



SCHOOL OF LAW
MAE FAH LUANG UNIVERSITY



วารสารนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1

Mae Fah Luang University Law Journal : Volume 1 Issue 1

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Mae Fah Luang University Law Journal

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 • มกราคม - มิถุนายน 2561

Volume 1 Issue 1 • January - June 2018

วัตถุประสงค์

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

ขอบเขต

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รับผิดชอบบทความวิชาการ บทความวิจัย วิเคราะห์คำตัดสินศาล วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย ปกป้องกฎหมาย แนะนำหนังสือกฎหมาย และบทความอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยขอบเขตเนื้อหาทางวิชาการของวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ครอบคลุมเนื้อหาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายในทุกสาขาวิชา เป็นต้นว่า กฎหมายแพ่งและธุรกิจกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา กฎหมายมหาชน กฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายภาษีอากร ฯลฯ

การพิจารณาบทความ

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีระบบการพิจารณาบทความ ดังนี้
บทความทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาคุณภาพจากผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญตรงตามเนื้อหาของบทความนั้น ๆ จำนวน 2 ท่าน ต่อ 1 บทความ ทั้งนี้ ผู้ทรงคุณวุฒิจะเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียกับผู้เขียนบทความ

ในกรณีที่บทความใดเขียนโดยบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคุณภาพบทความดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ทั้ง 2 ท่าน (หลักเกณฑ์นี้ใช้ในกรณีที่บทความซึ่งมีผู้เขียนร่วมกัน และผู้เขียนท่านหนึ่งหรือหลายท่านเป็นบุคคลภายในมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงด้วย)

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

กำหนดตีพิมพ์เผยแพร่

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง มีกำหนดตีพิมพ์เผยแพร่ปีละ 2 ฉบับ ดังนี้
ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน
ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

ความคิดเห็นใด ๆ ในบทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ และสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

บรรณาธิการ

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กองบรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเ้า คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์	อาจารย์ ดร.ณัฐกร วิทิตานนท์ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง	อาจารย์วิมพัทธ์ ราชประดิษฐ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ที่ปรึกษา

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

รองศาสตราจารย์ ดร.ชยาพร วัฒนศิริ	ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ
ศาสตราจารย์พิเศษ หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์	ศาสตราจารย์พิเศษ ประสิทธิ์ ไขว้ไถกุล
อาจารย์ธีรยุทธ์ หล่อเลิศรัตน์	อาจารย์สุบุญ วุฒิวงศ์
ศาสตราจารย์พิเศษ ไชยวัฒน์ บุณนาค	ศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทโรภากร
ศาสตราจารย์ ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.ไพโรจน์ กัมพูสิริ
รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล	รองศาสตราจารย์ ดร.ปรีชา อุบโยคิน

ผู้ทรงคุณวุฒิ*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์
คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ศาสตราจารย์ ดร.จตุรนต์ ธีระวัฒน์	ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
รองศาสตราจารย์ ดร.ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล	รองศาสตราจารย์มานิตย์ จุมปา
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทร์แจ่มใส	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ภัสวรรณ อุซุงค้อมร	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศารทูล สันติวาสะ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ชนันภรณ์ บุญเกิดทรัพย์	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ธนาวุฒิ วงศ์อนันต์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์วรพชร จันทรขันตี	ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุชิน กฤตลักษณ์วงศ์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์อารีรัตน์ โกสสิทธิ์	อาจารย์ ดร.ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี
อาจารย์กนกวรรณ เลิศรัตนเดชากุล	อาจารย์กมลนัยน์ ชลประทีน
อาจารย์ณัฐดนัย นาจันทร์	อาจารย์ติณเมธ วงศ์ใหญ่
อาจารย์บุญยานุช กาญจนานนท์	อาจารย์นวลจันทร์ แจ่มจิตร
อาจารย์ภาวิวัฒน์ สัตยานุรักษ์	อาจารย์ภัทระ ลิ้มปิติระ
อาจารย์สุชาติ แนวประเสริฐ	อาจารย์อำนาจ ตั้งศิริพิมาน

พิธีจัญอักษร

นายปกรณ์ สันป่าแก้ว

นางสาวชนิตรา พวงอินทร์	นางสาวพิรดา เข้าพรม
นางสาวฐิตาภา เย็นใจ	นางสาวรัชนิกร ศิริโกดา
นางสาวเกสร่า จีระดิษฐ์	นางสาวรัชนิกร บุญอ่อน

* รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่ปรากฏนี้ คือผู้ทรงคุณวุฒิที่ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสาร
นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2561) ทั้งบทความที่ได้รับการ
ตีพิมพ์ และบทความที่ไม่ได้รับการตีพิมพ์เนื่องจากผู้ทรงคุณวุฒิเห็นสมควรให้ปฏิเสธการตีพิมพ์

บทบรรณาธิการ

สวัสดีครับ ผมอาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน พ.ศ. 2561

ก่อนอื่นผมต้องขอแจ้งให้ผู้อ่านทราบก่อนว่า แต่เดิมนั้น สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ได้เคยจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ ตีพิมพ์เผยแพร่ผลงานทางวิชาการในรูปแบบของบทความสู่สาธารณชนมาแล้ว โดยวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับแรกตีพิมพ์เผยแพร่ในปี พ.ศ. 2552 และฉบับสุดท้ายตีพิมพ์เผยแพร่ในปี พ.ศ. 2554 รวมตีพิมพ์เผยแพร่ทั้งสิ้น 3 ฉบับ จากนั้นก็เลิกจัดทำไป

ภายหลังจากที่ผมรายงานตัวเข้าปฏิบัติงานที่สำนักวิชานิติศาสตร์ฯ ในปี พ.ศ. 2557 เรื่อยมาจนถึงช่วงปลายปี พ.ศ. 2560 ผมก็ได้รับรู้ถึงความปรารถนาของคณาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ฯ หลาย ๆ ท่าน ซึ่งรวมถึงตัวผมเองด้วย ที่ต้องการให้วารสารนิติศาสตร์ฯ กลับมาตีพิมพ์เผยแพร่บทความสู่สาธารณชนอีกครั้งหนึ่ง

กระทั่งช่วงต้นปี พ.ศ. 2561 ที่ประชุมคณาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ฯ โดยมี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์ คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ฯ เป็นประธาน ได้มีมติมอบหมายงานชิ้นสำคัญให้แก่ผม ซึ่งงานสำคัญชิ้นนั้นก็คือ การจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ ให้กลับมาตีพิมพ์เผยแพร่บทความสู่สาธารณชนอีกครั้งหนึ่ง (โดยให้เริ่มนับใหม่เป็นปีที่ 1 ฉบับที่ 1 ไม่ได้นับต่อจากฉบับเดิมที่เคยจัดทำแล้วเลิกไป) และให้ผมทำหน้าที่เป็นบรรณาธิการด้วย

เมื่อผมได้รับมอบหมายงานชิ้นสำคัญนี้มา สิ่งแรกที่ผมเริ่มทำคือ วางระบบให้การจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ มีมาตรฐานเป็นไปตาม “หลักเกณฑ์คุณภาพวารสาร” ที่กำหนดขึ้นโดย “ศูนย์ดัชนีการอ้างอิงวารสารไทย” หรือ “Thai Journal Citation Index Centre: TCI” เช่น การมีกองบรรณาธิการซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิที่มาจากหลากหลายหน่วยงาน จำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พิจารณาคุณภาพต่อ 1 บทความ การตีพิมพ์เผยแพร่บทความโดยมีรูปแบบการตีพิมพ์และรูปแบบที่ได้มาตรฐาน เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้ การที่วารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้กลับมาตีพิมพ์เผยแพร่บทความสู่สาธารณชนได้อีกครั้งหนึ่งนั้น ผมจึงขอขอบพระคุณคณาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ฯ ทุก ๆ ท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รุ่ง ศรีสมวงษ์ คณบดีสำนักวิชานิติศาสตร์ฯ ที่ช่วยกันผลักดัน ให้การสนับสนุน ให้คำชี้แนะ และให้กำลังใจแก่ผมและกองบรรณาธิการเสมอมา

ขอขอบพระคุณกองบรรณาธิการทุกท่านที่เสียสละเวลา ห่มเทศความคิดและแรงกาย ในการจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้ ซึ่งประกอบไปด้วย (1) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ศุภศิษฐ์ ทวีแจ่มทรัพย์ (2) ผู้ช่วยศาสตราจารย์อานนท์ มาเม้า (3) อาจารย์ ดร.ณัฐกร วิทิตานนท์ (4) อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย และ (5) อาจารย์วิมลพัทธ์ ราชประดิษฐ์

ขอขอบพระคุณที่ปรึกษา ผู้เขียนบทความ รวมถึงผู้ทรงคุณวุฒิทุก ๆ ท่านที่ได้ให้ความอนุเคราะห์ประเมินคุณภาพบทความให้กับวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้

ขอขอบคุณฝ่ายพิสูจน์อักษรที่ช่วยกันพิสูจน์อักษรในทุก ๆ บทความที่ตีพิมพ์ลงในวารสารนิติศาสตร์ฯ ฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผมและกองบรรณาธิการขอให้คำมั่นว่า จะจัดทำวารสารนิติศาสตร์ฯ ให้เต็มเปี่ยมไปด้วยคุณภาพ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของบุคคลทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ในสาขาวิชานิติศาสตร์และสาขาวิชาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ผู้อ่านจะได้รับประโยชน์จากวารสารนิติศาสตร์ฯ ในฐานะที่เป็นเอกสารประกอบการศึกษาค้นคว้า การอ้างอิง ฯลฯ ตามสมควร

อาจารย์วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์
บรรณาธิการ

สารบัญ

บทความวิชาการ : Academic Articles

- | | |
|---|-----------|
| <p>• พระราชดำรัสกับการปฏิบัติตนของนักกฎหมาย</p> <p>The Royal Speech and the Practice of Lawyers</p> <p>หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์</p> <p>M.L. Krairerk Kasemsant</p> | <p>11</p> |
| <p>• การศึกษากฎหมายเชิงสหวิทยาการ</p> <p>Legal Study with Interdisciplinary Approach</p> <p>อนันต์ จันทโรภากร</p> <p>Anan Chantara-opakorn</p> | <p>19</p> |
| <p>• ความเข้าใจผิดบางประการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ</p> <p>Certain Misconceptions about Arbitration</p> <p>ไชยวัฒน์ บุนนาค</p> <p>Jayavadh Bunnag</p> | <p>33</p> |
| <p>• กลไกและกระบวนการดำเนินการทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย</p> <p>Mechanisms and Lawful Administrative Process</p> <p>ธีรยุทธ์ หล่อเลิศรัตน์</p> <p>Thirayuth Lorlertratna</p> | <p>47</p> |
| <p>• เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560</p> <p>The Jurisdiction of the Constitutional Court concerning the Verification of Important Treaties under the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017)</p> <p>อาณนัท มาเฝ้า</p> <p>Arnon Mamout</p> | <p>57</p> |

• สถานะทางกฎหมายของกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้	79
The Legal Status of an Insurgent Group in Southern Border of Thailand	
ณัฐดนัย นาจันทร์	
Natdanai Nachan	
• กฎหมายอวกาศและการดำเนินการเมื่อได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกและหรือห้วงอากาศ: กรณีศึกษาการตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1	115
Space Law and Legal Actions for Damage caused by Space Objects on the Surface of the Earth or in Air Space: A Case Study of the fall of Tiangong-1	
ชูเกียรติ น้อยฉิม	
Chukeat Noichim	

บทความวิจัย : Research Article

• การสำรวจความรู้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยที่มีต่อเรื่องสิทธิผู้ป่วยและญาติในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต	139
Exploring the Concept of Legal Professional on the rights of patients and their relatives to refuse medical treatment at the end of their lives	
พิสิษฐ์ ศรีอัคคโกคิน	
Pisit Sriakpokin	

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 (ฆ่าชู้) 161
Supreme Court Judgement Number 5486/2560
(The Adulterer Murder)
ธนาวุฒิ วงศ์อนันต์
Tanawut Wongananda

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย : Analysis of Legal Opinion

- ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง 167
เรื่องเสร็จที่ 1403/2560 (การเรียกคืนเงินประจำตำแหน่ง
ทางวิชาการที่พนักงานในสถาบันอุดมศึกษาได้รับไป
ในระหว่างดำรงตำแหน่งโดยใช้วุฒิการศึกษาปลอม)
Decision of Commission on Administrative Procedure
Number 1403/2560 (Reimbursement of Money Earned
by Employees in Higher Education Institutions during
their Tenure an Academic Title by Fake Degrees)
ธีรวัฒน์ ขวัญใจ
Teerawat Kwanjai

ปกิณกะกฎหมาย : Legal Miscellaneous

- บังคับให้ไปจดทะเบียนหย่าโดยความยินยอม 175
Divorce by Consent Enforced by the Court
ไพโรจน์ กัมพูสิริ
Pairojana Kampusiri

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

- The ASEAN Way and the ASEAN Community 179

วิถีอาเซียนกับการเป็นประชาคมอาเซียน

Archariya Wongburanavart

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

- คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 189

Explanation of the Criminal Law R.S. 127

วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์

Wiwat Damrongkulnan

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

- ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติกับการลงโทษ: 193
มาตรการลงโทษระดับกลาง

Environmental and Natural Resources Offense and Criminal
Sanction: Intermediate Punishment

ธีร์รัฐ ไชยอัคราวัชร (ดล บุนนาค)

Theerat Chaiakarawat (Dol Bunnag)

ปาฐกถา : Keynote Speech

- Transnational Organized Crime and Legal Safeguards 203
for the Belt and Road Initiative

อาชญากรรมข้ามชาติและหลักประกันทางกฎหมายสำหรับข้อริเริ่ม
หนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง

Surakiart Sathirathai

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย

บทความวิชาการ : Academic Articles

พระราชดำรัสกับการปฏิบัติตนของนักกฎหมาย The Royal Speech and the Practice of Lawyers

หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์^{*}
M.L. Krairerk Kasemsant

บทคัดย่อ

“กฎหมาย” คือกติกาของสังคม บัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นกรอบและแนวทางปฏิบัติไม่ให้เกิดการล่วงละเมิดสิทธิหรือกระทำความผิดต่อหน้าที่ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเป็นเพียงตัวหนังสือ ความสำคัญจึงอยู่กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย ผู้บัญญัติกฎหมาย หรือผู้ที่ใช้กฎหมายเป็นสำคัญ ถ้ายึดถือปฏิบัติตามแนวกระแสพระราชดำรัสขององค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 และพระราชดำรัสของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในรัชกาลปัจจุบัน ก็จะไม่เกิดกรณีพิพาทซึ่งถูกข่มขืนแต่ไม่อาจนำตัวผู้กระทำความผิดมารับโทษได้ แต่ในทางกลับกัน หากพนักงานสอบสวนได้ยึดถือน้อมเกล้านำกระแสพระราชดำรัสเป็นแนวปฏิบัติ หลีกเลี่ยงการข่มขืนแม้จะไม่มีประจักษ์พยานมายืนยัน แต่จากการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน ก็ทำให้สังคมตลอดทั้งหญิงผู้เสียหายได้รับความเป็นธรรม เพราะสามารถที่จะนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้ หรือในกรณีที่แม้จะมีเจ้าพนักงานของรัฐเป็นพยานโจทก์หลายคน แต่หากการทำงานของผู้พิพากษาได้ทำงานอย่างผู้ที่มีประสบการณ์ทั้งศาสตร์และศิลป์ก็จะให้ความเป็นธรรมกับจำเลย ทำให้จำเลยได้กลับมาใช้ชีวิตตามปกติและทำประโยชน์ให้แก่สังคมต่อไป

คำสำคัญ: พระราชดำรัส, การปฏิบัติตน, นักกฎหมาย

Abstract

“Law” is the rule of society. The law is intended to provide frameworks and guidelines in order to prevent violation of right or misconducting. However, law is merely consonant. The roles of people involved in law, legislators, and

^{*} ศาสตราจารย์ (พิเศษ) สาขาวิชากฎหมายอาญา แห่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยม) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, ที่ปรึกษาคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ, คณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, คณะกรรมการกฤษฎีกา, ประธานฝ่ายจริยธรรม กรมประชาสัมพันธ์

law enforcers are more important. If their actions are in accordance with the royal speeches of the late King Bhumibol Adulyadej, and His Majesty King Maha Vajiralongkorn, the situation where the woman is raped, but the offender cannot be found would not happen. If the inquiry officer has taken the royal speeches as practice guideline, although there is no eye witness, the offender would be located and punished due to the collection of evidence conducted by the inquiry officer. This would bring justice to the victims and the society. This also applies to situation where state officials are plaintiff's witnesses. If judges work as persons who are highly experienced, they would be able to bring justice to the defendants. The defendants can therefore go back to their normal life and make a positive contribution to the society.

Keywords: The Royal Speech, Practice, Lawyers

นักกฎหมายทั้งหลายต่างทราบเป็นอย่างดีว่า ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช รัชกาลที่ 9 ได้ทรงมีพระบรมราโชวาทและพระราชดำรัสพระราชทานแก่นักกฎหมายในโอกาสต่าง ๆ หลายครั้ง ครั้นรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวมหาวชิราลงกรณ บดินทรเทพยวรางกูร รัชกาลปัจจุบัน พระองค์ก็ทรงมีพระราชดำรัสแก่ผู้พิพากษาประจำศาลที่เข้าถวายสัตย์ปฏิญาณ เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2561 หากนักกฎหมายทั้งหลายได้น้อมเกล้าน้อมกระหม่อมยึดถือพระบรมราโชวาทและพระราชดำรัสไปเป็นแนวทางปฏิบัติให้เกิดผลขึ้น นอกจากตัวผู้ปฏิบัติจะประสบความสำเร็จแล้ว ยังนำความสงบสุขร่มเย็นและความยุติธรรมให้บังเกิดขึ้นในบ้านเมือง ในทางกลับกันถ้านักกฎหมายใช้ช่องว่างของกฎหมาย หรือแปลความกฎหมายโดยมิได้คำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมาย ก็จะทำให้เกิดเหตุการณ์ที่นำมาสู่ความเสื่อมเสียของกระบวนการยุติธรรมได้

จากประสบการณ์ที่ผู้เขียนได้ประกอบวิชาชีพกฎหมายมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควร ได้พบเห็นการปฏิบัติตนของนักกฎหมายหลายสาขาอาชีพในเรื่องต่าง ๆ ทั้งที่ปฏิบัติดี ปฏิบัติชอบ ซึ่งก่อให้เกิดผลดี ทำให้เกิดความเป็นธรรมขึ้นในบ้านเมือง และที่ปฏิบัติในทางตรงกันข้าม ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อกระบวนการยุติธรรม จึงขอยกพระบรมราโชวาทและพระราชดำรัสที่เกี่ยวข้องกับประสบการณ์ของผู้เขียนนำมาเล่าเป็นเรื่องราว เพื่อเป็นอุทธาหรณ์ สัก 2-3 เรื่อง

ลำดับแรก ผู้เขียนขออัญเชิญพระบรมราโชวาทในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่ผู้สำเร็จการศึกษาจากสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2523 อันมีใจความว่า

“กฎหมายนั้น โดยหลักการจะต้องบัญญัติขึ้นใช้เป็นอย่างเดียวกันและเสมอกันหมดสำหรับคนทั้งประเทศ จึงเป็นธรรมดาที่จะบังคับใช้ให้ได้ผลบริบูรณ์ครบถ้วนทุกกรณีไม่ได้ คงต้องมีส่วนบกพร่องเกิดขึ้นมากบ้างน้อยบ้างตามเหตุการณ์และตัวบุคคลผู้นำกฎหมายมาใช้ จำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องสำนึกตระหนักในความรับผิดชอบของตนเองอยู่ตลอดเวลา ในอันที่จะใช้กฎหมายเพื่อธำรงรักษาและผดุงความยุติธรรมถูกต้องเพียงอย่างเดียว มิใช่เพื่อผลประโยชน์อย่างอื่น ๆ ในขณะนี้ทุกคนต้องทำให้หนักแน่นเที่ยงตรงปราศจากอคติ ให้กล้าแข็งที่จะทำในสิ่งที่ถูกต้องเป็นธรรม ให้สุขุมรอบคอบประกอบด้วยสติและปัญญา ที่จะตรวจตราพิจารณาหาทางที่จะใช้ตัวบทกฎหมายให้ได้ผลตรงตามจุดประสงค์ คือ ให้เกิดความถูกต้องเที่ยงตรงโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม ไม่ยอมปล่อยให้มีความอึดอัดหรือกีดกันทางกฎหมายเอารัดเอาเปรียบผู้อื่นในทางไม่เป็นธรรมได้ ทั้งต้องดำรงตนให้เป็นที่ยึดของสุจริตชนด้วยเสมอ นักกฎหมายจึงจะสามารถรักษาความศักดิ์สิทธิ์ของกฎหมาย และความผาสุกสงบของบ้านเมืองไว้ได้”

คดีเรื่องนี้มีอยู่ว่า หญิงสาวผู้เสียหายถูกผู้ต้องหาซึ่งมีอาชีพขับรถจักรยานยนต์รับจ้าง (ปากซอย) ช่มจีน หลังจากกระทำความผิด ผู้ต้องหาได้ไปขอโทษหญิงสาวผู้เสียหาย และอ้างว่าทำไปด้วยความรักและได้นำสิ่งของไปขอขมาและปฏิบัติอย่างผู้สำนึกในการกระทำความผิด ส่วนผู้เสียหายเองก็ตัดสินใจไม่ถูก นอกจากจะรู้สึกอับอายแล้วยังมีผู้มาแนะนำว่า ถ้าไปแจ้งความต่อเจ้าพนักงานตำรวจถึงอย่างไรผู้ต้องหาที่ได้รับการประกันตัว เวลาไปให้การต่อพนักงานสอบสวนจะต้องเล่ารายละเอียดทุกขั้นตอนและอาจถูกพนักงานอัยการเรียกไปซักถามเพิ่มเติมอีก เมื่อคดีไปสู่ศาลแล้ว ก็ต้องเบิกความอีกครั้งหนึ่ง ต้องเตรียมตอบคำถามของทนายความฝ่ายจำเลยให้ดี ผู้เสียหายเมื่อรับทราบเช่นนั้น ก็ไม่แน่ว่าจะตัดสินใจอย่างไรดี ทุกเช้าก็ต้องไปขึ้นรถจักรยานยนต์ที่ปากซอยไปทำงาน และผู้ต้องหาที่ขึ้นอาสาขับรถจักรยานยนต์ไปส่ง ไม่นานนักเวลาที่ผ่านมาสามเดือน ผู้ต้องหา นอกจากจะเลิกปฏิบัติดีแล้วยังทำท่าทะเลาะผู้เสียหายอีก ผู้เสียหายจึงตัดสินใจไปแจ้งความ แต่ก็ได้รับคำตอบว่า “คดีขาดอายุความแล้วครับ เพราะคดีช่มจีนผู้มีอายุเกิน 15 ปี เป็นความผิดต่อส่วนตัวหรือยอมความได้ ผู้เสียหายจะต้องร้องทุกข์ภายใน 3 เดือน ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 ประกอบมาตรา 281 และมาตรา 96” ผู้เสียหายต้องได้รับความเสียใจ ช่มจีนใจ รู้สึกว่าตัวเองไม่ได้รับความยุติธรรมและที่สำคัญที่สุด เธอไม่สามารถย้ายบ้านหนีไปอยู่ที่อื่นและเสียใจมากยิ่งขึ้น เมื่อทราบภายหลังว่า นักกฎหมายที่ให้คำแนะนำเธอนั้นมีความสนิทสนมกับผู้ต้องหาในคดีนี้ ใช้ความรู้และช่องโหว่ของกฎหมายช่วยเหลือผู้ต้องหาซึ่งเป็นพวกเดียวกัน

เช่นเดียวกับคดีอีกเรื่องหนึ่ง ผู้ที่เรียนกฎหมายต่างทราบดีว่า “ศาลจะพิพากษาคดีโดยอาศัยข้อเท็จจริงนอกสำนวนไม่ได้”

ผู้พิพากษาท่านหนึ่งขณะรับประทานอาหารอยู่ในร้านริมทางของถนนที่เชื่อมต่อระหว่างสองจังหวัดได้ยินชาวบ้านพูดกันในร้านอาหารจับใจความได้ว่า พวกมันไปหมดแล้ว

เพราะ (อ้างชื่อบุคคล) มันไปถามพยานว่าจะเอาเงิน 30,000 หรือลูกปืน 3 ลูก พวักพยานตอบว่าเอาเงิน ซึ่งตรงกับคดีปล้นทรัพย์ในศาลแห่งหนึ่งที่อยู่ระหว่างจะเริ่มสืบพยานโจทก์ ปรากฏว่า คดีเรื่องนี้ย่อการโจทก์แถลงต่อศาลขอเลื่อนคดีเพราะส่งหมายให้ประจักษ์พยานไม่ได้ เมื่อศาลสอบจำเลยแล้ว จำเลยไม่คัดค้าน แต่ทนายจำเลยแถลงให้ศาลทราบว่าการประกันของจำเลยทั้งสามได้ยื่นคำร้องขอถอนประกันและศาลมีคำสั่งอนุญาตไปแล้ว จำเลยทั้งสามจึงถูกคุมขังอยู่ในระหว่างพิจารณา ดังนั้นคราวหน้าหากไม่ได้พยานโจทก์มาสืบ ขอให้ศาลตัดพยานโจทก์ปากดังกล่าว สืบพยานอื่นต่อไป คดีนี้ปรากฏว่าศาลเลื่อนคดีอีกสองครั้งโดยเหตุผลเดิมคือ ส่งหมายให้พยานไม่ได้ ไม่ทราบว่าพยานไปอยู่ที่ไหน ทนายจำเลยก็ค้านทุกครั้ง จนศาลต้องตัดพยานปากสำคัญในที่สุด ส่วนพยานที่เหลือมีน้ำหนักไม่เพียงพอที่จะรับฟังลงโทษจำเลยได้ เนื่องจากคดีอาญาศาลจะพิพากษาลงโทษจำเลยได้ จะต้องแน่ใจว่าจำเลยกระทำความผิดจริง หากมีเหตุสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ต้องพิพากษายกฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

จึงไม่แปลกอะไรที่มีคดีอาญาจำนวนหนึ่งแม้ไม่มาก พยานจะเบิกความต่อศาลไม่ตรงกับที่เคยให้การยืนยันในชั้นพนักงานสอบสวนว่า จำเลยเป็นคนร้าย หรือพยานปากสำคัญย้ายที่อยู่ เมื่อคดีผ่านขั้นตอนที่ตนจะต้องมาเบิกความไปแล้วก็จะกลับมาอยู่ภูมิลำเนาเดิม หรือในคดีสำคัญ ๆ ก็อาจมีการฆาตกรรมพยาน หรือไปข่มขู่พยานให้เบิกความเท็จ ดังนั้น ถ้ากระบวนการยุติธรรมไม่เข้มแข็งและไม่สามารถคุ้มครองพยานได้ แม้จะมีพระราชบัญญัติคุ้มครองพยานในคดีอาญา พ.ศ. 2546 ก็ตาม ความยุติธรรมก็อาจถูกบิดเบือนไปได้ ยังไม่รวมถึงกรณี เช่น พยานลี้ภัยเหตุการณ์ เพราะเหตุเกิดมานานแล้ว หรือเกิดความหวั่นไหวกับสภาพห้องพิจารณาคดี หรือจากการถามค้านโดยนักกฎหมายฝ่ายตรงกันข้ามจนตอบอะไรก็ตอบไม่ถูก หรือถูกถามจนพยานเกิดความสับสน ซึ่งผู้พิพากษาต้องระมัดระวังมิให้เกิดเรื่องทำนองนี้ ต้องแสดงความเมตตาและให้ความอบอุ่นต่อพยาน ถ้าพยานรู้สึกสับสน ข้อเท็จจริงที่เข้าสู่สำนวนย่อมสับสน สุดท้ายย่อมมีผลต่อการพิจารณาพิพากษาของศาลในที่สุด และส่วนหนึ่งก็เกิดจากการใช้ความรู้ความสามารถของนักกฎหมายไปในทางที่ผิด

ย้อนกลับมาดูเรื่องดี ๆ กันบ้าง ตอนบ่ายวันหนึ่งของฤดูฝน มีผู้แจ้งไปยังเจ้าพนักงานตำรวจว่าพบศพหญิงสาวนอนเปลือยอยู่ในสวนแห่งหนึ่ง เจ้าพนักงานตำรวจได้ไปยังที่เกิดเหตุทันที เมื่อไปถึงที่เกิดเหตุได้ตรวจสภาพร่างกายและสถานที่เกิดเหตุโดยละเอียด พบบนเส้นหนึ่งตกอยู่บริเวณอวัยวะเพศของหญิงผู้ตาย พบรอยเท้าบริเวณข้างเคียงศพ ได้วัดขนาดรอยเท้าและเก็บเส้นขนดังกล่าวและพยานอื่น ๆ เท่าที่จะรวบรวมได้มาทั้งหมดและได้สอบพยานอื่น ๆ ที่เห็นผู้ตายในวันเกิดเหตุ มีพยานปากหนึ่งให้การว่าได้พบผู้ตาย ผู้ตายบอกกับตนว่า จะเอาวิทยุไปคืนน้ำ (จำเลย) เจ้าพนักงานตำรวจไปตามจับจำเลยที่บ้าน ปรากฏว่าจำเลยหลบหนีไป และจับจำเลยได้ในที่สุด เรื่องนี้ศาลฎีกาเชื่อในพยานหลักฐานที่พนักงานตำรวจรวบรวม ผลการตรวจพิสูจน์ว่าเส้นขนที่พบอยู่บนอวัยวะเพศของผู้ตายมีลักษณะตรงกับเส้นขนที่อวัยวะเพศของ

