



**วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ปีที่ 3 ฉบับที่ 2**



*Mae Fah Luang University
Law Journal
Volume 3 Issue 2*



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 • กรกฎาคม - ธันวาคม 2563

Volume 3 Issue 2 • July - December 2020

ISSN: 1906-7739

วัตถุประสงค์

1. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงได้นำผลงานทางวิชาการในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของตนออกเผยแพร่สู่สาธารณชนในรูปแบบของบทความ
2. เพื่อเป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวสาร และการพัฒนาความร่วมมือทางด้านนิติศาสตร์และด้านอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องระหว่างมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงกับหน่วยงานอื่น ๆ ทั้งภาครัฐและภาคเอกชน
3. เพื่อเป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้าและการอ้างอิง

ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับผิดชอบบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกติกะกฎหมาย 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 ท่านต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ โดยผู้ทรงคุณวุฒิจะไม่ทราบชื่อของผู้เขียนบทความ และผู้เขียนบทความจะไม่ทราบชื่อของผู้ทรงคุณวุฒิ (double blinded)

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคณะภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

สำหรับบทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นั้น จะต้องเป็นบทความที่ได้รับการประเมินคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิทั้ง 2 ท่านในระดับ “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

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ
รองอธิการบดี มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเ้า
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

ราชบัณฑิต

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์

คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ผู้ทรงคุณวุฒิ*

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

ศาสตราจารย์ณรงค์ ใจหาญ

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัสวรรณ อุซุงค์อมร

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธีรวัฒน์ ขวัญใจ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุชิน กฤตลักษณ์วงศ์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อารีรัตน์ โกสิทธิ์

อาจารย์ ดร.ณัชชา สุขะวิธกุล

อาจารย์ ดร.ปิติ เอี่ยมจำรูญลาภ

อาจารย์ ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์

อาจารย์ ดร.รวินท์ ลีละพัฒนนะ

* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2563) ทั้งบทความที่ได้รับการตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน
อาจารย์อริศรา เหล็กคำ

พิสูจน์อักษร

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์
นางสาวประภากร แซ่เลี้ยง
นายเสกข์ แก้วนิล

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับผู้อ่านทุกท่าน พบกันอีกครั้งกับวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 3 ฉบับที่ 2 ซึ่งเป็นฉบับสุดท้ายของปีนี้ วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทความวิชาการ บทความวิจัย แนะนำหนังสือกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง รวมทั้งสิ้น 8 บทความ

ผมและกองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามและให้การสนับสนุนวารสารนิติศาสตร์ฯ เสมอมาตั้งแต่ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2561 จนถึงฉบับปัจจุบันในปี พ.ศ. 2563 สุดท้ายนี้ขอให้ผู้อ่านทุกท่านเพลิดเพลินกับทั้ง 8 บทความในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ สวัสดีครับ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิวรรธน์ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิชาการ (Academic Article)

- กฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครอง:
กรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่อ 15
Laws Related to Parental Standards: Child Neglect by Parents
ประภาภรณ์ โรจน์ศิริรัตน์
Prapaporn Rojsiriruch

บทความวิจัย (Research Articles)

- การปรับใช้แนวคิดเรื่อง “สินค้าที่เหมือนกัน” สำหรับกรณีของ
“การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน” ภายใต้ความตกลงทั่วไป
ว่าด้วยการค้าบริการ 35
The Application of the Concept Relating to “Like Product”
to the Case of “Like Services and Service Suppliers” under
The General Agreement on Trade in Services
วรรณยา สังข์สมบุญ
Wattaya Sungsomboon
- การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ
ของประเทศไทย 57
Human Rights Protection Under the Government Procurement
of Thailand
ปวีณวัช ฐูปหอม
Paweenwat Toophom

• ปัญหาแรงงานบังคับกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อลดผลกระทบต่อการส่งออกสินค้าประมงไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา	89
Forced Labour Problems and Legal Measures in Reducing the Effect of Fishery Exports to United States of America	
พนิชกร สินชัยกิจ	
Phanichakorn Sinchaikit	

แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendations)

• คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ได้	117
Whatever the Wrong Person Writes is Always Wrong	
ปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์	
Pinyok Satpradit	
• หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน	131
Fundamentals of Public Law	
ชนินทร์ อินทรปัญญา	
Chanin Intarapanya	
• Constituent Power and the Law	151
อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและกฎหมาย	
ณัฐดนัย นาจันทร์	
Natdanai Nachan	

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

• ทนาย (เก่า) เล่าเรื่อง	159
Tales from a Former Associate Lawyer	
ภรณี เกราะแก้ว	
Poranee Krawkeo	

บทความวิชาการ (Academic Article)

กฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครอง: กรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่อ

Laws Related to Parental Standards: Child Neglect by Parents

ประภาภรณ์ ไรจน์ศิริรัตน์

อาจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต
คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

Prapaporn Rojsiriruch

Full-time Lecturer, Bachelor of Laws Program,
Faculty of Social Sciences, Srinakharinwirot University

วันที่รับบทความ 7 ตุลาคม 2563

วันที่แก้ไขบทความ 14 พฤศจิกายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 4 ธันวาคม 2563

บทคัดย่อ

การเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์เป็นหน้าที่หลักของผู้ปกครองทั้งในมิติทางกฎหมายและศีลธรรมจรรยา ดังนั้น การดูแลบุตรผู้เยาว์จึงเป็นหน้าที่สำคัญของผู้ปกครอง กฎหมายมีบทบาทสำคัญในการวางมาตรฐานของการดูแลโดยคำนึงถึงความปลอดภัยและสวัสดิภาพของเด็กเป็นหลัก เมื่อมีแนวทางที่ชัดเจนตามกฎหมาย ผู้ปกครองและประชาชนจะได้รับทราบถึงมาตรฐานขั้นต่ำที่ผู้ปกครองควรกระทำในการดูแลบุตรของตน และสามารถแยกแยะการกระทำที่ประมาทเลินเล่อและมีโทษตามกฎหมายจากการกระทำที่เป็นวิธีการเลี้ยงดูเด็กที่แตกต่างกันตามขนบธรรมเนียมและประเพณีได้ กรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กไว้โดยปราศจากผู้ดูแลหรือผู้ดูแลที่เหมาะสมโดยเฉพาะอย่างยิ่งการทิ้งเด็กไว้ในรถยนต์หรือทิ้งเด็กไว้ในบ้านนั้นควรมีกฎหมายที่บัญญัติห้ามไว้ชัดเจนในลักษณะที่เป็นการกำหนดมาตรฐานว่ากรณีใดถือเป็นผู้ปกครองนั้นทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่อซึ่งเป็นการสนับสนุนให้ผู้ปกครองใช้ความระมัดระวังในการดูแลบุตรผู้เยาว์

เพื่อประโยชน์สูงสุดของเด็กตามสิทธิเด็กที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมาย และควรให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการตักเตือนผู้ปกครองให้ตระหนักรู้ถึงอันตรายอันอาจเกิดจากการทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยปราศจากผู้ดูแลอันเป็นการป้องกันความเสียหายมากกว่าการลงโทษเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว

คำสำคัญ: สิทธิเด็ก, มาตรฐานการดูแลบุตรผู้เยาว์, การทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่อ

Abstract

Raising children is the major obligation of parents in both legal and ethical dimensions. Therefore, supervising children is an essential duty of parents. Law has been playing an important role to set up supervising standards with regards mainly to safety and welfare of the children. When there are solid legal guidelines, parents and people could recognize the minimum standard that the parents shall satisfy in order to be considered as prudent parents. Also, having such legal guideline could differentiate between “negligent acts” which are subjected to legal punishment and different parenting style of each family. In case of leaving child without reasonable supervision, there shall be the law that standardize which case is considered as “parental neglect” which is enable parents to use “reasonable and prudent parental care” to supervise children for their best interest according to the enacted child protection laws.

Keywords: children rights, parental standards of care, child neglect

1. บทนำ

การทิ้งเด็กไว้โดยที่ไม่มีผู้ดูแล เช่น การลืมนึกเด็กไว้ในรถ และการทิ้งลูกไว้ตามสถานที่ต่าง ๆ โดยปราศจากผู้ดูแลนั้นเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ปกครองดังที่ปรากฏตามสื่อต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง เช่น เหตุการณ์ที่ลูกสาวอายุประมาณสองขวบของดาราดลวงวิ่งเล่นอยู่ในที่พัก โดยมีช่วงเวลาหนึ่งที่ภริยาของดาราดลวงนั้นเข้าไปทำความสะอาด ขณะนั้นผู้เยาว์ได้เข้าไปหลังบ้าน ซึ่งเป็นที่อาบน้ำและมีถังน้ำประมาณ 50 ลิตร ปรากฏว่าผู้เยาว์หัวทิ่มลงไปใต้น้ำและขาชี้ฟ้าอยู่ อาการวิกฤติ และยังคงใช้เครื่องช่วยหายใจ¹ และล่าสุดคือกรณีไฟไหม้บ้านยายหลานที่มุกดาหาร โดยยายปิดบ้านออกไปข้างนอก ทิ้งหลานอายุสามขวบกว่านอนในบ้านทำให้เด็กถูกไฟคลอกเสียชีวิต² เหตุการณ์เหล่านี้ล้วนแล้วแต่เกิดจากการทิ้งเด็กไว้โดยปราศจากคนดูแล เหตุการณ์เหล่านี้ปรากฏบนหน้าสื่อต่าง ๆ เพราะผลเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะต่อชีวิตหรือร่างกายคือความตายของเด็กเกิดขึ้นแล้ว แต่ยังคงมีเหตุการณ์อื่น ๆ อีกหลายเหตุการณ์ที่ผู้ปกครองทิ้งเด็กไว้โดยประมาทเลินเล่อ หากแต่ไม่ได้เกิดผลเสียหายขึ้นต่อเด็ก หรือมิได้ตกเป็นประเด็นที่น่าสนใจสำหรับสื่อ ดังนั้น เมื่อกฎหมายมีอิทธิพลต่อสังคมและพฤติกรรมของมนุษย์ กฎหมายควรมีความชัดเจนว่าการกระทำใดที่เป็นหน้าที่ที่ผู้ปกครองจำต้องกระทำหรือห้ามกระทำเพื่อดูแลสุขภาพและความปลอดภัยของบุตรซึ่งแตกต่างจากการกระทำที่สามารถกระทำได้เพราะเป็นสิทธิของผู้ปกครองในการเลือกวิธีการเลี้ยงดูบุตรตามความรู้ ความเชื่อ และขนบธรรมเนียมประเพณีที่อาจแตกต่างกัน

บทความนี้มีความมุ่งหมายที่จะศึกษากฎหมายที่ใช้บังคับในกรณีพ่อแม่ทิ้งบุตรของตนโดยประมาทเลินเล่อ (parental negligence) ทั้งนี้ เพื่อเป็นกรณีศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการในการป้องกันและแก้ไขสำหรับกรณีดังกล่าว บทความนี้จะได้อธิบายถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กและหน้าที่ของบิดามารดาต่อบุตรของตน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบกรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตรายตามกฎหมายของประเทศไทย ข้อเท็จจริงและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบผู้ปกครองทิ้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตรายตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และจะได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเรื่องของผู้ปกครองทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อ เพื่อนำเสนอบทสรุปและข้อเสนอแนะ

¹ ข่าวสดออนไลน์, **ตกลงช็อก! ลูกสาว 2 ขวบก้มหยิบของเล่น หัวทิ่มถังน้ำ หวังปาฏิหาริย์ช่วยชีวิตรอด** [ออนไลน์], 28 กันยายน 2563. แหล่งที่มา https://www.khaosod.co.th/around-thailand/news_2187605

² ไทยรัฐออนไลน์, **ไฟไหม้บ้านยายหลานที่มุกดาหาร เด็ก 3 ขวบโดนคลอกดับ จนท.คาดไฟฟ้าลัดวงจร** [ออนไลน์], 28 กันยายน 2563. แหล่งที่มา <https://www.thairath.co.th/news/local/northeast/1938865>

2. กฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลเด็กของผู้ปกครองกรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตรายโดยประมาทเลินเล่อในประเทศไทย

เนื่องจากเด็กเป็นมนุษย์ในช่วงวัยที่ยังมีวุฒิภาวะไม่สมบูรณ์พอจึงจำเป็นต้องได้รับความคุ้มครอง ดูแล และให้การช่วยเหลือเป็นพิเศษมากกว่ามนุษย์ในวัยที่บรรลุนิติภาวะแล้วและสามารถช่วยเหลือตนเองได้³ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการคุ้มครองเด็กจึงมีมากมายหลายฉบับ โดยกฎหมายคุ้มครองเด็กในระดับสากลโดยตรงได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention of the Rights of the Child) ข้อ 5⁴ และ ปฏิญญาสากลว่าด้วยเด็ก (National Declaration on Children) ข้อ 2⁵ นอกจากนี้ อนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับอื่น ๆ ยังสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิเด็กในด้านต่าง ๆ ซึ่งมีความเฉพาะเจาะจง เช่น กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 24⁶ ที่มุ่งเน้นการคุ้มครองเด็กในมิติเรื่อง ความรุนแรงในครอบครัว การช่วยเหลือเด็กและเยาวชนภายหลังออกจากกระบวนการยุติธรรม และการช่วยให้เด็กและเยาวชนสามารถปรับตัวดำเนินชีวิตอยู่ในสังคมได้ตามสิทธิพื้นฐานที่เขามีอยู่ เป็นต้น⁷

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยไม่ว่าจะเป็นฉบับพุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 หรือพุทธศักราช 2560 มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและคุ้มครองสิทธิเด็กไว้หลายมาตรา โดยมาตราที่เกี่ยวข้องกับการดูแลเด็กนั้นหากพิจารณารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดไว้ในมาตรา 54 พบว่ารัฐมีหน้าที่ในการดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนา

³ อายุของเด็กในแต่ละประเทศอาจจะกำหนดไว้แตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1990) กำหนดค่านิยมของเด็กให้หมายถึงมนุษย์ทุกคนที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมาย

⁴ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 5 กำหนดว่า “รัฐภาคีจะเคารพต่อความรับผิดชอบ สิทธิ และหน้าที่ของบิดามารดา หรือของสมาชิกของครอบครัวขยาย หรือชุมชนซึ่งกำหนดไว้โดยขนบธรรมเนียมในท้องถิ่นหรือของผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือบุคคลอื่นที่รับผิดชอบต่อเด็กตามกฎหมาย ในอันที่จะให้แนวทางและการแนะแนวตามที่เหมาะสมในการใช้สิทธิของเด็กตามที่อนุสัญญานี้ให้การรับรอง ในลักษณะที่สอดคล้องกับความสามารถที่พัฒนาตามวัยของเด็ก”

⁵ ปฏิญญาสากลว่าด้วยเด็ก ข้อ 2 กำหนดให้เด็กและเยาวชนพึงได้รับการพิทักษ์คุ้มครองเป็นพิเศษ อันจะช่วยให้เด็กสามารถพัฒนาทั้งทางกาย ทางสมอง และจิตใจเพื่อให้อยู่ร่วมในสังคมได้อย่างปกติชน

⁶ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 24 กำหนดให้เด็กทุกคนย่อมมีสิทธิได้รับความคุ้มครองโดยมาตรการต่าง ๆ ที่จำเป็นตามสถานะของผู้เยาว์ จากครอบครัวของตน สังคม และรัฐ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ ศิพ พิศ ภาษา ศาสนา เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน หรือกำเนิด

⁷ สราวุธ ยะหะกร, โทษประหารชีวิตกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน [ออนไลน์], 29 กันยายน 2563. แหล่งที่มา https://www.stou.ac.th/website/ejodil0.5/fileejodil/20_2_653.pdf

ก่อนเข้ารับการศึกษาในระบบ จะเห็นได้ว่าประเทศไทยให้ความสำคัญในเรื่องการดูแลเด็กเล็ก และพัฒนาการของเด็กเล็กเพื่อเตรียมความพร้อมก่อนเข้าศึกษาในโรงเรียนตามระบบ โดยการส่งเสริมการดูแลเด็กเล็กที่จำต้องกระทำโดยผ่านการส่งเสริมการเรียนรู้และมาตรฐานในการดูแลเด็กของผู้ปกครองเพราะผู้ปกครองของเด็กนั้นเป็นผู้ที่อยู่ใกล้ชิดกับเด็กมากที่สุดและเป็นผู้ที่มีอิทธิพลต่อสวัสดิภาพและพัฒนาการของเด็กในวัยนี้มากที่สุด⁸

เนื่องจากบทความฉบับนี้มุ่งเน้นในการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรณีผู้ปกครองทอดทิ้งบุตรของตนโดยประมาทเลินเล่อเป็นหลัก ซึ่งมีกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

2.1 ประมวลกฎหมายอาญา

ประมวลกฎหมายอาญา หมวด 4 ว่าด้วยความผิดฐานทอดทิ้งเด็ก คนป่วยเจ็บหรือคนชรา มาตรา 306 และมาตรา 307 บัญญัติให้การทอดทิ้งเด็กเป็นความผิดอาญาและแม้ว่าจะมิได้บัญญัติโดยเฉพาะเจาะจงผู้ที่ทอดทิ้งเด็ก หากแต่ “ผู้ใด” ตามมาตรา 306 ต้องมีความสัมพันธ์กับผู้ถูกกระทำตามข้อเท็จจริง ตามสัญญา หรือตามข้อกำหนดสำหรับคำว่า “ทอดทิ้ง” ตามมาตราเดียวกันนี้หมายความว่า “ไม่เอาธุระ ไม่เอาใจใส่” โดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล และต้องประกอบด้วยเจตนาพิเศษคือ “เพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน” สำหรับเด็กที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 306 นี้คือเด็กที่อายุไม่เกิน 9 ปี จะเห็นว่ามาตรานี้มีความประสงค์ให้เด็กที่อายุไม่เกิน 9 ปีมีผู้ดูแลโดยดูที่ผลว่าการทอดทิ้งเด็กนั้นทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 307 ซึ่งคุ้มครองเด็กที่พึ่งตนเองมิได้และองค์ประกอบอีกประการหนึ่งคือ ต้องมีพฤติการณ์ประกอบการทอดทิ้งคือ “น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต”⁹

ดังนั้น หากผู้ปกครองทิ้งบุตรผู้เยาว์ที่อายุไม่เกิน 9 ปี ไว้บนรถยนต์ชั่วคราวเพื่อเข้าไปซื้อของในร้านสะดวกซื้อก็ไม่เป็นความผิดตามมาตรา 306 เพราะขาดองค์ประกอบคือเจตนา

⁸ ภัทริดา สุขุณณ์, บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญ เรื่อง สิทธิเด็ก เยาวชน และบุคคลในครอบครัว [ออนไลน์], 30 กันยายน 2563. แหล่งที่มา https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=156

⁹ มาตรา 306 “ผู้ใดทอดทิ้งเด็กอายุยังไม่เกินเก้าปีไว้ ณ ที่ใดเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตนโดยประการที่ทำให้เด็กนั้นปราศจากผู้ดูแล ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 307 “ผู้ใดมีหน้าที่ตามกฎหมายหรือตามสัญญาต้องดูแลผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้ เพราะอายุ ความป่วยเจ็บ กายพิการหรือจิตพิการ ทอดทิ้งผู้ซึ่งพึ่งตนเองมิได้นั้นเสียโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 308 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 306 หรือมาตรา 307 เป็นเหตุให้ผู้ถูกทอดทิ้งถึงแก่ความตาย หรือรับอันตรายสาหัส ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 290 มาตรา 297 หรือมาตรา 298 นั้น”

พิเศษเพื่อให้เด็กนั้นพ้นไปเสียจากตน และจากข้อเท็จจริงเดียวกันผู้ปกครองจะมีความผิดตามมาตรา 307 หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับพฤติการณ์ประกอบการกระทำ โดยผู้ปกครองอาจกล่าวว่าการทอดทิ้งดังกล่าวเพียงชั่วคราวไม่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่ชีวิตเด็กได้

นอกจากนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบกรณี “ประมาทเลินเล่อ” นั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 291¹⁰ มาตรา 300¹¹ และมาตรา 390¹² โดยการกระทำโดยประมาทหมายความว่า การกระทำที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังทั้ง ๆ ที่สามารถใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ตามความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายอาญา¹³ ซึ่งแม้ว่าจะมีการเปิดเครื่องปรับอากาศไว้ในรถยนต์ก็เป็นการขาดความระมัดระวังซึ่งผู้ปกครองจักต้องมีในการดูแลบุตรผู้เยาว์แล้ว และถือว่าผู้ปกครองเป็นผู้ที่ประมาทเลินเล่อเองดังที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้น แต่สำหรับการฟ้องคดีนั้นจะเห็นว่าไม่ได้มีการดำเนินคดีต่อผู้ปกครอง เพราะพนักงานอัยการอาจมีคำสั่งไม่ฟ้องด้วยเหตุว่าการฟ้องคดีต่อผู้ปกครองที่สูญเสียบุตรผู้เยาว์เพราะความประมาทเลินเล่อของตนเองนั้นจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน¹⁴

¹⁰ มาตรา 291 “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท”

¹¹ มาตรา 300 “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายสาหัส ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹² มาตรา 390 “ผู้ใดกระทำโดยประมาท และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้อื่นรับอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

¹³ “กระทำโดยประมาท ได้แก่กระทำความผิดมิใช่โดยเจตนา แต่กระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมีตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้ให้เพียงพอไม่”

การวินิจฉัยว่าการกระทำนั้นประมาทหรือไม่นั้น โดยการที่ศาลพิจารณาว่าจำเลยประมาทเลินเล่อหรือไม่นั้นจะต้องสมมติบุคคลขึ้นมาคนหนึ่งนำมาเปรียบเทียบกับตัวผู้กระทำ คือ เป็นบุคคลที่อยู่ในภาวะเช่นเดียวกัน อยู่ในวิสัยเช่นเดียวกัน และมีพฤติการณ์อย่างเดียวกัน และเปรียบเทียบว่าหากบุคคลที่สมมติอยู่ในภาวะและวิสัยเช่นเดียวกับผู้กระทำ และมีพฤติการณ์อย่างเดียวกัน จะสามารถใช้ความระมัดระวังได้หรือไม่ ถ้าหากบุคคลสมมติสามารถใช้ความระมัดระวังได้แต่ผู้กระทำไม่ใช้ความระมัดระวัง การกระทำเช่นนั้นย่อมเป็นการกระทำโดยประมาท

¹⁴ โปรดดู ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ. 2554 ข้อ 9 และระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุด ว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ข้อ 6

2.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฉบับนี้นับเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับมาตรฐานการดูแลบุตรของผู้ปกครองมากที่สุด กฎหมายฉบับนี้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่เด็ก (ซึ่งหมายถึงบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส) ทั้งทางด้านร่างกายและจิตใจ การสงเคราะห์ การคุ้มครองสวัสดิภาพ การพัฒนาและฟื้นฟู โดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของเด็ก (the best interest of the child) เป็นสำคัญ¹⁵ เมื่อพิจารณาในรายละเอียดของกฎหมายฉบับนี้พบว่าการกำหนดหน้าที่กว้าง ๆ ของผู้ปกครองคือ ต้องให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองอย่างเหมาะสม รวมถึงการคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็กมิให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ และผู้ปกครองต้องไม่ทอดทิ้งหรือละทิ้งเด็กไว้หรือละเลยไม่ดูแลเด็ก สำหรับการจงใจทำร้าย ทารุณกรรมเด็ก และการละเลยไม่ให้อาหารที่จำเป็นก็เป็นความผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เช่นกัน¹⁶

สำหรับกรณีผู้ปกครองกระทำโดยประมาทเลินเล่อในการเลี้ยงและดูแลบุตรผู้เยาว์ กฎหมายฉบับนี้ได้ให้คำนิยามของ “การเลี้ยงดูโดยมิชอบ” ให้หมายความถึง “การไม่ให้การอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน หรือพัฒนาเด็กตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวง จนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก” มาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครองปรากฏในมาตรา 23 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “ผู้ปกครองต้องให้การอุปการะเลี้ยงดูอบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนตามสมควร แก่ขนบธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมแห่งท้องถิ่น แต่ทั้งนี้ต้องไม่ต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามที่กำหนดในกฎกระทรวงและต้องคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแลของตนมิให้ตกอยู่ในภาวะอันน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจ” สำหรับมาตรา 25 ของพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติถึงพฤติกรรมที่ผู้ปกครองห้ามกระทำซึ่งรวมถึงอนุมาตรา 2 คือผู้ปกครองต้องไม่กระทำการละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม¹⁷ แต่การห้ามกระทำตามมาตรา 25 นี้มิได้มีบทกำหนดโทษ

¹⁵ พงษ์พิสัย วรณราช, *สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546* [ออนไลน์], 25 กันยายน 2563. แหล่งที่มา http://web.krisdika.go.th/data/lawabout/lawdetail/lawdetail_006.htm

¹⁶ ดวงพร เพชรคง, *ปัญหาและอุปสรรคจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546* [ออนไลน์], 29 กันยายน 2563. แหล่งที่มา https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/download/article/article_20130911131001.pdf

¹⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 มาตรา 25 บัญญัติไว้ว่า “ผู้ปกครองต้องไม่กระทำการดังต่อไปนี้

(1) ทอดทิ้งเด็กไว้ในสถานรับเลี้ยงเด็กหรือสถานพยาบาลหรือไว้กับบุคคลที่รับจ้างเลี้ยงเด็กหรือที่สาธารณะหรือสถานที่ใด ๆ โดยเจตนาที่จะไม่รับเด็กกลับคืน

แก่ผู้ปกครองแต่อย่างใด ซึ่งสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้คือเพื่อส่งเสริมให้ผู้ปกครองเลี้ยงดูบุตรอย่างเหมาะสมตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดมิใช่ต้องการที่จะลงโทษผู้ปกครอง

2.3 กฎกระทรวง กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอนและพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล พ.ศ. 2549

กฎกระทรวงฉบับนี้เป็นกฎหมายย่อยออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 กฎกระทรวงฉบับนี้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำบางประการเกี่ยวกับการเลี้ยงดูเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล โดยข้อ 1 กำหนดให้เด็กทุกคนต้องมีผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น ในข้อ 2 เด็กจะต้องมีสิ่งแวดล้อมและสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย และต้องได้รับการปฏิบัติด้านสภาวะการเลี้ยงดูทั้งทางด้านกายภาพและด้านสุขภาพจิต นอกจากนี้ ในข้อ 4 และข้อ 5 กำหนดถึงศักยภาพและการปฏิบัติตนของผู้ปกครอง โดยกำหนดให้ผู้ปกครองต้องมีศักยภาพในการดูแลพื้นฐานด้านร่างกายและจิตใจ ซึ่งรวมถึงการดูแลให้เด็กมีสุขภาพร่างกายแข็งแรง หมายความว่า มาตรฐานขั้นต่ำของผู้ปกครองคือต้องมีศักยภาพในการดูแลเด็กให้มีความปลอดภัยทางด้านร่างกาย เพื่อพัฒนาเด็กในด้านจิตใจและสติปัญญาต่อไป อย่างไรก็ตาม แม้จะมีกฎหมายลำดับรองที่กำหนดเนื้อหาของผู้ปกครองในการดูแล พัฒนา และปกป้องเด็กแล้ว แต่ก็ยังมีได้กำหนดเรื่องของการที่ผู้ปกครองปล่อยเด็กไว้โดยลำพังอย่างชัดเจน

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติชัดเจนเรื่องของหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ สิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตร¹⁸ ให้ทั้งบิดามารดาและบุตรมีหน้าที่ต้องอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีประมวลกฎหมายดังกล่าวมิได้บัญญัติถึงมาตรฐานในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ไว้อย่างชัดเจน¹⁹ แต่เมื่อพิจารณาจากกฎหมายลักษณะ

(2) ละทิ้งเด็กไว้ ณ สถานที่ใด ๆ โดยไม่จัดให้มีการป้องกันดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม

(3) จงใจหรือละเลยไม่ให้สิ่งจำเป็นแก่การดำรงชีวิตหรือสุขภาพอนามัยจนน่าจะเกิดอันตรายแก่ร่างกายหรือจิตใจของเด็ก”

¹⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 เรื่องครอบครัว ลักษณะ 2 บิดามารดากับบุตร หมวด 2 กำหนดสิทธิและหน้าที่ของบิดามารดาและบุตรไว้ในมาตรา 1563 ว่าบุตรจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบิดามารดา และมาตรา 1564 บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตร ในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ และในวรรคต่อมาบัญญัติให้บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว แต่เฉพาะทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้

¹⁹ สุมาลี วงษ์วิฑิต, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลาภมิควรได้, (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2553), หน้า 200.

ละเมิดตามมาตรา 429 ที่บัญญัติไว้ว่า “บุคคลใดแม้ไร้ความสามารถเพราะเหตุเป็นผู้เยาว์หรือวิกลจริตก็ยังคงรับผิดชอบในผลที่ตนทำละเมิด บิดามารดาหรือผู้อนุบาลของบุคคลเช่นว่านี้ย่อมต้องรับผิดชอบร่วมกับเขาด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแก่หน้าที่ดูแลซึ่งทำอยู่นั้น” หมายความว่า บิดามารดามีหน้าที่ในการอบรม ดูแล เลี้ยงดู และสั่งสอนบุตรเพื่อมิให้บุตรของตนไปละเมิดสิทธิหรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ดังนั้น หน้าที่ในการอบรมดูแลบุตรผู้เยาว์นั้นจึงเป็นหน้าที่ของบิดามารดาโดยตรง²⁰ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าผลสัมฤทธิ์ของการดูแลบุตรให้ดีก็คือการที่บุตรผู้เยาว์ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญละเมิดสิทธิของบุคคลอื่น

นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิด มาตราหลักคือมาตรา 420 ได้กำหนดให้การกระทำโดยประมาทเลินเล่อทำให้ผู้อื่นเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย อนามัย หรือสิทธิอื่นใด ผู้นั้นมีความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น ซึ่งการกระทำนั้นให้รวมถึงการงดเว้นไม่กระทำการตามหน้าที่ที่ตนพึงมีด้วย ดังนั้น ในกรณีที่แม่หรือผู้ปกครองไม่ดูแลบุตรให้ดี เช่น ทิ้งบุตรไว้ในรถแล้วไปทำธุระ หรือผู้ปกครองทิ้งบุตรหลานไว้ที่บ้านแล้วออกไปทำงานและเกิดความเสียหายต่อเด็กนั้น ก็ถือเป็นการกระทำละเมิดตามความในมาตรา 420 แล้ว ดังนั้น การที่แม่ละทิ้งบุตรผู้เยาว์จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อเด็กโดยตรงตามมาตรา 420 แต่การที่แม่จะมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 มาตรา 300 หรือมาตรา 390 นั้นจะต้องเป็นกรณีที่แม่ประมาทเลินเล่อโดยงดเว้นการกระทำและก่อให้เกิดผลเสียหายต่อเด็กแล้วเท่านั้น เมื่อพิจารณาตามความเป็นจริงสถานะของผู้กระทำมีผลอย่างมากต่อการฟ้องคดีดังกล่าว หากการกระทำละเมิดนั้นกระทำโดยบุคคลที่สาม เช่น คนขับรถโรงเรียน หรือผู้รับดูแลเด็กนั้น การฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดเกิดขึ้นอย่างแน่นอน แต่หากผู้กระทำละเมิดเป็นพ่อแม่ผู้ปกครองของเด็กเอง การฟ้องร้องทางแพ่งเรียกค่าสินไหมทดแทนจากการที่พ่อแม่ประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุตรของตนก็มักจะไม่เกิดขึ้นเพราะเสมือนเป็นการชดเชยทางทรัพย์สินให้แก่ตนเอง ผู้ซึ่งเป็นผู้ปกครองของผู้ที่ได้รับความเสียหาย จะเห็นได้ว่าคดีที่มีลักษณะพ่อแม่ประมาทเลินเล่อทำให้บุตรได้รับบาดเจ็บหรือเสียชีวิตจะเป็นการตั้งข้อหาตามกฎหมายอาญามากกว่าเรื่องแพ่ง

²⁰ ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลามิควร ได้ พร้อมคำอธิบายในส่วนของพระราชบัญญัติว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 และกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 349-352.

2.5 พระราชบัญญัติการพัฒนาเด็กปฐมวัย พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติฉบับนี้ประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาในเดือนเมษายน พ.ศ. 2562 และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ รัฐมีหน้าที่ดำเนินการให้เด็กเล็กได้รับการดูแลและพัฒนาเพื่อการพัฒนาร่างกาย จิตใจ วินัย อารมณ์ สังคม และสติปัญญาให้สมกับวัยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย²¹ พระราชบัญญัตินี้จึงถูกตราขึ้นเพื่อให้เด็กปฐมวัย (เด็กซึ่งมีอายุต่ำกว่าหกปีบริบูรณ์) ได้รับการคุ้มครองและดูแล มีพัฒนาการที่ครอบคลุมได้รับการศึกษาอย่างเป็นระบบ ต่อเนื่อง ทัวถึง และเสมอภาค มีการส่งเสริมการเรียนรู้และเตรียมความพร้อมให้แก่เด็กปฐมวัยในช่วงรอยต่อตั้งแต่อนุบาลจนถึงระดับประถมศึกษาอย่างเหมาะสม โดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัตินี้บัญญัติให้ “บิดา มารดา และผู้ปกครองมีหน้าที่ที่จัดให้เด็กปฐมวัยซึ่งอยู่ในความดูแลได้รับการพัฒนาตามแนวปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับการพัฒนาเด็กปฐมวัย” และพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติเรื่องการพัฒนาเด็กปฐมวัยไว้ในหมวด 4 และบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐ และหน่วยงานอื่น ๆ ตามมาตรา 27 ให้ดำเนินการให้ความรู้ ส่งเสริมทักษะ และสร้างเสริมเจตคติที่ดีแก่ผู้ดูแลเด็กปฐมวัย ซึ่งรวมถึงพ่อ แม่ และผู้ปกครองที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเด็กปฐมวัย เป็นต้น กฎหมายฉบับนี้ได้เน้นย้ำถึงความสำคัญของการส่งเสริมมาตรฐานการดูแลเด็กของผู้ปกครองหากแต่เป็นลักษณะของการวางนโยบายเป็นหลัก ดังนั้น การกำหนดหลักเกณฑ์และแนวทางเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลเด็กของผู้ปกครองให้เป็นรูปธรรมจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

3. กฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลเด็กของผู้ปกครองกรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตรายโดยประมาทเลินเล่อในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองเด็กอย่างจริงจัง ในปัจจุบัน ทั้ง 50 มลรัฐมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทารุณกรรมเด็ก (child abuse law) รวมทั้งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการที่ผู้ปกครองทำร้ายหรือทารุณกรรมเด็ก (parental abuse) รวมถึงกฎหมายเกี่ยวกับการที่ผู้ปกครองประมาทเลินเล่อ (parental neglect) และกฎหมายเกี่ยวกับการที่ทำให้เด็กตกอยู่ในอันตราย (child endangerment) สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น คดีความที่เกี่ยวข้องกับผู้ปกครองดูแลลูกโดยประมาทเลินเล่อนั้นจะมีทั้งคดีความที่ผลของความประมาทเลินเล่อของผู้ปกครองก่อให้เกิดความเสียหายต่อเด็กเป็นเหตุให้เด็กเสียชีวิตหรือบาดเจ็บ รวมทั้งกรณีที่ผู้ปกครองทิ้งเด็กแต่ยังไม่เกิดผลเสียหายแก่ตัวเด็ก²² เช่น พ่อทิ้งลูกไว้ในรถยนต์เพื่อเข้าไปซื้อของในร้านสะดวกซื้อหรือทำธุระบางอย่างโดยลูกยังไม่ได้รับอันตรายใด ๆ ด้วย

²¹ พระราชบัญญัติการพัฒนาเด็กปฐมวัย พ.ศ. 2562

²² ความรับผิดชอบนี้เป็นความรับผิดชอบในลักษณะ “ก่ออันตราย” แก่เด็กซึ่งมีความคล้ายคลึงกับความผิดตามมาตรา 306 และมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งเป็นความผิดแม้ยังไม่เกิดผลเสียหาย

นอกจากนี้ ในประเทศสหรัฐอเมริกายังมีกฎหมายที่ลงโทษทางอาญาแก่ผู้รู้หรือมีความเคลือบแคลงสงสัยว่ามีการกระทำทารุณกรรมเด็กในครอบครัว เช่น แพทย์ พยาบาล นักสังคมสงเคราะห์ หรือทนายความ ให้แจ้งเกี่ยวกับการทำทารุณกรรมหรือการใช้ความรุนแรงต่อเด็กภายใน 72 ชั่วโมงนับแต่รับรู้ถึงเหตุการณ์นั้นให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ มิฉะนั้นจะมีความผิดตามกฎหมาย

จากสถิติการรายงานจาก National Clearinghouse on Child Abuse and Neglect Information ว่าในปี ค.ศ. 2018 มีเด็กที่เสียชีวิตจากการถูกทารุณกรรมและจากความประมาทเลินเล่อประมาณ 1,770 คน ซึ่งคิดเป็นร้อยละ 2.39 ต่อเด็ก 100,000 คนในจำนวนประชากรของประเทศ โดยสถิติดังกล่าวมีมลรัฐที่รายงานมา 51 มลรัฐจาก 52 มลรัฐในสหรัฐอเมริกา²³ การดำเนินคดีกรณีผู้ปกครองดูแลบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อ (failures to supervise case) นั้นเกิดขึ้นไม่มากหากเปรียบเทียบกับคดีที่ผู้ปกครองประมาทเป็นเหตุให้บุตรถึงแก่ความตาย (manslaughter) อย่างไรก็ตาม คดีที่ผู้ปกครองถูกดำเนินคดีกรณีดูแลผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อมีตั้งแต่การที่ผู้ปกครองทิ้งบุตรไว้ในรถจนขาดอากาศหายใจเสียชีวิต ผู้ปกครองทิ้งบุตรไว้ที่บ้านโดยปราศจากผู้ดูแลเป็นเหตุให้บุตรเสียชีวิตจากเหตุเพลิงไหม้ ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเลี้ยงดูบุตรโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัย ผู้ปกครองทิ้งบุตรไว้ในอ่างอาบน้ำจนบุตรจมน้ำเสียชีวิต และผู้ปกครองทิ้งอาวุธปืนไว้ในบ้าน เป็นต้น

3.1 กฎหมายอาญาเกี่ยวกับกรณีผู้ปกครองทิ้งบุตรผู้เยาว์

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ child neglect หรือ parental neglect ในสหรัฐอเมริกา กฎหมายอาญาแห่งมลรัฐนิวยอร์ก มาตรา 260.10 ได้กำหนดคำนิยามของ “การทิ้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตราย” (criminal child endangerment) ไว้ว่า “การกระทำโดยรู้สำนึกที่ทำให้เด็กตกอยู่ในสภาพที่เกิดอันตรายต่อความเป็นอยู่ที่ดีของเด็กโดยการละเมิดหน้าที่ในการดูแล (duty of care) การคุ้มครอง (protection) และการส่งเสริมสนับสนุน (support)” กฎหมายฉบับนี้ก็ได้กำหนดไว้ชัดเจนว่าหน้าที่ในการดูแลนั้นจะใช้มาตรฐานใดในการวัดว่าผู้ปกครองทำตามหน้าที่ของตน กฎหมายของหลายมลรัฐก็กำหนดในลักษณะกว้าง ๆ เช่นกัน โดยกำหนดปัจจัยเรื่องความเหมาะสม (reasonableness) ของการปล่อยให้ลูกอยู่ในรถหรือทิ้งบุตรผู้เยาว์ไว้ในสถานที่อื่นลำพังโดยปราศจากคนดูแล²⁴ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ child neglect ในแต่ละมลรัฐ

²³ Department of Health & Human USA, For 2018, an estimated 1,770 children died of abuse and neglect at a rate of 2.39 per 100,000 children in the national population [Online], 29 September 2020. Source: <https://www.acf.hhs.gov/sites/default/files/cb/cm2018.pdf>

²⁴ Section 260.10 Endangering the welfare of a child

“A person is guilty of endangering the welfare of a child when:

ก็มีความแตกต่างกัน กฎหมายอาญาแห่งมลรัฐโอเรกอน มาตรา ORS 163.545 กำหนดให้การทิ้งบุตรโดยปราศจากผู้ดูแลที่ผิดกฎหมายอาญานั้นจะต้องเป็นการที่ผู้ปกครองทิ้งบุตรโดยปราศจากผู้ดูแลโดยเด็กนั้นอายุต่ำกว่าสิบปี และกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐเท็กซัส มาตรา 22.10 บัญญัติให้การทิ้งเด็กอายุต่ำกว่าเจ็ดปีไว้ในรถโดยปราศจากผู้ดูแลที่มีอายุมากกว่า 14 ปีขึ้นไปเป็นความผิดอาญา เป็นต้น²⁵

รัฐบัญญัติว่าด้วยการป้องกันการทารุณกรรมเด็ก (The Federal Child Abuse Prevention Treatment Act (CAPTA)) (42 U.S.C.A. §5106g) มาตรา 3 ได้ให้คำนิยามของ “การทารุณกรรมเด็กและการดูแลเด็กโดยความประมาทเลินเล่อ” ไว้ว่า “การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำใด ๆ ตามหน้าที่ของผู้ปกครองหรือผู้ดูแลซึ่งทำให้เด็กนั้นเสียชีวิต ได้รับบาดเจ็บทางร่างกายหรือจิตใจ และการกระทำการอันไม่เหมาะสมทางเพศ รวมถึงการกระทำโดยปราศจากความ

1. He or she knowingly acts in a manner likely to be injurious to the physical, mental or moral welfare of a child less than seventeen years old or directs or authorizes such child to engage in an occupation involving a substantial risk of danger to his or her life or health; or

2. Being a parent, guardian or other person legally charged with the care or custody of a child less than eighteen years old, he or she fails or refuses to exercise reasonable diligence in the control of such child to prevent him or her from becoming an ‘abused child,’ a ‘neglected child,’ a ‘juvenile delinquent’ or a ‘person in need of supervision,’ as those terms are defined in articles ten, three and seven of the family court act.

3. A person is not guilty of the provisions of this section when he or she engages in the conduct described in subdivision one of section 260.00 of this article: (a) with the intent to wholly abandon the child by relinquishing responsibility for and right to the care and custody of such child; (b) with the intent that the child be safe from physical injury and cared for in an appropriate manner; (c) the child is left with an appropriate person, or in a suitable location and the person who leaves the child promptly notifies an appropriate person of the child's location; and (d) the child is not more than thirty days old.

Endangering the welfare of a child is a class A misdemeanor.”

²⁵ Beverly L.; et al., **Preventing Child Abuse and Neglect: A Technical Package for Policy, Norm, and Programmatic Activities** [Online], 29 September 2020. Source: <https://www.cdc.gov/violenceprevention/pdf/can-prevention-technical-package.pdf>

ระมัดระวังโดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายอันร้ายแรงโดยทันทีต่อเด็ก”²⁶ กฎหมายแห่งมลรัฐ (state law) กำหนดคำนิยามไว้ว่า “การที่ผู้ปกครองหรือผู้ดูแลเด็กผิดต่อหน้าที่ในการให้อาหารที่จำเป็น ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม การดูแลด้านสุขภาพ หรือการสอดส่องดูแลในระดับที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ ความปลอดภัย และความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก” กฎหมายในสหรัฐอเมริกาได้แบ่งความประมาทเลินเล่อในการดูแลบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครองไว้หลายประเภท ตัวอย่างเช่น 1) ความประมาทเลินเล่อด้านกายภาพ (physical neglect) หมายความว่ารวมถึง การไม่ใส่ใจดูแลเรื่องความต้องการพื้นฐานของเด็ก เช่น สุขอนามัย เครื่องนุ่งห่ม โภชนาการ หรือที่อยู่อาศัย หรือการทอดทิ้งเด็ก 2) ความประมาทเลินเล่อด้านการแพทย์ (medical neglect) หมายความว่ารวมถึงการปฏิเสธการรักษาทางการแพทย์ที่จำเป็นหรือที่แพทย์แนะนำ หรือทำการรักษาโดยล่าช้า 3) การสอดส่องดูแลที่ไม่เหมาะสม (inadequate supervision) หมายความว่ารวมถึงการทิ้งให้เด็กที่ไม่สามารถดูแลตนเองได้ที่บ้านไว้เพียงลำพัง การไม่ป้องกันเด็กจากสิ่งที่เป็นอันตราย หรือการทิ้งเด็กโดยปราศจากผู้ดูแลที่เหมาะสม เป็นต้น นอกจากนี้ ชุมชนแต่ละมลรัฐยังมีหน่วยงานที่กำกับดูแลเกี่ยวกับมาตรฐานผู้ปกครองที่เหมาะสม (reasonable and prudent parent standard) โดยได้ให้คำนิยามผู้ปกครองแบบนี้ไว้ว่า หมายถึงการที่ผู้ปกครองใช้อำนาจในการปกครองดูแลบุตรอย่างรอบคอบและสมเหตุสมผลในการดูแลสุขภาพร่างกาย ความปลอดภัย และเพื่อประโยชน์ของเด็ก²⁷

3.2 รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อเด็กทางแพ่ง (Civil Child Neglect Statute) ของมลรัฐอิลลินอยส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาของความไม่ชัดเจนของการกระทำของผู้ปกครองที่เป็นความประมาทเลินเล่อในการดูแลบุตรซึ่งมีโทษทางอาญา และการกระทำของผู้ปกครองในลักษณะที่เป็นวิธีการในการเลี้ยงดูบุตรของตน รัฐบัญญัติว่าด้วยการกระทำโดยประมาทเลินเล่อต่อเด็กทางแพ่งนี้ได้วางมาตรฐานที่สมเหตุสมผลไว้ 15 ข้อเพื่อประกอบในการพิจารณาว่าผู้ปกครองมีความเหมาะสมในการทิ้งเด็กไว้โดยปราศจากผู้ดูแลหรือไม่ โดยพิจารณาถึงองค์ประกอบดังต่อไปนี้²⁸

²⁶ The Federal Child Abuse Prevention Treatment Act (CAPTA) section 3 defines ‘child abuse and neglect’ means, at a minimum, any recent act or failure to act on the part of a parent or caretaker, which results in death, serious physical or emotional harm, sexual abuse or exploitation (including sexual abuse as determined under section 111), or an act or failure to act which presents an imminent risk of serious harm.

²⁷ Welfare & Institution Code Section 362.04 and 362.05

²⁸ David Pimentel, “Criminal Child Neglect and the ‘Free Range Kid’: Is Over-protective Parenting the New Standard of Care?,” *Utah Law Review* 947 (March 2012): Source: <https://ssrn.com/abstract=2257332>

- 1) อายุของผู้เยาว์
- 2) จำนวนของผู้เยาว์ที่ถูกทิ้งไว้ ณ สถานที่แห่งนั้น
- 3) ความต้องการพิเศษของผู้เยาว์ รวมถึงการที่ผู้เยาว์นั้นมีความพิการทางกาย หรือมีความบกพร่องทางจิตใจหรือไม่ หรือผู้เยาว์ต้องได้รับยาตามแพทย์สั่งต่อเนื่องหรือไม่ ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้เยาว์ต้องได้รับสารอินซูลินหรือยาประเภทอื่นอย่างต่อเนื่อง
- 4) ระยะเวลาที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งโดยปราศจากผู้ดูแล
- 5) สภาพและสถานที่ตั้งของสถานที่ที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งโดยปราศจากผู้ดูแล
- 6) เวลาที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งโดยปราศจากผู้ดูแลเป็นเวลากลางวันหรือกลางคืน
- 7) สภาพอากาศบริเวณที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งว่ามีแสงและความอบอุ่นเพียงพอหรือไม่
- 8) สถานที่ที่ผู้ปกครองของผู้เยาว์อยู่ขณะที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งโดยปราศจากผู้ดูแล ความห่างทางระยะทางระหว่างผู้ปกครองหรือผู้ดูแลและผู้เยาว์ขณะที่ผู้เยาว์ถูกทิ้งโดยปราศจากผู้ดูแล
- 9) การเคลื่อนไหวของผู้เยาว์นั้นถูกจำกัดไว้หรือไม่ หรือผู้เยาว์ถูกขังไว้ในห้อง หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นหรือไม่
- 10) ผู้เยาว์มีเบอร์โทรศัพท์ของบุคคลใดหรือของสถานที่ใดเพื่อที่จะติดต่อเมื่อเกิดเหตุฉุกเฉินหรือไม่ และผู้เยาว์สามารถที่จะติดต่อบุคคลหรือสถานที่นั้นเมื่อเกิดเหตุฉุกเฉินได้หรือไม่
- 11) ผู้เยาว์มีอาหารหรือสิ่งจำเป็นสำหรับดำรงชีพอื่น ๆ ณ สถานที่ดังกล่าวหรือไม่
- 12) การทิ้งเด็กไว้โดยปราศจากผู้ดูแลนั้นเกิดจากความลำบากทางด้านเศรษฐกิจ ความยากจน ความเจ็บป่วย และผู้ปกครองหรือผู้ดูแลกระทำเต็มความสามารถที่ตนเองมีด้วยความสุจริตในการดูแลสุขภาพและความปลอดภัยของผู้เยาว์
- 13) อายุและความสามารถทางด้านร่างกายและจิตใจของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ผู้ปกครองมอบหมายให้ดูแลผู้เยาว์
- 14) ผู้เยาว์ถูกทิ้งไว้โดยมีบุคคลอื่นสอดส่องดูแลหรือไม่ และ
- 15) มีปัจจัยอื่น ๆ ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัยและความปลอดภัยของผู้เยาว์นั้นหรือไม่

เมื่อพิจารณาจากปัจจัยทั้ง 15 ข้อดังกล่าวจะพบว่ารายละเอียดของการทิ้งเด็กที่จะเป็นการทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่ออันจะเป็นความผิดและมีบทลงโทษตามกฎหมายนั้นต้องเป็นการทิ้งประกอบกับพฤติการณ์ที่ปราศจากความระมัดระวังตามสมควรที่ผู้ปกครองต้องปฏิบัติตามวิสัยและพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้อง ข้อกำหนดตามกฎหมายฉบับนี้สามารถเป็นแนวทางในการพิจารณาความประมาทเลินเล่อของผู้ปกครองที่ถูกฟ้องเป็นคดีแพ่งและคดีอาญา

ได้ ทั้งนี้ การฟ้องร้องคดีประมาททั้งเด็กให้ปราศจากคนดูแลนั้นมิได้มีโทษสูงเหมือนกับคดีประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตาย เพราะมุ่งเน้นที่จะให้ความรู้แก่ผู้ปกครองในการดูแลบุตรตามมาตรฐานมากกว่าการลงโทษผู้ปกครองที่กระทำความผิด²⁹

3.3 คดีที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานในการดูแลเด็กของผู้ปกครองกรณีผู้ปกครองทั้งเด็กให้ตกอยู่ในอันตรายโดยประมาทเลินเล่อในประเทศสหรัฐอเมริกา

คดีที่ผู้ปกครองทั้งเด็กไว้ในรถหรือในสถานที่อื่น ๆ โดยปราศจากคนดูแลในสหรัฐอเมริกา นั้นมีหลายกรณี โดยสถานะทางสังคม เพศ วัย และการศึกษาของผู้ปกครองนั้นก็มีความแตกต่างกัน คดีต่าง ๆ ในสหรัฐอเมริกาจะแบ่งเป็นกรณีที่ยังไม่เกิดความเสียหายต่อเด็ก ศาลและคณะลูกขุนจะพิจารณาจากความเหมาะสมของการกระทำของผู้ปกครองเพื่อพิจารณาว่าสิ่งที่ผู้ปกครองกระทำนั้นประมาทเลินเล่อหรือไม่ หากประมาทเลินเล่อก็จะมีการลงโทษทางอาญา หากเป็นกรณีที่มีผลเสียหายต่อเด็กเช่นเด็กบาดเจ็บหรือเสียชีวิต พนักงานอัยการมักจะไม่ดำเนินการฟ้องคดีอาญาต่อพ่อแม่ เว้นแต่กรณีเป็นความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เพราะเห็นว่าพ่อแม่ผู้ปกครองนั้นต้องทนทุกข์ทรมานจากความสูญเสียบุตรของตนอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกา เช่น วอชิงตัน หรือเท็กซัส มีการกำหนดชัดเจนโดยเฉพาะเรื่องการทิ้งเด็กไว้ในรถยนต์โดยปราศจากการดูแลที่เหมาะสม กฎหมายทั่วไปอย่าง CAPTA ก็ยังมีได้กำหนดความหมายของคำว่าความประมาทเลินเล่อไว้อย่างชัดเจน จึงเกิดปัญหาความไม่แน่นอนของผลของคดีอันเกิดจากการใช้ดุลพินิจของคณะลูกขุนที่แตกต่างกัน

คดีที่ศาลตัดสินว่าการกระทำของผู้ปกครองนั้นไม่มีความผิดตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ศาลอุทธรณ์แห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียให้ความเห็นในคดี *People v. Rodriguez*³⁰ ซึ่งมารดาที่ทิ้งบุตรผู้เยาว์ของตนซึ่งมีอายุระหว่างสองถึงหกปีที่บ้านไว้ลำพังในยามวิกาลและบุตรทั้งสองของเธอเสียชีวิตจากเหตุเพลิงไหม้ ระบุว่า “ผู้ปกครองไม่อาจที่ทิ้งเด็กเล็กไว้ลำพังในบ้านและจะมีความผิดฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายได้ในกรณีที่เหตุร้ายที่เกิดขึ้นนั้นอาจคาดเห็นได้และเกิดอันตรายต่อชีวิตของเด็กเท่านั้น” ศาลจึงพิพากษายกฟ้อง อีกคดีหนึ่งที่ศาลยกฟ้องคือคดี *People v. Torres*³¹ ข้อเท็จจริงในคดีนี้คือ มารดาคนหนึ่งได้ทิ้งบุตรของตนอายุเก้าเดือนโดยปราศจากการดูแลในอ่างอาบน้ำซึ่งทำให้บุตรของเธอจมน้ำเสียชีวิต ศาลพิพากษายกฟ้องด้วยเหตุที่ว่า การดำเนินคดีกับจำเลยด้วยความผิดพลาดที่น่าเศร้าสลดของเธอซึ่งจะ

²⁹ Jennifer M. Collins, *Crime and Parenthood: The Uneasy Case for Prosecution of Negligent Parents* [Online], 29 September 2020. Source: <https://ssrn.com/abstract=673451> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.673451>

³⁰ *People v. Rodriguez* - 186 Cal. App. 2d 433 (1960)

³¹ *People v. Torres* (1995) - 33 Cal. App. 4th 37, 39 Cal. Rptr. 2d 103.

ติดตัวเธอไปตลอดนั้นไม่ยุติธรรมและเกินสมควรแก่เหตุทั้งต่อตัวจำเลยเองและบุตรของเธอที่ยังมีชีวิตอยู่

ในทางตรงกันข้าม คดีที่ศาลตัดสินว่าการกระทำของผู้ปกครองนั้นมีความผิดและต้องได้รับโทษตามกฎหมาย ได้แก่ คดี *Suarez v. State*³² เป็นคดีที่มีความเห็นของศาลที่น่าสนใจคือจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ที่ไม่ระมัดระวังในการรัดเข็มขัดนิรภัยให้แก่บุตรอายุสามปีของตนเมื่อโดยสารอยู่ในรถยนต์และไม่สังเกตว่าบุตรของตนตกลงไปจากรถ โดยผู้พิพากษาให้คดีนี้มีความเห็นว่า การลงโทษให้จำคุกจำเลยในระยะเวลาอันสั้นจะเป็นการส่งสัญญาณให้แก่สาธารณชนได้ทราบว่าคุณปกครอง พ่อแม่ มีหน้าที่ในการดูแลและปกป้องบุตรและการผิดต่อหน้าที่ดังกล่าวจะเกิดความเสียหายต่อบุตรผู้เยาว์นั้นขัดต่อกฎหมาย

นอกจากนี้ ประเด็นเรื่องความผิดของผู้ปกครองที่ดูแลบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อ นั้น ปัญหาที่ว่าผู้ปกครองควรถูกดำเนินคดีและลงโทษตามกฎหมายหรือไม่ก็เป็นประเด็นที่ถูกวิพากษ์วิจารณ์ในสหรัฐอเมริกาเช่นกัน เช่น ในกรณีที่บุตรผู้เยาว์เสียชีวิตเพราะความประมาทเลินเล่อในการดูแลบุตรนั้นการลงโทษขึ้นอยู่กับบทพิจารณาและความเห็นของคณะลูกขุน โดยความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียบุตรอันเป็นที่รักก็เป็นปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาไม่ลงโทษผู้ปกครอง ในสหรัฐอเมริกามีการแจ้งความดำเนินคดีกับผู้ปกครองที่ทิ้งบุตรไว้โดยปราศจากผู้ดูแลโดยที่ยังไม่เกิดความเสียหายใด ๆ ต่อเด็กเช่นกัน โดยในกรณีนี้ศาลจะใช้หลักเกณฑ์ “ความเหมาะสม” มาพิจารณาว่าการทิ้งบุตรนั้นผู้ปกครองประมาทเลินเล่อหรือไม่³³ โดยจะชั่งน้ำหนักว่าการลงโทษผู้ปกครองที่ดูแลบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อนั้นเป็นการซ้ำเติมความเสียหายหรือการลงโทษให้สาสมกับการไม่ดูแลบุตรผู้เยาว์ให้ติดตามหน้าที่ของผู้ปกครองนั้น เป็นต้น

4. บทวิเคราะห์เกี่ยวกับกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานในการดูแลบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครอง: กรณีผู้ปกครองทิ้งเด็กโดยประมาทเลินเล่อ

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายฉบับต่าง ๆ พบว่ามีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาเรื่องมาตรฐานในการดูแลลูกของผู้ปกครองกรณีทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อพบว่ากฎหมายปัจจุบันกำหนดชัดเจนเรื่องหน้าที่ของผู้ปกครองในการดูแล (duty of care) อย่างไรก็ดี สำหรับเรื่องมาตรฐานในการดูแล (standard of care) นั้นกฎหมายได้กำหนดไว้เรื่องสิทธิของเด็กและหน้าที่ของผู้ปกครองไว้อย่างกว้าง ๆ สำหรับกฎหมายที่กำหนดสิ่งที่ทำไม่ได้และมีโทษทางอาญาชัดเจนเป็นเรื่องของการกระทำผิดต่อเด็กโดยเจตนา เช่น การทอดทิ้งเด็กและการทารุณกรรมเด็ก สำหรับการกระทำหรืองดเว้นการกระทำโดย

³² *Suarez v. State*, No. 05-03-00096-CR, (Tex. App. Dec. 30, 2003)

³³ *Collins*, op.eit., 13-20.

