



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

Mae Fah Luang University

Law Journal

Volume 6 Issue 1

(January - June 2023)

วารสารนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 6 ฉบับที่ 1

(มกราคม - มิถุนายน 2566)



24MFU



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 • มกราคม - มิถุนายน 2566

Mae Fah Luang University Law Journal

Volume 6 Issue 1 • January - June 2023

ISSN (Online) 2774-020X • ISSN (Print) 2774-0765

± เกี่ยวกับวารสาร ±

ความเป็นมาของวารสาร

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้ดำเนินการจัดทำ “วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง” แบ่งออกเป็น 2 ช่วง ช่วงที่หนึ่ง ตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2552 จนถึงปี พ.ศ. 2554 รวมจำนวนทั้งสิ้น 3 ฉบับ (ปีละ 1 ฉบับ) จากนั้นได้เลิกดำเนินการจัดทำไป และช่วงที่สอง ได้ดำเนินการจัดทำอีกครั้งหนึ่ง เริ่มตีพิมพ์บทความเผยแพร่ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2561 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน

วัตถุประสงค์ของวารสาร

1. เพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็งทางวิชาการให้แก่สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2. เพื่อส่งเสริมให้บุคคลทั้งภายในและภายนอกสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง นำบทความที่ตนนิพนธ์เผยแพร่สู่สาธารณชน
3. เพื่อเป็นเอกสารสำหรับใช้ในการศึกษาค้นคว้าและอ้างอิง
4. เพื่อพัฒนาความรู้ในสาขาวิชานิติศาสตร์ของประเทศไทย

นโยบายและขอบเขตเนื้อหาของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารมีนโยบายรับตีพิมพ์บทความที่มีคุณภาพสูงในด้านนิติศาสตร์ทุกสาขาวิชา เช่น กฎหมายเอกชน กฎหมายธุรกิจ กฎหมายอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายสังคม กฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายเปรียบเทียบ กฎหมายระหว่างประเทศ และนิติปรัชญา โดยมีกลุ่มเป้าหมายคือคณาจารย์ นักศึกษา นักวิจัย และนักวิชาการทั้งในและนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ประเภทของบทความที่รับตีพิมพ์

วารสารรับตีพิมพ์บทความประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ บทความวิจัย บทความวิชาการ วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกิณกะกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และนักกฎหมายเล่าเรื่อง โดยบทความแต่ละประเภทมีความหมายดังต่อไปนี้

1. **บทความวิจัย** หมายความว่า บทความที่นิพนธ์ขึ้นจากงานวิจัยทางนิติศาสตร์ (โครงการวิจัย วิทยานิพนธ์ หรือดุษฎีนิพนธ์) เพื่อนำเสนอข้อค้นพบอย่างเป็นระบบ

2. **บทความวิชาการ** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์กฎหมายทั้งทางทฤษฎีและทางปฏิบัติซึ่งจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านองค์ความรู้หรือการนำไปประยุกต์ใช้ต่อไป

3. **วิเคราะห์คำตัดสินศาล** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์คำตัดสินของศาลต่าง ๆ เช่น คำตัดสินของศาลยุติธรรม และคำตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญ

4. **วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ความเห็นทางกฎหมายขององค์กรหรือบุคคลต่าง ๆ เช่น ความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา และความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

5. **วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอการวิเคราะห์หรือการวิจารณ์ข้อสอบกฎหมายของสนามสอบต่าง ๆ เช่น ข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการตุลาการในตำแหน่งผู้ช่วยผู้พิพากษา และข้อสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย

6. **ปกิณกะกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่นำเสนอเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยซึ่งเป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจ

7. **แนะนำหนังสือกฎหมาย** หมายความว่า บทความที่แนะนำหนังสือกฎหมายที่น่าสนใจ

8. **นักกฎหมายเล่าเรื่อง** หมายความว่า บทความที่บอกเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับนิติศาสตร์จากประสบการณ์ของผู้นิพนธ์ซึ่งเป็่นนักกฎหมาย (นักกฎหมาย หมายถึง ผู้ที่สำเร็จการศึกษาชั้นปริญญาตรีหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) เป็นอย่างน้อย)

กำหนดเวลาเปิดรับพิจารณาบทความ

วารสารเปิดรับพิจารณาบทความตลอดทั้งปี

ลักษณะของการประเมินคุณภาพบทความ

บทความทุกประเภทจะได้รับการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาในบทความนั้น ๆ โดย “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” จำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้น จำนวน 2 ท่านต่อบทความ ทั้งนี้ เป็นการประเมินคุณภาพแบบลับทั้งสองทาง (double-blinded review) กล่าวคือ ผู้นิพนธ์จะไม่ทราบว่าผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความคือผู้ใด และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจะไม่ทราบว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด

ในกรณีที่บทความใดนิพนธ์โดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ไม่ว่าจะผู้นิพนธ์จะอยู่ในสถานะอาจารย์ประจำ อาจารย์อาวุโส เจ้าหน้าที่ หรือนักศึกษา ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความที่ประเมินคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงกรณีที่บทความซึ่งมีผู้นิพนธ์ร่วมกันตั้งแต่ 2 ท่านขึ้นไปและผู้นิพนธ์ท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ภาษาที่รับตีพิมพ์

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

กำหนดเวลาตีพิมพ์

วารสารมีกำหนดเวลาตีพิมพ์บทความปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังต่อไปนี้
ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน
ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม

คุณภาพของวารสาร

ปัจจุบันวารสารได้ผ่านการรับรองคุณภาพจากศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย (Thai-Journal Citation Index Centre : TCI) โดยจัดอยู่ในฐานข้อมูลกลุ่มที่ 2 จนถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2567

ค่าธรรมเนียมและค่าตอบแทนผู้นิพนธ์

วารสารไม่มีนโยบายเรียกเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้นิพนธ์และไม่มีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้นิพนธ์

ค่าตอบแทนผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

วารสารมีนโยบายให้ค่าตอบแทนแก่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความเป็นจำนวนเงินท่านละ 2,000 บาท (สองพันบาทถ้วน) ทั้งนี้ ไม่ว่าผลสุดท้ายบทความที่ประเมินคุณภาพนั้น จะได้รับการตีพิมพ์หรือไม่ก็ตาม

เลขมาตรฐานสากลของวารสาร

ISSN [Online] : 2774-020X

ISSN [Print] : 2774-0765

เจ้าของ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ทำเนียบบรรณาธิการ

พ.ศ. 2561 - ปัจจุบัน รองศาสตราจารย์วิวรรณ์ ดำรงค์กุลนันท์

ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะใด ๆ ซึ่งปรากฏอยู่ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารฉบับนี้
“คณะผู้จัดทำวารสาร” และ “สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง”
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

บรรณาธิการ

Editor

รองศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Wiwat Damrongkulnan

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

Assistant Editors

อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Dr. Archariya Wongburanavart

School of Law, Mae Fah Luang University

อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Arjan Natdanai Nachan

School of Law, Mae Fah Luang University

กองบรรณาธิการ

Editorial Board

ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ

นักวิชาการอิสระ

Professor Dr. Pairojana Kampusiri

Independent Scholar

ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Professor Dr. Kriengkrai Charoenthanavat

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Associate Professor Dr. Chalor Wongwatanapikul

School of Law, Mae Fah Luang University

รองศาสตราจารย์ ดร.ณรงค์เดช สรุโฆษิต

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Associate Professor Dr. Narongdech Sarukosit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

รองศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Associate Professor Arnon Mamout

Faculty of Law, Thammasat University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Dr. Suphasit Taweejamsup

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Assistant Professor Dr. Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

ผู้ช่วยศาสตราจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Assistant Professor Wimpat Rajpradit

Faculty of Law, Chulalongkorn University

ผู้จัดการ

Manager

นางสาวจตุพร ชุ่มมะโน

Miss Jatuporn Chummano

ผู้ช่วยผู้จัดการ

Assistant Manager

ตรวจสอบรูปแบบรายการอ้างอิงและพิสูจน์อักษร

Reference Checking and Proofreading

นางสาวปิ่นหยก ศาสน์ประดิษฐ์

Miss Pinyok Satpradit

สารบัญ

บทความวิชาการ

- หลักประชาธิปไตยกับวุฒิสภามาตรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พ.ศ. 2560

14

The Principle of Democracy and Senate of the Constitution of the Kingdom of Thailand 2017

รชณัฐ มะโนแสน

Rachanatt Manosan

บทความวิจัย

- การตีความเอกสาร

61

Interpretation of Documents

อรุณี วสันตยานันท์

Arunee Wasantayanan

- มาตรการทางกฎหมายควบคุมการออกใบอนุญาตอาวุธปืนสั้น

ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

110

Legislative Measures to Control the Licensing of Handgun

According to the Firearms Act of B.E. 2490 (1947)

วีรวิษญ์ เรืองประเสริฐ | รุ่ง ศรีสมวงษ์

Veeravith Ruangprasert | Rung Srisomwong

<p>• มาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบ</p> <p>The ASEAN Legal Measures on Import and Export Food Safety Standard: Case Bakery Study</p> <p>กฤษณา มณีรัตน์ ชูเกียรติ น้อยฉิม จุฑามาศ นิวัฒน์</p> <p>Krisana Maneerat Chukeat Noichim Chutamat Niwat</p>	<p>147</p>
<p>• ประเทศไทยกับความเป็นไปได้ที่จะเข้าร่วมอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019</p> <p>Thailand's Possibility of Becoming a Party to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 2019</p> <p>ชญาณิศ วิชชุประภา</p> <p>Shayanit Vishchuprapha</p>	<p>185</p>
<p>• สถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์: กรณีศึกษาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021</p> <p>Legal Status of International Soft Law: Case Study of the World Anti-Doping Code 2021</p> <p>กานต์ เก่งสกุล</p> <p>Karn Kengskool</p>	<p>229</p>

นักกฎหมายเล่าเรื่อง

- กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ภาคต่อ) 268
Juvenile Justice (Part 2)
ภรณ์ เกราะแก้ว
Poranee Krawkeo
- การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์
ระดับประเทศ ครั้งที่ 8 ประจำปีการศึกษา 2564: ความประสงค์และความคาดหวัง
ของคณะกรรมการออกข้อสอบและตัดสิน 295
The 8th National Moot Court Competition for the Academic Year 2021:
The Expectations of the Examination Committee
วรัญญา ทรงพิสุทธิ์ศักดิ์ | นิตินันท์ บูรณะเจริญรักษ์ | หทัยพัชร เลิศกมลนิมิตร
Waranya Trongpisutsak | Nitinant Bruranajroenrak | Hathaiphath Lertkamonnimit
- ประเทศญี่ปุ่น เหริยญสองด้านของการเป็นสังคมแห่งความกลมเกลียว
และไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท 323
Japan: Two Sides of Being the Harmonious and Non-Litigious Society
สุวลักษณ์ ขันธุ์ปรีक्षा
Suwalak Khanpruksa

บทความวิชาการ (Academic Article)

หลักประชาธิปไตยกับวุฒิสภา ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

The Principle of Democracy and Senate of the
Constitution of the Kingdom of Thailand 2017

รชณัฐ มะโนแสน*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายมหาชน สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Rachanatt Manosan

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

วันที่รับบทความ 29 กรกฎาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 29 ตุลาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 5 พฤศจิกายน 2565

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ rachanatt.man@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

วุฒิสภาเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นมาตามรัฐธรรมนูญ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยอยู่จำนวนไม่น้อย ภายใต้ขอบเขตแห่งหลักการที่สำคัญแห่งระบอบ การปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย รัฐดังกล่าวล้วนมุ่งหวังให้มีการประกันหลักประชาธิปไตย ให้เป็นคุณค่าที่อยู่ในบรรทัดฐานแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะกรณีของการจัดตั้ง องค์กรระดับสูงตามรัฐธรรมนูญ องค์กรดังกล่าวก็ล้วนแล้วแต่ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของ หลักประชาธิปไตย โดยจะต้องมีที่มาขององค์กรที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจ อธิปไตย ทั้งนี้ วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็เป็นองค์กร ระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งที่จะต้องถูกเรียกร้องให้มีโครงสร้าง การจัดองค์กรของตนให้มีความยึดโยงกับประชาชนเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากที่มา ของสมาชิกวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แล้ว กลับพบว่าที่มา ดังกล่าวกลับไม่อาจสะท้อนให้เห็นถึงความสอดคล้องของการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มี ความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยเท่าที่ควร เนื่องจากไม่ได้มีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรง ของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยผ่านกลไกการเลือกตั้งอันเป็นกลไกสากลที่ส่งผ่านความชอบธรรม ทางประชาธิปไตยผ่านหลักการประชาธิปไตยแบบผู้แทนตามครรลองแห่งระบอบการปกครอง ของรัฐเสรีประชาธิปไตย และหากพิจารณาควบคู่ไปกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญ ของรัฐต่างประเทศอันสะท้อนให้เห็นถึงการดำรงอยู่ของวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญที่มีความชอบธรรม ทางประชาธิปไตยในรัฐนั้น ๆ เราก็จะพบว่าที่มาของวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มีความแตกต่างจากที่มาของวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญในรัฐต่างประเทศซึ่งสะท้อน ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องในการจัดองค์กรระดับสูงต่อหลักประชาธิปไตยในการจัดองค์กร แห่งรัฐเนื่องมาจากความบกพร่องในการกำหนดรูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่เปิดโอกาส ให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการคัดเลือกอย่างทั่วถึงและเป็นรูปธรรม

คำสำคัญ: วุฒิสภา; หลักประชาธิปไตย; ที่มาของสมาชิกวุฒิสภา; ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ของวุฒิสภาไทย

Abstract

The Senate is the supreme legislative body constitutionally established in a number of liberal democracies within the scope of essential liberal democratic state regime principles. Such states all aim to ensure democratic principles are values that fall within the norms of constitutional law, especially in the case of establishing a high-level organization under the constitution. Such organizations are all subject to democratic principles. There must be an organizational origin linked to the electorate with sovereign power. The Senate, under the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017), is a high-ranking state legislative body under the Constitution that is required to have a constitutionalizing organizational structure connected to voters as well as the consistency of a high-level state organization consistent with democratic principles, as it is only indirectly elected by the sovereign power of voters through a universal electoral mechanism withholding democratic legitimacy by the principle of representative democracy in accordance with the liberal democratic state regime. After considering the compositions of other senates established by foreign constitutions, differences between other national senate composition forms and that of the Constitution of the Kingdom of Thailand 2017 may be identified, to underline the dissociation between the supreme constitutional organization and democratic principles. This is due to a lack of Thai senatorial composition formulation which prevents the electorate from participating in a comprehensive, concrete selection process through a general electoral system.

Keywords: Senate; Democratic Principles; Selection of Senators; Democratic Legitimacy; Senate of Thailand

1. บทนำ

ในรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนใหญ่ซึ่งมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดแล้วแต่มีการจัดโครงสร้างองค์กรระดับสูงแห่งรัฐซึ่งเป็นสถาบันทางการเมืองที่สำคัญให้มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นองค์กรซึ่งใช้อำนาจในการออกกฎหมายอันเกี่ยวพันกับการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยโดยตรงซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรที่มีการจัดตั้งโดยอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (pouvoir constituant dérivé) โดยอำนาจแห่งการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวจะต้องมีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยซึ่งเรียกร้องให้มีการประกันสถานะขององค์กรแห่งรัฐที่ใช้อำนาจแทนประชาชนผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบอบการปกครองแห่งรัฐและเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจทางการเมืองผ่านหลักประชาธิปไตยสมัยใหม่ ทั้งนี้ ก็มีรัฐเสรีประชาธิปไตยจำนวนไม่น้อยที่มีการจัดตั้งองค์กรระดับสูงฝ่ายนิติบัญญัติให้อยู่ในระบบสภาคู่ (Bicameral System) โดยมีสภาลำดับที่สองอย่างวุฒิสภาเป็นสภาอีกชนิดหนึ่งที่ใช้อำนาจร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่อยู่ในสถานะองค์กรผู้แทนของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยโดยตรง อย่างไรก็ตาม ถึงแม้วุฒิสภาจะเป็นสภาลำดับที่สองรองจากสภาผู้แทนราษฎร แต่ในรัฐเสรีประชาธิปไตยส่วนมากที่มีการจัดตั้งวุฒิสภาเป็นสภาลำดับที่สองก็มักจะจัดตั้งรูปแบบของที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยเพื่อให้เป็นไปตามครรลองแห่งการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย

ราชอาณาจักรไทยเป็นหนึ่งในรัฐที่มีการจัดตั้งวุฒิสภาในสถานะสภาลำดับที่สองที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติคู่ไปกับสภาผู้แทนราษฎรเช่นกันนับตั้งแต่มีการจัดตั้งสภาลำดับสองในชื่อของ “พฤฒิสภา” ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489¹ แล้วมาเปลี่ยนเป็นชื่อ “วุฒิสภา” เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490² และนับตั้งแต่นั้นมาสภาลำดับที่สองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในฉบับถาวรทุกฉบับที่ประกาศใช้ให้มีผลบังคับทางกฎหมายก็ถูกเรียกว่า “วุฒิสภา” เรื่อยมาจวบจนถึงปัจจุบัน เมื่อพิจารณารูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนับแต่มีการ

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2489 มาตรา 24

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 มาตรา 33

จัดตั้งขึ้นมาจนถึงปัจจุบัน ก็พอจะมีวุฒิสภาที่มีรูปแบบที่มาของสมาชิกที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนอยู่บ้าง อันได้แก่ วุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540³ และวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550⁴ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ก็ได้มีการจัดตั้งวุฒิสภาในสถานะสภาลำดับที่สองซึ่งใช้อำนาจนิติบัญญัติคู่กับสภาผู้แทนราษฎรอยู่เช่นกัน หากแต่วุฒิสภาดังกล่าวมีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนอันสะท้อนให้เห็นถึงความไม่ยึดโยงขององค์กรระดับสูงของรัฐดังกล่าวกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยที่อาจทำให้ปรากฏสภาวะแห่งความไม่สอดคล้องกันของการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญอย่างวุฒิสภาต่อหลักประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เรียกร้องให้หลักการดังกล่าวเกิดผลในข้อเท็จจริงทางกฎหมายตามนิติบรรทัดฐานในระบบกฎหมายภายในรัฐดังกล่าวได้

บทความฉบับนี้จึงมีความสนใจศึกษาในประเด็นของหลักประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการสำคัญอันผูกประกันไว้ในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยสากลกับการจัดตั้งวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายไทย โดยมุ่งศึกษาผ่านทฤษฎีว่าด้วยหลักประชาธิปไตยและการเปรียบเทียบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรแห่งรัฐระดับสูงที่สำคัญตามรัฐธรรมนูญในต่างประเทศเพื่อวิเคราะห์ถึงปัญหาในเชิงหลักการอันจะนำมาซึ่งข้อสรุปของผลการศึกษาและข้อเสนอแนะทางหลักการต่อการจัดโครงสร้างองค์กรของวุฒิสภาให้สอดคล้องตามครรลองแห่งระบอบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยเพื่อสร้างพื้นที่ในการมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดแห่งรัฐได้อย่างมากที่สุดตามบรรทัดฐานแห่งกฎหมาย

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 121

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 111

2. หลักประชาธิปไตย: หลักการสำคัญในการจัดองค์กรแห่งรัฐของระบอบการปกครองเสรีประชาธิปไตย

2.1 รัฐเสรีประชาธิปไตยและหลักการสำคัญแห่งระบอบการปกครอง

“รัฐเสรีประชาธิปไตย” (Liberal Democracy State) เป็นความหมายที่สื่อถึงลักษณะของรัฐสมัยใหม่ที่ใช้ระบอบการปกครองของตนแบบประชาธิปไตยสมัยใหม่ (Modern Democracy State) ซึ่งให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในฐานะเจ้าของอำนาจอธิปไตย โดยให้ความเคารพต่อหลักการสำคัญอยู่สองหลักการด้วยกัน ประกอบด้วย “หลักประชาธิปไตย” (Democracy) ซึ่งเป็นหลักการที่มุ่งเน้นความเสมอภาคทางการเมืองและยืนยันถึงสถานะของอำนาจอธิปไตยที่เป็นของประชาชน และหลักเสรีนิยม (Liberalism) ที่เป็นหลักการซึ่งมุ่งเน้นการตรวจสอบถ่วงดุล จำกัดอำนาจรัฐและปกป้องเสรีภาพของปัจเจกบุคคล⁵ โดยรัฐดังกล่าวจะต้องมีการจัดโครงสร้างองค์การทางการเมืองระดับสูงแห่งรัฐที่อยู่ในสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจแทนประชาชน กลไกการปกครองของรัฐดังกล่าวจะสามารถถูกถ่วงดุลและตรวจสอบภายใต้กรอบของกฎหมายเพื่อไม่ให้รัฐใช้อำนาจละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้นั้นเอง⁶ Thomas Paine นักเคลื่อนไหวทางการเมืองชาวอเมริกันเคยกล่าวถึงระบอบการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยว่าระบอบการปกครองดังกล่าวเป็นรูปแบบการปกครองที่เป็นผลผลิตจากการปฏิวัติประชาธิปไตยที่ปลดแอกมนุษยชาติออกจากระบอบเผด็จการที่กบฏผลประโยชน์จากสังคมในทุกระดับเพื่อตอบสนองต่อผลประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเพียงบางกลุ่ม⁷ การปกครองดังกล่าวนั้นเป็นการปกครองที่สนับสนุนหลักการปกครองโดยประชาชนผ่านองค์กรแห่งรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของตนเอง โดย

⁵ ประจักษ์ ก้องกีรติ, **ประชาธิปไตย : หลากความหมาย หลายรูปแบบ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562), หน้า 70.

⁶ นอร์แบร์โต บ็อบบิโอ, **เสรีนิยมกับประชาธิปไตย**, แปลโดย เกษียร เตชะพีระ, (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2558), หน้า 52.

⁷ Thomas C. Walker, **Two Faces of Liberalism: Kant, Paine**, *International Studies Quarterly*, Volume 52 Issue 3 (September 2008), p. 454.

องค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนนั้นมีหน้าที่จะต้องคุ้มครองและไม่สามารถปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น สิทธิในการคิด สิทธิในการแสดงความคิดเห็น รวมไปถึงสิทธิทางเศรษฐกิจด้วย⁸

อย่างไรก็ดี ในมิติทางนิติศาสตร์สมัยใหม่ เราสามารถให้คำอธิบายเกี่ยวกับคุณลักษณะของรัฐเสรีประชาธิปไตยได้เช่นกัน โดยรัฐเสรีประชาธิปไตยจะมีขอบข่ายแห่งนิติพันธกิจของรัฐภายใต้ระบบกฎหมายภายในรัฐนั้นที่จะต้องให้หลักประกันทางกฎหมายต่อหลักการที่สำคัญอย่างน้อยสองหลักการได้แก่ หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ โดยสาระสำคัญของหลักการทั้งสองซึ่งถูกประกันไว้ในกฎหมายของแต่ละรัฐเสรีประชาธิปไตยนั้นจะมีลักษณะคล้าย ๆ กัน⁹

โดยคานิยามของหลักนิติรัฐนั้นเป็นหลักการที่ยืนยันสถานะของรัฐสมัยใหม่ที่มีอำนาจจำกัด โดยรัฐดังกล่าวได้ยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายของตนเองเพื่อประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนซึ่งมีคุณค่าซึ่งสูงที่สุด¹⁰ โดยนิติรัฐมีหลักการที่สำคัญแยกย่อยออกเป็นหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยรัฐต้องประกันสิทธิขั้นพื้นฐานอันประกอบไปด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐนั้น ๆ แต่รัฐก็สามารถใช้อำนาจก้าวล่วงแดนแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวได้ก็แต่โดยมีกฎหมายให้อำนาจรัฐไว้อย่างชัดเจนและการใช้อำนาจนั้นรัฐจะต้องใช้อำนาจไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹¹ และหลักการแบ่งแยกอำนาจหลักการดังกล่าวเป็นหลักประกันในแง่การจัดองค์กรของรัฐ การใช้อำนาจรัฐอย่างพอเหมาะพอควรจะเป็นไปได้ก็แต่โดยมีการจัดองค์กรของรัฐที่เอื้อให้อำนาจหนึ่งสามารถหยุดยั้งอีกอำนาจหนึ่งได้ การแบ่งแยกอำนาจนั้นจะต้องเป็นการแบ่งแยกอำนาจของรัฐออกเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยมีองค์กรของรัฐที่แตกต่างกันเป็นผู้ใช้อำนาจและมีความเป็นอิสระต่อกัน ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านี้ เป็นไปในลักษณะที่มีอำนาจ

⁸ Robert Lamb, *The Liberal Cosmopolitanism of Thomas Paine*, *The Journal of Politics*, Volume 76 Issue 3 (July 2014), p. 639.

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561), หน้า 1.

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย, *หลักนิติรัฐ ใน นิติรัฐ นิติธรรม*, บรรณาธิการโดย เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 133.

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 134.

ควบคุมตรวจสอบถ่วงดุลซึ่งกันและกัน¹² หลักนิติรัฐเป็นหลักการตั้งต้นที่ก่อให้เกิดหลักการย่อยต่าง ๆ ตามมาคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และหลักการควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ¹³ ในขณะที่หลักประชาธิปไตยนั้น เป็นหลักการที่เป็นการยืนยันรับรองการปกครองของรัฐสมัยใหม่ซึ่งเป็นการปกครองกันเองของประชาชนผู้อยู่ใต้การปกครองและมีรัฐบาลซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มาจากประชาชนหรือได้มาโดยความยินยอมของประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยในรัฐ¹⁴ โดยในประเด็นของหลักประชาธิปไตยนี้จะได้กล่าวเชิงรายละเอียดในหัวข้อถัดไป

2.2 หลักประชาธิปไตย

2.2.1 ข้อความคิดของหลักประชาธิปไตยสมัยใหม่

ในกลางศตวรรษที่ 18 Jean Jacques Rousseau ได้เสนอทฤษฎีว่าด้วยสัญญาประชาคม (Social Contract) ซึ่งได้มีอิทธิพลต่อการให้คำนิยามของประชาธิปไตยในช่วงเวลาภายหลังการปฏิวัติประชาธิปไตยในโลกตะวันตกอย่างมาก ทฤษฎีดังกล่าวได้บรรยายถึงรูปแบบสังคมการเมืองที่เกิดขึ้นจากการเข้าทำสัญญาประชาคมของมนุษย์เพื่อแสวงหาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่แน่นอน โดยเขามองว่าเดิมทีแล้วมนุษย์ดำรงชีวิตอยู่อย่างเรียบง่ายและดำรงชีพอยู่โดยลำพัง มนุษย์จะอยู่ร่วมกันก็ต่อเมื่อต้องการสืบพันธุ์แต่ก็เป็นเพียงช่วงระยะเวลาเพียงสั้น ๆ สภาวะดังกล่าวนี้ ถึงแม้จะคล้าย ๆ กับสภาวะของสัตว์ป่าแต่ด้วยการที่มนุษย์ไม่ได้เป็นสัตว์ป่า มนุษย์ทุกคนจึงมีความเป็นอิสระ ถึงแม้มนุษย์มีความซื่อสัตย์ มนุษย์ก็ยังมีความเมตตากรุณาต่อเพื่อนมนุษย์ด้วยกันเอง¹⁵ นอกเหนือจากนี้ มนุษย์ยังมีเสรีภาพ ความเสมอภาคกันตามธรรมชาติอย่างสมบูรณ์ และความสามารถในการพัฒนาตนเอง เพื่อแสวงหาหลักประกันสิทธิและเสรีภาพที่แน่นอนของมนุษย์ท่ามกลางสังคมที่พรากความเสมอภาคตามธรรมชาติไป มนุษย์ทั้งหลายจึงเข้าร่วมทำสัญญาประชาคมเพื่อนำความเสมอภาคในสภาวะธรรมชาติของมนุษย์กลับคืนมา โดยมนุษย์อันเป็นสมาชิกในประชาคมการเมืองต่างคนต่างก็

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 136.

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 136-137.

¹⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, หน้า 1.

¹⁵ ศุภชัย ศุภผล, ประชาคมการเมืองเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561), หน้า 49.

ยินยอมพร้อมใจสละเสรีภาพตามธรรมชาติทั้งปวงตามที่ตนมีอยู่เพื่อก่อให้เกิดเจตจำนงทั่วไป (General Will) ซึ่งเป็นส่วนที่มีลักษณะร่วมกันของเจตจำนงของมนุษย์ในสังคมทุกคน โดยเจตจำนงทั่วไปมีวัตถุประสงค์เพื่อตอบสนองประโยชน์มหาชน โดยบุคคลจะต้องยอมตนอยู่ภายใต้เจตจำนงทั่วไปเนื่องจากมนุษย์นั้นได้ออนสิทธิตามธรรมชาติของตนให้แก่ส่วนรวมไปแล้ว¹⁶

รัฐที่เกิดขึ้นจากสัญญาประชาคมในแบบของ Rousseau จึงเป็นองค์กรที่จะต้องทำหน้าที่ในการดำเนินการรักษาความสงบและมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนทุกคน โดยมีเจตจำนงทั่วไปเป็นสิ่งที่แสดงออกซึ่งความต้องการของประชาชนส่วนรวม เจตจำนงทั่วไปมักปรากฏอยู่ในรูปของกฎหมายของรัฐ ดังนั้น การที่ประชาชนยอมทำตามกฎหมายของรัฐจึงเป็นการยอมตนของประชาชนต่อเจตจำนงทั่วไปอันเป็นบรรทัดฐานที่ประชาชนมีส่วนร่วมจัดตั้งขึ้น¹⁷ ข้อความคิดดังกล่าวของ Rousseau ได้เป็นการสนับสนุนการปกครองตนเองของประชาชน ประชาชนต้องแสดงออกซึ่งอำนาจของรัฐด้วยตัวของประชาชนเอง โดยที่ประชาชนทุกคนมีอำนาจในการปกครองโดยตรง อำนาจการปกครองของประชาชนในฐานะปัจเจกบุคคลไม่อาจถ่ายโอนให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ ทั้งนี้ อำนาจนิติบัญญัติของรัฐเป็นเครื่องมือสะท้อนเจตจำนงทั่วไปที่คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทุกคนเป็นสำคัญ¹⁸

John Stuart Mill ยังได้กล่าวถึงประชาธิปไตย (Democracy) ในภายหลังว่า “ประชาธิปไตย” นั้นเป็นรูปแบบการปกครองที่ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองเพื่อรักษาประโยชน์สุขของประชาชนโดยมากที่สุด (Utility) ประชาชนมีส่วนร่วมในการบริหารระดับชาติได้โดยการเลือกผู้แทนของตน (Representatives) ให้ไปทำหน้าที่ออกกฎหมายและปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับกิจการของรัฐ¹⁹ เห็นได้ว่าในความหมายของประชาธิปไตย (Democracy) แบบ John Stuart Mill เป็นการให้ความหมายประชาธิปไตยที่ยืนยันสถานะความเป็นสูงสุดของประชาชน

¹⁶ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), หน้า 328.

¹⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, นิติปรัชญา, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 211-212.

¹⁸ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, หน้า 328-329.

¹⁹ ศุภชัย ศุภผล, ปรัชญาการเมืองเบื้องต้น, หน้า 154-159.

โดยนิยามครอบคลุมไปถึงระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) ซึ่งแตกต่างจากประชาธิปไตยทางตรง (Direct Democracy) แบบในสังคมนิคมการเมืองแห่งนครรัฐเอเธนส์โบราณ หรือประชาธิปไตยทางตรงแบบทัศนะของ Rousseau ซึ่งโดยก่อนหน้านั้น James Madison ก็เคยเรียกระบอบการปกครองประชาธิปไตยแบบผู้แทนตามคำนิยามดังกล่าวมาว่าเป็นระบอบการปกครองแบบมหาชนรัฐ (Republic) โดยมหาชนรัฐในความหมายของ Madison นั้นก็คือการปกครองแบบตัวแทนที่มาจากการมีส่วนร่วมในการปกครองของพลเมืองของรัฐโดยการเลือกตั้งผู้แทนของตนให้ไปทำหน้าที่แทนตนเพื่อสนองต่อผลประโยชน์ของส่วนรวม²⁰

อย่างไรก็ตาม จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ข้อความคิดของ Jean Jacques Rousseau และประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative Democracy) ได้เป็นข้อความคิดซึ่งเป็นส่วนผสมที่มีความสำคัญต่อการให้คำนิยามของการปกครองประชาธิปไตยสมัยใหม่ (Modern Democracy) โดยได้มีการสนับสนุนรูปแบบการปกครองของประชาชน โดยประชาชนจะเป็นผู้มีส่วนร่วมในการปกครองผ่านการให้ความยินยอมของตนเองโดยการมอบอำนาจให้แก่ตัวแทนของตนผ่านการเลือกตั้ง ความหมายของหลักประชาธิปไตยสมัยใหม่ซึ่งเป็นหลักการที่มีความสัมพันธ์กับคำนิยามแห่งระบอบการปกครองจึงเป็นความหมายของหลักการที่แสดงถึงจุดยึดโยงระหว่างอำนาจรัฐกับประชาชน ในบริบทที่ประชาชนอยู่ในสถานะเป็นประธานแห่งการปกครองแห่งรัฐ ดังนั้น หลักประชาธิปไตยอันเป็นหลักการที่มีความสำคัญในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงเป็นหลักการที่ยืนยันถึงอำนาจของความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชนในระบอบการปกครองในรัฐนั้น รัฐในระบอบการปกครองดังกล่าวจึงมีพันธะต้องเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการจัดการปกครองของตนผ่านเงื่อนไขของกฎหมายที่ให้ประชาชนสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างเสรี เสมอภาค และเท่าเทียมกัน²¹

²⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 166-167.

²¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), หน้า 157.

2.2.2 สารสำคัญของหลักประชาธิปไตยกับความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตย

เราสามารถทำความเข้าใจเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยกับการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยในมิติทางนิติศาสตร์ผ่านการพิจารณาหลักการย่อยที่สำคัญ ซึ่งเป็นปัจจัยแห่งการบ่งชี้ถึงการประกันสถานะทางกฎหมายของหลักประชาธิปไตยในการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐ โดยหลักการย่อยที่สำคัญดังกล่าวประกอบไปด้วย หลักอำนาจอธิปไตย เป็นของประชาชน หลักการปกครองในระบบผู้แทน และหลักเสียงข้างมาก

หลักการแรกคือ หลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน (Principle of Popular Sovereignty) เป็นหลักการอันสำคัญที่สุดแห่งหลักประชาธิปไตยซึ่งได้รับอิทธิพลโดยตรงมาจากข้อความคิดของ Jean Jacques Rousseau ว่าด้วยทฤษฎีสัญญาประชาคมซึ่งรับรองสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของประชาชน²² โดยภายใต้ระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ได้มีการรับรองหลักประชาธิปไตยเป็นหลักการสำคัญในระบอบการปกครองจะต้องมีการรับรองหลักการที่ยอมรับว่าประชาชนผู้ได้การปกครองนั้นเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยสูงสุดในการปกครองสังคมการเมืองนั้น ๆ รูปแบบการปกครองที่ได้ยึดถือหลักประชาธิปไตยจึงเป็นรูปแบบการปกครองโดยประชาชน และภายใต้รัฐเสรีประชาธิปไตยที่ปกครองโดยกฎหมายจึงได้มีการประกันหลักประชาธิปไตยไว้ในรัฐธรรมนูญ²³ โดยมีการบัญญัติรับรองว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐย่อมเป็นอำนาจอธิปไตยของประชาชนซึ่งก็หมายความว่า การใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐต้องเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแต่เพียงผู้เดียว²⁴

หลักการต่อมาคือ หลักการปกครองในระบบผู้แทน (Principle of Representatives Government) เป็นหลักการของรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ถูกใช้เป็นกรอบของ

²² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), หน้า 93-94.

²³ เช่น บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 Article 3, บทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1919 Article 1, บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ค.ศ. 1988 Article 1, บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 Article 1 และอาร์มบทของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 เป็นต้น

²⁴ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*, หน้า 335.

กระบวนการได้มาซึ่งตัวผู้ปกครอง ในกระบวนการดังกล่าว ประชาชนผู้มีสิทธิตามกฎหมายย่อมเป็นผู้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลผู้ซึ่งจะไปดำรงตำแหน่งทางการเมืองผ่านการเลือกตั้งซึ่งเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างมากในกระบวนการสรรหาผู้ปกครองในระบบเสรีประชาธิปไตย การเลือกตั้งเป็นเครื่องมือในการแสดงออกถึงความยินยอมของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในระบบแห่งการปกครองของรัฐที่สอดคล้องกับการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยแบบผู้แทน²⁵ ด้วยเหตุนี้ การเลือกตั้งจึงเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงเจตจำนงร่วมกันของประชาชน ในขณะที่เดียวกันการเลือกตั้งก็เป็นเครื่องมือที่สำคัญซึ่งสร้างความชอบธรรมให้แก่รัฐและผู้ปกครองได้ในระบบเสรีประชาธิปไตยด้วย และ

หลักการสุดท้ายก็คือ หลักเสียงข้างมาก (Principle of Majority Rule) ซึ่งเป็นหลักการที่กำหนดกฎเกณฑ์การตัดสินใจโดยเลือกทางที่มีคะแนนเสียงข้างมาก เช่น มีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง หรืออาจถือเสียงข้างมากเป็นเกณฑ์ในกรณีการตัดสินใจแบบกลุ่ม²⁶ หลักเสียงข้างมากเป็นหลักการที่คอยสร้างความเป็นเอกภาพจากความหลากหลายของสังคมพหุวัฒนธรรมในมิติของระบบกฎหมายและการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตย หลักเสียงข้างมากเป็นสิ่งสะท้อนว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากนั้นเป็นสิ่งที่ถูกต้องอันเป็นหลักการสำคัญหลักการหนึ่งของหลักประชาธิปไตย²⁷ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยมักใช้หลักเกณฑ์ของเสียงข้างมากในการเลือกตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของประชาชน หรือหลักเกณฑ์ในการลงประชามติ รวมไปถึงหลักเกณฑ์ในการตัดสินใจใด ๆ ขององค์กรของรัฐที่เป็นองค์กรกลุ่ม

นอกเหนือจากหลักการดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น หากเรามาพิจารณาถึงการจัดโครงสร้างแห่งองค์กรของรัฐตามครรลองแห่งหลักประชาธิปไตย เราจะพบว่าองค์กรของรัฐภายใต้ระบอบการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตยต้องถูกเรียกร้องให้อยู่ภายใต้ของการจัดโครงสร้างองค์กรที่คำนึงถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตย (Democratic Legitimacy) โดยความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมักปรากฏอยู่ในรูปของการให้หลักประกันในการจัดองค์กรแห่งรัฐว่าองค์กรดังกล่าวเหล่านั้นจะต้องมีความยึดโยงกับประชาชน ผ่านหลักการ

²⁵ เรื่องเดียวกัน

²⁶ Duncan Black, *The Theory of Committees and Elections*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1958), p. 47.

²⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), หน้า 19.

ปกครองในระบบผู้แทน โดยประชาชนจะเป็นผู้ให้ความยินยอมแก่รัฐให้เป็นผู้ใช้อำนาจแทนตน ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ทั้งนี้ เราสามารถพิจารณาถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ผ่านการพิจารณาทฤษฎี “ห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย” (The Great Chain of Legitimacy) โดยในระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยจะมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยตรงก็คือองค์กรของรัฐที่มีอำนาจกระทำการแทนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยโดยมีที่มาของสมาชิกขององค์กรกลุ่มมาจากการคัดเลือกโดยตรงของประชาชน ผ่านการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมือง โดยสายสัมพันธ์ดังกล่าวจะต้องไม่มีองค์กรอื่นใด หรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นใดมาคั่นกลางระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยตรงกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ทั้งนี้ ก็ยังมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยอ้อมซึ่งเป็นองค์กรของรัฐที่ได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมาจากประชาชนโดยอ้อม โดยองค์กรดังกล่าวนี้เป็นองค์กรที่ได้รับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยจากองค์กรอื่นหรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นที่ดำรงอยู่ชั้นกลางซึ่งเป็นตัวเชื่อมความสัมพันธ์ภายใต้ห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยระหว่างองค์กรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยอ้อมกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย²⁸

อย่างไรก็ดี เราสามารถแบ่งประเภทความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ตามระบบกฎหมายแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยภายใต้กรอบทฤษฎีห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยได้เป็นสามประเภท ได้แก่ ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่สถาบันและภารกิจซึ่งเป็นคุณค่าที่พิจารณาจากการใช้อำนาจรัฐในการจัดตั้งองค์กรและอำนาจหน้าที่แห่งองค์กรตามรัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดแห่งรัฐที่มีประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจ ซึ่งก่อให้เกิดรัฐธรรมนูญขึ้น²⁹ ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลซึ่งเป็นคุณค่าที่พิจารณาจากความเชื่อมโยงกันระหว่างองค์กรของรัฐกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยภายใต้เงื่อนไขของการให้ความยินยอมผ่านการแสดงเจตจำนงของประชาชนโดยให้รัฐปกครองแทนตนเองผ่านการเลือกตั้งซึ่งเป็นการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน

²⁸ รชณัฐ มะโนแสน, ที่มาและปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 25.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 26-27.

โดยตรง³⁰ และความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่เนื้อหาซึ่งเป็นคุณค่าที่พิจารณาผ่านความเชื่อมโยงต่อสถานะของรัฐสภาที่เป็นองค์กรที่มีความใกล้ชิดกับการแสดงเจตจำนงในทางการเมืองของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยโดยตรงที่สุด³¹

3. วุฒิสภา: องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ

จากที่ได้กล่าวมาข้างแล้วว่าหลักนิติรัฐเป็นหลักการทางกฎหมายมหาชนอันสำคัญแห่งระบบกฎหมายของรัฐเสรีประชาธิปไตยควบคู่กับหลักประชาธิปไตย โดยหลักนิติรัฐนั้นเรียกร้องให้มีการประกันหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยแบ่งแยกอำนาจระดับสูงของรัฐด้วยกันเป็นสามอำนาจหลักอันได้แก่ อำนาจในทางนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจในการออกกฎหมายซึ่งถูกใช้โดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัตินั้นคือ รัฐสภา อำนาจในทางบริหารซึ่งเป็นอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายซึ่งถูกใช้โดยองค์กรฝ่ายบริหาร เช่น คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี และฝ่ายปกครอง แล้วแต่กรณี และอำนาจในทางตุลาการซึ่งเป็นอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายซึ่งถูกใช้โดยองค์กรฝ่ายตุลาการนั้นคือ ศาล ทั้งนี้ หากพิจารณาตามกรอบคิดของทฤษฎีสัญญาประชาคม (Social Contract) ไม่ว่าจะในทัศนะของ Rousseau, Locke³² หรือ Montesquieu ก็ล้วนแล้วแต่มองว่าองค์กรที่ใช้อำนาจในการออกกฎหมายย่อมเป็นองค์กรที่มีความสำคัญในการดำรงสถานะเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจแทนประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยในระบบสังคมการเมืองสมัยใหม่³³ โดยเฉพาะ Rousseau ที่เขามองว่าผลผลิตในรูปของกฎหมายโดยสถาบันที่มีอำนาจในการออกกฎหมายนั้นก็คือเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั่นเอง³⁴

สอดคล้องกับคำอธิบายของนักปรัชญาและทฤษฎีกฎหมายชาวออสเตรียอย่าง Hans Kelsen ที่เขาให้คำอธิบายเกี่ยวกับสถาบันทางการเมืองซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนว่าองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรที่มีภารกิจในการใช้อำนาจตามเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามกฎหมาย รวมไปถึงกระบวนการได้มาซึ่งผู้แทนของประชาชนในองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ และ

³⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 27.

³¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 28.

³² วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, หน้า 284.

³³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 361-363.

³⁴ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, หน้า 93.

การตัดสินใจเพื่อใช้อำนาจในฐานะผู้แทนของประชาชนว่าสิ่งดังกล่าวนี้เป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อปรับปรุงและแก้ไขระบอบการปกครองที่ยึดมั่นในหลักประชาธิปไตย³⁵ ในขณะเดียวกัน นักปรัชญาการเมืองร่วมสมัยใหม่ชาวเยอรมันอย่าง Jürgen Habermas ก็ได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับสถาบันทางการเมืองที่มีอำนาจออกกฎหมายโดยกล่าวว่าสถาบันดังกล่าวเป็นองค์กรที่สร้างพื้นที่เสมือนเวทีของการสื่อสารและการถกเถียงพูดคุยที่ไหลเวียนไปมาในสังคมสมัยใหม่ โดยสถาบันดังกล่าวนั้นก็มีความอำนาจและหน้าที่ในการตัดสินใจออกกฎหมายซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่สร้างเงื่อนไขให้การสื่อสารและการถกเถียงของประชาชนโดยสถาบันซึ่งมีอำนาจออกกฎหมายต้องมีหน้าที่ต้องใช้ความพยายามในการสร้างความสมเหตุสมผลให้การสื่อสารของประชาชนเพื่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามครรลองของการปกครองของรัฐเสรีประชาธิปไตย³⁶

ทั้งนี้ ในรัฐเสรีประชาธิปไตยซึ่งได้มีการจัดองค์กรให้สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภาจึงเป็นองค์กรระดับสูงของรัฐองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติซึ่งมีความสำคัญเป็นอย่างมากในรัฐเสรีประชาธิปไตยในทุกรัฐ โดยเราสามารถจัดจำแนกรูปแบบของระบบรัฐสภาที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของในแต่ละรัฐได้สังกัดอยู่ออกเป็นระบบที่ใช้สภาเดียว (Unicameral System) และระบบที่ใช้สภาคู่ (Bicameral System) โดยระบบสภาเดียวนั้นเป็นระบบการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐภายใต้รูปแบบรัฐบาลที่มีสภาเดียวในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ โดยรัฐที่ใช้ระบบดังกล่าวนี้จะเชื่อมั่นว่าสภาภายใต้ระบบสภาเดียวจะสามารถปฏิบัติหน้าที่องค์กรนิติบัญญัติและตอบสนองประโยชน์ของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยลำพัง³⁷ ในขณะที่ระบบสภาคู่เป็นระบบการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐภายใต้รูปแบบรัฐบาลที่มีสองสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติ โดยรัฐที่ใช้ระบบดังกล่าวนี้มักจะมีสมมติฐานว่าการมีองค์กรนิติบัญญัติองค์กรเดียวแบบระบบสภาเดียวย่อมไม่เพียงพอที่จะปฏิบัติภารกิจของตนในฐานะองค์กร

³⁵ Erik Lagerspetz, *Kelsen on Democracy and Majority Decision*, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Volume 103 Issue 2 (January 2017), p. 159.

³⁶ เจมส์ กอร์ดอน ฟินเลย์สัน, ฮาเบอร์มาส: มนุษย์กับพื้นที่สาธารณะ, แปลโดย วรารักษ์ เฉลิมพันธุ์ศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เงินมีมา, 2559), หน้า 178-179.

³⁷ ธราวดี สิริผดุงชัย, ระบบสภาเดียว : ทางเลือกของระบบรัฐสภาไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554), หน้า 13.

นิติบัญญัติได้ นอกเหนือจากนี้ องค์การนิติบัญญัติในระบบสภาเดี่ยวย่อมมีอำนาจมากและมีแนวโน้มที่จะใช้อำนาจไปในทางที่มีขอบหากปราศจากการถ่วงดุลโดยองค์การนิติบัญญัติ อี้องค์กรหนึ่งในฐานะเป็นสภาที่ทำหน้าที่สนับสนุนและคานอำนาจกับสภาลำดับที่หนึ่งเพื่อให้การใช้อำนาจนิติบัญญัติเป็นไปอย่างถูกต้องและสร้างประโยชน์สาธารณะได้ในท้ายที่สุด³⁸

3.1 วุฒิสภาในฐานะองค์การนิติบัญญัติลำดับที่สองในระบบสภาคู่แห่งรัฐเสรีประชาธิปไตย

ระบบสภาคู่ (Bicameral System) เป็นระบบที่เรียกร้องให้การจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติประกอบด้วยสองสภา อันได้แก่ สภาลำดับที่หนึ่ง และสภาลำดับที่สอง โดยทั้งสองสภามีที่มาของสมาชิกในสภาดังกล่าวแตกต่างกันเป็นอย่างมาก และโดยทั่วไปแล้ว ในรัฐเสรีประชาธิปไตยจะมีการจัดตั้งสภาลำดับที่หนึ่งซึ่งมักจะมีอำนาจในทางบัญญัติกฎหมายและควบคุมรัฐบาลมากกว่าสภาลำดับที่สอง³⁹ เนื่องจากสภาลำดับที่หนึ่งมักเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐองค์กรหลักที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติโดยเป็นองค์กรแห่งผลผลิตของการจัดตั้งหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนในระบอบการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยืนยันหลักการปกครองของรัฐสมัยใหม่ว่าจะต้องมีความเชื่อมโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยผ่านระบบการจัดองค์กรของรัฐตามหลักประชาธิปไตยแบบผู้แทน⁴⁰ ในขณะที่สภาลำดับที่สองโดยทั่วไปมักเป็นองค์กรแห่งผลผลิตของการจัดตั้งหลักสหพันธรัฐในรัฐที่มีรูปแบบแห่งรัฐซึ่งอยู่ในรูปแบบของสหพันธรัฐ⁴¹ หรือในกรณีของรัฐที่ใช้รูปแบบของรัฐเดี่ยวสภาลำดับที่สองก็มักเป็นองค์กรซึ่งถูกจัดตั้งให้เป็นผู้แทนของกลุ่มขุนนางศักดินา ผู้แทนของกลุ่มผู้เชี่ยวชาญในวิชาชีพต่าง ๆ หรือผู้แทนของกลุ่มผู้มีสติปัญญาและความรู้ซึ่งเป็นกลุ่มผลประโยชน์ที่อยู่ตรงกันข้ามกับผู้แทนของคนหมู่มาก⁴² แล้วแต่อุดมการณ์ที่อยู่เบื้องหลังของการจัดตั้งวุฒิสภาของรัฐแต่ละรัฐ

³⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8.

³⁹ ธราวุฒิ สิริผดุงชัย, ระบบสภาเดี่ยว : ทางเลือกของระบบรัฐสภาไทย, หน้า 11.

⁴⁰ อเล็กซิส เดอ ท็อกเกอวิลส์, ประชาธิปไตยในอเมริกา, แปลโดย วิชาวรรณ ตูยานนท์, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2522), หน้า 99, 139.

⁴¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 139.

⁴² ไพโรจน์ ชัยนาม, สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย, (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515), หน้า 289.

เราสามารถเรียกสภาลำดับที่สองที่ปรากฏให้เห็นภายใต้การจัดโครงสร้างองค์กรระดับสูงของรัฐเสรีประชาธิปไตยนี้ว่า วุฒิสภา โดยในภาษาต่างประเทศนั้นความหมายดังกล่าวสามารถปรากฏอยู่ในรูปของคำว่า “Senate”, “Second House”, “Upper Chamber”, “House of Lords”, “Federal Council” หรือ “Bundesrat” เป็นต้น โดยวุฒิสภาหรือสภาลำดับที่สองนั้นเปรียบเสมือนเป็นสภาที่เลี้ยงในการให้การสนับสนุนและควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติของสภาลำดับที่หนึ่งเพื่อความมุ่งหมายให้การใช้อำนาจนิติบัญญัติที่เป็นอำนาจที่สำคัญและถูกใช้โดยองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่สำคัญที่สุดในรัฐเสรีประชาธิปไตย เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประสิทธิผลต่อสาธารณประโยชน์และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ในที่สุด โดยในหลาย ๆ ประเทศที่มีการจัดตั้งวุฒิสภาก็ล้วนแล้วแต่มีเหตุผลในเชิงรายละเอียดที่หลายหลากอันสามารถจัดจำแนกเป็นเหตุผลที่สำคัญ ได้แก่ เหตุผลของการดำรงอยู่เพื่อถ่วงดุลอำนาจระหว่างนิติบัญญัติกับรัฐบาลโดยเกรงว่าหากมีสภาเดียวและสมาชิกส่วนมากเป็นฝ่ายรัฐบาลแล้ว รัฐบาลก็อาจครอบงำรัฐสภาได้ทั้งหมด⁴³ เหตุผลของการมีอยู่เพื่อเหนี่ยวรั้งหรือคานอำนาจกับสภาลำดับที่หนึ่งหรือสภาผู้แทนราษฎร ให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติอย่างรอบคอบ โดยสภาลำดับที่หนึ่งหรือสภาผู้แทนราษฎรจะต้องมีสภาที่เลี้ยงที่มีคุณสมบัติด้านอายุ ประสบการณ์ และการอื่น ๆ⁴⁴ เหตุผลของการดำรงอยู่แห่งองค์กรเพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลบางประเภทมีโอกาสทางการเมือง โดยสภาลำดับที่สองหรือวุฒิสภาสามารถเป็นเวทีของกลุ่มอาชีพต่าง ๆ ในสังคม กลุ่มอาชีพพล หรือกลุ่มผลประโยชน์แล้วแต่กรณี⁴⁵ และเหตุผลของการดำรงอยู่ขององค์กรเพื่อเป็นสภาผู้แทนประโยชน์ได้เสียของมลรัฐต่าง ๆ ในรัฐที่มีรูปแบบเป็นสหพันธรัฐ โดยในสหพันธรัฐดังกล่าวนี้มักจะมีพลเมืองในแต่ละมลรัฐที่ไม่เท่ากัน มลรัฐเหล่านี้จึงจะต้องมีผู้แทนของตนในแต่ละมลรัฐที่เท่ากันโดยตัดโอกาสให้มลรัฐที่มีพลเมืองมากไม่มีสิทธิได้ผู้แทนของตนที่มากแปรผันตามจำนวนพลเมือง และผู้แทนของมลรัฐเหล่านี้ก็ต้องมีหน้าที่ถ่วงดุลการใช้อำนาจนิติบัญญัติของสภาลำดับที่หนึ่งที่มีที่มาจากกาเลือกตั้งตามจำนวนผู้แทนในแต่ละมลรัฐที่แปรผันตามจำนวนพลเมืองของแต่ละมลรัฐนั้น⁴⁶

⁴³ วิษณุ เครืองาม, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ*, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530), หน้า 391.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 392.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 393-394.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 397.

ทั้งนี้ ตามปกติแล้วอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาที่อยู่ในสถานะของสภาลำดับที่สองซึ่งเป็นองค์กฤษฎีบัญญัติมักมีอำนาจหน้าที่ซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญในฐานะบรรทัดฐานทางกฎหมายสูงสุดของระบบกฎหมายในรัฐเสรีประชาธิปไตยต่าง ๆ โดยมีลักษณะร่วมกันอยู่หลายลักษณะอันได้แก่ อำนาจหน้าที่ในทางนิติบัญญัติโดยตรงโดยเฉพาะการพิจารณาร่างกฎหมายต่อจากสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสภาลำดับที่หนึ่งแต่โดยทั่วไปแล้ววุฒิสภาจะไม่มีอำนาจชี้ขาดในเรื่องของร่างกฎหมายที่อยู่ในการพิจารณาร่างของรัฐสภาเหมือนกับสภาผู้แทนราษฎร⁴⁷ อำนาจหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายบริหาร อาจจะปรากฏอยู่ในรูปของการถอดถอนฝ่ายบริหารออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เช่นในกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือมักจะปรากฏอยู่ในรูปของอำนาจหน้าที่ที่สมาชิกวุฒิสภามีอำนาจตั้งกระทู้ถามถึงฝ่ายบริหาร แต่ไม่มีอำนาจในการอภิปรายไม่ไว้วางใจต่อฝ่ายบริหารได้⁴⁸ และอำนาจอื่น ๆ ซึ่งถูกกำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ เช่น อำนาจในการลงมติร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ หรืออำนาจในการลงมติร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาลำดับหนึ่งในการประกาศสงคราม เป็นต้น⁴⁹

3.2 ที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในรัฐเสรีประชาธิปไตย

จากที่ทราบถึงเหตุผลและลักษณะเฉพาะขององค์กรในเชิงทฤษฎีของการจัดตั้งวุฒิสภามาข้างต้นแล้ว เมื่อมาพิจารณาถึงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาอันสะท้อนถึงหลักการของการจัดองค์กระดบสูงแห่งรัฐที่ถูกเรียกร้องให้ต้องมีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยจากบรรทัดฐานทางกฎหมายแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตย ทำให้เราสามารถจัดจำแนกรูปแบบของที่มาของสมาชิกวุฒิสภาได้เป็นสามรูปแบบที่สำคัญด้วยกันอันประกอบไปด้วย รูปแบบที่มาจากสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน รูปแบบที่มาจากสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด และรูปแบบที่มาจากสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งและมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน

⁴⁷ มานิตย์ จุมปา, โครงการศึกษาวิเคราะห์ เรื่อง ที่มาและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาที่เหมาะสมกับประเทศไทย, คณะกรรมการวิสามัญวิชาการ ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญและร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญสภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: 2550), หน้า 13.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน

⁴⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

รูปแบบแรกคือ รูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง
โดยตรงของประชาชน ซึ่งเป็นรูปแบบที่มีสมาชิกวุฒิสภาไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของ
ประชาชนผู้ทรงอำนาจยุโรปใต้ เช่น วุฒิสภาของประเทศอังกฤษ หรือเรียกอีกชื่อที่มักคุ้นเคย
กันดีก็คือ “สภาขุนนาง” (House of Lord) อันอยู่ในสถานะองค์กรนิติบัญญัติลำดับที่สองซึ่งมี
อำนาจในทางนิติบัญญัติ เช่น การกลั่นกรองร่างกฎหมายที่ผ่านการพิจารณาจากสภาสามัญ
และมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายบริหาร เช่น ควบคุมตรวจสอบโดยวิธีการตั้งกระทู้ถาม
การอภิปราย และการตรวจสอบโดยกลไกของคณะกรรมการ⁵⁰ โดยสภาขุนนางของประเทศ
อังกฤษนั้นมีที่มาของสมาชิกสภาขุนนางมาจากการแต่งตั้งโดยองค์การตามจารีตประเพณีนั้นก็คือ
กษัตริย์ โดยสมาชิกของสภาขุนนางอังกฤษนั้นสามารถจัดจำแนกประเภทได้เป็น ขุนนาง
สืบตระกูลซึ่งเป็นบุคคลที่มาจากการศึกษาที่กษัตริย์แต่งตั้งช่วงก่อนศตวรรษที่ 20 และตำแหน่ง
ดังกล่าวสามารถตกทอดแก่ทายาทของขุนนางประเภทดังกล่าวได้ ขุนนางศาสนาซึ่งมาจาก
ตัวแทนศาสนาคริสต์นิกายอังกฤษซึ่งมาจากตำแหน่ง Archbishop แห่ง Canterbury และ
York รวมไปถึง Bishop ซึ่งจะสามารถถูกเลือกให้เข้าสู่ตำแหน่งขุนนางประเภทดังกล่าวเมื่อ
เกษียณอายุแล้ว⁵¹ ขุนนางตลอดชีพซึ่งมีที่มาจากแต่งตั้งโดยกษัตริย์ตามคำแนะนำของ
นายกรัฐมนตรี⁵² และขุนนางอิสระโดยขุนนางประเภทนี้ไม่ได้สังกัดอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง⁵³
อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปเมื่อมีการคัดเลือกตามกระบวนการในการคัดเลือกขุนนางแต่ละประเภท
เพื่อเข้าไปดำรงตำแหน่งในสภาขุนนางแล้วสมาชิกขุนนางดังกล่าวเหล่านี้จะต้องถูกแต่งตั้ง
โดยกษัตริย์ตามคำแนะนำของนายกรัฐมนตรีในท้ายที่สุด⁵⁴ เช่นเดียวกับวุฒิสภาของแคนาดาที่

⁵⁰ ปณิทัศน์ ปทุมวัฒน์, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ “สภาขุนนางอังกฤษ”, วารสารจลนิต, ปี 12
ฉบับที่ 3 (พฤษภาคม 2558), หน้า 191-192.

⁵¹ จิราภิตต์ แสงสี, ลักษณะพื้นฐานของการปกครองระบบรัฐสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระบบ
รัฐสภาในอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตร์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563), หน้า 107.

⁵² เรื่องเดียวกัน

⁵³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 108.

⁵⁴ The UK Parliament, **How members are appointed** [Online], 15 June 2022. Source:
<https://www.parliament.uk/business/ords/whos-in-the-house-of-lords/members-and-their-roles/how-members-are-appointed/>

มีสมาชิกทั้งหมด 105 คน มาจากการแต่งตั้งโดยผู้สำเร็จราชการแคนาดา⁵⁵ ตามคำแนะนำของ นายกรัฐมนตรี⁵⁶ โดยรัฐธรรมนูญของแคนาดา ค.ศ. 1867 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 2011 ได้กำหนด ให้สมาชิกวุฒิสภา 105 คนดังกล่าวนี้ มาจากการเลือกจากตัวแทนในเขตการปกครองหรือ จังหวัดซึ่งตั้งในแต่ละส่วนภูมิภาคตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดอันประกอบไปด้วย Ontario, Quebec, ภูมิภาคทางตะวันตกซึ่งเรียกว่า The Western Provinces และภูมิภาคโพ้นทะเล ฝั่งตะวันออกซึ่งเรียกว่า The Maritime Provinces, Newfoundland and Labrador, Northwest Territories, Yukon และ Nunavut⁵⁷ โดยวุฒิสภาของแคนาดาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มี อำนาจในการพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายเทียบเท่ากับสภาผู้แทนราษฎร ยกเว้นไว้แต่ ในบางกรณีที่วุฒิสภาไม่อาจใช้อำนาจนิติบัญญัติเทียบเท่ากับสภาผู้แทนราษฎรได้ กรณีดังกล่าว ก็คือกรณีในการพิจารณาให้ความเห็นชอบในร่างกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับกฎหมายงบประมาณและ กรณีของการให้ความเห็นชอบในร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ⁵⁸ นอกเหนือจากนี้ วุฒิสภาของ แคนาดายังมีอำนาจในการตรวจสอบฝ่ายบริหารผ่านกลไกของการตรวจสอบของคณะกรรมการ และการตั้งกระทู้ถามต่อการบริหารงานของรัฐบาลอีกด้วย⁵⁹ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้วุฒิสภาของ แคนาดาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีสมาชิกไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากโดยเป็นทั้งสภา ตัวแทนของผลประโยชน์แห่งคนในท้องถิ่นและชนกลุ่มต่าง ๆ และยังเป็นองค์กรนิติบัญญัติ ลำดับที่สองเพื่อกลับกรองการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติเพื่อควบคุมมิให้การใช้อำนาจในการ

⁵⁵ ผู้สำเร็จราชการแคนาดา (Governor General of Canada) เป็นตำแหน่งอุปราชแห่งสหพันธรัฐ แคนาดา ซึ่งเป็นผู้สำเร็จราชการแทนกษัตริย์แห่งสหราชอาณาจักรซึ่งเป็นประมุขของสหพันธรัฐแคนาดาด้วย โดยผู้สำเร็จราชการแคนาดามีที่มาจากการแต่งตั้งของกษัตริย์แห่งสหราชอาณาจักรตามคำแนะนำของ นายกรัฐมนตรีแคนาดา

⁵⁶ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **ระบบรัฐสภาแคนาดา**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักภาษา ต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555), หน้า 54.

⁵⁷ Canada's Constitution of 1867 with Amendments through 2011 Article 22

⁵⁸ วุชรพล โรจนวรวัฒน์, **รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่ วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2560), หน้า 120.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 121.

พิจารณาร่างกฎหมายขององค์กรนิติบัญญัติในลำดับที่หนึ่งก่อให้เกิดผลเสียอันเป็นการขัดต่อเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ดังคำกล่าวของ John A. Macdonald ที่กล่าวถึงวุฒิสภาของแคนาดาไว้ว่าวุฒิสภาเป็นสภาซึ่งพิจารณากฎหมายในรอบที่สองในสภาวะที่สร้างมาแล้ว⁶⁰

ในขณะที่กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ก็ได้กำหนดให้วุฒิสภาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมีสมาชิกซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หากแต่มาจากการแต่งตั้งโดยรัฐบาลของแต่ละมลรัฐโดยจำนวนแปรผันไปตามขนาดของมลรัฐ ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขว่าในแต่ละมลรัฐจะต้องมีเสียงในการลงคะแนนอย่างน้อย 3 เสียง หากมลรัฐใดมีประชากรจำนวนมากว่า 2 ล้านคน มลรัฐนั้นก็จะมี 4 เสียง ถ้ามลรัฐใดมีจำนวนประชากรมากกว่า 6 ล้านคน มลรัฐนั้นก็จะมีคะแนน 5 เสียง และหากมลรัฐใดมีประชากรมากกว่า 7 ล้านคน มลรัฐนั้นก็จะมี 6 เสียง โดยเมื่อคำนวณคะแนนเสียงตามสัดส่วนของประชากรในแต่ละมลรัฐนั้นเสร็จแล้วรัฐบาลในแต่ละมลรัฐก็ต้องแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตามคะแนนเสียงที่ตนได้จากการคำนวณดังกล่าว⁶¹ โดยวุฒิสภาของเยอรมนีเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจในการมีส่วนร่วมในกระบวนการร่างกฎหมาย เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การกลั่นกรองร่างกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ การให้ความเห็นชอบในการร่างกฎหมายที่มีผลกระทบต่องบประมาณของรัฐและกฎหมายที่มีผลต่อการบริหารงานยุติธรรม รวมไปถึงมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายแก้ไขรัฐธรรมนูญ เป็นต้น นอกเหนือจากนี้ วุฒิสภาของเยอรมนียังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบกฎหมายของฝ่ายบริหาร อำนาจรับรองระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการบริหารเฉพาะของมลรัฐ อำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจในสถานการณ์ฉุกเฉินภายในมลรัฐโดยรัฐบาลแห่งสหพันธ์ และอำนาจในการคัดเลือกบุคคลเข้าไปดำรงตำแหน่งระดับสูงแห่งรัฐตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การมีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น⁶² ในขณะที่วุฒิสภาของประเทศเบลเยียมก็มีรูปแบบที่มาของสมาชิกมาจากการสรรหาโดยสมาชิกวุฒิสภา

⁶⁰ Adrian Vermeule, *Second Opinions and Institutional Design*, Virginia Law Review, Volume 97 Issue 6 (October 2011), p. 1437.

⁶¹ The Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949 Article 51

⁶² Arthur B. Gunlicks, *The Länder and German federalism*, (Manchester: Manchester University Press, 2003), p. 344.

ด้วยกันเองร่วมกับสภาประชาคมและสภาแคว้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรเบลเยียม โดยสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 60 คน มาจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งแคว้นเฟลมิช (Flemish Parliament) จำนวน 29 คน มาจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งชุมชนฝรั่งเศส (Parliament of the French Community) จำนวน 10 คน มาจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งแคว้นวัลลูน (Parliament of the Walloon Region) จำนวน 8 คน มาจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งแคว้นบรัสเซลส์ (the Parliament of the Brussels-Capital Region) จำนวน 2 คน มาจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งชุมชนที่พูดภาษาเยอรมัน (the Parliament of the German-speaking Community) จำนวน 1 คน มาจากการเสนอชื่อของวุฒิสมาชิกที่มาจากจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งแคว้นเฟลมิชจำนวน 6 คน และมาจากการเสนอชื่อของวุฒิสมาชิกที่มาจากจากการคัดเลือกโดยสภาแห่งชุมชนฝรั่งเศส สภาแห่งแคว้นวัลลูน และสภาแห่งแคว้นบรัสเซลส์ จำนวนอีก 4 คน⁶³ วุฒิสภาของเบลเยียมเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สองที่มีอำนาจให้ความเห็นชอบในกระบวนการร่างกฎหมายเช่นกัน โดยมีอำนาจในการเห็นชอบร่างกฎหมายก่อนประกาศใช้ เช่น ร่างกฎหมายทั่วไป ร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับโครงสร้างของรัฐ ร่างกฎหมายเกี่ยวกับราชวงศ์ ร่างกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานกระบวนการยุติธรรม ร่างกฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติ และร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดองค์กรและอำนาจหน้าที่ของรัฐบาลกลาง ชุมชน และแคว้น เป็นต้น⁶⁴ นอกเหนือจากนี้ วุฒิสภาเบลเยียมยังมีอำนาจในการควบคุมการบริหารของรัฐบาลผ่านกลไกการตั้งกระทู้ถามการทำงานของฝ่ายบริหาร อำนาจในการดูแลปัญหาความทับซ้อนในเรื่องผลประโยชน์ระหว่างสภาประชาคมกับแคว้น และอำนาจในการมีส่วนร่วมคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รูปแบบที่สองคือ รูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด รูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นรูปแบบที่รัฐเสรีประชาธิปไตยหลาย ๆ รัฐใช้กันอยู่ โดยประเทศที่อยู่ในกลุ่มนี้จะมีสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เช่น วุฒิสภาแห่งสหรัฐอเมริกาซึ่งมีที่มาของสมาชิก

⁶³ The Belgian Constitution Article 67

⁶⁴ Sénat, **The Belgian Senate** [Online], 25 September 2022. Source: <http://www.senat.fr/senatsdumonde/english/belgique.html>

มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 17 ได้กำหนดว่าสมาชิกวุฒิสภามีที่มาจากผู้แทนมลรัฐละ 2 คน เท่า ๆ กัน⁶⁵ ทั้งนี้ วิธีได้มาซึ่งตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในแต่ละรัฐที่ตนนั้นมีภูมิลำเนาอยู่⁶⁶ โดยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 17 นี้ มีผลทำให้เป็นการแก้ไขที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่เดิมถูกกำหนดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1787 ซึ่งกำหนดให้มีที่มาของตัวแทนของแต่ละมลรัฐ มลรัฐละ 2 คน เพื่อเข้าดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภามาจากการใช้อำนาจคัดเลือกโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในระดับมลรัฐของแต่ละมลรัฐ⁶⁷ มาเป็นรูปแบบที่มาจากจากการเลือกตั้งของประชาชนภายในแต่ละมลรัฐนั้น⁶⁸ ทั้งนี้ วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปว่าเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สองซึ่งมีอำนาจมากโดยองค์กรดังกล่าวมีอำนาจที่สำคัญในกระบวนการตรากฎหมายทั้งในการร่างกฎหมายระดับรัฐบัญญัติและการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และยังมีอำนาจในการให้สัตยาบันแก่การดำเนินการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศของประธานาธิบดี⁶⁹ นอกเหนือจากนี้ ยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญในองค์กรของรัฐ รวมไปถึงอำนาจในการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งระดับสูงแห่งรัฐอีกด้วย⁷⁰ รูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาก็มีลักษณะเช่นเดียวกับวุฒิสภาของออสเตรเลีย⁷¹ ซึ่งเป็นองค์กรสภาที่เลี้ยงคอยทบทวนกฎหมายและ

⁶⁵ The Constitution of the United States Article 3 Section 3

⁶⁶ The 17th Amendment to the United States Constitution

⁶⁷ ปณิทัศน์ ปทุมวัฒน์, วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา, วารสารจลนิต, ปี 12 ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน 2558), หน้า 164-165.

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน

⁶⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

⁷⁰ วัชรพล โรจนรวัฒน์, รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย, หน้า 89-91.

⁷¹ George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch, **Blackshield and Williams Australian Constitutional Law and Theory: commentary and materials**, (Alexandria: Federation Press, 2014), p. 415.

ควบคุมการบริหารงานของรัฐบาล โดยมีหน้าที่หลัก ๆ อันประกอบไปด้วย⁷² หน้าที่ในการมีส่วนร่วมในกระบวนการร่างกฎหมาย หน้าที่คอยตรวจสอบถ่วงดุลในระบบสหพันธ์และเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐต่าง ๆ หน้าที่ในการตรวจสอบและสอบสวนการปฏิบัติงานตามกฎหมายของรัฐมนตรีให้มีความรับผิดชอบต่อการบริหารงานของรัฐบาล และหน้าที่ควบคุมดูแลอำนาจในการออกกฎข้อบังคับของฝ่ายบริหาร เป็นต้น วุฒิสภาของออสเตรเลียเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติองค์กรหนึ่งที่มีสมาชิกซึ่งมีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน⁷³ สมาชิกวุฒิสภาทั้ง 76 คนของออสเตรเลียนั้นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในวิธีการเลือกตั้งระบบสัดส่วน โดยการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาของประชาชนนั้นจะเป็นการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาในแต่ละมลรัฐตามส่วนจำนวนของแต่ละมลรัฐที่พึงจะได้จำนวนสมาชิกวุฒิสภาตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁷⁴ ในขณะที่วุฒิสภาของอินโดนีเซียก็มีสมาชิกของตนที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยเช่นกัน ในรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย ค.ศ. 1945 ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาของอินโดนีเซียมาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไปของประชาชนในจังหวัดทุกจังหวัด โดยในแต่ละจังหวัดนั้นจะต้องมีจำนวนสมาชิกวุฒิสภาในสัดส่วนที่เท่ากัน ทั้งนี้ หากคำนวณรวมสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดของอินโดนีเซียจะต้องมีจำนวนไม่เกิน 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร⁷⁵ อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาของอินโดนีเซียเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีอำนาจอยู่ไม่มากเมื่อเทียบกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาสหรัฐอเมริกาและวุฒิสภาออสเตรเลีย โดยวุฒิสภาของอินโดนีเซียเป็นองค์กรระดับสูงของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการเสนอความเห็นประกอบการพิจารณาร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระจายอำนาจ การยุบรวมจังหวัด กฎหมายบริหารทรัพยากรธรรมชาติ กฎหมายเกี่ยวกับ

⁷² อมร รักษาสัตย์, กลไกการเมืองและการพัฒนาในออสเตรเลีย (รายงานการเยือนออสเตรเลีย โดยคณะผู้แทนรัฐสภาอาเซียน), (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2530), หน้า 7-8.

⁷³ Commonwealth of Australia Constitution Act 1901 chapter 1 part 2

⁷⁴ John Uhr, *The Australian Model Senate*, Canadian Parliamentary Review, Volume 32 Issue 1 (Spring 2009), p. 27.

⁷⁵ The Constitution of the Republic of Indonesia 1945 Article 22C

การตรวจสอบการเงิน การเก็บภาษี การจัดการศึกษา การศาสนา ในฐานะที่เป็นสภาผู้แทนระดับภูมิภาคที่ทำหน้าที่ร่วมกับสภาผู้แทนราษฎรในฐานะที่เป็นสภาที่ปรึกษาประชาชน⁷⁶

ทั้งนี้ ยังมีสมาชิกวุฒิสภาของสมาพันธ์รัฐสวิสเซอร์แลนด์ที่มีที่มาจากจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยสมาชิกวุฒิสภาประกอบไปด้วยสมาชิก 46 คน ซึ่งเป็นตัวแทนของกึ่งตอง โดยแต่ละกึ่งตองจะมีอำนาจในการคัดเลือกตัวแทนของตนได้จำนวนละ 2 คนต่อกึ่งตอง ยกเว้นแต่ 6 กึ่งกึ่งตอง (Half-Catons) ที่จะต้องมีตัวแทนกึ่งกึ่งตองของตนเองเพียงกึ่งกึ่งตองละ 1 คนเท่านั้น โดยรัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธ์รัฐสวิสเซอร์แลนด์กำหนดให้หน่วยการปกครองระดับมลรัฐตนเองอยู่ในสถานะเป็นกึ่งกึ่งตองซึ่งได้แก่ Obwalden, Nidwalden, Basel-Stadt, Basel-Landschaft, Appenzell Ausserrhoden และ Appenzell Innerrhoden⁷⁷ อย่างไรก็ตาม แต่ละกึ่งตองหรือแต่ละกึ่งกึ่งตองดังที่กล่าวมาข้างต้นแล้วแต่กรณี ล้วนจะต้องเลือกตัวแทนของตนให้ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาผ่านวิธีการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามสัดส่วนจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่พึงจะได้ในแต่ละกึ่งตองหรือกึ่งกึ่งตองนั้น⁷⁸ วุฒิสภาของสมาพันธ์รัฐสวิสเซอร์แลนด์เป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สองที่ถือได้ว่ามีอำนาจมากอยู่พอสมควร เนื่องจากมีอำนาจในมิติของการมีส่วนร่วมในกระบวนการร่างกฎหมายทั้งในระดับรัฐบัญญัติและรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาและกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง⁷⁹ นอกจากนี้ วุฒิสภาของสมาพันธ์รัฐสวิสเซอร์แลนด์ยังมีอำนาจในการควบคุมการบริหารงานของฝ่ายบริหารผ่านการตั้งกระทู้ถามและให้ข้อมูลต่อสาธารณชน และยังมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งองค์กรตุลาการ รวมไปถึงมีอำนาจเสนอชื่อบุคคลผู้เข้าไปดำรงตำแหน่งเป็นคณะผู้อำนวยการสูงสุดแห่งรัฐอีกด้วย นอกเหนือจากวุฒิสภาของสมาพันธ์รัฐ

⁷⁶ สำนักภาษาต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ระบบรัฐสภาสาธารณรัฐอินโดนีเซีย, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2563), หน้า 25.

⁷⁷ Switzerland's Constitution of 1999 Article 150

⁷⁸ Stefan Höfler, Markus Nussbaumer and Felix Uhlmann, **Legislation in Switzerland** [Online], 19 June 2022. Source: https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:12d94b0f-279d-4d68-a1ef-ef5260c2cffa/Legislation_in_Europe_Uhlmann_et.al.pdf

⁷⁹ Sénat, **Switzerland: Council of States** [Online], 27 September 2022. Source: <http://www.senat.fr/senatsdumonde/english/switzerlandenglish.html?fbclid=IwAR3YoqYZ7P SZg-c0ZwTaGGnrhugDsDDmzzCSTsmMirVrJyzn-FFPAPiq9SE>

สวีตเซอร์แลนด์แล้ว ก็ยังมีวุฒิสภาของสาธารณรัฐเช็กซึ่งมีสมาชิกวุฒิสภาทั้ง 81 คนมาจากการเลือกตั้งโดยทั่วไปของประชาชน โดยทุก ๆ 2 ปี จะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 1 ใน 3 ของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดเข้าไปแทนที่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาซึ่งพ้นตำแหน่งไป⁸⁰ และวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่น โดยรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น ค.ศ. 1947 ก็ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดมีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน⁸¹ สมาชิกวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นมีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในจำนวนตามสัดส่วนของแต่ละจังหวัดฟังจะได้ โดยจำนวนของสมาชิกวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นทั้งหมดล้วนขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรในเขตเลือกตั้งของแต่ละจังหวัด โดยในปี ค.ศ. 2019 จังหวัดที่มีประชากรมากที่สุดอย่าง Tokyo มีสัดส่วนของสมาชิกวุฒิสภาที่จังหวัดดังกล่าวฟังจะได้ 12 คน ในขณะที่จังหวัดที่มีประชากรน้อยอย่าง Tokushima-Kochi และ Tottori-Shimane มีสัดส่วนของสมาชิกวุฒิสภาที่แต่ละจังหวัดฟังจะได้เพียงจังหวัดละ 2 คนเท่านั้น⁸² ในขณะที่ในปี ค.ศ. 2022 จำนวนสมาชิกวุฒิสภาของญี่ปุ่นทั้งหมดได้เพิ่มขึ้นไปถึง 248 คน⁸³ เมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาของสาธารณรัฐเช็กและวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นแล้ว เราจะพบว่าในกรณีของอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของวุฒิสภาของสาธารณรัฐเช็กนั้นเป็นอำนาจดำเนินการในฐานะสภาถ่วงดุลอำนาจซึ่งมีอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญทั่วไป กฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกตั้ง และกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาโดยเฉพาะในกรณีที่เกี่ยวข้องกับเรื่องของสิทธิมนุษยชน เสรีภาพ และความเสมอภาค เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงกฎหมายซึ่งเกี่ยวกับงบประมาณแผ่นดิน นอกจากนี้ วุฒิสภาของสาธารณรัฐเช็กยังมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบต่อร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกด้วย⁸⁴ ในขณะที่อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของวุฒิสภาประเทศญี่ปุ่นนั้นก็ เป็นอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

⁸⁰ Czech Republic's Constitution of 1993 Article 16

⁸¹ The Constitution of Japan 1947 Article 43

⁸² Rob Fahey, **Japan Explained: The House of Councilors** [Online], 21 June 2022. Source: <https://www.tokyoreview.net/2019/07/japan-explained-house-of-councilors/>

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Senát PČR, **Information about the Senate of the Parliament of the Czech Republic** [Online], 27 September 2022. Source: https://www.senat.cz/informace/pro_verejnost/infocentrum/infocentrum_informace_o_senatu-eng.php

ทั้งในกระบวนการร่างกฎหมาย และการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน⁸⁵ โดยในอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับกระบวนการร่างกฎหมายนั้น วุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจในการพิจารณากลับกรองกฎหมายและอำนาจในการเห็นชอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ ขณะเดียวกันในมิติของอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน วุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นก็มีอำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่สำคัญโดยผ่านกลไกการตั้งกระทู้ถามในรัฐสภาและการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนการใช้อำนาจขององค์กรแห่งรัฐฝ่ายบริหารนั่นเอง

รูปแบบสุดท้ายคือ รูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งและมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ซึ่งเป็นรูปแบบผสมของที่มาของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมีที่มาทั้งมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน เช่น วุฒิสภาของมาเลเซีย⁸⁶ ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สองที่มีอำนาจในกระบวนการร่างกฎหมาย อาทิ อำนาจในการพิจารณาเห็นชอบร่างกฎหมายต่าง ๆ ร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร รวมไปถึงมาตรการต่าง ๆ ของรัฐและประเด็นที่อาจสร้างผลกระทบในวงกว้างต่อการบริหารประเทศ และอำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินผ่านการประชุมอภิปราย วิพากษ์วิจารณ์ และประเมินผลการดำเนินงานและการบริหารภาครัฐของรัฐบาล⁸⁷ โดยสมาชิกวุฒิสภามาเลเซียจำนวน 26 คนนั้นจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในแต่ละมลรัฐ มลรัฐละ 2 คน⁸⁸ ส่วนสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 44 คนมาจากการแต่งตั้งโดย Yang di-Pertuan Agong⁸⁹ โดยใน 44 คนนี้จะมี 4 คนต้องถูกแต่งตั้งจากเขตพื้นที่ Kuala Lumpur จำนวน 2 คน ถูกแต่งตั้งจากเขตพื้นที่ Labuan จำนวน 1 คน และถูกแต่งตั้งจากเขต

⁸⁵ ศักดา ศรีทิพย์, บทบาท อำนาจหน้าที่ และที่มาของวุฒิสภาที่เหมาะสมกับประเทศไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558), หน้า 65-68.

⁸⁶ Malaysia's Constitution of 1957 with Amendments through 2007 Article 45

⁸⁷ วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย, รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย, หน้า 130-133.

⁸⁸ Malaysia's Constitution of 1957 with Amendments through 2007 Article 45, 120

⁸⁹ Yang di-Pertuan Agong เป็นชื่อเรียกของสมเด็จพระราชาธิบดีแห่งมาเลเซียซึ่งเป็นตำแหน่งของประมุขของสหพันธรัฐมาเลเซีย

พื้นที่ Putrajaya จำนวน 1 คน⁹⁰ โดยสมาชิกวุฒิสภาที่ถูกแต่งตั้งโดย Yang di-Pertuan Agong นั้น จะต้องเป็นตัวแทนของกลุ่มวิชาชีพต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นกลุ่มข้าราชการพลเรือน กลุ่มอาชีพ การค้า อุตสาหกรรม เกษตรกรรม และวัฒนธรรม หรือตัวแทนกลุ่มงานที่เกี่ยวข้องกับการ ให้บริการสังคม หรือตัวแทนของชนกลุ่มน้อยต่าง ๆ⁹¹ ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 ก็ได้กำหนดให้วุฒิสภามีสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้ง โดยตรงของประชาชนและไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเช่นกัน โดยทั่วไป สมาชิกวุฒิสภาของสเปนจะต้องมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในจังหวัดในสัดส่วน จังหวัดละ 4 คน⁹² แต่ในหมู่เกาะจังหวัดขนาดใหญ่อันได้แก่ Gran Canaria, Mallorca และ Tenerife จะมีสัดส่วนของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเกาะ จังหวัดละ 3 คน และในหมู่เกาะจังหวัดขนาดเล็กอันได้แก่ Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote และ La Palma เกาะจังหวัดละ 1 คน ทั้งนี้ วุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนก็ยังมีสัดส่วนที่มาจากเขตการปกครองของ เมือง Ceuta และ Melilla จำนวนเมืองละ 2 คน ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการ เลือกตั้งโดยตรงของประชาชนนั้นเป็นสมาชิกที่มาจากพรรคการเมืองของชุมชนอิสระ⁹³ จะกำหนดสมาชิกวุฒิสภาตามสัดส่วนประชากร 1 ล้านคน ต่อ สมาชิกวุฒิสภา 1 คน ต่อเขต

⁹⁰ Malaysia's Constitution of 1957 with Amendments through 2007 Article 45

⁹¹ Malaysia's Constitution of 1957 with Amendments through 2007 Article 45

⁹² The Constitution of Spain 1978 Article 69

⁹³ ชุมชนอิสระ (Autonomous Communities) เป็นหน่วยการปกครองรูปแบบหนึ่งซึ่งรัฐธรรมนูญ ของสเปน ค.ศ. 1978 ได้เปิดโอกาสให้ชุมชนต่าง ๆ ที่อยู่กันเป็นแวนแคว้น มีสิทธิในการปกครองตนเองได้ ตามภูมิหลังการปกครองของตนเองในแต่ละเขตการปกครองที่แตกต่างกัน โดยที่แต่ละชุมชนอิสระดังกล่าว นั้น ถือเป็นหน่วยการปกครองระดับแรกของสเปนซึ่งมีสภาเป็นของตนเองและองค์กรดังกล่าวก็จะได้รับสิทธิและ อำนาจบริหารท้องถิ่นของตนเองตามกฎหมาย ทั้งนี้ ชุมชนอิสระของราชอาณาจักรสเปนประกอบไปด้วย 17 เขตการปกครอง อันได้แก่ Andalusia, Aragon, Asturias, Balearic Islands, Basque Country, Canary Islands, Cantabria, Castile and León, Castilla-La Mancha, Catalonia, Madrid, Extremadura, Galicia, La Rioja, Navarre, Murcia, Valencia นอกจากนี้ ชุมชนอิสระยังกินความรวมถึงเมือง Ceuta และ Melilla ซึ่งเป็นเขตการปกครองที่มีสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขต การปกครองดังกล่าวนี้ตามที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 Article 69 ข้อ 5

การปกครอง⁹⁴ โดยเมื่อพิจารณาถึงอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาสเปนแล้ว เราจะพบว่าวุฒิสภาของสเปนเป็นองค์กรที่มีอำนาจสำคัญในกระบวนการร่างกฎหมายไม่ว่าจะเป็นอำนาจในการเห็นชอบร่างกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติและเห็นชอบร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ รวมไปถึงอำนาจในการให้ความเห็นชอบกฎหมายว่าด้วยการอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาของรัฐบาล นอกเหนือจากนี้ ยังมีอำนาจในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐบาล และอำนาจที่เกี่ยวกับการควบคุมการใช้อำนาจของหน่วยการปกครองตามเขตพื้นที่ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมไม่ให้หน่วยการปกครองดังกล่าวใช้อำนาจของตนให้ไปกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและรัฐธรรมนูญ และการควบคุมในฐานะเป็นองค์กรระงับข้อพิพาทระหว่างหน่วยการปกครองตามเขตพื้นที่กับรัฐบาลกลางหรือข้อพิพาทระหว่างหน่วยการปกครองตามเขตพื้นที่ด้วยกันเอง⁹⁵

ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1947 ก็ยังมีการกำหนดให้วุฒิสภามีสมาชิกประกอบไปด้วยสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนและไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเช่นกัน⁹⁶ วุฒิสภาดังกล่าวมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้ง 315 คน มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนในเขตเลือกตั้งต่างประเทศจำนวน 12 คน และที่เหลือมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนตามสัดส่วนในแต่ละภูมิภาคของสาธารณรัฐ⁹⁷ ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนนั้นสามารถแบ่งประเภทย่อยได้เป็นสองแบบคือ สมาชิกซึ่งเข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาโดยตำแหน่งและสมาชิกซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยบุคคลซึ่งเข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาโดยตำแหน่งนั้นจะต้องเป็นอดีตประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ⁹⁸ ในขณะที่สมาชิกซึ่งมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจำนวน 5 คนจะต้อง

⁹⁴ Senado de España, **Composition of the Senate** [Online], 21 June 2022. Source: <https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/composicionsenadoelecciones/index.html?lang=en>

⁹⁵ Senado de España, **Senate functions** [Online], 28 September 2022. Source: <https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/funcionessenado/index.html>

⁹⁶ Senato della Repubblica, **Election of the Senate** [Online], 21 June 2022. Source: <https://senato.it/en/parliamentary-business/election-senate/composition>

⁹⁷ The Constitution of the Republic of Italy 1947 Article 56

⁹⁸ The Constitution of the Republic of Italy 1947 Article 59

เป็นบุคคลซึ่งมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ในการทำคุณประโยชน์เกี่ยวกับด้านสังคม วิทยาศาสตร์ ศิลปะ และวรรณกรรม⁹⁹ โดยวุฒิสภาของประเทศอิตาลีนั้นเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีอำนาจมาก โดยมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบในกระบวนการนิติบัญญัติ อำนาจในการเสนอกฎหมายร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร รัฐบาล หน่วยงานของรัฐ และสถาบันตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ อำนาจในการให้ความเห็นชอบร่างกฎหมายและร่างแก้ไขรัฐธรรมนูญ อำนาจในการแก้ไขกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองส่วนภูมิภาคและการปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐบาลผ่านกลไกการตั้งกระทู้ถามและการอภิปรายไม่ไว้วางใจ รวมไปถึงอำนาจในการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงแห่งรัฐโดยเฉพาะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เป็นต้น¹⁰⁰ นอกเหนือจากนี้ วุฒิสภามาตรฐานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งมีอำนาจในการกลั่นกรองกฎหมาย ไม่ว่าจะป็นร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ¹⁰¹ ร่างพระราชบัญญัติ¹⁰² และพระราชกำหนด¹⁰³ มีอำนาจในการเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹⁰⁴ และยังมีอำนาจในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินผ่านกลไกการตั้งกระทู้ถาม¹⁰⁵ กลไกการขอเปิดอภิปรายทั่วไป¹⁰⁶ และกลไกการตั้งคณะกรรมการสามัญและคณะกรรมการวิสามัญ¹⁰⁷ รวมไปถึงอำนาจในการพิจารณาเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งที่สำคัญต่าง ๆ และอำนาจในการถอดถอนบุคคลออกจากตำแหน่งของรัฐตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ก็ยังมีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งและมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 111 ก็ได้

⁹⁹ The Constitution of the Republic of Italy 1947 Article 59

¹⁰⁰ Roberta Damiani, **Reforming the Italian Senate** [Online], 28 September 2022.

Source: <https://constitution-unit.com/2015/11/17/reforming-the-italian-senate/>

¹⁰¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 139 (2) มาตรา 140 และมาตรา 141

¹⁰² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 146 มาตรา 154 (1) มาตรา 163 และมาตรา 168

¹⁰³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 184 และมาตรา 185

¹⁰⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 291

¹⁰⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 156

¹⁰⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 161

¹⁰⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 135

กำหนดให้สมาชิกจำนวน 150 คนมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจังหวัดละ 1 คน รวม 77 จังหวัด และจำนวนที่เหลือมาจากการสรรหาโดยคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา¹⁰⁸ คณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวนี้เป็นองค์กรที่จะต้องใช้อำนาจคัดเลือกร่วมกับองค์กรต่าง ๆ ในภาควิชาการ ภาครัฐ ภาคเอกชน ภาควิชาชีพ และภาคอื่นที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา¹⁰⁹ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายที่รัฐธรรมนูญฉบับถาวรของราชอาณาจักรไทยที่ประกาศใช้บังคับในเวลาต่อมากลับไม่ได้มีการกำหนดให้วุฒิสภามีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนแม้แต่คนเดียว

4. วุฒิสภาของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560

ภายหลังจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติทำการยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลพลเรือนซึ่งเป็นรัฐบาลรักษากฎหมายหลังการประกาศใช้กฏอัยการศึกทั่วราชอาณาจักรไทย โดย พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้บัญชาการทหารบกในขณะนั้นในวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2557 คณะรักษาความสงบแห่งชาติก็ได้ออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 โดยมีคำสั่งให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มีผลสิ้นสุดไป ยกเว้นหมวดว่าด้วยพระมหากษัตริย์¹¹⁰ ในประกาศของคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับดังกล่าวนี้ ได้มีการกำหนดให้วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ยังคงปฏิบัติหน้าที่ตามจำนวนสมาชิกที่มีอยู่ ณ วันที่ประกาศฉบับดังกล่าวมีผลใช้บังคับ อย่างไรก็ตาม วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ก็ถูกทำให้มีผลสิ้นสุดลงไปด้วยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 30/2557 ซึ่งประกาศออกมาในสองวันให้หลังจากวันทำการรัฐประหาร โดยกำหนดให้วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งได้รับการรับรองสถานะทางกฎหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตามประกาศของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีผลเป็นอันสิ้นสุดลงตามกฎหมาย¹¹¹

¹⁰⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 111

¹⁰⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 114

¹¹⁰ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญ

¹¹¹ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 30/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญ

ต่อมาอีก 3 ปีให้หลัง ในวันที่ 6 เมษายน พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญถาวรฉบับใหม่ภายหลังจากการนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวมาเข้ากระบวนการจัดการออกเสียงลงประชามติ ในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ตามประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้งในวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2559¹¹² อย่างไรก็ดี ในเหตุการณ์ทางการเมืองก่อนมีการลงประชามติของประชาชนชาวไทยผู้ทรงอำนาจอธิปไตยแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้มีการร่างกฎหมายว่าด้วยการออกเสียงประชามติของร่างรัฐธรรมนูญ โดยได้มีการประกาศให้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายชื่อว่า “พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559” ในวันที่ 22 เมษายน พ.ศ. 2559 โดยพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ผู้ใดกระทำความวุ่นวายเพื่อให้การออกเสียงไม่เป็นไปด้วยความเรียบร้อยให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิด ต้องระวางโทษทางอาญาและศาลสามารถสั่งให้มีการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลผู้นั้นอีกด้วย¹¹³ ซึ่งการกระทำความวุ่นวายตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 ให้รวมถึงกรณีที่บุคคลใด ๆ ดำเนินการเผยแพร่ข้อความ ภาพ เสียง ในสื่อหนังสือพิมพ์ วิทยุ โทรทัศน์ สื่ออิเล็กทรอนิกส์หรือในช่องทางอื่นที่ผิดไปจากข้อเท็จจริงหรือมีลักษณะรุนแรง ก้าวร้าว หยาดคาย ปลุกกระดม หรือข่มขู่โดยมุ่งหวังเพื่อให้ผู้มีสิทธิออกเสียงไม่ไปใช้สิทธิออกเสียง หรือออกเสียงอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่ออกเสียงด้วย นอกเหนือจากพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วยังมีคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ที่ยังมีผลใช้บังคับให้การชุมนุมทางการเมืองตั้งแต่ห้าคนเป็นความผิด¹¹⁴ อันเป็นผลบังคับทางกฎหมายในช่วงเวลาที่มีการออกเสียงประชามติ ถึงกระนั้น ภายหลังจากการลงประชามติของประชาชนชาวไทยต่อร่างรัฐธรรมนูญในฉบับที่กล่าวมาข้างต้น ในวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2559 ดังกล่าว ผลปรากฏว่าคะแนนเสียงส่วนใหญ่ได้รับรองเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ให้มีผลประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดแห่งระบบกฎหมายของราชอาณาจักรไทยและยังได้มีการเห็นชอบบทบัญญัติซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลที่ให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาซึ่งหมายถึง

¹¹² ประกาศของคณะกรรมการการเลือกตั้ง วันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2559 เรื่อง กำหนดวันออกเสียงประชามติ

¹¹³ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2559 มาตรา 61 (1)

¹¹⁴ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 ข้อ 12

ให้วุฒิสภามีส่วนร่วมในการเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีในระหว่าง 5 ปีแรกนับแต่วันที่รัฐสภาชุดแรกตามรัฐธรรมนูญ

เมื่อมาพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แล้วเราจะพบว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีการจัดตั้งวุฒิสภาในฐานะองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสภาลำดับสองที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติควบคู่ไปกับสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเป็นสภาในลำดับที่หนึ่ง ในขอบเขตอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญได้มีการกำหนดไว้ซึ่งได้แก่¹¹⁵ อำนาจหน้าที่ในการกลั่นกรองกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการร่วมพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญกับสภาผู้แทนราษฎร¹¹⁶ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรได้มีมติเห็นชอบแล้ว¹¹⁷ การพิจารณาพระราชกำหนดร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร¹¹⁸ การควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารโดยการตั้งกระทู้ถาม¹¹⁹ การอภิปราย¹²⁰ และการตั้งคณะกรรมการ¹²¹ การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญขององค์กรของรัฐ¹²² การเข้าชื่อกล่าวหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ¹²³ และการร่วมแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญกับสภาผู้แทนราษฎร¹²⁴ นอกเหนือจากนี้ บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ยังได้มีการกำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจในเรื่องของการติดตามเสนอแนะ และเร่งรัดปฏิรูปประเทศให้สำเร็จตามพระราชบัญญัติและขั้นตอนการดำเนินการปฏิรูปประเทศ พ.ศ. 2560¹²⁵ อำนาจในเรื่องการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อ

¹¹⁵ ศิวณัฐภรณ์ นันทะมา, *วุฒิสภามาตรัฐธรรมนูญไทย*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย, 2563), หน้า 86-94.

¹¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 132

¹¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 136 ถึงมาตรา 137

¹¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 172

¹¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 150

¹²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 153 และมาตรา 154

¹²¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 129

¹²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 204 มาตรา 217 มาตรา 222 มาตรา 228 มาตรา 232 มาตรา 238 และมาตรา 246

¹²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 236

¹²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 256

¹²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 270

ดำเนินการตามหมวดการปฏิรูปประเทศ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ร่วมกับสภาผู้แทนราษฎร¹²⁶ และอำนาจในการให้ความเห็นชอบบุคคลให้ได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี¹²⁷

ด้วยเหตุผลของผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ต้องการให้วุฒิสภาเป็นองค์กรประสานความคิดเห็นของบุคคลต่าง ๆ จากหลายสาขาอาชีพและนำความรู้ประสบการณ์ที่ตนมีจากสาขาอาชีพเหล่านั้นมาใช้ในกระบวนการนิติบัญญัติเพื่อให้มีการพิจารณาจากแง่มุมต่าง ๆ ที่หลากหลายอย่างครบถ้วนรอบด้านอันจะทำให้การมีส่วนร่วมในทางการเมืองของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมีผลต่อการบริหารบ้านเมืองอย่างเป็นรูปธรรม¹²⁸ ดังความมุ่งหมายของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญที่มุ่งหวังไม่ใหสมาชิกวุฒิสภาตกอยู่ภายใต้อาณัติของนักการเมืองหรือพรรคการเมืองใด ๆ และให้ความสำคัญกับประชาชนทั่วไปเข้าไปสมัครเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้โดยแยกออกเป็นกลุ่มที่มีลักษณะต่าง ๆ จึงกำหนดให้ประชาชนเลือกกันเองในกลุ่มสาขาวิชาชีพที่ตนสังกัดเพื่อสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนให้เกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงและพ้นจากกับดักทางการเมืองให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้¹²⁹ จึงทำให้รูปแบบของที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นรูปแบบที่มาซึ่งไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนผ่านระบบกลไกการเลือกตั้ง โดยเราสามารถจัดจำแนกที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้เป็นที่มาของวุฒิสภาตามเงื่อนไขบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ และที่มาตามบทบัญญัติทั่วไปตามรัฐธรรมนูญ

โดยเงื่อนไขตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นั้นได้กำหนดว่าในวาระแรกของการดำเนินการของวุฒิสภา สมาชิกวุฒิสภาย่อมมีที่มาจากพรรคคัดเลือกของคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาซึ่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติตั้งมาจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้และประสบการณ์ด้านต่าง ๆ และมีความเป็นกลางทางการเมืองจำนวน

¹²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 270

¹²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 272

¹²⁸ ศิวณัฐภรณ์ นันทะมา, *วุฒิสภามารัฐธรรมนูญไทย*, หน้า 80.

¹²⁹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายมาตราของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562), หน้า 187.

ไม่น้อยกว่า 9 คน แต่ไม่เกิน 12 คน¹³⁰ และการคัดเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์และอาชีพที่หลากหลายของสังคมโดยมีคณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการ เลือกสมาชิกวุฒิสภาตามเงื่อนไขแห่งบทบัญญัติเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ คณะกรรมการ สรรหาวุฒิสภาจะต้องดำเนินการจัดทำบัญชีรายชื่อจากการคัดเลือกผู้มีความรู้ความสามารถ ที่เหมาะสมอันจะเป็นประโยชน์แก่การปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาและการปฏิรูปประเทศจำนวน ไม่เกิน 400 คน¹³¹ และคณะกรรมการการเลือกตั้งจะต้องดำเนินการจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ได้รับ การเลือกจากการคัดเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์และอาชีพ ในหลายสาขาจำนวน 200 คน¹³² โดยคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาและคณะกรรมการ การเลือกตั้งจะต้องส่งบัญชีรายชื่อที่ตนเองจัดทำให้แก่คณะรักษาความสงบแห่งชาติคัดเลือก สมาชิกวุฒิสภาในขั้นสุดท้ายจนเหลือ 250 คน ทั้งนี้ การคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาของคณะรักษา ความสงบแห่งชาติก็จะมีหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาอันระบุไว้ในบทบัญญัติของ รัฐธรรมนูญในบทเฉพาะกาลอยู่ก็คือ คณะรักษาความสงบแห่งชาติจะต้องดำเนินการคัดเลือก สมาชิกวุฒิสภาจากรายชื่อที่ถูกเสนอขึ้นมาโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งให้ได้จำนวน 50 คน รวมรายชื่อสำรองอีก 50 คน และคัดเลือกจากรายชื่อที่ถูกเสนอมาโดยคณะกรรมการสรรหา สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 194 คน พร้อมทั้งรายชื่อสำรองอีก 50 คน โดยจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่ คณะรักษาความสงบแห่งชาติได้คัดเลือกมาทั้ง 244 คนนี้จะต้องนำไปรวมกับผู้ดำรงตำแหน่ง ปลัดกระทรวงกลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารเรือ ผู้บัญชาการทหารอากาศ และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รวมทั้งหมดเป็น 250 คน¹³³

ในขณะที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการกำหนดหลักการ เกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนว่าวุฒิสภา ประกอบไปด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน ซึ่งมาจากการคัดเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงาน ด้านต่าง ๆ ที่หลากหลายของสังคม โดยในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชน

¹³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 269

¹³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 269 (1) (ข)

¹³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 269 (1) (ก)

¹³³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 269 (1) (ค)

ซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้¹³⁴ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2561 ได้มีการจัดจำแนกประเภทของกลุ่มผู้มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ และอาชีพ ได้เป็น 20 กลุ่มด้วยกัน ประกอบไปด้วย กลุ่มการบริหารราชการแผ่นดินและความมั่นคง กลุ่มกฎหมายและกระบวนการยุติธรรม กลุ่มการศึกษา กลุ่มการสาธารณสุข กลุ่มอาชีพทำนา ปลุกพืชล้มลุก หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มอาชีพทำสวน ป่าไม้ ปศุสัตว์ ประมง หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มพนักงานหรือลูกจ้างของบุคคลซึ่งมิใช่ส่วนราชการหรือหน่วยงานรัฐ กลุ่มผู้ประกอบการอาชีพด้านสิ่งแวดล้อม ผังเมือง อสังหาริมทรัพย์และสาธารณสุขปศุสัตว์ ทักษะการธรรมชาติ พลังงาน หรืออื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน กลุ่มผู้ประกอบการ กลุ่มผู้ประกอบการอาชีพด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี การสื่อสาร การพัฒนานวัตกรรม หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มสตรี กลุ่มผู้สูงอายุ คนพิการหรือทุพพลภาพ กลุ่มชาติพันธุ์ กลุ่มอัตลักษณ์อื่น หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มศิลปะ วัฒนธรรม ดนตรี การแสดงและบันเทิง นักกีฬา หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มประชาสังคม กลุ่มองค์กรสาธารณประโยชน์ หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มสื่อสารมวลชน ผู้สร้างสรรค์วรรณกรรม หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน กลุ่มผู้ประกอบการวิชาชีพ ผู้ประกอบการอาชีพอิสระ หรืออื่น ๆ ทำนองเดียวกัน และกลุ่มอื่น ๆ ที่มีการกำหนดไว้ตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ¹³⁵ การคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาจะต้องดำเนินการคัดเลือกกันเองจากผู้สมัครภายในกลุ่มตามแต่ละประเภทสั้มาอาชีพและกลุ่มการจัดแบ่งแบบไขว้ตามกระบวนการที่กำหนดขึ้นโดยกฎหมาย โดยจำต้องดำเนินการคัดเลือกกันเองของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาในแต่ละกลุ่มจากระดับอำเภอ พอคัดเลือกระดับอำเภอได้แล้วก็มาคัดเลือกกันเองของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาในแต่ละกลุ่มระดับจังหวัด และท้ายสุดจึงดำเนินการคัดเลือกกันเองของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาในแต่ละกลุ่มระดับประเทศจนเหลือ 200 คน¹³⁶

¹³⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 107

¹³⁵ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2561 มาตรา 11

¹³⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2561 มาตรา 40 มาตรา 41 และมาตรา 42

5. ข้อสังเกตต่อการจัดองค์กรของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ตามหลักประชาธิปไตย

จากที่ทราบมาแล้วว่าวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีสมาชิกวุฒิสภาซึ่งไม่ได้มีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หากแต่มาจากการคัดเลือกกันเองในประชาชนแต่ละสาขาวิชาชีพซึ่งจะต้องทำการคัดเลือกกันเองในหมู่ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภานั้นตั้งแต่ในระดับอำเภอ ไปคัดเลือกในระดับจังหวัด หลังจากคัดเลือกกันเองในระดับจังหวัดดังกล่าวก็จะนำมาซึ่งขั้นตอนคัดเลือกสุดท้ายนั่นก็คือ การคัดเลือกกันเองของผู้เข้าสมัครในระดับประเทศ ซึ่งกระบวนการคัดเลือกดังกล่าวของสมาชิกวุฒิสภาได้สะท้อนถึงรูปแบบที่มาของสมาชิกขององค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งมีความสำคัญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ไม่ได้ผ่านกระบวนการคัดเลือกในรูปของกลไกการเลือกตั้งที่เปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยสามารถเข้าร่วมคัดเลือกผู้แทนของตนเองเข้าไปดำรงตำแหน่งอยู่ในองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สอง ซึ่งมีการกิจโดยทั่วไปในการดำรงสถานะเป็นสภาพตรวจสอบการใช้อำนาจนิติบัญญัติขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่หนึ่งอย่างสภาผู้แทนราษฎร การไม่ได้เปิดโอกาสให้ประชาชนโดยทั่วไปมีส่วนร่วมในการคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาในฐานะผู้แทนของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยทั้งหมดจึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าสมาชิกวุฒิสภา รวมถึงองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติอย่างวุฒิสภาเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ใช้อำนาจแทนประชาชนตามหลักประชาธิปไตยแบบผู้แทนได้ กลับกลายเป็นว่าที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้สะท้อนสถานะขององค์กรที่เป็นผู้แทนของกลุ่มสาขาวิชาชีพที่หลากหลายซึ่งมีการคัดเลือกสมาชิกภายในผู้สมัครกันเองนับตั้งแต่ในระดับอำเภอ ระดับจังหวัด ไปจนถึงในระดับประเทศ โดยถึงแม้จะมีการกำหนดสาขาอาชีพของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาที่หลากหลายเช่นใด ก็ไม่สามารถกล่าวได้ว่ากระบวนการดังกล่าวเป็นกระบวนการที่สะท้อนเสียงและยึดโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยทั้งหมด เนื่องจากกระบวนการดังกล่าวไม่ได้อยู่ภายใต้กลไกการเลือกตั้งที่อยู่ภายใต้หลักการเลือกตั้งโดยทั่วไป หลักการเลือกตั้งโดยเสมอภาค หลักการเลือกตั้งโดยลับ และหลักการเลือกตั้งโดยเสรี¹³⁷ ซึ่งเปิดโอกาสให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจ

¹³⁷ Eerik Lagerspetz, *Kelsen on Democracy and Majority Decision*, p. 158.