จำเลย (เรื่องนี้เกิดขึ้นเมื่อประมาณ 35 ปีมาแล้ว ไม่มีการเก็บของเหลวในช่องคลอดไปตรวจพิสูจน์หาดีเอ็นเอ) ขนาดรอยเท้าบนพื้นผิวดินตรงกับขนาดของจำเลย ทั้งก่อนเกิดเหตุมีพยานเบิกความยืนยันว่า ผู้ตายไปหาจำเลยที่บ้านและในวันเดียวกันนั้นพบศพของผู้ตายในสวนของจำเลย หลังเกิดเหตุจำเลยหลบหนีไปเป็นข้อพิพาทอีกประการหนึ่ง จึงพิพากษาลงโทษจำเลย

คดีเรื่องนี้แสดงให้เห็นความรับผิดชอบในหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจ เพราะหากออกไปล่าช้าหรือไปในตอนกลางคืน ฝนตกในเย็นวันเดียวกันนั้นเอง รอยเท้าของจำเลยและเส้นขนบนอวัยวะเพศของผู้ตายย่อมจะถูกชะล้างหายไปพร้อมกับสายฝน ย่อมขาดพยานหลักฐานชิ้นสำคัญที่จะใช้ลงโทษจำเลยได้ แต่ด้วยความสำนึกในหน้าที่ปฏิบัติตามพระบรมราโชวาทความยุติธรรมจึงบังเกิดขึ้นในบ้านเมือง ถ้านักกฎหมายหมั่นปลูกฝังธรรมะ “อิทธิบาทสี่” ให้งอกงามในจิตใจของตนเอง เชื่อว่าความสงบร่มเย็นจะมีมากกว่านี้ จะไม่เกิดกรณีตัดสินปัญหาด้วยตนเองเพราะรอความเป็นธรรมจากกระบวนการยุติธรรมไม่ไหว เช่น ใช้สิ่งของไปทุบตีรถของผู้ที่มาจอดขวางหน้าบ้านของตน เป็นต้น

คดีเรื่องนี้ไม่มีประจักษ์พยานพบ แต่พยานหลักฐานอื่น ๆ เมื่อนำมาจับฟังประกอบกันแล้ว ศาลเชื่อว่าจำเลยกระทำความผิดจริงย่อมพิพากษาลงโทษจำเลยได้ มีคดีอีกเป็นจำนวนมากที่ศาลพิพากษาลงโทษจำเลยโดยไม่ต้องอาศัยประจักษ์พยาน การรวบรวมพยานหลักฐานซึ่งเป็นหน้าที่โดยตรงของพนักงานสอบสวนมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะทำให้ความยุติธรรมในทางอาญาบังเกิดผลไปในทางใด “เจ้าพนักงานตำรวจ” จึงเป็นต้นน้ำของกระบวนการยุติธรรม ต้องได้รับการปรับปรุงและดูแลให้ความสำคัญ หากต้นน้ำขุ่นมัวเสียแล้วก็ยากที่จะขจัดปัดเป่าให้ปลายน้ำใสสะอาดได้

บางกรณีที่ไม่แน่ใจก็จะมีประจักษ์พยานหลายคนที่เป็นเจ้าพนักงานตำรวจต่างเบิกความยืนยันว่า จำเลยใช้ลูกระเบิดขว้างใส่เจ้าพนักงานตำรวจ ขณะที่เจ้าพนักงานตำรวจบุกเข้าไปจับกุมจำเลยในกระต๊อบเล็ก ๆ ที่จำเลยอาศัยอยู่กับภริยาและบุตรเล็ก ๆ แม้โจทก์จะมีประจักษ์พยานหลายปากเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาตามเหตุผลที่ควรจะเป็น ศาลเห็นว่าจำเลยเป็นชาวกะเหรี่ยง ข้อหาที่เจ้าพนักงานตำรวจบุกเข้าไปจับกุมก็เป็นข้อหาที่ไม่มีโทษสถานหนักที่จำเลยจะต้องเสี่ยงถึงขนาดฆ่าตำรวจเป็นจำนวนมาก ประตูกำแพงกระต๊อบมีทางเดียวเพราะเป็นกระต๊อบเล็ก ๆ หากจำเลยขว้างลูกระเบิดใส่เจ้าพนักงานตำรวจ จำเลยบุตร และภริยาของจำเลยก็ต้องตาย สมควรหรือไม่ที่จำเลยจะต้องเสี่ยงชีวิตของตัวเอง บุตร และภริยาเช่นนั้น ยังได้ความต่อไปว่า จำเลยมิได้ถูกจับกุมในกระต๊อบนั้น ถูกจับห่างออกไปจากกระต๊อบประมาณ 5 ถึง 8 เมตร จึงมีข้อสงสัยว่าจำเลยออกไปจากกระต๊อบได้อย่างไรในเมื่อประตูกำแพงมีเพียงประตูเดียว และมีเจ้าพนักงานตำรวจยืนขวางอยู่ที่ปากประตู ทุกคนมีอาวุธประจำกาย ไม่น่าจะปล่อยให้จำเลยผ่านออกไปโดยง่าย ส่วนลูกระเบิดที่โจทก์อ้างว่าเป็นของจำเลยก็ไม่ได้ความชัดเจนว่าจำเลยได้มาจาก ณ ที่ใด ในเรื่องนี้จำเลยให้การปฏิเสธมาตลอดว่า จำเลยไม่เคยเห็นลูกระเบิดของกลางมาก่อน ประกอบกับการเข้าตรวจค้นและจับกุมได้

กระทำโดยไม่มีหมายจากศาล ในที่สุดศาลพิพากษายกฟ้องเพราะมีเหตุสงสัยตามสมควรตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

คดีนี้ชีวิตของจำเลยแขวนอยู่บนเส้นด้ายระหว่างถูกลงโทษสองในสามของประหารชีวิตฐานพยายามฆ่าเจ้าพนักงานตามมาตรา 289 (2), 80 กับการได้รับอิสรภาพในฐานะผู้บริสุทธิ์ อย่างไรก็ตาม จำเลยถูกคุมขังมา 9 ปี เพราะไม่ได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว วันที่จำเลยได้กลับไปใช้ชีวิตอยู่กับภริยาและบุตรตามปกติ ตอนนั้นบุตรของจำเลยคงจำหน้าจำเลยไม่ได้แล้ว

มีคำกล่าวว่า “ศาลเป็นเพียงผู้ชี้กรรมแม้พิพากษาประหารชีวิตย่อมไม่บาป” เว้นแต่จะขาดความละเอียดรอบคอบและลืมนึกไปว่า “ไม่ว่าจะยากดีมีจนทุกชีวิตต่างมีค่าเท่ากันทั้งสิ้น”

มีพระราชดำรัสของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลปัจจุบันแก่ผู้พิพากษาประจำศาลเพื่อเป็นแนวปฏิบัติแก่ผู้พิพากษาประจำศาลตอนหนึ่งว่า “...กฎหมายไม่ว่าประเทศไหนมีไว้เพื่อรักษาสีบท รักษาความปลอดภัย รักษาความสงบ...ใช้ให้ดี แผลความให้ดีกว่าดี ใช้ไม่ดีหาช่องโหว่ ในการปฏิบัติมันก็มี...เป็นเรื่องละเอียดอ่อนเป็นทั้งศาสตร์และศิลป์...”

จากประสบการณ์ของผู้เขียนเองพบว่า กฎหมายไม่อาจบัญญัติให้รอบคอบลึกซึ้งครอบคลุมไปได้ทุกกรณี บางครั้งกฎหมายก็ไม่ทันกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ทั้งกฎหมายบัญญัติโทษอาจไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงในชีวิต การแก้ไขกฎหมายทำเป็นตอน ๆ เป็นครั้ง ๆ จึงขาดความเหมาะสมตามที่ควรจะเป็น เช่น ความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 341 แม้จะฉ้อโกงเป็นร้อย ๆ ล้าน ถ้าไม่ใช่ฉ้อโกงประชาชน นอกจากจะเป็นความผิดอันยอมความได้แล้ว ยังมีโทษจำคุกสูงสุด 3 ปี แต่ลักษณะเพียงขึ้นเดียวในเวลากลางคืน เจ้าของมาพบ ปิดมือเจ้าของแล้วโยนขนมทิ้ง เป็นความผิดฐานชิงทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 339 วรรคสอง โทษจำคุกตั้งแต่ 10 ถึง 15 ปี และมีโทษปรับ หรือก่อนที่จะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติยาเสพติด เมื่อปี 2560 คุณป้าแก่ ๆ มีอาชีพค้าขาย นำเมทแอมเฟตามีนหนึ่งเม็ดติดตัวไป ข้ามไปขายของ ณ ประเทศเพื่อนบ้าน เพื่อเสพยาหน้อยหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ มีโทษสถานเดียวคือจำคุกตลอดชีวิตและปรับ แต่ถ้ารับกับเจ้าพนักงานตำรวจว่าอีกเม็ดหนึ่งที่มียู่นั้น นำไปฝากสามีเพื่อเสพยาจะได้มีกำลังในการทำงาน จะมีความผิดฐานนำยาเสพติดให้โทษในประเภทหนึ่งเข้าราชอาณาจักรเพื่อจำหน่าย แม้เม็ดเดียวก็มีโทษสถานเดียว คือประหารชีวิต ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 65 วรรคสอง

หรือความผิดฐานดูหมิ่นซึ่งหน้าตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 393 เป็นความผิดลหุโทษมีโทษจำคุกสูงสุด 1 เดือน ในปีเดียวกันนั้น (2558) มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาเพิ่มเติมลักษณะความผิดเกี่ยวกับศพ มาตรา 366/1 ถึงมาตรา 366/4 ขึ้นมาใหม่ ปรากฏว่า ดูหมิ่นศพมีโทษจำคุกสูงถึง 3 เดือน และมีใช้ความผิดลหุโทษ ทั้ง ๆ ที่ศพเป็น

เพียงทรัพย์ เป็นเรื่องที่ยากได้ยาก ดังนั้น การใช้ดุลพินิจในการลงโทษของศาล ต้องคำนึงถึงเหตุผลที่จะเป็น เพราะศาลสามารถใช้ดุลพินิจลงโทษให้เหมาะสมกับความร้ายแรงแห่งการกระทำความผิดได้

หรือในกรณีที่ทำร้ายร่างกายผู้อื่นได้รับอันตรายแก่กายหรือจิตใจตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 กำหนดโทษจำคุกไว้ไม่เกิน 2 ปี แต่ถ้าทำร้ายสัตว์ซึ่งเป็นทรัพย์มีโทษจำคุกตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 358 (ความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์) ถึง 3 ปี จึงมีคำหยอกล้อกันเล่น ๆ ว่าเวลาโกรธใครทำร้ายคนดีกว่าทำร้ายสุนัข ดังนั้น ผู้ที่เป็นนักกฎหมายซึ่งเป็นผู้ใช้กฎหมายจะต้องคำนึงถึงพระบรมราโชวาทที่พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ 9 พระราชทานแก่ผู้เข้ารับพระราชทานประกาศนียบัตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตสภา เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2514 ความว่า

“...กฎหมายเป็นแต่เครื่องมือในการรักษาความยุติธรรมดังกล่าว จึงไม่ควรถือว่ามีความสำคัญยิ่งไปกว่าความยุติธรรม หากจะต้องถือว่าความยุติธรรมมาก่อนกฎหมาย และอยู่เหนือกฎหมาย การพิจารณาพิพากษารรคดีใด ๆ โดยคำนึงแต่ความผิดตามกฎหมายเท่านั้นจะไม่เป็นการเพียงพอ จำต้องคำนึงถึงความยุติธรรมซึ่งเป็นจุดประสงค์ด้วยเสมอ การใช้กฎหมายจึงจะมีความหมายและได้ผลที่ควรจะได้”

และเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2561 สมเด็จพระเจ้าอยู่หัวในรัชกาลปัจจุบันมีพระราชดำรัสแก่ผู้พิพากษาประจำศาลยุติธรรมเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติของตน ความว่า

“ปฏิบัติหรือถือปฏิบัติสืบต่อกันมาว่า ปฏิบัติหน้าที่ในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์นั้น ความจริงความหมายก็คือ ปฏิบัติหน้าที่ในนามของสถาบันทั้ง 3 สถาบันชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และประชาชน ในพระปรมาภิไธยในนัยนี้หมายถึง สถาบันที่ศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายของชาติ และความสุข ความร่มเย็น และมั่นคงของราชอาณาจักร ซึ่งเป็นบ้านของเราทุกคน อันนี้ความหมายที่จะขอไขให้ในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ก็คือ ในนามของประชาชนชาวไทย ในนามของสถาบันสูงสุดทั้งหลายชาติ และประชาชน คือ ให้ความยุติธรรม ให้ความถูกต้อง โปร่งใส และเป็นที่พักของประชาชนและสังคม

กฎหมายไม่ว่าประเทศไหนมีไว้เพื่อรักษาลิทธิ รักษาความปลอดภัย รักษาความสงบกฎหมายนั้นก็ลึกซึ้ง ใช้ให้ดีกว่าดี แปลความให้ดีก็ดี ใช้ไม่ดีหรือหาช่องโหว่ในทางปฏิบัติ มันก็ไม่ดี เพราะเป็นเรื่องละเอียดอ่อน เป็นทั้งศาสตร์ เป็นทั้งศิลป์ เรื่องกระบวนการยุติธรรมเนี่ย แต่ถ้าหากตระหนักถึงความถูกต้อง หรือพูดง่าย ๆ ความสุขของส่วนรวม ความสงบสุข และความมั่นคงของประเทศชาติ ก็จะไปในทางที่ถูก ก็จะอ่านกฎหมาย หรืออำนวยการยุติธรรมได้อย่างไม่ผิด ผู้พิพากษาก็เป็นมนุษย์ก็เป็นคน มีอารมณ์ แต่ถ้าเมื่อทบทวนศีลธรรม หรือจรรยาบรรณของผู้พิพากษาไว้ ก็จะไม่ออกนอกกรอบที่ผิด ท่านทั้งหลายได้เรียนมา ได้ศึกษามา และได้เรียนรู้ว่าอะไรมันผิด อะไรมันถูก อะไรมันดี อะไรมันไม่ดี อะไรที่จะทำให้นั้นเดือดร้อนต่อชาติ

บ้านเมือง ก็คงจะรู้แล้วอะไรไปในทางที่ถูกหรือไม่ถูก ก็ขอให้มั่งคั่ง มีปัญญา มีทัศนคติที่ถูกต้อง และอำนวยความสะดวกแก่ประชาชน ก็จะเป็นสิริมงคลแก่ตนเอง”

พระราชดำรัสดังกล่าวมิใช่ผู้ที่เป็นผู้พิพากษาเท่านั้นที่จะต้องยึดถือเป็นแนวปฏิบัติ นักศึกษากฎหมาย ผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย หรือผู้ที่มีหน้าที่บัญญัติกฎหมายจะต้องคำนึง และยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติของตนและเป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่โดยต้องคำนึงถึงความยุติธรรม ความสงบสุขร่มเย็น ความมั่นคงของราชอาณาจักร เพื่อประโยชน์สุดท้าย คือปวงชนชาวไทยที่จะได้มีกฎหมายที่เป็นธรรมและได้รับการปฏิบัติด้วยความ เป็นธรรมอย่างเสมอภาคกัน

การศึกษากฎหมายเชิงสหวิทยาการ Legal Study with Interdisciplinary Approach

อนันต์ จันทรโอภากร^{*}
Anan Chantara-opakorn

บทคัดย่อ

แม้การศึกษานิติศาสตร์ในประเทศไทยจะได้มีมานานแล้วก็ตาม แต่นักศึกษากฎหมายและครูสอนกฎหมายในปัจจุบันก็อาจจะยังไม่ตระหนักว่าแท้จริงแล้ววิชานิติศาสตร์เองนั้นได้เกิดขึ้นจากการบูรณาการวิชาของศาสตร์แขนงต่าง ๆ เข้าด้วยกันจนเกิดเป็นวิชานิติศาสตร์ขึ้นมา ซึ่งการศึกษานิติศาสตร์ในระยะหลังมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกสาขากฎหมายให้มีลักษณะเฉพาะมากขึ้น นักกฎหมายแต่ละสาขาจึงสับสนกับแนวความคิดทางกฎหมายของสาขาอื่น ๆ นอกจากนี้การศึกษาแบบสหวิทยาการที่เรียกกันว่า Interdisciplinary approach ก็เป็นแนวคิดที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นาน บุคลากรที่เกี่ยวข้องจะมีความรู้และประสบการณ์หลาย ๆ ด้านในคน ๆ เดียวจึงหาได้ยาก การเรียนการสอนจึงมีลักษณะเป็นทีมสอนด้วยกัน ถ้ามิได้บูรณาการความรู้และประสบการณ์เข้าด้วยกันแล้วก็เป็นเพียงการย่อระเบียบทางวิชาการในศาสตร์ของตนเอามารวมกันไว้ให้คนเรียนแต่ละคนเท่านั้น จึงมีลักษณะเป็นเพียงการศึกษาแบบ Multidisciplinary, Transdisciplinary หรือ Cross disciplinary เท่านั้น ทำให้การนำไปใช้ประโยชน์ถูกจำกัด ทั้งนี้เพราะปัญหาที่ผู้คนในสังคมประสบนั้นเกิดจากเหตุและปัจจัยหลายแขนงที่จะต้องใช้องค์ความรู้มากกว่าหนึ่งแขนงจึงจะสามารถแก้ไขได้อย่างมีประสิทธิภาพ บทความนี้จึงเสนอให้ใช้ Interdisciplinary approach ในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ในปัจจุบันด้วย

คำสำคัญ: การศึกษา, กฎหมาย, สหวิทยาการ

^{*} น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), น.บ.ท., LL.M. (Yale University), J.S.D. (Yale University); Director of the Master of Laws Program in Business Laws (English Program) at Thammasat University; ศาสตราจารย์สาขากฎหมายแพ่ง อดีตนายกประจำและผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ (ภาคภาษาอังกฤษ) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์; คณะกรรมการกฤษฎีกา; ผู้บรรยายเนติบัณฑิตยสภา ในพระบรมราชูปถัมภ์ (ภาคค่ำ) และผู้บรรยายหลักสูตรวิชาชีพชั้นสูง สภานายความ ในพระบรมราชูปถัมภ์; คณะกรรมการอำนวยการวิทยาลัยดุริยางคศิลป์ มหาวิทยาลัยมหิดล; คณะกรรมการบริหารศูนย์ภาษาและวัฒนธรรมจีน สรินธร; ที่ปรึกษา คณะกรรมการกฎหมาย สภาหอการค้าไทย

Abstract

Although legal study in Thailand has been conducted for quite a while, law students and teachers may not appreciate that law itself is a product of an integration of different disciplines. Legal study has been recently divided to variety of specializations. Lawyers in one field of specialization may not understand and may be confused with different approaches taken by the other fields of specialization. In addition, the concept of interdisciplinary approach has just recently been called into academic institutions. It is, therefore, hard to find a person with expertise in many fields to teach the students. The teaching has been carried out in the form of team teaching. This form of education generates multidisciplinary, transdisciplinary or cross disciplinary approach. The knowledge so arises cannot be used effectively to solve problems of society because the said problems arise from many factors involving different disciplines. The author therefore would like to suggest the adoption of interdisciplinary approach to the legal study in Thailand.

Keywords: Education, Law, Interdiscipline

1. ความนำ

คำว่า “กฎหมาย” ที่เราพูดถึงกันอยู่เสมอ ๆ ในชีวิตประจำวันนั้น มีความหมายที่แตกต่างกันไปหลายความหมายและการให้คำจำกัดความของกฎหมายก็เป็นเรื่องที่ถูกถกเถียงกันมาเป็นเวลาหลายร้อยปี สุดแต่แต่ว่าจะใช้แนวคิดและปรัชญาของสำนักคิดใด สำหรับชาวบ้านทั่วไปแล้ว เขาอาจมองว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับที่รัฐตราขึ้นและนำมาใช้บังคับกับประชาชน ใครที่ไม่ปฏิบัติตามก็อาจต้องได้รับผลร้าย แต่สำหรับผู้ที่ได้ศึกษากฎหมายในโรงเรียนสอนกฎหมายหรือคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยแล้วก็จะพบว่ากฎหมายมีบทบาทและหน้าที่หลายประการ โดยบทบาทและหน้าที่พื้นฐานของกฎหมายมีดังนี้ คือ

ประการแรก กฎหมายมีบทบาทและหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม กฎหมายที่สำคัญที่แสดงบทบาทและหน้าที่นี้คือกฎหมายอาญา

ประการที่สอง กฎหมายมีบทบาทและหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างปัจเจกชน โดยมีการกำหนดสิทธิและหน้าที่ที่ปัจเจกชนพึงมีต่อกันและกัน ตัวอย่างเช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการผิดสัญญา เมื่อฟังได้ว่าฝ่ายใดเป็นผู้ประพฤติผิดสัญญาแล้ว ฝ่ายนั้นก็มีความรับผิดชอบที่จะต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายให้แก่อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น กฎหมายในมิตินี้ จึงไม่ได้เป็นแต่เพียงกฎเกณฑ์หรือข้อบังคับแห่งความประพฤติของปัจเจกชน

เท่านั้น แต่ยังสามารถกำหนดมาตรการในการเยียวยาความเสียหาย เมื่อบุคคลหนึ่งกระทำความผิดต่ออีกบุคคลหนึ่งด้วย

ประการที่สาม นักกฎหมายบางท่านยังมองว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับอำนาจของรัฐบาลธิปไตย เช่น Sir William Blackstone¹ นักกฎหมายอังกฤษที่มีชื่อเสียงในช่วงศตวรรษที่ 18 มองว่ากฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่ตราขึ้นโดยผู้ปกครองซึ่งผู้อยู่ภายใต้การปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม ความคิดนี้เป็นความคิดของสำนักกฎหมายปฏิฐานนิยม (Positivism) แต่ไม่ว่าจะเป็นประการใด กฎหมายภาษีอากรก็กำหนดให้ประชาชนมีหน้าที่เสียภาษีให้แก่รัฐตามรายละเอียดที่กฎหมายได้กำหนดไว้

ประการที่สี่ กฎหมายมีบทบาทและหน้าที่ในการเป็นแบบแผนเพื่อควบคุมดูแลสังคม (Scheme of social control) ดังนั้นกฎหมายจึงไม่ใช่สิ่งที่หยุดนิ่งตายตัวหรือไม่มีการเปลี่ยนแปลง แต่กฎหมายเป็นสิ่งที่มีความเป็นพลวัต (Dynamic) คือเป็นเครื่องมือที่ใช้ดูแลสังคม การเมืองและเศรษฐกิจที่มีลักษณะที่มีการเคลื่อนไหวและเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา ดังนั้นกฎหมายก็ต้องก้าวให้ทันการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวและจะต้องควบคุมดูแลการเคลื่อนไหวและเปลี่ยนแปลงของสังคม การเมือง และเศรษฐกิจให้ไปในทิศทางแห่งความเป็นอารยะยิ่งขึ้น (Civilized society) ในมิตินี้ของกฎหมาย กฎหมายจึงเป็นทั้งเครื่องมือที่จะควบคุมการเปลี่ยนแปลงและเป็นผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การเมืองและเศรษฐกิจ ดังนั้น ในบางครั้งเราก็แก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อผลักดันให้มีการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การเมืองและเศรษฐกิจ แต่บางครั้งเราก็แก้ไขปรับปรุงกฎหมายเพื่อให้รองรับกับการเปลี่ยนแปลงทางสังคม การเมืองและเศรษฐกิจ บทบาทของกฎหมายในแง่หนึ่งเป็นการยอมรับว่ากฎหมายมีไว้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของสังคม ซึ่งครอบคลุมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับปัจเจกชน และความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกัน การกล่าวถึงหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมก็เป็นการเน้นถึงบทบาทในด้านนี้ของกฎหมายเช่นกัน

เพื่อความสะดวกในการจัดการเรียนการสอน มหาวิทยาลัยต่าง ๆ ในประเทศไทย ได้แบ่งกฎหมายออกเป็นสาขาวิชาต่าง ๆ เช่น สาขากฎหมายเอกชน สาขากฎหมายมหาชน สาขากฎหมายอาญา สาขากฎหมายธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งแต่ละสาขาวิชาล้วนแต่มีหลักและทฤษฎีอันเป็นองค์ความรู้ มีวิธีการและทักษะเป็นการเฉพาะอันเป็นศาสตร์ของวิชานั้น ๆ หรือจะเรียกว่ามี

¹ เกิดเมื่อวันที่ 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1723 และเสียชีวิตเมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1780 เป็นนักกฎหมายชาวอังกฤษที่มีชื่อเสียงอย่างมากในศตวรรษที่ 18 งานเขียนที่สำคัญคือ *Commentaries on the Laws of England* เขาเป็นเจ้าของวลีอันโด่งดังที่ว่า “การปล่อยให้ผู้กระทำความผิดสิบคนหลุดพ้นไปได้ยังดีกว่าที่จะลงโทษผู้บริสุทธิ์เพียงคนเดียว” (better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer) ความคิดของ Blackstone ได้เข้าไปมีอิทธิพลต่อกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและเป็นรากฐานของหลักกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่ว่าทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าเขากระทำความผิด (Innocent until proven guilty)

Disciplinary เป็นของตนเองก็ว่าได้ แต่ในชีวิตจริงแล้ว ประเด็นความขัดแย้งหรือข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม ไม่อาจแบ่งแยกได้ว่าเป็นกฎหมายวิชาใด

นับแต่อดีตกาล นักวิชาการทางกฎหมายได้พยายามศึกษาและผลิตงานเขียนเกี่ยวกับลักษณะทางธรรมชาติและจุดกำเนิด (Nature and origin) ของกฎหมาย วัตถุประสงค์ของกฎหมายและปัจจัยต่าง ๆ ที่มีอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมาย ตรรกะ (Logic) ประวัติศาสตร์ และจารีตประเพณี ศาสนา และอรรถประโยชน์ทางสังคม (Social utility) ล้วนแต่เป็นปัจจัยอันทรงอิทธิพลต่อการพัฒนากฎหมาย แต่เราก็ไม่อาจบ่งชี้ลงไปได้ว่าในบรรดาปัจจัยเหล่านี้ ปัจจัยใดมีความสำคัญมากน้อยกว่ากันเพียงใด ดังนั้นหากจะศึกษากฎหมายให้เกิดความเข้าใจอย่างลึกซึ้ง นักศึกษากฎหมายจะต้องมีความรู้ด้านตรรกะ ประวัติศาสตร์ จารีตประเพณี ศาสนา และอรรถประโยชน์ทางสังคมด้วย

2. สหวิทยาการคืออะไร

คำว่า “สหวิทยาการ” เป็นคำสมาสของคำว่า สห+วิทยา+การ²

- สห แปลว่า ด้วยกัน, พร้อม, ร่วม, ร่วมกัน ใช้ประกอบหน้าคำอื่น เช่น สหประชาชาติ สหพันธ์ สหรัฐ³

- วิทยาหรือวิชา หมายถึง ความรู้ที่ได้ด้วยการเล่าเรียน เช่น วิชาหนังสือ วิชาช่าง⁴

- การ แปลว่า ผู้ทำ มักใช้เป็นส่วนท้ายสมาสคำบาลีและสันสกฤต เช่น กรรมการ ตุลาการ⁵ โดยรากศัพท์แล้ว สหวิทยาการจึงหมายถึง การศึกษาสิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยเชื่อมโยงกับศาสตร์หลายสาขาวิชา⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการพูดถึงการศึกษาในเชิงสหวิทยาการในประเทศไทย ผู้เขียนไม่สู้จะแน่ใจว่าแต่ละท่านมีความเข้าใจที่ตรงกันหรือไม่ว่าคืออะไร เพราะในภาษาอังกฤษนั้นมีคำว่า Multidisciplinary, Interdisciplinary, Transdisciplinary และ Cross disciplinary⁷ คำว่า “Disciplinary” หรือ “Discipline” ที่ใช้ในเชิงของการการศึกษา

² โปรดดู สมิตธิพล เนตรนิมิตร, สหวิทยาการในชาตก [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=554&articlegroup_id=104