ประมาทเลินเล่อของผู้ปกครองนั้นจะเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายแก่เด็กแล้ว เป็นต้น สิ่งที่ต้องพัฒนาคือการกำหนดมาตรฐานในการดูแลบุตรเป็นกฎหมาย โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของเด็ก เช่น เรื่องของการทิ้งบุตรผู้เยาว์ไว้โดยไม่มีผู้ดูแล เช่น ในรถยนต์หรือในบ้าน นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติการบังคับใช้กฎหมายมักจะเกิดขึ้นเมื่อมีความสูญเสียแล้ว ดังนั้น พลเมืองในสังคมและเจ้าหน้าที่ของรัฐควรตระหนักถึงหน้าที่ในการแจ้งและการป้องกันมิให้ความเสียหายเกิดขึ้น เช่น เมื่อพบเด็กอยู่ตามลำพังในที่ไม่ปลอดภัย หรือพบการเลี้ยงดูที่ไม่ได้มาตรฐาน ก็ควรที่จะดำเนินการแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ มิใช่เพื่อลงโทษผู้ปกครองแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่เป็นการให้ความรู้แก่ผู้ปกครองและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อเด็กเพราะการเลี้ยงดูที่ไม่ได้มาตรฐานนั้น

4.1 กฎหมายไทยมีบทบัญญัติเรื่องของมาตรฐานในการดูแลเด็กโดยเฉพาะกรณีผู้ปกครองที่เลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อ แต่ไม่มีประเด็นเรื่องการปล่อยเด็กทิ้งไว้ตามลำพังในลักษณะที่ไม่ถึงขั้นปราศจากผู้ดูแลหรือเป็นอันตรายต่อชีวิต

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานการดูแลเด็กของผู้ปกครองเรื่องการทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยปราศจากผู้ดูแลพบว่า กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการละทิ้งเด็กไว้โดยไม่ได้ให้มีการดูแลสวัสดิภาพหรือให้การเลี้ยงดูที่เหมาะสม หรือละเลยจนเกิดอันตรายต่อเด็กคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับดังกล่าวหรือกฎหมายฉบับอื่นมิได้บัญญัติถึงการเลี้ยงดูที่เหมาะสม ทั้งนี้ โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยปราศจากผู้ดูแลที่เหมาะสมว่ากรณีใดบ้างที่ผู้ปกครองทิ้งบุตรไม่ได้เลย หรือกรณีใดบ้างที่ถือว่าการดูแลบุตรที่ไม่เหมาะสมแล้ว เป็นต้น

เนื่องจากวิธีการในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ของผู้ปกครองแต่ละคนมีความแตกต่างกัน และความเหมาะสมของวิธีการดูแลบุตรมีลักษณะอัตวิสัย (subjective) การที่กฎหมายกำหนดขอบเขตของสิ่งที่ผู้ปกครองทำไม่ได้ให้มีความชัดเจนจึงมีความสำคัญมาก เพราะจะทำให้ผู้ปกครองและผู้อื่นในสังคมได้ตระหนักถึงมาตรฐานในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยของเด็ก และการกระทำของผู้ปกครองที่เข้าข่ายประมาทเลินเล่อเพื่อให้ผู้ปกครองกระทำตามมาตรฐานดังกล่าว และผู้อื่นในสังคมจะได้มีความชัดเจนในการช่วยเหลือหรือแจ้งเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากเกิดเหตุการณ์ที่คาดว่าจะเกิดอันตรายต่อสวัสดิภาพของเด็ก ๆ ในสังคมอันเกิดจากความประมาทเลินเล่อของผู้ปกครอง

เมื่อพิจารณาถึงมาตรฐานขั้นต่ำในการเลี้ยงดูเด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 และกฎกระทรวง กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล พ.ศ. 2549 พบว่าสิ่งแวดล้อมหรือการดูแลในเรื่องความปลอดภัยของเด็กนั้นมีความสำคัญและเป็นสิทธิพื้นฐานของเด็กทุกคนเพราะความปลอดภัยเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ เมื่อเด็กทุกคนมีสิทธิขั้นพื้นฐานในการเติบโตอย่างปลอดภัย

ทุกภาคส่วนของสังคม โดยผู้ปกครองเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญมากที่สุดเนื่องจากอยู่ใกล้ชิดและมีหน้าที่ตามกฎหมายโดยตรงในการดูแลบุตรของตน ซึ่งกฎหมายต้องเป็นกลไกในการขับเคลื่อนความตระหนักรู้และชุดข้อมูลความรู้สำหรับผู้ปกครองในเรื่องความปลอดภัยของเด็ก มาตรฐานขั้นต่ำดังกล่าวจะเป็นมาตรฐานที่ถือว่าเป็นมาตรฐานวิญญูชนของผู้ปกครองในการดูแลบุตรผู้เยาว์ของตน (reasonable and prudent parental standards) การเพิ่มเติมแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการพิจารณาว่าผู้ปกครองประมาทเลินเล่อหรือไม่ในการดูแลบุตรผู้เยาว์ ในกฎหมายโดยพิจารณาจากปัจจัยเรื่องอายุของผู้เยาว์ อายุของผู้ดูแล ระยะห่างระหว่างบิดามารดาและบุตรผู้เยาว์ ความสามารถของผู้เยาว์ในการติดต่อสื่อสารกับผู้ปกครอง และระยะเวลาที่ผู้ปกครองทิ้งบุตรผู้เยาว์ เป็นต้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้เยาว์ เป็นสำคัญ

นอกจากนี้ จากสถิติเรื่องของผู้ปกครองทิ้งหรือลืมนบุตรผู้เยาว์ไว้ในรถหรือในบ้าน สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการดูแลเด็กโดยประมาทเลินเล่อ ในกรณีที่เกิดอุบัติเหตุที่รถลูกไว้ในรถให้ชัดเจนและเฉพาะเจาะจง เนื่องจากกรณีทิ้งเด็กไว้ในรถโดยประมาทเลินเล่อจะไม่เข้าองค์ประกอบของการทอดทิ้งเด็กตามมาตรา 306 และมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และการดำเนินคดีแก่มารดาบิดาในเรื่องประมาทเลินเล่อโดยจงใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 291 มาตรา 300 และมาตรา 390 สำหรับกรณีทิ้งหรือลืมนบุตรผู้เยาว์ไว้ในรถหรือในบ้านนั้นก็ต้องพิสูจน์ถึงเรื่องความประมาทเลินเล่อและต้องเกิดความเสียหายต่อเด็กแล้วเท่านั้นจึงจะเข้าองค์ประกอบความผิดอันเป็นลักษณะของการลงโทษหลังจากมีความเสียหายเกิดขึ้นต่อเด็กแล้วเท่านั้น ดังนั้น การที่มีกฎหมายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการทิ้งบุตรผู้เยาว์ไว้ในรถหรือในบ้านโดยปราศจากผู้ดูแลหรือปราศจากผู้ดูแลที่เหมาะสมถือเป็นการส่งสารให้พลเมืองและผู้ปกครองทุกคนในสังคมให้ตระหนักถึงอันตรายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าว และเป็นการส่งเสริมมาตรฐานการดูแลบุตรผู้เยาว์ในเรื่องความปลอดภัยอีกด้วย

4.2 ความเหมาะสมของโทษที่ลงแก่บิดามารดาที่ทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อ

ปัญหาเรื่องผลการลงโทษทางอาญาต่อผู้ปกครองต่อการส่งเสริมมาตรฐานการดูแลบุตรผู้เยาว์ของบิดามารดานั้นแบ่งออกเป็นสองเรื่องคือ ในเรื่องที่ผลของการทิ้งบุตรโดยประมาทเลินเล่อนั้นทำให้บุตรผู้เยาว์เสียชีวิต การลงโทษฐานประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นถึงแก่ความตายหรือประมาทเป็นเหตุให้ผู้อื่นบาดเจ็บสาหัสเป็นการลงโทษที่มุ่งทำให้ผู้กระทำลบล้างซึ่งบางครั้งพนักงานอัยการอาจสั่งไม่ฟ้องคดีเหล่านี้ด้วยเหตุผลที่ว่าจำเลยมีความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียบุตรของตนอยู่แล้ว และแม้ว่าจะมีการลงโทษไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือปรับก็ตามก็คงไม่มีการลงโทษประการใดที่เจ็บปวดและทรมานกว่าการเสียบุตรอันเป็นที่รักของตนอีกแล้ว อย่างไรก็ตาม การไม่ลงโทษเลยก็อาจทำให้ผู้ปกครองไม่ใช้ความระมัดระวังตามสมควร

ในการดูแลเรื่องความปลอดภัยของบุตรผู้เยาว์จนเกิดความสูญเสียขึ้นได้ การกำหนดโทษแก่ผู้ปกครองที่ทิ้งบุตรผู้เยาว์โดยประมาทเลินเล่อจะเป็นการสร้างบรรทัดฐานแก่สังคมโดยรวมให้ช่วยกันสอดส่องดูแลว่ามีเหตุการณ์อันเป็นการทิ้งเด็กไว้โดยลำพังหรือทิ้งเด็กไว้โดยปราศจากผู้ดูแลที่เหมาะสมหรือไม่ และหากมีเหตุดังกล่าวก็สามารถแจ้งให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้ทันทีทันทีก่อนที่ความเสียหายจะเกิดขึ้นต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของเด็ก

สำหรับโทษที่จะลงแก่พ่อแม่ ผู้ปกครองกรณีผู้ปกครองทิ้งบุตรโดยประมาทเลินเล่อ นั้นไม่ควรที่จะมุ่งลงโทษ เช่น จำคุกหรือปรับเท่านั้น เพราะจุดมุ่งหมายของการลงโทษคือการส่งเสริมมาตรฐานในการดูแลบุตรผู้เยาว์เพื่อให้ผู้เยาว์ได้รับการเลี้ยงดู ให้สภาพแวดล้อมมีความปลอดภัยอย่างแท้จริง การลงโทษผู้ปกครองที่กระทำความผิดควรกำหนดให้มีมาตรการเพื่อส่งเสริมการเป็นผู้ปกครองที่มีคุณภาพซึ่งมีวิธีการเลี้ยงดูที่เหมาะสม เช่น การอบรมแก่บิดามารดาผู้ปกครองถึงมาตรฐานในการดูแลบุตรผู้เยาว์ เป็นต้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

สิทธิในการเลี้ยงดูบุตรและเสรีภาพในการเลือกวิธีการในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์นั้นเป็นของผู้ปกครองตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิของผู้ปกครองนั้นย่อมต้องคำนึงถึงสิทธิของเด็ก โดยเด็กทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการดูแลอย่างมีมาตรฐาน สิทธิเด็กที่จะมีความปลอดภัยทั้งในด้านกายภาพและด้านจิตใจ ดังนั้น รัฐจึงมีบทบาทที่สำคัญในการส่งเสริมให้เกิดการดูแลเด็กอย่างเหมาะสมโดยการกำหนดมาตรฐานในการเลี้ยงดูบุตรผู้เยาว์ที่คำนึงถึงวัยของเด็ก และเมื่อมีแนวทางที่ชัดเจนเรื่องการพิจารณาว่าการทิ้งผู้เยาว์อย่างไรจึงถือว่าเป็นการที่ผู้ปกครองประมาทเลินเล่อ มาตรฐานดังกล่าวจะทำให้ผู้ปกครองและสังคมแบ่งแยกได้ชัดเจนว่าการกระทำใดเป็นวิธีการเลี้ยงดูที่แตกต่างซึ่งผู้ปกครองมีสิทธิในการเลือก และการกระทำใดเป็นการกระทำที่ปราศจากความระมัดระวังอันเป็นเรื่องของการดูแลเด็กโดยประมาทเลินเล่อ และจำต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

สำหรับข้อเสนอแนะนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าสังคมไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับเด็กหลายฉบับ กฎหมายส่วนใหญ่มุ่งเน้นถึงการพัฒนาเด็ก คุ่มครองเด็กที่มีความเป็นไปได้ในการถูกทารุณกรรมหรือได้รับความรุนแรงจากคนในครอบครัวหรือบุคคลอื่น และกฎหมายอีกส่วนหนึ่งมุ่งเน้นถึงการคุ้มครองสิทธิเด็กที่กระทำความผิดและเยียวยาทำให้เด็กเหล่านั้นกลับคืนเป็นคนดีแก่สังคม แต่สิ่งที่ยังขาดสำหรับกฎหมายไทยคือมาตรการในการพัฒนาผู้ปกครองให้มีความสามารถและมีความพร้อมในการพัฒนาเด็กที่อยู่ในการดูแลของตน บทความฉบับนี้มุ่งเน้นการดูแลเบื้องต้นที่ผู้ปกครองมีหน้าที่ต้องรู้ เข้าใจ และกระทำเพื่อดูแลสวัสดิภาพของเด็ก โดยเฉพาะเด็กเล็กและเด็กที่พึ่งพาตนเองไม่ได้ กฎหมายควรกำหนดให้ชัดเจนถึงแนวทางที่เป็นมาตรฐานในการดูแลเด็ก นอกจากนี้ รัฐควรบัญญัติกฎหมายเรื่องการทิ้งเด็กไว้ในรถหรือในบ้าน

โดยปราศจากผู้ดูแลที่เหมาะสม โดยพิจารณาให้เหมาะสมตามบริบทของสังคมและวัฒนธรรมไทย สำหรับการกำหนดโทษนั้นนอกจากมาตรการลงโทษตามปกติแล้วอาจกำหนดวิธีการอื่น เช่น การให้ผู้ปกครองที่ประมาทเลินเล่อในการดูแลบุตรผู้เยาว์เข้ารับการอบรมจากแพทย์หรือผู้ที่เชี่ยวชาญในการเลี้ยงดูผู้เยาว์ได้ โดยมาตรการทางกฎหมายนี้มีได้มุ่งเน้นให้เกิดการลงโทษแต่เพียงประการเดียว หากแต่เป็นการส่งเสริมการเรียนรู้ของผู้ปกครอง และมุ่งเน้นในการป้องกันมากกว่าการแก้ไขเมื่อความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว และควรใช้กฎกระทรวงกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการอุปการะเลี้ยงดู อบรมสั่งสอน และพัฒนาเด็กที่อยู่ในความปกครองดูแล พ.ศ. 2549 ในการสร้างความตระหนักรู้เรื่องอันตรายของการปล่อยเด็กไว้ลำพังตามแนวทางที่กฎหมายในสหรัฐอเมริกาวางไว้ และเมื่อผู้ปกครองละเลยไม่ได้ทำตามกระบวนการในพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็กฯ และกฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวข้อง พนักงานคุ้มครองเด็กมีอำนาจในการตักเตือนเพื่อให้ทำตามมาตรฐานในการดูแลเด็กได้ อันเป็นมาตรการในการป้องกันมากกว่าเป็นการแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว

บทความวิจัย (Research Articles)

การปรับใช้แนวคิดเรื่อง “สินค้าที่เหมือนกัน” สำหรับกรณีของ “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน” ภายใต้ความตกลงทั่วไป ว่าด้วยการค้าบริการ^{*}

The Application of the Concept Relating to “Like Product” to the Case of “Like Services and Service Suppliers” under The General Agreement on Trade in Services

วรรณยา สังข์สมบูรณ์

นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Wattaya Sungsomboon

Master Student in International Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 18 ธันวาคม 2562

วันที่แก้ไขบทความ 11 กันยายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 2 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) เป็นหลักการพื้นฐานอันเป็นสาระสำคัญของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยมีพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับการไม่เลือกปฏิบัติ ได้แก่ 1) พันธกรณีหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nation Principle: MFN) และ 2) พันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment Principle: NT) ซึ่งเป็นพันธกรณี

^{*} บทความนี้สรุปจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การปรับใช้แนวคิดเรื่อง ‘สินค้าที่เหมือนกัน’ สำหรับกรณีของ ‘การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน’ ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

สำคัญที่อยู่ภายใต้องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) พันธกรณีดังกล่าว ได้ถูกบัญญัติอยู่ในความตกลงระหว่างประเทศหลายความตกลงด้วยกัน เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Trade in Goods: GATT 1994) ในข้อ 1 วรรค 1 ข้อ 3 วรรค 2 และข้อ 3 วรรค 4 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services: GATS) ในข้อ 2 วรรค 1 และข้อ 17 เพื่อให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ แก่สินค้าหรือบริการของประเทศอื่น ๆ หรือเป็นการปฏิบัติต่อสินค้าหรือบริการของประเทศอื่น ๆ ให้เท่าเทียมกับประเทศของตน โดยพิจารณาจากคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” ซึ่งเป็นคำที่อยู่ในบทบัญญัติ GATT 1994 และคำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and service suppliers)” ซึ่งเป็นคำที่อยู่ในบทบัญญัติ GATS แต่คำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน” ในความตกลง GATS ไม่ได้บัญญัติคำนิยามหรือความหมายไว้อย่างชัดเจน หากเทียบกับคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน” (Like product) ของความตกลง GATT 1994 ที่ปรากฏว่ามีคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment) ได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาการตีความ “ความเหมือนกัน (Likeness)” ของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายกรณีไป (Case by case) โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้นำมาพิจารณา ได้แก่ การพิจารณาถึงลักษณะทางกายภาพ (Physical characteristic) การใช้ในขั้นสุดท้าย (End-use) รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค (Consumer tastes and habits) และพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Tariffs classification)

ดังนั้น บทความวิจัยฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้แนวคิดการพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันนำมาปรับใช้ในเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน โดยผลการศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ที่สามารถนำมาปรับใช้ได้อาจเป็นเรื่องการพิจารณาถึงรสนิยม อุปนิสัย และการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค

คำสำคัญ: การปรับใช้แนวคิด, สินค้าที่เหมือนกัน, การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน

Abstract

Non-discrimination is a fundamental principle of international economic law, with obligations related to non-discrimination, such as the most favored national obligations and national obligations under the World Trade Organization (WTO). These obligations have been enacted in various international agreements, such as the General Agreement on Tariff and Trade 1994 (GATT 1994) in Article 1 Paragraph 1, Article 3 Paragraph 2 and Article 3 Paragraph 4, and the General Agreement on Trade in Services (GATS) in Article 2 Paragraph 1 and Article 17,

with a view to giving various rights to products or services of other nations or treating the goods or services of other nations equally to their nations by considering from the word “Like product” which is provided in the GATT 1994 provisions and the word “Like services and service suppliers”, which is provided in the GATS provision. The term of “Like services and service suppliers” has no definitions. On the contrary, the criteria for determining the “likeness” of the product has been developed by the Working Party on Border Tax Adjustment, to be interpreted on a case-by-case basis. The criteria includes Physical Characteristics, End-use, Consumer tastes and habits and Tariffs classification.

Therefore, this article focuses on whether the application of the Like product can be mechanically transposed to like services and service suppliers. The study reveals that the applicable criteria may be a consideration of consumers tastes and habits and end-uses.

Keywords: the application of the concept, like product, like services and service suppliers

1. บทนำ

คำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariff and Trade 1947: GATT 1947) เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการส่งเสริมการค้าและการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เพื่อให้มีกฎระเบียบเข้ามากำกับดูแลเรื่องการค้าให้เป็นไปอย่างเสรี เกิดความเป็นธรรมและลดอุปสรรคทางการค้าให้ได้มากที่สุด แต่การบังคับใช้ความตกลง GATT 1947 เกิดปัญหาหลายประการ เช่น ความคลุมเครือของบทบัญญัติ โดยต่างฝ่ายต่างพยายามตีความเพื่อเป็นประโยชน์แก่ฝ่ายตนและความไม่ได้ผลของกลไกการระงับข้อพิพาท ดังนั้น เมื่อสิ้นสุดการเจรจาอบูรูกวัย (Uruguay Round) ประเทศที่เข้าร่วมการเจรจาต่างก็มีความเห็นว่าควรจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศด้านการค้า คือองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) และประเทศที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกก็ได้รับลงนามในกรรมสารสุดท้ายรอบอุรุกวัย (Final Act)¹ และในความตกลงมาร์ราเกชที่จัดตั้งองค์การการค้าโลก (The Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization) นอกจากนี้ ความตกลงมาร์ราเกชยังรวมถึงความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของตัวบทของความตกลง GATT 1947 ฉบับเดิม²

คำว่า “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and service suppliers)” เป็นคำที่ปรากฏอยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งรวมไปถึงภาคผนวกทั่วไปและภาคผนวกเฉพาะ ใช้บังคับกับประเทศที่เป็นสมาชิก WTO ทั้งหมดและใช้กับการบริการทุกประเภทที่มีภายในอาณาเขตของประเทศสมาชิก³ มีผลบังคับโดยอัตโนมัติไม่ว่าจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วหรือเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา⁴ อย่างไรก็ตาม เมื่อรัฐเข้าผูกพันในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศ

¹ ทัชชชัย ทองอุไร, กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 31, 34-40.

² กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์ กระทรวงพาณิชย์, คำแปลกรรมสารสุดท้าย รวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย [ออนไลน์], 9 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา <https://dl.parliament.go.th/Backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

³ Friedl Weiss, “The General Agreement of Trade in Services 1994,” *Common Market Law Review*, 32 (1995): 1184.

⁴ พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการหมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (ฉบับกระแสดองค์การการค้าโลก), พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 37.

รัฐจึงมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม หากรัฐไม่ปฏิบัติย่อมมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ⁵ เช่น อาจถูกปรับหรือถูกลงโทษด้วยมาตรการต่าง ๆ ทางการค้า⁶ เป็นต้น

เนื่องจากความตกลง GATS เกิดจากการพัฒนาหลักเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศ เป็นการนำประเด็นเรื่องการค้าบริการเข้าสู่กรอบการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยของความตกลง GATT 1994 โดยมีความมุ่งหมายที่จะให้มีการค้าเสรีทั้งเรื่องการสินค้าและเรื่อง การบริการ ตลอดจนในเรื่องการลดอุปสรรคทางการค้าสินค้าและการค้าบริการลง⁷ ดังนั้น แนวความคิดในการใช้หลักเกณฑ์ทางการค้าระหว่างประเทศของความตกลง GATT 1994 และความตกลง GATS จึงมีลักษณะที่เหมือนกัน⁸ กล่าวคือ จะต้องปฏิบัติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อขจัดความไม่เท่าเทียมกันและก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่รัฐสมาชิกต่าง ๆ ต่อ สินค้าหรือการบริการในประเทศตนและกับประเทศสมาชิก เพื่อมิให้ประเทศใดประเทศหนึ่ง ได้รับประโยชน์มากเกินไปกว่าที่ควร ทั้งนี้ ตามหลักชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) หรือจะต้อง มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้าหรือการบริการต่างประเทศกับสินค้าหรือการ บริการในรัฐของตน เพื่อป้องกันมิให้รัฐของตนใช้มาตรการใด ๆ เพื่อคุ้มครองสินค้าหรือการ บริการภายในประเทศ ทั้งนี้ ตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT)⁹ หากผิดพันธกรณีใดก็จะเป็น การละเมิดและเกิดเป็นความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศขึ้น

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาหรือข้อตกลงในทางระหว่างประเทศเป็นการตกลงระหว่างรัฐ ด้วยกัน และ WTO ไม่ได้มีการตรวจสอบระเบียบข้อบังคับของรัฐสมาชิก ดังนั้น ข้อพิพาท เกิดขึ้นได้โดยมีรัฐกล่าวอ้างว่า รัฐสมาชิก WTO อื่นละเมิดพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติ มีการ เลือกปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันหรือการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันระหว่างรัฐผู้กล่าวอ้าง

⁵ ชุมพร บัจจุสานนท์, “ข้อคิดเกี่ยวกับผลกระทบของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการรอบอุรุกวัยต่อกฎหมายไทย,” 60 ปี สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2538), หน้า 368.

⁶ สำนักงานเลขาธิการผู้แทนราษฎร, เอกสารประกอบการพิจารณา ข้อเสนอผูกพันเปิดตลาดการค้าบริการของไทย ชุดที่ 8 ภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน อ.พ.8/2555 การประชุมร่วมกันของรับสภา สมัยนิติบัญญัติ [ออนไลน์], 9 พฤษภาคม 2563. แหล่งที่มา <https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>

⁷ อรรถนิน เรื่องอาจ, “ผลกระทบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการที่กระทบต่อกฎหมายที่เกี่ยวกับบริการโทรคมนาคมของไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 12.

⁸ Vu Nhu Thang, “Interpreting GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT,” *Forum of International Development Studies*. 32 (December 2006): 176.

⁹ ทัชชัย ทองอุไร, *กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ: GATT และ WTO: บททั่วไป*, หน้า 111.

และรัฐผู้ถูกร้อง ดั่งนี้องค์กรอุทธรณ์มีสิทธิสูงสุด (Ultimate right) ในการตัดสินข้อพิพาทและให้มีการเยียวยารัฐที่ถูกละเมิดโดยการอนุญาตให้มีการลงโทษทางการค้าเพื่อตอบโต้รัฐที่ละเมิดพันธกรณีได้ (Authorize retaliatory trade sanctions)¹⁰

ทั้งนี้ การจะวินิจฉัยว่ารัฐมีการละเมิดพันธกรณีไม่เลือกปฏิบัติหรือไม่ จะต้องได้รับการพิจารณาว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับสินค้าที่เหมือนกัน หรือเป็นเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ซึ่งคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน มีคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment) กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณา “ความเหมือนกัน (Likeness)” ของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายกรณีไป โดยอาจใช้หลักเกณฑ์ต่อไปนี้มาปรับใช้ในข้อพิพาท ได้แก่ ลักษณะทางกายภาพ (Physical characteristic) การใช้ขั้นสุดท้าย (End-use) รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค (Consumer-tastes and habits) และพิกัดอัตราภาษีศุลกากร (Tariff Classification)

แต่คำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันในความตกลง GATS ไม่มีคำนิยามหรือความหมายแต่อย่างใด แม้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์มีคำวินิจฉัยว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน แต่ก็ไม่ได้บัญญัติแนวทางในการพิจารณาไว้แต่อย่างใด เมื่อไม่มีบรรทัดฐานในการนิยามความหมาย ก็ทำให้ประสบปัญหาในเวลาที่เกิดข้อพิพาท เนื่องจากไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ใดมาพิจารณาหรือกล่าวอ้างได้ การพิจารณาคำดังกล่าวจึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจในการตีความของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (Panel) และองค์กรอุทธรณ์ (Appellate Body) ที่ต้องอาศัยการตีความเป็นรายข้อพิพาทไป (case by case)

บทความนี้จึงมุ่งศึกษาเกี่ยวกับการปรับใช้แนวคิดการพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันนำมาปรับใช้ในเรื่องการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน โดยจะศึกษาเกี่ยวกับหลักการที่สำคัญของความตกลง GATT 1994 ได้แก่เกณฑ์การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักเกณฑ์ที่คณะทำงานกำหนด จากนั้นพิจารณาบทบัญญัติตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง พร้อมตัวอย่างคดีพิพาท (ในหัวข้อที่ 2) และศึกษาเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งตามความตกลง GATS เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีการกล่าวถึงคำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (ในหัวข้อที่ 3) จากนั้นจึงศึกษาเกี่ยวกับการนำแนวคิดการพิจารณาความเหมือนกันของสินค้ามาปรับใช้กับเรื่องการบริการว่าสามารถปรับใช้หลักใดได้บ้าง ซึ่งจากการศึกษาตามตำราและเอกสารต่าง ๆ พอ

¹⁰ International Bar Association Member Bars, **GATS General Agreement on Trade in Services** [Online], 9 May 2020. Source: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/INTERNATIONAL_LEGAL_SERVICES/ILS_Guides___recommendations/EN_ILS_20020531_IBA-GATS-Handbook-for-International-Bar-Association-Member-Bars.pdf

สรุปได้ว่าการปรับใช้แนวคิดเรื่องสินค้ากับการบริการอาจมีลักษณะที่แตกต่างกัน เนื่องจากว่าความตกลงต่าง ๆ ขององค์การการค้าโลก (WTO) จะถูกนำไปใช้ในสภาพแวดล้อมทางวัฒนธรรมที่มีความหลากหลายในทั่วโลก ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าด้วยวัฒนธรรมที่แตกต่างเหล่านี้จะมีความแตกต่างในเรื่องศุลกากร (Customs) และสภาพโครงสร้างของเงื่อนไขต่าง ๆ (Structural conditions) ที่จะส่งผลกระทบต่อตลาดหรือธุรกิจต่าง ๆ (Markets) ที่มีการปรับใช้ความตกลง¹¹ อีกทั้งในเรื่องการบริการไม่อาจนำหลักเกณฑ์เรื่องลักษณะทางกายภาพมาพิจารณาได้ ทั้งในเรื่องสินค้ามีเรื่องอัตราภาษีศุลกากร แต่เรื่องการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีศุลกากรเข้ามาเกี่ยวข้อง ดังจะอธิบายต่อไป (ในหัวข้อที่ 4)

2. การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน (Like product) ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (GATT 1994)

2.1 การพิจารณาความหมายของสินค้าที่เหมือนกันตามหลักเกณฑ์ของคณะทำงาน (The Working Party on Border Tax Adjustment)

คณะทำงานได้กำหนดหลักเกณฑ์พื้นฐานในการพิจารณาความเหมือนกันของสินค้าว่าจะต้องตีความเป็นรายการเดียวไป โดยอาจใช้เกณฑ์ต่อไปนี้มาปรับใช้ในข้อพิพาทคือ การใช้งานสินค้าในขั้นสุดท้าย รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภคที่มีการเปลี่ยนแปลงในแต่ละประเทศ และคุณลักษณะทางธรรมชาติและคุณภาพของสินค้า¹² (WTO ใช้คำว่า ลักษณะทางกายภาพ) โดยพิจารณาในตัวสินค้าว่าสินค้าทั้งสองชนิดมีความเหมือนกันหรือไม่ ต่อมาองค์การอุทธรณ์ในคดี EC-Asbestos ก็ได้ยืนยันตามหลักการของคณะทำงานในเรื่องการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.1.1 ลักษณะทางกายภาพ คือสิ่งที่บ่งบอกรูปร่าง สี รสชาติ ขนาด ส่วนประกอบต่าง ๆ รวมถึงมุมมองต่อตัวสินค้าซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการแบ่งหมวดหมู่สินค้าเป็นการพิจารณาถึงลักษณะทางธรรมชาติและคุณสมบัติของสินค้า ความสัมพันธ์ระหว่างสินค้าที่นำมา

¹¹ Wong Mog Choi, "Like Products" in *International Trade Law*, 1st edition (United Kingdom: Oxford University Press, 2003), p. 6.

¹² Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?*, World Trade Organization (Switzerland: Economic Research and Statistics Division, 2006), p. 16.

เปรียบเทียบกันทั้ง 2 ชนิดให้มีความใกล้ชิดกันมากที่สุด โดยมองถึงคุณภาพและกรรมวิธีในการผลิต¹³

2.1.2 การใช้งานขั้นสุดท้าย เป็นองค์ประกอบที่ทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์ของผู้ผลิต ในการผลิตสินค้าออกมาสู่ท้องตลาด ทำให้ส่งผลต่อการตัดสินใจเลือกสินค้าหรือการใช้งานของผู้บริโภค โดยอาศัยข้อมูลหรือข้อเท็จจริงทางด้านเศรษฐศาสตร์มาประกอบการพิจารณา¹⁴ เช่น การใช้ประโยชน์จากสินค้าและบริการ เพื่อสนองความต้องการของผู้บริโภค ซึ่งจุดมุ่งหมายที่สำคัญคือ ความพอใจสูงสุดที่ผู้บริโภคได้รับจากสินค้าหรือการบริการที่ซื้อมา โดยอาจคำนึงถึงหลักความประหยัด ซึ่งเป็นการบริโภคตามความเหมาะสมและไม่เกินความจำเป็น ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้บริโภคและไม่เป็นการสิ้นเปลืองทรัพยากร¹⁵

2.1.3 รสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค คือรสนิยมหรือลักษณะในการใช้งานสินค้าของผู้บริโภค ซึ่งมีความแตกต่างออกไปในแต่ละประเทศ เนื่องจากลักษณะหรือคุณสมบัติทางธรรมชาติของสินค้าที่ทำให้เกิดรสนิยมหรือลักษณะการใช้งานของผู้บริโภค มีพื้นฐานมาจากความแตกต่างทางสังคมและวัฒนธรรมของประเทศต่าง ๆ ทำให้ส่งผลกระทบต่อมุมมองในตัวสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบ¹⁶

2.1.4 การจำแนกผลิตภัณฑ์ราคาคุณภาพ คืออัตราการจัดเก็บภาษีอากรขาเข้าแก่สินค้า ในการจัดเก็บภาษีศุลกากรของรัฐมีการจำแนกออกเป็นหมวดหมู่ตามลักษณะและวัตถุประสงค์ในการใช้งานและคำนึงถึงส่วนประกอบของสินค้า ลักษณะหรือวิธีการใช้สินค้าเป็นสิ่งสำคัญซึ่งสัมพันธ์กับลักษณะทางกายภาพของสินค้า¹⁷

เนื่องจากคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน (Like product) ปรากฏอยู่ในข้อ 1 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และข้อ 3 วรรค 2 และข้อ 3 วรรค 4 ที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรต้องพิจารณาหลักการดังกล่าวเพื่อให้เข้าใจ

¹³ ผานิตา เขยชม, “การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558), หน้า 20-22.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-22.

¹⁵ วิทวัส ชัดทาน, **Economic เศรษฐศาสตร์ในชีวิตประจำวัน ตอนความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับเศรษฐศาสตร์** [ออนไลน์], 25 พฤศจิกายน 2562. แหล่งที่มา <https://sites.google.com/site/wittawatkadthan/neuxha/bth-thi-1-khwam-ru-beuxng-tn-keiy-wkab-sersthsastr>

¹⁶ ผานิตา เขยชม, **การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า**, หน้า 20-22.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 20-22.

ความหมายของคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน¹⁸ เพราะในบทบัญญัติเดียวกันก็อาจมีหลายความหมาย และมีลักษณะแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับเนื้อหาของแต่ละคดี เช่น ข้อ 3 วรรค 2 มี 2 ประโยคที่ต้องศึกษา ซึ่งแต่ละบทบัญญัติต่างมีแนวทางในการตีความคำว่าสินค้าที่เหมือนกัน¹⁹ อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์จะนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันที่กำหนดโดยคณะทำงานมาพิจารณาประกอบการวินิจฉัยในแต่ละข้อพิพาท²⁰ เนื่องจากเป็นหลักที่พิจารณาในตัวสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบ หากเข้าหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่ง ก็จะถือว่าสินค้าทั้งสองชนิดเป็นสินค้าที่เหมือนกัน ดังจะอธิบายต่อไปนี้

2.2 การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nations Treatment: MFN)

คำว่าสินค้าที่เหมือนกันปรากฏอยู่ในข้อ 1 เป็นหลักที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ ณ จุดผ่านแดนและช่องทางเข้าออกระหว่างประเทศในกลุ่มสินค้าจากประเทศต่าง ๆ โดยรัฐเจ้าบ้าน (host state) ที่นำเข้าสินค้า จะต้องปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันที่นำเข้ามาหรือที่ส่งออกไปยังรัฐที่ได้รับสิทธิตามหลัก MFN อย่างดีที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ไม่ว่าจะเป็ นสิทธิที่จะได้รับอัตราภาษีพิเศษสำหรับการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าบางประเภทไปยังรัฐพันธมิตร หรือสิทธิในการผูกขาดการนำเข้าหรือส่งออกสินค้าบางประเภท ใช้บังคับกับสมาชิกทุกรัฐและสิทธิภายใต้หลัก MFN สามารถใช้ยื่นกับรัฐเจ้าบ้านได้โดยทันทีทันใดและโดยปราศจากเงื่อนไข จึงส่งผลให้เกิดการไม่เลือกปฏิบัติโดยทันทีและเกิดการค้าเสรีระหว่างประเทศอย่างรวดเร็วและกว้างขวาง²¹ สำหรับเกณฑ์การพิจารณาว่าสินค้าที่นำมาเปรียบเทียบทั้งสองชนิดนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่ สามารถศึกษาจากแนวทางคำตัดสินข้อพิพาทที่ผ่านมา ได้แก่

คดี Canada-SPF Dimension Lumber ค.ศ. 1989²² เป็นกรณีที่ประเทศญี่ปุ่น ออกมาตรการเก็บภาษีไม้สำเร็จรูปที่ใช้ในการทำเฟอร์นิเจอร์ ซึ่งส่วนใหญ่เก็บภาษีจากไม้ตระกูลสน

¹⁸ Gerald C. Berg, "An Economic Interpretation of 'Like-product,'" *Journal of World Trade* 30 (April 1996): 195. อ้างถึงใน ปานชนก ธนาวุฒิ, อ้างไว้ เชียงธรรมที่ 19, หน้า 6.

¹⁹ ปานชนก ธนาวุฒิ, "การตีความ 'สินค้าชนิดเดียวกัน' ภายใต้ความตกลงการตอบโต้การทุ่มตลาดขององค์การการค้าโลก," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2545), หน้า 19.

²⁰ Robert E. Hudec, *Like Product: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III*, [Online], 25 November 2019, Source: http://www.ivr.uzh.ch/institutsmitglieder/kaufmann/archives/fs14/iel1/text_17_robert_hudec_complete_version.pdf

²¹ จารุประภา รักพงษ์, *กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ*, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 35-37.

²² Canada: SPF lumber. Panel (1989) para. 5, 9.5, 10. และจารุประภา รักพงษ์, *กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ*, หน้า 48-50.

ที่สายพันธุ์ต่างกัน โดยไม้สนสายพันธุ์ SPF Lumber ที่ผลิตในประเทศแคนาดาถูกเรียกเก็บภาษีที่แพงกว่า ประเทศแคนาดาจึงร้องต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทว่า ประเทศญี่ปุ่นเลือกปฏิบัติระหว่างไม้สนนำเข้า ชัดกับพันธกรณี MFN ซึ่งประเทศญี่ปุ่นโต้แย้งว่าหากพิจารณาจากมุมมองผู้บริโภคแล้วเห็นว่าไม้สนตระกูล SPF Lumber ไม่เหมือนกับไม้สนสายพันธุ์อื่น ๆ เพราะมีคุณภาพ ลายของไม้ กลิ่น ความแข็ง ความเหมาะสมในการใช้แตกต่างกันและมีฐานราคาที่แตกต่างกัน ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทเห็นด้วยกับเหตุผลของประเทศญี่ปุ่นโดยตัดสินว่ากลุ่มไม้สนที่พิพาทนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันไม่ใช่สินค้าที่เหมือนกัน เป็นการพิจารณาจากรสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค ทำให้ประเทศญี่ปุ่นออกมาตรการกำหนดภาษีเองได้เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์เชิงนโยบายของรัฐ

2.3 การพิจารณาคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตามหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT)

คำว่าสินค้าที่เหมือนกันปรากฏอยู่ในข้อ 3 วรรค 2 ซึ่งเป็นเรื่องมาตรการทางภาษีและในข้อ 3 วรรค 4 ซึ่งเป็นเรื่องมาตรการที่ไม่ใช่ภาษี โดยข้อ 3 วรรค 2 จะประกอบไปด้วยหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ 2 ประเภทคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ใช้กับสินค้าที่เหมือนกัน ตามข้อ 3 วรรค 2 ประโยคแรก และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติที่ใช้กับสินค้าที่แข่งขันกันได้โดยตรงหรือทดแทนกันได้ ตามข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2²³ ดังจะอธิบายต่อไปนี้

ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคแรก เป็นการพิจารณาเพียงว่าสินค้านำเข้ากับสินค้าภายในนั้นเป็นสินค้าที่เหมือนกันหรือไม่ และในระหว่างสินค้าภายในประเทศกับสินค้าจากต่างประเทศได้มีการจัดเก็บภาษีหรือค่าสัมภาระที่เท่าเทียมกันหรือไม่²⁴ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Japan-Alcoholic Beverages ข้อเท็จจริงปรากฏว่าประเทศญี่ปุ่นกำหนดมาตรการเก็บภาษีภายในประเทศสำหรับสินค้าประเภทเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จากเครื่องดื่มประเภทโซจูที่ผลิตในประเทศญี่ปุ่นในอัตราที่ต่ำ แต่เรียกเก็บภาษีจากเครื่องดื่มประเภทอื่น เช่น วอดก้า ซึ่งเป็นสินค้านำเข้าหรือเป็นสินค้าที่ผลิตในประเทศอื่น ๆ ในอัตรารภาษีที่สูงกว่า โดยฐานภาษีของโซจูและวอดก้ามีความแตกต่างกันอย่างเห็นได้ชัด หากพิจารณาจากรสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภคในตลาดของประเทศญี่ปุ่น ผู้บริโภคต่างมองว่าสินค้าทั้งสองประเภทเป็นสินค้าที่เหมือนกัน

²³ สิทิกกร นิพยะ, หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination principles), เอกสารข้อมูลหมายเลข 1 กฎกติกา WTO เล่มหนึ่ง: กฎกติกาทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 27-28.

²⁴ บุชยา แก้วศรีวงศ์, “การปรับใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า 1994 และความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ: ศึกษาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 14.

ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นจะเรียกเก็บภาษีภายในประเทศสำหรับวอดก้าในอัตราสูงกว่าอัตราภาษีที่เรียกจากโซจูไม่ได้ แม้จะเรียกเก็บภาษีในอัตราที่แตกต่างกันเล็กน้อยจนไม่มีนัยสำคัญก็ตาม มาตรการทางภาษีของประเทศญี่ปุ่นจึงขัดต่อพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 1 ในประเด็นที่ว่าด้วยกลุ่มสินค้าที่เหมือนกัน²⁵

ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2 จะเป็นการตีความที่รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติที่ไม่ได้กระทำต่อสินค้าที่เหมือนกันโดยตรง แต่หากสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศเป็น “สินค้าที่แข่งขันกันได้โดยตรงหรือทดแทนกันได้ (directly competitive or substitutable)” เป็นการยึดอัตราทดแทนกันได้ของสินค้าในกลุ่มเป็นสำคัญ เช่น สินค้าแรกราคาเพิ่มขึ้น ความต้องการในการซื้อสินค้าที่ใช้แทนกันได้ก็จะสูงขึ้นแทน ซึ่งหากสินค้านำเข้าและสินค้าภายในประเทศสามารถทดแทนกันได้มาก สินค้าดังกล่าวจะแข่งขันอยู่ในกลุ่มตลาดเดียวกัน²⁶ ซึ่งหากมิได้ถูกเก็บภาษีในอัตราเดียวกันและการเก็บภาษีนั้นเป็นไปเพื่อการปกป้องการผลิตสินค้าภายในประเทศของตน ก็ถือว่าเป็นการปฏิบัติที่ละเมิดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Japan-Alcoholic Beverages เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประเภทอื่น ๆ เช่น วิสกี้ แม้ในประเทศญี่ปุ่น โซจูอาจจะขาดตลาดหรือสินค้าไม่เพียงพอต่อผู้บริโภค แต่ผู้บริโภคทั่วไปมองว่าในเมื่อวิสกี้เป็นกลุ่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เหมือนกัน ราคาไม่ต่างกันมากก็เป็นทางเลือกของผู้บริโภคในชาติญี่ปุ่น ดังนั้น จึงถือว่าเป็นสินค้าที่สามารถทดแทนและแข่งขันกับโซจูได้โดยตรง ประเทศญี่ปุ่นจึงอาจเรียกเก็บภาษีในอัตราที่แตกต่างจากอัตราภาษีที่เรียกเก็บจากโซจูได้ แต่ต้องแตกต่างเพียงเล็กน้อยเท่านั้น ไม่สามารถเรียกเก็บภาษีที่แตกต่างกันเกินไปอันจะทำให้มีลักษณะแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญในการปกป้องประเทศ ข้อเท็จจริงปรากฏว่ามาตรการทางภาษีและเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศญี่ปุ่นสามารถจูงใจผู้บริโภคในประเทศให้เกิดความนิยมเอียงและหันมาเลือกบริโภคเครื่องดื่มประเภทโซจูที่ผลิตในประเทศแทนการบริโภคเครื่องดื่มที่อยู่ในกลุ่มการแข่งขันเดียวกัน การใช้มาตรการทางภาษีดังกล่าวอยู่ในลักษณะเป็นการปกป้องสายการผลิตโซจูในประเทศ ดังนั้น มาตรการดังกล่าวขัดกับพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ภายใต้ข้อ 3 วรรค 2 ประโยคที่ 2²⁷

ข้อ 3 วรรค 4 ในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการที่ไม่ใช่ภาษี ครอบคลุมมาตรการของรัฐทุกประเภท รวมถึงกฎระเบียบต่าง ๆ ที่มีผลต่อการการขาย จำหน่าย จ่ายแจก การทำการตลาดภายในประเทศที่นำเข้าสินค้าไม่ว่าจะเป็นผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อม คณะกรรมการ

²⁵ Japan-Alcoholic Beverages panel report, para. 6.23.

²⁶ จารุประภา รักพงษ์, กฎหมายแห่งองค์การการค้าโลก: การตีความและวิเคราะห์บทบัญญัติสำคัญ, หน้า 68.

²⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 64-65.

วินิจฉัยข้อพิพาทและองค์ประกอบจะพิจารณาประเด็นนี้จากข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นว่า 1) มาตรการนั้นเกี่ยวข้องกับรัฐบาลของประเทศสมาชิกที่นำเข้าสินค้าหรือไม่ 2) มาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสถานะทางการแข่งขันของสินค้านำเข้ากับสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือไม่ และ 3) เกิดผลกระทบต่อสินค้านำเข้าที่ไม่ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหรือไม่ โดยมีตัวอย่างข้อพิพาทดังต่อไปนี้

คดี Italian Agricultural Machinery ประเทศอิตาลีกำหนดข้อเสนอเงินกู้ในอัตราพิเศษให้แก่เกษตรกรหากเกษตรกรนำเงินกู้ดังกล่าวไปซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตขึ้นภายในประเทศอิตาลี หากพิจารณาในประเด็นสินค้าที่เหมือนกันจะเห็นว่า เครื่องจักรทางการเกษตรของอิตาลีและสหราชอาณาจักรมีลักษณะทางกายภาพที่เหมือนกัน และมีวัตถุประสงค์ในการใช้งานขั้นสุดท้ายอย่างเดียวกันคือ นำไปประกอบอาชีพเกษตรกร นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวยังส่งผลกระทบต่อสถานะในเรื่องการแข่งขันของสินค้านำเข้า ทำให้ยอดขายเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตในประเทศสหราชอาณาจักรลดลงอย่างต่อเนื่อง เป็นการส่งผลกระทบต่อและมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจของเกษตรกรชาวอิตาลีเลียน ทำให้เกิดแรงจูงใจในการพิจารณาเลือกซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่ผลิตภายในประเทศมากกว่าที่จะเลือกซื้อเครื่องจักรทางการเกษตรที่นำเข้าจากต่างประเทศ เป็นการเอื้อประโยชน์ต่อสินค้าที่ผลิตในประเทศจนกระทบต่อยอดขายของสินค้านำเข้า ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่าประเทศอิตาลีผิดพันธกรณีตามข้อ 3 วรรค 4²⁸

3. คำว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันในบทบัญญัติของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

คำว่าการบริการและผู้ให้บริการ (Like services and service suppliers) เป็นคำที่ปรากฏในบทบัญญัติข้อ 2 ในเรื่องหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง และข้อ 17 ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติต่อการบริการ เพื่อให้สิทธิต่าง ๆ แก่การบริการของชาติอื่น ๆ หรือปฏิบัติต่อการบริการของชาติอื่น ๆ ให้เท่าเทียมกับการบริการชาติของตน แต่ก่อนที่จะวินิจฉัยว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันหรือไม่ จำต้องมาวินิจฉัยก่อนว่าข้อพิพาทที่เกิดขึ้นผิดพันธกรณีในเรื่องใดที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติ จึงต้องศึกษาถึงโครงสร้างของพันธกรณีที่เกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติเสียก่อน ดังจะอธิบายต่อไปนี้

²⁸ Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery. L/833-75/60. (23 October 1958).

3.1 หลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured-Nations Treatment: MFN) ที่ปรากฏในข้อ 2

ข้อ 2 บัญญัติไว้ว่า “ห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างการบริการและการให้บริการที่เหมือนกัน ในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการใดที่ครอบคลุมในความตกลงนี้ สมาชิกแต่ละรายจะให้การปฏิบัติแก่ การบริการและผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นใดที่เป็นการอนุเคราะห์ไม่ด้อยไปกว่าที่ประเทศตน ให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันของประเทศอื่นใดในทันทีและโดยไม่มี เงื่อนไข”²⁹

เห็นได้ว่าประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติต่อการบริการและผู้ให้บริการจากประเทศ สมาชิกอื่น ๆ โดยทันทีและต้องปราศจากเงื่อนไข ในเรื่องให้สิทธิพิเศษทางการค้าต่าง ๆ และ จะต้องไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ทั้งทางนิตินัยและทางพฤตินัยกับการบริการจาก ต่างประเทศ และภายใต้ข้อกำหนดนี้ เมื่อประเทศสมาชิกให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่ประเทศใด แล้ว ประเทศสมาชิกอื่น ๆ ก็จะได้รับสิทธิพิเศษนั้นโดยอัตโนมัติ ซึ่งผลประโยชน์จากการเจรจา ทวิภาคีใด ๆ ก็จะตกอยู่กับประเทศสมาชิกอื่นด้วย³⁰ และคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทในคดี EC-bananas ได้กำหนดขอบเขตของหลัก MFN ตามความตกลง GATS ไว้ว่าหลัก MFN ใช้บังคับกับทุกบริการและผู้ให้บริการโดยไม่คำนึงว่าตารางข้อผูกพันจะมีการกำหนดไว้หรือไม่ ก็ตาม³¹

3.2 หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT) ที่ปรากฏในข้อ 17

ข้อ 17³² มีวัตถุประสงค์คือการบริการที่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันที่ประเทศสมาชิก กำหนดไว้ว่า ประเทศสมาชิกจะต้องให้การปฏิบัติแก่การบริการและผู้ให้บริการของประเทศ สมาชิกอื่น ๆ ในทุกมาตรการที่มีผลต่อการให้บริการในลักษณะที่มีผลประโยชน์จากเงื่อนไขทาง การค้าไม่ด้อยกว่าที่ให้สิทธิประโยชน์แก่การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันกับประเทศของตน ซึ่งข้อ 17 กำหนดองค์ประกอบการละเมิดพันธกรณีอยู่ 3 ประการ กล่าวคือ

- 1) มาตรการในประเด็นข้อพิพาทที่มีผลต่อการค้าบริการ
- 2) การบริการและผู้ให้บริการต่างประเทศและภายในประเทศเป็นการบริการ ที่เหมือนกัน

²⁹ GATS Article 2 Most-Favoured-Nations Treatment

³⁰ พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการ หมายเลข 3 โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก), หน้า 42.

³¹ Panel report in EC- banana, complaint by the United States, p. 298, para. 7.

³² GATS Articles 17 National Treatment

3) การบริการหรือผู้ให้บริการต่างประเทศจะต้องได้รับการปฏิบัติที่ด้อยไปกว่าบริการหรือผู้ให้บริการภายในประเทศ ในลักษณะที่ส่งผลกระทบต่อสถานะการแข่งขันในลักษณะที่ให้ประโยชน์ต่อผู้ประกอบการในประเทศ³³

ประเด็นหลักในการที่จะดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติได้คือ จะต้องศึกษาว่าอะไรคือการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ซึ่งเป็นปัญหาในการพิจารณาอยู่ในขณะนี้ โดยปัญหาดังกล่าวมีความยุ่งยากและซับซ้อนมากกว่าการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันในความตกลง GATT 1994 อีกทั้งในตัวของข้อ 2 และข้อ 17 ของความตกลง GATS ก็ไม่มีสิ่งที่ชี้ให้เห็นว่าวิธีการให้บริการ (Mode of supply)³⁴ เป็นสิ่งที่บ่งชี้ถึงการเป็นบริการที่เหมือนกัน ซึ่งอาจอนุมานได้ว่าการบริการที่เหมือนกันแม้จะเป็นการบริการสาขาเดียวกันแต่มีวิธีการให้บริการที่แตกต่างกัน ก็อาจไม่ได้ถูกพิจารณาว่าเป็นการบริการที่เหมือนกันได้ และการบริการนั้นมีหลายสาขาที่แตกต่างออกไป การแบ่งแยกประเภทของสาขาการบริการ (sub-sectors) อาจถูกมองว่าเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่า เป็นการบริการคนละประเภทกันก็ได้ ทั้งการจัดประเภทของการบริการในช้อยย่อย (sub-divisions) ของความตกลง GATS ก็เป็นเพียงแค่ข้อสันนิษฐานว่าเป็นการบริการประเภทเดียวกันเท่านั้น³⁵

จึงทำให้การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันยังไม่มีกรกล่าวถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาว่าอะไรคือความเหมือน (Likeness) ที่เป็นหลักเกณฑ์เหมือนกับการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกัน ซึ่งคณะทำงานด้านการออกกฎของความตกลง GATS (Working party on GATS Rules) เชื่อว่าต้องปล่อยให้เป็นการพิจารณาตามหลัก case-law เพื่อแก้ปัญหาในแต่ละคดีไป³⁶ โดยไม่มีการโต้เถียงหรือมีการพิจารณาสร้างหลักเกณฑ์ขึ้นมาใหม่เพื่อเป็นบรรทัดฐานแต่อย่างใด แม้จะมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้วินิจฉัยถึงถ้อยคำดังกล่าวแต่ก็ไม่ได้วางหลักเกณฑ์หรือแนวทางการพิจารณาที่แน่ชัด ดังข้อพิพาทต่อไปนี้

คดี Us-Gambling ซึ่งคดีนี้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ตั้งคำถามแก่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายว่า “ควรที่จะต้องมีการพิจารณาความเหมือนกัน (Likeness) ของการบริการและ

³³ สิทธิกร นิพภยะ, **หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination principles)**, หน้า 88-90.

³⁴ วิธีการให้บริการมี 4 วิธีคือ 1) การค้าข้ามพรมแดน 2) การเคลื่อนย้ายของผู้รับบริการไปยังประเทศของผู้ให้บริการ 3) การค้าผ่านหน่วยธุรกิจ และ 4) การให้บริการของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้ให้บริการ โดยเดินทางเข้ามาประกอบอาชีพยังประเทศของผู้รับบริการ

³⁵ According to Aaditya Mattoo “Thus being classed in separate sub-sectors in the services classification may be regarded as a sufficient condition for ‘unlikeness’. However, given the high level of aggregation of the services classification, being classed in even the finest sub-division can only be considered as at most creating a presumption that the services are like”

³⁶ Mireilly Cossy, **Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?**, p. 5.

ผู้ให้บริการในเรื่องระบบการพนันออนไลน์หรือระบบการพนันที่เล่นข้ามพรมแดนหรือไม่” แต่ก็ได้รับคำตอบในแง่มุมมองที่ต่างออกไป โดยฝ่ายประเทศสหรัฐอเมริกามองว่าควรที่จะต้องพิจารณาความเหมือนกันของการบริการและผู้ให้บริการ แต่ประเทศแอนติกัวเสนอว่าเพียงแค่เป็นการปฏิบัติไม่เท่าเทียมกันก็ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีการไม่เลือกปฏิบัติแล้ว แต่ทั้งนี้ คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้วินิจฉัยว่า แนวความคิดความเหมือนกันของการบริการนั้น ไม่ค่อยมีความสำคัญเท่ากับในเรื่องสินค้า³⁷

คดี Argentina-Financial Services³⁸ โดยคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีคำตัดสินคดีนี้ว่า “การบริการและผู้ให้บริการของประเทศที่ให้ความร่วมมือทางภาษีสมีลักษณะเหมือนกันกับการบริการและให้บริการของประเทศที่ไม่ให้ความร่วมมือทางภาษี” แต่องค์กรอุทธรณ์ได้กลับคำตัดสินของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เป็นการกลับคำวินิจฉัยว่ามาตรการทั้ง 8 มาตรการที่ออกโดยประเทศอาเจนติน่าได้ละเมิดข้อกำหนดตามพันธกรณี MFN และไม่สอดคล้องกับหลัก NT ซึ่งองค์กรอุทธรณ์กล่าวว่า คำว่าเหมือนกัน (Likeness) นั้นยังไม่สามารถพิจารณาได้อย่างแน่นอนในบริบทของความตกลง GATS

จากตัวอย่างคดีพิพาทข้างต้นสรุปได้ว่า ความตกลง GATS ไม่มีนิยามคำว่าบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน จึงเกิดกรอบแนวความคิดโดยนำการเปรียบเทียบมาประยุกต์ใช้³⁹ โดยการนำคำว่าสินค้าที่เหมือนกันตาม GATT 1994 มาปรับใช้กับเรื่องการบริการตาม GATS ดังจะพิจารณาในหัวข้อต่อไป

4. การปรับใช้แนวคิดคำว่าสินค้าที่เหมือนกันสำหรับกรณีของการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน

สำหรับกรอบแนวความคิดของ “การบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน (Like services and services suppliers)” ในความตกลง GATS เป็นแนวความคิดที่ยังไม่เป็นที่คุ้นเคย ดังนั้นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับพันธกรณีหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และหลักชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาความเหมือนกัน (Likeness) ของการบริการ

³⁷ United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services [Online], 12 April 2563. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/285r_e.pdf

³⁸ Argentina - Financial Services, WTO Appellate Body Report, [Online], 25 November 2562. Source: <https://www.whitecase.com/publications/alert/wto-appellate-body-report-argentina-financial-services>

³⁹ Nicolas F. Diebold, *Non-discrimination in international trade in service: “likeness in WTO/GATS”*, 1st edition (United Kingdom: Cambridge University Press, 2003), pp. 1-10.

ยังมีความคลุมเครือและไม่มีหลักเกณฑ์สำหรับการพิจารณาว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน ไม่เหมือนกับคำว่า “สินค้าที่เหมือนกัน (Like product)” ของความตกลง GATT 1994 ที่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจน (อธิบายไว้ในข้อ 2) จึงเกิดแนวคิดว่าเกณฑ์พิจารณาว่าสินค้าที่เหมือนกันมาปรับใช้กับการพิจารณาการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกัน จากการฟ้องร้องคดี EC-Banana III ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทได้ข้อสรุปว่า ความเหมือน (Likeness) ของการบริการและผู้ให้บริการในบริบทของความตกลง GATS จะต้องนำการพิจารณาความเหมือนของสินค้าในบริบทของความตกลง GATT 1994 มาปรับใช้⁴⁰

แต่การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกัน นอกจากจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนดไว้ (ดังอธิบายไว้ในหัวข้อที่ 2.1) ยังปรากฏว่าเคยมีการนำหลักการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และผลกระทบจากการใช้มาตรการของรัฐ (Aims and effects test) ซึ่งถูกบัญญัติในข้อ 3 วรรค 1 ของความตกลง GATT 1994 มาปรับใช้ในบางข้อพิพาทอีกด้วย แต่การจะใช้หลักดังกล่าวได้จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าการกระทำของรัฐมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสินค้าในลักษณะที่เป็นการปกป้องสินค้าภายในประเทศของตน⁴¹ ซึ่งเป็นวิธีการที่แตกต่างออกไปจากการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันของคณะกรรมการ Border Tax Adjustment เพราะไม่ได้วิเคราะห์ในตัวสินค้า แต่เป็นการพิจารณาลักษณะการกระทำของรัฐในการออกมาตรการใด ๆ มาเลือกปฏิบัติต่อตัวสินค้า ซึ่งต้องอาศัยองค์ประกอบอื่น ๆ เพื่อพิสูจน์เจตนาที่แท้จริงถึงการใช้อำนาจของรัฐในการออกมาตรการต่าง ๆ มา⁴² และการจะพิสูจน์วัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นเป็นนามธรรม ทั้งการที่จะเข้าถึงบทบัญญัติหรือเจตนาที่แท้จริงของกฎหมายก็เป็นเรื่องที่ยากในการพิจารณา⁴³ แต่ทั้งนี้แนวทางดังกล่าวถูกปฏิเสธไม่นำมาพิจารณาเรื่องสินค้าที่เหมือนกันจากทั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์การอุทธรณ์ในคดี Japan-Alcoholic Beverages II⁴⁴

⁴⁰ Henrik Horn and Petros C. Mavroidis, “Economic and legal aspects of the Most-Favored-Nation clause,” *European Journal of Political Economy* 17 (2001): 243.

⁴¹ Petros C. Mavroidis, *The General Agreement on Tariff and Trade*, (United States: Oxford University Press, 2005), p. 167. อ้างถึงใน ผานิตา เขยชม, การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า, หน้า 31.

⁴² ผานิตา เขยชม, การตีความสินค้าชนิดเดียวกันภายใต้ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคการค้า, หน้า 33.

⁴³ ณัจฉริยา โฉมงาม, “WTO กับศีลธรรมอันดีของประชาชน: ศึกษากรณีการห้ามนำเข้าและวางตลาดผลิตภัณฑ์จากเมวน้ำของสหภาพยุโรป,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2559), หน้า 33.

⁴⁴ Mireilly Cossy, Some thoughts on the concept of likeness in the GATS, *GATS and the regulation of International Trade In Services*, Edited by Marion Panizzon, Nicole

และอีกสาเหตุหนึ่งที่ไม่นำแนวทางการพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันตามการพิจารณา วัตถุประสงค์และผลกระทบมาปรับใช้กับเรื่องการบริการ ก็เพราะถูกปฏิเสธโดยองค์การอุทธรณ์ ในคดี EC-Banana III เนื่องจากการแตกต่างในรายละเอียดของบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกัน⁴⁵ เพราะคำว่า “มาตรการใด ๆ ที่ออกโดยรัฐไม่นำมาใช้กับสินค้าที่นำเข้าหรือสินค้าภายในประเทศ ในลักษณะที่เป็นการปกป้องการผลิตประเทศตน” ที่บัญญัติในข้อ 3 วรรค 1 ไม่ได้ถูกบัญญัติไว้ในข้อ 2 และข้อ 17 ของ GATS⁴⁶ จึงไม่สามารถนำมาปรับใช้กันได้

ด้วยเหตุข้างต้น ผู้เขียนจึงขออธิบายโดยการนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันที่กำหนดโดยคณะทำงานมาอธิบายเป็นรายข้อพร้อมทั้งนำเนื้อหาที่เป็นเรื่องการบริการมาอธิบายสอดคล้องตามหัวข้อ 4.1-4.4 แต่เรื่องสินค้าและการบริการก็มีความแตกต่างกัน โดยธรรมชาติ โดยสินค้าเป็นสิ่งที่จับต้องได้แต่เรื่องการบริการเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้ จึงอาจมีบางหลักเกณฑ์ที่สามารถปรับใช้ได้และไม่สามารถปรับใช้ได้ และผู้เขียนขอยกตัวอย่าง คดีพิพาทที่อาจนำหลักเกณฑ์การพิจารณาสินค้าที่เหมือนกันมาปรับใช้ในเรื่องการบริการได้ ดังต่อไปนี้

4.1 ลักษณะทางกายภาพ (Physical Characteristics)

เป็นการพิจารณาถึงขอบเขตที่ส่งผลต่อพฤติกรรมของผู้บริโภคในเรื่องความสัมพันธ์ ในการแข่งขันทางการค้า ต้องมีลักษณะทางกายภาพที่เหมือนกัน ซึ่งในแง่ของการนำมาปรับใช้ กับเรื่องบริการ เป็นที่แน่ชัดว่าไม่สามารถนำเรื่องลักษณะทางกายภาพมาปรับใช้ได้ เพราะเรื่อง สินค้าและบริการมีความแตกต่างกันมาก เนื่องจากลักษณะของธุรกรรมบริการไม่มีตัวตน ไม่สามารถจับต้องได้และไม่สามารถจัดเก็บได้⁴⁷ ผู้บริการและผู้รับบริการจำเป็นต้องติดต่อกัน โดยตรง และการบริการมีลักษณะเป็นกระบวนการ (Processes) ซึ่งผู้ให้บริการได้ปฏิบัติให้แก่ ผู้รับบริการ เป็นการใช้ทักษะ ความรู้ ความสามารถในการปฏิบัติซึ่งโอนไปยังผู้รับบริการ ในขณะที่การค้าสินค้านั้นเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในตัวสินค้าไปยังผู้ซื้อ⁴⁸

Pohl and Pierre Sauvé, 1st edition (United Kingdom: Cambridge University Press, 2008), p. 343.

⁴⁵ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?*, p. 26.

⁴⁶ Vu Nhu Thang, *Interpreting GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT*, p. 179.

⁴⁷ Mireille Cossy, *Some thoughts on the concept of likeness in the GATS*, pp. 335-336.

⁴⁸ นิรมล สุขวัฒนางกูร, “ทำที่และการเตรียมการของประเทศไทยในการเจรจาอบอุรุกวัยเกี่ยวกับการค้าบริการสาขาขนส่งทางอากาศ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535), หน้า 10-11.

4.2 รสนิยมและลักษณะนิสัยของผู้บริโภค (Consumer's tastes and habits)

ในบางภาคบริการอาจเป็นเรื่องยากที่จะสร้างความแตกต่างระหว่างการบริการกับผู้ให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องความรู้สึกพึงพอใจของผู้บริโภค ถ้าผู้บริโภคมีรสนิยมและความรู้สึกตรงกับการบริการนั้น ๆ รวมถึงพิจารณาลักษณะและคุณภาพในการบริการของผู้ให้บริการมาประกอบ ก็อาจส่งผลต่อรสนิยมและความรู้สึกของผู้บริโภคได้ เช่น คุณสมบัติเฉพาะบางอย่างของผู้ให้บริการบางรายอาจทำให้มีลักษณะที่เหมือนหรือมีความแตกต่างกัน โดยจะพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคที่อาจมีสิ่งจูงใจในการเลือกการบริการอย่างหนึ่งแทนการบริการอื่น ๆ และนำไปสู่เกณฑ์การพิจารณาการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค ทั้งนี้ การประยุกต์ใช้หลักเกณฑ์นี้ต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่มีตามพยานหลักฐาน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป⁴⁹

4.3 ลักษณะการใช้งานในขั้นสุดท้าย (End-use)

อาจกล่าวได้ว่าหลักเกณฑ์ผู้ใช้ขั้นสุดท้ายและรสนิยมของผู้บริโภคอาจเป็นประโยชน์มากที่สุดในการพิจารณาความเหมือนกันของการบริการ ซึ่งเป็นเกณฑ์ที่มีส่วนช่วยในการพิจารณาว่า หากมีการบริการ 2 บริการสลับเปลี่ยนกันภายในตลาด ผู้บริโภคก็เลือกการบริการตามความต้องการและความพึงพอใจของตน และเป็นตัวชี้วัดในการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ของการแข่งขันทางการค้าและการคุ้มครองการบริการที่เป็นวัตถุประสงค์หลักของข้อ 17⁵⁰ ในความตกลง GATS⁵¹ ซึ่งเกณฑ์ของผู้บริโภคหมายถึง ขอบเขตที่ผู้บริโภคร้องขอหรือจะเลือกการบริการอื่น เพื่อที่จะแสดงถึงคำว่าการใช้งานขั้นสุดท้าย (End-Uses)⁵²

คดีพิพาทที่มีการกล่าวถึงรสนิยมและลักษณะนิสัยของผู้บริโภคและลักษณะการใช้งานขั้นสุดท้าย ได้แก่

คดี Us-Gambling โดยประเทศแอนติกาและบาร์บูดา อ้างว่าประเทศสหรัฐอเมริกาทำผิดข้อกำหนดของความตกลง GATS ในข้อ 17 โดยเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาในการตีความของข้อบังคับและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการด้านการพนันและการวางเดิมพันข้าม

⁴⁹ Ibid., pp. 335-336.

⁵⁰ วัตถุประสงค์หลักของข้อ 17 คือประเทศสมาชิกจะต้องบังคับใช้มาตรการต่าง ๆ ที่มีผลต่อการให้บริการ เช่น การกำหนดเงื่อนไขทางการค้าต่าง ๆ อย่างเท่าเทียม โดยมาตรการที่บังคับใช้จะต้องไม่อยู่ในลักษณะคุ้มครองการบริการหรือผู้ให้บริการในประเทศตน ทั้งนี้ เป็นการประกันโอกาสในการแข่งขันทางการค้าที่เท่าเทียมกันระหว่างการบริการหรือผู้ให้บริการที่เหมือนกันจากประเทศสมาชิกอื่น

⁵¹ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?* p. 21.

⁵² Ibid., p. 21.

พรมแดน ซึ่งประเทศผู้ร้องได้อ้างว่ามาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกา มีผลต่อการค้าบริการ การพนันข้ามพรมแดนของผู้ให้บริการต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกาโต้แย้งว่าการบริการพนันขั้นต่อแบบข้ามพรมแดนทุกประเภท เป็นการพนันที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าผู้ให้บริการนั้นจะเป็นผู้ให้บริการภายในประเทศหรือภายนอกประเทศ และเห็นว่าการให้บริการการพนันขั้นต่อทางไกลผ่านอินเทอร์เน็ตเป็นการให้บริการในอาณาเขตของประเทศสมาชิกหนึ่งแก่ผู้รับบริการจากประเทศสมาชิกอื่น และเนื่องจากผู้บริโภคเข้ามาใช้บริการในเว็บไซต์ของผู้ให้บริการ ซึ่งมีสภาพแวดล้อมทางด้านกฎหมาย แตกต่างจากสภาพแวดล้อมของประเทศผู้รับบริการ การให้บริการการพนันออนไลน์นี้เป็นการให้บริการทางไกลเพราะเป็นการบริการที่ผู้ให้บริการและผู้รับบริการไม่ได้พบหน้ากันโดยตรง จึงมีความแตกต่างของการบริการซึ่งอาจขึ้นอยู่กับความเป็นเจ้าของและโครงสร้างของผู้ให้บริการ โดยการโต้เถียงว่าการผูกขาดของรัฐในการให้บริการการพนันไม่เหมือนกับการบริการที่เป็นของภาคเอกชนเพื่อสนับสนุนมุมมองของตนว่าการพนันออนไลน์ไม่เหมือนกับการพนันในรูปแบบอื่น ๆ มาก่อน แต่ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทและองค์กรอุทธรณ์ได้ให้ความเห็นไปในทิศทางเดียวกันว่าประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นผู้ละเมิดพันธกรณี ซึ่งหมายความว่ามาตรการต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาขัดต่อความตกลง GATS ในเรื่องหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในข้อ 17”⁵³

ผู้เขียนเห็นว่าประเทศสหรัฐอเมริกากำลังโต้แย้งถึงการพิจารณาจากมุมมองของผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องวิธีการให้บริการของการเล่นพนันที่สามารถเข้าไปเล่นได้ในสถานประกอบการจริง เล่นกับอุปกรณ์สำหรับการเล่นพนันโดยเฉพาะ หรือการพนันที่สามารถเล่นได้ในรูปแบบออนไลน์ที่มีการพัฒนาจากซอฟต์แวร์ต่าง ๆ และมีสัญญาณอินเทอร์เน็ตก็สามารถเล่นการพนันในรูปแบบออนไลน์ได้ โดยที่ผู้รับบริการไม่จำเป็นต้องเดินทางไปยังสถานที่ประกอบการเป็นรูปแบบการบริการที่สะดวกสบายกว่า เป็นการพิจารณาเกี่ยวกับคุณสมบัติเฉพาะของการบริการและผู้ให้บริการที่อาจมีลักษณะที่เหมือนหรือแตกต่างกัน โดยส่งผลถึงมุมมองหรือรสนิยมของแต่ละผู้บริโภคจนเกิดอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการเลือกใช้บริการ และนำไปสู่การเลือกใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภค

4.4 พิกัดอัตราศุลกากร (Tariff classification)

การจำแนกอัตราภาษีเป็นเพียงภาพสะท้อนที่จำกัดการแข่งขันที่เกิดขึ้นในตลาดที่กำหนดเป็นเกณฑ์ที่สามารถใช้ในการจำกัดกลุ่มสินค้าที่มีศักยภาพในการแข่งขันและในปัจจุบัน WTO Jurisprudent ได้ปรับใช้เกณฑ์การพิจารณาเรื่องอัตราภาษี โดยนำมาประกอบการพิจารณาว่า

⁵³ United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services [Online], 25 November 2562. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm

สินค้าชนิดใดเป็นสินค้าที่เหมือนกัน⁵⁴ แต่เนื่องจากว่าในเรื่องของการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีเข้ามาเกี่ยวข้อง เพราะในบริบทของการบริการ เกณฑ์ที่เทียบเท่าคือการจำแนกประเภทของธุรกรรมการให้บริการ⁵⁵ ดังนั้น จึงต้องอาศัยหลักเกณฑ์อื่นมาเทียบเคียง กล่าวคือ ในเรื่องของการบริการก็มีรายการจำแนกส่วนเกี่ยวกับคุณลักษณะของการบริการ (Central Product Classification: CPC) ซึ่งจัดตั้งโดยสำนักงานสถิติแห่งสำนักงานเลขาธิการสหประชาชาติ (The Statistical Office of the United Nations Secretariat)⁵⁶ ได้จัดทำรายการจำแนกประเภทของการบริการไว้ 12 ประเภท⁵⁷ ซึ่งทำให้เป็นองค์ประกอบที่สมบูรณ์ในการจัดแบ่งประเภทของการบริการต่าง ๆ เช่น รายการที่อยู่บนภาคผนวกของการบริการทางการเงิน หรือการสื่อสารทางไกล ทำให้ประเทศสมาชิกมีต้นแบบในการพิจารณาแบบกว้าง ๆ เพื่อการกำหนดนิยามของการบริการในแต่ละประเภท ซึ่งน่าจะมีศักยภาพและเป็นรากฐานในการเปรียบเทียบความเหมือนกันของการบริการได้⁵⁸

คดีพิพาทที่มีการกล่าวถึงเรื่องการจำแนกการบริการ ได้แก่

คดี Canada-Autos ซึ่งประเด็นข้อพิพาทคือความตกลงยกเว้นภาษีนำเข้าที่ประเทศแคนาดาให้แก่การนำเข้ารถยนต์จากผู้ผลิตบางราย ในทางปฏิบัติ ผู้ผลิตจะนำเข้ารถยนต์จากบริษัทในเครือตนเองหรือจากบริษัทที่เกี่ยวข้องในเครือของตน ดังนั้น จึงมีเพียงรถยนต์นำเข้าจากบางประเทศเท่านั้นที่ได้รับการยกเว้นภาษีการนำเข้ารถยนต์ ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นผู้ร้องอ้างว่า มาตรการการยกเว้นการเก็บภาษีอากรการนำเข้ารถยนต์แก่ผู้ผลิตบางราย มีลักษณะที่

⁵⁴ Nicolas F. Diebold, *Non-discrimination in international trade in service: "likeness in WTO/GATS,"* pp. 264-266.

