บ.ศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มาตรา 145 วรรคหนึ่งแล้ว จึงไม่มีกรณีต้องนำมาตรา 145 วรรคสอง ที่บัญญัติให้นำมาตรา 30/1, 30/2 และ 30/3 แห่ง ป.อ. มาใช้บังคับโดยอนุโลมในกรณีที่เด็กหรือเยาวชนต้องโทษปรับแต่ไม่มีเงินชำระค่าปรับมาใช้แต่อย่างใด

ยกเว้นแต่ทรัพย์สินที่โจทก์นำยึดคือ ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างที่พิพาทเพียงอย่างเดียว จนกระทั่งถึงวันที่โจทก์นำยึดทรัพย์สินดังกล่าว เป็นเวลาเกือบจะครบกำหนดระยะเวลา สิ้นสุดแห่งการบังคับคดีแล้ว เช่นนี้ ถึงแม้ทรัพย์สินที่โจทก์นำยึดดังกล่าวจะมีมูลค่าสูงกว่า จำนวนหนี้ตามคำพิพากษาอยู่มาก ก็ไม่ใช่ข้อห้ามถึงขนาดที่จะทำให้โจทก์ไม่มีสิทธินำยึด เพื่อการบังคับคดี โจทก์ย่อมใช้สิทธิที่มีอยู่โดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ตาม ป.วิ.พ. มาตรา 271, 282 (1), 283 วรรคหนึ่ง และ 284 ด้วยการชี้หรือแจ้งยืนยันให้เจ้าพนักงาน บังคับคดียึดทรัพย์สินดังกล่าว และเจ้าพนักงานบังคับคดีก็ต้องยึดทรัพย์สินดังกล่าวตามที่ โจทก์ชี้ให้ยึด (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6613/2559 ประชุมใหญ่ครั้งที่ 12/2558)

หมายเหตุ ฎีกานี้ยกมาตรา 271, 282, 283 และมาตรา 284 ที่ใช้ขณะนั้น (ซึ่งเทียบ ได้กับมาตรา 274, 296, 298 และมาตรา 300 ใหม่ ตามลำดับ) มาอธิบายเจตนารมณ์ของ กฎหมายว่าห้ามไม่ให้เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาและเจ้าพนักงานบังคับคดีดำเนินการยึดทรัพย์สิน เกินกว่าที่พอจะชำระหนี้ แต่ไม่ได้มีความหมายหรือเจตนารมณ์ถึงขนาดห้ามยึดทรัพย์สินใด ๆ ที่มี มูลค่าสูงกว่าจำนวนหนี้ตามคำพิพากษานั้นเอง

ตัวอย่าง : พ.ร.บ.การจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้บัญญัติกำหนดหน้าที่ของ ผู้เกี่ยวข้องไว้แล้วโดยมาตรา 43 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินต้องจัดให้มี สาธารณูปโภคตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาตและให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อ ประโยชน์แก่ที่ดินที่จัดสรร ให้คงสภาพดังเช่นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นต่อไป และผู้จัดสรรที่ดินจะพ้น จากหน้าที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคตามมาตรา 43 เมื่อได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง ภายหลังจากครบกำหนดระยะเวลาที่ผู้จัดสรรที่ดินรับผิดชอบการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคตาม มาตรา 23 (5) ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ (1) ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรตามพระราชบัญญัตินี้ หรือนิติบุคคลตาม กฎหมายอื่นเพื่อรับโอนทรัพย์สินดังกล่าวไปจัดการ และดูแลบำรุงรักษาภายในเวลาที่ ผู้จัดสรรที่ดินกำหนดฯ (2) ผู้จัดสรรที่ดินได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการให้ดำเนินการ อย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคหรือดำเนินการจดทะเบียนโอนทรัพย์สิน ดังกล่าวให้เป็นสาธารณประโยชน์ และได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรไว้ ในมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยเฉพาะ (3) ที่กำหนดให้นิติบุคคลหมู่บ้าน จัดสรรมีอำนาจหน้าที่เรียกเก็บเงินค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภค ในส่วนที่นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรมีหน้าที่บำรุงรักษาจากสมาชิก โดยมาตรา 47 ได้กำหนดให้ผู้ซื้อ ที่ดินจัดสรรทุกรายเป็นสมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร และในกรณีที่มีที่ดินจัดสรรแปลงย่อยที่ยัง ไม่มีผู้ใดซื้อหรือได้โอนกลับมาเป็นของผู้จัดสรรที่ดิน ให้ผู้จัดสรรที่ดินเป็นสมาชิกนิติบุคคล หมู่บ้านจัดสรร ซึ่งสอดคล้องกับมาตรา 49 วรรคสอง ที่กำหนดให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรออก ค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคสำหรับที่ดินจัดสรรที่ดินซื้อ และให้

ผู้จัดสรรที่ดินออกค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคสำหรับที่ดินแปลงย่อยที่ยังไม่มีผู้ซื้อ และมาตรา 50 ซึ่งเป็นบทลงโทษ โดยบัญญัติว่า ผู้มีหน้าที่ชำระเงินค่าบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคตาม มาตรา 49 วรรคสอง ที่ชำระเงินดังกล่าวช้ากว่าเวลาที่กำหนด จะต้องจ่ายค่าปรับสำหรับการจ่ายเงินล่าช้าตามอัตราที่คณะกรรมการกำหนด ดังนั้นเมื่อพิจารณาประกอบกันแล้วจะเห็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะกำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบชำระค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคและลงโทษผู้มีหน้าที่ชำระ แต่ชำระเงินดังกล่าวล่าช้าเฉพาะสมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร ในขณะที่เกิดค่าใช้จ่ายซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากสาธารณูปโภคดังกล่าวอย่างแท้จริงเท่านั้น โดยไม่ได้บัญญัติให้รวมไปถึงผู้รับโอนที่ดินต่อมาจากเจ้าของเดิมที่เป็นสมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรให้รับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคอันเกิดก่อนที่จะได้รับโอนหรือเข้าครอบครองที่ดินซึ่งขณะเกิดหนี้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวยังไม่ได้เป็นสมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3188/2561)

หมายเหตุ ฎีกานี้ยกมาตรา 43 มาตรา 44 มาตรา 47 มาตรา 49 และมาตรา 50 แห่ง พ.ร.บ.การจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาเพื่ออธิบายว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวว่ามีเจตนารมณ์ให้สมาชิกนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรในขณะที่เกิดค่าใช้จ่ายเท่านั้น ที่จะต้องรับผิดชอบในค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภค ไม่รวมถึงผู้รับโอนที่ดินต่อมาจากสมาชิกคนดังกล่าวซึ่งเป็นเจ้าของเดิมนั่นเอง

ตัวอย่าง : การจดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตเป็นสัญญาชนิดหนึ่งมีผลบังคับตาม Civil Partnership Act 2004 และการให้หุ้นส่วนชีวิตมีสิทธิในมรดกของอีกฝ่ายตาม Administration of Estates Act 1925 ของประเทศสหราชอาณาจักร ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศไทย ตาม พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 เพราะเป็นการให้สิทธิเท่าเทียมกันแก่บุคคลเพศเดียวกันที่จะใช้ชีวิตร่วมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากความแตกต่างในเพศกำเนิด ตามหลักการแห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยเป็นภาคี อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง” และมาตรา 27 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” (คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขแดงที่ 18776/2561 ประชุมใหญ่)

1.3 อาจดูหมายเหตุท้ายกฎหมายฉบับนั้น ๆ หรือท้ายกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินั้น ๆ

ตัวอย่าง : เจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 ปรากฏชัดว่าคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไปจึงสมควรจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศขึ้นเพื่อพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศโดยเฉพาะโดยวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษ เพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว และเที่ยงธรรมยิ่งขึ้น ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็ได้บัญญัติวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศไว้โดยเฉพาะหลายประการ การดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางต้องใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ และวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2539 และข้อกำหนดคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ พ.ศ. 2540 เป็นหลัก ส่วนกฎหมายวิธีพิจารณาความฉบับอื่น ๆ ที่ใช้กับคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไปจะนำมาใช้ในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางต่อเมื่อไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติและข้อกำหนดดังกล่าวบัญญัติหรือกำหนดไว้โดยเฉพาะ ทั้งการนำมาใช้ก็เป็นการใช้โดยอนุโลมอีกด้วย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10840/2558)

ตัวอย่าง : ป.วิ.อ. มาตรา 44/1 บัญญัติว่า “ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ ถ้าผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกเอาค่าสินไหมทดแทนเพราะเหตุที่ได้รับอันตรายแก่ชีวิต ร่างกาย จิตใจหรือได้รับความเสื่อมเสียต่อเสรีภาพในร่างกาย ชื่อเสียงหรือได้รับความเสียหายในทางทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการกระทำผิดของจำเลย ผู้เสียหายจะยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีอาญาขอให้บังคับจำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนก็ได้” เป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์จะช่วยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายในทางแพ่งได้รับความสะดวกรวดเร็วในการได้รับชดใช้ค่าสินไหมทดแทนและไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีแพ่งเป็นอีกคดีหนึ่ง ทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาจะได้เสร็จสิ้นไปในคราวเดียวกัน โดยให้ผู้ที่ได้รับความเสียหายมีสิทธิยื่นคำร้องขอให้จำเลยชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีอาญาทุกประเภทที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ต่อเนื่องไปได้เพื่อให้การพิจารณาคดีส่วนแพ่งเป็นไปโดยรวดเร็วดังที่ปรากฏในหมายเหตุท้าย พ.ร.บ.แก้ไขเพิ่มเติม ป.วิ.อ. (ฉบับที่ 24) พ.ศ. 2548 นั้น แม้ตาม ป.วิ.อ. ได้มีคำอธิบายคำว่าผู้เสียหายไว้ในมาตรา 2 (4) ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้เสียหาย หมายถึงบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4, 5 และ 6” แต่ข้อความตามมาตรา 44/1 ที่

บัญญัติให้ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกค่าสินไหมทดแทนได้นั้น ย่อมมีความหมายในตัวเอง หมายถึง ผู้ที่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทน จึงมีความหมายที่แตกต่างชัดกับความหมายของผู้เสียหาย ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2 (4) การตีความคำว่าผู้เสียหายตามมาตรา 44/1 จึงไม่ต้องถือตามความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 2 (4) ทั้งนี้เป็นไปตาม ป.วิ.อ. มาตรา 1 ที่บัญญัติว่า “ในประมวลกฎหมายนี้ ถ้าคำใดมีคำอธิบายไว้แล้วให้ถือตามความหมายดังได้อธิบายไว้ เว้นแต่ข้อความในตัวบทจะขัดกับคำอธิบายนั้น” ดังนั้น การพิจารณาว่าผู้ใดจะมีสิทธิยื่นคำร้องต้องพิจารณาจากสิทธิในทางแพ่ง ไม่ใช่กรณีที่จะนำความหมายของคำว่า ผู้เสียหายในทางอาญา เช่น เป็นผู้เสียหายโดยนิติบัญญัติหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนตาม ป.วิ.อ. มาตรา 5 (2) มาบังคับใช้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5400/2560 ประชุมใหญ่)

วิธีที่ 2 อาจพิจารณำบันทึกการร่างกฎหมาย รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายฉบับนั้น ๆ เพื่อพิจารณาหาเจตนารมณ์ของกฎหมายก็ได้เช่นกัน

ความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมายนี้ แม้มิใช่สิ่งที่อยู่ในตัวบทกฎหมาย แต่ก็อยู่ใกล้ชิดกับตัวบทกฎหมายอย่างมาก เพราะผู้ร่างกฎหมายคือผู้ที่ทำให้บทบัญญัติมาตรานั้น ๆ เกิดขึ้น

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิจารณาถึงความมุ่งหมายของผู้ร่างกฎหมาย : ที่โจทก์ฎีกาต่อไปว่า ตามประมวลรัษฎากรนั้น เบี้ยเลี้ยงไม่ต้องเสียภาษีเงินได้อย่างค่าจ้าง จึงถือว่าเป็นค่าจ้างไม่ได้นั้น เห็นว่า ประมวลรัษฎากรกับประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าวเป็นกฎหมายคนละประเภทและมีวัตถุประสงค์ต่างกัน ทั้งไม่มีเหตุผลพิเศษที่แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายต้องการใช้คำว่า “เบี้ยเลี้ยง” และคำว่า “ค่าจ้าง” ในกฎหมายสองฉบับนั้นให้มีความหมายตรงกัน การตีความคำเหล่านี้จึงต้องตีความไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับที่ปรากฏในตัวบทกฎหมายนั้น ๆ เอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งตามประกาศกระทรวงมหาดไทยดังกล่าว ก็ได้ให้คำนิยามคำว่า “ค่าจ้าง” ไว้เพื่อการคำนวณค่าทดแทน โดยเฉพาะอยู่แล้ว การตีความคำว่า “ค่าจ้าง” ในเรื่องนี้จึงต้องเป็นไปตามคำนิยามนั้น จะอ้างประมวลรัษฎากรมาประกอบการตีความว่าเบี้ยเลี้ยงไม่ต้องเสียภาษีเงินได้อย่างค่าจ้าง จึงถือว่าเป็นค่าจ้างไม่ได้นั้นหาได้ไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 675/2517)

วิธีที่ 3 การอ้างอิงคำอธิบายหรือความเห็นของนักวิชาการ

การให้เหตุผลด้วยการยกคำอธิบายของนักวิชาการท่านหนึ่งท่านใดมาประกอบการวินิจฉัยนี้ มักกระทำในรูปแบบการตอบข้อสอบบรรยาย หรือข้อสอบอุทธรณ์ควบบรรยาย กล่าวคือ ต้องการประเด็นถกเถียงทางวิชาการเจือปนอยู่ในข้อสอบนั้นซึ่งมีความเห็นออกเป็น 2 ฝ่ายขึ้นไป แล้วผู้ตอบต้องการแสดงให้เห็นว่ามีนักวิชาการท่านใดมีความเห็นตามแนวใดบ้าง หรือมีนักวิชาการท่านใดมีความเห็นตรงกับแนวของความเห็นตน

ตัวอย่างแนวการตอบข้อสอบอุทธรณ์ควบบรรยายในชั้นปริญญาดรี : เมื่อสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน จึงมีประเด็นต่อไปให้พิจารณาด้านความเป็นเจ้าหนี้ในมูลการชำระราคาของกานต์ผู้เป็นลูกหนี้ในมูลส่งมอบทรัพย์สินด้วยว่า มีสิทธิได้รับชำระราคาค่าภาพตอบแทนหรือไม่ อันเป็นการวินิจฉัยว่าความเสี่ยงภัยในการชำระราคาคงแก่เอกหรือกานต์ กรณีต้องพิจารณามาตรา 370 ถึง 372

ข้อเท็จจริงปรากฏว่า เอกและกานต์มีข้อตกลงกันว่า “หากกานต์ยังได้เงินค่าภาพไม่ครบ ก็จะไม่ให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังเอก” อันเป็นกรณีมีเงื่อนไขห่วงกรรมสิทธิ์ ต้องด้วยมาตรา 459 ที่วางหลักว่า ถ้าสัญญาซื้อขายมีเงื่อนไขบังคับไว้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่โอนไปจนกว่าการจะได้เป็นไปตามเงื่อนไขนั้น ซึ่งมีปัญหาว่า เงื่อนไขนี้จะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 371 หรือไม่ อันส่งผลต่อการปรับใช้มาตรา 370 ถึงมาตรา 372 นั้นเอง กรณีจึงต้องพิจารณาแนวความเห็นทางกฎหมาย ดังนี้