³ เรื่องเดียวกัน

⁴ เรื่องเดียวกัน

⁵ เรื่องเดียวกัน

⁶ เรื่องเดียวกัน

⁷ ในประเทศไทยนั้นมิได้มีผู้เห็นว่าคำว่า สหวิทยาการก็ดี สหสาขาวิชาก็ดี หรือคร่อมวิชาก็ดี เป็นคำที่ใช้แปลคำว่า Interdisciplinary คืออาศัยวิชาความรู้ตั้งแต่สองสาขาวิชาขึ้นไป แนวคิดเชิงสหวิทยาการนั้นมาจากแนวคิดทางปรัชญาแบบองค์รวม (Holism) โดยจะต้องมีการบูรณาการด้วย มิใช่ความรู้หลาย ๆ ด้านเข้ามารวมกันธรรมดาเท่านั้น แต่เป็นการรวมกันอย่างกลืนกันสนิท คือสามารถตอบปัญหาได้ทุกแง่มุม

นั้น สื่อไปในความหมายของความรู้ ความชำนาญ หรือทักษะในการศึกษาหรือค้นคว้าวิจัย ในทางวิชาการหรือวิชาชีพสาขาใดสาขาหนึ่งที่ผู้ศึกษาหรือผู้มีวิชาชีพในสาขานั้น ๆ ยึดถือและปฏิบัติกัน (Academic discipline⁸ or profession) ตัวอย่างของ Disciplinary ที่นักศึกษาและนักวิชาการคุ้นเคย เช่น ระเบียบวิจัย สำหรับผู้เขียนแล้วเห็นว่า Discipline ของกฎหมายนั้น อย่างน้อยประกอบด้วยความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ (Purpose or spirit) หลักและทฤษฎีต่าง ๆ ทางกฎหมาย (Principle and theory) และวิธีการใช้และการตีความกฎหมาย หลักและทฤษฎีกฎหมาย เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาสาระของกฎหมายเป็นส่วนใหญ่ (Substance) ส่วนวิธีการใช้และการตีความกฎหมายเป็นเรื่องของนิติวิธี (Juristic method) ตัวอย่างต่าง ๆ ของกฎหมาย (Provisions) ที่จัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตราต่าง ๆ ของกฎหมายแต่ละฉบับนั้น ก็เป็นเพียงการนำหลักและทฤษฎีกฎหมายซึ่งเป็นนามธรรมมาแสดงให้เห็นเป็นรูปธรรม ดังนั้นรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับก็เป็นเพียงตัวอย่างของหลักและทฤษฎีกฎหมายรัฐธรรมนูญนั่นเอง ตัวอย่างกฎหมายที่เขียนไว้อาจไม่สอดคล้องกับหลักและทฤษฎีของกฎหมายในเรื่องนั้นก็ได้ การอ่านตัวบทกฎหมายจึงจำเป็นที่จะต้องมีความรู้เกี่ยวกับความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์⁹ หลักและทฤษฎีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติแต่ละบท และจะต้องใช้และตีความให้ถูกต้องตามนิติวิธีของกฎหมายแต่ละตระกูลหรือแต่ละสาขา

เมื่อวิชาการหรือศาสตร์แต่ละสาขาต่างก็มีระเบียบทางวิชาการ (Academic discipline) เป็นของตนเอง คำถามจึงมีอยู่ว่าวิชาการหรือศาสตร์ต่าง ๆ ควรแยกกันอยู่อย่าง เป็นอิสระ ไม่สนใจ หรือไม่เกี่ยวข้องกันหรือไม่ หรือจุดหมายปลายทางของวิชาการหรือศาสตร์แต่ละสาขาก็เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคม ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นในชีวิตจริงนั้นไม่อาจแบ่งแยกได้อย่างชัดเจนว่าเป็นปัญหาของวิชาหรือศาสตร์ใด ดังนั้นศาสตร์ทุกศาสตร์หรือวิชาทุกสาขาก็ควรจะเกี่ยวข้องและสัมพันธ์กัน โดยนัยประการหลังนี้ จึงมีการกล่าวถึงการศึกษานในเชิงสหวิทยาการ

คำว่า “Multidisciplinary” ตามตัวอักษรแล้วก็มีความหมายไปในทำนองของความหลากหลายในสาขาวิชาการ ดังนั้นโครงการที่เรียกกันว่า Multidisciplinary project จึง

โดยที่ความรู้ที่มาประกอบกันเพื่อตอบปัญหารวมกันเป็นเหมือนศาสตร์ศาสตร์หนึ่ง การรวมกันในลักษณะนี้คือบูรณาการแห่งความรู้ มิใช่เพียงการข้ามสาขาวิชาเพียงสองหรือสามสาขาวิชา สหวิทยาการกับบูรณาการจึงเป็นของคู่กัน โปรดดู ปรีชา ช่างขวัญยืน, งานวิจัยแบบสหวิทยาการ [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา http://portal.edu.chula.ac.th/pub/jrm/index.php/jrm/article/view/135/pdf_105

⁸ ในบทความนี้ผู้เขียนขอเรียก “Academic discipline” ว่า “ระเบียบวิชาการ”

⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง จึงได้บัญญัติไว้ว่า “กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ”

ประกอบด้วยบุคลากรที่มีความรู้สาขาต่าง ๆ หรือมีวิชาชีพที่แตกต่างกันมาทำงานร่วมกันและมีส่วนได้เสียร่วมกันในการแก้ไขสิ่งที่เป็นปัญหาร่วมกันของทุกคน การศึกษาแบบ Multidisciplinary จึงเป็นการศึกษาวิชาการต่าง ๆ มากกว่าหนึ่งสาขาขึ้นไป ดังนั้นผู้ที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรีทางเศรษฐศาสตร์แล้วต่อมาได้ศึกษาและสำเร็จการศึกษานิติศาสตร์อีก จึงเป็น Multidisciplinary person เมื่อเราเน้นเฉพาะความหลากหลายในสาขาวิชาการต่าง ๆ ก็ไม่ได้หมายความว่าระเบียนวิชาการของวิชาหรือศาสตร์ที่เกี่ยวข้องจะต้องบูรณาการ (Integrated) เข้าด้วยกัน การจัดการศึกษาแบบ Multidisciplinary จึงมุ่งเน้นให้ผู้เข้าศึกษามีความรู้ทางวิชาการอย่างหลากหลายสาขาเท่านั้น ตัวอย่างของการจัดการเรียนการสอนแบบ Multidisciplinary เช่น การนำอาจารย์ทางเศรษฐศาสตร์และอาจารย์ทางนิติศาสตร์มาร่วมกันสอนกฎหมายต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (Antitrust law) โดยอาจารย์ทางเศรษฐศาสตร์ก็สอนหลักและทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์และอาจารย์ทางนิติศาสตร์ก็สอนหลักและทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการผูกขาดทางการค้าเท่านั้น ผู้เรียนก็ได้ความรู้ทั้งเศรษฐศาสตร์และนิติศาสตร์ แต่หากผู้สอนไม่ได้เชื่อมโยงศาสตร์ทั้งสองเข้าด้วยกันอย่างกลมกลืนเป็นเนื้อเดียวกัน ก็ไม่มีบูรณาการเกิดขึ้น การจัดการศึกษาแบบ Multidisciplinary นี้จึงมีลักษณะเป็นการนำความหลากหลายของศาสตร์หรือวิชาการสาขาที่แตกต่างกันมาศึกษาปัญหาเรื่องเดียวกัน แต่ไม่ได้บูรณาการเข้าด้วยกัน (Non-integrative mixture of disciplines) เพราะแต่ละศาสตร์หรือวิชาการแต่ละสาขาก็ยังคงรักษาระเบียนวิชาการของตนเองไว้ ไม่มีการเปลี่ยนแปลง เพราะระเบียนวิชาการของศาสตร์หรือวิชาการอีกสาขาหนึ่ง หรือยังคงแยกออกจากกันเป็นส่วน ๆ การศึกษาหรือความรู้แบบนี้ น่าจะเรียกว่าเป็นการศึกษาแบบ “พหุวิชาการ”

Interdisciplinary หมายถึงความรู้ใหม่ที่เกิดขึ้นจากการนำศาสตร์หรือวิชาการสาขาต่าง ๆ มาเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน การศึกษาแบบ Interdisciplinary มีลักษณะเป็นการศึกษาศาสตร์หรือวิชาการต่าง ๆ มากกว่าหนึ่งสาขาวิชา โดยจะต้องนำระเบียนวิชาการของศาสตร์หรือวิชาการสาขานั้น ๆ มาเชื่อมโยงเข้าด้วยกัน แล้วก่อให้เกิดความรู้ใหม่ขึ้น ความรู้ใหม่ที่เกิดขึ้นนี้อาจส่งผลให้มีการเพิ่มวิชาการสาขาใหม่ขึ้นมา หรือยุบศาสตร์หรือวิชาการสาขาเดิมเข้ากับความรู้ใหม่นี้ก็ได้ เช่น หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตร์ มีลักษณะเป็นการสอนศาสตร์อื่น ๆ ประกอบกันหลายวิชา กล่าวคือ เป็นการเอาความรู้มาจากรัฐศาสตร์ เศรษฐศาสตร์ สังคมวิทยา จิตวิทยา มานุษยวิทยา เป็นต้น สังคมศาสตร์เชิงประยุกต์ (Applied science) คือเพิ่มองค์ความรู้แล้วนำไปใช้ปรับปรุงองค์กรให้ทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลการศึกษแบบนี้ น่าจะเรียกเป็นภาษาไทยว่า “สหวิทยาการ” ดังเช่นวิทยาลัยสหวิทยาการ ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่ใช้ชื่อเป็นภาษาอังกฤษว่า College of Interdisciplinary Studies ได้กล่าวไว้ว่า “วิทยาลัยสหวิทยาการเป็นนวัตกรรมใหม่ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ในการนำเอาคณาจารย์จากหลากหลายคณะในมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์มาร่วมจัดการเรียนการสอนระดับปริญญาตรี มหาบัณฑิต และดุษฎีบัณฑิตอย่างมีคุณภาพ โดยที่ 3 หลักสูตรมีจุดเน้น

ร่วมกันคือ ต้องการผลิตบัณฑิตที่มีองค์ความรู้ชัดเจนในทางวิชาการที่จำเป็นสำหรับการดำรงชีวิตของมนุษย์ทางด้านสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ พฤติกรรมศาสตร์ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และศาสตร์ในแนวประยุกต์อื่น ๆ โดยมีลักษณะการเรียนการสอนในลักษณะสหวิทยาการเพื่อพัฒนาให้นักศึกษาเององค์ความรู้ดังกล่าวมาโยงใยให้มีความเชื่อมโยงเป็นเนื้อเดียวกันไม่แยกออกเป็นส่วน ๆ”¹⁰ แสดงให้เห็นว่าเป็นการศึกษาศาสตร์หรือวิชาการหลายสาขาในลักษณะที่เป็นศาสตร์ประยุกต์ (Applied science) ไม่ใช่ศาสตร์บริสุทธิ์ (Pure science) และนำความรู้ในด้านสังคมศาสตร์ มนุษยศาสตร์ พฤติกรรมศาสตร์ วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมาเชื่อมโยงเป็นเนื้อหาเดียวกัน (Integrative mixture of disciplines) ดังนั้นจึงเป็นการศึกษาแบบ Interdisciplinary มากกว่าที่จะเป็น Multidisciplinary แต่ในทางปฏิบัติ การที่จะนำศาสตร์หรือวิชาการต่าง ๆ เชื่อมโยงเข้าด้วยกันจนเป็นเนื้อเดียวกันได้นั้นเป็นสิ่งที่ยากมาก เพราะอาจารย์ผู้สอนที่มาจากวิชาการหรือศาสตร์สาขาหนึ่งซึ่งมีระเบียบวิชาการเฉพาะทาง จะต้องมีความสามารถในการทำความเข้าใจศาสตร์หรือวิชาการสาขาอื่นอย่างถูกต้องและสามารถที่จะตอบปัญหาของเรื่องที่กำลังศึกษาร่วมกันในเชิงของศาสตร์หรือวิชาการสาขาอื่นนั้นได้ด้วย โดยที่ตนเองไม่เคยได้ปฏิบัติงานหรือมีวิชาชีพในวิชาการสาขานั้นเลย ความสามารถเช่นนี้ Harry Collins และ Robert Evan เรียกว่า Interactional Expertise¹¹ ซึ่งอาจเรียกเป็นภาษาไทยว่า “ความเชี่ยวชาญด้านปฏิสัมพันธ์” ที่เกิดขึ้นจากการศึกษาหรือทำงานร่วมกัน หากปราศจากความเชี่ยวชาญด้านปฏิสัมพันธ์ก็เป็นการยากที่อาจารย์ผู้สอนที่มาจากศาสตร์หรือสาขาวิชาการต่างสาขากันจะสร้างบูรณาการขึ้นมาได้ ความรู้หรือการศึกษาแบบนี้ น่าจะเป็นสิ่งที่เรียกกันส่วนใหญ่ในประเทศไทยว่า “สหวิทยาการ”

Transdisciplinary หมายถึงความรู้ที่เกิดขึ้นหรือที่บุคคลมีอยู่โดยปราศจากขอบเขตทางปริณิณทลของระเบียบวิชาการ หรือเป็นผู้มีความรู้แบบไร้ขอบเขต ดังนั้นจึงเป็นเพียงแนวคิดในทางอุดมคติเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติแล้วเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ยากหรือเป็นไปได้ แม้ในอดีตมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จะได้จัดการศึกษาและให้ปริญญาธรรมศาสตรบัณฑิตแก่ผู้ที่สำเร็จการศึกษาจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้มีความรู้แบบไร้ขอบเขต ผู้เขียนคิดว่าความรู้แบบ Transdisciplinary นี้ น่าจะเรียกว่า “ความรู้ข้ามวิชา” หรือ “ความรู้ข้ามขอบเขตวิชาเฉพาะ” หรือ “ความรู้ไร้เขตจำกัด”

Cross disciplinary เป็นการนำความรู้ของศาสตร์หรือวิชาการสาขาหนึ่งไปอธิบายศาสตร์หรือวิชาการอีกสาขาหนึ่ง เช่น วิทยาศาสตร์กายภาพของดนตรี (Physics of music) หรือรัฐศาสตร์วรรณกรรม (Politics of literature) ในประเทศสหรัฐอเมริกา มีการนำหลักและ

¹⁰ รายละเอียดโปรดดู <http://ci.tu.ac.th>

¹¹ Collins, H M and Evans, R J (2002) “The Third Wave of Science Studies: Studies of Expertise and Experience”, *Social Studies of Sciences*, 32 (2): 235-96. [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <http://dx.doi.org/10.1177/0306312702032002003>

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค (Microeconomic) มาศึกษาวิเคราะห์หลักกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาล การศึกษากฎหมายในแนวทางนี้เรียกกันว่า “Economic Analysis of Law” ซึ่งมีลักษณะเป็นการศึกษาแบบ Cross disciplinary กล่าวคือวัตถุที่ศึกษาคือกฎหมาย ส่วนเครื่องมือที่นำมาใช้ในการศึกษากฎหมายคือหลักและทฤษฎีเศรษฐศาสตร์จุลภาค ความรู้หรือการศึกษาแบบนี้ น่าจะตรงกับภาษาไทยที่บางท่านเรียกว่า “คร่อมวิชา”

3. สหวิทยาการในกฎหมาย

วิชากฎหมายหรือนิติศาสตร์เป็นวิชาหรือศาสตร์ที่มีพัฒนาการมาเป็นเวลานานนับพันปี ปัจจุบันการศึกษากฎหมายหรือนิติศาสตร์ในประเทศไทยในระดับปริญญาโทขึ้นไป ได้มีการแบ่งออกเป็นสาขาวิชาต่าง ๆ หลายสาขา เช่น สาขากฎหมายเอกชน สาขากฎหมายธุรกิจ สาขากฎหมายมหาชน สาขากฎหมายอาญา สาขากฎหมายระหว่างประเทศ สาขากฎหมายการค้าระหว่างประเทศ สาขากฎหมายสิ่งแวดล้อม สาขากฎหมายภาษีอากร เป็นต้น แม้กฎหมายทุกสาขาจะมีระเบียบวิชาการบางส่วนร่วมกันก็ตาม แต่ละสาขาก็มีระเบียบวิชาการในส่วนที่เป็นเฉพาะของตนเอง การแบ่งความรู้หรือการศึกษากฎหมายออกเป็นสาขาเฉพาะต่าง ๆ เป็นไปตามแนวคิดที่ต้องการผลิตผู้ที่มีความชำนาญเฉพาะด้านเกิดขึ้น เป็นการศึกษาแบบ “รู้กระจ่างแต่อย่างเดียว”¹² ซึ่งแตกต่างกับแนวคิดทางปรัชญาแบบองค์รวม ส่วนการศึกษาในระดับปริญญาตรีก็ยังคงเป็นการศึกษาแบบไม่มีการแบ่งแยกสาขา

การศึกษากฎหมายแบบมุ่งเน้นความรู้เฉพาะด้านมีข้อดีคือทำให้เกิดมีความรู้ความเชี่ยวชาญในเชิงลึกของกฎหมายแต่ละสาขาวิชา แต่ก็มีข้อเสียเกิดขึ้นได้ หากนักกฎหมายที่มีความรู้เฉพาะด้านลึกซึ้งเพียงใดก็ตาม ไม่สนใจหรือละเลยกฎหมายสาขาอื่น ๆ ก็จะทำให้ขาดการบูรณาการขององค์ความรู้ กลายเป็นผู้ที่มีวิสัยทัศน์ที่คับแคบ เพราะในชีวิตจริงนั้น ปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในสังคมไม่สามารถแบ่งแยกได้ว่าเป็นปัญหาทางกฎหมายวิชาใดหรือสาขาใด และถ้าในการทำวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ก็ยังจำกัดไม่ให้ออกนอกขอบเขตวิชาของสาขานั้น ๆ เลย ก็จะทำให้เกิดการมองปัญหาเพียงด้านเดียวและเกิดช่องว่างทางวิชาการระหว่างสาขาขึ้น เพื่อแก้ไขจุดอ่อนดังกล่าว การศึกษากฎหมายในระดับปริญญาโทขึ้นไป จึงควรเป็น การศึกษาแบบเน้นที่ตัวปัญหา (Problem-based study) แล้วใช้องค์ความรู้ทางกฎหมายสาขาต่าง ๆ เชื่อมโยงเข้าด้วยกันอย่างมีบูรณาการในการทำความเข้าใจและหาทางแก้ปัญหา นั้น หรือ อีกนัยหนึ่งคือเป็นการศึกษาแบบสหวิทยาการภายในนิติศาสตร์เอง สิ่งนี้ยังไม่มีในประเทศไทย

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการเกิดและพัฒนาการของกฎหมาย ได้แก่ ตรรกะ (Logic) ประวัติศาสตร์ (History) จารีตประเพณี (Custom) ศาสนา (Religion)

¹² โปรดดู “งานวิจัยแบบสหวิทยาการ”, หน้า 1. (อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7)

และอรรถประโยชน์ทางสังคม (Social utility) ในการศึกษากฎหมาย ผู้ศึกษาจึงจำเป็นต้องเข้าใจปัจจัยต่าง ๆ ที่กล่าวมานี้อย่างถ่องแท้

ตรรกะ

ในการนำกฎหมายไปปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาหรือเพื่อการพิจารณาพิพากษาคดีที่เข้ามาสู่ศาล การเทียบเคียงหรือที่นักกฎหมายเรียกกันว่า “Analogy” เป็นสิ่งสำคัญที่จะสร้างความแน่นอน (Certainty) และความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย การเทียบเคียงก็มาจากแนวคิดที่ว่า “สิ่งที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” ดังนั้นการเทียบเคียงก็จะสร้างมาตรฐานในการบังคับใช้กฎหมายได้ เช่น หากมีป้ายติดอยู่ที่อ่างล้างหน้าในห้องน้ำว่า “ห้ามทิ้งเศษอาหารลงในอ่างล้างหน้า” ต่อมาผู้นำกระดาษทิชชูทิ้งลงไปในห้องน้ำแล้วอ้างว่าไม่ได้ทำผิด เพราะไม่ได้ทิ้งเศษอาหารลงไป ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะเป็นการทิ้งเศษอาหารหรือทิ้งกระดาษทิชชูลงไปในอ่างล้างหน้าก็เหมือนกัน เพราะทำให้อ่างล้างหน้าอุดตันทั้งสิ้น ดังนั้นไม่ว่าจะทิ้งเศษอาหารหรือกระดาษทิชชูก็เป็นการกระทำผิดทั้งสิ้น

วิธีการให้เหตุผลในทางตรรกะที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายมากที่สุดคือวิธีการนิรนัยหรืออนุมาน (Deductive method) กับวิธีการอุปนัยหรืออุปมาน (Inductive method) วิธีการทางตรรกวิทยานี้เป็นการได้ความรู้มาจากเหตุผล¹³ วิธีการให้เหตุผลแบบนิรนัยหรืออนุมานนั้นเป็นการนำเหตุผลจากหลักหรือทฤษฎีมาเป็นความรู้ที่ใช้อ้าง แล้วนำไปหาข้อสรุปของข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง เช่น

- สภามบุคคลเริ่มตั้งแต่เมื่อคลอดแล้วสิ้นสุดลงเมื่อตาย¹⁴ (หลัก/ทฤษฎี—ความรู้อ้าง)

- นาย ก ใช้มีดแทงนาง ข เป็นเหตุให้ทารกในครรภ์ของนาง ข ตาย แต่นาง ข ไม่ตาย (ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง)

- ดังนั้น นาย ก ไม่มีความผิดฐานฆ่าคนตาย (ข้อสรุป)

วิธีการให้เหตุผลแบบนิรนัยหรืออนุมานนี้ เป็นวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมายที่อยู่ในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ (Civil Law) เพราะประเทศที่มีกฎหมายอยู่ในระบบซีวิลลอว์นั้นส่วนใหญ่แล้วมีการจัดทำประมวลกฎหมายขึ้นมาใช้ในการอ้างอิง หลักกฎหมายต่าง ๆ จึงปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ในการใช้กฎหมายจึงสามารถนำข้อความที่อยู่ในบทบัญญัติกฎหมายมาเป็นหลักอ้างอิงแล้วนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นเพื่อหาข้อสรุปอันเป็นผลในทางกฎหมาย แต่ผู้ที่ไม่เข้าใจวิธีการให้เหตุผลในทางกฎหมาย เวลาอ่านบทกฎหมายต่าง ๆ ก็ยึดติดเฉพาะความหมายในทางตัวอักษรของถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในบทกฎหมายต่าง ๆ เท่านั้น แล้วนำความหมายตามตัวอักษรมาเป็นความรู้อ้างอิงปรับเข้ากับ

¹³ ความรู้อ้างได้มาจากประสบการณ์ จากเหตุผล จากผู้รู้ และจากการหยั่งรู้

¹⁴ มาตรา 15 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า จึงมีการประชดประชันเรียกนักกฎหมายเหล่านี้ว่า “นิติอักษรศาสตร์”

อย่างไรก็ตาม ข้อสรุปที่ได้จากวิธีการนิรนัยหรืออุปมานจะถูกต้องก็ต่อเมื่อความรู้หรือประโยชน์ใช้อ้างอิงนั้นถูกต้อง ปัจจุบันมีการถกเถียงกันมากขึ้นว่าหลักกฎหมายที่ว่าสภาพบุคคลเริ่มแต่เมื่อคลอดแล้วนั้นถูกต้องตามความเป็นจริงเพียงใด เพราะความเจริญทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ชี้ให้เห็นว่าทารกในครรภ์มารดาก็มีชีวิตเป็นของตนเองได้ (Viable fetus) ดังนั้นทฤษฎีหรือหลักกฎหมายในเรื่องนี้ของบางประเทศได้เปลี่ยนไปแล้ว นอกจากนี้แล้ว ข้อสรุปที่ได้จะถูกต้องก็ต่อเมื่อข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องหรือความรู้ย่อนั้นถูกต้องตามความเป็นจริงด้วย ในทางกฎหมายจึงต้องมีวิชาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ว่าข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นนั้นเป็นอย่างไรด้วย

วิธีการให้เหตุผลแบบอุปนัยหรืออุปมานเป็นการใช้ข้อเท็จจริงย่อยหรือข้อเท็จจริงเฉพาะต่าง ๆ ไปสู่ข้อสรุปทั่วไป

ตัวอย่างของการให้เหตุผลแบบอุปนัยหรืออุปมาน เช่น

เด็กชาย ก อยู่กับแม่เพียงลำพัง ชอบลักเล็กขโมยน้อย (ข้อเท็จจริงย่อย—ประโยชน์อ้าง)

เด็กชาย ข อยู่กับแม่เพียงลำพัง ชอบลักเล็กขโมยน้อย (ข้อเท็จจริงย่อย—ประโยชน์อ้าง)

เด็กชาย ค อยู่กับแม่เพียงลำพัง ชอบลักเล็กขโมยน้อย (ข้อเท็จจริงย่อย—ประโยชน์อ้าง)

ดังนั้น เด็กที่อยู่กับแม่ตามลำพังชอบลักเล็กขโมยน้อย (ข้อสรุป)

ข้อสรุปจากการให้เหตุผลแบบอุปนัยหรืออุปมานจะถูกต้องก็ต่อเมื่อข้อมูลเกี่ยวกับข้อเท็จจริงเฉพาะหรือข้อเท็จจริงย่อยที่ใช้อ้างอิงถูกต้องและมีปริมาณมากพอ ดังนั้น ในการเก็บข้อมูลในการวิจัยเชิงคุณภาพ จะต้องใช้ความระมัดระวังให้ได้ข้อมูลจากพื้นที่การวิจัยที่แน่ใจว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริง และกลุ่มตัวอย่างประชากรที่สำรวจจะต้องมีจำนวนมากและน่าเชื่อถือ มิฉะนั้นการสรุปผลก็จะผิดพลาดไปด้วย

การให้เหตุผลแบบอุปนัยหรืออุปมานนั้นเป็นวิธีการให้เหตุผลทางกฎหมายของประเทศอังกฤษซึ่งเป็นต้นกำเนิดของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law system) แต่ก็ไม่แน่ว่าประเทศอื่น ๆ ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์จะมีวิธีการให้เหตุผลแบบนี้เสมอไป

อย่างไรก็ดี มีนักวิชาการทางกฎหมาย เช่น ท่านผู้พิพากษา โอ ดับเบิลยู โฮล์มส์ (Justice O.W. Holmes) เห็นว่ากฎหมายไม่ใช่เรื่องของตรรกะ แต่เป็นเรื่องของประสบการณ์

ประวัติศาสตร์และจารีตประเพณี

ประวัติศาสตร์และจารีตประเพณีมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาการทางกฎหมาย การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายไม่ใช่เป็นการศึกษาในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริง (Fact) ในอดีตของสังคมมนุษย์เท่านั้น แต่เป็นการศึกษาให้เห็นถึงวิวัฒนาการทางความคิด (Concept) ของกฎหมาย คือจะต้องพิจารณาให้เห็นว่าหลักกฎหมายแต่ละเรื่องนั้นได้ก่อตัวขึ้นและคลี่คลายไปอย่างไรและส่งผลถึงกฎหมายในปัจจุบันอย่างไร ส่วนจารีตประเพณีเป็นเรื่องที่คนในสังคมแต่ละแห่งยึดถือและปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นระยะเวลาอันยาวนาน นอกจากจารีตประเพณีจะมีบทบาทในการปรุงแต่งกฎหมายหรือสัญญาให้สอดคล้องกับสิ่งที่คนในสังคมยึดถือปฏิบัติกันแล้ว¹⁵ ยังมีสถานะเป็นกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่นำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรด้วย¹⁶ หากเราศึกษาประวัติในการจัดทำประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนีแล้วก็จะพบว่า นักกฎหมายเยอรมันให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณีต่าง ๆ ของชาติเยอรมันอย่างมาก ส่งผลให้การทำให้ประมวลกฎหมายเยอรมันต้องล่าช้าออกไป และเป็นประมวลกฎหมายที่เป็นต้นแบบของประเทศต่าง ๆ จำนวนมาก รวมทั้งประเทศไทย

กฎหมายของประเทศไทยจำนวนมากได้ถูกจัดทำขึ้นโดยยึดแบบอย่างของกฎหมายต่างประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อนำกฎหมายเหล่านั้นมาปรับใช้ในสังคมไทยแล้ว ผลที่เกิดขึ้นก็อาจแตกต่างไปจากประเทศที่เป็นต้นแบบของกฎหมายดังกล่าว เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะเรามีจารีตประเพณีของเราซึ่งไม่เหมือนกับจารีตประเพณีของประเทศอันเป็นต้นแบบของกฎหมายนั้น ๆ

ศาสนา

การศึกษาประวัติศาสตร์ของกฎหมายทำให้เรารู้ว่า หลักศาสนาได้เข้ามามีบทบาทอย่างมากในการปรุงแต่งกฎหมาย เช่น นักกฎหมายสำนักธรรมชาตินิยมเห็นว่า กฎหมายเป็นสิ่งที่มิได้อยู่แล้วในธรรมชาติ (Natural law) เป็นสิ่งที่พระเจ้าผู้สร้างโลกกำหนดขึ้นซึ่งมนุษย์จะต้องเชื่อฟังและปฏิบัติตาม

ทฤษฎีของสำนักกฎหมายธรรมชาติซึ่งอยู่บนพื้นฐานของหลักศาสนาได้มีบทบาทปรุงแต่งกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษ ทำให้ความแข็งกระด้างของกฎหมายนั้นลดลง และสามารถนำมาปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมมากขึ้น จนเกิดเป็นหลักกฎหมายยุติธรรม (Principles of equity) ต่าง ๆ เช่น “ผู้ที่มาขอความเป็นธรรมจากศาลยุติธรรมจะต้องมาด้วยมือที่สะอาด”¹⁷ “ความเสมอภาคคือความยุติธรรม”¹⁸ เป็นต้น

¹⁵ มาตรา 368 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สัญญานั้นท่านให้ตีความไปตามความประสงค์ในทางสุจริตโดยพิเคราะห์ถึงปกติประเพณีด้วย”

¹⁶ มาตรา 4 วรรคสอง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น...”