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 264-265.

⁵⁶ Provisional Central Product Classification, Department of international economic and social affairs statistical office of The United Nations, Series M, No. 77

⁵⁷ ได้แก่ 1) บริการด้านธุรกิจ (Business Services) 2) บริการด้านสื่อมวลชน (Communication Services) 3) บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) 4) บริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services) 5) บริการด้านการศึกษา (Education Services) 6) บริการในด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) 7) บริการด้านการเงิน (Financial Services) 8) บริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related Social Services) 9) บริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) 10) บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรม และการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services) 11) บริการด้านการขนส่ง (Transport Services) และ 12) บริการด้านอื่น ๆ (Other Services not Included Elsewhere)

⁵⁸ Mireilly Cossy, *Some thoughts on the concept of likeness in the GATS,* pp. 333-334.

ขัดแย้งกับพันธกรณี MFN ตามข้อ 2 วรรค 1 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตัดสินว่า การยกเว้นอากรนำเข้าขัดแย้งกับข้อ 2 วรรค 1 ของความตกลง GATS⁵⁹ โดยมีประเด็นที่เกี่ยวกับการพิจารณาว่าเป็นการบริการและผู้ให้บริการหรือไม่ ดังต่อไปนี้

“คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทมีคำวินิจฉัยว่า ผู้ผลิตของประเทศแคนาดาไม่ได้รับการพิจารณาว่าเป็นผู้ให้บริการที่เหมือนกันในฐานะเป็นผู้ประกอบการขายส่งรถยนต์ภายใต้ความหมายของ CPC entry 6111 ซึ่งเป็นการขายรถยนต์ซึ่งรวมถึงรถยนต์ด้วย โดยให้เหตุผลว่าผู้ผลิตได้ทำการขายรถยนต์โดยตรงกับผู้บริโภค ซึ่งมีอัตราการขายรถยนต์ในจำนวนไม่มากนักต่อปี”⁶⁰ หากพิจารณาในข้อย่อยของ CPC เห็นได้ว่าการบริการด้านธุรกิจยานยนต์เป็นส่วนหนึ่งของภาคบริการ แต่ทั้งนี้ การพิจารณาว่าเป็นผู้ให้บริการที่เหมือนกันอาจต้องพิจารณาถึงเรื่องการตลาดเป็นสำคัญว่าการบริการเป็นภาคบริการขนาดใหญ่หรือไม่ มีอัตราการผลิตหรือจำหน่ายมากน้อยเพียงใด หรือกรณีผู้ผลิตต้องเป็นผู้ติดต่อกับผู้บริโภคเกี่ยวกับเรื่องที่ทำให้บริการด้วยตนเองหรือไม่ ก็อาจเป็นปัจจัยที่สำคัญอย่างหนึ่งในการตัดสินใจของผู้บริโภค⁶¹

สรุปได้ว่า CPC ได้รับการสนับสนุนให้ใช้เป็นพื้นฐานในการรับข้อผูกพันในเรื่องการบริการ แต่ข้อเสียเปรียบคือรายการ CPC ยังไม่สามารถใช้บังคับชี้แยกแยะในเรื่องการบริการได้อย่างเด็ดขาด อีกทั้งยังไม่ใช้หลักเกณฑ์ที่น่าเชื่อถือในการพิจารณาความเหมือนกันเพราะว่า CPC เป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนาขึ้นในเชิงสถิติเท่านั้นและยังไม่มีความสัมพันธ์ในเชิงแข่งขันบริการและการปฏิบัติตามตารางข้อผูกพันตามหลัก NT ของประเทศสมาชิก ทำให้การเปรียบเทียบมีความซับซ้อนและยากในการทำความเข้าใจ⁶²

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าว่าสินค้าที่เหมือนกันตามความตกลง GATT 1994 ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาค่าว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันของความตกลง GATS ได้หรือไม่นั้น ได้ข้อสรุปว่าสามารถนำหลักเกณฑ์การพิจารณาค่าว่าสินค้าที่เหมือนกันของความตกลง GATT 1994 มาใช้ได้ 2 หลักเกณฑ์คือ 1) การพิจารณา

⁵⁹ Canada-Certain Measures Affecting the Automotive Industry, WT/DS139/R, adopted 19 June 2000.

⁶⁰ Panel Report, Canada-Autos, para 10, 285.

⁶¹ Mireilly Cossy, *Determining Likeness under the GATS: Squaring the circle?*, p. 20.

⁶² Vu Nhu Thang, *Interpretating GATS National Treatment Principle: Possibilities and Problems of Transplant from GATT*, p. 179.

ในเรื่องรสนิยมและอุปนิสัยของผู้บริโภค และ 2) การใช้งานขั้นสุดท้าย เพราะในมุมมองของผู้บริโภค รสนิยมหรือการรับรู้มีผลโดยตรงต่อการบริการต่าง ๆ รวมไปถึงลักษณะและคุณภาพของผู้ให้บริการ ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการกำหนดรสนิยมและการใช้งานขั้นสุดท้ายของผู้บริโภคได้ อาจเป็นปัจจัยในการจำแนกได้ว่าการบริการและผู้ให้บริการนั้นมีความเหมือนหรือมีความต่างกันอย่างไร เพราะในเรื่องการบริการเป็นสิ่งที่มองไม่เห็น ไม่สามารถจับต้องได้ แต่เป็นเรื่องเกี่ยวกับกระบวนการต่าง ๆ วิธีการบริการและวิธีการดำเนินการจึงไม่สามารถพิจารณาจากลักษณะทางกายภาพภายนอกได้⁶³ และในเรื่องการบริการไม่มีเรื่องอัตราภาษีเข้ามาเกี่ยวข้อง แต่อาจอนุมานได้กับการจำแนกประเภทของการบริการ (CPC) ซึ่งอาจเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่า หากเป็นการบริการที่อยู่ในประเภทเดียวกันแล้วก็อาจเป็นการบริการที่เหมือนกันได้

ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะเพิ่มเติมว่า การจะพิจารณาถึงค่าว่าการบริการและผู้ให้บริการที่เหมือนกันจะต้องพิจารณาเป็นรายข้อพิพาทไป เนื่องจากข้อเท็จจริงหรือรายละเอียดในแต่ละข้อพิพาทย่อมมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่น ๆ มาประกอบด้วย เช่น วัตถุประสงค์ที่แท้จริงของมาตรการหรือกฎระเบียบต่าง ๆ ที่รัฐออกมาบังคับใช้เพื่อคุ้มครองการบริการและผู้ให้บริการในรัฐตน และในบางข้อพิพาทอาจต้องมีการบรรยายถึงลักษณะเฉพาะให้คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทหรือองค์กรอุทธรณ์เข้าใจว่าโดยธรรมชาติและคุณสมบัติของการบริการและผู้ให้บริการทั้งสองประเภทมีการแข่งขันกันในทางการค้า โดยเป็นคู่แข่งในตลาดระดับเดียวกัน (Competitors in the same market)⁶⁴

⁶³ นิรมล สุขวัฒนางกูร, *ท่าทีและการเตรียมการของประเทศไทยในการเจรจาอบอุรุกวัยเกี่ยวกับการค้าบริการสาขาขนส่งทางอากาศ*, หน้า 54.

⁶⁴ Gilles Muller, "National Treatment and the GATS: Lessons from Jurisprudence," *Journal of World Trade* 50 (September 2016): 831-835.

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ของประเทศไทย*

Human Rights Protection Under the Government Procurement of Thailand

ปวีณวัช ฐูปหอม

นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Paweenwat Toophom

Master Student in International Trade Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 21 กรกฎาคม 2563

วันที่แก้ไขบทความ 21 สิงหาคม 2563

วันที่ตอบรับบทความ 4 กันยายน 2563

บทคัดย่อ

รัฐมีพันธกรณีที่ต้องเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งสิทธิมนุษยชนของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือยังคงมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจต่าง ๆ ทำให้มีความคิดที่จะใช้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในการส่งเสริมคุณค่าบางอย่างที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญรวมถึงสิทธิมนุษยชน ผ่านการบัญญัติกฎหมายหรือผ่านข้อกำหนดในสัญญาการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับคุณค่าที่ภาครัฐต้องการส่งเสริม เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูงจึงมีความดึงดูดผู้ประกอบการจำนวนมาก มีโอกาสสูงที่จะทำให้การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการประกอบธุรกิจประสบความสำเร็จ แต่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือ

* บทความนี้สรุปจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน บทความนี้จึงมุ่งศึกษาถึงความสำคัญของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งในเชิงความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย และความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ รวมถึงศึกษาปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการบัญญัติกฎหมาย โดยศึกษาจากหลักการ กฎหมาย และความตกลงการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้พันธกรณีของภาครัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน ต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศสำเร็จได้ ส่วนในเชิงการค้าระหว่างประเทศพบว่า ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ เช่น สหรัฐอเมริกาได้นำประเด็นสิทธิมนุษยชนมาเป็นเครื่องมือในการกดดันประเทศคู่ค้าของตนมากขึ้น หากประเทศไทยมีกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่ใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะช่วยลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศได้ บทความนี้จึงเสนอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายควรมีขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิที่เหมาะสม ครอบคลุมผู้ประกอบการที่ได้รับประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกรายไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นคู่สัญญาหรือไม่ และกฎหมายควรคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นในการค้าระหว่างประเทศหากในอนาคตประเทศไทยประสงค์จะทำความตกลงการค้าเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย

คำสำคัญ: การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, สิทธิมนุษยชน

Abstract

It is the state's obligation to protect, respect and fulfill the human rights of individuals and groups, however, the human rights violation by enterprises still occurs in the corporate sector. There is an idea to use a government procurement to fulfill any values which state deems important including Human Rights by regulating the government procurement criteria or addressing any clause in the contract for the enterprise to comply with. Since the government procurement is a significant economic activity which attracts many enterprises, therefore, using the government procurement may lead to the successful protection and promotion of human rights. In Thailand, there is no regulation related to government procurement that can be applied to promote and protect the human rights. This article shall study the important of government procurement

as a tool to protect and promote the human rights, in the mean of state's obligation and international trade, and the problem which may be occurred during the legislation. The study in the mean of state obligation found that government procurement is the significant tool to respect, protect and fulfill the human rights. The study in the mean of international trade found that many developed countries such as the United States uses the human right issue to pressure other countries. Using the government procurement shall reduce the pressure which occurs in the international trade. Therefore, this article proposed that Government Procurement and Supplies Management Act B.E. 2560 should be amended as the tool to promote and protect the human right and the law should be amended to cover all the enterprises which receive the benefit from the government procurement and consider the impact for the international trade in the future if Thailand desires to do the trade agreement for the government procurement market.

Keywords: government procurement, human rights

1. บทนำ

สิทธิมนุษยชนมีลักษณะเป็นพันธกรณีที่ให้รัฐบาลประเทศต่าง ๆ ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน เพื่อให้มีผลเป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล แต่สิ่งที่เกิดขึ้นคือมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการในภาคธุรกิจต่าง ๆ รวมถึงผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐผ่านห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ซึ่งได้แก่กระบวนการต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดสินค้าขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการจัดซื้อ การผลิต การจัดเก็บ การจัดจำหน่าย และการขนส่งตั้งแต่ก่อนและหลังการผลิตสินค้าจนไปถึงมือผู้บริโภค และภาครัฐไม่มีกลไกในการกำกับดูแลการละเมิดสิทธิมนุษยชนในผู้ประกอบการที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ

องค์การสหประชาชาติมีความพยายามในการสร้างบรรทัดฐานสากลเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ โดยในปี ค.ศ. 2011 สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ได้ออกหลักการหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) ได้กำหนดหลักการให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้พ้นจากการกระทำที่ไม่ชอบจากบุคคลใด ๆ รวมถึงผู้ประกอบการด้วย และควรส่งเสริมให้ผู้ประกอบการที่รัฐร่วมทำธุรกรรมทางพาณิชย์เคารพหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากรัฐทำธุรกรรมทางพาณิชย์หลายอย่างกับผู้ประกอบการรวมถึงผ่านการจัดซื้อจัดจ้างของรัฐ ทำให้รัฐมีโอกาสมากในการส่งเสริมให้เกิดความตระหนักและการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนผ่านการวางข้อกำหนดในสัญญา

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนทำให้เกิดความตื่นตัวของประเทศต่าง ๆ ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยปรากฏในรูปของการจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plans on Business and Human Rights: NAPs) ของหลายประเทศที่ระบุเป้าหมายในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างเอาไว้ ขณะเดียวกันมีความพยายามในการผลักดันให้การค้าระหว่างประเทศเชื่อมโยงประเด็นด้านสิทธิมนุษยชน ทั้งภายใต้องค์การการค้าโลก และการเจรจาการค้าของบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่เริ่มนำเรื่องการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมาบรรจุไว้ในความตกลงหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐแล้ว รวมถึงมีการนำประเด็นสิทธิมนุษยชนเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้ามากขึ้น

เมื่อพิจารณากฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่าประเทศไทยยังไม่มีกลไกที่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกลไกของการจัดซื้อจัดจ้าง

ภาครัฐ และยังคงมีปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการอย่างต่อเนื่อง

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงเป็นที่มาของปัญหาในการศึกษา โดยในบทความนี้จะกล่าวถึงสิทธิมนุษยชนและมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน รวมถึงความจำเป็นและขอบเขตที่เหมาะสมในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย ดังนี้

2. สิทธิมนุษยชนและมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

2.1 สิทธิมนุษยชน

สิทธิมนุษยชน (human rights) คือสิทธิตามธรรมชาติที่มนุษย์ทุกคนมีมาแต่กำเนิดและเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะ มีเผ่าพันธุ์ เพศ สัญชาติ เชื้อชาติ ภาษา ศาสนา หรือสถานภาพอื่นใด สิทธิมนุษยชนนั้นรวมถึงสิทธิที่จะมีชีวิตและเสรีภาพ มีอิสระจากการเป็นทาสและการถูกทรมาน มีอิสระที่จะแสดงความคิดเห็นและแสดงออกซึ่งความรู้สึก และสิทธิที่จะทำงานและได้รับการศึกษา ซึ่งสิทธิเหล่านี้ไม่อาจเพิกถอนได้และทุกคนได้รับโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ¹

สิทธิมนุษยชนปรากฏอยู่ในกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดพันธกรณีให้รัฐบาลประเทศต่าง ๆ ปฏิบัติไปในทางเดียวกัน หรือดเว้นการปฏิบัติใด ๆ เพื่อให้มีผลเป็นการส่งเสริมและปกป้องสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐานของแต่ละบุคคลหรือกลุ่มบุคคล² โดยมีตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Bill of Human Rights) เป็นตราสารหลักด้านสิทธิมนุษยชน ประกอบไปด้วย ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)

ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้รวมหลักการสิทธิมนุษยชนที่รัฐมีพันธกรณีในการส่งเสริมและคุ้มครอง ซึ่งรวมถึงสิทธิในชีวิต ความเสมอภาค ความปลอดภัยของบุคคล เสรีภาพจากการเป็นทาส เสรีภาพจากการจับกุมหรือกักขังโดยพลการ เสรีภาพในการย้ายถิ่นฐาน และการพักอาศัย กระบวนการทางกฎหมายที่เหมาะสม เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก เสรีภาพในการสมาคมและการชุมนุม สิทธิในสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและมี

¹ HUMAN RIGHTS: A Basic Handbook for UN Staff, (Office of the High Commissioner for Human Rights, United Nations, 2016), p. 2.

² Ibid., p. 3.

สุขอนามัย สิทธิในการจัดตั้งสหภาพแรงงานและการนัดหยุดงาน สิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่พักอาศัยที่เพียงพอ สิทธิในการศึกษา และสิทธิด้านสุขภาพ³

นอกจากตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว องค์การสหประชาชาติได้จัดทำ ความตกลงระหว่างประเทศขึ้นเพื่อกำหนดพันธกรณีสิทธิมนุษยชนในด้านต่าง ๆ อีก 7 ฉบับ ซึ่ง ถือเป็นสนธิสัญญาหลักในด้านสิทธิมนุษยชน โดยกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดพันธหน้าที่ของรัฐในด้านสิทธิมนุษยชน 3 ด้านคือ พันธกรณีในการเคารพ (obligation to respect) พันธกรณีในการปกป้องคุ้มครอง (obligation to protect) พันธกรณี ในการทำให้บรรลุผล (obligation to fulfill) ซึ่งครอบคลุมสิทธิพลเมือง สิทธิในทางการเมือง สิทธิในเศรษฐกิจ สิทธิในสังคม และสิทธิในวัฒนธรรมทุกประเภท นอกจากนี้ รัฐยังมีพันธกรณี ในการเยียวยาหากมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น⁴

2.2 มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศคือมาตรฐานหลักด้านแรงงานที่อยู่ภายใต้ต้องการ แรงงานระหว่างประเทศ (international labour organization) ซึ่งเป็นองค์กรที่มีเป้าประสงค์ ในการจัดตั้งเพื่อส่งเสริมความยุติธรรมในสังคมด้านแรงงาน โดยมาตรฐานหลักด้านแรงงานที่ สำคัญ ได้แก่ มาตรฐานแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการ และสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน และตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับ ต่าง ๆ

ปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการ ทำงาน (The ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work) เป็น ปฏิญญาที่จัดทำขึ้นเพื่อย้ำเตือนถึงความเป็นสากลและพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกต้องเคารพ หลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานทั้งสิ้นประการ ได้แก่⁵

- 1) เสรีภาพในการมีส่วนร่วมและการยอมรับการต่อรองร่วม
- 2) การขจัดแรงงานบังคับหรือแรงงานเกณฑ์ทุกรูปแบบ
- 3) การจัดการใช้แรงงานเด็ก
- 4) การจัดการเลือกปฏิบัติในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานและอาชีพ

³ The Advocates for Human Rights and US Human Rights Network. “A Practitioner’s Guide to Human Rights Monitoring, Documentation, and Advocacy.” (The Advocates for Human Rights, 2011), p. 6.

⁴ Human Rights Handbook for Parliamentarians N° 26, Inter-Parliamentary Union and the United Nations (Office of the High Commissioner for Human Rights), 2016, p. 31.

⁵ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, para. 2.

หลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานทั้งสี่ประการถือเป็นมาตรฐานแรงงานหลัก (core labour standard) และมีความสัมพันธ์กับหลักสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก จนอาจกล่าวได้ว่ามาตรฐานแรงงานหลักเป็นเครื่องมือระหว่างประเทศที่กำหนดสิทธิมนุษยชนในที่ทำงาน⁶

สำหรับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในปัจจุบันมีทั้งหมด 190 ฉบับ มีข้อเสนอแนะ 206 ฉบับ โดยมีอนุสัญญาหลักด้านแรงงาน (ILO Core Conventions) ทั้งหมด 8 ฉบับ ซึ่งทำหน้าที่ขยายความและกำหนดกรอบโครงสร้างทางกฎหมายในการปฏิบัติตามองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน

3. ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐคือกิจกรรมของหน่วยงานของรัฐในการใช้เงินงบประมาณจัดหาสินค้าหรือบริการ เพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะอันเป็นภารกิจของรัฐ เช่น การจัดทำสิ่งสาธารณูปโภค การจัดทำโครงสร้างพื้นฐาน การจัดการศึกษา การสาธารณสุข และการป้องกันประเทศ เป็นต้น โดยอ้างอิงจากองค์การการค้าโลกได้ประมาณมูลค่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในประเทศต่าง ๆ คิดเป็นสัดส่วนประมาณ ร้อยละ 10-15 ของ GDP⁷ การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจึงมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศเป็นอย่างมาก

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมที่มีหน่วยงานของรัฐเป็นผู้บริโภคสินค้าหรือบริการ ซึ่งสินค้าหรือบริการที่จัดหาแล้วมีที่มาจากห่วงโซ่อุปทาน (supply chain) ซึ่งรวมกระบวนการต่าง ๆ ที่ทำให้เกิดสินค้าขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการจัดซื้อ การผลิต การจัดเก็บ การนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาใช้ในการสนับสนุนกระบวนการต่าง ๆ การจัดจำหน่าย และการขนส่งตั้งแต่ก่อนและหลังการผลิตสินค้าจนถึงมือผู้บริโภค โดยภายในกิจกรรมเหล่านี้มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นการใช้แรงงานบังคับ การใช้แรงงานเด็ก การทำงานเกินเวลา สภาพการทำงานที่ไม่ปลอดภัย และการจำกัดเสรีภาพในการรวมกลุ่มและการเจรจาต่อรอง

ตัวอย่างการละเมิดสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่น กรณีการจัดหาคอมพิวเตอร์ของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 2013 มีโรงงานในประเทศจีนซึ่งผลิตชิ้นส่วนประกอบให้บริษัทผลิตคอมพิวเตอร์ที่จ่ายค่าจ้างต่ำไม่เพียงพอต่อการดำรงชีวิต

⁶ James Howard, Winston Gereluk. “Core Labour Standards and Human Rights in the Workplace.” (International Institute for Environment and Development, 2001), p. 1.

⁷ WTO and government procurement [Online], 10 July 2019. Source: https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm

ของแรงงาน โดยมีสองโรงงานที่จ่ายค่าจ้างไม่ถึงอัตราค่าแรงขั้นต่ำต่อเดือน⁸ กรณีการใช้แรงงานเด็กของโรงงานประเทศบังคลาเทศซึ่งผลิตเครื่องนุ่งห่มกองทัพสหรัฐอเมริกา⁹ กรณีผู้รับจ้างช่วงในประเทศเม็กซิโกผลิตชิ้นส่วนให้บริษัทซึ่งเป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างเกี่ยวกับการป้องกันประเทศกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาทำการลงโทษแรงงานที่ร่วมการจัดตั้งกลุ่มแรงงานไล่ผู้นำการประท้วงเพื่อให้มีการจัดตั้งสหภาพแรงงานออกจากงาน และขึ้นรายชื่อแรงงานซึ่งเข้าร่วมกว่า 400 คน ไม่ให้เข้าทำงานกับโรงงานอีก¹⁰ เป็นต้น

จากสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการ ประกอบกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่มีมูลค่าสูง จึงมีความดึงดูดผู้ประกอบการจำนวนมาก ทำให้มีความคิดที่จะใช้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในการส่งเสริมคุณค่าบางอย่างที่รัฐเห็นว่ามีควมสำคัญรวมถึงสิทธิมนุษยชน ผ่านการบัญญัติกฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างหรือผ่านข้อกำหนดในสัญญา เพื่อให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับคุณค่าที่ภาครัฐต้องการส่งเสริมด้วย

ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐปรากฏในหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (UN Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs) ซึ่งเป็นหลักการที่เกิดจากสถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นในภาคธุรกิจอย่างต่อเนื่องหลายทศวรรษ ทำให้มีความพยายามขององค์การสหประชาชาติในการสร้างบรรทัดฐานสากลเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจ โดยในปี ค.ศ. 2011 สำนักงานข้าหลวงใหญ่เพื่อสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (OHCHR) ได้ออกหลักการฉบับนี้ ซึ่งนำเสนอหลักการและวิธีการสำหรับผู้ประกอบการนำไปใช้เพื่อรับผิดชอบทางสิทธิมนุษยชน ประกอบไปด้วยหลักการ 3 ประการคือ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (protect) การเคารพสิทธิมนุษยชน (respect) และการเยียวยา (remedy)¹¹

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ข้อ 6 ได้ระบุให้รัฐควรส่งเสริมให้ผู้ประกอบการที่รัฐร่วมทำธุรกรรมทางพาณิชย์เคารพหลักสิทธิมนุษยชน เนื่องจากรัฐทำธุรกรรมทางพาณิชย์หลายอย่างกับผู้ประกอบการรวมถึงผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทำให้

⁸ Robert Stumberg, Anita Ramasastry and Meg Roggensack, “Turning a Blind Eye? Respecting Human Rights in Government Purchasing.” (The International Corporate Accountability Roundtable, 2014), p. 8.

⁹ Ibid., p. 14.

¹⁰ Ibid.

¹¹ สฤณี อาชวานันทกุล และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยมาตรฐานสากลในการดำเนินธุรกิจเพื่อการเคารพสิทธิมนุษยชน (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 2559), หน้า 12.

รัฐมีโอกาสมากในการส่งเสริมให้เกิดความตระหนักและการเคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนผ่านการวางข้อกำหนดในสัญญา¹²

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนทำให้หลายประเทศเกิดความตื่นตัวในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่น สหราชอาณาจักร ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเกาหลีใต้ เป็นต้น โดยปรากฏในแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plans on Business and Human Rights: NAPs) ซึ่งเป็นการกำหนดแผนดำเนินการตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้ ความสัมพันธ์ระหว่างสิทธิมนุษยชนยังปรากฏในกฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาคือ กฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลาง (Federal Acquisition Regulation: FAR) ซึ่งมุ่งเน้นสิทธิมนุษยชนเฉพาะเรื่อง ได้แก่ การค้ามนุษย์ และการใช้แรงงานเด็ก โดยได้บัญญัติให้สัญญาของรัฐต้องระบุนำไม่ให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐ ลูกจ้างของผู้ประกอบการ ผู้รับจ้างช่วง ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง และตัวแทนของบุคคลเหล่านี้ มีส่วนร่วมกับการค้ามนุษย์ หรือเป็นธุระจัดหาเพื่อค้าประเวณีในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา ห้ามใช้แรงงานบังคับในการปฏิบัติงาน ซึ่งรวมถึงพฤติกรรมที่ทำให้ลูกจ้างต้องทำงานให้โดยไม่เต็มใจด้วย เช่น ทำลาย ปกปิด ยึด หรือปฏิเสธไม่ให้ลูกจ้างเข้าถึงข้อมูลประจำตัวหรือเอกสารการเข้าเมืองของลูกจ้าง หลอกลวงหรือฉ้อฉลในระหว่างการสรรหาลูกจ้าง เป็นต้น¹³ นอกจากนี้ หน่วยงานต้องดำเนินการอย่างเหมาะสมเพื่อบังคับใช้กฎหมายที่ห้ามการผลิตหรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนโดยการใช้แรงงานเด็กที่ถูกบังคับด้วย¹⁴

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชนในความตกลงการค้าระหว่างประเทศ

สิทธิมนุษยชนหรือมาตรฐานแรงงานไม่อยู่ภายใต้การบังคับขององค์การการค้าโลกเนื่องจากในการประชุมคณะมนตรีองค์การการค้าโลกเมื่อปี ค.ศ. 1996 ที่ประเทศสิงคโปร์ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาไม่เห็นด้วยกับการบัญญัติมาตรฐานแรงงานไว้ในกฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลก แม้สมาชิกขององค์การการค้าโลกได้ยืนยันพันธกรณีของตนตามมาตรฐานแรงงานหลักก็ตาม¹⁵ ด้วยเหตุนี้เอง ความตกลงที่เกิดขึ้นภายใต้องค์การการค้าโลกไม่ว่าจะเป็นความตกลง

¹² Principle 6 of UNGPs

¹³ Order 22.1703 of Federal Acquisition Regulation

¹⁴ Order 22.1502 of Federal Acquisition Regulation

¹⁵ TRADE AND LABOUR STANDARDS [Online], 26 October 2019. Source: https://www.wto.org/english/thewto_e/ minist_e/min99_e/english/about_e/18lab_e.htm

ทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) รวมถึงความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO Government Procurement Agreement: GPA) ซึ่งเป็นความตกลงหลายฝ่าย (plurilateral agreement) ภายใต้องค์การการค้าโลกที่เกี่ยวข้องกับการเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐระหว่างประเทศที่เป็นสมาชิกของความตกลง¹⁶ จึงไม่มีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนโดยตรง

หลักการสำคัญของความตกลง GATT และความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกมีหลักการที่สำคัญคือ หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งประกอบไปด้วย 2 หลักคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) โดยมีหลักว่า ประเทศภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศภาคีอื่นเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันที่ผลิตภายในประเทศ และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (most favoured nation: MFN) มีหลักการว่าประเทศภาคีจะต้องให้การปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศภาคีหนึ่งเช่นเดียวกับที่ปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกันของประเทศภาคีอื่นด้วย ดังนั้น การใช้มาตรการจำกัดการค้าหรือการปฏิบัติต่อประเทศคู่ค้าหนึ่งแตกต่างจากประเทศคู่ค้าอื่นหรือแตกต่างจากผู้ประกอบการภายในประเทศ ด้วยเหตุผลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอาจถูกกล่าวอ้างได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของ GATT และความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก

ประเด็นนี้เคยมีกรณีศึกษาหมายพม่าของรัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Burma Law: MBL) ที่รัฐแมสซาชูเซตส์ สหรัฐอเมริกา ได้ออกพระราชบัญญัติควบคุมสัญญาของรัฐกับบริษัทที่ทำธุรกิจกับหรืออยู่ในประเทศพม่า (An Act Regulating State Contracts with Companies Doing Business with or in Burma) ในปี ค.ศ. 1996 เนื่องจากต้องการตอบโต้รัฐบาลทหารพม่าที่ปฏิเสธผลการเลือกตั้งในปี ค.ศ. 1990 และมีรูปแบบการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างต่อเนื่อง โดยได้บัญญัติว่าในกรณีการประกวดราคาโดยวิธีการคัดเลือก ห้ามหน่วยงานของรัฐจัดซื้อจัดจ้างสินค้าหรือบริการจากบุคคลที่ดำเนินธุรกิจกับหรือในประเทศพม่า¹⁷ และจำกัดการจัดซื้อจัดจ้างกับบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศพม่า โดยการกำหนดรายชื่อของบุคคลเหล่านั้นในรายการจำกัดการซื้อ (restricted purchase list) ซึ่งในการพิจารณาผลการประกวดราคาจะต้องมีการเพิ่มราคาร้อยละ 10 ในการเสนอราคาของบุคคล

¹⁶ ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้เข้าเป็นสมาชิกความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก และไม่มีความตกลงในการเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับประเทศใด

¹⁷ ประเทศพม่าเปลี่ยนชื่อเป็น “เมียนมา (Myanmar)” ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 แต่ผู้เขียนใช้คำว่า “พม่า (Burma)” เพื่อไม่ให้เกิดความสับสน เนื่องจากมีการใช้คำดังกล่าวในกฎหมาย คำร้องของคู่กรณี และคำพิพากษาของศาล

ที่อยู่ในรายการ กฎหมายฉบับนี้บังคับกับผู้ประกอบการทุกรายไม่ว่าจะมีถิ่นฐานอยู่ในรัฐ
แมสซาชูเซตส์หรือไม่ กรณีที่ฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้จะส่งผลให้สัญญาที่ทำกับรัฐเป็นโมฆะ¹⁸

สหภาพยุโรปไม่เห็นด้วยกับพระราชบัญญัติควบคุมสัญญาของรัฐกับบริษัทที่ทำธุรกิจกับ
หรืออยู่ในประเทศพม่าเนื่องจากขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติ และขอใช้กระบวนการระงับข้อพิพาท
ระหว่างรัฐ ตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994¹⁹
แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าไม่ทันได้มีคำตัดสินขององค์การการค้าโลก กฎหมายฉบับนี้ก็ถูกยกเลิกไป
เสียก่อน เนื่องจากศาลสูงของสหรัฐอเมริกาตัดสินว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ
จึงไม่มีคำวินิจฉัยขององค์การการค้าโลกถึงเนื้อหาเกี่ยวกับประเด็นสิทธิมนุษยชนว่าสามารถใช้
เพื่อการกีดกันได้หรือไม่

เมื่อการผลักดันประเด็นสิทธิมนุษยชนผ่านความตกลงแบบพหุภาคี โดยเฉพาะการ
เจรจาภายใต้องค์การการค้าโลกที่ไม่ประสบความสำเร็จ บางประเทศจึงใช้วิธีการเจรจาความ
ตกลงการค้าในแบบทวิภาคี โดยนำเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนหรือสิทธิ
แรงงานมาเป็นหัวข้อในการเจรจา โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีขนาด
เศรษฐกิจขนาดใหญ่และมีนโยบายการต่างประเทศที่ชัดเจนในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิ
มนุษยชนผ่านความตกลงกับประเทศต่าง ๆ

ความตกลงการค้าของอเมริกามีการกล่าวถึงประเด็นสิทธิมนุษยชนโดยมุ่งเน้นเฉพาะ
สิทธิแรงงาน ปรากฏในรูปแบบของกรณียุติเป็นหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ ในลักษณะ
กำหนดให้ภาคีจะต้องยอมรับและรักษาไว้ซึ่งกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ และการปฏิบัติตามสิทธิที่
ปรากฏตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการ
ทำงาน และจะต้องไม่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายแรงงานไร้ประสิทธิภาพ ซึ่งรวมถึงกฎหมายที่
รับรองหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน ในลักษณะที่จะส่งผลต่อการค้าการลงทุน
และความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาบางฉบับ ได้แก่ ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐ
อเมริกา-โคลัมเบีย (The United States-Colombia Trade Promotion Agreement) ความ
ตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ (U.S.-Korea FTA) ความตกลงส่งเสริมการค้า
สหรัฐอเมริกา-เปรู (The United States-Peru TPA) และความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐ
อเมริกา-ปานามา (The United States-Panama TPA) นอกจากนี้จะมีหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ
แล้ว ยังมีบทบัญญัติในหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่มีลักษณะเป็นการอนุญาตให้ภาคี

¹⁸ Fitzgerald, Peter L., “Massachusetts, Burma and the World Trade Organization: A
Commentary on Blacklisting, Federalism, and Internet Advocacy in the Global Trading Era,”
(Cornell International Law Journal: Vol. 34: Iss. 1, Article 1, 2001), pp. 4-5.

¹⁹ สหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปเป็นสมาชิกของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้
องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994

สามารถกำหนดเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านแรงงาน โดยในบทความนี้จะยกตัวอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ มาตรา 17.7(b) ที่บัญญัติว่า²⁰

“คุณลักษณะเฉพาะ

เพื่อความมั่นใจที่มากขึ้น คู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างอาจปฏิบัติตามมาตรา 6 ของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐขององค์การการค้าโลก เพื่อเตรียม ยอมรับ หรือนำมาใช้ซึ่งข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะ:

(b) เพื่อกำหนดให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้ โดยทั่วไปเกี่ยวกับ

(i) หลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และ

(ii) เงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน,

ในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ”

ตามข้อกำหนดนี้เป็นการเปิดโอกาสให้ภาคีสมาชิกสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะโดยปฏิบัติตามวิธีการของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อบังคับผู้ประกอบการ ให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดด้านแรงงาน ได้แก่ สิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงาน ค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงการทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงานในสถานที่ที่มีการผลิตสินค้าหรือให้บริการ ซึ่งหากมีข้อกำหนดเหล่านี้ในการจัดซื้อจัดจ้างครั้งหนึ่งแล้ว ถือเป็นคุณสมบัติที่ผู้เสนอราคาต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อกำหนดจึงจะมีสิทธิเสนอราคา

5. การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย

ตามที่ได้ยกตัวอย่างหลักการ กฎหมาย ความตกลงการค้าระหว่างประเทศในหัวข้อ ก่อนหน้าถึงความสัมพันธ์ระหว่างการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐกับสิทธิมนุษยชน ทำให้เห็นว่าการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนมีความสัมพันธ์กัน ในฐานะที่การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือที่ใช้ในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ และมีบางประเทศเห็นโอกาสในการบัญญัติกฎหมายหรือทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศจากความสัมพันธ์ดังกล่าวแล้ว

แต่เมื่อพิจารณาถึงหนทางในการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยจะพบว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีเจตนารมณ์ให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีกรอบการปฏิบัติในทางเดียวกัน มุ่งเน้นการเปิดเผยข้อมูลเพื่อความโปร่งใสและมีการแข่งขันที่เป็นธรรม เกิดความ

²⁰ U.S.-Korea FTA, Article 17.7(b)

ค้ำค่าในการใช้จ่ายเงิน การมีส่วนร่วมภาคประชาชนในการตรวจสอบการทำงานของภาครัฐ เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริต ขณะที่ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนไม่ใช่สิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายให้ความสำคัญ และไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดที่กำหนดให้มีการนำประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนมาพิจารณาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ถึงแม้จะไม่ปรากฏหลักฐานว่าในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทย มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน แต่ประเทศไทยก็ยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้ประกอบการอย่างต่อเนื่อง ยกตัวอย่างเช่น การใช้แรงงานบังคับในห่วงโซ่อุปทานของอุตสาหกรรมการเลี้ยงกุ้ง การลวงแรงงานข้ามชาติชาวพม่าและกัมพูชาเพื่อขายให้เป็นแรงงานเรือประมง และมีการซ้อมทรมาน และฆาตกรรมแรงงานบนเรือ²¹ กรณีการดำเนินคดีกับผู้นำสหภาพแรงงานเพราะทำกิจกรรมรณรงค์ด้านความปลอดภัยและการพูดคุยให้มีการขึ้นค่าจ้างให้สมเหตุสมผลกับผลประกอบการและค่าครองชีพที่สูงขึ้น²² กรณีการกดดันให้พนักงานหญิงลาออกเพราะตั้งครรภ์²³ เป็นต้น

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เช่นนี้จึงเป็นที่มาของปัญหาของการศึกษาประการแรกคือ ปัญหาความสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และหากประเทศไทยจะบัญญัติกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ เช่นนี้ก็นำมาสู่ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการบัญญัติกฎหมายอีกสามประการคือ ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยไม่ขัดต่อความตกลงการค้าระหว่างประเทศ ปัญหาขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้าง

²¹ Kate Hodal, Chris Kelly and Felicity Lawrence, Revealed: Asian slave labour producing prawns for supermarkets in US, UK [Online], 10 October 2019. Source: <https://www.theguardian.com/global-development/2014/jun/10/supermarket-prawns-thailand-produced-slave-labour>

²² องค์การสากล จวกไทยยังละเมิดสิทธิแรงงาน ร้องให้แก้กฎหมายแรงงาน [ออนไลน์], 29 ธันวาคม 2562 แหล่งที่มา <https://voicelabour.org/องค์การสากล-จวก-ไทยยังมัก/>

²³ คสรท.ยื่นกระทรวงแรงงาน-ILO แก้ปัญหาละเมิดสิทธิแรงงาน [ออนไลน์], 29 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา <https://voicelabour.org/คสรท-ยื่นกระทรวงแรงงาน-ilo/>

5.1 ปัญหาความสำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

ความสำคัญของการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าสามารถแบ่งได้ 2 ประการคือ ความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย และความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ

5.1.1 ความสำคัญเนื่องจากรัฐมีพันธกรณีตามกฎหมาย

ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพ ส่งเสริม และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ในฐานะที่เป็นสมาชิกขององค์การสหประชาชาติและได้รับรองหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมทั้งได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาหลักสิทธิมนุษยชนจำนวน 7 ฉบับ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ อนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการปฏิบัติหรือการลงโทษอื่นที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ

ประเทศไทยยังเป็นสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีในการที่จะส่งเสริม คุ้มครอง และพัฒนามาตรฐานแรงงานให้สอดคล้องตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยในปัจจุบันประเทศไทยให้สัตยาบันรับรองอนุสัญญาด้านแรงงานไปแล้วทั้งสิ้นจำนวน 17 ฉบับ โดยเป็นอนุสัญญาที่เป็นมาตรฐานแรงงานหลักจำนวน 6 ฉบับ ได้แก่ ฉบับที่ 29 อนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงาน หรือแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 ฉบับที่ 100 อนุสัญญาว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน ค.ศ. 1951 ฉบับที่ 105 อนุสัญญาว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ ค.ศ. 1957 ฉบับที่ 111 อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 1958 ฉบับที่ 138 อนุสัญญาว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ให้จ้างงานได้ ค.ศ. 1973 ฉบับที่ 182 อนุสัญญาว่าด้วยรูปแบบที่เลวร้ายของการใช้แรงงานเด็ก ค.ศ. 1999

การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยยังปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายภายใน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติรับรองหลักการไว้ตามมาตรา 4 ว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง และในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ได้ระบุสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับการทำงานไว้เฉพาะเจาะจง ได้แก่ ความเสมอภาคตามมาตรา 27 ห้ามการเกณฑ์แรงงานตามมาตรา 30 เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 34 เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 และเสรีภาพในการสมาคมตามมาตรา

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังมีการบังคับใช้กฎหมายแรงงานที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิแรงงานคือ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งบัญญัติถึงสิทธิของแรงงานในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิในการรวมตัวเพื่อเจรจาต่อรองกับนายจ้าง สิทธิในการนัดหยุดงาน และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่บัญญัติถึงมาตรฐานการทำงานของแรงงานไม่ว่าจะเป็นค่าแรงที่เหมาะสม ชั่วโมงการทำงาน เวลาพักผ่อน วันหยุด อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน เงื่อนไขในการจ้างแรงงานเด็ก รวมถึงสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขอนามัย

ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 ได้บัญญัติรับรองให้สิทธิมนุษยชนหมายถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคล ที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย หรือตามหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ถึงแม้ว่าสิทธิมนุษยชนบางเรื่องจะไม่ปรากฏตามกฎหมายภายในของประเทศไทย แต่หากสิทธิมนุษยชนเรื่องนั้นประเทศไทยได้ให้สัตยาบันรับรองสนธิสัญญาระหว่างประเทศแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของสิทธิมนุษยชนที่ประเทศไทยมีพันธกรณีต้องเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลด้วย

ตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า แม้ว่าสิทธิมนุษยชนจะปรากฏอยู่ในกฎหมายและความตกลงหลายฉบับ และมีกลไกการบังคับผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายเหล่านั้นอยู่แล้ว แต่กฎหมายส่วนใหญ่บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐเข้ามามีบทบาทเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการต่อเมื่อต้องมีการร้องเรียนว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นก่อนจึงจะมีการตรวจสอบและบังคับใช้กฎหมาย หากไม่มีการร้องเรียนผู้ประกอบการเองก็ไม่ได้มีแรงจูงใจในการปฏิบัติตามเนื่องจากไม่มีสิ่งแลกเปลี่ยนหรือผลประโยชน์จากการกระทำ และอาจส่งผลให้นำไปสู่การละเมิดสิทธิมนุษยชนในวงกว้างยิ่งขึ้น เนื่องจากการที่ผู้ประกอบการหนึ่งไม่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน หรือปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงานย่อมทำให้เกิดความได้เปรียบในการแข่งขันกับผู้ประกอบการอื่นที่ปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนเพราะมีต้นทุนที่ถูกกว่า หากผู้ประกอบการอื่นต้องการจะได้งานจากภาครัฐจำเป็นจะต้องลดต้นทุนเพื่อแข่งขัน โดยเฉพาะต้นทุนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน การตัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวกับการทำงาน และสวัสดิการต่าง ๆ ซึ่งถ้าปล่อยให้เป็นอย่างนี้มากขึ้น ผลกระทบย่อมตกแก่แรงงานที่จะมีมาตรฐานความเป็นอยู่ที่แย่งลง เป็นการแข่งขันไปสู่จุดเสื่อม (race to the bottom)

การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยเป็นตลาดขนาดใหญ่ มีการพึ่งพางบประมาณของภาครัฐในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะ สิ่งสาธารณูปโภค โครงสร้างพื้นฐาน และการกระตุ้นเศรษฐกิจเป็นจำนวนมาก มีผู้ประกอบการจำนวนมากที่

ต้องการทำสัญญากับภาครัฐ ทำให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของประเทศไทยเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ ผ่านการกำหนดหลักเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างและการวางข้อกำหนดในสัญญา เพื่อบังคับผู้ประกอบการที่ต้องการจะเป็นคู่สัญญาในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องปฏิบัติตาม รัฐเข้ามามีบทบาทในเชิงรุกในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้น โดยต้องเข้ามาตรวจสอบผู้ประกอบการที่เข้าเสนอราคากับภาครัฐและปฏิเสธไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีพฤติกรรมที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนเข้าร่วมการเสนอราคา รวมถึงเข้าตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาเพื่อป้องกันมิให้มีพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้นระหว่างทำงานตามสัญญา ซึ่งกระบวนการเหล่านี้ล้วนเป็นการริเริ่มของภาครัฐเองทั้งสิ้น ไม่จำเป็นต้องมีการร้องเรียน และผู้ประกอบการเองก็มีแรงจูงใจในการปฏิบัติตาม เนื่องจากได้รับผลประโยชน์จากการมีสิทธิเป็นผู้เสนอราคากับภาครัฐ

นอกจากนี้ ยังมีความเคลื่อนไหวที่ทำให้เห็นว่ามีหลายฝ่ายไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐและภาคประชาชน เริ่มเห็นถึงความสำคัญของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ ได้แก่ ในการร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีแนวความคิดที่จะให้มีบทบัญญัติที่ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังที่ปรากฏตาม “รายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ...” ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเพื่อเสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ อ้างถึงแนวทางตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนและแนวคิดการจัดซื้อจัดจ้างอย่างยั่งยืน ได้เสนอให้หลักการทั่วไปของการจัดซื้อจัดจ้างมีหลักการที่สร้างความเป็นธรรมและความเท่าเทียมในสังคม และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งเป็นหลักการจัดซื้อจัดจ้างให้คำนึงถึงหลักการจัดซื้อจัดจ้างอย่างยั่งยืนด้วย²⁴

ในการจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) ซึ่งจัดทำโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพกระทรวงยุติธรรม เป็นแผนในการปฏิบัติตามหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน เพื่อยืนยันเจตนารมณ์และแสดงถึงความตั้งใจจริงของรัฐบาลในการขับเคลื่อนงานด้านธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน ครอบคลุม 4 ประเด็นสำคัญที่ต้องเร่งแก้ไขคือ 1) แรงงาน 2) ชุมชน ที่ดิน

²⁴ รายงานผลการพิจารณาเพื่อเสนอแนะนโยบายหรือข้อเสนอในการปรับปรุงกฎหมาย เรื่อง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ... [ออนไลน์], 26 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา <http://www.nhrc.or.th/getattachment/edf81800-5375-4907-9d96-efc1c9bf3c49/11214.aspx>

ทรัพย์สินทางวัฒนธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม 3) นักปกป้องสิทธิมนุษยชน 4) การลงทุนระหว่างประเทศ และบรรษัทข้ามชาติ ที่ถึงแม้จะยังไม่มีแผนปฏิบัติการที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยตรง แต่ได้ปรากฏข้อความคิดที่ต้องการให้ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ในข้อท้าทายที่ประชาชนคาดหวังให้รัฐบาลเร่งรัดในการแก้ปัญหาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นแรงงาน ได้เสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ในการตรวจสอบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อผู้ประกอบการและรัฐวิสาหกิจที่ได้ประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ รวมทั้งเสนอให้เพิ่มเงื่อนไขการเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนให้กับภาคธุรกิจคู่สัญญาของรัฐและรัฐวิสาหกิจในกฎหมายและสัญญาจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ²⁵

ผู้เขียนเห็นด้วยกับข้อเสนอข้างต้น เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการและแรงงานจำนวนมาก การใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะทำให้รัฐมีเครื่องมือในการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในแรงงานเพิ่มมากขึ้น รัฐเป็นผู้ริเริ่มในการบังคับใช้กฎหมายด้วยตนเอง ไม่ใช่การขอความร่วมมือเพียงอย่างเดียวที่ผู้ประกอบการอาจจะไม่มีแรงจูงใจเพียงพอในการให้ความร่วมมือ เป็นกระบวนการที่รัฐสามารถเข้าไปควบคุมผู้ประกอบการให้ปฏิบัติตามได้ในทุกขั้นตอน ทำให้พันธกรณีของภาครัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชน ต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มที่จะประสบความสำเร็จ

5.1.2 ความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศ

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าในทางการค้าระหว่างประเทศ ประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐอเมริกามีการทำความตกลงที่มีหัวข้อแรงงานโดยเฉพาะ และเริ่มมีการเชื่อมโยงการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและสิทธิมนุษยชนเข้าด้วยกัน ดังที่ปรากฏในหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐของความตกลงบางฉบับ ได้แก่ ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-โคลัมเบีย (The United States-Colombia Trade Promotion Agreement) ความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ (U.S.-Korea FTA) ความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-เปรู (The United States-Peru TPA) และความตกลงส่งเสริมการค้าสหรัฐอเมริกา-ปานามา (The United States-Panama TPA) แสดงให้เห็นว่าสหรัฐอเมริกาเห็นโอกาสของการนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนมาเป็นเงื่อนไขในการทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศ และทำให้ชัดเจนมากขึ้นว่ารวมถึงเงื่อนไขของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วย

²⁵ แผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนระยะที่ 1 (พ.ศ. 2562-2565) [ออนไลน์], 26 ธันวาคม 2562. แหล่งที่มา http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_17/2562/NAP-th-final.pdf

ซึ่งกรณีการเจรจาการค้ากับประเทศสหรัฐอเมริกาของประเทศไทย เริ่มปรากฏหัวข้อการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและหัวข้อแรงงานในการเจรจาเขตการค้าเสรี โดยประเด็นด้านแรงงานที่สหรัฐอเมริกาผลักดันภายใต้กรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีกับประเทศไทย ได้แก่²⁶ ให้ประเทศไทยปรับกฎหมายแรงงานไทยให้สอดคล้องกับหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ บังคับใช้กฎหมายแรงงานอย่างมีประสิทธิภาพ ปรับปรุงกฎหมายแรงงานไทยให้สอดคล้องกับสิทธิแรงงานที่ยอมรับในระดับสากล จัดตั้งองค์กรทั้งภายในประเทศและองค์กรระหว่างสองฝ่ายเพื่อให้เข้ามาดูแลและคุ้มครองผู้เสียหาย กรณีมีการละเมิดกฎหมายแรงงาน มีกระบวนการปรึกษาหารือ ระบุข้อพิพาท และบทลงโทษ ซึ่งรวมถึงการปรับเงินกรณีมีการละเมิดข้อตกลง และมีกลไกความร่วมมือด้านแรงงาน

นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังแนวโน้มที่นำประเด็นด้านแรงงานมาเป็นเครื่องมือในการกดดันคู่ค้าของตนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากกรณีโครงการให้สิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา (General of System of Preferences: GSP) ซึ่งเป็นสิทธิทางภาษีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาให้กับประเทศที่กำลังพัฒนาทั้งหลาย รวมถึงประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา โดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติทางการค้าปี ค.ศ. 1974 (Trade Act of 1974) และสหรัฐอเมริกาประกาศในวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2562 ที่จะเพิกถอนสิทธิดังกล่าวที่ให้กับไทย โดยยกประเด็นเรื่องสิทธิมนุษยชนเป็นข้อพิจารณาในการเพิกถอนสิทธิ เนื่องจากประเทศไทยไม่ได้ดำเนินการเพื่อให้มีสิทธิแรงงานที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลหลายด้าน ตามที่ระบุไว้ในคำร้องของสหพันธ์แรงงานและสภาอุตสาหกรรมแห่งสหรัฐอเมริกา (American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations: AFL-CIO) ปี พ.ศ. 2558 เช่น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการต่อรองร่วมกับแรงงานต่างด้าว อีกทั้งประเทศไทยยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงานในอุตสาหกรรม การส่งออกอาหารทะเลมาอย่างยาวนาน²⁷

จากสถานการณ์ข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า ความสำคัญในด้านการค้าระหว่างประเทศอาจวิเคราะห์ที่ได้เป็น 2 กรณี

²⁶ บัณฑิตย์ ธนชัยเศรษฐวุฒิ, สิทธิแรงงานในกระแสโลกาภิวัตน์พัฒนา การสัมมนาวิชาการ ประจำปี 2558 เรื่อง **สู่สังคมสมานฉันท์**, จัดโดยมูลนิธิชัยพัฒนา สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงแรงงาน และมูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, วันที่ 26-27 พฤศจิกายน 2548, หน้า 27.

²⁷ USTR Announces GSP Enforcement Actions and Successes for Seven Countries [Online], 22 October 2019. Source: <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2019/october/ustr-announces-gsp-enforcement>

กรณีแรก หากในอนาคตประเทศไทยจำเป็นต้องทำความตกลงในการเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐและมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ดังเช่นความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาที่มีหัวข้อแรงงาน เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าหัวข้อเหล่านี้ของความตกลงมีผลต่อการปฏิบัติตามความตกลงที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ทั้งฉบับ จึงสามารถตีความได้ว่ารัฐควรต้องเคารพ ส่งเสริม และตระหนักถึงหลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานในที่ทำงานในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นการพาณิชย์รูปแบบหนึ่งด้วย ผ่านการบัญญัติกฎหมายเพื่อรับรองหลักการดังกล่าว ทั้งนี้ การตีความเช่นนี้อาจถูกมองว่าเป็นการตีความที่กว้างจนเกินไป แต่เมื่อพิจารณาจากความตกลงของสหรัฐอเมริกาแล้วจะเห็นว่าสิทธิมนุษยชนและการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีแนวโน้มที่จะถูกนำมาเชื่อมโยงกันมากขึ้น ตามที่ปรากฏการบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐภาคีสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะที่มีข้อกำหนดเพื่อคุ้มครองแรงงานได้ การตีความในลักษณะที่ใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือเพื่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจึงมีความเป็นไปได้มาก

กรณีที่สอง ถึงแม้ประเทศไทยจะไม่มี ความตกลงเปิดตลาดจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐที่มีเงื่อนไขในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ก็ไม่ได้หมายความว่า การใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจะไม่มี ความสำคัญ เนื่องจากประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจอย่างสหรัฐอเมริกา มีแนวโน้มที่จะใช้ประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนในการกดดันประเทศคู่ค้าของตนมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากกรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีระหว่างประเทศไทยและสหรัฐอเมริกาที่มีประเด็นด้านแรงงาน และที่เห็นได้เป็นรูปธรรมที่สุดคือกรณีการเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรของสหรัฐอเมริกา ที่ประเทศไทยต้องเสียประโยชน์ทางการค้าอันเนื่องมาจากการกล่าวอ้างประเด็นสิทธิมนุษยชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยมีเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการมากขึ้น จะช่วยลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นในทางการค้าระหว่างประเทศได้ ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐก็เป็นเครื่องมือที่ดีในการกระทำดังกล่าว อันเนื่องมาจากการจัดซื้อจัดจ้างเป็นตลาดขนาดใหญ่และมีผู้ประกอบการจำนวนมากที่อยากมีส่วนร่วม รัฐสามารถใช้มาตรการที่เป็นการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับผู้ประกอบการได้เป็นวงกว้าง

5.2 ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐโดยไม่ขัดต่อความตกลงการค้าระหว่างประเทศ

ถึงแม้หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนแนะนำว่ารัฐควรส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ และในการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับผู้ประกอบการภายในประเทศเป็นอำนาจของรัฐที่สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตผู้ใด แต่ในทางการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) และความตกลงการค้าต่าง ๆ ที่ยึดหลักการ

ขององค์การการค้าโลก รวมถึงความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก และความตกลงอื่น ๆ ที่มีข้อตกลงเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างบนพื้นฐานของหลักไม่เลือกปฏิบัติ ยังมีข้อขัดแย้งอยู่ว่าการนำข้อกำหนดด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้เพื่อเป็นข้อพิจารณาในการกีดกันการค้า หรือยกเว้นหลักไม่เลือกปฏิบัติจะสามารถทำได้เพียงใด ซึ่งประเทศไทยที่แม้ว่าจะยังไม่ได้เป็นภาคีของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกหรือความตกลงเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างกับประเทศใด แต่ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ผู้เขียนเห็นว่าควรจะศึกษาเพื่อให้ทราบถึงข้อจำกัดในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เพื่อที่ในอนาคตหากประเทศไทยมีความประสงค์จะเข้าร่วมความตกลงเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ การบัญญัติกฎหมายจะได้ไม่มีปัญหาเรื่องความสอดคล้องกับหลักการขององค์การการค้าโลก หรือความตกลงค้าอื่น ๆ ซึ่งมีข้อตกลงในการเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้าง

เมื่อศึกษาจากกรณีที่เกิดขึ้นภายใต้องค์การการค้าโลกอย่างคดีกฎหมายพม่าของ รัฐแมสซาชูเซตส์ (Massachusetts Burma Law: MBL) ที่แม้จะไม่มีคำวินิจฉัยจากองค์การการค้าโลกว่าการยกข้อกล่าวอ้างเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนเพื่อกีดกันการเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐสามารถทำได้หรือไม่ แต่สิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้ก็คือ กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้เลือกปฏิบัติจากคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์หรือผู้ประกอบการที่เข้าร่วมเสนอราคา แต่เป็นการเลือกปฏิบัติจากประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับผลิตภัณฑ์หรือผู้ประกอบการ ซึ่งตรงกับคดีตัวอย่างที่กำหนดหลักเอาไว้คือ คดี Belgian Family Allowances

คดี Belgian Family Allowances คือคดีที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายประเทศเบลเยียมปี ค.ศ. 1939 จัดเก็บภาษีตามมูลค่า (ad valorem tax) กับการนำเข้าสินค้าที่ซื้อโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อขยายฐานรายได้สำหรับโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวของเบลเยียม ซึ่งผลิตภัณฑ์นำเข้าจากประเทศใดประเทศหนึ่งอาจได้รับการยกเว้นภาษี หากประเทศนั้นมีโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวคล้ายคลึงกับประเทศเบลเยียม โดยเกิดข้อพิพาทขึ้นเมื่อประเทศสวีเดนได้รับการยกเว้นภาษี แต่ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์ไม่ได้รับการยกเว้นภาษี ทั้งที่ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์มีโครงการเงินช่วยเหลือครอบครัวเหมือนกับประเทศสวีเดน ประเทศเดนมาร์กและประเทศนอร์เวย์จึงนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรวินิจฉัยของ GATT ว่าการกระทำของประเทศเบลเยียมขัดต่อหลักไม่เลือกปฏิบัติของ GATT²⁸

องค์กรวินิจฉัยของ GATT ได้มีคำตัดสินคดี Belgian Family Allowances เป็นหลักการว่าการปฏิบัติต่อประเทศภาคีอาจแตกต่างกันหากลักษณะของสินค้านั้นมีความแตกต่างกัน แต่ความ

²⁸ Steve Charnovitz, “Belgian Family Allowances and the Challenge of Origin-Based Discrimination”, (4 World Trade Rev. 7 2005), p. 8.

แตกต่างของลักษณะของประเทศผู้ส่งออกที่ไม่ส่งผลถึงความแตกต่างของสินค้า ไม่สามารถถูกนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการปฏิบัติต่อภาคที่แตกต่างได้²⁹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคดีกฎหมายพม่าของรัฐแมสซาชูเซตส์มีการเลือกปฏิบัติจากลักษณะของประเทศที่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าที่ไม่ส่งผลถึงความแตกต่างของสินค้า จึงไม่สามารถกระทำได้

ทั้งนี้ ความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกไม่ได้บัญญัติห้ามรัฐภาคีที่จะบัญญัติกฎหมายภายในของตนหรือทำความตกลงการค้าที่มีข้อกำหนดแตกต่างจากความตกลง ครอบคลุมที่กฎหมายหรือความตกลงนั้นไม่ขัดต่อหลักการของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลก การกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยการจัดซื้อจัดจ้างโดยไม่ขัดต่อหลักการขององค์การการค้าโลกจึงสามารถกระทำได้ ดังเช่น ความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาที่บัญญัติในลักษณะมุ่งเน้นไปที่คุณสมบัติสินค้าหรือผู้ประกอบการว่าจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องการละเมิดสิทธิมนุษยชน กล่าวคือ หน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดคุณลักษณะเฉพาะเพื่อให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไปเกี่ยวกับหลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และเงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงานในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ

โดยเมื่อพิจารณาความหมายของคุณลักษณะเฉพาะคือ รายละเอียดความต้องการในการประกวดราคาซึ่งระบุลักษณะของสินค้าหรือบริการที่จะจัดซื้อจัดจ้างรวมถึงคุณภาพ ประสิทธิภาพ ความปลอดภัย ขนาดมิติของพัสดุ ขั้นตอนและการทำงานในการผลิตสินค้า หรือกำหนดความต้องการของที่ตั้ง สัญลักษณ์ หีบห่อ เครื่องหมาย หรือฉลากที่ใช้กับสินค้าหรือบริการ จะเห็นได้ว่ารายละเอียดของคุณลักษณะเฉพาะสามารถกำหนดได้กระทั่งความต้องการเกี่ยวกับขั้นตอนและการทำงานในการผลิตสินค้า และถือว่าเป็นสิ่งที่มีผลต่อคุณสมบัติของสินค้า เช่นนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้เพราะเป็นการกีดกันผู้ประกอบการโดยพิจารณาถึงความแตกต่างของคุณสมบัติของสินค้าโดยตรง มิได้อยู่บนพื้นฐานของการเลือกปฏิบัติจากแหล่งกำเนิดของสินค้า

กรณีข้างต้นเป็นกรณีของการบัญญัติกฎหมายโดยพยายามหลีกเลี่ยงไม่ให้ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติ แต่หากเป็นการกีดกันไม่ให้สินค้าหรือผู้ประกอบการของประเทศใดประเทศหนึ่งมีส่วนร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ เช่นนี้อาจต้องพิจารณาถึงการตีความ GATT มาตรา 20(a) ซึ่งบัญญัติว่า³⁰

²⁹ Ibid., pp. 9-10.

³⁰ GATT Article XX(a)

“ข้อยกเว้นทั่วไป

ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะไม่ถูกนำไปใช้เลือกปฏิบัติโดยผลการหรือโดยไม่ยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีสภาพเช่นเดียวกัน หรือเพื่อจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง ไม่มีบทบัญญัติใดในความตกลงฉบับนี้ที่จะตีความเพื่อห้ามไม่ให้ภาคนำไปใช้หรือบังคับใช้มาตรการใด ๆ:

(a) ที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน;

GATT มาตรา 20(a) เป็นข้อยกเว้นการปฏิบัติตามความตกลง GATT โดยอาจห้ามนำเข้าสินค้าหรือใช้มาตรการจำกัดการค้าอื่นนอกจากมาตรการด้านภาษี หรือกำหนดมาตรการใดที่ขัดต่อหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยใช้เหตุผลเพื่อ “การคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน” ซึ่งอาจอาศัยการตีความว่าสิทธิมนุษยชนก็คือศีลธรรมของประชาชนรูปแบบหนึ่ง และอาจนำการตีความเช่นนี้มาใช้กับกรณีตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติซึ่งเป็นข้อยกเว้นทั่วไปในการปฏิบัติตามความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับ GATT มาตรา 20(a) คือมาตรา 23 ของความตกลงว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐภายใต้องค์การการค้าโลกปี ค.ศ. 1994 และมาตรา 3 ความตกลงฉบับแก้ไขปี ค.ศ. 2012 ที่บัญญัติว่ารัฐภาคีอาจใช้มาตรการที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยการใช้มาตรการจะต้องไม่เป็นการเลือกปฏิบัติโดยผลการหรือโดยไม่เป็นธรรมระหว่างภาคี หรือเพื่อกีดกันการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง³¹

การที่ภาคีจะกำหนดมาตรการเพื่อจำกัดการค้าตาม GATT มาตรา 20(a) จะต้องมีการพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นเข้าองค์ประกอบของกฎหมายสองชั้น กล่าวคือ ในขั้นแรกจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการนั้นจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน และขั้นที่สองจะต้องพิสูจน์ว่ามาตรการเช่นนั้นเป็นไปตามข้อกำหนดที่อยู่ในข้อความขึ้นต้น (chapeau) ของมาตรา 20 คือมาตรการนั้นจะต้องไม่ถูกนำไปใช้เลือกปฏิบัติโดยผลการหรือโดยไม่ยุติธรรมระหว่างประเทศที่มีสภาพเช่นเดียวกัน หรือใช้เพื่อจำกัดการค้าระหว่างประเทศโดยแอบแฝง³²

ปัญหาสำคัญของการใช้ข้อยกเว้นตาม GATT มาตรา 20(a) กับกรณีด้านสิทธิมนุษยชนคือ ความตกลง GATT และองค์การการค้าโลก ไม่ได้ให้ความหมายหรือตีความคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน (public moral)” เอาไว้ ทำให้ไม่ชัดเจนว่าสิทธิมนุษยชนถือเป็นศีลธรรมของประชาชนหรือไม่ จึงต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติผ่านข้อพิพาทซึ่งเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้องค์การการค้าโลกว่ามีความหมายและขอบเขตเช่นใด อย่างไรก็ตาม มีกรณีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการอ้างศีลธรรมของประชาชนตามมาตรา 20(a) เข้าสู่การพิจารณา

³¹ Article 23: 2 of GPA 1994 and Article 3: 2 of GPA 2012

³² Tatjana Eres, The Limits of GATT Article XX: A Back Door for Human Rights, (35 Geo. J. Int'l L. 597, 2004), pp. 614-615.