อธิปไตยมีส่วนร่วมในการคัดเลือกผู้แทนของตนได้อย่างครอบคลุม เป็นรูปธรรม และสอดคล้องกับเจตจำนงทางการเมืองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยที่สุด

มีหน้าที่ในบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญก็ยังกำหนดให้ที่มาของสมาชิกวุฒิสภามาจากการคัดเลือกโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติจากบัญชีรายชื่อที่ได้รับมาจากการสรรหาขององค์กรที่มีอำนาจสรรหาบุคคลให้เข้าดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาเสนอต่อคณะรักษาความสงบแห่งชาติให้ใช้อำนาจคัดเลือกในขั้นตอนสุดท้าย ทั้งคณะรักษาความสงบแห่งชาติและองค์กรที่มีอำนาจในการสรรหาบุคคลผู้เข้ามาดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาล้วนไม่ได้มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกผ่านการใช้สิทธิเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนแต่อย่างใด จึงทำให้ที่มาของสมาชิกวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ไม่มีความยึดโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยเลยแม้แต่น้อย ดังนั้น จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าวุฒิสภามาตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นี้เป็นองค์กรที่สะท้อนถึงสถานะความเป็นตัวแทนของประชาชนตามหลักประชาธิปไตยแบบผู้แทนได้อย่างชัดเจน

การที่สมาชิกวุฒิสภาไม่ได้มีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องของการจัดองค์กรของวุฒิสภาในฐานะองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองในระบบผู้แทน วุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 จึงมีสถานะที่เป็นองค์กรซึ่งถูกจัดตั้งโดยอำนาจจัดตั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ขาดไว้ซึ่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยเฉพาะความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคล การขาดไว้ซึ่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลของวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เกิดขึ้นจากการไม่มีความยึดโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยโดยทั่วไปผ่านกลไกการเลือกตั้งซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงเจตจำนงในการปกครองของประชาชนในระบบการจัดโครงสร้างองค์กรระดับสูงของรัฐภายใต้หลักประชาธิปไตยแบบผู้แทนตามสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐ ซึ่งแตกต่างจากวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่มีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดมาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยตรง¹³⁸ และวุฒิสภามาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ซึ่งมีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้ง

¹³⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 121

โดยตรงของประชาชนจังหวัดละ 1 คน และที่เหลือมาจากการสรรหาของคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา¹³⁹ โดยวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับข้างต้นนี้ก็มีที่มาของสมาชิกวุฒิสภาซึ่งมีความยึดโยงกับประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยผ่านกลไกการเลือกตั้ง ในการคัดเลือกสมาชิกของวุฒิสภาดังกล่าวนั้นไม่มีองค์กรอื่นใดหรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นใดมาคั่นกลางระหว่างองค์กรระดับสูงแห่งรัฐดังกล่าวกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามสายห่วงโซ่ความชอบธรรมทางประชาธิปไตย ดังนั้น วุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับดังกล่าวมานี้ก็ยังคงอยู่ในสถานะที่เป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลและยังอยู่ในสถานะที่เป็นผู้แทนของประชาชนผ่านการเลือกตั้งทั่วไปโดยอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยตามครรลองแห่งหลักการปกครองในระบบผู้แทน

โดยหากเปรียบเทียบกับรัฐต่างประเทศที่มีการจัดตั้งวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐที่ได้ยกขึ้นมากล่าวก่อนหน้านี้นี้ เราจะพบว่าวุฒิสภาของรัฐเหล่านั้นล้วนมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลทั้งสิ้นไม่ว่าจะเป็นวุฒิสภาที่มีรูปแบบที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนอย่างประเทศอังกฤษก็มีที่มาจากจากการคัดเลือกขององค์กรที่มีอำนาจคัดเลือกสมาชิกสภาขุนนางตามกฎหมายซึ่งสมาชิกสภาขุนนางบางประเภทจะได้รับการแต่งตั้งสมาชิกโดยประมุขแห่งรัฐตามการเสนอแนะของนายกรัฐมนตรี ซึ่งเราจะพบว่าในขั้นตอนสิ้นสุดกระบวนการดังกล่าวนายกรัฐมนตรีจะต้องมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งโดยเสนอให้ประมุขของรัฐดำเนินการแต่งตั้งสมาชิกสภาขุนนาง โดยนายกรัฐมนตรีก็เป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐฝ่ายบริหารซึ่งมีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลเนื่องจากมีที่มาจากจากการสนับสนุนของสภาสามัญซึ่งสภาดังกล่าวก็มีที่มาของสมาชิกที่มาจากจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนนั่นเอง¹⁴⁰ ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็มีที่มาจากจากการคัดเลือกตัวแทนของรัฐบาลแต่ละมลรัฐเข้าไปดำรงตำแหน่ง หากพิเคราะห์ดูที่มาของรัฐบาลของมลรัฐในแต่ละมลรัฐในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว เราก็จะพบว่ารัฐบาลของมลรัฐล้วนเป็นองค์กรของรัฐที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเนื่องจากมีที่มาจากจากการคัดเลือกโดยสภา

¹³⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 111

¹⁴⁰ จีราเกิตต์ แสงลี, ลักษณะพื้นฐานของการปกครองระบบรัฐสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระบบรัฐสภาในอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย, หน้า 104.

แห่งมลรัฐ โดยสภาแห่งมลรัฐมีที่มาของสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือ บางมลรัฐก็จะมีรัฐบาลของมลรัฐที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนเลย¹⁴¹ ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบประเทศที่มีวุฒิสภาซึ่งมีสมาชิกมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ไม่ว่าจะเป็นทั้งหมด เช่น วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา วุฒิสภาของญี่ปุ่น วุฒิสภาของออสเตรเลีย เป็นต้น หรือบางส่วน เช่น วุฒิสภาของสเปน วุฒิสภาของมาเลเซีย และวุฒิสภาของอิตาลี เป็นต้น ก็ย่อมพบว่าประเทศเหล่านี้ล้วนมีวุฒิสภาที่มีสมาชิกมาจากการมีส่วนร่วมในการคัดเลือกโดยตรงของประชาชนผ่านการเลือกตั้งที่ไม่มีองค์กรอื่นใดหรือบรรทัดฐานแห่งองค์กรอื่นใดมาคั่นกลางระหว่างองค์กรระดับสูงแห่งรัฐดังกล่าวกับเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจ อธิปไตยเช่นกัน สภาวะดังกล่าวทำให้องค์กรระดับสูงดังที่ยกตัวอย่างมาี้มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคลอย่างชัดเจนอันสะท้อนให้เห็นถึงสภาวะแห่งการจัดองค์กรของวุฒิสภาที่มีความสอดคล้องต่อหลักการปกครองในระบบผู้แทนโดยอาศัยหลักการเสียงข้างมากในการคัดเลือกผู้แทนของประชาชนผ่านการเลือกตั้งโดยทั่วไป นอกเหนือจากนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบถึงอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 กับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญของต่างประเทศดังที่ได้ยกมาเป็น ตัวอย่างข้างต้น ก็พบว่าวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นสภาลำดับที่สองที่มีอำนาจมากพอสมควร ในขณะที่วุฒิสภาดังกล่าวกลับมีที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งไม่ได้มาจากการคัดเลือกผ่านกลไกการเลือกตั้งทั่วไปโดยประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาถึงมิติของความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่สถาบันและภารกิจ ในกรณีของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 นี้เอง มักถูกอ้างว่ามีความสอดคล้องกับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่สถาบันและภารกิจซึ่งแสดงถึงความยึดโยงของอำนาจจัดตั้งตัวองค์กรที่มาจากรัฐธรรมนูญซึ่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวนั้นก็มิได้มาจากประชาชน เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายสูงสุดที่อยู่ในฐานะผลผลิตของการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามกระบวนการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งในส่วนของบทบัญญัติซึ่งเป็นบททั่วไปตามรัฐธรรมนูญและบทเฉพาะกาลที่ให้ที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภาซึ่งหมายถึงให้วุฒิสภา

¹⁴¹ Arthur B. Gunlicks, *The Länder and German federalism*, pp. 222-223.

มีส่วนร่วมในการเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีในระหว่าง 5 ปีแรกนับแต่วันที่มิรัฐสภาชุดแรกตามรัฐธรรมนูญ ข้อสังเกตที่ตามมาคือข้อเท็จจริงที่ปรากฏในมติของกฎหมายที่กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญถูกกำหนดขึ้นโดยมาตรา 39/1 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 แก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ซึ่งก็เป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มาจากการใช้อำนาจของสภานิติบัญญัติแห่งชาติซึ่งเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557¹⁴² ซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่มีการจัดตั้งองค์กรทางการเมืองระดับสูงแห่งรัฐและกำหนดสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของประชาชนอันมีคณะรักษาความสงบแห่งชาติเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่เกิน 220 คน ยังมีที่มาจากการคัดเลือกโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ¹⁴³ อันเป็นองค์กรที่ไม่มีมาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแต่อย่างใดไม่ว่าจะในแง่ของสถาบันและภารกิจหรือในแง่ขององค์กรและบุคคล นอกจากนี้ จากข้อเท็จจริงในช่วงเวลาก่อนมีการดำเนินการจัดทำประชามติในร่างรัฐธรรมนูญฉบับของกรรมาธิการร่างรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวมานี้ ก็ยังมีการบังคับใช้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 และตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2559 ซึ่งถูกใช้บังคับดำเนินคดีกับบุคคลผู้รณรงค์ให้ประชาชนออกเสียงประชามติให้เป็นไปในทางตรงกันข้ามกับการรับรองรัฐธรรมนูญอยู่น้อย¹⁴⁴ ด้วยเหตุดังกล่าวจึงนำมาซึ่งข้อสังเกตต่อการหยิบยกความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ถูกส่งผ่านจากการทำประชามติในร่างรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวในปี พ.ศ. 2559 นั้น มีน้ำหนักมากน้อยเพียงใด

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เราจะพบว่าวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ขาดไร้ซึ่งความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่ขององค์กรและบุคคล เนื่องจากการมีรูปแบบที่มาของสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน อีกทั้งรูปแบบของที่มาของสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าวที่ไม่มีความ

¹⁴² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 6

¹⁴³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 6

¹⁴⁴ โครงการอินเทอร์เน็ตกฎหมายเพื่อประชาชน, ตารางผู้ถูกดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับประชามติ 2559 [ออนไลน์], 1 กรกฎาคม 2565. แหล่งที่มา: https://freedom.ilaw.or.th/blog/referendum_charge

ยึดโยงกับประชาชนนี้ยังเป็นเหตุทำให้สถานะของอำนาจในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นอำนาจว่าด้วยการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐกรณีของวุฒิสภานั้นไม่เป็นไปตามหลักการปกครองในระบบผู้แทนเนื่องจากไม่ได้มีที่มาจากกรเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน โดยกลไกการเลือกตั้งดังกล่าวก็เป็นกลไกที่ชี้วัดถึงการตัดสินใจทางการเมืองของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยได้อย่างเป็นรูปธรรมที่สุดผ่านหลักเสียงข้างมากที่แสดงถึงเจตจำนงของประชาชนผู้มีสถานะเป็นเจ้าของอำนาจในทางการเมืองการปกครองสูงสุดในระบบการปกครองแห่งรัฐที่ถูกหลอมรวมกันมาจากการมีส่วนร่วมโดยตรงในการเลือกผู้แทนองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติของตน ด้วยความขัดแย้งระหว่างอำนาจในการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาต่อหลักการดังที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องของอำนาจในการจัดองค์กรระดับสูงของรัฐตามรัฐธรรมนูญในกรณีของการจัดตั้งวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ต่อหลักประชาธิปไตยซึ่งเป็นหลักการใหญ่ที่สำคัญในการประกันสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจสูงสุดแห่งรัฐของประชาชนในระบบการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่ดังปรากฏในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 3 บัญญัติว่า “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจผ่านรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญ” โดยเฉพาะเรื่องของการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจในทางนิติบัญญัติที่สำคัญและอำนาจอื่น ๆ ซึ่งถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญอีกมากมายอย่างวุฒิสภามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ควรจะมีการจัดองค์กรของตนที่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยมากที่สุดองค์กรหนึ่งเลยก็ว่าได้ แต่ในทางความเป็นจริงกลับกลายเป็นไปในทางตรงกันข้ามที่แทบจะหาความสัมพันธ์ที่สอดคล้องต้องกันระหว่างการจัดองค์กรของวุฒิสภาต่อหลักประชาธิปไตยไม่ได้เลย

6. บทส่งท้าย

หลักประชาธิปไตยเป็นหลักการที่สำคัญซึ่งเรียกร้องให้รัฐเสรีประชาธิปไตยสมัยใหม่จะต้องดำเนินการบังคับใช้ให้เกิดผลจริงเพื่อยืนยันสถานะความเป็นเจ้าของอำนาจรัฐอันสูงสุดแห่งระบอบการปกครองของประชาชน โดยเฉพาะในกรณีของการจัดโครงสร้างองค์กรแห่งรัฐระดับสูงตามรัฐธรรมนูญอย่างองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งอยู่ในสถานะสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญเพื่อบังคับให้เป็นไปตามเจตจำนงของประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตย

อย่างแท้จริง วุฒิสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่มีความสำคัญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ซึ่งมีอำนาจที่มากมายและกว้างขวางเสมือนเป็นองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ใช้อำนาจแทนเจตจำนงของประชาชนองค์กรหนึ่งจึงควรมีการจัดตั้งองค์กรของตนที่มีความสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย โดยการจัดองค์กรดังกล่าวของวุฒิสภาจะต้องมีความยึดโยงกับประชาชนอย่างแท้จริงผ่านการสถาปนาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยให้กับวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ด้วยวิธีการที่สมประสงค์แห่งเจตจำนงของการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยมากที่สุดนั่นก็คือ การสร้างที่มาของสมาชิกวุฒิสภาขึ้นมาใหม่ให้มีที่มาจากการใช้อำนาจคัดเลือกในกระบวนการเลือกตั้งทั่วไปของประชาชนเพื่อให้ประชาชนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยมีส่วนร่วมในการคัดเลือกที่มาของสมาชิกแห่งองค์กรที่ใช้อำนาจในทางนิติบัญญัติแทนตนได้อย่างมิได้มีข้อจำกัดเงื่อนไขที่ผูกอยู่กับต้นสังกัดวิชา สัมมาอาชีพ ซึ่งถูกกำหนดโดยรัฐและมีความซับซ้อนจนเกิดอุปสรรคต่อการใช้สิทธิในการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจอธิปไตยและอาจนำพาระบบการเมืองไทยเข้าสู่กับดักทางการเมืองอย่างอื่นที่ตอบสนองต่อการแสวงหาผลประโยชน์จากกระบวนการที่ไม่ได้ผ่านการตัดสินใจทางการเมืองของผู้ทรงอำนาจอธิปไตยจนยากที่จะเกิดการควบคุมและตรวจสอบโดยภาคประชาชนอย่างครอบคลุมและเป็นรูปธรรมได้

หากยังต้องการให้วุฒิสภามีความชอบธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นสภาลำดับที่สองซึ่งเป็นสภาที่เล็งที่มีอำนาจมากมายและกว้างขวางที่คอยเป็นที่เล็งที่แสนดีของสภาผู้แทนราษฎรที่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยซึ่งสูงที่สุดแห่งระบอบการปกครองแห่งรัฐเสรีประชาธิปไตยแล้ว วิธีการสร้างความชอบธรรมทางประชาธิปไตยในแง่องค์กรและบุคคล และสร้างความสอดคล้องต่อหลักการปกครองในระบบผู้แทนโดยคำนึงถึงหลักการเสียงข้างมากของประชาชนให้กับวุฒิสภาผ่านการปรับเปลี่ยนที่มาของสมาชิกให้มีความยึดโยงกับประชาชนจึงเป็นวิธีการที่มีความเหมาะสมที่สุดเนื่องจากวิธีการดังกล่าวสามารถสร้างฉันทมติแห่งสังคมการเมืองสมัยใหม่เพื่อสร้างความสอดคล้องระหว่างอำนาจแห่งการปกครองระดับสูงอย่างวุฒิสภาต่อหลักประชาธิปไตยอันเป็นหลักการซึ่งยืนยันทนสถานะของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยผ่านระบบการจัดองค์กรระดับสูงแห่งรัฐที่ใช้อำนาจแทนผู้ทรงอำนาจอธิปไตยและสร้างกระบวนการในการมีส่วนร่วมของผู้ทรงอำนาจอธิปไตยได้อย่างดีที่สุด

บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญธนาวิวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558).
- เจมส์ กอร์ดอน ฟินเลย์สัน, **ฮาเบอร์มาส: มนุษย์กับพื้นที่สาธารณะ**, แปลโดย วรารักษ์ เฉลิมพันธุ์ศักดิ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เงินมีมา, 2559).
- โครงการอินเทอร์เน็ตกฎหมายเพื่อประชาชน, **ตารางผู้ถูกดำเนินคดีที่เกี่ยวข้องกับประชามติ 2559** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://freedom.ilaw.or.th/blog/referendum_charge
- ไพโรจน์ ชัยนาม, **สถาบันการเมืองและรัฐธรรมนูญของต่างประเทศกับระบอบการปกครองของไทย**, (กรุงเทพมหานคร: คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2515).
- จีราภิตต์ แสงสี, **ลักษณะพื้นฐานของการปกครองระบอบรัฐสภา: ศึกษาเปรียบเทียบระบบรัฐสภาในอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน ญี่ปุ่น และไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2563).
- ธรารุณี สิริผดุงชัย, **ระบบสภาเดี่ยว : ทางเลือกของระบบรัฐสภาไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554).
- นอร์แบร์โต บ็อบบีโอ, **เสรีนิยมกับประชาธิปไตย**, แปลโดย เกษียร เตชะพีระ, (กรุงเทพมหานคร: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2558).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2561).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552).
- ปณิทัศน์ ปทุมวิวัฒน์, **ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับ “สภานามอังกฤษ”**, วารสารจุลนิติ, ปี 12 ฉบับที่ 3 (พฤษภาคม 2558).
- ปณิทัศน์ ปทุมวิวัฒน์, **วุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา**, วารสารจุลนิติ, ปี 12 ฉบับที่ 6 (พฤศจิกายน 2558).
- ประจักษ์ ก้องกีรติ, **ประชาธิปไตย : หลากความหมาย หลายรูปแบบ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานสัญญาธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2562).

- ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา**, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550).

- มานิตย์ จุมปา, **โครงการศึกษาวิเคราะห์ เรื่อง ที่มาและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาที่เหมาะสมกับประเทศไทย**, คณะกรรมการวิสามัญวิชาการ ตรวจสอบร่างรัฐธรรมนูญและร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพมหานคร: 2550).

- รชณัฐ มะโนแสน, **ที่มาและปัญหาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565).

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564).

- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, **ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561).

- วัชรพล โรจนวรวัฒน์, **รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2560).

- วิษณุ เครืองาม, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2530).

- ศักดา ศรีทิพย์, **บทบาท อำนาจหน้าที่ และที่มาของวุฒิสภาที่เหมาะสมกับประเทศไทย**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2558).

- ศุภชัย ศุภผล, **ปรัชญาการเมืองเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2561).

- สมยศ เชื้อไทย, **หลักนิติรัฐ ใน นิติรัฐ นิติธรรม**, บรรณาธิการโดย เอกบุญวงศ์สวัสดิ์กุล, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553).

- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **ระบบรัฐสภาแคนาดา**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักภาษาต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2555).

- สำนักภาษาต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, **ระบบรัฐสภาสาธารณรัฐอินโดนีเซีย**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2563).
- อเล็กซิส เดอ ท็อกเกอวิลล์, **ประชาธิปไตยในอเมริกา**, แปลโดย วิชาวรรณ ตวยานนท์, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2522).
- Adrian Vermeule, **Second Opinions and Institutional Design**, Virginia Law Review, Volume 97 Issue 6 (October 2011).
- Arthur B. Gunlicks, **The Länder and German federalism**, (Manchester: Manchester University Press, 2003).
- Duncan Black, **The Theory of Committees and Elections**, (Cambridge: Cambridge University Press, 1958).
- Eerik Lagerspetz, **Kelsen on Democracy and Majority Decision**, Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy, Volume 103 Issue 2 (January 2017).
- George Williams, Sean Brennan and Andrew Lynch, **Blackshield and Williams Australian Constitutional Law and Theory: commentary and materials**, (Alexandria: Federation Press, 2014).
- John Uhr, **The Australian Model Senate**, Canadian Parliamentary Review, Volume 32 Issue 1 (Spring 2009).
- Rob Fahey, **Japan Explained: The House of Councilors** [Online], Source: <https://www.tokyoreview.net/2019/07/japan-explained-house-of-councilors/>
- Robert Lamb, **The Liberal Cosmopolitanism of Thomas Paine**, The Journal of Politics, Volume 76 Issue 3 (July 2014).
- Senado de España, **Composition of the Senate** [Online], Source: <https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/composicionsenadoelecciones/index.html?lang=en>
- Senado de España, **Senate functions** [Online], Source: <https://www.senado.es/web/conocersenado/temasclave/funcionessenado/index.html>

- Senát PČR, **Information about the Senate of the Parliament of the Czech Republic** [Online], Source: https://www.senat.cz/informace/pro_verejnost/infocentrum/infocentrum_informace_o_senatu-eng.php

- Sénat, **The Belgian Senate** [Online], Source: http://www.senat.fr/senat_sдумonde/english/belgique.html

- Senato della Repubblica, **Election of the Senate** [Online], Source: <https://senato.it/en/parliamentary-business/election-senate/composition>

- Stefan Höfler, Markus Nussbaumer and Felix Uhlmann, **Legislation in Switzerland** [Online], Source: https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:12d94b0f-279d-4d68-a1ef-ef5260c2cffa/Legislation_in_Europe_Uhlmann_et.al.pdf

- The UK Parliament, **How members are appointed** [Online], Source: <https://www.parliament.uk/business/lords/whos-in-the-house-of-lords/members-and-their-roles/how-members-are-appointed/>

- Thomas C. Walker, **Two Faces of Liberalism: Kant, Paine**, International Studies Quarterly, Volume 52 Issue 3 (September 2008).

- Sénat, **Switzerland: Council of States** [Online], Source: <http://www.senat.fr/senatsдумonde/english/switzerlandenglish.html?fbclid=IwAR3YoqYZ7P SZg-c0ZWtAGnrhugDsDDmzzCSTsmMiRVrJyzn-FFPAPIq9SE>

- Roberta Damiani, **Reforming the Italian Senate** [Online], Source: <https://constitution-unit.com/2015/11/17/reforming-the-italian-senate/>

บทความวิจัย (Research Article)

การตีความเอกสาร*

Interpretation of Documents

อรุณี วสันตยานันท์**

นักศึกษาปริญญาโทสาขาวิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Arunee Wasantayanan

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

วันที่รับบทความ 6 สิงหาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 17 กันยายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 20 กันยายน 2565

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “การตีความเอกสาร” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ arunee.w01@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้เน้นศึกษาเรื่องการตีความเอกสารตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ภายใต้บทบัญญัติอันเกี่ยวกับการตีความการแสดงเจตนาในมาตรา 171 เพื่อพิจารณาแนวทางในการตีความนิติกรรมซึ่งมีเอกสารเป็นหลักฐาน ทั้งกรณีที่เจตนาอันแท้จริงของคู่กรณีไม่ต้องตรงกัน หรือไม่สามาค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำนิติกรรม และกรณีที่ข้อตกลงซึ่งปรากฏในเอกสารมีความชัดเจน หรือสามารถสื่อถึงเจตนาของผู้ทำนิติกรรมแล้ว รวมถึงกรณีที่ไม่มีปรากฏเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานแห่งการทำนิติกรรมด้วย นอกจากนี้จะได้ศึกษาประเด็นปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำหรือข้อความตามบทบัญญัติ เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายและแนวทางในการปรับใช้ตามคำพิพากษา และจะได้ศึกษาบทบัญญัติ หรือหลักกฎหมายที่มีความคล้ายคลึงกับหลักการตามบทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายแม่แบบ (Model Law) และกฎต้นแบบ (Model Rules) ได้แก่ กฎหมายการค้าแห่งยุโรป (Common European Sales Law) หรือประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ (Principles of International Commercial Contracts) หรือกฎต้นแบบว่าด้วยกฎหมายเอกชนของยุโรป (Draft Common Frame of Reference)

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตีความเอกสารตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย กรณีข้อความตามเอกสารขัดแย้งย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ อย่างไรก็ตามยังมีข้อถกเถียงในประเด็นดังกล่าวอยู่ ต่อมาในกรณีที่ข้อความตามเอกสารไม่ชัดเจน เนื่องจากเจตนาที่แท้จริงไม่ต้องตรงกันหรือไม่สามาค้นหาเจตนาที่แท้จริงได้ ต้องพิจารณาข้อความที่ปรากฏตามเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานแห่งการทำนิติกรรม เพื่อค้นหาเจตนาของผู้เข้าทำเอกสารตามมาตรา 171 โดยพึงเล็งถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร กรณีที่ไม่สามาค้นหาเจตนาที่แท้จริงหรือเจตนาร่วมกันได้ ย่อมนำมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 มาพิจารณาต่อไป ทั้งนี้ จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปรากฏแนวทางในการตีความ กรณีมีเอกสารเป็นหลักฐานในการทำนิติกรรม นอกเหนือจากการพิจารณาตามบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องแล้วยังปรากฏหลักการอื่น ๆ ที่ศาลนำมาวินิจฉัยด้วย ได้แก่ หลักการพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง และหลักการพิจารณาหรือตีความเอกสารในภาพรวม

ในส่วนของหลักการตีความสัญญาในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ แม้ไม่ปรากฏหลักการตีความเอกสารอย่างชัดเจน

เช่นเดียวกับกฎหมายไทย แต่จากการศึกษาพบว่า ในบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการตีความสัญญาต่างมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 เช่นเดียวกัน ซึ่งอาจจำแนกได้เป็น 4 หลักการ ได้แก่ หลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ (Terms to Be Given Effect) หลักตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ (Interpretation Against the Supplier of Term) หลักความแตกต่างของภาษา (Linguistic Discrepancies) และหลักอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น การระบุจำนวนเงินหรือปริมาณเป็นตัวเลขและตัวอักษร การพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง (Surrounding Circumstances) รวมถึงการพิจารณาหรือตีความเอกสารในภาพรวม (Interpretation as a Whole) เป็นต้น

โดยผู้เขียนได้เสนอแนวทางในการตีความเอกสารทั้งสิ้น 5 ประการ ซึ่งเป็นข้อเสนอในการใช้และตีความเอกสารตามบทบัญญัติในปัจจุบัน และเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศ และส่งเสริมแนวทางการตีความเอกสารให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: การตีความการแสดงเจตนา; การตีความเอกสารสัญญา

Abstract

This article aims to study the concept of interpretation of documents under Section 10-14 of the Civil and Commercial Code, which are provisions under the general provision of interpretation of declaration of intention, namely Section 171 to consider the guideline as to how to interpret a juristic act which has a document as a proof, altogether the cases where (i) the true intention of the parties differs from each other or cannot be sought and (ii) the terms appearing in the documents are clear and reflect the intention of the parties. It also studies the cases where there is no document as proof of a juristic act. Moreover, it studies the problems regarding the texts of the provisions in order to seek the spirit of the law and the application of the law by courts. Furthermore, it compares similar provisions in foreign legal systems, namely, English law, French law, as well as international laws, model laws, and model rules, namely, the Common European Sales Law, the Principles of International Commercial Contracts, and the Draft Common Frame of Reference.

It has been found from the study that, according to relevant provisions regarding the interpretation of documents under the Thai Civil and Commercial Code, it is unnecessary to interpret the document if the terms of the documents are clear, despite the fact that there are still ongoing debates regarding the foregoing issue. In the cases where the terms are unclear because the true intentions of the parties differ from each other or cannot be sought, it is necessary to consider the terms of the documents, which are evidence of the juristic act, to seek the intention of the parties by virtue of Section 171, which provides that the true intention is to be sought rather than the literal meaning of the words or expressions. However, if the true intent or mutual intent of the parties cannot be sought, Sections 10 to 14 will be taken into consideration. According to court's decisions, there is a guideline of interpretation from the judgement where juristic acts have document as a proof, Besides the

relevant provisions to consider, there are other principles that the court applies, namely, surrounding circumstances and interpretation as a whole.

In terms of the relevant principles regarding the interpretation of contracts in foreign laws, international laws, model laws and model rules, it has not yet been found explicit provisions dealing with the interpretation of documents, which is different from the case of Thai law. Nonetheless, it has been found from the study that the studied provisions of the interpretation of contract contain similar rules as Sections 10 to 14 of the Thai Civil and Commercial Code, which could be grouped into 4 categories, namely, (1) Terms to be given effect, (2) Interpretation against the supplier of term, (3) Linguistic discrepancies, and (4) Other relevant rules such as the amount of money is identified in figures or letters, considering surrounding circumstances, and interpreting the document as a whole.

The author has proposed 5 guidelines for the interpretation of documents, which are recommendations to apply and interpret existing provisions under Thai law and to make the concept of interpretation of documents clearer.

Keywords: Intention of Declaration of Interpretation; Interpretation of Contract Documents

1. บทนำ

เมื่อบุคคลหรือตัวแทนนิติบุคคลได้เข้าทำสัญญาแล้วยอมผูกพันตามสัญญาดังกล่าว หากปรากฏในภายหลังว่าสัญญาที่เกิดขึ้นไม่ชัดเจน มีช่องว่าง หรือเจตนาที่แสดงออกไม่ตรงกับความประสงค์ของคู่สัญญา ส่งผลให้ต้องมีการตีความสัญญาที่เกิดขึ้น ซึ่งการตีความสัญญาเมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะปรากฏบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 171 วางหลักการในการตีความการแสดงเจตนา โดยให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริง ยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร เพราะสัญญาเป็นนิติกรรม และนิติกรรมเป็นผลของการแสดงเจตนาที่มุ่งโดยตรงให้เกิดผลทางกฎหมาย เมื่อเจตนาของคู่สัญญาต้องตรงกันย่อมเกิดสัญญา แม้ปรากฏเอกสารหลักฐานใด แต่หากค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ ต้องบังคับไปตามเจตนา นั้น รวมถึงกรณีที่คู่สัญญาดกกลางกันให้แตกต่างกันไม่ชัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของกฎหมาย ตามมาตรา 151 อันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ย่อมใช้บังคับได้ตามหลักอิสระในทางแพ่ง และในมาตรา 368 กำหนดให้การตีความสัญญาต้องพิจารณาถึงหลักสุจริตและปกติประเพณีด้วย คือการพิจารณาว่า ในสถานการณ์เช่นนั้น วิทยุชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต และปฏิบัติตามปกติหรือปฏิบัติเป็นประจำพึงกระทำต่อกันอย่างไร โดยให้ถือว่าเป็นเจตนาของคู่สัญญา แม้คู่สัญญาจะมีได้ ประสงค์ตามเจตนาอันพึงคาดหมายนี้ก็ตาม

นอกจากแนวทางดังกล่าว ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี¹ ได้อธิบายถึงแนวทางในการตีความสัญญาไว้อีกลักษณะหนึ่ง คือ กรณีที่ไม่สามารถค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่สัญญา ตามมาตรา 171 และมีเอกสารระบุถึงข้อเท็จจริงใดที่คู่สัญญาดกกลางกันไว้ ย่อมใช้เป็นวัตถุแห่งการตีความได้ ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 คือ ข้อความในเอกสารอาจตีความได้สองนัย ให้ถือตามนัยที่จะมีผลบังคับได้² หรือกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไป

¹ ตามแนวทางในการตีความสัญญาของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี แม้ไม่มีการเขียนอธิบายไว้ในตำราโดยชัดเจน แต่คำอธิบายตามแนวทางดังกล่าวถูกอ้างอิงในตำราและวิทยานิพนธ์ เช่น กรศุทธิ์ ขอฟ่วงกลาง, **นิติกรรม สัญญา และคำมั่น**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 151-156; ภารวีร์ กษิตินนท์, **การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 44-57.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 10

ในทางเป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายผู้ต้องเสียในมูลหนี้³ หรือกรณีที่จำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสารแสดงเป็นตัวอักษรและตัวเลข หากไม่ตรงกันและไม่อาจทราบเจตนา ให้ถือตามจำนวนเงินหรือปริมาณที่เป็นตัวอักษร⁴ รวมถึงกรณีที่ระบุตัวอักษรและตัวเลขหลายแห่งไม่ตรงกัน ให้ถือตามจำนวนเงินหรือปริมาณที่น้อยที่สุด⁵ หรือกรณีที่ปรากฏเอกสารเรื่องเดียวกันมีหลายภาษาแตกต่างกัน และไม่อาจทราบเจตนาว่าจะบังคับไปตามภาษาใด ให้ถือตามภาษาไทย⁶

การตีความในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมีเอกสารซึ่งเป็นหลักฐานแห่งนิติกรรม และเป็นวัตถุแห่งการตีความ มีความน่าสนใจว่าเหตุใดนักกฎหมายหลายท่านจึงนิยามมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องของการตีความเอกสาร และคำว่า “เอกสาร” มีรูปแบบหรือลักษณะเช่นใด มีขั้นตอนหรือวิธีการตีความอย่างไร รวมถึงสามารถนำมาพิจารณากรณีที่ทำนิติกรรมด้วยวาจาได้หรือไม่

นอกจากนี้หากพิจารณาบทบัญญัติแต่ละมาตราจะพบประเด็นปัญหาที่เหมาะสมแก่การศึกษาและวิเคราะห์อย่างยิ่ง ยกตัวอย่างเช่น มาตรา 10 ข้อความว่า “ตีความได้สองนัย” หรือ “นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้” ถ้าสามารถตีความได้หลายนัยและบังคับได้ทั้งหมดควรพิจารณาอย่างไร รวมทั้งกรณีที่ในบทบัญญัติไม่ปรากฏข้อความว่า “และมีอาจหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริง...” เช่นเดียวกับมาตรา 11 การวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามมาตราดังกล่าว จำต้องตีความเพื่อค้นหาเจตนาแท้จริงด้วยหรือไม่

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 1684 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่องการตีความพินัยกรรม ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ พินัยกรรมถือเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว มีความแตกต่างจากสัญญาที่เป็นนิติกรรมหลายฝ่าย จึงเหมาะแก่การพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ และการปรับใช้มาตราดังกล่าวเช่นกัน

ในมาตรา 11 บัญญัติว่ากรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้³ คำว่า “ผู้ต้องเสียในมูลหนี้” พิจารณาอย่างไร หากเป็นนิติกรรม

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 11

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 12

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 13

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 14

หรือสัญญาที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายต่างก็มีความรับผิดชอบต่อกันแล้ว คู่กรณีฝ่ายใดที่ควรจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามบทบัญญัตินี้ รวมถึงกรณีใดบ้างที่ถือว่ามีข้อสงสัยเกิดขึ้น นอกจากนี้ในมาตราดังกล่าวไม่ปรากฏคำว่า “เอกสาร” ในบทบัญญัติ จำต้องวินิจฉัยเฉพาะกรณีที่มีเอกสารเป็นหลักฐานแห่งการทำนิติกรรมเท่านั้นหรือไม่

หรือตามมาตรา 14 ที่กำหนดให้ในกรณีที่เอกสารทำขึ้นเป็นหลายภาษา หลายฉบับ โดยมีภาษาไทยด้วย หากข้อความแตกต่างหรือขัดแย้งกันให้ถือตามภาษาไทย กรณีไม่ปรากฏภาษาไทยจะพิจารณาเช่นไร

นอกจากนี้จะได้ศึกษาบทบัญญัติดังกล่าว เทียบเคียงกับบทบัญญัติ หรือหลักการตีความสัญญาในกฎหมายอังกฤษ และกฎหมายฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เนื่องจากไม่มีข้อความคิดเรื่องนิติกรรม รวมถึงกฎหมายการค้าแห่งยุโรป (Common European Sales Law) ประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ (Principles of International Commercial Contracts) และกฎต้นแบบว่าด้วยกฎหมายเอกชนของยุโรป (Draft Common Frame of Reference) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบตามลำดับ ที่มีหลักการคล้ายคลึงกับบทบัญญัติในเรื่องการตีความเอกสาร เพื่อค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ความคิดเห็นของนักนิติศาสตร์ รวมถึงแนวทางในการวินิจฉัยของศาล สำหรับวิเคราะห์และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น

2. การตีความเอกสารในกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า การตีความเอกสาร ไม่จำกัดเพียงเอกสารซึ่งปรากฏข้อความบนแผ่นกระดาษเท่านั้น ยังหมายรวมถึงวัสดุ หรือวัตถุอื่นใดที่ปรากฏข้อความ ถ้อยคำ หรือสามารถแสดงออกซึ่งเจตนาของผู้กระทำได้อาทิ การสลักข้อความลงบนแผ่นหิน แผ่นไม้ ฝืนผ้า เป็นต้น พิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1 (7) ความว่า “เอกสาร” หมายถึง กระดาษ หรือวัตถุอื่นใด ซึ่งได้ทำให้ปรากฏความหมาย ด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น จะเป็นโดยวิธีพิมพ์ ถ่ายภาพ หรือวิธีอื่นอันเป็นหลักฐานแห่งความหมายนั้น หรือความหมาย

ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 “เอกสาร” หมายความว่า หนังสือที่เป็นหลักฐาน⁷

เมื่อพิจารณาความหมายของ “เอกสาร” ตามพจนานุกรมแล้ว ข้อความว่าหนังสือที่เป็นหลักฐาน ย่อมปรากฏข้อสงสัยว่า “หนังสือ” ตามความหมายนี้คืออะไร และแตกต่างจากคำว่า “เอกสาร” อย่างไร โดยคำว่า “หนังสือ” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายความว่า (1) เครื่องหมายใช้ขีดเขียนแทนเสียง หรือคำพูด เช่น อ่านหนังสือ เขียนหนังสือ ลายลักษณ์อักษร เช่น ขอให้เขียนเป็นหนังสือไว้ด้วย จดหมายที่มีไปมา เช่น หนังสือราชการ เอกสาร บทประพันธ์ เป็นต้น และ (2) ข้อความที่พิมพ์ หรือเขียนแล้วรวมเป็นเล่ม⁸ จึงอาจสรุปได้ว่า หนังสือที่เป็นหลักฐาน หมายถึง การทำเครื่องหมายใช้ขีดเขียนแทนเสียง หรือคำพูด หรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร รวมถึงจดหมายที่มีไปมาซึ่งใช้เป็นหลักฐาน ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นต้น ต่างบัญญัติไว้ทั้งคำว่า “เอกสาร” และ “หนังสือ”

ในประเด็นนี้ผู้เขียนมีข้อคิดเห็นว่า “เอกสาร” และ “หนังสือ” มีความหมายแตกต่างกัน โดย “หนังสือ” ในความหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ศึกษา คือ การทำให้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นหลักฐาน เช่น ตามมาตรา 525 บัญญัติว่า การให้ทรัพย์สินซึ่งถ้าจะซื้อขายกันจะต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ท่านว่าย่อมสมบูรณ์เมื่อได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ในกรณีเช่นนี้ การให้ยอมเป็นอันสมบูรณ์โดยมิพักต้องส่งมอบ จากมาตราดังกล่าวการทำเป็นหนังสือย่อมหมายถึง การให้ทรัพย์สินประเภทนี้ ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย เมื่อแล้วเสร็จการทำนิติกรรมนี้จึงมีเอกสารเป็นหลักฐาน ส่งผลให้การดำเนินการสมบูรณ์มีผลบังคับได้

ต่างกับคำว่า “เอกสาร” ซึ่งหมายถึง กระดาษหรือวัตถุอื่นใด ที่ปรากฏความหมายด้วยตัวอักษร ตัวเลข ผัง หรือแผนแบบอย่างอื่น ไม่ว่าจะโดยวิธีใด เช่น ตามมาตรา 340 วรรคสอง

⁷ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 [ออนไลน์], 20 มิถุนายน 2565. แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/>

⁸ เรื่องเดียวกัน

บัญญัติว่า ถ้าหนังสือเป็นหลักฐาน การปลดหนี้ก็ต้องทำเป็นหนังสือด้วย หรือต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้นเสีย ตามมาตรานี้หากการก่อกหนี้ใด ๆ ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ กรณีปลดหนี้ย่อมต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยเช่นกัน เมื่อมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรแล้ว ย่อมถือได้ว่าการก่อกหนี้หรือการปลดหนี้ดังกล่าว ปรากฏเอกสารเป็นหลักฐาน ด้วยเหตุนี้ย่อมต้องเวนคืนเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ให้แก่ลูกหนี้ หรือขีดฆ่าเอกสารนั้น เมื่อมีการปลดหนี้ด้วยเช่นกัน

ตามตัวอย่างที่ผู้เขียนได้อธิบายไว้ข้างต้น แม้คำว่า “เอกสาร” และ “หนังสือ” จะมีความหมายที่แตกต่างเล็กน้อย อย่างไรก็ตามการมีหลักฐานซึ่งทำเป็นหนังสือ ย่อมส่งผลให้เกิดเป็นเอกสารขึ้น ด้วยเหตุนี้ความหมายของการตีความ “เอกสาร” ย่อมหมายรวมถึง การตีความในกรณีมีหลักฐานเป็นหนังสือ หรือมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรเช่นเดียวกัน

2.1 เหตุแห่งการตีความเอกสาร

เมื่อปรากฏว่าข้อความในเอกสารไม่ชัดเจน คือ กรณีที่คู่สัญญาหรือผู้ทำนิติกรรมอาจไม่ได้พิจารณาความหมายของถ้อยคำ หรือสำนวนอย่างรัดกุมและชัดเจน ทำให้เกิดความสับสนและเข้าใจความหมายคลาดเคลื่อน ซึ่งพิจารณาได้ใน 2 ลักษณะ คือ ลักษณะที่อาจตีความได้หลากหลายความหมาย⁹ เช่น มีทั้งความหมายปกติและความหมายพิเศษ¹⁰ กรณีที่ข้อความอาจตีความได้มากกว่าหนึ่งนัย¹¹ หรือกรณีการอธิบายคำจำกัดความ เช่น คำจำกัดความสกุลเงินดิจิทัล MTF อาจหมายถึงสกุลเงิน Milktea.finance หรือ MetaFootball¹² และอีกลักษณะหนึ่งคือความหมายไม่ชัดเจน¹³ เช่น คำว่า “เงิน” อาจหมายถึง เหรียญกษาปณ์และธนบัตร หรือโลหะ (Silver) เป็นต้น หรือเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งนิติกรรมมีช่องว่าง คือกรณีข้อความซึ่งปรากฏตามเอกสาร อาจระบุเพียงสาระสำคัญไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดปลีกย่อย หรือเป็นกรณีที่

⁹ Elias E. Savollos, Galvin and Richard F., Reasoning and the law : the elements, (Belmont, Calif.: Wadsaorth, 2001), p. 4.

¹⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1724/2513

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 679/2547

¹² ตัวอย่างของอาจารย์นทกร โรจน์อุ่นวงศ์ จากการบรรยายวิชา น.471 การปฏิบัติงานทางกฎหมาย 1 วันที่ 4 เมษายน 2565 หัวข้อการร่างสัญญา

¹³ Elias E. Savollos, Galvin and Richard F., Reasoning and the law : the elements, p. 4.

คู่สัญญาไม่อาจคาดหมายได้ จึงไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ในประเด็นนั้น¹⁴ รวมถึงเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งนิติกรรมไม่ตรงกับความจริงของคู่กรณี คือ กรณีที่เจตนาในการทำนิติกรรมของคู่กรณีต้องตรงกัน แต่สิ่งที่แสดงออกอาจไม่ตรงกับความจริงที่แท้จริง ซึ่งอาจเกิดความผิดพลาดระหว่างทำสัญญา¹⁵ ส่งผลให้ต้องตีความเอกสารเพื่อค้นหาเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาหรือผู้ทำนิติกรรม¹⁶

2.2 ขั้นตอนในการตีความเอกสาร

2.2.1 การตีความเอกสารเพื่อบังคับตามเจตนาที่แท้จริง

ตามมาตรา 171 บัญญัติถึงหลักในการตีความการแสดงเจตนา โดยให้ฟังเสียงถึงเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายไม่เพียงให้ความสำคัญกับถ้อยคำตามตัวอักษร หรือเจตนาที่แสดงออกเท่านั้น แต่ให้ความสำคัญกับเจตนาอันแท้จริงด้วย จึงเป็นการตีความตามปกติ เพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง (Natural or Normal Interpretation)¹⁷ โดยศาลมีแนวโน้มจะตีความการแสดงเจตนา เฉพาะในกรณีที่นิติกรรมนั้นมีข้อความไม่ชัดเจน¹⁸ หรือมีข้อความขัดแย้งกัน หรืออาจแปลความหมายได้เป็นหลายนัยเท่านั้น¹⁹ ทั้งนี้ มีการให้ความเห็นว่าข้อความที่ปรากฏในเอกสารนั้นอาจจะมีความชัดเจนในแง่ลายลักษณ์อักษร แต่ไม่ต้องห้ามการตีความการแสดงเจตนาอย่างเด็ดขาด ซึ่งมักเกิดขึ้น

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4082-4083/2545

¹⁵ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, นิติกรรม สัญญา และคำมั่น, หน้า 149.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1302/2497

¹⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การตีความการแสดงเจตนา, (กรุงเทพมหานคร: เอกสารประกอบการศึกษา วิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา วิชา น.101, 2562), หน้า 33.

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3325/2548

¹⁹ ประกอบ หุตะสิงห์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517), หน้า 67; ธานินทร์ ภัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523), หน้า 525.

ในกรณีการลงตัวเลขในสัญญา²⁰ เช่น ตกลงกู้ยืมเงินสามหมื่นบาท แต่ในสัญญาลงตัวเลขเป็นเงิน 3,000 บาท²¹ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังสามารถพิจารณาได้ว่าจะตีความเพื่อบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริง ซึ่งอยู่ในรูปแบบใด ได้แก่ 1) **กรณีบังคับตามเจตนาภายใน (เจตนาเชิงอัตวิสัย)** เมื่อเจตนาที่แท้จริงซึ่งเป็นเจตนาภายในหรือเจตนาเชิงอัตวิสัย ไม่ต้องตรงกับเจตนาที่แสดงออก ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริงหรือเจตนาเชิงอัตวิสัย แม้เจตนา นั้นจะขัดต่อปกติประเพณีทางการค้า ความประสงค์ในทางสุจริต กฎหมายที่มีใช้กฎหมายอันเกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามมาตรา 151 และหากนิติกรรมนั้นไม่ตกเป็นโมฆะ ตามมาตรา 150 หรือแม้กระทั่งขัดแย้งกับข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรตามเอกสาร ก็ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริงนั้น²² 2) **กรณีบังคับตามเจตนาภายนอก (เจตนาเชิงภาวะวิสัย)** หากเจตนาที่แท้จริงซึ่งเป็นเจตนาภายใน ต้องตรงกับเจตนาภายนอก ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แสดงออก แต่หากปรากฏว่าข้อความในเอกสารที่เป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาในเชิงภาวะวิสัย ไม่ต้องตรงกันหรือขัดแย้งกัน และพิจารณาข้อความแล้วอาจยังทราบเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาได้ ย่อมบังคับไปตามเจตนาแท้จริง ซึ่งเป็นเจตนาในเชิงภาวะวิสัยได้เช่นกัน²³ ยกตัวอย่างเช่น สัญญาส่งมอบสินค้ากำหนดระยะเวลาดำเนินการไว้ 2 แห่ง แห่งแรกระบุระยะเวลา 8 วัน (เจ็ดวัน) แห่งที่สองระบุระยะเวลาดำเนินการ 8 วัน (สิบวัน) แม้ตัวเลขและตัวอักษรที่ระบุจำนวนวันไม่ต้องตรงกัน แต่อาจยังทราบเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาได้จากตัวเลขที่ตรงกันทั้งสองแห่ง ย่อมบังคับไปตามเจตนาในเชิงภาวะวิสัยได้ นอกจากนี้หากเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว คือ การทำพินัยกรรม จะต้องค้นหาและถือตามเจตนาที่แท้จริงเช่นเดียวกัน²⁴ เพราะเกิดจากการแสดงเจตนาเข้าทำพินัยกรรมด้วย

²⁰ เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, **หลักการตีความสัญญา**, นิตยสารบทบัณฑิตย, เล่มที่ 72 ตอนที่ 2 (มิถุนายน 2559), หน้า 62.

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1229/2501

²² เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม **หลักการตีความสัญญา**, หน้า 62.

²³ ตัวอย่างของอาจารย์นทกร โรจน์อุ้นวงศ์ จากการบรรยายวิชา น.471 การปฏิบัติงานทางกฎหมาย 1 วันที่ 4 เมษายน 2565 หัวข้อการร่างสัญญา

²⁴ ภิรมย์พร สุดใจ, **การตีความพินัยกรรม**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 116.

2.2.2 การตีความเอกสารกรณีไม่อาจบังคับตามเจตนาที่แท้จริง

เมื่อไม่สามารถค้นหาเจตนาอันแท้จริงของคู่กรณี หรือเจตนาแท้จริงระหว่างคู่กรณีขัดแย้งหรือไม่ต้องตรงกัน เมื่อนิติกรรมนั้นได้ทำขึ้นเป็นเอกสารหรือเป็นลายลักษณ์อักษร ย่อมใช้เป็นวัตถุแห่งการตีความได้ พิจารณาตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 และตามแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะได้อธิบายในหัวข้อต่อไป

2.3 วิธีการตีความเอกสาร

2.3.1 การตีความให้นิติกรรมมีผล (มาตรา 10)

มาตรา 10 บัญญัติว่า “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้สองนัย นัยไหนจะทำให้เป็นผลบังคับได้ ให้ถือเอาตามนัยนั้นดีกว่าที่จะถือเอาที่ไร้ผล”

จากบทบัญญัติหากในเอกสารปรากฏข้อความที่อาจตีความได้เป็นสองนัย กล่าวคือ เมื่อแปลความทางหนึ่งส่งผลให้ข้อความในเอกสารมีผลบังคับได้ตามกฎหมาย²⁵ แต่หากแปลอีกทางหนึ่งย่อมไร้ผล²⁶ หรือเมื่อศาลได้ตีความลงไปแล้ว คงได้ความหมายเป็นสองนัย หรือกว่านั้นขึ้นไป²⁷ เช่นนี้ย่อมหมายรวมถึงกรณีที่ข้อความในเอกสารสามารถตีความได้มากกว่าสองนัย ซึ่งแต่ละนัยส่งผลให้นิติกรรมนั้นเกิดผลหรือไร้ผล²⁸ ทั้งนี้ ต้องมีเพียงนัยเดียวที่มีผลบังคับได้ เพราะกฎหมายสันนิษฐานว่า ผู้ทำเอกสารย่อมเจตนาจะให้ข้อตกลง หรือข้อความนั้นใช้บังคับได้²⁹ แต่หากข้อความในเอกสารแสดงเจตนาชัดเจนไม่อาจเข้าใจเป็นอย่างอื่นได้ ไม่จำเป็นต้องตีความ ป้องกันการอ้างมาตรานี้เพื่อเปลี่ยนแปลงเจตนาของผู้ทำเอกสาร หรือ

²⁵ บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, (พระนคร: สำนักพิมพ์ไทยพิทยา, 2447-8), หน้า 56-57; ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554), หน้า 357.

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2003/2536 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 980/2466

²⁷ ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, (พระนคร: สำนักพิมพ์นิติสาส์น, 2471), หน้า 68.

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2003/2536

²⁹ ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, หน้า 68.

กล่าวได้ว่าการนำมาตรา 10 มาใช้ อยู่ภายใต้มาตรา 171³⁰ โดยถือเจตนาที่แท้จริงเป็นใหญ่เช่นกัน³¹ เว้นแต่กรณีที่ข้อความหรือถ้อยคำไม่สามารถเข้าใจได้ เนื่องจากเขียนผิดพลาด ซึ่งศาลพิจารณาเจตนาของผู้เขียนแล้วอาจแปลแก้ไขให้ถูกต้องได้³² และไม่จำเป็นต้องพิจารณาเพียงข้อความ หรือ ถ้อยคำจากเอกสารเพียงฉบับเดียว หากเอกสารหลักฐานนั้นมีความเกี่ยวเนื่องกัน ส่งผลให้อาจตีความได้สองนัยหรือกว่านั้นว่าจะบังคับตามฉบับใด³³ รวมถึงกรณีปรากฏเอกสารหลายฉบับที่เป็นสัญญาประจักษ์และสัญญาอุปรกรณ์ อาจตีความได้เป็นสองนัยต้องพิจารณาสัญญาทั้งหมด³⁴ หรือเมื่อตีความแล้ว พบว่าผู้ทำเอกสารเจตนาให้ข้อตกลงใด ๆ สามารถแบ่งแยกต่างหากออกจากข้อตกลงอื่นได้ ย่อมนำมาตรา 10 มาใช้พิจารณาได้เช่นเดียวกัน³⁵ สุดท้ายแล้วถ้าข้อความในเอกสารนั้นไม่ชัดเจน เช่น ใช้เครื่องหมายและสัญลักษณ์ หรือเว้นช่องว่างในข้อความ เป็นต้น ซึ่งทำให้ไม่อาจเข้าใจความหมาย และแปลความเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งมิได้ ย่อมไม่นำมาตรา 10 มาพิจารณา³⁶

นอกจากหลักการพิจารณามาตรา 10 ที่ได้อธิบายข้างต้น ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องการตีความพินัยกรรมไว้ในมาตรา 1684 ซึ่งการค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมอาจเป็นไปได้ยากกว่า เนื่องด้วยผู้ทำล่วงลับไปแล้ว ประกอบกับการทำพินัยกรรมนั้นเป็นนิติกรรมซึ่งต้องกระทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด และเอกสารฉบับหนึ่งอาจเป็นพินัยกรรมได้ แม้ไม่ได้ระบุว่าพินัยกรรมก็ตาม เช่นนี้ส่งผลให้การตีความพินัยกรรมไม่เพียงตีความแบบเอกสารทั่วไปเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เฉพาะ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ในเรื่องพินัยกรรมด้วย

³⁰ บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 57; ประสิทธิ์ ไชวโณกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 359.

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6509/2545

³² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 253/2467

³³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 169/2538

³⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1519/2517

³⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1887/2541

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 869/2497 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 771/2494

หากข้อความตามพินัยกรรมมีความชัดเจนและแจ่มชัดถึงเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมแล้ว ย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ³⁷ เนื่องจากการตีความพินัยกรรมย่อมเกิดขึ้นเมื่อพินัยกรรมมีข้อความไม่ชัดเจน คลุมเครือ ขัดแย้งกัน หรือมีความหมายหลายนัย³⁸ ในมาตรา 1684 วางหลักว่า หากข้อความในพินัยกรรมอาจตีความได้เป็นหลายนัย ให้ตีความไปตามนัยที่พินัยกรรมนั้นจะส่งผลตามเจตนาของผู้กระทำที่สุด หรือให้พิเคราะห์ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมยิ่งกว่าถ้อยคำ หรือข้อความที่ปรากฏในเอกสาร และดำเนินการไปตามนั้น³⁹

เมื่อพิจารณาจากหมายเหตุในการร่างมาตรานี้ ระบุว่าเนื่องจากอาจมีข้อความในพินัยกรรมซึ่งตีความไปได้สามนัย ตัวอย่างเช่น นัยหนึ่งพินัยกรรมไม่มีผล อีกสองนัยนั้นพินัยกรรมมีผลแต่ผลต่างกัน ข้อความที่ไร้ผลนั้นใช้ไม่ได้ตามมาตรา 10 แต่บทบัญญัตินี้เสนอมาเพื่อเป็นทางเลือกกระหว่างข้อความทั้งสองที่มีผล⁴⁰ หากพินัยกรรมตีความได้เป็นสองนัยหรือหลายนัย และต่างมีผลบังคับได้ให้นำมาตรานี้มาพิจารณา

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายจะมุ่งคุ้มครองเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ยังคงมีกรณีที่ศาลวินิจฉัยแล้วทราบเจตนาที่แท้จริง แต่ไม่สามารถบังคับตามนัยที่จะให้พินัยกรรมนั้นมีผลได้เช่นกัน⁴¹ นอกจากนี้ในการพิจารณาว่าอย่างไรจึงถือว่าตรงตามเจตนาหรือใกล้เคียงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมที่สุด สามารถทำได้โดยพิจารณาข้อความจากพินัยกรรมทั้งฉบับ หากมีหลายฉบับต้องพิจารณาทุกฉบับร่วมกัน และต้องพิจารณาเป็นกรณีไป โดยยึดถือเหตุผลที่พิเคราะห์ได้จากข้อความในพินัยกรรมเป็นสำคัญ หรือเหตุผลแวดล้อมอื่น ๆ⁴² และในกรณีที่พินัยกรรมมีข้อความเคลือบคลุม หรือเป็นที่สงสัยจนไม่อาจค้นหาเจตนาอันแท้จริง ย่อมนำสืบพยานบุคคลตามมาตรา 94 วรรคสอง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้⁴³

³⁷ ชนกฤต วรณัชชากุล และคณะ, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับอ้างอิง บรรพ 1 หลักทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 56.

³⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 855/2492 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 260/2499

³⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12972/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 941/2561

⁴⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ตอน 1, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป.), หน้า 79.

⁴¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7249/2553

⁴² ชานินทร์ กรัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, การตีความกฎหมาย, หน้า 593.

⁴³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1586/2492

2.3.2 การตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ (มาตรา 11)

มาตรา 11 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้” เมื่อรับฟังพยานหลักฐานประกอบแล้ว ตามมาตรา 94 วรรคท้าย ยังคงมีข้อความคลุมเครือ เช่น ตีความได้หลายนัย เป็นต้น⁴⁴ ไม่สามารถค้นหาเจตนาแท้จริงของผู้ทำเอกสาร ศาลจึงไม่อาจตีความบังคับตามเจตนาภายใต้มาตรา 10 ได้ จึงต้องพิจารณาตีความเอกสารไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ โดยการนำบทบัญญัติในมาตรา 11 มาพิจารณา จึงสามารถสรุปเป็นหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

กรณีที่มีข้อสงสัยตามมาตรา 11 ต้องปรากฏว่าเมื่อได้พิเคราะห์ถึงเหตุผลและพฤติการณ์ต่าง ๆ รวมถึงข้อความตามเอกสารแล้วยังคงมีข้อสงสัยอยู่เท่านั้น⁴⁵ และให้ตีความข้อตกลงเป็นโทษแก่ฝ่ายเรียกร้องในมูลหนี้และเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติในมูลหนี้⁴⁶ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเป็นการตีความไปในทางที่จะให้ความรับผิดชอบน้อย⁴⁷ หรือตีความโดยพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะต้องเสียในมูลหนี้ นั่น กล่าวคือ ผู้ที่ต้องรับผิด หรือผู้ที่จะต้องเสีย หรือขาดประโยชน์ในสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด⁴⁸ เช่น ลูกหนี้หรือผู้ต้องรับผิดตามสัญญา เป็นต้น⁴⁹ นอกจากนี้หากการตีความเอกสารหลักฐานเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี ตามมาตรา 10 สามารถเกิดผลบังคับได้ทั้งสองนัยหรือมากกว่า ย่อมต้องพิจารณาต่อไปว่าการตีความไปในทางใด

⁴⁴ กัญญ์กัญญา ใจการวงศ์สกุล, *กฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป (Civil Law : General Principles)*, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 210.

⁴⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1470/2492

⁴⁶ ดารารพร ธีระวัฒน์, *กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538), หน้า 71.

⁴⁷ บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240*, หน้า 59.

⁴⁸ ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14*, หน้า 362; ธนภฤต วรณัชชากุล และคณะ, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับอ้างอิง บรรพ 1 หลักทั่วไป*, หน้า 56.

⁴⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1887/2541 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 975/2543 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5151/2543

จะเป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายซึ่งจะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ ไม่ว่าจะ เป็นมูลหนี้ตามสัญญา บันทึกข้อตกลง หรือเอกสารอื่นใด⁵⁰ และกรณีไม่มีข้อสงสัยในเอกสารหรือสัญญาดังกล่าว หรือปรากฏเจตนาของผู้กระทำอย่างชัดเจนแล้ว ย่อมไม่นำมาตรา 11 มาพิจารณา เพื่อป้องกันการแปลงเจตนาหรือความมุ่งหมายของผู้ทำเอกสาร⁵¹ เช่นเดียวกับมาตราอื่น ๆ

ทั้งนี้ไม่เพียงแต่สัญญาซึ่งเป็นความรับผิดชอบฝ่ายเดียวเท่านั้น ในสัญญาต่างตอบแทนหรือสัญญาซึ่งทั้งสองฝ่ายต่างมีความรับผิดชอบต่อกัน ย่อมต้องพิจารณาว่าฝ่ายใดเป็นผู้ต้องเสียหรือต้องรับผิดชอบด้วย เช่น ในสัญญาซื้อขายทรัพย์ ซึ่งปรากฏข้อสัญญาเกี่ยวกับการใช้ราคา กำหนดเวลาใช้ราคา ฝ่ายผู้ซื้อย่อมเป็นผู้เสียหรือผู้ต้องรับผิดชอบ หากมีข้อสงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อ ส่วนข้อสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์ และการส่งมอบทรัพย์ที่ขาย ฝ่ายผู้ขายย่อมเป็นผู้ต้องเสียหรือรับผิดชอบ ดังนี้ หากมีข้อสงสัยต้องตีความให้เป็นประโยชน์แก่ผู้ขายเช่นกัน⁵²

2.3.3 กรณีที่จำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสารแสดงไว้ทั้งตัวอักษรและตัวเลข (มาตรา 12)

มาตรา 12 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสาร แสดงไว้ทั้งตัวอักษรและตัวเลข ถ้าตัวอักษรกับตัวเลขไม่ตรงกัน และมีอาจยังทราบเจตนาอันแท้จริงได้ ให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณที่เป็นตัวอักษรเป็นประมาณ”

คำว่า “จำนวนเงิน” ได้แก่ เงินตราที่ชำระหนี้ได้ตามกฎหมายทุกสกุลเงิน ผู้เขียนมีข้อคิดเห็นว่าในปัจจุบันอาจหมายรวมถึง สกุลเงินดิจิทัล (Cryptocurrency) ที่กฎหมายให้การรับรองด้วย เช่น Bitcoin Cash (BCH) หรือ Ethereum (ETH) เป็นต้น และ “ปริมาณ” หมายถึง สิ่งของหรือวัตถุใด ๆ ที่อาจชั่งตวงวัดได้⁵³ ทั้งนี้ ต้องเป็นกรณีที่จำนวนเงินหรือปริมาณที่เขียนไว้เป็นตัวอักษร แตกต่างจากที่เขียนไว้เป็นตัวเลขในเอกสารฉบับเดียวกัน และไม่อาจทราบเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำเอกสาร ว่าต้องการถือตามตัวอักษรหรือตัวเลข⁵⁴

⁵⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2391/2529 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1477/2521

⁵¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1233/2554 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 800/2529

⁵² บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 61.

⁵³ ประสิทธิ์ ไชววิไลกุล, กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4-14, หน้า 369.

⁵⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1505/2516

หากข้อความได้แสดงชัดถึงเจตนาแท้จริงย่อมบังคับไปตามนั้น มาตรานี้จึงถือเป็นข้อสันนิษฐานของกฎหมาย⁵⁵ กรณีที่มีพฤติการณ์อันจะทราบได้ถึงเจตนาแท้จริงย่อมไม่อาจนำมาใช้บังคับได้⁵⁶ อย่างไรก็ตามแม้บทบัญญัติลักษณะนี้ในกฎหมายต่างประเทศมักพบในเรื่องตัวเงินก็ตามแต่มาตรานี้สามารถบังคับใช้กับเอกสารประเภทอื่น ๆ ได้ เช่น สัญญา ข้อบันทึกความเข้าใจร่วมกัน ตัวสัญญาใช้เงิน ตัวแลกเงิน ใบสั่งสินค้า หรือจดหมาย เป็นต้น โดยให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณที่เป็นตัวอักษร ซึ่งคาดว่ากรณีที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้ อาจเกิดจากการเขียนจำนวนด้วยตัวเลข มีโอกาสผิดพลาดมากกว่าเขียนเป็นตัวอักษร⁵⁷ ที่ต้องมีความรอบคอบยิ่งกว่า⁵⁸

2.3.4 กรณีจำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสารแสดงไว้เป็นตัวอักษรหรือเป็นตัวเลขหลายแห่ง (มาตรา 13)

มาตรา 13 บัญญัติว่า “ถ้าจำนวนเงินหรือปริมาณในเอกสาร แสดงไว้เป็นตัวอักษรหลายแห่ง หรือเป็นตัวเลขหลายแห่ง แต่ที่แสดงไว้หลายแห่งนั้นไม่ตรงกัน และมีอาจหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริงได้ ให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณน้อยที่สุดเป็นประมาณ”

กรณีที่ตัวเลขหรือตัวอักษรซึ่งแสดงจำนวนเงินหรือปริมาณไม่ตรงกัน ต้องเป็นตัวเลขกับตัวเลข หรือตัวอักษรกับตัวอักษรที่ระบุหลายแห่งไม่ตรงกันเท่านั้น หากเป็นกรณีตัวเลขกับตัวอักษรไม่ตรงกัน ย่อมนำมาตรา 12 มาวินิจฉัย และต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจทราบเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำเอกสาร หากมีพฤติการณ์อันจะทราบได้ถึงเจตนาที่แท้จริงผู้ทำเอกสารแล้ว ย่อมบังคับไปตามเจตนา นั้น โดยให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณที่ระบุเป็นตัวอักษรหลายแห่งหรือตัวเลขหลายแห่งที่น้อยที่สุดเท่านั้น⁵⁹

⁵⁵ ไชยยศ เหมะรัชตะ, **หลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561), หน้า 80.

⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 333/2551 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1879/2542

⁵⁷ บุญช่วย วนิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240**, หน้า 62.

⁵⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5827/2538 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 266/2539

⁵⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13730/2557

2.3.5 กรณีที่เอกสารทำขึ้นไว้หลายภาษา (มาตรา 14)

มาตรา 14 บัญญัติว่า “ในกรณีที่เอกสารทำขึ้นไว้หลายภาษา ไม่ว่าจะ เป็นฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับก็ตามโดยมีภาษาไทยด้วย ถ้าข้อความในหลายภาษานั้นแตกต่างกัน และมีอาจยังทราบเจตนาของคู่กรณีได้ว่าจะใช้ภาษาใดบังคับให้ถือตามภาษาไทย”

เอกสารที่ได้ทำขึ้นหลายภาษาต้องทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศ และปรากฏภาษาไทยด้วย รวมถึงต้องเป็นเอกสารในเรื่องเดียวกัน ซึ่งทำขึ้นฉบับเดียวหรือหลายฉบับ⁶⁰ และมีความหมายที่แตกต่าง หรือขัดแย้งกัน ให้ถือตามข้อความภาษาไทย ทั้งนี้ เอกสารดังกล่าว ต้องเป็นต้นฉบับเหมือนกัน หากต้นฉบับเป็นภาษาต่างประเทศ แต่ปรากฏต้นร่างหรือคำแปลเป็นภาษาไทย ย่อมไม่นำมาพิจารณา ให้วินิจฉัยไปตามภาษาอันเป็นต้นฉบับ⁶¹

หากเอกสารเป็นภาษาต่างประเทศทั้งหมดและมีข้อความแตกต่างกัน อาจนำหลักการอื่น เช่น มาตรา 10 กรณีตีความได้เป็นสองนัย หรือมาตรา 11 กรณีมีข้อสงสัยมาวินิจฉัยแทน แต่อย่างไรก็ตามในการตีความเอกสารซึ่งถือเป็นฉบับที่ใช้บังคับเป็นหลักแล้ว กรณีมีข้อสงสัยศาลอาจดูข้อความในฉบับอื่นประกอบการตีความได้ ซึ่งการนำมาตรา 14 มาพิจารณา ต้องไม่อาจค้นหาเจตนาที่แท้จริงว่าจะใช้ภาษาใดเป็นหลัก⁶² เช่นเดียวกับมาตราอื่น ๆ⁶³ หากยังทราบถึงเจตนาอันแท้จริงของผู้ทำเอกสารได้ ย่อมบังคับไปตามเจตนา⁶⁴

โดยสรุปแล้วจากการพิจารณาหลักการตีความเอกสารตามกฎหมายไทย ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อคู่กรณีได้เข้าทำนิติกรรมใด ๆ หากปรากฏว่าข้อความในเอกสารอันเป็นหลักฐานไม่ชัดเจน มีช่องว่าง หรือมีความชัดเจนแต่ไม่ต้องตรงกับเจตนาที่แท้จริง จำต้องตีความเอกสารดังกล่าวเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริง ตามมาตรา 171 เป็นอันดับแรก และบังคับไปตามเจตนา⁶⁵ กรณีไม่อาจทราบถึงเจตนาที่แท้จริง จึงตีความเอกสารตามหลักเกณฑ์และวิธีการในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ต่อไป และต้องพิจารณาหลักการซึ่งแม้ไม่ได้บัญญัติไว้

⁶⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 475/2485

⁶¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1663-1664/2529

⁶² บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 66-67.

⁶³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1254/2546

⁶⁴ ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, หน้า 77-78.

โดยชัดเจน แต่ศาลได้นำมาปรับใช้ในการพิจารณาด้วย เช่น การพิจารณาหรือตีความเอกสารในภาพรวม⁶⁵ เป็นต้น

3. การตีความเอกสารในกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ

ในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ แม้จะไม่มีข้อความคิดว่าด้วยนิติกรรม มีเพียงเรื่องสัญญาเท่านั้น แต่พบว่ามีหลักการตีความสัญญาอันเกี่ยวข้องด้วยการตีความเอกสารที่มีคล้ายคลึงกับหลักการตีความเอกสารตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ซึ่งเหมาะจะศึกษาเปรียบเทียบเพื่อทำความเข้าใจหลักการและเหตุผล รวมทั้งแนวทางในการปรับใช้บทบัญญัติ ดังนี้

3.1 กฎหมายอังกฤษ

เดิมศาลไม่ตีความเพื่อคาดหมายเจตนาแท้จริงเพียงตีความตามตัวอักษร⁶⁶ หรือเน้นการตีความเชิงภาวะวิสัย (Objective Interpretation) ในภายหลังมีการพัฒนาแนวทางการตีความเพื่อค้นหาเจตนาอันแท้จริง โดยพิจารณาจากข้อความที่ปรากฏในเอกสาร รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องควบคู่กัน⁶⁷ เช่น ความเป็นมาในการเข้าทำสัญญา พฤติการณ์ภายหลังทำสัญญา ความรู้ หรือหากปรากฏเอกสารหลายฉบับต้องพิจารณาทุกฉบับ เป็นต้น

รวมทั้งนำหลักกฎที่แท้จริง (True Rule) คือข้อสัญญาอาจตีความได้สองนัยหรือมากกว่า ศาลย่อมพิจารณาถึงความเป็นมา รวมถึงพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้อง⁶⁸ หรือหลักการตีความให้มีผลบังคับ (Principle of Effectiveness) ในกรณีที่ข้อความที่ปรากฏทางหนึ่งตีความให้สัญญามีผล และอีกหนึ่งทำให้สัญญาสิ้นผล ศาลควรพิจารณาถึงความมีผลของ

⁶⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3386/2562 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7123/2561

⁶⁶ *Codelfa Construction Pty. Ltd. v. State Rail Authority of New South Wales* [1982] 149 CLR 337 at 347, *McCutcheon v. David Macbrayne Ltd* [1964] 1 W.L.R. 125, *British Movietone News, Ltd. v. London and District Cinemas, Ltd.* [1952] A.C. 166, *Pioneer Shipping Ltd v B.T.P. Tioxide Ltd. (The Nema)* [1982] A.C. 724 at 752

⁶⁷ *Prenn v Simmonds* [1971] 1 W.L.R. 1381 at 1,383-1,384, *Investors Compensation Scheme Ltd v West Bromwich Building Society* [1997] UKHL 28

⁶⁸ *Codelfa Construction Pty. Ltd. v. State Rail Authority of New South Wales* [1982] 149 CLR 337 at 352

สัญญา⁶⁹ และหลัก Contra Proferentem ในการตีความข้อสัญญาเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่คู่สัญญาที่กล่าวอ้างข้อสัญญาน้อยที่สุดมาใช้พิจารณาด้วย⁷⁰ นอกจากนี้หลักการดังกล่าวได้นำมาใช้ในการตีความพินัยกรรมเช่นเดียวกัน

3.2 กฎหมายฝรั่งเศส

พิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. 2016 มาตรา 1188 ให้ตีความเพื่อค้นหาเจตนาร่วมของคู่สัญญา ยิ่งกว่าถ้อยคำหรือตัวอักษรที่ปรากฏ หรือเน้นการตีความในเชิงอัตวิสัย (Subjective Interpretation) หากไม่สามารถค้นหาเจตนาของคู่สัญญาให้ตีความตามที่วิญญูชนหรือบุคคลที่มีเหตุผลพึงเข้าใจได้ในพฤติการณ์เช่นนั้น กรณีข้อตกลงแสดงถึงเจตนาโดยชัดแจ้งปราศจากข้อสงสัย ไม่จำเป็นต้องตีความตามมาตรา 1192 เพื่อป้องกันการบิดเบือน ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงการพิจารณาเอกสารในภาพรวมตามมาตรา 1189 กรณีที่ข้อสัญญาหลายข้อหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกันไม่ชัดเจนหรือคลุมเครือด้วย

หากตีความแล้วปรากฏว่าเจตนาร่วมขัดแย้ง ไม่ชัดเจน หรือไม่ต้องตรงกัน ย่อมนำมาตรา 1191 หลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ ซึ่งบัญญัติให้กรณีที่สัญญาตีความได้สองนัย ควรถือตามนัยที่จะมีผลกว่านัยที่ไร้ผล เนื่องจากมาตรานี้ย่อมเป็นผลสืบเนื่องจากมาตรา 1188 จากการสันนิษฐานว่าเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาย่อมต้องการให้สัญญามีผลใช้บังคับได้⁷¹ และมาตรา 1190 หลักการตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ ซึ่งนำมาพิจารณาในกรณีที่สัญญาอาจตีความได้หลายนัย โดยตีความเป็นโทษแก่เจ้าหนี้และเป็นคุณแก่ลูกหนี้ หากเป็นสัญญาตามแบบมาตรฐานให้ตีความเป็นโทษแก่ผู้เสนอมาพิจารณาต่อไป ซึ่งบทบัญญัติในเรื่องการตีความสัญญานี้นำมาใช้ในการตีความพินัยกรรมด้วย

3.3 กฎหมายการค้าแห่งยุโรป (Common European Sales Law)⁷²

จุดประสงค์ของการร่างกฎหมายฉบับนี้ เพื่อใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาของกลุ่มประเทศในสหภาพยุโรปเท่านั้น⁷³ อย่างไรก็ตามในปี ค.ศ. 2019 ที่ประชุมประธานาธิบดี

⁶⁹ Langston v Langston [1834] Cl. and Fin. 194, Hillas (WN) Co. v. Arcos [1932] UKHL 2, (1932) 147 LT 503 (HL) at 515

⁷⁰ Houghton v Trafalgar Insurance Co. Ltd [1954] 1 QB 247

⁷¹ Ahmet Cemil Yildirim, *Interpretation of Contracts in comparative and Uniform Law*, (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019), p. 36.

⁷² ต่อไปนี้ขอเรียกกฎหมายการค้าแห่งยุโรป (Common European Sales Law) ว่า “CESL”

(The Conference of Presidents) วินิจฉัยให้ถอนร่างกฎหมายการค้าแห่งยุโรป (Common European Sales Law) อย่างเป็นทางการ⁷⁴ แต่กฎหมายดังกล่าวยังคงมีความน่าสนใจและสามารถศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดและลักษณะการบังคับใช้ได้

มาตรา 58 กำหนดให้ตีความสัญญาไปตามเจตนาร่วมกันของผู้สัญญา แม้ว่าจะแตกต่างจากพฤติการณ์ที่แสดงออกก็ตาม ควบคู่ไปกับการพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ในมาตรา 59 ที่วางหลักให้การตีความสัญญาต้องคำนึงถึงพฤติการณ์แวดล้อม ได้แก่ (1) การเจรจาในเบื้องต้น (2) การดำเนินการของผู้สัญญาแม้ภายหลังการสิ้นสุดของสัญญาแล้ว (3) การตีความที่ผู้สัญญาได้ให้ความหมายที่เหมือนหรือคล้ายกับที่เคยใช้ (4) ปกติประเพณีที่ใช้ในสถานการณ์นั้น ๆ (5) แนวปฏิบัติที่ผู้สัญญาได้กำหนดขึ้นระหว่างกัน (6) ความหมายทั่วไปที่ใช้ในกิจกรรมที่เกี่ยวข้อง (7) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา (8) หลักสุจริตและข้อตกลงที่ยุติธรรมแล้ว ทั้งนี้ ต้องพิจารณาเอกสารในภาพรวมตามมาตรา 60 ที่กำหนดให้ตีความสัญญาทั้งฉบับด้วยเช่นกัน

เมื่อปรากฏว่าข้อความตามเอกสารสามารถตีความได้หลายนัย ตามมาตรา 63 วางหลักว่า ควรตีความให้สัญญามีผลมากกว่าไร้ผล หากตีความข้อสัญญาได้สองความหมาย และความหมายหนึ่งส่งผลให้ข้อตกลงไร้ผล เนื่องจากพันวิสัย ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่เป็นเหตุเป็นผล อีกนัยหนึ่งย่อมเหนือกว่า รวมถึงกรณีที่มีการตีความเป็นไปได้สองความหมายหรือหลายความหมาย โดยหนึ่งในความหมายนั้นจะทำให้สัญญามีผลมากกว่าความหมายอื่น ๆ อย่างมีนัยสำคัญด้วย หรือกรณีที่มีความกำกวมหรือมีข้อสงสัยในความหมายของข้อตกลงตามสัญญา ย่อมตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ ตามมาตรา 64 ที่กำหนดว่าเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภค กรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อสัญญา ระหว่างผู้ขายและผู้บริโภค ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณต่อผู้บริโภค เว้นแต่มีการกำหนดเงื่อนไขในสัญญาโดยผู้บริโภคเอง และในมาตรา 65 ซึ่งบังคับใช้ในสัญญาทุกประเภทที่ไม่อยู่ภายใต้มาตรา 64 คือใช้สำหรับสัญญาทั้งหมดที่ไม่ใช่สัญญาผู้บริโภค หรือใช้สำหรับสัญญาระหว่างผู้ขาย หรือสัญญาที่ผู้บริโภค

⁷³ C.H. Beck Hart Nomos, **Common European Sales Law (CESL): Commentary**, Reiner Schulze ed. (München: Hart Publishing, 2012), pp. 1-8.

⁷⁴ Luigi BERLINGUER and Klaus-Heiner LEHNE, COMMON EUROPEAN SALES LAW (CESL) [Online], 9 March 2021. Source: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law/>

กำหนดเงื่อนไขซึ่งถูกยกเว้นโดยมาตรา 64 จึงสามารถตกลงให้ขัดหรือแย้งกับประโยชน์ของผู้บริโภคได้แล้วแต่กรณี รวมถึงกรณีที่ภาษาซึ่งปรากฏในเอกสารแตกต่างกัน ตามมาตรา 61 วางหลักว่า หากปรากฏสัญญาในเรื่องเดียวกันเป็นสองภาษาหรือมากกว่า โดยไม่มีการกำหนดฉบับซึ่งเป็นมาตรฐานเชื่อถือได้ กรณีข้อความในแต่ละฉบับขัดหรือแย้งกัน ให้ถือตามฉบับซึ่งถูกร่างเป็นฉบับแรก

3.4 ประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ (Principles of International Commercial Contracts)⁷⁵

เป็นการพัฒนากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ เพื่อสร้างหลักพื้นฐานสำหรับสัญญาทางพาณิชย์ ให้มีความทันสมัยและเป็นไปในแนวทางเดียวกัน

เมื่อพิจารณามาตรา 4.1 เรื่องการตีความการแสดงเจตนา ซึ่งมุ่งเน้นให้ตีความตามถ้อยคำและการกระทำของคู่สัญญา พร้อมทั้งพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อมตามมาตรา 4.3 อันได้แก่ (1) การเจรจาเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญา (2) การปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา (3) การดำเนินการของคู่สัญญาภายหลังการทำสัญญา (4) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา (5) ความหมายโดยทั่วไปของคำศัพท์และสำนวนทางการค้าที่เกี่ยวข้อง (6) ปกติประเพณีทางการค้า รวมถึงการพิจารณาเอกสารในภาพรวมตามมาตรา 4.4 ซึ่งให้ตีความโดยพิจารณาข้อความในสัญญาทั้งฉบับ เว้นแต่กรณีที่ผู้ทำสัญญาแสดงเจตนาแจ้งชัดให้ตีความแยกส่วนต่างหาก และปรากฏว่าไม่สามารถค้นหาเจตนาอันแท้จริง หรือเจตนาขัดแย้งหรือไม่ต้องตรงกัน

กรณีดังกล่าวย่อมนำมาตรา 4.5 หลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ ซึ่งวางหลักว่าสัญญาควรตีความให้มีผลมากกว่าคิดกันให้ไร้ผล มาตรา 4.6 หลักการตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ หากข้อกำหนดในสัญญาที่สร้างขึ้นโดยฝ่ายใดไม่ชัดเจน ย่อมตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ฝ่ายนั้น เนื่องจากคู่สัญญาย่อมต้องปฏิบัติตามสัญญาซึ่งตนเป็นผู้ร่างหรือเป็นไปตามความต้องการของตน กรณีตกลงตามข้อสัญญาที่กำหนดโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมเป็นการยอมรับความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นจากการขาดความชัดเจนของสัญญาที่ได้ตกลง ด้วยเหตุนี้ เมื่อข้อสัญญาใดไม่ชัดเจนจึงควรตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ที่ได้รับประโยชน์มากกว่า และมาตรา 4.7 เรื่องความแตกต่างของภาษาที่ปรากฏในสัญญา ส่งผลให้

⁷⁵ ต่อไปนี้ชื่อเรียกประมวลว่าด้วยหลักเกี่ยวกับสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศ (Principles of International Commercial Contracts) ว่า “PICC”

แปลความหมายได้แตกต่างกันในบางประเด็น หากสัญญาได้ร่างขึ้นเป็นสองภาษาหรือมากกว่า และทุกฉบับเชื่อถือได้ทั้งสิ้น ย่อมให้ความสำคัญกับการตีความตามร่างเดิมของสัญญา หรือตามสัญญาฉบับแรกสุด เว้นแต่คู่สัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น ระบุให้ฉบับที่ร่างโดยภาษาใด ภาษาหนึ่งมีค่าบังคับมากกว่าอีกฉบับหนึ่ง เป็นต้น

3.5 กฎต้นแบบว่าด้วยกฎหมายเอกชนของยุโรป (Draft Common Frame of Reference)⁷⁶

เป็นการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับกฎหมายสัญญาร่วมกันของกลุ่มประเทศในยุโรป โดยกลุ่มศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งยุโรป (The study group on a European Civil Code) และกลุ่มวิจัยกฎหมายเอกชนในประชาคมยุโรป (Acquis Group) ซึ่งสามารถนำไปปรับใช้ในสัญญาทุกประเภท

เมื่อตีความเพื่อค้นหาเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาตามมาตรา 8:101 ที่ให้ตีความตามเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา แม้แตกต่างจากข้อความในสัญญาก็ตาม โดยพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องในมาตรา 8:102 ได้แก่ (1) การเจรจาเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญา (2) การดำเนินการของคู่สัญญาภายหลังเข้าทำสัญญา (3) แนวปฏิบัติระหว่างคู่สัญญา (4) ความหมายโดยทั่วไปของคำศัพท์และสำนวนที่เกี่ยวข้อง (5) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา (6) ปกติประเพณี (7) หลักสุจริตและข้อตกลงที่เป็นธรรมและตรวจสอบเอกสารในภาพรวมตามมาตรา 8:105 แล้ว

ปรากฏว่าเจตนาไม่ต้องตรงกัน จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 8:106 เรื่องการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ วางหลักว่าการตีความสัญญาให้มีผลทางกฎหมายย่อมดีกว่าตีความให้ไร้ผล หากความข้อใดคลุมเครือ นัยหนึ่งสามารถตีความไปในลักษณะที่จะทำให้สัญญาสิ้นผล ส่วนอีกนัยหนึ่งจะทำให้สัญญามีผล การตีความให้สัญญามีผลย่อมเหนือกว่า หรือมาตรา 8:103 วางหลักการตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่ต้องเสียในมูลหนี้ จำแนกเป็นกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อสัญญาซึ่งไม่ได้ตกลงหรือเจรจาไว้ให้ตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ที่เสนอ และกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อความตามสัญญา ซึ่งถูกกำหนดขึ้นโดยฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่า ให้ตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ที่เสนอ โดย

⁷⁶ ต่อไปนี้ขอเรียกกฎต้นแบบว่าด้วยกฎหมายเอกชนของยุโรป (Draft Common Frame of Reference) ว่า “DCFR”

จำกัดให้ใช้มาตรานี้เฉพาะกรณีที่มีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อตกลงหรือถ้อยคำตามสัญญาเท่านั้น⁷⁷ รวมถึงมาตรา 8:107 เรื่องความแตกต่างของภาษาในเอกสาร หากปรากฏสัญญาในเรื่องเดียวกันเป็นสองภาษาหรือมากกว่า โดยไม่มีการกำหนดฉบับซึ่งเป็นมาตรฐานเชื่อถือได้ กรณีข้อความในแต่ละฉบับขัดหรือแย้งกัน ให้ตีความตามฉบับซึ่งถูกร่างเป็นฉบับแรก

กล่าวได้ว่าเรื่องการตีความสัญญาในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ ต่างให้ความสำคัญกับการค้นหาเจตนา อย่างไรก็ตามหากไม่สามารถทราบถึงเจตนาที่แท้จริงหรือเจตนาพร้อมกันได้ จึงนำหลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ หลักตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ หลักความแตกต่างของภาษา และหลักอื่น ๆ ตามบทบัญญัติมาพิจารณาต่อไป

4. บทวิเคราะห์เปรียบเทียบว่าด้วยการตีความเอกสาร

จากการศึกษาแนวความคิด บทบัญญัติ และการวินิจฉัยข้อเท็จจริงอันเกี่ยวกับการตีความเอกสารในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบแล้ว แม้ส่วนใหญ่เป็นการบัญญัติถึงการตีความสัญญา หรือการตีความนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น พันัยกรรม เป็นต้น ไม่ปรากฏหลักการตีความเอกสารเช่นเดียวกับกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่อาจกล่าวได้ว่าต่างมุ่งเน้นการค้นหาเจตนาที่แท้จริง เพื่อให้สัญญาหรือนิติกรรมนั้นมีผลใช้บังคับได้ ซึ่งวัตถุประสงค์การตีความโดยส่วนใหญ่เป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อตกลงที่ปรากฏหลักฐานเป็นเอกสาร เช่น หนังสือสัญญา ทะเบียนสมรส พันัยกรรม ประกาศ เป็นต้น และใช้การพิจารณาเอกสารซึ่งอาจมีข้อความไม่ชัดเจน มีหลายความหมาย ไม่ได้ตกลงหรือระบุข้อความในเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ เพื่อคาดหมายถึงเจตนาของผู้ทำเอกสาร

“เอกสาร” ในความหมายนี้ ไม่จำกัดเพียงข้อความหรือถ้อยคำที่ปรากฏในแผ่นกระดาษ หรือในเอกสารที่เป็นไฟล์อิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น แต่หมายรวมถึงการตีความในกรณีที่มีหลักฐาน

⁷⁷ Christian von Bar and Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, (New York: Oxford University Press, 2010). pp. 565-566.

เป็นลายลักษณ์อักษรด้วย นอกจากนี้ในบทบัญญัติมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ได้บัญญัติคำว่า “เอกสาร” ไว้อย่างชัดเจน แม้ในมาตรา 11 จะไม่ปรากฏข้อความดังกล่าว แต่จากการศึกษาแล้ว มีแนวโน้มจะนำมาวินิจฉัยเฉพาะกรณีที่ปรากฏเอกสารเป็นหลักฐานเท่านั้น⁷⁸

อย่างไรก็ตาม “การตีความเอกสาร” นี้ ไม่จำกัดเพียงการตีความตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 เท่านั้น หากสามารถคาดหมาย หรือค้นหาเจตนาที่แท้จริงได้จากการตีความการแสดงเจตนา ในมาตรา 171 ที่ให้พ่งเล็งถึงเจตนาที่แท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร ย่อมบังคับไปตามนั้น ด้วยเหตุนี้การตีความในกรณีที่มีเอกสารเป็นหลักฐานในการทำนิติกรรม จึงไม่เพียงพิจารณาข้อเท็จจริงประกอบกับบทบัญญัติในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 เท่านั้น ต้องค้นหาถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณีตามมาตรา 171 จากข้อความที่ปรากฏในเอกสาร รวมถึงพฤติการณ์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นลำดับแรกเสมอ เช่น การเจรจาตกลงก่อนเข้าทำนิติกรรม หรือพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติต่อกัน เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าเรื่องการตีความเอกสาร จำต้องพิจารณาเป็นสองบริบทตามลำดับ คือ การตีความเอกสารตามมาตรา 171 และการตีความเอกสารตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14

ทั้งนี้ หลักกฎหมายหรือบทบัญญัติ รวมถึงแนวทางที่ศาลนำมาวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละประเทศ หรือในกฎ หลักเกณฑ์ หรือหลักการแต่ละฉบับ ต่างมีหลักซึ่งคล้ายคลึงและแตกต่างกัน ในบางประเด็น สามารถจำแนกเป็นหัวข้อต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางสำหรับการวิเคราะห์ และแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในเรื่องการตีความเอกสารตามกฎหมายไทย ดังนี้

4.1 การตีความในกรณีที่ข้อความตามเอกสารชัดเจน

ในกรณีที่ข้อความซึ่งปรากฏตามเอกสารอันเป็นวัตถุแห่งการตีความ แสดงชัดถึงเจตนาของคู่กรณี เมื่อพิจารณาแล้วไม่เกิดข้อสงสัยใด ๆ ย่อมมีผลบังคับไปตามเจตนา นั้น ไม่จำเป็นต้องตีความแต่อย่างใด เพื่อป้องกันการบิดเบือน ตามสุภาษิตว่า “*In claris non fit interpretario*”⁷⁹ เมื่อถ้อยคำมีความชัดเจนย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1192 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เช่นเดียวกับในกฎหมายอังกฤษ ตามหลัก “กฎที่แท้จริง” คือ เมื่อข้อความชัดเจนแล้วย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ ตามข้อคิดเห็นของ Lord Wilberforce ในคดี *Prenn v*

⁷⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1077-1079/2515 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2762/2549

⁷⁹ อรุณ ภาณุพงศ์, *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปีศาสตราจารย์สัญญาธรรมศักดิ์*, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534), หน้า 209.

*Simmonds*⁸⁰ หรือในมาตรา 4.1 (PICC) ซึ่งบัญญัติให้การตีความสัญญาให้ตีความตามเจตนาร่วมของคู่สัญญา หรือพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา 4.2 (PICC) เรื่องการตีความนิติกรรมฝ่ายเดียวแล้ว ยังไม่ทราบถึงเจตนาของคู่สัญญา จึงอาจตีความได้ว่ากรณีที่ข้อความขัดแย้งและแสดงชัดซึ่งเจตนาแล้วไม่จำเป็นต้องตีความ โดยในมาตรา 58 (CESL) และมาตรา 8:101 (DCFR) ปรากฏบทบัญญัติในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน คือกรณีที่ข้อความไม่ชัดเจน ขัดหรือแย้งกัน หรือมีข้อสงสัย จำต้องตีความเพื่อค้นหาเจตนาของคู่สัญญา เนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการค้า จึงควรยึดเจตนาที่ปรากฏตามเอกสารเป็นสำคัญ ป้องกันความยุ่งยากและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้น

แม้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่สามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาของศาล เช่น หนังสือสัญญาเช่าที่ดินระบุกำหนดเวลาเช่าไว้แน่นอน 1 ปี ย่อมไม่อาจตีความว่าโจทก์และจำเลยมีเจตนาอันแท้จริงที่จะต่ออายุสัญญาเช่ากันทุก ๆ ปี⁸¹ กรณีที่ข้อความในสัญญาขัดแย้งแล้ว ย่อมไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตีความการแสดงเจตนาหรือนำสืบพยานบุคคลว่าคู่สัญญามีเจตนาแท้จริงยิ่งกว่าข้อความในสัญญาหรือไม่ เพื่อป้องกันการตีความเจตนาให้แตกต่างจากเจตนาที่ปรากฏในเอกสาร

ทั้งนี้นักกฎหมายบางท่าน⁸² มีความเห็นว่า แม้ข้อความตามเอกสารจะมีความชัดเจนในแง่ลายลักษณ์อักษร แต่ไม่ต้องห้ามการตีความการแสดงเจตนาอย่างเด็ดขาด เช่น กรณีการลงตัวเลขในสัญญา เป็นต้น เนื่องจากการพิจารณาข้อความหรือถ้อยคำใดว่ามีความชัดเจนหรือไม่ ย่อมเป็นขั้นตอนของการตีความเช่นกัน⁸³

อย่างไรก็ตามในกรณีที่ข้อความตามเอกสารชัดเจน ไม่เคลือบคลุม หรือไม่อาจตีความได้หลายนัย ในบางกรณีอาจไม่ได้แสดงชัดถึงเจตนาหรือความประสงค์ของผู้ทำเอกสาร เนื่องจากเจตนาที่แสดงออกมาโดยการทำเป็นเอกสารไม่ต้องตรงกับเจตนาที่แท้จริง การกล่าวว่

⁸⁰ *Prenn v Simmonds* ([1971] 1 W.L.R. 1381 at 1,383-1,384)

⁸¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2210/2526

⁸² ประกอบ หุตะสิงห์, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา*, หน้า 67; ธานินทร์ กรีวิเชียร และวิชา มหาคุณ, *การตีความกฎหมาย*, หน้า 525; ศนันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธ์, *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564), หน้า 109-110.

⁸³ อรุณ ภาณุพงศ์, *รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปีศาสตราจารย์สัญญาธรรมศักดิ์*, หน้า 209.

หากข้อความขัดแย้งย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ ผู้เขียนมีข้อเห็นแย้ง ซึ่งเป็นไปตามข้อคิดเห็นของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง⁸⁴ และรองศาสตราจารย์ ดร.กิตติศักดิ์ ปรกติ⁸⁵ ที่ให้พิเคราะห์ว่าการแสดงเจตนาของทั้งสองฝ่ายเสนอสนองต้องตรงกันหรือมีเจตนาเข้าผูกพันหรือไม่ ด้วยเหตุที่แม้เป็นเจตนาที่แสดงออกอย่างแนบเนียนชัดเจน แต่อาจแตกต่างจากเจตนาที่แท้จริงได้ หากพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แวดล้อมอย่างถี่ถ้วนแล้ว ผู้แสดงเจตนามีเจตนาที่แท้จริงต่างจากเจตนาที่แสดงออก เช่นนี้ย่อมถือตามเจตนาที่แท้จริงเป็นหลัก⁸⁶ โดยกรณีดังกล่าวกฎหมายได้บัญญัติรับรองให้มีผล หากตีความแล้วเจตนาที่แท้จริงแตกต่างจากเจตนาที่แสดงออก ได้แก่ เรื่องเจตนาซ่อนเร้น มาตรา 154 การแสดงเจตนาหลงและนิติกรรมอำพราง มาตรา 155 และเรื่องสำคัญผิด มาตรา 156 มาตรา 157

ในส่วนของการตีความกรณีนี้ข้อความตามเอกสารชัดเจน ประเภทนิติกรรมฝ่ายเดียวในเรื่องพินัยกรรม ตามมาตรา 1646 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ วางหลักว่าเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ย่อมแสดงออกโดยการกระทำสิ่งกำหนดการเพื่อตาย ตามแบบที่กฎหมายกำหนด โดยให้มีผลบังคับเมื่อผู้ทำพินัยกรรมถึงแก่ความตายนั้น กรณีที่ข้อความหรือถ้อยคำตามพินัยกรรมมีข้อสงสัย อาจตีความได้หลายนัย ส่งผลให้ไม่อาจทราบเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม ต้องตีความพินัยกรรมนั้นเพื่อถือตามนัยที่จะเกิดผลตามเจตนาของผู้ทำพินัยกรรมมากที่สุด อย่างไรก็ตามแม้ข้อความตามพินัยกรรมจะมีความชัดเจน ไม่ปรากฏข้อสงสัย หรือไม่อาจตีความได้หลายนัย ก็จำเป็นต้องตีความเสมอ เพื่อให้ทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรม เพราะพินัยกรรมย่อมมีผลต่อเมื่อผู้แสดงเจตนาถึงแก่ความตายแล้วเท่านั้น ตัวอย่างเช่น นาย ก. มีบุตร 1 คน คือ นาย ข. ต่อมาได้ทำพินัยกรรมแสดงเจตนายกทรัพย์สินทั้งหมดของตนให้แก่บุตรแต่เพียงผู้เดียว เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่านาย ก. ได้แจ้งให้ญาติพี่น้องและคนรู้จักทราบว่านาย ข. ประพฤติเนรคุณ ไม่ดูแลในยามเจ็บไข้ จึงประกาศว่าตนไม่นับว่านาย ข. เป็นบุตร และปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่านาย ก. ได้เรียกขานนาย ค. ซึ่งเป็นบุตรของน้องชายนาย ก. ว่าลูก เนื่องจากดูแลและช่วยเหลือนาย ก. เป็นอย่างดีตลอดมา เช่นนี้เมื่อพิจารณาข้อความตามพินัยกรรม ย่อมเข้าใจได้ว่านาย ก. ยกทรัพย์สินทั้งหมดของตนให้นาย ข. แต่เมื่อตีความ

⁸⁴ กรศุทธิ์ ขอพ่วงกลาง, นิติกรรม สัญญา และคำมั่น, หน้า 134-135, 149.

⁸⁵ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การตีความการแสดงเจตนา, หน้า 30-33.

⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1707/2523

พินัยกรรมฉบับนี้ เพื่อค้นหาเจตนาแท้จริงโดยการพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แวดล้อมแล้ว ย่อมทราบได้ว่านาย ก. ต้องการยกทรัพย์สินให้นาย ค.

ด้วยเหตุนี้ กรณีที่ไม่สามารถสอบถามถึงเจตนา หรือให้มีการยืนยันได้อย่างแน่แท้ จึงควรตีความพินัยกรรมเพื่อแสวงหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพินัยกรรมเสมอ ไม่จำเป็นต้องยึดถ้อยคำที่ปรากฏตามพินัยกรรมเท่านั้น เพราะการแสดงออกซึ่งเจตนาดังกล่าว อาจไม่ต้องตรงกับเจตนาที่แท้จริง หากตีความแล้วเจตนาที่แท้จริงตรงตามตัวอักษร หรือข้อความที่ปรากฏในเอกสารย่อมบังคับไปตามนั้น หากเจตนาไม่เป็นไปตามนั้น ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แวดล้อมต่าง ๆ หรือทำที่สุดเมื่อไม่สามารถค้นหาเจตนาของผู้ทำพินัยกรรม ย่อมตีความไปตามความหมายที่วิญญูชนพึงเข้าใจได้

4.2 การตีความในกรณีที่ข้อความตามเอกสารไม่ชัดเจน

เมื่อกล่าวถึงกรณีข้อความไม่ชัดเจน คือ ลักษณะที่ข้อความหรือถ้อยคำตามเอกสาร อาจตีความได้หลายความหมาย หรือกรณีที่ระบุเพียงสาระสำคัญไม่ได้ระบุถึงรายละเอียดปลีกย่อยไว้ หรือคู่กรณีไม่อาจคาดหมายจึงไม่ได้ตกลงเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ในประเด็นนั้นไว้ ส่งผลให้ต้องพิจารณาข้อความซึ่งปรากฏตามเอกสารอันเป็นวัตถุประสงค์การตีความดังกล่าว เพื่อค้นหาเจตนาของผู้เข้าทำเอกสารนั้นเป็นลำดับแรก ซึ่งการตีความการแสดงเจตนาในนิติกรรมตามมาตรา 171 ให้ฟังถึงเจตนาแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร กรณีที่เจตนาแท้จริงซึ่งเป็นเจตนาภายในหรือเจตนาเชิงอัตวิสัย ไม่ต้องตรงกับเจตนาที่แสดงออกหรือเจตนาเชิงภาวะวิสัย ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริงดังที่อธิบายข้างต้น

อย่างไรก็ตาม หากเจตนาที่แท้จริงต้องตรงกับเจตนาภายนอก แต่ปรากฏว่าระบุข้อความในเอกสารไม่ต้องตรงกันหรือขัดแย้งกัน เช่น สัญญาจัดทำขึ้นเป็นสองภาษา คือ ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ตกลงให้ชำระราคาเป็นสกุลเงินดิจิทัลอีเธอเรียม (ETC) โดยฉบับภาษาอังกฤษระบุเป็น “Ethereum Classic (ETC)” จากตัวอย่าง เมื่อปรากฏว่าข้อความในฉบับภาษาไทยและภาษาอังกฤษขัดแย้งกัน กรณีไม่อาจหยั่งทราบเจตนาแท้จริงของคู่สัญญา ย่อมนำมาตรา 14 เรื่องเอกสารทำขึ้นไว้หลายภาษามาพิจารณา โดยให้ถือตามฉบับภาษาไทย ทั้งนี้ เมื่อฉบับภาษาไทยระบุชื่อ และชื่อย่อสกุลเงินดิจิทัลไม่ตรงกัน อาจกล่าวได้ว่าเจตนาจริงของข้อความในฉบับภาษาไทยไม่สามารถสื่อถึงเจตนาของคู่สัญญา เมื่อสืบทราบเจตนาแท้จริงของคู่สัญญาได้จากการระบุชื่อย่อสกุลเงินดิจิทัลตรงกัน ทั้งฉบับภาษาไทยและฉบับภาษาอังกฤษ ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริงหรือฉบับภาษาอังกฤษซึ่งระบุชื่อและชื่อย่อสกุลเงินดิจิทัล

ตรงกัน⁸⁷ กล่าวได้ว่าหากสามารถหยั่งทราบเจตนาที่แท้จริงได้ ไม่ว่าจะเจตนาภายในหรือเจตนาภายนอก ย่อมบังคับไปตามเจตนา นั้น เช่นเดียวกับในมาตรา 1188 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติให้การตีความสัญญา ต้องเป็นไปตามเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา มากกว่าความหมายตามตัวอักษร หรือในกฎหมายอังกฤษ แม้ช่วงแรกจะเป็นการตีความตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด โดยปฏิเสธที่จะพิจารณาข้อมูลแวดล้อมอื่น ๆ รวมถึงปฏิเสธที่จะอุดช่องว่างของสัญญา และยอมรับข้อสัญญาโดยปริยาย⁸⁸ ตามแนวคิดเรื่องกฎแห่งความซัดจั้งในการตีความ (Golden Rule) ที่ผู้พิพากษาต้องผูกพันอย่างเคร่งครัดเท่าที่จะเป็นไปได้ต่อถ้อยคำหรือข้อความที่เขียน และตีความตามความหมายปกติธรรมดา แต่ในภายหลังมีแนวคิดการตีความโดยการค้นหาเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังตัวอักษร⁸⁹ รวมทั้งพิจารณาเกี่ยวกับสามัญสำนึกทางธุรกิจ (Business Common Sense) เกิดขึ้นด้วย⁹⁰

นอกจากนี้ยังปรากฏในมาตรา 58 (CESL) กำหนดให้สัญญาต้องตีความตามเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา แม้ว่าจะแตกต่างจากพฤติการณ์ที่แสดงออกก็ตาม มาตรา 4.1 (PICC) ที่บัญญัติให้ตีความไปตามเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา และตามมาตรา 8:101 (DCFR) โดยหลักต้องตีความตามเจตนาร่วมกันของคู่สัญญา แม้จะแตกต่างไปจากความหมายตามตัวอักษรสังเกตได้ว่าหากเป็นการตีความสัญญาหรือนิติกรรมต่าง ๆ ย่อมพิจารณาจากเจตนาร่วมกันของทุกฝ่าย

เช่นเดียวกันในการตีความนิติกรรมฝ่ายเดียว เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4639/2540 ที่มีข้อกำหนดในพินัยกรรม ให้จัดการทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ตาย โดยผู้จัดการมรดกบริจาคทรัพย์สินให้แก่องค์กรการกุศลใด ๆ ตามแต่ผู้จัดการมรดกจะเห็นสมควร ศาลวินิจฉัยแล้ว ย่อมเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาอย่างซัดจั้งและทราบได้แน่นอน ว่าต้องการมอบทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ตายให้องค์กรเพื่อการกุศลเท่านั้น ศาลจึงตีความพินัยกรรมดังกล่าว

⁸⁷ ตัวอย่างของอาจารย์นันทกร โรจน์อุ้นวงศ์ จากการบรรยายวิชา น.471 การปฏิบัติงานทางกฎหมาย 1 วันที่ 4 เมษายน 2565 หัวข้อการร่างสัญญา

⁸⁸ ณรงค์ วิทย์ไพศาล, **หลักการตีความเอกสาร : เกณฑ์วินิจฉัยกฎหมายเพื่อความเป็นธรรม** ในสังคม / ลอร์ด เคนนิง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรศาสตร์, 2535), หน้า 41.

⁸⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

⁹⁰ *Wood v Capita Insurance Services Limited* ([2017] UKSC 24)

โดยพิเคราะห์ถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำพันธกรรมยิ่งกว่าถ้อยคำ หรือข้อความที่ปรากฏในเอกสารตามมาตรา 171

โดยสรุปแล้ว ในกรณีที่ข้อความตามเอกสารไม่ชัดเจน ในลำดับแรกต้องตีความข้อความหรือถ้อยคำตามเอกสารนั้น เพื่อค้นหาเจตนาแท้จริงหรือเจตนาร่วมกัน และพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง และบังคับไปตามเจตนาแท้จริงที่ปรากฏ อย่างไรก็ตามหากไม่สามารถกำหนดเจตนาแท้จริงหรือเจตนาร่วมกันได้ จากการศึกษาเปรียบเทียบ และวิเคราะห์เรื่องการตีความสัญญาในกฎหมายไทย กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ รวมทั้งกฎต้นแบบ ทำให้จำแนกหลักการซึ่งสามารถนำมาใช้ในการตีความเอกสารเป็นลำดับต่อไปได้ ดังนี้

4.2.1 หลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ (Terms to Be Given Effect)

กฎหมายไทยได้บัญญัติหลักการนี้ไว้ในมาตรา 10 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการตีความให้นิติกรรมมีผล กรณีที่ข้อความในเอกสารอาจตีความได้สองนัย ให้ถือตามนัยที่มีผลดีกว่านัยที่ไร้ผล มาตรา 1191 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บัญญัติว่าหากสัญญาตีความได้สองนัย ให้ถือตามนัยที่จะมีผลมากกว่านัยที่ไร้ผล หรือในกฎหมายอังกฤษตามหลักกฎที่แท้จริง คือ กรณีที่ข้อความที่ใช้ไม่ชัดเจนหรือเข้าใจได้มากกว่าหนึ่งความหมายให้ยอมรับหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับสภาพการณ์แวดล้อมเพื่อช่วยในการตีความ รวมถึงหลักการตีความให้มีผลบังคับได้ ซึ่งมีที่มาจากสุภาษิตกฎหมาย “*Ut res magis valeat quam pereat*”⁹¹ ว่าการตีความย่อมต้องมีความสมเหตุสมผลเท่าเทียมกัน หากความหมายหนึ่งโน้นทำให้สัญญามีผล และอีกหนึ่งทำให้สัญญาสิ้นผล ศาลควรสงวนไว้ซึ่งความมีผลของสัญญานั้น รวมถึงมาตรา 63 (CESL) วางหลักว่า ควรตีความให้สัญญามีผลมากกว่าไร้ผล ในมาตรา 4.5 (PICC) บัญญัติว่าทุกข้อสัญญาควรจะมีผล โดยสัญญาควรตีความให้มีผลมากกว่ากีดกันให้ไร้ผล และมาตรา 8:106 (DCFR) วางหลักว่า การตีความสัญญาให้มีผลทางกฎหมายย่อมดีกว่าตีความให้ไร้ผล โดยแนวคิดของหลักการดังกล่าวเกิดจากสมมติฐานว่าการทำนิติกรรมใด ๆ ผู้กระทำการย่อมต้องการให้มีผลใช้บังคับได้เสมอ

⁹¹ Kim Lewison, *The Interpretation of Contracts*, (London: Sweet & Maxwell, 1989), p. 148.