¹⁷ He who comes into equity must do so with clean hands.

อรรถประโยชน์ทางสังคม

มิติหนึ่งของกฎหมายคือเป็นแบบแผนของการควบคุมดูแลสังคม อรรถประโยชน์เป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดที่ส่งผลต่อการพัฒนากฎหมายในปัจจุบัน อรรถประโยชน์ทางสังคมนั้นก่อปรไปด้วยปัจจัยทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม ซึ่งแน่นอนว่าคนในสังคมย่อมมีความแตกต่างกันในผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การเมืองและสังคม ท่ามกลางบรรยากาศของความแตกต่างหรือขัดแย้งทางผลประโยชน์เหล่านี้ กฎหมายจำเป็นต้องหาดุลยภาพแห่งผลประโยชน์ที่แตกต่างกันหรือขัดแย้งกัน สิ่งนี้คือภาระหน้าที่ของนักกฎหมาย โรงเรียนสอนกฎหมายแห่งมหาวิทยาลัยเยล (Yale Law School) ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงพยายามสอนนักศึกษาว่า นักกฎหมายคือผู้เชี่ยวชาญในการวินิจฉัยและตัดสินใจ (Expert in decision making) เพื่อทำหน้าที่นี้ นักกฎหมายจึงไม่ควรจำกัดขอบเขตความรู้ของตนอยู่กับกฎหมายเท่านั้น แต่จะต้องมีความรู้และความเข้าใจตลอดจนสามารถปฏิบัติงานร่วมกับผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในศาสตร์หรือวิชาการสาขาอื่น ๆ ได้อย่างมีบูรณาการและมีประสิทธิผล พิจารณาในแง่นี้จะเห็นได้ว่าการศึกษากฎหมายโดยพิจารณาอรรถประโยชน์ทางสังคมประกอบนั้นเป็นการศึกษากฎหมายแบบสหวิทยาการ

4. สรุป

กฎหมายไม่ได้เป็นแต่เพียงการนำหลักหรือทฤษฎีมาอ้างอิงเพื่อนำไปสู่ข้อสรุปของข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวันเท่านั้น ไม่ว่าความรู้ทางกฎหมายจะเป็นความรู้ที่ได้มาจากเหตุผลหรือประสบการณ์ หรือจากผู้รู้ซึ่งถ่ายทอดความรู้โดยการสอนในชั้นเรียนหรือโดยผ่านทางตำราและสื่อต่าง ๆ เราปฏิเสธไม่ได้ว่ากฎหมายย่อมมีบทบาทเป็นแบบแผนความประพฤติของผู้คนในสังคมที่มีกระบวนการบังคับใช้อย่างเป็นกิจจะลักษณะ ศีลธรรมของสังคม (Social mores) อุดมการณ์ทางการเมือง (Political ideologies) สถานการณ์และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ สภาวะผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและธุรกิจ ปัจจัยต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งที่นักกฎหมายจะต้องศึกษาให้เข้าใจอย่างถ่องแท้แล้วประเมินหาจุดดุลยภาพเพื่อการจัดทำกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งนักกฎหมายจะทำหน้าที่นี้ได้จะต้องมีความรู้แบบสหวิทยาการ

การศึกษากฎหมายในประเทศไทยยังขาดการบูรณาการของกฎหมายสาขาที่ต่างกัน และแม้ตรรกะ ประวัติศาสตร์ จารีตประเพณี และหลักศาสนาจะเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลในการพัฒนากฎหมาย การศึกษากฎหมายในประเทศไทยก็ยังไม่ให้ความสำคัญต่อการศึกษาดรรชนีของกฎหมาย หรือประวัติศาสตร์ของกฎหมาย หรือจารีตประเพณีและหลักศาสนาต่าง ๆ ที่เข้ามามีอิทธิพลในการปรุงแต่งกฎหมาย

¹⁸ Equality is equity.

การศึกษาแบบสหวิทยาการ หรือโครงการแก้ปัญหาแบบสหวิทยานั้นเป็นเรื่องใหม่ ของประเทศไทย แต่ก็มีพยายามจะทำการศึกษาหรือจัดหลักสูตรแบบสหวิทยาการขึ้นใน ประเทศไทยเมื่อไม่นานมานี้ ความชำนาญในการบูรณาการศาสตร์และวิชาการต่าง ๆ ให้ เชื่อมโยงเข้ากันแบบกลมกลืนกันจึงยังมีน้อย โดยเฉพาะการบูรณาการศาสตร์ทางกฎหมายกับ ศาสตร์สาขาอื่น ๆ ยังไม่ได้มีการอภิปรายในวงการกฎหมายอย่างจริงจัง แม้จะมีหลักสูตร ปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ที่กำหนดให้ผู้เข้าศึกษาจะต้องสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีสาขา อื่นมาแล้ว ที่เรียกว่าหลักสูตรภาคบัณฑิต โดยมีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เป็นผู้นำร่องมานาน แล้วก็ตาม แต่หลักสูตรภาคบัณฑิตดังกล่าวในทุกมหาวิทยาลัยก็ไม่ได้เชื่อมโยงกับศาสตร์หรือ วิชาสาขาอื่นแต่อย่างใด ผู้สำเร็จการศึกษาจำนวนมากได้เปลี่ยนอาชีพจากสาขาที่ตนเคยศึกษา มาเป็นนักกฎหมายแทน ซึ่งเป็นเพียงการย้ายสาขา ไม่ได้เกิดการเชื่อมโยงอย่างบูรณาการกัน แต่อย่างใด อาจถึงเวลาแล้วที่เราจะต้องช่วยกันสร้างหลักสูตรกฎหมายที่มีลักษณะบูรณาการ ระหว่างสาขาวิชาทางกฎหมายด้วยกัน และระหว่างวิชากฎหมายกับศาสตร์หรือวิชาสาขาอื่น มากขึ้นในลักษณะที่เป็นสหวิทยาการ (Interdisciplinary) ไม่ใช่แบบพหุวิชา (Multidisciplinary)

บรรณานุกรม

- ปรีชา ช้างขวัญยืน. งานวิจัยแบบสหวิทยาการ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://portal.edu.chula.ac.th/pub/jrm/index.php/jrm/article/view/135/pdf_105, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561.
- สมิตธิพล เนตรนิมิตร. สหวิทยาการในชาดก [ออนไลน์]. แหล่งที่มา http://www.mcu.ac.th/site/articlecontent_desc.php?article_id=554&articlegroup_id=104, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561.
- Collins, H M and Evans, R J (2002). The Third Wave of Science Studies: Studies of Expertise and Experience”, *Social Studies of Sciences*, 32 (2): 235-96. [ออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://dx.doi.org/10.1177/0306312702032002003>, เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2561.

ความเข้าใจผิดบางประการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ Certain Misconceptions about Arbitration

ไชยวัฒน์ บุนนาค^{*}
Jayavadh Bunnag

บทคัดย่อ

แม้การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการจะเป็นที่รู้จักกันมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ก็ยังมี ความเข้าใจผิดเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการอยู่มาก โดยเฉพาะในหมู่ผู้ปฏิบัติ ไม่ว่าจะเป็น ทนายความ ลูกความ หรืออนุญาโตตุลาการเอง ความเข้าใจผิดนี้ทำให้ระบบ อนุญาโตตุลาการไม่สามารถพัฒนาไปได้เท่าที่ควร และหากเป็นการเข้าใจผิดในกฎกติกาอันเป็น หัวใจของระบบอนุญาโตตุลาการก็จะเป็นการทำลายระบบอนุญาโตตุลาการโดยสิ้นเชิง

บทความนี้จะกล่าวถึงหลักพื้นฐานบางประการเกี่ยวกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการ ที่ยังมีผู้เข้าใจผิดอยู่มาก ไม่ว่าจะเป็นหลักเกี่ยวกับความเป็นกลางและความเป็นอิสระของ อนุญาโตตุลาการ บทบาทของศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ หรือความ เข้าใจผิดว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญามาตรฐานที่ควรใส่ไว้ในทุกสัญญา

แม้กระบวนการอนุญาโตตุลาการจะเป็นกระบวนการที่มีความยืดหยุ่นกว่าวิธีพิจารณา ของศาล แต่ก็มิได้หมายความว่ากระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ประหยัด กว่าทั้งเวลาและค่าใช้จ่ายเสมอไป จึงมีความจำเป็นที่จะต้องวิเคราะห์ผลได้ผลเสียเป็นรายการนี้ ไปก่อนที่จะตัดสินใจว่าจะใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทในกรณีนั้นหรือไม่

คำสำคัญ: อนุญาโตตุลาการ, การระงับข้อพิพาททางเลือก, ข้อพิพาททางการค้า

Abstract

If you ask a lawyer if he knows what arbitration is, you will probably receive a somewhat cynical reply, ‘sure, I do’. But does he really? Arbitration is well known as an alternative means of dispute settlement for a long time but there are still certain misconceptions about it, even among the people

^{*} ศาสตราจารย์พิเศษ สาขากฎหมายพาณิชย์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด, Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (UK), Chartered Arbitrator, กรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับ ห้างหุ้นส่วนบริษัทและองค์กรทางธุรกิจ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กรรมการผู้จัดการ บริษัท ที่ปรึกษากฎหมายสากล จำกัด (ILCT)

involved in the process, whether they are lawyers, clients or even arbitrators themselves. If this lack of knowledge concerns fundamental rules by which arbitration operates then that could destroy the system.

This article deals with some of the common misconceptions about arbitration ranging from the impartiality and independence of arbitrators, the role of the court in reviewing arbitral awards to the choice of arbitration as an alternative means of dispute resolution.

Even though arbitration affords a more flexible means for the parties to have their dispute resolved, it is not necessarily true that it is more time and cost effective than litigation. One has to really study the pros and cons of going to arbitration in each particular case to know whether to use it or not.

Keywords: Arbitration, Alternative means of dispute resolution, Commercial disputes

ถ้าจะถามว่านักกฎหมายรู้จักอนุญาโตตุลาการหรือไม่ คำตอบก็คงจะเป็นว่า รู้เป็นส่วนใหญ่ แต่หากจะถามต่อไปถึงรายละเอียดเกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการก็จะพบว่า ที่ว่ารู้นั้นไม่ได้รู้เลย หรือรู้แบบผิด ๆ ถูก ๆ ดังนั้น จึงสมควรที่จะต้องทำความเข้าใจกันใหม่ว่าระบบอนุญาโตตุลาการนั้นคืออะไร มีบทบาทและกลไกในการระงับข้อพิพาทอย่างไร

เท่าที่ผู้เขียนได้สัมผัสจากประสบการณ์ในการทำงาน ยังมีผู้ที่มีความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นจำนวนมาก ไม่ว่าจะเป็นนักกฎหมายไทยหรือต่างประเทศ หรือปฏุนที่ ต้องเข้ามาเกี่ยวข้องหรือรับรู้เกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนที่พบบ่อยครั้งที่สุดพอสรุปได้ดังนี้

1. อนุญาโตตุลาการเป็นการประนีประนอมยอมความ

อนุญาโตตุลาการเป็นวิธีระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) กล่าวคือ แทนที่คู่พิพาทจะนำข้อพิพาทไปให้ศาลพิจารณาพิพากษา กฎหมายให้อีกโอกาสคู่พิพาทตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติและเป็นที่ไว้วางใจได้เป็นผู้พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นแทน อีกนัยหนึ่งคู่พิพาท “อนุญาต” ให้ผู้ที่ตนได้แต่งตั้งนั้นเป็น “ตุลาการ” ชี้ขาดข้อพิพาทของตน

กระบวนการอนุญาโตตุลาการไม่ใช่เป็นกระบวนการไกล่เกลี่ย (mediation) หรือประนีประนอมยอมความ (compromise) แต่เป็นกระบวนการตัดสินข้อพิพาท (judicial process) เป็นกรณีที่คู่พิพาทไม่สามารถตกลงกันได้แล้วจึงต้องอาศัยคนกลาง (neutral) มา

พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทให้แก่ตน จริงอยู่เมื่อคู่พิพาทได้มอบข้อพิพาทให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาดแล้ว ไม่เป็นการตัดสิทธิคู่พิพาทในการที่จะประนีประนอมยอมความกัน แต่นั่นไม่ทำให้กระบวนการอนุญาตตุลาการกลายเป็นกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไปได้ คู่พิพาทอาจเจรจาเพื่อยุติข้อพิพาทควบคู่ไปกับการพิจารณาของอนุญาตตุลาการก็ได้ และหากตกลงกันได้ก็อาจเสนอให้อนุญาตตุลาการทำคำชี้ขาดตามยอม (award by consent)¹ ได้ ซึ่งมีผลดีกว่าไปทำสัญญาประนีประนอมกันเองนอกกรอบและถอนข้อเรียกร้องออกไปจากสารบบของอนุญาตตุลาการเพราะคำชี้ขาดตามยอมนั้นก็คือคำชี้ขาด คู่พิพาทอาจขอให้ศาลบังคับได้เลย หากอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตาม ผิดกับการทำสัญญาประนีประนอมยุติข้อพิพาทกันเองโดยไม่ให้อนุญาตตุลาการชี้ขาดตามยอม เพราะในกรณีหลังหากมีการผิดสัญญาประนีประนอมยอมความกันคู่พิพาทก็จะต้องนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทอีก ไม่ว่าจะเป็นทางศาลหรือทางอนุญาตตุลาการ

อนุญาตตุลาการไม่ควรที่จะเข้าไปไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ได้เสนอต่อตนเพื่อพิจารณาชี้ขาดแม้คู่พิพาททุกฝ่ายจะร้องขอก็ตาม เพราะหากอนุญาตตุลาการไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จก็อาจจะมือคดต่อคู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งที่ไม่ยอมผ่อนปรนลดราวาศอกตามที่อนุญาตตุลาการเสนอ ซึ่งจะทำให้อนุญาตตุลาการผู้นั้นยากที่จะกลับมาสวมบทบาทเป็นคนกลางตามเดิมได้อีกต่อไป

2. อนุญาตตุลาการต้องเข้าข้างคู่พิพาทฝ่ายที่ตั้งตน

ข้อนี้เป็นความเข้าใจผิดที่พบมากที่สุดทั้งในหมู่คู่พิพาท หนายความของคู่พิพาท และแม้แต่อนุญาตตุลาการเอง หลักที่ว่าอนุญาตตุลาการต้องเป็นกลาง (impartial) และเป็นอิสระ (independent) เป็นหัวใจของกระบวนการอนุญาตตุลาการและใช้กับอนุญาตตุลาการทุกคน ไม่ว่าจะเป็นอนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดเป็นผู้เสนอชื่อแต่งตั้ง (party-nominated arbitrator) หรือเป็นประธานคณะอนุญาตตุลาการ (chairman or president of the arbitral tribunal)² ถ้าอนุญาตตุลาการไม่เป็นกลางหรือไม่เป็นอิสระระบบอนุญาตตุลาการก็ไม่มี ความหมายและดำรงอยู่ไม่ได้ เมื่ออนุญาตตุลาการได้รับการแต่งตั้งแล้ว ก็เป็นอนุญาตตุลาการของคู่พิพาททุกฝ่ายไม่ใช่เป็นอนุญาตตุลาการของฝ่ายที่เสนอชื่อตนเพียงเท่านั้น จริงอยู่อาจมีระบบอนุญาตตุลาการหรือบางสถาบันที่อนุญาตให้อนุญาตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อ (party-nominated arbitrator) ทำหน้าที่คล้ายหนายความ (advocate) ให้คู่พิพาทนั้น แต่แม้ในระบบดังกล่าวก็ยังต้องมีผู้ชี้ขาด (umpire/referee) ที่เป็นกลางทำ

¹ ดู พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 36, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (“Model Law”), art. 30, Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce 2012 (“ICC Rules”), art. 32

² พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19, Model Law, art. 2 (b)

หน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาทอยู่ดี กฎหมายไทยอาจไม่ถือว่าอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทเสนอชื่อในระบบดังกล่าวเป็นอนุญาโตตุลาการก็ได้³

ด้วยเหตุที่ว่าอนุญาโตตุลาการต้องดำรงความเป็นกลางและความเป็นอิสระ การตั้งอนุญาโตตุลาการจึงไม่เป็นสัญญาจ้างทำของหรือจ้างแรงงานที่อนุญาโตตุลาการจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งของคู่พิพาทฝ่ายที่ได้ตั้งตนในฐานะนายจ้าง ปัญหาว่าความสัมพันธ์ระหว่างอนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทนั้นเป็นนิติกรรมประเภทใดนั้นเป็นเรื่องที่ยังต้องถกเถียงกันอยู่มากในกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ไม่ได้อยู่ในความดูแลของสถาบันอนุญาโตตุลาการแห่งหนึ่งแห่งใด (*ad hoc arbitration*) หากคู่พิพาทไม่ยอมชำระค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการจะอย่างไร หากอนุญาโตตุลาการจะไปฟ้องศาลก็ต้องอ้างเหตุตามกฎหมาย (*cause of action*) สนับสนุนข้อเรียกร้องของตน เช่น ตนมีนิติสัมพันธ์อย่างใดกับคู่พิพาทในทางปฏิบัติ หากคู่พิพาทไม่ยอมจ่ายค่าป่วยการให้อนุญาโตตุลาการ อนุญาโตตุลาการก็จะไม่เปิดเผยคำชี้ขาดหรือส่งคำชี้ขาดให้ แต่วิธีนี้ก็ไม่ได้ช่วยอนุญาโตตุลาการเท่าใดนักเพราะอนุญาโตตุลาการก็ยังไม่ได้ค่าป่วยการอยู่ดี ในกรณีที่เป็นกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่มีสถาบันอนุญาโตตุลาการเข้ามาดูแล (*institutional arbitration*) สถาบันอนุญาโตตุลาการก็จะเรียกให้คู่พิพาทชำระค่าใช้จ่ายซึ่งรวมทั้งค่าป่วยการของอนุญาโตตุลาการมาล่วงหน้าให้เพียงพอ กับขั้นตอนของการทำงานของอนุญาโตตุลาการ จึงไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องนี้เท่าใดนัก

ความเป็นกลางเป็นสภาพจิตใจ (*subjective*) ที่ปกติบุคคลอื่นไม่สามารถที่จะหยั่งรู้ได้ แต่ในบางครั้งความไม่เป็นกลางอาจแสดงออกจากพฤติกรรมของอนุญาโตตุลาการเอง เช่น การดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยลำเอียงเข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ไม่ให้โอกาสคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งเท่าเทียมกัน หรืออาจเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการกับคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งหรือทนายความของคู่พิพาทฝ่ายนั้นติดต่อกันเองฝ่ายเดียว (*ex parte communication*) โดยคู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่งไม่รู้เห็นหรือยินยอมด้วยในระหว่างที่การพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทยังไม่สิ้นสุด ทั้งนี้ไม่ว่าจะติดต่อกันเรื่องอะไรและจะเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาข้อพิพาทหรือไม่ก็ตาม

ส่วนความเป็นอิสระนั้นเป็นสภาวะภายนอก (*objective*) ที่ปกติสามารถตรวจสอบได้ ความเป็นอิสระหมายความว่าไม่อยู่ภายใต้การควบคุมหรือสังกัดของผู้ใดที่มีความเกี่ยวข้องกับข้อพิพาทอันจะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางได้ เช่น พนักงานอัยการทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการในคดีพิพาทตามสัญญาทางปกครองซึ่งมีอัยการอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาทำหน้าที่เป็นทนายความของคู่พิพาทฝ่ายรัฐ หรืออาจเป็นกรณีที่อนุญาโตตุลาการเป็นหัวหน้าสำนักงานทนายความที่ทนายความของคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดสังกัดอยู่ เป็นต้น

³ ไชยวัฒน์ บุนนาค, อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2554), หน้า 75.

ปัญหาว่าอนุญาโตตุลาการมีความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือไม่นั้น ไม่ใช่เป็นเรื่องที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นจะเป็นผู้วินิจฉัยเสียเอง แต่เป็นเรื่องที่คู่พิพาทจะเป็นผู้ตัดสินเพราะเป็นผู้ที่จะได้รับผลกระทบโดยตรง ดังนั้น กฎหมายและข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (arbitration rules) ของสถาบันอนุญาโตตุลาการจึงมักจะกำหนดว่า ก่อนเข้ารับการแต่งตั้งก็ดี หรือเมื่อได้รับการแต่งตั้งแล้วแต่ในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาก็ดี หากมีเหตุการณ์หรือพฤติการณ์ใดที่อาจทำให้เห็นได้ว่าอนุญาโตตุลาการผู้ใดอาจมีผลประโยชน์ทับซ้อนหรือจะขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระ อนุญาโตตุลาการผู้นั้นจะต้องรีบแจ้งให้คู่พิพาททุกฝ่ายทราบ⁴ เพื่อให้คู่พิพาทได้พิจารณาว่าเหตุนั้นจะทำให้อนุญาโตตุลาการขาดความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระหรือไม่ หากคู่พิพาทฝ่ายใด (แม้จะเป็นฝ่ายที่ตั้งอนุญาโตตุลาการผู้นั้นเองก็ตาม) เห็นว่าเหตุนั้นจะทำให้อนุญาโตตุลาการผู้นั้นขาดความเป็นกลางได้ ก็จะมีการคัดค้านอนุญาโตตุลาการผู้นั้น และหากอนุญาโตตุลาการผู้นั้นไม่ถอนตัว คู่พิพาทฝ่ายที่คัดค้านก็จะยื่นเรื่องให้คณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ หรือศาลวินิจฉัย แล้วแต่ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการนั้น (*lex arbitri*) จะบัญญัติไว้อย่างใด

มีบางกรณีที่อนุญาโตตุลาการรู้อยู่แก่ใจว่าพฤติการณ์หรือเหตุการณ์เช่นนั้นเป็นเรื่องเล็กน้อยและไม่เป็นอุปสรรคในการที่ตนจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลาง ตนก็ยังมีหน้าที่ที่จะต้องแจ้ง (declare) ให้คู่พิพาททราบและให้คู่พิพาทเป็นผู้วินิจฉัย หรือในกรณีที่อนุญาโตตุลาการเองก็ไม่แน่ใจว่าเหตุใดเหตุหนึ่งจะทำให้คู่พิพาทสงสัยในความเป็นกลางของตนหรือไม่ ตนก็ต้องแจ้งให้คู่พิพาทนั้นทราบถึงเหตุการณ์หรือพฤติการณ์นั้น ส่วนคู่พิพาทจะให้ตนปฏิบัติหน้าที่ต่อไปหรือไม่เป็นเรื่องที่คู่พิพาทจะต้องตัดสินใจไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการผู้นั้น ดังนั้น แม้ในกรณีที่อนุญาโตตุลาการมีความลังเลด้วยความบริสุทธิ์ใจว่าตนมีหน้าที่ต้องแจ้งคู่พิพาทหรือไม่ ก็ต้องยึดหลักว่าเมื่อสงสัยก็ต้องแจ้ง การไม่แจ้งให้คู่พิพาททราบถึงเหตุที่อาจทำให้คู่พิพาทสงสัยในความเป็นกลางหรือความเป็นอิสระของตนได้นั้นเสี่ยงต่อการที่คำชี้ขาดที่อนุญาโตตุลาการผู้นั้นมีส่วนทำขึ้นถูกคัดค้านต่อศาลหรือศาลไม่ยอมรับบังคับให้ในกรณีที่คู่พิพาทมาทราบเหตุอันควรสงสัยนั้นในภายหลัง

3. อนุญาโตตุลาการจะถอนตัวเมื่อใดก็ได้

แม้อนุญาโตตุลาการกับผู้ที่จะเสนอชื่อแต่งตั้งตนจะไม่มีนิติสัมพันธ์เชิงการจ้างทำของหรือจ้างแรงงาน แต่ไม่ได้หมายความว่าเมื่ออนุญาโตตุลาการตกลงยอมรับการแต่งตั้งแล้ว เมื่อคิดจะถอนตัวก็ถอนตัวเมื่อใดก็สามารถทำได้ ในการที่คู่พิพาทเลือกอนุญาโตตุลาการเข้าได้พิจารณาแล้วว่าผู้ที่เขาเลือกนั้นเป็นผู้ที่น่าไว้วางใจ มีความสามารถที่จะพิจารณาชี้ขาดข้อพิพาท

⁴ ดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 19, Model Law, art. 12, ICC Rules, art. 11

ที่เกี่ยวข้อง และสามารถอุทิศเวลาเพื่อให้งานลุล่วงไปได้โดยไม่ชักช้า ก่อนที่จะตอบรับการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการก็ต้องให้คำมั่นว่าตนสามารถอุทิศเวลาให้ได้ ดังนั้น การที่ฆาปนธอนตัวโดยไม่มีเหตุอันสมควรก็อาจทำให้คู่พิพาทเสียหายเพราะจะทำให้คดีล่าช้าออกไปจะต้องมีการตั้งอนุญาโตตุลาการคนใหม่เข้ามาแทน ผู้ที่เข้ามาใหม่ก็ต้องใช้เวลาเรียนงานและอาจต้องมีการพิจารณากันใหม่ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นแล้วก็อาจสูญเปล่า หากผู้ที่เข้ามาเป็นอนุญาโตตุลาการเห็นว่าตนไม่สามารถอุทิศเวลาให้แก่กระบวนการพิจารณาก็ไม่ควรตอบรับเข้ามาทำหน้าที่

ในบางกรณีคู่พิพาทอาจต้องการประวิงคดีจึงแก้งัดค้านอนุญาโตตุลาการอย่างไรเหตุผล อนุญาโตตุลาการที่รู้ทันก็จะปล่อยให้งัดค้านไปและให้กระบวนการคัดค้านดำเนินไปตามขั้นตอนของข้อบังคับอนุญาโตตุลาการหรือกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท แต่ก็จะมีดำเนินการกระบวนการพิจารณาต่อไปจนกว่าศาลจะสั่งเป็นอย่างอื่น เพราะการคัดค้านอนุญาโตตุลาการไม่เป็นเหตุให้การพิจารณาต้องสะดุดหยุดลง⁵ อนุญาโตตุลาการที่ขาดประสิทธิภาพ อาจถอนตัวทันทีที่ถูกคัดค้านโดยไม่พิจารณาว่าเขาคัดค้านเรื่องอะไร คล้ายกับว่าเสียหน้าหรือน้อยใจที่ถูกคัดค้าน การกระทำเช่นนั้นเป็นการกระทำที่ไม่เป็นธรรมแก่คู่พิพาทอีกฝ่ายหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม การที่อนุญาโตตุลาการได้สมัครใจเข้ามารับตำแหน่ง ไม่ได้หมายความว่าอนุญาโตตุลาการสัญญาที่จะทำงานให้อย่างไม่มีกำหนดเวลา หากคู่พิพาทดำเนินการอย่างล่าช้าไม่เชื่อฟังอนุญาโตตุลาการทำให้คดียืดออกไปจนไม่เห็นว่าจะสิ้นสุดเมื่อใด ก็เป็นเหตุให้อนุญาโตตุลาการถอนตัวได้ ในทางปฏิบัติ ในวันนัดพร้อมเพื่อกำหนดประเด็นข้อพิพาทและหน้าที่นำเสนอ อนุญาโตตุลาการจะทำตารางการพิจารณา (procedural time table) ขึ้นมาเพื่อให้คู่พิพาททุกฝ่ายเห็นชอบ ตารางนี้จะกำหนดเวลาการยื่นคำคู่ความ แลกเปลี่ยนเป็นลายลักษณ์อักษร วันสืบพยานผู้เรียกร้องและผู้คัดค้าน ฯลฯ ซึ่งหากไม่จำเป็นจริง ๆ ก็ไม่ควรเปลี่ยนแปลงตารางการพิจารณานี้ เพราะอนุญาโตตุลาการจะจัดเวลาของตนให้เข้ากับตาราง ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนแปลงตารางบ่อยครั้งอนุญาโตตุลาการก็จะไม่สามารถทำงานอื่นได้จริงอยู่อนุญาโตตุลาการต้องอุทิศเวลาให้แก่ข้อพิพาทแต่ไม่ได้หมายความว่าต้องอุทิศเวลาให้ตลอดไปอย่างไม่มีวันสิ้นสุด อนุญาโตตุลาการส่วนใหญ่จะมีงานประจำทำอยู่แล้ว เช่น เป็นทนายความ วิศวกร สถาปนิก หรือนักธุรกิจ หรือมีคดีอื่นอีกหลายคดีที่ต้องพิจารณาชี้ขาด