แนวความเห็นที่ 1 ความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าของ (res perit domino) แนวนี้เห็นว่า ผู้ควรรับภัยพิบัติจะต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ประสบภัยพิบัตินั้นเท่านั้น อันเป็นไปตามหลักกฎหมายธรรมชาติที่ว่าใครเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ คนนั้นย่อมมีสิทธิต่าง ๆ ดังที่ระบุไว้ในมาตรา 1336 จึงต้องรับผลร้ายคือภัยอันเกิดแก่ตัวทรัพย์สินไปด้วยเป็นธรรมดา อีกทั้งแนวคำพิพากษาฎีกาปัจจุบัน ก็ยึดแนวความเห็นนี้ด้วย

เมื่อปรับใช้แนวความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าของ (res perit domino) เช่นนี้ต้องตีความคำว่า “เงื่อนไขบังคับก่อน” ตามมาตรา 371 วรรคหนึ่ง ให้รวมถึงเงื่อนไขห่วงกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 459 ด้วย ฉะนั้นหากเจ้าหนี้ยังมิได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่เกิดภัยพิบัติเพราะเงื่อนไขห่วงกรรมสิทธิ์ยังไม่สำเร็จ เช่นนี้ กรณีก็ต้องด้วยมาตรา 371 วรรคหนึ่ง ซึ่งให้กลับไปใช้มาตรา 372 วรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นบทหลัก ความเสี่ยงในการชำระราคาจึงตกแก่ลูกหนี้ซึ่งยังเป็นเจ้าของทรัพย์สินอยู่นั่นเอง

แนวความเห็นที่ 2 ความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าหนี้ (res perit creditori) แนวนี้เห็นว่า ทันทิที่สัญญาเป็นผลบังคับได้ เจ้าหนี้ย่อมมีสิทธิได้รับและแสวงหาประโยชน์จากตัวทรัพย์สินนั้นได้แล้ว แม้ยังไม่เป็นเจ้าของก็ตาม เพราะถือว่าทรัพย์สินนั้นอยู่ในแดนแห่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของเจ้าหนี้แล้ว เช่นนี้ มาตรา 370 วรรคหนึ่ง จึงบัญญัติให้ความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าหนี้โดยไม่บัญญัติถึงความเป็นเจ้าของทรัพย์สินของเจ้าหนี้เลย อีกทั้งการแปลความคำว่าเงื่อนไขบังคับก่อนในมาตรา 371 วรรคหนึ่ง ซึ่งอยู่ในบรรพ 2 ที่ควรจะใช้กับสัญญาทุกประเภทให้หมายถึงเงื่อนไขห่วงกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 459 ซึ่งใช้กับเฉพาะมูลหนี้ซื้อขายเท่านั้น ย่อมเป็นการอาศัยหลักเอกเทศสัญญามาตีความผลบังคับของกฎหมายในบททั่วไปให้จำกัดอยู่แต่กับสัญญาซื้อขายเท่านั้น อีกทั้งมาตรา 183 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติถึงคำว่า “เงื่อนไขบังคับก่อน” ไว้

อยู่แล้ว ไม่ควรที่จะแปลคำว่าเงื่อนไขบังคับก่อนในมาตรา 371 ให้หมายถึงเงื่อนไขแห่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 459 ไปได้ อันเป็นเรื่องนิติวิธีที่ไม่ชอบ

เมื่อปรับใช้แนวความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าหนี้ (*res perit creditori*) เช่นนี้ต้องตีความคำว่า “เงื่อนไขบังคับก่อน” ตามมาตรา 371 วรรคหนึ่ง ให้หมายถึงความถึง เงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 183 วรรคหนึ่ง เท่านั้น โดยไม่รวมถึงเงื่อนไขแห่งกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 459 ด้วย ฉะนั้นคำว่า “เจ้าหนี้” ผู้รับภาระความเสี่ยงภัยในมาตรา 370 วรรคหนึ่ง จึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์นั่นเอง

(หากผู้ตอบเลือกแนวความเสี่ยงภัยตกแก่เจ้าหนี้ (*res perit creditori*) อาจมีแนวการตอบต่อไป ดังนี้)

ผู้เขียนเห็นว่า ตั้งแต่ทำสัญญากันเสร็จจนเป็นผลบังคับได้ เอกก็อยู่ในฐานะเจ้าหนี้ที่จะแสวงหาประโยชน์จากภาพดังกล่าวนี้ได้แล้ว และแม้การที่เอกยังมีได้ชำระค่าภาพ จะทำให้กรรมสิทธิ์ในภาพยังไม่โอนมาที่เอกและภาพยังคงเป็นของกานต่ออยู่เพราะเงื่อนไขแห่งกรรมสิทธิ์ยังไม่สำเร็จลงตามมาตรา 459 ก็ตาม แต่เงื่อนไขดังกล่าว ก็มีใช้เงื่อนไขบังคับก่อนตามมาตรา 371 วรรคหนึ่ง จึงมิใช่กรณีทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาคือภาพนั้นสูญหรือทำลายลงในระหว่างที่เงื่อนไขยังไม่สำเร็จตามมาตรา 371 วรรคหนึ่ง ที่ห้ามนำมาตรา 370 มาบังคับใช้แต่อย่างใด ซึ่งความเห็นของผู้เขียนนี้ ตรงกับความเห็นของรองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกิติ ดังที่ปรากฏในบทความเรื่อง “ปัญหาการโอนความเสี่ยงในสัญญาซื้อขาย : พิจารณาหลักกฎหมายไทย ในบริบททางกฎหมายเปรียบเทียบ” และความเห็นของ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัสดุ วิจิตรวิริยกุล ในบทความเรื่อง “การโอนความเสี่ยงภัย : ปัญหาในการใช้มาตรา 370 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” นั่นเอง

เช่นนี้ การที่ภาพที่ซื้อขายเจอพายุฝนกระหน่ำจนน้ำท่วมทำให้ภาพใบดังกล่าวเสียหายไปสิ้น กรณีเป็นเรื่องสัญญาซื้อขายภาพอันเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่มีวัตถุที่ประสงค์เป็นการโอนทรัพย์สินในทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง และทรัพย์สินนั้นสูญหรือเสียหายไปด้วยเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งอันจะโทษกานต์ลูกหนี้ไม่ได้ การสูญหรือเสียหายนั้นจึงตกเป็นพับแก่เจ้าหนี้ในมูลส่งมอบทรัพย์สินคือเอกตามมาตรา 370 วรรคหนึ่ง เช่นนี้เอกต้องรับความเสี่ยงภัยในการชำระราคา กล่าวคือ เอกนอกจากจะไม่ได้รับภาพนั้นไปแล้ว ก็ยังต้องชำระราคาค่าภาพ 2,000 บาทแก่กานต์ด้วย

ข้อสังเกต แต่หากเป็นกรณีข้อสอบบรรยายแท้ ๆ โดยไม่มีอุทาหรณ์เจือปน ผู้ตอบควรต้องอ้างอิงนักวิชาการของทุกฝ่าย ว่าแต่ละฝ่ายมีความเห็นข้างไหน เพื่อให้ข้อมูลครบถ้วน แต่ตัวอย่างการตอบข้อสอบอุทาหรณ์ควบบรรยายข้างบนนี้ ผู้เขียนเพียงต้องการอ้างอิงนักวิชาการที่สนับสนุนความเห็นข้างตนเท่านั้น จึงมิได้กล่าวถึงนักวิชาการที่เห็นตามความเห็นอีกฝั่ง

หมายเหตุ ในการเขียนตอบข้อสอบในห้องสอบจริง สำหรับผู้เขียน อนุโลมให้ไม่จำเป็นต้องบอกแหล่งที่มาของบทความนั้น ว่ามาจากหนังสือเล่มใด และพิมพ์ขึ้นปีใด เพราะจะเป็นภาระแก่ผู้เตรียมสอบมากเกินไปหากต้องให้จดจำข้อมูลบรรณานุกรมด้วย

วิธีที่ 4 การยกหลักการที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายนั้น

เป็นการเลือกใช้เหตุผลโดยหยิบยกหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยปัญหาในคดีนั้น เช่น

ตัวอย่าง : หลักการเสียภาษีอากรสำหรับบุคคลธรรมดา นั้น เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นที่ได้รับเป็นเงินได้อันจะนำมาคำนวณเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาต้องเป็นสิ่งที่ได้รับมาแล้วเท่านั้น มิใช่เป็นเพียงสิทธิเรียกร้องที่จะได้รับมาภายหลังหน้า กรณียังไม่มีค่านั่นแน่นอนว่าโจทก์จะได้รับทรัพย์สินตามคำพิพากษาของศาลชั้นต้น เพราะในคดีดังกล่าวมีประเด็นข้อพิพาทว่า บริษัท อ. ผู้เช่าเป็นฝ่ายผิดสัญญาหรือไม่ อันจะเป็นเหตุให้สิ่งปลูกสร้างที่ปลูกบนที่ดินที่เช่าตกเป็นของโจทก์ เนื่องจากคู่ความยังอุทธรณ์หรือฎีกาคดีนั้นและศาลอุทธรณ์หรือศาลฎีกาอาจพิพากษาแก้หรือกลับคำพิพากษาของศาลชั้นต้น โดย **คำพิพากษาศาลสูงมีผลเปลี่ยนแปลงเงินได้ที่ได้รับมาแล้ว ย่อมมิใช่เจตนารมณ์ของการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา เงินได้พึงประเมินต้องเป็นสิ่งที่ได้รับมาแล้ว และมีความแน่นอนในระดับรับรู้รายได้ ได้แล้วด้วย** จำเลยประเมินภาษีเงินได้แก่โจทก์ว่ามีเงินได้ตามประมวล มาตรา 40 (5) (ก) สำหรับสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินนับแต่วันที่ศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาไม่สอดคล้องกับมาตรา 39 ที่ให้เสียภาษีจากเงินได้ที่ เป็นสิ่งที่ได้รับมาแล้ว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7843/2560)

หมายเหตุ ฎีกานี้เริ่มจากวางหลักการเสียภาษีอากรสำหรับบุคคลธรรมดา ก่อน เพื่ออธิบายความหมายและเจตนารมณ์ของคำว่า “เงินได้พึงประเมิน”

ตัวอย่าง : จำเลยรับราชการครั้งแรกที่หน่วยงานอื่นในเขตอำเภอขึ้นนอกหรือในเขตอำเภอขึ้นในของกรุงเทพมหานครและโอนมารับราชการที่มหาวิทยาลัยโจทก์ ซึ่งเดิมที่ทำการของโจทก์ตั้งอยู่ที่อาคารทบวงมหาวิทยาลัย เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร แล้วต่อมาเดือนธันวาคม 2527 โจทก์ได้ย้ายที่ทำการใหม่ไปตั้งอยู่ที่ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี ทำให้จำเลยต้องเดินทางไปทำงานประจำสำนักงานใหม่ต่างท้องที่ซึ่งมิใช่ท้องที่ที่จำเลยเริ่มรับราชการครั้งแรกหรือท้องที่ที่จำเลยโอนมารับราชการ มีปัญหาข้อกฎหมายที่ต้องวินิจฉัยตามฎีกาของโจทก์ว่า ในกรณีดังกล่าวจำเลยมีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการหรือไม่ พระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 16 และ มาตรา 17 ข้าราชการผู้ใดได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานในต่างท้องที่มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการเท่าที่ ต้องจ่ายจริงตามที่สมควรแก่สภาพแห่งบ้าน เว้นแต่ผู้นั้น (1) ทาง

ราชการได้จัดที่พักอาศัยให้อยู่แล้ว (2) มีเคหสถานของตนเองหรือของสามีภริยาที่พออาศัยอยู่ร่วมกันได้ในท้องที่ที่ไปประจำสำนักงานใหม่ (3) ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ในท้องที่ที่เริ่มรับราชการครั้งแรกหรือท้องที่ที่กลับเข้ารับราชการใหม่ (4) เป็นข้าราชการวิสามัญ” พิจารณาทบทวนบัญญัติดังกล่าวแล้วเห็นว่าข้าราชการผู้มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการคือข้าราชการที่ทางราชการได้มีคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานในต่างท้องที่ แต่กรณีคดีนี้ ทางราชการได้ย้ายที่ทำการใหม่อันเป็นการก่อให้เกิดสภาพการณ์ เช่นเดียวกันกับการมีคำสั่งให้เดินทาง กล่าวคือ ข้าราชการจำต้องเดินทางไปประจำสำนักงานในต่างท้องที่ ซึ่งเป็นผลเช่นเดียวกันกับการมีคำสั่งของทางราชการนั่นเอง ดังนั้น ในกรณีเช่นนี้ทำให้ถ้อยคำตามตัวอักษรที่ว่า “ได้รับคำสั่งให้เดินทาง” ไม่ขัดแย้งว่าจะมีความหมายครอบคลุมถึงกรณีที่มีสภาพการณ์เช่นเดียวกันกับการได้รับคำสั่งให้เดินทางหรือไม่ ขอที่ศาลจะต้องค้นหาความหมายของบทบัญญัตินี้ว่ามีขอบเขตแห่งความมุ่งหมายแค่นี้เพียงใด เมื่อพิจารณาถึงเหตุผลท้ายพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวมาแล้ว จะพบว่าพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ทางราชการมีเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือข้าราชการที่ได้รับความเดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัยอันเนื่องมาจากทางราชการเป็นเหตุ จึงเห็นได้ว่าการย้ายที่ทำการใหม่ของโจทก์ซึ่งทำให้ข้าราชการของโจทก์ต้องเดินทางไปทำงานประจำสำนักงานใหม่นี้ก็เนื่องมาจากทางราชการเป็นเหตุเช่นเดียวกันกับการได้รับคำสั่งให้เดินทางและทำให้ข้าราชการได้รับความเดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัย ดังนั้น ถ้อยคำตามตัวอักษรที่ว่า “ได้รับคำสั่งให้เดินทาง” ย่อมมีขอบเขตแห่งความมุ่งหมายครอบคลุมถึงกรณีย้ายที่ทำการใหม่ไปต่างท้องที่ด้วย ซึ่งเป็นการชอบด้วยหลักแห่งการตีความกฎหมาย และประกอบด้วยความถูกต้องเป็นธรรม หากเป็นการตีความเกินเลยหรือขัดต่อบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไม่ ส่วนการตีความเคร่งครัดตรงถ้อยคำตามอักษรโดยไม่คำนึงถึงความมุ่งหมายของกฎหมายดังฎีกาของโจทก์นั้นนอกจากจะไม่ชอบด้วยหลักแห่งการตีความกฎหมายและเป็นการใช้กฎหมายโดยไม่ถูกต้องเป็นธรรมแล้ว ยังไม่ชอบด้วยหลักแห่งการบริหารราชการแผ่นดินอีกด้วย เพราะทางราชการได้กำหนดให้หลักประกันโดยให้สิทธิประโยชน์ในเรื่องค่าเช่าบ้านข้าราชการแก่ข้าราชการในกรณีที่ต้องเดินทางไปประจำสำนักงานในต่างท้องที่ ทำให้เดือดร้อนในเรื่องที่อยู่อาศัยอันเนื่องมาจากทางราชการเป็นเหตุแต่กลับมาอ้างว่า ไม่ได้มีคำสั่งเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบอันเป็นการตีความที่เป็นประโยชน์แก่ทางราชการเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงความเดือดร้อนของข้าราชการที่ทางราชการเป็นผู้ก่อขึ้น ย่อมไม่ถูกต้องเป็นธรรม ทั้งจะทำให้เห็นถึงความไม่แน่นอนมั่นคงเที่ยงตรงในหลักการใช้กฎหมายซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือต่อระบบราชการอีกด้วย เพราะฉะนั้นกรณีเช่นคดีนี้ ย่อมอยู่ในขอบเขตแห่งความมุ่งหมายของบทบัญญัติที่ให้จำเลยมีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านข้าราชการได้ หรืออีกนัยหนึ่งโจทก์ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเช่าบ้านข้าราชการคืนจากจำเลย (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1212/2539)