ในกรณีนี้ท่านอาจารย์ปรีดี พนมยงค์ ได้อธิบายความหมายของมาตรา 10 ไว้ว่า⁹² “เมื่อศาลได้ตีความลงไปแล้ว คงตีความหมายเป็นสองนัยหรือกว่านั้นขึ้นไป” ย่อมหมายถึง กรณีที่ข้อความในเอกสารสามารถตีความได้มากกว่าสองนัยเช่นกัน ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแต่ละฉบับแล้ว สะท้อนให้เห็นว่าไม่จำกัดเพียงกรณีที่ตีความได้สองนัยเท่านั้น หากสามารถตีความได้หลายนัย ให้ตีความไปในความหมายที่จะทำให้ข้อความในเอกสารนั้นมีผลใช้บังคับได้เช่นกัน โดยสรุปจึงอาจกล่าวได้ว่า แม้ข้อความที่ปรากฏในเอกสารสามารถตีความได้เป็นสองนัยหรือหลายนัยก็ตาม หากพิจารณาแล้วมีเพียงนัยเดียวที่มีผลเหมาะสมที่สุด หรือมีเพียงนัยเดียวที่จะทำให้สัญญาามีผลใช้บังคับได้ ย่อมเป็นไปตามหลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้ (Terms to Be Given Effect) เสมอ

ประเด็นปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ ในมาตรา 10 ไม่ปรากฏข้อความว่า “และมิอาจหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริง...” ต้องตีความการแสดงเจตนาเพื่อสืบทราบเจตนาที่แท้จริงก่อนหรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวการบัญญัติถึงกรณีที่ข้อความอาจตีความได้สองนัยตามมาตรา 10 ย่อมสะท้อนให้เห็นว่า การแสดงเจตนาที่มีความไม่ชัดเจน ไม่สามารถหยั่งทราบถึงเจตนาที่แท้จริงได้ว่าจะบังคับไปตามนัยใด จึงต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงตามมาตรา 171 เป็นลำดับแรกเช่นเดียวกัน

และตามมาตรา 1684 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเรื่องการตีความพินัยกรรมว่า หากความข้อหนึ่งข้อใดในพินัยกรรมอาจตีความได้เป็นหลายนัย ให้ถือเอาตามนัยที่จะสำเร็จผลตามความประสงค์ของผู้ทำพินัยกรรมนั้นได้ดีที่สุด แม้บทบัญญัติดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกับมาตรา 10 ก็ตาม แต่มีข้อแตกต่างในกรณีที่ข้อความในพินัยกรรมอาจตีความได้สามนัย⁹³ คือ ถ้าพินัยกรรมตีความได้เป็นสองนัย นัยหนึ่งทำให้พินัยกรรมมีผล อีกนัยหนึ่งไร้ผล ย่อมนำมาตรา 10 มาพิจารณา หากพินัยกรรมตีความได้เป็นสองนัย หรือหลายนัยและต่างมีผลให้นำมาตรา 1684 มาพิจารณา ไม่ว่าจะส่งผลให้พินัยกรรมมีผลหรือสิ้นผล ย่อมบังคับไปตามเจตนาที่แท้จริงนั้น หรือในกฎหมายอังกฤษ มีการนำหลัก Golden Rule มาใช้พิจารณาคดี

⁹² ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม), บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วยอุทธรณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1, หน้า 68.

⁹³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ตอน 1, หน้า 79.

*Re Harrison*⁹⁴ โดยอธิบายว่า ผู้ทำพินัยกรรมย่อมต้องการให้พินัยกรรมนั้นใช้บังคับได้ ไม่ต้องการให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่ปรากฏพินัยกรรม หากสามารถตีความได้เป็นสองนัย นัยหนึ่งมีผลและอีกนัยหนึ่งสิ้นผล ย่อมบังคับไปตามนัยที่พินัยกรรมจะเกิดผล

นอกจากนี้หากพิจารณาแล้วพบว่า ข้อความตามเอกสารสามารถตีความได้สองนัยหรือหลายนัย และอาจมีผลทั้งสิ้น สามารถนำมาตรา 11 มาพิจารณาเพื่อวินิจฉัยประเด็นปัญหานี้ได้เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อปรากฏว่าข้อความตามเอกสารอาจมีผลบังคับได้ทุกนัย จึงเกิดเป็นข้อสงสัยว่าควรตีความเอกสารไปตามนัยใด จึงต้องตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่จะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้⁹⁵

4.2.2 หลักตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ (Interpretation Against the Supplier of Term)

ปรากฏหลักการดังกล่าวในมาตรา 11 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1190 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส หลัก *Contra Proferentem* ในกฎหมายอังกฤษ มาตรา 64 (CESL) มาตรา 4.6 (PICC) รวมถึงมาตรา 8:103 (DCFR) ซึ่งบัญญัติในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

โดยบทบัญญัติข้างต้น ต่างใช้ในกรณีที่ข้อความตามเอกสารไม่ชัดเจนหรือมีข้อสงสัย และอาจกล่าวได้ว่ามีความคล้ายคลึงกันในการนำหลัก *Contra Proferentem* มาปรับใช้ทั้งสิ้น โดยกำหนดให้ตีความเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายว่าเป็นผู้ที่เสียเปรียบในการเจรจาต่อรอง หรือเป็นผู้ที่ต้องรับผิด หรือผู้ที่จะต้องเสียหรือขาดประโยชน์ในสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด เช่น ลูกหนี้หรือผู้ต้องรับผิดตามสัญญา เป็นต้น ตามหลักที่บุคคลต้องรับผิดต่อความเคลือบคลุม หรือไม่ชัดเจนจากการแสดงเจตนาของตน ไม่ควรถือเอาประโยชน์จากการชักนำให้ผู้อื่นเข้าทำสัญญา และมุ่งหวังให้ศาลตีความในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตน⁹⁶

⁹⁴ *Re Harrison* ([1885])

⁹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15221/2551 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7257/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6925/2557

⁹⁶ Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its relation to contract*, (Clarendon Press, 1959), p. 140.

จากการศึกษาและวิเคราะห์ หลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ ในบทบัญญัติฉบับต่าง ๆ สามารถพิจารณาปรับใช้หลักเกณฑ์ได้พอสังเขป คือ

1) มาตรา 11 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

1.1) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กำหนดหรือร่างข้อตกลง ให้ตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายนั้น และตีความเป็นคุณแก่ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว จึงมีผลคล้ายคลึงกับหลัก Contra Proferentem⁹⁷

1.2) หากทั้งสองฝ่ายต่างกำหนดหรือร่างข้อตกลง ให้ตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายที่เรียกร้องในมูลหนี้ และตีความเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติในมูลหนี้⁹⁸

1.3) กรณีอื่นนอกเหนือจากข้อ 1.1 และข้อ 1.2 ให้ตีความเป็นคุณแก่ฝ่ายที่ต้องปฏิบัติในมูลหนี้⁹⁹

2) หลัก Contra Proferentem ให้ตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายที่ร่างหรือเสนอข้อตกลงนั้น และคู่กรณีฝ่ายที่กล่าวอ้างข้อสัญญามากกว่า¹⁰⁰

3) มาตรา 1190 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

3.1) จากบทบัญญัติให้ตีความเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ และตีความเป็นคุณแก่ลูกหนี้ อย่างไรก็ตามศาลเน้นตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายที่เสนอหรือริเริ่มข้อตกลง โดยส่วนใหญ่คือฝ่ายเจ้าหนี้¹⁰¹

3.2) ในสัญญาสำเร็จรูป (ไม่มีการเจรจา) ให้ตีความเป็นโทษแก่ผู้ร่างส่งผลให้มาตรา 1190 คล้ายคลึงหลัก Contra Proferentem เช่นกัน

4) มาตรา 64 และมาตรา 65 (CESL)

4.1) สัญญาระหว่างผู้ขายและผู้บริโภค ต้องตีความไปในทางเป็นคุณต่อผู้บริโภค (มาตรา 64)

⁹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15221/2551

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6925/2557 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7257/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 10029/2560

⁹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6925/2557 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 207/2559

¹⁰⁰ *Canada Steamship Lines v The King*

¹⁰¹ *Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 10 septembre 2020, 19-13.933*

4.2) สัญญาที่กำหนดเงื่อนไขโดยผู้บริโภคร หรือสัญญาระหว่างผู้ขายหรือสัญญาอื่น ๆ ที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 64 และไม่มีการเจรจาให้ตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่คู่สัญญาฝ่ายที่เสนอข้อสัญญานั้น (มาตรา 65)

5) มาตรา 4.6 (PICC) ให้ตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายที่ร่างหรือเสนอข้อตกลงนั้น¹⁰²

6) มาตรา 8:103 (DCFR)

6.1) กรณีไม่มีการตกลงหรือเจรจาไว้ ให้ตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ที่เสนอ

6.2) กรณีมีการตกลงหรือเจรจา ให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้

6.3) แม้มีการตกลงหรือเจรจา หากข้อตกลงนั้นถูกกำหนดขึ้นโดยฝ่ายที่มีอำนาจเหนือกว่า ให้ตีความไปในทางที่เป็นโทษแก่ผู้ที่เสนอ

ทั้งนี้ยังมีประเด็นปัญหาเช่นเดียวกับมาตรา 10 ที่ไม่ปรากฏข้อความว่า “และมิอาจหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริง...” จำต้องตีความการแสดงเจตนาเพื่อสืบทราบเจตนาที่แท้จริงก่อนหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่าการนำมาตรา 11 มาใช้พิจารณาต้องปรากฏชัดว่ามีข้อสงสัยในการทำนิติกรรม ดังที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย...” เช่น ข้อความหรือถ้อยคำในเอกสารไม่ชัดเจน คลุมเครือ ตีความได้สองนัยหรือหลายนัย โดยอาจมีผลบังคับได้หลายนัยหรือทุกนัยอาจไม่มีผล หรือกรณีที่พิจารณาตามมาตรา 10 รวมถึงมาตรา 12 ถึงมาตรา 14 แล้วไม่อาจบังคับไปตามบทสันนิษฐานของกฎหมายได้ ซึ่งหากเกิดข้อสงสัยดังกล่าวขึ้น ถือได้ว่าเป็นกรณีที่มิอาจทราบเจตนาที่แท้จริงของผู้เข้าทำนิติกรรม ด้วยเหตุนี้ จึงต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงเป็นลำดับแรกเช่นเดียวกับมาตราอื่น ๆ โดยการตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171

อีกประการหนึ่งคือ ไม่ปรากฏคำว่า “เอกสาร” ในบทบัญญัติ จะสามารถนำมาวินิจฉัยกรณีการทำนิติกรรมด้วยวาจาได้หรือไม่ จากการศึกษาพบว่า การนำมาตรา 11 มาใช้พิจารณา กรณีไม่ได้ทำเป็นเอกสารหรือกรณีทำนิติกรรมด้วยวาจา ต้องปรากฏชัดว่ามีการทำนิติกรรมและมีผลตามกฎหมาย¹⁰³ เนื่องจากนิติกรรมบางประเภทกฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ รวมถึงต้องมีพยานเอกสารมาแสดงจึงจะฟ้องร้อง

¹⁰² *Banco Itaú Paraguay S.A. v. S. & S. Construcciones S.A., S. H., E. y S. H., O. E.*

¹⁰³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 552/2495

บังคับคดีกันได้ เพราะต้องใช้เอกสารมาแสดงข้อเท็จจริงเท่านั้น จึงเป็นข้อจำกัดสำคัญที่ส่งผลให้ มาตรา 11 ไม่เหมาะแก่การนำมาใช้ตีความ ในกรณีทำนิติกรรมที่ไม่ปรากฏเอกสารเป็นหลักฐาน เนื่องจากนิติกรรมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำตามแบบ หรือต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ เป็นเรื่องที่กฎหมายเล็งเห็นถึงความสำคัญว่า อาจกระทบสิทธิและหน้าที่ระหว่างคู่กรณี หรือ บุคคลภายนอก

นอกจากนี้แม้จะมีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยการนำมาตรา 11 มาพิจารณา กรณีมีข้อสงสัยในการทำนิติกรรมด้วยวาจา¹⁰⁴ อย่างไรก็ตามมิใช่การตกลงทำสัญญากันด้วย วาจาตั้งแต่เริ่มต้น แต่เป็นกรณีที่มีวัตถุประสงค์แห่งการตีความเป็นเอกสารรวมถึงเกิดข้อสงสัยขึ้น และมี ข้อโต้แย้งว่า มีการตกลงเพิ่มเติมด้วยวาจาในภายหลัง แต่เนื่องจากการพิจารณาข้อสัญญา ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคำพิพากษาเรื่องอัตราดอกเบี้ยจำต้องมีการนำสืบ ซึ่งเป็นการ เปลี่ยนแปลงข้อความในเอกสาร จึงต้องห้ามตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบกับในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติมาตรา 11 ไว้ในเรื่องการ ตีความเอกสาร ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรนำมาตรา 11 มาพิจารณาในกรณีการทำนิติกรรม ที่มีเอกสารเป็นหลักฐานเท่านั้น จากเหตุผลข้างต้นที่ได้อธิบาย จึงน่าจะเป็นที่มาของการนิยาม คำว่า “การตีความเอกสาร” ในมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ด้วยเช่นเดียวกัน

4.2.3 หลักความแตกต่างของภาษา (Linguistic Discrepancies)

โดยสรุปแล้วหากปรากฏเจตนาของผู้ทำเอกสารว่าจะยึดถือฉบับใดเป็นหลัก ย่อมเป็นไปตามเจตนา นั้น กรณีสัญญาแต่ละฉบับมีข้อความแตกต่างกันหรือขัดแย้งกัน และไม่ปรากฏว่าต้องการให้ยึดถือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นหลัก สามารถวิเคราะห์ได้ดังนี้

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ย่อมยึดถือ ฉบับภาษาไทยเป็นหลัก เนื่องจากเอกสารมีหลายภาษารวมถึงภาษาไทย แม้จะทำขึ้นเป็นหลายฉบับ ก็ตาม แต่หากปรากฏว่าเอกสารหลายฉบับนั้นได้ทำขึ้นเป็นภาษาต่างประเทศทั้งหมด หากพิจารณา แล้วสามารถทราบถึงเจตนาแท้จริงว่าต้องการบังคับไปตามฉบับภาษาไทยย่อมบังคับไปตามนั้น โดยนัยของมาตรา 171 หรืออาจนำหลักการตามมาตราอื่นมาใช้พิจารณา เช่น เมื่อพิจารณา มาตรา 10 แล้ว สัญญาแต่ละฉบับมีข้อความไม่เหมือนกัน และต่างภาษากัน ไม่ปรากฏว่ามี ภาษาไทย ส่งผลให้ต้องตีความว่าจะบังคับไปตามฉบับภาษาใด จึงเป็นกรณีที่สามารถตีความได้

¹⁰⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1077-1079/2515 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2762/2549

เป็นสองนัยหรือหลายนัย หรือกรณีที่สามารถตีความได้เป็นสองนัยหรือหลายนัย แต่ทุกนัยอาจมีผลใช้บังคับได้ สามารถพิจารณาตามมาตรา 11 กรณีมีข้อสงสัยให้ตีความไปในทางที่เป็นคุณแก่คู่กรณีฝ่ายที่จะเป็นผู้ต้องเสียในมูลหนี้ สุดท้ายนี้ หากยังไม่สามารถระบุเจตนาแท้จริงหรือเจตนาร่วมกันของคู่สัญญาว่าจะให้บังคับตามสัญญาฉบับภาษาใด อาจนำมาตรา 368 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการตีความสัญญามาพิจารณาได้เช่นเดียวกัน โดยพิจารณาว่า ในสภาวะการณ์เช่นนั้น วิทยุชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกัน โดยสุจริตและปฏิบัติตามปกติ หรือปฏิบัติเป็นประจำ พึงกระทำต่อกันอย่างไร

เช่นเดียวกันในมาตรา 61 (CESL) มีความคล้ายคลึงกับมาตรา 8:107 (DCFR) ที่จะได้อธิบายต่อไป โดยมาตรา 61 (CESL) กำหนดถึงกรณีไม่มีฉบับซึ่งเป็นมาตรฐานอันเชื่อถือได้ ฉบับซึ่งถูกร่างเป็นฉบับแรกย่อมมีความน่าเชื่อถือกว่า เพราะการตกลงกันหรือการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นย่อมเกิดขึ้น และมีการเปลี่ยนแปลงในฉบับที่ร่างขึ้นนี้ ถ้าไม่ชัดเจนว่าฉบับใดคือฉบับแรก ย่อมใช้กฎเกณฑ์ตามมาตรา 58 (CESL) พิจารณาตามเจตนาร่วมกัน แม้ว่าจะแตกต่างจากพฤติการณ์ที่แสดงออกก็ตาม หรือพิจารณารายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการตีความสัญญา ได้แก่ (1) การเจรจาที่เกิดขึ้นเมื่อร่างสัญญา (2) การดำเนินการของคู่สัญญาแม้ภายหลังสิ้นสุดสัญญาที่ผ่านมา (3) การตีความในลักษณะเดียวกับสัญญาที่มีความเหมือนหรือคล้ายคลึงกับที่ผ่านมา (4) การดำเนินการตามปกติประเพณีในการทำสัญญา (5) แนวปฏิบัติที่คู่กรณีได้กำหนดขึ้นระหว่างกัน (6) ความหมายปกติทั่วไปที่ใช้ในสถานการณ์ที่เกี่ยวข้อง (7) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของสัญญา รวมทั้ง (8) หลักสุจริตและข้อตกลงที่เป็นธรรมด้วย หรือเรียกว่าพฤติการณ์แวดล้อม ตามมาตรา 59 (CESL) ประกอบกัน เพื่อทราบถึงเจตนาของคู่สัญญาว่าต้องการให้ถือฉบับใดเป็นร่างแรก เช่นเดียวกับการพิจารณาในกรณีที่ทุกฉบับมีความน่าเชื่อถือเท่าเทียมกัน¹⁰⁵

หรือพิจารณาตามมาตรา 4.7 (PICC) ให้ยึดถือฉบับซึ่งร่างเป็นฉบับแรก ตรงกันข้ามหากมีการระบุชัดเจนในสัญญา หรือสามารถทราบถึงเจตนาของผู้ร่างได้ว่า ให้ยึดถือสัญญาฉบับภาษาใด ต้องบังคับไปตามข้อความที่ปรากฏในฉบับนั้น ทั้งนี้ กรณีที่แต่ละฉบับต่างภาษากันและเชื่อถือได้ทั้งหมด รวมถึงได้ร่างขึ้นพร้อมกันทุกฉบับ อาจตีความเพียงฉบับใด

¹⁰⁵ C.H. Beck Hart Nomos, *Common European Sales Law (CESL): Commentary*, p. 315.

ฉบับหนึ่ง หรือพิจารณาทุกฉบับร่วมกัน จากบริบทหรือพฤติการณ์แวดล้อมในการร่างสัญญานั้น ตามมาตรา 4.3 (PICC) หรือกรณีที่ไม่มีการรับรองว่าฉบับใดมีความน่าเชื่อถือ ผู้เขียนมีความเห็นว่า น่าจะนำหลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้มาพิจารณาเช่นเดียวกับในกฎหมายไทย คือ การนำมาตรา 4.6 (PICC) มาพิจารณาโดยการตีความเป็นโทษแก่ผู้ร่างสัญญาฉบับแรก

ในทางตรงกันข้ามมาตรา 8:107 (DCFR) กำหนดให้กรณีไม่มีสัญญาฉบับใด ที่เป็นมาตรฐานเชื่อถือได้ หากข้อความในแต่ละฉบับขัดหรือแย้งกัน ให้ตีความไปตามฉบับซึ่ง ถูกร่างเป็นฉบับแรก สิ่งสำคัญคือต้องพิจารณามาตรานี้ควบคู่ไปกับมาตรา 8:103 (DCFR) หาก ต้นฉบับถูกร่างขึ้นโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อาจกล่าวได้ว่า หากปรากฏเอกสารเป็นสองภาษาหรือ มากกว่า โดยไม่มีการระบุว่าจะให้ใช้บังคับตามฉบับใด หรือไม่มีฉบับซึ่งเป็นมาตรฐานเชื่อถือได้ ข้อความในแต่ละฉบับขัดหรือแย้งกัน ให้ตีความไปตามฉบับซึ่งถูกร่างเป็นฉบับแรก แต่ฉบับแรกนี้ ต้องมีฉบับที่ฝ่ายที่ร่างสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานตามกฎหมายนี้ เนื่องจากมาตรา 8:103 (DCFR) ให้ตีความเป็นโทษแก่ผู้เสนอ ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นด้วยว่า กรณีที่ไม่มีฉบับซึ่งเชื่อถือได้ตามมาตรา 8:107 (DCFR) แต่ไม่อาจทราบได้ว่าฉบับใดคือฉบับแรก ที่ถูกร่างขึ้น อาจพิจารณามาตรา 8:101 (DCFR) ร่วมกับมาตรา 8:102 (DCFR) คือ การค้นหา เจตนาาร่วมกัน โดยพิเคราะห์ถึงพฤติการณ์แวดล้อมประกอบกัน เช่นเดียวกับข้อเสนอนี้ ในมาตรา 61 (CESL) ที่ได้อธิบายแล้ว เนื่องจากมีข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหาซึ่งคล้ายคลึงกัน ในทางตรงกันข้าม หากมีการรับรองว่าทุกฉบับมีมาตรฐานเชื่อถือได้ ต้องถือปฏิบัติตามนั้น และ พิจารณาใช้หลักการตีความทั่วไป คือการค้นหาเจตนาตามมาตรา 8:101 (DCFR) เนื่องจาก ไม่สามารถให้ความสำคัญกับเอกสารฉบับใดเพียงฉบับเดียว ต้องพิจารณาว่าฉบับใดมีความ สอดคล้องกับเจตนาาร่วมกันมากกว่า หรือหากไม่สามารถค้นหาเจตนาได้ ให้พิจารณาว่าวิญญูชน พึงเข้าใจเช่นไรในพฤติการณ์เช่นนั้น

แม้ไม่พบว่ามีกรณีบัญญัติข้อกฎหมาย หรือหลักการเรื่องความแตกต่าง ของภาษา ในกฎหมายอังกฤษและกฎหมายฝรั่งเศสอย่างชัดเจน แต่ผู้เขียนมีความเห็นว่า เรื่องเดียวกันร่างขึ้นเป็นหลายภาษาหลายฉบับ และปรากฏข้อความขัดหรือแย้งกัน ลำดับแรก ย่อมค้นหาเจตนาว่า ต้องการให้ยึดถือข้อความตามภาษาใดเป็นหลักและบังคับไปตามนั้น หากไม่อาจทราบถึงเจตนาดังกล่าว เนื่องจากข้อความแต่ละฉบับขัดหรือแย้งกันส่งผลให้เกิด ข้อสงสัยว่าต้องบังคับตามฉบับใด สามารถนำหลักกฎหมายที่แท้จริง หรือหลักการตีความให้มี ผลบังคับตามกฎหมายอังกฤษ หรือมาตรา 1191 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมาพิจารณา

ในกรณีที่การปฏิบัติตามข้อความในฉบับใดฉบับหนึ่งย่อมส่งผลให้การทำสัญญานั้นไร้ผล ให้ถือตามฉบับที่จะมีผลมากกว่า และหลักตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ ที่นำหลัก Contra Proferentem ในกฎหมายอังกฤษมาพิจารณา ตีความเป็นโทษแก่ผู้ร่าง หากข้อสัญญาฉบับใดจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ร่างไม่ควรบังคับไปตามนั้น หรือมาตรา 1190 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่ให้ตีความเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ กรณีเป็นสัญญาสำเร็จรูปให้ตีความเป็นโทษแก่ผู้ร่าง

4.2.4 หลักอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตีความเอกสาร

1) การระบุจำนวนเงินหรือปริมาณเป็นตัวเลขและตัวอักษร

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติถึงการระบุจำนวนหรือปริมาณเป็นตัวเลขและตัวอักษรไว้ในมาตรา 12 กำหนดให้กรณีปรากฏตัวเลขหรือตัวอักษรซึ่งแสดงจำนวนเงินหรือปริมาณควบคู่กัน ย่อมให้ความสำคัญกับการถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณตามตัวอักษร (Words Prevail Over Numbers) หากจำนวนเงินหรือปริมาณที่แสดงในเอกสารไม่ตรงกัน โดยไม่สามารถทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำเอกสารได้ แต่ถ้าเป็นเรื่องที่อาจนำสืบความจริงให้ปรากฏแก่ศาล หรืออาจยังทราบเจตนาแท้จริงได้ จะยกเอามาตรา 12 มาใช้บังคับไม่ได้

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่พบหลักการที่บัญญัติถึงเรื่องดังกล่าวในกฎหมายอื่นที่ศึกษา แต่จากการศึกษาผู้เขียนมีความเห็นว่า อาจนำหลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้มาปรับใช้ได้ หากไม่อาจทราบถึงเจตนาที่แท้จริง เนื่องจากเป็นกรณีที่สามารถตีความได้หลายนัยว่าจะบังคับใช้ตามจำนวนใด เช่น มาตรา 1190 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส เมื่อการระบุจำนวนเงินเป็นตัวเลขและตัวอักษรในสัญญามีความขัดแย้งกัน จึงเป็นกรณีที่มีข้อสงสัยจำเป็นต้องตีความ โดยกฎหมายกำหนดให้ตีความเป็นโทษแก่เจ้าหนี้ และเป็นคุณแก่ลูกหนี้ หากเป็นสัญญาตามแบบมาตรฐาน ย่อมตีความเป็นโทษแก่ฝ่ายที่เป็นผู้เสนอ หรือกำหนดข้อสัญญา เป็นต้น ทั้งนี้ ย่อมมีผลแตกต่างกันในกฎหมายแต่ละฉบับ เนื่องจากไม่ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณตามตัวอักษร (Words Prevail Over Numbers) เป็นสำคัญ แต่ให้ความสำคัญหรือตีความเป็นคุณต่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญา ฝ่ายที่มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่า หรือเป็นผู้ที่จะต้องเสียหรือขาดประโยชน์ในสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด

และในมาตรา 13 เป็นกรณีที่ตามเอกสารปรากฏจำนวนเงินหรือปริมาณหลายแห่ง ไม่ว่าจะเป็นตัวเลขหรือตัวอักษรไม่ตรงกัน และไม่สามารถทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของผู้จัดทำเอกสารดังกล่าว ให้ถือเอาจำนวนเงินหรือปริมาณที่น้อยที่สุด ซึ่งมีข้อสังเกตคือ กรณีที่

ตัวเลขหรือตัวอักษรซึ่งแสดงจำนวนเงินหรือปริมาณไม่ตรงกันนั้น ต้องเป็นตัวเลขกับตัวเลข หรือตัวอักษรกับตัวอักษรที่ระบุไม่ตรงกันเท่านั้น หากเป็นกรณีนอกเหนือจากนี้ย่อมนำมาตรา 12 มาวินิจฉัย โดยพระยาเทพวิฑูรย์มีความเห็นว่า¹⁰⁶ อาจนำหลักการตามมาตรา 11 หรือหลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้มาพิจารณาได้เช่นกัน เนื่องจากการขาดความระมัดระวังในการระบุจำนวนเงินหรือปริมาณ ควรพิจารณาให้เป็นคุณแก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายมากกว่า

2) การพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง (Surrounding Circumstances)

การตีความเพื่อทราบถึงเจตนาของผู้ทำเอกสาร ต้องพิเคราะห์ข้อเท็จจริงแวดล้อมประกอบด้วย เช่น ความรู้ทางภาษา การแสดงออกต่อบุคคลอื่น เอกสารที่เกี่ยวข้อง เนื้อหาในการเจรจา ธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างคู่กรณี หรือปกติประเพณีทางการค้า เป็นต้น¹⁰⁷ ไม่เพียงพิจารณาถ้อยคำหรือข้อความที่ปรากฏเท่านั้น ยังต้องพิจารณาครอบคลุมถึงความสามารถของผู้กระทำ และการแสดงออกต่าง ๆ ด้วย พิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7123/2561 ศาลจำต้องตีความสัญญาเนื่องจากข้อความในสัญญามีความสับสนว่าเงิน 500,000 บาท ที่โจทก์ชำระให้แก่จำเลยในวันทำสัญญาดังกล่าว เป็นเงินมัดจำหรือเบี้ยปรับ เนื่องจากมีการระบุจำนวนเงินในสัญญาข้อ 2 ว่าเป็นมัดจำ แต่ข้อความในสัญญาข้อ 2 และข้อ 3 สามารถสรุปใจความว่าหากโจทก์ผิดสัญญายินยอมให้จำเลยริบเงิน 500,000 บาท ซึ่งเป็นการกำหนดค่าเสียหาย อันเกิดแต่การที่โจทก์ซึ่งเป็นลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ให้แก่จำเลย จึงมีลักษณะเป็นเบี้ยปรับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 378 ทำให้มีข้อเคลือบแคลงสงสัยว่าข้อความในสัญญาน่าจะไม่ตรงตามเจตนาแท้จริงของโจทก์ซึ่งเป็นผู้สัญญา จากคำพิพากษาดังกล่าวแสดงถึงความสำคัญของหลักการพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องได้เป็นอย่างดี เนื่องจากหากศาลมิได้พิจารณาถึงพฤติการณ์แวดล้อม เช่น ความรู้ของผู้เข้าทำสัญญา หรือเนื้อหาในการเจรจา เป็นต้น ย่อมส่งผลให้วินิจฉัยคลาดเคลื่อนจากเจตนาที่แท้จริง นอกจากนี้สามารถพิจารณาได้จากมาตรา 171 ที่ให้มุ่งเน้นเจตนาอันแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำสำนวนหรือตัวอักษร ย่อมหมายถึงบทบัญญัติให้ความสำคัญต่อการค้นหาเจตนาอันแท้จริง มิใช่เพียงข้อความที่ปรากฏ

¹⁰⁶ บุญช่วย วนิกกุล (พระยาเทพวิฑูรย์), คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240, หน้า 62.

¹⁰⁷ กิตติศักดิ์ ปรกติ, การตีความการแสดงเจตนา, หน้า 31.

เท่านั้น จึงต้องพิจารณาถึงการเจรจาหว่านคู่อริ หรือขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ รวมถึงพฤติการณ์ที่เคยปฏิบัติต่อกันของคู่กรณีที่น่าจะบ่งชี้ถึงเจตนาแท้จริงได้¹⁰⁸

ในกฎหมายอังกฤษปรากฏหลักการดังกล่าวตามข้อคิดเห็นของ Lord Hoffman ซึ่งเป็นหลักการหนึ่งในห้าข้อของการตีความสัญญา คือการพิจารณาความหมายของถ้อยคำมิใช่ได้มาจากตัวอักษรแต่มาจากการพิจารณาบริบทที่เกี่ยวข้องด้วย¹⁰⁹ อย่างไรก็ตามในการตัดสินคดีของศาลฎีกามีแนวโน้มที่จะไม่นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้¹¹⁰ หรือในกฎหมายฝรั่งเศสปรากฏหลักการดังกล่าวในมาตรา 1159 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเดิม (Code civil des Français 1804) วางหลักว่า ข้อความที่คลุมเครือฟังตีความตามความหมายแห่งท้องถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น เป็นกรณีที่ไม่เพียงตีความตามข้อความที่ปรากฏในเอกสาร แต่พิจารณาถึงบริบทในการเข้าทำสัญญาด้วย และปรากฏหลักการนี้ในมาตรา 59 (CESL) มาตรา 4.3 (PICC) รวมถึงมาตรา 8:102 (DCFR) ซึ่งบทบัญญัติมีความคล้ายคลึงกัน

กล่าวได้ว่า ไม่เฉพาะข้อความหรือสำนวนที่ปรากฏในเอกสาร ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการตีความเท่านั้น โดยส่วนใหญ่เห็นพ้องกันว่า การค้นหาเจตนาต้องพิจารณาถึงบริบท และพฤติการณ์แวดล้อมที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อให้การตีความเป็นไปตามเจตนารมณ์ของผู้กระทำมากที่สุด

3) การพิจารณาหรือตีความเอกสารในภาพรวม (Interpretation as a Whole)

ในกฎหมายของแต่ละประเทศต่างมีหลักการนี้ใช้บังคับ ไม่ว่าในการตีความนิติกรรมหรือสัญญาต่าง ๆ เพียงแต่อาจไม่ได้บัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ในกฎหมายไทยสามารถพิจารณาได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7123/2561 คู่สัญญากำหนดข้อตกลงในสัญญาโดยมุ่งให้ความสำคัญในเรื่องของราคาซื้อขาย และการผ่อนชำระเงินเป็น 3 งวด ไม่ได้มีการอ่านข้อความที่เป็นลายพิมพ์ที่ปรากฏในแบบพิมพ์สัญญาอย่างถี่ถ้วน จึงทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างข้อความตามแบบพิมพ์ และข้อความที่เขียนเพิ่มเติมด้วยลายมือ ส่งผลให้ข้อความ

¹⁰⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5911/2544

¹⁰⁹ Ahmet Cemil Yildirim, *Interpretation of Contracts in comparative and Uniform Law*, pp. 104-107.

¹¹⁰ Arnold v. Britton [2015] UKSC 36

ในสัญญาที่มีความสับสน การตีความสัญญาจึงต้องตีความโดยพิจารณาสัญญาทั้งฉบับ มิใช่เพียงข้อความตามแบบพิมพ์หรือข้อความที่เขียนเพิ่มเติมส่วนใดเพียงส่วนเดียว¹¹¹

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือหลักการเกี่ยวกับการตีความอื่น ๆ ต่างปรากฏหลักการดังกล่าวนี้ เช่น มาตรา 1189 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และในกฎหมายอังกฤษต่างก็ยอมรับว่า การตีความต้องพิจารณาข้อความหรือข้อสัญญาประกอบกันทั้งฉบับ¹¹² หรือสัญญาต้องได้รับการตีความอย่างครบถ้วน¹¹³ รวมถึงบทบัญญัติตามมาตรา 60 (CESL) มาตรา 4.4 (PICC) และมาตรา 8:105 (DCFR) ที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

ท้ายที่สุดแล้ว เมื่อตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 หรือการตีความเอกสารตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 แล้ว ยังไม่สามารถหยั่งทราบเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำเอกสารได้ ผู้เขียนมีข้อคิดเห็นว่าอาจนำหลักการตีความสัญญาตามมาตรา 368 มาใช้พิจารณาว่า วิญญูชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หรือตามปกติประเพณี จะดำเนินการเช่นไร ซึ่งเป็นไปในแนวทางเดียวกับผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี

ยกตัวอย่างเช่น ก. ทำสัญญาซื้อขายรถยนต์กับ ข. โดยไม่ปรากฏในเอกสารสัญญาว่าจะให้ชำระราคาด้วยวิธีการใด ภายหลังจาก ข. ส่งมอบรถยนต์คันดังกล่าวแล้ว ก. ไม่สามารถติดต่อ ข. ได้ จึงไม่อาจทราบเจตนาที่แท้จริงว่า ข. ต้องการให้ชำระราคาอย่างไร เมื่อพิจารณาตามมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ร่วมกับปรากฏว่า ก. และ ข. ไม่เคยเข้าทำสัญญาในลักษณะนี้ หรือมีการเจรจนอกเหนือจากข้อความตามสัญญา จึงเป็นกรณีที่ไมอาจหยั่งทราบเจตนาแท้จริงของ ข. ได้ ควรนำมาตรา 368 มาใช้พิจารณาว่า วิญญูชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หรือตามปกติประเพณีจะดำเนินการเช่นไร ซึ่งในปัจจุบันนิยมชำระราคาโดยผ่านระบบของธนาคาร เนื่องจากมีหลักฐานในการทำธุรกรรม จึงอาจตีความได้ว่า ก. ควรชำระราคารถยนต์ให้แก่ ข. ผ่านระบบของธนาคารภายในกำหนดเวลา ซึ่งเป็นวิธีการที่วิญญูชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หรือตามปกติแล้ว จะดำเนินการ

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3386/2562

¹¹² Sir William R. Anson, *Principles of the English Law of Contract and of Agency in its relation to contract*, p. 139.

¹¹³ North Eastern Railway v. Hastings [1900] A.C. 260 at 263

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การตีความเอกสาร คือ การค้นหาเจตนาอันแท้จริงของผู้กระทำ โดยมีเอกสารที่ได้กระทำขึ้นเป็นวัตถุแห่งการตีความ ซึ่งหมายรวมถึงการตีความในกรณีที่มีหลักฐานเป็นหนังสือหรือมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย ไม่จำกัดเฉพาะเอกสารสัญญา อาจเป็นเอกสารอื่นใดก็ได้ เช่น พินัยกรรม หรือประกาศ เป็นต้น รวมถึงเอกสารในรูปแบบไฟล์อิเล็กทรอนิกส์ เช่นเดียวกัน ไม่เพียงเอกสารในรูปแบบกระดาษเท่านั้น อาจเป็นเอกสารจากวัสดุอื่น ๆ เช่น แผ่นไม้ ฝืนผ้า เป็นต้น

จากการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการตีความเอกสาร ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย หลักการตีความสัญญาในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ กฎหมายอังกฤษ และกฎหมายฝรั่งเศสตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กฎหมายระหว่างประเทศ (CESL) รวมถึงกฎหมายแม่แบบ (PICC) และกฎต้นแบบ (DCFR) แล้ว หากข้อความตามเอกสารขัดแย้งย่อมไม่จำเป็นต้องตีความเพื่อป้องกันการบิดเบือน ซึ่งในกฎหมายไทยยังมีข้อถกเถียงในประเด็นดังกล่าวอยู่ คือ แม้ข้อความจะมีความชัดเจนแต่ควรตีความเสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการตีความพินัยกรรม ซึ่งผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวคิดดังกล่าว

ในกรณีที่ข้อความตามเอกสารไม่ชัดเจน ต่างมุ่งเน้นการตีความเพื่อบังคับไปตามเจตนาแท้จริงยิ่งกว่าถ้อยคำหรือตัวอักษร ตามมาตรา 171 หากไม่สามารถค้นหาเจตนาอันแท้จริงหรือเจตนาขัดแย้งหรือไม่ต้องตรงกัน ย่อมต้องพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการตีความต่อไป โดยตามหลักการตีความนิติกรรมสัญญา ซึ่งผู้เขียนได้ศึกษาในแนวทางของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุรศักดิ์ มณีศรี ลำดับต่อมาต้องพิจารณามาตรา 10 ถึงมาตรา 14 ที่เรียกว่าการตีความเอกสาร ซึ่งนำมาพิจารณาทั้งในนิติกรรมหลายฝ่าย เช่น สัญญา และนิติกรรมฝ่ายเดียว เช่น พินัยกรรม เป็นต้น ท้ายที่สุดแล้วหากไม่สามารถหยั่งทราบเจตนาแท้จริงของผู้ทำเอกสารต้องพิจารณาว่าโดยปกติแล้ว วิญญูชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริตจะดำเนินการเช่นไรในพฤติการณ์นี้ ตามมาตรา 368

อย่างไรก็ตาม แม้ไม่ปรากฏหลักการตีความเอกสารอย่างชัดเจนเช่นเดียวกับกฎหมายไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่จากการศึกษาค้นคว้าพบว่าในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบที่เกี่ยวกับการตีความสัญญาต่างมีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกับมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 เช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุนี้ เมื่อเอกสารปรากฏถ้อยคำ ข้อความ หรือสัญลักษณ์ที่ไม่ชัดเจน มีความหมายมากกว่าหนึ่งนัย มีข้อสงสัย ส่งผลให้ไม่อาจบังคับไปตามนั้น กฎหมายได้บัญญัติหลักการที่จะนำมาพิจารณา ดังนี้

- 1) หลักการตีความไปในทางที่มีผลบังคับได้
- 2) หลักตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้
- 3) หลักความแตกต่างของภาษา
- 4) หลักอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง หรือการพิจารณาหรือตีความเอกสารในภาพรวม

เพื่อใช้คาดหมายเจตนาของผู้เข้าทำนิติกรรมตามบทสันนิษฐานของกฎหมาย และนำมาใช้พิจารณากรณีเกิดปัญหาหรือข้อขัดแย้งในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่ปรากฏบทบัญญัติในเรื่องนั้น ๆ

นอกจากนี้เพื่อความสอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกับบทบัญญัติเรื่องการตีความในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทางในการตีความเอกสารดังนี้

ประการแรก เมื่อพิจารณาแนวทางในการตีความนิติกรรมซึ่งมีเอกสารเป็นหลักฐานแล้ว กรณีที่ข้อความไม่ชัดเจน มีช่องว่าง หรือไม่ตรงกับความรู้สึกแท้จริงของผู้ทำนิติกรรม ต้องตีความการแสดงเจตนาเพื่อค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำเอกสารตามมาตรา 171 เป็นลำดับแรก หากเจตนาอันแท้จริงไม่ต้องตรงกันหรือไม่สามารถค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้ทำนิติกรรม จึงนำมาตรา 10 ถึงมาตรา 14 มาพิจารณาแล้วแต่กรณี สุดท้ายแล้วหากยังไม่อาจทราบถึงเจตนาแท้จริงของผู้ทำเอกสาร ย่อมพิจารณาต่อไปว่าโดยปกติแล้ววิญญูชนทั่วไปที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริตจะดำเนินการหรือประสงค์อย่างไรในพฤติการณ์ลักษณะเช่นนี้ ตามมาตรา 368

ประการที่สอง ตามมาตรา 10 และมาตรา 11 แม้ไม่ปรากฏข้อความว่า “และมีอาจหยั่งทราบเจตนาอันแท้จริง...” จำต้องค้นหาเจตนาที่แท้จริงตามมาตรา 171 เป็นลำดับแรก เช่นเดียวกับมาตรา 12 ถึงมาตรา 14 เนื่องจากกรณีที่ข้อความอาจตีความได้สองนัยตามมาตรา 10 หรือคำว่า “ในกรณีที่มีข้อสงสัย...” ตามมาตรา 11 ย่อมแสดงให้เห็นว่าเป็นกรณีที่มิอาจทราบเจตนาที่แท้จริงได้เช่นเดียวกัน

ประการที่สาม แม้มาตรา 11 ไม่ปรากฏคำว่า “เอกสาร” ในบทบัญญัติ และตามคำพิพากษาได้นำมาตรา 11 มาพิจารณาในกรณีมีข้อสงสัยในการทำนิติกรรมด้วยวาจาก็ตาม

แต่มีใช้การทำนิติกรรมด้วยวาจาตั้งแต่เริ่มต้น ประกอบกับในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติมาตราดังกล่าวไว้ในเรื่องการตีความเอกสาร จึงสันนิษฐานได้ว่ามาตรา 11 ควรนำมาวินิจฉัยเฉพาะกรณีการทำนิติกรรมที่มีเอกสารเป็นหลักฐานเท่านั้น

นอกจากนี้ในหลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้มาตรา 11 เมื่อพิจารณาแล้ว ในกรณีที่ตีความการแสดงเจตนาตามมาตรา 171 ยังไม่อาจทราบถึงเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี ประกอบกับได้พิจารณาข้อเท็จจริงควบคู่กับบทบัญญัติในมาตรา 10 มาตรา 12 ถึงมาตรา 14 ตามลำดับแล้ว ไม่อาจบังคับไปตามบทสันนิษฐานของกฎหมายดังกล่าว สามารถนำมาตรา 11 มาพิจารณาโดยถือเป็นที่มิข้อสงสัย ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนพบว่าหลักการนี้สามารถนำมาปรับใช้ในกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ ที่ไม่ได้บัญญัติหลักการซึ่งเกี่ยวข้องกับเรื่องการตีความสัญญาเรื่องใดเรื่องหนึ่งไว้ เช่น ในกฎหมายฝรั่งเศส ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ไม่ปรากฏว่ามีกรณีการระบุนับจำนวนเงินหรือปริมาณเป็นตัวเลขและตัวอักษร หากในข้อสัญญามีการระบุนับจำนวนเงินหรือปริมาณเป็นตัวเลขและตัวอักษรหลายตำแหน่งไม่ตรงกัน โดยไม่อาจทราบถึงเจตนาของคู่สัญญา และการตีความตามมาตรา 1911 อาจมีผลได้หลายนัยหรือมีผลทุกนัย จึงเป็นกรณีที่ปรากฏข้อสงสัย สามารถนำหลักการตีความเป็นคุณแก่ผู้ต้องเสียในมูลหนี้ตามมาตรา 1190 มาใช้พิจารณาได้ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงสนับสนุนการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวเช่นกัน

ประการที่สี่ ผู้เขียนมีข้อคิดเห็นว่า จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลซึ่งได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการตีความ ปรากฏหลักการซึ่งเห็นควรนำมาบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการตีความเอกสารของไทยมีความชัดเจน คือ การตีความเอกสารในภาพรวม แม้ว่าจะมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 14 ความว่า “ในกรณีที่เอกสารทำขึ้นไว้หลายภาษา ไม่ว่าจะเป็นอย่างน้อยฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับก็ตาม...” แต่การตีความในมาตรา 10 ถึงมาตรา 13 ต่างจำเป็นต้องนำหลักการดังกล่าวมาพิจารณาด้วยหากปรากฏเอกสารหลายฉบับซึ่งเกี่ยวข้องกัน

ประการสุดท้าย เพื่อพัฒนาหลักการตีความเอกสารตามกฎหมายไทยให้เป็นระบบ และมีรูปแบบสอดคล้องกับกฎหมายต่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายแม่แบบ และกฎต้นแบบ เห็นควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อบัญญัติหลักการพิจารณาพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งจะส่งผลให้บทบัญญัติเกี่ยวกับการตีความ

เอกสารของไทยมีความชัดเจนยิ่งขึ้น ยกตัวอย่าง ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171/1 “การค้นหาเจตนาที่แท้จริงของผู้แสดงเจตนา ให้พิจารณาจากกรณีดังต่อไปนี้

- (1) การเจรจาเบื้องต้น
- (2) การดำเนินการภายหลังเข้าทำนิติกรรม
- (3) แนวปฏิบัติระหว่างกัน
- (4) ความหมายโดยทั่วไปของคำศัพท์และสำนวนที่เกี่ยวข้อง
- (5) ลักษณะและวัตถุประสงค์ของนิติกรรม
- (6) ปกติประเพณี
- (7) หลักสุจริตและข้อตกลงที่เป็นธรรม”

นอกจากการตีความการแสดงเจตนาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 171 ที่ให้ตีความเพื่อมุ่งเน้นบังคับตามเจตนาแท้จริงซึ่งอาจเป็นเจตนาภายในหรือเจตนาภายนอกแล้ว การบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 171/1 จะเพิ่มความชัดเจนในการตีความเอกสาร โดยการกำหนดแนวทางในการพิจารณาเพิ่มขึ้น ไม่เพียงพิจารณาจากถ้อยคำ สำนวน หรือตัวอักษร ตามเอกสารเท่านั้น ยังสามารถพิจารณาถึงพฤติการณ์อื่น ๆ ซึ่งครอบคลุมมากกว่า เช่น ทำสัญญา กู้เงินจำนวน 1,000,000 บาท กำหนดชำระงวดละ 100,000 บาท จำนวน 10 งวด โดยระบุในสัญญาว่าจำนองที่ดิน โฉนดหมายเลข 1111 เป็นประกันการชำระหนี้ หากพิจารณาตาม มาตรา 171 และแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับการตีความการแสดงเจตนา ย่อมชัดเจนว่าสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญากู้ยืมเงิน เมื่อสัญญามีข้อความชัดเจนย่อมไม่จำเป็นต้องตีความ แต่หากปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าคู่สัญญาตกลงซื้อขายที่ดินในราคาเพียง 800,000 บาท เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 171/1 (1) ในเรื่องการเจรจาเบื้องต้นระหว่างคู่สัญญา ข้อความดังกล่าวจึงไม่ได้แสดงเจตนาอันแท้จริง ย่อมไม่อาจบังคับไปตามนั้น ต้องบังคับไปตามเจตนาอันแท้จริงตาม มาตรา 171 เป็นต้น

บรรณานุกรม

- กัญญ์กัญญา ใจการวงศ์สกุล, **กฎหมายแพ่ง หลักทั่วไป (Civil Law : General Principles)**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- กิตติศักดิ์ ปรกติ, **การตีความการแสดงเจตนา**, (กรุงเทพมหานคร: เอกสารประกอบการศึกษาวิชากฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา วิชา น.101, 2562).
- กรศุทธิ์ ขอฟ่างกลาง, **นิติกรรม สัญญา และคำมั่น**, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565).
- เฉลิมวุฒิ ศรีพรหม, **หลักการตีความสัญญา**, นิตยสารบทบัณฑิตย์, เล่มที่ 72 ตอนที่ 2 (มิถุนายน 2559).
- ไชยยศ เหมะรัชตะ, **หลักกฎหมายนิติกรรม-สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2561).
- ณรงค์ วิทย์ไพศาล, **หลักการตีความเอกสาร : เกณฑ์วินิจฉัยกฎหมายเพื่อความ เป็นธรรมในสังคม / ลอร์ด เดนนิง**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์อักษรศาสตร์, 2535).
- ดาราพร ธีระวัฒน์, **กฎหมายสัญญา สถานะใหม่ของสัญญาปัจจุบันและปัญหา ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538).
- บุญช่วย วณิกกุล (พระยาเทพวิฑูร), **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 มาตรา 1-240**, (พระนคร: สำนักพิมพ์ไทยพิทยา, 2447-8).
- ประกอบ หุตะสิงห์, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2517).
- ประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล, **กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป : คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 4-14**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2554).
- ปรีดี เกษมทรัพย์, **อนุสรณ์งานพระราชทานเพลิงศพรองศาสตราจารย์ ดร.สมศักดิ์ สิงห์พันธุ์**, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2526).
- ปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐมนูธรรม), **บันทึกข้อความสำคัญประกอบด้วย อูทธารณ์และคำแนะนำแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1**, (พระนคร: สำนักพิมพ์ นิติสาส์น, 2471).

- การวิวีร์ กษิตินนท์, **การใช้หลักสุจริตในการตีความสัญญา**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550).
- ภิรมย์พร สุดใจ, **การตีความพินัยกรรม**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556).
- ศันันท์กรณ (จำปี) โสทธิพันธุ์, **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา**, พิมพ์ครั้งที่ 24 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2564).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **ร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ตอน 1**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป.).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, **พจนานุกรม ฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/>
- อรุณ ภาณุพงศ์, **รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 84 ปี ศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์**, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธินิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2534).
- ธนกฤต วรจันชชากุล และคณะ, **ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับอ้างอิง บรรพ 1 หลักทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- ธานินทร์ ภัยวิเชียร และวิชา มหาคุณ, **การตีความกฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ชวนพิมพ์, 2523).
- Ahmet Cemil Yildirim, **Interpretation of Contracts in comparative and Uniform law**, (The Netherlands: Wolters Kluwer, 2019).
- C.H. Beck Hart Nomos, **Common European Sales Law (CESL): Commentary**, Reiner Schulze ed. (München: Hart Publishing, 2012).
- Christian von Bar and Eric Clive, **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)**, (New York: Oxford University Press, 2010).
- Kim Lewison, **The Interpretation of Contracts**, (London: Sweet & Maxwell, 1989).

- Sir William R. Anson, **Principles of the English Law of Contract and of Agency in its relation to contract**, (Clarendon Press, 1959).

- Elias E. Savollos, Galvin and Richard F., **Reasoning and the law : the elements**, (Belmont, Calif.: Wadsaorth, 2001).

- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, **พจนานุกรม ฉบับบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://dictionary.orst.go.th/>

- Luigi BERLINGUER and Klaus-Heiner LEHNE, **COMMON EUROPEAN SALES LAW (CESL)** [Online], Source: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law/>

บทความวิจัย (Research Article)

มาตรการทางกฎหมายควบคุมการออกใบอนุญาตอาวุธปืนสั้น ตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490*

Legislative Measures to Control the Licensing of Handgun
According to the Firearms Act of B.E. 2490 (1947)

วีรวิชัย เรื่องประเสริฐ**

นักศึกษาระดับปริญญาโทสาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Veeravith Ruangprasert

Master Student in Law, School of Law, Mae Fah Luang University

รุ่ง ศรีสมวงษ์***

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายแพ่งและธุรกิจ

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Rung Srisomwong

Assistant Professor in Civil and Business Law,

School of Law, Mae Fah Luang University

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของวีรวิชัย เรื่องประเสริฐ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายควบคุมการออกใบอนุญาตอาวุธปืนสั้นตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; อีเมลติดต่อ veeravithball@gmail.com

*** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์; นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์; S.J.D (Professional Doctorate in Legal Science), University of Canberra, the Australia; อีเมลติดต่อ rung.sri@mfu.ac.th

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2566)

วันที่รับบทความ 20 กรกฎาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 24 สิงหาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 29 สิงหาคม 2565

บทคัดย่อ

บทความนี้นำเสนอปัญหาการบังคับใช้กฎหมายการควบคุมอาวุธปืนสั้นของประเทศไทย ที่เกี่ยวกับมาตรการออกใบอนุญาตอาวุธปืนสั้นตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งมีการบังคับใช้มาเป็นเวลายาวนาน จึงไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ทำให้เกิดปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ได้แก่ ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการออกใบอนุญาตอาวุธปืน ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย กรณีอาวุธปืนสูญหาย ถูกทำลายหรือถูกลักขโมย โดยผู้เขียนได้เสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้ ประการแรก การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้รับใบอนุญาตอาวุธปืน โดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องแจ้งวิธีการเก็บรักษาอาวุธปืนสั้น ตำแหน่งและสถานที่เก็บรักษาอาวุธปืนสั้นต่อนายทะเบียนท้องถิ่นก่อนพิจารณาออกใบอนุญาต ประการที่สอง กำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตให้แก่ นายทะเบียนท้องถิ่นซึ่งผู้รับใบอนุญาตอยู่หรือที่เกิดเหตุโดยทันที ในกรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาต แล้วนั้น ถูกทำลายหรือสูญหาย ประการที่สาม การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการ จำกัดระยะเวลาในการยื่นขอรับใบอนุญาตใหม่ กรณีอาวุธปืนที่ตนได้รับอนุญาตนั้นถูกทำลาย หรือสูญหายไปด้วยเหตุใด ๆ ประการที่สี่ กำหนดให้มีการจำกัดสิทธิการขอรับใบอนุญาตมีอาวุธปืน แก่ผู้รับใบอนุญาตที่ไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืน และประการสุดท้าย การเพิ่มข้อสันนิษฐานของกฎหมาย กรณีผู้รับใบอนุญาตไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืนซึ่งตนครอบครอง

คำสำคัญ: อาวุธปืนสั้น; ใบอนุญาต; เก็บรักษา; พระราชบัญญัติอาวุธปืน

Abstract

This article presents the issue of the enforcement of handgun control laws in Thailand relating to handgun licensing measures to the Firearms Act of B.E. 2490 (1947), which has been in force for a long time. Therefore, this was not in accordance with the current situation and caused many legal problems, including the problem of unclear provisions in the firearms licensing law. In discussing law enforcement issues in cases of lost, destroyed, or stolen firearms, the author has proposed a solution to the problem as follows. Firstly, the amendment provisions relate to the qualifications and prohibited characteristics of firearms licensees by requiring the license applicant to notify the local registrar of the storage methods of short firearms as well as the location and location of storage of short firearms before considering issuing a license. Secondly, requiring amendments to the provisions relating to notification and delivery of licenses to the local registrar where the licensee is located or the scene of the accident immediately in the case of authorized firearms, which are then destroyed or lost. Thirdly, the amendment of the provisions relating to the time limit for applying for a new license in the event that the firearm for which he has been licensed is destroyed or lost for any reason. Fourthly, the right to limit the right to obtain a firearms license to licensees who do not report the loss of firearms, and finally, adding assumptions of the law in case the licensee fails to report the loss of the firearm in his or her possession.

Keywords: Handgun; License; Storage; Firearms Act

1. บทนำ

ปัญหาความรุนแรงที่เกิดจากอาวุธปืนสั้นหรือปืนพก (Handguns) สำคัญประการหนึ่งคือ ปัญหาการเข้าถึงการครอบครองอาวุธปืนสั้นโดยบุคคลอื่น กล่าวคือ ผู้ที่ไม่ได้รับอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน แต่ครอบครองอาวุธปืนที่เป็นของผู้ได้รับใบอนุญาต เช่น การขโมยอาวุธปืน หรือการครอบครองอาวุธปืนที่สูญหาย เป็นต้น เนื่องจากอาวุธปืนสั้นมีขนาดเล็ก สามารถซุกซ่อนและพกพาได้สะดวกกว่าอาวุธปืนยาวที่มีขนาดใหญ่และน้ำหนักมากกว่า และในบางครั้งยังนำไปใช้ในการก่ออาชญากรรม รวมทั้งอุบัติเหตุอันเกิดจากการที่บุคคลอื่นเข้าถึงอาวุธปืนสั้น เช่น บุคคลในครอบครัว บุคคลใกล้ชิดหรือบริวาร นำอาวุธปืนไปใช้

จากสถิติข้อมูลการขออนุญาตครอบครองอาวุธปืนของกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ในปี พ.ศ. 2564 ปรากฏข้อมูลผู้ที่ยื่นขอรับใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืนต่อ นายทะเบียนท้องที่ รวมจำนวนทั้งสิ้น 100,266 กระบอก โดยเป็นอาวุธปืนสั้น จำนวน 76,776 กระบอก และอาวุธปืนยาว จำนวน 23,489 กระบอก ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับปี พ.ศ. 2560 มีผู้ยื่นขอรับใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืนต่อ นายทะเบียนท้องที่ รวมจำนวนทั้งสิ้น 80,246 กระบอก โดยเป็นอาวุธปืนสั้น จำนวน 55,823 กระบอก และอาวุธปืนยาว จำนวน 24,420 กระบอก¹ เหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาของการครอบครองอาวุธปืนสั้นซึ่งเป็นอาวุธที่มีความอันตรายร้ายแรงและก่อให้เกิดปัญหาอันกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในสังคม และนับเป็นปัญหาที่สำคัญในปัจจุบัน ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐในฐานะผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมากในสังคม ที่ต้องใช้อำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการมีและใช้อาวุธปืนสั้นของบุคคลบางประการ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง โดยเฉพาะอาวุธปืนสั้น ที่มีจำนวนการขอใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืนเพิ่มขึ้นจำนวนมาก

กฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยที่ใช้อยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 พบว่ามีปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งยังไม่มี การบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับมาตรการเก็บรักษาอาวุธปืนสั้น

¹ สำนักการสอบสวนและนิติการ, ข้อมูลอาวุธปืน ณ วันที่ 5 พฤศจิกายน 2564 เวลา 17.00 น., (กรุงเทพมหานคร: กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, 2564).

ไว้แต่ประการใด กล่าวคือ ในการขอใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืน (แบบ ป.4) ผู้ขอรับใบอนุญาต จะต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 13 นายทะเบียนท้องที่จึงจะพิจารณาออกใบอนุญาตให้ได้ หากมีการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอรับใบอนุญาต กำหนดสถานที่ ตำแหน่ง และวิธีการจัดเก็บรักษาอาวุธปืนสั้นให้เหมาะสมและมีความปลอดภัยเพียงพอแล้ว จึงจะพิจารณาออกใบอนุญาต ก็จะลดโอกาสการเข้าถึงอาวุธปืนของบุคคลอื่น เช่น บุคคล ในครอบครัว บริวาร และผู้ที่มีเชื้อเจ้าของปืนนั้น ที่จะนำอาวุธปืนไปใช้จนเกิดเป็นอันตราย หรือนำอาวุธปืนไปใช้ประกอบอาชญากรรมจนก่อให้เกิดเป็นปัญหาความไม่สงบเรียบร้อยของคน ในสังคมขึ้นได้ รวมทั้งกรณีการจำกัดสิทธิของบุคคลในกรณีไม่แจ้งการถูกทำลายหรือสูญหาย ของอาวุธปืนตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 โดยไม่มีเหตุอันสมควร เพียงพอต่อนายทะเบียนท้องที่ แสดงให้เห็นว่าผู้รับใบอนุญาตไม่ได้ใช้ความระมัดระวังในการ เก็บรักษาอาวุธปืนอย่างเพียงพอ โดยที่การเก็บรักษาอาวุธปืนถือเป็นเงื่อนไขสำคัญประการหนึ่ง ในการพิจารณาออกใบอนุญาตอาวุธปืนของนายทะเบียน หรือปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่ของผู้รับ ใบอนุญาต กรณีการแจ้งเหตุสูญหาย ถูกทำลาย หรือถูกขโมยต่อนายทะเบียนท้องที่ กล่าวคือ มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้อง แจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตให้แก่ นายทะเบียนท้องที่ในกรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้ว ถูกทำลายหรือสูญหายโดยเหตุใด ๆ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันทราบการถูกทำลายหรือสูญหาย แต่จากการศึกษาพบว่า การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ยังไม่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากไม่มีสภาพบังคับกับเจ้าของอาวุธปืนที่สูญหายหรือถูกทำลาย โดยที่เจ้าของอาวุธปืน มิได้แจ้งว่าตนเป็นผู้ทำให้อาวุธปืนสูญหายหรือเก็บรักษาไม่ปลอดภัยหรือเหมาะสม ทำให้รัฐ ไม่อาจทราบสถานะของอาวุธปืนแต่ละกระบอกที่นายทะเบียนท้องที่ได้ออกใบอนุญาตให้ นั้น ยังคงอยู่ในการครอบครองของผู้ที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ อันเป็นผลมาจากการบังคับใช้กฎหมาย ดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพ และการที่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดสภาพบังคับแก่ผู้รับ ใบอนุญาตไว้ แสดงให้เห็นว่าเจ้าของอาวุธปืนไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการ เก็บรักษาอาวุธปืน ทำให้เกิดอาวุธปืนผิดมือ และอาวุธปืนนอกระบบหรืออาวุธปืนเถื่อนมีมาก ยิ่งขึ้น

2. แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และหลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาวุธปืน

2.1 แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

2.1.1 แนวคิดการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยใช้อำนาจรัฐด้วย “หลักนิติรัฐ”

“หลักนิติรัฐ” (Legal state) หมายถึง หลักแห่งความมีเหตุผลอันเป็นรัฐที่ปกครองตามเจตจำนงโดยรวมที่มีเหตุมีผลและมีวัตถุประสงค์เพื่อสิ่งที่ดีที่สุดสำหรับสังคมเป็นการทั่วไป² โดย การเร เดอ มัลแบร์ (R. Caré de Malbert) กล่าวถึงนิติรัฐว่าเป็นรัฐที่กระทำต่อปัจเจกชนภายใต้กฎหมายที่กำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกฎหมายที่กำหนดวิธีการและมาตรการของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ เพื่อใช้ให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนด³ ส่วน ฟรีดริช จูเลียส สตาห์ล (Friedrich Julius Stahl) ได้อธิบายว่า รัฐควรจะเป็นนิติรัฐ โดยรัฐต้องกำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหาของรัฐ และเป็นความพยายามที่จะพัฒนาไปสู่ยุคใหม่ โดยรัฐจะต้องเคารพในขอบเขตส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคล และจะต้องให้การรับรองคุ้มครองขอบเขตส่วนบุคคลโดยกฎหมาย และทำให้เกิดความมั่นคงต่อแนวทางดังกล่าว ตลอดจนไม่ควรใช้อำนาจเหนือของรัฐที่มีอยู่บีบบังคับบุคคลตามแนวจารีตที่เคยปฏิบัติมา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในขอบเขตส่วนบุคคล⁴ สำหรับศาสตราจารย์ ดร.บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ ได้ให้ความหมายของนิติรัฐว่าเป็นรัฐที่มีเป้าหมายในการมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประกันความเป็นธรรมภายในรัฐ ภายใต้ขอบเขตอำนาจของรัฐ ในการใช้อำนาจของรัฐจะต้องกระทำภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น⁵ โดยมีหลักการสำคัญในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ (1) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (2) หลักกฎหมายย่อมผูกมัดอำนาจรัฐ (3) หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยทางศาล (4) หลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชน (5) หลัก

² บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 13.

³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563), หน้า 119-120.

⁴ บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 23.

⁵ บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, กฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), หน้า 116.

ความมั่นคงของกฎหมาย (6) หลักการให้การชดเชยแก่ผู้เสียหายจากการกระทำอันมิชอบของรัฐ

ดังนั้น หลักนิติรัฐจึงหมายถึง หลักที่มุ่งจำกัดอำนาจของผู้ปกครองในการใช้อำนาจนั้นให้อยู่ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายกำหนด เพื่อรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชน โดยที่รัฐจะต้องเคารพขอบเขตสิทธิส่วนบุคคลของปัจเจกชน กรณีกฎหมายของรัฐที่ตราขึ้นไปกระทบสิทธิของประชาชน จะต้องมีการบัญญัติกฎหมายที่ชัดเจนในการจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ

2.1.2 แนวคิดพื้นฐานเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ

การจำกัดสิทธิเสรีภาพแบ่งตามความหมายได้สองประการ ได้แก่ การกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ คือ การใช้อำนาจของรัฐในการออกคำสั่งให้ปัจเจกชนกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือเป็นข้อห้าม ทำให้ปัจเจกชนไม่สามารถดำรงการใช้สิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองเท่าที่ควรจะเป็น และการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ คือ กรณีที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดบรรทัดฐานเอาไว้เป็นการเฉพาะเพื่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ โดยหลักรัฐธรรมนูญที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครองมีหลักสำคัญคือ หลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักแห่งความได้สัดส่วน ประกอบด้วยสามหลักย่อย ได้แก่ (1) หลักความสมเหตุสมผล (2) หลักความจำเป็น (3) หลักความพอสมควรแก่เหตุตามความหมายอย่างแคบหรือหลักความได้สัดส่วนในความหมายแบบแคบ⁶

ดังนั้น แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการมีอาวุธปืนอย่างเหมาะสมเพื่อใช้ในการป้องกันชีวิตและทรัพย์สิน โดยได้ให้สิทธิแก่พลเมืองแห่งรัฐมีและใช้อาวุธปืนจึง “เป็นความจำเป็นอย่างยิ่ง” โดยที่รัฐมีหน้าที่ในการออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธินั้นเท่าที่จำเป็นถึงแม้ว่าอาวุธปืนจะเป็นสิ่งอันตราย หากรัฐยอมรับรองสิทธิให้ประชาชนมีและถืออาวุธปืนได้ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐต้องคุ้มครองสาธารณชน ในการจำกัดสิทธิบางประการเท่าที่จำเป็น และจำกัดเพียงชั่วระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น โดยใน

⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ดี, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560), หน้า 125-126.

ปัจจุบันพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิและเสรีภาพในการมีอาวุธปืนได้ โดยชอบด้วยกฎหมายด้วย “หลักนิติรัฐ” และได้จำกัดสิทธิในการครอบครองอาวุธปืนของประชาชนบางประการเพียงเท่าที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาหรือส่งเสริมให้เกิดประโยชน์สาธารณะและเพื่อความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงแห่งรัฐ แต่เนื่องจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ดังกล่าวเป็นระยะเวลายาวนาน และมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วหลายครั้ง รวมทั้งมีการเปลี่ยนแปลงสภาพทางสังคมและการเมืองอยู่ตลอดเวลา จึงทำให้พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้ ที่สมควรได้รับการแก้ไขโดยเร็วต่อไป

2.2 ความเป็นมาและแนวความคิดเกี่ยวกับการควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทย

เรื่องนี้ เกิดจากแนวคิดที่ว่า รัฐยอมรับรองสิทธิให้ประชาชนมีอาวุธปืนได้ด้วยเหตุผลแห่งความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน โดยปรากฏการครอบครองอาวุธปืนโดยพลเรือนในสมัยกรุงศรีอยุธยาในปี พ.ศ. 2295 ที่ได้มีการออก “กฎให้แก่อำมาตย์เมือง ผู้รั้งกรมการเมือง จ.ศ. 114” กำหนดให้มีการทำตำหนิรูปพรรณปืน ไว้ว่า

“...ถ้าลูกบ้านนั้นมีปืนไว้สำหรับตัวใช้ ก็ให้เอาปืนนั้นมาช่วยบอกแก่ผู้ใหญ่ นายบ้าน และให้ผู้ใหญ่บ้านนั้นวัดชั่งยาว และกฎหมายเอารูปพรรณปืนนั้นไว้ ถ้าแลหาจากฤกษ์ได้ก็ให้เอาไปให้ผู้รักษาเมือง ผู้รั้งกรมการเมืองจากปืนนั้นลงไว้ในลากล่องปืนนั้นให้สำคัญตามกฎหมาย แล้วให้มอบปืนนั้นไว้ให้แก่เจ้าของให้เอาไว้สำหรับตัว...”⁷ จากความดังกล่าว ทำให้ย้อนมองถึงบริบทของสังคมไทยในอดีตว่า เป็นสังคมที่เต็มไปด้วยโจรผู้ร้าย ประชาชนต้องมีอาวุธปืนไว้สำหรับตัวเพื่อป้องกันอันตรายจากโจรผู้ร้าย เพราะยังไม่มีมาตรการด้านสาธารณสุขโรคภัยหลายประการ อาทิ แสงสว่างจากไฟฟ้า ถนนหนทางที่ไม่สะดวกสบายเหมือนเช่นในปัจจุบัน ประกอบกับพวกโจรผู้ร้ายมีอยู่อย่างชุกชุม และเกิดอาชญากรรมอยู่เนือง ๆ ประชาชนจึงมีความจำเป็นที่ต้องมีอาวุธปืนไว้เพื่อป้องกันตนเอง และทรัพย์สินจากโจรผู้ร้าย ฝ่ายบ้านเมืองจึงยอมรับรองสิทธิดังกล่าวให้แก่ประชาชน ในการมีอาวุธปืนได้ด้วยเหตุผลแห่งความปลอดภัย ภายใต้กฎหมายที่ฝ่ายบ้านเมืองกำหนด

⁷ กรมการปกครอง, คู่มือปฏิบัติงานอาวุธปืน พ.ศ. 2548 เล่มที่ 1 ฉบับรวมหนังสือสั่งการ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อาสาสมัครชาติแดน, 2549), หน้า 161-162.

อีกประการหนึ่ง เป็นผลมาจากนโยบายทางการเมืองในประเทศ กล่าวคือ ภายหลังจากประกาศใช้พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2490 จนถึงปัจจุบัน และแก้ไขเพิ่มเติมแล้วถึง 10 ครั้ง มีข้อสังเกตว่า ภายหลังจากการยึดอำนาจทางปกครองในแต่ละครั้ง เป็นผลมาจากความไม่สงบเรียบร้อยภายในประเทศ รัฐบาลได้กำหนดนโยบายในการควบคุมอาวุธปืนไว้ โดยเฉพาะการควบคุมอาวุธปืนเถื่อนที่มีจำนวนการครอบครองเพิ่มมากขึ้น เช่น การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2518 โดยกำหนดให้บุคคลที่มีอาวุธปืนเถื่อนหรืออาวุธปืนที่มีขอบด้วยกฎหมาย มาขอรับใบอนุญาตเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมาย ภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือในกรณีภายหลังจากการยึดอำนาจการปกครองและปฏิรูปประเทศ เมื่อปี พ.ศ. 2519-2520 ในสมัยรัฐบาลของพลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันทน์ เป็นนายกรัฐมนตรี ได้ดำเนินนโยบายต่อกลุ่มนักศึกษาและปัญญาชนที่หลบหนีไปเข้าร่วมกับพรรคคอมมิวนิสต์ โดยได้ออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้กับกลุ่มนักศึกษาและประชาชนที่หลบหนีเข้าป่าและกลับเข้าเมืองอีกครั้ง โดยได้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2522 กำหนดให้หน่วยงานราชการ รัฐวิสาหกิจ ตลอดจนพลเรือนสามารถมีและใช้อาวุธปืนได้ เพื่อป้องกันทรัพย์สิน อันเป็นประโยชน์สาธารณะและช่วยราชการให้กับตำรวจหรือทหาร เพื่อแก้ไขปัญหาสถานการณ์ความไม่สงบของบ้านเมือง เป็นต้น⁸

2.3 ความหมายของ “อาวุธปืนสั้น”

คำว่า “ปืนสั้น” (Handguns) หรือ “ปืนพก” (Pistol) หมายถึง ปืนสั้นที่บรรจุเองสามารถยิงได้ด้วยมือเดียว ปืนสั้นที่อยู่ในกลุ่มประเภทปืนเล็ก (Small arms) หมายถึง อาวุธปืนที่ใช้เป็นอาวุธประจำกายที่พลรบเพียงคนเดียวสามารถนำติดตัวไปในที่ต่าง ๆ และสามารถใช้ได้ด้วยตนเอง และโดยทั่วไปสามารถใช้ในการทหารและพลเรือน⁹ ปืนสั้นพัฒนามาจากปืนแบบชุดชนวน ที่เรียกว่า “Matchlock”¹⁰ เป็นระบบการทำงานของอาวุธปืนโบราณ โดยใช้วิธีจุดไฟไว้

⁸ สุรพัตม์ น้าลอง, บทบาทหน่วยรบพิเศษในการรัฐประหารในช่วงปี พ.ศ. 2509-2549, (การค้นคว้าอิสระ หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554), หน้า 29-30.

⁹ นิเวศน์ เลาวพงศ์, อาวุธปืน (ประวัติและวิวัฒนาการ), (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มัลลีย์, 2539), หน้า 89-90.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 95.

จ่อกับจางจนวน ทำให้เกิดการเผาไหม้ของดินปืนขึ้นในลำกล้อง ก๊าซที่เกิดจากการเผาไหม้ของดินปืนจะขยายตัวอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดแรงดันสูง ดันลูกกระสุนออกไปทางลำกล้อง

สำหรับประเทศไทย เรียกปืนประเภทนี้ว่า “ปัสตัน” เป็นคำที่เพี้ยนมาจากภาษาอังกฤษว่า “Pistol” ที่หมายถึงปืนสั้นที่ยิงได้ด้วยมือเดียว แต่คำว่า “ปัสตัน” ตามความหมายแห่งพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายถึง ลูกปืนที่บรรจุดินและเก็บไว้ในตัว¹¹

วิวัฒนาการของอาวุธปืนสั้นจากอาวุธปืนแบบจุดจนวนได้รับการพัฒนาเป็น “ปืนคาบศิลา” (Flint arms) และได้รับความนิยมใช้กันมากในประเทศทางยุโรปตอนใต้ เช่น สเปน และอิตาลี เป็นต้น เป็นอาวุธปืนที่มีกลไกง่าย ๆ และมีความแข็งแรงทนทานเป็นเยี่ยม โดยเชื่อกันว่าเป็นปืนที่มีขึ้นมาประมาณกลางศตวรรษที่ 16 ในประเทศสแกนดิเนเวียและในทางยุโรปตอนใต้ ซึ่งกลไกของอาวุธปืนคาบศิลาจะเกิดจากแผงประกอบเครื่องกลไก กล่าวคือ นกคาบศิลา หรือหินเหล็กไฟสับลงไปกระทบกับแผงปะทะเพื่อเกิดการจุดระเบิด

ระบบการจุดแบบคาบศิลา ก็ยังมีจุดอ่อนคือ ความเฉื่อยช้า (Hang fire) เมื่อเหนียวไกยิง การจุดระเบิดของดินปืนหาได้เกิดขึ้นทันทีไม่ เพราะเวลาส่วนหนึ่งต้องเสียไปในการสับลงไปของนก การลุกไหม้ของดินจนวน รวมทั้งเวลาที่เปลวไฟจากการลุกไหม้นั้นต้องแลบผ่านช่องจุด (Touch hole) จนพัฒนาอาวุธปืนเข้าสู่ระบบการจุดแบบจนวนกระทบแตก (Percussion lock) ระบบการจุดแบบจนวนกระทบแตก (Percussion lock) พัฒนาขึ้นเพื่อการจุดระเบิดของดินปืนเร็วขึ้น โดยมีกลไกการยิงโดยอาศัยเชื้อปะทุคือ โพแทสเซียมคลอเรต (Potassium Chlorate - KClO₃) ที่ใช้ทำประทัดและหัวไม้ขีด ที่เรียกว่า “แก๊ป” (Cap) โดยแบ่งประเภทของอาวุธปืนสั้น (Handguns) ได้ 2 ประเภท ได้แก่ ปืนสั้นแบบบรรจุเอง หรือปืนสั้นแบบกึ่งอัตโนมัติ หรือที่เรียกว่า “ปืนอัตโนมัติ” กับ ปืนลูกโม้ (Revolver)

สำหรับขนาดของอาวุธปืนสั้นมีอยู่หลากหลายขนาด โดยการพิจารณาว่าอาวุธปืนสั้นมีขนาดเท่าใดนั้น จะพิจารณาจากความกว้างของปากลำกล้องปืน ดังนี้ (1) อาวุธปืนลูกโม้ (Revolver)¹² มีขนาดเริ่มตั้งแต่ 5 มม. ขึ้นไปถึง 15 มม. หรือประมาณ .20 ถึง .60 คาลิเบอร์¹³

¹¹ นิเวศน์ เลาวพงศ์, *อาวุธปืน (ประวัติและวิวัฒนาการ)*, หน้า 96.

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 140.

¹³ “คาลิเบอร์” หมายถึง ขนาดไตใน หรือ inside diameter ของลำกล้องซึ่งเป็นระยะระหว่างสันเกลียวในลำกล้อง โดยประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานิยมวัดขนาดลำกล้องเป็นพิเศษในพันของนิ้ว เช่น .303 (303/1000 นิ้ว) .357 (357/1000 นิ้ว) และ .45 (450/1000 นิ้ว) เป็นต้น

ที่ใช้กระสุนแบบเข็มแทงขนวน เช่น ขนาดปืนลูกโม้ .38 นิ้ว หรือ .45 นิ้ว ซึ่งเป็นขนาดที่มีความเร็วปานกลาง หรือขนาด .357 แม็กนั่ม ที่มีความเร็วต้นถึง 1,500 ฟุตต่อวินาที สูงกว่าแรงปะทะของกระสุนขนาด .44 นิ้ว และ (2) ปืนสั้นแบบกึ่งอัตโนมัติ (Semi - automatic) ขนาดที่เป็นที่นิยมกัน ได้แก่ .22 นิ้ว .45 นิ้ว หรือขนาด 9 มม. และ 11 มม. เป็นต้น¹⁴

2.4 การควบคุมการออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนในประเทศไทย

2.4.1 หลักเกณฑ์การพิจารณาออกใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืน

พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ให้นายทะเบียนพิจารณาถึงเหตุผลความจำเป็นของผู้ขอใบอนุญาตเป็นราย ๆ ไปและให้พิจารณาถึงเหตุผลและความจำเป็นสำหรับการขออาวุธมีและใช้อาวุธปืน และเครื่องกระสุนปืน ไว้เพื่อสำหรับใช้ในการป้องกันตัวหรือทรัพย์สิน หรือในการกีฬา หรือยิงสัตว์ โดยใบอนุญาตนั้นให้ออกสำหรับอาวุธปืนแต่ละกระบอก โดยคำนึงถึงหลักสำคัญดังต่อไปนี้ (1) การขอใบอนุญาตไว้เพื่อป้องกันตัวและทรัพย์สิน (2) การขออาวุธมีอาวุธปืนไว้เพื่อการศึกษา (3) การขออาวุธมีไว้เพื่อยิงสัตว์ (4) การขออาวุธมีอาวุธปืนไว้เพื่อเก็บ

2.4.2 คุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาต

นายทะเบียนท้องที่ที่ต้องพิจารณาในคุณสมบัติเฉพาะบุคคลของผู้ขอใบอนุญาตว่าเป็นผู้ต้องห้ามออกใบอนุญาตตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 หรือไม่ และต้องสอบสวนถึงสภาพความเป็นอยู่หรือสิ่งแวดล้อมตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 674/2490 ประกอบการพิจารณาก่อนออกใบอนุญาต

2.4.3 ชนิดและขนาดของอาวุธปืนที่ขอรับใบอนุญาต

ให้นายทะเบียนท้องที่พิจารณาถึงฐานะและความจำเป็นของผู้ขอใบอนุญาตเป็นราย ๆ ไป โดยระลึกว่าการอนุญาตให้เอกชนมีอาวุธปืนนั้นเป็นการอนุญาตตามความในพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 มาตรา 9 โดยมีวัตถุประสงค์ให้ไว้เพื่อป้องกันตัวหรือทรัพย์สิน หรือในการกีฬา หรือในการยิงสัตว์เท่านั้น

2.4.4 การเก็บรักษาอาวุธปืน

พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ไม่ได้กำหนดเรื่องการเก็บรักษาอาวุธปืนไว้ชัดเจน โดยมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดให้นายทะเบียนท้องที่อาจจะ

¹⁴ นิเวศน์ เลาวพงศ์, อาวุธปืน (ประวัติและวิวัฒนาการ), หน้า 151-152.

กำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตว่าด้วยกำหนดเวลาการจำหน่าย การเก็บรักษาอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนก็ได้ตามสมควร โดยได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี จึงทำให้ในปัจจุบันการขอรับใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืน จึงไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีสถานที่เก็บรักษาอาวุธปืนก่อนขอรับใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืน แต่ในพระราชบัญญัติดังกล่าวปรากฏกรณีการขอใบอนุญาตทำ ซื่อ มี ไซ้ สิ่ง นำเข้า ค่า หรือจำหน่ายซึ่งวัตถุระเบิด ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 โดยให้นายทะเบียนท้องที่อาจกำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตว่าด้วยการเก็บรักษาวัตถุระเบิดได้ตามที่เห็นสมควร

2.4.5 อาวุธปืนสูญหายหรือถูกทำลาย

พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 มิได้บัญญัติเรื่องการต่ออายุใบอนุญาตประจำปีไว้เป็นการเฉพาะ กล่าวคือ เมื่อได้รับใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน (แบบ ป.4) ใบอนุญาตประจำปีก็จะอยู่ประจำอาวุธปืนกระบอกนั้นตลอดไป ยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้ (1) กรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้วถูกทำลายหรือสูญหายโดยเหตุใด ๆ (2) เมื่อใบอนุญาตสูญหายเป็นอันตราย หรือลบลื่อนอ่านไม่ออก

2.4.6 อายุใบอนุญาต

หมายความเฉพาะใบอนุญาตเกี่ยวกับอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนเท่านั้น โดยใบอนุญาตตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้แก่ ใบอนุญาตให้ทำ ซื่อ มี ไซ้ สิ่ง หรือนำเข้าซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้กำหนดใบอนุญาตเหล่านี้ไว้ดังนี้ (1) ใบอนุญาตให้ทำ มีอายุตลอดเวลาที่ผู้ได้รับใบอนุญาต (2) ใบอนุญาตให้ซื่ออาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืนมีอายุ 6 เดือนนับแต่วันออก (3) ใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนมีอายุตลอดเวลาที่ผู้รับใบอนุญาตเป็นเจ้าของอาวุธปืน (4) ใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนชั่วคราวมีอายุ 6 เดือนนับแต่วันออก (5) ใบอนุญาตให้สิ่งหรือนำเข้า มีอายุ 1 ปีนับแต่วันออก (6) ใบอนุญาตให้มีอาวุธปืนไว้เพื่อเก็บ มีอายุตลอดเวลาที่ผู้รับใบอนุญาตมีอาวุธปืนนั้นไว้เพื่อเก็บ (7) ใบอนุญาตให้มีอาวุธปืนติดตัว มีอายุ 1 ปีนับแต่วันออก¹⁵

¹⁵ สมพร พรหมพิทาธร, ย่อหลักกฎหมายปืน, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555), หน้า 28.

2.4.7 มาตรการลงโทษ

ความผิดตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ที่เกี่ยวกับใบอนุญาตมีและใช้อาวุธปืน ปรากฏในมาตรา 72 และมาตรา 72 ทวิ โดยแยกพิจารณาฐานความผิดตามมาตรา 72 ได้ดังนี้ (1) ฝ่าฝืนโดยการทำให้ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า ซึ่งอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่ (2) ฝ่าฝืนโดยการทำให้ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า ซึ่งส่วนหนึ่งส่วนใดของอาวุธปืนตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง (3) ฝ่าฝืนโดยการทำให้ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการมีเครื่องกระสุนปืน (4) ฝ่าฝืนโดยการทำให้ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า เกี่ยวกับอาวุธปืนที่เป็นของผู้อื่นที่ได้รับใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนตามกฎหมายแล้ว ผู้ฝ่าฝืนนำอาวุธปืนนั้นไปมีและใช้โดยตนเองไม่ได้รับใบอนุญาต (5) ฝ่าฝืนโดยการทำให้ มี ใช้ สั่ง หรือนำเข้า เกี่ยวกับการทำเครื่องกระสุนปืนที่ทำด้วยดินปืนมีควันสำหรับใช้เอง โดยไม่ได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนท้องที่ ตามมาตรา 23 (1) แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

สำหรับมาตรา 72 ทวิ ได้กำหนดฐานความผิดและโทษแก่ผู้ฝ่าฝืน ดังนี้ (1) ฝ่าฝืนมาตรา 58 ที่กำหนดให้ใบอนุญาตใช้ได้เฉพาะตัวผู้รับใบอนุญาต (2) ฝ่าฝืนมาตรา 58 โดยการโอนอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน หรือวัตถุระเบิด ให้แก่ผู้ที่ไม่ได้รับใบอนุญาต (3) ฝ่าฝืนมาตรา 65 กรณีผู้รับใบอนุญาตคนใดตกเป็นผู้ซึ่งจะออกใบอนุญาตให้ไม่ได้ และไม่แจ้งพฤติการณ์ที่ตนเองตกเป็นผู้ซึ่งออกใบอนุญาตให้ไม่ได้ และไม่ส่งมอบอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืน หรือวัตถุระเบิด และใบอนุญาตให้แก่นายทะเบียนท้องที่โดยไม่ชักช้า (4) ฝ่าฝืนมาตรา 65 วรรคสอง กรณีผู้รับใบอนุญาตเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเป็นคนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ และผู้อนุบาล ผู้พิทักษ์ หรือผู้ควบคุมดูแลผู้รับใบอนุญาต ไม่แจ้งพฤติการณ์ที่ผู้รับใบอนุญาตตกเป็นคนไร้ความสามารถ หรือเป็นคนเสมือนไร้ความสามารถ หรือเป็นคนวิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบและไม่ส่งมอบอาวุธปืนเครื่องกระสุนปืน หรือวัตถุระเบิด และใบอนุญาตให้แก่นายทะเบียนท้องที่โดยไม่ชักช้า

3. มาตรการควบคุมการออกใบอนุญาตอาวุธปืนสั้นในต่างประเทศ

3.1 วัตถุประสงค์ในการออกใบอนุญาต

กฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยคือ พระราชบัญญัติอาวุธปืน ค.ศ. 1968 (The Firearms Act 1968) โดยหลักการแล้วกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทย

จะกำหนดห้ามมิให้ประชาชนครอบครองอาวุธปืน แต่เนื่องจากประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษที่ดำรงการล่าสัตว์เพื่อเป็นอาหารและการล่าสัตว์เพื่อการกีฬารวมทั้งเพื่อใช้ในระบบศุภสัตว์ขนาดใหญ่ จึงจำเป็นต้องมีการใช้อาวุธปืนเพื่อการดังกล่าว ดังนั้นวัตถุประสงค์ของการมีและการใช้อาวุธปืนของประเทศอังกฤษจึงสอดคล้องกับธรรมชาติและจารีตประเพณีของประเทศ โดยรัฐอนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืนสำหรับวัตถุประสงค์เพื่อการล่าสัตว์หรือฆ่าสัตว์ หรือใช้ในการยิงสัตว์ที่รบกวน เพื่อใช้ในการแข่งขันกีฬา หรือเพื่อใช้ในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องด้วยการให้สัญญาเริ่มการแข่งขันทางการกีฬา และเพื่อเก็บเป็นที่ระลึกจากสงคราม สำหรับอาวุธปืนสั้นที่มีลำกล้องขนาดเล็ก จะออกใบอนุญาตให้เพื่อการช้อมยิงเป่าในสโมสรเท่านั้น¹⁶

ในขณะที่ประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่ยังคงใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติควบคุมอาวุธปืน ค.ศ. 1968 (The Gun Control Act 1968) เป็นกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของรัฐบาลกลาง โดยในการควบคุมอาวุธปืนของประเทศสหรัฐอเมริกาภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่สอง (The Second Amendment; Amendment II) เพื่อสนับสนุนการบังคับใช้กฎหมายกลาง กฎหมายมลรัฐ และกฎหมายท้องถิ่น โดยกฎหมายของแต่ละมลรัฐจะใช้บังคับเฉพาะมลรัฐเท่านั้น ซึ่งไม่ครอบคลุมในมลรัฐอื่น โดยกฎหมายแห่งมลรัฐจะต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระที่ไม่จำเป็นหรือเพิ่มข้อจำกัด กีดกันหรือจัดเก็บภาษีแก่ประชาชนในการมีและใช้อาวุธปืนเพื่อวัตถุประสงค์ในการล่าสัตว์ การกีฬา การป้องกันตัว หรือกิจกรรมอื่นที่ชอบด้วยกฎหมาย¹⁷

สำหรับกฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 (Firearm and Sword Possession Control Law 1958) ของประเทศญี่ปุ่น ภายหลังสงครามโลกในปี ค.ศ. 1945 ฝ่ายสัมพันธมิตรได้รับชัยชนะเหนือประเทศญี่ปุ่น และได้ปลดอาวุธทหารญี่ปุ่นและห้ามมิให้ประชาชนญี่ปุ่นครอบครองอาวุธปืนและดาบทุกประเภท จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1950 รัฐบาลได้ออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ เพื่อควบคุมการครอบครองอาวุธปืนของพลเรือน เว้นแต่การครอบครอง

¹⁶ สวนิต สดงคุณห์, ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 129-130.

¹⁷ The Gun Control Act 1968, Section 101 Purpose

เพื่อการล่าสัตว์โดยได้มีการออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ และได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1958 ได้มีการประกาศ Firearm and Sword Possession Control Law 1958 ขึ้น โดยมีมุ่งหมายเพื่อป้องกันอันตรายต่อชีวิตและร่างกายจากอาวุธปืนและดาบ โดยครอบคลุมอาวุธปืนของเจ้าหน้าที่รัฐ ตลอดจนพลเรือน ที่จะอนุญาตให้ครอบครองเพื่อวัตถุประสงค์ในการล่าสัตว์ และเพื่อการศึกษาเท่านั้น การอนุญาตให้พลเรือนมีอาวุธปืนสั้นหรือปืนพก ในประเทศญี่ปุ่นจะพิจารณาอนุญาตให้เฉพาะเพื่อใช้ในการแข่งขันยิงปืนพกสำหรับนักกีฬาที่เข้าร่วมการแข่งขันยิงปืนพกในการแข่งขันกีฬาระดับนานาชาติ หรือใช้เป็นสัญญาเริ่มต้นในการแข่งขันกีฬา หรือใช้ในการแสดงละคร หรือการจัดแสดงเท่านั้น¹⁸

3.2 ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต

ในประเทศอังกฤษ การพิจารณาออกใบอนุญาตมีอาวุธปืนจะกำหนดด้วยชนิดและขนาดของอาวุธปืน โดยผู้มีอำนาจพิจารณาออกใบอนุญาตอาวุธปืนทั่วไปคือ หัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจ หากเป็นอาวุธปืนที่มีความร้ายแรงและมีลักษณะเป็นอาวุธต้องห้ามตามที่กฎหมายกำหนด นอกเหนือจากอาวุธเพื่อการศึกษา ผู้มีอำนาจพิจารณาคือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย¹⁹ โดยในประเทศอังกฤษไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืนสั้นหรือปืนพกอย่างเด็ดขาด เว้นแต่สำหรับเพื่อการช่อมยิงเป้าในสโมสรเท่านั้น หากพบว่ามี การดัดแปลงอาวุธปืน โดยการลดขนาดลำกล้องของอาวุธปืนประเภท Smooth - bore ให้มีขนาดสั้นกว่า 24 นิ้ว ถือเป็นความผิดตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ²⁰

สำหรับประเทศสหรัฐอเมริกา การพิจารณาออกใบอนุญาตให้ประชาชนครอบครองอาวุธปืนนั้น ต้องพิจารณาตามบทบัญญัติมาตรา 923 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาวุธปืน ค.ศ. 1968 ที่ได้กำหนดอำนาจในการพิจารณาอนุญาตคือ อัยการสูงสุด โดยอัยการสูงสุด

¹⁸ Library of Congress, *Firearms-Control Legislation & Policy* [Online], 23 August 2022. Source: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/lglrd/2013417226/2013417226.pdf>

¹⁹ สวนิต สดงคุณห์, ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ, หน้า 132.

²⁰ Firearm (Amendment) Act 1988, Section 6 (1)

มีอำนาจการพิจารณาใบอนุญาต รวมถึงการพิจารณาอนุญาตให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้แทนจำหน่ายและเป็นผู้นำเข้าอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศด้วย²¹

ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย การพิจารณาออกใบอนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืน เป็นอำนาจของกระทรวงยุติธรรมแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย (The California Department of Justice; DOJ)²² ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่น ผู้มีอำนาจพิจารณาออกใบอนุญาตคือ คณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัด²³

3.3 คุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาต

ประเทศอังกฤษได้กำหนดคุณสมบัติให้ผู้ขอใบอนุญาตอาวุธปืนจะต้องเป็นผู้มีเหตุผลที่ดีและมีเหตุผลอันสมควรเชื่อ โดยต้องแสดงเหตุผลว่า ผู้ขออนุญาตเป็นผู้มีความจำเป็นในการนำอาวุธปืนไปใช้ในการกีฬาหรือแข่งขัน หรือยิงสัตว์ และจะต้องไม่เป็นผู้เคยถูกปฏิเสธคำขอใบอนุญาตเนื่องจากผู้ขออนุญาตจงใจที่ไม่ใช้ปืนด้วยตนเองหรือให้ผู้อื่นยืม²⁴ เช่นเดียวกับกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (Penal Code of California) ที่กำหนดให้ผู้ขอใบอนุญาตต้องเป็นผู้มีเหตุผลที่ดีในการขอซื้ออาวุธปืนเช่นเดียวกัน²⁵

จะเห็นได้ว่ากฎหมายควบคุมอาวุธปืนในประเทศอังกฤษและมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องแสดงเหตุผลความจำเป็นอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ขออนุญาตประสงค์มีอาวุธปืนเพื่อใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายได้ให้ผู้ขอใบอนุญาตให้มีอำนาจสอบสวนและแสวงหาข้อเท็จจริง เพื่อประกอบการพิจารณาว่า บุคคลดังกล่าวเป็นผู้มีความเหมาะสมหรือมีเหตุผลเพียงพอหรือไม่ ก่อนพิจารณาออกใบอนุญาต

ข้อแตกต่างอีกประการคือ ด้วยมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นรัฐที่มีความเข้มงวดเรื่องการครอบครองอาวุธปืนแห่งหนึ่งของประเทศสหรัฐอเมริกา กฎหมายควบคุมอาวุธปืนกำหนดให้ผู้ขอใบอนุญาตต้องได้รับใบรับรองความปลอดภัยของอาวุธปืนก่อน กล่าวคือ ผู้ขออนุญาตที่ซื้อ

²¹ The Gun Control Act 1968, Section 923 Licensing

²² The Penal code of California, Section 30105

²³ Firearm and Sword Possession Control Law 1958, Article 5

²⁴ สวนิต สดงคุณห์, ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ, หน้า 131.

²⁵ The Penal code of California, Section 26155

อาวุธปืนในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จะต้องผ่านการทดสอบข้อเขียนอย่างน้อยร้อยละ 75 ตามวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาวุธปืนและข้อกำหนดด้านความปลอดภัย โดยอาจารย์ผู้สอนที่ผ่านการรับรองจากกระทรวงยุติธรรมแห่งรัฐแคลิฟอร์เนีย (The California Department of Justice; DOJ) ก่อนที่จะขออนุญาตซื้ออาวุธปืนจากตัวแทนจำหน่าย (Dealer)²⁶

สำหรับกฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 (Firearm and Sword Possession Control Law 1958) ของประเทศญี่ปุ่น ได้กำหนดไว้ในมาตรา 5 โดยกำหนดว่าต้องไม่เป็นผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 และยังไม่พ้นกำหนดเวลาห้าปีนับจากวันที่มีคำพิพากษาถึงที่สุด ซึ่งปรากฏการจำกัดสิทธิการมีอาวุธปืนบางประการของผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายควบคุมอาวุธปืน โดยมองว่ามาตรการควบคุมอาวุธปืน แม้จะกระทบสิทธิผู้ที่จะมีอาวุธปืน แต่ปืนเป็นอาวุธที่มีความอันตราย และอาจสร้างความไม่ปลอดภัยให้แก่สาธารณชน

3.4 กำหนดอายุใบอนุญาต

ประเทศอังกฤษได้กำหนดให้อายุใบอนุญาตแต่ละประเภทเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต โดยที่หัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจจะเป็นผู้กำหนด²⁷ ส่วนในประเทศญี่ปุ่น กฎหมายกำหนดอายุใบอนุญาตเป็นเวลา 3 ปี นับจากวันที่ได้รับอนุญาต²⁸ ซึ่งประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น เป็นประเทศที่มีการควบคุมอาวุธปืนอย่างเข้มงวด เจตนาารมณ์เพื่อคุ้มครองประชาชนให้พ้นอันตรายจากอาวุธปืน จึงไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืน เพราะเกรงว่าจะนำอาวุธปืนไปก่ออาชญากรรม ดังนั้น การกำหนดอายุใบอนุญาตอาวุธปืน จึงเป็นมาตรการควบคุมเพื่อการตรวจสอบอาวุธปืนภายหลังที่ผู้ขอได้รับใบอนุญาตแล้ว และอาจส่งผลดีต่อการควบคุมอาวุธปืนได้

3.5 การเก็บรักษาอาวุธปืน

ประเทศอังกฤษเป็นประเทศที่มีกฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่เข้มงวด การขอใบอนุญาตอาวุธปืนเป็นเรื่องที่ยากมาก รัฐไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืนแบบเสรีเหมือนกับประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากรัฐให้ความสำคัญต่อความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนในประเทศ ฉะนั้น ผู้ขออนุญาตจะต้องรับผิดชอบอาวุธปืนของตนเอง โดยใช้ความระมัดระวัง

²⁶ The Penal code of California, Section 31645

²⁷ Firearm (Amendment) Act 1988, Section 3

²⁸ Firearm and Sword Possession Control Law 1958, Article 7-2

อย่างมากในการรักษาอาวุธปืน เพราะหากทำให้อาวุธปืนสูญหายหรือถูกลักขโมย กฎหมายของประเทศอังกฤษถือว่าเป็นความผิด เจ้าของอาวุธปืนต้องรับโทษตามกฎหมาย ตลอดจนกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ทะเลาะเลยไม่ดูแลเก็บรักษาอาวุธปืนให้ดี หรือไม่ระมัดระวังในการเก็บรักษาอาวุธปืนโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติแม่บท (The Firearms Act 1968)²⁹

จากการศึกษากฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศอังกฤษพบว่า กฎหมายกำหนดให้หัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาต และมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างอิสระในการตรวจสอบความเหมาะสมและความจำเป็นของผู้ขอใบอนุญาตอาวุธปืน โดยพิจารณาถึงความจำเป็นในการมีและใช้อาวุธปืนเป็นสำคัญ การที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งจะซื้ออาวุธปืน ย่อมทราบดีว่าอาวุธปืนนั้นเป็นสิ่งอันตราย การจะมีไว้ครอบครองย่อมต้องมีสถานที่เก็บรักษาหรือต้องเก็บรักษาให้เกิดความปลอดภัยมากที่สุด ประกอบกับกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศอังกฤษได้กำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ที่ไม่ใช้ความระมัดระวังในการเก็บรักษาอาวุธปืนไว้ ผู้ซื้ออาวุธปืนย่อมตระหนักดีว่าจะต้องมีความรับผิดชอบอย่างสูงสุดในการรักษาอาวุธปืน ก่อนที่จะตัดสินใจยื่นขอใบอนุญาตมีอาวุธปืนต่อหัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจ ที่ต้องพิจารณาถึงความสำคัญในการเก็บรักษาอาวุธปืน เพื่อป้องกันอันตรายแก่ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ มาตรการก่อนออกใบอนุญาตดังกล่าวจึงมีความน่าสนใจว่า หากนำมาปรับใช้กับมาตรการในการออกใบอนุญาตอาวุธปืนของประเทศไทย อาจทำให้ระบบการพิจารณาออกใบอนุญาตอาวุธปืนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดมาตรการความปลอดภัยของอาวุธปืนซึ่งมีส่วนความสำคัญต่อความปลอดภัยประชาชนในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เพื่อไม่ให้มีอุบัติเหตุจากอาวุธปืนเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอุบัติเหตุจากอาวุธปืนที่เกี่ยวข้องกับเด็ก เช่น มีการเข้าถึงอาวุธปืนที่เก็บไว้ในบ้าน ทำให้เกิดการบาดเจ็บและเสียชีวิตของเด็กโดยไม่ตั้งใจ โดยที่เจ้าของอาวุธปืนจะต้องมีความรับผิดชอบต่อความปลอดภัยในอาวุธปืนของตน มาตรการจัดเก็บอาวุธปืนของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงได้กำหนดการจัดเก็บอาวุธปืนเพื่อป้องกันการเข้าถึงอาวุธปืนไว้ โดยกำหนดให้เก็บรักษาไว้ในภาชนะปิดล็อกหรือในสถานที่

²⁹ วิชาญ น้อยโต, มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืนตามกฎหมายอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557), หน้า 60.