ในกรณีที่คู่พิพาททุกฝ่ายเห็นว่าอนุญาโตตุลาการผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ไม่ว่าจะเพราะเหตุใด หรืออนุญาโตตุลาการผู้นั้นปฏิบัติหน้าที่ล่าช้ากว่าที่ควร คู่พิพาทอาจให้อนุญาโตตุลาการผู้นั้นพ้นจากหน้าที่ได้ ในกรณีดังกล่าวการเป็นอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดลงเพราะอนุญาโตตุลาการตั้งขึ้นและปฏิบัติหน้าที่ได้โดยความเห็นชอบของคู่พิพาททุกฝ่าย เมื่อ

⁵ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 20, Model Law, art. 13

ขาดความเห็นชอบนี้เสียแล้วอนุญาโตตุลาการก็ไม่มีอำนาจ (mandate) ที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาต่อไป⁶

4. ศาลอาจแก้ไขคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการหรือสั่งให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นเพิ่มเติมได้

สิ่งที่มีคนมักจะสนใจคือเกี่ยวกับระบบอนุญาโตตุลาการอีกประการหนึ่งคือ ศาลมีอำนาจที่จะแก้ไขคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการได้ เมื่ออนุญาโตตุลาการทำคำชี้ขาดแล้ว คำชี้ขาดนั้นก็ถึงที่สุดและมีผลผูกพันคู่พิพาท (final and binding) เมื่อทำคำชี้ขาดแล้วอำนาจหน้าที่ของอนุญาโตตุลาการก็สิ้นสุดลง (*functus officio*) กฎหมายเพียงกำหนดระยะเวลาให้คู่พิพาทร้องขอให้อนุญาโตตุลาการแก้ไขข้อผิดพลาดเล็กน้อย หรืออธิบายข้อความของคำชี้ขาด หรือมีคำชี้ขาดในประเด็นที่อนุญาโตตุลาการยังไม่ได้ทำคำชี้ขาดเท่านั้น ส่วนศาลก็มีเพียงอำนาจตรวจสอบ ในกรณีที่มีการคัดค้านคำชี้ขาดหรือมีการร้องขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดภายในกรอบที่กฎหมายกำหนด ศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาเนื้อหา (merits) ของข้อพิพาทใหม่ ศาลมีหน้าที่เพียงเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่ยอมรับบังคับตามคำชี้ขาดในกรณีที่เห็นว่าไม่ยุติธรรมตามกฎหมายที่จะให้กระทำเช่นนั้นได้ กระบวนการที่ศาลจะพิจารณาคำร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด (cancellation of award) หรือขอให้ศาลไม่บังคับตามคำชี้ขาดนั้นไม่ใช่เป็นกระบวนการอุทธรณ์ (appeal) แต่เป็นกระบวนการให้ศาลตรวจสอบ (review) ว่ามีเหตุที่ทำให้คำชี้ขาดนั้นบกพร่องจนศาลควรที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดนั้นหรือไม่บังคับให้หรือไม่อย่างใด ข้อแตกต่างระหว่างการอุทธรณ์กับการตรวจสอบคือ ในกระบวนการอุทธรณ์ผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาอุทธรณ์มีอำนาจที่จะพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททุกประเด็นที่อุทธรณ์ขึ้นมา ไม่ว่าจะเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับเนื้อหาของข้อพิพาท เช่น ความรับผิดชอบและค่าเสียหาย หรือประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณา เช่น การตั้งอนุญาโตตุลาการเป็นไปโดยชอบหรือไม่ ส่วนในกระบวนการตรวจสอบนั้น ผู้ที่มีหน้าที่ทำการตรวจสอบมีอำนาจเพียงดูว่ากระบวนการพิจารณาได้ดำเนินไปตามกฎหมายหรือตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันหรือไม่ อนุญาโตตุลาการได้ให้อโอกาสแก่คู่พิพาทในการต่อสู้คดีกันอย่างเท่าเทียมกันหรือไม่ ซึ่งเป็นเรื่องของความยุติธรรมในกระบวนการ (due process) ไม่ได้ลงไปพิจารณาเนื้อหาของข้อพิพาท (merits of the dispute)

ในทำนองเดียวกัน ศาลไม่มีอำนาจที่จะสั่งให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทใหม่ หรือสั่งให้อนุญาโตตุลาการพิจารณาประเด็นข้อพิพาทที่ยังไม่ได้วินิจฉัย มีกรณีเดียวที่ศาลอาจให้อโอกาสอนุญาโตตุลาการแก้ไขคำชี้ขาดของตนได้ก็ในกระบวนการร้องขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาด ในกรณีดังกล่าว ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคดีขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของ

⁶ อ้างแล้ว มาตรา 21, art. 14

อนุญาตตุลาการออกไปเพื่อให้อนุญาตตุลาการพิจารณาข้อพิพาทอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องอันเป็นเหตุที่ทำให้ศาลต้องเพิกถอนคำชี้ขาด⁷

ในคดีตามคำพิพากษาของฎีกาที่ 2557/2559 ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการโดยอาศัยเหตุว่าอนุญาตตุลาการวินิจฉัยข้อกฎหมายผิดพลาดในเรื่องอายุความและสถานะตามกฎหมายของคู่กรณีซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลไม่ได้พิจารณาพิพากษาประเด็นอื่น ๆ อันเป็นเนื้อหาสาระของข้อพิพาท ซึ่งศาลระบุว่าเป็นเรื่องที่คณะอนุญาตตุลาการจะต้องพิจารณาชี้ขาดโดยศาลกล่าวในตอนท้ายของคำพิพากษาว่า

“อนึ่ง คดีคงมีปัญหาว่าจะต้องเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาตตุลาการตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 หรือไม่ เท่านั้น ยังไม่มีประเด็นต้องวินิจฉัยว่าผู้คัดค้านผิดสัญญาให้การสนับสนุนประกอบสัญญาแก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ และจะต้องชำระเงินแก่ผู้ร้องทั้งสองหรือไม่เพียงใด ซึ่งเป็นปัญหาที่คณะอนุญาตตุลาการจะต้องวินิจฉัยให้เสร็จสิ้นต่อไป”

เป็นที่สังเกตว่า ศาลในคดีตามคำพิพากษาของศาลฎีกาข้างต้นไม่ได้สั่งให้ส่งสำนวนกลับไปให้อนุญาตตุลาการพิจารณาชี้ขาด หรือสั่งอนุญาตตุลาการโดยตรงให้ทำการพิจารณาชี้ขาดประเด็นข้อพิพาทที่ยังไม่ได้วินิจฉัย เพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจศาลที่จะกระทำเช่นนั้นได้ ศาลเพียงมีอำนาจที่จะเพิกถอนคำชี้ขาดหรือไม่เท่านั้น⁸

ศาลไม่มีอำนาจเข้าไปแทรกแซงดุลพินิจของอนุญาตตุลาการในการวินิจฉัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย เว้นแต่ข้อกฎหมายนั้นเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างเช่นในคดีตามคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2557/2559 ซึ่งศาลเห็นว่าอนุญาตตุลาการนับอายุความผิดและอายุความเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁹ ตามมาตรา 24 ของพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2530 ที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ในกรณีที่ศาล

⁷ พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 40 วรรคท้าย บัญญัติว่า “ในการพิจารณา คำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคัดออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะอนุญาตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป” ดูไชยวัฒน์ บุญนาค, หน้า 185-186.

⁸ ผลของคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 2557/2559 นี้ทำให้มีปัญหาที่ต้องคิดต่อไปว่าอนุญาตตุลาการมีอำนาจที่จะพิจารณาชี้ขาดประเด็นที่ยังไม่ได้วินิจฉัยหรือไม่ ในเมื่อได้ทำคำชี้ขาดที่มีผลเสร็จเด็ดขาดในการยกข้อเรียกร้องด้วยเหตุที่ขาดอายุความไปแล้ว และอำนาจของอนุญาตตุลาการได้สิ้นสุดลงตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 38 แล้ว

⁹ ปัญหาว่าอายุความทางแพ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ยังเป็นที่ถกเถียงกันในวงการวิชาการและในวงการอนุญาตตุลาการระหว่างประเทศ

เห็นว่าคำชี้ขาดใดไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาทนั้น ศาลมีอำนาจปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดนั้น คำว่า “กฎหมายที่ใช้บังคับกับข้อพิพาท” น่าจะหมายถึงกฎหมายสารบัญญัติที่ใช้บังคับกับสัญญาหลักหรือที่เรียกว่า “applicable law” และกฎหมายอนุญาโตตุลาการ (*lex arbitri*) ที่ใช้บังคับกับกระบวนการอนุญาโตตุลาการที่พิจารณาชี้ขาดข้อพิพาทนั้นด้วย แต่ที่กล่าวถึงมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ในนี้ก็เพื่อเปรียบเทียบว่า ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติดังเช่นมาตรา 24 ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันก็แสดงว่ากฎหมายปัจจุบันไม่ให้อำนาจศาลที่จะเข้าไปตรวจสอบดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการในการปรับกฎหมายเข้ากับข้อเท็จจริงในคดีดังเช่นกฎหมายเดิมอีกต่อไป ทั้งนี้เว้นแต่กฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมของประชาชนดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

5. ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการเป็นข้อสัญญามาตรฐานที่ควรมีไว้ในทุกสัญญา

กระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเกิดขึ้นได้ก็ด้วยความยินยอม (consent) ของคู่พิพาท ความยินยอมนี้อาจปรากฏโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้¹⁰ ส่วนใหญ่แล้วคู่พิพาทที่ประสงค์จะให้ข้อพิพาทของตนได้รับการพิจารณาชี้ขาดโดยอนุญาโตตุลาการก็จะเขียนไว้โดยแจ้งชัดในสัญญาประธาน (principal agreement) เช่น ในสัญญาซื้อขาย สัญญารับขน สัญญาประกันภัย ฯลฯ ข้อสัญญานี้เรียกว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการ (arbitration clause) แต่การที่จะเลือกวิธีระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการแทนการไปศาลหรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการวิเคราะห์เสียก่อนเพราะกระบวนการอนุญาโตตุลาการอาจไม่ใช่เป็นวิธีระงับข้อพิพาทที่ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่ายอย่างเป็นที่เข้าใจกันเสมอไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กระบวนการอนุญาโตตุลาการที่ต้องไปทำกันในต่างประเทศ วิธีระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งต้องวิเคราะห์เป็นรายกรณีไป

ข้อดีประการแรกของการใช้กระบวนการอนุญาโตตุลาการระงับข้อพิพาทได้แก่การที่คู่พิพาทสามารถเลือกผู้ตัดสินที่มีความรู้ความสามารถในเรื่องที่จะให้พิจารณาได้ จริงอยู่เรื่องความรู้ความชำนาญเฉพาะทางนี้อาจจะใช้พยานผู้เชี่ยวชาญ (expert witness) มาเบิกความก็ได้ ไม่จำเป็นต้องใช้อนุญาโตตุลาการ แต่การมีอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ในด้านนั้นก็จะได้ประโยชน์อีกระดับหนึ่งเพราะอนุญาโตตุลาการผู้นั้นสามารถซักถามพยานผู้เชี่ยวชาญได้ดีกว่าอนุญาโตตุลาการที่ไม่มีความรู้ในด้านนั้น พยานผู้เชี่ยวชาญมีแนวโน้มที่จะให้การเป็นประโยชน์แก่คู่พิพาทฝ่ายที่นำตนมาเป็นพยาน ดังนั้น บ่อยครั้งเมื่ออนุญาโตตุลาการยิ่งฟังพยานผู้เชี่ยวชาญทั้งสองฝ่ายก็จะเกิดความลังเลใจยิ่งขึ้น สู้ไม่ฟังเลยอาจจะดีกว่าเสียอีก จะรอให้

¹⁰ ดู พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 11, Model Law, art. 7

ทนายความของคู่พิพาทซักถามพยานผู้เชี่ยวชาญก็อาจไม่ได้ผลเท่าที่ควรเพราะต่างฝ่ายต่างจะซักถามในประเด็นที่จะเป็นประโยชน์ของตนเพียงเท่านั้น

อนุญาโตตุลาการไม่จำเป็นต้องเป็นนักกฎหมายเสมอไปอาจเป็นวิศวกร สถาปนิก นักบัญชี นักการเงิน นักวิทยาศาสตร์ แพทย์ ฯลฯ ก็ได้ แต่ควรจะมีนักกฎหมายรวมอยู่ด้วยคนหนึ่งเพื่อดูแลให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปตามข้อบังคับอนุญาโตตุลาการและกฎหมายส่วนใหญ่ นักกฎหมายจะทำหน้าที่เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ บุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้ที่มีประสบการณ์ในชีวิตและได้ทำงานมานานพอที่จะประกอบด้วยวุฒิภาวะและคุณสมบัติอันเป็นที่ยอมรับในวงการแห่งอาชีพของตน

ข้อดีประการที่สองได้แก่กระบวนการอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ยืดหยุ่นมากกว่าวิธีพิจารณาความของศาล ทำให้คู่พิพาทสามารถเสนอข้อต่อสู้ของตนได้อย่างเต็มที่ คู่พิพาทเป็น “เจ้าแห่งกระบวนการพิจารณา” (party autonomy) โดยปกติแล้วอนุญาโตตุลาการจะอนุญาตให้คู่พิพาทดำเนินกระบวนการพิจารณาไปอย่างที่ต้องการ ตราบเท่าที่ไม่ทำให้กระบวนการนั้นยืดออกไปเกินกำหนดเวลาที่อนุญาโตตุลาการได้ตกลงผูกพันตนเองเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ หรือเป็นการขัดต่อข้อบังคับอนุญาโตตุลาการ (ซึ่งปกติก็มีความยืดหยุ่นมากอยู่แล้ว) หรือกฎหมายอันจะทำให้คำชี้ขาดบกพร่องได้ ข้อสำคัญคืออนุญาโตตุลาการต้องให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำเสนอพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น¹¹ หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดคัดค้านในเรื่องใด อนุญาโตตุลาการก็ต้องกลับมายืดข้อบังคับอนุญาโตตุลาการโดยเคร่งครัด เช่น ในบางกรณีข้อบังคับอนุญาโตตุลาการให้อนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจได้ว่าจะให้มีการสืบพยานบุคคล (oral hearing of witnesses) หรือไม่หากเห็นว่าข้อพิพาทมีพยานเอกสารพอที่จะวินิจฉัยชี้ขาดได้แล้ว แต่หากคู่พิพาทฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดหรือทั้งสองฝ่ายต้องการให้มีการสืบพยานบุคคล อนุญาโตตุลาการก็ต้องให้มีการสืบพยานดังกล่าวจะไม่อนุญาตไม่ได้¹²

ข้อดีของระบบอนุญาโตตุลาการอีกข้อหนึ่งได้แก่ความเสร็จเด็ดขาดของคำชี้ขาด (finality of award) กล่าวคือ เมื่ออนุญาโตตุลาการตัดสินแล้วคู่พิพาทจะไปอุทธรณ์ฎีกาไม่ได้ จะกระทำได้อีกภายในกรอบที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้เท่านั้นดังที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกับคำพิพากษาของศาลเพราะคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการสามารถใช้บังคับได้ในร้อยกว่าประเทศที่เป็นภาคีสัญญาว່ด้วยการยอมรับนับถือในการใช้บังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ¹³ หรือที่เรียก

¹¹ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 25, กฎหมายต้นแบบ มาตรา 18

¹² ดู ICC Rules, art. 25 (6)

¹³ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 10 June 1958.

สั้น ๆ ว่า “อนุสัญญานิวยอร์ก” (New York Convention) ที่ไทยเป็นภาคีอยู่ ส่วนคำพิพากษาของศาลนั้นใช้บังคับได้ภายในประเทศเท่านั้น เว้นแต่จะมีสนธิสัญญาให้ใช้บังคับได้ในประเทศอื่น ซึ่งในกรณีของประเทศไทย เราไม่ได้ทำสนธิสัญญาประเภทดังกล่าวไว้กับประเทศใด ในเมื่อคำชี้ขาดใช้บังคับได้ในประเทศที่เป็นภาคีอนุสัญญานิวยอร์ก ก็เป็นผลดีแก่เจ้าหน้าที่ตามคำชี้ขาด เพราะในกรณีที่ลูกหนี้ตามคำชี้ขาดไม่ยอมปฏิบัติตามคำชี้ขาด เจ้าหน้าที่ก็สามารถนำคำชี้ขาดไปให้ศาลในรัฐภาคีที่พบทรัพย์สินของลูกหนี้อยู่ในเขตศาลบังคับเพื่อยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นมาชำระหนี้ได้

ข้อเสียของระบบอนุญาโตตุลาการก็มีเช่นกันซึ่งส่วนใหญ่เกิดจากการที่ผู้ทำสัญญาไม่ได้ศึกษาก่อนว่าการที่ฝ่ายตนเข้าไปทำสัญญาให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนั้นจะเป็นผลดีแก่ฝ่ายตนหรือไม่เพียงใด ตัวอย่างเช่น บริษัทไทยทำสัญญากับบริษัทต่างประเทศโดยมีข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการให้ไปพิจารณาข้อพิพาทในต่างประเทศ ทั้ง ๆ ที่ฝ่ายตนมีข้อจำกัดในด้านบุคลากรที่จะช่วยทำคดีและมีทุนทรัพย์จำกัด การไปทำอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศจะต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากเพราะส่วนใหญ่จะต้องไปจ้างทนายความต่างประเทศให้ว่าต่างแก่ต่างให้ ยังไม่นับค่าใช้จ่ายในการเดินทางและค่าโรงแรม ฯลฯ ที่จะต้องเสียไป หากคู่สัญญาเป็นบริษัทข้ามชาติ (multinational company) ที่มีประสบการณ์ในการทำคดีอนุญาโตตุลาการในต่างประเทศมาก่อน ก็จะทำให้บริษัทไทยเสียเปรียบยิ่งขึ้น ข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของสถาบันอนุญาโตตุลาการที่เป็นสากลมักให้อำนาจอนุญาโตตุลาการสั่งให้คู่พิพาทฝ่ายที่แพ้คดีชดเชยค่าใช้จ่ายให้คู่พิพาทฝ่ายที่ชนะคดีทั้งหมด ซึ่งรวมทั้งค่าทนายความด้วย¹⁴

บ่อยครั้งที่ทนายความผู้ร่างสัญญาใส่ข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไปในสัญญาหลัก โดยไม่ได้ทำการวิเคราะห์ข้อดีข้อเสียและปรึกษาลูกค้าความของตนก่อน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นลูกค้าจึงรู้ว่าตนต้องไปสู้คดีในต่างประเทศและต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก บางรายถึงกับไม่ไปสู้คดีเสียเลยปล่อยให้อนุญาโตตุลาการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยขาดนัด (default proceedings) ซึ่งผลจะออกมาเป็นอย่างไรนั้นก็คงคาดคะเนได้ไม่ยาก จะเห็นได้ว่าข้อสัญญาอนุญาโตตุลาการไม่ใช่ข้อสัญญามาตรฐาน (standard clause) ที่จะใส่ไปในทุกสัญญาโดยไม่ทำการศึกษาข้อดีข้อเสียก่อน

สรุปได้ว่า แม้ระบบอนุญาโตตุลาการจะมีมานานแล้วและใช้กันมากในการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ แต่ก็ยังมีผู้ที่ไม่เข้าใจวิธีการระงับข้อพิพาทนี้เป็นจำนวนมาก ไม่สามารถกล่าวเป็นการทั่วไปได้ว่า วิธีการระงับข้อพิพาททางอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีที่ดีกว่าการไปศาล (litigation) เพราะต้องทำการวิเคราะห์เป็นรายกรณีไปแล้วแต่ความพร้อมของคู่สัญญาแต่ละ

¹⁴ ดู ICC Rules, art. 37

ฝ่าย เมื่อพิจารณาแล้วฝ่ายหนึ่งอาจเห็นวิธีการระงับข้อพิพาทวิธีนี้เป็นประโยชน์แก่ตน อีกฝ่ายหนึ่งอาจเห็นว่าเป็นวิธีที่ทำให้ตนเสียเปรียบก็ได้

บรรณานุกรม

เอกสารภาษาไทย

- ไชยวัฒน์ บุณนาค. อนุญาโตตุลาการ ทฤษฎีและปฏิบัติ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดียนตุลา, 2554.
- พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

เอกสารภาษาอังกฤษ

- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, United Nations, New York, 1958.
- Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 1 January 2012.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 21 June 1985.

กลไกและกระบวนการดำเนินการทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย Mechanisms and Lawful Administrative Process

ธีรยุทธ์ หล่อเลิศรัตน์^{*}
Thirayuth Lorlertratna

บทคัดย่อ

เพื่อให้การกระทำทางปกครองใด ๆ เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการนั้น ๆ จะต้องยึดหลักการตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับกฎหมายเฉพาะ คือต้องคำนึงถึงเงื่อนไขแห่งการกระทำอันได้แก่ อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย ขอบเขตแห่งการกระทำ ตลอดจนการแจ้งสิทธิต่าง ๆ แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบ รวมไปถึงกรอบเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ซึ่งจะเป็นหลักประกันที่ดีในระดับหนึ่งว่า การกระทำทางปกครองใด ๆ ที่ได้กระทำลงไปแล้วเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ เงื่อนไขประการสำคัญที่สุดของการกระทำทางปกครองคือการที่จะต้องคำนึงถึงความถูกต้องและความชอบธรรม ตลอดจนความพร้อมของตัวเจ้าหน้าที่ที่อาจจะถูกติดตาม ตรวจสอบ หรือสอบสวน ในกรณีที่มีผู้ร้องเรียนกล่าวหา หรือเป็นคู่กรณีในคดีที่มีการฟ้องร้องต่อศาลปกครอง

คำสำคัญ: กลไกและกระบวนการ, การดำเนินการทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

Abstract

To ensure a legitimacy of an administrative action, an officer who performs such action shall adhere to the principles prescribed in the Administrative Procedure Act B.E. 2539, as well as the specific laws. That said, the conditions of such action, including legal authority, scope of action, notification of involved parties' rights, and specified timeframe for such action

^{*} นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master of Public Administration (รัฐประศาสนศาสตร์) Syracuse University ประเทศสหรัฐอเมริกา, ปรัชญาดุษฎีบัณฑิตกิตติมศักดิ์ (นิติศาสตร์) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, นักบริหารระดับสูง (นบส.) สำนักงาน ก.พ., อดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด, ปัจจุบันดำรงตำแหน่งกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิสภามหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

must be taken into account. To some extent, this can guarantee that the administrative action is legitimate. However, the most important condition of the administrative actions is the consideration of correctness and legitimacy, as well as the readiness of the officers who may be monitored or investigated in the event of a compliant or becoming involved in a lawsuit.

Keywords: Mechanism and process, Lawful administrative action, the Administrative Procedure Act B.E. 2539, the Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure Act B.E. 2542

1. ความนำ

เจตนารมณ์และวัตถุประสงค์สำคัญของผู้เขียนเรื่อง “กลไกและกระบวนการดำเนินการทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย” ในครั้งนี้ มีความมุ่งหมายที่จะอธิบายความในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายสำคัญที่ใช้สำหรับการปฏิบัติงานของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ และให้บริการประชาชนที่มาขอรับบริการในหน่วยงานของรัฐทุกประเภทให้เกิดความรู้ความเข้าใจในทางปฏิบัติมากกว่าที่จะตั้งใจเขียนให้เป็นเอกสารหรือบทความทางวิชาการเชิงค้นคว้าวิจัย เนื่องจากผู้เขียนพบว่าการเรียนการสอนหรือการอบรมสัมมนาวิชากฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองหรือการดำเนินการทางปกครองหรือการกระทำทางปกครองก็ตาม นักศึกษาหรือผู้เข้าอบรมสัมมนาที่เป็นบุคคลทั่วไปหรือเป็นข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐเอง มักเกิดความสงสัยและบางครั้งก็เกิดความสับสนในการที่จะเข้าใจถึงแนวคิด หลักการ กระบวนการ ขั้นตอน ตลอดจนขอบเขตของการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าการกระทำทางปกครองใดเป็นการกระทำที่ “ชอบด้วยกฎหมาย” หรือเป็นการกระทำที่ “ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”

2. ความหมายของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง

กฎหมายปกครอง เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองรัฐในทางปกครอง หรือที่เรียกว่า “การจัดระเบียบราชการบริหาร” รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” ซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน (ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนตุล)

ส่วน “การกระทำทางปกครอง” ก็คือผลผลิตของการใช้อำนาจรัฐโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ฝ่ายปกครองซึ่งจะมีผลกระทบโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อสิทธิ

หน้าที่ หรือความเป็นอยู่ของประชาชนที่เกี่ยวข้อง (ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิชากรพิชญ์)

โดยปกติการกระทำทางปกครองจะแบ่งออกเป็น 4 ลักษณะ คือ

- 1) การออกกฎ
- 2) การออกคำสั่งทางปกครอง
- 3) การปฏิบัติการทางปกครอง และ
- 4) การทำสัญญาทางปกครอง

การออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครอง และการทำสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำประเภทที่เรียกว่า **“นิติกรรมทางปกครอง”** โดยการออกกฎและออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียว ในขณะที่การทำสัญญาทางปกครองเป็นการกระทำสองฝ่ายกล่าวคือต้องมีคู่สัญญาทางปกครองด้วย ส่วนการปฏิบัติการทางปกครองหรืออาจเรียกอีกอย่างหนึ่งว่าการดำเนินการอื่นใดทางปกครองนั้น เป็นการกระทำทางปกครองอย่างอื่นที่ไม่ใช่การทำนิติกรรมทางปกครอง และเป็นการกระทำฝ่ายเดียวเช่นเดียวกับการออกกฎ หรือการออกคำสั่งทางปกครอง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าการปฏิบัติการทางปกครองจะมีใช้การทำนิติกรรมทางปกครองก็ตาม บางครั้ง การปฏิบัติการทางปกครองก็อาจเกี่ยวเนื่องถึงการทำนิติกรรมทางปกครองก็ได้ ตัวอย่างเช่น การดำเนินการสอบสวนการกระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรงของข้าราชการถือเป็นการปฏิบัติการทางปกครอง (เพราะไม่ใช่การออกกฎ ออกคำสั่ง หรือการทำสัญญาทางปกครอง) แต่ในกระบวนการสอบสวนการกระทำความผิดวินัยของข้าราชการนั้น ต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาและให้โอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานแก่ข้อกล่าวหา ซึ่งเป็นขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งของการออกนิติกรรมทางปกครอง คือการนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครอง อันได้แก่คำสั่งลงโทษทางวินัย หรือคำสั่งยุติเรื่องในกรณีที่การสอบสวนไม่พบว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามที่ถูกลกล่าวหา เป็นต้น

3. หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

โดยที่การกระทำทางปกครอง คือ ผลผลิตของการใช้อำนาจอธิปไตยโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองซึ่งจะมีผลกระทบต่อประชาชน การกระทำทางปกครองนั้นจึงต้องเป็นการกระทำที่มีกฎหมายรองรับ มีความถูกต้อง เป็นธรรม มีกระบวนการขั้นตอนและวิธีการพิจารณาดำเนินการที่ชัดเจน โปร่งใส เปิดโอกาสให้ประชาชนหรือคู่กรณีมีสิทธิโต้แย้งแสดงหลักฐาน คัดค้าน เพื่อขอให้มีการทบทวน ตรวจสอบ หรืออุทธรณ์การออกคำสั่งหรือการดำเนินใด ๆ ในทางปกครองได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การกระทำทางปกครองนั้น เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

คำว่า “ความชอบด้วยกฎหมาย” นั้น มีความหมายกว้างกว่า คำว่า “ถูกต้องกฎหมาย” หรือ “ไม่ผิดกฎหมาย” หรือ “เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด” เพราะการกระทำทางปกครองใด ๆ ที่จะเป็นการกระทำทางปกครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ นอกจากจะเป็นการกระทำที่ถูกต้องกฎหมาย หรือเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดโดยไม่ผิดกฎหมายแล้ว ยังต้องเป็นการกระทำที่วางอยู่บนพื้นฐานของ **ความถูกต้อง** และ **ความชอบธรรม** อีกด้วย

ดังนั้น ความหมายที่แท้จริงของ คำว่า **หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง** ก็คือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดด้วยความถูกต้อง ชอบธรรม และโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย (ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิสสุตพิชญ์)

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเกี่ยวกับเรื่องนี้ คือ กรณีของการออกคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องหนึ่งของการกระทำทางปกครองที่มีหลักการสำคัญ ๆ กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ดังนี้

1) มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ว่า “คำสั่งทางปกครองจะต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น” ทั้งนี้ เพราะคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่จะมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลผู้ออกคำสั่ง จึงต้องเป็นผู้ที่มีกฎหมายให้อำนาจให้สามารถออกคำสั่งในเรื่องนั้น ๆ ได้

2) มาตรา 30 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า “ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตน” ซึ่งในที่นี้ “คู่กรณี” ก็คือเอกชนหรือประชาชนผู้ยื่นคำขอหรือผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น หากผลของคำสั่งทางปกครองไม่เป็นไปตามที่ร้องขอหรือมีผลกระทบสิทธิประโยชน์ของเขา เขาย่อมมีสิทธิที่จะขอทราบเหตุผลหรือเท็จจริงในการออกคำสั่งนั้น เพื่อประโยชน์ในการชี้แจง ขอให้ทบทวน หรือโต้แย้งประกอบการอุทธรณ์หรือฟ้องร้องเพื่อดำเนินคดีปกครองต่อไปได้

ดังนั้น การออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้นก็ดี หรือคำสั่งทางปกครองใดที่กระทบสิทธิของคู่กรณีโดยผู้ที่มีอำนาจตามกฎหมายในการออกคำสั่งไม่ยอมเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้ทราบเหตุผลและข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอหรือไม่เปิดโอกาสให้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานเพื่อขออุทธรณ์ให้มีการทบทวนใหม่ก็ดี คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมเข้าข่ายที่จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาจถูกยกเลิกเพิกถอนได้

จากหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้ ทำให้เราเห็นว่า “กฎหมาย” เป็นทั้ง แหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจการกระทำ

ต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง ดังนั้น การกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียงการบังคับให้
การเป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น (R. Carré de Malberg & Michel Slassinopoulos)

4. การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในอดีตที่ผ่านมาไม่เคยปรากฏพบบัญญัติในกฎหมายใดที่จะกำหนดว่าการกระทำทาง
ปกครองชนิดใด ประเภทใด หรืออย่างไร เป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบหรือไม่ชอบด้วย
กฎหมาย แต่ปัจจุบันตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะพบว่าใน มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้
บัญญัติถึงการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครอง
ทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ออกคำสั่งหรือการกระทำอื่นใดที่หน่วยงานทางปกครองหรือ
เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำลงไปโดย :

- ไม่มีอำนาจ
- นอกเหนืออำนาจหน้าที่
- ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย
- ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการ
กระทำนั้น
- ไม่สุจริต
- มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม
- มีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น
- สร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร
- ใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

การกระทำทั้ง 9 ประการดังกล่าวข้างต้น เป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดชัดว่า
ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากหน่วยงานทางปกครองหน่วยใดหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐคนใดกระทำการ
ในลักษณะดังกล่าวแล้วกลายเป็นข้อพิพาททางปกครองที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีปกครองขึ้นมา
ศาลย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ หรือ
ถ้าเป็นการกระทำที่เรียกว่าการปฏิบัติการทางปกครองอย่างอื่น ศาลก็อาจสั่งห้ามการกระทำ
ทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 72 (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน

แต่นอกจากการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว ยังมี
การกระทำที่เข้าข่ายเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีพิพาททางปกครองอีกหลาย
กรณี เช่น

- คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2)

- คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ซึ่งการกระทำละเมิดในกรณีนี้หมายถึงการกระทำละเมิดโดยใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองที่เรียกว่า **“การกระทำละเมิดทางปกครอง”** ส่วนคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นนั้น หมายถึงคดีพิพาทที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำไปโดยมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมาย แต่ก็ยังมีความรับผิดชอบที่จะต้องจ่ายค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้กับเอกชนซึ่งเป็นคู่กรณี เช่น คดีฟ้องเรียกค่าทดแทนการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ถูกเวนคืนเห็นว่าทางราชการกำหนดราคาค่าทดแทนต่ำเกินไป ขอให้ศาลสั่งให้จ่ายค่าทดแทนเพิ่มขึ้นตามจำนวนที่ยื่นคำขอไว้ท้ายฟ้อง เป็นต้น

- คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) เช่น สัญญาจัดซื้อจัดจ้างพัสดุครุภัณฑ์หรือก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคหรือสัญญาการศึกษาต่อของข้าราชการ เป็นต้น

- คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด รวมทั้งคดีอื่นที่กฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (5) และ (6)

คดีดังกล่าวข้างต้นนี้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งกำหนดคำบังคับให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนดหรือสั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ หรือสั่งให้ถือปฏิบัติต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลที่เกี่ยวข้อง หรือสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายก็ได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 (2) - (5) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5. ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

1) คดีที่ อ.6/2555 เมื่อไม่ปรากฏว่าการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนของผู้ถูกฟ้องคดีประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2544 ใช้หลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาเลื่อนขึ้นเงินเดือนตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 และ กฎ ก.พ. ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2538) และไม่ได้ชี้แจงเหตุผลหรือพยานหลักฐานว่าผู้ที่ได้รับการพิจารณาเลื่อนเงินเดือนหนึ่งขั้นครึ่งที่ไม่ได้รับการเสนอชื่อจากผู้บังคับบัญชาระดับต้นว่ามีผลการปฏิบัติงานดีเด่นและก่อให้เกิดประโยชน์แก่ทางราชการอย่างไร แต่กลับชี้แจงว่าการพิจารณาความดี

ความชอบของข้าราชการเป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีโดยมิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กฎหมายกำหนด จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ คำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีหนึ่งชั้นจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2) คดีที่ อ.211/2553 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล จึงเป็นการฝ่าฝืนตอบทบัญญัติมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กระบวนการสอบสวนของผู้ฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น คำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

3) คดีที่ อ.399/2551 ผู้ฟ้องคดีเป็นลูกจ้างชั่วคราวลักษณะจ้างปีต่อปีติดต่อกันมารวม 9 ปี ก่อนครบกำหนดสัญญาจ้าง ผู้บังคับบัญชาได้ประเมินผลงานของผู้ฟ้องคดีได้คะแนนร้อยละ 87 สูงกว่าลูกจ้างชั่วคราวอีก 2 คน แต่ผู้ถูกฟ้องคดีนำเรื่องเข้าพิจารณาในการประชุมแล้ว มีมติให้ต่อสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราว 2 คนดังกล่าว โดยไม่อนุมัติให้จ้างผู้ฟ้องคดีต่อ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมและใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย การกระทำดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี

4) คดีที่ อ.359/2555 เมื่อถนนบริเวณที่เกิดเหตุเป็นเขตทางหลวงแผ่นดินซึ่งมีฝาท่อระบายน้ำถูกเปิดออกโดยไม่ทราบสาเหตุ จึงเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีตามกฎหมายที่จะต้องตรวจสอบดูแลรักษาถนนดังกล่าวให้อยู่ในสภาพเรียบร้อยใช้งานได้อย่างปลอดภัย แต่ปรากฏว่าบริเวณดังกล่าวไม่มีไฟส่องสว่างและไม่มีสัญญาณหรือเครื่องหมายใด ๆ ที่จะแจ้งเตือนในระยะห่างพอสมควร ซึ่งจะทำให้ผู้ใช้รถทราบว่ามีฝาท่อระบายน้ำถูกเปิดออก และเมื่อไม่ปรากฏว่า นาง ก. ได้ขับรถโดยประมาทเลินเล่อ กรณีจึงรับฟังไม่ได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่ในการบำรุงรักษาทางหลวงและติดตั้งเครื่องหมายจราจรหรือเครื่องหมายสัญญาณเตือนความปลอดภัยในการขับข้อย่างเพียงพอ ถือได้ว่าความเสียหายดังกล่าวเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ จึงเป็นการกระทำละเมิด และต้องรับผิดชอบชดเชยค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี

5) คดีที่ อ.145/2557 แนวทางปฏิบัติการเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านข้าราชการตามหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 5030.3/ว.73 ลงวันที่ 20 มิถุนายน 2544 ซึ่งมีข้อกำหนดว่า กรณีที่ข้าราชการได้รับคำสั่งให้ย้ายมารับราชการประจำสำนักงานใหม่ซึ่งอยู่ในท้องที่เดียวกับที่ตนมีบ้านที่อยู่ระหว่างการผ่อนชำระค่าเช่าซื้อบ้านอยู่แล้ว ถือว่าข้าราชการดังกล่าวมีเคหสถานของตนเองในท้องที่ที่ไปประจำสำนักงานใหม่ ข้าราชการผู้นั้นต้องห้ามมิให้มีสิทธิได้รับค่าเช่าบ้านตามมาตรา 7 (2) แห่งพระราชกฤษฎีกาค่าเช่าบ้านข้าราชการ พ.ศ. 2527 เป็นแนวปฏิบัติที่มี

ผลบังคับเป็นการทั่วไป จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่มีได้ออกโดย ครม. หรือโดยความเห็นชอบของ ครม.

อย่างไรก็ตาม พ.ร.ฎ ฉบับนี้มีเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือข้าราชการให้มีบ้านเป็นของตนเอง โดยมีได้มุ่งประสงค์ที่จะให้นำช้อยกเว้นที่ตัดสิทธิข้าราชการตามมาตรา 7 (2) มาใช้บังคับกับการเช่าซื้อบ้านหรือผ่อนชำระเงินกู้เพื่อชำระราคาบ้านที่ค้างชำระอยู่ ข้าราชการซึ่งได้เช่าซื้อบ้านในท้องที่ที่ไปประจำสำนักงานใหม่และได้อาศัยอยู่จริงในบ้านนั้น ก่อนวันที่ได้รับคำสั่งให้เดินทางไปประจำสำนักงานใหม่ จึงย่อมมีสิทธินำหลักฐานการชำระค่าเช่าซื้อหรือค่าผ่อนชำระเงินกู้ดังกล่าวมาเบิกค่าเช่าบ้านได้ แนวทางปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลังข้างต้นจึงไม่ชอบด้วย พ.ร.ฎ. ดังกล่าว คำสั่งให้ระงับการใช้สิทธิของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

6. ข้อควรคำนึง

จากแนวคิด หลักการ ข้อกำหนด ตามบทบัญญัติของกฎหมายและตัวอย่างคำวินิจฉัยคดีปกครองของศาลปกครองสูงสุดที่ผ่านมาแสดงให้เห็นว่า ในการปฏิบัติราชการทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากจะต้องคำนึงถึงกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ที่ใช้ประกอบการพิจารณาแล้ว ยังต้องคำนึงถึงกลไกและกระบวนการดำเนินการเพื่อให้การปฏิบัติราชการทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ ออกคำสั่งทางปกครอง หรือการดำเนินการอื่นใดทางปกครองเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยอย่างน้อยที่สุดจะต้องคำนึงถึงเรื่องหลัก ๆ ดังต่อไปนี้ คือ

1) การปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องใดต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายในเรื่องนั้น

2) ต้องกระทำภายในกรอบของกฎหมายโดยต้องคำนึงถึงกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ ประกอบหรือควบคู่กับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่น เรื่องที่ต้องคำนึงถึงสิทธิของคู่กรณีตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นต้น

3) ต้องกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย โดยคำนึงถึงบทบัญญัติในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และควรใช้ความรอบคอบระมัดระวัง ไม่กระทำโดยประมาทเลินเล่อด้วย

4) ต้องกระทำภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือหากไม่มีกฎหมายกำหนด ระยะเวลาที่จะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเฉพาะหรือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ก็ต้องกระทำให้แล้วเสร็จในเวลาอันสมควร

5) ต้องพร้อมที่จะชี้แจงและรับการตรวจสอบ ต้องไม่ลืมว่าการปฏิบัติราชการทางปกครองเป็นการจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน ประชาชนย่อมมีสิทธิติดตาม สอบถาม หรือขอให้มีการตรวจสอบ หากเห็นว่าหน่วยงานทางปกครองหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการโดยไม่ถูกต้อง หรือหากเห็นว่าการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจมีการร้องเรียน กล่าวหา หรือฟ้องร้อง เป็นคดีต่อศาลได้ ในทางปฏิบัตินอกจากจะต้องใช้ความรอบคอบ ระมัดระวัง ไม่ประมาทเลินเล่อแล้ว ยังควรเตรียมความพร้อมในการตอบข้อชี้แจง ชักถาม หรือเข้าสู่กระบวนการตรวจสอบ สอบสวน และดำเนินคดีในศาลด้วย

**เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560**

**The Jurisdiction of the Constitutional Court concerning the
Verification of Important Treaties under the Constitution of the
Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017)**

อานนท์ มาเม้า*
Arnon Mamout

บทคัดย่อ

ศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลสำคัญในระบบกฎหมายไทย ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไว้หลายประการ ประการหนึ่งคือ เขตอำนาจเกี่ยวกับการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญตามมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนพบว่า มีประเด็นปัญหา 2 ประการ คือ คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรผู้มีอำนาจเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียว และรัฐธรรมนูญไม่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

คำสำคัญ: ศาลรัฐธรรมนูญ, หนังสือสัญญา, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178

Abstract

The Constitutional Court is important in Thai legal system. At present, The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) laid down various jurisdiction of Constitutional Court. A feature is the jurisdiction on the important treaties in accordance with article 178 of the Constitution. However, the author found that there are two issues. First, the Cabinet is the only one that has the authority to propose case to the Constitutional Court. Secondly, the Constitution

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ผู้ช่วยอธิการบดีฝ่ายกฎหมาย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรรมการกฎหมายและธรรมาภิบาล มหาวิทยาลัยมหิดล

does not provide the Constitutional Court to render judgment before the process of consent to be bound in international law.

Keywords: Constitutional Court, Treaty, Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2560 (2017) Article 178

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้อำนาจอธิปไตยในประเทศ และในระบอบประชาธิปไตย รัฐธรรมนูญยังมีบทบาทในการสร้างระบบการตรวจสอบถ่วงดุล อำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ การทำสนธิสัญญาเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในรูปแบบหนึ่งซึ่งก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐธรรมนูญจะกำหนดให้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญอาจกำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมหรือตรวจสอบการทำสนธิสัญญาในบางกรณีที่เป็นเรื่องสำคัญได้¹ ยิ่งกว่านั้นรัฐธรรมนูญก็อาจกำหนดให้ฝ่ายตุลาการรับหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาของฝ่ายบริหารได้ด้วย²

สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ตั้งอยู่บนหลักการในคำอธิบายข้างต้น โดยบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจเกี่ยวกับการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาที่มีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญ ทั้งนี้ ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 178 โดยจะเห็นได้ว่าการให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบในกรณีนี้เป็นไปตามหลักการเดิมเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557

บทความนี้มุ่งเสนอคำอธิบายและทัศนะทางวิชาการในเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ เกี่ยวกับการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน โดยหวังว่าอาจเป็นประโยชน์ในแง่การเป็นความรู้พื้นฐานและจุดประเด็นให้มีการศึกษาวิจัยหรือแก้ไข

¹ หยุด แสงอุทัย, (บุญศรี มีวงศ์โสมข บรณานิการ), **หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 9 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538), หน้า 184.

² การที่รัฐธรรมนูญจะก่อตั้งระบอบการเมืองซึ่งมีหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบระหว่างสถาบันการเมืองให้เป็นเช่นไรนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (*Pouvoir constituant*)

ผู้สนใจเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ที่มีผลต่อการก่อตั้งระบอบการเมือง รวมถึงระบบกฎหมาย โปรตุเกส ปิยบุตร แสงกนกกุล, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ**, (ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 40-43.

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันในวันข้างหน้า ทั้งนี้ หัวข้อใหญ่ที่จะปรากฏต่อไปตามลำดับในบทความนี้ได้แก่ **ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญาและการควบคุมตรวจสอบ การตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญโดยศาลรัฐธรรมนูญ ข้อสังเกตและบทวิเคราะห์ และบทส่งท้าย**

2. ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญาและการควบคุมตรวจสอบ

สนธิสัญญาหรือที่รัฐธรรมนูญใช้คำว่า “หนังสือสัญญา”³ เป็นเครื่องมือที่สร้างพันธกรณีระหว่างประเทศบนพื้นฐานของความสมัครใจ⁴ เนื่องด้วยหนังสือสัญญามีผลต่อการสร้างนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งซึ่งผูกพันรัฐ⁵ ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญา เพื่อกำหนดองค์กรและวิธีการสร้างพันธกรณีดังกล่าวที่จะเกิดแก่รัฐตน และอาจกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาไว้ เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจ

เพื่อเป็นความรู้พื้นฐานแต่ต้น ผู้เขียนจะอธิบาย**ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญาและความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญา**ตามลำดับ

2.1 ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญา

อำนาจทำหนังสือสัญญาเป็นข้อพิจารณาสำคัญประการแรกเนื่องจากเป็นอำนาจที่ก่อให้เกิดพันธกรณีระหว่างประเทศ และในทางปฏิบัติ รัฐทั้งหลายส่วนใหญ่ในโลกใช้อำนาจดังกล่าวในการสร้างพันธกรณีแก่กันอย่างกว้างขวางและหลากหลาย⁶

2.1.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจทำหนังสือสัญญา

รัฐเป็นบุคคลหรือผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁷ ซึ่งทำให้รัฐสามารถทำหนังสือสัญญากับรัฐต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศได้ อย่างไรก็ดี เชื่อว่าบุคคลใดก็ได้สามารถทำหนังสือสัญญาเพื่อให้มีผลผูกพันรัฐ หากแต่เฉพาะบุคคลที่ได้ชื่อว่าเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐ

³ รัฐธรรมนูญไทยที่ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” ฉบับแรก คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 (ฉบับ 10 ธันวาคม 2475) ก่อนหน้านั้น พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มีการใช้คำว่า “สัญญาทางพระราชไมตรี”

⁴ จตุรนต์ ธิระวัฒน์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558), หน้า 107.

⁵ Alina Kaczorowska, *Public International Law*, 4th edition (Routledge: New York, 2010), p. 33.

⁶ จันตรี สินศุภฤกษ์, *กฎหมายระหว่างประเทศ*, (กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2560), หน้า 27.

⁷ จุมพต สายสุนทร, *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 182.

เท่านั้น ที่จะสามารถทำการดังกล่าว ทั้งนี้ บุคคลที่มีอำนาจกระทำแทนรัฐในการแสดงเจตนาเกี่ยวกับหนังสือสัญญา มี 2 ประเภท ได้แก่ ผู้ได้รับเอกสารการมอบอำนาจเต็ม (full power) และบุคคลที่มีความสามารถในการทำหนังสือสัญญาโดยไม่ต้องมีเอกสารการมอบอำนาจเต็ม⁸ เช่น หัวหน้ารัฐบาล (head of government) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ (minister of foreign affairs)⁹

ข้อสังเกตคือ โดยหลักการทั่วไป จะเห็นได้ว่า อำนาจทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจทางรัฐบาล ที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารประเทศเป็นผู้มีความสามารถในการดำเนินการดังกล่าว¹⁰ ซึ่งการใช้อำนาจนี้จัดว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลรูปแบบหนึ่ง¹¹ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเกี่ยวเนื่องหรือกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹² และเมื่อฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลได้ทำไป ผลผูกพันเกี่ยวกับหนังสือสัญญาก็จะมีต่อประเทศตามที่รัฐบาลได้ดำเนินการ แม้จะมีการเปลี่ยนรัฐบาลในเวลาต่อมา ก็ไม่กระทบต่อผลผูกพันต่อประเทศที่ได้เกิดขึ้นแล้ว¹³ เพราะฉะนั้น จึงแสดงให้เห็นว่า การทำหนังสือสัญญาไม่ใช่เรื่องเฉพาะตัวหรือมีผลแค่รัฐบาลใดรัฐบาลหนึ่ง หากแต่เป็นอำนาจทางรัฐบาลที่มีผลผูกพันต่อประเทศตามกฎหมายระหว่างประเทศโดยตรง นั้นแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของอำนาจทางรัฐบาลในการกระทำเช่นว่านี้

2.1.2 อำนาจทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบัน

อำนาจทำหนังสือสัญญาปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 วรรคหนึ่ง ซึ่งว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

⁸ จุมพต สายสุนทร, หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553), หน้า 43.

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

¹⁰ วิษณุ เครืองาม, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2530), หน้า 604.

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), หน้า 243.

¹² เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554), หน้า 79.

¹³ Anthony Aust, *Handbook of International Law*, (Cambridge: New York, 2005), p. 57.

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า อำนาจทำหนังสือสัญญาเป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ อย่างไรก็ตาม พระราชอำนาจตามมาตรา 178 วรรคหนึ่ง มิใช่พระราชอำนาจเฉพาะพระองค์โดยแท้ที่จะสามารถทรงทำสัญญาได้ด้วยพระประสงค์ของพระองค์เองเป็นการส่วนพระองค์ เนื่องจากอำนาจทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันถือเป็นอำนาจทางรัฐบาลหรืออำนาจฝ่ายบริหารด้วยเหตุผล 2 ประการ

เหตุผลประการที่หนึ่ง เหตุผลเชิงหลักการในระบอบการปกครองปัจจุบัน กล่าวคือ ณ วันนี้ ประเทศไทยถือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังปรากฏในมาตรา 2¹⁴ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พระมหากษัตริย์ทรงมีฐานะเป็นประมุข แต่มิใช่หัวหน้ารัฐบาลและมิได้ทรงมีส่วนร่วมในความรับผิดชอบต่อการบริหารประเทศ เมื่อตามหลักการ อำนาจทำหนังสือสัญญาจัดเป็นอำนาจทางรัฐบาล ที่พระองค์มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการบริหารประเทศ เพราะฉะนั้น อำนาจทำหนังสือสัญญาจึงไม่ใช่อำนาจที่พระมหากษัตริย์จะทรงใช้ด้วยพระประสงค์ของพระองค์เองได้

คำถามมีแต่เพียงว่า การที่มาตรา 178 วรรคหนึ่ง บัญญัติชัดในถ้อยคำว่า พระมหากษัตริย์ทรงเป็นผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญานั้น จะหมายความว่าอย่างไร ต่อประเด็นดังกล่าว อธิบายได้ว่า คำว่าพระมหากษัตริย์ในมาตรา 178 วรรคหนึ่งนี้ รัฐธรรมนูญใช้ในฐานะพระองค์เป็นสัญลักษณ์ของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชนชาวไทยทางคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง¹⁵ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งแท้จริงแล้ว ผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญาอย่างแท้จริง ก็คือ รัฐบาล

เหตุผลประการที่สอง เหตุผลเชิงถ้อยคำในหัวหมวด กล่าวคือ หัวหมวดของมาตรา 178 คือ หมวด 8 ที่ชื่อว่า “คณะรัฐมนตรี” เพราะฉะนั้น อำนาจทำหนังสือสัญญาจึงเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี ที่กระทำในนามพระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นประมุขของประเทศ และเป็นสัญลักษณ์ของผู้ใช้อำนาจอธิปไตยของปวงชนผ่านทางคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวนั่นเอง

2.2 ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญา

ด้วยเหตุที่หนังสือสัญญามีความสำคัญในฐานะเครื่องมือที่รัฐผู้ทำหนังสือสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะฉะนั้น ในบางประเทศ จึงอาจกำหนดให้มีการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อสร้างข้อผูกมัดหรือกลไกในกฎหมายสูงสุดสำหรับควบคุมตรวจสอบรัฐบาล

¹⁴ มาตรา 2 ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

¹⁵ มาตรา 3 อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุข ทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

2.2.1 หลักการทั่วไปเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญา

โดยหลักดังที่ได้อธิบายไปแล้วว่า อำนาจทำหนังสือสัญญาเป็นของรัฐบาล มิใช่ขององค์กรอื่น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญบางประเทศอาจเห็นความสำคัญของหนังสือสัญญาบางเรื่องที่จะต้องมีการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญา จึงบัญญัติให้องค์กรอื่นเข้าไปควบคุมตรวจสอบว่าการทำหนังสือสัญญานั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ การที่จะเกิดการควบคุมตรวจสอบเช่นนั้นได้ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจน เพราะมิฉะนั้นแล้ว ต้องถือตามหลักทั่วไปคืออำนาจทำหนังสือสัญญาเป็นอำนาจโดยแท้ของรัฐบาล

การกำหนดให้องค์กรอื่นเข้าไปมีส่วนควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาของรัฐบาลมิได้ทั้งกรณีกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาในฐานะผู้แทนปวงชนซึ่งเป็นองค์กรนิติบัญญัติ อาทิ กรณีที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 กำหนดประเภทของสนธิสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในมาตรา 53¹⁶ หรือกรณีกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลในฐานะองค์กรตุลาการ อาทิ กรณีรัฐธรรมนูญของประเทศโคลัมเบีย ค.ศ. 1991 ตามมาตรา 240 ข้อ 10 ที่บัญญัติให้เสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการทำสนธิสัญญาทุกครั้งก่อนที่จะมีการลงนาม¹⁷

2.2.2 การควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญไทยปัจจุบัน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาเฉพาะแต่กรณีหนังสือสัญญาสำคัญตามประเภทที่ระบุไว้ในมาตรา 178 วรรคสอง¹⁸ เท่านั้น โดยกำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบไว้ 2 องค์กร ได้แก่ รัฐสภา กับศาลรัฐธรรมนูญ

กรณีรัฐสภา อธิบายได้ดังนี้ว่า โดยทั่วไป ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญา แต่ในกรณีหนังสือสัญญาสำคัญ รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันให้อำนาจรัฐสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารด้วย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญนี้บัญญัติให้

¹⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559), หน้า 115.

¹⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ข้อเสนอเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2561, แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2013/10/49237>

¹⁸ หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ

รัฐสภามีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยนัยนี้ จึงทำให้รัฐสภามีบทบาทในการควบคุมการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหาร ซึ่งตามปกติทั่วไปหาใช่บทบาทของรัฐสภาไม่

ส่วนกรณีศาลรัฐธรรมนูญนั้น มาตรา 178 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีบทบาทวินิจฉัยชี้ขาดสำหรับกรณีที่มีปัญหาว่า หนังสือสัญญาที่รัฐบาลทำนั้นมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาสำคัญหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นผู้ตรวจสอบและชี้ขาดในกรณีที่มีปัญหาสงสัยเช่นว่านั้นเกิดขึ้น ซึ่งเท่ากับว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นบุคคลกลางในการตรวจสอบและชี้ขาดปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้นเอง

3. การตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญโดยศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญไว้ในมาตรา 178 วรรคห้า ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อมีปัญหว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรผู้ที่มีอำนาจทำหนังสือสัญญาในทางระหว่างประเทศ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาสำคัญตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้ โดยมีฐานะเป็นองค์กรผู้ชี้ขาดในกระบวนการควบคุมตรวจสอบดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนด

สำหรับมาตรา 178 วรรคห้า ที่บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบนั้นมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับองค์ประกอบของเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว 3 ประการ ได้แก่ การมีปัญหาเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ผู้มีอำนาจเสนอคดี และระยะเวลาที่ศาลต้องวินิจฉัยคดี

3.1 การมีปัญหาเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ

การมีปัญหาเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญเป็นประเด็นตั้งต้นที่จะอยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 178 วรรคห้า หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ วัตถุแห่งคดีที่อยู่ในเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติดังกล่าว ก็คือ การมีปัญหาเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญนั่นเอง

การที่ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการชี้ขาดปัญหาว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญหรือไม่ มีผลต่อการพิจารณาในลำดับถัดไป คือ หากเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบ

ของรัฐสภา แต่หากมิใช่เป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ก็มิต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคสอง

จากตรรกะดังกล่าว จึงเท่ากับว่า การเป็น “หนังสือสัญญาสำคัญ” เท่านั้นที่รัฐสภาต้องให้ความเห็นชอบ เพราะฉะนั้น ถ้ารัฐบาลดำเนินการทำข้อตกลงหรือการอื่นใดที่ไม่มีลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามความในรัฐธรรมนูญ หรือมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญแต่ไม่ได้มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญา “สำคัญ” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178 ดังกล่าว ก็ย่อมทำให้รัฐสภาไม่มีอำนาจต้องให้ความเห็นชอบแก่รัฐบาลในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อตกลงหรือการอื่นใดเช่นว่านั้น เพราะฉะนั้น นิติวิธีในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญจึงมีอยู่ 2 ส่วน คือ การพิจารณาปัญหาว่าเป็นหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญหรือไม่ และการพิจารณาปัญหามีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178 หรือไม่ ซึ่งนิติวิธีดังกล่าว ผู้เขียนจะแยกอธิบายเป็น 2 หัวข้อได้แก่ การเป็นหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญ กับการมีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญตามรัฐธรรมนูญ

3.1.1 การเป็นหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มิได้นิยามว่าหนังสือสัญญาตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงนั้นหมายความว่าอย่างไร อย่างไรก็ตาม เราอาจหาคำตอบเกี่ยวกับนิยามคำว่าหนังสือสัญญาได้โดยทางอื่น ไม่ว่าจะเป็นในทางวิชาการ ซึ่งได้แก่คำอธิบายเรื่องความหมายของคำว่าสนธิสัญญาหรือหนังสือสัญญาในตำรา หรือในทางปฏิบัติ อาทิ คำวินิจฉัยของศาลหรือความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา¹⁹

อนึ่ง เพื่อมุ่งให้เห็นทางปฏิบัติเกี่ยวกับคดีรัฐธรรมนูญ ผู้เขียนขอหยิบยกแนวคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ได้ให้ความหมายเกี่ยวกับคำว่า “หนังสือสัญญา” ไว้ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 และล่าสุด คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/ 2542 วินิจฉัยว่า “คำว่า “หนังสือสัญญา” ... หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นเป็นหนังสือกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าความตกลงนั้นจะจัดทำขึ้นในรูปแบบใดและใช้ชื่ออย่างไร”²⁰

¹⁹ โปรดดู ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 814/2548, 883/2554, 1427/2555, 1430/2555, 1431/2555, 1432/2555

²⁰ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2542 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 63 ก วันที่ 19 กันยายน 2542 หน้า 8.