ขององค์การการค้าโลกเพียง 3 กรณีคือ คดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อ การให้บริการพนันและการพนันข้ามพรมแดน (US-Gambling) คดีมาตรการของประเทศจีน ที่มีผลกระทบต่อสิทธิในการซื้อขายและบริการจัดจำหน่ายสำหรับสิ่งพิมพ์และผลิตภัณฑ์ ภาพ และเสียง (China-Publications and Audiovisual Products) และคดีมาตรการของประชาคม ยุโรปที่ห้ามการนำเข้าและทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ (EC-Seal Products)

คดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อ การให้บริการพนันข้ามพรมแดน (US-Gambling) เป็นกรณีที่อยู่ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) มาตรา 14(a) ซึ่งกำหนดข้อยกเว้นการปฏิบัติตาม ข้อตกลงด้วยเหตุผลเพื่อคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนเช่นเดียวกับ GATT มาตรา 20(a) โดยสหรัฐอเมริกาได้มีมาตรการห้ามการให้บริการพนันออนไลน์ (remote gambling or online gambling) จากต่างประเทศมายังสหรัฐอเมริกา ประเทศแอนติกาและบาร์บูดาจึงได้ ยื่นคำร้องว่าการกำหนดมาตรการดังกล่าวขัดต่อพันธกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ได้ให้คำมั่นในการ เข้าถึงตลาดบริการด้าน “นันทนาการอื่น ๆ ยกเว้นกีฬา” โดยไม่มีเงื่อนไข สหรัฐอเมริกาแก้ต่างว่า มาตรการดังกล่าวเข้าข้อยกเว้นตาม GATS มาตรา 14(a) เนื่องจากมาตรการดังกล่าวมีความ จำเป็นเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน และเพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของ ประชาชน เนื่องจากการพนันออนไลน์มีความเสี่ยงที่จะถูกเข้าถึงโดยผู้เยาว์ซึ่งต้องห้ามไม่ให้เล่น การพนัน หรืออาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการฟอกเงินขององค์กรอาชญากรรม³³

ในคดีนี้คณะผู้พิจารณาได้ให้คำนิยามคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ว่าหมายถึง มาตรฐานของสังคมหรือประเทศที่บ่งชี้ว่าความประพฤติใดเป็นสิ่งที่ถูกหรือผิด และยังเสริมว่า ศีลธรรมของประชาชนนั้นมีความแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานที่และเวลา รวมถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วย เช่น สังคม วัฒนธรรม หลักจริยธรรม และศาสนา เป็นต้น ซึ่งกรณีนี้คณะผู้พิจารณา มี ความเห็นว่าการพนันอยู่ในความหมายของศีลธรรมของประชาชนด้วย และองค์กรอุทธรณ์มี ความเห็นว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน แต่ว่าการพิจารณาขั้นที่สองพบว่ามาตรการของสหรัฐอเมริกาขัดต่อ chapeau ของ GATS มาตรา 14(a) เนื่องจากในสหรัฐอเมริกามีพระราชบัญญัติการแข่งขันม้าระหว่างรัฐ (Interstate Horse Racing Act) ที่อนุญาตให้มีการพนันการแข่งขันม้าทางไกลผ่านโทรศัพท์หรือทางสื่อ อิเล็กทรอนิกส์อื่นทั้งภายในรัฐและระหว่างรัฐได้ มาตรการห้ามการให้บริการพนันออนไลน์ ของสหรัฐอเมริกาจึงปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างประเทศแตกต่างจากผู้ให้บริการในประเทศ³⁴

³³ Tamara S. Nachmani, “To Each His Own: The Case for Unilateral Determination of Public Morality under Article XX(A) of the GATT,” (71 U. Toronto Fac. L. Rev. 31, 2013), pp. 39-43.

³⁴ Ibid.

คดีมาตรการของประเทศจีนที่มีผลกระทบต่อสิทธิในการซื้อขายและบริการจัดจำหน่าย สำหรับผลิตภัณฑ์ประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน (China-Publications and Audiovisual Products) เป็นกรณีที่ประเทศจีนกำหนดมาตรการให้การนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน ต้องอาศัยช่องทางนำเข้าผ่านบริษัทที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของเท่านั้น ซึ่งจะมีการตรวจสอบสื่อ (censor) ว่ามีเนื้อหาที่เป็นอันตรายต่อศีลธรรมของประชาชนชาวจีนหรือไม่ สหรัฐอเมริกาจึงได้มีคำร้องกล่าวหาว่าการกระทำของประเทศจีนเป็นการกำหนดข้อจำกัดในการนำเข้าสินค้า เนื่องจากเป็นการกำหนดให้มีเพียงบริษัทที่รัฐบาลจีนเป็นเจ้าของเท่านั้น มีสิทธิในการนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศน ขณะที่บริษัทต่างชาติไม่มีสิทธิหรือช่องทางในการเป็นผู้นำเข้าผลิตภัณฑ์ดังกล่าว ซึ่งขัดต่อความตกลง GATT ที่ประเทศจีนได้ให้คำมั่นในการเข้าถึงตลาดไว้ โดยประเทศจีนอ้างว่ามาตรการดังกล่าวมีข้อยกเว้นตามมาตรา 20(a) ของ GATT เนื่องจากมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน³⁵

คณะผู้พิจารณาในคดีนี้เห็นว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ของ GATT มาตรา 20(a) มีหลักการเช่นเดียวกับ GATS มาตรา 14(a) ในคดี US-Gambling คณะผู้พิจารณาจึงใช้ความหมายจากคดีดังกล่าวในการพิจารณา โดยในคดีนี้พบว่าประเทศจีนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า มาตรการการนำเข้าสินค้าประเภทสิ่งพิมพ์และโสตทัศนมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนอย่างไร³⁶

คดีมาตรการของประชาคมยุโรปที่ห้ามการนำเข้าและทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ (EC-Seal Products) เป็นกรณีที่สหภาพยุโรปกำหนดมาตรการห้ามการนำเข้าและการทำการตลาดของผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำ เช่น เนื้อ ไขมัน หนังสัตว์ และเครื่องนุ่งห่ม เป็นต้น ยกเว้นเป็นผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิต (Inuit) หรือชนพื้นเมืองอื่น หรือโดยการล่าที่มีวัตถุประสงค์ในการบริหารทรัพยากรทางทะเล หรือนำเข้าโดยนักท่องเที่ยวภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด โดยประเทศแคนาดาและประเทศนอร์เวย์ได้มีคำร้องว่ามาตรการดังกล่าวเลือกปฏิบัติต่อผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่มาจากผู้ผลิตในประเทศของตน เพราะข้อยกเว้นผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิต ทำให้เฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ทำจากแมวน้ำจากประเทศกรีนแลนด์ได้รับประโยชน์ในการเข้าถึงตลาดจากข้อยกเว้นดังกล่าว สหภาพยุโรปโต้แย้งว่าจำเป็นต้องมีมาตรการเช่นนี้เนื่องจากมีความจำเป็นต่อการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนในสหภาพยุโรป

³⁵ Ibid., pp. 43-45.

³⁶ Ibid.

จากพฤติกรรมการล่าแมวน้ำอย่างทารุณ และหลีกเลี่ยงการมีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมดังกล่าวโดยไม่ซื้อสินค้าที่ทำจากแมวน้ำ³⁷

ในการพิจารณาของคณะผู้พิจารณาและองค์กรอุทธรณ์ ยังคงใช้ความหมายของคำว่า ศีลธรรมของประชาชนเช่นเดียวกับคดี US-Gambling และ คดี China-Publications and Audiovisual Products และเห็นว่าการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชนโดยคำนึงถึงสวัสดิภาพของแมวน้ำ อยู่ในความหมายของศีลธรรมของประชาชน และมาตรการที่กำหนดมีความจำเป็นในการคุ้มครองศีลธรรมของประชาชน แต่ว่ามาตรการดังกล่าวขัดต่อ chapeau ของ GATT มาตรา 20(a) เนื่องจากสหภาพยุโรปไม่สามารถอธิบายได้ว่าผลิตภัณฑ์จากแมวน้ำที่ล่าโดยชาวอินูอิตมีผลกระทบต่อศีลธรรมของประชาชนในเรื่องสวัสดิภาพของแมวน้ำ แตกต่างจากการล่าเพื่อการพาณิชย์อย่างไร มาตรการของสหภาพยุโรปจึงเป็นการเลือกปฏิบัติ³⁸

จากตัวอย่างคดีที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ทำให้เห็นว่าศีลธรรมของประชาชนมีความหมายที่กว้างอย่างมาก ขึ้นกับสังคม วัฒนธรรม ความเชื่อ ของประชาชนในประเทศที่จะถือว่าสิ่งใดเป็นมาตรฐานของความถูกต้อง โดยคดี EC-Seal Products ทำให้เกิดคำถามขึ้นว่า ในเมื่อศีลธรรมของประชาชนครอบคลุมถึงสิทธิหรือสวัสดิภาพของสัตว์ได้ ศีลธรรมของประชาชนก็ควรจะครอบคลุมถึงสิทธิมนุษยชนด้วยหรือไม่ ในฐานะที่สิทธิมนุษยชนเป็นหลักการที่มุ่งคุ้มครองมนุษย์จากการกระทำที่ไร้มนุษยธรรม เช่น การเอาคนลงเป็นทาส การใช้แรงงานบังคับ และการใช้แรงงานเด็ก³⁹ ซึ่งมีนักวิชาการบางท่านที่สนับสนุนให้การตีความศีลธรรมของประชาชนหมายถึงสิทธิมนุษยชนได้ เช่น

Robert Howse มีความเห็นว่าหลักคิดเรื่องศีลธรรมเป็นสิ่งที่ไม่สามารถแยกออกจากความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรี และสิทธิขั้นพื้นฐาน⁴⁰

Stephen J. Powell เห็นว่าศีลธรรมของประชาชนเป็นเครื่องมือที่มีศักยภาพที่จะใช้เพื่อคุ้มครองการใช้มาตรการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนโดยไม่ขัดต่อหลักของ GATT⁴¹

³⁷ Paola Conconi and Tania Voon, “EC-Seal Products: The Tension between Public Morals and International Trade Agreements,” (Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper No. RSCAS 2015/70, 2015), p. 1.

³⁸ Ibid., p. 10.

³⁹ Manisuli Ssenyonjo, “Economic, Social and Cultural Rights in International Law,” (Hart Publishing/ Bloomsbury, 2016), p. 206.

⁴⁰ Robert Howse, “The World Trade Organization and the Protection of Workers’ Rights,” (3 Journal of Small and Emerging Business Law 131, 1999), p. 1368.

⁴¹ Stephen J. Powell, “The Place of Human Rights Law in the World Trade Organisation Rules” (16 Florida Journal of International Law 219, 2004), p. 223.

Salman Bal แสดงความเห็นด้วยกับความเห็นของประเทศออสเตรเลียในคดีมาตรการของสหรัฐอเมริกาในการจำกัดการนำเข้าปลาทูน่า (Tuna-Dolphin case) โดยกล่าวว่า GATT มาตรา 20(a) ควรถูกนำมาใช้กับกรณีการปฏิบัติต่อสัตว์อย่างไรมนุษยธรรม และ Bal ให้ความเห็นเพิ่มเติมว่าการปฏิบัติอย่างไรมนุษยธรรมควรจะครอบคลุมกรณีตามมาตรฐานแรงงานด้วย⁴²

นอกจากนี้ คดี EC-Seal Products ยังสะท้อนว่า สิ่งที่เป็นอันตรายต่อศีลธรรมของประชาชน ไม่จำเป็นต้องกระทำต่อประชาชนหรือเกิดจากการใช้งานของประชาชนในประเทศโดยตรง แต่อาจเป็นการกระทำในกระบวนการผลิต หรือเป็นการกระทำต่อสิ่งอื่นนอกจากมนุษย์ ซึ่งอาจเกิดภายในประเทศหรือภายนอกประเทศก็ได้ โดยในคดีนี้ประชาชนของสหภาพยุโรปไม่จำเป็นต้องฆ่าแมวน้ำอย่างทารุณโหดร้ายด้วยตนเอง ตัวผลิตภัณฑ์เองก็ไม่ใช้ผลิตภัณฑ์ที่อันตรายต่อศีลธรรมของประชาชน แต่เป็นเพราะการที่ประชาชนซื้อผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยกรรมวิธีที่ขัดต่อศีลธรรมของประชาชนถือเป็นการสนับสนุนพฤติกรรมดังกล่าว

จากเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า อาจอาศัยการตีความคำว่า “ศีลธรรมของประชาชน” ตาม GATT มาตรา 20(a) หรือตามบทบัญญัติของความตกลงอื่นที่มีข้อยกเว้นในลักษณะเดียวกัน ว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ และสามารถยกเว้นหลักไม่เลือกปฏิบัติโดยกล่าวอ้างการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพื่อกีดกันไม่ให้ผู้ประกอบการที่มีความเกี่ยวข้องกับแหล่งที่มาที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชนเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐได้

5.3 ปัญหาขอบเขตการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ

เมื่อพิจารณาถึงหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนจะพบว่า ข้อ 11 ของหลักการ ได้แนะนำว่าผู้ประกอบการควรเคารพหลักสิทธิมนุษยชน โดยหลีกเลี่ยงที่จะละเมิดสิทธิมนุษยชนของผู้อื่น และควรดูแลผลกระทบทางลบจากการที่ผู้ประกอบการได้เข้าไปเกี่ยวข้อง⁴³ และข้อ 12 ยังแนะนำว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนหมายถึง การยอมรับสิทธิมนุษยชนอันเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศ โดยอย่างน้อยได้แก่ ตามที่ปรากฏในตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ และหลักการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน⁴⁴

⁴² Salman Bal, “International Free Trade Agreements and Human Rights: Reinterpreting Article XX of the GAT,” (10 MINN. J. GLOBAL TRADE 62, 2001), p. 77.

⁴³ Principle 11 of UNGPs

⁴⁴ Principle 12 of UNGPs

ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดดังเช่นหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนมีเจตนาเพื่อให้การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมีความหมายกว้างที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ โดยขั้นต่ำของการคุ้มครองที่หลักการแนะนำคือตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศซึ่งประกอบไปด้วย หลักการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติกา ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งครอบคลุมสิทธิมนุษยชนในทุกด้าน นอกจากนี้ ยังรวมถึงสิทธิแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานด้วย อาจกล่าวได้ว่าหากการดำเนินงานของผู้ประกอบการมีการละเมิดสิทธิมนุษยชน แม้สิทธิมนุษยชนเรื่องนั้นจะไม่ใช่สิทธิมนุษยชนด้านแรงงาน แต่ถ้การละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้น เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของผู้ประกอบการ ก็อยู่ในความหมายของสิทธิมนุษยชนตาม หลักการฉบับนี้

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนเป็นเพียงข้อแนะนำ การจะนำหลักการดังกล่าวมาใช้ควรปรับให้เกิดความเหมาะสมกับกรณี ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ขอบเขตการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรจะจำกัดเพียงสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวข้องข้องกับแรงงานเท่านั้น เนื่องจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นเรื่องของพาณิชย์กรรมที่มีบุคคล ที่เกี่ยวข้องสองฝ่ายคือ ภาครัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับผู้ประกอบการซึ่งเป็นคู่สัญญากับรัฐ ซึ่ง การดำเนินงานของฝ่ายผู้ประกอบการจำเป็นจะต้องมีการจ้างแรงงาน มีความสัมพันธ์จากการ จ้างแรงงานในฐานะนายจ้างกับลูกจ้าง โอกาสที่จะเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนจึงมาจาก ความสัมพันธ์ในการจ้างแรงงานเป็นหลัก ได้แก่ การละเมิดเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิการ เจริญต่อรกร่วม การใช้แรงงานบังคับ การใช้แรงงานเด็ก และการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน เช่น การจ่ายค่าจ้างไม่ถึงค่าแรงขั้นต่ำ มีชั่วโมง ทำงานเกินกว่ากฎหมายกำหนด และสถานที่ทำงานมีความเสี่ยงที่จะเกิดอุบัติเหตุ ไม่ปลอดภัย หรือไม่ถูกสุขอนามัย เป็นต้น

การกำหนดข้อกำหนดจัดซื้อจัดจ้างให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อการละเมิด สิทธิมนุษยชนในทุกด้าน จึงเป็นการสร้างภาระแก่ผู้ประกอบการเกินจากกรอบของการดำเนินงาน หรือขอบเขตที่ผู้ประกอบการจะสามารถควบคุมหรือดูแลได้ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิร่างกายและ สุขภาพ เสรีภาพในการแสดงออก เสรีภาพในการย้ายถิ่นฐาน สิทธิในอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และ ที่พักอาศัยที่เพียงพอ สิทธิในการศึกษา และสิทธิด้านสุขภาพ เป็นต้น เหล่านี้ล้วนเป็นสิทธิ ที่เกี่ยวกับชีวิตส่วนตัวของบุคคล ซึ่งผู้ประกอบการไม่ได้มีความรับผิดชอบต่อชีวิตส่วนตัวของ แรงงานแต่อย่างใด การหาความสัมพันธ์ระหว่างการดำเนินงานของผู้ประกอบการและการ ละเมิดสิทธิเหล่านี้ทำได้ยาก เจ้าหน้าที่รัฐจะต้องพิจารณาถึงซึ่งถึงชีวิตส่วนตัวของแรงงานว่า ผู้ประกอบการเข้าไปขัดขวางการใช้สิทธิเหล่านี้หรือไม่ เป็นการเพิ่มต้นทุนของการจัดซื้อจัดจ้าง

เกินความจำเป็น ทั้งในแง่ของงบประมาณและเวลา เนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐต้องเข้าไปตรวจสอบการปฏิบัติตามสิทธิมนุษยชนในทุกเรื่องของทุกกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ทั้งที่ควรพิจารณาเพียงแต่สิทธิที่มีความชัดเจนว่าสัมพันธ์กับการดำเนินงานของผู้ประกอบการแน่นอน อีกทั้งสิทธิมนุษยชนทั่วไปไม่มีตัวชี้วัดที่ชัดเจน เกิดความไม่แน่นอนของการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ ทำให้ปฏิบัติต่อผู้ประกอบการไม่เท่าเทียมกันทุกราย เกิดการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมเป็นช่องทางในการทุจริตของเจ้าหน้าที่รัฐจากความไม่แน่นอนของกฎหมาย และความไม่แน่นอนของกฎหมายนี้เองอาจส่งผลต่อผู้ประกอบการ ทำให้เกิดความสับสนในการปฏิบัติตามผู้ประกอบการอาจเห็นว่าความไม่มั่นคงเป็นความเสี่ยงที่ต้องคิดเป็นต้นทุนเพิ่มหรืออาจไม่สนใจที่จะยื่นข้อเสนอกับรัฐ ทำให้รัฐไม่ได้พัสดุที่มีคุณภาพหรือคุณลักษณะที่ตอบสนองวัตถุประสงค์ในการใช้งานของหน่วยงานของรัฐ หรือไม่ได้พัสดุในราคาที่เหมาะสม ซึ่งข้อเสียเหล่านี้ขัดต่อหลักการจัดซื้อจัดจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทั้งหลักความคุ้มค่า หลักความโปร่งใส และหลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

นอกจากนี้ การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการค้าของประเทศมหาอำนาจอย่างเช่นสหรัฐอเมริกาที่มุ่งเน้นไปที่สิทธิแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน และตามกรอบการเจรจาเขตการค้าเสรีที่ประเทศไทยเจรจากับสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่ามีหัวข้อที่มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนคือ หัวข้อแรงงานในกรอบการเจรจา อีกทั้งประเด็นที่สหรัฐอเมริกาใช้เพื่อกดดันประเทศไทยในทางการค้าคือสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับแรงงานทั้งสิ้น ดังที่ปรากฏตามกรณีของการเพิกถอนสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร ซึ่งสหรัฐอเมริกากล่าวหาว่าประเทศไทยไม่ได้ดำเนินการเพื่อให้มีสิทธิแรงงานที่สำคัญและเป็นที่ยอมรับในระดับสากลหลายด้าน เช่น การให้ความคุ้มครองเสรีภาพในการสมาคมและสิทธิในการต่อรองร่วมกับแรงงานต่างด้าว และประเทศไทยยังมีปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงานในอุตสาหกรรมการส่งออกอาหารทะเลมาอย่างยาวนาน เป็นต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ โดยมุ่งเน้นเฉพาะสิทธิมนุษยชนด้านแรงงาน จะทำให้ภาครัฐสามารถทุ่มเททรัพยากรเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในการค้าได้ตรงจุดและมีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศได้

5.4 ปัญหาการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้าง

นอกจากการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจะมีความเกี่ยวข้องกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐแล้ว ยังมีบุคคลอื่นในห่วงโซ่อุปทานที่ได้รับประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้าง ที่แม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญากับรัฐ แต่เป็นผู้จัดหาสินค้าให้หรือเป็นผู้รับงานต่อจากผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ เช่น ผู้จัดหาสินค้า (supplier) ผู้รับจ้างช่วง (subcontractor) เป็นต้น ซึ่ง

บุคคลเหล่านี้ล้วนแต่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างงานและมีความเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน เช่นเดียวกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับภาครัฐ จึงมีปัญหาว่าควรบัญญัติกฎหมายให้บังคับครอบคลุมบุคคลเหล่านี้หรือไม่

ปัญหานี้ผู้เชี่ยวชาญการพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักการชี้แนะของสหประชาชาติ ว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน กฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา และความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติที่ใช้การจัดซื้อจัดจ้างเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

เมื่อพิจารณาหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน พบว่า ข้อ 13 ได้แนะนำว่าความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่เคารพต่อหลักสิทธิมนุษยชนอาจทำได้ โดยหลีกเลี่ยงการกระทำที่ก่อให้เกิดผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนผ่านการดำเนินงานของตนเอง และดำเนินการแก้ไขเมื่อผลกระทบดังกล่าวเกิดขึ้น และพยายามป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนที่เชื่อมโยงโดยตรงกับการดำเนินงาน ผลิตภัณฑ์ หรือบริการ โดยความสัมพันธ์ทางธุรกิจแม้ว่าจะไม่ได้มีส่วนร่วมในผลกระทบเหล่านั้นก็ตาม⁴⁵

ตามหลักการข้างต้นที่แนะนำให้ผู้ประกอบการพยายามป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบด้านสิทธิมนุษยชนเชื่อมโยงโดยตรงกับการดำเนินงาน ผลิตภัณฑ์ หรือบริการ โดยอาศัยความสัมพันธ์ทางธุรกิจแม้ว่าจะไม่ได้มีส่วนร่วมในผลกระทบเหล่านั้น เป็นการเปิดโอกาสให้มีการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านห่วงโซ่อุปทานได้ โดยให้ผู้ประกอบการใช้ความระมัดระวังไม่สนับสนุนการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการทำธุรกิจกับองค์กรที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน

ส่วนกฎหมายการจัดหาของหน่วยงานของรัฐบาลกลางของสหรัฐอเมริกา (FAR) ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้สัญญาของรัฐต้องระบุห้ามไม่ให้ผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐ ลูกจ้างของผู้ประกอบการ ผู้รับจ้างช่วง ลูกจ้างของผู้รับจ้างช่วง และตัวแทนของบุคคลเหล่านี้มีส่วนร่วมกับการค้ำนุษย์ หรือเป็นธุระจัดหาเพื่อค่าประเมินในระหว่างการปฏิบัติตามสัญญา และห้ามใช้แรงงานบังคับในการปฏิบัติงาน⁴⁶ นอกจากนี้ ยังบัญญัติห้ามการผลิตหรือการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีการผลิตทั้งหมดหรือบางส่วนโดยการใช้แรงงานเด็กที่ถูกบังคับ โดยไม่สนใจว่าผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐจะมีส่วนร่วมหรือไม่⁴⁷

สำหรับความตกลงการค้าของสหรัฐอเมริกาได้ใช้ถ้อยคำที่ทำให้เข้าใจได้ว่ารัฐภาคีสามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างได้ ดังตัวอย่างความตกลงเขตการค้าเสรีสหรัฐอเมริกา-เกาหลีใต้ ที่กำหนดว่า รัฐภาคีสามารถใช้ข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะเพื่อกำหนดให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไป

⁴⁵ Principle 13 of UNGPs

⁴⁶ Order 22.1703 of Federal Acquisition Regulation

⁴⁷ Order 22.1502 of Federal Acquisition Regulation

เกี่ยวกับหลักการและสิทธิพื้นฐานในที่ทำงาน และเงื่อนไขการทำงานที่ยอมรับได้เกี่ยวกับค่าแรงขั้นต่ำ ชั่วโมงทำงาน และความปลอดภัยและสุขอนามัยในการทำงาน “ในดินแดนที่มีการผลิตสินค้าหรือมีการให้บริการ” ถ้อยคำนี้เป็นที่น่าสังเกตว่า ถ้าผู้ประกอบการไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้าหรือให้บริการด้วยตนเอง แต่อาศัยการจัดหาจากผู้ผลิตหรือรับจ้างช่วงในต่างประเทศ ผลของข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะจะเป็นอย่างไร ซึ่งการตีความให้ข้อกำหนดคุณลักษณะเฉพาะนี้มีผลกับผู้ประกอบการทุกรายอย่างเท่าเทียม ระหว่างผู้ประกอบการที่ผลิตสินค้าเองและผู้ประกอบการที่จัดหาจากผู้ผลิตอื่นหรือผู้รับจ้างช่วงในต่างประเทศ มีเพียงว่าข้อกำหนดนี้มีผลถึงห่วงโซ่อุปทานด้วย

จากหลักการทั้งหมดข้างต้น ทำให้เห็นว่าการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ได้จำกัดอยู่เพียงกับผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญากับรัฐโดยตรงเท่านั้น แต่ยังรวมถึงผู้ประกอบการอื่นในห่วงโซ่อุปทานที่ได้ผลประโยชน์จากการจัดซื้อจัดจ้างด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเป็นสิ่งที่ควรทำอย่างยิ่ง เนื่องจากหลายกรณีที่ผู้ประกอบการของรัฐไม่ได้เป็นผู้ผลิตสินค้า หรือให้บริการด้วยตนเอง แต่อาศัยการจัดหาสินค้าจากผู้จัดหา หรือผู้ผลิตอื่น รวมทั้งในงานจ้าง รัฐอาจอนุญาตให้มีการรับจ้างช่วงได้ หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในห่วงโซ่อุปทานเหล่านี้ ย่อมทำให้เป้าหมายในการใช้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่บรรลุผล ภาครัฐไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบองค์กรที่ผู้ประกอบการเข้าไปทำธุรกิจด้วยได้ ผู้ประกอบการที่มีเจตนาที่ไม่ดีอาจใช้วิธีการหลบเลี่ยงไม่ทำงานด้วยตนเองแต่จัดหาสินค้าหรือบริการจากแหล่งอื่นเพื่อส่งมอบ หรือผู้ประกอบการอาจไม่มีเจตนาหลบเลี่ยง แต่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการทำธุรกิจกับองค์กรอื่นที่มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน ทำให้สภาพความเป็นอยู่ของแรงงานในห่วงโซ่อุปทานการจัดซื้อจัดจ้างยังอยู่ในความเลวร้ายเช่นเดิม

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ได้ศึกษาถึงหลักการที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ปรากฏว่า การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐมีความสำคัญในฐานะที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยได้ ไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ของการมุ่งให้เป็นไปตามพันธกรณีของรัฐในการเคารพ คุ้มครอง และทำให้บรรลุผลซึ่งหลักสิทธิมนุษยชนต่อทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ และในแง่ของการค้าระหว่างประเทศที่มีการนำประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้เป็นเครื่องมือในการกีดกันการค้ามากขึ้น ซึ่งหากรัฐมีเครื่องมือที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนมากขึ้นจะสามารถลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นได้

การที่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทำให้รัฐเสียโอกาสที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งมีผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานจำนวนมาก ทั้งที่การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญของภาครัฐในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่าควรมีการกำหนดเป้าหมายที่ชัดเจนในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐไว้ในแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน เพื่อที่ภาครัฐจะได้ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เพื่อให้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนได้ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขหลักการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐตามความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้หลักการทั่วไปของการจัดซื้อจัดจ้างมีหลักการที่คำนึงถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 8 ซึ่งเป็นหลักการจัดซื้อจัดจ้างให้คำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชน เพื่อให้การออกกฎหมาย กฎ ระเบียบ คำสั่ง และการปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างมีความสอดคล้องกับหลักการจัดซื้อจัดจ้างที่มุ่งส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน รวมถึงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคัดเลือกผู้ประกอบการที่จะเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างและบัญญัติให้การทำสัญญาต้องมีข้อกำหนดด้านสิทธิมนุษยชนเพื่อให้ผู้ประกอบการปฏิบัติตามด้วย

2) การบัญญัติกฎหมายควรคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตกรณีในประเทศไทยทำความตกลงการค้าระหว่างประเทศเพื่อเปิดตลาดการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ กล่าวคือ บัญญัติกฎหมายให้มีความสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานในการค้าระหว่างประเทศ โดยเฉพาะหลักไม่เลือกปฏิบัติ การกีดกันผู้ประกอบการไม่ให้เข้าร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างควรคำนึงถึงคุณสมบัติของสินค้าว่ามีกระบวนการที่ได้มาที่มีความเกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือไม่เป็นหลัก และถึงแม้การกีดกันจากแหล่งกำเนิดสินค้าที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอาจทำได้โดยอาศัยการตีความ GATT มาตรา 20(a) ผู้เขียนก็ไม่สนับสนุนให้มีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะกีดกันเช่นนี้ เนื่องจากจะเกิดความไม่ยุติธรรมกับผู้ประกอบการที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องกับพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ต้องได้รับผลกระทบเพราะมาจากแหล่งกำเนิดเดียวกัน และการที่ยังไม่มีคำตัดสินจากองค์การการค้าโลกทำให้ยังมีความไม่แน่นอนในการกล่าวอ้าง

3) การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนผ่านกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐควรมุ่งเน้นไปที่สิทธิที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน โดยเฉพาะมาตรฐานแรงงานตามปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมาย สามารถส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีความเสี่ยง

จะเกิดการละเมิดจากการดำเนินงานของผู้ประกอบการที่ส่วนใหญ่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในการจ้างงานได้ตรงจุดมากกว่า และทำให้ภาครัฐสามารถทุ่มเททรัพยากรเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในการค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพียงพอที่จะลดแรงกดดันที่เกิดขึ้นจากการค้าระหว่างประเทศที่มุ่งเน้นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน

4) การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนควรครอบคลุมไปถึงห่วงโซ่อุปทานของการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐอันประกอบไปด้วยผู้ประกอบการที่เป็นคู่สัญญาการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ผู้จัดหา ผู้ผลิต และผู้รับจ้างช่วง โดยกำหนดระบบการตรวจสอบจากภาครัฐ เช่น กำหนดให้หน่วยงานของรัฐสามารถเรียกผู้ประกอบการเข้ามาให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานในการปฏิบัติงานผู้ประกอบการต้องยอมให้หน่วยงานของรัฐหรือองค์กรตรวจสอบสามารถเข้าไปตรวจสอบการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างช่วงได้ กำหนดให้ผู้ประกอบการที่สนใจเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างต้องมีชื่ออยู่ในบัญชีผู้ประกอบการ โดยบุคคลที่จะอยู่ในรายชื่อได้ต้องผ่านตรวจสอบว่าไม่มีพฤติกรรมละเมิดสิทธิมนุษยชน และจัดให้มีการตรวจสอบบุคคลที่อยู่ในบัญชีเป็นประจำ เพื่อติดตามพฤติกรรมอย่างต่อเนื่อง และคัดกรองผู้ประกอบการที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนไม่ให้มีส่วนร่วมกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ ไม่ว่าจะเป็นผู้สัญญากับรัฐโดยตรงหรือไม่ เป็นต้น และอาศัยความร่วมมือของผู้ประกอบการ เช่น กำหนดให้ผู้ประกอบการสอบสวนธุรกิจในการปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชน (human rights due diligence) และจัดส่งรายงานการตรวจสอบให้หน่วยงานที่จัดซื้อจัดจ้าง

ปัญหาแรงงานบังคับกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อลดผลกระทบ ต่อการส่งออกสินค้าประมงไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา*

Forced Labour Problems and Legal Measures in Reducing the Effect of Fishery Exports to United States of America

พนิชกร สิ้นชัยกิจ

นักศึกษาปริญญาโท สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Phanichakorn Sinchaikit

Master Student in International Trade Law,
Faculty of Law, Thammasat University

วันที่รับบทความ 24 เมษายน 2563

วันที่แก้ไขบทความ 25 มิถุนายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 13 กรกฎาคม 2563

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการค้ามนุษย์ด้านแรงงานบังคับในภาคประมงของประเทศไทยที่ส่งผลกระทบต่อ การส่งออกสินค้าประมงไปยังประเทศสหรัฐอเมริกาในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้ 1) การจัดระดับสถานการณ์การค้ามนุษย์ของประเทศไทยตามรายงานของ Trafficking in Person Report: TIP Report และ 2) การถูกประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preferences: GSP) โดยทำการศึกษาจากบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งจากการศึกษาในประเด็นต่าง ๆ พบว่า

(1) ในปี 2019 ประเทศไทยถูก TIP Report ประเมินให้อยู่ใน Tier 2 เนื่องจากรัฐบาลไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความพยายามอย่างจริงจังและต่อเนื่องในการขจัดปัญหาการค้ามนุษย์ตาม

* บทความนี้สรุปจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ปัญหาแรงงานบังคับกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อลดผลกระทบต่อการส่งออกสินค้าประมงไปยังประเทศสหรัฐอเมริกา” โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.สมเกียรติ วรปัญญาอนันต์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

มาตรฐานขั้นต่ำ โดยกฎหมายแรงงานของประเทศไทยไม่อนุญาตให้แรงงานข้ามชาติจัดตั้งสหภาพแรงงาน และประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการคุ้มครองแรงงานประมงในเรื่องการทำสัญญาจ้าง

(2) ประเทศไทยถูกประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินพิเศษทางภาษีศุลกากร หรือสิทธิ GSP เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้มีสิทธิในการจัดตั้งสมาคมและคุ้มครองสิทธิในการรวมกลุ่มจัดการและต่อรองร่วมกันในมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับระดับสากล จึงทำให้ประเทศไทยขาดคุณสมบัติที่จะได้รับการพิจารณาสิทธิ GSP

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาที่ทำให้ประเทศไทยถูก TIP Report ประเมินให้อยู่ใน Tier 2 และถูกประเทศสหรัฐอเมริกาตัดสินพิเศษทางภาษีศุลกากร GSP เกิดจากกฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศ ดังนั้น บทความนี้จึงทำการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกาและอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานประมง ซึ่งจากการศึกษาพบว่า เพื่อเป็นการป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย จึงจำเป็นต้องให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัวและอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง รวมถึงดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและขจัดปัญหาแรงงานบังคับ พ.ศ. ... ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวไม่เพียงแต่เป็นการป้องกันผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับระบบเศรษฐกิจของประเทศ แต่เพื่อเป็นการยกระดับสถานการณ์แรงงานบังคับของประเทศไทย และเพื่อให้ประเทศสหรัฐอเมริกาพิจารณาให้สิทธิ GSP ประเทศไทยอีกครั้ง

คำสำคัญ: การค้ามนุษย์, แรงงานบังคับ, แรงงานประมง

Abstract

This article aims to study the human trafficking issue in the part of forced labor of fisheries sector in Thailand which affected to the export of fishery products to the United States of America (USA) as following 1) Ranking the situation level of human trafficking in Thailand according to the report of Trafficking in Person Report (TIP Report) 2) Deprivation of Generalized System of Preferences by USA. The study was conducted by analyzing the provision of international labor convention and law of USA. Based on the study results on various issues, it could be found as follows:

(1) In 2019, Thailand was assessed in Tier 2 by TIP report due to the fact that the government did not show the serious endeavor and continuously to solve the issue of human trafficking according to the minimum standard. The labor law of Thailand does not allow the migrant workers to form labor unions. In addition, Thailand has no appropriate and sufficient legal measures to protect fishery workers regarding to employment contracts.

(2) Thailand was revoked customs duties special right by USA or GSP's right due to the fact that Thailand disqualified to receive GSP's right approval. Moreover, Thailand has no law to protect the labor that has the right to provide the organization and protect the right in association management and mutually negotiate in international standard.

According to the study, it was found that the failure to comply with the international labor convention was the major cause of the assessment in Tier 2 by TIP report and the revocation of the GSP's right by USA. Thus, this study was conducted by comparing the USA law with the labor organization convention relating to fishery working protection. Based on the study results, in order to prevent the effects that may occur to the economic system, Thailand requires to ratify Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No. 87) and Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No. 98), including adding the Labor Relations Act B.E. 2518 (A.D. 1975), Labor Protection of Fishery Worker B.E 2562 (A.D. 2019), the ministry of Labor Protection of Fishery Worker B.E 2557 (A.D. 2014). The mentioned performance does not only prevent the effects that may occur to the economic system in Thailand, but also escalate the forced labor situation in Thailand and enhance an opportunity to obtain the approval of the GSP's right again.

Keywords: human trafficking, forced labour, fishery workers

1. บทนำ

สหรัฐอเมริกาได้บังคับใช้กฎหมายปกป้องเหยื่อการค้ามนุษย์ 2000 (Trafficking Victims Protection Act of 2000: TVPA) ที่กำหนดให้กระทรวงการต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา มีหน้าที่ทำการประเมินสถานการณ์การค้ามนุษย์ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก และจัดทำเป็น รายงานประจำปีที่มีชื่อว่า Trafficking in Person Report: TIP Report¹ เพื่อรายงานผลการ ประเมิน ซึ่งการประเมินจะแบ่งตามความรุนแรงของสถานการณ์ โดยแบ่งออกเป็น 4 ระดับ ดังนี้

ระดับที่ 1 (Tier 1) หมายถึง ประเทศหรือรัฐบาลได้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของ กฎหมาย TVPA โดยสมบูรณ์

ระดับที่ 2 (Tier 2) หมายถึง ประเทศหรือรัฐบาลไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของ กฎหมาย TVPA โดยสมบูรณ์ แต่มีความพยายามอย่างมีนัยสำคัญที่จะปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้ เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว

ระดับที่ 2 ที่ถูกจับตามอง (Tier 2 Watch List) หมายถึง ประเทศหรือรัฐบาลไม่ได้ ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมาย TVPA โดยสมบูรณ์ แต่มีความพยายามอย่างมี นัยสำคัญที่จะปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าวและจำนวนสิทธิของผู้ที่ตกเป็น เหยื่อของขบวนการค้ามนุษย์ในรูปแบบที่รุนแรงมีจำนวนมากหรือมีเหยื่อการค้ามนุษย์เพิ่มขึ้น หรือไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนว่ารัฐบาลเพิ่มความพยายามในการดำเนินการต่อต้านการค้ามนุษย์ เมื่อเปรียบเทียบกับปีที่ผ่านมา หรือถูกพิจารณาว่ากำลังใช้ความพยายามอย่างมีนัยสำคัญเพื่อ ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำโดยสัญญาว่าจะเพิ่มมาตรการในปีถัดไป

ระดับที่ 3 (Tier 3) หมายถึง ประเทศหรือรัฐบาลไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของ กฎหมาย TVPA และไม่มี ความพยายามอย่างมีนัยสำคัญที่จะดำเนินการตามมาตรฐานดังกล่าว

การประเมินสถานการณ์การค้ามนุษย์ตามกฎหมาย TVPA นั้น มีความสำคัญต่อการ ส่งออกสินค้าประมงของประเทศไทยไปยังสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างมาก เนื่องจากสหรัฐอเมริกา ได้บังคับใช้กฎหมาย Trade Facilitation and Trade Enforcement Act ค.ศ. 2015 ที่ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ศุลกากรและการป้องกันชายแดนของสหรัฐอเมริกา หรือ U.S. Customs and Border Protection: CBP ในการห้ามนำเข้าสินค้าใด ๆ หากพบว่าสินค้านำเข้าผลิตมาจากการใช้แรงงานเด็ก การใช้แรงงานบังคับ การใช้แรงงานขูดรีด หรือการใช้แรงงานนักโทษ ซึ่งปัจจุบันอุตสาหกรรมประมงของประเทศไทยกำลังประสบกับปัญหาการค้ามนุษย์ด้านแรงงาน บังคับและยังไม่สามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ทำให้ในปี พ.ศ. 2562 สหรัฐอเมริกา ได้ประเมินสถานการณ์การค้ามนุษย์ของประเทศไทยให้อยู่ใน Tier 2 เนื่องจากรัฐบาลไม่ได้

¹ Trafficking Victims Protection Act of 2000 sec. 110 (b)(1), 114 Stat. 1482

แสดงให้เห็นถึงความพยายามอย่างจริงจังและต่อเนื่องในการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ตามมาตรฐานขั้นต่ำ ซึ่งมีประเด็นที่เกี่ยวข้องกับแรงงานบังคับดังนี้

(1) กฎหมายแรงงานของประเทศไทยไม่อนุญาตให้แรงงานข้ามชาติจัดตั้งสหภาพแรงงานซึ่งเป็นหนึ่งจุดสำคัญที่ทำให้แรงงานถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้าง

(2) ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและเพียงพอต่อการคุ้มครองแรงงานประมงในเรื่องการทำสัญญาจ้าง โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องไม่ได้กำหนดให้นายจ้างต้องทำสัญญาจ้างเป็นภาษาที่ลูกจ้างเข้าใจได้ ซึ่งไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้าง

ปัญหาแรงงานบังคับในประเทศไทยมีสาเหตุมาจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของแรงงานต่างด้าวยังไม่ประสิทธิภาพเพียงพอ โดยพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 88 มีการนำหลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติมากำหนดคุณสมบัติผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน ซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน โดยการก่อตั้งสหภาพแรงงานเป็นหนึ่งในช่องทางที่จะคุ้มครองแรงงานจากการถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายจ้าง นอกจากนั้นแล้ว ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ซึ่งเป็นสองอนุสัญญาสำคัญที่คุ้มครองแรงงานในการรวมกลุ่มกันเพื่อจัดตั้งสหภาพแรงงาน ส่งผลให้ประเทศไทยถูกตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากร (Generalized System of Preferences: GSP) ที่สหรัฐอเมริกาได้ให้สิทธิลดหย่อนหรือยกเว้นอากรขาเข้าแก่สินค้าประมงของประเทศไทยด้วย ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก เนื่องจากการมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานในการจัดตั้งสมาคมและคุ้มครองสิทธิในการรวมกลุ่มเพื่อเจรจาต่อรองเป็นหนึ่งในเงื่อนไขที่จะทำให้ประเทศไทยได้รับสิทธิ GSP จากสหรัฐอเมริกา อย่างไรก็ตาม หากประเทศไทยให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 รัฐบาลจะต้องดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 เนื่องจากพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังมีบทบัญญัติสำคัญบางประการที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีบทบัญญัติที่เป็นการให้อำนาจรัฐแทรกแซงการจัดตั้งกลุ่มสหภาพแรงงาน โดยให้อำนาจนายทะเบียนในการสั่งเลิกสหภาพแรงงาน ซึ่งการให้อำนาจเช่นนี้แก่นายทะเบียนถือเป็นการแทรกแซงการจัดตั้งสหภาพแรงงานอันเป็นการขัดกับวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 87

(2) พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการจัดตั้งสหภาพแรงงานโดยมีการนำเรื่องสัญชาติมาเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิของผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานซึ่งถือเป็นการเลือกปฏิบัติและเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

ประเทศไทยมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานประมงที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันหลายฉบับ แต่บทบัญญัติของกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอต่อการคุ้มครองแรงงานประมงและไม่สอดคล้องกับอนุสัญญามาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้ ประเทศไทยจึงยังไม่สามารถแก้ปัญหาแรงงานบังคับได้โดยสมบูรณ์ โดยกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานประมงที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันซึ่งเห็นว่ายังมีบทบัญญัติที่ไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับมีดังนี้

(1) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562

ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ขึ้นมาเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยงานในภาคประมง (Work in Fishing Convention (2007): C188) แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ยังขาดสาระสำคัญอันจำเป็นต่อการคุ้มครองแรงงานประมงบางประการ อาทิ ขอบเขตการบังคับใช้บทบัญญัติในการกำหนดจำนวนแรงงานที่ออกเดินเรือ เป็นต้น ซึ่งหากแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่ยังไม่ครบถ้วนเช่นว่านี้ได้จะช่วยส่งเสริมกลไกของรัฐในการคุ้มครองและป้องกันแรงงานจากการถูกบังคับใช้แรงงาน

(2) กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557

กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 เป็นกฎหมายที่ตราออกมาเพื่อคุ้มครองแรงงานประมงทะเลเพียงเท่านั้น ซึ่งกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่เป็นธรรม โดยข้อ 6 กำหนดไว้แต่เพียงว่า ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกันจำนวนสองฉบับซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรา 16 (a) แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 ที่กำหนดให้แรงงานประมงที่ทำงานบนเรือซึ่งชักธงของประเทศตนต้องได้รับการคุ้มครองในเรื่องข้อตกลงการทำงานซึ่งเป็นข้อตกลงที่แรงงานประมงสามารถเข้าใจได้

นอกจากกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาจ้างที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 188 แล้ว กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ยังขาดบทบัญญัติในการกำหนดให้เรือประมงต้องส่งรายชื่อลูกเรือก่อนออกเดินเรือ ซึ่งบทบัญญัติข้อนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 15 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 โดยการกำหนดเช่นนี้จะช่วยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถตรวจสอบจำนวนแรงงานได้อย่างถูกต้องและแม่นยำมากขึ้น

ในการคุ้มครองและป้องกันแรงงานจากการถูกบังคับใช้แรงงานนั้น ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ พ.ศ. 2473 (Forced Labour Convention, 1930: No. 29) และพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ พ.ศ. 2473 (Protocol of 2014 to the Forced Labour

Convention, 1930: Protocol 29) ซึ่งเมื่อได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาดังกล่าวแล้วประเทศไทย จึงมีภาระผูกพันที่จะต้องอนุวัติกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาที่ได้ให้สัตยาบันไว้ ดังนั้น จึงได้มีการร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... แต่ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการปัญหาแรงงานบังคับ พ.ศ. ... ยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 29 และพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญาฯ ฉบับที่ 29 ในเรื่องขอบเขตการบังคับใช้และนิยามความหมาย เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... มีข้อยกเว้นในการบังคับใช้และนิยามความหมายของแรงงานบังคับที่แคบกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 29 และพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญาฯ ฉบับที่ 29

รัฐบาลได้พยายามหาแนวทางต่าง ๆ เพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับของประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นการให้สัตยาบันในอนุสัญญามาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ การตรากฎหมาย รวมถึงการออกมาตรการต่าง ๆ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับไม่สามารถกระทำได้โดยอาศัยความพยายามของรัฐบาลแต่เพียงฝ่ายเดียว การแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับต้องอาศัยความร่วมมือจากทั้งภาครัฐและภาคเอกชน โดยการบังคับใช้แรงงานถือเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างร้ายแรง ภาคเอกชนจึงควรนำหลักสิทธิมนุษยชนไปปรับใช้กับการประกอบธุรกิจ โดยนำไปประยุกต์เป็นวัฒนธรรมองค์กร หากภาคเอกชนประกอบธุรกิจโดยคำนึงถึงหลักสิทธิมนุษยชนแล้ว ก็จะช่วยบรรเทาปัญหาการบังคับใช้แรงงานของประเทศไทยให้ทุเลาลงได้

ดังนั้น บทความนี้จะมุ่งศึกษาถึงปัญหาการค้ำมนุษย์ด้านแรงงานบังคับภาคประมงของประเทศไทยว่ามีปัญหาอย่างไร และมีแนวทางในการแก้ไขปัญหาอย่างไร โดยบทความนี้จะเริ่มศึกษาจากแนวความคิดเกี่ยวกับการค้ำมนุษย์และแรงงานบังคับ สาเหตุที่ทำให้ประเทศไทยถูก TIP Report ประเมินสถานการณ์การค้ำมนุษย์ให้อยู่ใน Tier 2 และสาเหตุที่ทำให้ประเทศไทยถูกตัดสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะศึกษากฎหมายไทยเปรียบเทียบกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องและกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

2. การค้ำมนุษย์ด้านแรงงานบังคับตามหลักสากลและตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

ประเทศไทยกำลังเผชิญกับปัญหาการค้ำมนุษย์ในรูปแบบของการบังคับใช้แรงงานในอาชีพประมงเป็นอย่างมาก ซึ่งการค้ำมนุษย์เป็นอาชญากรรมที่ทำลายศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ ละเมิดสิทธิมนุษยชนและสิทธิเสรีภาพอย่างร้ายแรง ปัญหาการค้ำมนุษย์ด้านแรงงานบังคับเป็นปัญหาระดับสากลที่นานาประเทศต่างมุ่งหาหนทางแก้ไข จึงได้มีการก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) เพื่อแสวงหาความเป็นธรรมทางสังคมและส่งเสริมการทำงานที่มีคุณค่าให้กับมนุษย์ทุกคน

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับการค้ามนุษย์และการบังคับใช้แรงงาน

ในช่วงก่อนปี ค.ศ. 1794 ยังไม่มีกฎหมายของรัฐใดที่บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามทำการค้ามนุษย์ บุคคลบางกลุ่มมีสถานะเป็นเพียงทาสและทาสเป็นทรัพย์สินที่สามารถซื้อขายกันได้ การนำคนมาลงเป็นทาสหรือที่ปัจจุบันเรียกว่าการค้ามนุษย์จึงมีอย่างแพร่หลาย โดยทาสส่วนมากเกิดขึ้นจากการทำสงครามซึ่งฝ่ายที่แพ้จะถูกนำไปเป็นเชลยศึกและถูกนำไปเป็นทาส โดยผู้ที่เป็นเจ้าของทาสหรือผู้ที่อ้างว่าตนมีชนชั้นสูงกว่าทาสสามารถปฏิบัติอย่างไรกับทาสก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นการทำร้ายร่างกาย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน หรือกระทำการอื่นใดกับทาสโดยไม่มี ความผิดตามกฎหมาย เนื่องจากทาสมีสถานะเป็นเพียงแค่ทรัพย์สินของนายจ้างเท่านั้น² ทาสสามารถจำแนกรูปแบบออกเป็น 5 ประเภท³ กล่าวคือ 1. แรงงานขัดหนี้ (Bonded Labour) หมายถึง แรงงานที่ต้องทำงานเพื่อการชำระหนี้ โดยไม่ได้รับค่าจ้างหรือได้รับค่าจ้างจำนวนไม่มาก เมื่อเทียบกับลักษณะงานที่ทำ 2. การถูกบังคับให้แต่งงานในวัยเยาว์ (Early and Forced Marriage) ทาสประเภทนี้ส่วนใหญ่เกิดขึ้นกับผู้หญิงและเด็ก ซึ่งเมื่อแต่งงานไปแล้วจะมีชีวิตเยี่ยงทาสและอาจถูกทำร้ายร่างกาย 3. การบังคับใช้แรงงาน (Forced Labour) เป็นการบังคับให้บุคคลทำงานโดยไม่สมัครใจ 4. ทาสโดยกำเนิด (Slavery by Descent) หมายถึง บุคคลที่เกิดมาในชนชั้นที่คนในสังคมนั้นถือเป็นชนชั้นทาส และ 5. ทาสอันเกิดจากการค้ามนุษย์ (Human Trafficking) หมายถึง ทาสที่เกิดจากการถูกแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบ ไม่ว่าจะจากการถูกบังคับ ชูเชื้อ หลอกลวง หรือโดยวิธีการใด ๆ ในการบังคับใช้แรงงานหรือการค้าประเวณี

ถึงแม้จะมีการกล่าวอ้างว่าการใช้แรงงานทาสได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่แท้จริงแล้วในปัจจุบันการใช้แรงงานทาสยังคงมีอยู่ เพียงแต่ปรากฏอยู่ในรูปแบบที่เรียกว่า “การบังคับใช้แรงงาน”⁴ ซึ่งแรงงานเหล่านี้จะถูกกดขี่ทรมานและถูกละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ทั้งทางร่างกายและจิตใจให้ทำงานโดยไม่สมัครใจ

² บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2562), หน้า 128.

³ เบญจมาศ กระจำงโพธิ์, “การคัดแยกเหยื่อในคดีค้ามนุษย์กับการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ถูกดำเนินคดีอาญา,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 15.

⁴ วัลภา ทับสุวรรณ, “การนำการค้ามนุษย์ด้านแรงงานมาเป็นเงื่อนไขในการค้าระหว่างประเทศของประเศสหรัฐอเมริกาที่มีผลกระทบต่อกฎหมายไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 8.

2.1.1 ความหมายของการค้ามนุษย์ตามกฎหมายปกป้องเหยื่อการค้ามนุษย์ ค.ศ. 2000 (Trafficking Victim Protection Act of 2000)

รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาได้ลงนามในกฎหมาย TVPA ที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการค้ามนุษย์ โดยมาตรา 103 (8) ได้ให้ความหมายของการค้ามนุษย์ไว้ดังนี้

มาตรา 103 (8) “การค้ามนุษย์มีลักษณะดังนี้

(A) การค้ามนุษย์ทางเพศเชิงพาณิชย์ โดยวิธีการบังคับ หลอกลวง หรือข่มขู่ หรือกระทำการเช่นว่านี้กับบุคคลอายุไม่เกิน 18 ปี

(B) การจัดหา การให้ที่อยู่ การขนส่ง หรือมีการรับไว้ซึ่งบุคคลใดเพื่อการใช้แรงงานหรือบริการ โดยใช้กำลังบังคับ หลอกลวง หรือข่มขู่ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นตกอยู่ใต้บังคับอย่างไม่สมัครใจ นำเอาบุคคลนั้นไว้รับใช้ นำเอาบุคคลเป็นแรงงานขี้ดหนี้ หรือนำเอาบุคคลมาลงเป็นทาส”

2.1.2 ความหมายของแรงงานบังคับตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ ฉบับที่ 29 (Forced Labour Convention, 1930 (No.29))

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ ฉบับที่ 29 เป็นอนุสัญญาที่มีจุดประสงค์เพื่อมุ่งเน้นการขจัดปัญหาการบังคับใช้แรงงานทั่วโลก โดยในอนุสัญญาฉบับที่ 29 ได้วางหลักเกณฑ์เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการบังคับใช้แรงงาน โดยในมาตรา 2 (1) ได้บัญญัติความหมายของการบังคับใช้แรงงานไว้ดังนี้

มาตรา 2 (1) “การบังคับใช้แรงงาน หรือการเกณฑ์แรงงาน หมายถึง งานหรือบริการทุกประเภทที่บุคคลใดกระทำภายใต้การคุกคามหรือการลงโทษโดยบุคคลนั้นไม่ได้กระทำด้วยความสมัครใจ”

2.2 แนวความคิดในการก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) และสถานะทางกฎหมายของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศภายใต้หลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงาน (ILO Declaration on Fundamental Principles and Right at Work) ที่เกี่ยวข้องกับแรงงานบังคับในภาคทำประมง

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1919 ภายใต้สนธิสัญญาแวร์ซาย โดยมีประเทศไทยเป็นสมาชิกในการร่วมก่อตั้ง มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาความเป็นธรรมทางสังคมและส่งเสริมการทำงานที่มีคุณค่าให้กับมนุษย์ทุกคน ทุกเพศ โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติหรือภูมิหลังทางสังคมและเพื่อขจัดความยากจนให้หมดสิ้นไป ILO ดำเนินการสู่เป้าหมาย โดยการกำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Standards) ซึ่งเป็นสิ่งที่กำหนดหลักการขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับ

สิทธิหน้าที่ของนายจ้างและแรงงานเพื่อส่งเสริมการทำงานที่มีคุณภาพสำหรับแรงงานทุกสัญชาติ

2.2.1 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองด้านแรงงานบังคับในภาคทำประมง

2.2.1.1 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงาน (Forced Labour Convention, 1957: No. 29)

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงานเป็นอนุสัญญาที่เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงาน มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการใช้แรงงานบังคับหรือการกดขี่แรงงานทุกรูปแบบให้หมดสิ้นไปภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว โดยประเทศไทยได้ดำเนินการให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 29 ตั้งแต่วันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2512⁵ โดยอนุสัญญาฉบับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อพ้นระยะเวลา 12 เดือนนับจากวันที่การให้สัตยาบันของสมาชิกรับการจดทะเบียนแล้ว⁶ ซึ่งปัจจุบันข้อกำหนดในอนุสัญญาฉบับนี้ได้มีผลผูกพันประเทศไทยให้ต้องปฏิบัติตามแล้ว

2.2.1.2 พิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ 1930 (Protocol of 2014 to the Forced Labour Convention, 1930: Protocol 29)

เนื่องจากมีจำนวนแรงงานบังคับเพิ่มมากขึ้นในภาคเอกชนโดยเฉพาะกลุ่มแรงงานต่างด้าว จึงได้มีการรับรองพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 โดยมีการลงมติให้พิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญา ฉบับที่ 29 เป็นข้อแนะนำเสริมอนุสัญญาฉบับที่ 29 ซึ่งได้มีมาตรการใหม่ในการขจัดช่องว่างของอนุสัญญาฉบับที่ 29 ในเรื่องการคุ้มครอง ป้องกัน และเยียวยา อาทิ การชดเชยและการฟื้นฟูผู้ตกเป็นเหยื่อจากการใช้แรงงานบังคับ ซึ่งข้อกำหนดในพิธีสารฉบับนี้จะทำให้เกิดการจัดปัญหาแรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงานบังคับอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน⁷ ทั้งนี้ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญา ฉบับที่ 29 เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน

⁵ การบริหารงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, “ความสัมพันธ์กับองค์การแรงงานระหว่างประเทศ” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <https://www.labour.go.th/th/doc/binder6.pdf>

⁶ Forced Labour Convention, 1930 (No. 29)

Article 28(3) “*Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which the ratification has been registered.*”

⁷ International Labour Office, “ร่างการวิเคราะห์สถานการณ์และช่องว่างระหว่างกฎหมายไทยและพิธีสารประกอบอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 และอุตสาหกรรมการประมงและแปรรูปอาหารทะเลในประเทศไทย” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_557727.pdf

พ.ศ. 2561 ซึ่งพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญา ฉบับที่ 29 จะมีผลบังคับใช้เมื่อพ้นระยะเวลา 12 เดือนนับจากวันที่ได้ให้สัตยาบัน โดยพิธีสารส่วนเสริมอนุสัญญา ฉบับที่ 29 ได้มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยเมื่อวันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2562⁸

2.2.1.3 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 188 ว่าด้วยงานในภาคประมง (Work in Fishing Convention (2007): C188)

อนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยงานในภาคประมงมีวัตถุประสงค์ในการยกระดับคุณภาพชีวิตของแรงงานประมงให้ดีขึ้น มีสภาพการทำงานที่มีคุณค่าบนเรือประมง⁹ โดยได้มีข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรฐานขั้นต่ำในการทำงานบนเรือประมง เช่น ในเรื่องสภาพการปฏิบัติงาน การจัดเตรียมที่พักอาศัย การคุ้มครองความปลอดภัยในด้านสุขอนามัย ความปลอดภัยในการทำงาน การดูแลทางการแพทย์ และการประกันสังคม เป็นต้น โดยประเทศไทยได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 188 เมื่อวันที่ 20 มกราคม พ.ศ. 2562 และอนุสัญญาฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้กับประเทศไทยเมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2563

2.2.1.4 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว (Freedom of Association and Protection of the Right to Organise 1948)

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 87 มีวัตถุประสงค์ในการกำหนดสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องเสรีภาพในการรวมตัวและคุ้มครองสิทธิในการรวมตัวของแรงงานและนายจ้าง แรงงานและนายจ้างมีสิทธิเท่าเทียมกันทั้งสองฝ่ายโดยปราศจากการคำนึงถึงความแตกต่างทางด้านเพศ เชื้อชาติ สัญชาติ หรือสีผิว เป็นต้น¹⁰ โดยหลักการขั้นพื้นฐานของอนุสัญญาฉบับที่ 87 คือการให้แรงงานทุกอาชีพมีสิทธิเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมหรือองค์กรได้ แต่การจัดตั้งองค์กรหรือสมาคมนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมสิทธิของแรงงานและเพื่อปกป้องผลประโยชน์ในการทำงานของแรงงาน และแรงงานที่เป็นสมาชิกสมาคมหรือองค์กรมีอิสระในการรวมตัวกันเพื่อทำกิจกรรม รวมถึงการประชุมเรียกร้องและนัดหยุดงาน ทั้งนี้ การกระทำดังกล่าวต้องกระทำไปเพื่อปกป้องสิทธิและรักษาประโยชน์ของตน

⁸ กระทรวงการต่างประเทศ, “ข่าวสารนิเทศ: ไทยยื่นสัตยาบันสารพิธีสาร ค.ศ. 2014 ของอนุสัญญาว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 อย่างเป็นทางการ” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <http://www.mfa.go.th/main/th/news3/6886/90312-ไทยยื่นสัตยาบันสารพิธีสาร-ค.ศ.-๒๐๑๔-ของอนุสัญญาว่า.html>

⁹ สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, “อนาคตของแรงงานประเทศไทยภายใต้อนุสัญญาฉบับที่ 188 ว่าด้วยการทำงานในภาคประมง พ.ศ. 2550” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <https://library2.parliament.go.th/ebook/content-issue/2562/hi2562-007.pdf>

¹⁰ คักดินา ฉัตรกุล ณ อยุธยา “อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 87 และ 98 ทำไม่ต้องให้สัตยาบัน?” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <http://www.fio.co.th/south/law/11/113.pdf>

จากการทำงานเท่านั้น สมาคมหรือองค์กรที่ถูกก่อตั้งจะต้องไม่ถูกยุบหรือยกเลิกโดยอำนาจของฝ่ายบริหารหรืออำนาจทางปกครอง มีเพียงแต่อำนาจทางตุลาการเท่านั้นที่สามารถสั่งยุบหรือยกเลิกสมาคมหรือองค์กรนั้นได้ เว้นแต่การยุบหรือยกเลิกสมาคมหรือองค์กรนั้นจะกระทำด้วยความสมัครใจของสมาชิก อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังไม่ได้ดำเนินการให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 ดังนั้น อนุสัญญาฉบับที่ 87 จึงยังไม่มีผลผูกพันกับประเทศไทย

2.2.1.5 อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง (Right to Organise and Collective Bargaining 1949)

อนุสัญญาฉบับที่ 98 มีวัตถุประสงค์หลักในการคุ้มครองแรงงานไม่ให้ถูกนายจ้างเลือกปฏิบัติด้วยเหตุที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานหรือเข้าร่วมกิจกรรมของสหภาพแรงงาน และส่งเสริมในเรื่องการเจรจาร่วมกันโดยสมัครใจในเรื่องเกี่ยวกับสภาพการจ้าง โดยคู่กรณีจะมีความเท่าเทียมกัน ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้จะคุ้มครองทั้งแรงงานในภาครัฐและภาคเอกชน ยกเว้นทหาร ตำรวจ หรือบุคคลที่ทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ ทั้งนี้ ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 97 อนุสัญญาฉบับนี้จึงยังไม่มีผลผูกพันกับประเทศไทย

2.3 แนวความคิดของหลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights: UNGPs)

หลักการชี้แนะของสหประชาชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน หรือ UNGPs เป็นเอกสารระหว่างประเทศฉบับแรกที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่ของรัฐและความรับผิดชอบของภาคเอกชนในการดำเนินธุรกิจด้วยความเคารพสิทธิมนุษยชน¹¹ โดยกำหนดหน้าที่ให้ภาครัฐคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการถูกระงับละเมิดโดยผู้ประกอบการที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในการที่จะต้องเคารพสิทธิมนุษยชนของลูกจ้างหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจนั้น รวมถึงกำหนดให้มีการเยียวยากรณีมีผู้เสียหายจากการประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ หลักการ UNGPs ไม่ได้เป็นตราสารระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดพันธกรณีให้รัฐต้องปฏิบัติตาม หลักการดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับและไม่มียุติวิธีระหว่างประเทศที่คอยกำกับดูแลการปฏิบัติตามนั้น ดังนั้น การจะนำหลักการของ UNGPs ไปปฏิบัติจึงขึ้นอยู่กับความสมัครใจของรัฐหรือเอกชน ซึ่งหลักการ UNGPs ประกอบด้วยเสาหลัก 3 ประการ ดังนี้

¹¹ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, “แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562-2566)” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_16/plan/plan4.pdf

เสาหลักประการแรก ได้แก่ หน้าที่ของรัฐในการปกป้องสิทธิมนุษยชน (The state duty to protect human rights)

เสาหลักประการที่สอง ได้แก่ ความรับผิดชอบของภาคธุรกิจในการเคารพหลักสิทธิมนุษยชน (The corporate responsibility to respect human rights)

เสาหลักประการที่สาม ได้แก่ การเข้าถึงการเยียวยา (Access to remedy for victims of business-related abuses remedy)

UNGPs เป็นหลักการที่ส่งเสริมให้มีการปกป้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างครอบคลุม และสอดคล้องตามสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ที่แต่ละรัฐได้เข้าเป็นภาคี ดังนั้น เพื่อให้การดำเนินการตามหลักการ UNGPs เป็นรูปธรรมและมีประสิทธิภาพ สหประชาชาติจึงได้มีนโยบายสนับสนุนให้ประเทศสมาชิกจัดทำแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชน (National Action Plan on Business and Human Rights: NAP) โดยให้นำหลักการ UNGPs ไปใช้เป็นต้นแบบในการกำหนดกรอบยุทธศาสตร์และนำไปปฏิบัติภายในประเทศโดยคำนึงถึงความสอดคล้องกับสถานการณ์ของประเทศนั้น ๆ

2.4 แนวความคิดของการยกเว้นสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไปของสหรัฐอเมริกา

การยกเว้นสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (Generalized System of Preference: GSP) มีจุดประสงค์เพื่อที่จะยกระดับฐานะทางเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาให้มีรายได้จากการค้าแทนการได้รับเงินช่วยเหลือ (Aid) ประเทศพัฒนาแล้วจึงได้ตกลงให้ความช่วยเหลือแก่ประเทศกำลังพัฒนาในด้านการส่งออกด้วยการให้สิทธิ GSP แก่ประเทศกำลังพัฒนา โดยสหรัฐอเมริกาเป็นหนึ่งในประเทศที่ได้ให้สิทธิ GSP แก่ประเทศกำลังพัฒนารวมถึงประเทศไทยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2519 เป็นต้นมา¹² และสินค้าประมงเป็นหนึ่งในสินค้าที่ได้รับสิทธิ GSP จากสหรัฐอเมริกา โดยมีเงื่อนไขว่าประเทศที่จะได้รับสิทธิ GSP จะต้องมีการคุ้มครองสิทธิแรงงานภายในประเทศของตนในมาตรฐานที่เป็นที่ยอมรับระดับสากล ดังนี้ 1. สิทธิในการจัดตั้งสมาคม 2. สิทธิในการรวมกลุ่มจัดการและต่อรองร่วมกัน 3. ความมีเสรีภาพในการทำงานโดยสมัครใจ 4. กำหนดอายุแรงงานขั้นต่ำเพื่อหลีกเลี่ยงการใช้แรงงานเด็ก และ 5. มีปัจจัยแวดล้อมในการทำงานที่เหมาะสมในเรื่องของค่าจ้างขั้นต่ำ การกำหนดระยะเวลาทำงาน การคุ้มครองสุขภาพ และความปลอดภัยของแรงงาน

¹² กองสิทธิประโยชน์ทางการค้า กรมการค้าต่างประเทศ, “คู่มือระบบสิทธิพิเศษทางภาษีศุลกากรเป็นการทั่วไป (GSP) ของสหรัฐอเมริกา” [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา <http://164.115.27.97/digital/files/original/4224d356b8145a8d7a39c906248fe6e6.pdf>

2.5 กฎหมายภายในของสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ด้านแรงงาน บังคับ

พระราชบัญญัติว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 (Trade Facilitation and Trade Enforcement Act 2015) ได้ตราขึ้นมาเพื่อยกเลิกข้อยกเว้นในการนำเข้าสินค้าที่มาจากการใช้แรงงานนักโทษหรือแรงงานบังคับมายังสหรัฐอเมริกา ที่บัญญัติในมาตรา 307 แห่งพระราชบัญญัติภาษีศุลกากร ค.ศ. 1930 (Tariff Act of 1930) โดยมาตรา 307 แห่งพระราชบัญญัติภาษีศุลกากร ค.ศ. 1930 (Tariff Act of 1930) กำหนดว่า ห้ามมีการนำเข้าสินค้าทุกชนิดที่ผลิตจากแรงงานนักโทษหรือแรงงานบังคับหรือแรงงานที่ถูกประกันด้วยบทลงโทษทางอาญา แต่บทบัญญัตินี้ไม่ทำให้บังคับกับสินค้าที่ผลิตในสหรัฐอเมริกา ซึ่งไม่เพียงพอต่อการตอบสนองความต้องการบริโภค โดยข้อยกเว้นเรื่อง “ความต้องการบริโภค” (Consumptive Demands) เช่นว่านี่เป็นการสร้างช่องว่างให้กฎหมายทำให้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพกับการปฏิเสธการนำเข้าสินค้าที่มาจากแรงงานบังคับซึ่งรวมถึงผลิตภัณฑ์อาหารทะเลด้วย ต่อมาสหรัฐอเมริกาได้มีการขจัดช่องว่างของบทบัญญัติที่ว่าด้วย “ความต้องการบริโภค” ของมาตรา 307 โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 ขึ้น ซึ่งในมาตรา 910 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 ได้แก้ไขข้อยกเว้นในบทบัญญัติในมาตรา 307 ในเรื่องความต้องการบริโภค โดยได้ยกเลิกการใช้ข้อยกเว้นนี้กับการนำเข้าสินค้า ดังนั้น สินค้าทุกประเภทที่ผลิตมาจากการใช้แรงงานบังคับจึงไม่สามารถนำเข้าสู่สหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2559¹³ ประธานาธิบดีโอบามาได้ลงนามในพระราชบัญญัติว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 ทำให้พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้อย่างเป็นทางการ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 ได้ให้อำนาจแก่ศุลกากรและการป้องกันชายแดน (Customs and Border Protection: CBP) ในการปฏิเสธการนำเข้าสินค้าที่มาจากแรงงานบังคับ โดยพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการบังคับใช้ทางการค้า ค.ศ. 2015 ได้มุ่งเน้นภารกิจของศุลกากรและการป้องกันชายแดนของสหรัฐอเมริกาในแง่มุมที่สำคัญหลายประการ เช่น การอำนวยความสะดวกทางการค้า การ

¹³ U.S. Customs and Border Protection, “Trade Facilitation and Trade Enforcement Act Accomplishments 2018” [Online], 25 June 2020. Source: <https://www.cbp.gov/sites/default/files/assets/documents/2018-Mar/cbp-tftea-factsheet.pdf>

บังคับใช้ทางการค้า ความปลอดภัยและความทันสมัย รวมทั้งเพิ่มความโปร่งใส และความรับผิดชอบภายในหน่วยงาน¹⁴

2.6 การบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ ค.ศ. 2000 (Trafficking Victims Protection Act of 2000: TVPA)

ในปี ค.ศ. 1865 สหรัฐอเมริกาได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งที่ 13 โดยมีประเด็นเรื่องข้อห้ามในการค้ามนุษย์สมัยใหม่ซึ่งห้ามการเป็นทาสโดยไม่สมัครใจ เพื่อแก้ปัญหานี้ สหรัฐอเมริกาจึงได้ตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้เสียหายจากการค้ามนุษย์ ค.ศ. 2000 ขึ้น กฎหมาย TVPA ได้ก่อให้เกิดการสร้างสำนักงานเพื่อติดตามและต่อต้านการค้ามนุษย์ในกระทรวงการต่างประเทศซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบในการเผยแพร่รายงานการค้ามนุษย์ประจำปี (Trafficking in Persons Report: TIP Report) กฎหมาย TVPA ถือเป็นกฎหมายของสหรัฐอเมริกาฉบับแรกที่ครอบคลุมการปราบปรามการค้ามนุษย์ทั้งในระดับประเทศและระหว่างประเทศที่สะท้อนให้เห็นถึงความสำคัญของการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชน¹⁵

3. มาตรการทางกฎหมายด้านแรงงานบังคับของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

ปัญหาแรงงานบังคับในอุตสาหกรรมประมงเป็นหนึ่งในสาเหตุที่ทำให้ในปี พ.ศ. 2562 ประเทศไทยยังคงอยู่ใน Tier 2 ตามรายงานของ TIP Report นอกจากนั้นปัญหาแรงงานบังคับยังส่งผลให้ประเทศไทยถูกตัดสิทธิพิเศษทางภาษีที่ได้รับจากสหรัฐอเมริกาอีกด้วย หัวข้อนี้จึงมุ่งศึกษาถึงกฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขปัญหาการบังคับใช้แรงงานในภาคประมง รวมถึงสถานการณ์การค้ามนุษย์ของประเทศไทยตามรายงาน TIP Report

3.1 การแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ตามกฎหมายกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557

ประเทศไทยได้เคยออกประกาศกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2541) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อคุ้มครอง

¹⁴ AUTHENTICATED US GOVERNMENT INFORMATION GPO, “TRADE FACILITATION AND TRADE ENFORCEMENT ACT OF 2015 REPORT OF THE COMMITTEE ON WAYS AND MEANS HOUSE OF REPRESENTATIVES ON H.R. 1907 together with ADDITIONAL VIEWS [Including cost estimate of the Congressional Budget Office]” [Online], 25 June 2020. Source: <https://www.congress.gov/114/crpt/hrpt114/CRPT-114hrpt114-pt1.pdf>

¹⁵ ศิระ สว่างศิลป์, แนวทางเสริมสร้างศักยภาพการบังคับใช้กฎหมายต่อต้านการค้ามนุษย์ของไทย ศึกษาเปรียบเทียบ Trafficking Victims Protection Act 2000 ของสหรัฐอเมริกาและพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551, สถาบันการต่างประเทศเทวะวงศ์วโรปการ กระทรวงการต่างประเทศ, หน้า 20.