ของบุคคลที่มีความเหมาะสมและเชื่อว่าปลอดภัย หรือเก็บไว้กับตัวเจ้าของหรืออยู่ในที่ใกล้กับเจ้าของ โดยให้ถือว่าเป็นการเก็บไว้กับตัว³⁰ หรือถูกลี้ภัยด้วยอุปกรณ์ลี้ภัยตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 16860 ของประมวลกฎหมายอาญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ให้คำนิยาม “อุปกรณ์ลี้ภัย” หมายถึง อุปกรณ์ที่ออกแบบมาเพื่อป้องกันไม่ให้อาวุธปืนทำงาน และเมื่อนำไปใช้กับอาวุธปืน ทำให้อาวุธปืนนั้นไม่สามารถใช้งานได้ เช่น ทริกเกอร์ล็อคอาวุธปืน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดโทษสำหรับเจ้าของอาวุธปืน หากปล่อยปลดละเลยเก็บอาวุธปืนไว้ในที่อยู่อาศัย อาคาร ยานพาหนะ หรือเครื่องบินอย่างไม่ปลอดภัย ไม่ว่าจะมีคนหรือไม่มีคนอยู่ในที่อยู่อาศัย ในอาคาร หรือในยานพาหนะ ก็ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสามปี³¹

สำหรับมาตรการเก็บรักษาอาวุธปืนของประเทศญี่ปุ่น กฎหมายกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีอาวุธปืน จะต้องจัดเก็บรักษาอาวุธปืน อุปกรณ์ชิ้นส่วนของอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนในสถานที่ที่รัฐบาลกำหนด โดยอาวุธปืนต้องเก็บไว้ในตู้เก็บปืนที่ได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัด และจะต้องแยกเก็บเครื่องกระสุนปืนออกจากอาวุธปืน โดยจะต้องแจ้งสถานที่เก็บรักษาอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนให้คณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัดทราบ หากผู้ได้รับใบอนุญาตเห็นว่าเพื่อความจำเป็นในการป้องกันการโจรกรรมหรืออันตรายอื่น ๆ เช่น การเข้าถึงอาวุธปืนของบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของอาวุธปืน อาจมอบให้ผู้จำหน่ายอาวุธปืน หรือบริษัทจัดเก็บอาวุธปืนล่าสัตว์ เก็บรักษาอาวุธปืนที่ใช้สำหรับล่าสัตว์หรือปืนลมได้ โดยให้แจ้งที่คณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัดที่บริษัทผู้จำหน่ายอาวุธปืนตั้งอยู่ทราบ หากคณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัดพิจารณาแล้วเห็นว่า การจัดเตรียมสิ่งอำนวยความสะดวกและวิธีการจัดเก็บอาวุธปืนไม่เป็นไปตามมาตรฐาน หรือเห็นว่ายังไม่มีความปลอดภัยต่อสาธารณะ อาจสั่งบริษัทฯ ปรับปรุงสิ่งอำนวยความสะดวกหรือวิธีการจัดเก็บภายในระยะเวลาที่กำหนดและอาจสั่งให้ดำเนินมาตรการใด ๆ ที่จำเป็นสำหรับการป้องกันอันตรายได้³²

การพิจารณาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเก็บรักษาอาวุธปืน หลายประเทศได้กำหนดให้ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตได้พิจารณาถึงความเหมาะสมของการเก็บรักษาอาวุธปืน เช่น การ

³⁰ The Penal code of California, Section 25100

³¹ The Penal code of California, Section 26100

³² Firearm and Sword Possession Control Law 1958, Article 10-8

เก็บรักษาอาวุธปืนไว้ในบ้าน หากเป็นอาวุธปืนสั้นหรือปืนพก ในการเก็บรักษาจะต้องพิจารณาถึงความปลอดภัยและความเหมาะสมอย่างมาก เนื่องจากอาวุธปืนสั้นมีขนาดเล็กและหยิบฉวยได้สะดวก การเก็บไว้ในอุปกรณ์ปิดล็อกที่ป้องกันการเข้าถึงอาวุธปืนได้โดยง่าย เช่น ในตู้เซฟ โดยเก็บให้พ้นมือเด็ก ก็ถือว่าปลอดภัยและมีความเหมาะสม

3.6 อาวุธปืนสูญหายหรือถูกลักขโมย

ประเทศอังกฤษได้กำหนดหน้าที่ให้เจ้าของอาวุธปืนต้องรายงานการสูญหายหรือถูกลักขโมยอาวุธปืนต่อเจ้าพนักงานตำรวจในท้องที่โดยเร็ว หากไม่รายงานดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดความรับผิดสำหรับผู้เป็นเจ้าของอาวุธปืน โดยต้องถูกลงโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินระดับห้า หรือทั้งจำทั้งปรับ³³

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้กำหนดการแจ้งการสูญหายหรือถูกลักขโมยอาวุธปืนให้เป็นที่ไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ โดยมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้ผู้เป็นเจ้าของอาวุธปืนแจ้งการสูญหายหรือถูกขโมยต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในท้องที่ที่มีการขโมยหรือสูญหายภายในห้าวันนับแต่ที่รู้หรือควรรู้ หากเจ้าของอาวุธปืนไม่แจ้งการสูญหายหรือถูกลักขโมยดังกล่าว ถือว่าเป็นความผิดทางอาญา³⁴

สำหรับประเทศญี่ปุ่น กฎหมายควบคุมอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 ได้กำหนดแนวทางสำหรับกรณีที่อาวุธปืนสูญหายหรือถูกลักขโมย ซึ่งอาจเป็นเหตุให้บุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของอาวุธปืนเข้าครอบครองอาวุธปืนนั้น โดยกำหนดไว้ในมาตรา 23-2 กรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตสูญหายหรือถูกลักขโมยจะต้องรายงานข้อเท็จจริงนั้นต่อสถานีตำรวจที่ใกล้ที่สุดโดยทันที

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดหน้าที่ของผู้ที่พบหรือครอบครองอาวุธปืนของบุคคลอื่นไว้ในมาตรา 23 โดยกำหนดให้ผู้พบหรือครอบครองอาวุธปืนที่ไม่ใช่ของตน กรณีอาวุธปืนที่ครอบครองสูญหายหรือถูกลักขโมย จะต้องรีบแจ้งเจ้าพนักงานตำรวจ ณ สถานีตำรวจที่ใกล้ที่สุดทราบโดยเร็ว

จากความแตกต่างของการกำหนดระยะเวลาในการแจ้งของแต่ละประเทศดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า อาวุธปืนเป็นสิ่งที่อันตราย หากมีการเข้าถึงอาวุธได้โดยมิชอบแล้ว ย่อมก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยต่อสาธารณชน การที่อาวุธปืนต้องสูญหายหรือถูกลักขโมยไป

³³ Firearm (Amendment) Act 1988, Section 14-1

³⁴ The Penal code of California, Section 25265

ถือเป็นเรื่องที่อันตรายอย่างยิ่ง หากอาวุธปืนตกอยู่ในมือของอาชญากร ย่อมก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยของประชาชน จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่การรายงานหรือแจ้งการสูญหายหรือการลักขโมยอาวุธปืนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐทราบโดยทันที การที่กฎหมายได้กำหนดระยะเวลาให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาวุธปืน แจ้งการสูญหายหรือถูกลักขโมยดังกล่าว เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาวุธปืนจะต้องแสดงเหตุผลอย่างเพียงพอและน่าเชื่อถือด้วยว่าเพราะเหตุใดจึงแจ้งการสูญหายหรือถูกลักขโมยอาวุธปืน ดังนั้น การกำหนดหน้าที่ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาวุธปืนแจ้งการสูญหายหรือถูกลักขโมยของประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสม

ตาราง

เปรียบเทียบสาระสำคัญของมาตรการควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยและต่างประเทศ

ประเทศ/มลรัฐ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
กฎหมายควบคุมอาวุธปืน	พ.ร.บ.อาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490	1. The Firearms Act 1968 2. Firearm (Amendment) Act 1988 3. Firearm (Amendment) Act 1997	The Gun Control Act 1968	Firearm and Sword Possession Control Law 1958	Penal Code of California
วัตถุประสงค์	1. เพื่อการล่าสัตว์ 2. เพื่อการกีฬา 3. เพื่อการป้องกันตัวหรือทรัพย์สิน 4. เพื่อเก็บสะสม	1. เพื่อการล่าสัตว์ 2. เพื่อการกีฬา 3. เพื่อการป้องกันตัว 4. เพื่อใช้เป็นทรัพย์สิน	1. เพื่อการล่าสัตว์ 2. เพื่อการกีฬา 3. เพื่อการป้องกันตัว 4. เพื่อประกอบกิจกรรมอื่นที่ชอบด้วยกฎหมาย	1. เพื่อการล่าสัตว์ 2. เพื่อการช่วยเหลือชีวิต 3. เพื่อใช้ในการวิจัยหรือการทดสอบ 4. เพื่อการกีฬา 5. เพื่อใช้เป็นสัญญาณเริ่มต้นในการแข่งขันกีฬา 6. เพื่อใช้ในการแสดง 7. เพื่อแสดงในงานนิทรรศการ 8. เพื่อจัดแสดงให้ประชาชนเข้าชมในพิพิธภัณฑ์	1. เพื่อการป้องกันตัว 2. เพื่อการป้องกันทรัพย์สิน

ตาราง (ต่อ)

ประเทศ/มลรัฐ สาระสำคัญ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
คุณสมบัติ/ลักษณะต้องห้าม	<ol style="list-style-type: none"> มีอายุไม่น้อยกว่า 20 ปี บริบูรณ์ บุคคลต้องโทษจำคุกสำหรับความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา บุคคลต้องโทษจำคุกเพราะฝ่าฝืน พ.ร.บ.อาวุธปืนฯ บุคคลต้องโทษจำคุกตั้งแต่สองครั้งขึ้นไปในระหว่างห้าปีนับย้อนขึ้นไปนับแต่วันขอ บุคคลไม่สามารถใช้อาวุธปืนได้เพราะกฏการหรือทุพพลภาพ 	<ol style="list-style-type: none"> เป็นบุคคลมีอาวุธปืนเป็นเครื่องมือล่าสัตว์ เป็นบุคคลมีอาวุธปืนที่ใช้สำหรับล่าสัตว์ เป็นบุคคลมีปืนลูกซอง เพื่อใช้ในการยิงสัตว์ที่รบกวน เป็นบุคคลมีอาวุธปืนเพื่อใช้ในการแข่งขันกีฬา เป็นบุคคลมีอาวุธปืนเพื่อใช้เป็นกระสุนจากสงคราม เป็นบุคคลที่มีอาวุธปืน ซึ่งได้ผลิตก่อนวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1919 	<ol style="list-style-type: none"> มีอายุตั้งแต่ 21 ปีขึ้นไป ไม่เป็นผู้ถูกห้ามไม่ให้ขนส่งหรือรับอาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน ระหว่างรัฐหรือระหว่างประเทศ ไม่เป็นผู้ที่มีความฝ่าฝืนข้อบังคับใด ๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ไม่เป็นผู้ที่เคยปกปิดข้อมูลกรณีที่มีเจ้าหน้าที่ร้องขอทราบหรือให้ข้อเท็จจริงเท็จ ผู้ขออนุญาตต้องมีสถานประกอบการ 	<ol style="list-style-type: none"> มีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี บริบูรณ์ ไม่เป็นผู้ที่มีความผิดปกติทางจิต หรือติดยาเสพติดให้โทษ หรือเป็นโรคพิษสุราเรื้อรัง ไม่เป็นผู้ที่ไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง ไม่เป็นผู้ที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน ยังไม่พ้นกำหนดเวลาห้าปี นับแต่วันที่มีคำสั่งเพิกถอน 	<ol style="list-style-type: none"> มีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี สำหรับซื้อปืนยาว (ปืนไรเฟิล หรือปืนลูกซอง) และมีอายุไม่น้อยกว่า 21 ปี สำหรับซื้อปืนพก (ปืนพกหรือปืนพกลูกไม้) เป็นผู้มีถิ่นพำนักในรัฐแคลิฟอร์เนีย เป็นผู้มีเหตุผลที่ดีในการซื้ออาวุธปืน เป็นผู้มีใบอนุญาตใบขับขีหรือบัตรประจำตัวที่ออกโดยกรมการขนส่งรัฐแคลิฟอร์เนีย มีใบรับรองความปลอดภัยของอาวุธปืน

ตาราง (ต่อ)

ประเทศ/มลรัฐ สาระสำคัญ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
คุณสมบัติ/ลักษณะต้องห้าม (ต่อ)	6. บุคคลไร้ความสามารถหรือ เป็นคนเสมือนไร้ ความสามารถหรือเป็นคน วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ 7. บุคคลไม่มีอาชีพและรายได้ 8. บุคคลไม่มีที่อยู่เป็นหลักแหล่ง 9. บุคคลมีความประพฤติชั่ว อย่างร้ายแรง	7. เป็นบุคคลที่มีอาวุธปืนหรือ เครื่องกระสุนใด 8. เป็นผู้มีเหตุผลที่ดีและมี เหตุผลอันสมควรเชื่อ	6. เป็นผู้กระทำความผิดในฐาน ความผิดจำหน่ายหรือจัดหา อาวุธปืนหรือเครื่องกระสุนปืน 7. เป็นผู้ถูกศาลพิพากษาว่า มีความผิดในความผิดซึ่งมีโทษ จำคุกเกินกว่า 1 ปี 8. เป็นผู้หลบหนีคดี 9. เป็นผู้ใช้สารควบคุมอย่างผิด กฎหมายหรือติดสารควบคุม 10. เป็นผู้ผิดปกติทางจิต 11. เป็นบุคคลต่างด้าวเข้าเมือง ผิดกฎหมาย 12. เป็นผู้ถูกปลดจากทหาร ประจำการ 13. เป็นผู้ถูกประกาศถอน สัญชาติสหรัฐอเมริกา	5. ไม่เป็นผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ควบคุมอาวุธปืนและดาบ ค.ศ. 1958 และยังไม่พ้น กำหนดเวลาห้าปีนับจากรวันที่ มีคำพิพากษาถึงที่สุด 6. ไม่เป็นผู้ซึ่งกระทำการฝ่าฝืน มาตรา 2 วรรคสอง และเป็น ผู้ที่ได้รับโทษหนักกว่าโทษ ปรับและยังไม่พ้นกำหนดเวลา ห้าปีนับจากรวันที่มี คำพิพากษาถึงที่สุด 7. เป็นผู้ที่มีพฤติกรรมเหมาะสม และเรียบร้อย หรือ ไม่เกี่ยวข้องกับกระทำความผิด ทางอาญา	6. เป็นผู้ที่ถูกตัดสินว่ามีความผิด ทางอาญา 7. เป็นผู้กระทำความผิดตั้งแต่ สองคนขึ้นไป ในข้อหาฝ่าฝืน ประมวลกฎหมายอาญา 417 8. เป็นผู้ที่ถูกตัดสินว่าเป็น ผู้กระทำความผิดทางเพศและ เป็นผู้มีความผิดปกติทางจิต 8. เป็นผู้มีความบกพร่อง ความสามารถทางจิต

ตาราง (ต่อ)

ประเทศ/มลรัฐ สาระสำคัญ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
คุณสมบัติลักษณะต้องห้าม (ต่อ)			14. เป็นผู้ที่ถูกศาลสั่งไม่ให้ เข้าใกล้และเกี่ยวข้องกับ	8. ไม่เป็นผู้ที่เกี่ยวข้องกับ ความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น ในบ้านเมืองหรือมีความ ประพฤติที่อาจเป็นอันตราย ต่อชีวิตหรือทรัพย์สินของผู้อื่น หรือความปลอดภัยของ ประชาชน	
ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาต	1. กทม. คือ อธิบดีกรม การปกครอง 2. จังหวัด คือ ผู้ว่าราชการจังหวัด 3. อำเภอ คือ นายอำเภอ	1. กรมทั่วไป - หัวหน้า เจ้าพนักงานตำรวจ 2. กรมตำรวจป็นที่มีความร้ายแรง - รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงมหาดไทย	อัยการสูงสุด	คณะกรรมการความปลอดภัย สาธารณะประจำจังหวัด	กระทรวงยุติธรรมแห่งรัฐ แคลิฟอร์เนีย (The California Department of Justice (DOJ))
กำหนดอายุใบอนุญาต	มีอายุตลอดเวลาที่ผู้รับใบอนุญาต เป็นเจ้าของอาวุธปืนนั้น (มาตรา 23 (3))	กำหนดอายุใบอนุญาตแต่ละ ประเภทเป็นไปตามที่กำหนดใน ใบอนุญาต	1. กรณีเป็นผู้ผลิต นำเข้า ตัวแทน จำหน่าย หรือนักสะสม มีอายุ 1 ปี (มาตรา 923(a)) 2. กรณีทั่วไป - เป็นไปตาม กฎหมายของแต่ละมลรัฐ	ใบอนุญาตมีอายุ 3 ปี หลังจาก วันที่ได้รับอนุญาต	มีอายุตลอดเวลาที่ผู้รับใบอนุญาต เป็นเจ้าของอาวุธปืนนั้น

ตาราง (ต่อ)

ประเทศ/มลรัฐ สาระสำคัญ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
การเก็บรักษาอาวุธปืน	นายทะเบียนต้องที่กำหนดเงื่อนไข ใบอนุญาต เช่น การเก็บรักษา การจำหน่าย โดยได้รับอนุมัติจาก รัฐมนตรี (มาตรา 27)	กำหนดให้ผู้ประมวล ผู้ทักหา หรือ ผู้เก็บรักษากระสุนปืนในการเก็บ รักษาอาวุธปืนและกระสุนปืน เพื่อป้องกันการเข้าถึงอาวุธปืน ของบริวาร หากอาวุธปืนสูญหาย หรือถูกขโมยโดยไม่ระมัดระวัง จะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของ กฎหมาย	กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมาย ของแต่ละมลรัฐ	1. อาวุธปืนต้องเก็บไว้ในผู้เก็บปืน ที่ได้รับใบอนุญาตจาก คณะกรรมการความปลอดภัย สาธารณะประจำจังหวัด (มาตรา 10-5) 2. อาจมอบให้ผู้จำหน่ายอาวุธปืน เป็นผู้เก็บรักษาอาวุธปืนที่ใช้ สำหรับล่าสัตว์หรือปืนลม (มาตรา 10-8) 3. ต้องรายงานการจัดเก็บ อาวุธปืน	1. ต้องเก็บอาวุธปืนในสถานที่ ซึ่งป้องกันเข้าถึงอาวุธปืนได้ โดยเด็ก 2. อาวุธปืนต้องถูกเก็บไว้ใน ภาชนะปิดล็อกหรือในสถานที่ ของบุคคลที่มีเหมาะสมและ เชื่อว่าปลอดภัย 3. อาวุธปืนถูกเก็บไว้กับตัว เจ้าของหรืออยู่ในที่ใกล้กับ เจ้าของ สำหรับใช้อาวุธปืน ดังกล่าวได้ เสมือนถือไว้กับตัว 4. อาวุธปืนถูกถือด้วยอุปกรณ์ ล็อกตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 16800 ซึ่งทำให้ปืนใช้งานไม่ได้ (มาตรา 25105)

ตาราง (ต่อ)

ประเทศ/มลรัฐ	ประเทศไทย	ประเทศอังกฤษ	ประเทศสหรัฐอเมริกา	ประเทศญี่ปุ่น	มลรัฐแคลิฟอร์เนีย
ฮาวอีนสูงสุด/ถูกขโมย	กรณีฮาวอีนถูกทำลายหรือสูญหาย ให้ผู้รับใบอนุญาตแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ ภายใน 15 วัน นับแต่วันทราบเหตุ (มาตรา 21)	กรณีฮาวอีนสูญหาย หรือถูกขโมย ให้ผู้รับใบอนุญาตรายงานต่อหัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจ ในท้องที่โดยเร็ว หากไม่รายงาน จะถูกลงโทษตามบทบัญญัติของกฎหมาย	กำหนดเป็นไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ	1. กรณีฮาวอีนสูญหายหรือถูกขโมยต้องรายงานข้อเท็จจริงให้ตำรวจทราบทันที (มาตรา 23-2) 2. ผู้ที่พบหรือครอบครองฮาวอีนที่ไม่ใช่ของตน ต้องรีบแจ้งตำรวจที่ใกล้ที่สุดทราบโดยเร็ว (มาตรา 23)	ให้ผู้เป็นเจ้าของฮาวอีนแจ้งการสูญหายหรือถูกขโมยต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายในท้องที่ที่มีการขโมยหรือสูญหายภายใน 5 วัน นับแต่ที่รู้หรือควรรู้
มาตรการลงโทษ (ทั้งรักษา, สูญหาย, ถูกขโมย)	ไม่มี	1. ไม่รายงานเมื่อมีฮาวอีนสูญหายหรือถูกขโมย ต้องลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกินระดับ 5 หรือทั้งจำทั้งปรับ 2. ละเลยไม่ดูแลเก็บรักษาฮาวอีนให้ดี ต้องถูกลงโทษ ตามมาตรา 9 (1)	เป็นไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ	ผู้ใดฝ่าฝืนในการดำเนินการจัดเก็บพื้นที่จัดเตรียมไว้ให้เป็นไปตามมาตรฐานของสิ่งอำนวยความสะดวกและวิธีการที่กำหนดโดยคำสั่งคณะรัฐมนตรีต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 200,000 เยน (มาตรา 35)	1. ปลอยฮาวอีนไว้ในที่อยู่อาศัย อาคาร ยานพาหนะ เครื่องบิน ฝ่าฝืนจำคุกไม่เกินสามปี (มาตรา 246) 2. ปลอยฮาวอีนไว้ในที่เครื่องบินหรืออาคารหรือที่อยู่อาศัยที่ไม่มีคน ฝ่าฝืนจำคุกไม่เกิน 3 ปี (มาตรา 247) 3. ถ้าเป็นถูกขโมยไปและบุคคลนั้นรู้หรือมีเหตุอันควรรู้ว่าถูกขโมยไปเป็นความผิดทางอาญา

4. สภาพปัญหาตามพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

4.1 ปัญหาการออกใบอนุญาตอาวุธปืน

พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้กำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตอาวุธปืนมีหน้าที่ในการยื่นคำขอ (แบบ ป.1) พร้อมทั้งเอกสารหลักฐานต่าง ๆ มาแสดงต่อนายทะเบียนท้องที่ที่ผู้ขอมีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน เพื่อประกอบการยื่นยืนยันคุณสมบัติของผู้ขออนุญาต เช่น หลักฐานการประกอบอาชีพและรายได้ หลักฐานภูมิลำเนาถิ่นที่อยู่และบัตรประจำตัวที่แสดงถึงการมีถิ่นที่อยู่ประจำเป็นหลักแหล่งตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร เป็นต้น ซึ่งเป็นหน้าที่ของผู้ขอใบอนุญาตที่ต้องแจ้งและแสดงหลักฐานต่อนายทะเบียนท้องที่ แต่เมื่อพิจารณาในมาตรา 13 แล้วจะพบว่า กฎหมายดังกล่าวไม่ได้บัญญัติหน้าที่ในการแจ้งการเก็บรักษาหรือสถานที่เก็บรักษาอาวุธปืนเพื่อประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาตของนายทะเบียนท้องที่ ทั้งที่อาวุธปืนเป็นสิ่งอันตราย ใช้สำหรับประหัตประหารชีวิต หรือทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคล โดยกำหนดเพียงการขออนุญาตอาวุธปืนสำหรับร้านค้าไว้ในมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยกำหนดให้นายทะเบียนท้องที่อาจจะกำหนดเงื่อนไขในใบอนุญาตว่าด้วยกำหนดเวลาการจำหน่าย การเก็บรักษาอาวุธปืนและเครื่องกระสุนปืนก็ได้ตามสมควร โดยได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี โดยผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ร้านค้าเก็บรักษาอาวุธปืนนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่าร้านค้าอาวุธปืนเป็นสถานที่จำหน่ายอาวุธปืนที่มีประเภท ชนิด และขนาดอาวุธปืนจำนวนมาก และมีการนำเข้าอาวุธปืนจากต่างประเทศ เพื่อนำมาจำหน่าย หากไม่มีการควบคุมโดยการจัดทำทะเบียนหรือมีสถานที่เก็บรักษาอย่างมั่นคงปลอดภัยและเหมาะสมแล้ว โอกาสที่อาวุธปืนจะสูญหายหรือถูกลักขโมยก็ย่อมมีได้ ดังนั้น รัฐจึงต้องควบคุมการเก็บรักษาอาวุธปืนสำหรับร้านค้าอย่างเคร่งครัด

4.2 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้ให้สิทธิแก่บุคคลในการมีอาวุธปืน โดยที่ผู้มีอาวุธปืนย่อมต้องทราบคืออยู่แล้วว่าอาวุธปืนเป็นอาวุธที่มีทั้งคุณและโทษ มีอำนาจในการสังหาร หากไม่เก็บรักษาด้วยความปลอดภัยหรือไม่เหมาะสม และไม่ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ อาจนำมาซึ่งความสูญเสียแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สิน ทั้งต่อตนเองและคนใกล้ชิด เช่น เก็บอาวุธปืนไว้ใต้หมอน ในลิ้นชักรถยนต์ หรือการพกพาติดตัวอย่างไม่ปลอดภัย เป็นต้น ดังนั้น ผู้มีอาวุธปืนย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องรักษาอาวุธปืน เพื่อไม่ให้อาวุธปืนที่ตนมีอยู่สูญหาย ถูกลักขโมย หรือสามารถเข้าถึงอาวุธปืนนั้นได้โดยบุคคลอื่น โดยมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติ

อาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ในกรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้ว สูญหายหรือถูกทำลายโดยเหตุใด ๆ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันทราบเหตุ เมื่อกฎหมายให้สิทธิในการมีอาวุธปืนกระบอกใดกระบอกหนึ่งให้แก่บุคคล สิทธิในการมีอาวุธปืนกระบอกนั้นย่อมสิ้นสุดลงนับแต่วันที่อาวุธปืนสูญหายหรือถูกทำลายหรือถูกขโมย เพราะบุคคลนั้นได้ขาดความสามารถในการเก็บรักษาอาวุธให้ปลอดภัยแล้ว ซึ่งการเก็บรักษาอาวุธปืนเป็นหน้าที่ของผู้มีอาวุธปืนที่จะต้องรักษาไว้ เพื่อไม่ให้อาวุธปืนที่ตนมีอยู่สูญหาย ถูกขโมย หรือสามารถเข้าถึงได้โดยบุคคลอื่น

ปัญหาตามบทบัญญัติดังกล่าว แม้จะกำหนดให้ผู้มีอาวุธปืนต้องแจ้งการสูญหาย หรือถูกทำลายต่อนายทะเบียนท้องที่ แต่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวไม่อาจบังคับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายได้ เนื่องจากไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายกับผู้มีอาวุธปืน กล่าวคือ เมื่ออาวุธปืนสูญหายหรือถูกทำลาย เจ้าของมิได้แจ้งว่าตนเป็นผู้ทำให้อาวุธปืนสูญหายหรือเก็บรักษาไม่ปลอดภัยหรือเหมาะสม จนทำให้อาวุธปืนสูญหายหรือถูกทำลาย ทำให้นายทะเบียนท้องที่ไมอาจทราบได้ว่าอาวุธปืนแต่ละกระบอกที่นายทะเบียนท้องที่ออกใบอนุญาตให้ นั้น ยังคงอยู่ในการครอบครองของบุคคลที่ได้รับอนุญาตหรือไม่ ทำให้เกิดปัญหาของระบบควบคุมอาวุธปืนภายในเขตท้องที่ อันเนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่ไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้น ควรกำหนดสภาพบังคับให้แก่บทบัญญัติดังกล่าวแก่ผู้รับใบอนุญาตที่ไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืนที่มีใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ ก็จะทำให้ลดปัญหาอาวุธปืนผิดมือ และอาวุธปืนนอกระบบหรืออาวุธปืนเถื่อนได้ดียิ่งขึ้น

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

อาชญากรรมและเหตุสะเทือนขวัญหลายเหตุการณ์ ส่วนใหญ่ผู้ก่อเหตุเลือกที่จะใช้อาวุธปืนสั้นหรือปืนพก (Handguns) ในการก่อเหตุ ด้วยที่อาวุธปืนมีขนาดเล็ก สามารถซุกซ่อนได้ง่ายกว่าอาวุธปืนยาวที่มีขนาดใหญ่กว่า สถิติทางคดีอาชญากรรมที่เกิดจากอาวุธปืนในหลายประเทศส่วนใหญ่เกิดจากอาวุธปืนสั้น ดังนั้น อาวุธปืนสั้นจึงเป็นอาวุธที่มีความอันตราย โดยที่ผู้ก่อเหตุส่วนใหญ่มักเลือกให้นำไปก่อเหตุ

จำนวนอาชญากรรมที่เกิดขึ้นหลายเหตุการณ์พบว่า ผู้ก่อเหตุไม่ใช่เจ้าของอาวุธปืน โดยอาวุธปืนส่วนใหญ่เป็นการเปลี่ยนมือผู้ครอบครองอาวุธปืน เช่น การลักขโมย การยืมจาก

เจ้าของอาวุธปืน หรือแม้แต่การพบเจอจากการสูญหายของเจ้าของอาวุธปืน สะท้อนให้เห็นว่าการเก็บรักษาอาวุธปืนที่ไม่ปลอดภัยและเหมาะสม ซึ่งเป็นเรื่องที่สำคัญและเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มีการเข้าถึงอาวุธปืนได้โดยง่าย โดยหลายประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญกับการเก็บรักษาอาวุธปืน โดยเฉพาะกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศอังกฤษที่กำหนดว่าผู้ใดไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอ ทำให้อาวุธปืนที่ครอบครองสูญหายหรือถูกลักขโมย ถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย ดังนั้น การเก็บรักษาอาวุธปืนอย่างปลอดภัยจึงเป็นมาตรการหนึ่งในการลดการก่ออาชญากรรมจากอาวุธปืนลงได้

การเก็บรักษาอาวุธปืนถือเป็นมาตรการเพื่อความปลอดภัยที่ในหลายประเทศได้กำหนดไว้ในกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศ โดยเห็นว่า อาวุธปืนทุกกระบอกเป็นสิ่งที่อันตราย และสามารถทำลายชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนได้ ฉะนั้น รัฐจึงต้องคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ประชาชนจากอาวุธปืนโดยการออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืน โดยจะไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืนสั้นไว้เพื่อป้องกันชีวิตและทรัพย์สิน เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น สำหรับประเทศที่อนุญาตให้สิทธิแก่ประชาชนมีอาวุธปืนสั้นไว้ป้องกันชีวิตและทรัพย์สินได้ ถึงแม้ว่าอาวุธปืนจะเป็นสิ่งที่อันตรายและอาจนำมาซึ่งโทษแก่สาธารณะก็ตาม โดยเห็นว่าประชาชนทุกคนควรมีสิทธิและเสรีภาพในการที่จะได้รับการคุ้มครองป้องกันจากภัยอันตราย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย เป็นต้น

ในประเทศไทย กฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลายาวนาน จากการศึกษาพบว่า กฎหมายดังกล่าวมีปัญหาบางประการที่ทำให้การควบคุมอาวุธปืน โดยเฉพาะอาวุธปืนสั้นไม่มีประสิทธิภาพและไม่สามารถลดจำนวนการขอใบอนุญาตมีอาวุธปืน รวมทั้งลดโอกาสการเข้าถึงอาวุธปืนได้สามารถจำแนกได้โดยสรุป ดังนี้ (1) ปัญหาการออกใบอนุญาตมีอาวุธปืน และ (2) ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย

จากปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนได้ศึกษาข้อมูลกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของต่างประเทศที่มีสภาพสังคม วัฒนธรรม และนโยบายทางการเมืองที่แตกต่างกับประเทศไทย เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยว่ามีมาตรการควบคุมอาวุธปืน โดยเฉพาะการออกใบอนุญาตและการเก็บรักษาอาวุธปืนมีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพอย่างไร เพื่อนำมาใช้

เป็นแนวทางในการควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จากการศึกษา กฎหมายควบคุมอาวุธปืนของต่างประเทศ สามารถสรุปได้ดังนี้

ประเทศอังกฤษ เป็นประเทศที่มีมาตรการในการออกใบอนุญาตที่เข้มงวด การขอ ใบอนุญาตมีอาวุธปืน หากผู้ขอไม่มีเหตุที่ดีและเหมาะสม หัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจจะไม่พิจารณา ออกใบอนุญาตให้ โดยหลักแล้วประเทศอังกฤษจะไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืน ด้วยเหตุผล ที่ว่า อาวุธปืนเป็นสิ่งอันตราย ดังนั้น ประชาชนของประเทศอังกฤษจะต้องได้รับความปลอดภัย จากอาวุธปืน เว้นแต่วัตถุประสงค์เพื่อการล่าสัตว์ หรือเพื่อการกีฬา

จุดเด่นของกฎหมายควบคุมอาวุธปืนของประเทศไทยคือ ความเข้มงวดของการ ออกใบอนุญาตอาวุธปืน โดยที่หัวหน้าเจ้าพนักงานตำรวจจะมีอำนาจในการตรวจสอบและ สอบสวนได้อย่างอิสระ เพื่อให้การออกใบอนุญาตเป็นไปอย่างเหมาะสม

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่มีมาตรการควบคุมอาวุธปืนแบบเสรี กล่าวคือ ประชาชนมีสิทธิในการมีอาวุธปืน เพื่อป้องกันตนเองจากภัยอันตราย โดยการอนุญาตให้มีอาวุธปืน ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องดำเนินการผ่านตัวแทนจำหน่าย (Dealer) ในการพิจารณา คุณสมบัติเบื้องต้น เห็นได้ว่า การที่รัฐยอมให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณาออก ใบอนุญาตนั้น ส่งผลให้ไม่สามารถควบคุมจำนวนอาวุธปืนภายในประเทศได้ เนื่องจากเอกชน จะมองถึงผลประโยชน์ทางการค้าเป็นหลัก ซึ่งแตกต่างกับประเทศอังกฤษที่มองว่า อาวุธปืน เป็นสิ่งอันตรายต่อสาธารณชน รัฐต้องจำกัดการมีอาวุธปืนของประชาชน จึงจะสามารถควบคุม การครอบครองอาวุธปืนภายในประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การที่รัฐบาลกลางได้ให้อำนาจแก่มลรัฐต่าง ๆ ในการออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืน ทำให้การควบคุมอาวุธปืนของประเทศสหรัฐอเมริกาก็ถูกจำกัดด้วยกฎหมายภายในของแต่ละ มลรัฐที่มีความแตกต่างกัน โดยเฉพาะมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในการขอใบอนุญาตครอบครองอาวุธปืน ผู้ขอจะต้องเป็นผู้ผ่านการอบรมและได้รับใบรับรองความปลอดภัยของอาวุธปืนก่อน โดยที่ การอบรมดังกล่าวจะมีความเข้มงวดเป็นอย่างมาก และจุดเด่นที่น่าสนใจประการหนึ่งคือ กฎหมายควบคุมอาวุธปืนของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดมาตรการเพื่อความปลอดภัยของ อาวุธปืนไว้อย่างชัดเจน เช่น การกำหนดมาตรการเก็บรักษาอาวุธปืน การป้องกันการเข้าถึง อาวุธปืนโดยบุคคลอื่น และมาตรการลงโทษกรณีมีการเก็บรักษาอาวุธปืนอย่างไม่ปลอดภัย

ประเทศญี่ปุ่น ถือเป็นอีกประเทศที่มีความเข้มงวดในการอนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืน รัฐไม่อนุญาตให้ประชาชนมีอาวุธปืนสั้นหรือปืนพก เว้นแต่เพื่อการกีฬา ทั้งนี้ ได้กำหนดให้

คณะกรรมการความปลอดภัยสาธารณะประจำจังหวัดกำกับและดูแลการเก็บรักษาอาวุธปืนให้อยู่ในสถานที่ที่ปลอดภัย แยกการจัดเก็บอาวุธปืนและเครื่องกระสุนออกจากกัน เพื่อลดโอกาสการใช้อาวุธปืนได้อย่างทันที รวมทั้งป้องกันการเข้าถึงอาวุธปืนโดยบุคคลอื่นได้

กล่าวโดยสรุป มาตรการควบคุมอาวุธปืนของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน สืบเนื่องจากแนวคิดของการออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่แตกต่างกัน เช่น สภาพสังคม ประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม และนโยบายการเมืองที่แตกต่างกัน รวมทั้งความเข้มงวดในการออกใบอนุญาตที่แตกต่างกัน อาจมองว่าเป็นจุดด้อย เช่น การควบคุมอาวุธปืนที่เข้มงวดของประเทศอังกฤษ อาจทำให้เกิดการเพิ่มจำนวนของอาวุธปืนที่ไม่มีทะเบียนหรืออาวุธปืนเถื่อนมากขึ้น แต่รัฐบาลประเทศอังกฤษอาจมองว่า จำนวนปืนเถื่อนที่เพิ่มขึ้นนั้น เมื่อเทียบกับจำนวนอาวุธปืนที่รัฐให้สิทธิแก่ประชาชนมีอาวุธปืนได้อย่างเสรี ถือเป็นสัดส่วนที่น้อย โดยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลอาจออกนโยบายเพื่อปราบปรามอาวุธปืนเถื่อนหรือการนิรโทษกรรมให้แก่ผู้ครอบครองอาวุธปืนดังกล่าว นำอาวุธปืนเถื่อนส่งคืนให้แก่รัฐบาลได้ ดังนั้น ความแตกต่างในการควบคุมอาวุธปืนในแต่ละประเทศ จึงขึ้นอยู่กับบริบทดังกล่าวข้างต้นที่มีความเหมาะสมกับประเทศนั้น

5.2 ข้อเสนอแนะ

ดังกล่าวมาแล้วข้างต้น พระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ใช้บังคับมาเป็นเวลานาน และไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน และอาวุธปืนได้ถูกพัฒนาให้มีคุณภาพที่รุนแรง มีประสิทธิภาพในการทำลายสูง สะดวกแก่การใช้งาน โดยเฉพาะอาวุธปืนสั้น และเมื่อได้ศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการออกใบอนุญาตอาวุธปืนและมาตรการเก็บรักษาอาวุธปืนของต่างประเทศแล้ว พบว่าหลายประเทศมีมาตรการที่ควรนำมาใช้เป็นแนวทางแก้ไขและปรับปรุงพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ดังนี้

ประการแรก เรื่อง การออกใบอนุญาตมีอาวุธปืน

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า ตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ได้กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้รับใบอนุญาตอาวุธปืน แต่กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดเงื่อนไขในการเก็บรักษาอาวุธปืนไว้ในบทบัญญัติดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ จึงเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 13 ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ขอใบอนุญาต โดยกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องแจ้งวิธีการเก็บรักษาอาวุธปืนสั้น ตำแหน่งและสถานที่เก็บรักษาอาวุธปืนสั้นต่อนายทะเบียนท้องถิ่นก่อนพิจารณาออกใบอนุญาต

ประกาศที่สอง เรื่อง การแก้ไขกฎหมายมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

ผู้เขียนขอเสนอแนะว่า มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตให้แก่นายทะเบียนท้องที่ในกรณีอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้วนั้น ถูกทำลายหรือสูญหายโดยเหตุใด ๆ และส่งมอบใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ซึ่งตนอยู่หรือที่เกิดเหตุภายในสิบห้าวันนับแต่วันทราบเหตุ จากการศึกษาพบว่า การที่อาวุธปืนสูญหายด้วยเหตุใด ๆ หรือถูกลักขโมย ถือเป็นเรื่องที่อันตรายอย่างยิ่ง หากอาวุธปืนตกอยู่ในมือของอาชญากรย่อมก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน จึงจำเป็นที่จะต้องแจ้งการสูญหายหรือการลักขโมยอาวุธปืนต่อเจ้าหน้าที่โดยทันที และอีกประการหนึ่ง การแจ้งการสูญหายของอาวุธปืนดังกล่าวเป็นเรื่องสำคัญ อันเกี่ยวแก่การควบคุมอาวุธปืนที่รับจดทะเบียนแล้ว เพื่อป้องกันมิให้มีการเพิ่มจำนวนของอาวุธปืนนอกระบบหรืออาวุธปืนเถื่อนมากขึ้น ดังนั้น เห็นควรแก้ไขมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 โดยบัญญัติว่า “ถ้าอาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้วถูกทำลายหรือสูญหายโดยเหตุใด ๆ ก็ดี ให้ผู้รับใบอนุญาตแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ซึ่งตนอยู่หรือที่เกิดเหตุโดยทันที”

ประกาศที่สาม เรื่อง การเพิ่มเติมข้อจำกัดที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามของบุคคล

กรณีตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 อาวุธปืนที่ได้รับอนุญาตแล้ว ถูกทำลายหรือสูญหาย ถึงแม้ว่าผู้รับใบอนุญาตจะแจ้งเหตุและส่งมอบใบอนุญาตให้แก่ นายทะเบียนท้องที่แล้วก็ตาม แต่การที่ผู้รับใบอนุญาตปล่อยให้อาวุธปืนสูญหาย หรือถูกขโมยไป สะท้อนให้เห็นถึงความสามารถของผู้รับใบอนุญาตในการเก็บรักษาอาวุธปืน ที่ไม่ได้ใช้ความระมัดระวังอย่างเพียงพอในการเก็บรักษา ด้วยอาวุธปืนเป็นอาวุธสังหาร สามารถก่อให้เกิดอันตรายต่อประชาชนโดยทั่วไปได้ การเก็บรักษาอาวุธปืนควรเก็บรักษาให้ปลอดภัยมากที่สุด การทำให้อาวุธปืนสูญหายหรือขโมย ย่อมก่อให้เกิดความไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน หากอาวุธปืนนั้นตกอยู่ในมือของอาชญากร

การจำกัดสิทธิบางประการของผู้รับใบอนุญาตในการขอมีอาวุธปืน อาจมองว่าเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการมีอาวุธปืนอยู่บ้าง แต่เพื่อความปลอดภัยต่อความมั่นคงของรัฐ และความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยรวม ดังนั้น จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ในส่วนที่เกี่ยวข้อง

ลักษณะต้องห้ามของผู้รับใบอนุญาต โดยกำหนดว่า “เป็นผู้มีอาวุธปืนที่ได้รับใบอนุญาตแล้ว และอาวุธปืนนั้นสูญหายไปโดยเหตุใด ๆ มาแล้วยังไม่พ้นเวลา...ปี เว้นแต่แสดงได้ว่ามีเหตุสุดวิสัย”

ประการที่สี่ เรื่อง กำหนดให้มีการจำกัดสิทธิให้แก่ผู้ที่ไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืน

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตแจ้งการถูกทำลายหรือการสูญหายของอาวุธปืนที่มีใบอนุญาตต่อนายทะเบียนท้องที่ โดยเฉพาะการสูญหายของอาวุธปืนด้วยเหตุจากการเข้าถึงอาวุธปืนได้โดยบุคคลอื่น เช่น การลักขโมย หากอาวุธปืนดังกล่าวตกอยู่ในมือของอาชญากรก็อาจนำมาซึ่งความไม่ปลอดภัยให้แก่สาธารณชน ดังนั้น การไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืนที่มีใบอนุญาตดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าผู้รับใบอนุญาตขาดความระมัดระวังในการเก็บรักษาอาวุธปืน และอีกประการหนึ่ง แสดงให้เห็นว่า การไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืนดังกล่าว ผู้รับใบอนุญาตมิได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย กล่าวคือ เป็นผู้ฝ่าฝืนตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ที่กำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตมีหน้าที่ต้องแจ้งการสูญหายของอาวุธปืนนั้นต่อนายทะเบียนท้องที่โดยทันที

ดังนั้น จึงขอเสนอแนะว่า ควรเพิ่มเติมมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้าม โดยกำหนดว่า “บุคคลซึ่งฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 21 ตามพระราชบัญญัตินี้”

ประการสุดท้าย เรื่อง การเพิ่มข้อสันนิษฐาน กรณีผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนบทบัญญัติตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า การที่เจ้าของอาวุธปืนที่มีใบอนุญาต ไม่แจ้งการสูญหายของอาวุธปืนดังกล่าว ต้องตกเป็นผู้ฝ่าฝืนตามบทบัญญัติในมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ซึ่งถือเป็นความผิดของผู้รับใบอนุญาต ย่อมสันนิษฐานได้ว่า ผู้รับใบอนุญาตดังกล่าวมีส่วนรู้เห็นหรือยินยอมด้วยในกรณีที่อาวุธปืนนั้นสูญหายหรือถูกลักขโมยไป

ดังนั้น ขอเสนอแนะว่า ควรเพิ่มข้อสันนิษฐานดังกล่าวไว้ในมาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืนฯ พ.ศ. 2490 ว่า “ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาต ฝ่าฝืนไม่แจ้งการสูญหายด้วยเหตุใดของอาวุธปืนที่มีใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าผู้รับใบอนุญาตนั้นรู้เห็นหรือยินยอมด้วยในการสูญหายของอาวุธปืนดังกล่าว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าการสูญหายของอาวุธปืนนั้นตนมิได้มีส่วนรู้เห็นหรือยินยอมด้วย”

บรรณานุกรม

- กรมการปกครอง, **คู่มือปฏิบัติงานอาวุธปืน พ.ศ. 2548 เล่มที่ 1 ฉบับรวมหนังสือสั่งการ**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์อาสาสมัครศึกษาดินแดน, 2549).
- เกียรติไกร เจริญธนาวัฒน์, **หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2563).
- ชาญชัย แสงศักดิ์, **คำอธิบายกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 26 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- นิเวศน์ เลาวพงศ์, **อาวุธปืน (ประวัติและวิวัฒนาการ)**, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มาลัย, 2539).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/นิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2560).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, **หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์**, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562).
- วิชาญ น้อยโต, **มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการมีและใช้อาวุธปืนตามกฎหมายอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2557).
- สมพร พรหมหิตาธร, **ย่อหลักกฎหมายปืน**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2555).
- สุรพัทม์ นำลอง, **บทบาทหน่วยรบพิเศษในการรัฐประหารในช่วงปี พ.ศ. 2509-2549**, (การค้นคว้าอิสระ หลักสูตรรัฐศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชาการเมืองและการปกครอง มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2554).
- สวนิต สดงคุณห์, **ปัญหาและแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน: ศึกษาในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544).

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2566)

- Library of Congress, **Firearms-Control Legislation & Policy** [Online],
Source: <https://tile.loc.gov/storage-services/service/l/lglrd/2013417226/2013417226.pdf>

บทความวิจัย (Research Article)

มาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐาน ด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบ*

The ASEAN Legal Measures on Import and Export
Food Safety Standard: Case Bakery Study

กฤษณา มณีรัตน์**

นักศึกษาระดับปริญญาโทสาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Krisana Maneerat

Master Student in Law, School of Law, Mae Fah Luang University

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของกฤษณา มณีรัตน์ เรื่อง “มาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบ” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง โดยมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก และมีผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.จุฑามาศ นิวัฒน์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง; อีเมลติดต่อ krisana27@gmail.com

ชูเกียรติ น้อยฉิม***

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Chukeat Noichim

Assistant Professor in International Law,
School of Law, Mae Fah Luang University

จัทมาศ นีวัฒน์****

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการอาหาร
สำนักวิชาอุตสาหกรรมเกษตร มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Chutamat Niwat

Assistant Professor in Food Science and Technology,
School of Agro-Industry, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 2 มิถุนายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 26 กรกฎาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 1 สิงหาคม 2565

*** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก; นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; Ph.D in Law, the International Institute of Air & Space Law, the Faculty of Law, Leiden University, Leiden, the Netherlands; อีเมลติดต่อ chukeat.nio@mfu.ac.th

**** อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม; วิทยาศาสตร์บัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง (สาขาวิชาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีการอาหาร) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่; วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต (สาขาวิชาวิทยาศาสตร์การอาหาร) มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์; Ph.D. (Food and Nutritional Sciences), University of Reading, United Kingdom; อีเมลติดต่อ chutamat@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวความคิดทฤษฎีและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในระดับสากลและระดับภูมิภาค เพื่อศึกษามาตรการที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกกรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกกรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในภูมิภาคอาเซียน และเพื่อวิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขหรือปรับปรุงการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกกรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในภูมิภาคอาเซียน โดยผู้เขียนได้ทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยของอาหารจากหนังสือ บทความ และเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ รวมถึงศึกษามาตรการทางกฎหมายในระดับสากลที่มีการบังคับใช้ อาทิ หลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต (Good Manufacturing Practice) ระบบมาตรฐานวัตถุเจือปนสากล (Codex International Food Standard) การวิเคราะห์อันตรายและการควบคุมจุดวิกฤต (HACCP) และข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหาร (ISO 22000) และฮาลาล (Halal) นอกจากนี้ยังศึกษาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในระดับภูมิภาคของสหภาพยุโรป และกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อนำมาวิเคราะห์และศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการสร้างมาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบ

ซึ่งผลจากการศึกษาวิจัยพบว่า สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (อาเซียน) มีสภาพปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดแนวทางหรือแนวปฏิบัติที่มีความเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของประเทศสมาชิกโดยแบ่งออกเป็นปัญหาหลัก 3 ด้าน ได้แก่ 1) ปัญหามาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบ ซึ่งประกอบด้วย ปัญหาด้านการผลิต ปัญหาด้านการขึ้นทะเบียน ปัญหาด้านการนำเข้าและส่งออก ปัญหาด้านบทลงโทษและปัญหาด้านอัตราค่าธรรมเนียม 2) ปัญหามาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ประเภทขนมอบ ซึ่งเป็นในด้านการกลไกบังคับใช้กฎหมาย และ 3) ปัญหาที่เกิดจากหน่วยงานกลางที่ไม่มีบทบาท

ในการควบคุมดูแลการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบ

สำหรับแนวทางและมาตรการในการแก้ไขปัญหาผู้เขียนเห็นว่าอาเซียนควรกำหนดมาตรการของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบ เพื่อให้เกิดแนวทางในการสร้างมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการผลิตอาหาร การขึ้นทะเบียนอาหาร การนำเข้าและส่งออกอาหาร และบทลงโทษ และมีหน่วยงานกลางที่เข้ามากำกับควบคุมดูแลให้เกิดกลไกการปฏิบัติงานที่มีประสิทธิภาพ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาสู่กฎหมายระหว่างประเทศต่อไปในอนาคตและเกิดมาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบเป็นมาตรฐานกลาง ซึ่งเป็นการพัฒนาเศรษฐกิจและส่งเสริมการค้าเสรีของประเทศสมาชิกในประชาคมอาเซียนให้ก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น รวมทั้งยังเป็นการส่งเสริมในด้านสวัสดิภาพของพลเมืองอาเซียนให้มีความอยู่ดีกินดีอีกด้วย

คำสำคัญ: อาเซียน; มาตรการทางกฎหมาย; ความปลอดภัยของอาหาร; ผลิตภัณฑ์ขนมอบ

Abstract

The aim of this research is to study the concepts, theories, and legislative measures related to food safety standards for importing and exporting through case studies of international and regional pastry products, the legislative measures related to food safety standards for importing and exporting in case studies of pastry products in the ASEAN member countries, the conditions of legal problems in ASEAN member countries related to food safety standards for importing and exporting in case studies of pastry products in the ASEAN region, and analyze solutions or improve the enforcement of legislative measures related to food safety standards for importing and exporting through case studies of pastry products in the ASEAN region. The author studied the legislative measures related to food safety standards from literature and articles in both Thai and foreign languages. Moreover, food safety standards from international countries, such as Good Manufacturing Practice, Codex International Food Standard, HACCP, ISO 22000, and Halal. Further, the author studied the European Union and internal laws of ASEAN member states about the legislative measures related to food safety standards in order to study and analyze an appropriate measure to establish ASEAN legislative measures on food safety standards.

The results of the research found that the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) has problems relating to setting guidelines or practices that are suitable for the environments of its member countries. The main problems are divided into 3 parts as follows: 1) The problems of the legislative measures of ASEAN member countries on food safety standards for importing and exporting pastry products consist of production, registration, import and export, penalties, and fees 2) The problems of legislative measures of ASEAN member countries on food safety standards for importing and exporting pastry products in the field of law enforcement system 3) The problems arising from the central

administration not taking part in regulating the enforcement of ASEAN legislative measures on food safety standards for importing and exporting pastry products.

For guidelines and measures of the solution, the researcher suggests that the ASEAN member countries should establish ASEAN measures on food safety standards for importing and exporting pastry products to provide guidelines for member states in order to establish legislative measures on food safety standards for importing and exporting pastry products consisting of production, registration, import and export, penalties, and fees. There should be a central department to administer in order to create an effective mechanism to be used as a guideline for the further development of international law and to create ASEAN legislative measures on food safety standards for importing and exporting pastry products to be used as the international standard. This is to develop the economies and promote free trade of the member countries in the ASEAN community to be more advanced, as well as to promote the welfare of ASEAN citizens for their well-being.

Keywords: Legal Measures; The ASEAN; Food Safety; Bakery

1. บทนำ

ขนมอบ (Bakery) เป็นสินค้าที่มีการเติบโตเพิ่มมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยมีการคาดการณ์ว่าตลาดสินค้าขนมอบในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2565 จะสามารถเติบโตขึ้นได้มากจนมีมูลค่า 39,579 ล้านบาท โดยบริษัทสำรวจข้อมูลทางการตลาดระดับโลก (Euromonitor International) ได้ทำการวิเคราะห์แนวโน้มการเติบโตของตลาดผลิตภัณฑ์ขนมอบในประเทศไทยรายละเอียดตามแผนภาพ

แผนภาพ

แสดงแนวโน้มการเติบโตของตลาดผลิตภัณฑ์ขนมอบในประเทศไทย¹



โดยสัดส่วนของสินค้าขนมอบที่ได้รับความนิยมอันดับหนึ่ง คือ ขนมปัง (ร้อยละ 67.8) อันดับสอง คือ เพสตรี (ร้อยละ 25.3) อันดับสาม คือ ขนมเค้ก (ร้อยละ 6.7) และขนมชนิดอื่น ๆ ตามลำดับ² ซึ่งมูลค่าของตลาดขนมอบมีขนาดใหญ่และมีมูลค่าทางเศรษฐกิจ ทำให้เกิดการแข่งขันกันอย่างต่อเนื่องในกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจขนมอบ เพราะตลาดของขนมอบนั้นยังสามารถเติบโตได้อีกมากและยังไม่ถึงจุดอิ่มตัว และในส่วนของ การส่งออกขนมอบมีการส่งออกเป็นมูลค่าหลายล้านบาทซึ่งได้กระจายไปยังประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก ซึ่งรวมถึงประเทศในกลุ่มสมาชิกอาเซียนด้วย นอกจากนี้ กระแสของการใส่ใจสุขภาพได้เข้ามามีบทบาทสำคัญไม่แพ้กัน เพราะ

¹ Euromonitor International, October 2019

² สถาบันอาหาร ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, ผลิตภัณฑ์ขนมอบ ปี 2560 [ออนไลน์], 25 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: <http://fic.nfi.or.th/MarketOverviewDomesticDetail.php?id=184>

ในระยะที่ผ่านมาประเทศไทยเริ่มเล็งเห็นถึงความสำคัญของการรักษาสุขภาพ ซึ่งจะเห็นได้จากหลายมาตรการที่ออกมาควบคุมในกลุ่มของสินค้าขมอมบ ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎหมายห้ามใช้ไขมันทรานส์ (Trans Fatty Acids) ที่เป็นกรดไขมันที่เกิดจากการสังเคราะห์ด้วยวิธีการนำน้ำมันไปผ่านกระบวนการเติมไฮโดรเจนหรือปฏิกิริยาไฮโดรจิเนชัน (Hydrogenation) เพื่อทำให้กรดไขมันชนิดไม่อิ่มตัวเปลี่ยนเป็นกรดไขมันชนิดอิ่มตัวมากยิ่งขึ้น ซึ่งทำให้สามารถเก็บรักษาน้ำมันนั้นได้ยาวนานมากขึ้น ไม่เหม็นหืนหรือเป็นไขได้ง่าย และทนความร้อน จึงทำให้เป็นวัตถุดิบหนึ่ง ที่นิยมเป็นส่วนประกอบของขมอมบ หรือนำไปผลิตเป็นสินค้าจำพวกเนยเทียม (Margarine) เนยขาว (Shortening) หรือครีมเทียม เป็นต้น³ ซึ่งการบริโภคไขมันทรานส์ก่อให้เกิดโอกาสเสี่ยงต่อการเกิดโรคหัวใจและหลอดเลือดและยังเป็นสาเหตุทำให้เกิดโรคต่าง ๆ รวมไปถึงปัญหาด้านน้ำหนักเพิ่มขึ้นและเกิดไขมันส่วนเกิน รวมทั้งอาจทำให้เกิดกระบวนการอักเสบในร่างกาย⁴

ทั้งนี้ เมื่อมีการแข่งขันกันในตลาดของสินค้าขมอมบมากขึ้นเท่าใด การควบคุมคุณภาพ และการควบคุมมาตรการด้านความปลอดภัยของตัวสินค้านั้นเป็นไปได้อย่างยากลำบาก อย่างไรก็ตามผู้ผลิตขมอมบจะต้องผลิตขมอมบให้มีความปลอดภัยและไม่อันตรายต่อผู้บริโภค ซึ่งในระดับสากลมีการใช้มาตรฐานของหลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต (Good Manufacturing Practice) ที่ควบคุมให้เกิดกระบวนการผลิตอาหารที่มีมาตรฐานเพื่อให้ได้อาหารที่ปลอดภัย เป็นระบบมาตรฐานในการควบคุมการผลิตของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยได้รับการยอมรับจากนักวิชาการด้านอาหารทั่วโลกว่าสามารถช่วยลดความเสี่ยงและทำให้อาหารปลอดภัยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีการวางระบบการปฏิบัติงานที่เชื่อมโยงต่อกัน มีการควบคุมตั้งแต่สถานที่ตั้งของโรงงาน โครงสร้างโรงงาน กระบวนการผลิตที่ปลอดภัยการควบคุมคุณภาพ การขนส่ง และการเก็บข้อมูลที่สามารถติดตามหรือสอยทวนย้อนกลับไปได้เสมอ หรือระบบมาตรฐานวัตถุเจือปนสากล (Codex International Food Standard) ที่กำหนดโดยคณะกรรมการอาหารโครงการมาตรฐานอาหารให้ควบคุมปริมาณสารเจือปนที่ใช้เป็นส่วนประกอบของอาหารให้อยู่ในเกณฑ์มาตรฐานที่ไม่เป็นอันตรายต่อผู้บริโภค โดยมีการกำหนดเกณฑ์

³ ศิริชนก วิริยเกื้อกุล, **กฎหมายควบคุมกรดไขมันทรานส์** [ออนไลน์], 25 กุมภาพันธ์ 2563. แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=51494&filename=house2558

⁴ ศูนย์ศรัทธาพัฒน์ คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, **ความรู้จากแพทย์ศรัทธาพัฒน์** [ออนไลน์], 15 เมษายน 2565. แหล่งที่มา: <https://sriphat.med.cmu.ac.th/th/knowledge-296>

และอัตราของวัตถุเจือปนอาหารแยกย่อยตามลักษณะการใช้งานและประเภทของอาหาร ซึ่งเป็นระบบควบคุมมาตรฐานเกี่ยวกับวัตถุเจือปนอาหารที่เป็นที่ยอมรับและถูกนำมาเป็นหลักสำหรับการปฏิบัติหรือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายในหลายประเทศ หรือการวิเคราะห์อันตราย และการควบคุมจุดวิกฤต (HACCP) ที่ใช้ควบคุมไม่ให้เกิดความเสี่ยงให้สินค้าเกิดการปนเปื้อนหรือเสียหาย โดยเน้นในส่วนของการวางแผนและวิเคราะห์โอกาสหรืออัตราเสี่ยงที่จะส่งผลให้อาหารเกิดความเสียหายหรือเกิดความไม่ปลอดภัยแก่ผู้บริโภคหรือ ISO 22000 ที่เน้นการควบคุมและประเมินความปลอดภัยอาหาร ซึ่งมาตรฐานแต่ละประเภทนั้นถูกกำหนดขึ้นแตกต่างกันตามลักษณะของการนำไปควบคุม ทั้งนี้ในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนเองไม่มีการกำหนดแนวทางที่ชัดเจนว่าต้องนำหลักมาตรการใดมาเป็นหลักหรือแม่แบบในการผลิตขนมอบ จึงไม่สามารถควบคุมความปลอดภัยในขนมอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น ประชาคมอาเซียนจึงได้มีการกำหนดเกี่ยวกับความปลอดภัยของอาหารไว้ใน “กรอบความตกลงของอาเซียนว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร”⁵ (The ASEAN Food Safety Regulation Framework: AFSRF) และได้พยายามพัฒนากฎระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัยด้านอาหารร่วมกัน โดยได้ตั้งเครือข่ายกลางของอาเซียนด้านความปลอดภัยอาหาร (ASEAN Food Safety Network) เพื่อบัญญัติ “มาตรฐานสมัครใจ” สำหรับควบคุมคุณภาพ และปลอดภัยด้านอาหาร และประสานงานด้านการวิเคราะห์การจัดการความเสี่ยงด้านความปลอดภัยทางอาหารร่วมกันในกลุ่มประเทศอาเซียน เพื่อให้บรรลุการเป็นฐานการผลิตเดียวกันตามเป้าประสงค์ของอาเซียน และพัฒนาให้เกิดนโยบายกลางด้านความปลอดภัยทางอาหารร่วมกันเช่นเดียวกับการรวมกลุ่มของสหภาพยุโรป⁶ และมีการนิยามถึงเป้าหมายในการควบคุมความปลอดภัยเกี่ยวกับสินค้ากลุ่มอาหารที่อยู่ภายในกลุ่มของประเทศสมาชิกอาเซียนโดยมุ่งเน้นเกี่ยวกับความปลอดภัยของผู้บริโภคและความเป็นมาตรฐานของผลิตภัณฑ์อาหารในภูมิภาค เนื่องจากเป็นหัวใจสำคัญของการประกอบธุรกิจด้านอาหารที่มุ่งเน้นถึงความปลอดภัยของผู้บริโภคเป็นหลัก แต่ในปัจจุบันจากการศึกษาพบว่ากรอบข้อตกลงดังกล่าวนี้ไม่ได้มีการระบุมาตรฐานที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน จึงก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้

⁵ The ASEAN Food Safety Regulatory Framework (AFSRF).

⁶ จารุประภา รักพงษ์, วิเคราะห์ปัญหาระบบกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยด้านอาหารของประเทศไทย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2556), หน้า 113.

ในฐานะที่เป็นกฎเกณฑ์กลางของภูมิภาคอาเซียนที่ประเทศสมาชิกจะนำไปประยุกต์ใช้ให้เกิดประสิทธิผลและประสิทธิภาพเพื่อให้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั้งภูมิภาค ในการขออนุญาตผลิตผลิตภัณฑ์นมมอบเพื่อการส่งออกจึงมีความจำเป็นเร่งด่วนที่อาเซียนจะต้องจัดทำมาตรการของอาเซียนเกี่ยวกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก เพื่อควบคุมให้ผู้ประกอบการและผู้ผลิตดำเนินการตามข้อกำหนดของมาตรฐานอาหาร เพื่อให้ผลิตภัณฑ์นมมอบมีความปลอดภัยไม่เป็นอันตรายต่อผู้บริโภคโดยที่มาตรฐานการผลิตนั้นต้องเป็นทิศทางเดียวกันที่สามารถปฏิบัติและบังคับใช้ได้ในทุกประเทศสมาชิกอาเซียน เพื่อให้เกิดความรวดเร็วและเป็นมาตรฐานสากลในอนาคต

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาแนวความคิดทฤษฎีและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์นมมอบในระดับสากลและระดับภูมิภาค

(2) เพื่อศึกษามาตรการที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์นมมอบในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน

(3) เพื่อศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์นมมอบในภูมิภาคอาเซียน

(4) เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขหรือปรับปรุงการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์นมมอบในภูมิภาคอาเซียน

3. สมมติฐานการวิจัย

ประเทศสมาชิกอาเซียนมีการจัดวางแนวทางสำหรับการผลิตอาหารที่ปลอดภัยของตนเองซึ่งมีข้อบังคับด้านความปลอดภัยของอาหารที่ไม่เหมือนกัน จึงเป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์นมมอบของประเทศสมาชิกอาเซียนและอาเซียน และแม้ว่าจะมีกรอบข้อตกลงระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียนว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร (The ASEAN Food Safety Regulation Framework: AFSRF) แต่ยังคงพบว่ามีประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมาย

ที่จะบังคับให้ทุกประเทศต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากกรอบข้อตกลงนี้เป็นเพียงแนวทางด้านความปลอดภัยของอาหารเท่านั้น ซึ่งไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมายที่ให้ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องปฏิบัติตาม

4. วิธีการวิจัย

การศึกษานี้เป็นวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งทำการค้นคว้าจากตำรา หนังสือ เอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมทั้งข้อมูลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยในการนำเข้าและการส่งออกอาหารประเภทขนมอบ ตลอดจนตำรากฎหมาย ตั๋วทกฎหมาย บทความทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ในสาขานิติศาสตร์และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง ศึกษาค้นคว้าจากห้องสมุดและสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ เพื่อนำข้อมูลที่ได้รับมาวิเคราะห์และนำมาแก้ไขปัญหาทางกฎหมาย

5. ผลการวิจัย

5.1 แนวความคิดทฤษฎีและมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในระดับสากลและระดับภูมิภาค

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก ศึกษาประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบระดับสากลและระดับภูมิภาคและระดับประเทศ พบว่ามีการจัดทำมาตรการทางกฎหมายเพื่อควบคุมเกี่ยวกับมาตรฐานอาหารไว้ โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.1 ระดับสากล

การศึกษามาตรการทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยอาหารระดับสากลพบว่า มีมาตรฐานที่กำหนดไว้หลายมาตรฐาน ซึ่งมีรูปแบบและลักษณะของการควบคุมแตกต่างกันไปตามสภาพและบริบทของหน่วยงานที่ได้บัญญัติขึ้น โดยมีทั้งมาตรฐานที่ถูกกำหนดขึ้นโดยภาครัฐและภาคเอกชน โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.1.1 มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS) อยู่ภายใต้ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement

on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)⁷ กำหนดขึ้นเพื่อใช้ควบคุมสินค้าเกษตรและอาหาร มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดโทษต่อชีวิตหรือผลเสียต่อสุขภาพของชีวิตมนุษย์ พืช และสัตว์ โดยสร้างมาตรการป้องกันที่ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้า

5.1.1.2 หลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต (Good Manufacturing Practices) กำหนดขึ้นโดยองค์การอาหารและยาแห่งสหรัฐอเมริกา เพื่อวางมาตรฐานสำหรับการผลิตแก่ผู้ผลิตอาหารทุกรายโดยกำหนดให้ผู้ผลิตใช้หลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต (GMP) ซึ่งรวมถึงการบรรจุและการเก็บรักษาอาหารที่มีผลบังคับใช้ครอบคลุมถึงด้านสุขาภิบาลการผลิต การบรรจุ การเก็บรักษา และรวมถึงสถานที่ตั้งโรงงานผลิต บริเวณโดยรอบอาคารผลิต การติดตั้งเครื่องจักรและอุปกรณ์ การทำความสะอาด การควบคุมการผลิตและควบคุมคุณภาพและสุขอนามัยของพนักงาน โดยแบ่งประเภทออกเป็น 2 ประเภทคือ หลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิตสุลักษณะทั่วไป (General GMP) ที่เป็นข้อกำหนดภาพรวมของหลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต และหลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิตเฉพาะผลิตภัณฑ์ (Specific GMP) ที่มุ่งเน้นควบคุมเพื่อลดความเสี่ยงในอาหารกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งระบบ GMP เป็นระบบที่ได้รับการยอมรับจากนักวิชาการด้านอาหารจากทั่วโลกว่าสามารถช่วยลดความเสี่ยงและทำให้อาหารปลอดภัยได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁸

5.1.1.3 ระบบมาตรฐานวัตถุเจือปนสากล (Codex International Food Standard) ซึ่งริเริ่มโดยโครงการมาตรฐานอาหารระหว่างประเทศ (Joint FAO/WHO Food Standards Programme) ซึ่งมีคณะกรรมการโครงการมาตรฐานอาหาร (Codex Alimentarius Commission: CAC) กำกับดูแล โดยระบบดังกล่าวให้ความคุ้มครองผู้บริโภคให้เกิดความปลอดภัยในการเลือกซื้อสินค้าอาหารที่มีส่วนประกอบของวัตถุเจือปนซึ่งมีบทบาทสำคัญในอุตสาหกรรมการผลิตอาหาร เพราะเป็นสารประกอบที่สามารถช่วยให้เกิดประโยชน์ในด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับการผลิตอาหารได้หลากหลายไม่ว่าจะเป็นการช่วยเรื่องความคงตัว การเก็บรักษา

⁷ สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช** [ออนไลน์], 8 ตุลาคม 2563. แหล่งที่มา: <https://api.dtn.go.th/files/v3/5cff753e1ac9ee073b7bd515/download>

⁸ กัลยาณี ดีประเสริฐวงศ์, **GMP กฎหมาย Updates** [ออนไลน์], 25 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา: http://food.fda.moph.go.th/data/document/2554/GMP4-2_LAW_Information.pdf

รสชาติ หรือรสสัมผัส จึงก่อให้เกิดพัฒนาของอุตสาหกรรมอย่างรวดเร็วและมีอัตราการใช้วัตถุเจือปนอย่างแพร่หลายมากขึ้น จึงมีความจำเป็นในการสร้างและควบคุม เพื่อให้มีมาตรฐานกลางให้แต่ละประเทศมีกฎเกณฑ์ทางด้านอาหารและสุขอนามัยที่เป็นสากล⁹

5.1.1.4 การวิเคราะห์อันตรายและการควบคุมจุดวิกฤต (HACCP) เป็นระบบควบคุมการผลิตอาหารเพื่อให้ได้อาหารที่ปลอดภัยจากอันตรายจากสารเคมี เชื้อโรค และสิ่งแปลกปลอม โดยหลักการของการวิเคราะห์อันตรายและการควบคุมจุดวิกฤต ประกอบด้วยหลักการ 7 หลักการ¹⁰ ดังนี้ 1) ดำเนินการวิเคราะห์อันตราย 2) หาจุดวิกฤตที่ต้องควบคุม 3) กำหนดจุดวิกฤต 4) กำหนดระบบเพื่อติดตามการควบคุมจุดวิกฤตที่ต้องควบคุม 5) กำหนดวิธีการแก้ไข เมื่อตรวจพบว่า จุดวิกฤตที่ต้องควบคุม 6) กำหนดวิธีการทวนสอบเพื่อยืนยันประสิทธิภาพการดำเนินงานของระบบ HACCP 7) กำหนดวิธีการจัดเก็บเอกสารที่เกี่ยวข้องกับวิธีการปฏิบัติ และบันทึกข้อมูลต่าง ๆ ที่เหมาะสมตามหลักการเหล่านี้ และการประยุกต์ใช้ โดยระบบ Hazard Analysis and Critical Control Point เป็นการวิเคราะห์อันตรายและจุดวิกฤตที่ต้องควบคุม ซึ่งใช้ในการควบคุมกระบวนการผลิตให้ได้อาหารที่ปราศจากอันตรายจากเชื้อจุลินทรีย์ สารเคมี และสิ่งแปลกปลอมต่าง ๆ โดยถือเป็นมาตรฐานสากลตามข้อกำหนดของคณะกรรมการอาหาร โครงการมาตรฐานอาหาร FAO/ WHO (Codex Alimentarius Commission) ที่ประเทศต่าง ๆ สามารถนำแนวทางไปประยุกต์ใช้เพื่อสร้างความมั่นใจในอุตสาหกรรมอาหารทั้งผู้ผลิตและผู้บริโภค

5.1.1.5 มาตรฐาน ISO 22000: ข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหาร (ISO 22000: Requirements for a Food Safety Management System) เป็นข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหารซึ่งควบคุมดูแลโดยองค์กรระหว่างประเทศว่าด้วยมาตรฐาน (International Organization for Standardization -

⁹ สถาบันอาหาร ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, กฎระเบียบและมาตรฐานอาหารต่างประเทศ: โคเด็กซ์ เรื่อง มาตรฐานทั่วไปสำหรับวัตถุเจือปนอาหาร ปรับปรุงปี 2562 (CODEX General Standard for Food Additives, revision 2019), (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2562), หน้า 1.

¹⁰ สถาบันอาหาร กระทรวงอุตสาหกรรม, ระบบ Hazard Analysis and Critical Control Point Critical Control Point Critical Control Point: HACCP (การวิเคราะห์อันตรายและจุดวิกฤตที่ต้องควบคุม) [ออนไลน์], 26 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา: http://www.nfi.or.th/foodsafety/upload/qs/pdf/HACCP_2.pdf

ISO) มีสถานะเป็นองค์กรอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นเมื่อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการกำหนดมาตรฐานและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องเพื่อช่วยให้การแลกเปลี่ยนสินค้าและบริการเป็นไปโดยสะดวกและช่วยพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศในด้านวิชาการ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และเศรษฐกิจ มาตรฐานที่กำหนดขึ้นเรียกว่า มาตรฐานระหว่างประเทศ (International Standard)¹¹ โดย ISO 22000 เป็นข้อกำหนดเฉพาะสำหรับระบบการจัดการความปลอดภัยด้านอาหารในห่วงโซ่อาหาร กำหนดขึ้นเพื่อให้เป็นมาตรฐานกลางที่ครอบคลุมข้อกำหนดทุกมาตรฐานที่เกี่ยวข้องกับคุณภาพและความปลอดภัยของอาหารที่มีการบังคับใช้กับสินค้าอาหารอยู่ในปัจจุบัน โดยธุรกิจที่อยู่ในห่วงโซ่อาหารสามารถนำข้อกำหนดมาปรับใช้เพื่อให้เกิดมาตรฐานเดียวที่สอดคล้องกันและเป็นมาตรฐานที่ตรวจประเมินได้เป็นที่ยอมรับในระดับสากล (Auditable Standard) รวมทั้งช่วยผลักดันให้องค์กรเล็งเห็นถึงความสำคัญต่อการดำเนินธุรกิจให้สอดคล้องกับข้อกำหนดของกฎหมาย¹² ข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหาร

5.1.1.6 มาตรฐานอาหารฮาลาล (Halal) เป็นมาตรฐานอาหารที่จัดทำขึ้นเพื่อเป็นการรับรองว่าอาหารชนิดนั้น ๆ ได้มีกระบวนการจัดหาวัตถุดิบ การจัดเตรียม การผลิต การบรรจุ การเก็บรักษา และการจัดจำหน่าย ที่ถูกต้องตามหลักศาสนบัญญัติอิสลามและมีความปลอดภัยต่อผู้บริโภคอันเป็นที่ยอมรับในระดับชาติและระหว่างประเทศ ซึ่งมาตรฐานอาหารฮาลาลกำหนดให้อาหารที่ได้รับอนุญาตต้องปราศจาก “นิจิส” ซึ่งหมายถึง สิ่งสกปรกตามศาสนบัญญัติอิสลามที่ห้ามให้คนนิจิสปนเปื้อนหรือสัมผัสกับอาหาร ยกเว้นจะได้มีการขจัดนิจิสนั้นออกไปแล้ว โดยมาตรฐานอาหารฮาลาลส่วนใหญ่จะบังคับใช้ในประเทศที่มีกลุ่มประชากรที่นับถือศาสนาอิสลามหรือมุสลิม ซึ่งจะมีการจัดตั้งหน่วยงานกลางอิสลามของแต่ละประเทศในการกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องซึ่งมีรายละเอียดสอดคล้องกับหลักศาสนบัญญัติอิสลาม¹³

¹¹ สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.), ISO [ออนไลน์], 26 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา: <https://www.tisi.go.th/website/interstandard/iso>

¹² สถาบันอาหาร กระทรวงอุตสาหกรรม, มาตรฐาน ISO 2200 (ข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหาร) [ออนไลน์], 26 มิถุนายน 2563. แหล่งที่มา: http://fic.nfi.or.th/foodsafety/upload/qs/pdf/ISO_22000%20-%20202.pdf

¹³ รัชวรณ อภิลักขิตกาล, มาตรฐานและกฎหมายอาหาร Food Standard and Regulations, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562), หน้า 31.

5.1.2 ระดับภูมิภาค

การศึกษามาตรการทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยอาหารระดับภูมิภาค พบว่ามีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมเกี่ยวกับมาตรฐานอาหารไว้เช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศเช่น สหภาพยุโรป หรืออาเซียน โดยมีรายละเอียดดังนี้

5.1.2.1 สหภาพยุโรป มีการบัญญัติกฎหมายไว้ในแต่ละประเภทอย่างชัดเจนโดยมีการบัญญัติตั้งแต่การผลิตอาหาร การขึ้นทะเบียนอาหาร และการนำเข้าและส่งออกอาหาร ดังนี้

5.1.2.1.1 การผลิตอาหารของสหภาพยุโรปต้องดำเนินการตามข้อกำหนดเกี่ยวกับอาหาร REGULATION (EC) No 178/2002 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety ซึ่งบัญญัติขึ้นเพื่อเป็นหลักพื้นฐานในการควบคุมดูแลเกี่ยวกับสุขภาพของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับอาหาร ซึ่งถือเป็นกฎหมายด้านอาหารที่มีเป้าหมายในการปกป้องผู้บริโภคในการเลือกอาหาร หรือป้องกันจากอาหารปลอมปนหรือทำให้เกิดความเข้าใจผิด¹⁴ โดยควบคุมทั้งกระบวนการในห่วงโซ่อาหารเพื่อให้เกิดความมั่นใจและความปลอดภัยและมีการกำหนดหลักการ ความรับผิดชอบซึ่งรวมไปถึงการดำเนินการที่สอดคล้องกับหลักวิทยาศาสตร์เพื่อให้เกิดความปลอดภัยอาหาร¹⁵ โดยรายละเอียดในบทบัญญัตินี้ให้บังคับใช้กับทุกขั้นตอนของการผลิตแปรรูป ยกเว้นการผลิตเบื้องต้นในประเทศ หรือการเตรียมหรือจัดการอาหารสำหรับบริโภคในประเทศ¹⁶ และมีระบบการตรวจสอบย้อนกลับเพื่อเป็นการควบคุมคุณภาพของอาหาร ซึ่งบทบัญญัตินี้ห้ามจำหน่ายอาหารที่ไม่ปลอดภัยที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและอาหารที่เหมาะสมกับการบริโภคของมนุษย์ โดยผู้ผลิตมีหน้าที่ต้องตรวจสอบว่าการผลิต แปรรูป เป็นไปตามข้อกำหนดหรือบทบัญญัติหรือไม่ และสามารถตรวจสอบย้อนกลับอาหารได้ตลอดทุกขั้นตอนของการผลิต แปรรูป หรือการกระจายอาหาร โดยบทบัญญัตินี้

¹⁴ REGULATION (EC) No 178/2002 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety, มาตรา 5

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 1

¹⁶ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 3(3)

ได้มีการกำหนดให้จัดตั้งหน่วยงานที่ควบคุมดูแลและกำหนดคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องเพื่อกำหนดขั้นตอนและแนวทางการตัดสินใจในกรณีที่เกิดปัญหาต่าง ๆ และกำหนดให้มีระบบจัดการความเสี่ยงที่เกิดขึ้นกับอาหาร¹⁷

นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังได้บัญญัติข้อกำหนดตามบทบัญญัติ Council Directive 93/43/EEC of 14 June 1993 on the hygiene of foodstuffs ซึ่งมีการวางข้อกำหนดเกี่ยวกับสุขอนามัยของผลิตภัณฑ์อาหาร เพื่อให้ถูกต้องตามสุขลักษณะ ซึ่งหมายถึง มาตรการทั้งหลายที่จำเป็นในการทำให้เกิดความมั่นใจในความปลอดภัยและควรมีประโยชน์ของอาหาร โดยมาตรการนั้นจะต้องครอบคลุมทุกขั้นตอนในการผลิต เตรียมการ แปรรูป บรรจุภัณฑ์ การเก็บรักษา การขนส่ง การจำหน่าย จนถึงผู้บริโภค¹⁸ และบังคับใช้แก่ประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปให้ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้¹⁹

ในส่วนของสิ่งเจือปนอาหารมีการกำหนดไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับขั้นตอนทั่วไปสำหรับวัตถุเจือปนอาหาร เอนไซม์ในอาหาร และสารแต่งกลิ่นแต่งรสในอาหารหรือ REGULATION (EC) No 1331/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 establishing a common authorisation procedure for food additives, food enzymes and food flavorings ที่กำหนดวัตถุเจือปนในอาหาร เอนไซม์ในอาหาร และสารแต่งกลิ่นแต่งรสในอาหารต้องมีการประเมินความปลอดภัยที่กำหนดโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และต้องปลอดภัยต่อสุขอนามัยของผู้บริโภค²⁰ และได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการใช้วัตถุเจือปนชนิดที่อนุญาตให้ใช้ ปริมาณที่ใช้²¹ ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับวัตถุเจือปนหรือ REGULATION (EC) No 1333/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 on food additives

¹⁷ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 50

¹⁸ Council Directive 93/43/EEC of 14 June 1993 on the hygiene of foodstuffs, ข้อ 2

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 5

²⁰ REGULATION (EC) No 1331/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 establishing a common authorisation procedure for food additives, food enzymes and food flavourings, มาตรา 1

²¹ REGULATION (EC) No 1333/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 on food additives, มาตรา 2

5.1.2.1.2 การขึ้นทะเบียนอาหารของสหภาพยุโรปต้องเป็นไปตามบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในเรื่องสุขอนามัย ยกเว้นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยการสนับสนุนของคณะกรรมการว่าด้วยอาหารเท่านั้น หรือหลักเกณฑ์เรื่องคุณภาพทางด้านจุลินทรีย์ (Microbiological Criteria) และการควบคุมอุณหภูมิ (Temperature Control) ของอาหารอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยการสนับสนุนของคณะกรรมการว่าด้วยอาหาร ภายหลังจากที่มีการปรึกษาหารือกับคณะผู้เชี่ยวชาญด้านอาหารแล้ว โดยรัฐสมาชิกจะต้องสนับสนุนให้มีการจัดทำคำแนะนำในการปฏิบัติด้านสุขอนามัยที่ดี (Good Hygiene Practice) ซึ่งผู้ประกอบการธุรกิจด้านอาหารอาจนำไปใช้ได้ตามความสมัครใจเพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามหลัก HACCP ได้ระบุไว้ โดยรัฐสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และในการจัดทำคำแนะนำนั้นควรคำนึงถึง The Recommended International Code of Practice และหลักการทั่วไปในเรื่องสุขอนามัยของผลิตภัณฑ์อาหารของ CODEX Alimentarius ตามสมควร อีกทั้งได้กำหนดเกี่ยวกับฉลากอาหารตามกฎหมายระเบียบฉบับที่ 1169/2011 หรือ REGULATION (EU) No 1169/2011 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 and (EC) No 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No 608/2004 ที่กำหนดหลักการและขั้นตอนในการแสดงข้อมูลอาหาร

5.1.2.1.3 การนำเข้าและส่งออกอาหารของสหภาพยุโรปมีความเข้มงวดในด้านสุขอนามัยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการนำเข้าที่ต้องมีการตรวจสอบเพื่อให้มั่นใจว่าการนำเข้าอาหารทั้งหมดนั้นมีคุณภาพและมาตรฐาน โดยมีการบัญญัติแนวทางการนำเข้าไว้ในข้อกำหนดเกี่ยวกับอาหารหรือ REGULATION (EC) No 178/2002 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety ที่ต้องให้ผู้นำเข้าอาหารระบุ

และขึ้นทะเบียนผู้ผลิตในประเทศแหล่งกำเนิด และต้องปฏิบัติตามระเบียบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็ น สุกหลักขณะที่ดีในการผลิต มาตรฐานเกี่ยวกับจุลินทรีย์ วัตถุอันตราย สารเคมี หรือการปนเปื้อน เพื่อให้อาหารที่นำเข้ามามีความปลอดภัย²² ในส่วนของการส่งออกมีการระบุไว้ในบทบัญญัติ เดียวกันนี้ แต่เน้นการปรับข้อปฏิบัติให้สอดคล้องกับประเทศที่นำเข้ามาอาหาร²³ เท่านั้น

5.1.2.2 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations: ASEAN) หรืออาเซียน มีความพยายามพัฒนากฎระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย ด้านอาหารร่วมกัน โดยตั้งเครือข่ายกลางของอาเซียนด้านความปลอดภัยอาหาร (ASEAN Food Safety Network) เพื่อบัญญัติ “มาตรฐานสมัครใจ” สำหรับควบคุมคุณภาพและความ ปลอดภัยด้านอาหาร และประสานงานด้านการวิเคราะห์การจัดการความเสี่ยงด้านความ ปลอดภัยทางอาหารร่วมกันในกลุ่มประเทศอาเซียน เพื่อให้บรรลุการเป็นฐานการผลิตเดียวกัน ตามเป้าประสงค์ของอาเซียน และพัฒนาให้เกิดนโยบายกลางด้านความปลอดภัยทางอาหาร ร่วมกันเช่นเดียวกับการรวมกลุ่มของสหภาพยุโรป²⁴ ที่มีรูปแบบการดำเนินการในทิศทาง เดียวกันและมีประสิทธิภาพ จึงมีการกำหนดเชิงนโยบายไว้ภายใต้นโยบายอาหารปลอดภัยของ อาเซียน (ASEAN Food Safety Policy) และกรอบความตกลงของอาเซียนว่าด้วยเรื่องความ ปลอดภัยด้านอาหาร (The ASEAN Food Safety Regulatory Framework: AFSRF) โดยมี รายละเอียดดังนี้

5.1.2.2.1 นโยบายอาหารปลอดภัยของอาเซียน (ASEAN Food Safety Policy) เกิดขึ้นตามข้อตกลงตามกฎบัตรสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ที่ต้องการให้ อาเซียนนั้นเกิดการสร้างตลาดและฐานการผลิตเดียวกันที่มีเสถียรภาพ มั่งคั่ง มีความสามารถ ในการแข่งขันสูงและมีการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจซึ่งมีการอำนวยความสะดวกทางการค้าและ การลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการ และการลงทุน

²² REGULATION (EC) No 178/2002 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 28 January 2002 laying down the general principles and requirements of food law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in matters of food safety, มาตรา 11

²³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 12

²⁴ จารุประภา รักพงษ์, วิเคราะห์ปัญหาาระบบกฎเกณฑ์ว่าด้วยความปลอดภัยด้านอาหารของ ประเทศไทย, หน้า 113.

การเคลื่อนย้ายที่ได้รับความสะดวกของนักธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้มีความสามารถพิเศษและแรงงาน และการเคลื่อนย้ายอย่างเสรียิ่งขึ้นของเงินทุน²⁵ เพื่อเพิ่มพูนความเป็นอยู่ที่ดีและการดำรงชีวิตของประชาชนอาเซียนด้วยการให้ประชาชนมีโอกาสที่ทัดเทียมกันในการเข้าถึงการพัฒนามนุษย์ สวัสดิการสังคม และความยุติธรรม²⁶ ซึ่งจากพิมพ์เขียวด้านเศรษฐกิจของอาเซียน (ASEAN Economic Community Blueprint) ได้มีการกำหนดให้อาหารเกษตรและวนศาสตร์เป็นส่วนหนึ่งที่ต้องมีการพัฒนาเป็นอันดับต้น ๆ จึงเกิดการตั้งเป้าหมายในการพัฒนาอาหารปลอดภัยและการค้าในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) รวมถึงพิมพ์เขียวด้านสังคมและวัฒนธรรมของอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community Blueprint) ซึ่งมีแนวทางในการสร้างความปลอดภัยด้านอาหารให้แก่กลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน โดยมีเป้าหมายหลักในการเสริมสร้างความเข้มแข็งและความปลอดภัยของอาหารทั้งประเทศและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ส่งผลให้เกิดการพัฒนา นโยบายอาหารปลอดภัยของอาเซียนขึ้น เพื่อบังคับใช้เป็นแนวทางในการพัฒนาให้อาหารภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนมีความปลอดภัย

5.1.2.2.2 กรอบความตกลงของอาเซียนว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร (The ASEAN Food Safety Regulatory Framework: AFSRF) มีเป้าหมายในการส่งเสริมการสร้างมาตรฐานด้านความปลอดภัยอาหารให้แก่ผู้บริโภค²⁷ และส่งเสริมให้เกิดความเป็นหนึ่งเดียวกันในด้านความปลอดภัยอาหารทั้งเรื่องการสร้างมาตรฐานอาหาร การลดความยุ่งยากทางด้านข้อจำกัดในการค้าด้านอาหารภายในกลุ่มประเทศอาเซียน และลดความแตกต่างในกฎหมายอาหารภายในประเทศของแต่ละประเทศ²⁸ ซึ่งเป็นการกำหนดกรอบแนวทางการดำเนินงานเพื่อร่างกฎเกณฑ์สำหรับกำกับดูแลความปลอดภัยอาหารของอาเซียน ซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินการพิจารณาร่างกฎเกณฑ์ดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดกรอบการดำเนินงานและจัดทำหัวข้อสำคัญที่จะใช้สำหรับเป็นส่วนหนึ่งของกฎเกณฑ์เกี่ยวกับอาหารปลอดภัย

²⁵ กฎบัตรสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้, ข้อ 1(5)

²⁶ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 1(6)

²⁷ The ASEAN Food Safety Regulatory Framework (AFSRF), ข้อ 2

²⁸ เรื่องเดียวกัน, ข้อ 2(2)

5.2 มาตรการที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกกรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน

จากการศึกษามาตรการทางด้านกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยอาหารที่นำเข้าและส่งออก ศึกษาประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบระดับประเทศสมาชิกอาเซียน พบว่าในแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนนั้นมีกฎหมายที่เกี่ยวกับความปลอดภัยอาหารที่นำเข้าและส่งออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในประเทศ หากแต่พบว่าไม่มีการระบุอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบไว้โดยตรง นอกจากนี้ในแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนยังมีรายละเอียดของกฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิงทั้งในเรื่องการผลิต การขึ้นทะเบียน การนำเข้าและส่งออก และบทลงโทษ โดยมีรายละเอียดตามตารางที่ 1 ดังนี้

ตารางที่ 1

เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัย ของอาหารนำเข้าและส่งออกของประเทศสมาชิกอาเซียน 10 ประเทศ

ภูมิภาค	มาตรการด้านความปลอดภัยของอาหาร	การผลิต	การขึ้นทะเบียน	การนำเข้าส่งออก	บทลงโทษ	หน่วยงานหรือองค์กรที่ควบคุมความปลอดภัยด้านอาหาร
กัมพูชา	1. Sub-Decree on Food Hygiene for Human 2003	1. Sub-Decree on Food Hygiene for Human 2003 มาตรา 4 5 6 7 8 10 11 20 21 22 23 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 และ 42	X	X	1. Sub-Decree on Food Hygiene for Human 2003 มาตรา 49	Ministry of Health
ไทย	1. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 2. กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2522) เรื่อง การขอรับใบอนุญาตตั้งโรงงานผลิตอาหารเพื่อจำหน่าย 3. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 193) พ.ศ. 2543 เรื่อง วิธีการผลิตเครื่องมือเครื่องใช้ในการผลิต 4. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 367) พ.ศ. 2557 5. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 374) พ.ศ. 2559 เรื่อง อาหารที่ต้องแสดงฉลากโภชนาการ และค่าพลังงาน น้ำตาล ไขมัน และโซเดียมแบบจีดีเอ	1. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 14 15 16 18 24 25 26 27 28 29 และ 30 2. กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2522) เรื่อง การขอรับใบอนุญาตตั้งโรงงานผลิตอาหารเพื่อจำหน่าย ข้อ 2 และ 4 3. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 193) พ.ศ. 2543 เรื่อง วิธีการผลิตเครื่องมือเครื่องใช้ในการผลิต ข้อ 1	1. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 34 35 และ 37 2. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 367) พ.ศ. 2557 เรื่อง การแสดงฉลากอาหารในภาชนะบรรจุ ข้อ 2 3 4 และ 14 3. ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 374) พ.ศ. 2559 เรื่อง อาหารที่ต้องแสดงฉลากโภชนาการ และค่าพลังงาน น้ำตาล ไขมัน และโซเดียมแบบจีดีเอ	1. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 15 และ 16	1. พระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 มาตรา 47 48 53 57 58 59 60 61 และ 65	สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา
บรูไน	1. PUBLIC HEALTH (FOOD) ACT	1. PUBLIC HEALTH (FOOD) ACT มาตรา 9	X	X	X	Ministry of Health
ฟิลิปปินส์	1. Food Safety Act 2003	1. Food Safety Act 2003 ข้อ 4(g) 4(t) 4(v) 31	X	1. Food Safety Act 2003 ข้อ 12(a) 12(c)	1. Food Safety Act 2003 ข้อ 37(a) ข้อ 37(f) ข้อ 38(a)	Department of Health
เมียนมาร์	1. Nation Food Law on Myanmar 1997	1. Nation Food Law on Myanmar 1997 มาตรา 18 และ 22	1. Nation Food Law on Myanmar 1997 มาตรา 9 10 11 13 14 15 และ 23	X	1. Nation Food Law on Myanmar 1997 มาตรา 25 26 27 28 และ 29	Ministry of Health

ตารางที่ 1 (ต่อ)

ภูมิภาค	มาตรการด้านความปลอดภัยของอาหาร	การผลิต	การขึ้นทะเบียน	การนำเข้าส่งออก	บตลงโทษ	หน่วยงานหรือองค์กรที่ควบคุมความปลอดภัยด้านอาหาร
มาเลเซีย	1. Law of Malaysia Act 281 Food Act 1983	1. Law of Malaysia Act 281 Food Act 1983 มาตรา 3 และ 4	1. Law of Malaysia Act 281 Food Act 1983 มาตรา 34	1. Law of Malaysia Act 281 Food Act 1983 มาตรา 29	1. Law of Malaysia Act 281 Food Act 1983 มาตรา 13 14 และ 28	Ministry of Health
ลาว	1. Law on Food 2004 2. Regulation on the Control on Production, Exported-Imported Safe Food 2006	1. Law on Food 2004 มาตรา 18 และ 19 2. Regulation on the Control on Production, Exported-Imported Safe Food 2006 ข้อ 5 6 10 11 12 21	1. Law on Food 2004 มาตรา 30 และ 31 2. Regulation on the Control on Production, Exported-Imported Safe Food 2006 ข้อ 13 14 และ 15	X	1. Law on Food 2004 มาตรา 49-52 2. Regulation on the Control on Production, Exported-Imported Safe Food 2006 ข้อ 24-28	Ministry of Health
เวียดนาม	1. Law on Food Safety of Vietnam 2010 2. Food Law in Vietnam	1. Law on Food Safety of Vietnam 2010 มาตรา 5 6 และ 14	1. Food Law in Vietnam มาตรา 31	1. Law on Food Safety of Vietnam 2010 มาตรา 32(1) 2. Food Law in Vietnam, มาตรา 31(1)	X	Ministry of Health
สิงคโปร์	1. Sale Food Act (Chapter 283) REVISED EDITION 2002 2. REGULATION OF IMPORTS AND EXPORTS ACT (CHAPTER 272A)	1. Sale Food Act (Chapter 283) REVISED EDITION 2002 มาตรา 2A (1) 19 20	1. Sale Food Act (Chapter 283) REVISED EDITION 2002 มาตรา 56(1) 2. REGULATION OF IMPORTS AND EXPORTS ACT (CHAPTER 272A) มาตรา 5(1) และ 5(2)	1. REGULATION OF IMPORTS AND EXPORTS ACT (CHAPTER 272A) มาตรา 56 (ec) 28	1. Sale Food Act (Chapter 283) REVISED EDITION 2002 มาตรา 10K 2. REGULATION OF IMPORTS AND EXPORTS ACT (CHAPTER 272A) มาตรา 28	The Singapore Food Agency under Ministry of the Environment and Water Resources
อินโดนีเซีย	1. BILL OF THE REPUBLIC OF INDONESIA NUMBER 18 YEAR 2012 CONCERNING FOOD BY THE MERCY OF GOD ALMIGHTY	1. BILL OF THE REPUBLIC OF INDONESIA NUMBER 18 YEAR 2012 CONCERNING FOOD BY THE MERCY OF GOD ALMIGHTY มาตรา 71 และ 76	X	1. BILL OF THE REPUBLIC OF INDONESIA NUMBER 18 YEAR 2012 CONCERNING FOOD BY THE MERCY OF GOD ALMIGHTY มาตรา 34 และ 36	X	MINISTRY of STATE SECRETARY

5.3 สภาพปัญหาทางกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษาผลิตภัณฑ์ขนมอบในภูมิภาคอาเซียน

สำหรับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกศึกษาประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบในภูมิภาคอาเซียน พบว่ามาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ประเภทขนมอบไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันและไม่สอดคล้องกันในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน นอกจากนี้ พบว่าองค์กรอาเซียนไม่มีการสร้างมาตรการที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบออกบังคับใช้กับประเทศสมาชิกทุกประเทศ เพื่อควบคุมความปลอดภัย จึงทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการกำหนดทิศทางเกี่ยวกับมาตรฐานอาหาร ส่งผลให้ประเทศสมาชิกในอาเซียนต้องกำหนดแนวทางหรือสร้างมาตรการทางกฎหมายภายในประเทศว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบตามความเหมาะสมของตนเอง จึงเป็นเหตุให้เกิดการก่อเกิดปัญหาในทางกฎหมายและทางปฏิบัติที่เกี่ยวกับการนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบ ทั้งนี้ สามารถแบ่งปัญหาออกแต่ละด้านได้ดังนี้

5.3.1 ปัญหาในด้านการผลิต พบว่ารายละเอียดในส่วนของแนวทางหรือการบังคับใช้มีความแตกต่างกันโดยสิ้นเชิงและไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติตามของผู้ผลิตอาหารที่ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของแต่ละประเทศ ส่งผลให้เกิดความยุ่งยากและซ้ำซ้อน เพราะหากผู้ส่งออกต้องการส่งออกประเทศสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศมีความจำเป็นต้องศึกษากฎหมายอาหารภายในของทั้ง 10 ประเทศเช่นเดียวกัน

5.3.2 ปัญหาในด้านการขึ้นทะเบียน พบว่าขั้นตอนการขึ้นทะเบียนอาหารกำหนดการไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ก่อให้เกิดปัญหาการปฏิบัติของผู้ผลิตอาหารที่ไม่สามารถมีแนวทางหลักเพียงแนวทางเดียวในการขึ้นทะเบียนอาหาร นอกจากนี้เรื่องฉลากอาหารเริ่มเป็นหนึ่งในปัญหาสำคัญเช่นเดียวกันเพราะในปัจจุบัน ตัวอย่างที่พบเห็นได้คือ การนำเข้าขนมจากประเทศสมาชิกอาเซียน เช่น ประเทศมาเลเซียหรือประเทศอินโดนีเซีย พบว่าขนมดังกล่าวแม้จะมีการผลิตที่ถูกต้องตามมาตรฐานและมีฉลากแสดงรายละเอียดสินค้าครบถ้วน แต่ยังคงมีการแสดงฉลากที่เป็นภาษาไทยกำกับอยู่เสมอเพราะกฎหมายไทยมีรายละเอียดที่แตกต่างกับกฎหมายที่เป็นผู้ผลิตสินค้านั้น ๆ ซึ่งแม้จะเป็นประเทศที่อยู่ในประเทศสมาชิกยังจำเป็นต้องดำเนินการ

เกี่ยวกับการขอฉลากในประเทศไทยใหม่อีกครั้ง ซึ่งเป็นการการดำเนินการซ้ำซ้อน ก่อให้เกิดความเสียหายในด้านระยะเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นอย่างยิ่ง

5.3.3 ปัญหาในด้านการนำเข้าและส่งออก พบว่าไม่มีแนวทางกำหนดเป็นแนวทางหลัก อันเนื่องมาจากได้กำหนดให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือกฎหมายของแต่ละประเทศซึ่งส่งผลให้เกิดความซ้ำซ้อนและยุ่งยากในการปฏิบัติตามกฎหมายของแต่ละประเทศที่ไม่สอดคล้องและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

5.3.4 ปัญหาในด้านบทลงโทษ พบว่าบางประเทศอาจมีการกำหนดที่ชัดเจน หรือบางประเทศไม่มีการกำหนดไว้ ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในด้านความสอดคล้องกัน อีกทั้งยังไม่มีการบัญญัติบทลงโทษที่มีผลควบคุมให้ครอบคลุมทั้งอาเซียน จึงเป็นปัญหาหนึ่งในการควบคุมและบังคับใช้กฎหมาย เพราะผู้ผลิตในบางประเทศที่ไม่มีการกำหนดบทลงโทษ ย่อมไม่ให้ความสำคัญในการดำเนินการตามกฎหมาย เว้นแต่จะมีการควบคุมมาตรการที่บังคับใช้ทุกประเทศเช่นเดียวกัน

5.3.5 ปัญหาในด้านค่าธรรมเนียม พบว่ามีความแตกต่างเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมอย่างชัดเจน เนื่องจากกฎหมายของแต่ละประเทศมีการกำหนดอัตราที่แตกต่างกันในหลักเกณฑ์หรือการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในการขอขึ้นทะเบียน ทำให้เป็นปัญหาอย่างยิ่งแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะผู้ที่นำเข้าหรือส่งออกที่ต้องมีการขออนุญาตนำเข้าหรือส่งออกในแต่ละประเทศ ซึ่งต้องเสียค่าธรรมเนียมในรายประเทศซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมาก โดยหากมีการขออนุญาตในประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการผลิตหรือการดำเนินการอื่นที่เกี่ยวข้องจะต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมอีก นอกจากนี้การกำหนดการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมของแต่ละประเทศนั้นมีความแตกต่างกัน

5.3.6 ปัญหามาตรการทางกฎหมายของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ประเภทนมอบ พบว่าปัจจุบันองค์การอาเซียนได้มีการวางนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร (ASEAN Food Safety Policy) เป็นนโยบายกลางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งและดำเนินการมาตรการทางอาหารปลอดภัย อีกทั้งส่งเสริมให้เกิดกระบวนการในการควบคุมหรือดูแลอาหารปลอดภัยให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันของกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน และสนับสนุนให้เกิดความเข้มแข็งในการควบคุมมาตรฐานของอาหารในกลุ่มประเทศสมาชิก แต่จากการศึกษาพบว่านโยบายดังกล่าวเน้นไปในการวางโครงสร้างและวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้กลุ่มประเทศสมาชิกมีแนวทางหรือแนวปฏิบัติที่สามารถนำไปปรับใช้เป็นกฎหมายในประเทศได้ โดยปัจจุบันอยู่ระหว่าง

การร่างกรอบความตกลงของอาเซียนว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร (The ASEAN Food Safety Regulatory Framework: AFSRF) เพื่อกำหนดแนวทางมาตรฐานอาหารให้ชัดเจนตามวัตถุประสงค์ของนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร

5.3.7 ปัญหาทางด้านนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร แม้ว่าอาเซียนได้มีมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยอาหารในการออกนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร (ASEAN Food Safety Policy)²⁹ เป็นนโยบายกลางที่มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดตั้งและดำเนินการมาตรการทางอาหารปลอดภัย แต่จากการศึกษาพบว่านโยบายดังกล่าวเน้นไปในด้านการวางโครงสร้างและวางมาตรการที่เหมาะสมเพื่อให้กลุ่มประเทศสมาชิกมีแนวทางหรือแนวปฏิบัติที่สามารถนำไปปรับใช้เป็นกฎหมายในประเทศได้โดยปัจจุบันอยู่ระหว่างการร่างกรอบความตกลงของอาเซียนว่าด้วยเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร (The ASEAN Food Safety Regulatory Framework: AFSRF) เพื่อกำหนดแนวทางมาตรฐานอาหารให้ชัดเจนตามวัตถุประสงค์ของนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร ซึ่งมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไม่มีลักษณะบังคับหรือแทรกแซงอำนาจรัฐของแต่ละประเทศ ส่งผลให้ไม่สามารถบังคับให้แต่ละประเทศใช้มาตรการเดียวกันสำหรับการนำเข้าส่งออกอาหาร จึงก่อให้เกิดแนวปฏิบัติที่แตกต่างกัน เช่นเดิม

5.3.8 ปัญหาการขาดหน่วยงานกลางในการรับผิดชอบหรือกำกับดูแล ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้งศูนย์ประเมินความเสี่ยงอาเซียนเพื่อความปลอดภัยด้านอาหาร (ASEAN RISK ASSESSMENT CENTRE FOR FOOD SAFETY: ARAC) แต่หน่วยงานดังกล่าวไม่มีบทบาทหรืออำนาจใจการควบคุมการดำเนินงานตามมาตรการทางกฎหมายใด ๆ ทำให้ไม่เกิดประสิทธิภาพในเชิงการควบคุมดูแลการปฏิบัติตามบทบัญญัติทางกฎหมาย อีกทั้งยังมีการจัดตั้งหน่วยงานที่ดำเนินงานในลักษณะใกล้เคียงกันหลายหน่วยงาน ซึ่งเมื่อหน่วยงานที่ควบคุมดูแลหลักไม่เกิดความเชื่อมโยง ส่งผลให้ไม่สามารถกำหนดทิศทางหรือนโยบายในการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

²⁹ ASEAN Food Policy, Principle 7

5.4 วิเคราะห์หาแนวทางแก้ไขหรือปรับปรุงการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมาย เกี่ยวข้องกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออก กรณีศึกษา ผลิตภัณฑ์ขนมอบในภูมิภาคอาเซียน

ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่างสหภาพยุโรปกับอาเซียนเพื่อหาแนวทางแก้ไขหรือปรับปรุงมาตรการว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบของอาเซียนและประเทศสมาชิก พบว่าสหภาพยุโรปมีการบังคับใช้กฎหมายที่ได้ชัดเจนและชัดเจน เนื่องจากสถานะทางกฎหมายของสหภาพยุโรปเป็นองค์การระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่เป็นบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศและมีอำนาจเหนือรัฐสมาชิก (Supra Natural) ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศยอมสละอำนาจอธิปไตยในบางเรื่อง ซึ่งพบว่าความตกลงหรือข้อบังคับใด ๆ ที่ออกโดยสหภาพยุโรปนั้นมีผลบังคับผูกพันกับทุกประเทศในกลุ่มสมาชิก ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะสำคัญของสหภาพยุโรปที่ทำให้สหภาพยุโรปสามารถดำเนินกิจกรรมหรือมาตรการที่จำเป็นในการบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพกับรัฐสมาชิกทั้งหลาย ที่ต้องยอมรับกฎหมายของสหภาพยุโรปตามหลักความร่วมมือกันอย่างซื่อตรงหรืออย่างเปิดเผย (Sincere Cooperation)³⁰ ซึ่งมีความแตกต่างกับอาเซียนที่เป็นองค์การระหว่างประเทศระดับรัฐบาล (Intergovernmental Organization) ที่ไม่มีการวางบทบัญญัติหรือมีการออกกฎหมายที่เป็นสภาพบังคับกลุ่มประเทศสมาชิก ซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎบัตรอาเซียนที่มุ่งเน้นให้ประเทศสมาชิกมีมาตรการซึ่งรวมไปถึงการออกกฎหมายภายในที่เหมาะสมตามความสมัครใจ เพื่ออนุรักษ์ตีบทบัญญัติของกฎบัตรอาเซียนหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้องของอาเซียนไปปรับใช้ภายในประเทศของตน³¹ จึงเป็นประเด็นสำคัญที่ก่อปัญหาในด้านการบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น เมื่อนำมาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ประเภทขนมอบของสหภาพยุโรปกับอาเซียน สามารถสรุปประเด็นเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกของอาเซียนกับสหภาพยุโรปได้ดังนี้

³⁰ Treaty on European Union, Article 4(3)

³¹ CHARTER OF THE ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS, Article 5(1)

ตารางที่ 2

เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหาร ที่นำเข้าและส่งออกของอาเซียนกับสหภาพยุโรป

ภูมิภาค	มาตรการด้านความปลอดภัยของอาหาร	การผลิต	การขึ้นทะเบียน	การนำเข้าส่งออก	บทลงโทษ	หน่วยงานหรือองค์กรที่ควบคุมความปลอดภัยด้านอาหาร
สหภาพยุโรป	1. Council Directive 93/43/EEC of 14 June 1993 on the hygiene of foodstuffs 2. Regulation EU no 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the General Principle and Requirement of Food Law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in Matter of Food Safety 3. REGULATION (EC) No 1331/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 establishing a common authorisation procedure for food additives, food enzymes and food flavourings 4. REGULATION (EC) No 1333/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 on food additives 5. Regulation EU no 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the Provision of Food Information for Consumers	1. Council Directive 93/43/EEC of 14 June 1993 on the hygiene of foodstuffs 2. Regulation EU no 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the General Principle and Requirement of Food Law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in Matter of Food Safety 3. REGULATION (EC) No 1331/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 establishing a common authorisation procedure for food additives, food enzymes and food flavourings 4. REGULATION (EC) No 1333/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 16 December 2008 on food additives	1. Regulation EU no 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the General Principle and Requirement of Food Law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in Matter of Food Safety 2. Regulation EU no 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the Provision of Food Information for Consumers	1. Regulation EU no 178/2002 of the European Parliament and of the Council of 28 January 2002 laying down the General Principle and Requirement of Food Law, establishing the European Food Safety Authority and laying down procedures in Matter of Food Safety	X	European Commission

ตารางที่ 2 (ต่อ)

ภูมิภาค	มาตรการด้าน ความปลอดภัย ของอาหาร	การผลิต	การขนส่ง	การนำเข้าส่งออก	บtlงโทษ	หน่วยงานหรือองค์กร ที่ควบคุมความ ปลอดภัยด้านอาหาร
อาเซียน	ASEAN Food Safety Policy	X	X	X	X	ASEAN Food Safety Coordinating Committee
	The ASEAN Food Safety Regulatory Framework: AFSRF	X	X	X	X	ASEAN Food Safety Coordinating Committee

5.4.1 มาตรการทางกฎหมายในด้านการผลิตอาหาร พบว่าสหภาพยุโรปมีการบัญญัติเกี่ยวกับการผลิตอาหารไว้สามฉบับ โดยในแต่ละฉบับจะแบ่งแยกการควบคุมมาตรการในคนละด้านอย่างชัดเจนและไม่ซ้ำซ้อนกัน โดยบังคับใช้แก่ประเทศสมาชิกทั้งหมด ทำให้ทุกประเทศสมาชิกในสหภาพยุโรปมีแนวปฏิบัติที่เหมือนกันทุกประเทศ ซึ่งเมื่อมีแนวปฏิบัติที่เหมือนกันทุกประเทศ ทำให้ขนมอบที่ได้ผลิตภายใต้แนวปฏิบัติดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการผลิตที่ถูกต้องและสามารถใช้มาตรฐานนั้นกับทุก ๆ ประเทศสมาชิกได้ ซึ่งแตกต่างกับอาเซียนที่ไม่มีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการผลิตไว้อย่างชัดเจน เพราะผลักให้ผู้ผลิตดำเนินการตามกฎหมายภายในประเทศของแต่ละประเทศ ซึ่งบางกรณีพบว่าแม้ผู้ผลิตจะผลิตด้วยมาตรการหรือมาตรฐานระดับสูงเพียงใด แต่หากกฎหมายภายในประเทศสมาชิกอีกประเทศหนึ่งไม่มีการบัญญัติหรือมีการระบุให้ยอมรับมาตรฐานระดับสูงที่ว่านั้น จะส่งผลให้ขนมอบนั้นถือเป็นขนมอบที่ผลิตไปโดยไม่เป็นไปตามมาตรฐาน ซึ่งเป็นการกีดกันทางการค้าที่ไม่เอื้อให้เกิดการค้าขายอย่างเสรีเพียงเพราะกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกันเท่านั้น อีกทั้งการปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศให้มีความทันสมัยเท่าเทียมกันในทุกประเทศนั้นเป็นเรื่องยาก เพราะต้องดำเนินการตามขั้นตอนภายในของแต่ละประเทศ แต่หากมีการใช้กฎหมายกลางเพียงฉบับเดียวย่อมสามารถทำให้การปรับปรุงกฎหมายเป็นไปได้ง่ายมากยิ่งขึ้น และมีผลบังคับใช้ครอบคลุมในประเทศสมาชิก ดังนั้น ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายในด้านการผลิตอาหาร ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของการเริ่มต้นการผลิตอาหารที่จะเป็นตัวชี้วัดว่าอาหารประเภทนั้นมีการผลิตที่ถูกต้องและสามารถนำไปสู่ขั้นตอนการขึ้นทะเบียนหรือการนำเข้าและส่งออกหรือไม่นั้น ต้องมีการกำหนดบทบัญญัติในอาเซียนเพียงบทบัญญัติเดียวและบังคับใช้แก่ทุกประเทศสมาชิกอย่างเคร่งครัด โดยไม่อิงตามกฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้ผู้ผลิตปฏิบัติตามกฎหมายเพียงฉบับเดียว แต่มีผลบังคับใช้ครอบคลุมทุกประเทศสมาชิก โดยกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีการระบุแนวทางหรือขั้นตอนในการผลิตที่เป็นมาตรฐานอย่างชัดเจนและมีรายละเอียดครบถ้วนไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการผลิต การควบคุมคุณภาพ หรือขั้นตอนอื่นที่เหมาะสมและจำเป็น โดยอาจนำมาตรฐานสากลอื่นมาปรับใช้และสามารถปรับปรุงให้มีความทันสมัยอยู่ตลอดเวลา และบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