หมายเหตุ ฎีกานี้เริ่มจากการพิเคราะห์ถ้อยคำตามตัวอักษรของตัวบท แล้วสืบหาเจตนารมณ์ของกฎหมายท้ายกฎหมายฉบับนั้น จากนั้นจึงหยิบยกหลักแห่งการบริหารราชการแผ่นดินมาอธิบายผลของการตีความที่ไม่ชอบด้วย

ตัวอย่าง : พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 123 มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครององค์การของฝ่ายลูกจ้าง มิให้ลูกนายจ้างแทรกแซง ครอบงำ หรือใช้อำนาจบังคับบัญชาที่เหนือกว่าในฐานะนายจ้าง และใช้อำนาจทางเศรษฐกิจในการกดดันบีบบังคับให้ลูกจ้างหรือองค์การของฝ่ายลูกจ้างใช้สิทธิโดยชอบตามกฎหมายในการยื่นข้อเรียกร้อง เจริญต่อรองเพื่อปรับปรุงสภาพการจ้างให้ดีขึ้น โดยห้ามมิให้นายจ้างใช้วิธีการเลิกจ้างลูกจ้าง กรรมการ อนุกรรมการ หรือสมาชิกสหภาพแรงงานซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง ดังนั้น การเลิกจ้างที่จะเป็นการฝ่าฝืนตามมาตรา 123 นายจ้างจะต้องมีมูลเหตุจูงใจที่จะขัดขวางการดำเนินกิจกรรมของสหภาพแรงงานหรือขัดขวางมิให้ลูกจ้างได้รับประโยชน์จากข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการเจรจาทวิภาคีระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างหรือจากคำชี้ขาด เมื่อโจทก์เลิกจ้างผู้กล่าวหาทั้งเจ็ดเพราะไม่ผ่านการประเมินการทดลองงานเนื่องจากผู้กล่าวหาทั้งเจ็ดมีผลการปฏิบัติงานไม่เป็นที่น่าพอใจ บางคนได้รับโอกาสให้ทำงานในตำแหน่งใหม่ก็ปฏิเสธไม่ไปทำงาน โจทก์ย่อมมีเหตุผลและความชอบธรรมที่จะเลิกจ้างลูกจ้างได้ตามเงื่อนไขข้อตกลงของสัญญาจ้างแรงงานที่ได้ทำไว้ขณะลูกจ้างเข้าทำงานโดยความสมัครใจของลูกจ้างและตามหลักการบริหารทรัพยากรมนุษย์และการบริหารงานบุคคลที่นายจ้างย่อมมีสิทธิจัดสรรแรงงานที่มีคุณภาพที่สุดแก่กิจการได้ แม้จะมีได้มีเหตุอย่างใดอย่างหนึ่งที่ระบุไว้ในนายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ตาม (1) ถึง (5) ของ บทบัญญัติดังกล่าวก็ตาม นอกจากนั้น การที่โจทก์เลิกจ้างลูกจ้างที่ไม่ผ่านการประเมินการทดลองงานและมีได้เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานในคราวเดียวกันด้วยถึง 6 คน และรับลูกจ้างที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานที่ร่วมนัดหยุดงานจำนวน 2 คน เข้าเป็นพนักงานประจำต่อไป ย่อมแสดงว่าโจทก์มิได้มีเจตนากลับแก้มือหรือเลือกปฏิบัติต่อผู้กล่าวหาทั้งเจ็ดเพราะเหตุที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานหรือเพราะไปร่วมนัดหยุดงาน การเลิกจ้างดังกล่าวเป็นเรื่องปกติในการบริหารงานบุคคล มิได้เกิดจากมูลเหตุจูงใจเพื่อขัดขวางการดำเนินกิจกรรมของสหภาพแรงงานหรือเพื่อกดดันแก้มือลูกจ้าง จึงไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมตาม บทบัญญัติดังกล่าว (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8311/2559)

หมายเหตุ ฎีกานี้ตีความเจตนารมณ์ของตัวบทมาตรา 123 แห่ง พ.ร.บ.แรงงานสัมพันธ์ฯ ให้เห็นไม่พอ ยังยกหลักการบริหารทรัพยากรมนุษย์และการบริหารงานบุคคลซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของสัญญาจ้างแรงงานมาให้เห็นเพื่อประกอบการวินิจฉัยอีกด้วย

วิธีที่ 5 การเลือกอธิบายผลของการตีความกฎหมาย

อธิบายผลของการตีความกฎหมายด้วยการแสดงให้เห็นว่า หากตีความไปในทางตรงกันข้ามแล้วจะเกิดผลเสียอย่างไร เช่น

การตีความกฎหมายต้องตีความในเชิงให้เกิดผลบังคับได้ และต้องเป็นการตีความในลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อเจตนารมณ์แห่งความดำรงอยู่ของความเป็นรัฐหรือชาติบ้านเมืองด้วย มิฉะนั้นสถานะความเป็นรัฐหรือความเป็นชาติบ้านเมืองจะถูกกระทบให้เสียหายไป เพราะไม่มีอธิปไตยอยู่ครบถ้วน (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1688/2561)

อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของประชาชน ศาลจึงต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดผลในทางที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากศาลไม่รับใช้ประชาชน ย่อมทำให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมถูกทำลายและสั่นคลอน นอกจากนี้ศาลควรมีบทบาทในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายรวมถึงพันธกรณีในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบและพันธกรณีในการปกป้องรักษาประชาธิปไตยด้วย การใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือการใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่ เท่ากับเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย การปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ย่อมเป็นการใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย หากศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตยแล้ว เท่ากับศาลไม่ได้รับใช้ประชาชน จากการใช้อำนาจโดยมิชอบและเพิกเฉยต่อการปกป้องรักษาประชาธิปไตยดังกล่าวมาข้างต้น ทั้งเป็นการละเลยหลักยุติธรรมตามธรรมชาติที่ว่าบุคคลใดจะรับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่ รวมทั้งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นวงจรอุบาทว์อยู่ร่ำไป ยิ่งกว่านั้นยังเป็นช่องทางให้บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวยืมมีกฎหมายเข้ามายุ่งการจัดการสิ่งต่าง ๆ ข้อเท็จจริงเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ปัจจุบันอยู่ในกระแสโลกาภิวัตน์ นานาอารยประเทศส่วนใหญ่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ฉะนั้นเมื่อกาลและเทศะในปัจจุบันเปลี่ยนไปแล้วจากอดีต ศาลจึงไม่อาจที่จะรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตย ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น เมื่อข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไป เช่นกันว่า ผู้ร้องประกอบด้วยคณะกรรมการที่เป็นผลพวงของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) แต่ คปค. เป็นคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 จึงเป็นการ

ได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย ดังเหตุผลข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐธำธิปไตย แม้จะได้รับการนิรโทษกรรมภายหลังก็ตาม หากก่อให้เกิดอำนาจที่จะสั่งการหรือกระทำการโดย่างรัฐธำธิปไตย (คำวินิจฉัยส่วนตน หรือความเห็นในการวินิจฉัยคดีของท่านกิริติ กาญจนรินทร์ ในคดีหมายเลขแดงที่ อม.9/2552)

เหล่านี้เป็นเพียงตัวอย่างของการเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์เพื่อวินิจฉัยข้อพิพาทเท่านั้น ขึ้นต่อไปจะชี้ให้เห็นว่านิสิตนักศึกษากฎหมายมีวิธีการเลือกใช้เหตุผลทางกฎหมายอย่างไร และจะยกเหตุผลจากแหล่งใดมาวินิจฉัยในข้อสอบบ้าง

หัวข้อ ข. ว่าด้วยวิธีการให้เหตุผลของนิสิตนักศึกษากฎหมาย

หลักคือ การให้เหตุผลของนิสิตนักศึกษากฎหมายในการตอบข้อสอบนั้น จะแปรเปลี่ยนไปตามรูปแบบ และความหนักเบาในแต่ละประเด็นของข้อสอบแต่ละข้อไป

นิสิตนักศึกษาไม่อาจกำหนดให้ชัดแจ้งล่วงหน้าก่อนจะเข้าห้องสอบได้ว่า จะต้องตอบในแต่ละประเด็นสั้นยาวเท่าใด ต่อเมื่อถึงเวลาเปิดข้อสอบออกมาทำแล้วเท่านั้น ถึงจะกะเกณฑ์จัดแจงด้วยการทำเค้าโครงการตอบให้ชัดแจ้งว่า ต้องตอบประเด็นที่สำคัญให้มาก และตอบประเด็นเบี่ยบัยรายทางให้น้อยกว่า เพื่อให้การเขียนตอบสำเร็จได้คะแนนสูงสุดภายในเวลาที่กำหนด ดังนั้น การทำความเข้าใจรูปแบบข้อสอบ จะช่วยให้ผู้สอบแบ่งเวลาการเขียนตอบแต่ละประเด็นได้ซ้ำของขึ้น

1. ประเภทของข้อสอบกฎหมาย อาจแบ่งได้เป็น ก. ข้อสอบบรรยาย ข. ข้อสอบอุทาหรณ์ และ ค. ข้อสอบผสม (อุทาหรณ์ควบบรรยาย)

สำหรับข้อสอบอุทาหรณ์นั้น นิสิตนักศึกษาคงคุ้นชินอยู่แล้วว่าเป็นข้อสอบที่ให้ข้อเท็จจริงที่มีตัวละครต่าง ๆ ดำเนินเรื่องราวไป และเกิดเหตุพิพาทอย่างใดขึ้น เพื่อให้ นิสิต นักศึกษาวินิจฉัย แต่สิ่งที่น่าสนใจมากกว่าคือ ลักษณะต่าง ๆ ของข้อสอบบรรยาย

องค์ประกอบของข้อสอบบรรยาย อาจประกอบไปด้วยส่วนหนึ่งส่วนใดอย่างเดี่ยว หรือหลายอย่างรวมกัน ดังต่อไปนี้

1) การให้อธิบาย หรือและยกตัวอย่างประกอบด้วย

อาจเป็นคำถามที่ให้ผู้ตอบถ่ายทอดความจำเท่านั้น หรืออาจให้เชื่อมโยงความเข้าใจในเรื่องดังกล่าวให้เห็นชัด ซึ่งข้อสอบมักเน้นวัดผลแบบหลังมากกว่าแบบแรก เพราะการทดสอบความจำอย่างเดียวมักไม่ค่อยทำให้นิสิตนักศึกษาได้ประโยชน์อะไร

เช่น จงอธิบายผลทางกฎหมายของข้อมติขององค์การระหว่างประเทศ (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชากฎหมายองค์การระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 1 ประจำปีการศึกษา 2558)

2) การให้เปรียบเทียบ ทั้งเทียบความเหมือน (compare) และเทียบความต่าง (contrast)

เช่น จงอธิบายว่าความเชื่อแบบคริสต์ศาสนาได้ก่อให้เกิดคุณูปการต่อพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับกฎหมายอย่างไร และความคิดทางกฎหมายแบบสมัยกลางกับสมัยใหม่ แตกต่างกันในสาระสำคัญหรือไม่ (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชานิติปรัชญา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 1 ประจำปีการศึกษา 2558) **ข้อสังเกต** ในส่วนแรกของคำถามเป็นการให้อธิบาย แต่ส่วนหลังเป็นการให้เปรียบเทียบความต่าง

3) การให้วิเคราะห์ (analysis) รวมถึงวิจารณ์

เช่น ในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 พระยามานวราชเสวีเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในเรื่องใด และความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานดังกล่าวส่งผลอย่างไรต่อการใช้การตีความหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชาประวัติศาสตร์กฎหมายไทย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 1 ประจำปีการศึกษา 2558) **ข้อสังเกต** คำถามข้อนี้ ส่วนแรกเป็นการให้อธิบาย ส่วนหลังเป็นการให้วิเคราะห์วิจารณ์

นิสิตนักศึกษาเห็นด้วยกับคำกล่าวที่ว่า “ศาลจะไม่บังคับสัญญาที่เป็น Pareto Inferiority” หรือไม่? จงแสดงเหตุผล (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชาการวิเคราะห์กฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์และนัยต่อธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาคต้น ปีการศึกษา 2556)

4) การให้สังเคราะห์ (synthesis)

เช่น ท่านเห็นว่าบทบัญญัติเรื่องใดในกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาของประเทศไทยยังมีความบกพร่อง จงอธิบาย และยกตัวอย่าง พร้อมเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาความบกพร่องนั้นด้วย (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชาสัมมนากฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ภาคต้น ปีการศึกษา 2558) **ข้อสังเกต** ข้อสอบข้อนี้จะมีทั้งส่วนวิเคราะห์และสังเคราะห์ การให้อธิบายว่ามีความบกพร่องอย่างไรบ้าง เป็นการวิเคราะห์ ส่วนการให้ท่านเสนอแนะแนวทางในการแก้ปัญหาความบกพร่องนั้น ก็เป็นการสังเคราะห์

(ก) ให้นักศึกษานำเสนอแนวคิดและ/หรือทฤษฎีการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจ และแนวทางการปรับใช้แนวคิดหรือทฤษฎีดังกล่าว อันจะช่วยเร่งให้ระบบกฎหมายอาเซียนมีลักษณะเฉพาะที่แยกออกจากระบบกฎหมายระหว่างประเทศ หรือ (ข) ให้นักศึกษาเสนอแนะมาตรการทางกฎหมายการเงินระหว่างประเทศเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตคอร์รัปชัน (ข้อสอบชั้นปริญญาตรี วิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ภาค 2 ประจำปีการศึกษา 2556) **ข้อสังเกต** ข้อสอบข้อนี้ทั้งข้อย่อย (ก) และ (ข) ต่างก็เป็นการให้ผู้ตอบสังเคราะห์ความรู้ให้ดูทั้งคู่

2. วิธีการให้เหตุผลสำหรับข้อสอบแต่ละประเภท

อาจแบ่งตามประเภทของข้อสอบดังนี้

1) ข้อสอบบรรยายที่ให้อธิบาย และหรือยกตัวอย่างประกอบด้วย

ข้อสอบประเภทนี้ คงเน้นหนักที่ความเข้าใจและความสามารถจดจำเนื้อหาได้ของผู้ตอบ การใช้เหตุผลกับข้อสอบส่วนนี้นับว่าน้อยที่สุดในบรรดาข้อสอบกฎหมายทั้งหมด