ส่วนคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 วินิจฉัยว่า “คำว่า “หนังสือสัญญา” แม้จะมีได้บัญญัติความหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่า หนังสือสัญญา ... มีความหมายครอบคลุมถึงความตกลงทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ โดยมีความมุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างประเทศ หนังสือสัญญาดังกล่าวต้องมีลักษณะที่ทำขึ้นเป็นหนังสือ และเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ”²¹

ต่อมา คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 วินิจฉัยว่า “คำว่า “หนังสือสัญญา” ... หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกัน และไม่อาจจะเรียกชื่อได้อย่างไร”²²

ท้ายสุดเป็นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับแรกเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่ศาลได้วินิจฉัยในสมัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั่นคือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560²³ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 ยังคงหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 224 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยให้ความหมายไว้แล้วในคำวินิจฉัยที่ 11/2542 คำวินิจฉัยที่ 33/2543 และคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 ว่า หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่จัดทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีเจตนาก่อให้เกิดพันธะผูกพันทางกฎหมายและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับที่เกี่ยวข้องกัน และไม่อาจจะเรียกชื่อได้อย่างไร อันเป็นความหมายที่ตรงกันกับคำว่า “treaty” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ค.ศ.1986”

กรณีที่ไม้อยู่ในความหมายของหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญ เช่น การประกาศหรือการกระทำที่เป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวในทางระหว่างประเทศ ซึ่งยอม

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนที่ 68 ก วันที่ 22 สิงหาคม 2544 หน้า 82.

²² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 108 ก วันที่ 10 ตุลาคม 2551 หน้า 20-21.

²³ คดีร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรแห่งราชอาณาจักรไทย และกรมศุลกากรและสรรพสามิตแห่งราชอาณาจักรกัมพูชา วินิจฉัยลงวันที่ 20 ธันวาคม 2560

ไม่ถือว่าเป็นลักษณะเป็นข้อตกลงในทางระหว่างประเทศอันเป็นองค์ประกอบแรกของการเป็นหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญา อาทิ การประกาศสงคราม การแถลงการณ์ ฯลฯ²⁴ หรือความตกลงในทางระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งไม่มีเจตนาก่อให้เกิดพันธะผูกพันและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ หากแต่มีเจตนาก่อพันธะผูกพันและอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายภายในประเทศใดประเทศหนึ่ง อาทิ ความตกลงเรื่องซื้อขายสินค้าระหว่างประเทศที่ให้เป็นไปตามกฎหมายภายในของประเทศไทยหรือประเทศคู่ค้า ฯลฯ

ผู้เขียนมีความเห็นเกี่ยวกับนิยามว่า คดีที่อยู่ในอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 178 วรรคห้า มีประเด็นที่ศาลต้องวินิจฉัยก่อนคือ กรณีปัญหาที่ร้องมายังศาลนั้นมีลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามความในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ถ้าใช่ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะต้องพิจารณาว่าเป็นหนังสือสัญญา “สำคัญ” ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้หรือไม่ต่อไป เพราะฉะนั้น ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการกระทำที่เสนอมาตามคำร้อง ไม่มีลักษณะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามความในรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญก็ไม่ต้องไม่พิจารณาประเด็นเกี่ยวกับการมีลักษณะเป็นเรื่อง “สำคัญ” ตามรัฐธรรมนูญ

3.1.2 การมีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญตามรัฐธรรมนูญ

นอกเหนือปัญหาว่าเป็นหนังสือสัญญาตามความในรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยแล้ว ประการต่อมาคือ การมีประเด็นปัญหาว่าหนังสือสัญญานั้นมีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในมาตรา 178 วรรคสอง ว่า “หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา และหนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง หากรัฐสภาพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่ารัฐสภาให้ความเห็นชอบ”

จากมาตรา 178 วรรคสอง จะเห็นได้ว่า หนังสือสัญญาที่มีลักษณะเป็นเรื่องสำคัญตามรัฐธรรมนูญในกรณีใดกรณีหนึ่งใน 4 กรณี ได้แก่

(1) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย

²⁴ จิต เศรษฐบุตร, (ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช แก้ไขเพิ่มเติม), กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 13.

(2) หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ²⁵

(3) หนังสือสัญญาที่จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

(4) หนังสือสัญญาอื่นใดที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง

²⁵ คำว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย” กับคำว่า “หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ” ในมาตรา 178 วรรคสอง นี้ เคยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 มาก่อน ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญนำถ้อยคำตามมาตรา 190 ดังกล่าวมาบัญญัติในมาตรา 178 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญปัจจุบัน โดยมีได้แก้ไขเปลี่ยนแปลงเลย

อย่างไรก็ตาม ในสมัยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 (คดีคำแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา หรือ Joint Communiqué) โดยศาลรัฐธรรมนูญ “แปลความ” (ผู้เขียนใช้คำเดียวกับที่ศาลใช้ในคำวินิจฉัยดังกล่าว) โดยเติม “อาจ” เข้าไปดังปรากฏในคำวินิจฉัยว่า “แม้ว่าถ้อยคำที่ใช้กับหนังสือสัญญาทั้งสองประเภทนี้ จะบัญญัติว่า หากเป็นหนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลง อันดูเหมือนว่าจะต้องปรากฏชัดในข้อบทหนังสือสัญญาว่ามีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจ จึงต้องขอความเห็นชอบของรัฐสภา แต่หากแปลความเช่นนั้น ก็จะไม่เกิดผลตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญที่มุ่งจะตรวจสอบควบคุมการทำหนังสือสัญญาก่อนที่ฝ่ายบริหารจะไปลงนามให้มีผลผูกพันประเทศ ซึ่งจะเกิดปัญหาตามมาภายหลังได้ จึงต้องแปลความว่า หากหนังสือสัญญาใดที่คณะรัฐมนตรีจะไปดำเนินการทำกับประเทศอื่นหรือกับองค์การระหว่างประเทศมีลักษณะของหนังสือสัญญาที่อาจมีผลเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรืออาจมีผลเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ต้องนำหนังสือสัญญานั้นขอความเห็นชอบของรัฐสภาก่อนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 วรรคสอง และวรรคสาม”

คำวินิจฉัยนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางเกี่ยวกับการแปลความของศาลรัฐธรรมนูญที่เกินไปกว่าบทบัญญัติรัฐธรรมนูญด้วยการเติมคำว่า “อาจ” เข้าไป ซึ่งมีผลต่อการใช้และตีความถ้อยบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในเวลาต่อมา คือเท่ากับว่า แม้หนังสือสัญญาจะไม่มีข้อบทว่ามีการเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือมีการเปลี่ยนแปลงเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจฯ แต่หากคาดว่า “อาจ” มีผลในลักษณะดังกล่าว ก็ต้องขอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน ปัญหาคือ การแปลความนี้จะสร้างความไม่ชัดเจนให้กับการทำหนังสือสัญญา เพราะอาจมีผู้โต้แย้งว่า หนังสือสัญญาระดับใดฉบับหนึ่ง “อาจ” มีผลเช่นนั้นเสมอ จำเป็นต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบก่อน และร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาประเมินว่า “อาจ” มีผลเช่นนั้นหรือไม่ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้น ยิ่งทำให้รัฐบาลปฏิบัติงานได้ยาก และอาจต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาแทบทุกกรณี

ผู้เขียนไม่แน่ใจว่า ในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญในสมัยรัฐธรรมนูญปัจจุบัน จะตีความโดยเติมคำว่า “อาจ” ในมาตรา 178 วรรคสอง อีกหรือไม่

อนึ่ง หนังสือสัญญาอื่นใดที่อาจมีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง รัฐธรรมนูญได้กำหนดนิยามไว้ในวรรคสามของมาตรา 178 ว่า “หนังสือสัญญาอื่นที่อาจมีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง ได้แก่ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” การกำหนดนิยามในมาตรา 178 วรรคสามนี้ เป็นการกำหนดกรอบในการตีความถ้อยคำที่ว่า “หนังสือสัญญาอื่นใดที่อาจมีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้าหรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง” ในมาตรา 178 วรรคสอง เพราะถ้ามิได้มีการกำหนดนิยามก็อาจก่อให้เกิดปัญหา เนื่องจากหนังสือสัญญาดังกล่าวในมาตรา 178 วรรคสอง มีลักษณะการใช้ถ้อยคำที่อาจตีความได้กว้างขวางมาก ดังนั้น การกำหนดนิยามขึ้นเป็นพิเศษในมาตรา 178 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงเป็นการช่วยทั้งคณะรัฐมนตรีและศาลรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ช่วยให้คณะรัฐมนตรีผู้มีอำนาจทำหนังสือสัญญา และศาลรัฐธรรมนูญผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญดังกล่าวหรือไม่ สามารถใช้และตีความได้ง่ายขึ้นกว่าการปราศจากนิยาม²⁶

อย่างไรก็ดี ข้อที่ต้องตระหนักคือ หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ตามมาตรา 178 วรรคสาม จะเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาเมื่อเข้าลักษณะการเป็นหนังสือสัญญาที่อาจมีผลกระทบต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสองของมาตรา 178 ด้วยเสมอ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การพิจารณาตรา 178 วรรคสาม ต้องพิจารณาภายใต้กรอบถ้อยคำในมาตรา 178 วรรคสอง เพราะฉะนั้น ถ้าเป็นหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วมหรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ หรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือหนังสือสัญญาอื่น ที่อาจไม่มีผลกระทบอย่างกว้างขวางต่อนความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศ หากแต่มีผลกระทบอย่างจำกัด ก็ย่อมไม่ใช่หนังสือสัญญาสำคัญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178

สำหรับคดีแรกของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเกี่ยวกับมาตรา 178 คือ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2560 ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยซึ่งสะท้อนนิติวิธีของศาลว่า

²⁶ การกำหนดนิยามในลักษณะนี้เกิดขึ้นครั้งแรกในประวัติศาสตร์รัฐธรรมนูญไทย ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า นั่นคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 23 วรรคสี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ได้บัญญัติถึงหนังสือสัญญาดังกล่าว มิได้มีการให้นิยามความหมายขยายความในลักษณะนี้ไว้เลย

แม้เป็นกรณีหนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่เป็นหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการค้า หรือการลงทุนของประเทศอย่างกว้างขวาง ดังนั้น จึงไม่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 178 วรรคสอง

3.2 ผู้มีอำนาจเสนอคดี

ในกรณีที่เกิดปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ มาตรา 178 วรรคห้า ได้บัญญัติให้ “คณะรัฐมนตรี” เป็นผู้มีอำนาจเสนอคดีให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ องค์กรอื่น ๆ หรือบุคคลทั่วไปไม่อาจเสนอคดีเรื่องเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ ในกรณีที่องค์กรอื่นหรือบุคคลทั่วไปเสนอคดีดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องไม่รับคำร้องไว้พิจารณา

3.3 ระยะเวลาที่ศาลต้องวินิจฉัยคดี

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำขอจากคณะรัฐมนตรีให้พิจารณาวินิจฉัยปัญหารัฐธรรมนูญได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยคดีไว้ในมาตรา 178 วรรคห้า ตอนท้าย ว่า “ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ”

ระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องขอดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่เรียกร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญต้อง “วินิจฉัย” ให้แล้วเสร็จ ซึ่งจะเห็นได้ว่า ระยะเวลาเริ่มต้น “นับแต่วันที่ได้รับคำขอ”²⁷

ประเด็นปัญหามีอยู่ว่า กำหนดระยะเวลาตามมาตรา 178 วรรคห้านี้ หากศาลรัฐธรรมนูญไม่ดำเนินการวินิจฉัยคดีให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับคำขอ จะส่งผลในทางกฎหมายต่อคดีดังกล่าวหรือไม่อย่างไร

ต่อประเด็นดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ระยะเวลาตามมาตรา 178 วรรคห้า เป็นระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ โดยรัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติผลทางกฎหมายว่า หากศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด จะส่งผลต่อคดีนั้น

²⁷ เมื่อรัฐธรรมนูญมิได้มีหลักเกณฑ์การนับเป็นการเฉพาะ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์การนับเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายทั่วไปที่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ (เทียบคำพิพากษาฎีกาที่ 198-199/2508)

โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 198/3 วรรคสอง ส่วนต้น ที่บัญญัติว่า “ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นวัน สัปดาห์ เดือนหรือปี มิให้นับวันแรกแห่งระยเวลานั้นรวมเข้าด้วยกัน” เพราะฉะนั้น วันที่ศาลรัฐธรรมนูญรับคำขอไว้พิจารณาจึงยังไม่นับเป็นวันแรก หากแต่นับวันถัดไปเป็นวันแรก และนับด้วยหลักเกณฑ์นี้จึงได้ทราบว่าเป็นวันที่สามสิบ (เทียบ คำพิพากษาฎีกาที่ 2171-2172/2516, 953/2543)

อย่างไร อาทิ การที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวจะทำให้ถือว่าหนังสือสัญญาในคดีนั้นเป็นหนังสือสัญญาสำคัญซึ่งต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือจะทำให้ถือว่าหนังสือสัญญาในคดีนั้นเป็นหนังสือสัญญาที่ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือจะให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องจำหน่ายคำร้องและห้ามนำประเด็นปัญหาดังกล่าวเข้าสู่ศาลรัฐธรรมนูญอีก ฯลฯ เพราะฉะนั้น การที่มาตรา 178 วรรคห้า ไม่ได้กำหนดสภาพบังคับให้เกิดผลทางกฎหมายอย่างหนึ่งอย่างใดหากศาลรัฐธรรมนูญไม่วินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในระยะที่รัฐธรรมนูญกำหนด ย่อมแสดงว่า ระยะเวลาดังกล่าวมาตรา 178 วรรคห้านี้เป็น “ระยะเวลาเร่งรัด” (délai indicatif, indicative time frame) หรือ “กำหนดเวลาเร่งรัด” ซึ่งกำหนดแต่เพียงกรอบเวลาที่เร่งรัดให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลานั้น แต่แม้ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยคดีไม่ทันกำหนดตามระยะเวลาดังกล่าว ก็ไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดี หรืออาจกล่าวได้ว่า การวินิจฉัยคดีไม่ทันกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ไม่ก่อให้เกิดผลทางกฎหมายใด ๆ แก่คดีนั้นเอง เพียงแต่ศาลรัฐธรรมนูญย่อมอาจถูกวิพากษ์วิจารณ์โดยประชาชนว่าตัดสินใจล่าช้า

การอธิบายของผู้เขียนต่อประเด็นดังกล่าวเทียบเคียงกรณีทำนองเดียวกันซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยแล้วในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554 ซึ่งวินิจฉัยว่า “...แม้การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรจะใช้เวลาเกินกว่าหนึ่งร้อยยี่สิบวันตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 302 วรรคสี่ แต่กำหนดระยะเวลาดังกล่าวไม่มีบทบังคับให้เกิดผลใด ๆ ต่อร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ต้องถือว่าเป็นกำหนดเวลาเร่งรัดเท่านั้น ไม่ทำให้การตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้เสียไป...”²⁸

4. ข้อสังเกตและบทวิเคราะห์

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 178 อยู่ 2 ประการ ได้แก่ การที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียว และการไม่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

4.1 การที่คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรผู้ที่มีอำนาจเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญแต่เพียงองค์กรเดียว

รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีแต่เพียงองค์กรเดียวเป็นผู้มีอำนาจเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ

²⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2554 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 128 ตอนที่ 51 ก วันที่ 23 มิถุนายน 2554 หน้า 5.

ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 23²⁹ การบัญญัติเช่นนั้นในรัฐธรรมนูญดังกล่าว ผู้เขียนสันนิษฐานว่า เพราะผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวร่างตามความประสงค์ของคณะรัฐประหารที่ต้องการขจัดปัญหาความยุ่งยากของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญากับนานาชาติประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ ถ้าหากจะต้องถูกฝ่ายนิติบัญญัติถ่วงหรือรั้งด้วยการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญให้วินิจฉัยเพื่อให้ได้ข้อยุติเสียก่อนว่าจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ เนื่องจากแต่เดิมคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190³⁰ บัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติสามารถเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบการทำ

²⁹ มาตรา 23 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาชาติประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขต ซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง ต้องได้รับความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในการนี้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

หนังสือสัญญาที่กระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวางตามวรรคสอง หมายถึง หนังสือสัญญาเกี่ยวกับการค้าเสรี เขตศุลกากรร่วม หรือการให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติหรือทำให้ประเทศต้องสูญเสียสิทธิในทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดหรือบางส่วน หรือการอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

เมื่อมีปัญหาว่าหนังสือสัญญาใดเป็นกรณีตามวรรคสองหรือวรรคสามหรือไม่ คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่รับคำขอ

³⁰ มาตรา 190 พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่น กับนานาชาติประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ในการนี้ รัฐสภาจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่องดังกล่าว

ก่อนการดำเนินการเพื่อทำหนังสือสัญญากับนานาชาติประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศตามวรรคสอง คณะรัฐมนตรีต้องให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และต้องชี้แจงต่อรัฐสภาเกี่ยวกับหนังสือสัญญานั้น ในการนี้ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอรอบการเจรจาต่อรัฐสภาเพื่อขอความเห็นชอบด้วย

เมื่อลงนามในหนังสือสัญญาตามวรรคสองแล้ว ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน คณะรัฐมนตรีต้องให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียดของหนังสือสัญญานั้น และในกรณีที่การปฏิบัติตามหนังสือ

หนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารได้ว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญหรือไม่ ด้วยเหตุดังกล่าว จึงสันนิษฐานว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 2557 ประสงค์ให้รัฐบาลชุดคณะรัฐประหารทำหนังสือสัญญาได้สะดวกกว่าเพราะสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติไม่อาจร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อร้องการทำหนังสือสัญญาได้แม้เป็นหนังสือสัญญาที่มีลักษณะสำคัญก็ตาม

เพราะฉะนั้น เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์ในมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจึงสามารถกล่าวได้ว่า ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันใช้หลักการเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนซึ่งก็คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557³¹

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มีฐานะเป็นรัฐธรรมนูญที่มุ่งใช้ถาวร และมีผลต่อรัฐบาลกับรัฐสภาทุกชุดที่จะทำหน้าที่ในอนาคต เพราะฉะนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องวางหลักเกณฑ์ที่เหมาะสม

เมื่อเปรียบเทียบกลไกเกี่ยวกับผู้มีอำนาจเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 จะพบว่าแต่เดิมในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติไว้ในมาตรา 190 วรรคหก ให้อนุโลมมาตรา 154³² (1) มาใช้ ผลแห่งการนั้นคือ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจ

สัญญาดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบนั้นอย่างรวดเร็ว เหมาะสม และเป็นธรรม

ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภท กรอบการเจรจา ขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ รวมทั้งการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาดังกล่าว โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมระหว่างผู้ที่ได้ประโยชน์กับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญานั้นและประชาชนทั่วไป

ในกรณีที่มีปัญหาตามวรรคสอง ให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยให้นำบทบัญญัติตามมาตรา 154 (1) มาใช้บังคับกับการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยอนุโลม

³¹ ที่เป็นเช่นนั้น หรือว่าเพราะมีผู้ร่างรัฐธรรมนูญเดิมอยู่ในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

³² มาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

วินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยมีบุคคล 3 ประเภท ที่จะเป็นผู้มีอำนาจเสนอปัญหานั้นให้ศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่

(1) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสภาผู้แทนราษฎร

(2) สมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งวุฒิสภา

(3) สภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภามีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับปี 2550 บัญญัติให้สมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจยกประเด็นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า หนังสือสัญญาที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการทำนั้นมีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน การบัญญัติเช่นนี้จึงสมเหตุสมผล เพราะเมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจให้ความเห็นชอบในการทำหนังสือสัญญาสำคัญของฝ่ายบริหาร แต่เกิดข้อขัดแย้งกับฝ่ายบริหารที่ไม่เห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ก็จำเป็นต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรที่มีความเป็นกลางใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาด

การที่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 178 วรรคสอง บัญญัติให้หนังสือสัญญาสำคัญที่ฝ่ายบริหารจะทำนั้นจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน ดูเหมือนว่า รัฐธรรมนูญนี้วางหลักให้รัฐสภามีอำนาจควบคุมตรวจสอบฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาที่มีลักษณะดังกล่าว³³ แต่รัฐธรรมนูญกลับยอมให้ในสถานการณ์ที่มีปัญหาระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภาว่า หนังสือสัญญาฉบับใดฉบับหนึ่งนั้นเป็นหนังสือสัญญาสำคัญหรือไม่เป็นนั้น ตกอยู่ในสถานะที่สมาชิกรัฐสภาไม่สามารถยกประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ว่า ถึงที่สุดแล้วเป็นหรือไม่เป็นอีกทั้งโดยทั่วไป รัฐบาลเองก็มีแนวโน้มที่จะไม่ตีความว่า หนังสือสัญญาที่ตนจะไปทำนั้นเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา เพราะจะนำมาสู่ข้อยุ่งยากกว่าการทำหนังสือสัญญาเองโดยลำพัง ไม่จำเป็นต้องให้รัฐสภาเข้ามามีส่วนร่วม การที่ถ้อยบัญญัติในมาตรา

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ฯลฯ

³³ อนึ่ง ในถ้อยคำของมาตรา 178 วรรคสอง นั้นเอง ก็มีปัญหา เพราะบัญญัติว่า “ในการนี้ รัฐสภาต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง” ว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ดังนั้นจึงเท่ากับว่า รัฐสภาเป็นองค์กรที่ต้องรอคอยรับเรื่องจากรัฐบาลในกรณีที่เห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ

ด้วยเหตุดังกล่าว หากรัฐบาลไม่เสนอเรื่องเข้ารัฐสภา เพราะเห็นว่ามีเรื่องหนังสือสัญญาสำคัญ รัฐสภาก็หมดโอกาสที่จะพิจารณาเรื่องนั้นได้ ที่เป็นเช่นนี้ สาเหตุสำคัญคือ มาตราดังกล่าวมิได้เขียนให้รัฐสภายกเรื่องพิจารณาขึ้นได้ด้วยตัวเอง

178 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า “*คณะรัฐมนตรีจะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยก็ได้*” ย่อมทำให้รัฐบาลเป็นองค์กรเดียวที่ผูกขาดการเสนอปัญหาการเป็นหนังสือสัญญาสำคัญต่อศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งคำว่า “ก็ได้” ในถ้อยบัญญัติดังกล่าวก็ทำให้เรื่องนี้เป็นดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในการจะขอหรือไม่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย เพราะฉะนั้น แม้สมาชิกรัฐสภาจะเห็นว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ ก็ไม่อาจเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เพราะกลไกในบทบัญญัติดังกล่าวไม่เปิดช่อง ครั้นหากสมาชิกรัฐสภาเสนอคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ ศาลก็จะไม่รับคำร้องนั้นไว้พิจารณา กล่าวให้ถึงที่สุดคือ การเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในกรณีที่เกิดขึ้นเป็นปัญหา เป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารเพียงผู้เดียว

ผลของการที่มาตรา 178 วรรคห้า บัญญัติเช่นนั้น ย่อมอาจทำให้รัฐบาลไม่ยอมเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด ด้วยการยืนยันกรณว่า ในชั้นของการเตรียมงานได้ปรึกษากะทรวงการต่างประเทศหรือคณะกรรมการกฤษฎีกาในฐานะผู้เชี่ยวชาญแล้วว่า ไม่มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา หรืออาจจะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ต่อเมื่อรัฐบาลเองเห็นว่าน่าจะเป็นหนังสือสัญญาสำคัญอยู่แล้ว เพียงแต่ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยืนยันว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญเพื่อสร้างภาพลักษณ์การเป็นรัฐบาลที่มีธรรมาภิบาล ก่อนนำเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ

4.2 การไม่กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดก่อนที่จะมีการแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

ข้อสังเกตประการที่สองนี้เป็นเรื่องเงื่อนไขทางกฎหมาย กล่าวคือ การแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันหรือที่เรียกว่า “consent to be bound” ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้น เป็นเรื่องการแสดงเจตนาของผู้แทนรัฐซึ่งก็คือ ฝ่ายบริหาร ที่จะทำใหหนังสือสัญญามีผลผูกพันรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่การให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นเรื่องตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายภายใน ซึ่งหาได้มีผลในทางระหว่างประเทศไม่³⁴ เช่นเดียวกับ ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ แม้มีอำนาจชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 178 วรรคห้า แต่อำนาจดังกล่าวก็เป็นเรื่องตามกฎหมายภายใน

อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ไม่บัญญัติเด็ดขาดให้ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจชี้ขาดก่อนที่รัฐบาลจะดำเนินการแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้น จึงอาจเกิดปัญหาขึ้น คือ รัฐบาลได้แสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศไปแล้ว ต่อมาถูกกีดตันทางการเมืองทำให้รัฐบาลจำเป็นต้องเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ขาดและศาลรัฐธรรมนูญก็ชี้ขาดว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐบาลทำไม่ถูกต้องตาม

³⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 114.

รัฐธรรมนูญดังกล่าว ก็อาจมีปัญหาในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่ต้องตีความต่อไปอีกว่า ประเทศไทยจะปฏิเสธพันธกรณีที่เกิดขึ้นตามหนังสือสัญญานั้นได้หรือไม่ เนื่องจากอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาตรา 46 บัญญัติห้ามมิให้รัฐอ้างการละเมิดกฎหมายภายใน (ในที่นี้คือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 178) เกี่ยวกับอำนาจทำสนธิสัญญามาเป็นเหตุเพื่อปฏิเสธพันธกรณีระหว่างประเทศได้ เว้นแต่การละเมิดกฎหมายภายในนั้นจะแจ้งชัด ประเด็นที่อาจเกิดขึ้นคือ อาจจะต้องตีความและมีข้อพิพาทกับภาคีสัญญาว่า การละเมิดในกรณีนี้เป็นเรื่องละเมิดอย่างแจ้งชัดหรือไม่ ซึ่งในทางปฏิบัติ การอ้างมาตรา 46 ดังกล่าว เป็นเรื่องที่ทำได้ยากมาก แต่ที่แน่นอนที่สุดคือ หากประเทศไทยอ้างเพื่อปฏิเสธเช่นนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อความเชื่อมั่นในทางระหว่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง³⁵

จากความไม่ชัดเจนดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อขจัดปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น หากรัฐธรรมนูญประสงฆ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญร่วมกับสมาชิกรัฐสภาที่มีอำนาจควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาสำคัญของฝ่ายบริหาร ก็ควรบัญญัติให้ชัดเจนว่า ก่อนที่จะแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญามีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญที่จำต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ โดยเทียบเคียงกับรัฐธรรมนูญของประเทศโคลัมเบีย ค.ศ.1991 มาตรา 240 ข้อ 10 ที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา³⁶

5. บทส่งท้าย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 178 วรรคหก ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อตรวจสอบและยับยั้งอำนาจของฝ่ายบริหารในการทำหนังสือสัญญาสำคัญโดยอำเภอใจในกรณีที่เป็นเรื่องสำคัญอันจำต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติก่อน แต่การออกแบบกลไกในรัฐธรรมนูญกลับทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตรวจสอบได้ อีกทั้งก็ได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบก่อนที่ฝ่ายบริหารจะดำเนินการแสดงเจตนาให้หนังสือสัญญานั้นมีผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศหรือไม่ ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนั้น ย่อมอาจมีกรณีที่ฝ่ายบริหารแสดงเจตนาไปแล้วและทำให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะชี้ขาดว่าเป็นหนังสือสัญญาสำคัญ แม้อันนี้ประเทศไทยจะยกว่าไม่มีพันธกรณีเพราะเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญโดยชัดแจ้งก็ย่อมนำไปสู่ข้อพิพาทขัดแย้งในทางระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ใช่เรื่องที่จะเป็นผลดีต่อประชาชนไทยและประชาคมโลก

³⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, สถานะทางกฎหมายของคำแถลงการณ์ร่วม [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2561, แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2008/07/17415>

³⁶ เรื่องเดียวกัน

ด้วยเหตุดังกล่าว จึงเห็นว่า รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 178 น่าจะถูกออกแบบมาโดยไม่สมประสงค์ต่อความพยายามที่จะให้มีการควบคุมตรวจสอบการทำหนังสือสัญญาสำคัญโดยฝ่ายนิติบัญญัติและศาลรัฐธรรมนูญ ทั้งถูกออกแบบมาโดยยังมีประเด็นที่ไม่ชัดเจนเกี่ยวกับช่วงเวลา ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจตรวจสอบได้ จึงสมควรได้รับการศึกษาวิจัย เพื่อให้มีการแก้ไขปรับปรุงและก่อให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้นกว่าบทบัญญัติที่เป็นอยู่ในเวลานี้

บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญนาวัฒน์ และคณะ. การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกา และอังกฤษ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2554.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2558.
- จันตรี สีนุสภฤกษ์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2560.
- จิต เศรษฐบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง. พิมพ์ครั้งที่ 2. ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช แก้ไขเพิ่มเติม. ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555.
- จุมพต สายสุนทร. หนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2553.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล. กฎหมายรัฐธรรมนูญ: การก่อตั้งรัฐธรรมนูญและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ. ปทุมธานี: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. ข้อเสนอเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2013/10/49237>, 2561 (กุมภาพันธ์, 15).
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, สถานะทางกฎหมายของคำแถลงการณ์ร่วม [ออนไลน์], แหล่งที่มา: <https://prachatai.com/journal/2008/07/17415>, 2561 (กุมภาพันธ์, 15).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557.
- วิษณุ เครืองาม. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2530.
- หยุต แสงอุทัย. หลักรัฐธรรมนูญทั่วไป. พิมพ์ครั้งที่ 9. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ บรรณาธิการ. กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2538.