5.4.2 มาตรการทางกฎหมายในด้านการขึ้นทะเบียน พบว่าสหภาพยุโรปกำหนดให้ เป็นไปตามบทบัญญัติหรือหลักเกณฑ์ในเรื่องสุขอนามัย ยกเว้นการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เรื่องคุณภาพทางด้านจุลินทรีย์ (Microbiological Criteria) และการควบคุมอุณหภูมิ (Temperature

Control) ของอาหารอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการว่าด้วยอาหารกำหนด ซึ่งมีขั้นตอนและกระบวนการกำหนดให้ผู้ผลิตต้องมีการขึ้นทะเบียนโดยมีการนำเอาหลักการของ HACCP และ Codex มาปรับใช้ร่วมด้วย รวมไปถึงการควบคุมเกี่ยวกับการทำฉลากอาหาร ให้มีความเหมาะสมและถูกต้องตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ ซึ่งแตกต่างจากอาเซียนอย่างยิ่ง เนื่องจากเมื่อเปรียบเทียบแล้วจะเห็นได้ว่าอาเซียนนั้นไม่มีการกำหนดมาตรการหรือแนวทางเกี่ยวกับการขึ้นทะเบียนไว้โดยเฉพาะ แต่จะปรากฏในกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งในบางประเทศมีเพียงแนวทางการขึ้นทะเบียนเพียงสังเขป หรือในบางประเทศมีการกำหนดให้อาหารต้องมีการขึ้นทะเบียนพร้อมทั้งมีการควบคุมเรื่องฉลากอาหารรวมอยู่ด้วยกัน เพื่อให้ผู้บริโภคได้รับข้อมูลที่จำเป็นและครบถ้วน ซึ่งเมื่อไม่มีการกำหนดหรือบังคับใช้อย่างเป็นรูปธรรมทำให้การขึ้นทะเบียนถูกปฏิบัติตามแต่ละสภาพของการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศเท่านั้น ซึ่งในสหภาพยุโรป เมื่อกฎหมายมีผลบังคับใช้ทุกประเทศสมาชิกทำให้ทุกประเทศต้องมีการขึ้นทะเบียนอาหารและมีการจัดทำฉลาก ซึ่งการขึ้นทะเบียนจะดำเนินการเพียงครั้งเดียวเท่านั้น แต่สามารถนำผลิตภัณฑ์ที่ขึ้นทะเบียนไปจัดจำหน่ายได้ในทุกประเทศของสหภาพยุโรป อีกทั้งฉลากอาหารที่ได้จัดทำนั้นถือเป็นฉลากอาหารที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ทำให้ไม่ต้องจัดทำฉลากอาหารซ้ำซ้อนซึ่งช่วยประหยัดระยะเวลาและขั้นตอนอย่างมาก ดังนั้นในส่วนของมาตรการทางกฎหมายในด้านการขึ้นทะเบียน ต้องมีการจัดให้เกิดขั้นตอนการขึ้นทะเบียนเดียวกัน ซึ่งรวมไปถึงเรื่องฉลากอาหารให้มีรูปแบบเดียวกันกับสหภาพยุโรปที่มีการขึ้นทะเบียนและจัดทำฉลากเพียงครั้งเดียว แต่สามารถใช้ร่วมกันกับประเทศสมาชิกได้โดยไม่ต้องจัดทำใหม่ให้เกิดความยุ่งยากและซ้ำซ้อน

5.4.3 มาตรการทางกฎหมายในด้านการนำเข้าและส่งออก พบว่าสหภาพยุโรปมีการบัญญัติแนวทางการนำเข้าไว้ในข้อกำหนดเกี่ยวกับอาหารที่ต้องให้ผู้นำเข้าอาหารระบุและขึ้นทะเบียนผู้ผลิตในประเทศแหล่งกำเนิด และต้องปฏิบัติตามระเบียบต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสัญลักษณ์ที่ดีในการผลิต มาตรฐานเกี่ยวกับจุลินทรีย์ วัตถุอันตราย สารเคมี หรือการปนเปื้อน เพื่อให้อาหารที่นำเข้ามีความปลอดภัย โดยเนื้อหาและสาระสำคัญมุ่งเน้นการปฏิบัติตามหลักการผลิตที่ได้บัญญัติไว้แล้วซึ่งแตกต่างจากอาเซียนที่ไม่มีการระบุหรือบัญญัติแนวทางปฏิบัติหรือกระบวนการนำเข้าและส่งออกไว้เลย เพียงแต่อาจจะให้ผู้นำเข้าหรือส่งออกปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศต้นทางหรือปลายทางแล้วแต่กรณี ซึ่งจากข้างต้นจะพบว่ากฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียนมีความหลากหลาย โดยแตกต่างจากสหภาพยุโรปที่มีกฎหมาย

ในลักษณะเดียวกันที่มีการเริ่มต้นการผลิตภายใต้หลักการเดียวกัน การนำเข้าและส่งออกย่อมไม่มีปัญหาด้านการควบคุมการผลิตหรือคุณภาพ เพราะถูกกำหนดควบคุมไว้ตั้งแต่ต้นแล้ว จึงสามารถนำเข้าและส่งออกได้อย่างคล่องตัวและรวดเร็ว ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายในด้านการนำเข้าและส่งออก ต้องมีการกำหนดแนวทางให้ชัดเจนมากขึ้น เพื่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติกลางที่จะใช้เป็นตัวควบคุมการนำเข้าและส่งออก โดยอาจมุ่งเน้นแนวทางหรือขั้นตอนที่สอดคล้องกันที่ส่งผลให้ผู้นำเข้าและส่งออกสามารถนำหลักเกณฑ์หรือแนวทางนั้นไปปฏิบัติตาม เพื่อให้เกิดความคล่องตัวและเป็นการส่งเสริมการนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบไปยังประเทศต่าง ๆ ของสมาชิกอาเซียน

5.4.4 มาตรการทางกฎหมายในด้านบทลงโทษ พบว่าสหภาพยุโรปไม่มีการกำหนดบทลงโทษไว้โดยเฉพาะ ซึ่งอาเซียนเองไม่มีการกำหนดบทลงโทษสำหรับการไม่ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายของอาเซียนเช่นกัน แต่มีการกำหนดบทลงโทษแยกย่อยไปแต่ละประเทศตามกฎหมายภายใน ซึ่งมีความแตกต่างกันและไม่สอดคล้องกัน ทั้งในแนวทางการกำหนดบทลงโทษหรืออัตรากำหนดโทษและในบางประเทศไม่มีการกำหนดบทลงโทษไว้ ทำให้ไม่มีความสอดคล้องกันในการปฏิบัติ เพราะการกระทำเกี่ยวกับการผลิตในประเทศหนึ่ง อาจไม่ถือเป็นการกระทำที่ผิดในอีกประเทศหนึ่ง ซึ่งมีความแตกต่างและไม่สอดคล้องกัน ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายในด้านบทลงโทษ จำเป็นต้องมีการกำหนดให้สอดคล้องกันซึ่งแม้ว่าสหภาพยุโรปจะไม่มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจน แต่อาเซียนควรต้องมีการกำหนดบทลงโทษให้ชัดเจน เพื่อให้ผู้ผลิต ผู้นำเข้าและส่งออก ได้ทราบและเข้าใจถึงข้อกำหนดหรือข้อจำกัดที่ห้ามมิให้กระทำ เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นไปในทิศทางเดียวกัน

5.4.5 หน่วยงานกลางที่ควบคุมดูแลการบังคับใช้ของสหภาพยุโรปกับอาเซียน พบว่าสหภาพยุโรปมีหน่วยงานที่ควบคุมเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายความปลอดภัยอาหารคือ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ซึ่งจะควบคุมดูแลผ่านผู้อำนวยการทั่วไปด้านอาชีวอนามัยและความปลอดภัยด้านอาหาร (Directorate-General for Health and Food Safety: DG SANTE) ซึ่งเป็นที่รู้จักในนามผู้อำนวยการด้านสุขภาพและผู้บริโภคเป็นผู้อำนวยการของคณะกรรมาธิการยุโรป มีหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายของสหภาพยุโรปว่าด้วยความปลอดภัยของอาหารและผลิตภัณฑ์อื่น ๆ และคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคและการปกป้องสุขภาพของผู้คน โดยสหภาพยุโรปมีระบบการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นระบบและครอบคลุมทุกประเทศสมาชิก อีกทั้งหน่วยงานกลางที่กำกับดูแลนั้นยังมีอำนาจในการบังคับใช้

กฎหมายอย่างเต็มประสิทธิภาพ โดยในอาเซียน แม้จะมีหน่วยงานกลางในการประสานงานดูแล แต่ถือว่ายังไม่มีบทบาทสำคัญที่ส่งผลต่อการบังคับใช้ด้านกฎหมาย เพราะหากมีการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายด้านอาหารเสร็จสิ้นแล้ว แต่ไม่มีหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลตั้งแต่ขั้นตอนการผลิต การขึ้นทะเบียนหรือขั้นตอนระหว่างประเทศต่าง ๆ ย่อมก่อให้เกิดปัญหาดังเดิม เพราะการนำเข้าและส่งออกอาหารเป็นขั้นตอนระหว่างประเทศทั้งสิ้น จึงจำเป็นต้องมีหน่วยงานเช่นเดียวกับสหภาพยุโรปที่ดูแลการดำเนินงานในระดับภูมิภาค ดังนั้น การกำหนดหน่วยงานกลางจึงเป็นบทบาทสำคัญเมื่อเปรียบเทียบกับสหภาพยุโรปเพราะจะเป็นกลไกหลักอย่างหนึ่งในการขับเคลื่อนมาตรการทางด้านความปลอดภัยอาหารของขมอมบให้เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล โดยจำเป็นต้องมอบหมายและมอบอำนาจแก่หน่วยงานกลางที่จะเกิดขึ้นในการควบคุมและดูแลการดำเนินงานด้านอาหารทั้งระบบ ซึ่งเริ่มตั้งแต่กระบวนการผลิต การขึ้นทะเบียนผลิตภัณฑ์ขมอมบ การกำหนดฉลากอาหาร และการขึ้นทะเบียนสำหรับการนำเข้าและส่งออก ซึ่งรวมไปถึงการควบคุมดูแลความเรียบร้อยและการลงโทษต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยอาจใช้ศูนย์ประเมินความเสี่ยงอาเซียนเพื่อความปลอดภัยด้านอาหาร (ASEAN Risk Assessment Centre for Food Safety: ARAC) ในการเป็นหน่วยงานขับเคลื่อนหลักในระดับภูมิภาค เพื่อให้สามารถดำเนินงานได้อย่างเป็นรูปธรรมทั้งในเชิงนโยบายและเชิงปฏิบัติ และยังเป็นหน่วยงานภายใต้โครงสร้างการดำเนินงานอาเซียน จึงมีความเป็นไปได้ในการกระจายอำนาจในการบังคับใช้และการกำหนดโทษภายในกลุ่มประเทศสมาชิก เพื่อควบคุมให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด นอกจากนี้ ยังต้องพัฒนาหน่วยงานควบคุมภายในประเทศเพื่อให้เป็นหน่วยงานย่อยระดับประเทศที่จะต้องปฏิบัติงานควบคุมกับศูนย์ประเมินความเสี่ยงอาเซียนเพื่อความปลอดภัยด้านอาหาร โดยอาจมอบหมายให้ศูนย์จัดการความเสี่ยงของอาหารและอาหารสัตว์ (ASEAN Rapid Alert System for Food and Feed) เข้ามามีบทบาทอย่างชัดเจน เพื่อให้เป็นตามเป้าหมายที่กำหนดไว้ในนโยบายความปลอดภัยด้านอาหาร (ASEAN Food Safety Policy) ที่ต้องการให้มีหน่วยงานที่เข้ามามีบทบาทในการกำกับดูแลอย่างชัดเจนและเกิดประสิทธิภาพ ซึ่งจะเป็นผลดีและสามารถควบคุมการปฏิบัติงานทั้งในระดับประเทศและภูมิภาคได้ดีเช่นเดียวกับการดำเนินงานของสหภาพยุโรป

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

มาตรการทางกฎหมายในด้านการผลิตอาหาร ขาดมาตรการทางกฎหมายในด้านการผลิตอาหารกลางที่สามารถใช้บังคับในระดับภูมิภาค คงมีเพียงกฎหมายภายในที่ใช้บังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศของแต่ละประเทศสมาชิก โดยจะออกเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีความแตกต่างกันออกไป ซึ่งอาจจะขึ้นอยู่กับชีวิตความเป็นอยู่ สภาพแวดล้อม ศาสนา หรือวัฒนธรรมในประเทศนั้น ๆ ประกอบกับสภาพความพร้อมของเทคโนโลยีทางการผลิตอาหารในแต่ละประเทศ จึงทำให้เกิดความแตกต่างกันในมาตรฐานด้านการผลิตอาหาร ส่งผลให้อาเซียนขาดมาตรการทางกฎหมายกลางในด้านการผลิตอาหารที่มีประสิทธิภาพ ทำให้อาหารที่นำเข้าและส่งออกภายในกลุ่มประเทศอาเซียนไม่มีมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในด้านการนำเข้าและส่งออก อาเซียนยังขาดมาตรการทางกฎหมายในด้านการนำเข้าและส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ หากผู้ผลิตนมอบต้องการที่จะจัดการนำเข้าหรือส่งออกนมอบนั้นจะต้องมีการศึกษากฎหมายหรือหลักเกณฑ์ของประเทศที่จะทำการนำเข้าหรือส่งออกอาหารเป็นราย ๆ ประเทศไป ทำให้เกิดความยุ่งยากหรือซับซ้อนในกระบวนการดำเนินการ ส่งผลให้อาเซียนไม่เกิดการค้าเสรีอย่างแท้จริง และมาตรการทางกฎหมายในด้านบทลงโทษ อาเซียนยังขาดมาตรการทางกฎหมายในด้านบทลงโทษสำหรับผู้ที่กระทำความผิดในการผลิต นำเข้าและส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ ทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัวต่อการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดหรือกฎหมายที่ได้มีการบัญญัติไว้ เพราะหากกระทำผิดแล้วไม่เกิดบทลงโทษใด ๆ ซึ่งบทลงโทษในที่นี้อาจเป็นลักษณะการลงโทษเชิงตักเตือนหรือในลักษณะการกีดกันทางการค้าอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งหากไม่มีบทลงโทษย่อมส่งผลเสียในการบังคับใช้กฎหมายและอาจเกิดความเสียหายขึ้นกับผู้บริโภคอาหารในอาเซียนที่เกิดขึ้นจากผลิตภัณฑ์นมอบที่ไม่มีคุณภาพหรือไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น การจัดสร้างมาตรการทางกฎหมายของอาเซียนว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกประเภทผลิตภัณฑ์นมอบออกมาบังคับใช้ในประชาคมอาเซียน เพื่อส่งเสริมผู้ประกอบการในการผลิตนมอบที่ต้องมีความปลอดภัยให้แก่ผู้บริโภค และควรพัฒนาต่อเนื่องในด้านเทคโนโลยีที่สามารถเพิ่มคุณภาพให้แก่นมอบในประชาคมอาเซียน เพื่อให้สมาชิกอาเซียนได้รับประทานนมอบที่ดี บริโภคนมอบด้วยความปลอดภัย และมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น เพื่อให้เป็นไปตามแนวทางที่วางกรอบไว้ในพิมพ์เขียวอาเซียน (ASEAN

Blueprint) ในข้อ 11 ที่กำหนดไว้ว่า “*The objective is to further broaden and deepen services integration within ASEAN, ASEAN’s integration into the global supply chains in both goods and services, and enhance ASEAN Member States’ competitiveness in services. A strong services sector facilitates industrial development, innovation, and efficiency. The end result is the maximisation of potential contribution of the services sector to economic development and growth.*”³² อันมีเป้าหมายในการเสริมสร้างให้ประชากรในประเทศสมาชิกอาเซียนมีการอยู่กินที่ดีขึ้น เพราะหากมีการสร้างมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารที่นำเข้าและส่งออกประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ ย่อมเป็นการพลิกโฉมกระบวนการด้านนมอบให้เกิดมาตรฐานที่เป็นหนึ่งเดียวกัน และสามารถนำไปเป็นกลไกในการส่งเสริมด้านการนำเข้าและส่งออกผลิตภัณฑ์ให้เกิดการกระจายตัวด้านเศรษฐกิจสูงสุด ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการกระตุ้นเศรษฐกิจในระดับอาเซียน อันจะก่อให้เกิดมูลค่าการซื้อขายเพิ่มมากขึ้นอย่างมหาศาลเมื่ออาเซียนมีการหมุนเวียนทางเศรษฐกิจมากเพียงพอแล้ว ย่อมส่งผลให้ประชากรในกลุ่มประเทศสมาชิกมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นและสามารถพัฒนาต่อยอดผลิตภัณฑ์ให้มีคุณภาพและสามารถขยายตลาดสู่ระดับโลกได้ต่อไปในอนาคต

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 อาเซียนควรจัดทำมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ เพื่อให้เกิดมาตรฐานที่ชัดเจนและเป็นไปในทิศทางเดียวกันที่ทุกประเทศสมาชิกสามารถนำไปปรับใช้ได้จริง

6.2.2 อาเซียนควรกำหนดค่านิยามศัพท์เฉพาะในทางกฎหมายให้แก่อาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ และแบ่งประเภทของผลิตภัณฑ์นมอบเพื่อเป็นประโยชน์ในการควบคุมความปลอดภัยในการผลิตและเพื่อสร้างมาตรฐานของนมอบ

³² พิมพ์เขียวอาเซียน (ASEAN Blueprint) ข้อ 11 แปลได้ว่า “วัตถุประสงค์หนึ่งของพิมพ์เขียวด้านเศรษฐกิจอาเซียน คือ เพื่อขยายขอบเขตและบูรณาการร่วมกันภายในอาเซียน โดยการบูรณาการของอาเซียนเข้ากับห่วงโซ่อุปทานระดับโลกทั้งในด้านสินค้าและบริการ เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันด้านบริการของประเทศสมาชิกอาเซียน และเกิดภาคบริการที่แข็งแกร่ง รวมถึงอำนวยความสะดวกในการพัฒนาอุตสาหกรรม นวัตกรรม และประสิทธิภาพ เพื่อผลลัพธ์ในด้านการเพิ่มศักยภาพสูงสุดของภาคบริการเพื่อการพัฒนาและการเติบโตทางเศรษฐกิจ”

6.2.3 อาเซียนควรนำหลักสากลมาปรับใช้ในการสร้างมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานด้านความปลอดภัยของอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมโดยนำมาปรับใช้ในแต่ละบริบทของกระบวนการผลิตอาหาร ดังนี้

1) หลักการปฏิบัติที่ดีในการผลิต (GMP) นำมาปรับใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตผลิตภัณฑ์นมอบ การควบคุมด้านสุขอนามัยที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมถึงการทวนสอบผลิตภัณฑ์

2) การวิเคราะห์อันตรายและการควบคุมจุดวิกฤต (HACCP) นำมาปรับใช้ในกระบวนการผลิตผลิตภัณฑ์นมอบในส่วนที่ควบคุมและป้องกันความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่ไม่มีคุณภาพหรือเป็นอันตราย รวมถึงการทวนสอบผลิตภัณฑ์

3) ระบบมาตรฐานวัตถุเจือปนสากล (Codex) นำมาปรับใช้ในส่วนของวัตถุเจือปนอาหารที่มีการนำมาใช้ในผลิตภัณฑ์นมอบ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์และข้อกำหนดที่ชัดเจน และสามารถนำมาปรับใช้ในการผลิตให้เกิดผลิตภัณฑ์ที่ปลอดภัย และป้องกันไม่ให้เกิดการใช้วัตถุเจือปนที่เป็นอันตรายหรือการใช้วัตถุเจือปนเกินปริมาณที่เหมาะสม

6.2.4 อาเซียนควรสร้างมาตรการทางกฎหมายในด้านการขึ้นทะเบียนให้แก่อาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบเพื่อให้เกิดแนวทางการขึ้นทะเบียนให้แก่อาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบให้มีความชัดเจน ทันสมัยและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ขึ้นทะเบียน โดยมีกฎหมายเข้ามาควบคุมให้มีลักษณะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน ส่งผลให้เกิดการผลิตที่มีคุณภาพในรูปแบบเดียวกัน รวมถึงกำหนดขั้นตอนการขึ้นทะเบียนอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบในอาเซียนเพื่อให้เกิดขั้นตอนการขึ้นทะเบียนอาหารในรูปแบบเดียวกัน เพื่อให้ผู้ขอขึ้นทะเบียนดำเนินการเพียงครั้งเดียว แต่ขึ้นทะเบียนให้ในประเทศสมาชิกทุกประเทศทันที ทำให้เกิดความสะดวกรวดเร็ว และเป็นการลดข้อจำกัดด้านกฎหมาย รวมถึงกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในการขึ้นทะเบียนอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบ เพื่อให้เกิดอัตราค่าธรรมเนียมกลางที่มีความเหมาะสมและไม่เป็นการกีดกันทางการค้า เพราะเดิมการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมเป็นปัญหาอุปสรรคทั้งในเรื่องอัตราที่ไม่สอดคล้องกัน ประกอบกับการต้องดำเนินการขึ้นทะเบียนซ้ำซ้อนในแต่ละประเทศและต้องมีการชำระค่าธรรมเนียมหลายครั้ง การกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมกลางจึงเป็นสิ่งสำคัญในการแก้ปัญหาข้อจำกัดดังกล่าว และจัดให้มีระบบฐานข้อมูลการขึ้นทะเบียนอาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบในอาเซียน เพื่อให้เกิดฐานข้อมูลกลางในส่วน of อาหารประเภทผลิตภัณฑ์นมอบเพื่อเป็นการง่ายต่อการตรวจสอบผลิตภัณฑ์นมอบที่ได้รับการ

ขึ้นทะเบียน ซึ่งฐานข้อมูลกลางจะตรวจสอบและรายงานผลกับผู้ประกอบการที่ยื่นผลิตภัณฑ์ขนมอบขึ้นทะเบียนทราบได้ว่าผลิตภัณฑ์ขนมอบนั้นอยู่ในขั้นตอนการดำเนินงานใด และระบบข้อมูลสามารถเชื่อมโยงระหว่างกันภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียน โดยระบบฐานข้อมูลกลางดังกล่าวจะถูกกำกับดูแลโดยหน่วยงานกลางระดับภูมิภาคอาเซียนที่เข้ามาควบคุมดูแลการผลิตนำเข้าและส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบ

6.2.5 อาเซียนควรสร้างมาตรการทางกฎหมายในด้านการนำเข้าและส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบ ที่เอื้อประโยชน์ให้เกิดการนำเข้าและส่งออกที่มีขั้นตอนน้อยที่สุด เพื่อส่งเสริมให้มีการนำเข้าส่งออกผลิตภัณฑ์ขนมอบในลักษณะอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้นำเข้าและส่งออก กล่าวคือ มาตรการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นต้องกำหนดให้ดำเนินการให้เสร็จสิ้นในประเทศต้นทางของผู้นำเข้าและส่งออกนั้น ๆ โดยหน่วยงานกลางที่ควบคุมดูแลจะเป็นผู้ประสานงานหรือดำเนินการต่อในประเทศปลายทางเอง

6.2.6 อาเซียนควรสร้างมาตรการทางกฎหมายในด้านบทลงโทษ โดยกำหนดให้มีบทลงโทษสำหรับผู้ที่ทำกรฝ่าฝืนไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดจากการละเมิดบทบัญญัติทางกฎหมาย การกระทำที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคในประเทศสมาชิกอาเซียน หรือการกระทำอื่นใดที่ก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยของอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบ ซึ่งบทลงโทษที่กำหนดนั้นจะแบ่งมาตรการออกเป็นระดับตามความรุนแรงในการกระทำผิด ซึ่งเริ่มตั้งแต่การตักเตือน การสั่งพักการผลิตหรือการนำเข้าและส่งออก การสั่งปรับ และการสั่งชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ฯลฯ

6.2.7 อาเซียนควรกำหนดหน่วยงานกลางระดับภูมิภาคอาเซียนที่ควบคุมดูแลการผลิตนำเข้า และส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบที่ต้องเข้ามามีบทบาทและกำกับดูแลให้ชัดเจน โดยต้องจัดตั้งหน่วยงานดังกล่าวในทุกประเทศสมาชิก เพื่อให้เสมือนเป็นหน่วยงานหลักในการควบคุมดูแลเกี่ยวกับการผลิต ขึ้นทะเบียน นำเข้าและส่งออกอาหารประเภทผลิตภัณฑ์ขนมอบและให้บริการแบบ One Stop Service เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการอำนวยความสะดวกให้แก่ประเทศสมาชิกอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

- กัลยาณี ดีประเสริฐวงศ์, **GMP กฎหมาย Updates** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://food.fda.moph.go.th/data/document/2554/GMP4-2_LAW_Information.pdf
- จารุประภา รักพงษ์, **วิเคราะห์ปัญหาระบบกฎเกณฑ์ว่าด้วยความปลอดภัยด้านอาหารของประเทศไทย**, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปีที่ 42 ฉบับที่ 1 (มีนาคม 2556).
- รัชวรธรณ อภิลักขิตกาล, **มาตรฐานและกฎหมายอาหาร Food Standard and Regulations**, พิมพ์ครั้งที่ 4, (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2562).
- สถาบันอาหาร ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, **ผลิตภัณฑ์ขนมอบ ปี 2560** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://fic.nfi.or.th/MarketOverviewDomesticDetail.php?id=184>
- ศิริชนก วิริยะเกื้อกูล, **กฎหมายควบคุมกรดไขมันทรานส์** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=51494&filename=house_2558
- ศูนย์ศรัพัฒนา คณะแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, **ความรู้จากแพทย์ศรัพัฒนา** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://sriphat.med.cmu.ac.th/th/knowledge-296>
- สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, **สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://api.dtn.go.th/files/v3/5cff753e1ac9ee073b7bd515/download>
- สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.), **ISO** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.tisi.go.th/website/interstandard/iso>
- สถาบันอาหาร ศูนย์วิจัยเพื่ออุตสาหกรรมอาหาร, **กฎระเบียบและมาตรฐานอาหารต่างประเทศ: โคเด็กซ์ เรื่อง มาตรฐานทั่วไปสำหรับวัตถุเจือปนอาหาร ปรับปรุงปี 2562 (CODEX General Standard for Food Additives, revision 2019)**, (กรุงเทพมหานคร: ม.ป.พ., 2562).
- สถาบันอาหาร กระทรวงอุตสาหกรรม, **ระบบ Hazard Analysis and Critical Control Point Critical Control Point Critical Control Point: HACCP** (การวิเคราะห์

อันตรายและจุดวิกฤตที่ต้องควบคุม) [ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://www.nfi.or.th/foodsafety/upload/qs/pdf/HACCP_2.pdf

- สถาบันอาหาร กระทรวงอุตสาหกรรม, **มาตรฐาน ISO 2200 (ข้อกำหนดของระบบการบริหารงานความปลอดภัยด้านอาหาร) [ออนไลน์], แหล่งที่มา: http://fic.nfi.or.th/foodsafety/upload/qs/pdf/ISO_22000%20-%202.pdf**

บทความวิจัย (Research Article)

ประเทศไทยกับความเป็นไปได้ที่จะเข้าร่วมอนุสัญญา ว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019*

Thailand's Possibility of Becoming a Party to the Convention
on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments
in Civil and Commercial Matters of 2019

ชญาณิศ วิชชุประภา**

นักศึกษาปริญญาโทสาขาวิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

Shayanit Vishchuprapha

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

วันที่รับบทความ 20 กรกฎาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 24 สิงหาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 29 สิงหาคม 2565

* บทความนี้สรุปมาจากวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “ความเป็นไปได้ของประเทศไทยที่จะรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์: กรณีศึกษาอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; อีเมลติดต่อ shayanit24254@gmail.com

บทคัดย่อ

ประเทศไทยในปัจจุบันนี้ ไม่ได้มีความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศใดว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์โดยเฉพาะตลอดจนไม่ปรากฏกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องโดยตรง ดังนั้น เมื่อมีการร้องขอให้ศาลไทยรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศอื่น ในปัจจุบันทางปฏิบัติจึงยังคงไม่มีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งความคลุมเครือต่อหลักการดังกล่าวนี้ในประเทศไทยมีมาอย่างยาวนาน และเป็นที่มาของการตั้งประเด็นปัญหาของบทความนี้

ในปี ค.ศ. 2019 ที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (HCCH) ได้มีการจัดทำอนุสัญญาฉบับใหม่ว่าด้วยหลักการดังกล่าว เรียกกันว่า “2019 Hague Judgments Convention” ซึ่งกำลังได้รับความสนใจจากนานาชาติ แม้ว่าจะยังไม่มีผลบังคับใช้ และยังไม่มีการใดเข้าเป็นรัฐภาคี บทความนี้จึงมีความมุ่งหมายทำการวิเคราะห์เนื้อหาของอนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 2019 นี้ ควบคู่ไปกับการศึกษากฎหมายภายในที่มีอยู่ของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ซึ่งในปัจจุบัน เป็นที่ชัดเจนว่าประเทศไทยไม่ได้มีความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศใด และไม่มีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์โดยตรงเลย มีเพียงคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องบางฉบับเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปแล้ว ผลการศึกษาเป็นไปตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ ประเทศไทยควรมีกฎหมายภายในว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ชัดเจน ไม่ว่าจะเข้าร่วมในอนุสัญญาฉบับนี้ หรือฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องในอนาคตหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีความพร้อมที่มากพอในการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 แต่ประเทศไทยควรที่จะพัฒนากฎหมายที่เหมาะสมขึ้นมาเป็นของตนเองเสียก่อน โดยอาจดูต้นแบบจากกฎหมายของประเทศอื่น หรือดึงเอาส่วนดีของอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้ หรืออาจสร้างนวัตกรรมทางกฎหมายใหม่ขึ้นมาเองก็ได้ เพื่อที่จะได้มีกฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษร ชัดเจนเป็นระบบ และคุ้มครองประโยชน์ของคนไทยอย่างแท้จริง ก่อนที่จะมีการตัดสินใจเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าฉบับใด ๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้องการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2566)

คำสำคัญ: การรับรองและบังคับตาม; คำพิพากษาศาลต่างประเทศ; คดีแพ่งและพาณิชย์

Abstract

At present, Thailand does not have any international agreement with any country regarding recognition and enforcement following the foreign judgment in a civil and commercial case, nor has related internal law. Therefore, when there is a petition to the Thai court to recognize or enforce according to foreign judgment, there is no clear practice. Thus, this ambiguity has subsisted in Thailand for a long time and became the provenance of this article.

In 2019 the Hague Conference on Private international law (HCCH) concluded a new convention known as “the 2019 Hague Judgment Convention” which has attracted much international attention, although not yet entered into force and not yet acceded by any country. This article aims to analyze the context of this 2019 convention along with research on Thai’s internal law that applies to the recognition and enforcement of the foreign judgment, which at present, Thailand does not have any international agreement with any country regarding recognition and enforcement following the foreign judgment in a civil and commercial case, nor has related internal law. There is only some related judgment.

In conclusion, the outcome verified the hypothesis that Thailand should have a clear internal law on recognition and enforcement of foreign judgment regardless of whether acceded to the convention or other associate conventions in the future. Due to the fact that Thailand is currently unprepared to accede to the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters of 2019. In this regard, Thailand should develop a proper law of its own which could be done by taking the laws of other countries as models, adopting the good points of the Convention or creating a new legal innovation on its own, so that Thailand may have a written, clear and systematic internal law that truly well protects the interests of the Thai people before deciding to enter into any international agreement relating to the recognition and enforcement of foreign judgments.

Keywords: Recognition and Enforcement; Foreign Judgments; Civil and Commercial Matters

1. บทนำ

อย่างที่ทราบกันดีว่า การใช้อำนาจตุลาการในการพิพากษาชี้ขาดข้อพิพาทต่าง ๆ นั้น โดยปกติแล้วย่อมมีผลและสามารถบังคับได้ก็แต่ภายในขอบเขตดินแดนของรัฐที่ได้มีคำพิพากษาเท่านั้น ไม่อาจนำไปบังคับคดีในศาลของประเทศอื่นได้ เนื่องจากแต่ละประเทศต่างมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) เป็นของตนเองในการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะรัฐของตน แต่ในปัจจุบัน เมื่อจำนวนข้อพิพาทหรือการฟ้องคดีระหว่างเอกชนด้วยกันในระดับระหว่างประเทศมีการเพิ่มจำนวนอย่างรวดเร็ว โดยเฉพาะข้อพิพาทในทางแพ่งและพาณิชย์ สืบเนื่องจากจำนวนธุรกรรมระหว่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้นตามความสะดวกรวดเร็วของการติดต่อสื่อสารระหว่างกัน การใช้อำนาจตุลาการในการทำคำพิพากษาที่มีผลและบังคับได้ก็แต่ภายในขอบเขตดินแดนของรัฐที่ได้มีคำพิพากษา จึงเป็นปัญหาว่าอาจก่อให้เกิดข้อจำกัดและเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาเศรษฐกิจหรือไม่ เนื่องจากการที่คู่กรณีจำเป็นต้องฟ้องร้องต่อศาลในแต่ละประเทศของตนเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้องนั้น เป็นเหตุให้การอำนวยความสะดวกล้มล้างและมีค่าใช้จ่ายมาก นำมาสู่การพัฒนาแนวคิดที่มุ่งหมายให้คำพิพากษาของศาลในประเทศหนึ่งสามารถนำไปบังคับใช้ในอีกประเทศหนึ่งโดยไม่จำเป็นต้องฟ้องคดีขึ้นใหม่ เรียกว่า “หลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ” ซึ่งกำลังได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศมากขึ้นเรื่อย ๆ ทั้งนี้ เนื่องจากการที่รัฐยินยอมให้มีการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยสะดวก ใช้เวลาไม่นาน และเสียค่าใช้จ่ายไม่มาก โดยไม่จำเป็นต้องเสียค่าธรรมเนียมจำนวนมากเพราะไม่มีการตรวจสอบหรือทบทวนคำพิพากษาต่างประเทศในข้อเท็จจริงอีกก็สามารถขอบังคับตามคำพิพากษานั้นได้ ย่อมส่งผลดีต่อปัจเจกชนทั้งในคดีแพ่งและภาคธุรกิจในคดีพาณิชย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการประกอบธุรกิจขนาดเล็กที่จำเป็นต้องได้รับความสะดวกในการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงิน¹ ทั้งนี้ เพราะแม้ว่าโดยหลักแล้วคำพิพากษาของศาลภายในประเทศจะไม่มีผลบังคับนอกเขตศาลก็ตาม แต่ก็มิใช่อยกเว้นอยู่บางประการที่คำพิพากษาประเทศแรกนั้นอาจมีผลในประเทศอื่นได้ หากประเทศอื่นนั้นถูกผูกพันด้วยสนธิสัญญาที่จะยอมรับให้คำพิพากษานั้นมีผลภายในดินแดนของตน หรือ

¹ รัชนิกร ลาภวิชชา, การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งอำนาจศาลในประชาคมอาเซียน [ออนไลน์], 20 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=137113>

กรณีประเทศอื่นนั้นเต็มใจปฏิบัติตามคำพิพากษาต่างประเทศเองด้วยเหตุผลพิเศษเฉพาะกรณีตามหลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ² ยกตัวอย่างเช่น คดี Hilton v Guyot เมื่อปี ค.ศ. 1895 ซึ่งในคดีนี้ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึงการยอมรับหลักการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้ และถือเป็นคดีต้นแบบที่สำคัญเกี่ยวกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ³

อย่างไรก็ดี แม้หลายประเทศจะให้การยอมรับหลักการนี้แล้ว⁴ แต่การที่แต่ละประเทศต่างกำหนดแนวทางปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้แตกต่างกันยังคงเป็นปัญหาที่

² ฌูว์พล จุลละเกศ, การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในสหรัฐอเมริกา, นิตยสารตุลพาห, ปีที่ 44 เล่มที่ 2 (มิถุนายน 2540), หน้า 84.

³ คดี Hilton v Guyot เมื่อปี ค.ศ. 1895 ถือเป็นกรณีศึกษาต้นแบบ ศาลสูงสหรัฐอเมริกาได้วินิจฉัยว่าศาลสหรัฐอเมริกาจะรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็ต่อเมื่อศาลแห่งประเทศที่ทำคำพิพากษายอมรับและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลสหรัฐอเมริกาด้วย จึงส่งผลให้หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกันกลายเป็นเงื่อนไขสำคัญประการแรกที่ศาลสหรัฐอเมริกาใช้พิจารณาว่าจะให้การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศหรือไม่

⁴ การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้น ปัจจุบันได้รับการยอมรับแล้วในหลายประเทศ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์ โดยจากการศึกษาพบว่าหลายประเทศมีกฎหมายภายในบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร ยกตัวอย่างเช่น

(1) ประเทศอังกฤษ หลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศปรากฏอยู่ใน The Administration of Justice Act 1920, The Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933

(2) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure) มาตรา 328, 722, 733

(3) ประเทศกัมพูชา ปรากฏอยู่ใน The Code of Civil Procedure of Cambodia ค.ศ. 2007 ข้อ 199 (1)

(4) สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม ปรากฏอยู่ใน The Civil Procedure Code of Vietnam ค.ศ. 2007 และ The Ordinance on the Recognition and Enforcement of Civil Judgments and Decisions of Foreign Courts in Vietnam

(5) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ปรากฏอยู่ใน Law on Judgment Enforcement ค.ศ. 2004 และ Law on Civil Procedure of Lao

(6) สาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์ ปรากฏอยู่ใน Civil Procedure Code of Myanmar ค.ศ. 1908 ข้อ 13-14

นำมาสู่การริเริ่มนำเอาระบบสนธิสัญญาเข้ามาช่วยทำให้หลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวระหว่างรัฐที่ยินยอมเป็นภาคีมีความสอดคล้องกันมากขึ้น โดยในปัจจุบันนี้มีอนุสัญญาหลายฉบับที่ได้รับรองหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้⁵ ทั้งในรูปแบบที่เป็นอนุสัญญาหลายฝ่าย (Multilateral Convention) และอนุสัญญาสองฝ่าย (Bilateral Convention)⁶ และในปี ค.ศ. 2019 “Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters” หรือที่เรียกกันว่า “2019 Hague Judgments Convention” ถือเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องฉบับล่าสุดที่ได้รับการพัฒนาโดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

⁵ ตัวอย่างอนุสัญญาที่ได้รับรองหลักเกณฑ์และวิธีการในการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

(1) อนุสัญญาแห่งกรุงเฮกลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 1971 ว่าด้วยการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์

(2) A Model Act for the Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments 1964 (กฎหมายแม่แบบว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีเกี่ยวกับคำพิพากษาที่เป็นหนี้เงิน ค.ศ. 1964)

(3) Brussels I Regulation of 2000

(4) Brussels II Regulation (EC) No 2201/2003 ใช้ในกลุ่มประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปซึ่งเป็นรัฐภาคี 25 ประเทศ

(5) Convention between Belgium and France relative to the Enforcement of Judgments 1899 (อนุสัญญาระหว่างประเทศเบลเยียมและประเทศฝรั่งเศสว่าด้วยการบังคับคดีตามคำพิพากษา ค.ศ. 1899)

(6) The Convention between France and the Swiss Confederation Respecting Jurisdiction and the Execution of Civil Judgments of 15 June 1869 (อนุสัญญาระหว่างประเทศฝรั่งเศสและสวิตเซอร์แลนด์ว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีตามคำพิพากษาในคดีแพ่ง)

(7) The Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano Convention) (อนุสัญญาว่าด้วยเขตอำนาจศาลและการบังคับคดีตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ (อนุสัญญารุงลูกาโน))

⁶ สถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน [ออนไลน์], 22 กรกฎาคม 2563. แหล่งที่มา: <http://www.led.go.th/articles/pdf/f-court.pdf>

หรือ HCCH และกำลังเป็นที่สนใจของนานาชาติ แม้ว่าจะยังไม่มีประเทศใดเป็นรัฐภาคี (Contracting Party) และยังไม่มีสภาพบังคับก็ตาม

จากที่กล่าวมานี้ หลักการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยจึงมีเหตุอันสมควรถูกยกขึ้นมาศึกษาให้มากขึ้น เนื่องจากแนวทางปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยยังมีความคลุมเครือ กล่าวคือ แม้จะมีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องอยู่บ้าง⁷ แต่ก็ยังเป็นเพียงการวางแนวทางการปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยไว้อย่างผิวเผิน ไม่สามารถให้ความชัดเจนแน่นอนได้ว่าเมื่อมีการร้องขอให้รับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยขึ้นในอนาคตแล้วทางปฏิบัติของศาลไทยจะเป็นไปในทิศทางเดียวกัน อีกทั้งไม่ปรากฏด้วยบทกฎหมายที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ ขณะที่ด้วยบทกฎหมายที่ปรากฏว่าเกี่ยวข้องก็เป็นเรื่องที่เฉพาะกรณีมาก เช่น ความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายจากกรณีมลพิษน้ำมันเท่านั้น จึงเป็นที่น่ากังวลว่าการขาดความชัดเจนในแนวทางปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศเช่นนี้อาจกระทบความเชื่อมั่นของภาคธุรกิจระหว่างประเทศที่มีต่อการระงับข้อพิพาทของไทย สมควรต้องมีการพัฒนาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในเรื่องดังกล่าวนี้ให้ชัดเจนขึ้น แต่การริเริ่มนี้ต้องดำเนินการอย่างระมัดระวัง โดยพิจารณาให้ครอบคลุมทั้งข้อดี ข้อเสีย และประโยชน์ที่จะได้รับ ซึ่งการนำเอาอนุสัญญา “2019 Hague Judgments Convention” มาเป็นกรณีศึกษาย่อมจะเป็นประโยชน์อย่างมาก เนื่องจากช่วยให้เห็นภาพได้ว่าในระบบสากลนั้นมีการวางหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องไว้อย่างไร และมีส่วนใดบ้างที่อาจเหมาะสมนำมาปรับใช้พัฒนากฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของประเทศไทยได้ในอนาคต

⁷ ตัวอย่างคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6565/2544 และคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ 2351/2548 โปรดดูเนื้อหาคำพิพากษาโดยย่อในเชิงอรรถที่ 21-23

2. หลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์

2.1 ความเป็นมาของหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์

แนวความคิดเกี่ยวกับการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เริ่มปรากฏขึ้นมาตั้งแต่สมัยอดีตโบราณ ภายใต้หลักกฎหมายร่วมกัน (Ius Commune) ของยุโรป ในยุคโรมันก็ได้มีปรากฏหลักกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักการรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ จากการที่ได้อนุญาตให้อาณาจักรโรมันรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลจากอาณาจักรอื่นเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับชาวโรมันที่ไปทำการค้ากับคนนอกอาณาจักร ต่อมาในยุคสมัยใหม่ นับตั้งแต่ช่วงศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา ศาลอังกฤษก็ได้มีทัศนคติเชิงบวกต่อการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมากขึ้น โดยยอมรับว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอาจได้รับการรับรองและบังคับตามในประเทศอังกฤษได้⁸ โดยในปี ค.ศ. 1842 ศาลอังกฤษได้ให้เหตุผลของการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในศาลอังกฤษว่าเป็นไปตามหลักพันธกรณี (Doctrine of Obligation) กล่าวคือ เมื่อศาลที่มีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีได้พิพากษาให้ฝ่ายที่แพ้คดีมีหน้าที่ต้องชำระหนี้ให้กับฝ่ายที่ชนะเป็นจำนวนหนึ่งแล้ว ฝ่ายที่แพ้คดีย่อมจะต้องผูกพันตามพันธกรณีทางกฎหมายที่จะต้องจ่ายหนี้ตามจำนวนนั้นไม่ว่าจะมีการบังคับคดีที่แห่งไหนก็ตาม อีกทั้งหน้าที่ในการชำระหนี้ของฝ่ายที่แพ้คดีเป็นไปตามความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยาย (Implied Contract) ดังนั้น การบังคับชำระหนี้ของฝ่ายที่แพ้คดีในศาลต่างประเทศจึงย่อมถือว่าเป็นการบังคับความรับผิดชอบตามสัญญาโดยปริยายเนื่องจากพันธกรณีทางกฎหมายที่จะต้องชำระหนี้ในจำนวนหนึ่งติดตามฝ่ายที่แพ้คดีไปทุกหนแห่ง แต่อย่างไรก็ดี การรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามหลักพันธกรณีได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าเป็นหลักการที่คำนึงถึงแค่พันธกรณีทางกฎหมายระหว่างเจ้าหน้าที่กับลูกหนี้ นำมาสู่การเสนอใช้หลักอัยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Comity) ในการรับรองและบังคับคดี

⁸ กมล สนธิเกษตริน, ความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ, นิตยสารตุลพาห, ปีที่ 31 เล่มที่ 2 (เมษายน 2527), หน้า 25-26.

ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ⁹ โดยตามหลักอัยยาศัยไมตรีนี้ การบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจะใช้วิธีหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน (Reciprocity) กล่าวคือ ศาลจากประเทศที่สองจะรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลจากประเทศแรกก็ต่อเมื่อศาลจากประเทศแรกมีค้ำมั่นว่าจะรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาของศาลจากประเทศที่สองเช่นเดียวกัน

นอกจากทั้งสองหลักการในข้างต้น การรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศยังได้มีการพัฒนามาจากหลักสิทธิที่ได้รับมาด้วย (Principle of Acquired Right) ซึ่งหลักการนี้เสนอว่าคำพิพากษาที่ได้รับการพิจารณาพิพากษาจากศาลที่มีเขตอำนาจย่อมก่อให้เกิดสิทธิซึ่งได้รับการยอมรับจากศาลต่างประเทศ และได้เริ่มปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนในช่วงกลางศตวรรษที่ 19 ซึ่งศาลสูงแคนาดาได้ให้การยอมรับหลักสิทธิที่ได้รับมาไว้ว่า “กฎหมายของประเทศแคนาดาต้องให้การยอมรับในสิทธิที่ได้รับมาตามกฎหมายต่างประเทศด้วยเช่นกัน เว้นแต่สิทธิดังกล่าวจะขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยของประเทศแคนาดา”¹⁰ ทั้งนี้ การที่ศาลในประเทศที่สองจะรับรองหรือบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ฝ่ายที่ทำการร้องขอให้รับรองหรือบังคับคดีจะต้องได้รับสิทธินั้นมาโดยสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศแรก

จะเห็นได้ว่า หลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในปัจจุบัน เป็นที่ยอมรับของนานาอารยประเทศมากขึ้นเรื่อย ๆ โดยเฉพาะหลังช่วงสงครามโลกครั้งที่สองเป็นต้นมา ซึ่งได้เริ่มมีการตื่นตัวให้ความสนใจในเรื่องดังกล่าวนี้มากขึ้นอย่างเห็นได้ชัด จากการพยายามคิดค้นหลักเกณฑ์และวิธีการที่เป็นกลางในรูปแบบของข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อให้บรรดาประเทศต่าง ๆ ที่เป็นภาคีใช้หลักเกณฑ์และวิธีการเดียวกันในการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เช่น อนุสัญญาแห่งกรุงเฮกว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 1971 ซึ่งจัดทำขึ้นโดยที่ประชุมแห่งกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดี

⁹ สถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน, หน้า 5-6.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 8; และโปรดดู Jantree Sinsupparoeek, *Recognition and enforcement of foreign judgments in Canada*, (Bangkok: Nititham Publishing House, 2000).

บุคคล (Hague Conference on Private International Law: HCCH)¹¹ โดยในวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 2019 HCCH ก็ได้จัดทำอนุสัญญาฉบับใหม่ขึ้น คืออนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters) อันเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับหลักการนี้ฉบับล่าสุด

2.2. หลักการที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

โดยหลักแล้ว ในแต่ละรัฐย่อมจะมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเองในการบริหารประเทศโดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐอื่น ตลอดจนอำนาจในการออกกฎหมายผ่านผู้แทนของตนตามอำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการในการตัดสินข้อพิพาทโดยศาล ดังนั้น การที่รัฐหนึ่งยอมลดอำนาจอธิปไตยของตนลงเพื่อยอมรับอำนาจอธิปไตยของรัฐอื่นโดยรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศจึงมีแนวความคิดทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและไม่สนับสนุน โดยในที่นี้จะแยกพิจารณาเป็นหัวข้อต่าง ๆ ดังนี้

2.2.1 หลักการที่สนับสนุนการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

(1) หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกัน (Doctrine of Reciprocity)

หลักการนี้เป็นหลักการพื้นฐานของการยอมลดอำนาจอธิปไตยของรัฐเพื่อยอมรับอำนาจของรัฐอื่น แต่ในขณะเดียวกันก็คาดหวังที่จะให้อีกรัฐหนึ่งนั้นปฏิบัติกลับมาเช่นเดียวกันด้วย กล่าวคือ รัฐที่รับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศย่อมคาดหวังให้รัฐของศาลที่ได้ทำคำพิพากษาปฏิบัติตอบแทนกลับมาเช่นเดียวกัน โดยต่างต้องยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของกันและกัน ในลักษณะที่เหมือนกันและเท่าเทียมกัน โดยการยอมรับดังกล่าวเป็นการยอมรับตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศโดยสมัครใจของประเทศ มิใช่การยอมรับเพราะหน้าที่หรือพันธกรณีระหว่างประเทศ¹²

¹¹ กมล สนธิเกษตริณ, ความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ, หน้า 21.

¹² สถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, รายงานการศึกษาระดับสมบูรณ โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน, หน้า 21.

(2) หลักแห่งพันธกรณี (Doctrine of Obligation)

หลักการนี้ให้ความสำคัญคือ เมื่อศาลซึ่งมีเขตอำนาจศาลเหนือจำเลยวินิจฉัยตัดสินคดีโดยกำหนดจำนวนเงินเพื่อให้ชำระหนี้แก่โจทก์ หรือกำหนดหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการที่จำเลยจะต้องชำระหนี้ไว้อย่างไร คำพิพากษาของศาลที่กำหนดหน้าที่หรือภาระหนี้ให้แก่ตัวจำเลยเช่นนั้นย่อมเป็นพันธะทางกฎหมายที่ศาลของประเทศอื่นต้องมีความผูกพันที่จะบังคับตามหนี้แห่งคำพิพากษานั้นด้วย และเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าคำพิพากษานั้นมีความศักดิ์สิทธิ์ต้องปฏิบัติตามไม่ว่าศาลที่ตัดสินจะเป็นศาลของประเทศใด ทั้งนี้ การนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาใช้บังคับในประเทศอื่นจะต้องนำคำพิพากษาศาลต่างประเทศมาฟ้องขอให้ศาลในอีกประเทศหนึ่งยอมรับและบังคับให้ โดยถือว่าคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเป็นมูลคดีเพื่อเรียกร้องหนี้แห่งคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ¹³

(3) หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศ (Doctrine of Comity)

หลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศเป็นหลักที่สืบเนื่องมาจากการที่รัฐหนึ่งต้องการที่จะอำนวยความสะดวกในเรื่องกระบวนการพิจารณาคดีแก่รัฐอธิปไตยอื่น และได้ถูกนำมาเป็นแนวทางในการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศนี้มีบทบาทในประเทศที่ได้รับอิทธิพลมาจากระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และเป็นแนวคิดที่มาจากศาลของประเทศอังกฤษในช่วงศตวรรษที่ 17 จากการที่ศาลในขณะนั้นเกรงว่าหากประเทศอังกฤษไม่ยอมรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ศาลของประเทศอื่นก็จะไม่รับรองและบังคับตามคำพิพากษาของประเทศอังกฤษเช่นกัน¹⁴

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 22.

¹⁴ อนันต์ ช้วยนิ๊ก, การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของศาล ในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน, วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี, ปีที่ 9 ฉบับที่ 4 (มิถุนายน 2556), หน้า 31.

2.2.2 หลักการที่มีได้สนับสนุนการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

(1) หลักอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (Principle of Territorial Sovereignty)

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐแต่ละรัฐย่อมมีสิทธิใช้อำนาจอธิปไตยภายในดินแดนของตนได้อย่างเด็ดขาดและบริบูรณ์แต่ผู้เดียว เนื่องจากอำนาจอธิปไตยของรัฐเป็นหลักประกันของความเป็นเอกราช และเป็นอำนาจที่รัฐสามารถใช้ได้อย่างเต็มที่ โดยการใช้อำนาจรัฐไม่อาจถูกแทรกแซงโดยรัฐอื่น ตามที่กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ก็ได้มีการระบุรับรองอำนาจอธิปไตยของรัฐไว้ว่าการใช้อำนาจของสหประชาชาติจะไม่มีลักษณะใด ๆ ที่เป็นการแทรกแซงกิจการภายในของรัฐสมาชิก¹⁵ ดังนั้น การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจึงถูกมองว่าเป็นการทับซ้อนของอำนาจอธิปไตยของรัฐ อันจะทำให้ความขัดแย้งระหว่างรัฐหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนและประชากรของรัฐถือเป็นอำนาจสูงสุด เด็ดขาด และไม่มีเงื่อนไข การประนีประนอมระหว่างอำนาจอธิปไตยของรัฐที่เข้ามาทับซ้อนกันย่อมมีความขัดกันและยอมรับไม่ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากคำพิพากษาของศาลคือการกระทำทางตุลาการของรัฐ โดยเป็นการกระทำของรัฐอื่นไม่สมควรถูกแทรกแซงเช่นเดียวกับการใช้อำนาจอธิปไตยทางบริหารและนิติบัญญัติ

(2) หลักความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการ (Principle of the Independence of the Judiciary)

หลักความเป็นอิสระของตุลาการมีขึ้นเพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถตัดสินคดีตามกฎหมายได้อย่างอิสระ ทั้งเป็นอิสระจากองค์กรนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และเป็นอิสระจากผู้พิพากษาด้วยกันเอง กล่าวคือ ความเป็นอิสระของอำนาจตุลาการนี้มีได้หมายความว่าศาลจะมีอำนาจเด็ดขาดโดยปราศจากการควบคุม แต่หมายถึงสิทธิที่จะมีหลักประกันว่าข้อพิพาทจะได้รับการพิพากษาโดยยุติธรรม เป็นกลาง และเป็นอิสระจากอิทธิพลหรืออำนาจนอกเหนือกฎหมาย ซึ่งตามหลักการดังกล่าวนี้ คำพิพากษาของศาลในประเทศใดก็ย่อมจะมีผลบังคับใช้ภายในดินแดนของประเทศนั้นเท่านั้น คำพิพากษาของศาลในรัฐหนึ่งจะไปมีผลบังคับ

¹⁵ กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) มาตรา 2 ข้อ 7 “ไม่มีข้อความใดในกฎบัตรฉบับปัจจุบัน จะให้อำนาจแก่สหประชาชาติเข้าแทรกแซงในเรื่องซึ่งโดยสาระสำคัญแล้วตกอยู่ในเขตอำนาจภายในของรัฐ”

ยังศาลในอีกรัฐไม่ได้ เพราะหากเป็นเช่นนั้นแล้วก็จะเท่ากับเป็นการแทรกแซงอำนาจศาลจากอิทธิพลภายนอก¹⁶

2.3 ความแตกต่างของการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ

แม้ว่าทั้งการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจะเกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐและมีความสัมพันธ์ต่อกันอย่างใกล้ชิดกัน แต่การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศก็เป็นคนละเรื่องกัน

(1) การรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (Recognition of Foreign Judgments) คือกรณีที่ศาลของประเทศหนึ่งซึ่งได้รับคำร้องขอใช้อำนาจทางตุลาการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศซึ่งเป็นศาลที่ได้วินิจฉัยคดีและมีคำพิพากษา (Rendering Court) โดยมีได้มีเรื่องของการบังคับคดีเข้ามาเกี่ยวข้อง¹⁷

(2) การบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ (Enforcement of Foreign Judgments) คือกรณีที่ศาลของประเทศหนึ่งใช้อำนาจทางตุลาการบังคับคดีแก่จำเลย หรือทรัพย์สินของจำเลยซึ่งเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่ได้รับการร้องขอให้บังคับตามคำร้องขอของโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ กล่าวคือ เป็นกรณีที่โจทก์ตามคำพิพากษาประสงค์ที่จะให้จำเลยตามคำพิพากษาชำระหนี้ตามคำพิพากษา โดยจำเลยนั้นมีทรัพย์สินที่อาจชำระหนี้ได้อยู่ในประเทศที่จะให้มีการบังคับคดี โจทก์จึงมีความจำเป็นต้องอาศัยอำนาจตุลาการของศาลที่จะบังคับคดี (Enforcing Court) ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลที่ได้ทำคำพิพากษา (Rendering Court)¹⁸

ข้อแตกต่างที่สำคัญก็คือ การรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นเป็นกรณีที่ศาลแห่งประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้รับรองคำพิพากษาศาลได้ยอมรับผลของคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยเชื่อถือในคำพิพากษานั้นและจะไม่รื้อฟื้นคดีขึ้นมาพิจารณาอีก ด้วยเหตุผลว่าข้อเท็จจริงในคดีได้มีการดำเนินกระบวนการพิจารณามาแล้วในศาลของอีกประเทศหนึ่ง การรับรอง

¹⁶ สาวิกา สุมานันท์, การบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย: ศึกษากรณีเฉพาะคำพิพากษาศาลประเทศสิงคโปร์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 15.

¹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), หน้า 297.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 298.

คำพิพากษาจึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับตามคำพิพากษาเสมอไป และคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่อาจร้องขอให้รับรองนั้นโดยทั่วไปแล้วจะเป็นคำพิพากษาที่ไม่อาจมีการบังคับได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องด้วยการรับรองหรือประกาศนิติฐานะ หรือความสามารถของบุคคล โดยเฉพาะในกฎหมายครอบครัว เช่น การสิ้นสุดการเป็นสามีภริยา การรับรองบุตร เป็นต้น¹⁹ ส่วนการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศคือกรณีที่ศาลของประเทศหนึ่งใช้อำนาจทางตุลาการบังคับให้จำเลยตามคำพิพากษาปฏิบัติตามคำพิพากษาซึ่งได้ตัดสินมาแล้ว ในต่างประเทศ ตลอดจนบังคับถึงทรัพย์สินของจำเลยตามคำพิพากษาที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลที่ได้มีการร้องขอให้มีการบังคับตามคำร้องขอของโจทก์ด้วย โดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของศาลแห่งประเทศที่ได้รับคำร้องขอให้มีการบังคับคดี ดังนั้น การรับรองคำพิพากษาไม่จำเป็นต้องมีการบังคับตามคำพิพากษา แต่การบังคับตามคำพิพากษาโดยปราศจากการรับรองจะมีไม่ได้ จะต้องมีการรับรองเสมอ²⁰

3. การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทย

แม้จะยังคงมีได้เข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ที่ว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์โดยตรง ตลอดจนไม่มีกฎหมายภายในว่าด้วยเรื่องดังกล่าวโดยเฉพาะ แต่ในปัจจุบันประเทศไทยก็ได้มีการปรากฏตัวบทกฎหมายที่มีการบัญญัติให้ใช้บังคับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้ในบางกรณีแล้ว แม้จะเป็นกรณีเฉพาะคดีบางประเภทเท่านั้น ดังนั้น เมื่อเป็นกรณีเฉพาะตามที่กฎหมายบัญญัติให้ใช้บังคับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้แล้ว ทางปฏิบัติของศาลก็ย่อมต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งย่อมต่างจากกรณีคำพิพากษาต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์อื่น ๆ โดยทั่วไปที่ไม่มีตัวบทกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจน ทั้งสองกรณีจึงสมควรต้องแยกพิจารณาเพื่อความเข้าใจที่ถูกต้อง ดังต่อไปนี้

¹⁹ อานนท์ ศรีบุญโรจน์, คำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศอาเซียน จะมีผลในอีกประเทศหนึ่งหรือไม่?, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556), หน้า 29.

²⁰ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 298.

3.1 กรณีเป็นภาคีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องและมีตัวบทกฎหมายบัญญัติให้ใช้บังคับ บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้

3.1.1 กรณีความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิด จากเรือ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิด จากเรือ พ.ศ. 2560

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจาก
ภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on Civil Liability for Oil Pollution
Damage, 1992) หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปในชื่อย่อว่า CLC 1992 เป็นอนุสัญญาที่ใช้บังคับกับ
ความเสียหายจากมลพิษน้ำมันที่เกิดขึ้นในอาณาเขตปกครอง หรือทะเลอาณาเขตของประเทศ
ที่เป็นภาคี ซึ่งรวมถึงเขตเศรษฐกิจจำเพาะ หรือพื้นที่ที่มีลักษณะเดียวกันของแต่ละรัฐภาคี
อนุสัญญานี้ครอบคลุมเฉพาะเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องกับการรั่วไหลหรือการปล่อยน้ำมันที่มี
ลักษณะคงตัวจากเรือเดินทะเลที่ถูกสร้างขึ้นหรือถูกใช้เพื่อขนถ่ายน้ำมันเป็นสินค้า (เรือบรรทุก
น้ำมัน) และจะสามารถใช้ได้เฉพาะกรณีน้ำมันที่มีลักษณะคงตัว (Persistent Oil) เช่น น้ำมันดิบ
น้ำมันดีเซลชนิดหนัก และน้ำมันหล่อลื่น โดยอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้มีการกล่าวถึง
คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่วินิจฉัยเกี่ยวกับความรับผิดของเจ้าของเรือต่อความเสียหายจาก
ภาวะมลพิษน้ำมันจากเรือ โดยกำหนดให้คำพิพากษาใด ๆ ที่ทำขึ้นโดยศาลที่มีเขตอำนาจ
ของรัฐตามข้อ 9 ของอนุสัญญานี้ สามารถบังคับได้ในรัฐที่มีคำพิพากษานั้น หากเป็นกรณี
คำพิพากษานั้นถึงที่สุดแล้ว

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดทางแพ่งเพื่อความเสียหายจาก
ภาวะมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 หรือ CLC 1992 นี้ ประเทศไทยเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาแล้ว
เมื่อวันที่ 15 ตุลาคม 2560 หากเกิดกรณีที่เรือต่างชาติมาก่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมัน
ในประเทศไทย คำพิพากษาของประเทศไทยย่อมจะมีผลบังคับใช้ได้และสามารถบังคับคดีได้
ในรัฐที่เป็นภาคี และในการนี้ ประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้น
เรียกว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ
พ.ศ. 2560 เพื่อนำวิธีการอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว โดยในส่วนของหลักการรับรองและการบังคับ
ตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 36 บัญญัติไว้ว่า “คำพิพากษา
ถึงที่สุดเกี่ยวกับความเสียหายจากมลพิษของศาลต่างประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญา ให้ใช้
บังคับในประเทศไทยได้ เว้นแต่

(1) คำพิพากษานั้นได้มาโดยกลฉ้อฉล

(2) จำเลยมิได้รับหมายเรียกโดยชอบและไม่มีโอกาสตามสมควรในการต่อสู้คดี

(3) คำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

กำหนดเวลา เงื่อนไข และวิธีการในการขอให้ศาลบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาล”

3.1.2 กรณีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของกองทุนของศาลต่างประเทศ ที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากองทุน ตามพระราชบัญญัติการเรียกเงินสมทบเข้ากองทุนระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ความเสียหายอันเนื่องมาจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดตั้งกองทุนระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ความเสียหายอันเนื่องมาจากมลพิษน้ำมัน ค.ศ. 1992 (International Convention on the Establishment of an International Fund for Compensation for Oil Pollution Damage, 1992) หรือที่เรียกกันว่า FUND 1992 เกิดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดระบบสำหรับค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหายจากมลพิษน้ำมันในรัฐภาคีและสำหรับค่าใช้จ่ายของมาตรการต่าง ๆ ไม่ว่าจะได้ดำเนินการ ณ ที่ใดก็ตามเพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายนั้น ทั้งนี้ อนุสัญญา FUND 1992 นี้ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีแล้วเช่นกัน และได้มีการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อบรรเทาอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว เรียกว่า พระราชบัญญัติการเรียกเงินสมทบเข้ากองทุนระหว่างประเทศเพื่อชดใช้ความเสียหายอันเนื่องมาจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 ตามพระราชบัญญัตินี้ได้ปรากฏหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศปรากฏอยู่เช่นเดียวกันในมาตรา 34 บัญญัติว่า “คำพิพากษาถึงที่สุดเกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนของกองทุนของศาลต่างประเทศที่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญากองทุน ให้ใช้บังคับในประเทศไทยได้ เว้นแต่

(1) คำพิพากษานั้นได้มาโดยกลฉ้อฉล

(2) จำเลยมิได้รับหมายเรียกโดยชอบและไม่มีโอกาสตามสมควรในการต่อสู้คดี

(3) คำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

กำหนดเวลา เงื่อนไข และวิธีการในการขอให้ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ”

ทั้งนี้ ทั้งสองกรณีในข้างต้นแม้จะมีกฎหมายรองรับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้แล้ว แต่ก็ยังไม่ปรากฏคำพิพากษาฎีกาที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด

3.2 กรณีมิได้เป็นภาคีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องและไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติให้ใช้บังคับบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้

แม้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยจะได้ปรากฏบางกรณีที่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติยอมรับหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแล้ว ได้แก่กรณีความเสียหายที่เกิดจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ ซึ่งคำพิพากษาศาลต่างประเทศใดที่เข้าเงื่อนไขตามกฎหมายดังกล่าวก็ย่อมใช้บังคับในประเทศไทยได้ และศาลไทยก็ย่อมมีหน้าที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนั้น แต่สำหรับกรณีคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์อื่น ๆ ที่มีใช้กรณีความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือซึ่งยังคงไม่ปรากฏการบัญญัติกฎหมายรับรองอย่างชัดเจน ตลอดจนยังคงมิได้มีการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาที่เกี่ยวข้อง ยังคงเป็นปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่าศาลไทยจะมีทางปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ที่มีใช้กรณีมลพิษน้ำมันอย่างไร จะยังคงเป็นไปตามแนวทางที่วางไว้ในคำพิพากษฉบับก่อน ๆ หรือไม่

ทั้งนี้ เมื่อในปัจจุบันประเทศไทยยังคงไม่ได้มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศใดเกี่ยวกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ จึงส่งผลให้เมื่อมีคดีพิพาทเกิดขึ้นในต่างประเทศแม้คู่กรณีฝ่ายหนึ่งในคดีจะชนะคดีและได้รับคำพิพากษาของศาลในต่างประเทศมาแล้ว แต่ก็จะนำมาใช้บังคับเอากับทรัพย์สินของลูกหนี้ที่อยู่ในประเทศไทยไม่ได้ หากต้องการให้มีการบังคับคดีตามคำพิพากษา เมื่อพิจารณาตามแนวทางคำพิพากษาของศาลไทยที่ได้เคยวางหลักไว้เกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 คดีเดิมนั้น นางฟาม ทีเลียน (Fam ThiLian) พลเมืองชาวเวียดนามเป็นโจทก์ยื่นฟ้องนายตัน วันเนียว (Tan Wan Neo) ที่ศาลเมืองไซ่ง่อน สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เนื่องจากนายตัน วันเนียว ผิดสัญญาซื้อขาย ศาลเมืองไซ่ง่อนได้พิพากษาให้นายตันวันเนียวชำระค่าเสียหายพร้อมทั้งดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียม แต่นายตัน วันเนียว ได้หลบหนีเข้ามาพำนักอยู่ที่ประเทศไทย นางฟาม ทีเลียนจึงได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลของประเทศไทยบังคับตามคำพิพากษาศาลเมืองไซ่ง่อน ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลเมืองไซ่ง่อนนั้นเป็นคำพิพากษาโดยจำเลยขาดนัด และไม่ปรากฏว่าเป็นคำพิพากษาที่ได้ดขาดอันจะรับบังคับบัญชาและดำเนินการตามได้ อีกทั้งโจทก์มิได้นำพยานหลักฐานมาสืบในข้อที่ว่าจำเลยผิดสัญญานั้นเลย จึงให้ยกฟ้องโจทก์

6565/2544²² และคำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ 2351/2548²³ เจ้าหนี้ตามคำพิพากษาดังกล่าวก็ย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากการเริ่มต้นฟ้องคดีต่อศาลไทยเป็นคดีใหม่

ศาลแพ่งไทยได้วางหลักการในเรื่องนี้ไว้ว่า คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นเป็นพยานหลักฐานแห่งสิทธิของคู่กรณี แต่ผู้ฟ้องขอให้ศาลไทยบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าคำพิพากษาต่างประเทศดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขดังนี้

(1) ศาลต่างประเทศที่ทำการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นต้องมีอำนาจในการพิจารณาคดี

(2) คำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่ขอให้ศาลไทยยอมรับหรือบังคับคดีตามให้นั้นเป็นคำพิพากษาที่ถึงที่สุดและเสร็จเด็ดขาดแล้ว

อย่างไรก็ดี เงื่อนไขที่ได้อ้างไว้ในคำพิพากษากฎีกาดังกล่าวนี้ จำกัดขอบเขตไว้เพียงกรณีหนี้เงินที่ระบุจำนวนแน่นอนแล้วเท่านั้น มิได้รวมถึงหนี้ตามคำพิพากษาประเภทอื่น จึงเป็นปัญหาต่อมาว่าหากเป็นหนี้ตามคำพิพากษาในลักษณะอื่นที่มีใช้หนี้เงินแล้วศาลไทยจะมีแนวปฏิบัติอย่างไรต่อไป

²² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6565/2544 บริษัท ฮันจิน ซีปิ้ง จำกัด เป็นโจทก์ฟ้องบริษัท มาริเทรค จำกัด เป็นจำเลยต่อศาลไทย โดยโจทก์ฟ้องว่า โจทก์เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศสาธารณรัฐเกาหลี จำเลยทำสัญญาเช่าเหมาระวางเรือเดินทะเล ชื่อ “เจียน จิน” ซึ่งอยู่ในความครอบครองของโจทก์ ในขณะที่นั้นเพื่อใช้ขนส่งสินค้า และตกลงว่าหากเกิดข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาให้เสนอข้อพิพาทหรือข้อขัดแย้งต่ออนุญาโตตุลาการโดยให้กำหนดและกระทำขึ้นที่นครลอนดอน ประเทศอังกฤษ และใช้กฎหมายและหลักปฏิบัติของประเทศอังกฤษบังคับ

แม้อนุญาโตตุลาการ ณ นครลอนดอน ประเทศอังกฤษยังไม่มีคำวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างโจทก์และจำเลยก็ตามแต่ก็เป็นคนละส่วนกับคำสั่งวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูงแผนกคดีพาณิชย์ ประเทศอังกฤษเกี่ยวกับคำร้องของจำเลยที่อ้างว่าโจทก์ส่งหมายเรียกเกี่ยวกับการพิพาทกันในชั้นอนุญาโตตุลาการดังกล่าวให้จำเลยในประเทศไทยโดยมิชอบ ซึ่งถึงที่สุดไปแล้วตามคำสั่งของศาลสูงแผนกคดีพาณิชย์ กำหนดให้จำเลยชดใช้ค่าใช้จ่ายให้โจทก์ คำสั่งของศาลสูงแผนกคดีพาณิชย์จึงเป็นมูลหนี้

²³ คำพิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางที่ 2351/2548 โจทก์ถือสัญชาติสวีเดนและจำเลยเป็นคนไทยอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรสในประเทศไทย และมีบุตรด้วยกันหนึ่งคน โจทก์ฟ้องว่าโจทก์รับผู้เยาว์เป็นบุตรที่ชอบด้วยกฎหมายตามกฎหมายของประเทศสวีเดนแล้วเมื่อปี พ.ศ. 2541 ซึ่งจำเลยและบุตรผู้เยาว์ได้ย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ที่ประเทศสวีเดน โดยทั้งโจทก์และจำเลยต่างเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรร่วมกัน ต่อมาโจทก์และจำเลยมีปัญหาพิพาทกันเรื่องอำนาจปกครองบุตร โจทก์จึงฟ้องเป็นคดีความต่อศาลประเทศสวีเดน และศาลแห่งเมืองสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน ได้ตัดสินให้โจทก์เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรแต่ผู้เดียวแล้ว แต่ความปรากฏว่า ระหว่างการพิจารณาคดีนั้นจำเลยกลับพาผู้เยาว์ออกจากประเทศสวีเดนกลับมายังประเทศไทย โดยโจทก์ไม่ทราบและไม่ได้ให้ความยินยอม โจทก์จึงมาฟ้องต่อศาลประเทศไทย ขอให้จำเลยส่งมอบตัวผู้เยาว์คืนแก่โจทก์

ซึ่งในคดีใหม่นี้ศาลไทยก็ได้ถูกผูกมัดตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศแต่อย่างใด²⁴ การพิจารณาพิพากษาคดีต้องว่ากันไปตามพยานหลักฐานเสมือนเป็นคดีใหม่ เพียงแต่คำพิพากษาของศาลต่างประเทศนั้นอาจใช้เป็นหลักฐานในคดีขึ้นหนึ่งเพื่อสนับสนุนฟ้องของโจทก์หรือเป็นมูลคดีเท่านั้น กล่าวคือ เนื่องจากศาลไทยเพียงแต่รับรองคำพิพากษาต่างประเทศในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานแห่งคดีหรือมูลคดีเท่านั้น จึงส่งผลให้ศาลไทยอาจสามารถก้าวล่วงเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาสาระของคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นได้²⁵ เพราะมิได้เป็นกรณีรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยตรง สิ่งนี้ย่อมส่งผลให้บุคคลผู้เกี่ยวข้องในข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจำต้องเผชิญความเสี่ยงตลอดจนความยุ่งยากมากมายในการฟ้องคดีต่อศาลของประเทศอื่น ทั้งความยุ่งยากในการสื่อสารผ่านการใช้ภาษาประจำชาติในการสืบพยานกฎหมายภายในที่แตกต่างกัน นำไปสู่การอำนวยความสะดวกที่อาจล่าช้าไปมาก

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 585/2461 ซึ่งเป็นคำพิพากษาสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักการที่ศาลฎีกาได้หยิบยกมาปรับใช้วินิจฉัยคดีนี้คือหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ

ศาลได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่าตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 5 ได้บัญญัติว่า “ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่งประเทศสยาม” และมาตรา 31 ได้บัญญัติว่า “การรับเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมาย ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบิดาในขณะรับเป็นบุตร” ดังนั้น เมื่อศาลแห่งเมืองสต็อกโฮล์มได้พิพากษาคดีภายใต้ขอบเขตอำนาจตามกฎหมายของประเทศสวีเดนแล้ว อีกทั้งคดีดังกล่าวถึงที่สุดแล้ว และคำพิพากษาดังกล่าวไม่อาจถือว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนเนื่องจากเป็นกฎหมายที่บัญญัติเพื่อประโยชน์ของบุตรผู้เยาว์ โจทก์จึงเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแต่เพียงผู้เดียวตามคำพิพากษาศาลแห่งเมืองสต็อกโฮล์ม ประเทศสวีเดน

²⁴ สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ, Huachiew Chalernprakiet Law Journal, ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม 2554), หน้า 105.

²⁵ สถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน, หน้า 234; และโปรดดู Caffrey, Bradford A., International Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the LAWASIA region: a Comparative Study of the Laws of Eleven Asian Countries Inter-se and with the E.E.C. Countries, (North Ryde: N.S.W., CCH Australia, 1985). p. 69.

ต่างตอบแทนแก่กัน ซึ่งได้มีการอ้างอิงแนวความคิดเรื่องหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศอย่างชัดเจนตามกฎหมายอังกฤษ²⁶ โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยไว้ในตอนหนึ่งของคำพิพากษาว่า “เรื่องนี้เป็นปัญหาในกฎหมายนานาประเทศ (แผนกคดีบุคคล) อันมีหลักอยู่ว่าโดยความเคารพต่อกันและกันในระหว่างนานาประเทศทั้งหลาย ประเทศหนึ่งจะยอมรับบังคับถือตามคำพิพากษาของศาลยุติธรรมในอีกประเทศหนึ่งเหมือนอย่างว่าจำนวนเงินตามคำพิพากษานั้นเป็นหนี้สินที่เกี่ยวข้องกันอยู่ อันจะยอมให้นำมาฟ้องร้องกันได้” ซึ่งแม้ว่าหลักอัยยาศัยไมตรีระหว่างประเทศและหลักการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติต่างตอบแทนจะเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายระหว่างประเทศจริง แต่หลักการดังกล่าวนี้ก็หลักการในเชิงนามธรรมที่มีได้มีบทบังคับแน่นอนสำหรับการไม่ปฏิบัติตาม เนื่องจากการยอมรับโดยความสมัครใจ การปรับใช้หลักการดังกล่าวนี้กับการร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยปราศจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรจึงอาจส่งผลให้ขาดความแน่นอนชัดเจนอันเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่งในการอำนวยความยุติธรรมที่ควรจะต้องเป็นไปอย่างรวดเร็ว เป็นธรรม และเป็นสากล

3.3 ข้อจำกัดที่ส่งผลให้การพัฒนากฎหมายภายในโดยเฉพาะว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยง่าย

จากที่ทราบกันคืออยู่แล้วว่ากฎหมายภายในของแต่ละประเทศในโลกย่อมมีความแตกต่างกันออกไปตามแต่วัฒนธรรม ประเพณี ความเชื่อ และวิถีชีวิตของผู้คนในแต่ละสังคม หากคำพิพากษาของประเทศหนึ่งจะไปมีผลในอีกประเทศหนึ่งที่มีกฎหมายแตกต่างกัน ย่อมไม่อาจหลีกเลี่ยงกรณีที่มีการกระทำเช่นนั้นอาจนำมาสู่ปัญหามากกว่าประโยชน์ และเป็นเหตุผลหลักอันสำคัญที่ทำให้หลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยยังไม่อาจนำมาใช้ได้อย่างกว้างขวางและเป็นสากลในปัจจุบัน กล่าวคือ เป็นความกังวลในวงการวิชาการว่าอาจเกิดปัญหาตามมาได้ หากประเทศไทยจำต้องรับเอาคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่กฎหมายต่างประเทศที่เกิดคำพิพากษานั้นใช้ระบบกฎหมายที่ต่างจากเรา และกฎหมายที่ใช้เป็นหลัก

²⁶ สาวีกา สุมานันท์, การบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย: ศึกษากรณีเฉพาะคำพิพากษาศาลประเทศสิงคโปร์, หน้า 140.

ในการทำคำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นแตกต่างจากกฎหมายไทยในข้อที่เป็นประการสำคัญ ซึ่งย่อมาจากนำมาสู่ปัญหาที่ยุ่ยากต่อกระบวนการยุติธรรม

ผลกระทบดังกล่าวนี้สามารถอธิบายยกตัวอย่างได้ ดังนี้

3.3.1 กรณีตัวอย่างที่หนึ่ง กฎหมายว่าด้วยหลักการแสดงเจตนาของบุคคล ที่มีได้อยู่เฉพาะหน้า ซึ่งเป็นหลักสำคัญอันส่งผลอย่างมากต่อสัญญาที่เกิดขึ้น ตามกฎหมายของ ประเทศไทยนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 169 ซึ่งกำหนดให้ถือว่า มีผลนับแต่เวลาที่มีการแสดงเจตนาขึ้นไปถึงผู้รับการแสดงเจตนา แต่ในขณะเดียวกัน หลักการ แสดงเจตนาต่อผู้มีได้อยู่เฉพาะหน้าตามกฎหมายของต่างประเทศนั้นอาจต่างกันออกไป กล่าวคือ อาจกำหนดให้มีผลเมื่อไปถึงเหมือนกฎหมายไทย หรืออาจมีผลเมื่อผู้รับการแสดง เจตนาได้รับรู้ หรืออาจมีผลเมื่อได้ส่ง ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของเราก็ได้ เช่น ในระบบ กฎหมายแบบคอมมอนลอว์ หากเป็นกรณีการแสดงเจตนาไปยังบุคคลซึ่งมีได้อยู่เฉพาะหน้า การแสดงเจตนาเช่นนั้นจะมีผลเมื่อ “ได้ส่ง” คำสอนนั้นตามหลัก “Mailbox Rule” หรือ “Postal Rule”²⁷

3.3.2 กรณีตัวอย่างที่สอง หลักกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนเงิน ตามกฎหมาย ของประเทศไทยนั้นเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 196 วรรคสอง ถ้าหนี้เงินได้แสดงไว้เป็นเงินต่างประเทศ กฎหมายกำหนดให้จะส่งใช้เป็นเงินไทยก็ได้ และการ เปลี่ยนเงินให้คิดตามอัตราแลกเปลี่ยนเงิน ณ สถานที่และในเวลาที่ใช้เงิน ซึ่งศาลฎีกาไทยได้วาง หลักไว้เพื่อความสะดวกแก่การบังคับคดีให้คิดอัตราแลกเปลี่ยนโดยเฉลี่ยของธนาคารพาณิชย์ ในวันที่มีคำพิพากษาของศาลฎีกา²⁸ แต่ในขณะเดียวกัน ตามกฎหมายของประเทศอื่นอาจถือเอา อัตราแลกเปลี่ยนที่แตกต่างไปจากที่กำหนดในกฎหมายไทยก็ได้ เช่น บางประเทศอาจ ถือเอาอัตรา ณ วันฟ้อง แต่บางประเทศอาจถือเอาอัตรา ณ วันบังคับคดี ซึ่งความแตกต่างนี้ ถือเป็นความแตกต่างที่มีนัยสำคัญต่อคำพิพากษา โดยเฉพาะต่อผลประโยชน์ของโจทก์และ จำเลย

²⁷ วนิดา วัชรานุกูล, ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์, (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) หน้า 79.

²⁸ ศาลฎีกา, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2886/2545 [ออนไลน์], 10 กรกฎาคม 2564. แหล่งที่มา: <http://deka.supremecourt.or.th/search>

จากตัวอย่างในข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าหากประเทศไทยจำเป็นต้องรับเอาคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่คำพิพากษาศาลต่างประเทศนั้นเป็นคำพิพากษาที่มีที่มาจากหลักกฎหมายที่แตกต่างจากเรามาก ย่อมเป็นไปได้ว่าอาจเกิดข้อเสียหายมากกว่าประโยชน์ ซึ่งยังไม่อาจทราบได้ว่าจะมีแนวทางที่ชัดเจนในการป้องกันความเสียหายได้อย่างไร ทั้งนี้ ตัวอย่างในข้างต้นเป็นเพียงการยกตัวอย่างปัญหาข้อกฎหมายในบางกรณีเท่านั้น ยังมีความแตกต่างอีกมากมายระหว่างกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ เหตุนี้จึงเป็นเหตุสำคัญอีกประการหนึ่งว่าเหตุใดประเทศไทยจึงยังคงไม่มีการรับเอาหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้อย่างเป็นทางการและเป็นลายลักษณ์อักษรจนถึงปัจจุบัน

4. อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 หรือที่เรียกกันว่า “2019 Hague Judgments Convention” เป็นอนุสัญญาที่จัดทำขึ้นโดยที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law หรือ HCCH)²⁹ มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการทำให้การบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศมีความคล่องตัวมากขึ้น โดยศาสตราจารย์คริสตอฟ แบร์นัสโกนี (Christophe Bernasconi) เลขาธิการประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (HCCH) ได้แถลงในพิธีลงนามอนุสัญญานี้ว่า “อนุสัญญานี้จะเป็นก้าวสำคัญและรากฐานที่มั่นคงในระดับโลก เพื่อพัฒนาการเข้าถึงความ

²⁹ ที่ประชุมกรุงเฮกว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Hague Conference on Private International Law หรือ HCCH) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างรัฐบาล (intergovernmental organization) ที่ก่อตั้งขึ้นเมื่อปี 1893 โดยมีพันธกิจหลักเพื่อพัฒนาความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ซึ่งประเทศไทยยื่นสมัครเป็นสมาชิกในการประชุมสภาที่ปรึกษาว่าด้วยกิจการทั่วไปและนโยบาย (Council on General Affairs and Policy) เมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2563 และได้เข้าร่วมเป็นสมาชิก HCCH นับตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2564 ซึ่งเป็นสมาชิกลำดับที่ 88

ยุติธรรมที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง และอนุสัญญาฉบับใหม่นี้จะช่วยเติมเต็มช่องว่างที่สำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้วย”³⁰

อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 เป็นอนุสัญญาที่มีเนื้อหาใกล้เคียงมากกับอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล แต่อนุสัญญาฉบับใหม่ว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศนี้มีขอบเขตที่กว้างกว่า เพราะได้มีการกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของคำพิพากษาที่ขยายขอบเขตนอกเหนือไปจากเขตอำนาจของศาลที่มีคำพิพากษาตามข้อตกลงเลือกศาลระหว่างคู่ความในข้อพิพาทระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล หรืออาจกล่าวได้ว่า ในด้านขอบเขตของการบังคับใช้ อนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 2019 นี้ มีลักษณะคล้ายคลึงมากกว่ากับ “1958 New York Convention” หรือที่รู้จักกันโดยทั่วไปในนาม “อนุสัญญานิววยอร์ก” เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 มุ่งหมายให้เกิดผลต่อคำพิพากษาของศาลต่างประเทศในลักษณะเดียวกันกับที่อนุสัญญานิววยอร์กมุ่งหมายให้เกิดผลต่อคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ³¹

อนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 เปิดโอกาสให้ทุกประเทศสามารถเข้าร่วมเป็นรัฐภาคีได้ ไม่ว่าจะด้วยการให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) โดยรัฐผู้ลงนาม (Signatory States) หรือภาคยานุวัติ (Accession) ตามข้อ 24³² แห่งอนุสัญญา

³⁰ Sara Sheffield and Derek Bayley, *The new Hague Judgments Convention* [Online], 22 August 2020. Source: <https://www.hfw.com/The-New-Hague-Judgments-Convention>

³¹ Volterra Fietta, *The New 2019 Hague Judgments Convention* [Online], 22 August 2020. Source: <https://www.voltterrafietta.com/the-new-2019-hague-judgments-convention/>

³² 2019 Hague Judgments Convention, Article 24 “1. *This Convention shall be open for signature by all States.*

2. *This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.*

3. *This Convention shall be open for accession by all States.*

โดยสัตยาบันสาร สารการยอมรับ สารการเห็นชอบ หรือภาคยานุวัติสาร ให้นำไปวางไว้กับกระทรวงการต่างประเทศแห่งราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ ซึ่งเป็นศูนย์เก็บรักษาตราสารแห่งอนุสัญญา

นอกจากนี้ ตามอนุสัญญานี้ องค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Economic Integration Organizations) เช่น สหภาพยุโรป (European Union) หรืออาเซียน (ASEAN) ยังสามารถเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาได้เช่นกัน หากองค์การดังกล่าวมีการกำกับดูแลที่เกี่ยวข้องด้านการยอมรับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ตามข้อ 26 ซึ่งได้กำหนดไว้ว่า องค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคที่จัดตั้งขึ้นเฉพาะโดยรัฐอธิปไตยหลายรัฐ และมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องบางเรื่องหรือทั้งหมดทุกเรื่องที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญานี้ สามารถลงนามยอมรับ เห็นชอบ หรือภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญานี้ได้ และในกรณีดังกล่าว องค์การบูรณาการทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาคนั้นจะมีสิทธิและข้อผูกพันอย่างรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่งเท่าที่องค์กรนั้นมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้บังคับอนุสัญญานี้³³

การมีผลใช้บังคับของอนุสัญญานี้ เป็นไปตามข้อ 28³⁴ และ 29³⁵ โดยอนุสัญญากำหนดให้มีผลบังคับระหว่างรัฐภาคีสองรัฐก็ต่อเมื่อไม่มีรัฐใดในจำนวนรัฐทั้งสองแจ้งให้ศูนย์เก็บรักษาตราสารทราบในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

4. *Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.*”

³³ 2019 Hague Judgments Convention, Article 26 (1) “1. A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.”

³⁴ 2019 Hague Judgments Convention, Article 28 “1. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of the period during which a notification may be made in accordance with Article 29(2) with respect to the second State that has deposited its instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 24.

(1) อนุสัญญากำหนดให้รัฐหนึ่ง ๆ อาจแจ้งให้ศูนย์เก็บรักษาตราสารทราบ ในเวลาที่นำมาวางซึ่งตราสารของตนก็ได้ว่าการให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติของรัฐผู้วางตราสารนั้นจะไม่มีผลเป็นการก่อตั้งความสัมพันธ์กับรัฐภาคีใด กล่าวคือ หากประเทศไทยต้องการเข้าร่วมอนุสัญญานี้และไม่ต้องการให้ผลของอนุสัญญาผูกพันระหว่างประเทศไทยกับรัฐ A ประเทศไทยก็สามารถแจ้งให้ศูนย์เก็บรักษาตราสารทราบในเวลาที่น่ามาวางซึ่งตราสารนี้ได้

(2) ตามข้อ 32 (ก)³⁶ ศูนย์เก็บรักษาตราสารมีหน้าที่แจ้งให้รัฐภาคีทราบถึงการลงนาม การให้สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติของรัฐที่เข้าเป็นภาคีในอนุสัญญา

2. *Thereafter this Convention shall enter into force –*

(a) for each State subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of the period during which notifications may be made in accordance with Article 29(2) with respect to that State;

(b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 25 after the Convention has entered into force for the State making the declaration, on the first day of the month following the expiration of three months after the notification of the declaration referred to in that Article.”

³⁵ 2019 Hague Judgments Convention, Article 29 “1. *This Convention shall have effect between two Contracting States only if neither of them has notified the depositary regarding the other in accordance with paragraph 2 or 3. In the absence of such a notification, the Convention has effect between two Contracting States from the first day of the month following the expiration of the period during which notifications may be made.*

2. *A Contracting State may notify the depositary, within 12 months after the date of the notification by the depositary referred to in Article 32(a), that the ratification, acceptance, approval or accession of another State shall not have the effect of establishing relations between the two States pursuant to this Convention.”*

³⁶ 2019 Hague Judgments Convention, Article 32 “*The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded to this Convention in accordance with Articles 24, 26 and 27 of the following –*

อีกรัฐหนึ่ง และอนุสัญญานี้ได้กำหนดระยะเวลาไว้ให้รัฐภาคีแรกอาจแจ้งให้ศูนย์เก็บรักษา ตราสารทราบได้ภายใน 12 เดือนหลังจากวันที่ได้รับแจ้งจากศูนย์เก็บรักษาตราสารว่าการให้ สัตยาบัน การยอมรับ การเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติของรัฐภาคีที่สองนั้นไม่มีผลเป็นการ ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสองรัฐ

หากไม่มีการแจ้งกรณีใดในข้างต้น อนุสัญญานี้จึงจะมีผลบังคับในวันแรกของเดือน ถัดจากเวลาสิ้นสุดของรอบระยะเวลาที่สามารถทำการแจ้งนั้นได้ กล่าวคือ อนุสัญญานี้จะมีผล บังคับระหว่างรัฐสองรัฐก็ต่อเมื่อไม่มีรัฐภาคีรัฐใดแจ้งต่อศูนย์เก็บรักษาตราสารว่าไม่ประสงค์จะ ก่อตั้งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐของตนกับรัฐภาคีอื่น โดยนับวันแรกของเดือน ถัดจาก 12 เดือน นับจากวันที่ได้รับแจ้งจากศูนย์เก็บรักษาตราสารถึงการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาของอีกรัฐหนึ่ง

ในปัจจุบันอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 ยังไม่มีสภาพบังคับ เนื่องจากยังไม่มีประเทศใดเข้าร่วม เป็นภาคี โดยขณะนี้ มีประเทศที่ลงนาม (Signature) ไว้แล้วหกประเทศ คือ อูรุกวัย ในปี ค.ศ. 2019 ยูเครน ในปี ค.ศ. 2020 อิสราเอล คอสตาริกา และสหพันธรัฐรัสเซียในปี ค.ศ. 2021 โดยมีสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศล่าสุดที่ได้ลงนามไว้ในปี ค.ศ. 2022³⁷ แต่ทั้งนี้ก็ยังมิได้มีประเทศใด ที่แสดงเจตนาพร้อมเข้าร่วมเป็นภาคีอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม สหภาพยุโรปได้มีการประกาศ เจตนาพร้อมริเริ่มกระบวนการเพื่อเตรียมพร้อมยอมรับอนุสัญญานี้แล้วเมื่อวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 2019 ซึ่งเป็นแนวโน้มที่ดีที่อนุสัญญานี้จะได้รับการยอมรับมากขึ้นในอนาคต³⁸

4.1 หลักเกณฑ์อันเป็นสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดี ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

4.1.1 ขอบเขตการใช้บังคับอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดี ตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่า 2019 Hague Judgments Convention นั้นมีจุดประสงค์ เพื่อให้การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลในลักษณะที่ข้ามพรมแดนมีความคล่องตัว

(a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Articles 24, 26 and 27;"

³⁷ ข้อมูล ณ วันที่ 30 พฤษภาคม 2565 จาก <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=137>

³⁸ Sara Sheffield and Derek Bayley, *The new Hague Judgements Convention*, p. 1.

มากขึ้น แต่อย่างไรก็ดี อนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดไว้ให้ปรับใช้เฉพาะคำพิพากษาเกี่ยวกับข้อพิพาทที่เป็นคดีทางแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น โดยกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ไว้อย่างชัดเจนในข้อ 1³⁹ ของหมวดที่ 1 ของอนุสัญญาว่าไม่คลุมถึงคดีสรรพากร คดีศุลกากร และคดีปกครอง นอกจากนี้ ในข้อ 2⁴⁰ ก็ยังกำหนดไว้ด้วยว่าอนุสัญญาจะไม่ใช่กับการละเมิดสิทธิในด้านเทคนิค

³⁹ 2019 Hague Judgments Convention, Article 1 “1. *This Convention shall apply to the recognition and enforcement of judgments in civil or commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.*

2. This Convention shall apply to the recognition and enforcement in one Contracting State of a judgment given by a court of another Contracting State.”

⁴⁰ 2019 Hague Judgments Convention, Article 2 (1) “1. *This Convention shall not apply to the following matters –*

- (a) the status and legal capacity of natural persons;*
- (b) maintenance obligations;*
- (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;*
- (d) wills and succession;*
- (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters;*
- (f) the carriage of passengers and goods;*
- (g) transboundary marine pollution, marine pollution in areas beyond national jurisdiction, ship-source marine pollution, limitation of liability for maritime claims, and general average;*
- (h) liability for nuclear damage;*
- (i) the validity, nullity, or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs;*
- (j) the validity of entries in public registers;*
- (k) defamation;*
- (l) privacy;*
- (m) intellectual property;*

ต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับกฎหมายเฉพาะ หรือคดีพิพาทใด ๆ ที่มีการปฏิบัติไม่สอดคล้องกันในระหว่างระบบกฎหมายต่าง ๆ ได้แก่

- (1) สถานภาพและความสามารถทางกฎหมายของบุคคลธรรมดา
- (2) หนี้ค่าอุปการะเลี้ยงดู
- (3) คดีความตามกฎหมายครอบครัวลักษณะอื่น ๆ รวมทั้งระบบสินสมรสและสิทธิหรือหน้อย่างอื่นที่เกิดจากการสมรสหรือความสัมพันธ์ในทำนองเดียวกัน
- (4) พินัยกรรมและมรดก
- (5) ล้มละลาย ประณอมหนี้ การปรับโครงสร้างของสถาบันการเงิน และคดีอื่น ๆ ในทำนองเดียวกัน
- (6) รับชนคนโดยสารและรับชนของ
- (7) มลภาวะทางทะเลข้ามพรมแดน มลภาวะทางทะเลในพื้นที่นอกเขตอำนาจตุลาการของชาติ มลภาวะทางทะเลที่มีสาเหตุมาจากเรือ การจำกัดความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายตามข้อเรียกร้องทางทะเล
- (8) ความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายที่เป็นผลมาจากนิวเคลียร์
- (9) ความสมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์ หรือการเลิกกันของนิติบุคคลหรือของกลุ่มบุคคล และความสมบูรณ์ของมติขององค์กรของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลดังกล่าว
- (10) ความสมบูรณ์ของรายการต่าง ๆ ในทะเบียนมหาชน
- (11) หมิ่นประมาท

(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;

(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of their official duties;

(p) anti-trust (competition) matters, except where the judgment is based on conduct that constitutes an anti-competitive agreement or concerted practice among actual or potential competitors to fix prices, make rigged bids, establish output restrictions or quotas, or divide markets by allocating customers, suppliers, territories or lines of commerce, and where such conduct and its effect both occurred in the State of origin;

(q) sovereign debt restructuring through unilateral State measures.”

(12) ความเป็นส่วนตัวของบุคคล

(13) ทรรศนะทางปัญญา

(14) กิจกรรมของกองทัพ รวมทั้งกิจกรรมของบุคลากรของกองทัพในการปฏิบัติหน้าที่

(15) กิจกรรมบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งกิจกรรมของบุคลากรบังคับใช้กฎหมายในการปฏิบัติหน้าที่

(16) เรื่องการต่อต้านการผูกขาดทางการค้า

(17) การปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะโดยมาตรการแห่งรัฐที่มีลักษณะเป็นมาตรการเอกภาคี

ทั้งนี้ อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับแก่การอนุญาโตตุลาการและคดีความต่าง ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการอนุญาโตตุลาการด้วย

4.1.2 การรับรองและบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

ตามข้อ 4⁴¹ ในหมวดบทเบ็ดเสร็จทั่วไปของอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 คำพิพากษา

41 2019 Hague Judgments Convention, Article 4 “1. A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2. There shall be no review of the merits of the judgment in the requested State. There may only be such consideration as is necessary for the application of this Convention.

3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4. Recognition or enforcement may be postponed or refused if the judgment referred to under paragraph 3 is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired. A refusal does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.”

ของศาลแห่งรัฐผู้ทำสัญญารัฐหนึ่ง หรือ รัฐต้นทาง (State of Origin) ให้ได้รับการรับรองและการบังคับตามในรัฐผู้ทำสัญญาอีกรัฐหนึ่ง หรือ รัฐผู้รับคำร้องขอ (Requested State) โดยการปฏิเสธการรับรองหรือการบังคับตามจะทำได้ก็แต่โดยอาศัยเหตุที่ระบุไว้ในอนุสัญญา และอนุสัญญายังได้มีการกำหนดห้ามมิให้มีการทบทวนรูปคดีตามคำพิพากษาในรัฐผู้รับคำร้องขอให้มีได้แต่เพียงการพิจารณาเท่าที่จำเป็นเพื่อการใช้อุสัญญาเท่านั้น แต่ทั้งนี้ คำพิพากษาที่ได้รับการรับรองตามอนุสัญญานี้ ก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาที่มีผลบังคับในรัฐต้นทาง และให้ได้รับการบังคับตามต่อเมื่อคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาที่สามารถบังคับตามได้ในรัฐผู้รับคำร้องขอเช่นกัน โดยการรับรองหรือการบังคับตามอาจให้เลื่อนออกไปได้ หรืออาจได้รับการปฏิเสธได้ ถ้าคำพิพากษานั้นเป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างการทบทวนในรัฐต้นทาง หรือยังไม่พ้นกำหนดเวลาสำหรับการขอให้มีการทบทวนตามปกติ และการปฏิเสธดังกล่าวนั้นไม่เป็นการห้ามมิให้ร้องขอให้มีการรับรองหรือการบังคับตามคำพิพากษานั้นอีกในภายหลัง

4.1.3 การปฏิเสธการรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศตามอนุสัญญา

ตามความในข้อ 7⁴² ในหมวดที่ว่าด้วยการปฏิเสธการรับรองและการบังคับตามการรับรองหรือการบังคับตามคำพิพากษานั้นอาจปฏิเสธได้ถ้าเป็นไปตามเงื่อนไขต่อไปนี้

⁴² 2019 Hague Judgments Convention, Article 7 “1. Recognition or enforcement may be refused if –

(a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim –

(i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable them to arrange for their defence, unless the defendant entered an appearance and presented their case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or

(ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;

(b) the judgment was obtained by fraud;

(c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading

(1) เอกสารฟ้องคดีหรือเอกสารที่เทียบเท่ากัน อันรวมถึงรายการสาระสำคัญของข้อเรียกร้องมิได้แจ้งให้จำเลยทราบในเวลาที่เหมาะสม และในลักษณะที่ทำให้จำเลยสามารถเตรียมการสู้คดีได้ เว้นแต่จำเลยจะได้ปรากฏตัวและต่อสู้คดีโดยมิได้โต้แย้งในเรื่องการแจ้งดังกล่าวในศาลต้นเรื่อง

(2) คำพิพากษานั้นได้มาโดยกลฉ้อฉล

(3) การยอมรับหรือการบังคับตามนั้นจะเป็นการไม่สอดคล้องกับนโยบายสาธารณะของรัฐผู้รับคำร้องขออย่างชัดแจ้ง รวมถึงกรณีที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดความมั่นคงหรือความเป็นรัฐอธิปไตยของรัฐนั้น

(4) การพิจารณาคดีในศาลต้นเรื่องเป็นการขัดต่อความตกลง หรือขัดต่อข้อกำหนดในตราสารจัดตั้งทริสต์ ซึ่งตามความตกลงหรือข้อกำหนดนั้นจะต้องตัดสินข้อพิพาทกันในศาลแห่งรัฐที่มีใช้รัฐต้นเรื่อง

to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;

(d) the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court of a State other than the State of origin;

(e) the judgment is inconsistent with a judgment given by a court of the requested State in a dispute between the same parties; or

(f) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given by a court of another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfils the conditions necessary for its recognition in the requested State.

2. Recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where –

(a) the court of the requested State was seized before the court of origin; and

(b) there is a close connection between the dispute and the requested State.

A refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.”

(5) คำพิพากษานั้นขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐผู้รับคำร้องขอในข้อพิพาทระหว่างคู่ความเดียวกัน หรือ

(6) คำพิพากษานั้นขัดแย้งกับคำพิพากษาของศาลแห่งรัฐอื่นที่มีขึ้นก่อนหน้าในระหว่างคู่ความเดียวกันในเรื่องเดียวกัน แต่ทั้งนี้ คำพิพากษาที่มีขึ้นก่อนหน้านั้นจะต้องครบตามเงื่อนไขที่จำเป็นสำหรับการได้รับการยอมรับในรัฐผู้รับคำร้องขอ

นอกจากนี้ การรับรองหรือการบังคับตามนั้นอาจเลื่อนออกไปก่อนหรืออาจได้รับการปฏิเสธได้ ถ้าการพิจารณาคดีระหว่างคู่ความเดียวกันในเรื่องเดียวกันนั้นยังไม่เสร็จ การพิจารณาในศาลแห่งรัฐผู้รับคำร้องขอ ในกรณีที่ได้มีการเข้าถึงศาลแห่งรัฐผู้รับคำร้องขอ ก่อนศาลต้นเรื่อง และมีความเกี่ยวพันใกล้ชิดระหว่างข้อพิพาทกับรัฐผู้รับคำร้องขอ อย่างไรก็ตาม การปฏิเสธตามความในข้อนี้ ไม่เป็นการห้ามมิให้ร้องขอให้มีการยอมรับหรือการบังคับตามคำพิพากษานั้น ๆ อีกในภายหลัง

ทั้งนี้ นอกจากการปฏิเสธการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาความในข้อ 7 แล้ว อนุสัญญาฯ นี้ยังได้กำหนดสิทธิในการปฏิเสธอีกกรณีหนึ่งไว้ในข้อ 10⁴³ ในหมวดที่ว่าด้วยค่าเสียหาย โดยมีเนื้อความว่า การยอมรับหรือการบังคับตามคำพิพากษาหนึ่ง ๆ นั้น อาจปฏิเสธได้ ถ้าและเท่าที่คำพิพากษานั้นกำหนดค่าเสียหาย รวมถึงค่าเสียหายเป็นแบบอย่างหรือค่าเสียหายเชิงลงโทษ ที่มีได้เป็นการชดเชยให้แก่ตัวความตามความสูญเสียหรือความเสียหายจริงที่ได้รับ

⁴³ 2019 Hague Judgments Convention, Article 10 “1. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.