อนึ่ง ผู้ตอบพึงรู้ด้วยตนเองว่า การตอบข้อสอบบรรยายทุกครั้ง จะต้องให้ตัวอย่างประกอบด้วย เพื่อแสดงภูมิให้ผู้ตรวจเห็นว่า ตนเข้าใจในสิ่งที่อธิบายไปจริง และสามารถนำความเข้าใจนั้นมาแสดงออกให้เห็นได้จริง

2) การให้เปรียบเทียบ ทั้งเทียบความเหมือน (compare) และเทียบความต่าง (contrast)

ข้อสอบที่ให้เปรียบเทียบนี้ ก็ยังเน้นหนักที่ความจดจำเนื้อหาของส่วนที่ถามนั้น แต่ยังต้องใช้ความเข้าใจในการเชื่อมโยงเนื้อหาและความสามารถในการจัดแบ่งหมวดหมู่ที่ชัดเจน มาประกอบการวินิจฉัยด้วย

3) การให้วิเคราะห์ (analysis)

การวิเคราะห์จะต้องมีการแยกเนื้อหาแต่ละอย่างที่เกี่ยวข้องออกเป็น ส่วน ๆ โดยละเอียด และให้ความเห็นไปว่าสิ่งที่ถูกถามนั้นเป็นอย่างไร หรือส่งผลกระทบต่อสิ่งอื่นอย่างไร เป็นต้น จึงต้องให้เหตุผลในการวิเคราะห์โดยละเอียดเท่าที่จะทำได้ คำถามที่ให้ผู้ตอบวิเคราะห์จึงเป็นคำถามเพื่อให้ใช้เหตุผลทางกฎหมายมาวินิจฉัยอย่างแท้จริง

การวิเคราะห์จะสมบูรณ์เมื่อให้คำตอบครบถ้วนทั้ง 3 ประเด็นเชื่อมโยงกัน คือ ปัญหาว่า “อะไร” เชื่อมโยงต่อมาด้วย “อย่างไร” และเชื่อมโยงต่ออีกว่า “ทำไม” (What - How - Why) และเมื่อตอบปัญหาทั้งสามนี้ได้ ก็จะเป็นความรู้ที่ถูกต้องสมเหตุสมผล³

คำถามให้วิเคราะห์นั้นเป็นรูปแบบการวัดผลที่มักได้รับความนิยมที่สุด และแม้ในข้อสอบจะไม่มีคำว่า “ให้วิเคราะห์” ปรากฏอยู่เลย ก็เป็นหน้าที่ของผู้ตอบที่จะต้องรู้ให้ได้ว่าข้อสอบดังกล่าวต้องการให้เราวิเคราะห์ด้วยหรือไม่

4) การให้สังเคราะห์ (synthesis)

การสังเคราะห์จะต้องมีการสร้างสรรค์สิ่งใหม่ขึ้น มักจะต้องนำความคิดที่กระจัดกระจายออกไป มารวมและเทียบกันเพื่อแสดงให้เห็นองค์ความรู้ใหม่ อันที่จริงการตอบด้วยวิธีการสังเคราะห์ก็มักจะต้องผ่านการวิเคราะห์มาก่อน เพราะมิฉะนั้นจะไม่มีข้อมูลส่วนต่าง ๆ นั้น มาเป็นฐานในการคิดค้นหาความรู้ใหม่นั้น

³ ภูมิทร์ บุตรอินทร์. การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562 หน้า 106.

สำหรับการสังเคราะห์ที่ดี ผู้ตอบอาจเลือกใช้วิธีการที่เรียกว่า “**วิภาษวิธี (Dialectic)**” เป็นการตรวจสอบข้อขัดแย้งเท่าที่จะหาพบจากทัศนะตรงข้ามกับทัศนะที่ถูกเสนอขึ้นมา ในเชิงโต้ตอบถกเถียงปัญหากัน ครั้นแล้วจึงมาถึงขั้นการประนีประนอมข้อขัดแย้งนั้น สรุปออกมาเป็นทัศนะที่ยอมรับกันทั้งสองฝ่าย

วิธีการคือ เริ่มต้นจากการตั้งประเด็นที่เรียกว่า “**ตัวยืน (Thesis)**” ขึ้นต่อไป คือพยายามหาเหตุผลตรงข้ามกับตัวยืดังกล่าว เหตุผลนี้เรียกว่า “**ตัวแย้ง (Antithesis)**” จากนั้นให้หาทางประนีประนอมฝ่ายที่เป็นตัวยืนกับฝ่ายที่เป็นตัวแย้งเข้าด้วยกัน ออกเป็น “**ตัวสังเคราะห์ (Synthesis)**”⁴

3. การเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์เพื่อตอบข้อสอบกฎหมาย

นิสิตนักศึกษามีอิสระเต็มที่ในอันที่จะให้เหตุผลทางนิติศาสตร์เพื่อตอบคำถามที่ผู้ถามตั้งไว้ อันได้แก่วิธีต่าง ๆ ที่กล่าวไว้ในหัวข้อ ก. ดังนี้

วิธีที่ 1 การอธิบายตัวบทกฎหมาย ด้วยการอธิบายความหมายตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้น อันเป็นการตีความตามบริบทของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ได้แก่

1.1 กรณีตีความกฎหมายโดยพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัตินั้นเพียงมาตราเดียว

1.2 กรณีตีความกฎหมายโดยพิจารณาตัวอักษรและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติหลายมาตราเพื่อแสดงถึงความเชื่อมโยงกันในทางใดทางหนึ่ง

1.3 อาจดูหมายเหตุท้ายกฎหมายฉบับนั้น ๆ หรือท้ายกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัตินั้น ๆ

วิธีที่ 2 พิจารณำบันทึกการร่างกฎหมาย รายงานการประชุมกรรมการร่างกฎหมายฉบับนั้น ๆ เพื่อพิจารณาหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย

วิธีที่ 3 การอ้างอิงคำอธิบายหรือความเห็นของนักวิชาการ

วิธีที่ 4 การยกหลักการที่เกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายนั้น

วิธีที่ 5 การเลือกอธิบายผลของการตีความกฎหมาย เป็นต้น

วิธีต่าง ๆ ดังกล่าวนี้นิสิตนักศึกษาสามารถเลือกมาใช้ตอบคำถามได้ทุกประเภท โดยสามารถเลือกใช้วิธีก็ได้ในการตอบข้อสอบเพียงข้อเดียว แต่อาจต้องใคร่ครวญว่าจะให้น้ำหนักส่วนใดมากน้อยเพียงใด

เช่น ข้อสอบอุทธรณ์ที่ไม่มีประเด็นข้อกฎหมายที่ยังถกเถียงทางวิชาการอยู่ (กล่าวคือ วัตถุประสงค์ในประเด็นข้อกฎหมายที่นักกฎหมายเห็นตรงกันว่า ยุติแล้ว) ก็อาจใช้วิธีการปรับบท

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

ตามปกติ โดยให้เหตุผลตามตัวบทที่เกี่ยวข้อง (อย่างมากก็อาจอธิบายเจตนารมณ์ของมาตราที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การตอบนั้นชัดเจนแจ่มแจ้ง ซึ่งจะกระทำได้เมื่อผู้ตอบมีเวลามากสำหรับเขียนตอบข้อนั้น)

แต่ข้อสอบบรรยาย หรือแม้แต่ข้อสอบอุทธรณ์ควบบรรยาย ผู้ตอบจะต้องหยิบยกเหตุผล ไม่ว่าจะเลือกได้จากแหล่งใดก็ตาม มาตอบให้เต็มที่ เพื่อสนับสนุนความคิดเห็นของตนไม่ให้เป็นการเห็นที่ล่องลอยโดยไม่มีฐานใดมาสนับสนุน

4. ข้อสังเกตการปรับบทกฎหมายยุติธรรมกับบทกฎหมายเคร่งครัด

ในการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายนั้น หากแบ่งด้วยเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของผู้ใช้กฎหมาย ก็อาจแบ่งเป็น “บทกฎหมายยุติธรรม” (*jus aequum*) กับ “บทกฎหมายเคร่งครัด” (*jus strictum*)

สำหรับบทกฎหมายเคร่งครัดนั้น ผู้ใช้กฎหมายไม่สามารถใช้ดุลพินิจเสริมแต่งเนื้อหาตัวบทได้ แต่ต้องใช้หรือตีความกฎหมายนั้นไปตามที่บัญญัติชัดเจนอยู่แล้ว⁵ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 “บุคคลย่อมพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุยี่สิบปีบริบูรณ์” ข้อความดังกล่าวนี้ชัดเจนอยู่แล้วว่า หากจะบรรลุนิติภาวะโดยอาศัยเกณฑ์อายุ บุคคลนั้นก็ต้องมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์แล้วเท่านั้น ไม่สามารถต่อรองให้เหลือ 18 ปี หรือ 19 ปีได้ หรือมาตรา 1457 “การสมรสตามประมวลกฎหมายนี้จะมีได้เฉพาะเมื่อได้จดทะเบียนแล้วเท่านั้น” ก็แสดงให้เห็นชัดว่า การสมรสจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการจดทะเบียนสมรสเท่านั้น ไม่เปิดช่องทางอื่นเพื่อให้เป็นคู่สมรสกันตามกฎหมายได้อีก

การที่นิติศึกษานักศึกษาจะปรับบทกฎหมายเคร่งครัด (*jus strictum*) นี้ก็จะสามารถทำได้โดยง่ายด้วยการยกหลักกฎหมายมาปรับบทเข้ากับข้อเท็จจริงในคำถามตรง ๆ เลย

ต่างกับกรณีบทกฎหมายยุติธรรม ที่บัญญัติถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง หรือศัพท์กฎหมายที่มีเนื้อความไม่แน่ชัด (*indefinite legal concept / Unbestimmter Rechtsbegriff*) อันมีลักษณะเป็นการที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบอำนาจ (*intra verba legis*) ให้ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการปรับใช้บทกฎหมายนั้นด้วยดุลพินิจของตน⁶ เพื่อให้กฎหมายได้รับการปรับใช้ให้เหมาะสมกับสภาพสังคมที่ไม่หยุดนิ่ง จึงต้องมีการบัญญัติศัพท์กฎหมายที่มีเนื้อความไม่แน่ชัดเพื่อเปิดช่องทางให้ความรู้สึกผิดชอบชั่วดีทางศีลธรรมหรือจารีตประเพณีที่ดีที่มีอยู่ในสังคมเข้ามามีส่วนปรุงแต่งเนื้อหาของกฎหมายอย่างกว้างขวาง⁷

⁵ สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 23. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2560 หน้า 132.

⁶ ภูมิินทร์ บุตรอินทร์. การใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์, หน้า 41.

⁷ สมยศ เชื้อไทย. คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป, หน้า 135.

เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” หรือมาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ” หรือมาตรา 1516 เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้ (6) สามีหรือภริยาไม่ให้ความช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูอีกฝ่ายหนึ่งตามสมควรหรือทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง ทั้งนี้ ถ้าการกระทำนั้นถึงขนาดที่อีกฝ่ายหนึ่งเดือดร้อนเกินควรในเมื่อเอาสภาพ ฐานะและความเป็นอยู่ร่วมกันฉันสามีภริยามาคำนึงประกอบ อีกฝ่ายหนึ่งนั้นฟ้องหย่าได้ เป็นต้น

เช่นนี้ การที่นิสิตนักศึกษาจะตอบคำถามว่า ข้อเท็จจริงดังกล่าวต้องด้วยศัพท์กฎหมายที่มีเนื้อความไม่แน่ชัด ในบทกฎหมายยุติธรรม (*jus aequum*) นั้นหรือไม่ ก็จะต้องเลือกใช้เหตุผลโดยละเอียดให้มาก ไม่อาจปรับบทย่างง่ายแบบการปรับบทกฎหมายเคร่งครัดนั้น เพราะผู้ตอบจะต้องตอบให้ได้ว่า เหตุใดกรณีตามปัญหานั้นถึงเรียกได้ว่าเป็นการกระทำโดย “สุจริต” หรือเป็นการ “ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน” หรือ “ทำการเป็นปฏิปักษ์ต่อการที่เป็นสามีหรือภริยากันอย่างร้ายแรง” นั่นเอง

ดังนี้ เมื่อนิสิตนักศึกษารู้แล้วว่าตนกำลังทำข้อสอบประเภทใด ก็จะใช้วิธีการตอบคำถามได้ตรงตามปัญหา และเลือกหยิบยกเหตุผลทางนิติศาสตร์ไปใช้ได้เต็มที่ ประเด็นต่อมาที่จะกล่าวถึงโดยสังเขป คือข้อสังเกตในการให้เหตุผลของผู้พิพากษา

หัวข้อ ค. ข้อเปรียบเทียบการให้เหตุผลของผู้พิพากษาในการวินิจฉัยอรรถคดี กับ การเขียนตอบข้อสอบของนิสิตนักศึกษาในมหาวิทยาลัย

การให้เหตุผลในการวินิจฉัยอรรถคดีของผู้พิพากษา โดยทั่วไปแล้วก็อาศัยฐานและวิธีการอย่างเดียวกันกับวิธีการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในมหาวิทยาลัยดังอธิบายในหัวข้อ ข. แล้วนั่นเอง เพียงแต่การเขียนตอบข้อสอบในมหาวิทยาลัยอาจทำได้โดยเสรีและไม่มีข้อจำกัดใด ๆ แต่การให้เหตุผลในการวินิจฉัยอรรถคดีของผู้พิพากษานั้น อยู่ภายใต้ข้อจำกัดหลายอย่างที่ทำให้การเรียงคำพิพากษาสารทำได้ภายใน “กรอบ” บางประการ ดังจะยกตัวอย่างต่อไปนี้

1. การให้เหตุผลในคำพิพากษาจะกระทำภายในประเด็นแห่งคดีโดยเคร่งครัด

ประเด็นในคำพิพากษา ก็คือประเด็นแห่งคดี ซึ่งหมายความว่าความรวมถึงประเด็นข้อพิพาทนั้น คำพิพากษาจะมีแต่การวินิจฉัยชี้ขาดประเด็นข้อพิพาท ว่าจะวินิจฉัยให้คู่ความฝ่ายใดเป็นฝ่ายชนะข้อพิพาท (สำหรับคดีมีข้อพิพาท) หรือไม่ก็วินิจฉัยชี้ขาดประเด็นแห่งคดี ว่าผู้ร้องมีสิทธิขอให้ศาลรับรอง ค้ำครอง หรือบังคับตามสิทธิที่ตนอ้างหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายวิธี

พิจารณาความแพ่ง มาตรา 131 (2) ตอนต้น เท่านั้น ด้วยเหตุว่า ประเด็นแห่งคดีเป็นกรอบใหญ่ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาความแพ่งนั่นเอง ดังที่ปรากฏในมาตรา 142 ตอนต้น ว่า **“คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่ชี้ขาดคดีต้องตัดสินตามข้อหาในคำฟ้องทุกข้อ แต่ห้ามมิให้พิพากษาหรือทำคำสั่งให้สิ่งใด ๆ เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้อง”** นี่คือการรอบหนึ่งที่ทำให้การเขียนคำพิพากษาจะไม่กล่าวไปให้สุดทางแบบการเขียนตอบข้อสอบ