แรงงานประมงทะเล แต่กฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2541) ได้มีข้อยกเว้นไม่ให้ใช้บังคับกับงานประมงทะเลที่มีลูกจ้างน้อยกว่ายี่สิบคนและไม่ให้ใช้บังคับกับเรือประมงที่ดำเนินการประจําอยู่นอกราชอาณาจักรติดต่อกันตั้งแต่หนึ่งปีขึ้นไป ซึ่งเป็นสาเหตุให้แรงงานประมงทะเลบางส่วนไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย จึงมีการปรับปรุงกฎกระทรวงฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2541) และเพื่อเป็นการสนองนโยบายที่สำคัญและเร่งด่วนของรัฐบาลในการที่จะแก้ปัญหาการค้ามนุษย์อย่างทั่วถึง จึงได้มีการตรากฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 โดยกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ให้ความหมายของงานประมงทะเลไว้ในข้อ 2 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“งานประมงทะเล” หมายถึง งานหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการทำประมงในทะเล โดยใช้เรือประมงหรือเรืออื่นที่เกี่ยวข้องกับการประมง

โดยในวรรคสองได้ให้ความหมายของเรือประมงดังนี้

“เรือประมง” หมายความว่า เรือที่ใช้สำหรับงานประมงทะเล

การให้ความหมายของงานประมงทะเลและเรือประมงในข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 เป็นการเน้นย้ำถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นจะคุ้มครองเพียงเฉพาะแต่แรงงานประมงทะเลเท่านั้น ไม่คุ้มครองถึงแรงงานที่ทำประมงน้ำจืด โดยในกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานที่เป็นเด็กไว้ในข้อ 4 โดยห้ามไม่ให้จ้างเด็กอายุต่ำกว่าสิบแปดปีทำงานในเรือประมง มีบทบัญญัติเกี่ยวกับชั่วโมงการพักผ่อนของแรงงานไว้ในข้อ 5 มีบทบัญญัติในการลงโทษกรณีที่นายจ้างไม่จ่ายค่าจ้างไว้ในข้อ 11 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการลาของลูกจ้างไว้ในข้อ 12 รวมถึงบทบัญญัติเกี่ยวกับการที่นายจ้างจะต้องจัดเตรียมเครื่องอุปโภคบริโภคบนเรือให้เหมาะสมกับการทำงานและระยะเวลาในการทำงานบนเรือให้แก่ลูกจ้างในข้อ 16 แต่กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับสภาพการจ้างงานในงานประมงทะเลและกฎหมายว่าด้วยการประมง ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาการค้ามนุษย์ด้านแรงงานประมงได้อย่างมีประสิทธิภาพ

3.2 การแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มีบทบัญญัติหลายประการที่ให้อำนาจลูกจ้างในการรวมตัวกันก่อตั้งองค์การต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ในการทำงานของลูกจ้าง และเพื่อให้ลูกจ้างมีชีวิตการทำงานที่มีคุณภาพ อย่างไรก็ตาม การคุ้มครองลูกจ้างตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังมีบทบัญญัติบางประการที่อาจทำให้นายจ้างอาศัยช่องว่างนี้ในการเอารัดเอาเปรียบลูกจ้าง รวมถึงมีบางกรณีที่ทำให้อำนาจรัฐเข้ามาแทรกแซงกระบวนการทำงานของระบบแรงงานสัมพันธ์ นอกจากนี้แล้ว พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังมีบทบัญญัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติซึ่งไม่สอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานสากลดังนี้

3.2.1 การเลิกสมาคมายจ้าง สหภาพแรงงาน สหพันธ์นายจ้าง และสหพันธ์ แรงงาน

มาตรา 82 บัญญัติว่า “สมาคมายจ้างย่อมเลิกด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้
(3) เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลิก...”

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นการให้อำนาจนายทะเบียนในการสั่งเลิกการสมาคม
ของนายจ้างอันเป็นการขัดขวางไม่ให้สมาคมายจ้างดำเนินกิจกรรมต่อไปได้ ซึ่งถือเป็นการ
แทรกแซงรูปแบบหนึ่ง

มาตรา 83 บัญญัติว่า “นายทะเบียนมีอำนาจสั่งให้เลิกสมาคมายจ้างได้ในกรณี
ต่อไปนี้

(2) เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลือกตั้งกรรมการขึ้นใหม่ทั้งคณะและไม่ดำเนินการ
เลือกตั้งภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนดหรือภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนขยาย
ระยะเวลาให้จนสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวหรือ...”

มาตรา 83 (2) ให้อำนาจนายทะเบียนในการเลิกสมาคมายจ้างหรือสหภาพ
แรงงานได้ หากนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลือกตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ทั้งคณะและไม่ดำเนินการ
ภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีนี้ถือว่ารัฐได้ใช้อำนาจในการแทรกแซงการจัดตั้งกรรมการ
โดยทางอ้อม

การเลิกสมาคมายจ้าง สหภาพแรงงาน สหพันธ์นายจ้าง และสหพันธ์แรงงาน
กระบวนการเลือกตั้งคณะกรรมการควรเป็นอำนาจหน้าที่ของสมาคมายจ้าง สหภาพแรงงาน
สหพันธ์นายจ้าง โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ

3.2.2 ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน

มาตรา 88 กำหนดว่า ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานต้องมีสัญชาติไทย การนำ
หลักเกณฑ์เรื่องสัญชาติมาเป็นเงื่อนไขในการกำหนดผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน ถือเป็นการ
เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนที่นานาประเทศให้ความสำคัญ ซึ่งแม้ว่า
แรงงานที่ไม่ได้ถือสัญชาติไทยจะสามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานได้ แต่บทบัญญัติ
ของกฎหมายที่มีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทำให้กฎหมายไทยมีบทบัญญัติที่ลำสมัยและ
ไม่เป็นสากล

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า การไม่ให้สิทธิแรงงานต่างด้าวในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน
อาจเนื่องมาจากกลัวเป็นการกระทบต่อความมั่นคงภายใน ไม่ว่าจะเป็ความมั่นคงต่อการ
ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ความมั่นคงทางการเมืองและเศรษฐกิจ ความมั่นคงทางสังคม
เนื่องจากความมั่นคงภายในเป็นตัวกำหนดนโยบายต่าง ๆ จากรัฐ การออกกฎหมายหรือนโยบาย

ต่าง ๆ ของรัฐจึงต้องดำเนินไปอย่างรอบคอบ มิเช่นนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาและผลกระทบต่อประเทศได้¹⁶

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่มีความสำคัญต่อการคุ้มครองแรงงานให้ได้รับความเป็นธรรมและมีชีวิตการทำงานที่มีคุณภาพ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 จึงควรมีหลักกฎหมายที่เป็นสากลเพื่อคุ้มครองแรงงานไม่ให้ถูกเอาเปรียบ รวมถึงต้องไม่มีบทบัญญัติที่ก่อให้เกิดการแทรกแซงจากรัฐเข้าสู่ระบบแรงงานสัมพันธ์

3.3 การแก้ไขปัญหาการค้ำมนุษย์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562

รัฐบาลได้ตระหนักถึงปัญหาการคุ้มครองสิทธิของแรงงานประมงอันเป็นหนึ่งในมาตรการป้องกันและปราบปรามปัญหาการค้ำมนุษย์ที่ทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกวัน และเพื่อให้มาตรฐานแรงงานประมงของประเทศไทยสอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานสากล สถานิติบัญญัติแห่งชาติจึงได้มีมติเห็นชอบให้กระทรวงแรงงานดำเนินการให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 188 ว่าด้วยการทำงานภาคประมง พ.ศ. 2550 (Work in Fishing Convention, 2007: C 188) และต่อมาได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 188 เมื่อวันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2562 ดังนั้น ประเทศไทยจึงต้องตรากฎหมายภายในให้สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 188 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ขึ้นมา เพื่อยกระดับกฎหมายคุ้มครองแรงงานในภาคประมงของประเทศไทยให้สอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ แต่จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ยังมีสาระสำคัญบางประการที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฉบับที่ 188 ในเรื่องนิยาม ขอบเขตการบังคับใช้ และบทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดจำนวนแรงงานให้เหมาะสมกับการเดินเรือ

3.4 สถานการณ์การค้ำมนุษย์ของประเทศไทยตามรายงานของ TIP Report ปี ค.ศ. 2019

Trafficking in Persons Report 2019 ได้ประเมินสถานการณ์การค้ำมนุษย์ของประเทศไทยให้อยู่ใน Tier 2 โดยในรายงานระบุว่ารัฐบาลไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรฐานขั้นต่ำของกฎหมายในการขจัดปัญหาการค้ำมนุษย์โดยสมบูรณ์ แต่มีความพยายามอย่างมีนัยสำคัญที่จะปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานดังกล่าว โดยสาเหตุที่ทำให้ประเทศไทยได้รับการประเมินให้อยู่ใน Tier 2 เนื่องมาจากกฎหมายไทยมีจุดอ่อนในการห้ามแรงงานข้ามชาติก่อตั้ง

¹⁶ ธรรมรัตน์ ภูจันทร์เจริญ, “เสรีภาพในการรวมกลุ่มของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 48-49.

สภาพแรงงานซึ่งส่งผลให้แรงงานถูกเอารัดเอาเปรียบ รวมถึงสัญญาจ้างแรงงานขาดข้อกำหนดที่ให้อำนาจรัฐเป็นภาษาไทยและภาษาที่แรงงานสามารถเข้าใจได้ จึงทำให้ประเทศไทยยังคงเผชิญกับปัญหาแรงงานบังคับในภาคประมงและไม่สามารถปรับขึ้นไปอยู่ใน Tier 1 ได้

แม้ว่าประเทศไทยจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานในภาคประมงหลายฉบับ แต่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ยังคงมีเนื้อหาที่ไม่เพียงพอต่อการแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับในภาคประมงได้ทั้งหมด เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ยังมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับหลักสากล เช่น พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ไม่ได้ให้อำนาจแรงงานต่างด้าวในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้ในข้อ 6 ซึ่งกำหนดแต่เพียงว่า ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกันจำนวนสองฉบับ แต่ไม่ได้บัญญัติให้การทำสัญญาจ้างดังกล่าวจะต้องทำเป็นภาษาที่ลูกจ้างเข้าใจได้จำนวนหนึ่งฉบับ ซึ่ง TIP Report ได้ให้ความเห็นในประเด็นนี้ว่า การไม่ให้อำนาจแรงงานข้ามชาติในการจัดตั้งสหภาพแรงงานและการไม่กำหนดให้การทำสัญญาจ้างต้องทำเป็นภาษาที่ลูกจ้างเข้าใจได้ เป็นหนึ่งในสาเหตุของการเกิดปัญหาด้านแรงงานบังคับ ส่งผลให้ในปี พ.ศ. 2562 ประเทศไทยยังคงถูก TIP Report ประเมินให้อยู่ใน Tier 2 และถูกสหรัฐอเมริกาตัดสินคดี GSP เนื่องด้วยเหตุผลทางด้านปัญหาแรงงานบังคับ โดยในหัวข้อต่อไปจะวิเคราะห์ถึงแนวทางการแก้ไขปัญหาการค้ามนุษย์ด้านแรงงานบังคับในอุตสาหกรรมประมงของประเทศไทย เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาจากการถูกตัดสินคดี GSP และเพื่อยกระดับสถานการณ์การค้ามนุษย์ของประเทศไทยให้ดีขึ้น

4. แนวทางการแก้ปัญหาแรงงานบังคับในภาคประมงของประเทศไทย

เนื่องจากปัญหาแรงงานบังคับเป็นปัญหาร้ายแรงที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก การประกอบธุรกิจบนหลักการไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลอื่นจึงเป็นสิ่งที่ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต้องให้ความสำคัญและร่วมมือกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยภาครัฐต้องมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้สอดคล้องกับหลักสากลอยู่เสมอ และภาคเอกชนก็ต้องนำหลักการหรือกฎหมายที่ภาครัฐพัฒนาและปรับปรุงไปใช้จริงในภาคธุรกิจอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม เนื่องจากปัญหาแรงงานบังคับที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ได้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยประเทศไทยถูกสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นคู่ค้ารายสำคัญในตลาดการส่งออกสินค้าประมงตัดสินคดี GSP ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยไม่ได้รับการยกเว้นภาษีการส่งออกสินค้าประมงไปยังสหรัฐอเมริกา รวมถึงทำให้ประเทศไทยถูก TIP Report ประเมินให้อยู่ใน Tier 2 ซึ่งหากไม่สามารถดำเนินการแก้ไขปัญหา

แรงงานบังคับในประเทศได้ สหรัฐอเมริกาอาจใช้มาตรการทางกฎหมายในการห้ามนำเข้าสินค้าประมงจากประเทศไทย ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยประสบกับปัญหาเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก จากการศึกษากฎหมายของสหรัฐอเมริกา อนุสัญญาระหว่างประเทศ และหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานประมง จึงเห็นควรดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหา ดังนี้

4.1 ส่งเสริมกลไกการป้องกันตัวของแรงงานโดยการลงนามในอนุสัญญาฉบับที่ 87 (อนุสัญญาว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว) และอนุสัญญาฉบับที่ 98 (อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง)

หนึ่งในปัจจัยสำคัญของการป้องกันและปราบปรามปัญหาการบังคับใช้แรงงานภาคประมง คือการยกระดับคุณภาพชีวิตแรงงานให้ดีขึ้นโดยมีบทบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่มีมาตรฐานระดับสากล ซึ่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO) เป็นองค์กรที่ส่งเสริมให้แรงงานมีคุณภาพชีวิตที่ดีในการทำงานตามมาตรฐานขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ILO แต่ละฉบับ โดยในการแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับภาคประมงของประเทศไทย อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 เป็นอนุสัญญาพื้นฐานที่สำคัญที่ประเทศไทยควรให้สัตยาบันเพื่อนำหลักการในอนุสัญญาทั้งสองฉบับมาปรับใช้กับสถานการณ์ในประเทศ โดยนำมาอนุวัติการเข้ากับกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับ เนื่องจากกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของแรงงานในการรวมตัวเพื่อเจรจาต่อรองกับนายจ้างเป็นอีกช่องทางหนึ่งที่สำคัญในการคุ้มครองแรงงาน ซึ่งจะทำให้แรงงานมีสิทธิเจรจาต่อรองเกี่ยวกับสภาพการจ้างผ่านการจัดตั้งสหภาพแรงงาน ซึ่งเป็นการบรรเทาการถูกเอาเปรียบจากนายจ้าง ทั้งนี้ การรวมตัวกันจัดตั้งสหภาพแรงงานเพื่อเจรจาต่อรองกับนายจ้างโดยสันติและปราศจากการแทรกแซงถือเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ควรได้รับการรับรองและคุ้มครอง จากการศึกษาจึงเห็นควรให้ประเทศไทยให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ด้วยเหตุผลดังนี้

4.1.1 เพื่อป้องกันการนำเหตุผลทางด้านแรงงานมาเป็นเงื่อนไขทางการค้า
การที่ประเทศไทยยังไม่ให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ทำให้ประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกาใช้ช่องว่างนี้มาเป็นเงื่อนไขทางการค้ากับประเทศไทยโดยการยกเลิกสิทธิ GSP และประเมินให้ประเทศไทยอยู่ใน Tier 2 ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของไทยเป็นอย่างมาก การลงนามในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 จึงเป็นการป้องกันการเกิดช่องว่างของกฎหมายที่ประเทศคู่ค้ารวมถึงประเทศสหรัฐอเมริกาจะนำมาเป็นข้ออ้างในการกำหนดเงื่อนไขการนำเข้าสินค้าจากประเทศไทย

4.1.2 เพื่อยกระดับสิทธิพื้นฐานของแรงงานตามมาตรฐานสากล

สถานการณ์ด้านแรงงานไตรมาส 2 ปี พ.ศ. 2562 รายงานว่าอัตราการสภาพแรงงานต่อจำนวนสถานประกอบการ 100,000 แห่ง อยู่ที่ 345.29 ลดลงจากไตรมาสก่อนซึ่ง

อยู่ที่ 348.69¹⁷ เมื่อเทียบกันแล้วจะเห็นว่าจำนวนสหภาพแรงงานมีอัตราส่วนน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนสถานประกอบการ การยินยอมให้มีการรวมตัวเรียกร้องหรือจัดตั้งสหภาพแรงงานเป็นสิทธิที่แรงงานพึงมี การให้สัตยาบันในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 เป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ลูกจ้างว่าจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเมื่อเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน โดยการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานจะไม่ถูกแทรกแซงจากอำนาจทางปกครองใด ๆ และจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเมื่อเกิดการจ้างงาน ทำให้ลูกจ้างกล้าที่จะรวมตัวกันเพื่อก่อตั้งสหภาพแรงงานมากขึ้น ซึ่งเป็นช่องทางให้นายจ้างและลูกจ้างได้เจรจาต่อรองกันในเรื่องผลประโยชน์จากการจ้างงาน

4.2 ปรับปรุงและพัฒนากลไกของรัฐเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับภาคประมง

การแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับในภาคประมงต้องอาศัยความร่วมมือจากหลายส่วนงานที่เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งต้องดำเนินมาตรการในด้านต่าง ๆ เพื่อจะทำให้การแก้ปัญหาเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและยั่งยืน กลไกทางกฎหมายและแผนปฏิบัติการระดับชาติว่าด้วยธุรกิจกับสิทธิมนุษยชนจึงเป็นกลไกสำคัญในการที่จะคุ้มครองป้องกันและแก้ไขปัญหาการถูกบังคับใช้แรงงานในภาคประมง ซึ่งจากการศึกษาค้นคว้าเห็นควรดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหา ดังนี้

4.2.1 แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ดังนี้

4.2.1.1 การเลิกสมาคมนายจ้าง สหภาพแรงงาน สหพันธ์นายจ้าง และสหพันธ์แรงงาน

มาตรา 82 บัญญัติว่า “สมาคมนายจ้างย่อมเลิกด้วยเหตุใดเหตุหนึ่งดังต่อไปนี้”

(3) เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลิก...”

บทบัญญัติมาตรานี้เป็นการให้อำนาจนายทะเบียนในการสั่งเลิกการสมาคมของนายจ้างอันเป็นการขัดขวางไม่ให้สมาคมนายจ้างดำเนินกิจกรรมต่อไปได้ ซึ่งถือเป็นการถูกแทรกแซงจากรัฐรูปแบบหนึ่ง โดยเป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับที่ 87

มาตรา 83 บัญญัติว่า “นายทะเบียนมีอำนาจสั่งให้เลิกสมาคมนายจ้างได้ในกรณีต่อไปนี้”

(2) เมื่อนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลือกตั้งกรรมการขึ้นใหม่ทั้งหมดและไม่ดำเนินการเลือกตั้งภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนกำหนดหรือภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนขยายระยะเวลาให้จนถึงสิ้นสุดระยะเวลาดังกล่าวหรือ...”

¹⁷ กระทรวงแรงงาน, “สถานการณ์ด้านแรงงานไตรมาส 2 ปี 2562, กรกฎาคม-กันยายน 2562” [ออนไลน์], 24 เมษายน 2563. แหล่งที่มา https://www.mol.go.th/wp-content/uploads/sites/2/2019/11/quarterly-labor-situation-trimas2-2562_for19nov2019.pdf

ตามที่ได้กล่าวไปแล้วว่าอนุสัญญาฉบับที่ 87 ได้ให้อำนาจสมามคน นายจ้างและสหภาพแรงงานในการเลือกคณะกรรมการอย่างอิสระโดยไม่มีเงื่อนไขจากรัฐ มาผูกมัด เพราะการจัดตั้งสมามคนนายจ้างและสหภาพแรงงานต้องเป็นไปโดยปราศจากการแทรกแซง แต่การที่มาตรา 83 (2) ให้อำนาจนายทะเบียนในการเลิกสมามคนนายจ้างหรือสหภาพแรงงานได้หากนายทะเบียนมีคำสั่งให้เลือกตั้งคณะกรรมการขึ้นใหม่ทั้งคณะและไม่ดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีนี้ถือว่ารัฐได้ใช้อำนาจในการแทรกแซงการจัดตั้งกรรมการโดยทางอ้อมซึ่งขัดต่อข้อ 4 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 87 ที่ระบุว่าจะองค์กรของลูกจ้างที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาจะไม่ถูกสั่งเลิกหรือสั่งพักโดยอำนาจของฝ่ายบริหาร¹⁸ อีกทั้งคณะกรรมการลูกจ้างถือเป็นตัวแทนของลูกจ้างเพื่อปกป้องผลประโยชน์และสิทธิจากการจ้างงานและเพื่อเจรจาต่อรองกับฝ่ายนายจ้างเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายสามารถทำงานร่วมกันอย่างผาสุก รัฐจึงไม่ควรแทรกแซงการเลือกตัวแทนของลูกจ้างโดยใช้เวลามาเป็นเงื่อนไขในการสั่งเลิกสมามคน ซึ่งมีความเห็นว่าอำนาจในการเลิกสมามคนนายจ้างหรือสหภาพแรงงานควรเป็นอำนาจของศาลแต่เพียงองค์กรเดียว

ทั้งนี้ มาตรา 82 และมาตรา 83 ไม่เพียงแต่บังคับใช้เฉพาะกับสมามคนนายจ้างเท่านั้น แต่ยังใช้กับสหภาพแรงงาน สหพันธ์นายจ้าง และสหพันธ์แรงงาน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 111 และมาตรา 118 ด้วย ดังนั้น หากจะให้กฎหมายภายในมีความสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับที่ 87 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 จึงเห็นควรยกเลิกมาตรา 82 (3) มาตรา 83 (2) มาตรา 111 และมาตรา 118

4.2.1.2 เงื่อนไขผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน

ประเทศไทยเป็นสมาชิกสมามคนประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้หรืออาเซียน (Association of South East Asian Nations: ASEAN) โดยอาเซียนได้จัดตั้งขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1967 ประกอบด้วยชาติต่าง ๆ ในอาเซียนจำนวน 10 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย พม่า ลาว เวียดนาม มาเลเซีย สิงคโปร์ อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ กัมพูชา และบรูไน เนื่องจากปัจจัยทางการเมือง อาเซียนได้เริ่มต้นจากความร่วมมือด้านความมั่นคงเป็นส่วนใหญ่ แต่เมื่อภูมิภาคอาเซียนมีความมั่นคงทางการเมืองมากขึ้น จึงให้ความสนใจไปที่เรื่องเศรษฐกิจและเป็นที่มาของการจัดตั้ง “ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน” (ASEAN Economic Community: AEC) โดยการเกิด AEC ทำให้คนในชาติอาเซียนเข้าไปทำงานในประเทศต่าง ๆ ในกลุ่มอาเซียนได้ง่ายขึ้น และแรงงานประเทศเพื่อนบ้านในกลุ่มอาเซียนก็นิยมเข้ามาทำงานในประเทศไทย กฎหมายจึงต้องมีการพัฒนาให้ทันสมัยและเป็นสากลอยู่เสมอเพื่อรองรับสถานการณ์และปัจจัยต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป แต่จากการศึกษาพบว่าบทบัญญัติมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติ

¹⁸ Article 4 “Workers’ and employers’ organisations shall not be liable to be dissolved or suspended by administrative authority.”

แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังมีเนื้อหาที่เป็นการเลือกปฏิบัติและไม่สอดคล้องกับรูปแบบทางเศรษฐกิจในยุคปัจจุบัน ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย

ในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 88 กำหนดให้ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานต้องมีสัญชาติไทย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเชื้อชาติมาเป็นตัวกำหนดสิทธิของบุคคลนั้น ๆ อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนควรได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างด้านใด ๆ ถึงแม้ว่าแรงงานต่างด้าวจะสามารถเข้าร่วมสหภาพแรงงานที่มีแรงงานไทยเป็นผู้จัดตั้งได้ แต่การบัญญัติเนื้อหาเช่นว่านี้ย่อมไม่รองรับต่อการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจของประเทศและขัดต่อมาตรา 2 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 87 ที่กำหนดว่าคนงานและนายจ้างต้องมีสิทธิจัดตั้งและมีสิทธิเข้าร่วมในองค์กรใด ๆ ที่ตนเลือก โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่างใด ๆ และไม่ต้องได้รับอนุญาตล่วงหน้า¹⁹ การที่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 88 ตั้งข้อจำกัดให้ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานต้องมีสัญชาติไทย ทำให้ประเทศไทยถูกประเมินให้อยู่ใน Tier 2 ตามรายงานของ TIP Report เนื่องจากเห็นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานและทำให้แรงงานต่างด้าวถูกเอารัดเอาเปรียบ จึงเห็นควรมีการแก้ไขมาตรา 88 โดยยกเลิกบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานต้องมีสัญชาติไทย

4.2.2 แก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติขอบเขตแห่งการบังคับใช้ไว้ในมาตรา 5 โดยได้กำหนดให้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ใช้บังคับกับแรงงานประมงทุกคนและเรือประมงทุกลำที่ทำการประมงพาณิชย์ เว้นแต่การทำประมงในแม่น้ำ ทะเลสาบ ลำคลอง การทำประมงเพื่อยังชีพ และการทำประมงเพื่อสันตนาการ

จากการศึกษาพบว่า ขอบเขตการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 แตกต่างจากอนุสัญญาฉบับที่ 188 เนื่องจากอนุสัญญาฉบับที่ 188 กำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้ในมาตรา 1 (a)²⁰ โดยบัญญัติให้การทำประมงพาณิชย์

¹⁹ Article 2 “Workers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and, subject only to the rules of the organisation concerned, to join organisations of their own choosing without previous authorisation.”

²⁰ Article 1 “For the purposes of the Convention:
(a) commercial fishing means all fishing operations, including fishing operations on rivers, lakes or canals, with the exception of subsistence fishing and recreational fishing;”

หมายความรวมถึง การทำประมงในแม่น้ำ ทะเลสาบ หรือลำคลองด้วย ซึ่งแม้ว่ามาตรา 3 ข้อ 1²¹ แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 จะให้สิทธิแก่ประเทศสมาชิกในการยกเว้นข้อกำหนดหรือบทบัญญัติของอนุสัญญาในข้อนี้ได้ หากการปฏิบัติตามอนุสัญญาในข้อนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาพิเศษในสาระสำคัญเกี่ยวกับสภาพเฉพาะของการปฏิบัติงานของคณงานประมง โดยสามารถยกเว้นให้ไม่บังคับใช้กับเรือประมงที่ทำการประมงในแม่น้ำ ทะเลสาบ และลำคลอง

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ควรเป็นกฎหมายที่ตราออกมาเพื่อคุ้มครองแรงงานประมงในทุกภาคส่วน ไม่ว่าจะเป็นแรงงานที่ทำประมงในแม่น้ำหรือแรงงานที่ทำประมงในทะเล เพราะหากเป็นแรงงานที่ทำประมงเพื่อการพาณิชย์ก็เห็นควรที่แรงงานนั้นจะต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมและเสมอภาคกัน ผู้เขียนจึงเสนอให้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ใช้บังคับกับแรงงานประมงทุกคนและเรือประมงทุกลำที่ทำการประมงพาณิชย์โดยไม่ต้องมีข้อยกเว้น เพื่อจะได้มีกฎหมายคุ้มครองแรงงานประมงที่เป็นธรรมและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน

4.2.3 แก้ไขกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557

4.2.3.1 สัญญาจ้างแรงงานประมง

กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้ในข้อ 6 ซึ่งกำหนดแต่เพียงว่าให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกันจำนวนสองฉบับ ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 16 (a)²² แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 ที่กำหนดให้แรงงานประมงที่ทำงานบนเรือซึ่งซังกธงของประเทศตนได้รับการคุ้มครองในเรื่องข้อตกลงการทำงาน ซึ่งเป็นข้อตกลงที่แรงงานประมงสามารถเข้าใจได้

ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 6 แห่งกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 โดยบัญญัติว่า “ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกัน โดยต้องจัดทำเป็นภาษาที่ลูกจ้างเข้าใจได้จำนวน 1 ฉบับ และลูกจ้างต้องมีโอกาสได้ทบทวนสัญญาและได้รับคำแนะนำในเรื่องข้อต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำงานก่อนการตกลงทำสัญญา” ทั้งนี้ ก็เพื่อแก้ไขปัญหาการรัดเอาเปรียบแรงงาน

²¹ Article 3 “(1) Where the application of the Convention raises special problems of a substantial nature in the light of the particular conditions of service of the fishers or of the fishing vessels’ operations concerned, a Member may, after consultation, exclude from the requirements of this Convention, or from certain of its provisions:

(a) fishing vessels engaged in fishing operations in rivers, lakes or canals;”

²² Article 16 “Each Member shall adopt laws, regulations or other measures:

(a) requiring that fishers working on vessels flying its flag have the protection of a fisher’s work agreement that is comprehensible to them and is consistent with the provisions of this Convention; and”

4.2.3.2 รายละเอียดเกี่ยวกับการแจ้งรายชื่อลูกเรือที่ออกเดินเรือ

วิธีการตรวจสอบจำนวนแรงงานประมงที่ทำงานกับนายจ้างแต่ละรายนั้น กฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ข้อ 7 ได้บัญญัติให้นายจ้างต้องจัดทำทะเบียนลูกจ้างในกรณีที่นายจ้างมีลูกจ้างตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป เพื่อให้พนักงานแรงงานตรวจสอบ

การจัดทำทะเบียนลูกจ้างตามข้อ 7 แห่งกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 เป็นการรายงานจำนวนลูกจ้างที่ทำงานกับนายจ้างแต่ละรายให้เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบ ซึ่งเห็นว่าเป็นวิธีการตรวจสอบจำนวนแรงงานในเบื้องต้น เนื่องจากเจ้าหน้าที่จะทราบแต่เพียงว่านายจ้างแต่ละรายมีลูกจ้างจำนวนเท่าไร แต่ไม่ทราบว่าในแต่ละครั้งที่เรือออกเดินทางไปทำประมงมีลูกจ้างกี่รายที่ออกไปทำงานกับเรือลำนั้น ๆ ซึ่งแตกต่างจากมาตรา 15²³ แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 ที่ได้บัญญัติให้เรือประมงทุกลำต้องมีรายชื่อลูกเรือและส่งสำเนาให้แก่ผู้มีอำนาจก่อนออกเรือหรือแจ้งให้ชายฝั่งทราบทันทีที่ออกเรือ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่สามารถตรวจสอบจำนวนแรงงานได้อย่างรัดกุมมากยิ่งขึ้น ดังนั้น การกำหนดให้เรือประมงทุกลำต้องมีรายชื่อลูกเรือและส่งสำเนาให้แก่ผู้มีอำนาจก่อนออกเรือหรือแจ้งให้ชายฝั่งทราบทันทีที่ออกเรือเป็นมาตรการที่ช่วยตรวจสอบตัวตนความเป็นอยู่ของลูกจ้าง อีกทั้งยังทำให้เจ้าหน้าที่มีขอบเขตและวิธีการติดตามลูกจ้างที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ดังนั้น ผู้เขียนเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 โดยบัญญัติให้เรือประมงทุกลำต้องมีรายชื่อลูกเรือและส่งสำเนาให้แก่ผู้มีอำนาจก่อนออกเรือหรือแจ้งให้ชายฝั่งทราบทันทีที่ออกเรือ ตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 188 เพื่อให้สามารถตรวจสอบจำนวนแรงงานได้อย่างรัดกุม อีกทั้งยังเป็นอีกแนวทางหนึ่งในการป้องกันปัญหาการฆาตกรรมแรงงานในระหว่างออกเดินเรืออีกด้วย

4.2.4 แก้ไขร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ...

ตามที่ได้เคยกล่าวไปแล้วว่านิยามความหมายเป็นสิ่งสำคัญที่จะกำหนดลักษณะแห่งการกระทำว่าเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ หรือไม่ หากการกระทำที่เกิดขึ้นไม่เข้านิยามความหมายตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ไม่อาจนำกฎหมายฉบับนั้นมาลงโทษผู้กระทำได้ ซึ่งร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... มาตรา 6

²³ Article 15 “Every fishing vessel shall carry a crew list, a copy of which shall be provided to authorized persons ashore prior to departure of the vessel, or communicated ashore immediately after departure of the vessel. The competent authority shall determine to whom and when such information shall be provided and for what purpose or purposes.”

บัญญัติว่า “การกระทำดังต่อไปนี้เพื่อให้ผู้อื่นจำยอมทำงานหรือให้บริการแก่บุคคลใด เป็นการกระทำที่เป็นการใช้แรงงานบังคับ

(1) ทำให้เสียหาย ทำลาย ซ่อนเร้น เอาไปเสีย หรือทำให้สูญหายหรือไร้ประโยชน์ ซึ่งเอกสารใดของผู้อื่น

(2) บังคับหรือข่มขืนใจผู้อื่นโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลัง ประทุษร้าย

(3) หน่วงเหนี่ยวหรือกักขังผู้อื่น หรือกระทำด้วยประการใดให้ผู้อื่นปราศจาก เสรีภาพในร่างกาย

(4) บังคับหรือข่มขืนใจผู้อื่นโดยไม่จ่ายค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดภายในระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมาย หรือไม่จ่ายค่าตอบแทนตาม กำหนดเวลาที่ตกลงไว้ในสัญญาจ้างทำงานหรือให้บริการ

(5) บังคับหรือข่มขืนใจผู้อื่นโดยไม่จัดให้มีเวลาพักตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ให้พักผ่อนอย่างเพียงพอตามสภาพของงานหรือบริการนั้น”

ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... มาตรา 6 ได้บัญญัติลักษณะแห่งการกระทำความผิดที่จะเข้าเกณฑ์เป็นการบังคับใช้แรงงานไว้ในคำนิยาม อย่างเจาะจง โดยการกระทำที่จะเข้าลักษณะแห่งการบังคับใช้แรงงานตามร่างพระราชบัญญัติ ป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... จะต้องเป็นการกระทำตามที่กำหนดไว้ใน 5 ลักษณะตามมาตรา 6 ซึ่งตามอนุสัญญาฉบับที่ 29 มาตรา 2 ข้อ 1²⁴ บัญญัติไว้เพียงว่า แรงงาน บังคับ หรือการเกณฑ์แรงงาน หมายความว่า “งานหรือบริการที่เกณฑ์มาจากบุคคลใด ๆ ภายใต้การคุกคามของการลงโทษใด ๆ และที่บุคคลนั้นไม่ได้เสนอตัวเองโดยสมัครใจ”

การที่ร่างพระราชบัญญัติป้องกันและจัดการใช้แรงงานบังคับ พ.ศ. ... บัญญัติกรณีแห่งการกระทำความผิดไว้เฉพาะเจาะจงอาจทำให้การบังคับใช้แรงงานบางกรณีที่ไม่ได้มีลักษณะแห่งการกระทำตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 6 ไม่เข้าข่ายเป็นการบังคับใช้แรงงาน และไม่อาจนำกฎหมายฉบับนี้มาใช้ลงโทษได้

ดังนั้น ผู้เขียนเสนอให้บัญญัติให้แรงงานบังคับมีคำนิยามกว้าง ๆ ไม่เฉพาะ เจาะจงลักษณะแห่งการกระทำ บัญญัติแต่เพียงใจความสำคัญของลักษณะแห่งการกระทำความผิดว่าแรงงานบังคับหมายถึงการทำงานหรือบริการที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจตามที่บัญญัติ

²⁴ Article 2 “1. For the purposes of this Convention the term forced or compulsory labour shall mean all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily.”

ไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 29 เพื่อให้ครอบคลุมต่อการกระทำความผิดทุกรูปแบบที่เป็นการทำงานหรือบริการที่เกิดขึ้นโดยไม่สมัครใจ

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

เนื่องจากปัญหาแรงงานบังคับเป็นปัญหาร้ายแรงที่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก การประกอบธุรกิจบนหลักการไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนของบุคคลอื่นจึงเป็นสิ่งที่ทั้งภาครัฐและภาคเอกชนต้องให้ความสำคัญและร่วมมือกันเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว โดยภาครัฐต้องมีการพัฒนาปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้สอดคล้องกับหลักสากลอยู่เสมอ และภาคเอกชนก็ต้องนำหลักการหรือกฎหมายที่ภาครัฐพัฒนาและปรับปรุงไปใช้จริงในภาคธุรกิจอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม เนื่องจากปัญหาแรงงานบังคับที่ประเทศไทยกำลังเผชิญอยู่ได้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ โดยประเทศไทยถูกสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นคู่ค้ารายสำคัญในตลาดการส่งออกสินค้าประมงตัดสิทธิ GSP ซึ่งส่งผลให้ประเทศไทยไม่ได้รับการยกเว้นภาษีการส่งออกสินค้าประมงไปยังสหรัฐอเมริกา รวมถึงทำให้ประเทศไทยถูก TIP Report ประเมินให้อยู่ใน Tier 2 ซึ่งหากไม่สามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับในประเทศได้ สหรัฐอเมริกาอาจใช้มาตรการทางกฎหมายในการห้ามนำเข้าสินค้าประมงจากประเทศไทย ซึ่งจะทำให้ประเทศไทยประสบกับปัญหาเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก

จากการศึกษาพบว่าแม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานประมงหลายฉบับ แต่กฎหมายที่ใช้บังคับยังขาดบทบัญญัติสำคัญหลายประการ ซึ่งทำให้ประเทศไทยยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาแรงงานบังคับได้ เมื่อทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหรัฐอเมริกา อนุสัญญาระหว่างประเทศ และหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานประมง ผู้เขียนมีความเห็นว่าการให้สัตยาบันในอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศที่สำคัญ ได้แก่ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 87 และอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 98 และการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องตามหลักสากล เป็นวิธีที่จะช่วยแก้ไขปัญหาลดผลกระทบต่อการส่งออกสินค้าประมงของประเทศไทย และยังส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศโดยภาพรวมอีกด้วย

5.2 ข้อเสนอแนะ

(1) ลงนามในอนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัวกัน ค.ศ. 1948 และอนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949

(2) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ดังนี้

(2.1) ยกเลิกมาตรา 82 (3) มาตรา 83 (2) มาตรา 111 และมาตรา 118 ซึ่งเป็นการแทรกแซงสหภาพแรงงานโดยอำนาจบริหาร

(2.2) แก้ไขมาตรา 88 โดยเห็นควรบัญญัติว่า “ผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงานต้องเป็นลูกจ้างของนายจ้างคนเดียวกันหรือเป็นลูกจ้างซึ่งทำงานในกิจการประเภทเดียวกันโดยไม่คำนึงว่าจะมีนายจ้างกี่คน และต้องเป็นผู้บรรลุนิติภาวะ”

(2.3) แก้ไขมาตรา 101 โดยเห็นควรบัญญัติว่า “ผู้ซึ่งจะได้รับเลือกตั้งหรือแต่งตั้งเป็นกรรมการหรืออนุกรรมการตามมาตรา 100 ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(ก) เป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานนั้น

(ข) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปี”

(3) แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 ดังนี้

(3.1) แก้ไขมาตรา 5 โดยเห็นควรบัญญัติว่า “พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับการทำการประมงในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) ประมงเพื่อการยังชีพ

(ข) ประมงเพื่อสันตินาการ

(ค) การทำการประมงตามขนาดเรือหรือจำนวนแรงงานประมงที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ประกาศกำหนด”

(3.2) เห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติ ดังนี้

มาตรา... “เจ้าของเรือประมงต้องจัดให้มีจำนวนแรงงานที่เพียงพอเหมาะสมและเป็นจำนวนที่ปลอดภัยต่อการนำร่องและการเดินเรือ”

(4) แก้ไขกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 ดังนี้

(4.1) แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 6 โดยเห็นควรบัญญัติว่า “ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกัน โดยต้องจัดทำเป็นภาษาที่ลูกจ้างเข้าใจได้จำนวน 1 ฉบับ และลูกจ้างต้องมีโอกาสได้ทบทวนสัญญาและได้รับคำแนะนำในเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำงานก่อนการตกลงทำสัญญา”

(4.2) เห็นควรเพิ่มเติมบทบัญญัติ ดังนี้

มาตรา... “เรือประมงที่มีจำนวนลูกเรือที่ออกเดินเรือตั้งแต่ 10 คนขึ้นไป ต้องมีรายชื่อลูกเรือและส่งสำเนาให้แก่ผู้มีอำนาจก่อนออกเรือหรือแจ้งให้ชายฝั่งทราบทันทีที่ออกเรือ”

(5) แก้ไขร่างพระราชบัญญัติป้องกันและขจัดปัญหาแรงงานบังคับ พ.ศ. ... มาตรา 6 โดยเห็นควรบัญญัติว่า “แรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงาน หมายความว่า งานหรือบริการที่เกณฑ์มาจากบุคคลใด ๆ ภายใต้การคุกคามของการลงโทษใด ๆ และที่บุคคลนั้นไม่ได้เสนอตัวเองโดยสมัครใจ”

แนะนำหนังสือกฎหมาย (Law Book Recommendations)

คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด

Whatever the Wrong Person Writes is Always Wrong

ปิ่นหยอก ศาสตราจารย์

นักศึกษาระดับปริญญาตรี สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Pinyok Satpradit

Undergraduate Student, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 15 กันยายน 2563

วันที่แก้ไขบทความ 27 พฤศจิกายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 4 ธันวาคม 2563

บทคัดย่อ

หนังสือคนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด เขียนโดย นันทช กิจรณันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร เป็นหนังสือที่รวบรวมตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องตามรูปแบบอันสั่งสมมาจากประสบการณ์การศึกษาและการทำงานของผู้เขียนทั้งสองท่าน เพื่อให้ผู้อ่านได้เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการเขียนตอบทั้งสองรูปแบบ และสามารถนำไปใช้ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายได้อย่างถูกต้อง โดยรายละเอียดในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในแต่ละรายวิชานั้นมีความคล้ายคลึงและแตกต่างกัน ในหนังสือเล่มนี้จึงแยกรูปแบบการเขียนตอบข้อสอบออกเป็นรายวิชา เพื่อให้ง่ายต่อการสังเกตและทำความเข้าใจ อีกทั้งยังมีการสอดแทรกเทคนิค ข้อสังเกต และข้อพึงระวังในการเขียนตอบข้อสอบ เพื่อเป็นแนวทางให้ผู้อ่านนำเอาเทคนิคเหล่านั้นไปประยุกต์ใช้กับการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในรูปแบบต่าง ๆ และสามารถทำให้ผู้สอบทำข้อสอบได้รวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ยังมีคำถามและคำตอบที่น่าสนใจ ประกอบกับตัวอย่างถ้อยคำที่มักเขียนผิดในการเขียนตอบข้อสอบอีกด้วย ดังนั้น หนังสือเล่มนี้จึงเป็นหนังสือที่เหมาะสมสำหรับผู้ที่กำลังเตรียมสอบกฎหมายในระดับชั้นปริญญาตรี เนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา

คำสำคัญ: ความแตกต่างระหว่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้อง, เทคนิคในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย, ผู้ที่กำลังเตรียมสอบกฎหมาย

Abstract

Whatever the Wrong Person Writes is Always Wrong was written by Nantouch Kitranan and Tiansiri Boonchokvittoon is a book which compiles wrong answer writings and right answer writings to the legal exams that accumulated by the both of author's educations and work experiences. This allows the reader to compare the differences between wrong answer writings and right answer writings. It would therefore be useful for writing answers to legal exams in the right way. The details of writing answers to legal exams in each subject share some similarities and, simultaneously, contain differences. Hence, separation of the content into subjects makes it easier for the reader to comprehend the content. It also includes techniques, notices and cautions for writing answers to legal exams for the purpose of guiding the readers to apply these techniques to practice writing in various forms of legal exams and write answers to legal exams faster and more efficiently. Furthermore, there are interesting questions and answers along with the examples of words that are often written incorrectly in writing answers to legal exams as well. Therefore, this book is suitable for people who are preparing for legal exams at the bachelor level, Barrister-at-Law, Assistant Public Prosecutor and Judge Trainee Levels.

Keywords: the difference between a wrong answer writing and a right answer writing, techniques for writing answer to legal exams, people who are preparing for legal exams

ชื่อหนังสือ: คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด

ผู้เขียน: นันทัช กิจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร

ครั้งที่พิมพ์: พิมพ์ครั้งที่ 3

เดือนและปีที่พิมพ์: พฤษภาคม พ.ศ. 2563

ขนาด: 14.5×21 ซม.

จำนวนหน้า: 184 หน้า

ราคา: 150 บาท

จัดพิมพ์โดย: สำนักพิมพ์วิญญูชน

ISBN: 978-616-269-901-6



หนังสือกฎหมายที่จะมาแนะนำในคอลัมน์ “แนะนำหนังสือกฎหมาย” ได้แก่ “คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด” ซึ่งหนังสือเล่มนี้กำลังเป็นที่สนใจเป็นอย่างมากในขณะนี้ และด้วยกระแสนิยมจากผู้อ่านจำนวนมาก ทำให้หนังสือดังกล่าวมีการจัดพิมพ์เพื่อเผยแพร่ต่อเนื่องมาจนถึงครั้งที่ 4 แล้ว โดยผู้แนะนำได้เลือกเล่มที่จัดพิมพ์เป็นครั้งที่ 3 มาแนะนำให้กับผู้อ่าน เนื่องจากผู้เขียนได้เพิ่มเติมเนื้อหาจากการพิมพ์ครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 เพื่อให้หนังสือเล่มนี้มีความครบถ้วนมากยิ่งขึ้น โดยผู้เขียนคือ นันทัช กิจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร

ก่อนอื่นผู้แนะนำขอกล่าวถึงประวัติของผู้เขียนท่านแรกคือ นันทัช กิจรานันท์ ผู้เขียนสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และเนติบัณฑิตไทย ปัจจุบันผู้เขียนดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลจังหวัดพัทธยา นอกจากนี้ ยังเป็นอาจารย์พิเศษโครงการอบรมเตรียมความพร้อมความรู้สำหรับการศึกษาระดับเนติบัณฑิต และเทคนิคการเขียนตอบปัญหากฎหมายสารบัญญัติ จัดโดยเนติบัณฑิตยสภา โดยผู้เขียนได้มีผลงานวิชาการ ได้แก่ หนังสือกฎหมายอาญาเปรียบเทียบ

พร้อมคำถามและแนวคำตอบ และเป็นกรรมการตัดสินการแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการ แลกเปลี่ยนด้วยวาจาในศาลอุทธรณ์ ระดับประเทศ (ศาลจำลอง) จัดโดยศูนย์นิติศาสตร์ คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ร่วมกับสำนักงานศาลยุติธรรม สำนักงานอัยการสูงสุด และสภานายความในพระบรมราชูปถัมภ์ ทั้งนี้ ยังเคยได้รับรางวัล Great Teacher of the Year 2015 มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์อีกด้วย

ส่วนผู้เขียนอีกท่านหนึ่งคือ เทียนศิริ บุญโชควิฑูร์ สำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย และ ประกาศนียบัตรวิชาชีพชั้นสูง นายความ ผู้เขียนเป็นผู้ช่วยรองศาสตราจารย์ ดร.มนินทร์ พงศาปาน อาจารย์ประจำวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเป็นผู้ช่วยอาจารย์ ดร.ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม อาจารย์ประจำวิชากฎหมายอาญาและกฎหมายวิธี พิจารณาความอาญา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อีกทั้งยังมีประสบการณ์ในการ ฝึกงานแผนกกว่าความที่บริษัท Baker & McKenzie ประเทศไทย จำกัด บริษัท Tilleke & Gibbins International จำกัด และบริษัท กฎหมายเอกนิติ จำกัด นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีผลงานวิชาการ คือ หนังสือกฎหมายอาญาเปรียบเทียบ พร้อมคำถามและแนวคำตอบ ที่ได้เขียนร่วมกับบันทึก ศึกษานันทน์

และเนื่องด้วยประสบการณ์การทำงานที่สั่งสมมาของผู้เขียนทั้งสองท่าน ทั้งการเป็น อาจารย์กฎหมาย และการเป็นอาจารย์ในโครงการเขียนตอบในระดับเนติบัณฑิตของผู้เขียน ทำให้ได้อ่านการเขียนตอบข้อสอบของผู้สอบมาเป็นจำนวนมาก ผู้เขียนจึงถือได้ว่าเป็นผู้ที่มี ความรู้และความเชี่ยวชาญในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง

โครงสร้างของหนังสือเล่มนี้แบ่งออกเป็น 3 บท ได้แก่

บทที่ 1 ตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นปริญญาตรี

- 1.1 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 1.2 กฎหมายอาญา
- 1.3 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- 1.4 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- 1.5 กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน
- 1.6 กฎหมายมหาชน
- 1.7 กฎหมายปกครอง
- 1.8 กฎหมายพระธรรมนูญศาลยุติธรรม

บทที่ 2 ตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นสนามสอบของเนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา

- 2.1 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์
- 2.2 กฎหมายอาญา
- 2.3 กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง
- 2.4 กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
- 2.5 กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน
- 2.6 กฎหมายปกครอง
- 2.7 กฎหมายรัฐธรรมนูญ
- 2.8 กฎหมายพระธรรมนูญศาลยุติธรรม

บทที่ 3 คำถามคำตอบที่...สงสัยเกี่ยวกับการเขียนตอบ

- 3.1 ถามตอบเกี่ยวกับการเขียนตอบข้อสอบ
- 3.2 ถ้อยคำที่มักเขียนตอบข้อสอบ
- 3.3 ภาพตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่สมบูรณ์
- 3.4 เกม빙โก

จากโครงสร้างดังกล่าวจะเห็นได้ว่าหนังสือเล่มนี้ได้ให้ตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายโดยแบ่งออกเป็น 2 ระดับชั้น ซึ่งระดับชั้นแรกคือ ระดับชั้นปริญญาตรี และระดับชั้นที่สองคือ ระดับชั้นสนามสอบของเนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา โดยในแต่ละระดับชั้นจะประกอบไปด้วย 8 รายวิชา ได้แก่ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน กฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกฎหมายพระธรรมนูญศาลยุติธรรม เพื่อผู้อ่านเห็นถึงความแตกต่างในการเขียนตอบของแต่ละระดับชั้นและในแต่ละรายวิชาได้อย่างชัดเจน

เนื่องด้วยผู้แนะนำกำลังศึกษาอยู่ในสำนักวิชานิติศาสตร์ระดับชั้นปริญญาตรี ผู้แนะนำจึงหยิบยกเนื้อหาในส่วนของตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นปริญญาตรี ในบทที่ 1 โดยจะหยิบยกเนื้อหาขึ้นมาเป็นตัวอย่างจำนวน 3 รายวิชา ได้แก่ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ผู้แนะนำก็ยังเลือกเนื้อหาในส่วนของคำถามคำตอบที่สงสัยเกี่ยวกับการเขียนตอบในบทที่ 3 มาเป็นตัวอย่างให้กับผู้อ่านอีกด้วย เนื่องจากมีหลายคำถามที่น่าสนใจ และเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่าน

โดยก่อนที่จะเริ่มเนื้อหาในบทที่ 1 เรื่องตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นปริญญาตรี และบทที่ 3 เรื่องคำถามคำตอบที่สงสัยเกี่ยวกับการเขียนตอบ ผู้แนะนำ

ขอกล่าวถึงความสำคัญของการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายและประเภทของข้อสอบกฎหมายเสียก่อน เพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจถึงความสำคัญของการเขียนตอบและประเภทของข้อสอบกฎหมายในภาพรวมก่อนที่จะไปดูตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในแต่ละรายวิชา

การเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย คือการถ่ายทอดเรื่องราวความคิดต่าง ๆ ออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรได้อย่างเป็นลำดับ ซึ่งเป็นการถ่ายทอดเหตุผลทางกฎหมายออกมาให้ผู้อื่นเข้าใจ หรืออาจเรียกได้ว่าการเขียนตอบเป็นหัวใจสำคัญในการสื่อสารหลักกฎหมายในรูปแบบหนึ่ง ไม่ว่านักกฎหมายจะมีความรู้ทางกฎหมายมากมายเพียงใดและแม่นยำเพียงใด แต่หากขาดทักษะและความสามารถในการเรียบเรียงหลักกฎหมายออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ก็ย่อมไม่ต่างกับนักรบที่มีดาบแต่ใช้ไม่เป็น รบอย่างไรก็ไม่มีทางชนะ¹ ภารกิจดี การที่จะถ่ายทอดเรื่องราวความคิดต่าง ๆ ออกมาเป็นลายลักษณ์อักษรได้นั้นจะต้องผ่านการอ่านและทำความเข้าใจในวิชากฎหมายนั้น ๆ รวมถึงการฝึกฝนเขียนตอบข้อสอบกฎหมายโดยการให้เหตุผลทางกฎหมายประกอบด้วย ซึ่งในเรื่องของเทคนิคการเรียนและการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายนั้น ผู้อ่านสามารถไปอ่านบทความเรื่อง “คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ” โดยผู้เขียนคือ พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด และวรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์ ซึ่งผู้แนะนำเป็นผู้เขียนบทความดังกล่าวลงในคอลัมน์แนะนำหนังสือกฎหมาย วารสารนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

สำหรับประเภทของข้อสอบกฎหมายนั้นมีอยู่ 2 ประเภทคือ ข้อสอบบรรยาย และข้อสอบอุทธรณ์ หรือที่ถูกเรียกกันโดยนักศึกษากฎหมายว่าข้อสอบตุ๊กตา โดยข้อสอบบรรยายคือข้อสอบที่ถามว่า อะไรคืออะไร หรือถามเกี่ยวกับลักษณะของสิ่งที่ถาม ให้ผู้ตอบชี้แจง อธิบาย แสดงความเห็น หรือเปรียบเทียบ โดยไม่มีข้อเท็จจริงในข้อสอบที่ผู้ถามให้ผู้สอบต้องตอบตามนั้น² ส่วนข้อสอบอุทธรณ์หรือข้อสอบตุ๊กตาคือข้อสอบที่ให้ข้อเท็จจริงอันเป็นฐานให้เราวินิจฉัยไปตามนั้นโดยการตอบข้อสอบ³ ภารกิจดี ในบางกรณีข้อสอบก็จะมีทั้งข้อสอบ

¹ นันทัช กิจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร, คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2563), คำนำ.

² พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด และวรัญญา ตรงพิสุทธิ์ศักดิ์, คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: กรุงสยามพับลิชชิ่ง, 2562), หน้า 241.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 247.