2. The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.”

5. ความเป็นไปได้ของประเทศไทยที่จะรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ ในคดีแพ่งและพาณิชย์ เมื่อพิจารณาประกอบอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019

เมื่อความไม่แน่นอนชัดเจนในทางปฏิบัติของศาลไทยเมื่อมีกรณีที่ได้รับการร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เป็นที่น่ากังวลว่าอาจกระทบต่อความน่าเชื่อถือของระบบการอำนวยความสะดวกของประเทศไทย และกระทบต่อความเชื่อมั่นของภาคธุรกิจระหว่างประเทศต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทของประเทศไทยด้วย สมควรต้องริเริ่มให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในเรื่องดังกล่าวนี้ให้ชัดเจน ด้วยเหตุผลสำคัญจากการเปิดการค้าเสรีกับต่างประเทศมากขึ้นและความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นเรื่องจำเป็นที่หลีกเลี่ยงมิได้ การนิ่งเฉยต่อการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ต่อไปโดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ ที่ชัดเจนแน่นอนในเรื่องนี้ เมื่อมีคำร้องขอให้รับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศเข้ามามากขึ้นอาจเป็นผลเสียได้ไม่มากนักน้อย ทั้งนี้เพราะศาลไทยย่อมไม่อาจปรับใช้แนวคำพิพากษาศาลที่เคยปฏิบัติมาในอดีต หรือปรับใช้หลักการทั่วไปอย่างหลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติตอบแทนระหว่างกันหรือหลักอัยาคัยไมตรีระหว่างประเทศ กับทุกคดีที่มีการร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศได้ เพราะจะทำให้กระบวนการยุติธรรมหละหลวมและไม่มี ความชัดเจนแน่นอน

ทั้งนี้ จากความสำคัญของการยอมรับหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยตามความในข้างต้น ความจำเป็นที่การยอมรับควรกระทำให้ชัดเจนในรูปแบบของกฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษรมีดังต่อไปนี้

ประการแรก สืบเนื่องจากความเจริญก้าวหน้าทางเศรษฐกิจ และการพัฒนาความสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศที่มีแนวโน้มในการประสานความร่วมมือระหว่างกันมากขึ้นเรื่อย ๆ ในทุกด้าน ซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์ในลักษณะข้ามชาติและกรณีพิพาทระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น เมื่อมีกรณีพิพาทหรือมีการฟ้องคดีระหว่างประเทศเกิดขึ้น แต่ผลของการระงับข้อพิพาทหรือผลของคำพิพากษานั้นไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ในประเทศอื่นนอกเหนือจากประเทศที่ทำคำพิพากษา การดำเนินการฟ้องคดีใหม่อีกครั้งในอีกประเทศหนึ่งย่อมเป็นการทำให้การอำนวยความสะดวกล่าช้า ส่งผลเสียอย่างมากต่อทั้งคู่กรณีในข้อพิพาทและต่อเศรษฐกิจชาติโดยภาพรวม

ประการที่สอง ตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมาประเทศไทยไม่ได้ให้ความสนใจพัฒนาหลักกฎหมายว่าด้วยหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์มากนัก แต่สำหรับประเด็นการระงับข้อพิพาททางเลือกอย่างการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศกลับมีกฎหมายรับรองอย่างชัดเจน⁴⁴ ตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งได้กำหนดให้คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในต่างประเทศสามารถบังคับได้ ดังนี้ เมื่อศาลไทยยังต้องยอมรับและบังคับคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นสถาบันเอกชนแล้ว ประเทศไทยจึงควรมีการกำหนดหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้อย่างชัดเจนบ้าง เมื่อการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลนี้ก็จะเป็นกระบวนการระงับข้อพิพาทตามปกติของทุกประเทศ

ประการที่สาม เนื่องจากในปัจจุบันนี้ หลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ได้รับการยอมรับแล้วอย่างชัดเจนหลากหลายภูมิภาคทั่วโลก ทั้งในอเมริกา กลุ่มประเทศยุโรป กลุ่มประเทศอาหรับ และกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนด้วย บางประเทศอาจมีการใช้ความตกลงระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือ และบางประเทศแม้จะยังไม่มีความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องแต่ก็ได้มีกำหนดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการรับรองหรือการบังคับคดีตามคำพิพากษาต่างประเทศไว้ในกฎหมายภายในของตนแม้จะมีรายละเอียดอื่น ๆ แตกต่างกันไปบ้าง ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าเมื่อเทียบกับประเทศอื่นแล้ว การที่ประเทศไทยไม่ปรากฏกฎหมายภายในฉบับใดที่รับรองหลักการดังกล่าวในเรื่องนี้เลย ย่อมทำให้ประเทศไทยอาจเกิดความเสียเปรียบขึ้นได้ในอนาคต หากจำนวนข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นตลอดเวลา นำมาสู่การร้องขอให้มีการยอมรับหรือบังคับคดีของคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศที่เพิ่มขึ้นด้วยเช่นกัน ประเทศไทยจึงควรมีความตื่นตัวในเรื่องดังกล่าวนี้ และควรพัฒนากฎหมายภายในรองรับเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประเทศไม่ว่าจะเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม

⁴⁴ ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการยอมรับนับถือและการบังคับตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards) หรืออนุสัญญากรุงนิวยอร์ก 1958 (New York Convention 1958) เมื่อวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1959 ผลของการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ ทำให้คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่กระทำขึ้นในต่างประเทศ สามารถนำมาขอบังคับตามคำชี้ขาดภายในประเทศไทยได้ ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

จากที่กล่าวมานี้ ประเทศไทยในอนาคตย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดการวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ เพื่อรักษาความเชื่อมั่นจากนานาชาติต่อการรักษาความยุติธรรมของไทย ซึ่งทั้งประโยชน์และความจำเป็นก็มีอยู่มากดังที่ได้กล่าวไปในข้างต้น แต่ก็ต้องไม่ลืมที่จะคำนึงถึงผลกระทบด้านลบอื่น ๆ ประกอบด้วยเสมอ โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาประกอบสาระสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 จะเห็นได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ได้มีความพยายามที่จะกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ตลอดจนเหตุแห่งการปฏิเสธการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศไว้อย่างรัดกุม เพื่อประโยชน์ของประเทศที่เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกจะได้มีหลักเกณฑ์เดียวกันในเรื่องดังกล่าวนี้ ที่เป็นเอกภาพและมีประสิทธิภาพ ซึ่งเมื่อนำมาเทียบกับกฎหมายไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันแล้ว ตามกฎหมายไทยหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศยังคงไม่ปรากฏกฎหมายภายในใด ๆ ที่รับรองหลักการนี้อย่างแน่ชัดและเป็นระบบเลย หากประเทศไทยจะเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้ในอนาคตจึงย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะเกิดการเปลี่ยนแปลงและผลกระทบอย่างมากต่อระบบวิธีพิจารณาความของประเทศไทย โดยเฉพาะปัญหาที่อาจจะนำมาสู่ความเสียหายเปรียบมากกว่าประโยชน์ อันเนื่องมาจากความผูกพันตามพันธกรณีของอนุสัญญาที่อาจจะสร้างภาระอันมากเกินไปต่อระบบยุติธรรมของไทยในขณะนี้ เนื่องจากหากเข้าร่วมเป็นสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศเช่นนี้แล้ว ประเทศไทยย่อมผูกพันที่จะต้องรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของประเทศสมาชิกอื่น ๆ และการปฏิเสธการรับรองหรือการบังคับตามเช่นนั้นจะทำให้ได้แก่โดยอาศัยเหตุที่ระบุไว้ในอนุสัญญาเท่านั้น และอนุสัญญายังได้มีการกำหนดห้ามมิให้มีการทบทวนรูปคดีตามคำพิพากษาในรัฐผู้รับคำร้องขอให้มิได้แต่เพียงการพิจารณาเท่าที่จำเป็นด้วย ซึ่งภาระผูกพันตามอนุสัญญาเหล่านี้แม้ว่าประเทศสมาชิกอื่น ๆ จะผูกพันต้องรับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยในประเทศของตนเช่นเดียวกัน แต่ก็เป็นที่น่าคิดว่าหากคำพิพากษาที่ร้องขอให้รับรองในประเทศไทยมีมากกว่าคำพิพากษาของศาลไทยที่อาจร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามในประเทศอื่นแล้ว การเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกจะก่อให้เกิดโทษมากกว่าประโยชน์หรือไม่

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่มีความพร้อมที่มากพอในการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 แม้ว่าหลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษา

ศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ จะเป็นหลักการสำคัญที่สมควรได้รับการพัฒนาให้ชัดเจนในระบบกฎหมายไทยอย่างจริงจังเพื่อรักษาประโยชน์ของประชาชนชาวไทยก็ตาม เนื่องจากการเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศย่อมก่อให้เกิดเป็นความผูกพันในระดับประเทศ และศาลไทยย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์แห่งอนุสัญญาที่เข้าร่วม แม้ว่าอนุสัญญานี้จะส่งผลดีต่อประเทศไทยเนื่องจากทำให้มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนในการปฏิบัติต่อคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อในทางลบด้วยเช่นกัน ทั้งการถูกรีดรอนอำนาจอธิปไตยทางตุลาการ และความไม่แน่นอนว่าคำพิพากษาของศาลไทยจะได้รับการรับรองในประเทศอื่นในจำนวนที่สมดุลกับที่ศาลไทยต้องรับเอาคำพิพากษาศาลต่างประเทศหรือไม่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ควรมีการศึกษาวิจัยทางวิชาการให้มากพอเพื่อหาแนวทางป้องกันเสียก่อนที่จะพิจารณาเข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดก็ตาม กล่าวโดยสรุปคือ อนุสัญญานี้มีเนื้อหาหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างเคร่งครัดเกินไป ยังไม่เหมาะสมกับประเทศไทยในปัจจุบัน เนื่องจากประเทศไทยควรที่จะพัฒนากฎหมายภายในที่เหมาะสมให้ชัดเจนและเป็นระบบก่อน โดยอาจดัดแปลงแบบจากกฎหมายของประเทศอื่น หรือดึงเอาส่วนดีของอนุสัญญานี้มาปรับใช้ เพื่อที่จะได้มีกฎหมายภายในที่เป็นลายลักษณ์อักษร ชัดเจน เป็นระบบ และคุ้มครองประโยชน์ของคนไทยอย่างแท้จริง ก่อนที่จะมีการตัดสินใจเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าฉบับใด ๆ ก็ตามที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่ว่าเมื่อถึงเวลานั้น ประเทศไทยจะได้ทราบว่าจะกำหนดข้อใดในอนุสัญญาที่ควรรับไว้ หรือข้อใดที่ควรต้องตั้งข้อสงวนว่าจะไม่รับมาปฏิบัติ โดยมีเหตุผลทางวิชาการรองรับ

สำหรับการตัดสินใจเข้าร่วมเป็นสมาชิกในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในอนาคตนั้น ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งคือ ความร่วมมือในลักษณะระหว่างประเทศจะเกิดขึ้นได้ง่ายกว่าถ้าเป็นกรณีระหว่างประเทศที่มีระบบกฎหมายคล้ายกัน หรือมีผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจร่วมกันหรือไม่ ดังนั้น หากจะมีการทำความตกลงระหว่างประเทศร่วมกันในเรื่องดังกล่าวนี้แล้ว ประเทศไทยอาจควรเริ่มจากการทำความตกลงระหว่างประเทศกับประเทศในภูมิภาคเดียวกันที่มีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด มีความคล้ายคลึงในทางกฎหมาย หรือมีความร่วมมือทางเศรษฐกิจร่วมกันก่อน เช่น กลุ่มประเทศ

ในอาเซียน⁴⁵ หรือประเทศที่เป็นคู่ค้าสำคัญที่มีบทบาทในการกระตุ้นเศรษฐกิจ ทั้งนี้ หากต้องการเข้าร่วมเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ค.ศ. 2019 ประเทศไทยก็อาจต้องพิจารณาแนวทางการเข้าร่วมผ่านองค์การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Economic Integration Organizations) ตามที่อนุสัญญานี้เปิดช่องไว้ในข้อ 26 ประกอบด้วยว่าการเข้าร่วมผ่านสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรืออาเซียน จะมีความเป็นไปได้มากน้อยเพียงใด มีข้อดีและข้อเสียมากกว่าการที่ประเทศไทยเข้าร่วมด้วยตนเองหรือไม่

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

หลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในปัจจุบันได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและทวีความสำคัญมากยิ่งขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากจากหลักการดังกล่าวส่งผลเป็นประโยชน์ในหลายด้าน โดยเฉพาะสำหรับคู่ความฝ่ายที่ชนะคดีเพราะคำพิพากษาถูกนำไปบังคับในอีกประเทศหนึ่งได้โดยเร็ว สะดวก ประหยัด และมีขั้นตอนน้อย ทั้งนี้ เนื่องจากประเทศไทยมิได้เข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ที่เกี่ยวข้อง และยังคงมิได้มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน ทางปฏิบัติของประเทศไทยในปัจจุบันต่อการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์จึงมีดังนี้

(1) กรณีมีตัวบทกฎหมายเฉพาะสำหรับคดีบางประเภทที่มีการบัญญัติให้ใช้บังคับกับคำพิพากษาของศาลต่างประเทศได้ เช่น กรณีความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางแพ่งต่อความเสียหายจากมลพิษน้ำมันอันเกิดจากเรือ พ.ศ. 2560 คำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เข้าเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด ศาลไทยย่อมผูกพันที่จะต้องบังคับให้ตามนั้น แต่อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันยังไม่ปรากฏคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้อง

(2) กรณีคดีแพ่งและพาณิชย์ทั่วไปที่ไม่มีตัวบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ศาลไทยยังคงไม่มีทางปฏิบัติที่แน่นอนเมื่อได้รับคำร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษา

⁴⁵ จันตรี สิ้นศุภฤกษ์, การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 235.

ศาลต่างประเทศ เนื่องจากเมื่อพิจารณาตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ผ่านมาก็มิได้มีการวางหลักเกณฑ์อย่างชัดเจน และเป็นเพียงการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานแห่งคดีหรือมูลคดีเท่านั้น มิได้เป็นกรณีที่รับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้มีผลในประเทศไทยโดยตรง ความไม่แน่นอนชัดเจนเช่นนี้ เป็นที่น่ากังวลว่าอาจกระทบต่อความเชื่อมั่นของภาคธุรกิจระหว่างประเทศต่อกระบวนการระงับข้อพิพาทของประเทศไทย และสมควรต้องริเริ่มให้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในเรื่องดังกล่าวนี้ให้ชัดเจนมากขึ้น

อย่างไรก็ดี การพิจารณาวางหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ตลอดจนการพิจารณาเข้าร่วมความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นอนุสัญญาฉบับปี ค.ศ. 2019 นี้หรือไม่ ต้องไม่ลืมที่จะคำนึงถึงอุปสรรคและปัญหาประกอบด้วย ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาความแตกต่างระหว่างระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ กล่าวคือ หากประเทศไทยจำต้องบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ แต่กฎหมายที่ใช้เป็นหลักในการทำคำพิพากษานั้นแตกต่างจากกฎหมายไทยในข้อที่เป็นประการสำคัญ ย่อมนำมาสู่ปัญหาที่ยุ่งยากต่อกระบวนการยุติธรรมอย่างแน่นอน โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมระหว่างเอกชนด้วยกันซึ่งมีความหลากหลายและส่วนใหญ่มักเป็นหลักการที่มีผลต่อการพิพากษาคดีของศาล เช่น หลักการแสดงเจตนา หรือหลักการเปลี่ยนเงิน จึงควรต้องมีการวางแนวทางป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นนี้อย่างรอบคอบเสียก่อน

ประการที่สอง การยินยอมผูกพันปฏิบัติตามหลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ ย่อมหมายถึงการถูกรีดรอนอำนาจอธิปไตยทางตุลาการ กล่าวคือ การรับรองคำพิพากษาของประเทศอื่นก็เท่ากับเป็นการยอมรับหลักกฎหมายของต่างประเทศโดยปริยายด้วย ซึ่งย่อมขัดต่อแนวปฏิบัติในการยอมรับหลักกฎหมายต่างประเทศที่ผ่านมาที่จำเป็นจะต้องผ่านขั้นตอนการพิจารณาตามหลักกฎหมายขัดกันและหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอย่างรอบคอบก่อน

ทั้งนี้ แม้จะยังมีปัญหาและอุปสรรคที่ต้องการการศึกษาหาแนวทางแก้ไขที่เหมาะสม แต่การวางแนวทางที่ชัดเจนต่อหลักการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในประเทศไทยก็ยังคงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการเพิ่มจำนวนขึ้นของคดีพิพาทระหว่างเอกชนในระดับระหว่างประเทศย่อมนำมาสู่การร้องขอให้รับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เพิ่มมากขึ้นในอนาคตด้วย ประเทศไทยควรมีแนวทางปฏิบัติต่อคำพิพากษา

ศาลต่างประเทศที่ได้รับการร้องขอเหล่านี้ให้ชัดเจนโดยเร็ว ซึ่งกฎหมายภายในว่าด้วยการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร ชัดเจน เป็นระบบ ที่ประเทศไทยควรริเริ่มจัดทำนั้น โดยสรุปแล้วอาจเป็นไปได้ในสองรูปแบบด้วยกันคือ

(1) การจัดทำกฎหมายภายในเพื่อวางกฎเกณฑ์สำหรับศาลไทยเมื่อมีการร้องขอให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ โดยมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่ออนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ซึ่งอาจเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีพิจารณาความที่มีอยู่แล้ว หรือบัญญัติขึ้นใหม่เป็นกฎหมายเฉพาะ

(2) การจัดทำกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าร่วม โดยการออกกฎหมายอนุวัติการเช่นนี้ย่อมต้องเป็นไปตามหลักการที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากการทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศใด ๆ ต้องผ่านกระบวนการของฝ่ายบริหารเสียก่อนเพื่อให้มีการกลั่นกรองอย่างรอบคอบที่สุด

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เมื่อประเทศไทยในขณะนี้ยังไม่มีความพร้อมที่จะเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง การจัดทำกฎหมายภายในที่มีใช้การอนุวัติการความตกลงระหว่างประเทศจึงความเป็นไปได้มากกว่า และอาจเกิดขึ้นได้ในสองกรณี คือ

(1) การเสนอร่างกฎหมายใหม่ เช่น “ร่างพระราชบัญญัติการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ.”

(2) การเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่มีอยู่แล้วและเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาความมากที่สุด

6.2 ข้อเสนอแนะ

การพัฒนากฎหมายภายในเพื่อรองรับหลักการรับรองและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นไปได้ในหลายกรณี และมีข้อดีและข้อเสียที่แตกต่างกัน ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า รูปแบบที่เป็นการเสนอร่างกฎหมายใหม่ในระดับพระราชบัญญัตินั้นเป็นรูปแบบที่เหมาะสมกับกรณีการอนุวัติการตามอนุสัญญาระหว่างประเทศมากกว่า เพราะเหมาะสมกับเนื้อหาที่มีรายละเอียดมาก สอดรับกับเนื้อความที่มีหลายหมวดหมู่ในอนุสัญญา ดังนั้น ในกรณีที่ประเทศไทยยังมิได้การตัดสินใจเข้าร่วมในความตกลงระหว่างประเทศฉบับใดอย่างในปัจจุบันนี้ การกำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติสำหรับศาลไทยไว้ในกฎหมายที่มีอยู่แล้วโดยอาศัยการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

ความแพ่งก็เป็นการเพียงพอ โดยอาจแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เพื่อรองรับหลักการนี้ไว้ในมาตรา 34/2 ของหมวด 3 อำนาจและหน้าที่ของศาล ดังนี้

มาตรา 34/2 “คำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ให้ได้รับการรับรองและการบังคับตาม ก็ต่อเมื่อเป็นคำพิพากษาของประเทศคู่สัญญาในสนธิสัญญาที่ประเทศเป็นคู่สัญญาด้วยเท่านั้น

คำพิพากษาที่ให้การรับรองตามมาตรานี้ ก็ต่อเมื่อคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษา ที่มีผลบังคับในรัฐต้นทาง และให้การบังคับตามต่อเมื่อคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษา ที่สามารถบังคับได้ในรัฐต้นทางเช่นกัน โดยการรับรองหรือการบังคับตามอาจให้เลื่อน ออกไปได้ หรืออาจได้รับการปฏิเสธได้ ถ้าคำพิพากษานั้นเป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างการทบทวน ในรัฐต้นทาง หรือยังไม่พ้นกำหนดเวลาสำหรับการขอให้มีการทบทวนตามปกติ

การรับรองหรือการบังคับตามคำพิพากษานั้น อาจปฏิเสธได้ถ้า

(1) เอกสารฟ้องคดีหรือเอกสารที่เทียบเท่ากัน มิได้แจ้งให้จำเลยทราบในเวลาเพียงพอ และในลักษณะที่ทำให้จำเลยสามารถเตรียมการสู้คดีได้ เว้นแต่จำเลยจะได้ปรากฏตัว และต่อสู้คดีโดยมิได้โต้แย้งในเรื่องการแจ้งดังกล่าวในศาลต้นเรื่อง แต่ทั้งนี้ จะต้องเป็นกรณีที่ กฎหมายของรัฐต้นเรื่องอนุญาตให้มีการโต้แย้งในเรื่องการแจ้งดังกล่าวได้

(2) คำพิพากษานั้นได้มาโดยกลฉ้อฉล

(3) การรับรองหรือการบังคับตามคำพิพากษานั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชน”

บรรณานุกรม

- กมล สนธิเกษตริณ, **ความร่วมมือทางศาลเกี่ยวกับการยอมรับบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ**, นิตยสารตุลพาห, ปีที่ 31 เล่มที่ 2 (เมษายน 2527).
- จันตรี สีนศุภฤกษ์, **การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531).
- ณัฐพล จุลละเกศ, **การรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในสหรัฐอเมริกา**, นิตยสารตุลพาห, ปีที่ 44 เล่มที่ 2 (มิถุนายน 2540).
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, **คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561).
- รัชนิกร ลาภวิชชา, **การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งอำนาจศาลในประชาคมอาเซียน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=137113>
- วนิดา วัชรานุกูล, **ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำสัญญาทางอิเล็กทรอนิกส์**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).
- สถาบันวิชาการนโยบายกิจการสาธารณะกับธุรกิจและการกำกับดูแล (APaR) มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย, **รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์ โครงการการยอมรับและการบังคับคดีตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในกลุ่มประเทศอาเซียน** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.led.go.th/articles/pdf/f-court.pdf>
- สาวิกา สุมานันท์, **การบังคับคดีแพ่งตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศโดยศาลไทย: ศึกษากรณีเฉพาะคำพิพากษาศาลประเทศสิงคโปร์**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539).
- สุรศักดิ์ วาจาสิทธิ์, **การบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ**, Huachiew Chalermprakiet Law Journal, ปีที่ 2 ฉบับที่ 1 (พฤษภาคม 2554).
- อนันต์ ช่วยนีก, **การรับรองและการบังคับตามคำพิพากษาของศาล ในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน**, วารสารวิชาการศรีปทุม ชลบุรี, ปีที่ 9 ฉบับที่ 4 (มิถุนายน 2556).

- อานนท์ ศรีบุญโรจน์, คำพิพากษาของศาลในกลุ่มประเทศอาเซียน จะมีผลในอีกประเทศหนึ่งหรือไม่?, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2556).

- Caffrey, Bradford A., *International Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the LAWASIA region: a Comparative Study of the Laws of Eleven Asian Countries Inter-se and with the E.E.C. Countries*, (North Ryde: N.S.W., CCH Australia, 1985).

- Sara Sheffield and Derek Bayley, *The new Hague Judgements Convention* [Online], Source: <https://www.hfw.com/The-New-Hague-Judgments-Convention>

- Volterra Fietta, *The New 2019 Hague Judgments Convention* [Online], Source: <https://www.volterrafietta.com/the-new-2019-hague-judgments-convention/>

บทความวิจัย (Research Article)

สถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์: กรณีศึกษาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021*

Legal Status of International Soft Law: Case Study of
the World Anti-Doping Code 2021

กานต์ เก่งสกุล**

นักศึกษาปริญญาโทสาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Karn Kengskool

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

วันที่รับบทความ 1 กันยายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 9 พฤศจิกายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 14 พฤศจิกายน 2565

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนเรื่อง “สถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์: กรณีศึกษาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย โดยมีรองศาสตราจารย์ ดร.ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง เป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

** นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; อีเมลติดต่อ karn14745chelsea@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาสถานะทางกฎหมายและกลไกการทำงานของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (World Anti-Doping Code 2021) ภายใต้มาตรา 4 วรรคสอง อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 เพื่อพิจารณาประเด็นเรื่องสถานะความเป็นกฎหมายซอพลอว์ในกฎหมายระหว่างประเทศว่ามีผลผูกพันและสามารถบังคับใช้กับรัฐได้อย่างไร เพื่อศึกษาแนวคิดสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศซอพลอว์และกรณีศึกษาประมวลกฎหมายอื่น เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ผลกระทบที่ตามมาจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก รวมถึงเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขประเด็นที่ยังปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ซึ่งผลการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 มีสถานะเป็นกฎหมายซอพลอว์ แม้ว่าจะเป็นภาคผนวก (Appendix) ของอนุสัญญาฯ นี้ซึ่งถือว่าไม่มีนัยสำคัญทางกฎหมายและไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคีก็ตาม แต่หน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติในฐานะผู้ลงนามต้องผูกพันกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 นี้ ดังนั้น การไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศซอพลอว์อาจสร้างผลกระทบต่อผู้ลงนามทั้งโดยตรงต่อบุคคล ต่อหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติและต่อรัฐ รวมถึงผลกระทบโดยอ้อมทางสังคม เศรษฐกิจและประโยชน์อื่นในอุตสาหกรรมกีฬากับประเทศสมาชิกได้

ในส่วนแรกของบทความเป็นการศึกษาลักษณะและกลไกการทำงานของกฎหมายซอพลอว์ เหตุใดรัฐจึงใช้กฎหมายซอพลอว์ ส่วนที่สองกล่าวถึงปัญหาสถานะทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ในประเด็นการไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายภายใต้มาตรา 4 วรรคสอง ของอนุสัญญาฯ การพิจารณาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก ในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รวมถึงประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (World Anti-Doping Agency: WADA)¹ และหน่วยงาน

¹ องค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (World Anti-Doping Agency: WADA) และหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติ (National Anti-Doping Organization: NADO) อธิบายรายละเอียดในหัวข้อ 4

ต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติ (National Anti-Doping Organization: NADO) กับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (World Anti-Doping Code 2021) ส่วนท้ายกล่าวถึงผลกระทบที่ตามมาจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลของหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติ ระหว่างปี 2015-2021 และข้อเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขประเด็นที่ไทยยังปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021

คำสำคัญ: สถานะทางกฎหมาย; กฎหมายระหว่างประเทศซอพลอร์; ประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021; องค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก

Abstract

This paper aims to examine legal status and mechanism of the World Anti-Doping Code 2021. Under Article 4 paragraph 2 of the 2005 International Convention against Doping in Sports, to consider status of international soft law, how it is binding and how can it be enforced state. Studying concept of international soft law and other codes. Studying and analyzing consequences due to inconsistent with World Anti-Doping Code as well as suggesting issues that non-compliance with the 2021 World Anti-Doping Code. The results of research revealed that World Anti-Doping Code 2021 is international soft law although it is an appendix to this Convention which is considered to be of no legal significance and is not bound by international law with a State Party. However, the National Anti-Doping Agency, as its signatories, is bound by the 2021 World Anti-Doping Code. Therefore, non-compliance with the World Anti-Doping Code 2021 in the context of international soft law could have effect on the signatories, either directly on person or the National Anti-Doping Agency and state including indirect effects on society economy and other benefits in the sports industry with member countries.

The first part of the article studies the legal framework and the mechanism of soft law and why do states use international soft law.

The second part examines the legal status of the 2021 World Anti-Doping Code on the issue of no legal binding under Article 4 paragraph 2 of this Convention, considering the World Anti-Doping Code as a customary international law, including relationship between World Anti-Doping Agency (WADA) and National Anti-Doping Organization (NADO) with the 2021 World Anti-Doping Code.

The final part discusses the consequences of inconsistent with the World Anti-Doping Code and International Standards of National Anti-Doping Agency in 2015-2021 and suggests some issues that Thailand still does not comply with the World Anti-Doping Code 2021.

Keywords: Legal Status; International Soft Law; The World Anti-Doping Code 2021;
World Anti-Doping Agency

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยลงนามในปฏิญญาโคเปนเฮเกนว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2003² และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005³ ปัจจุบันสำนักงานควบคุมสารต้องห้ามทางการกีฬาในฐานะเป็นหน่วยงานดำเนินการควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาภายในประเทศโดยสอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล⁴ ทั้งนี้สืบเนื่องจากกรณีของไทยที่องค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (World Anti-Doping Agency: WADA) พิจารณาวាយ้งมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. 2555⁵ บางมาตราไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ซึ่งส่งผลกระทบต่อประเทศไทยที่ตามมาทั้งโดยตรงและโดยอ้อมต่อประเทศไทยหลายประการซึ่งจะกล่าวรายละเอียดเพิ่มเติมในหัวข้อที่ 5 นอกจากไทยแล้ว

² World Conference on Doping in Sport, **The Copenhagen Declaration on Anti-Doping in Sport, 2003** [Online], 15 October 2021. Source: https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA_Copenhagen_Declaration_EN.pdf

³ UNESCO, **International Convention Against Doping in Sport, 2005** [Online], 11 October 2021. Source: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention>

⁴ World Anti-Doping Agency, Eight International Standards in the World Anti-Doping Code are as follows: (1) International Standards for Prohibited List (2) International Standards for Testing and investigations (ISTI) (3) International Standards for Laboratories (ISL) (4) International Standards for Therapeutic Use Exemptions (ISTUEs) (5) International Standards for Protection of Privacy and Personal Information (ISPPPI) (6) International Standards for Code Compliance by Signatories (ISCCS) (7) International Standards for Education (8) International Standards for Results Management (ISRM) [Online], 11 October 2021. Source: <https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/international-standards>

⁵ World Anti-Doping Agency, **Wada Issues Guidance Note to Signatories Regarding Implementation of Non-Compliance Consequences Concerning NADOs of Indonesia, North Korea and Thailand** [Online], 14 October 2021. Source: <https://www.dcat.in.th/en/news/-wada-confirms-non-c09102021-1012>

รายงานของ WADA ระหว่างปี 2015-2517⁶ และปี 2518-2022⁷ ภายหลังจากการบังคับใช้มาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม (International Standard for Code Compliance by Signatories: ISCCS, 2018) ปรากฏว่ายังมีหลายประเทศและหลายองค์กรกีฬาที่ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลซึ่งได้รับผลกระทบที่ตามมาหลายประการเช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีประเด็นปัญหาสถานะทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกในมาตรา 4 วรรคสอง ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ว่ามีค่าบังคับทางกฎหมายหรือไม่และพิจารณาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้มีนักกฎหมายบางท่านให้ความเห็นว่าควรระบุให้ประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกเป็นภาคผนวกตามมาตรา 4 วรรคสอง ภายใต้อนุสัญญา นั้นส่งผลให้ประมวลกฎหมาย ไม่มีนัยสำคัญทางกฎหมายและไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคีจึงเห็นว่าประมวลกฎหมายมีสถานะทางกฎหมายเป็นซอฟต์แวร์⁸

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

(1) เพื่อศึกษาปัญหาสถานะทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ภายใต้มาตรา 4 วรรคสอง อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005

(2) เพื่อศึกษาแนวคิดสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์ และกรณีศึกษาประมวลกฎหมายอื่น

⁶ World Anti-Doping Agency, **Report Signatories previously declared non-compliant and subsequently reinstated** [Online], 3 February 2022. Source: <https://www.wada-ama.org>

⁷ World Anti-Doping Agency, **Compliance and Non-Compliance Annual Report 2019-2020** [Online], 13 May 2022. Source: <https://www.wada-ama.org/en/resources/compliance-annual-report>

⁸ Claude Rouiller, **Legal Opinion** [Online], 25 October 2021. Source: <https://vdocuments.net/legal-opinion-claude-rouiller-eng-the-legal-opinion-referred-to-above-has-been.html?page=2>

(3) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ผลกระทบที่ตามมาทั้งโดยตรงและโดยอ้อมจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามและมาตรฐานสากล 2021

(4) เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุง แก้ไขในประเด็นที่ไทยยังปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล 2021

1.3 สมมติฐาน

ประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกมีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์และมีผลผูกพันกับหน่วยงานตัวแทนรัฐ ซึ่งหากมิได้ปฏิบัติให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายจะนำมาซึ่งมาตรการลงโทษที่ส่งผลกระทบต่อรัฐ จึงเห็นควรเสนอแนวทางการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องของไทยให้สอดคล้องและครอบคลุมกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021

1.4 ขอบเขตการวิจัย

การศึกษานี้มุ่งศึกษาสถานะทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 โดยมีขอบเขตการศึกษาที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล 2021 อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 รวมทั้งศึกษาประมวลกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ภายใต้กรอบแนวคิดกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์ ได้แก่ (1) กลุ่มประมวลกฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยทางทะเล ได้แก่ ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการเดินเรือในน่านน้ำทั่วโลก ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสินค้าอันตรายทางทะเล ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยจากอัคคีภัย ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งเมล็ดพันธุ์พืช ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสินค้าเคมีเหลวอันตราย ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งก๊าซปริมาณมาก ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการขนส่งที่ปลอดภัยของเชื้อเพลิงนิวเคลียร์ พลุโตเนียม และกากกัมมันตภาพรังสีระดับสูง ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการจัดการความปลอดภัย ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยยานความเร็วสูง และประมวลกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับเรือและท่าเรือ (2) กลุ่มประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่ ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างด้านกลาโหมของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เข้าร่วมในสำนักงานป้องกันประเทศยุโรป ประมวลกฎหมายควบคุมธุรกรรมเลตเตอร์ออฟเครดิตทั่วโลกในการชำระเงินระหว่างประเทศ ประมวลกฎหมายว่าด้วยการบังคับใช้จรรยาบรรณสำหรับนักพัฒนาเศรษฐกิจของ

สภากาการพัฒนาเศรษฐกิจระหว่างประเทศ และประมวลกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก (3) กลุ่มประมวลกฎหมายเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ได้แก่ ระเบียบสากลว่าด้วยจรรยาบรรณสำหรับการท่องเที่ยว ค.ศ. 2001 และประมวลกฎหมายการท่องเที่ยวแบบยั่งยืนของเอเปค และ (4) กลุ่มกฎระเบียบต่อต้านการใช้สารต้องห้ามสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย สหราชอาณาจักร และญี่ปุ่น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

งานวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภายในประเทศ หนังสือ บทความ รายงาน การวิจัย รายงานการประชุม วิทยานิพนธ์ และสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ และสัมภาษณ์บุคคลที่เกี่ยวข้องเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ข้อมูลอย่างรอบด้านยิ่งขึ้น

2. ลักษณะและกลไกการทำงานของกฎหมายซอฟลอว์

ในบริบทกฎหมายระหว่างประเทศซอฟลอว์ (International Soft Law) สถานะของซอฟลอว์หมายถึงตราสารที่ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมายหรือมีข้อผูกพันน้อยกว่ากฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดลอว์ (International Hard Law) เช่น มติ คำประกาศส่วนใหญ่ของสมัชชาสหประชาชาติ กรอบสนธิสัญญา แผนปฏิบัติการ คำแนะนำ แนวทางปฏิบัติ ประมวลกฎระเบียบ เป็นต้น⁹ ปัจจุบันปรากฏว่าตราสารกฎหมายซอฟลอว์มีสัดส่วนเพิ่มขึ้นกว่าร้อยละสิบของกฎหมายระหว่างประเทศสหภาพยุโรป¹⁰ ตัวอย่างกฎหมายซอฟลอว์ฉบับแรก ๆ เช่น the Communication on the Cassis de Dijon judgment¹¹ และ the White Paper of the

⁹ Senden, Linda A. J., **Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?**, Electronic Journal of Comparative Law, Volume 9 Issue 1 (January 2005), pp. 2-27.

¹⁰ Armin Von Bogdandy and others, **Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis**, Yearbook of European Law, Volume 23 Issue 1 (2004), pp. 91-136.

¹¹ The European Union Law, **Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979**

Commission¹² อย่างไรก็ตามอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา¹³ มิได้อธิบายความแตกต่างระหว่างบรรทัดฐานกฎหมายฮาร์ดลอร์และกฎหมายซอฟลอร์ ดังนั้นอาจกล่าวว่าการกฎหมายซอฟลอร์เป็นลักษณะกฎหมายที่ขาดคุณสมบัติตามแบบกฎหมายฮาร์ดลอร์ โดยพิจารณาจากแนวคิดของ Abbott และคณะ¹⁴ ที่จำแนกมิติความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศไว้สามมิติ ได้แก่ ภาระผูกพัน (Bindingness) ความแม่นยำ (Precision) และการมอบหมาย (Delegation) จากแนวคิดดังกล่าวจะเห็นว่าความแตกต่างของกฎหมายฮาร์ดลอร์และกฎหมายซอฟลอร์มีอาจพิจารณาเฉพาะเรื่องภาระผูกพันเพียงเรื่องเดียว เนื่องจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาอาจสร้างภาระผูกพันหรืออาจเป็นตราสารที่ไม่มีข้อผูกพันแต่ก็สร้างผลกระทบหรือควบคุมการกระทำของรัฐได้ในระดับหนึ่ง ดังนั้น ขอบเขตของกฎหมายซอฟลอร์จะพิจารณาจากสถานะของตราสารทางกฎหมายว่ามีภาระผูกพัน ความแม่นยำ และการมอบหมายอย่างไร และมิติเหล่านั้นได้ถูกทำให้ลดระดับลงตั้งแต่หนึ่งมิติขึ้นไปหรือไม่¹⁵

2.1 เหตุใดรัฐจึงใช้กฎหมายซอฟลอร์

ปัจจุบันแนวโน้มการร่างกฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดลอร์เริ่มชะลอตัวลง ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศซอฟลอร์มีแนวโน้มเพิ่มขึ้นซึ่งอาจมีสาเหตุอธิบายได้หลายประการ¹⁶ กล่าวคือ

in case 120/78 ('Cassis de Dijon') [Online], 22 December 2021. Source: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

¹² Publication Office of the European Union, **Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council** [Online], 14 December 2021. Source: <https://op.europa.eu/en/>

¹³ United Nations, **Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969** [Online], 14 December 2021. Source: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

¹⁴ Kenneth W. Abbott and others, **The Concept of Legalization** [Online], 2 January 2022. Source: <https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/concept.pdf>

¹⁵ Ibid., pp. 401-419.

¹⁶ Joost Pauwelyn and others, **When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking**, *European Journal of International Law*, Volume 25 Issue 3 (August 2014), pp. 733-763.

ประการแรก เกิดจากการเปลี่ยนแปลงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับสนธิสัญญาเดิม โดยเฉพาะประเด็นที่ยังอาจคลุมเครือและมีแนวโน้มว่าเป็นเรื่องยากต่อการจัดทำสนธิสัญญาใหม่ให้ลุล่วง รัฐจึงแสวงหาแนวทางเพื่อบรรลุเป้าหมายด้วยการเลือกใช้ตราสารที่มีสถานะต่ำกว่ากฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดลอร์ อันเป็นทางเลือกสำหรับการจัดการกับปัญหาต่าง ๆ ด้วยการใช้ตราสารที่ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมาย เช่น สนธิสัญญาหลายฉบับได้สร้างบริบทแบบไม่มีข้อผูกพันผ่านการประชุมภาคี และ/หรือคณะกรรมการทำงานหรือองค์กรระหว่างประเทศ เช่น ปฏิญญาสตอกโฮล์มว่าด้วยการประชุมด้านสิ่งแวดล้อมของมนุษย์ ปฏิญญาปารีสว่าด้วยการประชุมสภาพภูมิอากาศโลก หรือข้อตกลงบอนไนในพิธีสารเกียวโต เป็นต้น

ประการที่สอง รัฐเริ่มลังเลเมื่อต้องเผชิญกับรายละเอียดที่เห็นว่าอาจมีผลกระทบต่อกฎหมายภายในของตน หรือตราสารเหล่านั้นมีแนวทางด้านเทคนิคซับซ้อนหลายประการที่อาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการปฏิบัติตาม ด้วยเหตุนี้รัฐจึงอาจไม่ต้องการข้อผูกพัน¹⁷ เช่น อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของของเสียอันตรายและการกำจัดของเสียอันตราย เป็นต้น

และประการที่สาม ประเทศมหาอำนาจอาจไม่เต็มใจที่จะสร้างความผูกพันระหว่างประเทศ โดยมองว่าข้อผูกพันเหล่านั้นอาจเป็นปัจจัยขัดขวางศักยภาพการเติบโตของประเทศตน¹⁸

จากแนวโน้มการร่างกฎหมายซอพลอร์วี่ที่กล่าวข้างต้นเห็นได้ว่ารัฐต้องการมุ่งแก้ปัญหาต่าง ๆ เพื่อตอบสนองต่อสังคมได้อย่างรวดเร็ว¹⁹ เช่น ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ หรือกรณีองค์กรที่ไม่ใช่รัฐต้องการสร้างกฎที่เป็นนวัตกรรมใหม่เพื่อสะท้อนความรับผิดชอบต่อสังคมโดยยินยอมให้ผู้กระทำการที่ไม่ใช่รัฐลงนามในตราสารและมีส่วนร่วมในกลไกการปฏิบัติตามซึ่งทำไม่ได้ในสนธิสัญญา นอกจากนี้กฎหมายซอพลอร์วี่อาจใช้เป็นข้อมูลอ้างอิงหรือเป็นส่วนขยายเพื่อให้เกิดความเข้าใจในข้อตกลงของกฎหมายฮาร์ดลอร์ แม้กฎหมายซอพลอร์วี่มิได้สร้างผลผูกพันโดยตรงเป็นรูปธรรม แต่กฎหมายซอพลอร์วี่เหล่านั้นมักจะทำให้บรรลุ

¹⁷ Jonathan Baert Wiener, *Global Environmental Regulation: Instrument Choice in legal Context*, Yale Law Journal, Volume 108 (1999), p. 677.

¹⁸ Ibid., p. 679.

¹⁹ Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, the American Journal of Comparative Law, Volume 54 Issue 3 (Summer 2006), pp. 499-554.

วัตถุประสงค์ทางกฎหมายหรือเป็นเอกสารที่ผูกพันในสนธิสัญญา²⁰ ในบางกรณีกฎหมายซอพลอร์อาจมีศักยภาพเปลี่ยนสถานะเป็นกฎหมายฮาร์ดลอว์ เช่น Polar Code เป็นชุดแนวทางสำหรับเรือที่ปฏิบัติการในน่านน้ำขั้วโลก ค.ศ. 2009²¹ ต่อมาได้พัฒนาเป็นภาคผนวกที่มีผลผูกพันทางกฎหมายภายใต้สนธิสัญญาว่าด้วยความปลอดภัยทางทะเล ค.ศ. 1974 และอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันมลพิษจากเรือ ค.ศ. 1973 ดังนั้น เหตุที่รัฐเลือกใช้กฎหมายซอพลอร์อาจเป็นเพราะรัฐต้องการลดความเสี่ยงของภาระผูกพันทางกฎหมาย ในขณะที่รัฐก็มีภาระผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศอยู่แล้วหลายประการจึงเลือกวิธีกระจายความเสี่ยงโดยเห็นว่ากฎหมายซอพลอร์เป็นกลไกประสานที่เหมาะสม เนื่องจากเมื่อรัฐเข้าสู่ข้อตกลง รัฐจะพิจารณาไม่เพียงแต่ผลประโยชน์ที่จะได้รับ แต่ยังรวมถึงค่าใช้จ่ายหรือการหลีกเลี่ยงการสูญเสียที่รัฐจะต้องแบกรับหากละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ²²

2.2 กลไกการทำงานของกฎหมายซอพลอร์

กฎหมายซอพลอร์ประกอบด้วยกลไกหลักสองประการคือ กลไกการดำเนินงานและกลไกตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อกำหนด ในส่วนกลไกการดำเนินงานอาจพิจารณาจากการบังคับใช้ การระงับข้อพิพาท และความรับผิดชอบทางกฎหมายซอพลอร์ ในส่วนกลไกตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายซอพลอร์จะดำเนินการโดยผู้ที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้กำกับดูแลผู้ลงนามให้ปฏิบัติตามข้อตกลงเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามข้อตกลงนั้น ๆ ดังนี้

(1) การปฏิบัติตามกฎหมายซอพลอร์

จากมุมมองว่าเหตุใดรัฐจึงปฏิบัติตามกฎหมายซอพลอร์ ขณะที่ตราสารเหล่านั้นไม่มีภาระผูกพันทางกฎหมาย แต่อาจสร้างภาระผูกพันทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคม รวมถึงสร้างความคาดหวังต่อการปฏิบัติตามเช่นเดียวกับกฎหมายฮาร์ดลอว์ จะเห็นว่าการปฏิบัติตาม

²⁰ B. Patricia and others, **International law and the environment** [Online], 20 December 2021. Source: https://www.academia.edu/11531492/International_Environmental_Law

²¹ International Maritime Organization, **Guidelines for ships operating in polar waters** [Online], 15 January 2022. Source: <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/polar-code.aspx>

²² Andrew T. Guzman & Timothy Meyer, **International Soft Law**, Journal of Legal Analysis, Volume 2 Issue 1 (Spring 2010), pp. 172-222.

บรรทัดฐานที่ไม่มีภาระผูกพันเป็นการแสดงให้เห็นถึงกลไกความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในยุคโลกาภิวัตน์ที่ได้ปรับเปลี่ยนไปจากรูปแบบเดิม²³ อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตบางประการว่า กฎหมายซอฟต์แวร์มีลักษณะกลไกการตรวจสอบที่อาจปรากฏอยู่ในรูปแบบการบริหารกฎระเบียบทั่วโลก (Global Administrative Law)²⁴ โดยกลไกการทำงานของกฎระเบียบทั่วโลกนั้นอาจประกอบด้วย (1) กลไกความรับผิดชอบโดยหน่วยงานกำกับดูแลกฎระเบียบทั่วโลกได้จัดตั้งกลไกความรับผิดชอบขึ้นเพื่อให้เป็นที่ยอมรับและนำไปดำเนินการให้เป็นกฎหมายภายใน (2) กลไกการบังคับใช้และการตรวจสอบเพื่อให้แน่ใจว่าหน่วยงานภายในประเทศได้ส่งเสริมบรรทัดฐานและควบคุมไม่เพียงแต่สาระสำคัญของกฎระเบียบภายในประเทศเท่านั้น แต่ยังรวมถึงการดำเนินการตามขั้นตอนของหน่วยงานภายในประเทศซึ่งอยู่ภายใต้การตรวจสอบอย่างเข้มงวดของหน่วยงานผู้ได้รับมอบหมาย จะเห็นว่าขั้นตอนเหล่านี้ทำให้หน่วยงานกำกับดูแลมีบทบาทเพิ่มขึ้นในฐานะตัวแทนของระบบการบริหารกฎระเบียบทั่วโลก²⁵ เช่น ข้อเสนอแนะของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (Financial Action Task Force: FATF) เกี่ยวกับมาตรฐานสากลว่าด้วยการต่อต้านการฟอกเงินและสนับสนุนการเงินแก่การก่อการร้าย (Anti-Money Laundering and the Financing of Terrorism Global Standard: AML/CET)²⁶ หรือมาตรฐานการกำหนดค่าธรรมเนียมสากลของธนาคารโลกสำหรับประเทศกำลัง

²³ D. L. Shelton, **Soft law**, George Washington University Law School working paper No. 322, (2008), pp. 19-23.

²⁴ Giacinto della Cananea, **The European Union's mixed administrative proceedings**, Law and Contemporary Problems, Volume 68 Issue 1 (2004). อธิบายรูปแบบการกำกับดูแลกฎระเบียบทั่วโลกที่มีอยู่ ได้แก่ (1) ดำเนินการโดยองค์กรระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการ (2) ดำเนินการโดยหน่วยงานกำกับดูแลระดับชาติภายใต้สนธิสัญญาและเครือข่ายความร่วมมืออื่น ๆ และ (3) ดำเนินการโดยองค์กรเอกชน

²⁵ B. Kingsbury, N. Krisch and R.B. Stewart, **The emergence of global administrative law**, Law and Contemporary Problems, Volume 68:15 (Summer/Autumn 2005), pp. 31-37.

²⁶ The FATF Recommendations International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation องค์กรระหว่างรัฐบาลมีภารกิจจัดทำคำแนะนำและมาตรฐานด้านต่าง ๆ ส่งเสริมให้มีการใช้มาตรการทางกฎหมาย มาตรการด้านการกำกับดูแลตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ และมาตรการด้านการปฏิบัติการ

พัฒนาเพื่อได้รับการช่วยเหลือทางการเงิน²⁷ ปัจจุบันหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้กำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายซอพลอร์มีจำนวนเพิ่มขึ้นและมีความเป็นไปได้ว่ากฎหมายซอพลอร์อาจพัฒนาสู่กลไกการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและอาจมีบทบาทต่อรัฐเช่นเดียวกับและ/หรือเทียบเท่ากับสนธิสัญญา²⁸

(2) การบังคับใช้และการระงับข้อพิพาทของกฎหมายซอพลอร์

จะเห็นว่าบางกรณีกฎหมายซอพลอร์จะใช้กลไกหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทแบบกฎหมายฮาร์ดลอร์ ทั้งนี้ ปัญหาต่าง ๆ จะได้รับการประนีประนอมและหลีกเลี่ยงการมอบหมายบุคคลที่สามด้วยการกำหนดแนวทางในรูปแบบการแก้ไขมากกว่าการดำเนินคดี โดยการโน้มน้าวหรือการระงับสิทธิตามสัญญาเมื่อมีการละเมิดข้อกำหนด²⁹ จะเห็นว่ากลไกการระงับข้อพิพาทของกฎหมายซอพลอร์เคลื่อนตัวออกไปจากระบบการระงับข้อพิพาทที่เป็นทางการโดยบุคคลที่สามไปสู่ลักษณะกลไกการระงับข้อพิพาทผ่านกระบวนการทางการเมืองมากกว่า

²⁷ The World Bank องค์กรระหว่างประเทศที่ประกอบด้วย 5 องค์กร ได้แก่ 1. ธนาคารระหว่างประเทศ (International Bank for Reconstruction and Development - IBRD) ทำงานร่วมกับรัฐบาลเพื่อให้ความช่วยเหลือด้านการพัฒนาแก่กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา 2. สมาพันธ์การพัฒนาระหว่างประเทศ (International Development Association - IDA) ทำงานร่วมกับรัฐบาลเพื่อให้ความช่วยเหลือด้านการพัฒนาแก่กลุ่มประเทศรายได้ต่ำ 3. บริษัทการเงินระหว่างประเทศ (International Finance Corporation - IFC) ทำงานร่วมกับภาคเอกชนในโครงการพัฒนาขนาดใหญ่ 4. สถาบันประกันการลงทุนแบบพหุภาคี (Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA) ทำหน้าที่รับประกันความเสี่ยงในการลงทุนโครงการเพื่อการพัฒนาที่มีความเสี่ยงสูง 5. International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) ประสานงานการลงทุนในประเทศที่มีความขัดแย้งรุนแรงและจัดการเศรษฐกิจมหภาคด้วยกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund - IMF)

²⁸ D. L. Shelton, **Commitment and compliance: The role of non-binding norms in the international legal system**, The George Washington University Law School (2000), pp. 41-42.

²⁹ Patricia W Birnie and W. Butler, **Legal Techniques of Settling Disputes: The Soft Settlement Approach**, Perestroika and International Law (1990), p. 117.

กระบวนการยุติธรรม ทั้งนี้ ด้วยเหตุผลว่า³⁰ (1) ตราสารที่ไม่มีภาระผูกพันทางกฎหมาย แม้กฎหรือข้อกำหนดจะสื่อถึงภาระผูกพัน แต่ผลที่ตามมาของการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้นไม่รุนแรงหรือไม่ก่อให้เกิดผลกระทบทางกฎหมายเท่าที่ควร (2) การบังคับใช้กฎหมายซอพลอร์เหมาะสมกับแนวทางกำกับดูแลที่ให้ความสำคัญกับการป้องกันปัญหา และ (3) ข้อตกลงตามกฎหมายซอพลอร์ เมื่อรัฐใดรัฐหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดย่อมส่งผลกระทบต่อภาคีโดยรวม โดยเฉพาะประเด็นที่มีความละเอียดอ่อน เช่น การบังคับใช้กฎหมายซอพลอร์ในประเด็นปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมเป็นกลไกที่ให้ผลดีมากกว่ากลไกการระงับข้อพิพาทแบบกฎหมายฮาร์ดลอร์

(3) ความรับผิดชอบทางกฎหมายซอพลอร์

ความรับผิดชอบทางกฎหมายซอพลอร์มีประเด็นพิจารณา กล่าวคือ กฎหมายซอพลอร์เป็นข้อบังคับได้อย่างไร เมื่อตราสารไม่เป็นไปตามเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดลอร์ ดังนั้น จะพิจารณาถึงผลกระทบทางกฎหมายที่มีอยู่และจะควบคุมผลกระทบเหล่านั้นได้อย่างไร

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดลอร์ ความรับผิดชอบของรัฐทางกฎหมายระหว่างประเทศเป็นเรื่องสำคัญในฐานะที่รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิ แม้ว่าในปัจจุบันจะมีผู้ทรงสิทธิอื่น ๆ ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น องค์กรระหว่างประเทศ องค์กรเอกชนระหว่างประเทศก็ตาม แต่รัฐยังมีบทบาทสำคัญตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ความรับผิดชอบของรัฐเป็นภาระหน้าที่ที่รัฐพึงปฏิบัติเพื่อแก้ไขสถานการณ์อันเนื่องมาจากการที่รัฐละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งขึ้นอยู่กับว่าพันธกรณีระหว่างประเทศเรื่องนั้น ๆ เป็นอย่างไร

ประเด็นกฎหมายซอพลอร์ได้กลายเป็นข้อบังคับอย่างไรนั้นพิจารณาจากเรื่องอิทธิพลบางประการของกฎหมายซอพลอร์ต่อกระบวนการออกกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายซอพลอร์ในยุโรปได้กลายเป็นเครื่องมือสำคัญในการสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศที่ประสบความสำเร็จเพื่อใช้จัดการกับความซับซ้อนของกิจการยุโรปและความหลากหลายในข้อจำกัดของการเจรจาต่อรองเรื่องอำนาจอธิปไตย อีกทั้งสามารถประสานความหลากหลายด้านนโยบายเศรษฐกิจยุโรป ซึ่งต่อมาปรากฏว่าข้อตกลงที่ไม่มีภาระผูกพันอย่างเป็นทางการเหล่านั้นสามารถสร้างผลกระทบในทางปฏิบัติและกลายเป็นภาระผูกพันทางการเมือง สังคม

³⁰ A. E. Boyle, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law* [Online], 5 December 2021. Source: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly>

และจริยธรรมสำหรับผู้ที่เกี่ยวข้อง เช่น กลไกการจ้างงานที่กำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายไว้เป็นนโยบายและเป็นส่วนหนึ่งในการสร้างแรงกดดันต่อประเทศสมาชิกให้ปรับปรุงแนวทางปฏิบัติภายในประเทศของตน กลไกเหล่านี้สร้างระบบการปรึกษาหารือในประเด็นสำคัญระหว่างประเทศเกี่ยวกับข้อกังวลของกันและกัน รวมทั้งมีแนวโน้มที่รัฐอาจรวมข้อตกลงเป็นกฎระเบียบภายในของแต่ละประเทศ ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายซอฟต์แวร์มีบทบาทสำคัญต่อการเสริมสร้างความเชื่อมโยงระหว่างองค์กรกับบุคคลและ/หรือนิติบุคคลจนกลายเป็นนโยบายรัฐที่ใช้ร่วมกัน เช่น การคำนึงถึงมิติสำคัญหลายประการที่รับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศวินิจฉัยว่า “ผลจากการยอมรับมติต่าง ๆ และข้อความของข้อตกลงดังกล่าวอาจเข้าใจได้ว่าเป็นการยอมรับความถูกต้องของกฎหรือชุดของกฎที่ประกาศเป็นมติ”³¹ อย่างไรก็ตาม ประเด็นดังกล่าวขึ้นอยู่กับมุมมองคำจำกัดความของกฎหมายซอฟต์แวร์ นักกฎหมายบางท่านเห็นว่ากฎหมายซอฟต์แวร์ไม่ควรต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายเพราะอาจทำให้ความชัดเจนของกฎหมายฮาร์ดแวร์ลดลงและเป็นการยกระดับกฎหมายซอฟต์แวร์มากขึ้น ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นกฎหมายซอฟต์แวร์จะไม่อาจแยกออกจากกฎหมายฮาร์ดแวร์เมื่อมีการละเมิด³²

ส่วนประเด็นเรื่องความร่วมมือรูปแบบใหม่อาจนำไปสู่การหลีกเลี่ยงกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ในบริบทของความร่วมมือรูปแบบใหม่เห็นได้ว่าความสำคัญของการรับผิดชอบขึ้นอยู่กับกฎข้อบังคับและหน่วยงานตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อกำหนด ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศฮาร์ดแวร์ขับเคลื่อนด้วยความยินยอมของรัฐ สนธิสัญญาอย่างเป็นทางการต้องอาศัยต้นทุนทางธุรกรรมสูงและมีขั้นตอนยุ่งยากหากต้องการปรับให้เข้ากับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว ในทางกลับกันความร่วมมือรูปแบบใหม่หรือกฎหมายซอฟต์แวร์อาศัยฉันทามติของผู้มีส่วนได้เสีย ความร่วมมือรูปแบบใหม่สามารถตอบสนองได้ในวงกว้างและปรับให้เข้ากับความต้องการของสังคมสมัยใหม่ได้ดีขึ้น

³¹ Arif Ahmed and Jahid Mustofa, *Role of soft law in environmental protection: an overview*, Global Journal of Politics and Law Research, Volume 4 No. 2 (Winter 2004), pp. 197-217.

³² Judgment of the Court (Sixth Chamber), *Deufil GmbH & Co. KG v Commission of the European Communities*. Case 310/85. European Court Reports 1987-00901 [Online], 15 November 2021. Source: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

ประเด็นเมื่อตราสารไม่เป็นไปตามเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องพิจารณาถึงผลกระทบทางกฎหมายที่มีอยู่และการควบคุมผลกระทบเหล่านั้นอย่างไร กรณีนี้จึงจำเป็นต้องมีการตรวจสอบ (1) แหล่งที่มา ความน่าเชื่อถือ และอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่สร้างบรรทัดฐาน (2) ความโปร่งใสและเป็นกลางในการอธิบายรายละเอียดของบรรทัดฐาน และ (3) สาระสำคัญและการยอมรับจากฉันทามติโดยรวม เกณฑ์ 3 ข้อนี้หมายถึงผู้มีอำนาจกระบวนการ และสาระสำคัญซึ่งเชื่อมโยงกลับไปยังคำจำกัดความของการออกกฎหมายซอฟต์แวร์ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับผู้ดำเนินการ กระบวนการ และผลลัพธ์ที่ปฏิบัติตามข้อกำหนดนั้น สิ่งเหล่านี้สะท้อนถึงการตีความโดยสุจริตตามข้อตกลงของภาคี สนธิสัญญาบางฉบับอาจอ้างถึงบรรทัดฐานหรือองค์กรภายนอกไว้โดยตรงหรือโดยอ้อม จะเห็นว่าการเกิดขึ้นของสังคมหลากหลายและซับซ้อนเหล่านี้ผลักดันให้เกิดกระบวนการออกกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมและก่อให้เกิดผลลัพธ์ใหม่ของกฎหมายระหว่างประเทศซอฟต์แวร์ ในทำนองเดียวกันผลลัพธ์จากกฎหมายซอฟต์แวร์อาจนำไปสู่การบริหารกฎระเบียบทั่วโลกเช่นกัน³³

2.3 วิเคราะห์สถานะและกลไกการทำงานของกรณีศึกษาประมวลกฎอื่นในบริบทซอฟต์แวร์

สำหรับกรณีศึกษาประมวลกฎอื่นในบริบทซอฟต์แวร์ ผู้เขียนได้ศึกษาสถานะประมวลกฎอื่น (Code of Conduct) โดยแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ (1) กลุ่มประมวลกฎเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยทางทะเล (2) กลุ่มประมวลกฎเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ และ (3) กลุ่มประมวลกฎเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ทั้งนี้ ผู้เขียนได้นำกรอบแนวคิดของ Abbott และคณะ³⁴ ซึ่งพิจารณาลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศไว้ 3 มิติ ได้แก่ (1) ภาระผูกพัน (Bindingness) ที่รัฐผูกพันตามกฎหมายจากกฎหรือข้อตกลงซึ่งเป็นการยินยอมโดยชัดแจ้งที่จะผูกพันตามสัญญา (2) ความแม่นยำ (Precision) ระดับความคลุมเครือ ความกำกวมของกฎหรือถ้อยคำที่กำหนดภาระผูกพันในสนธิสัญญา (3) การมอบหมาย (Delegation) ระดับที่รัฐได้

³³ B. Kingsbury, N. Krisch and R. B. Stewart, *The Emergence of Global Administrative Law*, *Revue internationale de droit économique*, Issue 1 (2013), pp. 37-58.

³⁴ Kenneth W Abbott et al., *The concept of legalization*, *International Organization*, Volume 54 Issue 3 (Summer 2000), pp. 401-419.

มอบหมายให้บุคคลที่สามารถมอบอำนาจในการตรวจสอบ กำหนดรายละเอียดและ/หรือระงับข้อพิพาท และเพิ่มเติม (4) ดุลพินิจ (Discretion) การนำไปปฏิบัติตามภาระผูกพัน³⁵

จากการศึกษาพบว่าประมวลกฎหมายอื่นที่นำมาเป็นกรณีศึกษาแบ่งได้เป็น 2 กลุ่ม คือ (1) กลุ่มประมวลกฎหมายซอพลอร์ที่พัฒนาสถานะไปเป็นกฎหมายฮาร์ดลอว์ และ (2) กลุ่มประมวลกฎหมายที่ยังคงสถานะเป็นกฎหมายซอพลอร์ ซึ่งทั้งสองกลุ่มมีระดับลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศแตกต่างกัน กล่าวคือ กลุ่ม 1 มีแนวโน้มระดับลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศสูงกว่ากลุ่ม 2 ทั้ง 4 มิติ เช่น ประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยทางทะเลในการกำกับดูแลขององค์การทางทะเลระหว่างประเทศ (the International Maritime Organization: IMO) ซึ่งเป็นองค์การระหว่างประเทศตามมติสหประชาชาติภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการเดินเรือระหว่างประเทศ ค.ศ. 1948 และระเบียบสากลว่าด้วยจรรยาบรรณการท่องเที่ยว ค.ศ. 1999 ที่จากเดิมเป็นกฎหมายซอพลอร์ที่ผูกพันสมาชิกในอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว ต่อมาระเบียบฯ ได้พัฒนาเป็นกฎหมายฮาร์ดลอว์ภายใต้มาตรา 23 อนุสัญญาว่าด้วยการท่องเที่ยวอย่างมีจริยธรรม ค.ศ. 2017 โดยมีคณะกรรมการว่าด้วยจรรยาบรรณการท่องเที่ยวโลก (World Committee on Tourism Ethics: WTCE) ตามมติขององค์การการท่องเที่ยวโลกแห่งสหประชาชาติ (United Nations World Tourism Organization: UNWTO) เป็นผู้กำกับดูแล ดังนั้น จะเห็นว่าประมวลกฎหมายในกลุ่มนี้มีองค์การระหว่างประเทศกำกับดูแลและมีส่วนผลักดันในการกำหนดประมวลกฎหมายและมาตรฐานสากลของกฎหมายซอพลอร์ซึ่งต่อมาได้พัฒนาไปเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญา

ขณะที่กลุ่ม 2 กลุ่มประมวลกฎหมายที่ยังคงสถานะเป็นกฎหมายซอพลอร์และมีแนวโน้มว่าลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศบางมิติขาดไป เช่น ประมวลกฎหมายระหว่างประเทศระดับภูมิภาคว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างด้านกลาโหมของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่เข้าร่วมในสำนักงานป้องกันประเทศยุโรปมีระดับการมอบหมายต่ำ เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายว่าด้วยหลักจรรยาบรรณสำหรับนักพัฒนาเศรษฐกิจของสภาการพัฒนาเศรษฐกิจระหว่างประเทศโดยประมวลกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวปรากฏว่ามีระดับความผูกพันกับสมาชิกเฉพาะกลุ่ม

³⁵ Jiang, Lili, *An evaluation of soft law as a method for regulating public procurement from a trade perspective*. (PhD thesis University of Nottingham, (2009), pp. 13-14.

โดยมิได้มอบหมายบุคคลที่สามในการระงับข้อพิพาท ประมวลกฎหมายกลุ่มนี้จึงมีลักษณะสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศขาดไปบางมิติ

3. ปัญหาสถานะทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก

องค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (WADA) ในฐานะหน่วยงานอิสระระหว่างประเทศเพื่อต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (International Independent Agency) ตามมาตรา 1 และมาตรา 4 ของธรรมนูญก่อตั้งระเบียบการกำกับดูแลกิจการภายใต้กฎหมายสหพันธ์รัฐสวิตเซอร์แลนด์³⁶ ซึ่งดำเนินงานระหว่างประเทศเพื่อควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกตามข้อ 3 และข้อ 4 ของปฏิญญาโคเปนเฮเกนว่าด้วยการควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2003³⁷ และมาตรา 1 ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ประมวลกฎหมาย ดำเนินการร่วมกับมาตรฐานสากลซึ่งปัจจุบันมี 8 ฉบับ สารสำคัญของประมวลกฎหมายแบ่งออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 ข้อ 1-17 กล่าวถึงคำจำกัดความ รายชื่อสารต้องห้าม ข้อกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการใช้สารต้องห้าม การตรวจหาสารต้องห้ามและการสอบสวน การวิเคราะห์ตัวอย่าง การลงโทษส่วนบุคคลและทีม การรับฟังคำชี้แจง การตัดสิทธิบุคคลโดยอัตโนมัติและต่อทีม การลงโทษโดยผู้ลงนามต่อหน่วยงาน สมาคม สโมสรกีฬา การอุทธรณ์ การรักษาความลับของรายงาน การดำเนินการตามคำตัดสิน การควบคุมการใช้สารต้องห้ามในสัตว์ที่ร่วมในการแข่งขัน ส่วนที่ 2 ข้อ 18-19 กล่าวถึงข้อกำหนดเพื่อส่งเสริมการศึกษาและการวิจัย ส่วนที่ 3 ข้อ 20-22 กล่าวถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับบทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ลงนามและบุคคลที่ผูกพันตามประมวลกฎหมาย และส่วนที่ 4 ข้อ 23-27 ระบุให้ WADA เป็นผู้กำกับดูแลและตรวจสอบการปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย และมาตรฐานสากล

³⁶ World Anti-Doping Agency, **Constitutive Instrument of Foundation of the World Anti-Doping Agency, 1999** [Online], 20 October 2021. Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/WADA-Revised-Statutes-4-July-2014-EN.pdf>

³⁷ World Conference on Doping in Sport, **Lausanne Declaration on Doping in Sport, 1999** [Online], 25 October 2021. Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/lausanne>

3.1 การไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง ภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005

ประเด็นการไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายตามมาตรา 4 วรรคสอง³⁸ ภายใต้อนุสัญญาระบุว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกเป็นภาคผนวกที่ไม่มีนัยสำคัญทางกฎหมาย และไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคี³⁹ ประมวลกฎหมาย จึงมีสถานะเป็นซอฟต์แวร์⁴⁰

อย่างไรก็ตาม หากตีความอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญาหากพิจารณาตามมาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาจะเห็นได้ว่าการตีความสนธิสัญญานั้น จะต้องตีความโดยสุจริตและต้องตีความตามความหมายปกติธรรมดาที่ให้ไว้แก่ถ้อยคำ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือมิใช่การพิจารณาแต่เพียงถ้อยคำที่กำหนดไว้เท่านั้น เพราะหากการตีความตามถ้อยคำในบางกรณีอาจก่อให้เกิดผลที่ไม่สมเหตุสมผลและไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา รัฐภาคีจึงจำเป็นต้องหากการตีความในลักษณะอื่นเพื่อหลีกเลี่ยงผลในลักษณะดังกล่าว ดังนั้น หากพิจารณาตามถ้อยคำในอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้าม ค.ศ. 2005 จะเห็นว่าวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ได้กล่าวไว้ในมาตรา 1 กล่าวคือ เพื่อส่งเสริม ป้องกัน และต่อต้านการใช้สารต้องห้ามในทางกีฬา นอกจากนี้ยังมีการกล่าวถึงมาตรการเพื่อให้รัฐภาคีบรรลุวัตถุประสงค์ตามอนุสัญญาฯ ในมาตรา 3 รัฐภาคีจะต้องนำมาตราการที่เหมาะสมมาใช้บังคับในระดับชาติและระดับสากลซึ่งจะต้องสอดคล้องกับหลักการพื้นฐานของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก และในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของอนุสัญญาฯ ได้กล่าวถึง

³⁸ UNESCO, *International Convention Against Anti-Doping in Sport 2005*, Article 4 “The Code and the most current version of Appendices 2 and 3 are reproduced for information purposes and are not an integral part of this Convention. The Appendices as such do not create any binding obligations under international law for States Parties.”

³⁹ Claude Rouiller, *Legal Opinion* [Online], 25 October 2021. Source: <https://vdocuments.net/legal-opinion-claude-rouiller-eng-the-legal-opinion-referred-to-above-has-been.html?page=2>

⁴⁰ Paul David, *A Guide to the World Anti-Doping Code* [Online], 21 December 2021. Source: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/guide-to-the-world-antidoping-code/>

ความสัมพันธ์ระหว่างอนุสัญญาฯ และประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก กล่าวคือ เพื่อประสานงานและดำเนินการในระดับชาติและนานาชาติในการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬานั้น รัฐภาคีจะต้องยอมรับในหลักการของประมวลกฎหมายฯ เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับมาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของอนุสัญญาฯ และไม่มีสิ่งใดในอนุสัญญาฯ นี้ขัดขวางมิให้รัฐภาคีปฏิบัติตามประมวลกฎหมายฯ จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงเห็นได้ว่าถ้อยคำในอนุสัญญาฯ ได้มีการกล่าวอ้างถึงประมวลกฎหมายฯ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการที่รัฐภาคีจะต้องยอมรับและนำหลักการของประมวลกฎหมายฯ มาปฏิบัติตามเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ

ในประเด็นของถ้อยคำตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องยอมรับในหลักการของประมวลกฎหมายฯ เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับมาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา 5 ของอนุสัญญาฯ และไม่มีสิ่งใดในอนุสัญญาฯ นี้ขัดขวางมิให้รัฐภาคีปฏิบัติตามประมวลกฎหมายฯ กับมาตรา 4 วรรคสอง ของอนุสัญญาฯ ซึ่งบัญญัติให้ประมวลกฎหมายฯ มิได้เป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาฯ และมีได้ก่อให้เกิดการผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคี มีความขัดแย้งกันหรือไม่นั้น หากพิจารณาจะเห็นได้ว่าถ้อยคำตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง และมาตรา 4 วรรคสอง มิได้มีความขัดแย้งกันแต่อย่างใด กล่าวคือ เหตุผลสำคัญของการบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองนั้น ตามความเห็นของนักกฎหมายบางท่านเห็นว่าในขณะนั้นประเทศสมาชิกสภายุโรปอาจต้องการใช้ประมวลกฎหมายภายใต้อนุสัญญาสภายุโรปว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา ค.ศ. 1989 และพิธีสารเพิ่มเติม ค.ศ. 2000 ซึ่งดำเนินการมาก่อนแล้ว จึงอาจเกิดความลังเลว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของ WADA จะมีประสิทธิภาพเพียงพอหรือไม่ รวมถึงความไม่แน่นอนของประมวลกฎหมายฯ ซึ่งมีการปรับเปลี่ยนอยู่บ่อยครั้งอาจเป็นสาเหตุอีกประการหนึ่งที่มีการระบุให้ประมวลกฎหมายฯ ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าการบัญญัติมาตรา 4 วรรคสองนั้นคงเป็นเพียงวิธีการที่เหมาะสมในการที่จะปฏิบัติตามและไม่ก่อให้เกิดการผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐภาคีมากจนเกินไป ทั้งนี้ได้บัญญัติขึ้นเพื่อเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ ในการที่รัฐจะต้องนำหลักการของประมวลกฎหมายฯ ไปบังคับใช้แต่อย่างใด อนุสัญญาฯ จึงได้รับการออกแบบในลักษณะที่ไม่ให้เป็นภาระหรือเป็น

ปัญหาทางการเมืองของภาคีซึ่งอาจเป็นสาเหตุประการหนึ่งที่ส่งผลให้ประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกอยู่ในสถานะกฎหมายขอพลอร์⁴¹

3.2 พิจารณาประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกในฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หากพิจารณาจะเห็นว่าประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกนั้นถูกบัญญัติขึ้นโดย WADA ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนระหว่างประเทศ โดยได้รับความยินยอมจากรัฐในปฏิญญาโคเปนเฮเกนว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา ค.ศ. 2003 และอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา ค.ศ. 2005 ซึ่งกล่าวถึงการยอมรับ WADA เป็นหน่วยงานกลางในการดำเนินการเกี่ยวกับการต่อต้านการใช้สารต้องห้าม โดยนำประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกมาใช้ในฐานะเป็นกฎเกณฑ์สากลที่รัฐให้การยอมรับและนำไปปฏิบัติตาม ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกเกิดจากการพยายามที่จะแก้ปัญหาเฉพาะเรื่องซึ่งยังมีได้มีกฎเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวใช้อย่างเป็นสากล การเกิดขึ้นของประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกจึงมิใช่เกิดจากแนวปฏิบัติของรัฐที่มีมาอย่างสม่ำเสมอ แต่เกิดจากความเห็นพ้องต้องกันในการสร้างกฎเกณฑ์เพื่อแก้ปัญหาการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา โดยอาศัยความยินยอมของรัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะเรื่อง (LEX FERENDA) ซึ่งในช่วงแรกนั้นยอมขาดมิติในแง่การปฏิบัติตามของรัฐ เพราะไม่ใช่แนวทางที่รัฐเคยปฏิบัติมาก่อน อีกทั้งประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกยังถูกบัญญัติโดย WADA ซึ่งมีข้อจำกัดระหว่างประเทศภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นยอมขาดมิติในส่วนของความเชื่อที่ว่าเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติตามจากรัฐที่มิได้มีส่วนร่วม

อย่างไรก็ตามเมื่อเวลาผ่านไปจะเห็นว่าได้มีการบัญญัติอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. 2005 แสดงให้เห็นถึงความพยายามที่จะพัฒนาประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกให้มีสถานะกลายเป็นกฎหมายฮาร์ดลอร์ที่มีผลผูกพันกับรัฐมากยิ่งขึ้น แต่ถึงกระนั้นพบว่าในอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. 2005 มาตรา 4 วรรคสอง มีการบัญญัติว่าประมวลกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกมิได้เป็นส่วนหนึ่ง

⁴¹ Claude Rouiller, **Legal Opinion** [Online], 25 October 2021. Source: <https://vdocuments.net/legal-opinion-claude-rouiller-eng-the-legal-opinion-referred-to-above-has-been.html?page=2>

ของอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางทหาร ค.ศ. 2005 และไม่ก่อให้เกิดภาวะผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ หากมองในประเด็นนี้ย่อมแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกซึ่งเป็น *lex ferenda* ยังไม่ได้พัฒนาไปเป็น *lex lata* อย่างเต็มรูปแบบ เนื่องจากยังขาดมติเรื่องความผูกพันกับรัฐซึ่งเป็นส่วนสำคัญในกฎหมายฮาร์ดลอว์ หรือ *lex lata* ถึงกระนั้นในเนื้อหาของอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางทหาร ค.ศ. 2005 ได้กล่าวถึงการที่รัฐยอมรับหลักการของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและจะต้องนำหลักการของประมวลกฎหมายฯ ไปบังคับใช้ ย่อมแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างประมวลกฎหมายกับรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญาฯ ตามที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 3.1 เรื่องการการตีความสนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

พิจารณาต่อไปในลักษณะที่ว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกจะกลายเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เนื่องจากองค์ประกอบทางวัตถุ คือ การปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอและองค์ประกอบทางจิตใจ คือ การยอมรับว่าเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติ นั้น ในแง่ของการปฏิบัติอย่างสม่ำเสมอจะเห็นได้ว่าการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามมีการปฏิบัติมาอย่างสม่ำเสมอ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาในรายละเอียดจะเห็นว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกมีรายละเอียดการปฏิบัติตามที่ค่อนข้างมาก ซับซ้อนและเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ กล่าวคือ จะมีการปรับปรุงเนื้อหาของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลอย่างต่อเนื่อง เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เช่น วิธีการตรวจหาสารต้องห้ามที่มีรูปแบบเฉพาะซึ่งอาจแตกต่างกันไปและมีความจำเป็นต้องปรับเปลี่ยนไปตามยุคสมัย ดังนั้นแนวทางในการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายฯ จึงอาจยังไม่เกิดความสม่ำเสมอในลักษณะที่เป็นแนวทางปฏิบัติที่แน่นอน

ในส่วนประเด็นเรื่องความเชื่อที่ว่าเป็นสิ่งที่ควรปฏิบัติ จะเห็นว่ารัฐที่เป็นภาคีในอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางทหาร ค.ศ. 2005 ซึ่งปัจจุบันมีจำนวนถึง 191 ประเทศ ย่อมแสดงให้เห็นถึงการยอมรับประมวลกฎหมายฯ ว่าเป็นสิ่งที่จำเป็นต้องปฏิบัติตาม ซึ่งนั่นย่อมสร้างแรงกดดันให้กับรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามจนอาจทำให้รัฐที่ไม่ปฏิบัติตามรวมถึงรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาฯ มองว่าเป็นสิ่งที่จะต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากเกรงว่าจะได้รับผลกระทบที่ตามมา จึงก่อให้เกิดเป็นองค์ประกอบทางด้านจิตใจที่เชื่อว่าเป็นสิ่งที่หากไม่ปฏิบัติตามย่อมเป็นการไม่ชอบธรรม

ด้วยเหตุนี้จึงผู้เขียนเห็นว่าประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกนั้นยังขาดมิติในแง่แนวทางปฏิบัติที่สม่ำเสมอซึ่งเป็นการปฏิบัติในแนวทางเดียวกันของรัฐซึ่งเป็นองค์ประกอบของการเกิดเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศทั่วไป แม้ว่าประมวลกฎหมาย จะมีลักษณะเป็นสิ่งที่รัฐเชื่อว่าจะต้องปฏิบัติตาม ดังนั้น ลักษณะของประมวลกฎหมาย จึงมีลักษณะเป็น lex ferenda หรือกฎเกณฑ์พิเศษเฉพาะเรื่องที่ยึดโยงไว้กับอนุสัญญา ซึ่งเป็น lex lata

4. ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (WADA) และหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติ (NADO) กับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021

รายงานการประชุมภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาค.ศ. 2005 ครั้งที่ 8 ว่าด้วยกรอบกฎหมายการจัดตั้งหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามระดับชาติ⁴² เห็นว่ามาตรา 7 ภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ระบุให้รัฐผูกพันตามข้อกำหนดภายใต้อนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ขณะที่หน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติเป็นผู้ลงนามผูกพันกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก ในแง่นี้อนุสัญญา ระบุให้รัฐบาลดำเนินการจัดตั้ง NADO และตามข้อ 20.5 ของประมวลกฎหมาย ระบุให้การดำเนินกิจกรรมของ NADO เป็นไปโดยอิสระ และข้อ 23.1.1 ของประมวลกฎหมาย ระบุให้ NADO ในฐานะผู้ลงนามต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย ผ่านนโยบาย กฎเกณฑ์ กฎ หรือระเบียบตามอำนาจหน้าที่ภายในขอบเขตความรับผิดชอบที่เกี่ยวข้องของตน⁴³ ซึ่งปัจจุบันสถานะของ NADO แต่ละประเทศมีกลไกการบริหารงานแตกต่างกันไป โดยสรุปดังนี้ (1) กรณีเป็น

⁴² UNESCO, A National Strategy for Establishing National Anti-Doping Organization, Conference of Parties to the International Convention against Doping in Sport, Eighth session [Online], 2 January 2022. Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380473>

⁴³ World Anti-Doping Agency, World Anti-Doping Code 2021 Article 23.1. Signatories to the Code [Online], 15 October 2021. Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/>

หน่วยงานที่แยกออกจากส่วนราชการ (1.1) กรณีคณะกรรมการกำกับดูแลเป็นอิสระ (1.2) กรณีคณะกรรมการกำกับดูแลมาจากรัฐบาล และ (2) กรณีเป็นหน่วยงานในส่วนราชการ

หากพิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง WADA และ NADO พบว่าอาจมีปัญหาเรื่องการควบคุมกระบวนการตัดสินใจ เมื่อเริ่มต้นรวบรวมตัวแทนจาก NADO และองค์กรกีฬาเพื่อจัดระบบต่อต้านการใช้สารต้องห้ามที่มีอยู่ให้เป็นหนึ่งเดียว โดยมีเงื่อนไขเวลานั้นว่าให้เป็นไปตามมาตรการที่จะได้รับการพัฒนาโดย WADA ซึ่งต่อมาเมื่อมีการปรับเปลี่ยนบรรทัดฐานดังกล่าวอยู่บ่อยครั้ง ย่อมส่งผลกระทบต่อตรงต่อการปฏิบัติตามของ NADO ซึ่งอาจรวมถึงการเพิ่มงบประมาณ เพิ่มบุคลากร เพิ่มรายละเอียดข้อกำหนดที่ซับซ้อนจนในที่สุดอาจนำไปสู่การพิจารณาว่าเป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งเป็นเหตุให้ได้รับผลกระทบที่ตามมา เช่น ปี 2015 ประมวลกฎหมาย และมาตรฐานสากลได้เพิ่มขึ้นตอนการตรวจหาสารต้องห้ามในเวลากลางคืน ซึ่งก่อให้เกิดเป็นปัญหาในประเทศสเปนและฝรั่งเศสซึ่งกฎหมายภายในไม่สามารถกระทำการตรวจหาสารต้องห้ามในเวลากลางคืน สเปนแก้ปัญหาด้วยการออกพระราชกฤษฎีกาการตรวจหาสารต้องห้ามนักกีฬาในเวลากลางคืน ส่วนฝรั่งเศสในขณะนั้นยังถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดกับรัฐธรรมนูญ กระบวนการดังกล่าวไม่อาจดำเนินการได้ตามระบบกฎหมายภายในประเทศโดยทันทีจึงเป็นเหตุให้ WADA ประเมินว่าฝรั่งเศสไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของมาตรฐานสากลและส่งผลให้ฝรั่งเศสได้รับการจัดให้อยู่ในกลุ่มเฝ้าระวังจนกว่าจะได้คืนสถานะซึ่งต้องใช้เวลาอีกหลายเดือนต่อมา⁴⁴

ลักษณะเช่นนี้เป็นการสร้างรายละเอียดภาระผูกพันเพิ่มเติมจากข้อตกลงเดิมหรือไม่ หากพิจารณากฎการทำงานของประมวลกฎหมาย ฉบับแรก ในกระบวนการนั้น NADO มีบทบาทร่วมตัดสินใจในฐานะผู้ลงนามในประมวลกฎหมาย แต่สถานการณ์ปัจจุบันอาจมีข้อสรุปที่ต่างออกไปเนื่องจากอาจมีความไม่สมดุลระหว่างกระบวนการตัดสินใจของ WADA และ NADO โดยเฉพาะเกี่ยวกับการตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งมีลักษณะการใช้กฎระเบียบ

⁴⁴ Julie Demeslay, *Power relationships between the World Anti-Doping and National Anti-Doping Agencies and their effects on anti-doping*, Performance Enhancement & Health, Volume 8 Issue 4 (February 2021), pp. 2-27.

เดียวกันทั่วโลก หรือ “one-size-fits-all”⁴⁵ ซึ่งความจริงแล้วเป้าหมายการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายควรปฏิบัติได้ทั้งแนวทางแบบรวมศูนย์และแนวทางเฉพาะตัวตามกฎหมายภายใน⁴⁶

นอกจากนี้ WADA กำหนดให้ NADO รายงานการประเมินที่มีรายละเอียดเพิ่มขึ้นจนอาจกลายเป็นภาระความรับผิดชอบนอกเหนือจากกิจกรรมปกติ ขั้นตอนเหล่านี้หากได้รับการประเมินในเชิงบวกจะส่งผลดีต่อภาพลักษณ์หรือโอกาสการดำรงตำแหน่งในคณะกรรมการ WADA แต่ในทางกลับกันหากไม่สามารถปฏิบัติตามได้ครบถ้วนจะได้รับการระบุว่าเป็นผู้ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดและส่งผลกระทบต่อตามมาหลายประการ

5. ผลกระทบที่ตามมาจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายและมาตรฐานสากล

ประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกมีกลไกการตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อกำหนดซึ่งระบุไว้ในข้อ 24.1-2 ของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 กำหนดให้ WADA เป็นผู้ตรวจสอบการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล โดยดำเนินการผ่านมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายของผู้ลงนาม (International Standards for Code Compliance by Signatories: ISCCS) สำคัญของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายของผู้ลงนามปี 2021 ประกอบด้วยสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่งกล่าวถึงบทบัญญัติและคำจำกัดความ ส่วนที่สองกล่าวถึงมาตรฐานสำหรับการตรวจสอบและการบังคับใช้ ซึ่งผลกระทบที่ตามมาจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 และมาตรฐานสากลนั้นได้สร้างผลกระทบทั้งโดยตรงและผลกระทบโดยอ้อมต่อผู้ลงนาม ดังนี้

5.1 ผลกระทบโดยตรงจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล 2021

5.1.1 ผลกระทบโดยตรงต่อบุคคล

ผลกระทบโดยตรงต่อบุคคลที่ละเมิดกฎการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาตามข้อ 2.1 ถึงข้อ 2.11 ของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ครอบคลุมถึงนักกีฬา ทีมกีฬาและ/หรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับนักกีฬา การละเมิดในฐานะผู้ใช้สารและ

⁴⁵ Ibid., pp. 12-13.

⁴⁶ Ibid., p. 10.

ใช้วิธีการต้องห้าม รวมถึงการครอบครองและการขาย การสมรู้ร่วมคิด การช่วยเหลือและการส่งเสริม ส่วนบทลงโทษจากการละเมิดกฎการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาของบุคคลตามข้อ 10 และข้อ 11 ของประมวลกฎหมาย ซึ่งระบุบทลงโทษตั้งแต่การตัดสิทธิ์การแข่งขัน การยกเลิกผลการแข่งขัน การตัดคะแนนสะสม การริบเหรียญรางวัล เงินรางวัล และ/หรือของรางวัล ส่วนผลกระทบต่อนักกีฬาเมื่อมีสมาชิกในทีมหนึ่งคนหรือมากกว่าละเมิดกฎต่อต้านการใช้สารต้องห้ามจะได้รับบทลงโทษตามข้อ 10 และข้อ 11 ของประมวลกฎหมาย แล้วยังได้รับบทลงโทษเพิ่มเติมจากข้อบังคับของสมาคมสหพันธ์กีฬานานาชาติอีกด้วย

5.1.2 ผลกระทบโดยตรงต่อหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติ

ผลกระทบโดยตรงต่อหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลระบุไว้ในส่วนที่ 4 ข้อ 9 ข้อ 10 ภาคผนวก A และภาคผนวก B ของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม (International Standards for Code Compliance by Signatories: ISCCS) ซึ่ง WADA จะเผยแพร่รายชื่อหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามแห่งชาติที่ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลในด้านต่าง ๆ ในเว็บไซต์ของ WADA โดยแบ่งเป็น (1) กลุ่มเป้าหมายที่ไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายและมาตรฐานสากล และ (2) กลุ่มที่ไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายและมาตรฐานสากลและบังคับใช้ผลที่ตามมาตามข้อ 9 ข้อ 10 ข้อ 11 และภาคผนวก A และภาคผนวก B ของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม ดังนี้

(1) *กลุ่มเป้าหมายจากการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากล*

ตามข้อ 8.2.2 ของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย ของผู้ลงนาม ระบุว่าเมื่อ WADA แจ้งต่อผู้ลงนามที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลแล้วจะให้โอกาสผู้ลงนามเสนอรายงานแผนปฏิบัติการแก้ไขและขั้นตอนดำเนินการให้เป็นไปตามข้อกำหนดภายในระยะเวลาไม่เกิน 3 เดือน 6 เดือน และ 9 เดือน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับประเภทความสำคัญของข้อกำหนดนั้น ๆ หากผู้ลงนามไม่สามารถดำเนินการแก้ไขให้แล้วเสร็จตามกรอบเวลาข้างต้นผู้ลงนามสามารถชี้แจงแก่ WADA ซึ่งอาจ

ได้รับพิจารณาขยายเวลาออกไปอีกไม่เกิน 3 เดือน โดยขั้นตอนดังกล่าวนี้ WADA จะเผยแพร่รายชื่อผู้ลงนามเป็นกลุ่มเผื่อระวังในเว็บไซต์ของ WADA ทั้งนี้หากผู้ลงนามแก้ไขตามกรอบเวลาดังกล่าวจะไม่ได้รับผลกระทบจากข้อกำหนดในมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม

(2) กลุ่มที่ไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกและมาตรฐานสากลและบังคับใช้ผลที่ตามมาข้อ 10 ข้อ 11 และภาคผนวก A และภาคผนวก B ของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม

ตัวอย่างกรณีหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาไทย เมื่อ 14 กันยายน 2564 WADA ยืนยันว่าสำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา (Doping Control Agency of Thailand: DCAT) ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021⁴⁷ เรื่องกฎหมายภายในไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก 2021 ในกรณีความเป็นอิสระของหน่วยงานและการบังคับใช้กฎหมาย รวมถึงต้องดำเนินการแก้ไขการตรวจหาสารต้องห้าม 2 รายการตามข้อกำหนดมาตรฐานสากลว่าด้วยการตรวจหาสารต้องห้ามและการสอบสวน ซึ่งการยืนยันการไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผลที่ตามมาในข้อ 10 ข้อ 11 และภาคผนวก B.3.1 (a)(d)(e) ของมาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกของผู้ลงนาม ดังนี้

สำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา (DCAT) จะถูกตัดสิทธิของ WADA จนกว่าจะมีการคืนสถานะ กล่าวคือ (1) ผู้แทนของสำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬาจะไม่มีสิทธิดำรงตำแหน่งใด ๆ ของ WADA หรือตำแหน่งใด ๆ ในฐานะสมาชิกของคณะกรรมการหรือในหน่วยงานอื่น ๆ (2) สำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬาจะไม่มีสิทธิเป็นเจ้าของภาพจัดกิจกรรมใด ๆ หรือจัด หรือร่วมจัดใด ๆ ที่องค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกอนุญาต และจะไม่ได้รับเงินทุนใด ๆ จากองค์กรต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม) ที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนากิจกรรมหรือการมีส่วนร่วมในโครงการกิจกรรมต่าง ๆ (3) ตัวแทนของสำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา

⁴⁷ WADA, *Confirms non-compliance of five Anti-Doping Organizations* [Online], 7 October 2021. Source: <https://www.wada-ama.org/en/news/wada-confirms-non-compliance-five-anti-doping-organizations>.

จะไม่มีสิทธิเข้าร่วมในหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก หรือกิจกรรมอื่น ๆ ของหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก และ (4) สำนักงานควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา จะไม่ได้รับเงินอุดหนุนใด ๆ จากหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก (ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม) ที่เกี่ยวข้องกับภารกิจเฉพาะหรือการมีส่วนร่วมในโครงการกิจกรรมต่าง ๆ

ประเทศไทยอาจไม่ได้รับสิทธิเป็นเจ้าของภาพการแข่งขันชิงแชมป์ระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับทวีป หรือมหกรรมกีฬาสำคัญ (นอกเหนือจากการแข่งขันโอลิมปิกและพาราลิมปิก) และธงชาติไทยอาจถูกระงับการใช้ในงานแข่งขันชิงแชมป์ระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับทวีป หรือมหกรรมกีฬาสำคัญ (นอกเหนือจากการแข่งขันโอลิมปิกและพาราลิมปิก)

อย่างไรก็ตาม ภายหลังการออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา พ.ศ. 2555 พ.ศ. 2564 ส่งผลให้ประเทศไทยได้คืนสถานะเมื่อ 3 กุมภาพันธ์ 2565

5.1.3 ผลกระทบโดยตรงต่อรัฐ

การปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐ กล่าวคือ แนวปฏิบัติในการตีความสนธิสัญญาในบางกรณีพบว่ากฎหมายขอพลว้นั้นอาจต้องนำมาพิจารณาเพื่อตีความขอบเขตภาระผูกพันตามสนธิสัญญา โดยหลักการดังกล่าวจะเห็นได้จากมาตรา 31 ภายใต้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการดังกล่าวกับอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา ค.ศ. 2005 จะเห็นว่าวัตถุประสงค์หลักของอนุสัญญาฯ ก็เพื่อการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬาโดยได้มีการบัญญัติให้รัฐภาคีจะต้องนำหลักการของประมวลกฎหมายไปปฏิบัติตาม ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมายจะมีได้เป็นกฎหมายฮาร์ดลอว์ เนื่องจากมิได้มีการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของอนุสัญญาฯ ตามนัยของมาตรา 4 วรรคสอง อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายย่อมมีความเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาฯ เพื่อให้รัฐภาคีดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ดังนั้น ในการตีความอนุสัญญาฯ จึงต้องมีการนำประมวลกฎหมาย มาใช้ในการตีความควบคู่ไปกับอนุสัญญาฯ ตามมาตรา 31 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เมื่อเป็นเช่นนี้การไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย จึงอาจนำมาซึ่งการที่รัฐภาคีอาจจะต้องรับผิดชอบในทางกฎหมายระหว่างประเทศตามอนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางการกีฬา ค.ศ. 2005 จึงเห็นได้ว่าแม้ประมวลกฎหมาย จะมีได้มีผลกระทบโดยตรงต่อรัฐ แต่อาจมีผลกระทบต่อรัฐผ่านการตีความตามอนุสัญญาฯ

ซึ่งหากมิได้ปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ย่อมส่งผลให้รัฐนั้นได้รับบทลงโทษ กล่าวคือ ในการตรวจประเมินการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ นั้นจะมีการประเมินในทุก ๆ สองปี โดยรัฐภาคีจะต้องชี้แจงการปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ในหัวข้อต่าง ๆ ซึ่งมีการบัญญัติไว้อย่างครบถ้วน โดยหากรัฐภาคีใดได้รับการประเมินที่ต่ำกว่าร้อยละ 60 ย่อมถือได้ว่ารัฐภาคีนั้นมิได้ปฏิบัติตามอนุสัญญาฯ ซึ่งหนึ่งในหัวข้อการประเมินได้รวมถึงการที่รัฐซึ่งจะต้องนำหลักการของประมวลกฎหมายฯ ไปปรับใช้ภายในรัฐของตน ซึ่งรายงานการประชุมภาคีภายใต้อนุสัญญาฯ ครั้งที่ 8 ระหว่างวันที่ 26-28 ตุลาคม 2021 พบว่ามีรัฐภาคีที่ปฏิบัติไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาฯ จำนวน 28 รัฐ⁴⁸

5.2 ผลกระทบโดยอ้อมจากการปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกในมิติอื่น

ผลกระทบทางสังคมในระดับบุคคลซึ่งรวมถึงการสูญเสียรายได้ การยกเลิกสัญญาสนับสนุนทางการค้าและการสูญเสียชื่อเสียงทางสังคมเหล่านี้นับว่าเป็นผลกระทบที่ร้ายแรงต่อนักกีฬา⁴⁹ ในขณะที่ผลกระทบในระดับชาติย่อมส่งผลในวงกว้างต่อชื่อเสียงประเทศ ภาพลักษณ์ทางสังคมและการสูญเสียประโยชน์อื่นในอุตสาหกรรมกีฬา⁵⁰ จากรายชื่อหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาแห่งชาติที่ไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายฯ และมาตรฐานสากลระหว่างปี 2015-2021 ซึ่งได้รับผลกระทบที่ตามมาหลายประเทศ เช่น

(ก) กรณีรัสเซียได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจและประโยชน์อื่นของอุตสาหกรรมกีฬาอย่างมาก เนื่องจากข้อ 9 ข้อ 10 ข้อ 11 ภาคผนวก A และภาคผนวก B ของ ISCCS ระบุให้รัสเซียไม่อาจเป็นเจ้าภาพ หรือรับเป็นเจ้าภาพ หรือเสนอตนเป็นเจ้าภาพกีฬาโอลิมปิก พาราลิมปิก

⁴⁸ Unesco, *Status of Ratification of Conventions and Agreements* [Online], 17 October 2021. Source: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention/states-parties>

⁴⁹ Huybers and others, *What would Kim Do: A Choice Study of Projected Athlete Doping Considerations* [Online], 15 March 2022. Source: <https://www.researchgate.net/publication/286394673>

⁵⁰ Blank Cornelia and others, *Doping Sanctions in Sport : Knowledge and Perception of Legal Consequences of Doping - An Explorative Study in Austria* [Online], 20 March 2022. Source: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/258706/1/jrfm-14-00603.pdf>

และรายการกีฬาสำคัญเป็นเวลา 4 ปี รวมถึงการแข่งขันกีฬาโอลิมปิก พาราลิมปิก ปี 2032 แม้จะอยู่นอกกรอบเวลาของผลที่ตามมา และกิจกรรมกีฬาที่จัดสรรให้รัสเซียเป็นเจ้าภาพแล้ว จะต้องได้รับการจัดสรรใหม่ เว้นแต่มีข้อจำกัดตามกฎหมายอื่น สืบเนื่องจากผลกระทบดังกล่าว รายการกีฬาที่รัสเซียถูกระงับการเป็นเจ้าภาพระหว่างปี 2021-2024 ได้แก่ รายการแข่งขัน โมโตจีพี F1 การแข่งขันกีฬาปืนเขานานาชาติชิงแชมป์โลก ครั้งที่ 53 ธันวาคม 2022 รายการ The International Shooting Sport Federation 2022 รายการ FIFA Beach Soccer 2022 รายการ World Men Volleyball Championship 2022 รายการ World Wrestling Championship 2002 รายการ United World Wrestling 2023 รวมถึงลิขสิทธิ์การถ่ายทอด และสัญญาผู้สนับสนุนการจัดการแข่งขัน

(ข) กรณีประเทศไทยได้รับผลกระทบด้านสังคม ชื่อเสียงภาพลักษณ์ของประเทศ และการพัฒนากีฬาไทยตามแผนยุทธศาสตร์การกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2564-2570⁵¹ ที่มุ่งสร้างความภาคภูมิใจ ความสามัคคีให้กับคนในชาติ สร้างความเชื่อมั่นและเพื่อใช้เป็นแผนกระตุ้นเศรษฐกิจด้วยการสนับสนุนการจัดการแข่งขันกีฬาระดับชาติและนานาชาติอย่างต่อเนื่อง เช่น การเสนอตัวเป็นเจ้าภาพการจัดการแข่งขันกีฬายุทธโอลิมปิกเกมส์ ครั้งที่ 5 ปี 2569 นโยบายผลักดันให้เป็นศูนย์กลางกีฬาของอาเซียนหรือเอเชียสปอร์ตฮับ รวมทั้งการพัฒนาเมืองกีฬาสปอร์ตซิตีให้มีความสำเร็จและยั่งยืนตามร่างแผนพัฒนาการกีฬาแห่งชาติ ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2563-2565) ฉบับปรับปรุง ได้แสดงแนวทางที่ 1 (3) ว่าด้วยการส่งเสริมการแข่งขันในระดับนานาชาติและส่งเสริมและสร้างโอกาสการเข้าร่วมแข่งขันกีฬาในทุกระดับ รวมถึงแผนยุทธศาสตร์ที่ 4 มุ่งพัฒนาอุตสาหกรรมกีฬาเพื่อเป็นส่วนสำคัญในการสร้างมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ รวมถึงกรอบแผนปฏิบัติการและแผนการใช้จ่ายงบประมาณ ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2564-2570 ของการกีฬาแห่งประเทศไทย

ส่วนผลกระทบด้านเศรษฐกิจและประโยชน์อื่นในอุตสาหกรรมกีฬาไทยซึ่งมีมูลค่าการตลาดมากกว่า 2 แสนล้านบาทและมีอัตราเติบโตอย่างน้อยร้อยละ 5 ต่อปี มูลค่าทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการจัดการแข่งขันกีฬาระดับต่าง ๆ สามารถสร้างเม็ดเงินสะพัดถึง

⁵¹ การกีฬาแห่งประเทศไทย กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, แผนยุทธศาสตร์การกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2564-2570 [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://www.sat.or.th>

67,663 ล้านบาท⁵² อุตสาหกรรมบริการกีฬาจึงมีส่วนสร้างรายได้ทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่อง เห็นได้จากจำนวนกลุ่มผู้ประกอบการทางธุรกิจกีฬาตั้งแต่ปี 2560 มีอัตราเพิ่มขึ้นต่อเนื่องทุกปี ดังนั้น หากไทยจะได้รับผลกระทบจากการไม่ได้รับสิทธิเป็นเจ้าภาพการแข่งขันชิงแชมป์ระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับทวีป หรือมหกรรมกีฬาสำคัญ และธงชาติไทยอาจถูกระงับการใช้งาน แข่งขันชิงแชมป์ระดับโลก ระดับภูมิภาค ระดับทวีป หรือมหกรรมกีฬาสำคัญ ย่อมส่งผลกระทบต่อ โดยอ้อมต่อเศรษฐกิจและประโยชน์อื่นในอุตสาหกรรมกีฬาไทย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

ประมวลกฎหมาย มีสถานะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศซอพลอร์หรือไม่นั้น โดยแนวคิดของ Abbott และคณะได้แยกมิติสถานะความเป็นกฎหมายระหว่างประเทศไว้สามมิติ ได้แก่ ภาระผูกพัน (Bindingness) ความแม่นยำ (Precision) และการมอบหมาย (Delegation) รวมถึงดุลพินิจการนำไปปฏิบัติตามข้อกำหนด (Implementation Discretion) แนวคิดนี้อธิบายว่าขอบเขตของกฎหมายซอพลอร์จะเริ่มขึ้นเมื่อสถานะตราสารทางกฎหมายถูกทำให้ลดลงตั้งแต่หนึ่งมิติขึ้นไป

(1) ประเด็นภาระผูกพันทางกฎหมายของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลก เห็นว่าการระบุให้ประมวลกฎหมาย เป็นภาคผนวกตามมาตรา 4 วรรคสอง ภายใต้อนุสัญญานั้น ส่งผลให้ประมวลกฎหมาย ไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายและไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคีนั้น จึงเห็นว่าประมวลกฎหมาย มีสถานะเป็นกฎหมายซอพลอร์

(2) ประเด็นระดับความแม่นยำ ความกำกวมของถ้อยคำที่กำหนดภาระผูกพันในสนธิสัญญา ประเด็นนี้อนุสัญญานี้ ระบุให้ประมวลกฎหมาย เป็นภาคผนวกในมาตรา 4 วรรคสอง ซึ่งไม่มีค่าบังคับทางกฎหมายและไม่มีข้อผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐภาคี ประมวลกฎหมาย จึงมีสถานะเป็นกฎหมายซอพลอร์ ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา แห่งชาติมีภาระผูกพันในฐานะผู้ลงนามกับประมวลกฎหมาย ตามข้อ 20 ของประมวลกฎหมาย

⁵² สำนักงานปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, โครงการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจการกีฬาของประเทศไทย ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2562-2564) [ออนไลน์], 5 ตุลาคม 2564. แหล่งที่มา: <https://secretary.mots.go.th/>

(3) ประเด็นระดับดุลพินิจการปฏิบัติตามข้อตกลง ความเกี่ยวข้องทางกฎหมายภายใต้ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 กำหนด กรอบการทำงานร่วมกันของภาคีเพื่อต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬามาตรา 3(a) มาตรา 5 มาตรา 7 และมาตรา 14 ภายใต้อนุสัญญาฯ เพื่อให้แน่ใจว่าการดำเนินการเป็นไปอย่างมี ประสิทธิภาพ รัฐภาคีให้คำมั่นว่าจะยอมรับหลักการประมวลกฎหมาย และร่วมมือโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กับ WADA ในการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งในระดับชาติและระดับสากล โดยสรุปแล้ว รัฐภาคีปฏิบัติตามข้อตกลงภายใต้อนุสัญญาฯ ขณะที่องค์กรกีฬาระหว่างประเทศและหน่วยงาน ต่อต้านการใช้สารต้องห้ามแห่งชาติปฏิบัติตามข้อตกลงของประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สาร ต้องห้ามโลก

(4) ประเด็นระดับการมอบหมายให้บุคคลที่สามดำเนินการตรวจสอบการปฏิบัติตาม ข้อกำหนดและการระงับข้อพิพาท ในกรณีนี้รัฐภาคีผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศกับ อนุสัญญาต่อต้านการใช้สารต้องห้ามทางกีฬา ค.ศ. 2005 ในขณะที่ประมวลกฎหมาย ระเบียบวิธีระงับ ข้อพิพาทในข้อ 13.2 ถึงข้อ 13.4 และการอุทธรณ์ต่ออนุญาโตตุลาการกีฬา ดังนี้ (1) การ อุทธรณ์เกี่ยวกับการละเมิดประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้าม และ/หรือผลที่ตามมา และ/ หรือการระงับสิทธิชั่วคราวจากคำตัดสินของผู้มีอำนาจหน้าที่ การอุทธรณ์ที่เกี่ยวกับนักกีฬา ระดับนานาชาติหรือเหตุการณ์ระดับนานาชาติ และการอุทธรณ์ที่เกี่ยวข้องกับนักกีฬาอื่น หรือบุคคลอื่น (2) การอุทธรณ์เกี่ยวกับการไม่ปฏิบัติตามประมวลกฎหมายและมาตรฐานสากล ตามข้อ 24.1.6 ถึงข้อ 24.1.12 ของประมวลกฎหมาย กรณีผู้ลงนามประสงค์จะโต้แย้งข้อกล่าวหา ของ WADA เรื่องการไม่ปฏิบัติตามและ/หรือผลที่ตามมา และ/หรือการคืนสถานะตามเงื่อนไข ต่อศาลอนุญาโตตุลาการกีฬา ดังนั้น จึงเห็นว่าประมวลกฎหมาย มีสถานะเป็นกฎหมายซอพลอร์ เนื่องจากขาดมิติในส่วนของการผูกพันกับรัฐภาคี

นอกจากนี้ในส่วนของการประมวลกฎหมาย ในฐานะของจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้น เห็นว่าประมวลกฎหมาย มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เฉพาะเรื่อง หรือ *lex ferenda* เนื่องจากขาดมิติ ในเรื่องแนวทางปฏิบัติของรัฐที่สม่าเสมอจากเหตุที่ประมวลกฎหมาย นั้นมีการปรับปรุงข้อกำหนด อยู่เป็นประจำ ดังนั้น เนื้อหาที่ต้องเปลี่ยนแปลงเป็นประจำจึงเหมาะสมกับบริบทของการเป็น กฎหมายซอพลอร์มากกว่าที่จะเป็นกฎหมายฮาร์ดลอว์ หรือ *lex lata*

หากนำเรื่องการตีความสนธิสัญญาตามข้อบทแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาพิจารณาจะพบว่าหลักทั่วไปเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา

ตามมาตรา 31 การตีความตัวบทหรือบริบทของสนธิสัญญาต้องกระทำโดยสุจริต ต้องคำนึงถึง ถ้อยคำปกติในบริบท 5 ประการ กล่าวคือ ตัวบทของสนธิสัญญา (Text) อาร์มบท (Preamble) ภาคผนวก (Annexes) ความตกลงที่แสดงเจตนาชัดเจน รวมถึงตราสารใด ๆ ที่ได้รับการยอมรับ จากภาคีของสนธิสัญญา การคำนึงถึงความมุ่งประสงค์ที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา ความหมายพิเศษ ที่ระบุไว้ชัดแจ้งในสนธิสัญญา ซึ่งหากพิจารณาประเด็นการตีความดังกล่าวข้างต้นจะพบว่า ประมวลกฎหมาย เป็นเครื่องมือสำคัญที่จะทำให้รัฐภาคีปฏิบัติเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ อีกทั้งในอนุสัญญาฯ ได้มีการบัญญัติถ้อยคำในลักษณะที่ว่ารัฐภาคีจะต้องนำหลักการของ ประมวลกฎหมาย นำไปบังคับใช้ ดังนั้น แม้ประมวลกฎหมาย มิได้สร้างภาระผูกพันในทางกฎหมาย ระหว่างประเทศกับรัฐภาคีตามมาตรา 4 ววรรค 2 อย่างไรก็ตามในการตีความอนุสัญญาฯ ก็ยังคง ต้องตีความควบคู่ไปกับประมวลกฎหมาย เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และเพื่อให้ผลลัพธ์ของ อนุสัญญาฯ นั้นสมเหตุสมผลตามมาตรา 31 ของอนุสัญญาฯ กรุงเวียนนว่าด้วยกฎหมาย สนธิสัญญา ประมวลกฎหมาย จึงเป็นซอฟต์แวร์ที่มีความเกี่ยวข้องที่จะต้องนำมาตีความควบคู่กับ อนุสัญญาฯ

6.2 ข้อเสนอแนะ

เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายต่อต้านการใช้สารต้องห้ามโลกในบริบทของกฎหมายซอฟต์แวร์ มีกลไกการตรวจสอบการปฏิบัติตามในข้อ 23.1.1 และข้อ 24.1.2 ของประมวลกฎหมาย และ มาตรฐานสากลว่าด้วยการปฏิบัติตามประมวลกฎหมาย ของผู้ลงนาม (ISCCS) 2021 ซึ่งอาจสร้าง ผลกระทบต่อผู้ลงนามทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และประโยชน์อื่นในอุตสาหกรรมกีฬา สำหรับ ประเทศไทยซึ่งเป็นหนึ่งในกรณีปฏิบัติไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมาย 2021 ได้ดำเนินการ แก้ไขด้วยการออกพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติควบคุมการใช้สารต้องห้าม ทางกีฬา พ.ศ. 2555 พ.ศ. 2564 จนได้รับการคืนสถานะเมื่อ กุมภาพันธ์ 2565

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังมีบางประเด็นที่ควรปรับปรุง แก้ไขเพิ่มเติม เช่น (1) มาตรา 18 ความเป็นอิสระของสำนักควบคุมการใช้สารต้องห้ามทางกีฬาของไทย โดย เปรียบเทียบกับสถานะของหน่วยงานต่อต้านการใช้สารต้องห้ามของประเทศอื่น ๆ และ (2) กรณีปรับเปลี่ยนวิธีสำหรับนักกีฬาผู้เยาว์และนักกีฬาผู้ทุพพลภาพให้สอดคล้องกับ มาตรฐานสากลว่าด้วยการตรวจหาสารต้องห้ามและการสอบสวน (International Standard for Testing and Investigation: ISTI Part 1 (3.1) และ ANNEX B (B1-B3) ซึ่งประเด็น

เหล่านี้ยังเกี่ยวข้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กและอนุสัญญาคนพิการ ทั้งนี้เพื่อเป็นการ
ป้องกันผลกระทบที่จะตามมาภายหลัง

บรรณานุกรม

- การกีฬาแห่งประเทศไทย กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, **แผนยุทธศาสตร์การกีฬาแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2564-2570** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://www.sat.or.th>
- สำนักงานปลัดกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, **โครงการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจการกีฬาของประเทศไทย ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2562-2564)** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://secretary.mots.go.th>
- A. E. Boyle, **Some reflections on the relationship of treaties and soft law** [Online], Source: <https://www.cambridge.org/core/journals/international>
- Anna di Robilant, **Genealogies of soft law**, American Journal of Comparative Law, Volume 54 Issue 3 (Summer 2006).
- Andrew T. Guzman and Timothy Meyer, **International Soft Law**, Journal of Legal Analysis, Volume 2 Issue 1 (Spring 2010).
- Arif Ahmed and Jahid Mustofa, **Role of soft law in environmental protection: an overview**, Global Journal of Politics and Law Research, Volume 4 No. 2 (Winter 2004).
- Armin Von Bogdandy and others, **Legal Instruments in European Union Law and their Reform: A Systematic Approach on an Empirical Basis**, Yearbook of European Law, Volume 23 Issue 1 (2004).
- B. Patricia and others, **International law and the environment** [Online], Source: https://www.academia.edu/11531492/International_Environmental_Law
- Blank Cornelia and others, **Doping Sanctions in Sport: Knowledge and Perception of Legal Consequences of Doping - An Explorative Study in Austria** [Online], Source: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/258706/1/jrfm-14-00603.pdf>
- Claude Rouiller, **Legal Opinion** [Online], Source: <https://vdocuments.net/legal-opinion>

- D. L. Shelton, **Soft law**, George Washington University Law School working paper No. 322, (2008).