ข้อต่างกับการเขียนตอบข้อสอบก็คือว่า การเขียนตอบข้อสอบบางสถานการณ์อาจเขียนเกินเลยจากประเด็นที่ถามไปได้บ้าง หาก 1) เป็นเรื่องเกี่ยวกับประเด็นที่ข้อสอบถามจริง ๆ แล้วผู้ตอบเห็นสมควรที่จะแสดงความรู้ในส่วนข้างเคียงนั้นไปด้วยเพื่อแสดงให้ผู้ตรวจเห็นว่าเรามีความรู้รอบด้านทั้งส่วนที่ถามและส่วนข้างเคียง หรือ 2) อาจเป็นกรณีการแก้ไข้ปัญหาเฉพาะหน้า ที่ผู้สอบไม่สามารถตอบปัญหาที่ข้อสอบถามตรง ๆ ได้ แต่ผู้สอบมีความรู้ในประเด็นข้างเคียงกับประเด็นที่เขากถาม ก็อาจพยายามเขียนประเด็นข้างเคียงนั้นลงไป ในกระดาษคำตอบด้วย

2. การให้เหตุผลในคำพิพากษาจะกระทำเท่าที่จำเป็น

คำพิพากษาจะทำหน้าที่เป็นผู้ตอบปัญหาแก่คู่ความเท่านั้น ดังนั้น หากปัญหานั้นได้รับคำตอบสำหรับคดีทั้งเรื่องนั้นแล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นอื่นอีกต่อไป เช่น คดีมีประเด็นข้อพิพาทว่า

1) จำเลยเป็นหนี้ตามสัญญาและต้องชำระหนี้แก่โจทก์หรือไม่ และ 2) คดีขาดอายุความหรือไม่ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีขาดอายุความจริง กรณีไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยปัญหาว่าจำเลยเป็นหนี้ตามสัญญาและต้องชำระหนี้แก่โจทก์หรือไม่อีกต่อไป เพราะไม่ทำให้ผลแห่งคดีเปลี่ยนแปลง กล่าวคือเมื่อคดีขาดอายุความแล้ว ไม่ว่าจำเลยจะเป็นหนี้หรือไม่เป็นหนี้โจทก์ ศาลก็ต้องยกฟ้องและโจทก์ก็บังคับคดีไม่ได้ด้วยตนเอง

แต่การตอบข้อสอบนั้นไม่ใช่ นิสิตนักศึกษาจะต้องพยายามหาทางตอบปัญหาให้ครบทุกประเด็นที่มีข้อให้ตอบ เพราะทุกข้อล้วนแล้วแต่เป็นคะแนนทั้งสิ้น เช่นนี้ การไล่เรียงประเด็นที่จะตอบข้อสอบจำพวกนี้ ฟังระลึกไว้เสมอว่า ประเด็นไหนที่เป็นจุดชี้ขาดของคดี ให้รอไว้ตอบหลังสุด ส่วนประเด็นอื่นที่เป็นข้อเบี่ยงเบี่ยงทางนั้นให้ตอบเสียก่อนที่จะตอบจุดชี้ขาดของคดี เช่นกรณีข้างต้น ผู้ตอบจะต้องตอบว่าจำเลยเป็นหนี้ตามสัญญาและต้องชำระหนี้แก่โจทก์หรือไม่ก่อน แล้วค่อยมาตอบว่า อย่างไรก็ดีคดีขาดอายุความ ก็จะทำให้ผู้ตอบสามารถเก็บคะแนนได้ครบถ้วน (หากท่านเผอเรอไปตอบจุดชี้ขาดของคดีเสียก่อนแล้ว เพิ่งนึกออกมาว่าลืมประเด็นรายทาง ก็ให้ย่อหน้าใหม่แล้วขึ้นต้นด้วยคำว่า “อนึ่ง” แล้วตอบประเด็นรายทางนั้นเสีย อย่าปล่อยให้ประเด็นนั้นหายไป เพราะตอบช้าก็ยิ่งดีกว่าไม่ตอบ)

3. การให้เหตุผลในคำพิพากษาจะกระทำโดยไม่อ้างอิงนักวิชาการคนใดคนหนึ่งเป็นสรณะ

ในการเขียนคำพิพากษาของศาลไทย จะไม่อ้างอิงถึงนักวิชาการให้ชัดเจนแบบการตอบข้อสอบในมหาวิทยาลัย เหตุดังกล่าวสะท้อนอยู่ในบทบัญญัติ 2 มาตราดังนี้

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 134 “ไม่ว่ากรณีใด ๆ ห้ามมิให้ศาลที่รับฟ้องคดีไว้ ปฏิเสธไม่ยอมพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีโดยอ้างว่า ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดี หรือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะใช้บังคับนั้นเคลือบคลุมหรือไม่บริบูรณ์”

บทบัญญัติทั้งสองมาตรานี้ ทำหน้าที่ตั้งข้อสันนิษฐานเด็ดขาดว่า ผู้พิพากษาต้องเป็นผู้รู้กฎหมายทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดีนั้น จะปฏิเสธไม่ได้เลยว่าตนไม่เชี่ยวชาญในกฎหมายสาขาใดสาขาหนึ่ง ดังนั้น ผู้พิพากษาก็พึงใช้และตีความกฎหมายโดยอาศัยภูมิรู้ของตนเอง โดยไม่ออกหน้าอ้างอิงนักวิชาการคนใดคนหนึ่ง ทั้งโดยสภาพของวงการวิชาการแล้ว ในทางทฤษฎี หลักกฎหมายในแต่ละเรื่องย่อมมีข้อถกเถียงกันได้อยู่เสมอ หากคำพิพากษาไปอ้างอิงถึงนักวิชาการคนใดคนหนึ่ง ก็จะมีข้อโต้แย้งจากฝ่ายที่เสียประโยชน์ในทางคดีทันทีว่าเหตุใดผู้พิพากษาถึงไม่อาศัยความเห็นของนักวิชาการอีกฝ่ายที่จะเป็นประโยชน์กับตนมากกว่า นั่นเอง

ข้อควรเข้าใจคือ ไม่ได้แปลว่าการทำงานของผู้พิพากษาจะไม่พิจารณาตำราวิชาการแต่กลับกันคือผู้พิพากษาจะต้องค้นคว้าข้อมูลทางวิชาการจำนวนมากพอที่จะปักใจเชื่อได้ว่าหลักกฎหมายที่จะปรับแก้คดีนั้นเป็นอย่างที่เข้าใจจริง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำหัวข้อประชุมใหญ่ศาลฎีกา จะต้องมีการค้นแนวคำพิพากษาศาลฎีกา พร้อมความเห็นทางวิชาการทุกด้าน และหลักกฎหมายต่างประเทศด้วย⁸

4. การเรียงคำพิพากษาจะไม่มีการยกตัวอย่างหรือเสริมข้อเท็จจริงนอกสำนวน

ตามหลักประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 ตอนต้น “การวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงในคดีใดจะต้องกระทำโดยอาศัยพยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น”

⁸ ศาลฎีกา. คู่มือปฏิบัติงานศาลฎีกา, กรุงเทพฯ : กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด, 2560 หน้า 77.

พยานหลักฐานในสำนวนคดีนั้น ก็จะเป็นตัวบอกว่าข้อเท็จจริงในคดีนั้นมีอยู่อย่างไรและเพียงใดบ้างนั่นเอง ซึ่งศาลจะอาศัยข้อเท็จจริงเพียงที่อยู่ภายในกรอบมาตรา 84 ก็คือข้อเท็จจริงที่อยู่ในสำนวนคดีนี้เท่านั้น ที่จะนำมาวินิจฉัยคดีได้

ต่างกับการเขียนตอบข้อสอบบรรยายที่มักจะต้องมีการยกตัวอย่างให้ผู้ตรวจเห็นอยู่เสมอ และการยกตัวอย่างก็คือการสมมติข้อเท็จจริงใหม่ขึ้นมานั่นเอง ซึ่งวิธีการยกตัวอย่างข้อเท็จจริงใหม่นี้ จะไม่กระทำในการเรียงคำพิพากษา คำพิพากษาจะกล่าวถึงแต่ข้อเท็จจริงที่นำสืบกันโดยคู่ความในศาลในคดีนั้นเท่านั้น

5. การเรียงคำพิพากษาจะไม่ตั้งคำถามหรือให้ข้อสังเกตเพิ่ม จะทำหน้าที่ตอบปัญหาเท่านั้น

ดังที่กล่าวแล้วว่า คำพิพากษาจะทำหน้าที่ตอบปัญหาแก่คู่ความในคดีนั้นเท่านั้น จึงไม่มีช่องสำหรับคำพิพากษาให้มาตั้งข้อสังเกตเพิ่มเติมต่อประเด็นที่วินิจฉัยไป เพราะคำพิพากษาต้องแสดงผลให้ชัดเจนจนไม่มีที่ให้ผู้พิพากษาต้องอธิบายคำพิพากษานั้นเพิ่มอีกแล้ว รวมทั้งคำพิพากษาก็ไม่อาจมีการตั้งคำถามใด ๆ นอกไปจากประเด็นที่ตั้งไว้ได้ เพราะตนมีหน้าที่ตอบปัญหาแก่คู่ความเท่านั้น ไม่มีหน้าที่หาปัญหา

แตกต่างกับการเขียนตอบข้อสอบบรรยาย ที่ผู้ตอบอาจให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ถามนั้นได้ หรืออาจตั้งคำถามที่น่าสนใจ เพื่อแสดงความช่างสังเกตของผู้ตอบได้ในบางสถานการณ์ ซึ่งการตั้งคำถามด้วยคำถามนี้ผู้ตอบต้องพิจารณาไปแต่ละกรณีว่าสามารถกระทำในข้อสอบข้อนั้นได้แน่หรือไม่ เพราะโดยหลักผู้ตอบมีหน้าที่ตอบ มิใช่ถามเว้นแต่ผู้ตอบตั้งคำถามไว้แล้วตอบคำถามนั้นเองด้วย ก็อาจจะไม่เกิดปัญหาอะไร

6. การเรียงคำพิพากษาจะไม่กระทบบุคคลอื่นนอกคดี และไม่วิพากษ์วิจารณ์

อีกสิ่งหนึ่งว่าการเรียงคำพิพากษาจะไม่กระทำคือ การประเมินคุณค่าโดยเฉพาะการวิพากษ์วิจารณ์ หรือการเขียนเชิงตำหนิ คำพิพากษาจะไม่ไปกล่าวถึงวิพากษ์วิจารณ์ให้กระทบบุคคลหนึ่งบุคคลใด แม้แต่คู่ความในคดีนั้นเองก็ตาม เช่น ไม่พึงเขียนว่า “พยานจำเลยเบิกความโดยไม่ตั้งอยู่ในความสัตย์จริง ข้ออ้างของพยานจำเลยที่ว่า ในวันเวลาและสถานที่เกิดเหตุตามฟ้องจำเลยไปทำธุระอยู่ที่อื่นนั้น ไม่น่าเชื่อถือเพราะเป็นการเบิกความเท็จของพยาน” แม้ศาลจะเชื่อว่าเป็นเช่นนั้นจริงก็ไม่พึงเขียนลงไปแบบนั้น เพราะอาจเป็นเหตุให้พยานจำเลยคนนั้นถูกฟ้องฐานเบิกความเท็จในภายหลังโดยคำพิพากษานี้นี้อาจถูกใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีหลังนั้นได้ ซึ่งไม่ใช่จุดมุ่งหมายของการเขียนคำพิพากษานี้เลย การเขียนคำพิพากษานี้ อาจทำได้เพียงทำนองว่า “ที่พยานจำเลยเบิกความมานั้นเป็นคำเบิกความที่ไม่สอดคล้องกับพยานจำเลยปากอื่นที่จำเลยนำสืบมา จึงไม่น่าเชื่อถือ” หรือ

อย่างมากอาจจะบอกได้เพียงว่า “พยานปากนี้เคยให้การในชั้นสอบสวนไว้อย่างหนึ่ง แต่เบิกความในชั้นพิจารณาของศาลอีกทางหนึ่ง จึงเป็นการเบิกความไม่อยู่คู่บาร้องกับรอยซึ่งไม่น่าเชื่อถือ” เท่านั้น ทั้งคำพิพากษาจะไม่ฟังกล่าวถึงบุคคลที่ไม่เกี่ยวข้องกับคดีเพราะอาจก่อผลเสียแก่เขาได้โดยใช้เหตุ อย่างที่ปรากฏข้อควรระวังในการตรวจร่างคำพิพากษาว่า ระวังอย่าให้มีการใช้ถ้อยคำหรือวินิจฉัยเป็นการเปิดช่องให้มีการฟ้องคดีอาญาแก่คู่ความหรือพยานอันเนื่องมาจากคำวินิจฉัยนั้น หรือให้มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายทางแพ่งในภายหลัง อันเนื่องจากข้อวินิจฉัยที่เปิดช่องไว้ เว้นเสียแต่จะเป็นประเด็นโดยตรงในคดี⁹

แตกต่างกับข้อสอบที่ให้วิเคราะห์หรือวิจารณ์ เพราะโดยสภาพของการวิเคราะห์วิจารณ์นั้น จะต้องมีการประเมินคุณค่าอยู่เสมอ ๆ ผู้ตอบไม่สามารถหลีกเลี่ยงการประเมินคุณค่าไปได้ ไม่ว่าจะเป็นการประเมินตัวบุคคล ประเมินข้อกฎหมาย หรือประเมินคำวินิจฉัยของศาลก็ตามที และบางกรณีผู้ตอบอาจต้องกล่าวถึงบุคคลอื่นโดยไม่มีข้อจำกัด เพื่อทำการเปรียบเทียบบุคคลในข้อสอบและบุคคลอื่นสำหรับการวิเคราะห์ปัญหาในข้อสอบด้วยนั่นเอง ข้อต่างกันจึงมีอยู่ตรงนี้ด้วย

สรุป

การเลือกใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์นั้น มีหลายรูปแบบให้เลือกหยิบใช้ไปตามสถานการณ์ที่ต่างกัน มีทั้งเหตุผลที่ปรากฏชัดจากตัวบทกฎหมายและที่อยู่เบื้องหลังตัวบทกฎหมายนั้น ๆ ทั้งรูปแบบหรือวิธีการให้เหตุผลเพื่อตอบปัญหาในแต่ละเรื่องนั้นก็มีความแตกต่างกัน แต่ก็มักจะต้องผสมผสานวิธีการต่าง ๆ เข้าด้วยกันโดยดูความหนักเบาของแต่ละประเด็นว่าต้องตอบแต่ละเรื่องมากน้อยเพียงใด อย่างไรก็ดี แม้การเขียนตอบข้อสอบกฎหมายให้ดีจะเป็นฐานในการเขียนคำพิพากษาของผู้พิพากษาอย่างมาก แต่ก็มีข้อจำกัดหรือกรอบบางประการที่ทำให้การให้เหตุผลในคำพิพากษาของศาลไม่อาจกระทำได้อย่างเสรีแบบการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในมหาวิทยาลัย อันเนื่องมาจากกรอบอำนาจตุลาการของศาลนั่นเอง

“ขอฝากถึงน้อง ๆ นิสิตนักศึกษากฎหมาย”

การหมั่นเพียรเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในชั้นมหาวิทยาลัยให้ดี จะเป็น “รากฐานที่มั่นคงที่สุด” สำหรับการสร้างทักษะการเรียงคำพิพากษาเมื่อท่านได้เข้าสู่วิชาชีพตุลาการ รวมทั้งการเขียนคำคู่ความและเอกสารสำคัญทุกประเภทของพนักงานอัยการและทนายความ จึงขอให้ท่านขยันฝึกฝนเขียนตอบให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ และผลลัพธ์จะดียิ่งขึ้นหากท่านขอให้ท่านอาจารย์ในมหาวิทยาลัยของท่านช่วยตรวจและชี้แนะจุดบกพร่องต่าง ๆ แล้วภาวระ

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 82.