บรรยายและข้อสอบอุทธรณ์อยู่ในข้อเดียวกันด้วย หรือที่เรียกว่าข้อสอบอุทธรณ์ควบบรรยาย โดยจะมีปัญหามาให้เราวินิจฉัย และมีประเด็นทางวิชาการมาให้เราแจกแจงด้วยนั่นเอง

โดยในหนังสือเล่มนี้ ผู้เขียนจะนำตัวอย่างข้อสอบหรือคำถามของข้อนั้น ๆ ขึ้นก่อนตามด้วยการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้อง และการเขียนตอบที่ถูกต้องตามลำดับ เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเห็นความแตกต่างได้อย่างชัดเจน ส่วนคำอธิบายเพิ่มเติม เทคนิค ข้อสังเกต และข้อพึงระวังจะอยู่ในการอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้า (footnote) อนึ่ง ข้อสอบที่ผู้เขียนนำมาเป็นตัวอย่างนั้นจะเป็นข้อสอบในระดับปริญญาตรีของมหาวิทยาลัยรามคำแหงและมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สำหรับตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นปริญญาตรีในบทที่ 1 ในส่วนของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เขียนได้หยิบยกข้อสอบวิชากฎหมายลักษณะหนี้ และวิชากฎหมายลักษณะตัวแทน ในรูปแบบของข้อสอบอุทธรณ์ขึ้นมาเป็นตัวอย่าง โดยประเด็นแรก que ผู้เขียนได้กล่าวถึงนั่นก็คือ เรื่องการนำข้อเท็จจริงในคำถามมาเขียนตอบ ซึ่งในเรื่องนี้ตอนที่ผู้แนะนำยังเป็นนักศึกษาในชั้นปีที่ 1 ผู้แนะนำก็มักจะได้อินปัญหาเกี่ยวกับการนำข้อเท็จจริงที่คำถามให้มาทั้งหมดมาเขียนตอบ ทำให้ทำข้อสอบไม่ทันเวลาบ้าง หรือทำให้จับสาระสำคัญของข้อเท็จจริงไม่ถูกต้องบ้าง และมีอาจารย์กฎหมายหลายท่านที่พร่ำสอนนักศึกษาหลายครั้งว่า “อย่าลอกข้อเท็จจริงในโจทย์ทั้งหมดมาตอบ” โดยผู้เขียนได้แนะนำให้ผู้สอบเลือกเฉพาะข้อเท็จจริงที่จะนำมาวินิจฉัยกับบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น⁴ เพราะนอกจากจะเป็นการประหยัดเวลาในการทำข้อสอบแล้ว ยังทำให้ผู้สอบจับสาระสำคัญของข้อเท็จจริงได้อย่างถูกต้องและแม่นยำอีกด้วย

อีกประเด็นหนึ่งที่ดูเหมือนจะเป็นเพียงประเด็นเล็ก ๆ แต่ก็มีความสำคัญมาก ได้แก่ เรื่องการนำบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้ในการเขียนตอบ โดยปัญหาที่พบบ่อยคือ การย่อคำว่า “มาตรา” และคำว่า “วรรค” ตัวอย่างเช่น ม. 219 ว. 2 เป็นต้น ซึ่งในการเขียนตอบนั้นผู้สอบไม่ควรเขียนย่อ โดยผู้เขียนได้ให้เหตุผลว่า ถ้อยคำดังกล่าวนี้ไม่มีการย่ออย่างเป็นทางการ อีกทั้งการเขียนถ้อยคำดังกล่าวก็ไม่ได้ใช้เวลาานและไม่เป็นการเสียเวลาแก่ผู้เขียนมากเกินสมควร รวมถึงในกรณีที่มาตราใดมีมากกว่าหนึ่งวรรค ผู้สอบควรระบุให้ชัดเจนว่าเป็นกรณีตามวรรคใด เพื่อให้คำตอบสมบูรณ์และชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ ในการนำบทบัญญัติของกฎหมายมาปรับใช้นั้น ผู้เขียนได้แนะนำว่า ผู้สอบสามารถนำเอาเฉพาะข้อความในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องมาเขียนตอบ เพราะจะทำให้ผู้ตรวจข้อสอบเห็นว่า ผู้สอบสามารถจับประเด็นในคำถามได้และตอบตรงประเด็นคำถาม⁵

⁴ นันทัช กิจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร, คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด, หน้า 12.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

และประเด็นสุดท้ายที่ผู้เขียนพบปัญหาค่อนข้างบ่อยคือ การใช้ถ้อยคำในตัวบท ซึ่งถ้าหากในข้อเท็จจริงใดมีถ้อยคำซึ่งเป็นถ้อยคำที่มีอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดเจนแล้ว ผู้สอบก็ควรจะใช้ถ้อยคำในตัวบทนั้น จะใช้ถ้อยคำอื่นที่ไม่ใช่ถ้อยคำในตัวบทไม่ได้ ตัวอย่างเช่น กรณีคำว่า “พ้นวิสัย” เป็นถ้อยคำในตัวบท ดังนั้น ผู้สอบจึงไม่อาจใช้คำว่า “ไม่อยู่ในวิสัย” ซึ่งไม่ใช่ถ้อยคำในตัวบท⁶ เนื่องจากการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกับถ้อยคำในตัวบทนั้นอาจทำให้ข้อเท็จจริงนั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายนั่นเอง

สำหรับการเขียนตอบวิชากฎหมายลักษณะหนี้ ผู้เขียนได้อธิบายว่า บทบัญญัติของกฎหมายส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ผู้สอบต้องอธิบายความหมายของถ้อยคำในบทบัญญัตินั้นเพิ่มเติม เพื่อความเข้าใจและทำให้บทบัญญัติของกฎหมายนั้นชัดเจนและสมบูรณ์ครบถ้วน⁷ ในเรื่องนี้มีอาจารย์ท่านหนึ่งที่สอนผู้แนะนำในเรื่องของการเขียนตอบกล่าวไว้ว่า ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายจะต้องเขียนอธิบายความหมายถ้อยคำในตัวบทให้ชัดเจนและครบถ้วน เปรียบเสมือนอาจารย์ผู้ตรวจข้อสอบเป็นบุคคลที่ไม่เคยเรียนกฎหมายมาก่อน แต่สามารถอ่านและเข้าใจถ้อยคำในตัวบทที่เราเขียนตอบข้อสอบได้ เนื่องจากถ้อยคำในตัวบทบางถ้อยคำนั้นอาจมีความหมายที่แตกต่างกับถ้อยคำที่ใช้ในชีวิตประจำวัน ซึ่งอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันได้ เช่น คำว่า “ผิดนัด” ในมาตรา 224 วรรคหนึ่ง หรือคำว่า “บุคคลซึ่งเป็นผู้ได้ลาออก” ในมาตรา 237 วรรคหนึ่ง เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้อธิบายถึงการเขียนตอบวิชากฎหมายลักษณะตัวแทนไว้ว่า ความสำคัญของการเขียนตอบวิชากฎหมายลักษณะตัวแทนคือ ผู้สอบจำเป็นต้องแยกให้ได้ว่าตัวละครในข้อสอบเป็นตัวแทนประเภทใด⁸ เนื่องจากตัวแทนมีหลายประเภท โดยประเภทของตัวแทนสามารถพิจารณาได้หลายกรณี ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาจากวิธีการเกิดขึ้นของตัวแทน บำเหน็จของตัวแทน และขอบเขตอำนาจของตัวแทน โดยตัวแทนแต่ละประเภทนั้นก็จะมีวัตถุประสงค์ คุณสมบัติเฉพาะของการเป็นตัวแทน และขอบเขตอำนาจทำการแทนตัวการที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้สอบจะต้องศึกษาเรื่องประเภทของตัวแทนอย่างละเอียด จึงจะสามารถทำข้อสอบวิชากฎหมายลักษณะตัวแทนได้อย่างรวดเร็วและถูกต้อง

ต่อมาในส่วนของกฎหมายอาญา ซึ่งในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายอาญาก็จะไม่แตกต่างจากการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มากนัก เพียงแต่การเขียนตอบข้อสอบกฎหมายอาญาจะต้องวินิจฉัยตามโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญา โดยโครงสร้างความรับผิดชอบทางอาญาหมายถึงส่วนประกอบที่นำไปพิจารณาว่าบุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาหรือไม่ ซึ่งในการเขียนตอบผู้สอบต้องสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ทั้ง 6 ข้อให้ครบถ้วน ดังนี้

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

(1) ต้องมี “การกระทำ” (2) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบ “ภายนอก” ของความผิดนั้น ๆ (3) การกระทำนั้นครบองค์ประกอบ “ภายใน” ของความผิดนั้น ๆ (4) มี “ความสัมพันธ์” ระหว่างการกระทำกับผล (5) ไม่มีเหตุ “ยกเว้นความผิด” และ (6) ไม่มี “เหตุยกเว้นโทษ”⁹

แต่อย่างไรก็ดี ในการทำข้อสอบผู้สอบจะต้องพิจารณาประเด็นที่ข้อสอบต้องการจะถามให้ชัดเจน โดยผู้เขียนได้อธิบายว่า การกระทำความผิดอาญาในแต่ละครั้งอาจเป็นเรื่องเขตอำนาจศาล หรืออาจเป็นเรื่องฐานความผิด ซึ่งถ้าหากเป็นกรณีเรื่องเขตอำนาจศาล ผู้สอบไม่จำเป็นต้องอธิบายและวิเคราะห์ถึงองค์ประกอบของฐานความผิดมากเกินไป เนื่องจากจะทำให้ผู้ตรวจข้อสอบเห็นว่า ผู้สอบตอบข้อสอบไม่ตรงประเด็น¹⁰ และเป็นการเสียเวลาทำข้อสอบภายในระยะเวลาที่จำกัด

ซึ่งในหนังสือเล่มนี้ ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างข้อสอบกฎหมายอาญาในเรื่องของเขตอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายอาญาไว้ด้วย โดยในการเขียนตอบข้อสอบอาญาเรื่องเขตอำนาจศาลนั้น ผู้สอบจำเป็นต้องพิจารณาและตอบไล่ตั้งแต่มาตราที่ว่าด้วยการกระทำความผิดในราชอาณาจักร ไปจนถึงมาตราที่ว่าด้วยการกระทำความผิดนอกราชอาณาจักร ถึงแม้ว่าจะเป็นข้อสอบที่แนวคำตอบคือเรื่องนอกราชอาณาจักรก็ตาม¹¹ โดยผู้เขียนได้ให้เหตุผลว่า การเขียนตอบข้อสอบดังกล่าวเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้สอบเข้าใจภาพรวมของโครงสร้างของเขตอำนาจศาลในคดีอาญาได้อย่างถูกต้อง

สำหรับประเด็นแรกๆที่ผู้เขียนได้อธิบายถึงการเขียนตอบวิชากฎหมายอาญาก็คือ โดยทั่วไปบทบัญญัติของกฎหมายอาญามีลักษณะที่ประกอบไปด้วยองค์ประกอบความผิดหรือองค์ประกอบทางข้อเท็จจริงหลายองค์ประกอบ ซึ่งในการนำบทบัญญัตินี้ดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงนั้น ผู้เขียนแนะนำให้ผู้สอบเลือกเอาเฉพาะองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับประเด็นคำถามเท่านั้น¹² เพราะถ้าหากผู้สอบนำทุกองค์ประกอบทั้งที่เกี่ยวข้องและไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นคำถามมาตอบนั้นเปรียบเสมือนการตอบแบบหว่านแห ที่ผู้สอบคิดว่าจะต้องมีองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งที่ถูกต้องและได้คะแนนบ้าง แต่นั่นอาจเป็นจุดทำให้ผู้สอบไม่ได้คะแนนในประเด็นนั้นเลยก็ได้ เนื่องจากเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้สอบไม่ได้เข้าใจและไม่ได้ทราบประเด็นของคำถามอย่างถูกต้องและชัดเจน อีกทั้งยังเป็นการเสียเวลาในการเขียนตอบข้อสอบด้วย

⁹ วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: เดือนตุลา, 2562), หน้า 153.

¹⁰ นันท ขจรานันท์ และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร, คนไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด, หน้า 26.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

ประเด็นต่อมาคือ เรื่องการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญา โดยส่วนใหญ่แล้วในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายอาญานั้นไม่จำเป็นต้องเขียนว่าผู้กระทำความผิดนั้น ๆ จะต้องได้รับโทษทางอาญาอย่างไรบ้าง แต่อย่างไรก็ดี เมื่อเป็นการกระทำความผิดที่มีโทษทางอาญาเป็นกรณีพิเศษ เช่น กรณีพยายามกระทำความผิด ตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน ผู้เขียนได้แนะนำให้ผู้สอบตอบโทษทางกฎหมายมาด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีเรื่องการพยายามกระทำความผิดให้ตอบเพิ่มว่า “ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”¹³ เพื่อให้คำตอบของผู้สอบสมบูรณ์และครบถ้วนมากยิ่งขึ้น

และประเด็นสุดท้ายที่พบเจอค่อนข้างบ่อยในการเขียนตอบวิชากฎหมายอาญานั้นก็คือ การอ้างบทบัญญัติทั่วไปในภาค 1 ซึ่งนักกฎหมายมักนิยมใช้คำว่า “ประกอบ” มากกว่าคำว่า “และ” เมื่อต้องใช้ควบคู่ไปกับบทบัญญัติภาคความผิดในภาค 2¹⁴ ยกตัวอย่างเช่น นายแดงมีความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นตามมาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 เป็นต้น แต่ในประเด็นนี้ผู้แนะนำเคยตั้งข้อสงสัยว่า ทำไมเราจึงต้องเขียนว่า มาตรา 288 ประกอบมาตรา 80 และเราสามารถเขียนว่า มาตรา 80 ประกอบมาตรา 288 ได้หรือไม่ ซึ่งผู้แนะนำก็ได้รับคำตอบจากอาจารย์ที่สอนกฎหมายอาญาว่า ในการกระทำความผิดฐานพยายามฆ่าผู้อื่นนั้น บทบัญญัติกฎหมายที่เป็นประธานหลักก็คือ ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น มาตรา 288 แต่ผู้ลงมือกระทำความผิดกระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำไม่บรรลุผล ซึ่งเป็นการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 80 ดังนั้น ในการเขียนตอบจึงต้องเขียนบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นประธานหลักก่อนเสมอนั่นเอง

อนึ่ง ผู้เขียนได้ให้ข้อพึงระวังในการเขียนตอบกฎหมายอาญาไว้ว่า ผู้สอบต้องอ่านข้อสอบให้ชัดเจนและถี่ถ้วนเสมอ โดยเฉพาะการอ่านคำถามของข้อสอบให้ชัดเจนว่า คำถามถามอะไร เพราะข้อสอบอาจจะบรรยายข้อเท็จจริงใดมา แต่คำถามไม่ได้ถาม ซึ่งจะเป็นการที่ผู้สอบตอบนอกเหนือจากคำถาม นอกจากจะทำให้ผู้สอบเสียเวลาในการเขียนตอบแล้ว ก็อาจส่งผลให้ผู้ตรวจข้อสอบหักคะแนนได้ด้วย เพราะถือว่าผู้สอบไม่มีความรอบคอบเพียงพอในสายวิชาชีพกฎหมายที่จำเป็นต้องมีความรอบคอบอย่างยิ่ง¹⁵ ในข้อนี้ เมื่อตอนที่ผู้แนะนำยังเป็นนักศึกษาชั้นปีที่ 1 ผู้แนะนำเคยเสียเวลาไปกับการเขียนตอบในประเด็นที่คำถามไม่ได้ถาม เนื่องจากผู้แนะนำเข้าใจว่า เมื่อให้ข้อเท็จจริงมาแล้ว ถึงแม้โจทย์จะไม่ได้ถามเราก็ควรจะตอบเพื่อเป็นการแสดงให้ผู้ตรวจเห็นว่าเรามีความรู้ที่จะเขียนตอบข้อสอบในเรื่องนั้น ๆ แต่นั่นเป็นความเข้าใจที่ผิด เพราะนอกจากผู้แนะนำจะไม่ได้คะแนนในส่วนที่เขียนตอบไปในประเด็นที่

¹³ เรื่องเดียวกัน

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 31.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

คำถามไม่ได้ถามนั้นแล้ว ก็ยังทำให้เสียเวลาในการเขียนตอบประเด็นอื่น ๆ ซึ่งเป็นประเด็นที่คำถามถามอีกด้วย แต่อย่างไรก็ดี ประสบการณ์ครั้งนั้นก็เป็นที่เรียนให้ผู้แนะนำอ่านคำถามและเขียนตอบข้อสอบด้วยความรอบคอบและมีสติอยู่เสมอ เช่นนี้ผู้แนะนำจึงคิดว่าการอ่านคำถามให้ชัดเจนถี่ถ้วนและตอบให้ตรงคำถามนั้นเป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่งในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย

และสุดท้ายในส่วนของการสอบวิชากฎหมายมหาชน โดยส่วนใหญ่แล้วข้อสอบวิชากฎหมายมหาชนจะเป็นรูปแบบของข้อสอบบรรยาย และมักจะเป็นข้อสอบที่ให้เปรียบเทียบหรือข้อสอบที่ให้อธิบายหลักการต่าง ๆ ของกฎหมายมหาชน รวมถึงให้ยกตัวอย่างประกอบด้วยหรือการให้วิเคราะห์หรือวิจารณ์ เป็นต้น ซึ่งในหนังสือเล่มนี้ผู้เขียนได้หยิบยกข้อสอบบรรยายในลักษณะที่เป็นข้อสอบเปรียบเทียบขึ้นมาเป็นตัวอย่าง โดยข้อสอบที่ให้เปรียบเทียบนี้นอกจากจะเน้นหนักที่ความจดจำเนื้อหาของส่วนที่ถามแล้ว ก็ยังต้องใช้ความเข้าใจในการเชื่อมโยงเนื้อหาและความสามารถในการจัดแบ่งหมวดหมู่ที่ชัดเจน มาประกอบการวินิจฉัยด้วย¹⁶ ซึ่งเทคนิคที่สำคัญในการเขียนตอบข้อสอบในลักษณะดังกล่าวนั้นก็คือ ผู้สอบไม่ควรเริ่มต้นเขียนตอบด้วยการเปรียบเทียบความแตกต่างทันทีโดยปราศจากการเกริ่นนำถ้อยคำหลักในคำถามก่อน¹⁷ โดยการเขียนตอบข้อสอบในลักษณะที่เป็นข้อสอบเปรียบเทียบนั้น โดยทั่วไปมักจะมีโครงสร้างที่แบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนของความนำ ส่วนของการอธิบาย และส่วนของการวิเคราะห์และตอบคำถาม

สำหรับย่อหน้าที่หนึ่ง ผู้เขียนได้แนะนำให้ผู้สอบเริ่มย่อหน้าแรกด้วยการเขียนความนำ กล่าวคือ การเขียนที่มากเกี่ยวกับคำถามและเขียนเปิดทางว่า ในย่อหน้าต่อ ๆ ไป ผู้สอบจะเขียนประเด็นอะไรบ้างในแต่ละย่อหน้า¹⁸ เพื่อให้ผู้ตรวจเห็นถึงภาพรวมของขอบเขตคำตอบที่เราจะอธิบายทั้งหมด

ต่อมาในส่วนของการอธิบาย สำหรับย่อหน้าที่สองคือ ให้ผู้สอบอธิบายถ้อยคำหลักคำแรกในคำถาม และสำหรับย่อหน้าที่สามคือ ให้ผู้สอบอธิบายถ้อยคำหลักคำที่สองในคำถาม¹⁹ ซึ่งเป็นการอธิบายว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายอย่างไร โดยควรยกตัวอย่างประกอบด้วย เพื่อให้คำตอบมีความสมบูรณ์และชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้สอบมีความเข้าใจในประเด็นที่ถามได้เป็นอย่างดี

¹⁶ พลภวิชัย พันธุ์คำเกิด และวรัญญา ตรงพิสุทธศักดิ์, *คู่มือวางแผนการสอบและหลักการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ในระดับนิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา พร้อมการเตรียมตัวศึกษาต่อระดับนิติศาสตรมหาบัณฑิตในต่างประเทศ*, หน้า 246.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 60.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

¹⁹ เรื่องเดียวกัน

และสำหรับย่อหน้าที่สี่คือ ส่วนของการวิเคราะห์และตอบคำถาม ซึ่งหากเป็นข้อสอบในลักษณะที่เป็นข้อสอบเปรียบเทียบ ผู้สอบจะต้องอ่านคำถามอย่างรอบคอบว่าคำถามให้เปรียบเทียบในเรื่องใดหรือประเด็นใด เนื่องจากการให้เปรียบเทียบนั้นมีทั้งให้เปรียบเทียบความเหมือน (compare) และความต่าง (contrast) แต่อย่างไรก็ดี การเขียนตอบในส่วนนี้ หากเป็นการเปรียบเทียบที่มีหลายประเด็น ให้ผู้สอบขึ้นย่อหน้าใหม่ทุกครั้งเมื่อต้องการที่จะขึ้นประเด็นใหม่ และผู้สอบควรเขียนประโยคหลัก (main idea) ไว้ตั้งแต่ประโยคแรกของย่อหน้าเลยว่า ผู้สอบจะเขียนตอบและอธิบายเรื่องอะไร²⁰ โดยผู้เขียนได้ให้เหตุผลว่า การเขียนตอบเช่นนี้จะทำให้ง่ายต่อการตรวจข้อสอบ และเป็นการแสดงให้ผู้ตรวจเห็นว่างานเขียนของผู้สอบมีประเด็นที่ชัดเจนนั่นเอง

นอกจากเนื้อหาทั้ง 3 ส่วนแล้ว สิ่งสำคัญในการเขียนตอบข้อสอบบรรยายก็คือ การยกตัวอย่างโดยไม่คำนึงว่าในคำถามจะมีการให้ยกตัวอย่างหรือไม่ ให้ผู้สอบเขียนตอบและยกตัวอย่างด้วยเสมอ เพื่อเป็นการสนับสนุนคำตอบที่ผู้สอบได้เขียนมา ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายว่าการยกตัวอย่างประกอบนั้นจะทำให้ผู้ตรวจเข้าใจว่า ผู้สอบเข้าใจเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ จริง ๆ ไม่ใช่เพียงแค่จดจำเนื้อหาของเรื่องนั้น ๆ มาสอบเท่านั้น²¹ แต่มีข้อควรระมัดระวังว่าตัวอย่างนั้นจะต้องเป็นตัวอย่างที่สอดคล้องกับเนื้อหาที่กำลังอธิบายอยู่ด้วย

จากการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในระดับปริญญาตรีทั้งสามวิชาที่ผู้แนะนำได้หยิบยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างให้แก่ผู้อ่าน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา และกฎหมายมหาชน จะสังเกตได้ว่าการเขียนตอบข้อสอบในแต่ละรายวิชานั้นมีทั้งจุดที่เหมือนและจุดที่แตกต่างกันออกไป แต่สิ่งสำคัญในการเขียนตอบคือ การวางแผนความคิดก่อนที่จะเขียนตอบอย่างรอบคอบ และมีเทคนิคที่ดีในการเขียนตอบข้อสอบ ซึ่งในหนังสือเล่มนี้ผู้เขียนก็ได้สอดแทรกเทคนิคการเขียนตอบข้อสอบให้ได้คะแนนดีอยู่ในหลายส่วน แต่อย่างไรก็ดี การที่จะเขียนตอบข้อสอบให้สื่อสารหลักกฎหมายออกมาได้ดีนั้นก็ต้องผ่านการฝึกฝนเขียนตอบมาอย่างสม่ำเสมอด้วยเช่นกัน

และเนื่องจากบทที่ 3 เป็นส่วนของคำถามคำตอบที่สงสัยเกี่ยวกับการเขียนตอบข้อสอบ ซึ่งผู้แนะนำเห็นว่ามีความน่าสนใจและเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่าน ผู้แนะนำจึงขอหยิบยกบางคำถามคำตอบมาเป็นตัวอย่าง ดังนี้

คำถามแรกที่ผู้แนะนำเห็นว่ามีความสำคัญมากในการเขียนตอบข้อสอบคือ เขียนตอบอย่างไรไม่ให้ทวน ซึ่งผู้เขียนได้ให้คำตอบว่า เมื่อการเขียนตอบคือการถ่ายทอดความคิดออกมา ดังนั้น ความคิดที่เป็นระบบจะทำให้การเขียนตอบเป็นระบบ และการเขียนที่เป็นระบบย่อมต้องวางโครงและลำดับความคิดในการเขียน โดยผู้เขียนได้นำการเขียนตอบไป

²⁰ เรื่องเดียวกัน

²¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 62.

เปรียบเทียบกับการทำงานวิจัยวิชาคณิตศาสตร์ที่ผู้สอบต้องแสดงกระบวนการคิดแสดงเหตุผลว่าทำไมถึงได้คำตอบนี้มา ถ้ากระบวนการคิดถูก แม้พื้นฐานคำตอบผิดก็ยังคงสมควรได้คะแนน ต่างจากกรณีที่ผู้สอบตอบแบบพื้นฐานถูกแต่ไม่มีกระบวนการคิดเลยเป็นเรื่องของการเดาถูกไม่สมควรได้คะแนน²²

และคำถามสุดท้ายที่ผู้แนะนำเลือกมาเป็นตัวอย่างคือ เกร็ดเล็กเกร็ดน้อยเกี่ยวกับลายมือเพื่อให้เขียนให้ได้คะแนนดี ผู้เขียนได้ให้คำตอบโดยการอธิบายว่า ส่วนใหญ่ท่านอาจารย์ผู้ตรวจเป็นผู้ทรงความรู้ผ่านชีวิตและผ่านการใช้สายตามามาก ดังนั้น จึงอย่าทรมานท่านด้วยการเขียนตัวเล็ก ๆ ซึ่งในกรณีนี้แก้ไขได้อย่างง่ายโดยการใช้อปากกาเส้นหนา ๆ และเขียนตัวใหญ่ ๆ นอกจากนี้ หากเป็นกรณีที่กระดาษคำตอบดูสกรปรกจนไม่อาจอ่านให้เข้าใจในคำตอบได้ ผู้ตรวจจะไม่อยากอ่าน ส่วนเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยข้อสุดท้ายคือ ผู้สอบควรขึ้นย่อหน้าใหม่เสมอเมื่อขึ้นประเด็นใหม่ จำไว้ว่า ไม่ว่าผู้สอบจะเขียนดีเพียงใด หากอาจารย์อ่านไม่ออกแล้ว ก็เหมือนท่านบอกกรีก แต่อีกฝ่ายไม่ได้ยิน²³ ผู้แนะนำเลือกคำถามนี้มาเพราะเห็นว่าเรื่องลายมือนั้นเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในการเขียนตอบข้อสอบ แต่หลาย ๆ คนมักมองข้ามไป รวมถึงผู้แนะนำเคยมีประสบการณ์เกี่ยวกับเรื่องของลายมือ ซึ่งผู้แนะนำได้อ่านทบทวนคำตอบของตัวเองที่รีบเขียนตอบข้อสอบในห้องสอบ แต่ผู้แนะนำอ่านลายมือของตัวเองไม่ออก เนื่องจากผู้แนะนำลายมือไม่สวยและเขียนตัวเล็ก ประกอบกับการที่ต้องเขียนในสภาวะที่มีเวลามากด้นนั้นจึงเป็นจุดที่ทำให้ผู้แนะนำคิดว่าขนาดเรายังอ่านลายมือที่เราเป็นคนเขียนเองไม่ออก แล้วผู้ตรวจจะอ่านคำตอบที่เราเขียนออกได้อย่างไร และหลังจากนั้นผู้แนะนำก็ต้องพยายามฝึกเขียนให้ตัวใหญ่และอ่านง่ายขึ้น ผู้แนะนำคิดว่าคำถามนี้คงเป็นคำถามที่ทำให้ผู้อ่านหันมาตระหนักถึงลายมือของตัวเองมากขึ้น เพราะนอกจากจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ตรวจแล้ว ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อผู้สอบเองด้วย และในการตอบคำถามข้อนี้ของผู้เขียนยังทำให้เห็นถึงการมีอารมณ์ขันของผู้เขียนอีกด้วย ซึ่งทำให้หนังสือเล่มนี้ดูมีสีสันและน่าอ่านมากยิ่งขึ้น

นอกจากตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องในระดับชั้นปริญญาตรี และเทคนิคที่น่าสนใจต่าง ๆ ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ไปจนถึงคำถามคำตอบเกี่ยวกับการเขียนตอบที่ผู้แนะนำหยิบยกมาเป็นตัวอย่างให้แก่ผู้อ่านดังที่กล่าวไปแล้ว ผู้เขียนก็ยังได้อธิบายถึงเทคนิค ข้อสังเกต และข้อพึงระวังในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายในระดับชั้นอื่น ๆ รวมถึงการรวบรวมถ้อยคำที่มักเขียนผิดในการเขียนตอบข้อสอบ และภาพตัวอย่างการเขียนตอบที่ไม่สมบูรณ์ เพื่อให้ผู้อ่านได้ศึกษาและเห็นภาพได้อย่างชัดเจน นอกจากนี้ยังมีเกมบิงโกเกี่ยวกับถ้อยคำที่เขียนไม่ถูกต้อง เพื่อเป็นกิจกรรมที่สร้างความสนุกสนานและสอดแทรกความรู้ให้แก่ผู้อ่านอีกด้วย ทั้งนี้ สารบัญในหนังสือเล่มนี้ได้มีการแบ่งหมวดหมู่เป็น

²² เรื่องเดียวกัน, หน้า 155.

²³ เรื่องเดียวกัน

ระดับชั้นและรายวิชาอย่างชัดเจน ทำให้ง่ายต่อการค้นหาในเนื้อหาที่สนใจได้โดยง่าย และเนื่องด้วยผู้เขียนเป็นผู้ที่มีประสบการณ์การเป็นอาจารย์ที่ได้อ่านการเขียนตอบข้อสอบของผู้สอบมามากมาย ตลอดจนประสบการณ์จากการสอนโครงการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายระดับเนติบัณฑิต อันเป็นเครื่องยืนยันได้ว่าหนังสือเล่มนี้มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเขียนตอบข้อสอบอย่างครบถ้วน นอกจากนี้ ผู้เขียนยังใช้ภาษาที่อ่านง่ายและเป็นกันเอง ประกอบกับการมีอารมณ์ขันของผู้เขียนที่ทำให้ผู้อ่านเพลิดเพลินและสนุกสนานไปกับการอ่านและยังได้รับความรู้เกี่ยวกับการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายอีกมากมาย แต่อย่างไรก็ดี หนังสือเล่มนี้ได้นำเสนอในรูปแบบของการยกตัวอย่างข้อสอบบางประเภท หรือข้อสอบในบางรายวิชา เพื่อให้เห็นจุดที่ไม่ถูกต้องและถูกต้องเฉพาะข้อสอบในประเด็นนั้น ๆ เท่านั้น ทำให้ผู้อ่านไม่เห็นตัวอย่างข้อสอบประเภทอื่น ๆ หรือรายวิชาอื่น ๆ อย่างครบถ้วน และผู้แนะนำหวังว่าหากมีการพิมพ์ในครั้งต่อ ๆ ไป ผู้เขียนจะเพิ่มตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายให้เห็นเป็นตัวอย่างครบถ้วนมากยิ่งขึ้น

โดยสรุปแล้ว ผู้แนะนำชื่นชอบและขอเชิญชวนให้ผู้เตรียมสอบกฎหมายในระดับชั้นปริญญาตรี เนติบัณฑิต อัยการผู้ช่วย และผู้ช่วยผู้พิพากษา ได้อ่านหนังสือเล่มนี้ เนื่องจากหนังสือเล่มนี้ได้รวบรวมตัวอย่างการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายทั้งที่ติงามและไม่ควรเอาเป็นเยี่ยงอย่าง อีกทั้งยังมีเทคนิคในการเขียนตอบข้อสอบ และตัวอย่างคำถามคำตอบที่น่าสนใจมากมายที่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ในการเขียนตอบข้อสอบกฎหมาย ซึ่งนอกจากจะทำให้ผู้อ่านได้รับความรู้เกี่ยวกับการเขียนตอบข้อสอบแล้ว ผู้อ่านยังได้ความสนุกเพลิดเพลินจากเทคนิคการเขียนที่สอดแทรกอารมณ์ขันของผู้เขียนด้วย และเมื่อผู้แนะนำได้อ่านเนื้อหาทั้งหมดแล้ว ผู้แนะนำก็ไม่แปลกใจเลยว่าเพราะเหตุใดหนังสือเล่มนี้จึงมียอดสั่งจองในเว็บไซต์ซื้อขายหนังสือกฎหมายอย่างล้นหลาม จนทำให้มีการตีพิมพ์มาจนถึงครั้งที่ 4 และจำหน่ายหนังสือหมดในระยะเวลาอันรวดเร็ว

ด้วยเหตุนี้ หนังสือ “คนที่ไม่ใช่ เขียนตอบอะไรก็ผิด” เขียนโดย นันทัช กิจรานันทน และเทียนศิริ บุญโชควิฑูร จึงถือได้ว่าเป็นหนังสือที่ครบเครื่องเรื่องการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายอย่างแท้จริง ควรค่าแก่การจับจองเป็นเจ้าของหนังสือเล่มนี้

หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน

Fundamentals of Public Law

ชรินทร์ อินทรปัญญา

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Chanin Intarpanya

Lecturer in Public Law,
School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 8 กันยายน 2563

วันที่แก้ไขบทความ 28 กันยายน 2563

วันที่ตอบรับบทความ 2 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

ตำรา “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน” เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เป็นตำราที่เกิดจากการที่ผู้เขียนได้บรรยายวิชา “หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน” ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาตั้งแต่ พ.ศ. 2539 จนถึงปัจจุบัน และมีการถอดเทปคำบรรยายจนกลายเป็นตำราที่มีการเรียบเรียงเนื้อหาอย่างเป็นระบบระเบียบ ตำราฉบับนี้เหมาะสมแก่ผู้อ่านที่มีความสนใจในรายละเอียดทางวิชาการที่ลึกซึ้งของกฎหมายมหาชน และแม้ว่าผู้อ่านจะไม่ได้สนใจกฎหมายมหาชนมากเท่าไรนัก แต่ก็สามารถเลือกอ่านเฉพาะหัวข้อที่ผู้อ่านสนใจได้ ยิ่งไปกว่านั้น ตำราฉบับนี้จะมีคุณค่ามหาศาลแก่ผู้อ่านในการนำไปใช้ประโยชน์แก่ผู้อ่านที่กำลังศึกษาวิชากฎหมายมหาชน ผู้อ่านที่ต้องใช้องค์ความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชนในการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเข้ารับราชการ และผู้อ่านที่ทำงานเกี่ยวข้องกับกฎหมายมหาชน ทั้งในองค์กรภาครัฐและองค์กรภาคเอกชน

คำสำคัญ: กฎหมายมหาชน, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน, วิชากฎหมายมหาชน, องค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชน

Abstract

The textbook “Fundamentals of Public Law”, written by Professor Dr. Kriengkrai Charoenthanavat, is a textbook as a result of the author’s lecture on the subject “General Principles of Public Law” at the Faculty of Law, Chulalongkorn University since 1996 until the present, and the lecture tapes have been transcribed until it becomes a textbook with a systematic arrangement of contents. This textbook is suitable for readers who are interested in the deep academic details of public law. Although the readers are not very interested in public law, they can choose to read only the topics in their areas of interests. Moreover, this textbook will be of great value to readers in the usefulness of readers studying Public Law, readers who have to use of Public Law in the competitive examinations for entering government organization and readers who work in public and private sectors.

Keywords: public law, fundamentals of public law, general principles of public law, public law, knowledge of public law

ชื่อหนังสือ: หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน

ผู้เขียน: ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

ครั้งที่พิมพ์: พิมพ์ครั้งที่ 6

เดือนและปีที่พิมพ์: กรกฎาคม 2563

ขนาด: 18.5×26 ซม.

จำนวนหน้า: 568 หน้า

ราคา: 540 บาท

จัดพิมพ์โดย: สำนักพิมพ์วิญญูชน

ISBN: 978-616-269-922-1



การศึกษานิติศาสตร์หรือกฎหมายในสถาบันอุดมศึกษาต่าง ๆ ของประเทศไทยนั้น หากจะแบ่งแยกสาขากฎหมายหลักแล้ว สามารถแบ่งแยกสาขากฎหมายหลักออกเป็น 4 สาขา ได้แก่ กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายมหาชน ซึ่งประเทศไทยในปัจจุบันนี้นับว่ามีนักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายที่ถือกำเนิดขึ้นมาใหม่หลายคน ได้ให้ความสนใจกับกฎหมายมหาชนมากยิ่งขึ้นเรื่อยมา จึงปฏิเสธไม่ได้ว่าประเทศไทยในปัจจุบันนี้นั้น กฎหมายมหาชนถือว่ามีค่าสำคัญไม่น้อยกว่ากฎหมายสาขาอื่น ดังนั้น นักศึกษากฎหมายและนักกฎหมายที่มีความสนใจและมีความคิดริเริ่มที่จะทำการศึกษากฎหมายมหาชน จึงควรทำการศึกษากฎหมายมหาชนเบื้องต้นหรือหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนเสียก่อน ซึ่งตำราที่ไม่ควรพลาดแก่การศึกษาคือ “**หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**” โดยมีศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ เป็นผู้เขียนตำราฉบับนี้

ผู้เขียนเป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยสำเร็จการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (ปริญญาตรี) และนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ปริญญาโท) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (ปริญญาเอก) ประกอบกับประกาศนียบัตรการศึกษากฎหมายมหาชน

มหาวิทยาลัยโรแบร์ ชูมอง เมืองสทราซบูร์ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งผู้เขียนตำราฉบับดังกล่าวข้างต้นนั้นเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนที่ได้สอนวิชาหลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครองฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมือง รัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองขั้นสูง และกฎหมายว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพเปรียบเทียบ นอกจากนี้ ยังมีผลงานทางวิชาการอื่น ๆ อีกหลายด้านอย่างแพร่หลาย ไม่ว่าจะเป็นงานวิจัย บทความ และตำราเรียนต่าง ๆ อีกมากมาย ตลอดจนเป็นผู้ทรงคุณวุฒิในแวดวงวิชาการนิติศาสตร์ไทยมาโดยตลอดอีกด้วย จึงมีอาจปฏิเสธได้ว่า ผู้เขียนเป็นบุคคลผู้เชี่ยวชาญและเป็นบุคคลสำคัญของแวดวงกฎหมายมหาชนท่านหนึ่งของประเทศไทย และเป็นผู้มีความรู้ความสามารถอย่างแตกฉานในเนื้อหาสาระของตำราฉบับดังกล่าวข้างต้นเป็นอย่างยิ่ง

ตำรา “หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน” ฉบับนี้เกิดขึ้นจากการที่ผู้เขียนได้บรรยายวิชา “หลักทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน” ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มาตั้งแต่ พ.ศ. 2539 จนถึงปัจจุบัน โดยใน พ.ศ. 2549 ผู้เขียนรับเอกสารการถอดเทปคำบรรยายในรายวิชาดังกล่าวและนำมาปรับปรุงให้เป็นระบบระเบียบ ตลอดจนค้นคว้าเพิ่มเติมที่ละเอียดถี่ถ้วนจนแล้วเสร็จบริบูรณ์ในปลายปี พ.ศ. 2554 จากนั้นตำราฉบับนี้จึงได้มีการจัดพิมพ์และจำหน่ายโดยสำนักพิมพ์วิญญูชนเมื่อ พ.ศ. 2555 เป็นครั้งแรก และได้มีการแก้ไขปรับปรุงเนื้อหาให้มีความสอดคล้องกับกาลเวลามาโดยตลอด จนกระทั่งมีการจัดพิมพ์ครั้งที่ 6 ในเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2563

เนื้อหาสาระโดยภาพรวมของตำราฉบับนี้จะเป็นการอธิบายถึงความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน ซึ่งผู้อ่านสามารถศึกษาหาความรู้ได้ตั้งแต่ “ความเป็นมาของกฎหมายมหาชน” ว่ามีพัฒนาการทางประวัติศาสตร์อย่างไรบ้าง จนกลายมาเป็นกฎหมายมหาชนเช่นทุกวันนี้ โดยมีการแบ่งยุคสมัยในพัฒนาการของกฎหมายมหาชนได้อย่างชัดเจนและเข้าใจง่าย พร้อมทั้งยังสามารถศึกษาถึงการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนได้ด้วย อีกทั้งผู้อ่านยังสามารถศึกษาหาความรู้ในเรื่องของ “ทฤษฎีและแนวคิดของกฎหมายมหาชน” ว่าในแง่เนื้อหาสาระของกฎหมายมหาชนนั้นมีแนวคิด ทฤษฎี และหลักการของกฎหมายมหาชนที่สำคัญอะไรบ้าง เช่น ทฤษฎีว่าด้วยการกำเนิดรัฐ แนวคิดและหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นต้น ตลอดจนผู้อ่านสามารถศึกษาหาความรู้ได้ในเรื่อง “ที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายมหาชน” โดยผู้เขียนได้จำแนกเป็น 2 ประเภท คือ 1) บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษร และ 2) บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในส่วนนี้จะเป็นเนื้อหาสาระที่มีความละเอียดเป็นอย่างยิ่ง โดยจะเป็นการทำให้ผู้อ่านเข้าใจถึงเนื้อหาสาระของความเป็นกฎหมายมหาชนได้เป็นอย่างดี ทั้งนี้ หากผู้อ่านที่ไม่ใช่ นักกฎหมายก็ย่อมสามารถทำการศึกษาดังกล่าวได้ด้วยเช่นกัน โดยสามารถเลือกอ่านเฉพาะในส่วนที่ตนสนใจ เนื่องจาก

ตำราฉบับนี้มีการจำแนกเนื้อหาของกฎหมายมหาชนไว้อย่างชัดเจน โดยสามารถดูได้จากสารบัญชี่ที่มีการจำแนกหัวข้อและเนื้อหาที่ไม่สลับซับซ้อน

ตำราฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่ละเอียดเป็นอย่างดี โดยพบเห็นได้จากการที่ตำราจะมีความหนาถึง 568 หน้า และประการสำคัญคือ สารบัญญจะมีความละเอียดถึง 8 หน้า ประกอบด้วยปฐมบท ภาค 1 (บทที่ 1) ภาค 2 (บทที่ 2) ภาค 3 (บทที่ 3-11) และปัจฉิมบท ซึ่งในสารบัญญจะมีการแตกหัวข้อย่อยที่ครอบคลุมและละเอียดรอบคอบมาก แต่ในการแตกหัวข้อย่อยที่ละเอียดนั้นก็ไม่ได้สร้างความสับสนให้แก่ผู้อ่านแต่อย่างใด และยังเป็นการสร้างความเข้าใจในการจดจำแก่ผู้อ่านได้เป็นอย่างดีอีกด้วย โดยเนื้อหาสาระภายในตำราฉบับนี้สามารถอธิบายถึงสาระสำคัญโดยสังเขปที่ไล่เรียงตามสารบัญญได้ดังนี้

ปฐมบท (หน้า 19-20) ผู้เขียนได้เริ่มจากการกล่าวถึง “ความสัมพันธ์ทางสังคมที่หลากหลายระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง” ตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบัน โดยความสัมพันธ์ทางสังคมของมนุษย์นั้นหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องเกิดความขัดแย้ง และเพื่อลดหรือขจัดมิให้เกิดความขัดแย้ง ประกอบกับเพื่อเป็นการสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม สังคมจึงต้องมีการสร้างกรอบกติกาที่เรียกว่า “กฎหมาย” เกิดขึ้น และผู้เขียนได้อธิบายต่อว่า กฎหมายที่ได้กำหนดความสัมพันธ์ทางสังคมในแง่ระหว่างผู้ปกครองกับผู้อยู่ใต้การปกครองนั้นก็คือ “กฎหมายมหาชน” อันเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ทางการเมืองและการปกครองทุกประเภทที่ดำรงอยู่ระหว่างรัฐกับพลเมือง ซึ่งกฎหมายมหาชนได้มีพัฒนาการโดยปรากฏเป็นความคิดทางกฎหมายที่ยังไม่ได้นำมาปฏิบัติใช้อย่างจริงจังตั้งแต่สมัยโรมัน จากนั้นผู้เขียนได้กล่าวถึงในราวศตวรรษที่ 18-19 ซึ่งกฎหมายมหาชนได้ถูกพัฒนาและนำมาใช้อย่างจริงจังจากการเปลี่ยนแปลงของการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่อำนาจผูกขาดอยู่กับกษัตริย์และมีการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจได้ยาก จึงเกิดแนวคิดในการต่อต้านระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และมีการเปลี่ยนแปลงแนวคิดไปในทิศทางที่ว่า การใช้อำนาจของผู้ปกครองจะต้องมีการควบคุมและตรวจสอบได้ ไม่ว่าจะใครก็ตามจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของกฎหมาย กฎหมายมหาชนจึงเริ่มมีการนำมาใช้อย่างจริงจังไปพร้อมกับการสร้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งในส่วนปฐมบทที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้นั้น ถือเป็น การกล่าวเกริ่นนำในการพาผู้อ่านเข้าสู่บทเรียนในการเริ่มต้นทำความเข้าใจและศึกษาเล่าเรียนกฎหมายมหาชนได้อย่างกระจ่างชัด มีการยกตัวอย่างและบอกเล่ารายละเอียดถึงพัฒนาการของกฎหมายมหาชนว่ามีความเป็นมาอย่างไรโดยสังเขปและเข้าใจง่าย และเป็นการดึงดูดความสนใจให้แก่ผู้อ่านในการศึกษากฎหมายมหาชนในภาคและบทตามลำดับต่อไป

ภาค 1 ความเป็นมาของกฎหมายมหาชน (หน้า 21-68) ภาพรวมของภาคนี้เป็นการอธิบายถึงพัฒนาการของกฎหมายมหาชน กล่าวคือ ผู้เขียนได้เริ่มต้นถึงการสร้างความรู้ความเข้าใจให้แก่ผู้อ่านด้วยการอธิบายของความหมายของกฎหมายมหาชน ต่อจากนั้นจึงอธิบายถึง

จุดกำเนิดของกฎหมายมหาชนนั้นมีความเป็นมาอย่างไร โดยผู้เขียนจะอธิบายอย่างละเอียด โดยอาศัยหลักเกณฑ์ในการบ่งชี้ให้เห็นถึงพัฒนาการของกฎหมายมหาชนตามยุคสมัยตั้งแต่อดีต มาจนถึงปัจจุบัน และลำดับถัดไปคือ อธิบายถึงการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมาย เอกชนโดยมีรายละเอียดของเนื้อหาสาระที่ไล่เรียงตามลำดับความคิดเพื่อให้ผู้อ่านสามารถ ทำความเข้าใจอย่างเป็นระบบ โดยในภาค 1 ได้ปรากฏรายละเอียดของบทที่ 1 ดังนี้

บทที่ 1 พัฒนาการของกฎหมายมหาชน (หน้า 23-68) ผู้เขียนได้เริ่มต้นการอธิบาย เกริ่นนำอย่างเป็นระบบเพื่อดึงดูดความสนใจให้แก่ผู้อ่านได้เข้าใจถึง**ความหมายของกฎหมายมหาชน** (หน้า 23-27) โดยแยกอธิบายความหมายของคำว่า “กฎหมาย” กับคำว่า “มหาชน” ซึ่งคำว่า “กฎหมาย” นั้นมีความหมายตามความหมายทั่วไป ความหมายตามสำนักกฎหมาย ธรรมชาติ ความหมายตามสำนักกฎหมายบ้านเมือง และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ ซึ่ง ความหมายของกฎหมายนั้นมีความหมายที่ทั้งใกล้เคียงกันและแตกต่างกันออกไป ส่วนคำว่า “มหาชน” นั้นมีความหมายตามความหมายของพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ความหมาย ตามนักคิดคนสำคัญทางกฎหมาย รวมถึงศาสตราจารย์ด้านกฎหมายคนสำคัญทั้งของประเทศไทย และต่างประเทศ จากนั้นจึงได้สรุปความหมายที่ผู้อ่านทุกคนสามารถเข้าใจและเข้าถึงได้ของคำว่า “กฎหมายมหาชน” และสะท้อนให้เห็นถึงเนื้อหาสาระและหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชน อันเป็นการถ่ายทอดความรู้ให้แก่ผู้อ่านได้มีความรู้สึกเข้าถึงความหมายที่แท้จริงของกฎหมาย มหาชนอย่างลึกซึ้ง และสร้างความเข้าใจที่เป็นระบบต่อการให้นิยามความหมายของคำว่า “กฎหมายมหาชน”

ลำดับถัดไปนั้น ผู้เขียนได้อธิบายถึง**พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในยุคต่าง ๆ** (หน้า 27-56) โดยเป็นการอธิบายพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายโรมานอ-เยอรมานิก หรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์เป็นสำคัญ ซึ่งผู้เขียนจำแนกยุคสมัยของพัฒนาการของ กฎหมายมหาชนอย่างเป็นระบบเป็นทั้งหมด 4 ยุค ได้แก่ ยุคสมัยอารยธรรมกรีก ยุคสมัยโรมัน ยุคสมัยกลาง และยุคสมัยใหม่ ซึ่งการอธิบายพัฒนาการของกฎหมายมหาชนในแต่ละยุคสมัย นั้น ผู้เขียนจะกล่าวถึงนักคิดบุคคลสำคัญที่มีชื่อเสียงและมีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมาย มหาชน และมีการอธิบายถึงแนวคิดของนักคิดแต่ละคนและแต่ละยุคสมัยอย่างละเอียดและง่าย ต่อการจดจำ อันเป็นการอธิบายที่จะทำให้ผู้อ่านเข้าถึงช่วงเวลาตาม ค.ศ. และค่อย ๆ ทำความ เข้าใจถึงความ เป็นมาที่ละขั้นตอนของการกำเนิดกฎหมายมหาชนที่ค่อย ๆ ถูกพัฒนาทาง ความคิดเรื่อยมา อีกทั้งยังมีการอธิบายถึงรายละเอียดหลักการสำคัญของกฎหมายมหาชนที่ นักกฎหมายมหาชนจะต้องทำความเข้าใจและจดจำให้ได้ ตลอดจนผู้เขียนได้สอดแทรกความรู้ ประวัติศาสตร์ของชาติตะวันตกให้แก่ผู้อ่านได้ซึมซับอยู่ตลอดเวลาการอ่าน ซึ่งจะลบล้าง ความคิดของผู้อ่านที่มีความเบื่อหน่ายในการอ่านตำรากฎหมายได้เป็นอย่างดี

ลำดับสุดท้ายของบทที่ 1 คือ ผู้เขียนได้อธิบายถึงการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน (หน้า 56-68) ซึ่งผู้เขียนได้เริ่มต้นจากการสร้างความเข้าใจให้แก่ผู้อ่านด้วยการอธิบายถึง “แนวคิดในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน” โดยแสดงให้เห็นว่าการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนนั้นมีทฤษฎีอะไรบ้างที่สามารถนำมาแบ่งแยกให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน พร้อมกับอธิบายถึง “หลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน” เพื่อให้ผู้อ่านสามารถจำแนกได้ว่ากฎหมายใดเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายใดเป็นกฎหมายเอกชน และผู้เขียนได้อธิบายโดยมีตารางภาพเพื่อเปรียบเทียบหลักเกณฑ์ในการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน พร้อมกับอธิบายอย่างละเอียดลึกซึ้งและมีการยกตัวอย่างที่ชัดเจนและง่ายต่อการจดจำ อีกทั้งผู้เขียนยังอธิบายให้เห็นถึง “ข้อยกเว้นของหลักการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน” ซึ่งในบางกรณีนั้นไม่สามารถที่จะนำหลักเกณฑ์ทุกหลักเกณฑ์มาแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนได้อย่างเด็ดขาด ตลอดจนผู้อ่านจะได้ทราบถึง “ประโยชน์ของการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน” ในแง่มุมต่าง ๆ ที่มีความหลากหลายในสังคมปัจจุบัน และผู้อ่านจะเข้าใจอย่างลึกซึ้ง พร้อมกับสามารถตั้งคำถามและตอบคำถามตามแนวคิดและเหตุผลของตนเองได้ใน “การแบ่งสาขาของกฎหมายมหาชน” เนื่องจากผู้เขียนมิได้อธิบายเพียงเนื้อหาสาระในการแบ่งสาขาของกฎหมายมหาชนตามแนวคิดของประเทศที่ผู้เขียนได้สำเร็จการศึกษาเท่านั้น แต่ผู้เขียนยังได้อธิบายถึงแนวคิดของประเทศที่มีการแบ่งสาขาของกฎหมายมหาชนของประเทศอื่นที่มีความสำคัญต่อกฎหมายมหาชนของประเทศไทยด้วย ซึ่งจะทำให้ผู้อ่านได้ทราบถึงแง่มุมที่หลากหลายทางด้านวิชาการของกฎหมายมหาชนในสากลโลกอีกด้วย

ภาค 2 ทฤษฎีและแนวความคิดกฎหมายมหาชน (หน้า 69-174) ภาพรวมของภาคนี้เป็นการอธิบายถึงทฤษฎีและแนวความคิดของกฎหมายมหาชน ซึ่งในทางวิชาการของกฎหมายมหาชนแล้วจะมีทฤษฎีและแนวความคิดนานาประการ โดยตำราฉบับนี้ ผู้เขียนได้อธิบายถึงทฤษฎีและแนวความคิดพื้นฐานที่นักกฎหมายมหาชนต้องเรียนรู้และจดจำให้ได้ เพราะเป็นสิ่งสำคัญที่จะต้องศึกษา ในฐานะที่เป็นฐานเบื้องต้นที่จะทำให้เข้าใจถึงแก่นสำคัญของกฎหมายมหาชน เช่น การจะเข้าใจถึง “อำนาจ” จำต้องมีองค์ความรู้เรื่อง “รัฐ” หรือการจะเข้าใจถึง “การตรวจสอบอำนาจ” จำต้องมีองค์ความรู้เรื่อง “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” หรือการจะเข้าใจถึง “กฎหมายในระบอบประชาธิปไตย” จำต้องมีองค์ความรู้เรื่อง “ทฤษฎีสัญญาประชาคม” เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนได้จัดลำดับและไล่เรียงทฤษฎีแนวความคิดกฎหมายมหาชนอย่างเป็นระบบ เพื่อให้ผู้อ่านได้ค่อย ๆ ทำความเข้าใจในทฤษฎีและแนวความคิดของกฎหมายมหาชนโดยไม่ต้องวิตกกังวลว่าจะได้รับการถ่ายทอดความรู้ที่กระจัดกระจาย โดยในภาค 2 ได้ปรากฏรายละเอียดของบทที่ 2 ดังนี้

บทที่ 2 ทฤษฎีและแนวความคิดกฎหมายมหาชนที่สำคัญ (หน้า 71-174) ผู้เขียนได้เริ่มต้นด้วยการอธิบายถึงทฤษฎีว่าด้วย “รัฐ” (หน้า 71-76) โดยตั้งคำถามว่า รัฐคืออะไร มีที่มาอย่างไร ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนเป็นอย่างไร และการตั้งคำถามนี้ได้ตั้งอยู่บนฐานของรัฐสมัยใหม่ จากนั้นผู้เขียนจึงได้อธิบายความเป็นมาตั้งแต่จุดเริ่มต้นของรัฐและการเป็นรัฐมาจนถึงปัจจุบันที่เป็นรัฐสมัยใหม่ มีการอธิบายถึงความหมายของรัฐในหลายแง่มุม เพื่อให้ผู้อ่านได้สามารถเข้าถึงความหมายในหลายบริบทที่แต่ละยุคสมัยให้ความหมายของรัฐไว้ และประการสำคัญคือ ผู้เขียนได้อธิบายถึงแนวคิดของนิโคโล แมคเคียเวลลี กับทฤษฎีว่าด้วยรัฐ ซึ่งเป็นนักคิดผู้บุกเบิกคำว่า “รัฐ” ให้เป็นที่รู้จักกับรัฐสมัยใหม่และเป็นเจ้าของแนวคิดที่ว่าด้วยเหตุผลของรัฐ อันเป็นแนวคิดที่ได้รับการศึกษาอย่างแพร่หลายในแวดวงวิชาการ นิเทศศาสตร์และรัฐศาสตร์ จึงสะท้อนให้เห็นว่า ผู้อ่านจะได้รับประโยชน์ด้านวิชาการทั้งในแง่ นิเทศศาสตร์และรัฐศาสตร์ด้วย

จุดเชื่อมโยงจากการอธิบายของผู้เขียนข้างต้นได้นำพามาสู่ทฤษฎีว่าด้วยการกำเนิดรัฐ (หน้า 76-90) โดยผู้เขียนได้ตั้งคำถามว่า รัฐเกิดขึ้นได้อย่างไร ความสัมพันธ์ของอำนาจภายในรัฐนั้นเป็นเช่นไร ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายแจ่มแจ้งด้วยการยึดแนวคิดของนักคิดและนักปรัชญาที่มีบทบาทสำคัญต่อกฎหมายมหาชน ได้แก่ โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) จอห์น ล็อก (John Locke) ฌ็อง ฌัก รูสโซ (Jean-Jacques Rousseau) มงเตสกีเออ (Montesquieu) เฮเกล (Hegel) มาร์กซ์ (Marx) โมริส โฮอร์อิอู (Maurice Hauriou) และลีอง ดูกีต์ (Léon Duguit) การอธิบายถึงการเกิดขึ้นของรัฐและความสัมพันธ์ของอำนาจภายในรัฐในตำราฉบับนี้ถือว่ามี การจัดเรียงลำดับความคิดในการถ่ายทอดให้ผู้อ่านสามารถลำดับความคิดในการเข้าถึงรายละเอียดของทฤษฎีที่มีความซับซ้อนของกฎหมายมหาชนได้อย่างง่ายและลึกซึ้ง เนื่องจากการเข้าใจถึงแนวคิดและทฤษฎีของนักคิดและนักปรัชญาแต่ละคนจะทำให้ผู้อ่านมีจุดยึดเหนี่ยวในการจดจำว่านักคิดคนใดมีแนวคิดและอธิบายทฤษฎีทางกฎหมายมหาชนอย่างไร ประกอบกับผู้เขียนได้อธิบายด้วยวิธีการใช้ภาพแผนที่ความคิด (mind map) เพื่อช่วยผู้อ่านได้เข้าใจและจดจำได้ดียิ่งขึ้น

ลำดับต่อไปนั้น ผู้เขียนได้อธิบายถึงแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (หน้า 90-104) ซึ่งมีจุดเชื่อมโยงต่อจากทฤษฎีก่อนหน้านี้ โดยมีการอธิบายไล่เรียงและสอดแทรกประวัติศาสตร์ตั้งแต่จุดเริ่มต้นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของพระเจ้า เป็นของพระมหากษัตริย์ เป็นของปวงชน เป็นของชาติ และอำนาจสูงสุดเป็นของรัฐสภา โดยในการอธิบายเรื่องอำนาจอธิปไตยนั้นจะมีการกล่าวถึงนักคิดในแต่ละยุคสมัยที่มีบทบาทสำคัญของแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย มีการเปรียบเทียบแนวคิดของนักคิดแต่ละคนเพื่อให้ผู้อ่านเกิดการคิดวิเคราะห์ที่อยู่เสมอ อีกทั้งผู้อ่านจะได้รับความรู้ทางวิชาการทั้งในแง่มุมมองของต่างประเทศที่มีอิทธิพลสำคัญต่อกฎหมายมหาชนไทย จากนั้นผู้เขียนจึงอธิบายถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ (หน้า 104-117) ซึ่งมีการอธิบายตั้งแต่

ความหมาย สาระสำคัญของหลักการแบ่งแยกอำนาจ ระบบการปกครองตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ การดำรงตำแหน่งของบุคคลในแต่ละองค์กร ผู้ใช้อำนาจตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และความสัมพันธ์ของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ เนื่องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่มีความเชื่อมโยงมาจากแนวคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย โดยผู้เขียนจะจำแนกแจกจ่ายการอธิบายในแต่ละเรื่องพร้อมยกตัวอย่างให้เห็นอย่างชัดเจนเป็นรูปธรรม ตลอดจนมีการยกตัวอย่างให้สอดคล้องกับการทำความเข้าใจต่อกฎหมายที่ประกาศใช้อยู่ในประเทศไทย อันจะส่งผลให้ผู้อ่านมองเห็นภาพที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทยที่เป็นอยู่ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

จากนั้นผู้เขียนได้อธิบายถึงหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยในส่วนที่ผู้เขียนได้อธิบายถึง**หลักนิติรัฐ** (หน้า 117-135) นั้น ผู้เขียนมีเทคนิคในการอธิบายหลักดังกล่าวด้วยการจำแนกการอธิบายหลักนิติรัฐในทางทฤษฎีโดยอธิบายรายละเอียดตามแนวคิดของนักคิดที่มีบทบาทสำคัญต่อหลักนิติรัฐ พร้อมกับอธิบายถึงสาระสำคัญของหลักนิติรัฐโดยพิจารณาจากรูปแบบและเนื้อหาของหลักนิติรัฐ ซึ่งการอธิบายในลักษณะดังกล่าวจะสามารถทำให้ผู้อ่านได้เข้าใจในรายละเอียดอย่างลึกซึ้งถึงความหมายและเนื้อหาของหลักนิติรัฐทั้งในบริบทของต่างประเทศและประเทศไทยได้เป็นอย่างดี พร้อมกับมีการยกตัวอย่างให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมสอดคล้องกับกฎหมายที่ประกาศใช้ในประเทศไทย ต่อจากนั้นผู้เขียนได้อธิบายถึง**หลักความชอบด้วยกฎหมาย** (หน้า 135-141) ที่เกิดขึ้นต่อเนื่องจากหลักนิติรัฐ โดยมีการกล่าวถึงพัฒนาการของหลักดังกล่าวพร้อมกับมีแผนที่ความคิด (mind map) ประกอบการอธิบายเพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจอีกด้วย ทั้งยังแจกแจงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ และผู้เขียนได้อธิบายถึง**หลักความเสมอภาค** (หน้า 141-153) ที่เป็นหลักการพื้นฐานของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นหลักการพื้นฐานที่สุดก็ว่าได้ โดยมีการอธิบายพร้อมยกตัวอย่างให้สอดคล้องกับกฎหมายฉบับปัจจุบันของประเทศไทย เริ่มต้นจากการกล่าวถึงที่มาของหลักความเสมอภาคด้วยการสอดแทรกเกร็ดความรู้ทางประวัติศาสตร์ของชาติตะวันตก มีการจำแนกประเภทของหลักความเสมอภาค หลักเกณฑ์ของหลักความเสมอภาค และข้อยกเว้นของหลักความเสมอภาค ซึ่งผู้เขียนมิได้อธิบายแต่เพียงเนื้อหาในบริบทของประเทศไทยเท่านั้น แต่ผู้เขียนได้อธิบายเปรียบเทียบกับบริบทของต่างประเทศด้วย

ในท้ายที่สุดของบทที่ 2 ผู้เขียนได้อธิบายถึง**ทฤษฎีรัฐธรรมนูญนิยม** (หน้า 153-164) โดยอธิบายเชื่อมโยงจากหลักการของกฎหมายมหาชนที่ได้กล่าวมาทั้งหมดก่อนหน้านี้และมีการใช้ตารางภาพอธิบายเพื่อเป็นเทคนิคในการทำความเข้าใจให้แก่ผู้อ่าน อันเป็นการอธิบายเสริมเพิ่มเติมในหลักการทั้งหมดก่อนหน้านี้ด้วย ซึ่งจะส่งผลต่อตัวผู้อ่านให้เข้าใจในรายละเอียดอย่างลึกซึ้งมากยิ่งขึ้นในหลักการของกฎหมายมหาชน นับว่าเป็นเทคนิคของผู้เขียนที่มีความเข้าอก

เข้าใจในการศึกษากฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี ต่อมาผู้เขียนได้อธิบายถึง**หลักแห่งความได้สัดส่วน** (หน้า 163-174) ซึ่งในระบบกฎหมายมหาชนในยุโรปได้มีการยอมรับหลักการดังกล่าวกันอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน และผู้เขียนได้อธิบายโดยมีถ้อยคำในการจดจำหลักการย่อยของหลักแห่งความได้สัดส่วนอย่างชัดเจน อีกทั้งมีการยกตัวอย่างให้ผู้อ่านสามารถจดจำและเข้าใจในเนื้อหาสาระของหลักการได้อย่างดี ตลอดจนมีการสรุปอย่างกระชับและเข้าใจง่ายในหลักแห่งความได้สัดส่วน อันจะเป็นประโยชน์ต่อตัวผู้อ่านที่บางคนไม่สามารถสรุปความได้จากการอ่านตำราที่มีจำนวนหน้ามาก ๆ

ภาค 3 บ่อเกิดของกฎหมายมหาชน (หน้า 175-522) ภาพรวมของภาคนี้เป็นการอธิบายถึงบ่อเกิดของกฎหมายมหาชน ซึ่งผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นว่าการทำความเข้าใจธรรมชาติของกฎหมายนั้นมีหลายหนทาง แต่หนทางที่ผู้เขียนได้ชี้ในตำราฉบับนี้คือ การศึกษาถึงบ่อเกิดของกฎหมาย และผู้เขียนยังอธิบายต่อไปว่า หากจะเข้าใจในการศึกษาและอธิบายถึงบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทยนั้นสามารถจัดกลุ่มของบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนเป็นสองกลุ่ม ได้แก่ บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยจะปรากฏรายละเอียดในบทที่ 3-6 และบ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายมิได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร โดยจะปรากฏรายละเอียดในบทที่ 7-11 ทั้งนี้ ผู้เขียนได้มีการเกริ่นนำก่อนที่จะเริ่มต้นอธิบายในบทที่ 3-6 และในบทที่ 7-11 อย่างละเอียดและน่าสนใจ ซึ่งเป็นการอธิบายความเป็นมาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายที่ไม่ได้เป็นลายลักษณ์อักษรด้วยการสอดแทรกเกร็ดความรู้ทางประวัติศาสตร์ และมีการอธิบายเล่าเรื่องจนสามารถมองเห็นเป็นภาพได้ อันเป็นการอธิบายไล่เรียงลำดับและเป็นระบบระเบียบอย่างยิ่ง

บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

บทที่ 3 รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (หน้า 187-269) ในบทนี้อาจกล่าวได้ว่า ผู้เขียนให้ความสำคัญกับการอธิบายถึงรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นอย่างดี โดยสังเกตได้จากการที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้เป็นจำนวนเกือบ 100 หน้า และหากผู้อ่านได้ทำการศึกษาเนื้อหาของบทนี้แล้วจะพบได้ว่า ผู้เขียนได้อธิบายตั้งแต่**แนวคิดของการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ** (หน้า 188-198) ซึ่งอธิบายตามทฤษฎีบริสุทธิ์แห่งกฎหมายของฮานส์ เคลเซน ทฤษฎีสัญญาประชาคมของโทมัสฮอบส์และรุสโซ และทฤษฎีก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองของซีเอเยส์ นอกจากนี้ เนื้อหาและรูปแบบของรัฐธรรมนูญยังสามารถอธิบายความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้อีกด้วย จากนั้นจึงอธิบายถึง**ผลของการเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ** (หน้า 198-203) ซึ่งเนื้อหานี้จะแสดงให้เห็นถึงผลพวงที่รัฐธรรมนูญได้มีความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐนั้น ๆ ผู้เขียนยังคงอธิบายต่อถึงการ**แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ** (หน้า 203-217) โดยเนื้อหาที่แสดงให้เห็นถึงหลักการในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่ามีกระบวนการอย่างไร และมีวิธีการอย่างไร รวมถึงการยกเลิกรัฐธรรมนูญ (หน้า 217-221) ว่ามีวิถีทางในการยกเลิก

รัฐธรรมนูญและหากมีการยกเลิกแล้วจะส่งผลกระทบต่อระบบกฎหมายและระบบการเมืองอย่างไรบ้าง และประการสำคัญคือ ผู้เขียนให้ความสำคัญกับ**ความหมายของรัฐธรรมนูญ** (หน้า 221-225) ซึ่งจะเป็นการอธิบายความหมายในหลายบริบท เพื่อให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจถึงความหมายที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญได้อย่างลึกซึ้ง โดยผู้อ่านจะสามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบถึงความแตกต่างของความหมายของรัฐธรรมนูญได้โดยปริยาย และผู้เขียนได้อธิบายถึง**ประเภทของรัฐธรรมนูญ** (หน้า 225-238) ที่ได้อธิบายให้เห็นว่าการจำแนกประเภทของรัฐธรรมนูญในต่างประเทศกับประเทศไทยมีความแตกต่างกันอย่างไร ซึ่งอาจเป็นจุดเริ่มต้นให้ผู้อ่านตั้งข้อสังเกตในทางวิชาการกับการจำแนกประเภทของรัฐธรรมนูญในประเทศไทยได้ นอกจากนี้ยังปรากฏรายละเอียดที่ผู้เขียนได้อธิบายถึง**โครงสร้างและภารกิจของรัฐธรรมนูญ** (หน้า 238-239) และ**รัฐธรรมนูญในฐานะที่มาของสิทธิเสรีภาพ** (หน้า 239-253) ซึ่งการอธิบายของผู้เขียนจะส่งผลให้ผู้อ่านเข้าใจอย่างลึกซึ้งและละเอียดมากยิ่งขึ้นในเรื่องของความเป็นรัฐธรรมนูญและเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพที่มีความเกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ อีกทั้งยังมีการอธิบายถึง**รัฐธรรมนูญในฐานะที่มาของระบบการเมือง** (หน้า 253-255) ซึ่งนักกฎหมายมหาชนจะต้องเข้าใจด้วยว่าเนื้อหาของกฎหมายมหาชนนั้นมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับศาสตร์ทางด้านรัฐศาสตร์ อันเป็นตำราที่มีไข่เพียงการอธิบายเนื้อหาในทางนิติศาสตร์เท่านั้น และสุดท้ายนี้ผู้เขียนยังคงสอดแทรกเนื้อหาเพิ่มเติมที่มีความสัมพันธ์กับรัฐธรรมนูญคือ**กฎหมายเทียบรางวัลด้วยการสืบราชสันตติวงศ์** (หน้า 255-257) และ**กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ** (หน้า 257-269) ซึ่งผู้เขียนมีการอธิบายความเป็นมาและมีการเปรียบเทียบระหว่างบริบทของต่างประเทศกับบริบทของประเทศไทย และยังอธิบายเนื้อหาให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ประกาศใช้ในประเทศไทยในปัจจุบันด้วย