- Elise Parham, **Australia and the World Anti-Doping Code 1999–2008** [Online], Source: <https://www.wadaama.org/sites/default/files/resources/files/>

- Huybers and others, **What would Kim Do: A Choice Study of Projected Athlete Doping Considerations** [Online], Source: <https://www.researchgate.net/publication/286394673>

- International Maritime Organization: IMO, **Guidelines for ships operating in polar waters** [Online], Source: <https://www.imo.org>

- Jiang, Lili, **An evaluation of soft law as a method for regulating public procurement from a trade perspective**, PhD thesis University of Nottingham, (2009).

- Jonathan Baert Wiener, **Global Environmental Regulation: Instrument Choice in legal Context**, Yale Law Journal, Volume 108 (1999).

- Joost Pauwelyn and others, **When Structures Become Shackles: Stagnation and Dynamics in International Lawmaking**, European Journal of International Law, Volume 25 Issue 3 (2014).

- Julie Demeslay, **Power relationships between the World Anti-Doping and National Anti-Doping Agencies and their effects on anti-doping**, Performance Enhancement & Health, Volume 8 Issue 4 (February 2021).

- Karl-Heinz Ladeur and Hamburg Bremen, **The Emergence of Global Administrative Law and Transnational** [Online], Source: <https://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Ladeur>

- Kenneth W. Abbott and others, **The Concept of Legalization** [Online], Source: <https://www.princeton.edu/~amoravcs/library/concept.pdf>

- Paul David, **A Guide to the World Anti-Doping Code** [Online], Source: <https://www.cambridge.org/core/books/abs/guide-to-the-world-antidoping-code/>

- Publication Office of the European Union, **Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council** [Online], Source: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/>

- Senden, Linda A. J., **Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?**, Electronic Journal of Comparative Law, Volume 9 Issue 1 (January 2005).

- The European Union Law, **Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 ('Cassis de Dijon')** [Online], Source: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

- United Nations, **Vienna Convention on the Law of Treaties 1969** [Online], Source: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf

- UNESCO, **List of States Parties and Territories Deemed Compliant and non-compliant for 2020-2021** [Online], Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380141>

- UNESCO, **A National Strategy for Establishing National Anti-Doping Organization** [Online], Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000380473>

- UNESCO, **International Convention Against Doping in Sport 2005** [Online], Source: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention>

- UNESCO, **Final Report on the preparation of the International Convention against Doping in Sport** [Online], Source: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pdf0000152395>

- UNESCO, **Status of Ratification of Conventions and Agreements** [Online], Source: <https://en.unesco.org/themes/sport-and-anti-doping/convention/states-parties>

- World Anti-Doping Agency, **Compliance and Non-Compliance Annual Report 2019-2020** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org/en/resources/compliance-annual-report>

- World Anti-Doping Agency, **Constitutive Instrument of Foundation of the World Anti-Doping Agency 1999** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/>

- World Conference on Doping in Sport, **Lausanne Declaration on Doping in Sport 1999** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/lausanne>

- World Anti-Doping Agency, **Wada Issues Guidance Note to Signatories Regarding Implementation of Non-Compliance Consequences Concerning NADOs of Indonesia, North Korea and Thailand** [Online], Source: <https://www.dcat.in.th/en/news/-wada-confirms-non-2>

- World Anti-Doping Agency, **World Anti-Doping Code 2021** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/>

- World Conference on Doping in Sport, **The Copenhagen Declaration on Anti-Doping in Sport, 2003** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/>

- World Anti-Doping Agency, **Report Signatories previously declared non-compliant and subsequently reinstated** [Online], Source: <https://www.wada-ama.org>

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ภาคต่อ)*

Juvenile Justice (Part 2)

ภรณี เกราะแก้ว**

ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวจังหวัดนครศรีธรรมราช สำนักงานศาลยุติธรรม

Poranee Krawkeo

Judge of the Nakhon Si Thammarat Juvenile and Family Court of Justice

วันที่รับบทความ 31 ตุลาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 10 พฤศจิกายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 14 พฤศจิกายน 2565

* ภาคต่อจากบทความนักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer) เรื่อง “กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ตอนที่ 1)” วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (กรกฎาคม - ธันวาคม 2565) หน้า 201-232

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา; อีเมลติดต่อ k.poraneelaw1994@gmail.com

บทคัดย่อ

มีผู้เคยกล่าวว่า “การลดการกระทำผิดซ้ำเป็นเป้าหมายหลักของกระบวนยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชน” (*Reducing recidivism is a central goal of the juvenile justice system*)¹ นอกจากการมีกฎหมายพิเศษเพื่อคุ้มครองเด็กและเยาวชนในกระบวนยุติธรรมทางอาญาอย่างพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 แล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวยังออกแบบให้มีมาตรการพิเศษหลากหลายรูปแบบเพื่อแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันไม่ให้เกิดหรือเยาวชนที่ต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาหวนกลับไปกระทำผิดซ้ำโดยมีหน่วยงานในกระบวนยุติธรรมหลายฝ่ายเป็นกลไกสำคัญในฐานะผู้ปฏิบัติงานที่ช่วยกันขับเคลื่อนและผลักดันให้เจตนาของพระราชบัญญัติดังกล่าวสัมฤทธิ์ผลเป็นรูปธรรม บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับมาตรการพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้ว่ามีรูปแบบ ขั้นตอน และวิธีการอย่างไร แตกต่างจากการดำเนินคดีอาญาตามปกติที่มุ่งเน้นการหาตัวผู้กระทำผิดแล้วนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อรับโทษตามกฎหมายหรือไม่ เด็กหรือเยาวชนนั้นจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูและป้องกันไม่ให้เกิดซ้ำด้วยกลไกหรือวิธีใด ซึ่งผลลัพธ์หรือประสิทธิผลของมาตรการพิเศษเหล่านั้นจากข้อมูลเชิงสถิติสะท้อนให้เห็นว่ามีส่วนช่วยป้องกันไม่ให้เกิดและเยาวชนหวนกลับมากระทำผิดซ้ำได้จริง แต่ลำพังหน่วยงานต่าง ๆ ในกระบวนยุติธรรมย่อมไม่อาจทำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นได้รับการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูได้อย่างแท้จริง ย่อมต้องอาศัยความร่วมมือที่เข้มแข็งจากสถาบันครอบครัวและชุมชนควบคู่กันไปด้วย

คำสำคัญ: การกระทำผิดของเด็กและเยาวชน; การเบี่ยงเบนคดี; การแก้ไขบำบัดฟื้นฟู; การกระทำผิดซ้ำ

¹ Kristin Parsons Winokur and others, *Juvenile Recidivism and Length of Stay* [Online], 17 September 2022. Source: <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/juvenile-recidivism-and-length-stay>

Abstract

It has been said that “*Reducing recidivism is a central goal of the juvenile justice system*”. In addition to the special law giving protection to juvenile in criminal justice such as the Juvenile and Family Court and Juvenile and Family Procedure Act B.E.2553, this Act has been designed to have a variety of measures for rehabilitation as well as prevention of juvenile recidivism for those who enter the criminal justice. There are different organizations in the process of judgement who are an important mechanism in pushing and mobilizing so that the intent of this Act is substantially achieved. This article is aimed to disseminate knowledge on different special measures, their forms, procedures and methodology which are distinctive from a normal criminal prosecution, focusing on identifying the culprits and bring them to criminal justice whether for punishment or not. These juveniles will be treated, rehabilitated and prevented from recidivism by the efficiency of a certain mechanism or methodology of those special measures. The statistical information reflects that those special measures truly help prevent recidivism in juveniles. The organizations in the criminal justice alone are unable to truly have those juveniles treated and rehabilitated. A strong collaboration from family and community institutions is needed.

Keywords: Juvenile Delinquency; Diversion; Rehabilitation; Recidivism

1. บทนำ

สืบเนื่องจากบทความฉบับก่อนที่ผู้เขียนได้บอกเล่าเรื่องราวผ่านบทความนักกฎหมายเล่าเรื่องในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 5 ฉบับที่ 2² ถึงกระบวนการยุติธรรมในคดีอาญาสำหรับเด็กและเยาวชนในประเทศไทยที่มีกฎหมายและศาลพิเศษอย่างศาลเยาวชนและครอบครัว (“ศาลเยาวชนฯ”) เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีอาญาที่เด็กและเยาวชนเป็นผู้กระทำความผิดโดยเฉพาะแยกต่างหากจากศาลผู้ใหญ่³ ในภาพรวมของกระบวนการตั้งแต่ชั้นพนักงานตำรวจตลอดจนชั้นศาลที่มีกระบวนการพิจารณาที่ไม่เคร่งครัด เช่น การแต่งกายของพนักงานอัยการ ที่ปรึกษาทนายความ ตลอดจนผู้พิพากษาที่จะไม่สวมชุดครุยเนติบัณฑิตหรือครุยตุลาการ ห้องพิจารณาคดีมีที่นั่งสำหรับผู้พิพากษาหรือบัลลังก์ศาล ที่นั่งสำหรับโจทก์ จำเลย และที่นั่งสำหรับพยานเหมือนห้องพิจารณาคดีในศาลผู้ใหญ่แต่บัลลังก์ศาลเยาวชนฯ จะใช้โต๊ะในระดับเสมอกันหรือสูงกว่าที่นั่งอื่นในห้องพิจารณาเพียงเล็กน้อยจึงให้ความรู้สึกใกล้ชิดกว่า⁴ ต่างจากในศาลผู้ใหญ่ที่บัลลังก์ศาลจะยกระดับสูงขึ้นต่างจากที่นั่งอื่นในห้องพิจารณาด้วยเหตุผลด้านจิตวิทยาและความปลอดภัยของผู้พิพากษา⁵ ซึ่งมีผู้อ่านจำนวนมากให้ความสนใจ ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสอันดีนี้บอกเล่าถึงกระบวนการถัดไปโดยมุ่งเน้นไปที่กระบวนการหลังฟ้องคดีหากเป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้ใหญ่เมื่อถูกฟ้องเป็นจำเลยแล้วคดีก็ต้องเข้าสู่ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามปกติที่มุ่งเน้นการหาตัวผู้กระทำความผิดแล้วนำตัวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อรับโทษตามกฎหมายหรือที่รู้จักกันในชื่อเป็นทางการว่า “กระบวนการยุติธรรม

² ภรณ์ เกราะแก้ว, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับเด็กและเยาวชน (ตอนที่ 1), วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปีที่ 5 ฉบับที่ 2 (ธันวาคม 2565).

³ หมายถึง ศาลยุติธรรมที่มีอำนาจพิจารณาคดีอาญาที่บุคคลอายุสิบแปดปีบริบูรณ์ขึ้นไปกระทำความผิด เช่น ศาลจังหวัดหรือศาลแขวง

⁴ iLaw, เรื่องของศาล: สัมผัสทางสายตา [ออนไลน์], 3 กันยายน 2565. แหล่งที่มา: <https://ilaw.or.th/node/3130>

⁵ ศาลจังหวัดเชียงใหม่, แผนบริหารความต่อเนื่อง (Businee Continuty Plans : BCP [ออนไลน์], 3 กันยายน 2565. แหล่งที่มา: <https://chkc.coj.go.th/th/file/get/file/2020072094c14c7e64b49bb3793c9dc22a8897f7133902.pdf>

ทางอาญากระแสหลัก” แต่ในกรณีนี้ผู้กระทำผิดเป็นเด็กและเยาวชนนั้นกฎหมาย⁶ให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจ⁷ ผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัว (“ผู้พิพากษา”) ที่พิจารณาคดีอาจใช้มาตรการพิเศษเพื่อ “เบี่ยงเบนคดี” (diversion) พาเด็กและเยาวชนออกไปจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญากระแสหลักแล้วใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา⁸ หรือมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดี⁹ โดยกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบางประการให้เด็กหรือเยาวชนนั้นปฏิบัติ มาตรการดังกล่าวที่มாதแทนการดำเนินคดีหรือพิพากษาลงโทษนี้เป็นผลสืบเนื่องจากแนวคิดในการดำเนินคดีอาญากับเด็กและเยาวชน¹⁰ ที่มุ่งเน้นการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชน ซึ่งหมายความว่า¹¹ มาตรการที่กำหนดเพื่อปรับเปลี่ยนพฤติกรรมหรือสนับสนุนเด็กหรือเยาวชนให้สามารถอยู่กับครอบครัวและชุมชนได้โดยปกติภายใต้เงื่อนไขควบคุมดูแลบางประการซึ่งรวมถึงเงื่อนไขเรื่องการบรรเทาความเสียหายแก่ผู้เสียหาย นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการหนึ่งที่สำคัญคือความต้องการที่จะไม่ให้เด็กหรือเยาวชนนั้นมีประวัติอาชญากรรมหรือประวัติกระทำผิดติดตัวจากการที่ศาลมีคำพิพากษาว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นกระทำผิด แม้เด็กหรือเยาวชนนั้นอาจไม่ต้องรับโทษเนื่องจากขณะกระทำผิดอายุยังไม่เกินสิบห้าปี¹² หรือต้องรับโทษจำคุกแต่ศาลอาจรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดลงโทษซึ่งผลลัพธ์คือเด็กหรือเยาวชนนั้นไม่ต้องไปรับโทษจำคุกในเรือนจำหรือทัณฑสถานก็ตามผลเสียอย่างหนึ่งของการมีคำพิพากษาคือเด็กหรือเยาวชนนั้นจะต้องมีประวัติการกระทำผิด

⁶ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 (พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ) มาตรา 119

⁷ โดยความเห็นชอบของพนักงานอัยการและผู้พิพากษาศาลเยาวชนฯ ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 86

⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 86 และมาตรา 90

⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 132

¹⁰ สหรัฐ กิติ ศุภการ, **หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563), หน้า 175.

¹¹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 5

¹² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74

ติดในทะเบียนประวัติอาชญากรทำให้อาจมีข้อจำกัดในการประกอบอาชีพบางอย่าง¹³ ตลอดจนการดำเนินชีวิตต่อไปในอนาคต อนึ่ง แม้ว่าเด็กหรือเยาวชนที่เคยต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกอาจได้รับโอกาสล้างประวัติการถูกลงโทษหรือล้างไปซึ่งมลทิน (rehabilitation)¹⁴ หลังพ้นโทษด้วยการที่รัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายในรูปพระราชบัญญัติขึ้นมีผลเป็นการลบล้างการกระทำผิดหรือโทษและถือว่าผู้นั้นไม่เคยถูกลงโทษในความผิดนั้นมาก่อนซึ่งถือเป็นการแก้ไขปรับปรุงผู้กระทำผิดวิธีหนึ่ง¹⁵ ก็ตาม แต่การล้างมลทินในประเทศไทยนั้นมีเหตุผลและแนวคิดที่ว่า การล้างมลทินเป็นการอภัยทานหรือความกรุณาของพระมหากษัตริย์¹⁶ หรือของรัฐโดยฝ่ายนิติบัญญัติที่ให้แกผู้กระทำผิดเป็นครั้งคราวเนื่องใน “โอกาสสำคัญ” เช่น พระราชบัญญัติล้างมลทินในวโรกาสที่พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชมีพระชนมพรรษา 80 พรรษา พ.ศ. 2550 หรือ “เหตุการณ์สำคัญของบ้านเมือง” เช่น พระราชบัญญัติล้างมลทินในโอกาสสมโภชกรุงรัตนโกสินทร์ 200 ปี พ.ศ. 2526 เท่านั้น การจะตรากฎหมายจึงขึ้นอยู่กับพระประสงค์หรือความประสงค์ของรัฐขณะนั้น¹⁷ ประกอบในอดีตจนถึงปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายล้างมลทินเพียง 8 ฉบับ¹⁸ เท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นการที่ผู้กระทำผิดคนใดอาจได้รับการ

¹³ เช่น เป็นข้าราชการพลเรือนจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามอย่างหนึ่ง คือ ต้องไม่เคยเป็นผู้เคยต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเพราะกระทำความผิดทางอาญา เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 ข. (7)

¹⁴ ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการล้างมลทิน [ออนไลน์], 22 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/article77/filenew/10.1.pdf>

¹⁵ จุฬารัตน์ ยะปะนัน, นิรโทษกรรม พระราชทานอภัยโทษและการล้างมลทิน [ออนไลน์], 22 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: http://web.senate.go.th/lawdatacenter/includes/FCKeditor/upload/Image/b/K27_jun_3_2.pdf

¹⁶ ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการล้างมลทิน, หน้า 2.

¹⁷ เรื่องเดียวกัน

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา [ออนไลน์], 22 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: https://www.krisdika.go.th/web/guest/law?p_p_id=LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_javax.portlet.action=s

ล้างมลทินไม่ได้มีการนำปัจจัยเรื่องการประเมินความเสี่ยงในกระทำผิดซ้ำ หรือการประเมินว่าผู้นั้นจะสามารถแก้ไขปรับปรุงตัวเองได้หรือไม่¹⁹ การนำมาตรการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำผิดเพื่อป้องกันมิให้กระทำผิดซ้ำหรือมาตรการติดตาม เฝ้าระวังหลังพ้นโทษมาเป็นหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขประกอบการพิจารณาล้างมลทิน ต่างจากคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนกระทำผิดที่มีมาตรการในการแก้ไขฟื้นฟูหลังมีการกระทำผิดตั้งแต่ขั้นก่อนและหลังฟ้องตลอดไปถึงการติดตามช่วยเหลือเด็กหรือเยาวชนที่ผ่านกระบวนการยุติธรรมเพื่อประทับประคองและดูแลให้เด็กหรือเยาวชนนั้นสามารถกลับคืนสู่สังคมได้อย่างมีคุณภาพและไม่หวนกลับไปกระทำผิดซ้ำ ดังนั้น การให้โอกาสเด็กหรือเยาวชนได้แก้ไขฟื้นฟูด้วยมาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา หรือการพิพากษาคดีน่าจะทำให้เด็กหรือเยาวชนนั้นได้รับโอกาสแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและเตรียมความพร้อมกลับคืนสู่สังคมซึ่งต่อมาหากเด็กหรือเยาวชนนั้นสามารถปฏิบัติได้ครบถ้วน ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนก็จะมีคำสั่งยุติคดี²⁰ หรือจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ²¹ และเมื่อคดีถึงที่สุดเด็กหรือเยาวชนนั้นก็จะได้รับการลบประวัติจากทะเบียนประวัติอาชญากรของสำนักงานตำรวจแห่งชาติอันน่าจะเป็นผลดีแก่เด็กหรือเยาวชนมากกว่าการดำเนินคดีอาญาตามปกติและรอการได้รับประโยชน์จากการล้างมลทิน

บทความฉบับนี้ผู้เขียนจะได้พาผู้อ่านไปรู้จักกับมาตรการพิเศษต่าง ๆ เหล่านี้ที่กฎหมายกำหนดขึ้นว่าเป็นอย่างไร หากผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีใช้ดุลพินิจเบี่ยงเบนคดีด้วยการให้เด็กหรือเยาวชนนั้นเข้าสู่มาตรการพิเศษแล้วเด็กหรือเยาวชนนั้นจะได้รับการแก้ไขฟื้นฟูด้วยวิธีใด สถานพินิจคืออะไร ศูนย์ฝึกและอบรมคืออะไร ไซเรอานจำหรือทัศนสถานหรือไม่ และมาตรการพิเศษเหล่านี้มีประสิทธิภาพในการช่วยป้องกันไม่ให้เด็กและเยาวชนหวนกลับมากระทำผิดซ้ำ (recidivism) อันเป็นหัวใจและเป้าหมายหลักของกระบวนการยุติธรรมสำหรับเด็กและเยาวชนสำคัญได้หรือไม่ เพียงใด

electCharacterMenu&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_character=%E0%B8%A5&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_groupOfAct=byCharacter&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_lawTypeId=2&p_auth=uMAhevL2&p_p_lifecycle=0

¹⁹ ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการล้างมลทิน, หน้า 11.

²⁰ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 132

²¹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 90

2. ศาลเยาวชนและครอบครัวและหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้อง

2.1 รูปแบบและลักษณะพิเศษของศาลเยาวชนและครอบครัว

ศาลเยาวชนฯ เป็นศาลชั้นต้นในระบบศาลยุติธรรมประเภทศาลชำนาญพิเศษที่มีอำนาจพิจารณาคดีเฉพาะเรื่องซึ่งอาจมีแนวคิดต่างจากคดีแพ่งและคดีอาญา เช่น กฎหมายภาษีอากร กฎหมายแรงงาน กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ กฎหมายเด็กและเยาวชน เป็นต้น จึงมีความจำเป็นที่บุคลากรของศาลชำนาญพิเศษโดยเฉพาะผู้พิพากษาที่นอกจากจะต้องมีความรู้ในกฎหมายพิเศษเรื่องนั้นแล้ว ผู้พิพากษาในศาลเยาวชนฯ ยังต้องเป็นผู้มีอัธยาศัยและความประพฤติเหมาะสมที่จะปกครองและอบรมสั่งสอนเด็กและเยาวชน และเป็นผู้มีความรู้และความเข้าใจในปัญหาครอบครัว²² นอกจากนี้ ในศาลเยาวชนฯ โดยหลักจะต้องมี “ผู้พิพากษาสมทบ” คือ ผู้พิพากษาที่ผ่านการคัดเลือกจากบุคคลภายนอกซึ่งไม่จำเป็นต้องสำเร็จการศึกษาด้านกฎหมายแต่ต้องมีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดร่วมเป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดีสองคนซึ่งอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นสตรี²³ เนื่องจากมีแนวคิดว่าเพศหญิงอาจมีความละเอียดรอบคอบ²⁴ และมีความสามารถเข้าใจความรู้สึก ความต้องการ และสภาวะทางจิตของเด็กหรือเยาวชนได้มากกว่า²⁵ ผู้พิพากษาสมทบจึงเปรียบเสมือนคณะลูกขุน (jury) ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เข้ามาเติมเต็มมุมมองในการพิจารณาข้อเท็จจริง โดยเฉพาะปัญหาเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชน นอกจากนี้ ผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนฯ ส่วนใหญ่มักเป็นคนในพื้นที่ที่เด็กหรือเยาวชนนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ ดังนั้น ผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนฯ จึงน่าจะเข้าใจธรรมชาติและวิถีชีวิตของเด็กหรือเยาวชนในท้องที่นั้นได้ดีกว่าผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งตามระเบียบข้าราชการตุลาการ เนื่องจากมุมมอง วิถีชีวิต และการแก้ไขปัญหาของคนในแต่ละท้องถิ่นย่อมแตกต่างกัน การให้คนในท้องถิ่นได้เข้ามามีส่วนร่วมมองปัญหาและหาสาเหตุแห่งการกระทำผิดน่าจะช่วยให้กำหนดแนวทางแก้ไขบำบัดฟื้นฟู

²² พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 16

²³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 23

²⁴ มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565), หน้า 163.

²⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 163.

ได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ²⁶ ผู้พิพากษาสมทบในศาลเยาวชนฯ จึงเปรียบเสมือนญาติผู้ใหญ่ที่เข้ามามีบทบาทและเติมเต็มในการช่วยแก้ไขฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิด รวมถึงช่วยเหลือประคับประคองและดูแลให้เด็กหรือเยาวชนนั้นสามารถกลับคืนสู่สังคมได้อย่างมีคุณภาพและไม่หวนกลับไปกระทำผิดซ้ำ เช่น เป็นตัวกลางในการต่อ ยอดอาชีพหรือให้ความช่วยเหลือด้านเงินทุนในการประกอบอาชีพ เป็นต้น

2.2 หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่เกี่ยวข้อง

2.2.1 สถานพินิจ

นอกจากผู้พิพากษาสมทบที่เข้ามามีบทบาทสำคัญในการสนับสนุนงานของศาลเยาวชนฯ แล้ว พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ยังได้ออกแบบให้มีหน่วยงานสำคัญอีกหน่วยงาน คือ “สถานพินิจ” สังกัดกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรม โดยมีผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้บังคับบัญชา²⁷ ควบคู่กับการจัดตั้งศาลเยาวชนฯ เพื่อรองรับภารกิจตั้งแต่การสืบเสาะข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนตั้งแต่ในชั้นสอบสวน สอดส่องความประพฤติ ควบคุมเด็กหรือเยาวชนระหว่างสอบสวน พิจารณาคดี แก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลเยาวชนฯ เช่น การจัดโครงการอบรมเพื่อฝึกหัดอาชีพช่างไม้ ช่างทาสี ช่างปูกระเบื้อง การชงกาแฟสดแบบบาร์ิสต้า เป็นต้น การศึกษาคณะธรรม และจริยธรรมโดยมีเจ้าหน้าที่หลายฝ่าย เช่น แพทย์ จิตแพทย์ นักจิตวิทยา พนักงานคุมประพฤติ นักสังคมสงเคราะห์ ครู²⁸ เป็นต้น เป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนภารกิจของศาลเยาวชนฯ

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคดีของศาลเยาวชนฯ สถานพินิจมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญอย่างหนึ่งคือการจัดทำ “รายงานข้อเท็จจริงเกี่ยวกับตัวเด็กและเยาวชน” ซึ่งประกอบไปด้วยข้อมูลเกี่ยวกับประวัติ ความประพฤติ การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิตนิสัย อาชีพของเด็กหรือเยาวชน ฐานะและความประพฤติของบิดามารดา ผู้ปกครองหรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย วิธีการอบรมสั่งสอนเด็กหรือเยาวชนตลอดจนสิ่งแวดล้อมอื่นที่เกี่ยวกับเด็กหรือเยาวชนนั้น สาเหตุแห่งการกระทำผิดรวมถึงข้อเท็จจริงที่ได้จากผู้เสียหาย ความต้องการของผู้เสียหาย ทำนองเดียวกันกับข้อเท็จจริงที่ศาลสั่งให้พนักงานคุมประพฤติ

²⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 131.

²⁷ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 34

²⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 39

จัดทำรายงานสืบเสาะและพินิจจำเลยเพื่อประกอบดุลพินิจในการกำหนดโทษ รอกการกำหนดหรือรอกการลงโทษแก่จำเลยให้เหมาะสมแก่ผู้กระทำผิดแต่ละคน (individualization) ซึ่งในคดีอาญาที่เด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดนั้นพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ²⁹ บังคับว่าผู้พิพากษาจะพิพากษาลงโทษหรือใช้มาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีแก่เด็กหรือเยาวชนนั้นได้ต่อเมื่อได้ทราบรายงานฯ จากสถานพินิจเสียก่อน ซึ่งประกอบไปด้วยข้อเท็จจริงที่เป็นภาววิสัยและอัตวิสัยของผู้กระทำผิด ข้อเท็จจริงที่ได้จากผู้เสียหาย ความต้องการของผู้เสียหาย ต่างจากคดีอาญาที่ผู้กระทำผิดเป็นผู้ใหญ่การจะมีคำสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจฯ หรือไม่เป็นดุลพินิจของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน หากผู้พิพากษาไม่ได้มีคำสั่งให้มีการสืบเสาะและพินิจฯ พนักงานคุมประพฤติก็ไม่มีอำนาจริเริ่มสืบเสาะและพินิจจำเลยได้เองทำให้มีเพียงข้อเท็จจริงที่ได้จากคำฟ้องโจทก์ประกอบบัญญัติมาตรฐานโทษหรือยึดถือเป็นหลักในการกำหนดโทษเท่านั้น³⁰ นอกจากนี้ในรายงานฯ ของสถานพินิจยังมีข้อเท็จจริงพร้อมความเห็นของผู้อำนวยการสถานพินิจที่ได้จากการประเมินความจำเป็นในการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูและความเสี่ยงในการกระทำความผิดซ้ำว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีความเสี่ยงต่ำ ปานกลาง หรือสูง หากมีความเสี่ยงต่ำผู้อำนวยการสถานพินิจอาจเสนอความเห็นให้มีการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา³¹ หรือพิพากษาคดี³² แทนการมีคำพิพากษาลงโทษ หากมีความเสี่ยงปานกลางอาจเสนอความเห็นให้ใช้วิธีการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูแบบไม่จำกัดเสรีภาพ เช่น ใช้วิธีการสำหรับเด็กตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 หรือรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษและวางเงื่อนไขเพื่อแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 วรรคสาม (5) เป็นต้น แต่หากมีความเสี่ยงสูงอาจเสนอความเห็นให้แก้ไขบำบัดฟื้นฟูแบบจำกัดเสรีภาพ เช่น ส่งฝึกอบรมที่ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน หรือลงโทษจำคุก เป็นต้น ทั้งนี้โดยคำนึงถึงพฤติการณ์ความร้ายแรงแห่งคดีประกอบด้วย

²⁹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 131

³⁰ ภรณ์ เกราะแก้ว, เล่าเรื่องคดีอาญา : การใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และเงื่อนไขในการคุมประพฤติจำเลย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2564), หน้า 107-109.

³¹ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 90

³² พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 132

2.2.2 ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน

ศูนย์ฝึกและอบรมเด็กและเยาวชน (“ศูนย์ฝึกอบรม”) สังกัดกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน กระทรวงยุติธรรมเช่นเดียวกับสถานพินิจ โดยมีผู้อำนวยการศูนย์ฝึกเป็นผู้บังคับบัญชา³³ เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่สำคัญในการช่วยบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนที่ศาลมีคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกและให้ใช้วิธีการสำหรับเด็กและเยาวชนแทนการลงโทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่น เปลี่ยนโทษจำคุกเป็นการส่งตัวไปควบคุมเพื่อฝึกอบรมที่ศูนย์ฝึกอบรมแทนการส่งตัวไปรับโทษยังเรือนจำหรือทัณฑสถาน จึงอาจกล่าวได้ว่าศูนย์ฝึกอบรมเป็นหน่วยงานที่รับช่วงดูแลเด็กหรือเยาวชนต่อจากสถานพินิจตามคำพิพากษาของศาลนั่นเอง โดยผู้พิพากษาอาจสั่งให้เด็กหรือเยาวชนนั้นอยู่ในศูนย์ฝึกอบรมได้ถึงอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์เท่านั้น³⁴ หากครบ 24 ปีบริบูรณ์แล้วอาจสั่งให้ควบคุมต่อโดยส่งตัวเด็กหรือเยาวชนนั้นไปรับโทษจำคุกในเรือนจำหรือไม่ก็ได้ซึ่งเป็นดุลพินิจ³⁵ ที่จะกำหนดระยะเวลาตามที่เห็นสมควรโดยไม่จำเป็นต้องคำนึงถึงระวางโทษตามกฎหมายหรือโทษจำคุกที่คำพิพากษากำหนดไว้ก่อนเปลี่ยนโทษเป็นการฝึกอบรม ศูนย์ฝึกอบรมจึงมิใช่เรือนจำหรือทัณฑสถาน แต่เปรียบเสมือนกับโรงเรียนประจำหรือโรงเรียนดัดนิสัย³⁶ ที่เด็กหรือเยาวชนต้องเข้าไปกินอยู่หลับนอน รับประทานอาหาร ฝึกหัดอาชีพ และอยู่ภายใต้กฎและระเบียบวินัยนั่นเอง

3. การแก้ไขฟื้นฟูหลังมีการกระทำผิด

ในทางอาชญาวิทยามีนักวิชาการบางท่าน³⁷ เห็นว่าการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชน (juvenile delinquency) ไม่ถือว่าเป็นอาชญากรรม เด็กหรือเยาวชนไม่ใช่อาชญากรแต่เรียกการกระทำนั้นว่า “การกระทำผิดหรือพฤติกรรมเบี่ยงเบน” ดังนั้น แม้ว่าเด็กหรือเยาวชนได้กระทำความผิดพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจมีบทบาทสำคัญ

³³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 54

³⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 142

³⁵ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการส่วนวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (เล่มที่ 9) พ.ศ. 2564, หน้า 125.

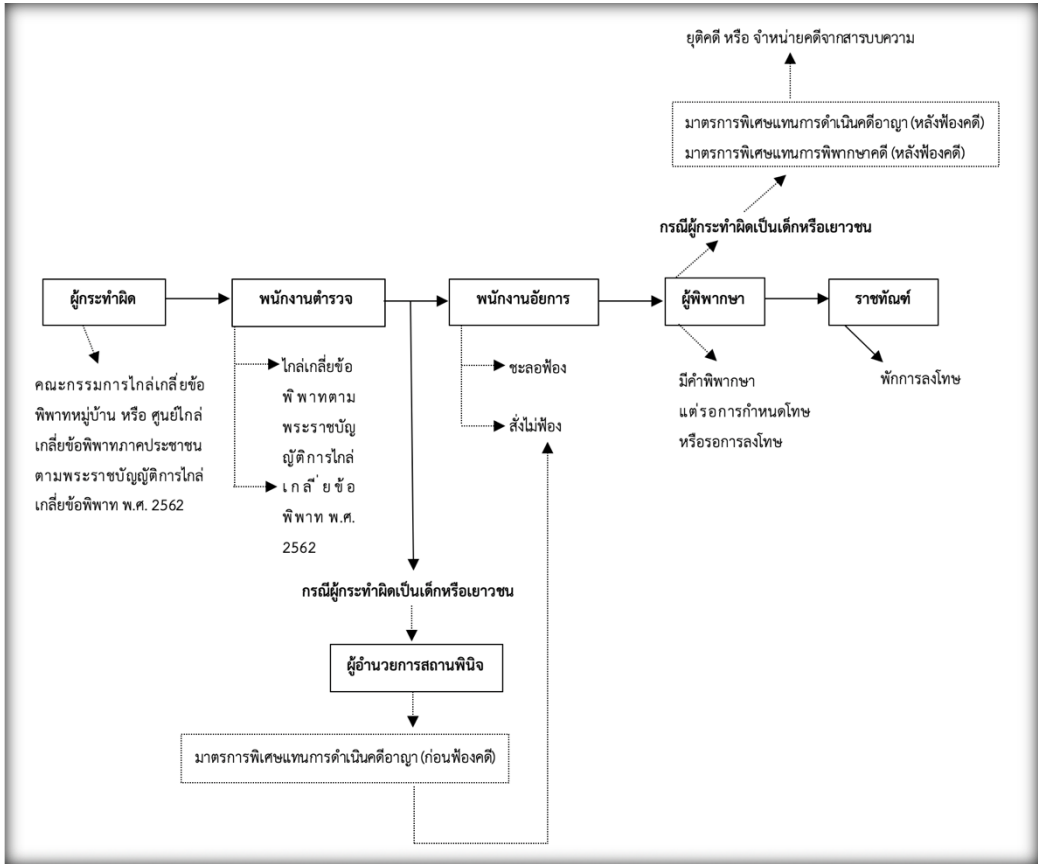
³⁶ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทย์พัฒน์, 2546), หน้า 73.

³⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18.

ในการเริ่มต้นกระบวนการ³⁸ ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กหรือเยาวชนนั้น โดยไม่ต้องฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นจำเลยด้วยการให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามแผนบำบัดฟื้นฟู แม้ความผิดดังกล่าวไม่เข้าเงื่อนไขที่ผู้อำนวยการสถานพินิจอาจให้เข้าสู่แผนบำบัดฟื้นฟู รวมถึงกรณีที่เด็กหรือเยาวชนนั้นไม่ผ่านแผนบำบัดฟื้นฟูและต้องส่งเรื่องให้พนักงานอัยการฟ้องเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นจำเลย ผู้พิพากษาก็ยังสามารถให้โอกาสเด็กหรือเยาวชนนั้นแก้ไขฟื้นฟูด้วยการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาหรือการพิพากษาคดีแก่เด็กหรือเยาวชนนั้นภายใต้เงื่อนไขบางประการก็ได้ รวมถึงมีอำนาจกว้างขวางที่จะให้ “บุคคลภายนอก” เช่น บิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลหรือผู้แทนองค์กรที่เด็กหรือเยาวชนนั้นอาศัยอยู่ด้วยปฏิบัติตามแผนบำบัดฟื้นฟูด้วยก็ได้เพื่อปรับเปลี่ยนความประพฤติของเด็กหรือเยาวชน เช่น ให้บิดามารดาของเด็กหรือเยาวชนมาเข้าร่วมกิจกรรมหรือโครงการของศาลได้ เมื่อเปรียบเทียบกับการมีคำพิพากษาลงโทษนั้นผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีไม่อาจพิพากษาบังคับไปถึงบุคคลภายนอกคดีได้ไม่ว่าในคดีแพ่ง³⁹ หรือคดีอาญา ดังนั้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ได้เปิดช่องให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมทุกฝ่ายทั้งผู้อำนวยการสถานพินิจตลอดจนผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีมีดุลพินิจไปในทางให้โอกาสเด็กหรือเยาวชนที่กระทำผิดได้แก้ไขฟื้นฟูอย่างยิ่ง ซึ่งมาตรการพิเศษดังกล่าวทั้งก่อนและหลังฟ้องอาจสรุปให้เห็นภาพดังนี้

³⁸ สหรัฐ กิติ ศุภการ, **หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553**, หน้า 135.

³⁹ อย่างไรก็ตาม ในคดีแพ่งคำพิพากษาอาจผูกพันบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่คู่ความในคดีได้ก็แต่เฉพาะกรณีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ได้กำหนดเอาไว้



3.1 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญา (ก่อนฟ้องคดี)

พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ ให้อำนาจผู้อำนวยการสถานพินิจเป็นผู้ริเริ่มพิจารณาว่าคดีเข้าหลักเกณฑ์ที่จะเบี่ยงเบนคดีให้เด็กหรือเยาวชนนั้นเข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหรือไม่ โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญคือเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปีโดยไม่คำนึงถึงโทษปรับ เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์⁴⁰ ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่น⁴¹ ความผิดฐานเสพเมทแอมเฟตามีนและฐานเป็นผู้ซื้ซึ่รถเสพเมทแอมเฟตามีน⁴² และความผิดฐานลักลอบเล่นการพนัน⁴³ เป็นต้น

⁴⁰ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334

⁴¹ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295

⁴² ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 104 มาตรา 162 พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 มาตรา 43 ทวิ วรรคหนึ่ง มาตรา 157/1 วรรคสอง

⁴³ ตามพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 4 มาตรา 8 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 14

โดยไม่คำนึงว่าคดีดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้หรือคดีความผิดต่อส่วนตัวหรือไม่ก็ตาม กล่าวคือ แม้เป็นคดีที่เป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ หรือเป็นคดีที่รัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหาย ดังตัวอย่างคดีที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้นล้วนแต่เป็นคดีที่เป็นความผิดอันไม่อาจยอมความได้ หากคดีนั้นมีผู้เสียหาย ผู้เสียหายไม่อาจถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้อง หรือยอมความอันจะมีผลให้ สิทินาคดีอาญามาฟ้องระงับไป พนักงานสอบสวนและพนักงานอัยการตลอดจนผู้พิพากษา จะต้องดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดไปตามกระบวนการดำเนินคดีอาญากระแสหลัก แต่ในคดีอาญา ที่เด็กหรือเยาวชนเป็นผู้กระทำผิด เด็กหรือเยาวชนซึ่งมีสถานะเป็น “ผู้ต้องหา” อาจได้รับ โอกาสแก้ไขฟื้นฟูด้วยการเข้าสู่แผนฯ ให้ไม่ต้องถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลได้ ทั้งนี้แผนฯ ดังกล่าวต้องได้รับการกลั่นกรองจากพนักงานอัยการและผู้พิพากษา

สำหรับการกลั่นกรองของผู้พิพากษาจะพิจารณาว่ากระบวนการจัดทำแผนฯ นั้น เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้หรือไม่โดยพิจารณาจากพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 86 ประกอบข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการพิจารณากระบวนการจัดทำแผน แก้ไขบำบัดฟื้นฟูก่อนฟ้องคดี พ.ศ. 2557 และข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยแนวทางการพิจารณากระบวนการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูก่อนฟ้องคดี (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 โดยมี หลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ

(1) คดีดังกล่าวเป็นคดีที่มีอัตราโทษจำคุกอย่างสูงไม่เกินห้าปี ไม่ว่าจะมิโทษปรับ ด้วยหรือไม่ก็ตาม

(2) เด็กหรือเยาวชนสำนึกในการกระทำ หมายถึง ตระหนักว่าการกระทำของตน ก่อความเสียหายแก่ผู้อื่น เสียใจในการกระทำ พร้อมทั้งจะแก้ไขปรับปรุงตนเอง⁴⁴ ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าการรับสารภาพ⁴⁵ เช่น ในคดีความผิดฐานร่วมกันทำร้ายร่างกาย เด็กและ เยาวชนรับว่าได้ลงมือก่อเหตุจริงแต่แถลงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าการกระทำนั้นเป็นเรื่องที่ถูกต้อง ไม่เสียใจในสิ่งที่ได้กระทำไปเพราะเป็นการปกป้องศักดิ์ศรีของตนและกลุ่มเพื่อน เช่นนี้อาจสื่อ แสดงให้เห็นว่าไม่สำนึกในการกระทำ

⁴⁴ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือปฏิบัติการของตุลาการส่วนวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและ ครอบครัว (เล่มที่ 9) พ.ศ. 2564, หน้า 213.

⁴⁵ สหรัฐ กิติ ศุภการ, หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธี พิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, หน้า 177.

(3) หากคดีนั้นเป็นคดีที่มีผู้เสียหาย ผู้เสียหายทุกคนและเด็กหรือเยาวชนเป็นรายบุคคลให้ความยินยอมในการจัดทำแผนฯ แล้ว

(4) การประชุมเพื่อจัดทำแผนฯ อย่างน้อยต้องมีฝ่ายเด็กหรือเยาวชน ฝ่ายผู้เสียหายหากคดีนั้นเป็นคดีที่มีผู้เสียหาย และนักจิตวิทยาหรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมประชุมด้วย นอกจากนี้ในทางปฏิบัติอาจมีการให้ผู้นำชุมชน เช่น ผู้ใหญ่บ้าน กำนัน หรือผู้แทนเข้าร่วมประชุมด้วยในฐานะที่เป็นบุคคลอื่นที่ใกล้ชิดและเห็นสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริงของเด็กหรือเยาวชนรวมถึงผู้ปกครองหรือบุคคลที่เด็กหรือเยาวชนนั้นอาศัยอยู่ด้วยอันจะเป็นประโยชน์ต่อการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนนั้นอย่างแท้จริง

(5) แผนฯ ต้องไม่มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของเด็กหรือเยาวชน เว้นแต่เพื่อประโยชน์ของเด็กหรือเยาวชนนั้น เช่น ห้ามเที่ยวในเวลากลางคืน ห้ามค้างคืนนอกบ้าน ให้ศึกษาเล่าเรียนหรือประกอบอาชีพเป็นกิจจะลักษณะโดยให้นำหลักฐานการเรียนหรือการประกอบอาชีพมาแสดง ให้เด็กหรือเยาวชนตรวจปัสสาวะทุกครั้งไปรายงานตัวต่อเจ้าหน้าที่สถานพินิจฯ เป็นต้น หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและต้องไม่มีลักษณะเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของเด็กหรือเยาวชน เช่น ห้ามเกี่ยวข้องกับยาเสพติดให้โทษทุกประเภท ห้ามเล่นการพนันทุกชนิด เป็นต้น

(6) ระยะเวลาที่กำหนดให้ทำงานบริการสังคมหรืองานสาธารณประโยชน์ต้องกำหนดเวลาการทำงานไม่เกินสามสิบชั่วโมง และระยะเวลาในการปฏิบัติตามแผนฯ ต้องมีความเหมาะสม แต่ต้องไม่เกินหนึ่งปี

หากผู้พิพากษาพิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีไม่มีข้อสงสัยว่าแผนฯ นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะมีคำสั่งให้ผู้อำนวยการสถานพินิจดำเนินการตามแผนฯ หากเด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามแผนฯ ครบถ้วนแล้วพนักงานอัยการก็จะมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องและแจ้งให้ผู้พิพากษาทราบเป็นลำดับต่อไป

3.2 มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาและการพิพากษาคดี (หลังฟ้องคดี)

ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ เจตนารมณ์ให้มีการเบี่ยงเบนคดีออกไปจากกระบวนการพิจารณาของศาลเยาวชนฯ กฎหมายจึงให้อำนาจผู้พิพากษาเบี่ยงเบนคดีด้วยการให้เด็กหรือเยาวชนที่สำนึกในการกระทำเข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังมีการฟ้องคดี

ต่อศาลซึ่งเกิดจากมติร่วมกันของผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย⁴⁶ คือ เด็กหรือเยาวชน ผู้ปกครอง ผู้เสียหาย บางกรณีอาจรวมถึงผู้นำชุมชนหรือผู้แทนที่ได้รับผลกระทบจากการกระทำผิดของเด็กหรือเยาวชนด้วย ไม่ว่าจะเวลาใด ๆ ก่อนมีคำพิพากษา ดังนั้น แม้มีการสืบพยานเสร็จสิ้นแล้ว อยู่ระหว่างการนัดฟังคำพิพากษา ผู้พิพากษาก็อาจจะมีคำสั่งให้เด็กหรือเยาวชนนั้น “เข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู” ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ กำหนดไว้ในมาตรา 90 หรือให้เด็กและเยาวชนนั้น “ปฏิบัติตามมาตรการแทนการพิพากษาคดี” ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ กำหนดไว้ในมาตรา 132 ประกอบข้อบังคับของประธานศาลฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการจัดทำแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องคดี พ.ศ. 2556 ก็ได้ ด้วยการใช้ดุลพินิจให้เหมาะสมกับเด็กหรือเยาวชนแต่ละราย พฤติการณ์ เฉพาะเรื่องและพฤติกรรมการมีส่วนร่วมในการกระทำผิด เช่น เป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน หรือผู้ถูกชักจูงให้กระทำผิด ดังนั้นในคดีอาญาเรื่องหนึ่งผู้พิพากษาอาจใช้ดุลพินิจให้เด็กหรือเยาวชนแต่ละคนที่เป็นตัวการร่วมกันในการกระทำผิดปฏิบัติตามมาตรการฯ แตกต่างกันได้

มาตรการพิเศษฯ ทั้งสองกรณีดังกล่าวหากพิจารณาโดยผิวเผินแล้วอาจมีความคล้ายคลึงกันตรงที่เด็กหรือเยาวชนนั้นได้รับโอกาสแก้ไขบำบัดฟื้นฟูโดยศาลไม่ได้มีคำพิพากษา ลงโทษ แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วผลของการมีคำสั่งให้เข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟู ตามมาตรา 90 ก็กับการให้ปฏิบัติตามมาตรการแทนการพิพากษาคดี ตามมาตรา 132 มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ เนื่องจากกฎหมายออกแบบมาตรการทั้งสองมาตรการด้วยเหตุผลที่แตกต่างกัน⁴⁷ กล่าวคือ มาตรการพิเศษฯ ตามมาตรา 90 จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้เสียหาย และพนักงานอัยการโจทก์ก่อน หากผู้เสียหายยินยอมก็จะต้องมีการประสานการประชุมระหว่างเด็กหรือเยาวชน ผู้เสียหาย ตลอดจนผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลาย เช่น ผู้นำชุมชน ให้เข้าร่วมประชุมและออกแบบแผนฯ ให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติอันเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เสียหายได้ เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการยุติธรรมอย่างแท้จริง หากพนักงานอัยการโจทก์ หรือผู้เสียหาย

⁴⁶ สำนักงานศาลยุติธรรม, คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการส่วนวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (เล่มที่ 9) พ.ศ. 2564, หน้า 213.

⁴⁷ คำแนะนำของอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามมาตรา 90 และแนวทางการใช้มาตรการแทนการพิพากษาคดี ตามมาตรา 132 แห่งพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวฯ ข้อ 2.8 (“คำแนะนำของอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนฯ เกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการพิเศษฯ”)

คนหนึ่งคนใดไม่ให้ความยินยอมย่อมไม่อาจเบี่ยงเบนคดีด้วยการให้เด็กหรือเยาวชนนั้นเข้าสู่แผนฯ ได้ ต่างจากมาตรการพิเศษฯ ตามมาตรา 132 ซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจของผู้พิพากษา โดยแท้⁴⁸ ที่จะกำหนดเงื่อนไขให้เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติแม่พนักงานอัยการโจทก์หรือผู้เสียหาย จะไม่ยินยอมก็ตาม เช่น คดีลักทรัพย์เรื่องหนึ่งที่เยาวชนเข้าไปลักผลปาล์มของผู้เสียหายซึ่งตั้งบ้านเรือนและสวนอยู่ในละแวกบ้านเยาวชน หลังจากเยาวชนรับสารภาพต่อหน้าผู้เสียหาย ผู้เขียนตรวจสำนวนดูแล้วพบว่าเยาวชนถูกดำเนินคดีนี้เป็นคดีแรก น้ำยาขมพาราที่ลักไม่ได้มีราคาสูงมากนักและผู้เสียหายได้รับคืนไปแล้ว เยาวชนมีบิดามารดาดูแลและมีแนวโน้มว่าจะปรับปรุงตัวได้จึงอยู่ในเกณฑ์ที่อาจใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีได้ แต่เมื่อผู้เขียนสอบถามผู้เสียหายว่าประสงค์จะให้ดำเนินการอย่างไรกับเยาวชนคนนี้อยากให้ออกาสหรือไม่ ผู้เสียหายตอบว่าประสงค์จะให้รับโทษเนื่องจากเยาวชนลักน้ำยาขมพาราผู้เสียหายหลายครั้งแล้ว แต่ผู้เสียหายไม่ติดใจดำเนินคดีทุกครั้งจนครั้งล่าสุดผู้เสียหายต้องการให้เยาวชนได้รับบทเรียนด้วยการลงโทษจำคุกให้เช็ดหلاب หากปล่อยไปก็เกรงว่าเยาวชนจะมาลักน้ำยาขมพาราอีก เนื่องจากบ้านเรือนอยู่ใกล้กัน สำหรับความเสียหายส่วนแบ่งได้รับน้ำยาขมพาราคืนแล้วจึงไม่ติดใจเรียกร้องเพิ่มเติม เท่ากับว่าผู้เสียหายไม่ยินยอมที่ผู้เขียนจะใช้มาตรการพิเศษฯ กับเยาวชนคนนี้อย่างไรก็ตาม ไม่อาจให้เข้าสู่แผนฯ ตามมาตรา 90 ได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากตัวอย่างข้างต้นแล้ว จะเห็นว่าพฤติการณ์ในการกระทำผิดไม่เป็นภัยร้ายแรง⁴⁹ มากนัก หากเยาวชนนั้นยังอยู่ในวิสัยที่แก้ไขได้ มีบิดามารดาดูแลจึงอยู่ในเกณฑ์ที่อาจใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีได้ ตามมาตรา 132 แม้ผู้เสียหายจะไม่ยินยอมซึ่งเป็นการเบี่ยงเบนคดีพาเด็กหรือเยาวชนโดยไม่ต้องมีคำพิพากษาลงโทษเช่นเดียวกับกรณีมาตรา 90 แต่ผู้พิพากษาก็ต้องให้ความสำคัญกับผู้เสียหาย⁵⁰ ไม่แพ้กันกับประโยชน์และสวัสดิภาพของเยาวชนนั้นเช่นกัน คดีเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนจึงอธิบายให้ผู้เสียหายเข้าใจว่าอัตราโทษในความผิดที่เยาวชนก่อตามกฎหมายเป็น

⁴⁸ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 132 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่ศาลเห็นเองว่าตามพฤติการณ์แห่งคดียังไม่สมควรจะมีคำพิพากษา...”

⁴⁹ พฤติการณ์ที่เป็นภัยร้ายแรงต่อสังคมเกินสมควร เช่น ทำร้ายหรือฆ่าบุพการี เป็นมือปืนรับจ้าง จำหน่ายหรือมียาเสพติดให้โทษร้ายแรงไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายจำนวนมาก กระทำความผิดซ้ำร้ายแรงซ้ำซากเป็นอาชญากร เป็นต้น ใน คำแนะนำของอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนฯ เกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการพิเศษฯ ข้อ 2.6

⁵⁰ คำแนะนำของอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนฯ เกี่ยวกับแนวทางการใช้มาตรการพิเศษฯ ข้อ 2.5

ระยะเวลาเท่าใด มีเหตุตามกฎหมายที่จะลดหย่อนผ่อนโทษหรือไม่เท่าใด สุทธิแล้วเยาวชนคนนั้น หากจะต้องรับโทษตามกฎหมายแล้วจะเป็นจำนวนเท่าใด เช่น 1 ปี สุกท้ายแล้วเยาวชนคนนั้นก็จะต้องกลับมาพักอาศัยในชุมชนเดิมใกล้เคียงกันกับบ้านผู้เสียหายและอาจจะพัฒนาไป กระทำความผิดที่รุนแรงกว่าเดิม แต่หากผู้เสียหายให้โอกาสผู้พิพากษาสามารถกำหนดเงื่อนไขที่จะช่วยฟื้นฟูเยาวชนไม่ให้ไปกระทำผิดซ้ำได้รวมให้ผู้เสียหายเข้ามาร่วมกำหนดเงื่อนไขที่ผู้เสียหายกังวล เช่น ห้ามเยาวชนเข้าไปหรือเข้าใกล้เขตสวนยางพาราของผู้เสียหายภายใน ระยะกี่เมตร ภายในระยะเวลาเท่าใดเว้นแต่ผู้เสียหายอนุญาตซึ่งน่าจะเป็นสิ่งที่ผู้เสียหายกังวลใจ มากที่สุดอันเป็นการเยียวยาผู้เสียหายด้านจิตใจนอกเหนือไปจากตัวเงินและเป็นการหาสมดุล ระหว่างการคุ้มครองประโยชน์และสวัสดิภาพของเด็กหรือเยาวชนกับการคุ้มครองผู้เสียหาย เป็นต้น

สำหรับมาตรการพิเศษฯ ตามมาตรา 132 แบ่งเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1 การปล่อยตัวเด็กหรือเยาวชนชั่วคราวแล้วมอบตัวให้บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลซึ่งเด็กหรือเยาวชนอาศัยอยู่ด้วย ตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ เป็นการควบคุมในระบบเปิดหรือไม่จำกัดเสรีภาพ ปัจจัยสำคัญที่ผู้พิพากษานำมาคานานิ่งก่อนจะมีคำสั่ง ตามกรณีที่ 1 คือความสามารถและความพร้อมของผู้ปกครองในการดูแลเพื่อให้เด็กหรือ เยาวชนปรับเปลี่ยนพฤติกรรมได้มากน้อยเพียงใด โดยการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ให้เด็กหรือ เยาวชนนั้นปฏิบัติในระยะเวลาที่กำหนดแต่ไม่เกินกว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 24 ปี บริบูรณ์ เช่น ให้มารายงานตัวต่อผู้พิพากษาสมทบหรือนักจิตวิทยาเพื่อรับคำปรึกษาแนะนำ เป็นระยะ ห้ามเกี่ยวข้องกับยาเสพติดให้โทษทุกประเภทโดยให้ตรวจปัสสาวะหาสารเสพติด ทุกครั้งที่มารายงานตัว หรือให้บำบัดยาเสพติดที่โรงพยาบาลตามภูมิลำเนาโดยให้นำผลการ บำบัดมาแสดงทุกครั้งที่มารายงานตัว ห้ามยุ่งเกี่ยวหรือกระทำใด ๆ อันเป็นเหตุให้ผู้เสียหาย ได้รับความเสียหายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เข้าไปภายในบริเวณบ้านพักที่ผู้เสียหายอาศัย โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือในเวลาที่ไม่สมควร ห้ามคบหาสมาคมกับบุคคลที่อาจชักนำไปสู่ การกระทำผิด เป็นต้น และอาจกำหนดเงื่อนไขไปถึงผู้ปกครองของเด็กหรือเยาวชนนั้นเข้าร่วม กิจกรรมของศาลเยาวชนฯ ด้วยก็ได้ เช่น กิจกรรมเสริมสร้างความสัมพันธ์ในครอบครัว เป็นต้น แต่หากผู้ปกครองไม่สามารถดูแลเด็กหรือเยาวชนได้ เช่น เคยมีผู้ปกครองรายหนึ่งให้ข้อมูลแก่ ผู้เขียนว่าเยาวชนคบเพื่อนมีพฤติกรรมสุ่มเสี่ยงและชอบรวมกลุ่มกันเกรงว่าหากรับไปดูแลเอง ก็ไม่มั่นใจว่าจะสามารถควบคุมดูแล หากให้เยาวชนอยู่ในสถานพินิจสักระยะน่าจะปลอดภัย

แก่ชีวิตและเป็นประโยชน์แก่ตัวเยาวชนมากกว่า เช่นนี้ผู้พิพากษาอาจนำข้อมูลดังกล่าวมาประกอบการตัดสินใจให้ควบคุมเด็กหรือเยาวชนนั้นไว้ในระบบปิดตามกรณีที่ 2 แทน

กรณีที่ 2 การส่งเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานพินิจหรือสถานที่อื่นที่จัดตั้งตามกฎหมายและตามที่ศาลเห็นสมควร เช่น ศูนย์ฝึกอบรม ภายในระยะเวลาที่กำหนด ตามมาตรา 132 วรรคสอง กล่าวคือ เป็นการควบคุมในระบบปิดหรือจำกัดเสรีภาพ โดยวางเงื่อนไขต่าง ๆ ให้ปฏิบัติ เช่น ให้อยู่ในสถานพินิจ 1 ปี ให้ฝึกหัดอาชีพอย่างน้อย 3 หลักสูตร โดยให้ผู้อำนวยการสถานพินิจทำรายงานความประพฤติของจำเลยให้ศาลทราบเป็นระยะ เป็นต้น หรือให้ไปฝึกอบรมยังศูนย์ฝึกอบรมในเขตอำนาจ ทั้งนี้ระยะเวลาที่กำหนดต้องไม่เกินกว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นมีอายุครบ 24 ปีบริบูรณ์ ซึ่งการใช้ดุลพินิจให้ส่งเด็กหรือเยาวชนไปควบคุมไว้ในสถานพินิจนั้นมักจะใช้ในกรณีที่อัตราโทษไม่สูงมากและระยะเวลาควบคุมไม่นาน แต่หากเป็นคดีที่มีอัตราโทษสูงมากและต้องควบคุมเป็นระยะเวลานาน ด้วยข้อจำกัดบางประการของสถานพินิจ⁵¹ ทำให้ศาลในบางพื้นที่⁵² ส่งเด็กหรือเยาวชนไปฝึกอบรมที่ศูนย์ฝึกอบรมแทน อนึ่ง การส่งตัวเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานพินิจหรือศูนย์ฝึกอบรมเป็นการส่งไปให้ดูแลชั่วคราวเท่านั้น ดังนั้น เมื่อครบระยะเวลาที่กำหนดผู้พิพากษาก็ต้องพิจารณาต่อไปว่าจะดำเนินการกับเด็กหรือเยาวชนนั้นอย่างไรต่อไป เช่น หากเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดีขึ้นก็อาจกลับไปใช้มาตรการตามมาตรา 132 วรรคหนึ่ง โดยปล่อยชั่วคราวและกำหนดเงื่อนไขให้ปฏิบัติก็ได้

หากเด็กหรือเยาวชนที่ผู้พิพากษาให้โอกาสเข้าสู่มาตรการฯ ตามมาตรา 132 ไม่ว่าจะด้วยการให้เสรีภาพหรือจำกัดเสรีภาพ ผ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือปฏิบัติไม่ครบถ้วน เช่น ยังยุ่งเกี่ยวกับยาเสพติดหรือไม่ยอมมารายงานตัวตามกำหนด ผู้พิพากษาอาจเปลี่ยนแปลงวิธีการควบคุมจากเดิมที่เป็นการควบคุมในระบบเปิดหรือไม่จำกัดเสรีภาพเป็นการส่งเด็กหรือเยาวชนไปยังสถานพินิจอันเป็นการจำกัดเสรีภาพ หรือสั่งยุติวิธีการดังกล่าวแล้วยกคดีขึ้นพิจารณาพิพากษา

⁵¹ สถาบันวิจัยและพัฒนา กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, โครงการศึกษาผลการใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการดำเนินคดีอาญาในเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม [ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/index.php/navigations/สถาบันวิจัยและพัฒนา>

⁵² เรื่องเดียวกัน

ต่อไป⁵³ ก็ได้แล้วแต่พฤติการณ์แห่งคดี หรืออาจให้โอกาสอีกครั้งด้วยการส่งขยายระยะเวลา และเพิ่มเงื่อนไขที่เข้มงวดมากขึ้นก็ได้ หากเห็นว่าเด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ครบถ้วนและมีการเปลี่ยนแปลงที่ดีขึ้นผู้พิพากษาก็จะมีคำสั่งให้ยุติคดีโดยไม่ต้องมีคำพิพากษา เกี่ยวกับการกระทำผิดและถือว่าสิทธิในการนำคดีอาญามาฟ้องเป็นอันระงับไป⁵⁴ อันเป็นการ สิ้นสุดกระบวนการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กหรือเยาวชนนั้น

มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาแก่เด็กหรือเยาวชนทั้งก่อนและหลังฟ้อง ตลอดจนมาตรการพิเศษแทนการพิพากษาคดีที่ได้กล่าวไปข้างต้นเป็นเพียงหนึ่งในวิธีแก้ไขฟื้นฟู และป้องกันไม่ให้เด็กหรือเยาวชนหวนไปกระทำผิดซ้ำ (recidivism)⁵⁵ ซึ่งหมายถึงการที่บุคคล กลับมากระทำผิดอีกครั้งภายหลังได้รับการลงโทษ⁵⁶ ซึ่งจากข้อมูลเชิงสถิติคดีของศาลเยาวชน และครอบครัวที่วราชอาณาจักร⁵⁷ ประจำปี 2562 ถึง 2564 พบว่า คดีที่เด็กหรือเยาวชนเข้าสู่ แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในชั้นก่อนฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 86 เป็นดังนี้

⁵³ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 133 วรรคสอง

⁵⁴ พระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 133 วรรคหนึ่ง

⁵⁵ บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, หน้า 52.

⁵⁶ วิวัฒน์กานต์ รุจิภักดิ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการพัฒนาแบบประเมินความเสี่ยง และความจำเป็นในการบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน [ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/index.php/navigations/สถาบันวิจัยและพัฒนา>, หน้า 55.

⁵⁷ สำนักแผนงานและงบประมาณ สำนักงานศาลยุติธรรม, หนังสือรายงานสถิติคดีของ ศาลยุติธรรม [ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2085>

ปี	การตรวจสอบกระบวนการจัดทำแผนฯ				รวม (เรื่อง)
	ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (เรื่อง)	ร้อยละ	ชอบด้วยกฎหมาย มีการปฏิบัติตามแผนและพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้อง (เรื่อง)	ร้อยละ	
2562	6	0.44	1,354	99.56	1,360
2563	13	0.70	1,836	99.29	1,849
2564	59	4.07	1,390	95.92	1,449

จากข้อมูลข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่าปริมาณคดีที่เด็กหรือเยาวชนเข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูในชั้นก่อนฟ้องคดีมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นแต่อัตราความสัมฤทธิ์ผลที่เด็กหรือเยาวชนปฏิบัติตามแผนซึ่งผ่านการตรวจสอบกลับกรองโดยศาลแล้วจนพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องมีแนวโน้มลดลง อีกทั้งมีข้อสังเกตจากผู้เสียหายในคดีอาญาบางส่วนที่มองว่า⁵⁸ แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูดังกล่าวอาจไม่ได้ช่วยให้เด็กหรือเยาวชนบางรายสำนึกผิดจริง กิจกรรมบางอย่างไม่เหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำลงไปจึงนับเป็นความท้าทายของกรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน⁵⁹ ที่จะดำเนินการให้กระบวนการมาตรฐานพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องมีความเหมาะสมและช่วยให้การแก้ไขบำบัดฟื้นฟูบรรลุผลสำเร็จมากขึ้น เช่นเดียวกับกับข้อมูลเชิงสถิติของกรมพินิจฯ พบว่าเด็กหรือเยาวชนที่เข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องโดยศาลให้ใช้มาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 132 ให้แก้ไขฟื้นฟูในระบบปิดในสถานพินิจหรือศูนย์ฝึกอบรมพบว่าเด็กหรือเยาวชนที่ถูกปล่อยตัวจากสถานพินิจหรือศูนย์ฝึกอบรมทั่วประเทศแล้วมากระทำผิดและถูกจับกุมซ้ำ (re-arrest) ยังคงเพิ่มขึ้น⁶⁰ จากการติดตามเป็นระยะเวลา 1 ปี 2 ปี และ 3 ปี หลังได้รับการปล่อยตัว ดังนี้

⁵⁸ สถาบันวิจัยและพัฒนา กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, โครงการศึกษาผลการใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการดำเนินคดีอาญาในเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม, หน้า 55.

⁵⁹ เมธวดี ทองฉิม, ปัจจัยความสำเร็จในการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูของเด็กและเยาวชนที่เข้ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องคดีตามมาตรา 86 : กรณีศึกษาสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เขต 1, วารสารสังคมกวีวัฒน์ คณะสังคมสงเคราะห์และสวัสดิการสังคม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (เมษายน 2565), หน้า 5.

⁶⁰ วินันท์กานต์ รุจิภักดิ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการพัฒนาแบบประเมินความเสี่ยงและความจำเป็นในการบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน

การกระทำผิดซ้ำ		จำนวนเด็ก และเยาวชน	จำนวนเด็กและเยาวชน ที่ถูกจับกุมซ้ำ	ร้อยละ
ปีงบประมาณ 2559	ติดตามรอบ 1 ปี	4,292	946	22.04
	ติดตามรอบ 2 ปี		1,470	34.25
	ติดตามรอบ 3 ปี		1,845	42.99
ปีงบประมาณ 2560	ติดตามรอบ 1 ปี	3,812	886	23.24
	ติดตามรอบ 2 ปี		1,402	36.78
	ติดตามรอบ 3 ปี		1,685	44.2
ปีงบประมาณ 2561	ติดตามรอบ 1 ปี	3,209	760	23.68
	ติดตามรอบ 2 ปี		1,217	37.92
	ติดตามรอบ 3 ปี		1,396	43.5
ปีงบประมาณ 2562	ติดตามรอบ 1 ปี	2,808	707	25.18
	ติดตามรอบ 2 ปี		977	34.79
	ติดตามรอบ 2 ปี 6 เดือน		1,051	37.43
ปีงบประมาณ 2563	ติดตามรอบ 1 ปี	2,548	569	22.33
	ติดตามรอบ 1 ปี 6 เดือน		710	27.86

ผู้เขียนในฐานะส่วนตัวเห็นว่าปัญหาหรือข้อจำกัดสำคัญทั้งข้อกฎหมายและทางปฏิบัติที่อาจส่งผลให้การแก้ไขฟื้นฟูเด็กและเยาวชนยังไม่สัมฤทธิ์ผลเท่าที่ควรนอกจากการปรับปรุงกิจกรรมหรือแผนการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมให้มีความทันสมัย สอดคล้องกับการกระทำ ความร้ายแรง และลักษณะของเด็กหรือเยาวชนแต่ละคน คือ การมีมาตรการติดตามเด็กหรือเยาวชนหลังออกสถานพินิจหรือศูนย์ฝึกอบรม

[ออนไลน์], 1 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/index.php/navigations/สถาบันวิจัยและพัฒนา>

แม้ตัวเลขภาพรวมของการกระทำผิดซ้ำของเด็กหรือเยาวชนจะมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น แต่ในบางพื้นที่ เช่น เด็กหรือเยาวชนที่เข้าสู่แผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูหลังฟ้องในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัดนครศรีธรรมราชแล้วมาการกระทำผิดและถูกจับกุมซ้ำในช่วงปี 2563 ถึง 2565 ลดลง กล่าวคือ ในปี 2563 กระทำผิดซ้ำจำนวน 33 คน ในปี 2564 กระทำผิดซ้ำจำนวน 27 คน และในปี 2565 (ข้อมูลจากสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชนจังหวัดนครศรีธรรมราช ณ วันที่ 31 ตุลาคม 2565) กระทำผิดซ้ำจำนวน 14 คน ซึ่งนับว่าเป็นแนวโน้มที่ดี

หลังคดีสิ้นสุดที่แม้จะมีความพยายามจัดตั้งศูนย์ติดตามด้วยความห่วงใย⁶¹ ขึ้นในศาลเยาวชนและครอบครัวทั่วประเทศเพื่อติดตามช่วยเหลือเด็กและเยาวชนที่ผ่านกระบวนการของศาลเยาวชนฯ ครบถ้วนแล้วให้สามารถมีอาชีพ ความเป็นอยู่ที่ดี ไม่หวนไปกระทำผิดซ้ำ ทั้งการช่วยเหลือด้านการศึกษา อาชีพ และความเป็นอยู่อย่างเป็นระบบเพื่อให้ได้รับการแก้ไขอย่างครบวงจรตั้งแต่เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2564 ทั้งมีการทำความตกลงร่วมกันและได้รับการสนับสนุนจากหน่วยงานรัฐต่าง ๆ เช่น กรมพัฒนาฝีมือแรงงานในการฝึกหัดอาชีพช่างอุตสาหกรรมหรือกลุ่มอาชีพธุรกิจท่องเที่ยวและบริการ⁶² ก็ตาม แต่มาตรการติดตามดังกล่าวเป็น “ระบบสมัครใจ” กล่าวคือ เด็กหรือเยาวชนที่ผ่านกระบวนการของศาลเยาวชนฯ อาจปฏิเสธไม่รับความช่วยเหลือหรือติดตามก็ได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลว่าเมื่อคดีสิ้นสุดลงและศาลมีคำสั่งยุติคดีหรือจำหน่ายคดีแล้วก็ไม่มีความจำเป็นจะต้องถูกติดตามหรือสอดส่องอีกทั้งที่อาจมีความเสี่ยงสูงที่จะกระทำผิดซ้ำจึงสมควรได้รับการแก้ไขให้เป็นระบบสมัครใจเว้นแต่จากการประเมินพบว่ายังมีความเสี่ยงที่จะกระทำผิดซ้ำหรือไม่มีผู้ปกครองดูแลก็ให้เป็น “ระบบบังคับ” ให้เด็กหรือเยาวชนนั้นจะต้องเข้าสู่มาตรการการติดตามด้วยความห่วงใยต่อไปอีกกระยะหนึ่งเพื่อให้มั่นใจได้ว่าเด็กหรือเยาวชนนั้นจะสามารถตั้งตัวได้ทั้งในแง่การศึกษา การประกอบอาชีพ และการใช้ชีวิตในสังคมได้อย่างแท้จริง

4. บทสรุป

ปัญหาการกระทำผิดของเด็กและเยาวชนเป็นเรื่องละเอียดซับซ้อน การแก้ไข บำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนจึงเป็นเรื่องที่ละเอียดซับซ้อนยิ่งกว่า ลำพังหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมซึ่งเปรียบเสมือนคนนอกที่พยายามเข้ามาช่วยเหลือจึงไม่อาจที่จะแก้ไขฟื้นฟูเด็กหรือเยาวชนนั้นได้อย่างแท้จริง นอกจากการปรับปรุงกิจกรรมหรือแผนการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนของหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมให้มีความทันสมัย สอดคล้องกับการกระทำ

⁶¹ ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นประธานในพิธีเปิดศูนย์ติดตามด้วยความห่วงใย ณ ศูนย์ติดตามด้วยความห่วงใย ชั้น 3 ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง [ออนไลน์], 9 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://jvnc.coj.go.th/th/content/category/detail/id/22/iid/234296>

⁶² ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, คู่มือการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาสมทบในศูนย์ติดตามด้วยความห่วงใย [ออนไลน์], 9 ตุลาคม 2565. แหล่งที่มา: <https://anyflip.com/vomxs/jklt>

ความร้ายแรง และลักษณะของเด็กหรือเยาวชนแต่ละคนแล้ว กฎเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดคือ ครอบครัวของเด็กหรือเยาวชนจะต้องตระหนักว่ามาตรการต่าง ๆ ที่กฎหมายออกแบบมาเพื่อคุ้มครองเด็กหรือเยาวชนนั้นเป็นเพียงมาตรการแก้ไขฟื้นฟูในช่วงระยะเวลาหนึ่งของชีวิตเด็กหรือเยาวชนเท่านั้นและเป็นมาตรการแก้ไขฟื้นฟูที่หลังการกระทำผิดแล้วเท่านั้น การจะป้องกันก่อนมีการกระทำผิด หรือการแก้ไขฟื้นฟูหลังมีการกระทำผิดให้เด็กหรือเยาวชนนั้นปรับเปลี่ยนทั้งพฤติกรรมและทัศนคติได้อย่างถาวรหรือไม่นั้นเป็นเรื่องที่จำเป็นจะต้องได้รับความร่วมมืออย่างยิ่งจาก “คนใน” อย่างครอบครัวและชุมชนในการสอดส่องดูแลและสร้างทัศนคติให้เด็กหรือเยาวชนนั้นปรับเปลี่ยนพฤติกรรมซึ่งเป็นการป้องกันก่อนมีการกระทำผิด รวมถึงการแก้ไขฟื้นฟูหลังกระทำผิดด้วยการประคับประคองให้เด็กหรือเยาวชนที่พลาดพลั้งให้สามารถปรับปรุงตนเพื่อกลับคืนสู่สังคมได้อย่างปกติสุขจึงจะทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งเน้นการให้โอกาสแก่เด็กและเยาวชนในทุกขั้นตอนบรรลุเป้าหมาย คือ การไม่กระทำผิดซ้ำและสามารถเติบโตเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพต่อไป

บรรณานุกรม

- จุฬารัตน์ ยะปะนัน, นิรโทษกรรม พระราชทานอภัยโทษและการล้างมลทิน [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://web.senate.go.th/lawdatacenter/>

- บุญเพราะ แสงเทียน, กฎหมายเกี่ยวกับเยาวชนและครอบครัวแนวประยุกต์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิทย์พัฒน์, 2546).

- ฝ่ายประมวลกฎหมาย กองกฎหมายกระบวนการยุติธรรม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการล้างมลทิน [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/article77/filenew/10.1.pdf>

- ภรณี เกราะแก้ว, เล่าเรื่องคดีอาญา : การใช้ดุลพินิจในการรอกการกำหนดโทษหรือการรอกการลงโทษ และเงื่อนไขในการคุมประพฤติจำเลย, วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน 2564).

- มาตาลักษณ์ เสรมธากุล, พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553, (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2565).

- เมธวดี ทองนิม, ปัจจัยความสำเร็จในการปฏิบัติตามแผนแก้ไขบำบัดฟื้นฟูของเด็กและเยาวชนที่เข้ามาตรการพิเศษแทนการดำเนินคดีอาญาขึ้นก่อนฟ้องคดีตามมาตรา 86 : กรณีศึกษาสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน เขต 1, วารสารสังคมวิทยัน คณะสังคมสงเคราะห์และสวัสดิการสังคม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ, ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (เมษายน 2565).

- วินันท์กานต์ รุจิภักดิ์ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์โครงการพัฒนาแบบประเมินความเสี่ยงและความจำเป็นในการบำบัดฟื้นฟูเด็กและเยาวชนในสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/index.php/navigations/สถาบันวิจัยและพัฒนา>

- ศาลจังหวัดเชียงใหม่, แผนบริหารความต่อเนื่อง (Businee Continuty Plans : BCP [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://chkc.coj.go.th/th/file/get/file/2020072094c14c7e64b49bb3793c9dc22a8897f7133902.pdf>

- ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, **คู่มือการปฏิบัติงานของผู้พิพากษาสมทบในศูนย์ติดตามด้วยความหวังใจ** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://anyflip.com/vomxs/jklt>

- ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง, **อธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางเป็นประธานในพิธีเปิดศูนย์ติดตามด้วยความหวังใจ ณ ศูนย์ติดตามด้วยความหวังใจ ชั้น 3 ศาลเยาวชนและครอบครัวกลาง** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://jvnc.coj.go.th/th/content/category/detail/id/22/iid/234296>

- สถาบันวิจัยและพัฒนา กรมพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน, **โครงการศึกษาผลการใช้มาตรการทางเลือกอื่นแทนการดำเนินคดีอาญาในเด็กและเยาวชนที่เข้าสู่กระบวนการยุติธรรม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <http://www.djop.go.th/index.php/navigations/สถาบันวิจัยและพัฒนา>

- สหรัฐ กิติ ศุภการ, **หลักและคำพิพากษาพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2563).

- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.krisdika.go.th/web/guest/law?p_p_id=LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_javax.portlet.action=selectCharacterMenu&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_character=%E0%B8%A5&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_groupOfAct=byCharacter&_LawPortlet_INSTANCE_aAN7C2U5hENi_lawTypeId=2&p_auth=uMAhevL2&p_p_lifecycle=0

- สำนักงานศาลยุติธรรม, **คู่มือปฏิบัติราชการของตุลาการส่วนวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว (เล่มที่ 9) พ.ศ. 2564**.

- สำนักแผนงานและงบประมาณ สำนักงานศาลยุติธรรม, **หนังสือรายงานสถิติคดีของศาลยุติธรรม** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://oppb.coj.go.th/th/content/category/articles/id/8/cid/2085>

- iLaw, **เรื่องของศาล: สัมผัสทางสายตา** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://ilaw.or.th/node/3130>

- Kristin Parsons Winokur and others, **Juvenile Recidivism and Length of Stay** [Online], Source: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/Digitization/202932NCJRS.pdf>

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyers)

การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจา
ในชั้นอุทธรณ์ ระดับประเทศ ครั้งที่ 8 ประจำปีการศึกษา 2564:
ความประสงค์และความคาดหวังของคณะกรรมการ
ออกข้อสอบและตัดสิน

The 8th National Moot Court Competition for the Academic Year
2021: The Expectations of the Examination Committee

วรรษญา ทรงพิสุทธิศักดิ์*

ผู้พิพากษาศาลจังหวัดมุกดาหาร สำนักงานศาลยุติธรรม

Waranya Trongpisutsak

Judge of the Mukdahan Provincial Court, Office of the Judiciary

นิตินันท์ บูรณะเจริญรักษ์**

อัยการประจำกอง สำนักงานอัยการพิเศษฝ่ายคดีอาญา 1

Nitinant Bruranajroenrak

Divisional Public Prosecutor, Executive Director's Office of Criminal Litigation 1

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขาวิชากฎหมายมหาชน) London School of Economics
and Political Science, United Kingdom; อีเมลติดต่อ waranyatrong@gmail.com

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา; นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง; อีเมลติดต่อ nitinantattorney@hotmail.
com

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2566)

หทัยพัชร์ เลิศกมลนิมิตร^{*}**

ทนายความ สำนักงานคำนวณ ซิโลปถัมภ์ ทนายความ

Hathaiphat Lertkamonnimit

Lawyer, Kamnuan Chalopathump Law Office

วันที่รับบทความ 1 ธันวาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 14 ธันวาคม 2565; วันที่ตอบรับบทความ 15 ธันวาคม 2565

^{***} นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่ง
เนติบัณฑิตยสภา; อีเมลติดต่อ jaoo33@hotmail.com

บทคัดย่อ

สำหรับผู้ที่กำลังค้นคว้าหาความเป็นนิตินักศึกษาวิชากฎหมายออกมาประกอบวิชาชีพทางกฎหมายอย่างแท้จริงแล้วย่อมทราบดีว่า ทักษะที่ต้องใช้สำหรับการทำหน้าที่นักกฎหมายในกระบวนการยุติธรรมนั้น ไม่อาจเติมเต็มได้ด้วยการศึกษาทางตำราเพียงอย่างเดียว “การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์” จัดโดย ศูนย์นิเทศศาสตร์ คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นหนึ่งในกิจกรรมที่เปิดโอกาสให้นิตินักศึกษาระดับปริญญาตรีได้ปรับใช้องค์ความรู้จากในห้องเรียน พัฒนาทักษะสำคัญสำหรับการประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย และเก็บเกี่ยวประสบการณ์เสมือนจริงในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลไปในคราวเดียวกัน บทความนี้ไม่ได้มุ่งเน้นการนำเสนอหน้าฉากของการแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในศาลชั้นอุทธรณ์ผ่านมุมมองของผู้เข้าร่วมการแข่งขัน ซึ่งผู้ที่สนใจย่อมสามารถหาอ่านได้ทั่วไปจากรุ่นพี่ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ที่มาบอกเล่าเรื่องราวไว้ หากแต่บทความนี้จะมาเติมเต็มฉากหลังของการแข่งขันว่าในฐานะคณะกรรมการออกข้อสอบและคณะกรรมการตัดสิน พวกเรามีความประสงค์และความคาดหวังใดจากผู้เข้าร่วมการแข่งขันผ่านกระบวนการในแต่ละขั้นตอน ตั้งแต่เริ่มต้นได้รับข้อสอบการแข่งขัน จัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์ไปจนถึงขึ้นแถลงการณ์ด้วยวาจาต่อหน้าศาล ผู้เขียนทั้งสามหวังว่าบทความนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่สนใจเข้าร่วมการแข่งขันไปตลอดถึงนิตินักศึกษากฎหมายที่ต่างกำลังก้าวไปบนเส้นทางของตนเพื่อจะได้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในอนาคต

คำสำคัญ: การแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์; ปัญหาข้อกฎหมาย; ศาลจำลอง

Abstract

Anyone who has graduated from law school and started a career in law will exactly know that the skill set required for the profession cannot sufficiently be fulfilled by textbook knowledge alone. A “Moot Court Competition” organized by TU Law Center of the Faculty of Law at Thammasat University is one of the activities that provides undergraduate law students an opportunity to apply their legal knowledge from the classroom, develop critical skills for the legal profession and gain a virtual experience in court proceedings at the same time. This article does not aim to focus on presenting the front-end competition’s landscape in which the reader could achieve it from their college seniors. In this article, the authors, as the Examination Committee composing the exam and judging the presentation of the oral advocacy, aim to reveal the perspectives of what we expect to see from the participants in each step in the whole competition. We anticipate this article will benefit those who are interested in participating in the competition as well as law students who are working towards their path to becoming legal professionals.

Keywords: Moot Court Competition; Legal Questions; Mock Trial

1. บทนำ

การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์ระดับประเทศ ครั้งที่ 8 จัดโดย ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นการแข่งขันที่ให้ผู้เข้าแข่งขันในระดับชั้นปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยต่าง ๆ รับผิดชอบบทสมมติเป็นพนักงานอัยการโจทก์ ทนายโจทก์ หรือทนายจำเลยเพื่อแถลงการณ์ด้วยวาจาโต้เถียงปัญหาข้อกฎหมายที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นต่อหน้าศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นการขอแถลงการณ์ด้วยวาจาเพื่อประกอบการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลชั้นอุทธรณ์ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 241 (สำหรับคดีแพ่ง) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 206 (สำหรับคดีอาญา)

ในบรรดากิจกรรมทางวิชาการของนิสิตนักศึกษาระดับชั้นปริญญาตรี การแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในศาลชั้นอุทธรณ์ เป็นกิจกรรมที่ให้โอกาสผู้เข้าแข่งขันได้รับประสบการณ์ซึ่งใกล้เคียงกับการประกอบวิชาชีพด้านกฎหมายในชีวิตจริงมากที่สุด เนื่องจากผู้เข้าแข่งขันต้องขึ้นแถลงการณ์ในฐานะพนักงานอัยการโจทก์ ทนายโจทก์ หรือทนายจำเลย เพื่อแสดงข้อสนับสนุนและข้อโต้แย้งในปัญหาข้อกฎหมายต่าง ๆ ให้เป็นคุณแก่ฝ่ายของตน โดยใช้ทักษะในการพูดสื่อสารโน้มน้าวคณะกรรมการตัดสินในฐานะผู้พิพากษาศาลชั้นอุทธรณ์ให้เห็นคล้อยตามแตกต่างจากการสอบวัดผลในระดับปริญญาตรีโดยทั่วไปที่มักจะวัดทักษะในการเขียนเป็นหลัก

สำหรับการแข่งขันประจำปีการศึกษา 2564 ที่ผ่านมา ผู้เขียนทั้งสามได้รับความไว้วางใจจากศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่เชิญให้ผู้เขียนทั้งสามและรองศาสตราจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง (บรรณาธิการ) ร่วมกันเป็นคณะกรรมการออกข้อสอบและคณะกรรมการตัดสินการแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์ ระดับประเทศ ครั้งที่ 8 ดังนั้น ในการเขียนบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนทั้งสามจึงมีวัตถุประสงค์ที่จะถ่ายทอดมุมมองของคณะกรรมการออกข้อสอบและคณะกรรมการตัดสินให้แก่ผู้อ่านได้รู้ว่า ในการเข้าแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์นั้น คณะกรรมการมีความประสงค์และความคาดหวังให้ผู้เข้าแข่งขันแสดงทักษะใดบ้าง ตั้งแต่ขั้นตอนที่ผู้เข้าแข่งขันได้รับข้อสอบ เขียนสรุปย่อคำแถลงการณ์ ไปจนถึงขึ้นแถลงการณ์ด้วยวาจาต่อหน้าศาล ซึ่งทักษะทั้งหมดเหล่านี้เป็นสิ่งที่จะติดตัวผู้เข้าแข่งขันไปจนกระทั่งก้าวเข้าสู่วิชาชีพทางกฎหมาย

ตามที่ตนประสงค์ในอนาคต และยังเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านโดยเฉพาะนักศึกษากฎหมายที่สนใจเข้าร่วมการแข่งขันในปีต่อ ๆ ไป

บทความนี้ ผู้เขียนทั้งสามเริ่มต้นด้วยการนำข้อสอบการแข่งขันประจำปีนี้มาใส่ไว้ในหัวข้อที่ 2 ซึ่งหากผู้อ่านต้องการท้าทายความสามารถของตนเอง ผู้อ่านอาจสมมติว่าตนเป็นผู้เข้าแข่งขันที่ได้รับข้อสอบดังกล่าว แล้วลองคิดว่า หากผู้อ่านอยู่ในฐานะพนักงานอัยการโจทก์หรือทนายจำเลยทั้งสองนั้น ผู้อ่านจะอุทธรณ์และเตรียมการแก้อุทธรณ์ในประเด็นใดบ้าง โดยให้เหตุผลสนับสนุนอย่างไร ซึ่งจะทำให้การอ่านบทความนี้เกิดความสนุกสนานและอรรถรสมากยิ่งขึ้น ต่อมาในหัวข้อที่ 3 ผู้เขียนทั้งสามได้บอกเล่าความประสงค์ของคณะกรรมการออกข้อสอบว่าในการผูกเงื่อนไขและประเด็นต่าง ๆ นั้น คณะกรรมการประสงค์ให้ผู้เข้าแข่งขันใช้ทักษะในการจับประเด็นและการค้นคว้าแหล่งข้อมูลอย่างไรบ้าง หลังจากนั้น ในขั้นตอนต่อไปผู้เข้าแข่งขันจะต้องจัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์และขึ้นแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์ต่อหน้าคณะกรรมการตัดสิน ซึ่งผู้เขียนทั้งสามได้อธิบายถึงความคาดหวังที่คณะกรรมการตัดสินเรียกร้องให้ผู้เข้าแข่งขันแสดงออกในการจัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์และการแถลงการณ์ด้วยวาจาไว้ในหัวข้อที่ 4 และหัวข้อที่ 5 ตามลำดับ ก่อนจะปิดท้ายด้วยบทสรุปและข้อเสนอแนะ

2. ข้อสอบ

“เมื่อวันที่ 16 สิงหาคม 2565 พนักงานอัยการโจทก์ยื่นฟ้องนางสาวมาลี มีลูกแมวเหมียว เป็นจำเลยที่ 1 และนางสาวหนูไม่รู้ หนูมาซื้อของให้แม่ เป็นจำเลยที่ 2 ต่อศาลจังหวัดนครพนมว่า ระหว่างวันที่ 1 มีนาคม 2565 เวลากลางวัน ถึงวันที่ 16 เมษายน 2565 เวลากลางวัน วันและเวลาใดไม่ปรากฏชัดเจนต่อเนื่องกันตลอดมา จำเลยทั้งสองโดยเจตนาทุจริตได้บังอาจร่วมกันหลอกลวงนายเนื้อไม่ได้กิน หนังกไม่ได้รอนั่ง ผู้เสียหาย ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จ และปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้งแก่ผู้เสียหาย โดยการชักชวนให้ผู้เสียหายมาซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาลงวดประจำวันที่ 16 พฤษภาคม 2565 จำนวน 10,000 ฉบับ ในราคา 830,000 บาท ซึ่งเป็นความเท็จทั้งสิ้น ความจริงแล้วจำเลยทั้งสองไม่มีเจตนาที่จะขายสลากกินแบ่งรัฐบาลดังกล่าวให้ผู้เสียหายตามที่กล่าวอ้างแต่อย่างใด จำเลยทั้งสองมีเจตนาทุจริตตั้งแต่แรกที่จะหลอกลวงเอาเงินของผู้เสียหายและโดยการหลอกลวงของจำเลยทั้งสองดังว่านั้น เป็นเหตุให้ผู้เสียหายหลงเชื่อว่าเป็นความจริง จึงได้จ่ายเงินค่าสลากกินแบ่งรัฐบาลดังกล่าว

จำนวน 830,000 บาท ด้วยการโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากของจำเลยที่ 2 ทำให้จำเลยทั้งสองได้ไปซึ่งทรัพย์สินเป็นเงินจำนวน 830,000 บาท จากผู้เสียหาย ซึ่งเป็นผู้ถูกหลอกลวงไปเป็นประโยชน์ส่วนตัวของจำเลยทั้งสองโดยทุจริต เหตุเกิดที่ตำบลพระซอง อำเภอนาแก จังหวัดนครพนม ขอให้ลงโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 83, 341 กับให้จำเลยทั้งสองคืนเงิน 830,000 บาท แก่ผู้เสียหาย

ต่อมาในวันนัดสอบคำให้การ ศาลอ่านและอธิบายฟ้องให้จำเลยทั้งสองฟังภายหลังจำเลยทั้งสองมีทนายความแล้ว จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพในคดีส่วนอาญา และขออนุญาตศาลเลื่อนคดีออกไปก่อนเป็นระยะเวลา 6 เดือน เพื่อให้โอกาสจำเลยทั้งสองหาเงินมาชำระคืนแก่ผู้เสียหาย ผู้เสียหายแถลงว่า หากจำเลยทั้งสองชำระเงินคืนแก่ผู้เสียหายครบถ้วน ผู้เสียหายก็ไม่ติดใจดำเนินคดีทั้งทางแพ่งและทางอาญาแก่จำเลยทั้งสองอีกต่อไป และจะแถลงขอลอนคำร้องทุกข์ในวันนัดหน้า สอบโจทก์แล้วแถลงไม่คัดค้าน ศาลอนุญาตให้เลื่อนคดีไปนัดฟังผลการชำระค่าเสียหายหรือขอลอนคำร้องทุกข์หรือสอบคำให้การส่วนแพ่งและฟังคำพิพากษา

เมื่อถึงวันนัดดังกล่าว จำเลยทั้งสองขอลอนทนายความเดิมและแต่งตั้งทนายความใหม่ จากนั้นจึงแถลงว่า จำเลยทั้งสองไม่สามารถหาเงินมาชำระแก่ผู้เสียหายได้ จึงขอลอนคำให้การรับสารภาพเดิมแล้วให้การใหม่เป็นปฏิเสศ โดยอ้างเหตุผลว่า คำให้การรับสารภาพเดิมได้ให้ไว้เนื่องจากถูกกดดันจากทนายความท่านเดิมและตอนนี้เห็นว่ามิเหตุต่อผู้คดีได้ กับให้การในคำขอส่วนแพ่งว่า จำเลยที่ 1 และผู้เสียหายตกลงซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลกันในราคาเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 มาตรา 39 และพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 9 ทวิ และมาตรา 9 ตรี เป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแจ้งโดยกฎหมาย ตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ผู้เสียหายโอนเงินให้แก่จำเลยที่ 2 เพื่อชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย จึงไม่สามารถเรียกร้องเงินดังกล่าวคืนได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411 โจทก์แถลงคัดค้านการขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การของจำเลยทั้งสอง เนื่องจากการขอแก้ไขเพิ่มเติมคำให้การโดยไม่มีเหตุอันสมควร ศาลมีคำสั่งว่า เพื่อให้จำเลยทั้งสองมีโอกาสต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ จึงอนุญาต แล้วดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยให้โจทก์และจำเลยนำพยานหลักฐานเข้าสืบต่อไป

ทางพิจารณาโจทก์นำสืบว่า จำเลยที่ 1 กับผู้เสียหายรู้จักกันมาประมาณ 9 ปี เนื่องจากทั้งสองประกอบอาชีพค้าขายและตั้งแผงอยู่ใกล้กัน ผู้เสียหายทำธุรกิจขายเสื้อผ้ามือสอง ไม่เคยเกี่ยวข้องและไม่รู้เรื่องในแวดวงซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลมาก่อน ช่วงต้นปี 2565 ธุรกิจของผู้เสียหายประสบปัญหาขาดทุน เนื่องจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 จำเลยที่ 1 จึงเข้ามาชักชวนผู้เสียหายให้ทำธุรกิจซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาล โดยอ้างว่าจำเลยที่ 1 มีโควตาซื้อสลากได้เป็นจำนวนมาก หากผู้เสียหายประสงค์จะซื้อก็ให้แจ้งจำนวนที่ต้องการแล้วโอนเงินชำระราคาก่อนล่วงหน้าหนึ่งเดือนไปยังบัญชีเงินฝากของจำเลยที่ 2 ซึ่งจำเลยที่ 1 เป็นผู้ให้มา และจำเลยที่ 1 ยังแนะนำให้ผู้เสียหายตั้งกลุ่มในแอปพลิเคชันไลน์เพื่อเป็นช่องทางในการขายสลากให้แก่ผู้ค้ารายย่อยอื่น ๆ โดยในแต่ละงวด จำเลยที่ 1 จะกำหนดราคาซื้อที่ผู้เสียหายจะต้องชำระให้แก่จำเลยที่ 1 และราคาขายที่ผู้เสียหายจะนำไปขายต่อในกลุ่ม หรือหากผู้เสียหายไม่สามารถขายสลากได้เท่าจำนวนที่ตนซื้อ ผู้เสียหายก็สามารถฝากจำเลยที่ 1 ขายส่วนที่เหลือได้ แล้วจำเลยที่ 1 จะโอนเงินกำไรที่ได้รับในแต่ละงวดให้ ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขว่า ผู้เสียหายจะต้องรักษายอดจำนวนสลากที่ซื้อจากจำเลยที่ 1 ในแต่ละงวดไม่ให้ลดลงจากเดิม ก่อนเกิดเหตุคดีนี้ ผู้เสียหายเคยสั่งซื้อสลากจากจำเลยที่ 1 มาแล้ว 1 ครั้ง คือ สลากงวดประจำวันที่ 2 พฤษภาคม 2565 จำนวน 100 เล่ม ๆ ละ 100 ฉบับ รวม 10,000 ฉบับ ในราคาฉบับละ 83 บาท รวมเป็นเงิน 830,000 บาท ผู้เสียหายโอนเงินเข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 ตามที่จำเลยที่ 1 แจ้งเพื่อชำระราคาครบถ้วนแล้ว โดยผู้เสียหายตกลงว่าจะรับสลากจริงมาขายเอง 20 เล่ม ส่วนอีก 80 เล่มจะฝากจำเลยที่ 1 ขาย ซึ่งในวันที่ 16 เมษายน 2565 จำเลยที่ 1 ก็โอนเงินกำไรส่วนที่ฝากขาย 32,000 บาท ให้แก่ผู้เสียหาย แต่เนื่องจากผู้เสียหายต้องรักษายอดซื้อสลากตามเงื่อนไข ผู้เสียหายจึงโอนเงิน 166,000 บาท ไปยังบัญชีของจำเลยที่ 2 เพื่อทดแทนราคาสลากจริง 20 เล่ม ที่เบิกมา และวันที่ 23 เมษายน 2565 จำเลยที่ 1 ก็ส่งมอบสลาก 20 เล่ม ให้แก่ผู้เสียหายเรียบร้อยแล้ว ส่วนสลากงวดประจำวันที่ 16 พฤษภาคม 2565 นั้น ผู้เสียหายตกลงรับสลากมาขายเอง 25 เล่ม ส่วนอีก 75 เล่ม จะฝากจำเลยที่ 1 ขาย ต่อมาจำเลยที่ 1 แจ้งผู้เสียหายว่า สลากส่วนที่ฝากขายนั้น สามารถขายได้ในราคาใบละ 87 บาท ซึ่งเท่ากับต้นทุนราคาซื้อสลากงวดประจำวันที่ 1 มิถุนายน 2565 จึงไม่มีกำไรที่ให้แก่ผู้เสียหาย ส่วนสลากจริงที่เบิก จำเลยที่ 1 สามารถส่งมอบให้แก่ผู้เสียหายได้ภายในวันที่ 6 พฤษภาคม 2565 อย่างไรก็ดี เมื่อถึงวันดังกล่าว จำเลยที่ 1 ไม่สามารถส่งมอบสลากให้แก่ผู้เสียหายได้แต่อย่างใด เมื่อผู้เสียหายสอบถาม จำเลยที่ 1 จึงยอมรับว่า จำเลยที่ 1 รู้อยู่แล้วว่าการซื้อขายสลาก

จะเกิดปัญหา เนื่องจากมีขบวนการที่ซื้อสลากราคาสูงจากร้านค้าในกรุงเทพมหานครแล้วนำมาขายในราคาที่ต่ำกว่า เพื่อหลอกเอาเงินต้นทุนจากผู้ค้าที่หลงเชื่อในลักษณะเดียวกับแชร์ลูกโซ่ แต่จำเลยที่ 1 ไม่มีเงินคืนให้แก่ผู้เสียหาย เนื่องจากจำเลยที่ 1 โอนเงินไปซื้อสลากจากผู้ค้ารายใหญ่อื่น ๆ จนหมดแล้ว ส่วนจำเลยที่ 2 รับจ้างเปิดบัญชีธนาคารช่วงเดือนมกราคม 2565 โดยรู้อยู่แล้วว่าบัญชีดังกล่าวจะถูกนำไปใช้รับโอนเงินที่เกิดจากการกระทำความผิด ดังนั้นผู้เสียหายจึงไปร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวนเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2565 ขึ้นสอบสวนจำเลยทั้งสองถูกแจ้งข้อหาว่าร่วมกันฉ้อโกง จำเลยทั้งสองให้การปฏิเสธ

จำเลยที่ 1 นำสืบว่า จำเลยที่ 1 เริ่มทำธุรกิจซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลมาประมาณ 2 ปี โดยจำเลยที่ 1 ซื้อสลากจากกลุ่มในแอปพลิเคชันไลน์ของนายตัวดี ไม่มีไม่หนีไม่จ่าย ชื่อว่ากลุ่มชิตังเมโป่งราย ซึ่งกลุ่มดังกล่าวมีรูปแบบการซื้อขายสลาก 2 แบบ ได้แก่ การรับสลากจริงไปขายกับการฝากขายแล้วรอรับส่วนต่างกำไร ทั้งนี้ นายตัวดีจะเป็นผู้กำหนดราคาซื้อและราคาขายในแต่ละงวด เกี่ยวกับคดีนี้ ช่วงเดือนมีนาคม 2565 จำเลยที่ 1 ชักชวนผู้เสียหายมาทำธุรกิจซื้อขายสลาก โดยนายตัวดีให้ผู้เสียหายมาอยู่ในสายของจำเลยที่ 1 เพื่อซื้อสลากผ่านจำเลยที่ 1 เพราะผู้เสียหายกับจำเลยที่ 1 พักอาศัยอยู่ใกล้กันและรู้จักกันมาก่อน สำหรับสลากงวดประจำวันที่ 2 พฤษภาคม 2564 ผู้เสียหายแจ้งจำเลยที่ 1 ว่าประสงค์จะรับสลากจริงไปขาย 20 เล่ม ส่วนที่เหลืออีก 80 เล่ม ขอฝากจำเลยที่ 1 ขาย โดยราคาซื้อในงวดดังกล่าวตกใบละ 83 บาท เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2565 ผู้เสียหายจึงโอนเงิน 830,000 บาท ไปยังบัญชีของจำเลยที่ 2 ตามที่จำเลยที่ 1 บอก ต่อมาจำเลยที่ 1 ส่งมอบสลากจริง 20 เล่ม ให้แก่ผู้เสียหายแล้ว ส่วนอีก 80 เล่ม ที่ฝากขาย จำเลยที่ 1 โอนเงินกำไร 32,000 บาท ให้แก่ผู้เสียหายเรียบร้อยแล้ว ส่วนผู้เสียหายโอนเงิน 166,000 บาท เข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 เพื่อรักษายอดสั่งซื้อสลากในงวดถัดไปตามกติกาที่นายตัวดีกำหนด ส่วนสลากงวดประจำวันที่ 16 พฤษภาคม 2565 ผู้เสียหายแจ้งจำเลยที่ 1 ว่าประสงค์จะรับสลากจริงไปขาย 25 เล่ม ส่วนที่เหลืออีก 75 เล่ม ขอฝากจำเลยที่ 1 ขาย โดยสามารถขายได้ในราคาใบละ 87 บาท ซึ่งเท่ากับต้นทุนราคาซื้อสลากประจำงวดวันที่ 1 มิถุนายน 2565 จึงไม่มีกำไรที่จะโอนให้แก่ผู้เสียหาย ส่วนสลากอีก 25 เล่ม จำเลยที่ 1 ไม่ได้ส่งมอบให้แก่ผู้เสียหาย เนื่องจากจำเลยที่ 1 ไม่ได้รับสลากจากนายตัวดีเช่นกัน กรณีเป็นเพียงเรื่องการผิดสัญญาทางแพ่ง จำเลยที่ 1 ไม่มีเจตนาฉ้อโกงผู้เสียหายและจำเลยที่ 1 ก็เป็นผู้เสียหายรายหนึ่งที่ถูกนายตัวดีฉ้อโกง เนื่องจากนายตัวดีเป็นส่วนหนึ่งของขบวนการที่ซื้อสลากราคาสูงจากร้านค้าในกรุงเทพมหานครแล้วนำมาขายในราคาที่ต่ำกว่า เพื่อหลอกเอา

เงินต้นทุนจากผู้ค้าที่หลงเชื่อในลักษณะเดียวกับแชร์ลูกโซ่ นอกจากนี้ ผู้เสียหายยังฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีแพ่งต่อศาลจังหวัดนครพนมว่าจำเลยทั้งสองผิดสัญญา ขอให้จำเลยทั้งสองชำระเงิน 830,000 บาท โดยศาลวินิจฉัยว่า ผู้เสียหายสมัครใจเข้าร่วมขบวนการซื้อขายสลากเกินกว่าราคากำหนดอันเป็นการจงใจฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เงินที่ผู้เสียหายโอนให้แก่จำเลยทั้งสองเกิดจากการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามตามกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน การฟ้องคดีของผู้เสียหายเป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต ผู้เสียหายไม่มีอำนาจฟ้องพิพากษายกฟ้อง ขณะนี้คดียังไม่ถึงที่สุด อยู่ระหว่างระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์

จำเลยที่ 2 นำสืบว่า จำเลยที่ 2 ประกอบอาชีพรับจ้างทั่วไป รายได้ไม่แน่นอน ช่วงเดือนมกราคม 2565 มีนายหัวคิว ไม่ทราบนามสกุล มาชักชวนให้จำเลยที่ 2 เปิดบัญชีธนาคาร แลกกับเงินค่าจ้าง 3,000 บาท เมื่อจำเลยที่ 2 ตกลง นายหัวคิวจึงพาจำเลยที่ 2 ไปเปิดบัญชีที่ธนาคาร หลังจากนั้น จำเลยที่ 2 ส่งมอบสมุดบัญชี บัตรอิเล็กทรอนิกส์และซิมโทรศัพท์ที่ผูกกับบัญชีดังกล่าวให้นายหัวคิว จำเลยที่ 2 ไม่ทราบเลยว่าบัญชีดังกล่าวจะถูกนำไปใช้อย่างไร และจำเลยที่ 2 ไม่มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 กระทำความผิด

พิเคราะห์พยานหลักฐานที่โจทก์และจำเลยทั้งสองนำสืบแล้ว ข้อเท็จจริงรับฟังได้ในเบื้องต้นว่า ผู้เสียหายตกลงซื้อสลากกินแบ่งรัฐบาล งวดประจำวันที่ 2 พฤษภาคม 2565 จากจำเลยที่ 1 จำนวน 100 เล่ม เล่มละ 100 ฉบับ รวม 10,000 ฉบับ ในราคาฉบับละ 83 บาท รวมเป็นเงิน 830,000 บาท เมื่อวันที่ 1 เมษายน 2565 ผู้เสียหายโอนเงินเข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 เพื่อชำระราคา โดยผู้เสียหายขอรับสลากจริงมาขายเอง 20 เล่ม และฝากจำเลยที่ 1 ขาย 80 เล่ม ต่อมาวันที่ 16 เมษายน 2565 จำเลยที่ 1 โอนเงินกำไรส่วนที่ฝากขายได้ราคาใบละ 87 บาท คิดเป็นกำไรใบละ 4 บาท จำนวน 8,000 ใบ รวม 32,000 บาท ให้แก่ผู้เสียหาย ส่วนผู้เสียหายโอนเงินค่าสลากจริงที่เบิกมาเพื่อรักษายอดสั่งจองสลาก งวดถัดไป 166,000 บาท เข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 และวันที่ 23 เมษายน 2565 จำเลยที่ 1 ส่งมอบสลากจริง 20 เล่ม ให้แก่ผู้เสียหาย ส่วนสลากงวดประจำวันที่ 16 พฤษภาคม 2565 ผู้เสียหายตกลงรับสลากมาขายเอง 25 เล่ม และฝากจำเลยที่ 1 ขาย 75 เล่ม แต่จำเลยที่ 1 ไม่ได้ส่งมอบสลากให้แก่ผู้เสียหาย และจำเลยที่ 1 รู้อยู่แล้วว่ามีขบวนการที่ซื้อสลากราคาสูงจากร้านค้าในกรุงเทพมหานครแล้วนำมาขายในราคาที่ต่ำกว่าเพื่อหลอกเอาเงินต้นทุนจากผู้ค้าที่หลงเชื่อในลักษณะเดียวกับแชร์ลูกโซ่ ผู้เสียหายจึงฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีแพ่งต่อศาลจังหวัดนครพนมว่าจำเลยทั้งสองผิดสัญญา ขอให้จำเลยทั้งสองชำระเงิน 830,000 บาท ศาลพิพากษายกฟ้อง คดียังไม่ถึงที่สุด ส่วนจำเลยที่ 2 รับจ้าง

เปิดบัญชีธนาคารแลกกับเงิน 3,000 บาท แล้วส่งมอบสมุดบัญชี บัตรอิเล็กทรอนิกส์และซิมโทรศัพท์ ที่ผูกกับบัญชีให้แก่ผู้ที่ว่าจ้างตนในช่วงเดือนมกราคม 2565