ของท่านในชั้นหลังมหาวิทยาลัยจะไม่ใช่เรื่องการเรียบเรียงคำตอบอีกต่อไป คงเหลือแต่เพียง
การทำความเข้าใจและร้อยรัดมวลความรู้ต่าง ๆ ให้เข้าถึงกันให้ได้ เพื่อให้ท่านประสบ
ความสำเร็จสูงสุดในการศึกษาวิชากฎหมายในอนาคตครับ

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะ สู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์*

The Civil Law System : From the Twelve Tables
to the Thai Civil and Commercial Code

พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด**
Ponpawit Pankhamkerd

บทคัดย่อ

หนังสือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เขียนโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน เป็นหนังสือที่แสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เชื่อมโยงพัฒนาการตั้งแต่ในช่วงเวลาแห่งอาณาจักรโรมันกับการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยไว้อย่างแยบคาย พร้อมอ้างอิงเอกสารทางวิชาการที่น่าเชื่อถือเป็นจำนวนมาก อีกทั้งยังสอดแทรกองค์ความรู้ใหม่ ๆ ทั้งในแง่ของประวัติศาสตร์และตัวบทกฎหมายไว้อีกเป็นจำนวนมาก หนังสือเล่มนี้จึงถือเป็นหนึ่งในหนังสือที่ผู้ซึ่งประสงค์จะศึกษาและทำความเข้าใจประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อย่างลึกซึ้งควรมีไว้เพื่อประกอบการศึกษาต่อไป

คำสำคัญ : ระบบกฎหมายซีวิลลอว์, กฎหมายสิบสองโต๊ะ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

* วันที่รับบทความ (received) 21 พฤษภาคม 2562, วันที่แก้ไขบทความ (revised) 31 พฤษภาคม 2562, วันที่ตอบรับบทความ (accepted) 31 พฤษภาคม 2562

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 66, ผู้ช่วยผู้พิพากษา รุ่นที่ 66 (สนามใหญ่), ประกาศนียบัตรศึกษากฎหมาย ภาคฤดูใบไม้ผลิ ณ มหาวิทยาลัยพาสา เซา สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประจำปี 2555 และประกาศนียบัตรอบรมกฎหมายเยาวชนและครอบครัว ณ มหาวิทยาลัยนิวยอร์ก สหรัฐอเมริกา

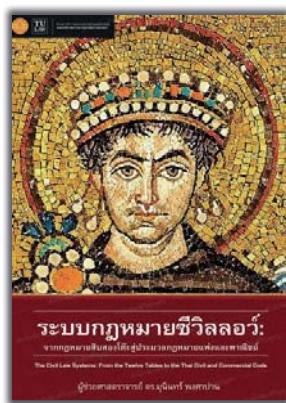
ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

Abstract

The Civil Law System : From the Twelve Tables to the Thai Civil and Commercial Code written by Assistant Professor Dr. Munin Pongsapan is the book which shows the subtlety evolution of the Civil Law system and the linkage between the development of the early period of the Roman Empire and the bill of the Thai Civil and Commercial Code. There are many reliable academic document references in this book. It also includes new bodies of knowledge, both in terms of history and positive law. This book, therefore, is considered as one of the books which should be had by people who desire to study and understand the Thai Civil and Commercial Code in depth.

Keywords : Civil law system, the Twelve Tables, the Thai Civil and Commercial Code

ผู้แนะนำได้รับมอบหมายจากท่านบรรณาธิการให้เรียบเรียงคอลัมน์ “แนะนำหนังสือกฎหมาย” จึงได้คัดเลือกหนังสือกฎหมายไทยที่น่าสนใจในช่วงนี้ ได้แก่ “ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”¹ ท่านผู้เขียนคือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน



ท่านผู้เขียนสำเร็จศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์ และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต

¹ หนังสือ “ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มุนินทร์ พงศาปาน ฉบับพิมพ์ครั้งแรก (เมษายน 2562) โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน ขนาด A5 หนา 305 หน้า ราคา 180 บาท

จากมหาวิทยาลัยเอเดินบะระ สหราชอาณาจักร เป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำศูนย์กฎหมายแพ่ง และศูนย์กฎหมายนิติศึกษาทางสังคม ประวัติศาสตร์ และปรัชญา ปัจจุบันดำรงตำแหน่งคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ วิชาหลักที่รับผิดชอบ เช่น วิชาความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย กฎหมายลักษณะหนี้และสัญญา ประวัติศาสตร์กฎหมาย และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ทั้งมีผลงานวิชาการที่เกี่ยวข้องกับสาขากฎหมายเอกชน กฎหมายเปรียบเทียบ รวมถึงประวัติศาสตร์กฎหมาย ท่านผู้เขียนจึงเป็นผู้มีความรู้เชี่ยวชาญชั้นเลิศในเนื้อหาของหนังสือเล่มนี้ทีเดียว

ท่านผู้เขียนอธิบายว่า ผู้เขียนตั้งใจที่จะให้ข้อมูลในภาพกว้าง ๆ ของพัฒนาการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จากจุดเริ่มต้นคือกฎหมายโรมัน ไปจนถึงการเกิดขึ้นของระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย โดยพัฒนาการนี้กินเวลากว่า 2,500 ปี ทั้งยืนยันความสำคัญของการศึกษาระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไว้ในคำนำของหนังสือเล่มนี้ว่า การที่เรารู้วาระบบกฎหมายไทยคือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เปรียบได้กับการที่เราทราบว่าคุณพ่อคุณแม่ของเราชื่ออะไร แต่การที่เรารู้วาระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีความเป็นมาอย่างไร เปรียบได้กับการที่เรารู้พื้นเพของบรรพบุรุษของเรา ถ้าเราไม่รู้ เราก็คงไม่ตาย แต่เราอาจจะรู้สึกอับอาย นอกจากนี้ประวัติศาสตร์กฎหมายมีประโยชน์ในการค้นหา “อัตลักษณ์” (identity) ของระบบกฎหมาย และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะช่วยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้นักกฎหมายใช้และตีความกฎหมายได้อย่างมีเหตุผลและเป็นธรรม²

ปัจจุบันนี้ ตามท้องตลาดหนังสือกฎหมายไทย ผู้แนะนำพบว่าหนังสือที่อธิบายกฎหมายโรมันได้อย่างมีมาตรฐานสูงมีตัวอย่างเช่น หนังสือทั้ง 3 เล่มคือ “หลักกฎหมายโรมันเบื้องต้น” “วิวัฒนาการของกฎหมายโรมัน” และ “กฎหมายเอกชนเปรียบเทียบเบื้องต้น : จารีตโรมันและแองโกลแซกซอน” ของศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย อัจฉริยะบุคคลผู้เป็นตำนานที่ยังมีชีวิตของประเทศไทย และหนังสือ “คำอธิบายความรู้กฎหมายเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายเอกชนโรมัน” ของศาสตราจารย์ ดร.ศนันท์กรณ์ โสทธิพันธุ์ เท่านั้น จึงนับได้ว่าการประพันธ์หนังสือ “ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโต๊ะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ของท่านผู้เขียนจึงเป็นการปลูกให้แฉวงตำรากฎหมายโรมันได้ฟื้นคืนขึ้นอีกครั้งหนึ่ง

เมื่อ 10 ปีที่แล้ว ผู้แนะนำเอง ได้มีโอกาสเรียนวิชากฎหมายโรมันเบื้องต้น (น.267) ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กับผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.หัสวุฒิ วิจิตวิริยกุล เมื่อปี 2552 (ก่อนที่ท่านจะดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดในเวลาต่อมา) ทำให้พบข้อสำคัญว่า การศึกษากฎหมายโรมัน หรือวิธีคิดทางนิติศาสตร์ของโรมัน (*römanisches Rechtsdenken*) นั้น ไม่ใช่เรียนเพียงเพื่ารู้เพียงว่า “หลักกฎหมายโรมันนั้นว่าอย่างไรบ้าง?”

² โปรดดูคำนำ

เพราะการศึกษากฎหมายโรมันไม่เหมือนการศึกษาของเก่า (antiquarianism) ไม่เหมือนกับการศึกษาภาษาละตินซึ่งเป็นของที่ตายแล้ว เนื่องด้วยวิธีคิดทางนิติศาสตร์โรมันไม่ได้ย่ำอยู่ที่เดิม แต่เป็นสิ่งที่มีชีวิตชีวา เมื่อสถาบันสังคมและการเมืองเปลี่ยนแปลงไปก็สมควรที่เราจะเอาใจใส่ว่า จะนำหลักกฎหมายโรมันและวิธีคิดของนักกฎหมายโรมันนั้นมาปรับใช้อย่างไร ดังนั้น การศึกษากฎหมายโรมัน จึงเป็นการศึกษาวิธีการคิดที่จะรู้จักการแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบ มีขั้นตอน นักกฎหมายโรมันจึงเป็นคนคิดละเอียดลออด้วยเหตุผล และช่างคิด ไม่แก้ปัญหาด้วยการทำลายสิ่งหนึ่ง เพื่อที่จะเอาอีกสิ่งหนึ่งด้วยวิธีแบบกำปั้นทุบดิน แต่เป็นการศึกษาอย่างที่ว่า Roscoe Pound กล่าวว่า เป็น Social Engineering หรือเป็น วิศวกรรมศาสตร์ สังคม เลยกี่เดียว ผู้แนะนำจึงชื่นชอบการศึกษาวิชากฎหมายโรมันมากจนกระทั่ง สอบได้คะแนนสูงสุดในชั้นเรียนและเห็นถึงความสำคัญที่จะแนะนำหนังสือเล่มนี้ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน ซึ่งอธิบายพัฒนาการของกฎหมายโรมันโดยละเอียด พิศดารให้นักกฎหมายทุกท่านได้หามาอ่านกันเพื่อทำความเข้าใจระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายของไทยเราเอง

หนังสือเล่มนี้ให้ข้อมูลเรื่องพัฒนาการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในเชิงกว้าง ตั้งแต่กฎหมายโรมัน จนกระทั่งระบบกฎหมายสมัยใหม่ของไทย นานกว่า 2,500 ปี และในเชิงลึก โดยมีแหล่งอ้างอิงที่เชื่อถือได้พร้อมนำเสนอรายละเอียดที่ครบถ้วนน่าติดตาม

โครงสร้างของหนังสือเล่มนี้ แบ่งออกได้เป็น 3 ภาค รวม 11 บท ได้แก่

บทที่ 1 บทนำ

ภาค 1 กฎหมายโรมัน

บทที่ 2 บ่อเกิดของกฎหมายโรมัน : บทนี้จะแสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายโรมันในแต่ละยุคสมัย

บทที่ 3 กฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติโรมัน : พัฒนาการกฎหมายวิธีสบัญญัติและกฎหมายสารบัญญัติในภาพรวม

บทที่ 4 ประมวลกฎหมายของจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis) : ประมวลกฎหมายนี้เป็นแหล่งข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมายโรมันที่สำคัญที่สุดซึ่งยุโรปนำมาใช้เป็นฐานความคิดในการพัฒนาหลักกฎหมายสมัยใหม่ขึ้นมา

ภาค 2 Ius Commune

บทที่ 5 การฟื้นคืนชีพของกฎหมายโรมันและสำนักศึกษากฎหมายโรมันในอิตาลี : ว่าด้วยการค้นพบ Digest ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายของจัสติเนียนทำให้อิตาลีกลายเป็นศูนย์กลางการฟื้นฟูการศึกษากฎหมายในช่วงคาบเกี่ยวกับยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา ทำให้เกิดกฎหมายสามัญแห่งยุโรป (*Ius Commune*)

บทที่ 6 กฎหมายโรมันในยุโรปในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ถึง 18 : ว่าด้วยการศึกษากฎหมายโรมันท่ามกลางกระแสมนุษยนิยม (humanism) และการเกิดขึ้นของสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law)

บทที่ 7 การจัดทำประมวลกฎหมายสมัยใหม่ในยุโรปในคริสต์ศตวรรษที่ 18 และ 19 : ว่าด้วยการจัดทำร่างประมวลกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมนีภายใต้สำนักคิดต่าง ๆ รวมถึงผลลัพธ์ที่เกิดจากการร่างประมวลกฎหมายทั้งสองประเทศได้สำเร็จ

ภาค 3 การสร้างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในประเทศไทย

บทที่ 8 การปฏิรูปกฎหมายไทยภายใต้อิทธิพลตะวันตก : ว่าด้วยวิธีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยภายใต้สถานการณ์ทางการเมืองที่บีบคั้น

บทที่ 9 พระยามานวราชเสวีกับการสร้างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ในประเทศไทย : บทบาทและความเข้าใจผิดของพระยามานวราชเสวีในการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

บทที่ 10 ความเข้าใจผิดขั้นพื้นฐานในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น

บทที่ 11 บทส่งท้าย

การแบ่งโครงสร้างดังกล่าว ทำให้ผู้อ่านสามารถทำความเข้าใจตามเนื้อหาที่ถ่ายทอดตามลำดับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น และเข้าใจถึงเหตุและผลที่เกิดขึ้นในแต่ละบทนั้น ๆ ได้เป็นอย่างดี ทั้งท่านผู้เขียนได้อธิบายความสำคัญของการศึกษากฎหมายโรมันในฐานะที่เป็นรากฐานของระบบซีวิลลอว์ไว้อย่างชัดเจนและเห็นภาพชัด ซึ่งผู้แนะนำจะขอยกตัวอย่างเพียงบางประการ ดังนี้

ประการแรก ท่านผู้เขียนอธิบายว่า สำหรับคำว่า “ซีวิลลอว์” หรือ *ius civile* นั้น เดิมจะหมายถึงกฎหมายที่ใช้บังคับกับพลเมืองโรมันเท่านั้น (ส่วนกฎหมายที่ใช้กับคนต่างด้าวจะเรียกว่า *ius gentium* และกฎหมายที่พัฒนามาจากประกาศของฝ่ายบริหาร เป็นส่วนเสริมของ *ius civile* กับ *ius gentium* และช่วยให้กฎหมายโรมันพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่ง) ต่อมาในยุคกลาง คำว่าซีวิลลอว์นี้ ถูกใช้เพื่อหมายถึงกฎหมายโรมันเพื่อแสดงความแตกต่างกับกฎหมายศาสนจักร (canon law) จนกระทั่งปัจจุบัน คำว่าซีวิลลอว์ถูกใช้ในความหมายของกฎหมายเอกชน³