บทที่ 4 กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (หน้า 270-305) ผู้เขียนได้เกริ่นนำเพื่อให้ผู้อ่านได้เข้าใจว่า ฝ่ายนิติบัญญัติอันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจอธิปไตยโดยหลักการแบ่งแยกอำนาจนั้นมีอำนาจหน้าที่อย่างไร และฝ่ายนิติบัญญัตินั้นออกกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้อย่างไร จากนั้นผู้เขียนจึงได้นำพาผู้อ่านเข้าสู่**รากฐานของแนวคิดการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ** (หน้า 272-273) ว่ามีแนวคิดและทฤษฎีอะไรบ้างที่เป็นรากฐานของการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยผู้เขียนได้ใช้เทคนิคการอธิบายที่เริ่มจากเหตุและนำไปสู่การอธิบายถึงผล อันเป็นเทคนิคการอธิบายที่จะส่งผลให้ผู้อ่านสามารถเชื่อมต่อหลักการของกฎหมายมหาชนได้เป็นอย่างดี อีกทั้งในบริบทของประเทศไทยในการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ผู้เขียนได้อธิบายต่อไปถึง**แนวคิดในการลงปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์** (หน้า 273-276) และ**แนวคิดในการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ** (หน้า 276-278) ซึ่งจะทำให้ผู้อ่านเข้าใจบริบทของการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศไทยได้เป็นอย่างดี รวมถึง**ระบบรัฐสภา** (หน้า 278-288) ที่ผู้เขียนได้มีการจำแนกระบบรัฐสภาทั้งในบริบทของต่างประเทศและ

บริบทของประเทศไทยด้วยการสอดแทรกเกร็ดประวัติศาสตร์อันเป็นเนื้อหาที่มีความเข้มข้นและละเอียดต่อผู้อ่านที่จะทำการศึกษา ยิ่งไปกว่านั้น ผู้เขียนยังได้อธิบายถึง**ประเภทและลักษณะพิเศษของพระราชบัญญัติ** (หน้า 291) อันเป็นเนื้อหาที่สอดคล้องกับกฎหมายไทยในปัจจุบัน และกล่าวถึง**พระราชบัญญัติกับหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ** (หน้า 291-293) อันเป็นการอธิบายให้ผู้อ่านซึมซับกับการนำหลักการของกฎหมายมหาชนมาปรับใช้ให้เข้าใจในการออกพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ ตลอดจนอธิบายถึง**รูปแบบของกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพประชาชน** (หน้า 293-304) ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายไปพร้อมกับการวิเคราะห์ให้เห็นว่า การออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติไทยนั้นต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตที่รัฐธรรมนูญได้รับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนไว้ โดยมีการอธิบายและวิเคราะห์อย่างละเอียดและมีตารางเปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจน และสุดท้ายผู้เขียนได้กล่าวอธิบายถึง**กฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาในฐานะบ่อเกิดของกฎหมายมหาชน** (หน้า 304-305) ซึ่งผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายมหาชนอย่างไร โดยมีการอธิบายด้วยการยกหลักการของกฎหมายมหาชนมาสร้างความเข้าใจให้แก่ผู้อ่าน

บทที่ 5 กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร (หน้า 306-360) โดยผู้เขียนได้เกริ่นนำให้ผู้อ่านตั้งข้อสังเกตในการทำความเข้าใจถึง “กฎหมายของฝ่ายบริหาร” กับ “กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร” อันแสดงให้เห็นว่าผู้เขียนได้วิเคราะห์และสรุปให้ผู้อ่านได้เข้าใจอย่างละเอียดในการใช้ถ้อยคำทางวิชาการนิติศาสตร์อย่างลึกซึ้ง ผู้เขียนได้เริ่มอธิบายถึง**ความจำเป็นในการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร** (หน้า 307-309) โดยจะชี้ให้เห็นว่าฝ่ายบริหารนั้นมีเหตุผลประการใดบ้างที่จะต้องใช้อำนาจในการกฎหมาย ซึ่งไม่ใช่เพียงฝ่ายนิติบัญญัติฝ่ายเดียวที่จะเป็นผู้ออกกฎหมายได้ และมีการอธิบายถึง**ทฤษฎีในการตรากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหาร** (หน้า 309-315) เพราะการออกกฎหมายโดยฝ่ายบริหารนั้นจะต้องมีหลักเกณฑ์ที่มีระบบในการออกกฎหมาย และ**ประเภทของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหาร** (หน้า 316-360) ด้วยการอธิบายโดยมีจำแนกประเภทที่ชัดเจนและไล่เรียงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายว่ามีลักษณะและเนื้อหาสาระอย่างไรบ้างโดยละเอียด พร้อมทั้งมีการยกตัวอย่างจากต่างประเทศและประเทศไทย ตลอดจนมีการเปรียบเทียบให้เห็นอย่างชัดเจน ซึ่งผู้อ่านสามารถนำเนื้อหาในส่วนนี้ไปทำความเข้าใจในการทำงานหรือปรับใช้ในชีวิตประจำวันได้เป็นอย่างดีและละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น และในท้ายที่สุดนั้น ผู้เขียนได้อธิบายถึง**ลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร** (หน้า 360) โดยผู้เขียนจะเปรียบเทียบให้เห็นว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติกับกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารนั้นมีความแตกต่างและมีลำดับศักดิ์ที่สูงหรือต่ำกว่ากันอย่างไร เท่ากับว่าผู้เขียนที่ได้อธิบายเนื้อหาสาระในบทนี้มาทั้งหมดนั้น ผู้เขียนได้มีการวิเคราะห์และอธิบายโดย

ละเอียดถึงเนื้อหาสาระเกี่ยวกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายของฝ่ายบริหารมาให้อ่านได้ศึกษาและร่วมวิเคราะห์ไปด้วย

บทที่ 6 สนธิสัญญาและข้อตกลงระหว่างประเทศ (หน้า 361-379) ในบทนี้ผู้เขียนได้อธิบายโดยมุ่งพิจารณาแนวคิดพื้นฐานที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติของกฎหมายและแนวปฏิบัติของรัฐ และมุ่งพิจารณาถึงแนวคิดของกฎหมายระหว่างประเทศและการนำกฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในได้อย่างไร ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าตำราฉบับนี้มีได้กล่าวถึงเฉพาะกฎหมายมหาชนเพียงอย่างเดียว แต่ผู้เขียนมุ่งให้อ่านได้เข้าใจในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย เพราะกฎหมายระหว่างประเทศมีความเชื่อมโยงกับกฎหมายมหาชนอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ โดยผู้เขียนได้อธิบายถึง**มูลเหตุที่กฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายมหาชน** (หน้า 361-363) และ**ความหมายของข้อตกลงระหว่างประเทศและสนธิสัญญา** (หน้า 363-365) อันเป็นการอธิบายถึงความสัมพันธ์และความเชื่อมโยงระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายมหาชน เท่ากับว่าเป็นการปูพื้นฐานความรู้ของกฎหมายระหว่างประเทศให้แก่ผู้อ่านไปพร้อมกับการศึกษากฎหมายมหาชน และผู้อ่านจะเข้าใจในรายละเอียดของความลึกซึ้งของกฎหมายระหว่างประเทศไปในตัวอีกด้วย นอกจากนี้ ผู้เขียนยังอธิบายถึง**ทฤษฎีที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายในประเทศ** (หน้า 366-369) โดยมีการอธิบายเนื้อหาสาระของทฤษฎีในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นพื้นฐานสำหรับนักกฎหมายทุกคนที่จะต้องมียุทธศาสตร์ความรู้พื้นฐานทางด้านนี้ จากนั้นผู้เขียนได้อธิบายต่อมาถึงการนำ**กฎหมายระหว่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศไทยภายใต้รัฐธรรมนูญไทย** (หน้า 369-374) ซึ่งในส่วนหัวข้อนี้จะเป็นจุดสำคัญที่จะทำให้ผู้อ่านสามารถเข้าใจได้ถึงความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กับกฎหมายภายในของประเทศไทย โดยผู้เขียนได้อธิบายพร้อมยกตัวอย่างให้เห็นอย่างชัดเจนโดยนำกฎหมายที่ประกาศใช้ในปัจจุบันของประเทศไทยมาอธิบายให้เห็นเป็นรูปธรรม อีกทั้งยังได้กล่าวถึงการให้สัตยาบันสนธิสัญญา (หน้า 374-378) และ**ผลของการให้สัตยาบันสนธิสัญญา** (หน้า 378-379) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศไทยที่มีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับกฎหมายมหาชน ทั้งนี้ ในบทดังกล่าวนี้ได้สะท้อนให้เห็นว่า ผู้เขียนได้ให้ความสำคัญกับกฎหมายระหว่างประเทศไม่ยิ่งหย่อนไปกว่ากฎหมายมหาชน เพราะกฎหมายทั้งสองนั้นมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอยู่ อันเป็นประโยชน์แก่ผู้อ่านที่จะได้รับความรู้ทั้งกฎหมายระหว่างประเทศไปพร้อมกับการศึกษากฎหมายมหาชน

บ่อเกิดของกฎหมายมหาชนที่มาจากกฎหมายมีได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร

บทที่ 7 แนวคำพิพากษากับการตีความกฎหมายโดยศาล (หน้า 380-414) ผู้เขียนได้เกริ่นนำด้วยการอธิบายว่า การศึกษาที่มาของกฎหมายมหาชนที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลนั้นต้องศึกษาจากการตีความกฎหมายไปด้วยเป็นหลัก จากนั้นผู้เขียนจึงอธิบายถึงหลัก

ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร (หน้า 381-384) โดยกล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการตีความกฎหมายว่ามีหลักเกณฑ์ใดบ้าง และกล่าวถึงศาล ผู้ที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายด้วยการอธิบายเหตุผลอย่างมีที่มาที่ไปในการตีความกฎหมายของศาล (หน้า 384-385) และต่อไปนั้น ผู้เขียนอธิบายถึงการตีความรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายมหาชน (หน้า 386-388) ซึ่งการตีความกฎหมายมหาชนนั้นมีความแตกต่างไปจากการตีความกฎหมายเอกชน โดยได้แสดงให้เห็นว่าการตีความรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายมหาชนนั้นต้องพิจารณาตามเกณฑ์หลายประการ พร้อมทั้งอธิบายถึงขั้นตอนการตีความกฎหมายของศาลในระบบกฎหมายมหาชน (หน้า 388) ว่ามีกระบวนการและขั้นตอนการตีความอย่างไรบ้าง ผู้เขียนยังคงไล่เรียงการอธิบายอย่างเป็นระบบและไล่ลำดับความคิดให้ผู้อ่านเข้าใจง่ายมากยิ่งขึ้นโดยการอธิบายถึงระบบศาลกับการตีความกฎหมายมหาชน (หน้า 388-393) ซึ่งเป็นความรู้พื้นฐานที่ผู้อ่านจะต้องทราบและเข้าใจถึงระบบศาล โดยผู้อ่านจะได้ทราบถึงความเป็นมาของระบบศาลในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์และระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ตลอดจนการจัดระบบศาลของประเทศไทย รวมทั้งผู้เขียนได้อธิบายเป็นแผนภาพที่เข้าใจง่ายถึงการควบคุมการตีความกฎหมายมหาชน (หน้า 393-395) ซึ่งการตีความกฎหมายมหาชนนั้นจะมีลักษณะเฉพาะคือการตีความแบบกระจายอำนาจการตีความ พร้อมกับผู้เขียนได้ยกตัวอย่างคำพิพากษาในประเทศไทยที่สำคัญของศาลไทยในอดีตที่มีการตีความกฎหมายมหาชนและผู้เขียนยังได้นำพาให้ผู้อ่านได้วิเคราะห์คำพิพากษาไปพร้อมกับผู้เขียนด้วยในการตีความกฎหมายของศาลยุติธรรมที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศไทย (หน้า 405-411) และการตีความกฎหมายของศาลปกครองที่เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน (หน้า 411-414) โดยการอธิบายถึงแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความกฎหมายโดยศาลในตำราฉบับนี้ถือว่ามีรายละเอียดและมีการยกตัวอย่างที่จับต้องได้ รวมทั้งยังให้ผู้อ่านได้เห็นถึงการวิเคราะห์คำพิพากษาของผู้เขียนและยังส่งผลให้ผู้อ่านได้ร่วมวิเคราะห์คำพิพากษาไปด้วยโดยปริยาย และยังเป็นการสร้างเสริมให้ผู้อ่านรู้จักการตีความกฎหมายไปในตัวอีกด้วย

บทที่ 8 การตีความกฎหมายโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาล (หน้า 415-456) ในบทนี้ผู้เขียนได้อธิบายเริ่มต้นว่า การตีความกฎหมายโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ศาลนั้นมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการตีความโดยศาล ซึ่งสามารถแยกพิจารณาการตีความเป็น 2 แบบคือ แบบแรกจะเป็นการตีความโดยองค์กรทางการเมือง (หน้า 415-455) โดยผู้เขียนได้กล่าวถึงความหมายขององค์กรทางการเมืองและสถาบัน รวมถึงอธิบายการใช้และการตีความกฎหมายโดยองค์กรทางการเมืองในลักษณะต่าง ๆ การกระทำทางรัฐในบริบทของประเทศไทยและต่างประเทศโดยยกตัวอย่างคำพิพากษาที่เห็นเป็นรูปธรรมอันแสดงให้เห็นว่าผู้เขียนได้วิเคราะห์อย่างละเอียดลึกซึ้งมาเป็นอย่างดี จากนั้นจึงอธิบายถึงแบบที่สองการตีความโดยองค์กรอื่นที่ไม่ใช่ขององค์กรทางการเมือง (หน้า 455-456) อันเป็นการอธิบายถึงฝ่ายปกครองเป็นหลัก และมีการตั้งข้อสังเกต

ชวนให้ผู้อ่านได้คิดวิเคราะห์การควบคุมการตีความกฎหมายของฝ่ายปกครองไปพร้อมกันกับการศึกษาในตำราฉบับนี้ด้วย

บทที่ 9 กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (หน้า 457-473) โดยผู้เขียนได้เริ่มต้นจากการอธิบายให้ผู้อ่านต้องเข้าใจถึง**ลักษณะทั่วไปของจารีตประเพณี** (หน้า 458-460) ด้วยการอธิบายถึงความเป็นมาอันเป็นจุดกำเนิดของจารีตประเพณีจนกระทั่งอธิบายว่ามีความสัมพันธ์ในการเป็นบ่อเกิดของกฎหมายอย่างไร ทั้งยังได้อธิบายถึง**รากฐานทางกฎหมายของจารีตประเพณี** (หน้า 460-464) โดยอธิบายเนื้อหาจากการพิจารณาจากสำนักกฎหมายธรรมชาติ สำนักกฎหมายบ้านเมือง และสำนักกฎหมายประวัติศาสตร์ อันจะทำให้ผู้อ่านเริ่มซึมซับกับความหมายของกฎหมายได้มากยิ่งขึ้นตามลำดับ จากนั้นจึงนำพาผู้อ่านเข้าสู่**ลักษณะของจารีตประเพณีที่มีผลในระบบกฎหมาย** (หน้า 464-467) ซึ่งผู้เขียนได้อธิบายอย่างละเอียดถึงเหตุผล 2 ประการในการยอมรับจารีตประเพณีให้มีผลในระบบกฎหมายและกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณี อีกทั้งผู้เขียนยังแจกแจง**ประเภทของจารีตประเพณีทางกฎหมาย** (หน้า 467) เพื่อให้ผู้อ่านสามารถจำแนกและเข้าใจว่าจารีตประเพณีทางกฎหมายในแต่ละสาขานั้นมีความแตกต่างกันอย่างไรบ้าง และมีการอธิบายถึง**บทบาทและลำดับศักดิ์ของจารีตประเพณีในระบบกฎหมาย** (หน้า 467-469) ที่ใช้ตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรและใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วยการยกตัวอย่างจากคำพิพากษาเพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจและเห็นภาพให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และประการสำคัญคือ ผู้เขียนได้อธิบายว่า**กฎหมายจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญและกฎหมายจารีตประเพณีทางปกครอง** (หน้า 470-473) เป็นกฎหมายจารีตประเพณีทางกฎหมายมหาชน ด้วยการอธิบายโดยใช้การยกตัวอย่างและการปรับใช้จากกฎหมายที่ประกาศใช้ในประเทศไทยปัจจุบัน

บทที่ 10 ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (หน้า 474-496) โดยผู้เขียนได้กล่าวถึงจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในบทก่อนหน้านี้มาแล้ว จากนั้นผู้เขียนจึงอธิบายต่อไปว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นมีความแตกต่างจากจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้เริ่มจากการอธิบายถึง**ความหมายและลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ** (หน้า 474-476) และ**ที่มาของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ** (หน้า 476-478) ว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญนั้นมีความหมายตามที่นักกฎหมายมหาชนคนสำคัญของโลกได้ให้ความหมายไว้อย่างไรบ้าง และผู้เขียนได้พิจารณาวิเคราะห์ที่ให้ผู้่านเห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญและจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมีส่วนที่คล้ายคลึงกันและมีส่วนที่แตกต่างกันอย่างไรโดยละเอียด จากนั้นผู้เขียนได้อธิบายถึง**ผลของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ** (หน้า 478-479) ว่าส่งผลกระทบต่อกฎหมายและสถาบันการเมืองในประการใดบ้าง รวมทั้ง**สภาพบังคับของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ** (หน้า 479-481) ที่ในทางวิชาการได้มีความเห็นแตกต่างออกเป็นสองฝ่าย และผู้เขียนได้วิเคราะห์สรุปให้ผู้อ่านได้เข้าใจถึงความแตกต่างของความเห็นที่

แตกออกเป็นสองฝ่ายอย่างชัดเจน ตลอดจนมีการอธิบายตัวอย่างของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (หน้า 481-496) ด้วยการอธิบายจากกฎหมายที่ประกาศใช้ในประเทศไทยปัจจุบัน ให้ผู้อ่านได้ติดตามเท่าทันสถานการณ์ของกฎหมายที่มีการเปลี่ยนแปลงในประเทศไทยตามกาลเวลาอยู่เสมอมา ซึ่งการอธิบายของผู้เขียนในตำราฉบับนี้นั้นจะมีการยกตัวอย่างเพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นภาพอย่างชัดเจนและมองเห็นเป็นรูปธรรมอยู่เสมอ

บทที่ 11 หลักทั่วไปของกฎหมาย (หน้า 497-520) ในบทนี้ผู้เขียนมุ่งเน้นให้ผู้อ่านเริ่มต้นจากการทำความเข้าใจในรากฐานของ “หลักทั่วไปของกฎหมาย” ในกฎหมายมหาชน (หน้า 498-501) และความหมายของ “หลักทั่วไปของกฎหมาย” (หน้า 501-503) ซึ่งผู้เขียนจะเริ่มจากการอธิบายรายละเอียดที่มีความสำคัญอย่างถี่ยิบ จากนั้นจึงจะทำการสรุปสาระสำคัญให้แก่ผู้อ่านเป็นข้อ ๆ เพื่อง่ายแก่การทำความเข้าใจและการจดจำเนื้อหาของหลักทั่วไปของกฎหมาย รวมทั้งกล่าวถึงแนวคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับหลักทั่วไปของกฎหมาย (หน้า 503-505) ซึ่งผู้อ่านจะได้ทราบถึงที่มาของการนำหลักทั่วไปของกฎหมายที่ต่างประเทศได้นำมาใช้ในระบบกฎหมาย และผู้เขียนได้พยายามเปรียบเทียบถึงหลักทั่วไปของกฎหมายกับหลักพื้นฐานของกฎหมาย (หน้า 505-506) โดยยกตัวอย่างจากกฎหมายของต่างประเทศและอธิบายรายละเอียดเนื้อหาของกฎหมายต่างประเทศด้วยการตีความอย่างละเอียด ต่อจากนั้นจึงอธิบายถึง**คำบังคับของหลักทั่วไปของกฎหมายในกฎหมายมหาชน** (หน้า 507-508) ซึ่งในทางวิชาการยังมีการถกเถียงเรื่องดังกล่าวอยู่ แต่ผู้เขียนก็ได้ชี้ให้เห็นว่ามีการถกเถียงในประเด็นใดบ้างที่หลักทั่วไปของกฎหมายควรจะมีคำบังคับในระบบกฎหมายตรงไหน อย่างไร และยังไม่มีการตอบอย่างเด็ดขาดในกรณีดังกล่าว อันจะเป็นการชวนให้ผู้อ่านได้ร่วมวิเคราะห์และพยายามให้เหตุผลเพื่อสนับสนุนแนวคิดในประเด็นที่ตนเองเห็นด้วย อีกทั้งผู้เขียนยังนำพาผู้อ่านเข้าสู่การศึกษา**กลุ่มประเภทของหลักทั่วไปของกฎหมายในระบบกฎหมายมหาชน** (หน้า 508-513) โดยผู้เขียนยึดถือแนวทางตามสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ได้มีการจำแนกกลุ่มประเภทหลักทั่วไปของกฎหมายในระบบกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส และในท้ายที่สุดนั้น ผู้เขียนได้อธิบายถึง**การใช้หลักทั่วไปของกฎหมายในประเทศไทย** (หน้า 513-520) โดยชี้ให้เห็นว่าในประเทศไทยนั้นมีการใช้หลักทั่วไปของกฎหมายทั้งในกฎหมายเอกชนและในกฎหมายมหาชน ด้วยการนำคำพิพากษาของศาลที่สำคัญในอดีตมาวิเคราะห์ให้ผู้อ่านได้ศึกษาและตั้งข้อสังเกตไปพร้อมกัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมักจะมีการยกตัวอย่างและมีเทคนิคการถ่ายทอดความรู้ผ่านตำราโดยจะสังเกตได้ว่า ผู้เขียนมีการวิเคราะห์ในประเด็นที่เป็นข้อสังเกตและร่วมชวนให้ผู้อ่านร่วมคิดและตั้งข้อสังเกตไปพร้อมกับการศึกษาตำราฉบับนี้ไปด้วย ซึ่งจะเป็นการสร้างคุณค่าทางวิชาการให้แก่ผู้อ่านเป็นอย่างดี เพราะในอนาคตนั้น ผู้อ่านบางคนอาจมองเห็นประเด็นปัญหาบางประการและนำไปต่อยอดทางวิชาการในอนาคตได้

ปัจจัยมบท หลักความชอบด้วยกฎหมาย (หน้า 523-552) ในบทส่งท้ายนี้ ผู้เขียนได้อธิบายถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายอันเป็นหลักการที่มีความสำคัญของกฎหมายมหาชนที่ผู้อ่านจะละทิ้งมิได้เป็นอันขาด เนื่องจากหลักการดังกล่าวจะสอดแทรกอยู่ในระบบกฎหมายมหาชนทุกหนแห่ง ผู้เขียนจึงเริ่มต้นด้วยการอธิบายถึง**รากฐานแนวคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมาย** (หน้า 523-526) ซึ่งหลักการดังกล่าวนี้ถือว่าอยู่บนพื้นฐานของหลักนิติรัฐ โดยผู้เขียนได้วิเคราะห์และทำการสรุปอย่างกระชับและเข้าใจง่ายเป็นข้อ ๆ ให้ผู้อ่านได้ทำความเข้าใจได้โดยไม่ซับซ้อน จากนั้นผู้เขียนจึงนำพาผู้อ่านเข้าสู่**ที่มาของหลักความชอบด้วยกฎหมาย** (หน้า 526-529) โดยมีที่มาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรและที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร นอกจากนี้ ผู้เขียนยังอธิบายถึง**หลักความชอบด้วยกฎหมายกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย** (หน้า 529-540) โดยมีการลำดับและจำแนกการอธิบายให้ผู้อ่านเข้าใจหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางนิติบัญญัติทางตุลาการ และการกระทำทางปกครอง และสุดท้ายนั้น ผู้เขียนได้อธิบายถึง**เงื่อนไขความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครองหรือนิติกรรมทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย** (หน้า 540-551) อันเป็นการต่อยอดเชื่อมโยงจากการที่ผู้อ่านได้เข้าใจถึงกฎหมายมหาชนแล้ว ผู้อ่านยังจะได้เข้าใจต่อยอดไปถึงกฎหมายปกครองอันเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายมหาชน ซึ่งจุดมุ่งหมายที่แท้จริงของผู้เขียนคือ ผู้เขียนต้องการให้ผู้อ่านเข้าใจว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นหลักที่มีความสืบเนื่องมาจากหลักนิติรัฐ ดังนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายจึงครอบคลุมกฎหมายและกฎเกณฑ์ของรัฐทั้งหมด ซึ่งการกระทำใด ๆ ของทุกองค์กรของรัฐ สถาบันทางการเมือง และประชาชนทั้งหลายต้องตกอยู่ภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งสิ้น ทั้งนี้ การอธิบายของผู้เขียนจะมีการอธิบายแบบละเอียดและค่อยเป็นค่อยไป เพื่อให้ผู้อ่านค่อย ๆ ซึมซับต่อแนวคิดและนิติวิธีของกฎหมายมหาชนที่มีความแตกต่างไปจากกฎหมายสาขาอื่น ตำราฉบับนี้จึงเหมาะแก่ผู้อ่านทุกเพศทุกวัย รวมทั้งไม่ว่าผู้อ่านที่ไม่ได้มีความสนใจในกฎหมายมหาชนมากนัก แต่ก็ควรจะศึกษาไว้เพื่อเป็นความรู้พื้นฐานของกฎหมายที่นักกฎหมายทุกคนควรมีองค์ความรู้ทางกฎหมายมหาชนไว้

ในส่วนของ**บรรณานุกรม**นั้น หากพิจารณาดูอย่างละเอียดแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้เขียนได้ทำการศึกษาค้นคว้าจากตำราคุณภาพมากมายมาอย่างละเอียด ไม่ว่าจะเป็นหนังสือภาษาไทย บทความในหนังสือ บทความในวารสาร วิทยานิพนธ์ เอกสารต่างประเทศ และเว็บไซต์ อันจะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากว่าผู้อ่านสามารถไปค้นคว้าในประเด็นที่ผู้อ่านอยากศึกษาเพิ่มเติมจากการอ้างอิงของผู้เขียนต่อไปได้

จุดเด่นของตำราฉบับนี้คือ ตำราฉบับนี้มีความละเอียดเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชน กล่าวอีกนัยหนึ่ง ตำราฉบับนี้มีความเข้มข้นของเนื้อหาทางวิชาการเป็นอย่างยิ่ง ซึ่งสามารถสังเกตได้จากความหนาของตำรากว่า 500 หน้า สารบัญมี

ความละเอียดและชัดเจน การแตกหัวข้อย่อยก็ไม่ได้มีความสับสนยุ่งเหยิง มีความพอดีพอดี ในการอ่าน ถ้อยคำที่ใช้ในการเขียนหัวข้อนั้นมีความเข้าใจง่าย ในส่วนเนื้อหาภายในตำรานั้น ผู้เขียนมีเทคนิคในการลำดับและไล่เรียงเรื่องราวให้ผู้อ่านค่อย ๆ ซึมซับกับเนื้อหาอย่างค่อยเป็น ค่อยไป ผู้เขียนมักจะกล่าวเริ่มต้นด้วยรากฐาน จุดเริ่มต้น และที่มาของหัวข้ออยู่เสมอ การที่ ผู้อ่านได้เข้าใจถึงที่มาของหัวข้อนั้นจะทำให้ผู้อ่านเข้าใจในแก่นสาระของเนื้อหาได้ง่ายมากขึ้น และสามารถตกผลึกความคิดได้ต่อไป การอธิบายเล่าเรื่องของผู้เขียนจะมีเกร็ดความรู้ทาง ประวัติศาสตร์สอดแทรกอยู่เสมอ ซึ่งจะทำให้ผู้อ่านไม่เกิดความเบื่อหน่ายในการศึกษาคำรา หรือในบางเนื้อหาที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในเชิงหลักการและวิชาการ เนื้อหาในบางส่วนที่มีความ ยุ่งยากซับซ้อนนั้น ผู้เขียนก็ได้ทำการสรุปเป็นหัวข้อย่อยให้ผู้อ่านได้ลำดับความคิดในการ ทำความเข้าใจและจดจำอย่างเป็นระบบ และในบางหัวข้อนั้นได้ผ่านการวิเคราะห์โดยละเอียด จากผู้เขียนมาแล้ว ซึ่งส่งผลให้ผู้อ่านจะได้ทักษะในการคิดวิเคราะห์กฎหมาย คำพิพากษา และ หลักการทางกฎหมายมหาชนไปในตัวด้วย อีกทั้งยังเป็นการช่วยให้ผู้อ่านฝึกทักษะในการตั้ง ข้อสังเกตและฝึกคิดวิเคราะห์กฎหมายหรือประเด็นต่าง ๆ ไปพร้อมกับการศึกษาคำรฉบับนี้ไปด้วย จึงกล่าวได้ว่า จุดเด่นที่สำคัญของตำรฉบับนี้คือ เนื้อหาภายในตำรามีความละเอียดเป็นอย่างดี นอกจากผู้อ่านจะต้องรู้เบื้องต้นของกฎหมายมหาชนแล้ว ผู้อ่านยังจะต้องรู้ความรู้ทาง ประวัติศาสตร์ รัฐศาสตร์ และนิติศาสตร์ในสาขาอื่นอีกด้วย ทั้งนี้ ผู้อ่านที่ได้ศึกษาคำรฉบับนี้ จะไม่ได้รับเพียงองค์ความรู้ทางกฎหมายมหาชน แต่ผู้อ่านสามารถนำคำรฉบับนี้ไปใช้ในการ เตรียมตัวสอบบรรจุเข้ารับราชการ สอบเนติบัณฑิต หรือสอบเข้าศึกษาต่อปริญญาโทและ ปริญญาเอกได้อีกด้วย จึงถือได้ว่าคำรฉบับนี้เป็นตำราที่ครบเครื่องทางด้านกฎหมายฉบับหนึ่งของประเทศ

อนึ่ง เนื้อหาสาระในทางวิชาการของกฎหมายมหาชนตามคำรฉบับนี้นั้น ผู้วิจารณ์ เห็นว่าผู้เขียนได้อธิบายถึงเนื้อหาสาระของกฎหมายมหาชนไว้อย่างพอเหมาะพอดีและ เหมาะสมแก่ผู้อ่านแล้ว ซึ่งคำรฉบับนี้เหมาะสมเป็นอย่างดีแก่ผู้อ่านที่เริ่มจะทำความเข้าใจถึง หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน และยิ่งเหมาะสมกับผู้อ่านที่เป็นนักกฎหมายหรือไม่ใช่นักกฎหมาย ที่มีความสนใจในกฎหมายมหาชนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในการอธิบายเนื้อหาสาระของ กฎหมายมหาชนในบางเรื่องนั้น ผู้เขียนได้มีการใช้ภาษาไทยโดยแปลมาจากภาษาฝรั่งเศส เช่น สิทธิของมนุษย์แต่ละคน (droits de l'homme) พลเมืองแต่ละคน (et du citoyen) อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la souveraineté nationale) เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนอาจเพิ่มความคำแปล ภายใต้วงเล็บเป็นภาษาอังกฤษเพิ่มเติมด้วย เนื่องจากผู้อ่านบางคนอาจจะไม่สามารถอ่านและ เข้าใจในภาษาฝรั่งเศสได้ และอาจส่งผลให้ผู้อ่านที่ไม่สามารถอ่านและเข้าใจภาษาฝรั่งเศสได้นั้น ไม่เข้าใจและมองข้ามคำแปลของภาษาต่างประเทศไปได้

โดยสรุป ตำราฉบับนี้เหมาะแก่ผู้อ่านที่มีความสนใจในรายละเอียดทางวิชาการที่ลึกซึ้งของกฎหมายมหาชน และแม้ว่าผู้อ่านจะไม่ได้สนใจกฎหมายมหาชนมากเท่าไรนัก แต่ก็สามารถเลือกอ่านเฉพาะหัวข้อที่ผู้อ่านสนใจได้ และตำราฉบับนี้ไม่เพียงแต่ใช้เป็นการศึกษาเพื่อสร้างองค์ความรู้พื้นฐานทางกฎหมายมหาชนแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่ตำราฉบับนี้ยังสามารถใช้เป็นเครื่องมือในการเตรียมตัวสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเข้าทำงานทั้งด้านนิติศาสตร์และด้านรัฐศาสตร์ หรือเตรียมตัวสอบเพื่อทำการศึกษาต่อในระดับปริญญาตรีขึ้นไป รวมถึงเป็นเครื่องมือที่ช่วยในการทำงานของนักกฎหมายได้เป็นอย่างดี

Constituent Power and the Law

อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและกฎหมาย

ณัฐดนัย นาจันทร์

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Natdanai Nachan

Lecturer in Public Law,
School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 8 กันยายน 2563

วันที่แก้ไขบทความ 9 ตุลาคม 2563

วันที่ตอบรับบทความ 23 ตุลาคม 2563

บทคัดย่อ

หนังสือเรื่อง “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญและกฎหมาย” โดย Professor Dr. Joel Colón-Ríos ถูกเขียนขึ้นโดยนำเอาแง่มุมทั้งในทางทฤษฎีและทางปฏิบัติมาเปรียบเทียบกัน เพื่อแสดงให้เห็นว่าความหลากหลายทั้งในการตีความและการนำเอาทฤษฎีไปปฏิบัติในส่งผลต่อกฎหมายและองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างไร ทั้งนี้ หนังสือเล่มนี้ยังนำเสนอต่อไปด้วยว่าทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นทฤษฎีที่มีพัฒนาการอย่างไม่หยุดยั้งไม่ว่าจะเป็นในแง่ทฤษฎีหรือในแง่ปฏิบัติก็ตาม ดังนั้น หนังสือฉบับนี้จึงถือเป็นหนังสือแนะนำสำหรับผู้สนใจจะพัฒนาองค์ความรู้เกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ: อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญ, กฎหมาย

Abstract

Constituent Power and the Law by Professor Dr. Joel Colón-Ríos was written by comparing the various aspects of constituent power both in theoretical and practical terms. In detail, this book shows a variation of how the interpretation and the practice of the theory of constituent power profound the effect over

the law and the organization involved in the constitutional establishment. Therefore, this book also shows that the idea of constituent power is relentless development in both theoretical and practical perspectives. As a result, this book is the most recommended book for anyone who wants to develop their knowledge in terms of the theory of constituent power.

Keywords: constituent power, constitution, law

ชื่อหนังสือ: Constituent Power and the Law

ผู้เขียน: Professor Dr. Joel Colón-Ríos

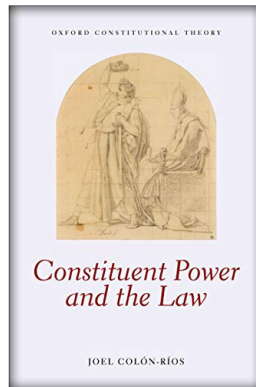
ขนาด: 23.37x15.49 ซม.

จำนวน: 352 หน้า

ราคา: 3,100 บาท

จัดพิมพ์โดย: Oxford University Press

ISBN: 978-019-878-598-9



ในฐานะของลูกศิษย์ในที่ปรึกษาและในฐานะของผู้ที่คอยติดตามอ่านผลงานของผู้ที่เขียนหนังสือเล่มนี้มาโดยตลอด ข้าพเจ้า (ต่อจากนี้จะขอแทนตัวว่าผู้แนะนำ) มีความยินดีเป็นอย่างยิ่งที่จะแนะนำหนังสืออันเป็นผลพวงจากงานวิจัยกว่า 4 ปีของ Professor Dr. Joel Colón-Ríos เรื่อง “**Constituent Power and the Law**” ให้ทุกท่านได้รู้จักและได้รับทราบถึงแง่มุมบางประการของหนังสือเล่มนี้

Professor Dr. Joel Colón-Ríos เป็นศาสตราจารย์ทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญของคณะนิติศาสตร์ Victoria University of Wellington ประเทศนิวซีแลนด์ และเป็นหนึ่งในนักวิชาการที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางจากทั่วโลกว่าเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการศึกษาถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบเป็นอย่างยิ่ง

ภายใต้หนังสือเรื่อง “**Constituent Power and the Law**” นี้ Professor Dr. Joel Colón-Ríos ซึ่งต่อไปนี้จะขอเรียกว่า “ผู้เขียน” ได้แบ่งความในหนังสือออกเป็นบทต่าง ๆ ทั้งสิ้น 11 บท ได้แก่¹

¹ ผู้แนะนำมีความประสงค์ที่จะไม่แปลชื่อของบทเหล่านี้เป็นภาษาไทย เนื่องจากชื่อของบทต่าง ๆ นั้นชื่อนั้นที่ผู้เขียนประสงค์จะสื่อหรือกล่าวถึงโดยเนื้อความในบทนั้น ๆ เอาไว้ในลักษณะที่ค่อนข้างซับซ้อน ซึ่ง

1. Introduction
2. Back to Rousseau
3. Sieyès via Rousseau
4. Between Law and Revolution
5. Of Constituent Nations
6. The Identity and Limits of the Constituent Subject
7. Rejecting Constituent Power
8. The Material Constitution
9. Sovereignty and Dictatorship
10. The Juridical People
11. Conclusion

ภายใต้โครงสร้างทั้ง 11 บทตามที่กล่าวมานี้ ผู้เขียนได้พยายามนำเสนอมุมมองใหม่เกี่ยวกับการทำความเข้าใจอำนาจสูงสุดภายในรัฐที่เรียกว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Constituent Power)” และความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจดังกล่าวกับกฎหมายและการจัดองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการร่างรัฐธรรมนูญภายใต้อำนาจดังกล่าวตั้งแต่ในยุคเริ่มต้นของทฤษฎีไปจนถึงแนวคิดและข้อปฏิบัติที่มีการถกเถียงกันในปัจจุบัน เพื่อนำมาสู่ข้อสรุปของงานเขียนในตอนท้ายเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจผูกพันบางประการที่ควรดำรงอยู่เพื่อควบคุมการทำงานของสภาร่างรัฐธรรมนูญ (Constituent Assembly) ซึ่งอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันไปตามแต่ละประเทศ เพื่อให้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นไปตามเจตจำนงของผู้ที่ผู้เขียนเห็นว่าเป็นเจ้าของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง นั่นคือ “ประชาชน (The People)”

ในการนำเสนอความเพื่อทำความเข้าใจสิ่งที่เรียกว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ รวมทั้งการใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อจัดสร้างองค์กรร่างรัฐธรรมนูญ และความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจนั้นกับองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นและกฎหมาย ผู้เขียนเริ่มโดยการย้อนกลับไปตั้งต้นถึงที่มาของทฤษฎีว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในบทที่สองและสามจากงานเขียนของ Jean-Jacques Rousseau ผู้สร้างและยึดโยงอำนาจสูงสุดในการสถาปนารัฐธรรมนูญให้เป็นของประชาชนผ่านสัญญาประชาคม และมีเพียงประชาชนเท่านั้นที่จะสามารถใช้อำนาจดังกล่าวในการตรารัฐธรรมนูญได้ จากนั้นผู้เขียนได้นำเสนอชุดความคิดที่แตกต่างกันของ Emmanuel Joseph Sieyès ซึ่งยึดถือฐานความคิดเดียวกับ Rousseau ว่าอำนาจนั้นมีฐานรากมาจากประชาชน แต่ผู้แทนเป็นผู้ที่ใช้อำนาจแทนประชาชนโดยตัดขาดความสัมพันธ์จากประชาชน

ผู้แนะนำเห็นว่า การแปลชื่อ บทเหล่านี้ ออกมาเป็นความภาษาไทยตรงตามตัวอักษรอาจทำให้ความหมายที่ผู้เขียนประสงค์จะสื่อภายใต้เนื้อหาในแต่ละบทนั้นเสียหรือคลาดเคลื่อนไป

โดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เนื่องจากภายใต้ทฤษฎีของ Sieyès นั้นประชาชนคือองค์รวมที่ประกอบกันเป็นชาติ และอำนาจสูงสุดในการสถาปนาและก่อตั้งองค์กรทางการเมืองนั้นเป็นของชาติ ดังนั้นผู้แทนซึ่งใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงใช้อำนาจนั้นในนามของชาติในลักษณะที่ตัดขาดจากประชาชน

ภายใต้การเปรียบเทียบข้อความคิดของนักคิดทั้งสองท่านนี้ ผู้เขียนได้นำเสนอการนำเอาแนวคิดทฤษฎีไปใช้ในทางปฏิบัติไว้ในบทที่สี่โดยเฉพาะในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศสที่ผู้นิยมแนวคิดของ Sieyès เห็นว่าการร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาาร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอำนาจโดยตรงของสภาาร่างรัฐธรรมนูญ ในขณะที่ฝั่งของผู้ที่คล้อยตาม Rousseau กลับเห็นตรงกันข้ามเนื่องจากเห็นว่าแม้ประชาชนจะไม่สามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ตามความเป็นจริงและต้องให้ผู้แทนนั้นเป็นผู้ใช้อำนาจแทนตน แต่ประชาชนควรมีอำนาจกำหนดคำสั่งบังคับบางประการที่จะมีผลผูกพันให้องค์กรร่างรัฐธรรมนูญต้องดำเนินการตาม (Imperative Mandate) อันจะเป็นการยืนยันว่าอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นของประชาชน ทั้งนี้ ข้อถกเถียงเช่นนี้ส่งผลมาถึงการร่างรัฐธรรมนูญในช่วงเวลาร่วมสมัย รวมทั้งการค้นคว้าว่าแท้จริงแล้วผู้ใดกันแน่ที่ควรจะเป็นผู้แบกรับอำนาจสูงสุดอันมาจากประชาชน โดยผู้เขียนได้นำเสนอการนำเอาทฤษฎีไปใช้ในทางปฏิบัติและข้อถกเถียงที่วนเวียนอยู่โดยรอบของความพยายามในการจัดสร้างสถาบันและการยืนยันถึงผู้ที่มีความเหมาะสมและมีอำนาจมากพอที่จะสถาปนารัฐธรรมนูญในนามของประชาชน โดยข้อถกเถียงเหล่านี้ปรากฏอยู่ในบทที่ห้าและหกของหนังสือ

ในบทที่เจ็ด ผู้เขียนได้พยายามนำเสนอข้อถกเถียงหรือมุมมองเกี่ยวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญที่มีความร่วมสมัยมากขึ้น กล่าวคือ เป็นการนำเสนอถึงแนวคิดและทฤษฎีของนักคิดผู้กังวลถึงความไร้ระเบียบของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ซึ่งดูจะเป็นอำนาจทางการเมืองที่ควบคุมได้ยากและมีแนวโน้มที่จะนำไปสู่การปฏิวัติรวมทั้งการใช้อำนาจในลักษณะที่ตามอำเภอใจเสมอ

ข้อเขียนในบทที่เจ็ดนี้จะวางอยู่บนพื้นฐานของทฤษฎีสองกลุ่มซึ่งผู้เขียนเรียกว่า “Historical Constitution” และ “Doctrinaires” โดยความคิดทั้งสองกลุ่มนี้วางอยู่บนรากฐานที่คล้ายคลึงกัน นั่นคือผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ได้มีอำนาจสูงสุดเด็ดขาดในการจัดสร้างรัฐธรรมนูญ แต่มีพันธะผูกพันที่จะต้องร่างรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับพัฒนาการและคุณลักษณะทางประวัติศาสตร์ของรัฐตามแบบอย่างของแนวคิดกลุ่ม “Historical Constitution” หรือมีหลักการบางประการที่แม้รัฐธรรมนูญฉบับหนึ่ง ๆ จะถูกล้มล้างไปแล้วหรือมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ก็ไม่สามารถที่จะลบล้างหรือทำลายหลักการเช่นว่าได้อันเป็นแนวคิดของกลุ่ม “Doctrinaires”

ในบทที่แปดและเก้า ผู้เขียนนำเราดำดิ่งลงไปศึกษาตัวบทกฎหมายภายในรัฐธรรมนูญ แบ่งแยกส่วนที่สามารถแก้ไขได้และไม่สามารถแก้ไขได้ รวมทั้งชวนให้คิดถึงความเป็นไปได้ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นแท้จริงแล้วเป็นอำนาจที่จำกัดและไม่ได้เป็นอำนาจสูงสุดเด็ดขาดดังที่หลายคนกล่าวไว้ กล่าวคือ เป็นอำนาจที่ต้องถูกใช้เพื่อสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น ไม่สามารถใช้เพื่อไปก้าวก่ายอำนาจอื่น ๆ ภายในรัฐดังเช่นอำนาจนิติบัญญัติหรืออำนาจบริหารได้ ในแง่นี้ ผู้เขียนกำลังนำเสนอว่าเมื่อองค์กรที่ทำหน้าที่จัดสร้างรัฐธรรมนูญถูกก่อตั้งขึ้นมาแล้ว อำนาจขององค์กรนั้นถูกแบ่งแยกและจำกัดไว้เฉพาะการสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนได้นำเสนอต่อไปว่าในบางกรณี (และเป็นกรณีที่เกิดขึ้นได้ยาก) เมื่อเกิดสถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency) ขึ้นกับรัฐ องค์กรผู้ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญซึ่งเดิมถูกก่อตั้งขึ้นมาเพื่อใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเท่านั้นอาจใช้อำนาจของตนเองเพื่อเข้าไปก้าวก่ายการใช้อำนาจในขอบเขตของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร หรือตุลาการ อันเป็นการก้าวเข้าสู่ขอบเขตของอำนาจสูงสุดหรือที่ผู้เขียนเรียกว่าอำนาจอธิปไตยอันบริสุทธิ์ (Pure Sovereignty) โดยตัวอย่างที่ปรากฏในหนังสือได้แก่ กรณีของสภาร่างรัฐธรรมนูญของประเทศโคลัมเบีย ในปี ค.ศ. 1991 และสภาร่างรัฐธรรมนูญของเวเนซุเอลา ในปี ค.ศ. 2017 ซึ่งมีการขยายขอบอำนาจของตนเองออกไปให้ครอบคลุมถึงการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติด้วย

สำหรับสองบทสุดท้ายของหนังสือ ผู้เขียนได้นำเสนอแนวทางในการนำเอาบรรดา ทฤษฎีต่าง ๆ ที่กล่าวมาทั้งหมดไปบังคับใช้โดยเฉพาะภายใต้อำนาจขององค์กรศาลซึ่งทำให้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนั้นก่อให้เกิดผลกระทบต่อตัวบทรัฐธรรมนูญโดยตรง โดยเฉพาะการนำเสนอบทบาทของ “ประชาชน” ในฐานะเจ้าของอำนาจผู้ยืนยันหรือสร้างความชอบธรรมให้กับการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในขั้นตอนต่าง ๆ เช่น การทำประชามติ หรือการเข้าชื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยประชาชน ซึ่งทำให้เกิดคำสั่งบังคับโดยประชาชนที่ผู้แทนซึ่งใช้อำนาจในการร่างหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญแทนประชาชนไม่สามารถขัดหรือแย้งได้ รวมทั้งคำสั่งบังคับเช่นนี้สมควรที่จะมีผลผูกพันและบังคับใช้ได้โดยองค์กรตุลาการ ทั้งนี้ ในบทสุดท้าย ผู้เขียนพยายามประกอบรวมเอาทฤษฎีทั้งหมดที่ได้นำเสนอมา และยอมรับว่าการที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญถูกจัดสร้างขึ้นมาในฐานะอำนาจเหนือกฎหมาย รวมทั้งเป็นอำนาจที่สามารถใช้ร่างรัฐธรรมนูญออกมาในลักษณะใดก็ได้นั้นก่อให้เกิดผลโดยตรงในทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดและมอบความชอบธรรมให้กับการกระทำทางการเมืองที่ส่งผลต่อรัฐธรรมนูญ ความอยู่เหนือกฎหมายและคุณลักษณะในทางการเมืองที่ล้นพินนี้ทำให้ในหลาย ๆ ครั้ง การพิจารณาถึงการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญหรือการหยิบยืมเอาทฤษฎีเหล่านี้มาใช้ โดยเฉพาะผ่านองค์กรของศาลไม่สามารถถูกอธิบายได้ในแง่มุมของกฎหมาย และเรื่องราวเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงเป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะต้องค้นคว้าและคอยสำรวจตรวจตรา

โดยเฉพาะการนำเอาทฤษฎีเหล่านี้มาใช้ในทางปฏิบัติ ซึ่งผู้เขียนยอมรับว่าสร้างความแปลกใจใหม่ ๆ ให้แก่ผู้เขียนอยู่เสมอ ๆ

ในฐานะของผู้ที่สนใจศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ผู้แนะนำในฐานะของผู้เขียนบทความแนะนำหนังสือเล่มนี้จำต้องยอมรับว่า เมื่อครั้งที่ได้อ่านหนังสือเล่มนี้เป็นครั้งแรกนั้น ผู้แนะนำต้องขอยอมรับจากใจจริงว่าหนังสือเล่มนี้สร้างความประหลาดใจให้แก่ผู้แนะนำไม่น้อย โดยเฉพาะในสองประเด็นใหญ่ ๆ ได้แก่ การตีความแนวคิดของ Rousseau ส่วนที่ว่าด้วยการใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติที่ผูกติดอยู่กับประชาชนอย่างแน่นแฟ้นว่า คำว่านิติบัญญัติในที่นี้หมายถึงการร่างรัฐธรรมนูญเท่านั้น หากได้หมายความรวมถึงการตรากฎหมายลำดับต่ำกว่าลงมาอย่างที่เราเข้าใจ ซึ่งการใช้อำนาจในการตรากฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าลงมานั้น ผู้เขียนยกให้เป็นงานของฝ่ายบริหาร² รวมทั้งการอธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่แม้ในขอบเขตของตนเองแล้วจะมีลักษณะที่ไร้ขอบเขต คือสามารถสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นมาอย่างไรก็ได้ แต่กลับถูกจำกัดและถูกผูกมัดโดยชื่อและอำนาจหน้าที่ของตนเอง คือแม้จะยิ่งใหญ่ถึงขนาดที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและระบบการเมืองของรัฐได้ แต่กลับถูกผูกมัดและจำกัดอยู่ภายใต้การสร้างรัฐธรรมนูญเท่านั้น

นอกจากนี้ ในงานชิ้นนี้ยังมีการตีความและการนำเสนอประเด็นข้อถกเถียงทางกฎหมายอีกมากมายที่ผู้แนะนำถือว่าเป็นการเปิดประสบการณ์ใหม่ให้แก่ผู้แนะนำในฐานะของผู้ที่มีความประสงค์ที่จะศึกษาถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และความเชื่อมโยงระหว่างรัฐธรรมนูญกับสิ่งที่เรียกว่าการเมือง ในแง่หนึ่ง หนังสือเล่มนี้ไม่เหมาะสมนักกับผู้เริ่มต้นทำความเข้าใจเรื่องดังกล่าว เพราะมีหลายจุดที่อาจทำให้สับสนและทำให้ไขว่ไขวได้ว่าผู้เขียนประสงค์ที่จะกล่าวถึงสิ่งใด แต่สำหรับผู้ที่มีความเข้าใจอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาแล้วในระยະหนึ่ง ผู้แนะนำเห็นว่าหนังสือเล่มนี้เป็นหนึ่งในหนังสือที่ไม่สามารถปฏิเสธที่จะหามาอ่านได้โดยประการทั้งปวง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผูกโยงหนังสือเล่มนี้เข้ากับปรากฏการณ์ทางการเมืองไทยว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ซึ่งเริ่มมีการกล่าวถึงหรือเรียกหาอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของประชาชนขึ้นมาบ้างในสถานการณ์ปัจจุบันแล้ว หนังสือเล่มนี้ย่อมเป็นหนึ่งในหนังสือที่ควรอ่านเพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับที่มาและข้อจำกัดของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นอกจากนี้วิถีทางที่ประชาชนเข้ามาควบคุมการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในฐานะองค์ประธานแห่ง

² การตีความในลักษณะเช่นนี้เป็นการตีความตามทัศนะดั้งเดิมของ Rousseau ในหนังสือ The Social Contract ซึ่งอาจขัดแย้งกับการตีความในยุคปัจจุบัน ที่มีการตีความว่าอำนาจนิติบัญญัตินี้เป็นอำนาจในการตรากฎหมายลำดับที่ต่ำลงกว่ารัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ อาจเข้าใจได้ว่าการตีความแบบดั้งเดิมที่ผู้เขียนได้นำเสนอไว้ นั้นเป็นไปเพื่อใช้ในการอธิบายเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอันเป็นหัวข้อหลักของหนังสือโดยแท้

อำนาจตามที่ได้เสนอไว้ในหนังสือเล่มนี้ก็เป็นสิ่งที่น่าสนใจและหากเป็นไปได้ย่อมเป็นสิ่งที่ควรนำมาประยุกต์ใช้กับสถานการณ์ของประเทศไทยเช่นเดียวกัน

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

นาย (เก่า) เล่าเรื่อง

Tales from a Former Associate Lawyer

ภรณี เกราะแก้ว

ผู้ช่วยผู้พิพากษารุ่นที่ 73 สำนักงานศาลยุติธรรม

Poranee Krawkeo

Judge Trainee Batch 73 Court of Justice

วันที่รับบทความ 6 กันยายน 2563

วันที่แก้ไขบทความ 21 ตุลาคม 2563

วันที่ตอบรับบทความ 6 พฤศจิกายน 2563

บทคัดย่อ

ผู้เขียนได้รับโอกาสให้เรียบเรียงคอลัมน์ “นักกฎหมายเล่าเรื่อง” เป็นครั้งแรก จึงขอถือโอกาสอันดีนี้ถ่ายทอดแนวคิดและมุมมองจากประสบการณ์การทำงานของผู้เขียนในฐานะทนายความและที่ปรึกษาทนายความ (associate) ในสำนักงานกฎหมายที่เรียกว่า “ลอร์เฟิร์ม” (law firm) เป็นระยะเวลาสองปีกว่า ก่อนที่ผู้เขียนจะผ่านการสอบคัดเลือกเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษารุ่นที่ 73 (สนามใหญ่) โดยบทความนี้ได้มุ่งเน้นเนื้อหาสาระในแง่วิชาการมากนัก แต่มุ่งเน้นการเล่าเรื่องราวจากรุ่นพี่สู่รุ่นน้อง ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความนี้จะจุดประกายความคิดและสร้างแรงบันดาลใจให้แก่ทนายความรุ่นใหม่ต่อไป

คำสำคัญ: ประสบการณ์ทำงาน, ทนายความและที่ปรึกษาทนายความ, ลอร์เฟิร์ม

Abstract

The author, for the first time, has kindly been given an opportunity to write this article for the “Storytelling from Lawyer” column. Therefore, through this article, the author would like to express her perspectives through over two-year working experiences as a lawyer and associate at a law firm before she

passed the 73rd Judge Trainee (qualified from the General Examination). This article does not aim to focus on academic aspects, but rather focus on telling stories from a senior lawyer to junior ones. The author strongly hopes that it would encourage ideas and give inspiration to future lawyers.

Keywords: work experience, associate lawyer, law firm

1. บทนำ

ลอร์เฟิร์ม (law firm) เป็นสำนักงานกฎหมายที่ให้คำปรึกษาและบริการด้านกฎหมาย แก่ลูกค้าซึ่งโดยมากเป็นชาวต่างชาติ การเตรียมตัวเพื่อสัมภาษณ์ในลอร์เฟิร์มตลอดจนการทำงานย่อมหนีไม่พ้นการใช้ภาษาอังกฤษซึ่งนักกฎหมายบางคนเปรียบเสมือนเป็นยาขม แต่ผู้เขียนไม่ได้มองเช่นนั้น กลับมองว่าความสามารถด้านภาษาเป็นสิ่งที่สั่งสมและพัฒนาได้ เช่นเดียวกับความรู้และความสามารถด้านกฎหมาย การได้ทำงานในลอร์เฟิร์มนับเป็นโอกาสที่จะได้พัฒนาทักษะด้านภาษาไปพร้อมกับการสั่งสม พัฒนาความรู้และประสบการณ์ด้านกฎหมายได้เป็นอย่างดี¹

ลอร์เฟิร์มอาจแบ่งออกเป็นสองประเภท โดยใช้เกณฑ์จำนวนทนายความและที่ปรึกษากฎหมายในการแบ่ง ได้แก่ 1) ลอร์เฟิร์มขนาดใหญ่และขนาดกลาง (large and medium law firms) และ 2) ลอร์เฟิร์มขนาดเล็ก (small or boutique law firms) ลอร์เฟิร์มขนาดใหญ่และขนาดกลางโดยมากจะมีทนายความและที่ปรึกษากฎหมายตั้งแต่ 12 คนขึ้นไป ลอร์เฟิร์มขนาดใหญ่บางแห่งอาจมีทนายความและที่ปรึกษากฎหมายถึง 100 คน และยังมีพนักงานด้านอื่น ๆ ยกตัวอย่างเช่น พนักงานธุรการ พนักงานด้านทรัพยากรบุคคล บรรณารักษ์ พนักงานส่งเอกสาร รวมถึงมีสำนักงานสาขาในหลายประเทศ เป็นต้น โดยสามารถให้บริการทางกฎหมายรวมถึงธุรกรรมทางธุรกิจได้ทุกรูปแบบ นอกจากนี้ ลอร์เฟิร์มขนาดใหญ่และขนาดกลางมักมีโปรแกรมรับนิสิตนักศึกษาฝึกงานภาคฤดูร้อน (summer associate) ซึ่งออกแบบมาเพื่อมอบประสบการณ์การทำงานด้านกฎหมายให้แก่นิสิตนักศึกษา ในขณะที่เดียวกันก็เพื่อให้ลอร์เฟิร์มสามารถประเมินความรู้ความสามารถของนิสิตนักศึกษาก่อนที่จะยื่นข้อเสนอจ้างงานให้แก่นิสิตนักศึกษาที่ผ่านการประเมินหลังจากที่นิสิตนักศึกษาเหล่านั้นสำเร็จการศึกษาระดับชั้นปริญญาตรี² สำหรับลอร์เฟิร์มขนาดเล็กจะมีทนายความและที่ปรึกษากฎหมายไม่เกิน 12 คน มักเชี่ยวชาญในกฎหมายด้านใดด้านหนึ่งโดยเฉพาะ³ ยกตัวอย่างเช่น กฎหมายภาษี กฎหมายแรงงาน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา เป็นต้น

¹ สำหรับข้อมูลรายชื่อ Law Firm ในประเทศไทย ค้นหาเพิ่มเติมได้ที่ <https://dkamagazine.wordpress.com/firmlist/>

² Georgetown Law, **Law Firms** [Online] 29 August 2020. Source: <https://www.law.georgetown.edu/your-life-career/career-exploration-professional-development/for-ll-m-students/starting-your-job-search/explore-your-career-options/practice-settings/law-firms/>

³ ISFMA, **Choosing Representation: Small Firms versus Large Firms** [Online] 29 August 2020. Source: <https://www.isfma.com/law-and-order/choosing-representation-small-firms-versus-large-firms/>

โดยทั่วไปแล้วลอร์เฟอร์มีขนาดใหญ่มักจะแบ่งแยกแผนกงานชัดเจนในหมู่ทนายความ และที่ปรึกษากฎหมาย เนื่องด้วยปริมาณทนายความและที่ปรึกษากฎหมายที่มีจำนวนมาก ทำให้แต่ละคนได้ทำงานส่วนที่เกี่ยวข้องกับแผนกงานที่ตนเองสังกัดอยู่เท่านั้น แต่สำหรับลอร์เฟอร์ขนาดเล็กและขนาดกลางซึ่งผู้เขียนเคยทำงานอยู่นั้น ทนายความและที่ปรึกษากฎหมายคนหนึ่ง จะไม่ได้สังกัดแผนกงานใดงานหนึ่งเพียงแผนกเดียว เนื่องด้วยปริมาณทนายความและที่ปรึกษา กฎหมายที่ไม่มากนัก แต่ละคนจึงได้สังกัดแผนกงานที่เกี่ยวข้องหลายเฉพาะทางหลายแผนกและ จะต้องทำงานร่วมกับทนายความและที่ปรึกษากฎหมายคนอื่นในประเด็นที่มีความซับซ้อน หรือ เกี่ยวเนื่องเชื่อมโยงกัน ผู้เขียนจึงเลือกที่จะทำงานในลอร์เฟอร์ขนาดกลางเพื่อที่จะได้มีโอกาส ได้เรียนรู้ พัฒนา สังสมประสบการณ์และความรู้ด้านกฎหมายหลายด้าน ไม่ติดยึดเพียงด้านใด ด้านหนึ่งเท่านั้น

สำหรับแผนกงาน (area of practice) ในลอร์เฟอร์มีอาจแบ่งได้เป็นหลายแผนกขึ้นอยู่กับความเชี่ยวชาญเฉพาะทางของทนายความและที่ปรึกษากฎหมายของสำนักงานในด้านนั้น ๆ ยกตัวอย่างเช่น⁴

1.1 แผนกกฎหมายธุรกิจ หุ้นส่วนและบริษัท (commercial/corporate) ดูแลเกี่ยวกับหุ้นส่วน บริษัท รวมถึงกิจการร่วมค้า (joint venture) ยกตัวอย่างเช่น การจดทะเบียน จัดตั้งบริษัท การจดทะเบียนแก้ไขเพิ่มเติมหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับบริษัท การจดทะเบียน เปลี่ยนแปลงกรรมการ การประชุมของบริษัท หุ้น ความรับผิดชอบของกรรมการ เป็นต้น

1.2 แผนกควบรวมกิจการ (mergers and acquisitions) ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการวางแผนควบรวมและซื้อกิจการทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมถึงการจัดทำรายงาน การตรวจสอบสถานะทางกฎหมาย (legal due diligence) ประสานงานและทำงานร่วมกันกับที่ปรึกษาด้านบัญชีและการเงิน ในการทำข้อตกลงซื้อขายหุ้น และ/หรือทรัพย์สิน สัญญาการร่วมทุน ข้อตกลงผู้ถือหุ้น ข้อตกลงการโอนทรัพย์สินบุคคลและแรงงาน การดำเนินงานและการโอนใบอนุญาต เป็นต้น

1.3 แผนกหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (securities/capital markets) ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการปรับโครงสร้างองค์กร รวมถึงจัดสรรให้กับผู้ถือหุ้นเดิมตามสัดส่วน การถือหุ้น (Right Offering: RO) การเสนอขายหุ้นต่อประชาชน (Initial Public Offering: IPO) และการจัดสรรหุ้นเพิ่มทุนให้กับบุคคลในวงจำกัด (Private Placement: PP) เป็นต้น

1.4 แผนกต่อต้านการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า (antitrust and competition) ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับกฎหมายต่อต้านการผูกขาดและแข่งขันทางการค้า

⁴ สำหรับแผนกงานอื่น ๆ รวมถึงรายละเอียด ขอบเขตงานแต่ละแผนกงาน สามารถค้นหาเพิ่มเติมได้ที่เมนู แผนกงาน (area of practice) ในเว็บไซต์ของแต่ละลอร์เฟอร์

1.5 แผนกล้มละลายและฟื้นฟูกิจการ (bankruptcy and restructuring) ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการฟ้องคดีล้มละลาย การดำเนินการฟื้นฟูกิจการ การปรับโครงสร้างหนี้ เป็นต้น

1.6 แผนกสัญญา (contract) ร่าง ให้คำปรึกษาและความเห็นเกี่ยวกับสัญญาทุกรูปแบบ

1.7 แผนกคดีความและอนุญาโตตุลาการ (litigation & arbitration) ให้คำปรึกษาและดำเนินการทางศาลเกี่ยวกับข้อพิพาท คดีความทั้งทางแพ่ง อาญา และปกครอง รวมถึงการระงับข้อพิพาททางเลือกผ่านการอนุญาโตตุลาการ การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ ต่างประเทศ เป็นต้น

1.8 แผนกการค้าระหว่างประเทศ (international trade) ให้คำปรึกษาในด้านการค้าระหว่างประเทศรวมถึงการตอบโต้การทุ่มตลาดและการอุดหนุนซึ่งสินค้าจากต่างประเทศ เป็นต้น

1.9 แผนกการเข้าเมือง (immigration) ให้คำปรึกษาและช่วยเหลือชาวต่างชาติ รวมถึงครอบครัวในการจัดเตรียมใบสมัครและติดตามผลเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงาน (work permit) การยื่นขอใบอนุญาตพำนักชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) ประเภทต่าง ๆ การขอใบอนุญาตมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (residence permit) และสัญชาติไทย เป็นต้น

1.10 แผนกทรัพย์สินทางปัญญา (intellectual property) ดูแลเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา ลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า โดยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ ปัญหาการละเมิดลิขสิทธิ์ สิทธิบัตร และเครื่องหมายการค้า สืบค้นและจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ทั้งในประเทศและต่างประเทศ การจดทะเบียนสิทธิบัตรและอนุสิทธิบัตร เป็นต้น

1.11 แผนกแรงงานและการจ้างงาน (labour and employment) ให้คำปรึกษาและดำเนินการเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานและการจ้างงาน จัดทำสัญญาจ้างแรงงาน ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน และดำเนินการทางศาลเกี่ยวกับข้อพิพาท คดีความด้านแรงงาน เป็นต้น

1.12 แผนกอสังหาริมทรัพย์ (real estate) ให้คำปรึกษา วางแผนและดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ การพัฒนา การเช่าและการจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ การรังวัดสอบเขตและแบ่งแยกที่ดิน รวมถึงให้คำปรึกษาเกี่ยวกับทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust: REIT) เป็นต้น

1.13 แผนกรับรองและแปลเอกสาร (notarial services) แปลเอกสารทางกฎหมาย และเอกสารอื่น ๆ รับรองคำแปล รับรองลายมือชื่อและเอกสารโดยทนายความผู้ทำคำรับรองลายมือชื่อและเอกสาร (Notarial Services Attorney) เป็นต้น

1.14 แผนกให้คำปรึกษาทั่วไป (individual services) ให้คำปรึกษาทางกฎหมาย ทุกด้าน วางแผนธุรกิจ เป็นต้น

2. การสัมภาษณ์งาน

การสัมภาษณ์งานในลอร์เฟิร์มส่วนใหญ่จะแบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ส่วนแรกจะเป็นการวัดระดับภาษาอังกฤษในด้านทักษะการอ่าน (reading) และการแปล (translation) บทความทางกฎหมาย เศรษฐกิจ สังคม หรือเอกสารทางกฎหมาย (legal documents) ยกตัวอย่างเช่น หนังสือมอบอำนาจและสัญญาทางธุรกิจ เป็นต้น โดยให้แปลจากภาษาอังกฤษเป็นภาษาไทยและภาษาไทยเป็นภาษาอังกฤษ กรณีที่ผ่านเกณฑ์ในส่วนแรกผู้สมัครจะได้เข้ารับการทดสอบในส่วนที่สองซึ่งเป็นการวัดระดับภาษาอังกฤษในด้านทักษะการพูด (speaking) และการฟัง (listening) ผู้เขียนผ่านการสัมภาษณ์ในส่วนแรกและเข้ารับการทดสอบในส่วนที่สองในวันเดียวกัน โดยขณะนั้นผู้เขียนเป็นนักศึกษาจบใหม่ การสัมภาษณ์งานจึงมุ่งเน้นไปที่การพูดคุยในข้อกฎหมายโดยเฉพาะด้านกฎหมายธุรกิจที่ศึกษามาในชั้นปริญญาตรี ยกตัวอย่างเช่น นิติกรรม สัญญา หนี้ ละเมิด หุ่นส่วน บริษัท ททรัพย์สิน พินัยกรรม ททรัพย์สินทางปัญญา ล้มละลาย และฟื้นฟูกิจการ เป็นต้น กิจกรรมที่ทาระหว่างเรียนชั้นปริญญาตรี ความเห็นในประเด็นกฎหมายที่ยังไม่มีข้อยุติและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาเพื่อทดสอบทัศนคติ ไหวพริบ ปฏิภาณ และการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้า รวมถึงเป้าหมายในอนาคตหลังจากจบการศึกษาชั้นปริญญาตรี

เมื่อการสัมภาษณ์ดำเนินมาถึงช่วงท้าย หนึ่งในทนายความผู้สัมภาษณ์ซึ่งมีตำแหน่งเป็นหุ้นส่วนหรือ “พาร์ทเนอร์” (partner) ได้ถามผู้เขียนแบบตรงไปตรงมาเมื่อเห็นประวัติด้านการศึกษาของผู้เขียนซึ่งจบเนติบัณฑิตแล้วว่าผู้เขียนมีเป้าหมายจะสอบรับราชการเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการหรือไม่ ซึ่งผู้เขียนเข้าใจดีว่าสำนักงานกฎหมายรวมถึงบริษัทภาคเอกชนทุกที่ล้วนแต่ต้องการบุคลากรที่จะอยู่กับองค์กรเป็นระยะเวลาอันยาวนานเพื่อความต่อเนื่องของงานทั้งสิ้น แน่แน่นอนว่าเป้าหมายของผู้เขียนในท้ายที่สุดคือการสอบรับราชการเป็นผู้พิพากษา แต่หากตอบแบบไม่ตรงไปตรงมาก็เท่ากับว่าไม่มีความซื่อสัตย์ต่อตนเองและผู้อื่น ซึ่งแม้จะเป็นเรื่องเล็ก ๆ แต่ก็คงเป็นเรื่องไม่สู้ดีนัก ผู้เขียนจึงเลือกที่จะตอบแบบจริงใจและตรงไปตรงมา ไม่ว่าจะผลลัพธ์จะเป็นเช่นไรก็ได้ตอบตามความจริงย่อมเป็นผลดีกับทั้งผู้เขียนและองค์กรว่าเป้าหมายของผู้เขียนในท้ายที่สุดคือการสอบรับราชการเป็นผู้พิพากษา แต่ ณ วันที่สัมภาษณ์งานนี้ผู้เขียนต้องการมีประสบการณ์การทำงานจริง ต้องการพัฒนาและฝึกฝนตนเอง หากองค์กรให้โอกาสผู้เขียนก็จะใช้ความรู้ความสามารถ ศักยภาพที่มีเป็นหนึ่งในฟันเฟืองที่ดีขององค์กร ... นับว่าเป็นโชคของผู้เขียนที่ได้รับโอกาสที่คืนนั้นในเวลาต่อมา ...