คดีมีปัญหาต้องวินิจฉัยประการแรกว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่ เห็นว่า ผู้เสียหาย ทำธุรกิจขายเสื้อผ้ามือสอง ไม่เคยเกี่ยวข้องและไม่รู้เรื่องในแวดวงซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาล มาก่อน การที่ผู้เสียหายซื้อสลากฯ จากจำเลยที่ 1 แล้วนำไปขายต่อ เป็นเพียงวิถีแห่งการค้าขายปกติที่พ่อค้าแม่ค้าย่อมซื้อสินค้ามาแล้วนำไปขายต่อในราคาที่สูงขึ้นเพื่อหารายได้ จากส่วนต่างกำไร กรณีไม่อาจฟังว่าผู้เสียหายเกี่ยวข้องหรือพัวพันกับขบวนการซื้อขายสลากกินราคาในลักษณะที่ผู้เสียหายทราบว่าการกระทำของตนเป็นความผิด จึงต้องฟังว่าผู้เสียหาย เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัย เมื่อผู้เสียหายร้องทุกข์และมีการสอบสวนโดยชอบแล้ว โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีต่อศาล ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120

ปัญหาต่อไปต้องวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 1 กระทำความผิดฐานฉ้อโกงหรือไม่ เห็นว่า จำเลยที่ 1 อยู่ในขบวนการซื้อขายสลากกินราคาประมาณ 2 ปี ถึงขนาดที่นายตัวตีกำหนดให้ ผู้ค้ารายอื่นมาอยู่ในสายแล้วซื้อสลากต่อจากจำเลยที่ 1 เชื่อได้ว่าจำเลยที่ 1 ทราบถึงกลไก และเบื้องหลังของการทำธุรกิจดังกล่าวเป็นอย่างดี เมื่อจำเลยที่ 1 หลอกหลวงผู้เสียหาย ด้วยการแสดงข้อความอันเป็นที่จว่าตนมีสลากมาขายให้แก่ผู้เสียหายเป็นจำนวนมาก ทั้งที่ความเป็นจริงแล้วจำเลยที่ 1 ไม่มีสลากดังกล่าวที่จะส่งมอบให้แก่ผู้เสียหายแต่อย่างใด ทั้งนี้ เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายจากเงินค่าสลากที่ผู้เสียหายชำระให้ และการหลอกหลวงนั้นเป็นเหตุให้ผู้เสียหายโอนเงินชำระราคา 830,000 บาท การกระทำของ จำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานฉ้อโกง แม้ในการซื้อขายสลากงวดประจำวันที่ 2 พฤษภาคม 2564 จำเลยที่ 1 จะโอนเงินส่วนต่างกำไร 32,000 บาท และส่งมอบสลากจริง 20 เล่ม ให้แก่ ผู้เสียหาย ส่วนสลากงวดประจำวันที่ 16 พฤษภาคม 2564 จำเลยที่ 1 จะอ้างว่าไม่มีเงิน ส่วนต่างกำไรที่จะโอนให้ เนื่องจากสลากส่วนที่ฝากขายสามารถขายได้ในราคาเท่ากับราคา ซื้อสลากของงวดถัดไป แต่การโอนเงินส่วนต่างกำไร การส่งมอบสลากบางส่วน และการกล่าวอ้าง ถึงราคาสลากในงวดถัดไป ต่างทำเพื่อให้ผู้เสียหายหลงเชื่อและยอมอยู่ในสายของจำเลยที่ 1 ซึ่งจะทำให้จำเลยที่ 1 ไม่ต้องคืนเงินค่าสลากแก่ผู้เสียหายนั่นเอง กรณีจึงมิใช่เรื่องผิดสัญญา ทางแพ่งดังที่จำเลยที่ 1 กล่าวอ้าง

ปัญหาประการที่สามต้องวินิจฉัยว่า จำเลยที่ 2 เป็นตัวการร่วมกระทำความผิดกับจำเลยที่ 1 หรือไม่ เห็นว่า พยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบแสดงข้อเท็จจริงเพียงว่า ช่วงเดือนมกราคม 2565 จำเลยที่ 2 เปิดบัญชีธนาคารซึ่งภายหลังถูกใช้เป็นบัญชีรับโอนเงินค่าสลากจากผู้เสียหาย โดยไม่มีพยานหลักฐานอื่นที่จะพิสูจน์ได้ว่า จำเลยที่ 2 สมคบ ตกลง หรือเข้าร่วมเป็นส่วนหนึ่งของขบวนการซื้อขายสลากฯ เกินราคา ทั้งพยานหลักฐานที่โจทก์นำสืบมาก็ไม่มีข้อเท็จจริงที่ยืนยันหรือบ่งชี้ได้ว่าในระหว่างการตกลงซื้อขายสลากของจำเลยที่ 1 กับผู้เสียหาย จำเลยที่ 2 มีการติดต่อกับจำเลยที่ 1 หรือนายตัวดี อันจะแสดงให้เห็นได้ว่าจำเลยที่ 2 มีการกระทำและเจตนาาร่วมด้วยในการกระทำความผิด นอกจากนี้ จำเลยที่ 2 เปิดบัญชีโดยมีนายหัวคิวเป็นผู้ชักชวน บุคคลดังกล่าวจึงเป็นส่วนสำคัญที่อาจแสดงความเชื่อมโยงระหว่างจำเลยที่ 2 กับกลุ่มคนร้ายทั้งหมด แต่โจทก์ไม่ได้้นำสืบหรือแสดงให้เห็นถึงความเชื่อมโยงดังกล่าว ลำพังข้อเท็จจริงที่จำเลยที่ 2 เปิดบัญชีแล้วมีการโอนเงินจากบัญชีของผู้เสียหายมาเข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 จึงยังมีเหตุสงสัยตามสมควรว่า จำเลยที่ 2 ร่วมกับจำเลยที่ 1 กระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ กรณีต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้แก่จำเลยที่ 2 ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง

ปัญหาประการสุดท้ายต้องวินิจฉัยว่า จำเลยทั้งสองต้องคืนเงินแก่ผู้เสียหายหรือไม่ เห็นว่า การวินิจฉัยคดีส่วนแบ่งต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันว่าด้วยความรับผิดชอบของบุคคลในทางแพ่ง โดยไม่จำเป็นต้องคำนึงว่าจำเลยต้องคำพิพากษาว่าได้กระทำความผิดหรือไม่ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 47 วรรคหนึ่ง เมื่อผู้เสียหายตกลงซื้อสลากจากจำเลยที่ 1 ในราคาใบละ 83 บาท เกินกว่าราคา 80 บาท ที่กำหนดไว้ เงินที่ผู้เสียหายโอนเข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 จึงเกิดจากการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน ตกเป็นโมฆะ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และเป็นการชำระหนี้อันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411 ผู้เสียหายไม่มีสิทธิเรียกร้องให้จำเลยทั้งสองคืนเงินจำนวนดังกล่าว

พิพากษาว่าจำเลยที่ 1 มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 จำคุก 2 ปี ยกฟ้องโจทก์สำหรับจำเลยที่ 2 และยกคำขอในส่วนแบ่ง

ท่านในฐานะพนักงานอัยการโจทก์ หรือในฐานะทนายจำเลยทั้งสอง จะยื่นอุทธรณ์ และขอแถลงการณ์ด้วยวาจาต่อศาลอุทธรณ์ภาค 4 ในประเด็นข้อกฎหมายใด โดยยกเหตุผลประกอบอย่างไรบ้าง ทั้งนี้ ศาลอุทธรณ์ภาค 4 อนุญาตให้จำเลยทั้งสองแถลงประเด็นที่ตนอุทธรณ์ก่อน และให้โจทก์แถลงแก้ประเด็นอุทธรณ์ของจำเลยทั้งสองและแถลงประเด็นที่ตนอุทธรณ์ จากนั้นให้จำเลยทั้งสองแถลงแก้ประเด็นอุทธรณ์ของโจทก์”

3. ความประสงค์ของคณะกรรมการออกข้อสอบ

การเป็นคณะกรรมการออกข้อสอบแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นศาลอุทธรณ์ หากจะให้เปรียบเทียบคนเหมือนคนเดินกวางมือทรงตัวอยู่บนเส้นลวดเล็ก ๆ ที่ต้องพยายามรักษาสมดุลระหว่างน้ำหนักของข้อต่อสู้ในประเด็นต่าง ๆ สำหรับทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลย ให้ใกล้เคียงกันมากที่สุด ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้เข้าแข่งขันทั้งสองฝ่ายมีโอกาสแสดงทักษะในฐานะพนักงานอัยการ ทนายโจทก์ หรือทนายจำเลยอย่างเท่าเทียม ดังนั้น ผู้เข้าแข่งขันจะต้องเข้าใจในเบื้องต้นว่า ไม่มีประเด็นใดในข้อสอบที่ไม่มีช่องทางให้ต่อสู้คดีได้ เนื่องจากคณะกรรมการออกข้อสอบจะให้ความสำคัญในเรื่องนี้เสมอ ดังนั้น เมื่อได้อ่านข้อสอบแล้ว คณะกรรมการจึงประสงค์ให้ผู้เข้าแข่งขันใช้ทักษะอย่างน้อย 2 ประการ ได้แก่ ทักษะในการจับประเด็น และทักษะในการศึกษาค้นคว้าข้อมูล

3.1 ทักษะในการจับประเด็นนั้น ถือเป็นขั้นตอนสำคัญด่านแรกของผู้เข้าแข่งขันจะต้องทำความเข้าใจข้อสอบโดยละเอียดแล้วค้นหาประเด็นที่คณะกรรมการประสงค์ให้ผู้เข้าแข่งขันหยิบจับขึ้นมาต่อสู้กันให้ครบถ้วน ซึ่งประเด็นเหล่านี้ บางครั้งก็จะปรากฏชัดเจนตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นในข้อสอบ แต่บางครั้งก็จะเป็นประเด็นเสริมและประเด็นซ่อนที่ผู้เข้าแข่งขันต้องสังเกตด้วยตนเอง ดังนี้

1) ประเด็นหลัก หมายถึง ประเด็นที่ปรากฏตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น ด้วยเหตุที่การแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นศาลอุทธรณ์ เป็นการโต้เถียงคำพิพากษาศาลชั้นต้นในประเด็นต่าง ๆ ที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ ไม่ใช่การโต้เถียงคำฟ้องหรือคำให้การโดยตรง ดังนั้น ประเด็นใดที่ศาลชั้นต้นวินิจฉัยไว้แล้วทำให้ฝ่ายของตนเสียเปรียบ ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายนั้นก็จะมีหน้าที่ที่จะต้องหยิบยกขึ้นอุทธรณ์ ในทางตรงกันข้าม ประเด็นใดที่ศาลชั้นต้นวินิจฉัยไว้แล้วทำให้ฝ่ายของตนได้เปรียบอยู่แล้ว ฝ่ายนั้นก็ไม่มีหน้าที่หยิบยกขึ้นอุทธรณ์ แต่จะต้องเตรียมหาเหตุผลมาสนับสนุนคำพิพากษาของศาลชั้นต้นผ่านการแถลงแก้อุทธรณ์นั่นเอง เพราะฉะนั้น ทุกประเด็น

ที่ปรากฏชัดแจ้งตามคำพิพากษาศาลชั้นต้น จึงถือเป็นประเด็นหลักที่ผู้เข้าแข่งขันทั้งสองฝ่ายต้องเตรียมการอุทธรณ์หรือแก้อุทธรณ์ให้ครบถ้วน

2) ประเด็นเสริม หมายถึง ประเด็นที่ไม่ได้ปรากฏในคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยตรง แต่อาจเกิดขึ้นระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาชั้นตอนใดชั้นตอนหนึ่งซึ่งส่งผลต่อการพิจารณาพิพากษาคดี หากเป็นประเด็นที่ทำให้ฝ่ายของตนเสียเปรียบก็ควรจะต้องหยิบยกขึ้นอุทธรณ์ด้วย ยกตัวอย่างเช่น ในข้อสอบปีล่าสุดที่ปรากฏตามหัวข้อที่ 2 นั้น ภายหลังจากที่จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพแล้วไม่สามารถหาเงินมาชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ จำเลยทั้งสองจึงขอลอนคำให้การรับสารภาพเดิมแล้วให้การใหม่เป็นปฏิเสศ ซึ่งศาลชั้นต้นใช้ดุลพินิจอนุญาต โดยวินิจฉัยว่า กรณีมีเหตุอันควรเพื่อให้โอกาสจำเลยทั้งสองต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ การอนุญาตให้จำเลยทั้งสองแก้ไขคำให้การนี้ แม้จะไม่ใช่ประเด็นตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นโดยตรง แต่เป็นคำสั่งระหว่างพิจารณาที่ทำให้โจทก์เสียเปรียบ ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์จึงควรหยิบยกขึ้นอุทธรณ์ด้วย ในขณะเดียวกัน ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองก็ต้องเตรียมการแก้อุทธรณ์นั่นเอง

3) ประเด็นซ่อน สำหรับการแข่งขันในบางปี คณะกรรมการออกข้อสอบจะซ่อนประเด็นข้อกฎหมายบางประการที่ไม่ได้ปรากฏในคำพิพากษาศาลชั้นต้น และไม่ได้ปรากฏในกระบวนการพิจารณา แต่เป็นประเด็นที่ผู้เข้าแข่งขันสามารถหยิบยกขึ้นต่อสู้ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในข้อสอบปีล่าสุดมีประเด็นในคดีส่วนแพ่งว่า จำเลยทั้งสองต้องคืนเงินให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ ซึ่งคณะกรรมการออกข้อสอบจงใจใส่ข้อเท็จจริงว่า ผู้เสียหายได้ฟ้องร้องจำเลยทั้งสองเพื่อเรียกค่าเสียหายฐานผิดสัญญาเป็นคดีแพ่งต่างหากแล้ว และศาลชั้นต้นในคดีดังกล่าวพิพากษายกฟ้อง โดยคดีอยู่ระหว่างระยะเวลาอันอุทธรณ์ ดังนั้น กรณีจึงมีประเด็นในเรื่องวิธีพิจารณาคดีว่า ศาลในคดีนี้ยังมีอำนาจที่จะวินิจฉัยคำขอของพนักงานอัยการโจทก์ที่ให้จำเลยทั้งสองคืนเงินให้แก่ผู้เสียหายหรือไม่ หรือกรณีจะเป็นการดำเนินกระบวนการพิจารณาซ้ำหรือไม่ ซึ่งเมื่อปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองจึงสามารถยกขึ้นต่อสู้ในชั้นอุทธรณ์ได้ แม้ว่าจะไม่ได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันในศาลชั้นต้นก็ตาม แต่หากผู้เข้าแข่งขันหาประเด็นดังกล่าวไม่พบ ก็จะทำให้ฝ่ายตนเสียเปรียบในการต่อสู้คดี

ทั้งนี้ ข้อสอบการแข่งขันแถมการณด้วยวาจาในชั้นศาลอุทธรณ์แต่ละปีก็จะมีประเด็นที่คณะกรรมการออกข้อสอบคาดหวังให้ผู้เข้าแข่งขันหยิบยกขึ้นต่อสู้ต่างกันไป ไม่ได้หมายความว่าในทุกปีจะต้องมีประเด็นครบทั้ง 3 ประเภทข้างต้น ความสำคัญอยู่ที่ผู้เข้าแข่งขันจะต้องอ่าน

ทำความเข้าใจข้อสอบโดยละเอียดและค้นหาประเด็นมาเตรียมอุทธรณ์และแก้อุทธรณ์ให้ครบถ้วน มิฉะนั้น หากค้นหาประเด็นไม่พบ ผู้เข้าแข่งขันอาจพลาดพลังไม่ได้อุทธรณ์ในประเด็นที่ควรจะต้องอุทธรณ์ หรือไม่ได้เตรียมข้อต่อสู้มาเพื่อแก้อุทธรณ์จนถูกผู้เข้าแข่งขันอีกฝ่ายหนึ่งโจมตีอยู่ข้างเดียวก็เป็นได้

3.2 ทักษะในการศึกษาค้นคว้าข้อมูล เป็นสิ่งสำคัญที่ต้องใช้ควบคู่ไปเมื่อผู้เข้าแข่งขันอ่านทำความเข้าใจข้อสอบ และกำหนดประเด็นครบถ้วนแล้ว โดยผู้เข้าแข่งขันควรจะต้องค้นหาและทำความเข้าใจข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งในเชิงกว้างและเชิงลึก กล่าวคือ ค้นหาตามแหล่งข้อมูลอย่างกว้างขวาง ไม่จำกัดเฉพาะตำรา คำอธิบายทางวิชาการ หรือคำพิพากษาศาลฎีกาเท่านั้น และยังต้องศึกษาโดยละเอียดให้เข้าใจเงื่อนไขของแต่ละประเด็นอย่างลึกซึ้ง ไม่ใช่เพียงเพื่อให้ตอบคำถามได้เหมือนการเขียนตอบข้อสอบกฎหมายสำหรับวัตถุประสงค์รายวิชา แต่ต้องเข้าใจถึงขนาดที่จะสามารถหยิบยกเหตุผลเบื้องหลังตัวบทกฎหมายและแนวทางการตีความต่าง ๆ มาร้อยเรียงเข้าด้วยกันเพื่อสนับสนุนข้อโต้เถียงของฝ่ายตนให้มีน้ำหนักเหนืออีกฝ่ายหนึ่ง

แหล่งข้อมูลเบื้องต้นที่ผู้เข้าแข่งขันสามารถใช้ในการศึกษาค้นคว้า อาทิ ตำราและคำอธิบายทางวิชาการ คำพิพากษาศาลฎีกา ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและองค์กรกึ่งตุลาการอื่น ๆ วิทยานิพนธ์และบทความทางวิชาการ กฎหมายลำดับรอง ระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีการ ตลอดจนแหล่งข้อมูลทางสังคมวิทยาอื่น ๆ ซึ่งแหล่งข้อมูลแต่ละประเภทจะมีบทบาทแตกต่างกัน ดังต่อไปนี้

1) **ตำราและคำอธิบายทางวิชาการ** ใช้ในการวางพื้นฐานเพื่อทำความเข้าใจหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะตำราของท่านอาจารย์ที่ได้รับการยอมรับในสาขาวิชานั้น ๆ จะทำให้ผู้เข้าแข่งขันมีความเข้าใจในประเด็นปัญหาอย่างถูกต้อง และสามารถนำมาอ้างอิงในการแถลงการณ์ได้โดยมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ

2) **คำพิพากษาศาลฎีกา** เป็นตัวอย่างในการใช้และการตีความตัวบทกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริง ถึงแม้ว่าคำพิพากษาศาลฎีกาจะไม่ใช่ “บ่อเกิดของกฎหมาย” ตามนิทิวธีของระบบกฎหมายไทยที่มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรองไว้ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกายังคงมีความสำคัญในฐานะบันปลายของการใช้และตีความกฎหมายที่เกิดผลขึ้นจริงในคดีต่าง ๆ ซึ่งได้รับการพิจารณาพิพากษาจากศาลทั้งสามชั้น ดังนั้น หากผู้เข้าแข่งขันสามารถค้นหาแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับข้อสอบและอธิบาย

เหตุผลที่ศาลฎีกาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อสนับสนุนข้อแถลงการณ์ของตนได้ก็นับเป็นแหล่งอ้างอิงที่มีน้ำหนักอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในหลายโอกาส คณะกรรมการออกข้อสอบอาจผูกใจทย์ที่ใช้ในการแข่งขันโดยอาศัยข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาศาลฎีกาเรื่องหนึ่งหรือหลายเรื่องประกอบกัน คำพิพากษาศาลฎีกาเหล่านี้จึงเป็นแหล่งอ้างอิงที่มีน้ำหนักให้รับฟังในการแถลงการณ์และยังช่วยให้ผู้เข้าแข่งขันเห็นประเด็นที่คณะกรรมการออกข้อสอบประสงค์จะให้ทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ ด้วยเหตุที่แนวคำพิพากษาศาลฎีกาซึ่งมีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกับข้อสอบอาจให้เหตุผลไปในแนวทางที่เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายโจทก์หรือฝ่ายจำเลยเพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น กรณีจึงเป็นความท้าทายของอีกฝ่ายหนึ่งที่จะต้องหาเหตุผลมาโต้แย้งคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวให้ได้ไม่ว่าด้วยการชี้ให้เห็นว่าข้อเท็จจริงตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกานั้นมีจุดแตกต่างในสาระสำคัญกับข้อเท็จจริงในข้อสอบจนทำให้ผลแห่งคำพิพากษาไม่ควรเป็นไปในแนวทางเดียวกันอย่างไรซึ่งจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้เข้าแข่งขันศึกษาข้อเท็จจริงในข้อสอบอย่างละเอียดแม่นยำ หรือด้วยการโต้แย้งเหตุผลของศาลฎีกาในคดีดังกล่าวว่ามีข้อพิจารณาที่ควรจะต้องเปลี่ยนแนวการวินิจฉัยเพื่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความอย่างไร เป็นต้น

3) **ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาและองค์กรกึ่งตุลาการอื่น ๆ** เป็นแหล่งข้อมูลที่มีน้ำหนักมากอีกแหล่งหนึ่ง เนื่องจากคณะกรรมการกฤษฎีกาจะมีการประชุมให้ความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายต่าง ๆ โดยให้เหตุผลทางวิชาการประกอบอย่างลึกซึ้ง จึงได้รับการยอมรับจากหน่วยงานทั้งหลาย ส่วนองค์กรกึ่งตุลาการ อาทิ คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล คณะกรรมการเครื่องหมายการค้า ฯลฯ จะตีความและวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาที่เกิดจากการบังคับใช้กฎหมายฉบับที่ตนมีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะ จึงมีความรู้ความเข้าใจในตัวบทกฎหมายเป็นอย่างดีและตีความผ่านมุมมองของผู้ที่ปฏิบัติงานจริงในด้านนั้น ๆ

4) **วิทยานิพนธ์หรือบทความทางวิชาการ** มักจะรวบรวมฐานข้อมูลในเรื่องที่ทำการศึกษาโดยละเอียดและชี้ให้เห็นถึงปัญหาของบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายนั้น ๆ ในปัจจุบัน ตลอดจนข้อเสนอแนะสำหรับแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงเป็นแหล่งอ้างอิงที่จะช่วยให้ผู้เข้าแข่งขันสามารถทำความเข้าใจประเด็นในข้อสอบได้อย่างรอบด้านและอาจช่วยเพิ่มเติมเหตุผลในการแถลงการณ์ผ่านมุมมองทางด้านวิชาการอีกด้วย

5) **กฎหมายลำดับรอง ระเบียบ หลักเกณฑ์และวิธีการที่เกี่ยวข้อง** เป็นแนวปฏิบัติที่ออกภายใต้กรอบของกฎหมายแม่บทซึ่งจะช่วยให้ผู้เข้าแข่งขันเข้าใจขั้นตอนหรือวิธีการในทาง

ปฏิบัติมากขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ในข้อสอบปีล่าสุดนั้น มีประเด็นที่จำเลยที่ 1 ต่อสู้ว่ากรณีตาม ปัญหาเป็นเพียงการผิดสัญญาทางแพ่งที่จำเลยที่ 1 ไม่ได้ส่งมอบสลากกินแบ่งรัฐบาลให้แก่ ผู้เสียหายตามที่ตกลงซื้อขายกันเท่านั้น มิใช่เรื่องที่จำเลยที่ 1 มีเจตนาฉ้อโกงผู้เสียหายแต่อย่างใด ซึ่งหากผู้เข้าแข่งขันค้นหาวิธีการจำหน่ายที่คณะกรรมการสลากกินแบ่งรัฐบาลออกโดยอาศัย อำนาจตามพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 มาตรา 13 (7) แล้ว ก็ จะพบว่า วิธีการสลากกินแบ่งรัฐบาลนั้น ตัวแทนจำหน่ายต้องจำหน่ายปลีกให้แก่ผู้ซื้อโดยตรง เท่านั้น ห้ามขายส่งให้กับผู้ที่จะนำไปจำหน่ายต่ออีกทอดหนึ่ง ดังนั้น การที่จำเลยที่ 1 อ้างว่าตน สามารถจำหน่ายสลากกินแบ่งรัฐบาลให้แก่ผู้เสียหายได้ถึง 10,000 ฉบับ เพื่อให้ผู้เสียหายนำไป จำหน่ายต่อ ทั้ง ๆ ที่จำเลยที่ 1 ไม่ใช่ตัวแทนจำหน่ายและไม่ได้จำหน่ายปลีกให้แก่ผู้ซื้อโดยตรง จึงย่อมไม่อาจมีสัญญาทางแพ่งโดยชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นได้ โดยผู้เข้าแข่งขัน ฝ่ายพนักงาน อัยการโจทก์สามารถใช้เหตุผลดังกล่าวประกอบการแถลงการณ์ต่อศาลเพื่อหักล้างข้อต่อสู้ของ จำเลยที่ 1 นั้นเอง

6) **ข้อสนับสนุนเชิงสังคมวิทยาอื่น ๆ** นอกเหนือจากแหล่งข้อมูลในทางกฎหมายแล้ว ผู้เข้าแข่งขันอาจใช้แหล่งข้อมูลเชิงสังคมวิทยาอื่น ๆ มาสนับสนุนเพื่อชี้ให้เห็นว่าแนวทางการใช้ การตีความกฎหมายในปัจจุบันจะสร้างผลกระทบต่อสังคมอย่างไรบ้าง โดยเฉพาะในประเด็น ที่ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายนั้นเสียเปรียบหากยึดถือเฉพาะมุมมองตามคำอธิบายทางวิชาการหรือแนว คำพิพากษาศาลฎีกาที่เป็นอยู่

อนึ่ง ในขั้นตอนการค้นคว้าแหล่งข้อมูลนั้น ผู้เข้าแข่งขันควรต้องตระหนักว่า นอกจาก แหล่งข้อมูลที่ให้เหตุผลสนับสนุนข้อต่อสู้ของฝ่ายตนเองแล้ว ผู้เข้าแข่งขันควรต้องศึกษา แหล่งข้อมูลที่ให้เหตุผลสนับสนุนฝ่ายตรงข้ามด้วย ดังสุภาษิตที่ว่า “รู้เขารู้เรา รบร้อยครั้ง ชนะร้อยครั้ง” กล่าวคือ หากเรารู้ว่าฝ่ายตรงข้ามมีแหล่งข้อมูลใดที่เป็นประโยชน์กับเขาบ้าง เราก็จะสามารถเตรียมตอบโต้กลับผ่านการแถลงการณ์แก้อุทธรณ์ได้อย่างเฉียบคมตรงประเด็น นั้นเอง

4. ความคาดหวังของคณะกรรมการตัดสินต่อ “สรุปย่อคำแถลงการณ์”

“สรุปย่อคำแถลงการณ์” เป็นเอกสารที่ผู้เข้าแข่งขันทั้งฝ่ายโจทก์และจำเลยต้องจัดทำ เพื่อส่งให้คณะกรรมการตัดสินและผู้เข้าแข่งขันอีกฝ่ายหนึ่งก่อนการแข่งขัน โดยสรุปย่อ คำแถลงการณ์นี้จะ เป็น “กรอบ” ที่กำหนดประเด็นและขอบเขตในการแถลงการณ์ด้วย

กล่าวคือ ผู้เข้าแข่งขันไม่สามารถยกประเด็นที่ไม่ได้เขียนไว้ในสรุปย่อคำแถลงการณ์ขึ้นต่อสู้ได้ เว้นแต่จะเป็นประเด็นที่ยกขึ้นเพื่อแถลงแก้อุทธรณ์ของอีกฝ่ายหนึ่ง ดังนั้น สรุปย่อคำแถลงการณ์จึงมีฐานะเสมือนคำฟ้องและคำให้การที่กำหนดประเด็นข้อพิพาทในคดีจริงนั่นเอง นอกจากนี้ คณะกรรมการตัดสินจะตรวจสอบสรุปย่อคำแถลงการณ์และให้คะแนนในหัวข้อต่าง ๆ ซึ่งส่งผลกระทบต่อการคัดเลือกทีมที่ผ่านเข้ารอบตลอดจนการจับคู่แข่งขันตามที่ติกากำหนดไว้ในแต่ละปี ดังนั้น ผู้เข้าแข่งขันต้องใช้ทักษะในการวางโครงสร้างเพื่อนำเสนอข้อต่อสู้ และทักษะการเขียนในเชิงกฎหมายตลอดจนการอ้างอิงแหล่งข้อมูลอย่างถูกต้อง เพื่อจัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์ให้ได้มาตรฐาน

4.1 เมื่อกำหนดประเด็นครบถ้วนและค้นคว้าแหล่งข้อมูลได้เพียงพอตามที่อธิบายในหัวข้อก่อนแล้ว ผู้เข้าแข่งขันจะต้องนำองค์ความรู้ที่ได้มาเรียบเรียงเป็นตัวอักษร โดยเริ่มจากการวางโครงสร้างลำดับการนำเสนอว่าจะกล่าวถึงประเด็นอุทธรณ์ข้อใดก่อน - หลัง เชื่อมโยงกันอย่างไร ให้ความสำคัญกับแต่ละประเด็นมาก - น้อย เพียงใด และด้วยเหตุผลสนับสนุนใด เพื่อให้คณะกรรมการตัดสินเห็นถึงโครงเรื่องทั้งหมดที่ผู้เข้าแข่งขันจะนำไปใช้ในการแถลงการณ์ด้วยวาจา ทั้งนี้ ข้อสังเกตสำคัญประการหนึ่งที่คณะกรรมการพบจากการตรวจสอบสรุปย่อคำแถลงการณ์ก็คือ ในบางครั้งผู้เข้าแข่งขันไม่ได้วางโครงสร้างประเด็นที่นำเสนออย่างเป็นลำดับเชื่อมโยงกัน ยกตัวอย่างเช่น ในข้อสอบปีล่าสุด ปัญหาข้อแรกตามคำพิพากษาศาลชั้นต้นว่า โจทก์มีอำนาจฟ้องหรือไม่นั้น เชื่อมโยงมาจากปัญหาว่าผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือไม่ ซึ่งข้อนี้จำเลยต้องเป็นฝ่ายยกขึ้นอุทธรณ์เพื่อให้ศาลอุทธรณ์เห็นว่าโจทก์ไม่มีอำนาจฟ้อง ดังนั้น เมื่อผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองแสดงข้อต่อสู้ของตนว่า ผู้เสียหายไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยแล้ว ผู้เข้าแข่งขันก็ต้องอธิบายเชื่อมโยงต่อไปด้วยการร้องทุกข์ของผู้เสียหายไม่ทำให้เกิดการสอบสวนโดยชอบด้วยกฎหมาย และส่งผลให้พนักงานอัยการไม่มีอำนาจฟ้อง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 120 หากผู้เข้าแข่งขันอธิบายเพียงว่า ผู้เสียหายไม่ใช่ผู้เสียหายโดยนิตินัย แต่ไม่ได้เชื่อมโยงต่อไปว่าจะเกิดผลกระทบต่ออำนาจสอบสวนของพนักงานสอบสวนและอำนาจฟ้องคดีของพนักงานอัยการหรือไม่อย่างไร ก็ย่อมเป็นสรุปย่อคำแถลงการณ์ที่ไม่สมบูรณ์ หรือในการลำดับประเด็นนั้น เรื่องอำนาจฟ้องจะต้องมาก่อนประเด็นเกี่ยวกับองค์ประกอบของการกระทำความผิด เพื่อแสดงถึงลำดับความคิดที่สอดคล้องกับหลักของวิธีพิจารณาความนั้นเอง

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ ผู้เข้าแข่งขันต้องเข้าใจว่า สรุปลงคำแถลงการณ์นั้น ไม่ใช่รายงานในวิชาเรียนที่สรุปแหล่งข้อมูลในหัวข้อต่าง ๆ ว่ามีหลักกฎหมาย แนวทางการตีความ หรือความเห็นในทางวิชาการว่าไว้อย่างไรบ้างเท่านั้น แต่เป็นการสรุปข้อต่อสู้ของผู้เข้าแข่งขันที่จะใช้ในการแถลงการณ์ โดยมีแหล่งข้อมูลต่าง ๆ มาเป็นส่วนสนับสนุน ดังนั้น การวางโครงสร้างเพื่อเขียนสรุปลงคำแถลงการณ์ ผู้เข้าแข่งขันจะต้องเน้นย้ำให้คณะกรรมการเห็นถึงจุดยืนหรือข้อต่อสู้ของตนเป็นสำคัญ แล้วจึงอธิบายว่าข้อต่อสู้เหล่านั้น มีเหตุผลที่สอดคล้องกับแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ทำให้มีน้ำหนักน่ารับฟังอย่างไรบ้าง

4.2 ผู้เข้าแข่งขันจะต้องใช้ทักษะการเขียนในเชิงกฎหมายตลอดจนการอ้างอิงแหล่งข้อมูลอย่างถูกต้อง ทั้งนี้ โดยปกติแล้วในกติกาการแข่งขันจะกำหนดจำนวนคำหรือความยาวของสรุปลงคำแถลงการณ์เอาไว้ ดังนั้น ผู้เข้าแข่งขันต้องพยายามใช้พื้นที่อันจำกัดนั้นให้เกิดประโยชน์สูงสุด การเขียนสรุปลงคำแถลงการณ์จึงต้องใช้ภาษาที่กระชับ เข้าใจง่าย เป็นไปตามหลักภาษาไทยที่ถูกต้อง ไม่ก่อให้เกิดความสับสน และยังคงมีการอ้างอิงแหล่งข้อมูลในระบบที่ได้มาตรฐานทางวิชาการเพื่อให้งานเขียนของตนมีน้ำหนักน่าเชื่อถือ

นอกจากนั้น ด้วยเหตุที่สรุปลงคำแถลงการณ์เป็นกรอบที่กำหนดเนื้อหาของ การแถลงการณ์ด้วยวาจาและยังต้องถูกส่งให้อีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้า ผู้เข้าแข่งขันจึงต้องระมัดระวังไม่ให้มีการเขียนผูกมัดตนเองในลักษณะซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียเปรียบในทางคดีหรือให้เหตุผลในแต่ละประเด็นขัดแย้งกันเอง ยกตัวอย่างเช่น ในประเด็นว่าจำเลยที่ 2 มีความรับผิดชอบในฐานะที่เป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนหรือไม่นั้น หากผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองเขียนในสรุปลงคำแถลงการณ์ทำนองว่า จำเลยที่ 2 ไม่รู้ว่าจำเลยที่ 1 จะนำบัญชีที่ตนเปิดไปใช้กระทำความผิด จำเลยที่ 2 จึงไม่มีเจตนาร่วมกับจำเลยที่ 1 หรือไม่รู้ถึงการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 แบบนี้ย่อมเท่ากับว่าทนายจำเลยทั้งสองยอมรับโดยนัยว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้กระทำความผิดจริง เพียงแต่จำเลยที่ 2 ไม่ได้ร่วมกระทำความผิดด้วยเท่านั้น ซึ่งย่อมทำให้ฝ่ายของตนเสียเปรียบในประเด็นของจำเลยที่ 1 ทันที เป็นต้น

4.3 ผู้เข้าแข่งขันควรใช้ภาษาที่สามารถอธิบายครอบคลุมประเด็นสำคัญในการแถลงการณ์ด้วยวาจาได้ แต่ก็ไม่ต้องเปิดเผยเนื้อหาในรายละเอียดทั้งหมด กล่าวคือ การลงรายละเอียดมากเกินไปในสรุปลงคำแถลงการณ์จะทำให้ผู้เข้าแข่งขันอีกฝ่ายหนึ่ง “เห็นไพ่ในมือของเราทั้งหมด” และสามารถเตรียมการแถลงการณ์แก้อุทธรณ์ได้อย่างละเอียดในระดับเดียวกัน ซึ่งอาจส่งผลให้ข้อต่อสู้ที่เราเตรียมมาอย่างดีถูกหักล้างจนหมดต่อหน้า

คณะกรรมการตัดสิน ดังนั้น ผู้เข้าแข่งขันต้องพิจารณาการเขียนในเชิงกว้างให้ครอบคลุมเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาว่าน่าประเด็นอื่นนอกเหนือจากที่ระบุในสรุปย่อคำแถลงการณ์ขึ้นมาแถลง โดยละเหตุผลหรือข้อสนับสนุนเชิงลึกภายใต้ประเด็นนั้น ๆ ไว้สำหรับลงเป็นไฟล์ฉบับขึ้นแถลงการณ์นั่นเอง

5. ความคาดหวังของคณะกรรมการตัดสินต่อการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์

“การแถลงการณ์ด้วยวาจา” เป็นขั้นตอนสำคัญที่สุดของการแข่งขัน เนื่องจากเป็นจุดที่คณะกรรมการตัดสินจะพิจารณาให้คะแนนเพื่อกำหนดผู้แพ้และผู้ชนะอย่างแท้จริง ในขณะที่การจัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์เปรียบเสมือนข้อสอบ take home ที่ผู้เข้าแข่งขันสามารถใช้เวลาค้นคว้าแหล่งข้อมูลและบรรจงเรียบเรียงให้สมบูรณ์ที่สุด แต่การแถลงการณ์ด้วยวาจาจะเปรียบเสมือนการสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์ที่ไม่ว่าผู้เข้าแข่งขันจะเตรียมตัวมาดีเพียงใดสุดท้ายก็ยังคงต้องใช้ “ทักษะในการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า” เพื่อรับมือกับสิ่งที่ไม่คาดคิดอยู่นั่นเอง

โดยปกติแล้วกติกาการแข่งขันจะกำหนดให้ทีมหนึ่งประกอบไปด้วยผู้แถลงการณ์ 2 คน และมีลำดับในการแถลงการณ์เริ่มจากผู้แถลงการณ์คนแรกของฝ่ายที่อุทธรณ์ ตามด้วยผู้แถลงการณ์ทั้งสองคนของอีกฝ่ายหนึ่ง แล้วปิดท้ายด้วยผู้แถลงการณ์คนที่สองของฝ่ายที่อุทธรณ์ ซึ่งข้อสอบจะกำหนดมาให้ฝ่ายใดแถลงอุทธรณ์ก่อน - หลัง ในขั้นตอนนี้คณะกรรมการตัดสินคาดหวังให้ผู้เข้าแข่งขันทั้งสองทีมแสดงผลในการแถลงการณ์แต่ละประเด็น โดยมีบุคลิกการแสดงออกที่เหมาะสม และมีการแบ่งหน้าที่กันระหว่างเพื่อนร่วมทีม ดังต่อไปนี้

5.1 ด้านการให้เหตุผล

1) “เหตุผล” เป็นหัวใจสำคัญของการแถลงการณ์ด้วยวาจา ผู้เข้าแข่งขันจึงต้องพูดให้ถึงระดับที่เมื่อคณะกรรมการตัดสินฟังแล้วไม่เกิดคำถามในใจว่า “ทำไมจึงเป็นเช่นนั้น” ทั้งนี้ แต่ละประเด็นที่ได้เถียงกัน คณะกรรมการตัดสินจะทราบอยู่แล้วว่าคำตอบของแต่ละฝ่ายคืออะไร ฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์ก็ต้องอุทธรณ์ในทุกประเด็นเพื่อให้ตนชนะคดี ผู้เสียหายต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยเพื่อให้พนักงานอัยการโจทก์มีอำนาจฟ้อง การกระทำของจำเลยที่ 1 ต้องครบองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกง จำเลยที่ 2 ต้องเป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของจำเลยที่ 1 ในทางตรงกันข้ามฝ่ายจำเลยทั้งสองก็ต้องแถลงการณ์โต้แย้งในทุกประเด็นเพื่อให้ศาลพิพากษายกฟ้องจำเลยทั้งสอง ดังนั้น **คะแนนในการแถลงการณ์จึง**

ไม่ได้อยู่ที่ “ปลายทาง” หรือองค์คำตอบ แต่อยู่ที่ “ระหว่างทาง” ซึ่งผู้เข้าแข่งขันทั้งสองฝ่ายใช้เพื่อให้ไปถึงจุดหมายปลายทางนั้นหรือก็คือเหตุผลที่มาสนับสนุนเพื่อโน้มน้าวให้คณะกรรมการเข้าใจและเลือกเดินตามไปบนเส้นทางดังกล่าวนั่นเอง

2) การให้เหตุผลสนับสนุนไม่ควรถูกจำกัดกรอบอยู่เพียงแค่การตีความตัวบทกฎหมายหรือการเล่นแร่แปรธาตุอยู่กับถ้อยบัญญัติเท่านั้น ทีมที่สามารถแสดงความลุ่มลึกในการให้เหตุผลได้มากกว่าย่อมสามารถโน้มน้าวคณะกรรมการให้เห็นคล้อยตามได้ดีกว่า ยกตัวอย่างเช่น ในข้อสอบปีล่าสุด ประเด็นเรื่องการอนุญาตให้จำเลยทั้งสองแก้ไขคำให้การจากรับสารภาพเป็นปฏิเสศ ผู้เข้าแข่งขันส่วนใหญ่จะโต้แย้งกันโดยอ้างเหตุผลตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ฝ่ายพนักงานอัยการโจทก์จะอ้างว่า พฤติการณ์ที่จำเลยทั้งสองให้การรับสารภาพไว้แล้วและขออนุญาตเลื่อนคดีออกไปเพื่อหาเงินมาผ่อนชำระค่าเสียหาย แต่เมื่อไม่สามารถหาเงินได้ทันจึงขอลอนคำให้การรับสารภาพเดิม แล้วให้การใหม่เป็นปฏิเสศเป็นการประวิงคดี กรณีไม่มีเหตุอันควรให้ศาลอนุญาต (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 18043/2555) ส่วนฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองก็จะอ้างว่า เมื่อจำเลยทั้งสองมีแนวทางที่จะต่อสู้คดีได้ครบไต่ศาลยังไม่ได้มีคำพิพากษา แม้จะนัดฟังคำพิพากษาไว้แล้ว ก็ไม่ตัดสิทธิจำเลยทั้งสองยื่นคำร้องขอแก้ไขคำให้การเมื่อมีเหตุอันควร (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 233/2524) ซึ่งล้วนเป็นการให้เหตุผลที่วนเวียนอยู่กับการตีความถ้อยคำว่า “เหตุอันควร” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 163 วรรคสอง แต่หากผู้เข้าแข่งขันโดยเฉพาะฝ่ายทนายจำเลยทั้งสองสามารถให้เหตุผลลึกลงไปถึงเบื้องหลังของหลักในเรื่องการแก้หรือเพิ่มเติมคำให้การของจำเลยซึ่งผ่อนคลายกว่าการแก้หรือเพิ่มเติมฟ้องของฝ่ายโจทก์มากนัก เนื่องจากโทษในทางอาญาเอาผิดกับตัวจำเลยอย่างรุนแรงถึงขั้นที่จำเลยอาจถูกประหารชีวิตหรือสูญเสียอิสรภาพได้ ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจึงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิในการต่อสู้คดีอย่างเต็มที่ของจำเลย กล่าวคือ หากบุคคลใดมีหนทางที่จะต่อสู้คดีได้ ก็ไม่ควรที่บุคคลนั้นจะต้องรับโทษในทางอาญา ซึ่งหลักในเรื่องการแก้หรือเพิ่มเติมคำให้การของจำเลยก็อยู่ภายใต้ร่มเงาของหลักการใหญ่ดังกล่าว เช่นนี้ก็จะเป็นการให้เหตุผลในระดับที่ลุ่มลึกเกินใจคณะกรรมการมากกว่านั่นเอง

นอกจากนั้น บางครั้งการนำเหตุผลบนฐานคิดตามความเป็นจริงในสังคมมาสนับสนุนการให้เหตุผลในทางกฎหมายจะทำให้สิ่งที่แถลงการณ์มีน้ำหนักน่ารับฟังมากยิ่งขึ้น ยกตัวอย่างเช่น ประเด็นเรื่องการซื้อขายสลากกินแบ่งรัฐบาลเกินกว่าราคาที่กำหนดในสลาก

ซึ่งเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 มาตรา 39 และพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 มาตรา 9 ทวิ, 9 ตริ นั้น หากผู้เข้าแข่งขันให้เหตุผลเพียงว่ากฎหมายทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติซึ่งผู้กระทำความผิดไม่อาจอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นต่อสู้ได้ แม้จะเป็นการให้เหตุผลในทางกฎหมายที่ถูกต้อง แต่เมื่อคณะกรรมการฟังแล้วอาจเกิดความสงสัยได้ว่าต่อให้เป็นบุคคลที่ทำงานอยู่ในวงการกฎหมาย ก็คงไม่ใช่คนส่วนใหญ่ที่จะเคยศึกษาพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 และพระราชบัญญัติการพนัน พ.ศ. 2478 ในเชิงลึกมาก่อน แล้วจะยุติธรรมหรือไม่ที่ไปเอาผิดกับฝ่ายจำเลยซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปด้วยเหตุผลว่าจำเลยไม่อาจอ้างความไม่รู้กฎหมายขึ้นต่อสู้คดี แต่หากผู้เข้าแข่งขันให้เหตุผลสนับสนุนเสริมไปด้วยว่า ในความเป็นจริงแล้วประชาชนทั่วไปในสังคมต่างก็รู้ว่าสลากกินแบ่งรัฐบาลมีราคาตามกฎหมายใบละ 80 บาท การซื้อขายกันในราคาที่สูงกว่านี้จึงย่อมต้องเป็นความผิดอย่างแน่นอน โดยไม่ได้เกี่ยวกับความรู้หรือไม่รู้กฎหมายแต่อย่างใด การให้เหตุผลในลักษณะนี้ช่วยแสดงให้คณะกรรมการเห็นว่าผู้เข้าแข่งขันเข้าใจความสัมพันธ์ของระบบกฎหมายกับสังคมเป็นอย่างดี

3) การฟังมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าการพูด นอกจากยึดฐานที่มั่นของตัวเองให้มั่นคงโดยการแถลงการณ์ตามบทที่เตรียมมาเป็นอย่างดีแล้ว ผู้เข้าแข่งขันต้องรู้จักโจมตีเพื่อทำลายน้ำหนักข้อต่อสู้ของอีกฝ่ายหนึ่งด้วย แม้ว่าระบบการแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาบางรายการในปัจจุบันจะมีขั้นตอนการแลกเปลี่ยนข้อโต้แย้งระหว่างทั้งสองทีมเพื่อให้ตรวจสอบก่อน แต่จำไว้ว่าไม่มีทีมใดใส่ข้อมูลทุกสิ่งทุกอย่างไว้ในสรุปลงคำแถลงการณ์ โดยเฉพาะการแข่งขันในระดับสูง แต่ละทีมมักจะเก็บอาวุธลับไว้เป็นไพ่ตายสำหรับขึ้นแถลงการณ์จริงหรือบางครั้งก็อาจมีการใส่ไพ่หลอกไว้ในสรุปลงคำแถลงการณ์ แต่เมื่อนำมาพูดจริงกลับถูกตัดออกไป ดังนั้น การจดจ่ออยู่กับสิ่งที่ตัวเองกำลังจะพูดเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอ ผู้เข้าแข่งขันต้องเปิดหูให้กว้างและตั้งใจรับฟังสิ่งที่อีกฝ่ายหนึ่งแถลงการณ์ด้วยเพื่อใช้ในการแก้อุทธรณ์ให้ครบถ้วน

4) ผู้เข้าแข่งขันต้องทำความเข้าใจโครงสร้างของคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ปรากฏในข้อสอบและระมัดระวังไม่เพิ่มเติมข้อเท็จจริงหรือนำ “ข้อเท็จจริงตามทางนำสืบ” มาใช้ในการปรับบทให้เหตุผลแทน “ข้อเท็จจริงยุติ” กล่าวคือ โดยปกติแล้วโครงสร้างของคำพิพากษาจะมี “ข้อเท็จจริงตามทางนำสืบ” ซึ่งหมายถึงข้อเท็จจริงที่คู่ความแต่ละฝ่ายนำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อประโยชน์แก่ฝ่ายตน โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวอาจขัดแย้งไปคนละทิศละทางกับ

ข้อเท็จจริงที่อีกฝ่ายหนึ่งนำสืบก็เป็นได้ ดังนั้น ศาลย่อมไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงตามทางนำสืบที่ยังไม่ยุติเพื่อนำมาใช้ในการปรับบทและพิจารณาพิพากษาคดี ส่วน “ข้อเท็จจริงยุติ” เป็นข้อเท็จจริงที่ศาลรับฟังถึงที่สุดแล้ว โดยเฉพาะข้อเท็จจริงที่คู่ความนำสืบรับกันหรือไม่ได้โต้แย้งกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84 (3) เช่น ข้อเท็จจริงเรื่องจำนวนและราคาสลากที่ซื้อขายกัน หรือข้อเท็จจริงว่าผู้เสียหายโอนเงินเข้าบัญชีของจำเลยที่ 2 เป็นต้น ดังนั้น ข้อเท็จจริงที่ผู้เข้าแข่งขันนำมาใช้ในการปรับบทจึงต้องเป็นข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว โดยผู้เข้าแข่งขันห้ามเพิ่มเติมข้อเท็จจริงนอกเหนือจากที่ปรากฏในข้อสอบเด็ดขาด เพราะการแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจานี้เป็นการโต้เถียง “ปัญหาข้อกฎหมาย” ไม่ใช่ “ปัญหาข้อเท็จจริง” ผู้เข้าแข่งขันจึงไม่สามารถแถลงการณ์เพื่อให้ศาลรับฟังข้อเท็จจริงเป็นอย่างอื่นได้ หากผู้เข้าแข่งขันฝ่ายใดเพิ่มเติมข้อเท็จจริงหรือสับสนในการนำข้อเท็จจริงตามทางนำสืบมาใช้เสมือนเป็นข้อเท็จจริงที่ยุติแล้ว นอกจากจะถูกคณะกรรมการหักคะแนน ก็อาจถูกอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งจนเสียน้ำหนักและความน่าเชื่อถือในการแถลงการณ์ได้

5) สำหรับคดีอาญานั้น ถึงแม้ว่าศาลจะไม่พิพากษาลงโทษจำเลยหากยังมีข้อสงสัยตามสมควร ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227 วรรคสอง หรือที่เรียกว่าการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย แต่ผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลยควรแถลงการณ์โดยยกข้อต่อสู้ให้ชัดเจนว่า การกระทำของจำเลยไม่ครบองค์ประกอบของความผิดหรือจำเลยไม่ได้เป็นผู้กระทำความผิดนั้น คือสู้ให้ศาลยกขาด ไม่ใช่สู้เพียงแต่จะให้ศาลยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลย เพราะจะทำให้แนวทางในการแถลงการณ์ไม่ชัดเจนและเกิดความเสี่ยงกับตัวจำเลยเสมือนหนึ่งว่า จำเลยเองยังไม่แน่ใจว่าตัวได้กระทำความผิดหรือไม่ ดังนั้น ความสงสัยจึงควรเป็นหน้าที่ของศาลในการใช้ดุลพินิจพิจารณามีใช้แนวทางหลักในการต่อสู้คดีของผู้เข้าแข่งขันฝ่ายทนายจำเลย

5.2 ด้านบุคลิกภาพและการแสดงออกระหว่างแถลงการณ์ด้วยวาจา

1) การแถลงการณ์ด้วยวาจาวัด “ทักษะในการพูดด้วยความเข้าใจ” ไม่ใช่ “ทักษะในการอ่านออกเสียงหรือการท่องจำ” ผู้เข้าแข่งขันจึงต้องพยายามสื่อสารกับคณะกรรมการด้วยการพูดอย่างเป็นธรรมชาติและอธิบายประเด็นตลอดจนเหตุผลสนับสนุนต่าง ๆ เพื่อโน้มน้าวให้คณะกรรมการเข้าใจจนกระทั่งเห็นคล้อยตาม โดยปกติแล้วผู้เข้าแข่งขันจะจัดทำสคริปต์ในลักษณะโน้ตย่อใส่กระดาษถือไว้ระหว่างการแถลงการณ์เพื่อเตือนความจำตนเองว่าต่อไปจะพูดโน้ตประเด็นใด แต่มีข้อเสนอแนะว่า การทำโน้ตย่อนี้ต้องไม่จำกัดความสามารถในการพูดของ

ผู้เข้าแข่งขัน กล่าวคือ หากผู้เข้าแข่งขันทำโน้ตย่อเป็นบทพูดแบบคำต่อคำ ผู้เข้าแข่งขันก็มักถูกจำกัดกรอบความคิดว่าจะต้องพูดตามบทนั้นให้ถูกต้องทุกคำจนกลายเป็นการอ่านออกเสียงแบบท่องจำมากกว่าการอธิบาย แต่หากผู้เข้าแข่งขันทำโน้ตย่อเป็นประเด็นใส่เฉพาะคำสำคัญของหัวข้อนั้น ๆ ไว้เหลือบมองระหว่างแถลงการณ์ ก็จะทำให้ผู้เข้าแข่งขันพูดอธิบายได้อย่างเป็นธรรมชาติมากขึ้น เพราะความสำคัญของการแถลงการณ์อยู่ที่ผู้เข้าแข่งขันสามารถอธิบายเหตุผลให้คณะกรรมการเข้าใจได้นั่นเอง และโน้ตย่อนี้ก็ไม่ควรเขียนใส่กระดาษในขนาดที่ใหญ่จนเกินไป เพราะจะทำให้ผู้เข้าแข่งขันพะวงในการถือระหว่างยื่นแถลงการณ์ หรือบางครั้งก็ผลอนำมาปิดหน้าปิดตาตนเองจนคณะกรรมการไม่สามารถมองเห็นได้ ดังนั้น การใช้กระดาษขนาดประมาณครึ่ง A4 หรือเล็กกว่านั้น จะทำให้เกิดความคล่องตัวมากกว่า หรือในบางระดับ ผู้เข้าแข่งขันอาจซักซ้อมมาอย่างดีเพียงพอจนไม่จำเป็นต้องถือโน้ตย่อเลย ซึ่งจะถือว่าได้ทำหายตนเองไปอีกขั้นและทำให้เกิดความประทับใจแก่คณะกรรมการอีกด้วย เพราะเท่ากับว่าผู้เข้าแข่งขันมุ่งเน้นที่การสื่อสารกับคณะกรรมการโดยตรง

2) **บุคลิกภาพในการนำเสนอ** เป็นทักษะอีกประการหนึ่งที่ผู้เข้าแข่งขันสามารถฝึกฝนได้ตั้งแต่ทำทางการยื่นให้ส่งงาน การเก็บมือข้างที่ไม่ได้ถือโน้ตย่อไว้ในตำแหน่งที่เหมาะสม การโค้งตัว ทำความเคารพและก้าวเดินเมื่ออ้างส่งเอกสารประกอบการแถลงการณ์ต่อศาล ความดังของเสียงซึ่งควรจะอยู่ในระดับที่คณะกรรมการได้ยินอย่างชัดเจนแต่ไม่ถึงกับตะโกนหรือตะคอกและอาจใช้เสียงดังขึ้นเล็กน้อยเมื่อถึงใจความสำคัญส่วนที่ต้องการเน้นย้ำ ความเร็วในการพูดอย่างพอเหมาะซึ่งต้องระมัดระวังโดยเฉพาะเมื่อผู้เข้าแข่งขันตื่นเต้นแล้วทำให้พูดเร็วขึ้นโดยอัตโนมัติ การสบตาคณะกรรมการตัดสินทุกท่านเป็นระยะแบบไม่จับจ้องค้างไปที่จุดใดจุดหนึ่งรวมตลอดไปถึงบุคลิกภาพ การแต่งกาย ทรงผม ความสะอาด ให้เหมาะสมกับการทำหน้าที่พนักงานอัยการหรือทนายความต่อหน้าศาล เหล่านี้ล้วนเป็นปัจจัยนอกเหนือความรู้ความสามารถของผู้เข้าแข่งขันที่จะสร้างความประทับใจให้คณะกรรมการได้ทันทีโดยยังไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงเนื้อหาที่แถลงการณ์เสียด้วยซ้ำ

3) **ผู้เข้าแข่งขันควรอธิบายโครงสร้างการนำเสนอและเน้นย้ำหัวข้อเป็นระยะ** เพื่อให้ง่ายต่อคณะกรรมการในการติดตามฟังและทำความเข้าใจ เนื่องจากการแถลงการณ์มีประเด็นที่ต้องอุทธรณ์และแก้อุทธรณ์หลายประเด็น อีกทั้งในแต่ละประเด็นยังมีเหตุผลสนับสนุนหลายข้อ หากผู้เข้าแข่งขันแถลงการณ์โดยไม่แบ่งหัวข้อหรือโครงสร้างให้ชัดเจน

อาจทำให้คณะกรรมการไม่ทันได้พิจารณาให้คะแนนในสิ่งที่ผู้เข้าแข่งขันพยายามนำเสนออย่างครบถ้วน

4) การอ้างอิงเอกสารเพื่อประกอบการแถลงการณ์ต้องเป็นเอกสารที่มีความน่าเชื่อถือและยื่นในจังหวัดที่เหมาะสมสอดคล้องกับประเด็นที่นำเสนออยู่ เอกสารที่อ้างอิงต่อศาล เป็นสิ่งที่ผู้เข้าแข่งขันค้นคว้ามาจากแหล่งอ้างอิงต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนสิ่งที่ตนแถลงการณ์ให้มีน้ำหนักน่ารับฟังมากยิ่งขึ้น ดังนั้น เอกสารทุกฉบับต้องมีแหล่งที่มาที่น่าเชื่อถือ หากเป็นหนังสือหรือตำราก็ต้องถ่ายสำเนา “หน้าปกใน” (title page) ซึ่งเป็นหน้าที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะจะระบุรายละเอียดทางบรรณานุกรมของหนังสือไว้ครบถ้วน อาทิ ข้อมูลผู้แต่ง ผู้แปล ผู้รวบรวม ครั้งที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ สถานที่พิมพ์ โรงพิมพ์ ปีที่พิมพ์ เลขมาตรฐานสากลประจำหนังสือ (ISBN) หากเป็นวิทยานิพนธ์ ก็จะต้องถ่ายสำเนาหน้าอนุมัติ (approval page) เพื่อให้ทราบว่าท่านใดเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์บ้าง หากเป็นคำพิพากษาศาลฎีกาก็ต้องถ่ายสำเนาจากเล่มหรือคัดลอกจากเว็บไซต์ทางการคือ <http://deka.supremecourt.or.th> เป็นหลัก ในบางครั้งผู้เข้าแข่งขันสามารถค้นคว้าแหล่งข้อมูลที่มีประโยชน์อย่างยิ่ง แต่อ้างอิงเอกสารจากแหล่งที่ไม่น่าเชื่อถือ เช่น คัดลอกมาจากโพสต์ในแอปพลิเคชันเฟซบุ๊ก โดยไม่ทราบว่าผู้เขียนเป็นใคร เขียนเมื่อใด มีที่มาที่ไปอย่างไร ส่งผลให้คณะกรรมการไม่สามารถให้นำหนักในการรับฟังได้ และยังมีข้อแนะนำคือ ผู้เข้าแข่งขันควรขีดเส้นใต้หรือเน้นข้อความสำคัญที่ต้องการนำเสนอในเอกสารดังกล่าวเพื่อให้คณะกรรมการสามารถอ่านได้อย่างรวดเร็ว แล้วกลับมาฟังสิ่งที่กำลังแถลงการณ์ต่อได้ทันที นอกจากนี้ ผู้เข้าแข่งขันควรฝึกซ้อมการอ้างอิงเอกสารว่าจะยื่นในจังหวัดใดไม่ให้สิ่งที่กำลังแถลงการณ์อยู่ขาดตอน โดยอาจเป็นจังหวัดที่สรุปเหตุผลหรือประเด็นนั้นจบแล้วก็ขออนุญาตอ้างอิงเอกสารในส่วนที่เกี่ยวข้องเป็นช่วง ๆ ไป ทั้งนี้ ผู้เข้าแข่งขันไม่ควรแถลงการณ์จนจบแล้วอ้างอิงเอกสารทั้งหมดรวดเดียว เพราะจะทำให้คณะกรรมการไม่ได้เห็นเอกสารสนับสนุนในขณะที่กำลังแถลงการณ์ในประเด็นนั้น และยังไม่มีความเวลาตรวจพิจารณาเอกสารเพื่อให้คะแนนการค้นคว้าอีกด้วย

5) ระดับภาษาในการแถลงการณ์ต้องเป็นทางการแตกต่างจากการได้วาที เนื่องจาก การแข่งขันแถลงการณ์ด้วยวาจาจำลองมาจากการดำเนินกระบวนการพิจารณาจริงที่ทำต่อหน้าศาล ในห้องพิจารณาคดี มิใช่เวทีแสดงฝีปาก การแถลงการณ์จึงต้องดำเนินไปด้วยความสุภาพโดยใช้ภาษาอย่างนัยกกฎหมาย บางครั้งผู้เข้าแข่งขันได้รับอิทธิพลมาจากการแข่งขันได้วาทีที่สามารถใช้ภาษาพูดหรือถ้อยคำเสียดสีได้ในระดับหนึ่งเพื่อเพิ่มอรรถรสในการแข่งขัน แต่พึงระมัดระวังว่า

เทคนิคดังกล่าวอาจเป็นข้อเสียในการแถลงการณ์ได้ อีกทั้งโดยหลักแล้วการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์เป็นการโต้แย้งกับคำพิพากษาศาลชั้นต้นให้ศาลชั้นอุทธรณ์ซึ่งเป็นคนกลางรับฟัง คู่ความทั้งสองฝ่ายไม่ได้โต้แย้งกันเองโดยตรง จึงไม่ควรจะใช้ถ้อยคำปะทะกันจนเกินพอดี

6) ผู้เข้าแข่งขันควรรักษาเวลาที่ใช้ในการแถลงการณ์ด้วยการฝึกซ้อมแถลงการณ์แบบจับเวลา เพื่อทดสอบว่าเนื้อหาในประเด็นที่ตนจะต้องพูดนั้น หากลองพูดด้วยระดับความเร็วที่เหมาะสมรวมกับเวลาที่ต้องใช้ระหว่างอ้างส่งเอกสารแล้วจะสามารถทำได้ทันภายในกรอบระยะเวลาที่จำกัดของการแข่งขันรายการนั้น ๆ หรือไม่ หากยังเหลือเวลาก็อาจขยายความประเด็นที่จะทำให้ฝ่ายของตนได้เปรียบมากขึ้น หรือหากไม่ทันเวลาก็อาจพิจารณาตัดทอนหรือรวบเนื้อหาบางส่วนเข้าด้วยกัน ทั้งนี้ ถึงแม้การแข่งขันบางรายการจะอนุญาตให้ขอต่อเวลาได้เล็กน้อยแลกกับคะแนนบางส่วน แต่สำหรับนัดที่เจอกับคู่แข่งซึ่งมีฝีมือสูสีกันในด้านอื่นแล้ว ทีมที่แถลงการณ์เกินเวลาอาจส่งผลถึงขั้นตกเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ได้เลยทีเดียว

5.3 ด้านการแบ่งหน้าที่ของผู้เข้าแข่งขันในทีมเดียวกันและบทบาทของผู้แถลงการณ์แต่ละตำแหน่ง

1) ผู้แถลงการณ์ทั้งสองคนในทีมเดียวกันต้องแบ่งแยกบทบาทให้ชัดเจนว่าใครจะพูดในประเด็นใดด้วยเหตุผลอย่างไรบ้าง เมื่อคนหนึ่งแถลงการณ์ในประเด็นใดแล้วก็ควรพูดให้หมดสิ้นกระแสความในประเด็นนั้น ไม่ควรให้อีกคนหนึ่งมาพูดประเด็นเดิมซ้ำอีกแม้ว่าจะให้เหตุผลแตกต่างกันก็ตาม เพราะจะทำให้ลำดับความคิดตลอดจนการทำความเข้าใจของคณะกรรมการไม่ต่อเนื่องและยังเสียเวลาที่จะต้องแถลงประเด็นเดิมซ้ำ ผู้เขียนเคยพบบางทีมที่แบ่งหน้าที่ให้ผู้แถลงการณ์ปากแรกนำเสนอคำอธิบายทางตำราของทุกประเด็น และให้ผู้แถลงการณ์ปากที่สองนำเสนอแนวทางการใช้การตีความตามคำพิพากษาศาลฎีกาของทุกประเด็น กลายเป็นว่าผู้เข้าแข่งขันทั้ง 2 คน ต้องอธิบายซ้ำว่า ผู้เสียหายเป็นผู้เสียหายโดยนิதியหรือไม่ การกระทำของจำเลยที่ 1 เป็นเรื่องผิดสัญญาทางแพ่งหรือไม่ จำเลยที่ 2 เป็นตัวการหรือผู้สนับสนุนหรือไม่ และประเด็นอื่น ๆ ทั้งหมดถึง 2 รอบ อันเป็นการเผาเวลาทิ้งโดยใช่เหตุ และยิ่งเสียโอกาสในการเชื่อมโยงฐานข้อมูลระหว่างคำอธิบายตามตำราและแนวคำพิพากษาศาลฎีกาว่าสอดคล้องกันหรือขัดแย้งกันหรือไม่ และผู้เข้าแข่งขันเห็นด้วยกับแนวทางใด

2) ผู้แถลงการณ์คนแรกซึ่งเป็นปากเปิดคดีต้องสรุปข้อเท็จจริงในข้อสอบให้คณะกรรมการฟัง ซึ่งควรเป็นการสรุปโดยย่อเหมือนเล่าเรื่องราวอย่างกระชับ โดยไม่ต้องอ่านข้อเท็จจริงในข้อสอบทั้งหมดให้คณะกรรมการฟัง เพราะจะไปกินเวลาการแถลงการณ์ส่วนอื่น ซึ่งเป็นส่วนที่มีค่าคะแนนโดยตรง ดังนั้น โดยปกติแล้วผู้เข้าแข่งขันในตำแหน่งนี้จะต้องรับผิดชอบเวลาในการแถลงการณ์ยาวที่สุด จึงต้องฝึกซ้อมอย่างหนักเพื่อสร้างความประทับใจแรกขณะเปิดฉากการต่อสู้

3) ผู้แถลงการณ์ปากสุดท้ายซึ่งเป็นปากปิดคดีมีหน้าที่สำคัญในการหักล้างข้อต่อสู้ทุกประเด็นของฝ่ายตรงข้ามและย้ำจุดยืนของฝ่ายตนเอง ความท้าทายของผู้เข้าแข่งขันในตำแหน่งนี้คือการที่ตนเป็นผู้มีโอกาสลงดาบสุดท้ายก่อนจบการแข่งขันในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่สามารถกลับมาโต้แย้งได้อีก ผู้เข้าแข่งขันปากนี้จึงไม่มีสิทธิที่จะนำเสนอข้อมูลใหม่ใด ๆ ทั้งสิ้น นอกเสียจากการแถลงเพื่อหักล้างน้ำหนักของอีกฝ่ายเท่านั้น และเป็นตำแหน่งที่ต้องทำความเข้าใจบทบาทของตัวเองให้ดีเพื่อสร้างความได้เปรียบในตอนท้าย โดยในส่วนของ การหักล้างข้อต่อสู้ของฝ่ายตรงข้ามนั้น หากเป็นเหตุผลที่คาดไม่ถึงมาก่อนว่าฝ่ายตรงข้ามจะนำมาแถลงการณ์ ผู้เข้าแข่งขันในปากนี้ก็อาจจะต้องคิดข้อโต้แย้งขึ้นสด ๆ ระหว่างการแข่งขัน จึงถือว่าต้องใช้สมาธิอย่างสูงทั้งในการฟังและการขึ้นแถลงการณ์โดยไม่ได้เตรียมเนื้อหาบางส่วนเหมือนปากอื่น ทั้งนี้ต้องระมัดระวังไม่ให้เกินเลยจนกลายเป็นการยกข้อต่อสู้ในประเด็นใหม่ขึ้นแถลงการณ์จนสร้างความไม่เป็นธรรมกับอีกฝ่ายหนึ่งและอาจถูกหักคะแนนด้วย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การแข่งขันโต้เถียงปัญหากฎหมายโดยการแถลงการณ์ด้วยวาจาในชั้นอุทธรณ์ ทั้งในส่วนของ การจัดทำสรุปย่อคำแถลงการณ์และการขึ้นแถลงการณ์ต่อหน้าคณะกรรมการ จำเป็นต้องใช้ “ทักษะทุกด้านของการเป็นนักกฎหมาย” ตั้งแต่การอ่านข้อสอบเพื่อจับประเด็นและค้นคว้าแหล่งข้อมูลต่าง ๆ การเขียนเรียบเรียงข้อต่อสู้และเหตุผลสนับสนุน การพูดแถลงการณ์ด้วยวาจาต่อหน้าคณะกรรมการ และการฟังผู้เข้าแข่งขันอีกฝ่ายหนึ่งแถลงการณ์เพื่อนำมาใช้แถลงแก้ ซึ่งทักษะเหล่านี้ล้วนถูกพัฒนาขึ้นโดยอัตโนมัติระหว่างทำการแข่งขันและยังจะติดตัวผู้เข้าร่วมกิจกรรมเรื่อยไปในอนาคต จึงเป็นกิจกรรมนอกห้องเรียนที่ช่วยเสริมองค์ความรู้จากในห้องเรียนแบบประเมินค่าไม่ได้ทีเดียว ผู้เขียนทั้งสามเชื่อว่า วันหนึ่งผู้เข้าร่วม

กิจกรรมจะรู้ว่าทักษะที่ได้ติดตัวมาจากการแข่งขันนั้นสำคัญยิ่งกว่ารางวัลจากการแข่งขันมากมายนัก

สิ่งที่ผู้เขียนทั้งสามอยากฝากทิ้งท้ายไว้ให้แก่ผู้อ่านก็คือ ในขณะที่ทำการแข่งขันในฐานะพนักงานอัยการ ทนายโจทก์ หรือทนายจำเลยนั้น ไม่ว่าจะผลการแข่งขันจะออกมาเป็นอย่างไร ไม่ว่าจะทำผลงานได้เป็นอย่างดีจนชนะการแข่งขัน หรือต่อให้เกิดความผิดพลาดพร่องจนตกเป็นฝ่ายพ่ายแพ้ในความเป็นจริงการแข่งขันนี้ก็ส่งผลเป็นเพียงตัวเลขคะแนนจากปลายปากกาของคณะกรรมการเท่านั้น แต่วันหนึ่งในอนาคตที่ไม่ได้ไกลเกินมองเห็นมากนัก การทำหน้าที่ในฐานะนักกฎหมายจะส่งผลกระทบต่อชีวิตของคุณความตลอดจนบุคคลที่เข้ามาเกี่ยวข้องในคดีเสมอ เพราะไม่มีตำแหน่งแห่งที่ใดในกระบวนการยุติธรรมที่การกระทำในฐานะนักกฎหมายของเราจะไม่กระทบต่อชีวิตของบุคคลอื่น ดังนั้น ผู้เขียนทั้งสามหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้เข้าร่วมการแข่งขันตลอดจนผู้อ่านทุกท่านจะได้รับทักษะและประสบการณ์จากการแข่งขันครั้งนี้เพื่อนำไปพัฒนาต่อยอดจนกระทั่งวันหนึ่งเติบโตใหญ่ขึ้นเป็นนักกฎหมายในแบบที่ตนเองจะภาคภูมิใจ

นักกฎหมายเล่าเรื่อง (Storytelling from Lawyer)

ประเทศญี่ปุ่น เหริยญสองด้านของการเป็นสังคม แห่งความกลมเกลียวและไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท

Japan: Two Sides of Being the Harmonious and
Non-Litigious Society

สุวลักษณ์ ขันธุ์ปรีक्षा*

อาจารย์ประจำสาขาวิชากฎหมายแพ่งและธุรกิจ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Suwalak Khanpruksa

Lecturer in Civil and Business Law, School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 18 กรกฎาคม 2565; วันที่แก้ไขบทความ 9 กันยายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 10 กันยายน 2565

* นิติศาสตรบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเอกชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า ประเทศญี่ปุ่น; อยู่ในระหว่างเขียนวิทยานิพนธ์ในหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเปรียบเทียบ มหาวิทยาลัยนาโกย่า ประเทศญี่ปุ่น; อีเมลติดต่อ suwalak.kha@mfu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความสั้นเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะถ่ายทอดมุมมองของคณูญ์ปุ่นต่อการฟ้องร้องดำเนินคดีในกระบวนการยุติธรรม ซึ่งเป็นการนำเสนอโดยอ้างอิงจากบทความสังคมวิทยากฎหมายที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่และมีการอ้างอิงถึงอย่างแพร่หลาย ผลการศึกษาจากบทความเหล่านั้นแสดงว่า ญ์ปุ่นเป็นสังคมที่ให้ความสำคัญกับความสมัครสมานกลมเกลียวหรือความเป็นอันหนึ่งอันเดียวของสังคม (Harmony) พยายามหลีกเลี่ยงการเป็นคดีความ (Non-Litigiousness) การฟ้องร้องดำเนินคดีจะเกิดขึ้นเป็นตัวเลือกลสุดท้าย (Last Resort) เมื่อไม่มีทางอื่นใดที่จะจัดการกับข้อพิพาทโดยละมุนละม่อมได้แล้วเท่านั้น ด้วยทัศนคติเช่นนี้ ส่งผลให้ญ์ปุ่นเป็นประเทศที่มีสถิติอาชญากรรมและการฟ้องร้องคดีที่ต่ำเป็นอันดับต้น ๆ ของโลก เป็นสังคมที่มีภาพลักษณ์ของความกลมเกลียวไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท อย่างไรก็ตาม เจริญยอมมีสองด้าน อีกด้านหนึ่งของสังคมที่ดูสงบสุขกลับเต็มไปด้วยความเครียดและความกดดันของผู้คน เป็นสังคมที่มีบรรทัดฐานที่เคร่งครัดจริงจังและมีวิถีประชาที่รุนแรง ส่งผลให้ญ์ปุ่นเป็นประเทศที่มีอัตราการฆ่าตัวตายสูงที่สุดติด 1 ใน 20 อันดับแรกของโลกมาเป็นเวลานาน ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ถ่ายทอดประสบการณ์ตรงที่ได้พบเจอแง่มุมอันเป็นด้านลบของเจริญอีกด้านนี้ด้วยตนเอง

คำสำคัญ: สังคมวิทยากฎหมาย; สังคมญ์ปุ่น; ความกลมเกลียว; สังคมไม่นิยมซึ่งข้อพิพาท

Abstract

This short article aims to present the Japanese's attitude towards legal dispute settlement as a part of the judicial process. The article is based on acknowledged sociology of law articles that have been a source of reference in the academic circle. The studies demonstrate that Japanese society accentuates harmony among its people and tries to avoid filing lawsuits against each other. This characteristic has shaped the country into a well-known non-litigious society. Litigation will be the last resort for a dispute settlement when there is no other way to deal with the case peacefully. Such an attitude of the majority of the Japanese results in one of the lowest litigation statistics and the low crime rate countries in the world. Accordingly, Japan has always reflected an image of being a harmonious and non-litigious society. However, a coin has two sides. On the other side of the coin, the negative one, under the characteristic of a peaceful country, lays its citizens' stressful and derepressed mentality. Japanese society possesses strict social norms and cruel folkways. The negative facets have positioned Japan as one of the top 20 countries in the world with the highest suicide rate for so long. Also, the writer shares direct and first-hand experiences in encountering some of those negatively untold stories.

Keywords: Sociology of Law; Japanese Society; Harmony; Non-Litigious Society

ญี่ปุ่น ประเทศที่มีสถิติอาชญากรรมต่ำที่สุดอันดับต้น ๆ ของโลก ประเทศที่มีชื่อเสียงเรื่องความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และจากประสบการณ์ของผู้เขียนเองรวมทั้งบุคคลรอบตัวที่อาศัยอยู่ในประเทศญี่ปุ่นเป็นเวลานาน มีประสบการณ์ในการลืมไอแพดไว้ที่ห้างสรรพสินค้าแล้วสามารถตามเอาคืนได้ ประสบการณ์ที่มักจะใช้โทรศัพท์ไอโฟนวางจ่องโต๊ะอาหารในโรงอาหารของมหาวิทยาลัยที่ผู้คนพลุกพล่านเป็นประจำโดยไม่ต้องมีใครนั่งเฝ้าแล้วไม่ต้องกังวลว่าไอโฟนที่วางไว้นั้นจะหาย หรือประสบการณ์ในการใช้เวลากว่าหนึ่งชั่วโมงเดินกลับที่พักหลังเวลา 02.00 น. เพราะรถไฟหยุดวิ่งไปแล้วและแท็กซี่ราคาแพงมากโดยไม่ต้องกังวลว่าจะมีใครมาทำอันตราย ประเทศที่ห้ามมิให้ผู้ปกครองไปส่งลูกหลานที่โรงเรียน เพื่อฝึกให้นักเรียนมีความสามารถในการเดินทางด้วยตนเอง เมื่อเด็ก ๆ เหล่านั้นเริ่มเข้าเรียนในระดับชั้นประถมศึกษา และเป็นประเทศที่ระมัดระวังตนต่อการสร้างความเดือดร้อนรำคาญให้แก่ผู้อื่นและสังคมส่วนรวม เพราะเหตุใดจึงเป็นเช่นนั้น? ผู้เขียนมาบอกเล่าเรื่องราวจากประสบการณ์ที่ได้รับทุนรัฐบาลญี่ปุ่นเข้าศึกษาในบัณฑิตวิทยาลัยคณะนิติศาสตร์แห่งมหาวิทยาลัยนาโกย่า เมืองนาโกย่า จังหวัดไอจิ ประเทศญี่ปุ่น ตั้งแต่ระดับปริญญาโทจนกระทั่งระดับปริญญาเอกเป็นเวลากว่า 5 ปี ซึ่งนานเพียงพอที่ทำให้ผู้เขียนได้มีส่วนร่วมและมีประสบการณ์ตรงในสังคมญี่ปุ่นที่ผู้คนมีทัศนคติของความกลมเกลียว มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียว เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม (Harmony)

ข้อความคิดเรื่องความกลมเกลียว (Harmony) ถูกปลูกฝังหยั่งรากลึกในสังคมญี่ปุ่นผ่านแนวความคิดดั้งเดิมของขงจื้อมานับแต่ในสมัยที่อารยธรรมจีนทรงอิทธิพลต่อวัฒนธรรมญี่ปุ่น คนญี่ปุ่นให้ความสำคัญต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคมส่วนรวมมาก่อนผลประโยชน์ส่วนตัว โดยให้ความสำคัญมากพอที่จะส่งผลต่อแนวความคิดของผู้คนต่อการมีข้อพิพาท การดำเนินคดีในชั้นศาล หรือแม้กระทั่งการจำกัดจำนวนผู้มีสิทธิประกอบวิชาชีพทางกฎหมายในประเทศญี่ปุ่น มีบทความสังคมวิทยาหลายฉบับที่ผลการศึกษาแสดงว่าสิ่งหนึ่งที่เป็นเอกลักษณ์อย่างยิ่งและแตกต่างจากที่ใดในโลกเกี่ยวกับทัศนคติเรื่องการฟ้องร้องคดีความในสังคมญี่ปุ่น ก็คือการที่ญี่ปุ่นเป็นสังคมที่ไม่นิยมการเป็นความ ไม่ค่อยฟ้องร้องดำเนินคดีต่อกัน (Non-Litigious Society)¹ เมื่อมีข้อพิพาทใด ๆ เกิดขึ้น คนญี่ปุ่น

¹ John Owen Haley, *The Myth of the Reluctant Litigant*, *Journal of Japanese Studies*, Volume 4 Issue 2 (Summer 1978), pp. 359-390.

เลือกที่จะจัดการด้วยวิธีการที่ไม่เป็นทางการ ไกล่เกลี่ยด้วยความละมุนละม่อม² โดยไม่ชอบและหลีกเลี่ยงที่จะใช้วิธีการแบบเป็นทางการด้วยการฟ้องร้องเพื่อสู้คดีกันในชั้นศาล คนญี่ปุ่นชอบความประนีประนอม ไม่ศรัทธาต่อการเผชิญหน้าแบบจริงจังแข็งกร้าว (Nonconfrontational Dispute Settlement)³ และมองว่าการฟ้องร้องคดีขึ้นโรงขึ้นศาลเป็นการทำทนายต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม หรือถึงขนาดที่จะถูกมองว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้สร้างข้อพิพาทขึ้นมาเสียเอง ด้วยเหตุนี้ สถิติคดีของศาลยุติธรรมในประเทศญี่ปุ่นจึงมีตัวเลขที่ต่ำมาโดยตลอด ไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2555 ประเทศญี่ปุ่นมีจำนวนประชากรประมาณ 127.55 ล้านคน มีคดีแพ่งเข้าสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้นของประเทศญี่ปุ่นจำนวน 161,412 คดี⁴ ในขณะที่ในปีเดียวกันนั้น ประเทศไทยมีจำนวนประชากรประมาณ 69.16 ล้านคน แต่มีคดีแพ่งเข้าสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้นมากถึง 627,539 คดี⁵ ทั้งที่ขณะนั้น ประเทศไทยมีจำนวนประชากรน้อยกว่าประเทศญี่ปุ่นเกือบ 2 เท่า แต่มีคดีแพ่งเข้าสู่การพิจารณาของศาลชั้นต้นมากกว่าประเทศญี่ปุ่นเกือบ 4 เท่า หรือจากอัตราการเกิดคดีฆาตกรรม (Homicide Rate) ในปี พ.ศ. 2560 ประเทศญี่ปุ่นมีอัตราการเกิดคดีฆาตกรรมอยู่ที่ 0.24 คดี ต่อประชากร 100,000 คน ขณะที่ประเทศไทยมีอัตราการเกิดคดีฆาตกรรมอยู่ที่ 2.58 คดี ต่อประชากร 100,000 คน มากกว่าประเทศญี่ปุ่นถึง 10.75 เท่า นอกจากนี้ แม้แต่บทบาทของทนายความญี่ปุ่นก็อยู่ในฐานะที่จะชี้นำลูกความในหลายกรณี อาทิ ในข้อพิพาทคดีหย่าร้าง ทนายความมีบทบาทอย่างมากต่อผลของการไกล่เกลี่ยระหว่างคู่สามีภรรยา⁶ ลูกความมักจะคล้อยตามสิ่งที่ทนายความแนะนำมากกว่ายึดมั่นต่อข้อเรียกร้อง

² J. Mark Ramseyer and Minoru Nakazato, *The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan*, *The Journal of Legal Studies*, Volume 18 Issue 2 (June 1989), pp. 263-290.

³ David J. Przeracki, *Working It Out: A Japanese Alternative to Fighting It Out*, *The Cleveland State Law Review*, Volume 37 Issue 1 (1989), pp. 149-177.

⁴ Etsuko Sugiyama, *Simplified Civil Procedure in Japan*, *Erasmus Law Review*, Issue 4 (December 2015), p. 203.

⁵ สำนักงานศาลยุติธรรม, *รายงานสถิติคดีศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักรไทยประจำปี พ.ศ. 2555*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556), หน้า 9.

⁶ Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, *The Yale Law Journal*, Volume 88 Issue 5 (April 1979), pp. 950-997.

ที่ตนต้องการเองจริง ๆ โดยมองว่า ข้อเสนอของนายความคือสิ่งที่ควรจะเป็น ลูกความไม่ควรเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวแต่ฝ่ายเดียวมากจนเกินไป

ในแง่ผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย แม้ว่าประเทศญี่ปุ่นจะเป็นประเทศที่มีการใช้กฎหมายในระบบประมวลกฎหมายหรือระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) และระบบศาลของประเทศญี่ปุ่นมี 3 ชั้นศาล คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกา เช่นเดียวกับระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศไทย แต่ระบบการศึกษาวิชากฎหมายและการเข้าสู่วิชาชีพนักกฎหมายภายในประเทศญี่ปุ่นนั้นมีความแตกต่างจากไทยอยู่หลายประการ ประการแรก การจะเข้าสู่วิชาชีพนักกฎหมายเริ่มขึ้นหลังจากเรียนจบระดับปริญญาตรี ผู้ที่จะมีสิทธิสอบเนติบัณฑิตของประเทศญี่ปุ่น (The National Bar Examination) ได้ ต้องเป็นผู้ที่จบการศึกษาในระดับปริญญาตรีแล้วเข้าเรียนในโรงเรียนกฎหมาย (Law School) เสียก่อน โดยโรงเรียนกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นไม่ได้จำกัดให้เฉพาะผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากคณะนิติศาสตร์เท่านั้นที่จะสามารถเข้าศึกษาต่อในโรงเรียนกฎหมายได้ ผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีสาขาวิชาอื่นก็มีสิทธิเข้าทดสอบเพื่อศึกษาต่อในโรงเรียนกฎหมายของประเทศญี่ปุ่นได้เช่นกัน แตกต่างกันตรงที่ผู้สำเร็จการศึกษาจากคณะนิติศาสตร์จะใช้เวลาเรียนในโรงเรียนกฎหมายเป็นเวลา 2 ปี ส่วนผู้สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีสาขาอื่นจะใช้เวลาเรียน 3 ปี จึงจะเป็นผู้มีสิทธิสอบเนติบัณฑิตของประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ การสอบเนติบัณฑิตแห่งประเทศไทยจะจัดสอบปีละ 1 ครั้ง สอบติดต่อกันเป็นเวลา 4 วัน จัดสอบในเดือนพฤษภาคมและประกาศผลสอบในเดือนพฤศจิกายนของทุกปี โดยมีข้อจำกัดให้สอบได้เพียง 3 ครั้ง ในช่วงระยะเวลา 5 ปี ประการที่สอง เมื่อสอบเนติบัณฑิตผ่านแล้ว ผู้ที่ประสงค์จะประกอบวิชาชีพนายความ ผู้พิพากษา หรืออัยการ จำเป็นต้องเข้าเรียนในสถาบันวิจัยและฝึกอบรมด้านกฎหมายแห่งประเทศญี่ปุ่น (The Legal Training and Research Institute of Japan) และต้องสอบให้ผ่านเสียก่อน โดยผู้ที่มีคะแนนสูงสุดมีสิทธิที่จะเลือกวิชาชีพได้ก่อน ประการที่สาม มีการจำกัดจำนวนผู้ที่สอบผ่านในบางวิชาชีพไว้ในแต่ละปี ซึ่งถ้าเทียบกับจำนวนประชากรญี่ปุ่นทั้งประเทศแล้ว นับว่าผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมายมีอัตราส่วนที่ต่ำมาก ยกตัวอย่างเช่น ในปี พ.ศ. 2563 ประเทศญี่ปุ่นมีประชากรประมาณ 125.8 ล้านคน มีจำนวนนายความ

42,164 คน⁷ คิดเป็นอัตราส่วนประชากรประมาณ 2,984 คน ต่อทนายความ 1 คน ในขณะที่ปี พ.ศ. 2563 ประเทศไทยมีประชากรประมาณ 69.8 ล้านคน มีจำนวนทนายความ 77,664 คน⁸ คิดเป็นอัตราส่วนประชากรประมาณ 899 คน ต่อทนายความ 1 คน นอกจากนี้ ผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายบางวิชาชีพมีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมแตกต่างจากวิชาชีพเดียวกันในหลาย ๆ ประเทศ อาทิ อัยการในประเทศญี่ปุ่นนอกจากจะมีอำนาจสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีแล้ว ยังมีอำนาจในการสั่งชะลอฟ้อง⁹ แม้ว่าจะมีพยานหลักฐานว่าผู้ต้องหากระทำความผิดก็ตาม คำสั่งชะลอการฟ้องเป็นการยับยั้งการฟ้องไว้โดยมีกำหนดระยะเวลา (Prosecution Suspend) ภายใต้การคุมประพฤติ (Probation) โดยพนักงานคุมประพฤติ คำสั่งชะลอการฟ้องไม่ได้ทำให้คดีอาญาระงับสิ้นไป เมื่อผู้ต้องหาได้รับการชะลอการฟ้องและปล่อยตัวไป หากต่อมาได้กระทำความผิดอีกภายในระยะเวลาที่กำหนด พนักงานอัยการจะเพิกถอนการชะลอการฟ้องในคดีเดิมแล้วฟ้องคดีนั้นเข้าไปพร้อมกับคดีใหม่ การชะลอการฟ้องทำได้ในกรณีที่คดีนั้นเข้าเงื่อนไขและมีพยานหลักฐานเพียงพอ โดยต้องพิจารณาถึง¹⁰

- (1) ลักษณะอายุและสภาพแวดล้อมของผู้กระทำความผิด
- (2) ความหนักเบาและพฤติการณ์ของการกระทำความผิด
- (3) สภาพการณ์ภายหลังการกระทำความผิด เช่น การสำนึกผิด การขอโทษ

การชดใช้ค่าเสียหาย การหลบหนี การทำลายพยานหลักฐาน เป็นต้น

⁷ Japan Federation of Bar Associations, *White Paper on Attorneys 2020* [Online], 8 September 2022. Source: <https://www.nichibenren.or.jp/library/en/about/data/WhitePaper2020.pdf>

⁸ นคร พจนวรรณพงษ์, *อาชีพทนายความไทยเข้าสู่ยุค ‘ตีบตัน’* [ออนไลน์], 8 กันยายน 2565. แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/article/news_2230729

⁹ การดำเนินคดีอาญาในประเทศญี่ปุ่นเป็นการดำเนินคดีโดยรัฐ (State Prosecution) พนักงานอัยการมีอำนาจในการสั่งคดีแต่เพียงผู้เดียว เป็นอำนาจเด็ดขาดโดยใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) ผู้เสียหายหรือเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่มีอำนาจในการฟ้องร้องคดีอาญา ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาในประเทศญี่ปุ่นจึงเป็นระบบผูกขาดอำนาจการฟ้องคดี (Monopolization of Prosecution)

¹⁰ วรวิทย์ สุนทรเสถียรเลิศ, *การเริ่มคดีอาญาโดยพนักงานอัยการ*, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557), หน้า 60-61.

ประเภทคดีที่พนักงานอัยการสามารถสั่งให้ชะลอการฟ้องได้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงคดีที่มีโทษเล็กน้อยเท่านั้น แต่รวมถึงคดีที่มีโทษร้ายแรงด้วย หากคดีนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขการชะลอฟ้องและสอดคล้องกับหลัก “ป้องกันสังคม”¹¹ ทั้งนี้ อัยการต้องพิจารณาองค์ประกอบเกี่ยวกับความร้ายแรงของการกระทำความผิด การบรรเทาผลร้ายของความผิดโดยผู้ต้องหาและผลกระทบต่อสังคมโดยรวมประกอบด้วย การที่อัยการประเทศญี่ปุ่นมีอำนาจพิเศษในการสั่งชะลอฟ้องเช่นนี้ได้ก็เนื่องมาจากกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งประเทศญี่ปุ่นมีวัตถุประสงค์ที่คำนึงถึงสังคมส่วนรวม โดยมองว่าหากผู้กระทำความผิดยอมรับผิดและขอโทษต่อส่วนรวมแล้วย่อมเป็นสิ่งที่สามารถให้อภัยและไม่ถือโทษโดยที่อัยการอาจใช้ดุลพินิจในการสั่งชะลอฟ้องได้ ซึ่งเป็นเหตุผลของเรื่องที่สะท้อนถึงข้อความคิดเรื่องความกลมเกลียว (Harmony) ของสังคมและวัฒนธรรมแบบญี่ปุ่นโดยเฉพาะ

อย่างไรก็ตาม เหยื่อญยอมมีสองด้าน ในสังคมซึ่งบุคคลต่างตระหนักถึงความสำคัญและเคารพสิทธิของกันและกัน สังคมที่รัฐจัดสรรสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดีในทุก ๆ บริบทแม้แต่สิทธิของผู้ต้องขังในคุก ก็ยังมีข้อเท็จจริงปรากฏว่า คนญี่ปุ่นบางคนที่มีรายได้ไม่มากเพียงพอต่อการมีคุณภาพชีวิตที่ดี หรือคนที่ต้องอยู่โดดเดี่ยวลำพังไร้ซึ่งญาติมิตรเพื่อนฝูง อันเนื่องมาจากประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีโครงสร้างทางสังคมเป็นครอบครัวเชิงเดี่ยว (Single Family) พยายามที่จะกระทำความผิดเล็ก ๆ น้อย ๆ อย่างเช่นการขโมยของในร้านสะดวกซื้อ เพื่อที่จะได้ถูกจับ ถูกดำเนินคดี และถูกตัดสินให้ได้รับโทษจำคุก เพราะมองว่าการอยู่ในคุกนั้นอาจมีคุณภาพชีวิตที่ดีกว่า หรือโดดเดี่ยวน้อยกว่าการที่ต้องใช้ชีวิตในสังคมญี่ปุ่น มีอยู่บ่อยครั้งที่ปรากฏเป็นข่าวว่าผู้สูงอายุต้องตายโดยลำพังเนื่องจากอาศัยอยู่คนเดียวจนผ่านไปหลายวันเมื่อศพส่งกลิ่นคลุ้งคลุ้งจึงจะมีผู้แจ้งให้ตำรวจเข้ามาตรวจสอบ นอกจากนี้ การที่คนในประเทศญี่ปุ่นต้องพยายามทำตัวกลมกลืนเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับสังคม ไม่ทำตัวโดดเด่นแปลกแยก ได้สร้างความกดดันให้คนจำนวนหนึ่งจนเกิดการกระทำการอัตวินิบาตกรรมคนจำนวนนั้นมากพอที่จะทำให้ประเทศญี่ปุ่นอยู่ในรายชื่อประเทศที่มีอัตราการฆ่าตัวตายสูงที่สุด 1 ใน 20 อันดับแรกของโลกมาเป็นเวลายาวนาน¹² การฆ่าตัวตายในประเทศญี่ปุ่นนั้น

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 61.

¹² Petr H., **25 Countries With The Highest Suicide Rates In The World** [Online], 9 September 2022. Source: <https://list25.com/25-countries-with-the-highest-suicide-rates-in-the-world/>

เกิดขึ้นได้ทุกที่ แม้แต่ตัวผู้เขียนเองก็มีประสบการณ์ตรงจากการที่รถไฟต้องล่าช้าเพราะมีผู้กระโดดรางรถไฟฆ่าตัวตาย นับเป็นครั้งแรกในชีวิตที่ต้องติดอยู่ในตู้รถไฟเป็นเวลากว่าหนึ่งชั่วโมงเพื่อรอให้เจ้าหน้าที่ตำรวจมาจัดการคดีและเคลียร์สถานที่ แทบทุกคนบนรถไฟขบวนนั้นรอดด้วยความสงบนิ่ง มีข้อความภาษาญี่ปุ่นแจ้งบอกบนรถไฟว่ากำลังเกิดเหตุการณ์อะไรขึ้นโดยที่แทบไม่มีใครสังเกตเห็นดังอะอะโววายวาย หากจะมีอยู่บ้างก็เป็นเสียงชาวต่างชาติที่ซักถามว่ากำลังเกิดอะไรขึ้น นอกจากการกระโดดรางรถไฟแล้ว ห้องพักในอะพาร์ตเมนต์ก็เป็นอีกสถานที่หนึ่งที่มีการฆ่าตัวตายเป็นจำนวนมากถึงขนาดที่มีการทำเว็บไซต์รวบรวมข้อมูลว่าอะพาร์ตเมนต์ใดมีคนเคยฆ่าตัวตายบ้าง และอะพาร์ตเมนต์แห่งนั้นก็จะมีค่าเช่าถูกเป็นพิเศษ โดยเฉพาะห้องที่เกิดเหตุจะราคาถูกแบบไม่เคยพบเจอราคานี้มาก่อน และแม้แต่หอพักมหาวิทยาลัยที่ผู้เขียนเรียนก็เคยมีเหตุการณ์ที่นักศึกษาระดับปริญญาตรีชาวญี่ปุ่นจุดไฟเผาตัวเองเพื่อฆ่าตัวตายในห้องพัก มหาวิทยาลัยที่ผู้เขียนเรียนได้เล็งเห็นความสำคัญของปัญหาความเครียดและความกดดัน จึงได้จัดเตรียมจิตแพทย์ไว้เพื่อบริการนักศึกษา ทั้งชาวญี่ปุ่นและชาวต่างชาติ ทั้งภาษาญี่ปุ่นและภาษาอังกฤษ

สังคมญี่ปุ่นที่คนภายนอกมองว่าเป็นระเบียบเรียบร้อย สมัครสมานกลมเกลียว และสงบสุข แต่ความจริงแล้วภายในนั้นเต็มไปด้วยความเครียดและความกดดัน มีบรรทัดฐานทางสังคม (Norms) และวิถีประชา (Folkways) ที่เคร่งครัดจริงจังและรุนแรงมาก ผู้คนในสังคมถูกคาดหวังให้ต้องเป็นไปตามบรรทัดฐานที่สังคมวางไว้ ผู้หญิงญี่ปุ่นถูกคาดหวังว่าเมื่อแต่งงานมีครอบครัวแล้วจะต้องลาออกจากงานมาเป็นแม่บ้านเต็มตัวเพื่อจัดการงานบ้านเองทั้งหมดและต้องเลี้ยงลูกด้วยตนเอง เป็นเหตุผลและเป็นแบบแผนที่ผู้หญิงในสังคมญี่ปุ่นมักไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งเพราะมีชนบสีบต่อกันมาว่าเมื่อแต่งงานแล้วก็คงจะลาออกจากงาน ส่วนผู้ชายญี่ปุ่นถูกคาดหวังให้เป็นหัวหน้าครอบครัว ต้องดูแลรับผิดชอบค่าใช้จ่ายทุกอย่างในครอบครัว บางคนต้องอยู่ภายใต้วัฒนธรรมการทำงานที่ค่อนข้างอนุรักษ์นิยม เช่น การทุ่มเททำงานแบบหามรุ่งหามค่ำ การทำงานล่วงเวลาแต่ไม่ได้ค่าตอบแทนพิเศษเพิ่มขึ้น หรือการไม่กลับบ้านก่อนผู้ที่มีตำแหน่งสูงกว่า เป็นต้น จนบางครั้งบางคนรับสถานการณ์เหล่านั้นไม่ไหวจนตัดสินใจหนีออกจากบ้านไปเป็นคนเร่ร่อนเพื่อไม่ต้องแบกรับภาระใด ๆ เรื่องราวเหล่านี้พอจะมีให้เห็นในสื่อออนไลน์อยู่บ้าง ส่วนตัวอย่างวิถีประชาที่เกิดขึ้นในสังคมญี่ปุ่นเมื่อไม่นานมานี้คือ ในช่วงที่การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา (COVID-19) ยังคงรุนแรงประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ออกกฎหมายเพื่อบังคับให้ประชาชนต้องกักตัวอยู่ที่บ้าน (Lockdown)

เพราะเห็นว่าขัดกับหลักสิทธิมนุษยชน รัฐบาลญี่ปุ่นเพียงแค่ประกาศข้อควรปฏิบัติและขอความร่วมมือจากประชาชนให้ทำตาม แต่ถึงกระนั้น ประชาชนชาวญี่ปุ่น องค์กร หน่วยงานต่าง ๆ ในญี่ปุ่น ต่างก็ร่วมมือกันปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด ถึงแม้จะมีช่วงที่เป็นวันหยุดยาวก็แทบไม่มีใครเดินทางออกนอกพื้นที่ มีกรณีมีผู้ที่ทำงานในโตเกียวซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีรายงานจำนวนผู้ติดเชื้อ COVID-19 สูงเป็นอันดับต้น ๆ ของประเทศได้เดินทางกลับไปเยี่ยมบ้านที่ต่างจังหวัด ซึ่ง ณ ขณะนั้น ที่นั่นยังไม่มีรายงานว่าผู้ติดเชื้อ เมื่อเพื่อนบ้านและคนในชุมชนทราบเรื่องต่างก็โทรศัพท์ไปต่อว่าตำหนิสมาชิกของครอบครัวนั้นว่าเห็นแก่ตัว ไม่นึกถึงส่วนรวม เหตุการณ์เลยเกิดไปถึงขั้นมีการกลั่นแกล้งหรือไม่มีปฏิสัมพันธ์กับสมาชิกครอบครัวนั้น เมื่อเหตุการณ์เป็นข่าวทางสื่อสังคมออนไลน์ จึงเกิดกรณีที่สมาชิกของครอบครัวในจังหวัดที่ไม่มีรายงานว่ามีผู้ติดเชื้อติดต่อลูกหลานญาติมิตรของตนเพื่อห้ามไม่ให้เดินทางมาเยี่ยมเยียนจนกว่าสถานการณ์ COVID-19 จะดีขึ้น มิเช่นนั้น อาจถูกเพื่อนบ้านหรือชุมชนลงโทษทางสังคม (Social Sanction) ซึ่งสำหรับความรู้สึกของคนญี่ปุ่นแล้ว บทลงโทษทางสังคมนั้นอาจร้ายแรงกว่าโทษทางกฎหมายเสียอีก แมุ้มที่เป็นเหรียญอีกด้านหนึ่งของประเทศญี่ปุ่นที่ไม่ค่อยมีใครทราบนี้ อาจถือเป็นความตลกร้ายที่คนภายนอกประเทศญี่ปุ่นไม่มีโอกาสได้รับรู้ว่าในสังคมที่มีภาพลักษณ์ของความสงบเรียบร้อยไม่นิยมซึ่งข้อพิพาทนั้น ช่างในเต็มไปด้วยความเครียด ความกดดัน หรือความโดดเดี่ยว ยิ่งว่าสังคมไหน ๆ

บรรณานุกรม

- นคร พจนนรพงษ์, **อาชีพทนายความไทยเข้าสู่ยุค ‘ตีบตัน’** [ออนไลน์], แหล่งที่มา: https://www.matichon.co.th/article/news_2230729
- วรวิทย์ สุนทรเสถียรเลิศ, **การเริ่มคดีอาญาโดยพนักงานอัยการ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557).
- สำนักงานศาลยุติธรรม, **รายงานสถิติคดีศาลยุติธรรมทั่วราชอาณาจักรไทย ประจำปี พ.ศ. 2555**, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลยุติธรรม, 2556).
- David J. Przeracki, **Working It Out: A Japanese Alternative to Fighting It Out**, *The Cleveland State Law Review*, Volume 37 Issue 1 (1989).
- Etsuko Sugiyama, **Simplified Civil Procedure in Japan**, *Erasmus Law Review*, Issue 4 (December 2015).
- J. Mark Ramseyer and Minoru Nakazato, **The Rational Litigant: Settlement Amounts and Verdict Rates in Japan**, *The Journal of Legal Studies*, Volume 18 Issue 2 (June 1989).
- Japan Federation of Bar Associations, **White Paper on Attorneys 2020** [Online], Source: <https://www.nichibenren.or.jp/library/en/about/data/WhitePaper2020.pdf>
- John Owen Haley, **The Myth of the Reluctant Litigant**, *Journal of Japanese Studies*, Volume 4 Issue 2 (Summer 1978).
- Petr H., **25 Countries With The Highest Suicide Rates In The World** [Online], Source: <https://list25.com/25-countries-with-the-highest-suicide-rates-in-the-world/>
- Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, **Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce**, *The Yale Law Journal*, Volume 88 Issue 5 (April 1979).

± กระบวนการตีพิมพ์บทความ ±

วารสารมีกระบวนการตีพิมพ์บทความดังต่อไปนี้

- (1) ผู้นิพนธ์ส่งบทความเข้าสู่ระบบ
- (2) บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ได้รับบทความแล้ว”
- (3) ตรวจสอบรายการอ้างอิงของบทความ (ทั้งรายการอ้างอิงในรูปแบบเชิงบรรณและรายการอ้างอิงท้ายบทความ) ว่าถูกต้องตามรูปแบบที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์” หรือไม่

(3.1) หากถูกต้อง ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป

(3.2) หากไม่ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์แก้ไขให้ถูกต้อง ถ้าผู้นิพนธ์แก้ไขจนถูกต้องแล้ว ดำเนินการตามข้อ (4) ต่อไป แต่ถ้าผู้นิพนธ์ไม่แก้ไขให้ถูกต้อง บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา”

(4) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาบทความ และบรรณาธิการแจ้งผลการพิจารณาบทความให้ผู้นิพนธ์ทราบตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

(4.1) กรณีรับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “รับบทความไว้พิจารณา” และดำเนินการตามข้อ (5) ต่อไป

(4.2) กรณีไม่รับบทความไว้พิจารณา แจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ไม่รับบทความไว้พิจารณา” พร้อมทั้งระบุเหตุผลที่ไม่รับบทความไว้พิจารณาให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(5) คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ (peer reviewer) เพื่อประเมินคุณภาพบทความ และบรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “บทความอยู่ระหว่างการประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ”

หมายเหตุ สำหรับ “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” คณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 3 ท่านต่อบทความ ส่วน “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นคณะผู้จัดทำวารสารพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความจำนวน 2 ท่านต่อบทความ

(6) ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความประเมินคุณภาพบทความแบ่งออกเป็น 3 ระดับดังต่อไปนี้

- (6.1) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ โดยไม่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติม
- (6.2) เห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ต้องทำการแก้ไขเพิ่มเติมก่อน
- (6.3) เห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

หมายเหตุ กรณี “บทความวิจัย” และ “บทความวิชาการ” หากผลการประเมินคุณภาพบทความไม่เป็นเอกฉันท์ ให้ถือตามเสียงข้างมากของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ ส่วนกรณี “บทความประเภทอื่น ๆ” นั้นหากผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ตีพิมพ์ แต่ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความอีกท่านหนึ่งเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์ คณะผู้จัดทำวารสารจะพิจารณาแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 เพื่อประเมินคุณภาพบทความดังกล่าว ทั้งนี้ ความเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความท่านที่ 3 ให้ถือเป็นที่ยุติ

(7) บรรณาธิการแจ้งผลการประเมินคุณภาพบทความตามข้อ (6) ให้ผู้นิพนธ์ทราบ

(7.1) กรณีตามข้อ (6.1) ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป

(7.2) กรณีตามข้อ (6.2) ตรวจสอบว่าภายหลังจากที่บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทำการแก้ไขเพิ่มเติม ผู้นิพนธ์ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ ถ้าได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมแล้ว ดำเนินการตามข้อ (8) ต่อไป แต่ถ้าไม่ได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร บรรณาธิการแจ้งให้ผู้นิพนธ์ทราบว่า “ปฏิเสธการตีพิมพ์”

(8) พิสูจน์อักษรและจัดหน้ากระดาษ

(9) ตีพิมพ์บทความ

✚ จริยธรรมในการตีพิมพ์บทความ ✚

บทบาทและหน้าที่ของผู้นิพนธ์

1. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความเป็นผลงานของผู้นิพนธ์แต่เพียงผู้เดียว หรือเป็นผลงานของผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมตามที่ระบุไว้
2. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อนทั้งในลักษณะรูปเล่ม สิ่งพิมพ์และสื่ออิเล็กทรอนิกส์
3. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความไม่ได้ละเมิดลิขสิทธิ์ของผู้อื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าบทความมีเนื้อหาถูกต้องตามหลักวิชาการ
5. ผู้นิพนธ์ต้องจัดทำบทความให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ใน “คำแนะนำสำหรับผู้นิพนธ์”
6. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ส่งบทความให้วารสารอื่นพิจารณาตีพิมพ์ซ้ำซ้อนภายในระยะเวลา 2 เดือนนับจากวันที่ผู้นิพนธ์ส่งบทความให้กับวารสาร
7. ผู้นิพนธ์ต้องรับรองว่าจะไม่ถอนบทความจากการพิจารณาตีพิมพ์ เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

1. บรรณาธิการต้องพิจารณาว่าขอบเขตเนื้อหาของบทความอยู่ในขอบเขตของวารสารหรือไม่
2. บรรณาธิการต้องพิจารณาคุณภาพของบทความว่าสมควรที่จะได้รับการตีพิมพ์ในวารสารหรือไม่
3. บรรณาธิการต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
4. บรรณาธิการต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ
5. บรรณาธิการต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์และผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความ

1. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยตนเอง
2. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องประเมินคุณภาพบทความด้วยความรู้และความสามารถทางวิชาการที่ตนมีอย่างเต็มที่
3. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่สืบทอดว่าผู้นิพนธ์คือผู้ใด
4. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับเนื้อหาในบทความแก่บุคคลอื่น ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องตลอดระยะเวลาของการประเมินคุณภาพบทความ
5. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องปราศจากอคติกับผู้นิพนธ์
6. ผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบบทความต้องไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผู้นิพนธ์

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2566)

⚖ คำแนะนำสำหรับผู้พิมพ์ ⚖

โปรดดูรายละเอียดในเว็บไซต์ของวารสาร



24MFU



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY



วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

เว็บไซต์ <https://so08.tci-thaijo.org/index.php/MFULJ>

อีเมล journal.law@mfu.ac.th

เฟซบุ๊ก www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th