ส่วนคำว่า “ระบบกฎหมายซีวิลลอว์” นั้น หมายถึงระบบกฎหมายที่มีลักษณะเด่น 3 ประการ ได้แก่ หลักกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่พัฒนามาจากกฎหมายโรมัน กฎหมายลายลักษณ์อักษรต้องเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายที่สำคัญที่สุด และเป็นระบบกฎหมายที่มักจัดทำประมวลกฎหมาย ฉะนั้น ระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากกฎหมายโรมันโดยประกอบด้วย

³ โปรดดูหน้า 33 และ 75-78

ลักษณะสำคัญดังกล่าวเท่านั้น จึงจะจัดว่าเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁴ โดยท่านผู้เขียนอธิบายในความต่อมาว่า ภายหลังจากเกิดขึ้นของกฎหมาย 12 โต๊ะ ซึ่งนับว่าเป็นจุดเริ่มต้นของกฎหมายโรมัน กฎหมายจารีตประเพณีไม่ได้รับการยอมรับว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย ในขณะนั้น ทำให้ทัศนคติในการยอมรับว่ากฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดเริ่มเป็นส่วนหนึ่งของวัฒนธรรมกฎหมายโรมันและถูกส่งต่อไปพร้อมกับกฎหมายโรมัน จนชาติใดที่รับเอากฎหมายโรมันยอมรับเอาทัศนคตินี้ไปด้วย และกล่าวได้ว่า การที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่สำคัญที่สุดหรือไม่เป็นข้อพิจารณาสำคัญของการเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์⁵

สำหรับระบบกฎหมายไทยมีลักษณะทั้ง 3 ประการครบถ้วน ได้แก่ 1) หลักกฎหมายเอกชนไทยปัจจุบันมีที่มาจากกฎหมายโรมันโดยรับผ่านทางกฎหมายเยอรมัน ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น เป็นต้น 2) กฎหมายไทยถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดแรกและสำคัญที่สุดดังที่บัญญัติหลักการนี้ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 และ 3) ไทยมีประมวลกฎหมายเอกชนซึ่งจัดทำตามแบบโครงสร้างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยเพิ่มเติมบรรพ 3 คือเอกเทศสัญญาเข้าไปด้วย เช่นนี้ ระบบกฎหมายไทยจึงกลายเป็นระบบซีวิลลอว์โดยสมบูรณ์เมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 ซึ่งหลักกฎหมายส่วนใหญ่ได้รับการพัฒนามาจากกฎหมายโรมัน เหตุนี้ การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไทยจึงไม่อาจหลีกเลี่ยงการศึกษาพัฒนาการของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ซึ่งมีรากฐานมาจากกฎหมายโรมันไปได้⁶

ตัวอย่างที่ผู้แนะนำเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยรับเอาหลักกฎหมายโรมันเข้ามา เช่น

ก. การแบ่งประเภทของทรัพย์สิน ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินโรมัน แบ่งแยกทรัพย์สินออกเป็น

- ทรัพย์สินมีรูปร่างกับทรัพย์สินไม่มีรูปร่าง เป็นที่มาของ ป.พ.พ. มาตรา 137 และมาตรา 138

- ทรัพย์สินของแผ่นดินกับทรัพย์สินของเอกชน เป็นที่มาของ ป.พ.พ. มาตรา 143 มาตรา 1304 มาตรา 1305 มาตรา 1318 และมาตรา 1319 เป็นต้น

- สंहारิมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ เป็นที่มาของ ป.พ.พ. มาตรา 139 และมาตรา 140

- สังกมทรัพย์และอสังกมทรัพย์ เป็นที่มาของ ป.พ.พ. มาตรา 102 (เดิม)

⁴ โปรดดูหน้า 36-37

⁵ โปรดดูหน้า 67-68 และ 92

⁶ โปรดดูหน้า 53-56

- ททรัพย์สินที่ถูกควบคุมกับทรัพย์สินที่ไม่ถูกควบคุม เป็นที่มาของบทบัญญัติในเรื่องแบบแห่งนิติกรรมทั้งหลาย

ข. หลักกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ การครอบครอง และภาระจำยอม

ค. หลักกฎหมายเรื่องหนี้และสัญญา เช่นหลักเจตนา (สำคัญผิด กลฉ้อฉล ข่มขู่) ความสามารถ การพ้นวิสัย หลักสัญญาผูกพันเฉพาะคู่สัญญา เป็นต้น⁷

ข้อสังเกตประการสำคัญคือท่านผู้เขียนชี้ให้เห็นชัดว่า **คำกล่าวที่ว่า ระบบกฎหมายซีวิลลอว์บัญญัติในรูปประมวลกฎหมายและระบบคอมมอนลอว์ไม่ได้บัญญัติให้อยู่ในรูปประมวลกฎหมายนั้น เป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน** เพราะประเทศฝรั่งเศสก็ได้ชื่อว่าใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก่อนที่จะมีประมวลกฎหมายด้วยซ้ำ ส่วนมลรัฐแคลิฟอร์เนียในสหรัฐอเมริกา แม้มีประมวลกฎหมายก็ยังไม่จัดว่าอยู่ในระบบกฎหมายซีวิลลอว์เลย⁸

ประการที่สอง ท่านผู้เขียนอธิบายลักษณะของกฎหมายโรมันว่า พัฒนาการของกฎหมายโรมันเกิดจากประชาชนชาวโรมันให้ความสำคัญและความสนใจการดำเนินชีวิตปกติประจำวันและการมีจิตสำนึกของความยุติธรรม และนักกฎหมายโรมันโดยเฉพาะอย่างยิ่งช่วงยุคทองของกฎหมายโรมัน (ประมาณ 250 ปีแรกของสมัยจักรวรรดิโรมัน) ซึ่งรู้จักกันในชื่อ ยุคคลาสสิก (classical period of the Roman law) ช่วยให้ความต้องการของชาวโรมันเป็นจริงด้วยการสร้างระบบกฎหมายที่สะท้อนความสัมพันธ์ของผู้คนในชีวิตประจำวัน ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ในทางเอกชน และเป็นระบบเหตุผลที่สะท้อนความสามารถในการใช้สติปัญญาขั้นสูงของมนุษย์⁹ ท่านผู้เขียนจึงได้อธิบายต่อไปว่า **หลักกฎหมายโรมันส่วนใหญ่ที่กลายเป็นรากฐานของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เป็นผลิตผลทางสติปัญญาอันล้ำเลิศของนักกฎหมายโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคคลาสสิกซึ่งเป็นยุคทองของกฎหมายโรมัน** ด้วยเหตุนี้ กฎหมายโรมันส่วนใหญ่จึงมีลักษณะของ**กฎหมายของนักกฎหมาย (lawyer's law)**¹⁰ ซึ่งคำอธิบายในส่วนนี้อาจเชื่อมโยงได้กับคำอธิบายทฤษฎีกฎหมายสามชั้นของศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ที่ว่า กฎหมายของนักกฎหมาย (Juristenrecht) เป็นกฎหมายที่เกิดจาก **เหตุผลปรุงแต่งของนักกฎหมาย (Artificial Juristic Reason)** ก่อวิีคิดหาเหตุผลแบบนิติศาสตร์อย่างละเอียดลึกซึ้ง แยกออกจากศีลธรรมและจารีตประเพณี เช่น The Right of the First Taker, การครอบครองปรปักษ์, อายุความ ฯลฯ เกิดกระบวนการยุติธรรมที่ถูกฝึกและวิชาชีพนิติศาสตร์ นั่นเอง

⁷ โปรดดูหน้า 114-128

⁸ โปรดดูหน้า 34

⁹ โปรดดูหน้า 39

¹⁰ โปรดดูหน้า 46

ประการที่สาม ท่านผู้เขียนอธิบายความสำคัญของประมวลกฎหมายของจัสติเนียน (Corpus Iuris Civilis) ว่า เหตุที่กฎหมายโรมันได้รับความนิยมและได้รับการศึกษาอย่างแพร่หลาย เป็นเพราะคุณภาพการของประมวลกฎหมายของจัสติเนียน ที่รวบรวมเอาหลักกฎหมายโรมันซึ่งส่วนใหญ่ได้รับการพัฒนาในช่วงยุคทอง การค้นพบประมวลกฎหมายของจัสติเนียนโดยเฉพาะส่วน Digest ไม่เพียงทำให้โลกได้รู้จักกฎหมายโรมัน แต่ยังได้ทราบถึงสภาพสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของชาวโรมัน ซึ่งเปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย และยังช่วยให้นักประวัติศาสตร์แกะรอยตามหาเอกสารที่ถูกอ้างอิงในประมวลกฎหมายฉบับนี้ได้อีกเป็นจำนวนมาก¹¹ อย่างไรก็ดี เมื่อเวลาผ่านไป ในสายตาของนักกฎหมายสำนักกฎหมายธรรมชาติ มองว่าประมวลกฎหมายของจัสติเนียนเป็นเพียงแหล่งข้อมูลที่สำคัญยิ่งที่นักกฎหมายจะแสวงหาหลักกฎหมายธรรมชาติหรือเหตุผลสากลที่นักกฎหมายจะต้องทำให้พบ กล่าวคือมองว่าเป็น “คัมภีร์แห่งเหตุผล (ratio scripta)” มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายที่สามารถบังคับใช้ได้โดยตรงในบ้านเมือง ทศนคติเช่นนี้จึงทำให้กฎหมายโรมันเริ่มถูกมองเป็นมรดกตกทอดจากสมัยโบราณเท่านั้น และเริ่มศึกษากฎหมายของชาติตัวเองในฐานะที่เป็นระบบกฎหมายที่เป็นอิสระจากกฎหมายโรมัน นี่เองที่อาจถือเป็นจุดเริ่มต้นของการเกิดขึ้นของระบบกฎหมายสมัยใหม่ และกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมาย โดยเฉพาะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code Napoleon) ซึ่งนับเป็นผลผลิตของการตกลึกทางความคิดของสำนักกฎหมายธรรมชาติและการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789¹²

ประการที่สี่ ท่านผู้เขียนอธิบายการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันว่า Friedrich Carl von Savigny หรือชาวิณญู ศาสตราจารย์กฎหมายชาวเยอรมัน ผู้นำสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย เห็นว่า “กฎหมายเป็นจิตวิญญาณของประชาชาติ (Volksgeist)” โดยกฎหมายค่อย ๆ พัฒนาไปโดยตัวมันเอง ภายใต้อิทธิพลจากปัจจัยต่าง ๆ ภายในสังคม ไม่ได้เกิดจากเจตจำนงของผู้มีอำนาจในรัฐ และชาวิณญูเสนอให้การร่างประมวลกฎหมายในเยอรมันควรจะถูกเลื่อนออกไปจนกว่าพัฒนาการของกฎหมายเยอรมันจะถึงจุดที่คนทั่วไปมีความตระหนักรู้ที่ดีและจนกว่าจะรู้แน่ว่าคนในสังคมต้องการอะไร ชาวิณญูและสำนักประวัติศาสตร์กฎหมายให้ความสำคัญกับประมวลกฎหมายจัสติเนียนในฐานะที่เป็นต้นธารหรือรากเหง้าของกฎหมายเยอรมัน เพื่อสกัดหาหลักกฎหมายต้นแบบที่จะนำมาปรับใช้กับสังคมเยอรมัน ต่อมาเกิดกลุ่มศึกษากฎหมายชื่อ Pandectist ซึ่งพัฒนาโครงสร้างกฎหมายเอกชนดั้งเดิมของประมวลกฎหมายจัสติเนียน อันได้แก่ บุคคล ทรัพย์สิน และวิธีพิจารณาความแพ่ง แล้วจัดหมวดหมู่ของกฎหมายเอกชนใหม่ออกเป็น 5 เรื่อง ได้แก่ 1) บทบัญญัติทั่วไปที่สามารถใช้ได้กับเรื่องอื่น ๆ 2) หนี้ 3) ทรัพย์สิน 4) ครอบครัว และ 5) มรดก

¹¹ โปรดดูหน้า 129

¹² โปรดดูหน้า 185-187 และ 194

โครงสร้างแบบ Pandectist นี้กลายเป็นโครงสร้างการแบ่งบรรพของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งประกาศใช้ในปี ค.ศ. 1900 นับเป็นงานชิ้นเอกชิ้นสุดท้ายของการศึกษากฎหมายโรมันและปิดฉากกฎหมายโรมันในฐานะที่เป็นกฎหมายร่วมกันของยุโรป (*ius commune*) เพราะทำให้วิชานิติศาสตร์มุ่งเน้นไปที่การสร้างหลักการทั่วไปและจัดระบบหลักการและบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งยังเป็นต้นแบบให้กับการแบ่งบรรพของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นและประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย¹³

ประการที่ห้า ท่านผู้เขียนอธิบายว่า การจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยสมัยรัชกาลที่ 5 เกิดขึ้นอย่างรวดเร็วเพื่อรับมือลัทธิล่าอาณานิคมจากชาติตะวันตก เนื่องจากรัฐบาลต้องการสร้างระบบกฎหมายซีวิลลอว์ตามแบบยุโรป วิธีการที่ง่ายและรวดเร็วที่สุดในการสร้างระบบกฎหมายใหม่แทนกฎหมายไทยเดิม คือการรับหลักกฎหมายตะวันตกทั้งในรูปของการรับเอาหลักการ (*conceptual reception*) และการลอกถ้อยคำตัวอักษร (*copying*) หลักการสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 บรรพ 1 และ 2 คือการใช้โครงสร้างและเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นต้นแบบหลัก โดยใช้วิธีการคัดลอกแบบญี่ปุ่น รวมทั้งคัดลอกตัวบทจากประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นบางส่วนเนื่องจากในสายตาของพระยามานวราชเสวี บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นจะสะท้อนหลักกฎหมายเยอรมัน แต่ความจริงแล้วหลักการในประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมิได้ “ลอก” หรือถูกนำมาจากประมวลกฎหมายเยอรมันเท่านั้น แต่ได้ “สกัดหลัก” มาจากระบบกฎหมายหลายระบบ¹⁴ ซึ่งท่านผู้เขียนได้อธิบายรายละเอียดเชิงลึกถึงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในภาค 3 ไว้อย่างละเอียดและสนุกเลยทีเดียว

ประการที่หก ในหนังสือเล่มนี้ ท่านผู้เขียนยังได้ยกคำอธิบายของนักวิชาการชั้นนำอย่าง Konrad Zweigert และ Hein Kötz จากหนังสือ *An Introduction to Comparative Law* ที่ให้ข้อแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่น่าสนใจคือ วัฒนธรรมทางกฎหมายของกฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษเกิดจากการพัฒนาอย่างช้า ๆ จากคำพิพากษาหนึ่งไปสู่อีกคำพิพากษาหนึ่ง ถ้ากล่าวในเชิงประวัติศาสตร์กฎหมายคอมมอนลอว์อังกฤษเกิดจากกฎหมายของศาล (*case law*) ไม่ใช่กฎหมายบัญญัติ (*enacted law*) ดังนั้น กฎหมายคอมมอนลอว์มาจากศาล ในขณะที่กฎหมายซีวิลลอว์มาจากการศึกษากฎหมายโรมัน นักกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ในอังกฤษคือผู้พิพากษา ในขณะที่ภาคพื้นยุโรปคือศาสตราจารย์สอนกฎหมาย และนักกฎหมายในภาคพื้นยุโรปจะคิดแบบนามธรรม ในขณะที่