3. ประสบการณ์การทำงานในลอร์เฟิร์ม

รับมือกับความคาดหวัง

เป็นธรรมดาที่เด็กจบใหม่มักเต็มไปด้วยความคาดหวังมากมาย ยกตัวอย่างเช่น อยากรได้เงินเดือน ค่าตอบแทน สวัสดิการดี ๆ อยากรทำงานในบริษัทที่มีชื่อเสียง และอยากรให้บริษัท

สอนงาน เป็นต้น แต่จะต้องพึงระลึกไว้เสมอว่าในความคาดหวังของเราว่าจะ **‘ได้รับสิ่งที่ดี’** ย่อมตามมาด้วยความคาดหวังของบริษัทที่จะ **‘ได้รับสิ่งที่ดีตอบแทน’** จากเราเช่นกัน ... ผู้เขียนได้รับมอบหมายให้เขียนหนังสือให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (legal opinion)⁵ แก่ ลูกความรายหนึ่งซึ่งต้องการวางโครงสร้างการถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ใช้ในการประกอบ ธุรกิจและวางโครงสร้างของผู้ถือหุ้นรายใหม่ งานนี้เป็นงานชิ้นแรก ๆ ที่ผู้เขียนได้รับมอบหมาย จากพาร์ทเนอร์โดยตรง เนื่องด้วยมีประเด็นทางกฎหมายที่ซับซ้อน **เมื่อขึ้นชื่อว่า ‘เป็นเนติบัณฑิต’ เป็นธรรมดาที่คนรอบข้างมักคาดหวังว่าเราจะต้องเป็นผู้ที่มีความรอบรู้ทางกฎหมายอย่างดี** ผู้เขียนตั้งใจเขียนงานนี้อย่างสุดความสามารถ ตั้งความหวังเอาไว้กับตัวเองมากและในขณะ เดียวกันก็ถูกคาดหวังเอาไว้มากเช่นกัน แต่ผลลัพธ์ออกมากลับไม่ด้อย่างที่ตั้งใจไว้ ... **‘น้องเขียน แบบนี้แน่ใจนะว่าจบเนติฯ แล้ว พี่อ่านไม่รู้เรื่องเลย’** ... หัวใจผู้เขียนกระตุกวูบหล่นไปอยู่ตรง ตาตุ่ม ... **‘เขียนเหมือนเขียนตอบข้อสอบ พี่อ่านไม่รู้เรื่อง ลูกความก็อ่านไม่เข้าใจหรอก ไป เขียนมาใหม่’** ประโยคสองสามประโยคสั้น ๆ แต่กลับวนซ้ำ ๆ ติดอยู่ในหัวทั้งคืน ทั้งกดดัน ผิดหวัง เสียใจ ก็ได้แต่ปลอบใจตัวเองว่า เมื่อคาดหวังแล้วก็ต้องเตรียมใจมาผิดหวังด้วย ...

รุ่งขึ้นผู้เขียนไปทำงานเช้ากว่าเดิมหนึ่งชั่วโมง เนื่องจากเป็นเวลาที่คนยังไม่เริ่มมา ทำงาน บรรยากาศค่อนข้างเงียบทำให้มีสมาธิมาก ผู้เขียนตั้งใจว่าจะไปแก้งานที่ได้รับคำติให้ไป เขียนมาใหม่ ครั้นเมื่อไปถึงก็เจอกับพาร์ทเนอร์ที่สั่งให้แก้งานแต่เช้า ... สติและสมาธิที่รวบรวม มากระเจิดกระเจิง ... พาร์ทเนอร์คงเห็นสีหน้าผู้เขียนไม่สู้ดีนัก จึงเรียกเข้าไปคุยในห้องทำงาน **‘ที่ดี ก็เพื่อก่อ’** การเขียนหนังสือให้คำปรึกษาทางกฎหมายกับการเขียนตอบข้อสอบแม้ เป็นงานเขียนเช่นเดียวกันแต่ต่างกันโดยสิ้นเชิง ข้อแตกต่างหนึ่งที่สำคัญคือ **วัตถุประสงค์** การเขียนตอบข้อสอบไม่ว่าในชั้นปริญญาตรี หรือในระดับเนติบัณฑิตต่างมีวัตถุประสงค์ หรือ จุดมุ่งหมายเพื่อวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว โดยการให้เหตุผลและสรุปทางกฎหมาย ซึ่งโดยมาก มักจะมี **‘ธงคำตอบหนึ่งคำตอบ’** ดังนั้น การเขียนตอบข้อสอบโดยมากจะเป็นการมุ่งหมายที่จะ ไปสู่ **‘คำตอบ’** หรือธงที่วางไว้ ต่างจากวัตถุประสงค์ของงานเขียนให้คำปรึกษาทางกฎหมายซึ่ง **ไม่มีคำตอบหรือธงตายตัว** แต่มุ่งหมายให้สามารถนำไปใช้ปฏิบัติได้จริง (practical) ทยายความ

⁵ หนังสือให้คำปรึกษาทางกฎหมาย (legal opinion) โดยหลักแล้วจะแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่

- 1) ข้อเท็จจริง เป็นการสรุปข้อเท็จจริง รวมถึงเอกสารที่ได้รับให้กระชับได้ใจความ
- 2) ประเด็นทางกฎหมาย เป็นการขมวดประเด็นและกำหนดกรอบการให้คำปรึกษาทางกฎหมาย
- 3) หลักกฎหมาย เป็นการสรุปหลักกฎหมายเฉพาะส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นทางกฎหมาย หากเปรียบเทียบกับ การเขียนตอบข้อสอบคือ ส่วนวางหลักกฎหมาย
- 4) ความเห็นทางกฎหมาย เป็นส่วนวินิจฉัย หรือปรับบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง สรุปผลทางกฎหมาย และเสนอแนะทางเลือก เปรียบเทียบข้อดีข้อเสีย ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะที่เกี่ยวข้อง (ถ้ามี)

และที่ปรึกษากฎหมายที่ดีจะต้องคิดให้รอบด้าน มองในมุมที่กว้าง และหลุดจากกรอบการเขียนตอบข้อสอบแบบเดิม ๆ เนื่องจากสิ่งที่ผู้อ่านต้องการจากงานเขียนให้คำปรึกษาทางกฎหมายคือ ‘ทางเลือกที่ดีที่สุด’ พร้อมด้วยเหตุผลประกอบว่าทางเลือกใดเมื่อชั่งน้ำหนักทุกแง่มุมแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด ดังนั้น งานเขียนให้คำปรึกษาทางกฎหมายที่ดีจำเป็นจะต้องเสนอแนะทางเลือกมากกว่าสองทางเลือกพร้อมด้วยข้อเปรียบเทียบทั้งข้อดีและข้อเสียเพื่อให้ผู้อ่านมีข้อมูลประกอบการตัดสินใจ

นอกจากนี้ การเขียนให้คำปรึกษาทางกฎหมายไม่พึงใช้ถ้อยคำในลักษณะที่เป็นการคัดลอกถ้อยคำในตัวบทกฎหมายมาใช้โดยไม่จำเป็น เว้นแต่เป็นคำเฉพาะในกฎหมาย เนื่องด้วยผู้อ่านโดยมากเป็นนักธุรกิจ ไม่ใช่ชนกกฎหมาย ถ้อยคำในกฎหมาย หรือคำอธิบายในตำรา บางครั้งแม้สละสลวยแต่ก็พุ่มพวยโดยไม่จำเป็นใน ‘บริบท’ การเขียนหนังสือให้ความเห็นทางกฎหมาย รวมถึงการตอบจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) ยกตัวอย่างเช่น ประโยคที่ว่า ‘พนักงานสอบสวนทำการตรวจค้นบ้านพัก’ หากนำมาเขียนในบริบทการเขียนหนังสือให้ความเห็นทางกฎหมายอาจจะตัดเหลือเพียง ‘พนักงานสอบสวนตรวจค้นบ้านพัก’ ก็ได้ใจความและไม่เปลี่ยนความหมายเดิม ดังนั้น การเลือกใช้ถ้อยคำและรูปประโยคให้เข้าใจง่าย แต่ไม่เปลี่ยนความหมายเดิมจึงเป็นเรื่องสำคัญ แม้ว่าเราจะเป็นนักศึกษากฎหมายที่เรียกว่าระดับ ‘หวักะทิ’ เขียนตอบข้อสอบได้คะแนนดีเพียงใดก็ตาม แต่หากสื่อความให้คนธรรมดาทั่วไปเข้าใจไม่ได้ ก็ไม่มีใครชื่นชมในเกรดเฉลี่ยหรือปริญญาบัตรของเราเลย ... นี่เป็นจุดเปลี่ยนมุมมองในการทำงานของผู้เขียนตลอดไป ...

ไปศาลครั้งแรก

ทนายน้องใหม่เมื่อต้องเริ่มทำคดี หรือหัดว่าความในศาลก็มักจะเริ่มต้นจากคดีไม่มีข้อพิพาทประเภทคดีร้องขอตั้งผู้จัดการมรดก ด้วยเหตุผลหลัก 2 ประการคือ หนึ่ง ข้อเท็จจริงและเอกสารในคดีไม่ยุ่งยากซับซ้อน เรียงคำร้องขอได้ไม่ยากนัก สอง ไม่มีผู้คัดค้าน กระบวนการในวันไต่สวนคำร้องขอจึงมีเพียงการนำพยานปากผู้ร้องขอเข้าเบิกความตอบคำถามซักเท่านั้น ... ผู้เขียนเองก็เช่นเดียวกัน คดีแรกที่ได้รับมอบหมายให้ลงมือทำด้วยตนเองแบบไม่มี ‘ทนายพี่เลี้ยง’ คือคดีร้องขอแต่งตั้งผู้จัดการมรดก แต่ใครจะไปรู้ว่าคดีนี้ไม่ได้ง่ายอย่างที่ใครเขาวกกัน เมื่อหน้าที่ของเราไม่ได้มีเพียงแค่รับเอกสารจากลูกความ เรียงคำร้องขอ จัดเตรียมแนวคำถามคำตอบในการซักถามแล้วไปว่าความในศาลเท่านั้น! ... เพราะก่อนจะเรียงคำร้องขอได้ก็ต้องซักข้อเท็จจริงโดยละเอียด ความเกี่ยวพันระหว่างผู้ร้องขอกับผู้ตาย ผู้ตายมีทายาทโดยธรรมเป็นใครบ้าง ภูมิลำเนาของผู้ตายอยู่ที่ใดเพื่อตรวจสอบเขตอำนาจศาลซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญที่สุดจะต้องระมัดระวังไม่ให้ผิดพลาด โดยเรื่องเขตอำนาจศาลผู้เขียนเอง (เกือบจะ) ผิดพลาดมาแล้วเช่นกัน ... คดีเรื่องหนึ่งที่ได้รับมอบหมาย ผู้ตายมีภูมิลำเนาอยู่ใน ‘เขตลาดพร้าว’ ถ้ามองเผิน ๆ แล้วคดีนี้น่าจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลแพ่ง ด้วยความคาดคะเนไปเองทำให้

ผู้เขียนจัดทำเอกสารที่ต้องยื่นต่อศาลไม่ว่าจะเป็นคำร้องขอ ใบแต่งตั้งนายความ บัญชีระบุพยาน จำหวัว่า ‘ศาลแพ่ง’ ทั้งหมด จนช่วงเช้าก่อนออกเดินทางไปยังศาลแพ่งคล้ายกับมีอะไรตลใจให้ผู้เขียนนึกคิดพลิกดูสมุดนัดหมายนายความในแผ่นรองปกจะมีข้อมูลเขตอำนาจศาลยุติธรรมทั่วประเทศ เมื่อเลื่อนสายตาดูข้อความที่ระบุเขตอำนาจศาลแพ่งซึ่งมีเขตอำนาจศาลแพ่งครอบคลุม ‘เขตลาดพร้าว’ ก็สบายใจ พลันสายตาก็เหลือบไปเห็นเขตอำนาจศาลแพ่งมีบุรีซึ่งมีเขตอำนาจครอบคลุม ‘เขตลาดพร้าวเฉพาะแขวงจรเข้บัว’⁶ ก็ต้องชะงักไป ... ผู้ตายอยู่ในเขตลาดพร้าว ก็จริง แต่แขวงอะไร แขวงจรเข้บัวหรือไม่ ในใจผู้เขียนภาวนา ‘แขวงอะไรก็ได้ที่ไม่ใช่แขวงจรเข้บัว’ แต่แล้วฝันร้ายก็กลายเป็นจริง ผู้ตายมีภูมิลำเนาอยู่แขวงจรเข้บัว เขตลาดพร้าว ศาลแพ่งมีบุรี จึงเป็นศาลที่มีเขตอำนาจเหนือคดีนี้ ไม่ใช่ศาลแพ่ง! นับว่าเป็นโชคที่ผู้คิดได้ทันแต่ก็เสียตลใจ ... หลังจากรีบแจ้งลูกความและพาร์ทเนอร์ในฐานะผู้บังคับบัญชาทราบ ผู้เขียนรีบแก้ไขเอกสาร เปลี่ยนแผนการเดินทางและเดินทางไปยังศาลแพ่งมีบุรีในช่วงบ่ายของวันเดียวกัน โชคดีที่ไม่มีอะไรเสียหายมากและลูกความเข้าใจ แต่หากครั้งนี้กลายเป็น ‘ศาลอื่นที่ไม่ได้อยู่ในกรุงเทพมหานคร’ เรื่องราวคงจะซบซึ้งมากกว่านี้และผู้เขียนคงไม่อาจจะเดินทางไปยื่นคำร้องขอภายในวันที่กำหนดไว้ได้ ... แม้ว่าการยื่นฟ้องหรือคำร้องขอต่อศาลจะเป็นข้อบกพร่องที่ศาลชั้นต้นจะต้องสั่งไม่รับหรือคืนให้ไปยื่นต่อศาลที่มีอำนาจ⁷ และต้องคืนค่าขึ้นศาลทั้งหมด⁸ ราวกับจะไม่เสียหายอะไร เพราะสามารถยื่นฟ้องหรือคำร้องขอต่อศาลที่มีเขตอำนาจใหม่ได้ ค่าขึ้นศาลก็ได้คืนเต็มจำนวน แต่สองสิ่งสำคัญที่อย่างน้อยจะต้องเสียไปคือ ‘เวลา’ และ ‘ความเชื่อมั่น’ จากลูกความ ในกรณีที่ย่ำที่สุดคืออาจไม่ได้มีโอกาสแก้ตัวให้ทำคดีนั้นอีกเลย ... นอกจากนี้ หากเป็นเรื่องอื่นที่ต้องยื่นฟ้องภายในกำหนดอายุความก็อาจก่อให้เกิดความเสียหายมหาศาลเพราะการไม่ได้ตรวจสอบเขตอำนาจศาล ดังนั้น เขตอำนาจศาลจึงเป็นข้อควรระวังที่ต้องตรวจสอบทุกครั้ง อย่าใช้การคาดเดาหรือความรู้เก่า เพราะหากผิดพลาดไม่ว่าด้วยสาเหตุใดก็ตามล้วนแต่เป็นข้ออ้างที่ฟังไม่ขึ้นทั้งสิ้น ฟังระลึกไว้เสมอว่าไม่มีอะไรเสียหายจากความละเอียดรอบคอบในเรื่องที่เราคิดว่ารู้อยู่แล้ว เพราะการ ‘คิดว่ารู้อยู่แล้ว’ นี้เองที่ก่อให้เกิดปัญหามากมายมาแล้ว

คดีร้องขอจัดตั้งผู้จัดการมรดกเรื่องแรกที่ผู้เขียนได้รับมอบหมายผู้ตายเป็นบิดาของผู้ร้องขอ ผู้ร้องขอมิใช่คนอื่นไกลแต่เป็นพาร์ทเนอร์ของผู้เขียน ... ใช้แล้ว คดีแรกก็ต้องทำงาน

⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแพ่งตลิ่งชัน ศาลแพ่งพระโขนง ศาลแพ่งมีบุรี ศาลอาญาตลิ่งชัน ศาลอาญาพระโขนง และศาลอาญามีนบุรี พ.ศ. 2562 ข้อ 7 “ศาลแพ่งมีบุรีและศาลอาญามีนบุรีมีเขตตลอดท้องที่ของเขตคลองสามวา เขตคันนายาว เขตบางเขนเฉพาะแขวงท่าแร้ง เขตมีนบุรี เขตลาดกระบัง เขตลาดพร้าว เฉพาะแขวงจรเข้บัว เขตสะพานสูง เขตสายไหมเฉพาะแขวงสายไหมและแขวงอโงเงิน และเขตหนองจอก กรุงเทพมหานคร”

⁷ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 18

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 151

ให้พาร์ทเนอร์ ความละเอียดรอบคอบแทบจะต้องทวีคูณ ... ‘พี่ไม่แน่ใจว่าคุณพ่อคุณแม่เอาสตูดิโอของพี่ไปเก็บไว้ที่ไหนครับ’ เมื่อไม่มีสตูดิโอแล้วจะนำเอกสารใดไปแสดงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความเป็นมารดาบุตรระหว่างผู้ร้องขอกับผู้ตาย? ... **นี่คือด่านแรกที่ต้องแก้ปัญหา** ด้วยเหตุที่ลอร์วีเฟิร์มเป็นบริการแบบครบวงจรทนายความจึงไม่ได้มีหน้าที่เพียงแคร์รับเอกสารจากลูกความแล้วนำมาร้อยเรียงเป็นคำร้องขอเท่านั้น แต่ยังคงช่วยลูกความแก้ไขปัญหาต่าง ๆ และอำนวยความสะดวกให้ หากลูกความไม่สามารถนำต้นฉบับเอกสารมาได้ ต้นฉบับสูญหายหรือถูกทำลายซึ่งเป็นปัญหาที่มักพบ ลูกความจะต้องดำเนินการต่อไปอย่างไรทนายความจะต้องให้คำแนะนำ ในกรณีเอกสารที่สูญหายหรือถูกทำลายเป็นเอกสารราชการก็ต้องอำนวยความสะดวกด้วยการเดินทางไปคัดถ่ายสำเนาเอกสาร ณ สำนักงานเขตซึ่งไม่ว่าเป็นเขตใดก็ให้อำนวยความสะดวกให้ แต่คดีเรื่องนี้เมื่อไม่มีสตูดิโอแล้วจะเอาเอกสารใดไปแสดงต่อศาลเพื่อพิสูจน์ความเป็นมารดาบุตรระหว่างผู้ร้องขอกับผู้ตาย? ... **นี่คือด่านแรกที่ต้องแก้ปัญหา** ... ในทางปฏิบัติการนี้ที่เอกสารสูญหายสิ่งแรกที่ต้องทำคือการแจ้งความลงบันทึกประจำวันเพื่อนำต้นฉบับรายงานบันทึกประจำวันไปแสดงต่อศาลเป็นพยานหลักฐานยืนยันว่าเอกสารดังกล่าวสูญหายจริงจึงจะสามารถนำสำเนาเอกสารหรือพยานบุคคลมานำสืบแทนต้นฉบับเอกสารที่สูญหาย แต่ในเมื่อไม่มีทั้งต้นฉบับและสำเนาสตูดิโอจะหาจิ๊กซอว์ชิ้นใดมาปะติดปะต่อเรื่องราวแสดงต่อศาลให้เชื่อได้ว่า ผู้ร้องขอคือบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตาย ... **บางครั้งจึงต้องอาศัยเอกสารมากกว่าหนึ่งมาประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอที่เข้าเบิกความยืนยันข้อเท็จจริงดังกล่าว** ... คดีเรื่องนี้ ผู้เขียนใช้ใบสำคัญการสมรสระหว่างบิดามารดาผู้ร้องขอมาประกอบเข้ากับทะเบียนบ้าน เนื่องจากในทะเบียนบ้านจะมีช่องที่ระบุชื่อบิดามารดา แม้จะไม่ได้ระบุนามสกุลก็ตาม แต่ก็พอจะเชื่อมโยงร้อยเรียงเรื่องราวประกอบคำเบิกความของผู้ร้องขอที่เข้าเบิกความยืนยันข้อเท็จจริงดังกล่าวและพอที่จะแสดงให้ศาลเชื่อได้ว่าผู้ร้องขอเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของผู้ตายจริง ...


อีกหนึ่งปัญหาที่มักพบคือ กรณีที่เจ้ามรดกมีอายุมากกว่า 70 ปี นั้นหมายความว่าบิดามารดาของเจ้ามรดกต้องมีอายุ 90 ถึง 100 ปี และมักจะเสียชีวิตไปก่อนหน้าเจ้ามรดก เอกสารที่จะนำมาแสดงว่าบุคคลใดบุคคลหนึ่งเสียชีวิตคือ ใบมรณบัตร ซึ่งโดยมากมักสูญหายและไม่มีเอกสารใดมายืนยันแสดงต่อศาล แม้โดย ‘ความน่าจะเป็น’ ด้วยอายุของเจ้ามรดก บิดามารดาของเจ้ามรดกน่าจะเสียชีวิตไปก่อนหน้าเจ้ามรดกก็ตาม แต่บางครั้งลำพังคำเบิกความยืนยันของผู้ร้องขอก็อาจไม่เพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อได้ว่า บิดามารดาของเจ้ามรดกเสียชีวิตไปก่อนหน้าเจ้ามรดก จริงอยู่ว่าเราอาจจะดำเนินการขอคัดถ่ายสำเนาใบมรณบัตรบิดามารดาของเจ้ามรดกที่สำนักงานเขตหรือที่ว่าการอำเภอ/เทศบาล แต่กรณีที่ผู้ตายเสียชีวิตไปนานมากแล้วก่อนที่กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย จะเริ่มเก็บรักษาเอกสารเกี่ยวกับข้อมูลทะเบียนราษฎรไว้ด้วยระบบไมโครฟิล์ม ... **เท่ากับว่าไม่มีเอกสารใดเลย** ... ผู้เขียนจนปัญญาและไม่ทราบว่าจะหา

เอกสารราชการใดได้อีกจึงปรึกษาพาร์ทเนอร์ด้านคดีความแล้วจึงได้วิธีแก้ปัญหว่า เราสามารถไปขอคัดถ่ายแบบรับรองรายการทะเบียนราษฎร (ท.ร. 14/1) ซึ่งหากบุคคลดังกล่าวเสียชีวิตไปก่อนที่กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย จะเริ่มเก็บรักษาเอกสารเกี่ยวกับข้อมูลทะเบียนราษฎรไว้ด้วยระบบไมโครฟิล์มก็จะไม่ปรากฏข้อความอื่นใดนอกจาก ‘ชื่อตัวและชื่อสกุล’ ที่นายทะเบียนกรอกข้อมูลค้นหา พร้อมข้อความในบันทึกเพิ่มเติมว่า ‘ตรวจสอบรายการบุคคลนี้ไม่พบในฐานข้อมูล’ เพียงเท่านี้ก็ได้อเอกสารราชการมาประกอบคำเบิกความยืนยันของผู้ร้องขอ และเพียงพอจะทำให้ศาลเชื่อได้ว่าบิดามารดาของเจ้ามรดกเสียชีวิตไปก่อนหน้าเจ้ามรดกจริงตามที่ผู้ร้องขอเบิกความ ... นี่คือการแก้ปัญหที่่ต้องขบคิดและไม่มีสอนในตำรา

ตัวอย่างแบบรับรองรายการทะเบียนราษฎร (ท.ร. 14/1)

56-30-15

เอกสารหมาย 9


 (ท้องที่นครห้วยขวาง)

แบบรับรองรายการทะเบียนราษฎร จากฐานข้อมูลการทะเบียน
 สำนักทะเบียนกลาง กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย

ท.ร. 14/1

เลขประจำตัวประชาชน	เลขรหัสประจำบ้าน		
ชื่อ	เพศ	สัญชาติ	
เกิดเมื่อ	อายุ	ปี	สถานภาพ
มารดาชื่อ	สัญชาติ		
บิดาชื่อ	สัญชาติ		
ที่อยู่			
สำนักทะเบียน			
เข้ามาอยู่เมื่อวันที่	เดือน	พ.ศ.	
บันทึกเพิ่มเติม	ตรวจสอบรายการบุคคลนี้ ไม่พบในฐานข้อมูล		

เมื่อมีความชำนาญในการทำคดีมรดกผู้เขียนก็ได้รับมอบหมายให้ทำคดีมรดกต่อเนื่องคดีเรื่องนี้ท้าทายความสามารถมากขึ้น เนื่องด้วยเจ้ามรดกและผู้ร้องขอเป็นชาวต่างชาติแต่เจ้ามรดกมีทรัพย์สินมรดกอยู่ในประเทศไทย ความวุ่นวายเริ่มตั้งเค้าเมื่อผู้ร้องขอมีอาชีพเป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยแห่งหนึ่งในประเทศออสเตรเลีย เจอนไขข้อแรกคือ ผู้ร้องขอมีงานประจำจึงมีวันและเวลาว่างที่จะเดินทางมายังประเทศไทยได้เพียง 2 วัน 1 คืนเท่านั้น เจอนไขข้อที่สองคือ เป้าหมายของการเดินทางมายังประเทศไทยมิใช่เพียงมาศาลในวันนัดได้สวนคำร้องขอ แต่จะต้องจัดการโอนทรัพย์สินมรดกให้เสร็จสิ้นด้วยภายในวันและเวลาราชการเดียวกัน (มีเวลาไม่ถึง 6 ชั่วโมง!) เจอนไขข้อสุดท้ายคือ ทรัพย์สินมรดกของเจ้ามรดกตั้งอยู่ในเขตอำเภอบางละมุง จังหวัดชลบุรี อยู่ในเขตอำนาจของศาลจังหวัดพัททยาซึ่งเป็นศาลที่ทรัพย์สินมรดกอยู่ในเขตศาล⁹ ในขณะที่สำนักงานของผู้เขียนตั้งอยู่ในกรุงเทพมหานคร การวางแผนการเดินทางจึงต้องรัดกุมเข้าไปอีก ... พลาดไม่ได้แม้แต่ก้าวเดียวเพราะจะกระทบเวลาไปหมด ...

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4 จัตวา “คำร้องขอแต่งตั้งผู้จัดการมรดก ให้เสนอต่อศาลที่เจ้ามรดกมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาลในขณะถึงแก่ความตาย

ในกรณีที่เจ้ามรดกไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลที่ทรัพย์สินมรดกอยู่ในเขตศาล”

หลังจากชักข้อเท็จจริงครบถ้วนและเชื่อมโยงร้อยเรียงเรื่องราวแล้ว ผู้เขียนวางแผนคดีตั้งแต่การเตรียมเอกสารประกอบการยื่นคำร้องขอก่อนลงมือร่างคำร้องขอ ซึ่งในการเตรียมใบแต่งตั้งนายความและหนังสือยินยอมจัดการมรดกสำหรับคดีนี้มีขั้นตอนที่จะต้องทำเป็นพิเศษ กล่าวคือ การแปลเอกสารทุกฉบับที่ผู้ร้องขอจะต้องลงนามจากภาษาไทยเป็นภาษาอังกฤษ ก่อนจะส่งต้นฉบับภาษาไทยพร้อมคำแปลไปให้ผู้ร้องขอลงนามแล้วส่งกลับมายังประเทศไทยเพื่อนำไปยื่นต่อศาลพร้อมกับคำร้องขอต่อไป และโดยที่ใบแต่งตั้งนายความเป็นเอกสารที่ต้องยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน¹⁰ เมื่อเป็นเอกสารที่ผู้ร้องขอได้ทำขึ้นในต่างประเทศเพื่อป้องกันการโต้แย้งจึงต้องดำเนินการให้โนตารีพับลิก (Notary Public)¹¹ ในประเทศผู้ร้องขอรับรองเป็นพยานว่า ลายมือชื่อที่ปรากฏในเอกสารดังกล่าวเป็นลายมือชื่อของผู้ร้องขอและผู้ร้องขอได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าโนตารีพับลิก ซึ่งเป็นกระบวนการรับรองลายมือชื่อในเอกสารที่ได้กระทำลงในต่างประเทศก่อนที่จะนำเอกสารฉบับนั้นมาใช้ในประเทศไทย¹² สำหรับเอกสาร

¹⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 61 “การตั้งนายความนั้น ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อต่อความและนายความ แล้วยื่นต่อศาลเพื่อรวมไว้ในสำนวน ใบแต่งตั้งนายนี้ให้ใช้ได้เฉพาะคดีเรื่องหนึ่ง ๆ ตามที่ได้ยื่นไว้เท่านั้น เมื่อทนายความผู้ใดได้รับมอบอำนาจทั่วไปที่จะแทนบุคคลอื่นไม่ว่าในคดีใด ๆ ให้ทนายความผู้นั้นแสดงใบมอบอำนาจทั่วไป แล้วคัดสำเนายื่นต่อศาลแทนใบแต่งตั้งนาย เพื่อดำเนินคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป ตามความในมาตรานี้”

¹¹ โนตารีพับลิก (Notary Public) หมายถึง เจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำคำสาบาน การรับรองเอกสาร โดยการลงลายมือชื่อและประทับตราเพื่อให้เอกสารมีความน่าเชื่อถือและใช้ยืนยันในต่างประเทศได้ ยอมรับและรับรองการโอนตราสารรวมถึงการโอนกรรมสิทธิ์อื่น และการปฏิบัติงานอย่างอื่นซึ่งโดยมากเป็นเรื่องทางพาณิชย์ ยกตัวอย่างเช่น การจัดทำคำคัดค้านตั๋วเงิน หรือคัดค้านการเดินเรือกรณีมีความสูญหายหรือเสียหาย หรือหมายถึงบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐหรือสหพันธรัฐในการรับคำสาบาน หรือการเป็นพยานและรับรองความถูกต้องของลายมือชื่อ (Notary Public; A public officer whose function it is to administer oaths; to attest and certify, by his hand and official seal, certain classes of documents, in order to give them credit and authenticity in foreign jurisdictions; to take acknowledgements of deeds and other conveyances and certify the same; and to perform certain official acts, chiefly in commercial matters, such as the protesting of notes and bills, the noting of foreign drafts, and marine protests in cases of loss or damage. One who is authorized by the state or federal government to administer oaths, and to attest to the authenticity of signatures.) จาก Henry Campbell Black, Black's Law Dictionary, p. 38

¹² ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 47 “ถ้าคู่ความหรือบุคคลใดยื่นใบมอบอำนาจต่อศาล ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความหรือบุคคลนั้น ให้ถ้อยคำสาบานตัวว่าเป็นใบมอบอำนาจอันแท้จริง

ประกอบที่ต้องใช้ประกอบคำร้องขออื่น ๆ ที่เป็นเอกสารเกี่ยวกับผู้ตายรวมถึงทายาทโดยธรรมของผู้ตายซึ่งล้วนแต่เป็น ‘เอกสารราชการของต่างประเทศ’ สำหรับในหลายประเทศจะต้องมีกระบวนการรับรองเอกสาร (legalization/apostille) โดยกระทรวงการต่างประเทศของประเทศที่ออกเอกสารก่อนที่จะนำเอกสารดังกล่าวมาใช้ในประเทศอื่นซึ่งมีขั้นตอนและรายละเอียดอยู่มาก นอกจากนี้ เมื่อผู้ร้องขอเป็นชาวต่างชาติ ไม่สามารถเข้าใจภาษาไทย การเบิกความเป็นพยานต่อศาลจะต้องเบิกความผ่านล่าม¹³ ผู้เขียนจึงต้องจัดเตรียมแนวคำถามคำตอบเป็นภาษาอังกฤษสำหรับผู้ร้องขอและล่ามเพิ่มเติมอีกด้วย ... *แค่คิดวางแผนก็ซับซ้อนเสียแล้ว ...* แต่ไม่ว่าเป้าหมายที่ตั้งใจจะยากสักเพียงใดผู้เขียนเชื่อว่าการวางแผนเตรียมงานและการบริหารจัดการที่ดีจะสามารถพาเราไปถึงเป้าหมายนั้นได้

อีกสิ่งหนึ่งที่สำคัญเมื่อต้องไปว่าความในศาลต่างจังหวัดคือ จะต้องไม่ลืมสอบถามเจ้าหน้าที่ถึงแนวปฏิบัติของศาลจังหวัดนั้น ๆ ล่วงหน้าก่อน แม้ว่าเราจะเคยว่าความในคดีประเภท หรือลักษณะเดียวกันมาแล้วก็ตาม ... คดีเรื่องนี้ผู้เขียนได้โทรศัพท์สอบถามเจ้าหน้าที่ และได้ความว่าคดีจัดการมรดกที่ศาลจังหวัดพัทธยา มีแนวปฏิบัติที่แตกต่างจากศาลแพ่ง ศาล

ถ้าศาลมีเหตุอันควรสงสัยว่า ใบมอบอำนาจที่ยื่นนั้นจะไม่ใช้ใบมอบอำนาจอันแท้จริงก็ดี หรือเมื่อคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งยื่นคำร้องแสดงเหตุอันควรสงสัยว่าใบมอบอำนาจนั้นจะมีใช้ใบมอบอำนาจอันแท้จริงก็ดี ให้ศาลมีอำนาจที่จะสั่งให้คู่ความหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้นยื่นใบมอบอำนาจตามที่บัญญัติไว้ต่อไปนี้

ถ้าใบมอบอำนาจนั้นได้ทำในราชอาณาจักรสยามต้องให้นายอำเภอเป็นพยาน ถ้าได้ทำในเมืองต่างประเทศที่มีกงสุลสยาม ต้องให้กงสุลนั้นเป็นพยาน ถ้าได้ทำในเมืองต่างประเทศที่ไม่มีกงสุลสยาม ต้องให้บุคคลเหล่านี้เป็นพยานคือเจ้าพนักงานโนตารีปับลิกหรือเมยิสเตอร์ หรือบุคคลอื่นซึ่งกฎหมายแห่งท้องถิ่นตั้งให้เป็นผู้มีอำนาจเป็นพยานในเอกสารเช่นว่านี้ และต้องมีใบสำคัญของรัฐบาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องแสดงว่าบุคคลที่เป็นพยานนั้นเป็นผู้มีอำนาจกระทำการได้

บทบัญญัติแห่งมาตรานี้ให้ใช้บังคับแก่ใบสำคัญและเอกสารอื่น ๆ ทำนองเช่นว่ามานี้ ซึ่งคู่ความจะต้องยื่นต่อศาล”

¹³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 46 “บรรดากระบวนการพิจารณาเกี่ยวกับการพิจารณาและการชี้ขาดตัดสินคดีแพ่งทั้งหลายซึ่งศาลเป็นผู้ทำนั้น ให้ทำเป็นภาษาไทย

บรรดาคำคู่ความและเอกสารหรือแผ่นกระดาษไม่ว่าอย่างใด ๆ ที่คู่ความหรือศาลหรือเจ้าพนักงานศาลได้ทำขึ้นซึ่งประกอบเป็นสำนวนของคดีนั้น ให้เขียนเป็นหนังสือไทยและเขียนด้วยหมึกหรือดีคิมพ์หรือดีพิมพ์ ถ้ามีผิดตกที่ใดห้ามมิให้ขูดลบออก แต่ให้ขีดฆ่าเสียแล้วเขียนลงใหม่ และผู้เขียนต้องลงชื่อไว้ที่ริมกระดาษ ถ้ามีข้อความตกเติมให้ผู้ตกเติมลงลายมือชื่อ หรือลงชื่อย่อไว้เป็นสำคัญ

ถ้าต้นฉบับเอกสารหรือแผ่นกระดาษไม่ว่าอย่างใด ๆ ที่ส่งต่อศาลได้ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ ให้ศาลสั่งคู่ความฝ่ายที่ส่งให้ทำคำแปลทั้งฉบับหรือเฉพาะแต่ส่วนสำคัญ โดยมีคำรับรองมายื่นเพื่อแนบไว้กับต้นฉบับ

ถ้าคู่ความฝ่ายใดหรือบุคคลใดที่มาศาลไม่เข้าใจภาษาไทยหรือเป็นใบหรือหูหนวกและอ่านเขียนหนังสือไม่ได้ ให้คู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องจัดทำล่าม”

แฟงกรุงเทพใต้และศาลแพ่งธนบุรีซึ่งผู้เขียนเคยว่าความคดีจัดการมรดกมาแล้ว กล่าวคือ แนวปฏิบัติในการบริหารงานคดีจัดการมรดกที่ไม่มีผู้คัดค้านของศาลแพ่ง ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ และศาลแพ่งธนบุรี เจ้าหน้าที่จะจัดเตรียมคำสั่งตั้งผู้จัดการมรดกให้ผู้ร้องขอล่วงหน้า เมื่อกระบวนการไต่สวนคำร้องขอเสร็จสิ้นผู้ร้องขอสามารถรอรับคำสั่งตั้งผู้จัดการมรดกได้ในวันเดียวกัน ต่างจากศาลจังหวัดพญาซึ่งเจ้าหน้าที่อาจไม่ได้จัดเตรียมคำสั่งตั้งผู้จัดการมรดกไว้ให้ผู้ร้องขอรับไปในวันเดียวกัน เนื่องจากศาลจังหวัดพญาเป็นศาลจังหวัด โดยในวันหนึ่งอาจมีนัดพิจารณาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาประกอบกับมีปริมาณคดีมาก ผู้ร้องขออาจต้องรอประมาณ 1 สัปดาห์นับแต่วันที่ศาลมีคำสั่ง จึงจะสามารถมาขอคัดถ่ายคำสั่งดังกล่าวได้ ... หากเป็นเช่นนั้นแผนการจัดการโอนทรัพย์มรดกให้เสร็จสิ้นด้วยภายในวันและเวลาราชการเดียวกันของผู้เขียนย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ เมื่อแผนที่วางไว้กับแนวปฏิบัติไม่อาจไปด้วยกันได้ ทางออกที่ดีที่สุดคงเป็นการเจรจาต่อรองและอธิบายถึงความจำเป็นให้เจ้าหน้าที่ทราบ ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าหากอธิบายด้วยเหตุและผลทั้งหมดไม่เหลือบ่าไปกว่าแรงแล้วเจ้าหน้าที่ทุกท่านก็ยินดีที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้ แต่สิ่งหนึ่งที่ไม่ควรกล่าวกับเจ้าหน้าที่คือถ้อยคำทำนองว่า ‘ศาลอื่นมีแนวปฏิบัติแบบนี้’ หรือ ‘เคยทำที่อื่นมาแบบนี้ไม่มีปัญหา’ เพราะแนวปฏิบัติของศาลอื่นย่อมไม่ผูกพันเจ้าหน้าที่ของศาลนี้ให้ต้องปฏิบัติตาม และนอกจากจะเป็นการไม่เข้าเมืองตาหลิ่ว ต้องหลิวตาตามแล้วยังเป็นการกวนน้ำให้ขุ่นเข้าไปอีก ท้ายที่สุดก็อาจจะไม่ได้รับความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ก็เป็นได้ ผู้เขียนจึงอธิบายถึงความจำเป็นให้เจ้าหน้าที่ทราบ ขอความร่วมมือจากเจ้าหน้าที่ศาลให้ช่วยจัดเตรียมคำสั่งไว้ให้ล่วงหน้าและได้รับความอนุเคราะห์จากเจ้าหน้าที่เป็นอย่างดีทำให้โล่งใจไปหนึ่งเปลาะ แต่ก็ยังไม่คลายความกังวลในการนำพยานต่างชาติเข้าเบิกความในห้องพิจารณาคดีซึ่งนับว่าเป็นอีกหนึ่งเรื่องที่ทำท้าย

ในห้องพิจารณาคดีซึ่งปะปนไปด้วยประชาชนทั้งนายความ ตัวความ ญาติ รวมถึงนักโทษที่ถูกพันธนาการด้วยโซ่ตรวนพร้อมผู้คุมนับเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ผู้ที่ไม่เคยมาศาลมาก่อนตื่นตระหนก ลูกความของผู้เขียนเองก็เช่นกัน ... ชาวต่างชาติมาประเทศไทยครั้งแรกขึ้นศาลครั้งแรกเมื่อได้ยินเสียงผู้คุมบอกให้นักโทษนั่งลงบนเก้าอี้ด้านหน้าห่างกันเพียงหนึ่งแถวก็ตื่นตระหนก ผู้เขียนซึ่งนั่งอยู่ที่โต๊ะนายความโจทก์ห่างออกไปจากเก้าอี้ประชาชนที่ลูกความนั่ง เมื่อสังเกตเห็นสีหน้าและแววตาเช่นนั้นก็อดไม่ได้ที่จะตื่นตระหนกตามไปด้วย ได้แต่ภาวนาขอให้ทั้งตนเองและลูกความมีสติ ... เมื่อผู้พิพากษาออกนั่งพิจารณา ท่านผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนจะเรียกชื่อคู่ความและสอบถามความพร้อมของคดี หลังจากนั้นนายความก็จะนำพยานเข้าประจำที่คอกพยานเพื่อสาบานตน แต่ในกรณีที่ต้องเบิกความผ่านล่ามจะต้องนำล่ามเข้าสาบานตนก่อน จากนั้นจึงนำพยานเข้าสาบานตนและเบิกความตามลำดับ ผู้เขียนค่อย ๆ ถามพยานไล่เรียงไปตามคำถามที่ได้ซักซ้อมกันมาแล้วผ่านล่ามโดยถามเป็นภาษาไทยจากนั้นล่ามแปลเป็นภาษาต่างประเทศและเมื่อพยานเบิกความด้วยภาษาต่างประเทศแล้วล่ามจึงแปลกลับ

เป็นภาษาไทย กระบวนพิจารณาคดีจึงดำเนินไปอย่างช้า ๆ มีบางช่วงที่พยานเบิกความโดยใช้ถ้อยคำไม่ตรงกันกับแนวคำตอบที่ได้ซักซ้อมเอาไว้หรือเบิกความตกลงไปบ้าง แต่เมื่อเป็นข้อเท็จจริงที่อยู่ในความรู้เห็นของพยานแม้จะไม่ตรงกันกับแนวคำตอบที่ได้ซักซ้อมหากความหมายไม่ผิดไปจากเดิมก็ถือว่าใช้ได้และเป็นหน้าที่นายความที่จะต้อง ‘ปรับเปลี่ยนคำถามหรือคิดคำถามเพิ่มเติม’ เพื่อให้ได้ความครบถ้วน ยกตัวอย่างเช่น ทนายความถามพยานว่า ‘พยานมีเหตุขัดข้องอะไรในการจัดการมรดก’ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวเป็นภาษากฎหมายโดยมากพยานมักไม่เข้าใจ ทนายความจึงต้องปรับคำถามให้เหมาะสมโดยอาจถามว่า ‘ก่อนหน้านี้พยานเคยไปติดต่อใครเพื่อโอนที่ดินมรดกนี้หรือไม่’ หรือคำถามที่ว่า ‘พยานเป็นบุคคลวิกลจริต คนไร้ความสามารถ เสมือนไร้ความสามารถหรือไม่’ ซึ่งเป็นลักษณะต้องห้ามมิให้เป็นผู้จัดการมรดก¹⁴ สามารถปรับคำถามเป็นว่า ‘พยานเคยป่วยทางจิตหรือเคยเข้ารับการรักษาอาการทางจิตหรือไม่’ เป็นต้น

รังวัดที่ดินครั้งแรก

สืบเนื่องจากคดีจัดการมรดกคดีแรกที่ผู้เขียนได้รับมอบหมายให้ทำ ‘ไหน ๆ ก็ไหน ๆ แล้ว พี่อยากให้อัยการช่วยจัดการให้จนเสร็จ ช่วยโอนที่ดินมรดกให้ด้วยเลยนะ ดำเนินการให้ด้วย’ หลังจากฟังข้อเท็จจริงและความต้องการของพาร์ทเนอร์ว่าต้องการโอนที่ดินมรดกให้แก่พี่น้องรวมผู้จัดการมรดกแล้วเป็น 3 คน ผู้เขียนซึ่งขณะนั้นไม่มีความรู้เกี่ยวกับประมวลกฎหมายที่ดินหรือประสบการณ์เกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ณ สำนักงานที่ดินเลยแม้แต่น้อย จึงเริ่มต้นจากการค้นคว้าหาข้อมูลผ่านเว็บไซต์กรมที่ดิน เมื่อพอจับต้นชนปลายได้ก็โทรศัพท์สอบถามไปยังสำนักงานที่ดินสาขาซึ่งที่ดินตั้งอยู่จึงได้ความว่า กรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินเสียชีวิตและศาลมีคำสั่งแต่งตั้งผู้จัดการมรดกแล้ว การดำเนินการจดทะเบียนเกี่ยวกับที่ดินไม่ว่าในรูปแบบการซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ หรือจำนอง ยังไม่สามารถกระทำได้เลยจนกว่าจะได้จดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดกลงบนหลังโฉนดเสียก่อน จากนั้นจึงจะค่อยเปลี่ยนจากชื่อผู้จัดการมรดกไปเป็นชื่อทายาท ผู้ซื้อ ผู้รับให้ หรือผู้รับจำนองแล้วแต่กรณี หรืออธิบายง่าย ๆ คือ ไม่อาจเปลี่ยนจากชื่อคนตายไปเป็นชื่อคนเป็นได้ในทันที จะต้องผ่านชื่อผู้จัดการมรดกเสียก่อน ... นอกจากนั้นยังต้องตรวจสอบขั้นตอน ค่าธรรมเนียม หนังสือมอบอำนาจและหลักฐานการขอจดทะเบียน¹⁵ ให้เรียบร้อยเพื่อจัดทำสรุปรายละเอียดนำเสนอส่งพาร์ทเนอร์ต่อไป

การจัดการโอนที่ดินมรดกเรื่องนี้ต้องจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ณ สำนักงานที่ดินด้วยกันทั้งสิ้น 4 เรื่อง ได้แก่ จดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดก โอนมรดก รับโอนมรดกและรังวัดแบ่งกรรมสิทธิ์รวม เมื่อพาร์ทเนอร์มีความประสงค์จะมอบอำนาจให้ผู้เขียนเป็นผู้รับมอบอำนาจให้มีอำนาจจัดการเกี่ยวกับการโอนที่ดินมรดกเรื่องนี้ จึงมีเอกสารเพิ่มเติมที่ต้องจัดเตรียมคือ

¹⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1718 (2)

¹⁵ สามารถตรวจสอบเบื้องต้นได้ที่เว็บไซต์กรมที่ดิน <https://www.dol.go.th>

หนังสือมอบอำนาจฉบับกรมที่ดิน (ท.ด. 21) ... การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ณ สำนักงานที่ดิน กรณีมีการมอบอำนาจ ‘ข้อความในเอกสารเป็นเรื่องสำคัญ’ มิใช่จะเขียนอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ แต่จะต้องใช้รูปแบบถ้อยคำไปในแนวทางที่กรมที่ดินจัดทำตัวอย่างไว้ ทั้งต้องแยกประเภท หรือเรื่องที่มามอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจกระทำต่างหากจากกัน 1 เรื่อง ต่อหนังสือมอบอำนาจ 1 ฉบับ สำหรับเรื่องนี้ต้องดำเนินการจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดก โอนมรดก รับโอนมรดก และรังวัดแบ่งกรรมสิทธิ์รวม จึงต้องจัดเตรียมหนังสือมอบอำนาจทั้งสิ้น 4 ฉบับ แยกต่างหากจากกัน ต่างจากการมอบอำนาจเป็นหนังสือกรณีทั่วไปซึ่งไม่มีรูปแบบตายตัวและสามารถมอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจมีอำนาจในหลายเรื่องในใบมอบอำนาจฉบับเดียวกันได้ ... เมื่อจัดเตรียมเอกสารทุกอย่างครบถ้วน ผู้เขียนนำหนังสือมอบอำนาจที่จัดเตรียมไว้ไปขอความอนุเคราะห์ให้เจ้าพนักงานที่ดินตรวจสอบความถูกต้องครบถ้วนของถ้อยคำ ข้อความรวมถึงความครบถ้วนของเอกสารประกอบ ก่อนที่จะส่งมอบให้พาร์ทเนอร์ลงนามในฐานะผู้มอบอำนาจเพื่อป้องกันความผิดพลาด ... การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ณ สำนักงานที่ดินไม่ใช่เรื่องยุ่งยากหากจัดเตรียมเอกสารไปครบถ้วนถูกต้อง ... ภายหลังจากจดทะเบียนลงชื่อผู้จัดการมรดก โอนมรดก รับโอนมรดก และยื่นเรื่องรังวัดแบ่งกรรมสิทธิ์รวมแล้ว



ขั้นตอนถัดไปคือการนำ นายช่างรังวัดออกรังวัด แบ่งกรรมสิทธิ์รวม ...

วันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2561 เดือนเมษายนขึ้นชื่อว่าร้อนระอุ แต่วันนี้ฝนกลับตกหนักตั้งแต่เช้าและตกต่อเนื่องแบบไม่ปรานีการรังวัดที่ดิน

ครั้งแรกของผู้เขียน ที่ดินแปลงนี้เนื้อที่ประมาณ 3 ไร่ ปรากฏจากการดูแลมานานหลายปี ... ก่อนที่จะออกมารังวัด พาร์ทเนอร์ถามผู้เขียนย้ำถึงสองรอบ ‘แน่ใจนะว่าจะไปรังวัดด้วยกัน มั่นร้อนนะ’ แต่ผู้เขียนก็ยืนยันที่จะไป ‘ของแบบนี้ไม่ได้มีโอกาสกันง่าย ๆ เมื่อโอกาสอยู่ตรงหน้าก็คว้ามานำให้ครบถ้วนกระบวนความเสียเลย’ หลังจากรออยู่พักใหญ่ ฝนก็หยุดตก กระบวนการรังวัดจึงเริ่มขึ้น การรังวัดที่ดินนับว่าเป็นกระบวนการที่สำคัญที่ผู้เป็นเจ้าของที่ดินจะต้องนำ นายช่างรังวัดออกรังวัดเพื่อยืนยันตำแหน่งที่ดินเพื่อรักษาผลประโยชน์ของตน เจ้าของที่ดินข้างเคียงก็เช่นกัน จะต้องมาระวังแนวเขตที่ดินของตนเพื่อรักษาผลประโยชน์ไม่ให้มีการนำซีรูกล้ำเข้าไปในอาณาเขตที่ดินของตน นอกจากยืนยันตำแหน่งที่ดินแล้ว นายช่างรังวัดจะทำการ

สำรวจหมุดอาณาเขตที่ถูกต้องว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรบ้าง กรณีหมุดอาณาเขตอาจสูญหายก็ต้องปักหมุดอาณาเขตใหม่ ... ที่ดินแปลงนี้ก็เช่นกัน ระหว่างเดินรอบแปลงที่ดินเพื่อตามหาหมุดอาณาเขต มีบางส่วนของที่ดินเป็นที่ลุ่ม ขุดดินลงไปเจอน้ำและมองไม่เห็นหมุดอาณาเขต แต่สันนิษฐานเบื้องต้นได้ว่าหมุดน่าจะถูกฝังอยู่บริเวณนี้ ทำให้ไม่สามารถอ่านตัวเลขที่อยู่บนหมุดซึ่งทำจากปูนซีเมนต์ได้ ผู้เขียนสังเกตอยู่นานว่านายช่างจะใช้วิธีการใดที่จะอ่านตัวเลขบนหมุดที่ถูกฝังอยู่ใต้น้ำ ไม่ก็อึดใจนายช่างก็คว้าเอาดินเหนียวบริเวณนั้นมาปั้นเป็นก้อนกลม ๆ จากนั้นจึงค่อย ๆ สอดแซนซึ่งในมือกำก้อนดินเหนียวกลม ๆ ที่เพิ่งปั้นลงไปใต้น้ำและกดก้อนดินเหนียวลงบนรอยบุ๋มของหมุดซีเมนต์ ทันทีที่แซนโคล่พื้นน้ำก็เห็นตัวเลขเป็นรอยบุ๋ม ๆ ตีตามากับก้อนดินเหนียว ผู้เขียนและพาร์ทเนอร์ต่างพากันอึ้งและประทับใจในวิธีการแก้ปัญหาของนายช่างรังวัดเป็นอย่างมาก

ก่อนจะนั่งบัลลังก์

คดีแพ่งเรื่องหนึ่งผู้เขียนรับช่วงต่อจากนายความในลอร์เฟิร์ม คดีนี้โจทก์ฟ้องขับไล่จำเลยและบริวารออกจากที่ดินรวม 7 โฉนดและเรียกค่าเสียหาย จำเลยให้การต่อสู้และฟ้องแย้งขอครอบครองปรปักษ์ซึ่งเป็นคดีใหญ่ มีข้อเท็จจริงและรายละเอียดซับซ้อน มีแฟ้มคดีรวมทั้งสิ้น 3 แฟ้มหนา ๆ ประกอบกับกลุ่มของจำเลยเป็นผู้มีอิทธิพล ... ก่อนออกตัวมาช่วยทำคดีนี้ผู้เขียนก็คิดไม่ตกเช่นกันว่าจะไหวหรือไม่ แต่อีกใจก็อยากได้ประสบการณ์ทำคดีฟ้องขับไล่ ครอบครองปรปักษ์ดูบ้าง ... *อ่านฎีกามาเป็นร้อยเรื่องแต่ไม่ลองมาเจอของจริงก็นึกภาพไม่ออก ...*

สิ่งแรกที่ได้จากการทำคดีนี้คือ ได้มาเห็นของจริง สิบปากว่าไม่เท่าสองตาเห็น! ฝ่ายหนึ่งอาจจะต้องเสียที่ดิน อีกฝ่ายหนึ่งก็อาจจะสิ้นที่อยู่ พยานที่สาบานตนแล้วเบิกความเท็จต่อหน้าต่อตาก็มี แม้รู้เต็มอกกว่าพยานกำลังโกหก เบิกความหลีกเลียงข้อเท็จจริงอะไรบางอย่างอยู่ ... ไม่เหมือนที่เคยคุยกันไว้เลย ... แต่ในฐานะทนายความก็ทำอะไรพยานเขาไม่ได้ เพราะเป็นสิทธิของพยานที่จะเลือกให้การอย่างไรก็ได้ ... *ชีวิตของพยานหลังมาเบิกความต่อศาล ทนายความไม่สามารถรับผิดชอบชีวิตพยานได้จริง ๆ ... คงทำได้แค่การถามค้านพยานเพื่อทำลายน้ำหนักเท่านั้น ซึ่งต้องอาศัยทั้งทักษะ ไหวพริบ และประสบการณ์ หลังจากสืบพยานต่อเนื่องอย่างหนักหน่วง วันสุดท้ายของการสืบพยาน พาร์ทเนอร์ก็หันมาพูดกับผู้เขียนว่า ‘พี่กำลังปั้นน้องให้เป็นผู้พิพากษานะ ดีแล้วที่ได้เข้ามาช่วยทำคดีนี้ เห็นอะไรหลายอย่าง ๆ แล้วใช้ไหม ต่อไปจะได้ไม่หลงกลทนายอย่างพี่’ ใช้เลย* นี่เป็นหนึ่งในเหตุผลสำคัญที่ผู้เขียนเลือกทำงานก่อน เพราะไม่ต้องการที่จะอยู่แต่กับตำราแต่ขาดประสบการณ์ตรง อย่างน้อยขอประสบการณ์สักนิดก็ยังดี ขอสัมผัสความกดดันจากมุมด้านขวาหรือด้านซ้ายมือในบัลลังก์ครั้งนี้ รู้วิธีคิด การวางแผน จิตวิทยาและเทคนิคการนำเสนอข้อมูล รวมถึงข้อมูลต่าง ๆ ที่เคยคาดคิดว่ามีข้อมูลหรือหน่วยงานแบบนี้อยู่ สัมผัสกับความเครียดของจำเลยที่ไม่รู้ว่าพຽນนี้จะมีบ้านอยู่ไหม หรือไม่รู้ว่พຽນนี้มะรินนี้จะต้องไปใช้ชีวิตที่เหลือในเรือนจำหรือไม่ หรือเมื่อชนะคดีแล้วจะต้องบังคับคดี

ต่อไปอย่างไร กระบวนการบังคับขับไล่ ‘ของจริง’ ทำอย่างไร ... ขอสัมผัสชีวิตข้างล่างบ้าง ก่อนที่จะได้ขึ้นไปนั่งบนบัลลังก์นั้นบ้างก็คงดีไม่น้อย



*“เพราะทุกอย่างที่ผ่านเข้ามาล้วนเป็นประสบการณ์
ไม่ว่าจะมีเงินมหาศาลเพียงใดก็ไม่อาจจะซื้อหามาได้
นอกจากสองมือของเราเอื้อมไปไขว่คว้ามันมา”*

4. บทส่งท้าย

แม้ว่าประสบการณ์การทำงานสองปีกว่าของผู้เขียนจะเป็นระยะเวลาอันน้อยนิด แต่ผู้เขียนก็มีความภาคภูมิใจว่าประสบการณ์นี้นับเป็นเรื่องราวที่โลดโผน ทรงคุณค่า และจะเป็นต้นทุนสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนต่อยอดและสั่งสมประสบการณ์เพื่อพิสูจน์ตนเองและผลงานต่อไป ผู้เขียนหวังว่าประสบการณ์ที่ได้เล่าสู่กันฟังนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านให้เห็นภาพบรรยากาศการทำงานในลอร์เฟิร์มบางส่วน ซึ่งไม่เพียงแต่มีประเด็นข้อกฎหมายที่ต้องศึกษาค้นคว้า แต่ยังรวมไปถึงวิชาข้อเท็จจริงที่ต้องอาศัยประสบการณ์ซึ่งสั่งสมผ่านการทำงาน และหวังเป็นอย่างยิ่งว่าจะได้จุดประกายความคิดให้แก่บัณฑิตนักศึกษากฎหมายในการเริ่มสั่งสมประสบการณ์ที่ละเล็กละน้อยตั้งแต่วันนี้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อตนเองและประชาชนในวันข้างหน้า

คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่านำกระดาษด้านบน (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 ดิงศภัทย์, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

ตัวอย่างที่ 2: หยุต แสงอุทัย, (ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ บรรณาธิการ), **กฎหมายอาญา ภาค 2-3**, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 89.

บทความในวารสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: รณกรณ์ บุญมี, “การข่มขืนกระทำชำเราโดยหลอกลวง: วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10007/2557 และการกระทำอื่น ๆ,” **วารสารนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** 46, 3 (กันยายน 2560): 647-663.

วิทยานิพนธ์

ผู้เขียนวิทยานิพนธ์,/“ชื่อวิทยานิพนธ์,”/(ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ชิดชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต 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: ณัฐกร 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 วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลายทรงสนะ, บรรณาธิการโดย คณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิด้าโพลออก” 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., p. 9.”

(2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

¹ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: เนติบัณฑิตยสภา, 2548), หน้า 9.

²

³ จิตติ ดิงศภัทย์, กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1, หน้า 18.

หมายเหตุ:

(1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิษณุ เครืองาม 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.
- ผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)/สถานที่,/วันเดือนปี.
- ผู้แต่ง./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), p. 9.

Example 2: Yut Sanguthai, (Twekiat Menakanist Editor), **Criminal Law Division 2-3**, 11th Edition (Bangkok: Thammasat University, 2013), p. 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 10007/2557 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), p. 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), p. 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), p. 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, p. 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., p. 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), p. 9.

²

³ Jidti Tingsaphati, **Criminal Law Part 2, Episode 1**, p. 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 "Wisnu 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.

จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ

จริยธรรมของผู้เขียนบทความ

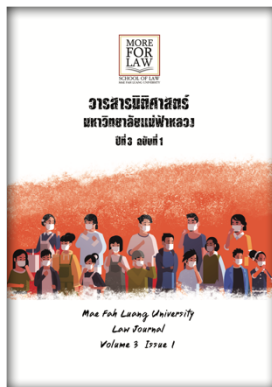
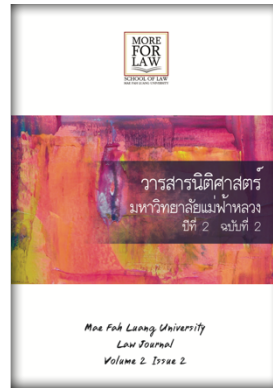
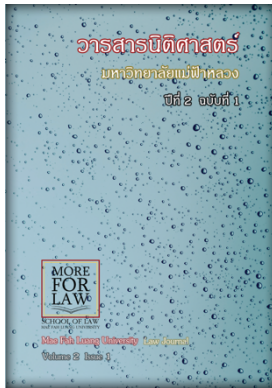
1. ผู้เขียนบทความต้องรับรองว่าบทความที่ส่งพิจารณาตีพิมพ์เป็นผลงานของผู้เขียนบทความแต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้เขียนบทความและผู้เขียนบทความร่วม
2. ผู้เขียนบทความต้องรับรองว่าบทความที่ส่งพิจารณาตีพิมพ์เป็นผลงานที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน
3. ผู้เขียนบทความต้องรับรองว่าจะไม่นำบทความที่ส่งพิจารณาตีพิมพ์ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ผู้เขียนบทความส่งบทความ

จริยธรรมของผู้ทรงคุณวุฒิ

1. ผู้ทรงคุณวุฒิต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้เขียนบทความ
2. ผู้ทรงคุณวุฒิต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยตนเอง
3. ผู้ทรงคุณวุฒิต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการประเมินคุณภาพบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดช่วงระยะเวลาประเมินคุณภาพบทความ

จริยธรรมของบรรณาธิการ

1. บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้เขียนบทความ
2. บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยชื่อ นามสกุล และข้อมูลเกี่ยวกับผู้เขียนบทความและผู้ทรงคุณวุฒิแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดช่วงระยะเวลาประเมินคุณภาพบทความ



ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงใน วารสารนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ

ตำแหน่งงาน หน่วยงาน

ขอส่ง บทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย ปกิณกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

.....

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ)

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย)

.....

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ)

.....

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร)

.....

.....

โทรศัพท์ โทรสาร โทรศัพท์มือถือ

E-mail

- ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้
- เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
 - เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น
 - เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน
 - ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายในระยะเวลา 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...../...../.....



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
Website: <http://law.mfu.ac.th>
Email: journal.law@mfu.ac.th
Facebook: www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th