¹³ โปรดดูหน้า 199-204 และ 209-211

¹⁴ โปรดดูหน้า 213-214, 258 และ 289

นักกฎหมายอังกฤษจะคิดแบบรูปธรรม โดยพยายามมองให้เห็นภาพของสิ่งต่าง ๆ (think in pictures) เพื่อให้สามารถทำงานได้¹⁵

ความข้อนี้สอดคล้องกับข้อที่ท่านผู้เขียนอธิบายต่อมาภายหลังว่า แม้ว่ามหาวิทยาลัยออกฟอร์ดและมหาวิทยาลัยเคมบริดจ์จะถูกก่อตั้งขึ้นเพื่อศึกษากฎหมายโรมันและกฎหมายศาสนจักรตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 12 และ 13 แต่การสร้างและเรียนรู้กฎหมายคอมมอนลอว์กลับเกิดขึ้นที่ศาลคอมมอนลอว์ ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 14 สำนักศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภาอังกฤษก่อตัวขึ้นทำให้ระบบการศึกษากฎหมายคอมมอนลอว์ถือกำเนิดขึ้นและยังร่วมกับศาลคอมมอนลอว์สร้างเกราะคุ้มกันไม่ให้กฎหมายอังกฤษกลายเป็นระบบกฎหมายซีวิลลอว์ไป ดังนี้ อิทธิพลของกฎหมายโรมันในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษจึงมีน้อยมากเพราะอังกฤษสร้างกลไกในการแปรรูปกฎหมายโรมันเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายในแนวทางของตัวเองและอย่างซ่อนเร้น ต่างกับกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมันโดยตรงและอย่างเปิดเผย¹⁶

นอกจากข้อดังกล่าวแล้ว ท่านผู้เขียนก็ได้อธิบายโดยอ้างอิงจากหนังสือวิชาการต่างประเทศและไทยจำนวนมาก อันเป็นเครื่องยืนยันได้ว่าหนังสือเล่มนี้ผ่านการค้นคว้าทางวิชาการโดยละเอียดลออมาแล้วอย่างดีเยี่ยม และยังมี “สารบัญคั่นเรื่อง” ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ให้ผู้อ่านสามารถค้นหาเฉพาะเนื้อหาที่สนใจได้โดยสะดวก

โดยสรุปแล้ว ผู้แนะนำชื่นชอบและเชิญชวนให้นักกฎหมายไทยทุกท่านได้อ่านหนังสือเล่มนี้เพราะเป็นหนังสือที่เรียบเรียงข้อมูลทางประวัติศาสตร์กฎหมายที่กระจัดกระจายมาร้อยรัดเข้าไว้ด้วยกันจนทำให้ได้รับรู้เรื่องราวประวัติศาสตร์อย่างสนุก และได้ข้อความคิดว่าด้วยระบบกฎหมายซีวิลลอว์ที่ชัดเจน

ด้วยเหตุนี้ หนังสือ “ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ : จากกฎหมายสิบสองโตะสู่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน จึงประกอบด้วยลักษณะของหนังสือวิชาการที่มีมาตรฐานสูง และมีคุณค่าแก่การอ่านเพื่อทำความเข้าใจระบบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยได้อย่างลุ่มลึกมากที่สุด

¹⁵ โปรดดูหน้า 41-43

¹⁶ โปรดดูหน้า 44-49

คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่าน้ำกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม. และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า
6. มีความยาวของเนื้อหาไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่กึ่งกลางของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา และให้กำกับด้วยสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ทั้งนี้ ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าตามจำนวนผู้เขียน โดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ** และ **Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความในบทคัดย่อและ Abstract ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ** และ **Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวข้อ** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย
6. **เนื้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
7. **ตัวเลข** ให้ใช้เลขอารบิกทั้งในกรณีเขียนเป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ
8. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้*

* / แทนการเว้นระยะห่าง 1 เคาะ

หนังสือ หรือตำรา

ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่างที่ 1: จิตติ ดิงศภักดิ์, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

ตัวอย่างที่ 2: หยุต แสงอุทัย, (ทวิเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: รมณกรณ์ บุญมี, “การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ,” **วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 46, 3 (กันยายน 2560): 647-663.

วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 108.

รายงานวิจัย

ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: อานนท์ มาเม้า, สถานะทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 88.

สารสนเทศบน Internet

ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์], วันเดือนปีที่อ้างอิง./แหล่งที่มาของข้อมูล.

ตัวอย่าง: ญัฐกร วิทิตานนท์, การลอบสังหารในการเมืองอเมริกัน [ออนไลน์], 5 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

บทในหนังสือ หรือบทในตำรา

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/...,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ “ขึ้นชื่อว่าวิทยานิพนธ์ ทุกคนสามารถทำได้” ใน ยากยิ่งสิ่งเดียว วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลายทฤษฎี, บรรณาธิการโดย คณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิคัโปลออก” ไทยรัฐ, 29 มกราคม 2561, หน้า 11.

เอกสารอื่น ๆ

ชื่อหน่วยงาน, / “ชื่อเอกสาร,” / วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” 5 กุมภาพันธ์ 2561.

สัมภาษณ์บุคคล

ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์, / ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี), / สัมภาษณ์, / วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: วันชัย ศิริชนะ, อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, สัมภาษณ์, 5 กุมภาพันธ์ 2561.

กรณีอ้างอิงซ้ำ

(1) ถ้าไม่มีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

หากเป็นเอกสารภาษาไทยให้ใช้คำว่า “เรื่องเดียวกัน” ถ้าเป็นเอกสารภาษาต่างประเทศให้ใช้คำว่า “Ibid.”

อนึ่ง ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกันนั้นมาจากเลขหน้าที่ต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไว้ด้วย เช่น “เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.” หรือ “Ibid., Page 9.”

(2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

¹ จิตติ ติงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

²
.....

³ จิตติ ติงศภัทัย, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 18.

หมายเหตุ :

(1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิชญ์ เครื่องาม และคนอื่น ๆ,”

(2) หากไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี ให้เลื่อนรายการอื่น ๆ ขึ้นมาแทน

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์./สำนักพิมพ์./ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย/ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์./สำนักพิมพ์./ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน/ชื่อเรื่อง./บรรณาธิการโดย/ชื่อบรรณาธิการ./เลขหน้า./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์./สำนักพิมพ์./ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก./ฉบับที่ออก/(เดือนที่พิมพ์/ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร./วันเดือนปี./เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์./สาขาวิชาหรือภาควิชา./คณะ./ชื่อสถาบัน./ปีพิมพ์.
- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย. สถานที่พิมพ์./สำนักพิมพ์./ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์./วันเดือนปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่./วันเดือนปี.
- ชื่อผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์]./แหล่งที่มา:/.../ปีที่อ้างอิง/(เดือนที่อ้างอิง, วันที่อ้างอิง).

หลักเกณฑ์อื่น ๆ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน (รวมตลอดถึงการตีพิมพ์ในเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น หนังสืออาจารย์บูชา หนังสือรพี หนังสือพิมพ์ ฯลฯ และการเผยแพร่ในระบบออนไลน์ด้วย) อนึ่ง การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง

4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนบทความต้องจัดเตรียมต้นฉบับบทความตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับบทความอย่างเคร่งครัด

Submission Guidelines

Manuscript Format

1. Printed on A4 paper.
2. Printed with Microsoft Word for windows.
3. Printed by using font TH SarabunPSK.
4. Printed with the customized page layout: top 2.54 cm, bottom 2.54 cm, left 2.54 cm, and right 2.54 cm.
5. Printed with 1x line spacing.
6. Length of content shall not exceeding 30 pages (including bibliography).

Manuscript Preparation Details

1. The title centered on the page must be in both Thai and English. The first letter of the English title must be uppercase letter and 18 pt. bold.
2. The author's name must be in both Thai and English, aligned to the right side of the page, used 16 pt. bold letters, and marked with an asterisk (*) in order to identify the qualifications, academic positions. Please insert the details in the footnote at the bottom of the page in accordance with the number of authors and use TH SarabunPSK 14 pt. normal.
3. The term "abstract" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For content in the abstract, it must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal, with the first paragraph indented by 0.5 inches of the next line.
4. The term "Keywords" must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold. The selected keywords should be no more than three words aligned to the left edge of the page and typed with TH SarabunPSK 16 pt. normal.
5. The headline must be used TH SarabunPSK 16 pt. bold and aligned to the left edge of the page.
6. The contents must be used TH SarabunPSK 16 pt. normal with the Thai-style distribution. The first line of every paragraph must be indented 0.5 inches of the next line.

7. The numbers must be used in Arabic, in case of writing in both Thai and foreign languages.

8. The footnotes must be used TH SarabunPSK 14 pt. normal in the following format^{*}

Book or Textbook

Author,/Title,/Edition/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example 1: Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Division 2, Part 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

Example 2: Yut Sanguthai, (Twekiat Menakanist Editor), **Criminal Law Division 2-3**, 11th Edition (Bangkok: Thammasat University, 2013), Page 89.

Journal article

Author of Article,/“ Title of Article,”/Journal title/Year of journal,/Issue/(Month of publication Year of publication):/Page Number

Example: Ronnakorn Bunmee, “ Rape by deception: An Analysis of the Supreme Court Judgement 1 0 0 0 7 / 2 5 5 7 and other actions,” **Thammsat University Law Journal** 46, 3 (September 2017): 647-663.

Thesis

Author,/“ Thesis Title,”/(Thesis Level,/Subject, or Department,/Faculty,/Name of Institution,/ Year of publication),/Page Number.

Example: Chitchanok Phansuwan, “ Offense of rape and obscene: A study of the law of three sals to the Penal Code,” (Master thesis in Law Faculty of Law Faculty of Law Chulalongkorn University, 2005), Page 108.

^{*} / as pressing space bar 1 time

Research Report

Name of the Researcher,/Title of the Research Report,/Name of the Research Funding Organization/(Place of Publication:/Publisher,/Year of Publication),/Page Number.

Example: Arnon Mamout, **Property Status of the Office of the Welfare Promotion Commission for Teachers and Education Personnel**, Thammasat University (Bangkok: Thammasat University, 2017), Page 88.

Internet Resources

Author,/Title/[Online],Date Month Year of Reference./Source of Information.

Example: Nuttakorn Vititanon, **Assassination in American Politics** [Online], 5 February 2018. Source: <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

Chapter in a Book

Author,“ Title of the Article,” /in/Title,/Edited by/.../Edition/(Place of publication:/Publisher, /Year of Publication),/Page Number

Example: Wiwat Damrongkulnan “ Reputed as thesis everyone can do this” in **The hardest thing to do: legal thesis in various perspectives**, Edited by Kanapol Chanhom, 1st edition (Bangkok: Winyuchon, 2018), Page 140.

Article in Newspaper or Magazine

Author of the Article,/“ Name of the Article,” /Title of the Newspaper or Magazine,/Date Month Year,/Page Number.

Example: Thairath, “ The case of friend watch cause director of NIDA poll quit the job” Thairath, 29 January 2018, 2, Page 11.

Other Documents

Agency Name,/"Document Name,"/Date Month Year.

Example: Office of the Council of State, "Hearing on the Draft Amendment to Criminal Code (No. ...), B.E. ... (Sexual Offenses)," 5 February 2018.

Interview

Name of Interviewee,/Executive Position (If any),/Interview,/Date Month Year.

Example: Vanchai Sirichana, President of Mae Fah Luang University, interview, 5 February 2018.

Repeated reference

(1) If no other reference is made between them, the word "Ibid." shall be used.

Incidentally, if the same document comes from a different page number, please include such page numbers such as "Ibid., Page 9."

(2) If there are other references between them, the print location, publisher, and year of printing can be cut off. For instance,

¹ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, 8th Edition (Bangkok: The Bar Association, 2005), Page 9.

²

³ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, Page 18.

Note :

(1) If there are more than 3 authors, translators or editors, please include the words "and others" after the person's name, such as "Wisanu Kruangam and others,"

(2) If there is no name of author, translator or editor, please start with other details.

Bibliography

The word “bibliography” shall be centered on the page and used TH SarabunPSK 16 pt. bold. For the content, please use TH SarabunPSK 16 pt. normal in the following format:

- Author./Title./Edition/Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author./Title./Translated by/Translator./Place of Publication:/Publisher,/Year of publication.
- Author of the Article./“Title of the article.”/in/Title,/Edited by/Editor Name,/Page Number.
- Author of the Article./“Title of the article.”/Journal Title/Year of issue,/Issue/(Month of Publication/Year of Publication):/Page Number.
- Author of the Article./“Name of the Article.”/Name of the Newspaper or Magazine,/Month, Year/Page Number.
- Author of the Thesis./Thesis Level,/Department,/Faculty,/Name of Institution,/Year of Publication.
- Researcher Name/Research Title./Name of the Research Funding Organization/Place of publication:/Publisher,/Year of publication.
- Name of Agency./“Name of document.”/Date Month Year.
- Name of Interviewee./Executive Position (if any)./interview,/month.
- Name of Lecturer./“Subject of the Lecture.”/Name of the Conference and the Institution (If any)./Location,/Date Month Year.
- Author/Title/[online]./Source:/.../Reference year/(Reference month, Reference date).

Other guidelines

1. The manuscript submitted for publication must be an article that has never been published in any of the journals (including those published in other documents, such as Ajarya books, books, Raphi books, newspapers, and online publications). Republishing the article is the responsibility of the author.

2. The article submitted for publication must not in the process of reviewing in other journals.

3. The article submitted for publication must not cut or copy from any article, book, textbook, or research without permission or lack of proper reference.

4. The article submitted for publication must have academic value.

5. The author of the article must strictly prepare the manuscript according to the format and the details of the submission preparation.

ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงใน วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ

ตำแหน่งงาน หน่วยงาน

ขอส่ง ☐ บทความวิชาการ ☐ บทความวิจัย ☐ วิเคราะห์คำตัดสินศาล ☐ วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

☐ วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย ☐ ปกป้องกฎหมาย ☐ แนะนำหนังสือกฎหมาย ☐ อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ)

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร)

โทรศัพท์ โทรสาร โทรศัพท์มือถือ

E-mail

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้

☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว

☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น

☐ เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน

☐ ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่น
ภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ข้าพเจ้าส่งบทความนี้

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันเดือนปีที่ส่งบทความ...../...../.....

Manuscript Submission Form to Mah Fah Luang University Law Journal

To The Editor of Mah Fah Luang University Law Journal

I (Mr./Mrs./Miss).....

Academic Qualification Academic Position

Job Position Agency

Submit ☐ Academic Article ☐ Research Article ☐ Analysis of Judicial Decision

☐ Analysis of Legal Exam Question ☐ Analysis of Legal Opinion ☐ Legal Miscellaneous

☐ Law Book Recommendation ☐ Others

Title (in Thai)

.....

Title (in English)

.....

All Authors (in Thai)

.....

All Authors (in English)

.....

Corresponding Address (for journal delivery)

.....

.....

Phone Fax Mobile Phone

E-mail

I hereby certify that ☐ This article is solely my own work.

☐ This article is a work of mine and co-authors as stated above.

☐ This article has never been published.

☐ I will not submit this article for publication in other journals
within 60 days from the date that I submit this article.

(Sign).....

(.....)

Date Month Year of Submission...../...../.....