- Alina Kaczorowska. Public International Law, 4th edition. Routledge: New York, 2010).
- Anthony Aust. Handbook of International Law. Cambridge: New York, 2005.

สถานะทางกฎหมายของกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ The Legal Status of an Insurgent Group in Southern Border of Thailand

ณัฐดนัย นาจันทร์*
Natdanai Nachan

บทคัดย่อ

การกำหนดหรือค้นหาสถานะทางกฎหมายของกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้โดยเฉพาะกลุ่ม BRN ว่ามีลักษณะเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อแบ่งแยกดินแดนหรือกลุ่มก่อการร้ายนั้นมีความสำคัญอย่างยิ่ง โดยอาจส่งผลกระทบต่อการกำหนดนโยบายของรัฐในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว รวมถึงอาจทำให้เกิดความเข้าใจที่ถูกต้องต่อสถานการณ์ในพื้นที่ บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาว่าโดยแท้จริงแล้ว กลุ่ม BRN นั้นมีลักษณะเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองหรือเป็นกลุ่มก่อการร้าย โดยอาศัยวิธีการวิจัยทางเอกสาร (documentary research) ทั้งจากหนังสือต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศและคำพิพากษาที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผลที่ได้รับจากการศึกษาพบว่า กลุ่ม BRN นั้นมีสถานะเป็นผู้ก่อการร้ายในมุมมองของกฎหมายและประชาคมระหว่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็มีองค์ประกอบของสถานะและการกระทำรวมถึงข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์หลายประการที่อาจทำให้กลุ่ม BRN ได้รับการยอมรับในฐานะกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเอง

คำสำคัญ: สามจังหวัดชายแดนภาคใต้, สถานะทางกฎหมาย, กลุ่มผู้ก่อความไม่สงบ

Abstract

It is very important to find or define the legal status of insurgent groups in the southern border of Thailand especially the group call “BRN”. Because of the finding, we can classify BRN as a terrorist or liberation group. Result from that process can affect state policy to solve the problem in border province, which can make a clear and correct point of view to the problem. This article tries to define the legal status of BRN by documentary research from related

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

material. As a result, from the study, we can define BRN as a terrorist under the eye of international society. However, at some point of view, BRN can be classified as a liberation by the result of history and other information.

Keywords: Sothern border of Thailand, Legal status, Insurgent group.

1.บทนำ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ ได้กล่าวถึงปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ไว้ในหนังสือเรื่อง “ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย” ว่า “แท้จริงแล้วมิใช่ปัญหาเรื่องศาสนาและวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน หากที่หนักหน่วงและมีผลกระทบด้านลบอย่างมากและยาวไกลคือปัญหาการใช้และการสร้างความเป็นธรรมและความยุติธรรมต่อประชาชนชาวมุสลิมเหล่านั้นมากกว่า”¹

ข้อความดังกล่าวแสดงให้เห็นข้อเท็จจริงประการหนึ่งว่า แท้จริงแล้วปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้นั้นเกิดจากการกระทำของรัฐไทย ที่กำหนดนโยบายลงไปโดยไม่สนใจวัฒนธรรมหรืออัตลักษณ์ดั้งเดิมของคนในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ (โดยเฉพาะชนชาวมลายูมุสลิม) จนทำให้เกิดความไม่พอใจที่ก่อตัวและปะทุขึ้นผ่านกลุ่มก่อความไม่สงบในที่สุด ในปัจจุบันกลุ่มก่อความไม่สงบที่เคลื่อนไหวภายใต้อุดมการณ์แบ่งแยกดินแดนสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ออกจากประเทศไทยนั้นคือกลุ่ม BRN Coordinate ซึ่งเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวที่มีฐานที่มั่นในใจของชาวมลายูมุสลิมหลายคนผ่านการขีดขูดตีตื้นรุ่งเรืองของรัฐปาตานี และการอ้างความชอบธรรมในการต่อต้านการกดขี่ข่มเหงของรัฐไทยในอดีต

ปัญหาการปล่อยปละละเลยข้อเท็จจริงที่ว่ากลุ่มชนชาวมลายูมุสลิมเคยถูกกดขี่ข่มเหงจากรัฐไทยนั้นทำให้กลุ่มก่อความไม่สงบต่าง ๆ มีฐานที่จะสามารถอ้างในทางระหว่างประเทศเพื่อที่จะปลดปล่อยตนเอง รวมถึงปฏิเสธความรับผิดชอบที่เกิดจากการก่อความเสียหายของตนได้² เมื่อเป็นเช่นนี้หนทางที่สำคัญที่สุดในการป้องกันมิให้เกิดการกล่าวอ้างความผิดในอดีตเพื่อใช้กำลังรุนแรงคือการพิสูจน์ว่าแท้จริงแล้ว กลุ่มก่อความไม่สงบเหล่านี้จะสามารถอ้างสิทธิในการปลดปล่อยตนเองได้หรือไม่ หรือโดยเนื้อแท้แล้วกลุ่มเหล่านี้เป็นกลุ่มก่อการร้ายที่มุ่งสู่การใช้ความรุนแรงในการแก้ปัญหาโดยหลุดออกจากวิถีทางแห่งการเคลื่อนไหวเพื่อแบ่งแยกดินแดน ทั้งนี้ การพิสูจน์สถานะของกลุ่มก่อความไม่สงบในที่นี้ไม่ได้มุ่งหวังที่จะประณามการกระทำของบุคคลใด ๆ ผู้เขียนเพียงต้องการที่จะทำความเข้าใจปัญหาของสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ใน

¹ ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551), หน้า 77.

² Jori Duursma, Definition of Terrorism and Self-Determination, [Online], <http://hir.harvard.edu/article/?a=1757> [Accessed 4 April 2018]

มุมมองใหม่ ๆ เพื่อหวังที่จะสร้างเครื่องมือขึ้นเล็ก ๆ ที่อาจทำให้ผู้ที่สนใจสามารถเข้าใจปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างถูกต้องมากยิ่งขึ้น และในขณะเดียวกันก็เพื่อให้มีมุมมองที่มีต่อกลุ่มต่าง ๆ ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่แม้จะไม่ถูกต้องที่สุดแต่ก็ใกล้เคียงกับความเป็นจริง อันอาจส่งผลให้กระบวนการสร้างสันติภาพในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้สามารถกระทำได้และเกิดผลสำเร็จโดยเร็ว

บทความนี้มุ่งที่จะศึกษาและพยายามหาทางกำหนดสถานะของกลุ่มก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้โดยเฉพาะกลุ่ม BRN ว่าแท้จริงแล้วเป็นกลุ่มซึ่งเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเอง ซึ่งได้รับการยอมรับสถานะตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นเพียงกลุ่มก่อการร้ายซึ่งปราศจากความชอบธรรมในการเคลื่อนไหวโดยเฉพาะการใช้ความรุนแรง โดยในเบื้องต้นจำเป็นต้องพิจารณาถึงความแตกต่างระหว่างกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อการปลดปล่อยตนเองซึ่ง **อ้างสิทธิในการกำหนดตนเองเป็นพื้นฐานในการเคลื่อนไหว** และกลุ่มก่อการร้ายเสียก่อน จากนั้นจึงมาศึกษาลักษณะของกิจกรรมการเคลื่อนไหวของกลุ่ม BRN ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ แล้วนำเอาข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์เพื่อระบุประเภทของกลุ่มก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

2. สิทธิในการกำหนดตนเอง (Right to Self-Determination)

โดยทั่วไปแล้วเมื่อมีการพูดถึงสิทธิในการกำหนดตนเองในทางกฎหมายระหว่างประเทศย่อมหมายถึงสิทธิของกลุ่มชน (Peoples) ที่จะเลือกและควบคุมสถานะทางการเมือง เศรษฐกิจ ตลอดจนสภาพสังคมและวัฒนธรรมของตน ซึ่งนับเป็นหลักการพื้นฐานในการประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789³ จนเมื่อภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง สิทธิในการกำหนดตนเองได้ปรากฏบทบาทสำคัญในระหว่างการจัดตั้งองค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations) ผ่านการถกเถียงของผู้นำคนสำคัญของโลก อาทิ โจเซฟ สตาลิน (Joseph Stalin) วลาดีเมียร์ ปูติน (Vladimir Putin) และวูดโรว์ วิลสัน (Woodrow Wilson) โดยได้รับการยอมรับให้บรรจุลงในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ รวมถึงบรรจุให้เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนที่รัฐทั้งหลายต้องยอมรับ⁴

(1) ลักษณะทั่วไปของสิทธิในการกำหนดตนเอง

ในช่วงเริ่มแรก สิทธิในการกำหนดตนเองเป็นเพียงแนวคิดที่มีขึ้นเพื่อต่อต้านการกดขี่ข่มเหงของผู้ปกครองซึ่งสะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนผ่านข้อความในคำประกาศอิสรภาพของ

³ Chinonso Ijezie, *Right of Peoples to Self-Determination in the Present International Law* [Online] Accessed: 12 February 2018. Available from: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2304441>, p. 1.

⁴ Lieutenant Andrew Coffin, "Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation," *Naval Law Review* 63 (2014): 31-33.

สหรัฐอเมริกา โดยเฉพาะในส่วนความน่าที่แสดงหรืออ้างถึงความชอบธรรมในการแยกตัวออกจากประเทศอังกฤษ ความว่า “เมื่อปรากฏความจำเป็นที่ประชาชนชาติหนึ่งจำต้องเลิกความสัมพันธ์ทางการเมืองที่เคยมีกับประชาชนอีกชาติหนึ่ง เพื่อที่จะแยกทางเดินและเป็นอิสระเท่าเทียมกับชาติทั้งหลายในโลก...”⁵

สิทธิในการกำหนดตนเองปรากฏบทบาทสำคัญและได้รับกล่าวอ้างโดยประธานาธิบดีวูดโรว์ วิลสัน (Woodrow Wilson) ของประเทศสหรัฐอเมริกา โดยการแถลงต่อสภาองเกรส (The Congress) ถึงหลักการสำคัญสิบสี่ประการ (Fourteen Point) ซึ่งถูกนำเสนอในฐานะพิมพ์เขียวไปสู่สันติภาพของโลกภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เมื่อวันที่ 8 มกราคม ค.ศ. 1918 ซึ่งสิทธิในการกำหนดตนเอง ในขณะนั้นยังไม่ได้บัญญัติหรือกล่าวถึงคำว่า Self-Determination ไว้ในหลักทั้งสิบสี่ประการ) ถือเป็นหัวใจสำคัญของหลักสิบสี่ประการนี้ โดยการกำหนดให้สันติภาพทั้งหลายในโลกจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อประเทศที่ตกเป็นอาณานิคมหรือถูกปกครองโดยการแทรกแซงของประเทศอื่นได้รับความเป็นอิสระ และสามารถกำหนดทิศทางทางการเมืองของตนเองได้

ภายหลังการประกาศหลักการสำคัญว่าด้วยสิทธิในการกำหนดตนเองของวูดโรว์ วิลสัน สิทธิในการกำหนดตนเองได้ถูกกล่าวถึงและบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศอีกหลายฉบับ โดยกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความสำคัญแต่ละฉบับได้วางหลัก หรือกล่าวถึงสิทธิในการกำหนดตนเองไว้ดังนี้

กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ได้กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดตนเองไว้ในส่วนที่เป็นวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติ ข้อที่ 2 ว่า “เพื่อที่จะเป็นการสร้างความสัมพันธ์ฉันมิตรระหว่างประชาชาติทั้งหลาย โดยยึดอยู่บนหลักการของสิทธิอันเท่าเทียมและสิทธิในการกำหนดตนเองของประชาชนทั้งหลาย...”⁷

มติสหประชาชาติที่ 1514 และ 1541 (General Assembly Resolutions 1514 and 1541) ลงวันที่ 14 และ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1960 สำหรับมติที่ 1514 นั้น เป็นมติที่วางหลักการสำคัญในการปลดปล่อยประเทศอาณานิคม โดยกำหนดให้การกดขี่ใด ๆ ของประเทศผู้ปกครองต่อประเทศอาณานิคมนั้นเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน และสิทธิในการกำหนดตนเองเป็นสิทธิที่มนุษย์ทุกคนพึงมี ในการนี้มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิเต็มที่ในการกำหนดอนาคต

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 63.

⁶ โปรดดู Woodrow Wilson's “Fourteen Points”, (8 January 1918)

⁷ Charter of the United Nations, article 1 (2), “To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights and self-determination of peoples...”

ทางการเมืองของตนเอง รวมถึงสิทธิที่จะได้รับการปลดปล่อยจากการเป็นอาณานิคม⁸ และในส่วนของมติที่ 1541 ได้วางหลักการหรือข้อเสนอแนะของสหประชาชาติต่อสมาชิกในการดำเนินการให้ดินแดนที่ตกเป็นอาณานิคมได้มีการปกครองตนเอง โดยเสนอออกเป็นสามทางเลือกคือ การแยกตัวออกมาเป็นรัฐอิสระ (Emergence as a sovereign state) หรือการรวมเข้าเป็นมลรัฐหรือเป็นสมาพันธรัฐกับรัฐอิสระอื่น ๆ (Free association with an independent state) หรือรวมเข้าเป็นหนึ่งเดียวกับรัฐอิสระรัฐอื่น (Integration with and independent state)⁹

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Bill of Human Rights) ได้กำหนดให้สิทธิในการกำหนดตนเองนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และได้วางหลักการสำคัญให้ประเทศเจ้าอาณานิคมทุกประเทศเคารพสิทธิในการกำหนดตนเองของประเทศอาณานิคม ในขณะเดียวกันก็ได้ขยายสิทธิในการกำหนดตนเองให้กว้างกว่าขอบเขตเดิมซึ่งเป็นการอ้างสิทธิระหว่างรัฐเจ้าอาณานิคมกับรัฐอาณานิคมไปยังขอบเขตที่รัฐ ๆ หนึ่งต้องเคารพสิทธิในการกำหนดตนเองของกลุ่มคนภายในรัฐ¹⁰

ปฏิญญาสากลว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและการร่วมมือกันระหว่างประชาชาติ ตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ (Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations) เนื้อหาของปฏิญญานี้ได้กล่าวถึงการรับรองสิทธิในการกำหนดตนเองในฐานะสิทธิมนุษยชนที่รัฐภาคีทั้งหลายต้องให้การยอมรับและเคารพ สิทธิในการกำหนดตนเองครอบคลุมถึงการกำหนดตนเองของกลุ่มบุคคลภายในรัฐที่มีอัตลักษณ์ด้านเชื้อชาติ ภาษา วัฒนธรรม เฉพาะตัว ในการที่จะกำหนดทิศทางหรืออนาคตของตนเองทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และวัฒนธรรม โดยปราศจากการแทรกแซงของภายนอก และรัฐบาลของรัฐจะต้องคำนึงถึงกลุ่มคน

⁸ โปรดดู Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples General Assembly Resolution 1514 (XV)

⁹ โปรดดู General Assembly Resolution Defining the Three Options for Self-Determination General Assembly Resolution 1541 (XV)

¹⁰ โปรดดู International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and International Covenant on Civil and Political Rights

เหล่านี้ในการดำเนินนโยบายต่าง ๆ โดยจะต้องไม่เอาความแตกต่างเรื่องสัญชาติหรือสีผิวมา กีดกันหรือจำกัดไม่ให้มีการเข้าถึงสิทธิในการกำหนดตนเอง¹¹

มติของที่ประชุมใหญ่สหประชาชาติที่ 3103 (Resolution 3103: United Nation General Assembly) เป็นมติที่ได้รับการรับรองในเดือนธันวาคม ค.ศ. 1973 อันเป็นมติที่ให้การรับรองการกระทำโดยใช้ความรุนแรงเพื่อตอบโต้การล่าอาณานิคมหรือการปฏิบัติโดยการเหยียดเชื้อชาติหรือชนชาติอย่างร้ายแรง โดยกำหนดให้การกระทำเพื่อโต้ตอบ การถูกกดขี่เช่นว่านั้นสามารถกระทำได้ในฐานะของข้อขัดแย้งระหว่างประเทศ ในขณะที่ ประณามการกระทำของรัฐที่กดขี่ชนเผ่าอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ ขยายการครอบคลุมครอบคลุมไปถึง การปฏิบัติต่อกลุ่มคนภายในรัฐด้วย¹²

นอกจากกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว สิทธิในการกำหนดตนเอง ยังถูกบัญญัติหรือกล่าวถึงในเอกสารต่าง ๆ อีกหลายฉบับ อาทิ Programme of Action for the Full Implementation of Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples (General Assembly 2621), African Charter of Human and Peoples Right 1981, Vienna Declaration and Program of Action 1993 เป็นต้น

หากพิจารณาข้อความในเอกสารที่กล่าวมาข้างต้น จะพบว่าในเริ่มแรกนั้นสิทธิในการ กำหนดตนเองเกิดขึ้นบนพื้นฐานความต้องการปลดปล่อยชาวอาณานิคมให้เป็นอิสระบนแนวคิด ของหลักประชาธิปไตยและปัจเจกชนนิยม ซึ่งในลำดับต่อมา สิทธิในการกำหนดตนเองได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางและถูกบรรจุให้เป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชน เมื่อเป็นเช่นนี้ขอบเขต ของสิทธิในการกำหนดตนเองย่อมขยายกว้างมากขึ้น จากเดิมที่ผู้ทรงสิทธิจะต้องเป็นประเทศ อาณานิคมก็ขยายไปถึงคนหรือกลุ่มคนในรัฐที่รัฐบาลนั้น ๆ ไม่สามารถทำหน้าที่ในฐานะผู้แทน ของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพถึงขั้นที่ละเลย เพิกเฉย หรือลบล้างอัตลักษณ์ทางภาษา ศาสนา หรือวัฒนธรรมของตนด้วย โดยจุดร่วมกันภายใต้ขอกกฎหมายทั้งหลายนั้นคือเป็นการกระทำเพื่อ ตอบโต้ความรุนแรงที่ตนถูกกระทำ ในฐานะทางเลือกสุดท้ายที่จำเป็นต้องใช้ (Last Resort)¹³

¹¹ โปรดดู “The principle of equal rights and self-determination of peoples”, in 2625 (XXV) Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations

¹² โปรดดู RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY DURING ITS TWENTY-EIGHTH SESSION, RESOLUTION 3103, BASIC PRINCIPLES OF THE LEGAL STATUS OF THE COMBATANTS STRUGGLING AGAINST COLONIAL AND ALIEN DOMINATION AND RACIST REGIMES

¹³ Robert A. Friedlander, “Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs,” *Case Western Reserve Journal of International Law* 13, 2: 280-281.

ทั้งนี้ ตัวอย่างที่ชัดเจนซึ่งแสดงให้เห็นถึงการตีความอันมีลักษณะเป็นการขยายขอบเขตของสิทธิในการกำหนดตนเองให้ครอบคลุมถึงการกระทำของกลุ่มชนภายในอาณาเขตของรัฐหนึ่งรัฐใดด้วย นั่นคือถ้อยแถลงของผู้แทนจากประเทศเนเธอร์แลนด์ซึ่งได้กล่าวไว้ต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติครั้งที่ 7 ว่าสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นเป็นสิทธิที่ซับซ้อน และจำเป็นที่จะต้องระบุงบไปให้ชัดเจนด้วยว่าสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นสามารถใช้บังคับภายในเขตแดนของรัฐโดยเฉพาะเมื่อมีกลุ่มชนซึ่งอยู่ในเขตอำนาจอธิปไตยของรัฐใดพยายามที่จะกล่าวอ้างอำนาจอธิปไตยในเขตแดนของตนเองเหนืออำนาจอธิปไตยของรัฐนั้น ๆ¹⁴ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ตัวอย่างของความพยายามในการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อแบ่งแยกดินแดนของตนออกมาจากรัฐเดิมที่สังกัดอยู่ได้แก่กรณีของรัฐบาลโคโซโว (Kosovo) ซึ่งได้แบ่งแยกดินแดนของตนออกจากยูโกสลาเวีย (Yugoslavia) พร้อมทั้งยืนยันถึงการใชสิทธิในการกำหนดตนเองภายในเมื่อวันที่ 17 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2018¹⁵

(2) ประเภทของสิทธิในการกำหนดตนเอง

สิทธิในการกำหนดตนเองในฐานะสิทธิมนุษยชนนั้น เป็นสิทธิที่มีความคลุมเครือค่อนข้างสูง และเป็นการยากที่จะวางหลักเกณฑ์ว่าเมื่อใดที่สิทธิในการกำหนดตนเองจะสามารถถูกหยิบยกขึ้นมาใช้ได้ อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันได้มีการยอมรับว่าสิทธิในการกำหนดตนเองสามารถแบ่งแยกได้เป็นสองประเภทคือ สิทธิในการกำหนดตนเองภายใน (Internal Self-Determination) และสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอก (External Self-Determination) ทั้งนี้ ได้มีการอธิบายถึงลักษณะของสิทธิในการกำหนดตนเองทั้งสองประเภทนี้ไว้ในเอกสารสำคัญทางกฎหมายระหว่างประเทศคือ รายงานว่าด้วยการปฏิบัติตามสิทธิในการกำหนดตนเองในฐานะเครื่องมือในการจัดการความขัดแย้ง (The Implementation of the Right to Self-Determination as a Contribution to Conflict Prevention) จัดทำโดย M. C. van Walt van Praag และ O. Seroo ซึ่งได้อธิบายความหมายของสิทธิในการกำหนดตนเองทั้งสองประเภทไว้ดังนี้¹⁶

“สิทธิในการกำหนดตนเองภายใน หมายถึง ประชาธิปไตยแบบมีส่วนร่วม เป็นสิทธิในการกำหนดรูปร่างและตัวตนของผู้ที่จะปกครองประชาชนภายในรัฐนั้น สิทธินี้รวมถึงสิทธิของกลุ่มชนต่าง ๆ ภายในรัฐที่จะมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐ นอกจากนี้ สิทธิในการกำหนดตนเองภายในยังสามารถหมายความว่าสิทธิในการที่จะมีวัฒนธรรม ภาษา

¹⁴ Kalana Senaratne, “Internal Self-Determination in International Law: A Critical Third-World Perspective,” *Asian Journal of International Law* 3 (2013): 305-306.

¹⁵ Jori Duursma, *Definition of Terrorism and Self-Determination*

¹⁶ M. C. van Walt van Praag & O. Seroo, *The Implementation of the Right to Self-Determination as a Contribution to Conflict Prevention* (Report Of The International Conference of Experts held in Barcelona from 21 to 27 November 1998)

และศาสนาเป็นของตนเอง รวมถึงสิทธิที่จะมีองค์กรทางการเมือง (Political Autonomy) เป็นของตนเองภายใต้เขตแดนของรัฐ ส่วนสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอก (บางครั้งถูกเรียกว่า สิทธิในการกำหนดตนเองเต็มรูปแบบ: Full Self-Determination) หมายถึง สิทธิที่จะตัดสินใจ กำหนดรูปร่างและสถานะทางการเมืองของกลุ่มคน รวมถึงสถานที่ที่จะให้สิทธิทางการเมืองนั้น ดำรงอยู่ในทางระหว่างประเทศโดยมีการกำหนดความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ซึ่งในที่นี้หมายความว่า รวมถึงสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนของกลุ่มซึ่งอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งเพื่อที่จะก่อตั้งรัฐอิสระรัฐใหม่ ขึ้น”¹⁷

อย่างไรก็ตาม อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า สิทธิในการกำหนดตนเองภายในนั้นเป็น ขอบเขตระหว่างประชาชนในรัฐ ๆ หนึ่งที่มีต่อรัฐบาลของตนในการที่จะเรียกร้องขอเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมือง ส่วนสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกนั้นเป็นขอบเขตระหว่าง ประชาชนกลุ่มหนึ่งกับอิทธิพลจากภายนอกไม่ว่ากลุ่มดังกล่าวจะหมายถึงรัฐเจ้าอาณานิคมหรือ จะหมายถึงรัฐบาลที่กำลังปกครองประชาชนกลุ่มนั้นโดยการกดขี่ข่มเหงอยู่¹⁸

สิทธิในการกำหนดตนเองภายในเป็นสิ่งที่เราสามารถพบเห็นได้ในปัจจุบัน จาก แนวคิดการจัดตั้งจังหวัดปกครองตนเอง หรือการยอมรับสิทธิของกลุ่มชนต่าง ๆ ภายในรัฐ อย่างไรก็ตาม สิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกนั้นลักษณะแรกเริ่มค่อนข้างผูกโยงกับเรื่องของอาณานิคม แต่ในปัจจุบัน สิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกได้รับการยอมรับในฐานะวิธี สิ้นสุดท้ายที่กลุ่มคนซึ่งถูกรัฐปฏิเสธสิทธิของตนในการกำหนดทิศทางการเมือง เศรษฐกิจ และ สังคมของตนเองจะแยกตัวออกจากรัฐ ซึ่งในส่วนของผู้ทรงสิทธิและเงื่อนไขการใช้สิทธินั้นจะได้ อธิบายต่อไป

(3) ผู้ทรงสิทธิในการกำหนดตนเอง

ในกฎหมายระหว่างประเทศรวมถึงเอกสารหลายฉบับ สิทธิในการกำหนดตนเองเป็น สิทธิที่ผูกติดอยู่กับคำว่า “กลุ่มชน: Peoples” ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายกว้างมาก ดังนั้นก่อนที่จะ

¹⁷ Ibid., “By internal self-determination is meant participatory democracy: the right to decide the form of government and the identity of rulers by the whole population of a state and the right of a population group within the state to participate in decision making at the state level. Internal self-determination can also mean the right to exercise cultural, linguistic, religious or (territorial) political autonomy within the boundaries of the existing state. By external self-determination (described by some as “full” self-determination) is meant the right to decide on the political status of a peoples and its place in the international community in relation to other states, including the right to separate from the existing state of which the group concerned is a part, and to set up a new independent state.”

¹⁸ Lieutenant Andrew Coffin, “Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation,” *Naval Law Review*: 34.

จะพูดถึงเงื่อนไขอื่น ๆ ของการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง สิ่งแรกที่ต้องเข้าใจก่อนคือใครเป็นผู้ทรงสิทธิในการกำหนดตนเอง

สิทธิในการกำหนดตนเองในเริ่มแรกตามแนวคิดของวูดโรว์ วิลสันนั้น เป็นสิทธิที่มุ่งจะให้การคุ้มครองกลุ่มชนที่ตกเป็นอาณานิคมของรัฐอื่น จึงสามารถระบุได้อย่างชัดเจนว่าผู้ทรงสิทธิในการกำหนดตนเองประเภทแรกนั้น หมายถึงกลุ่มชนที่ตกอยู่ภายใต้ความเป็นอาณานิคมของรัฐอื่น อย่างไรก็ตาม กรณีดังกล่าวเป็นหลักทั่วไปของการนิยามคำว่า “กลุ่มชน” สำหรับการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง แต่ไม่ได้หมายความว่า จะเป็นข้อกำหนดหรือข้อจำกัดในการนิยามคำดังกล่าว เนื่องจากสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นไม่ได้มีเพียงการแสดงออกโดยการตั้งตนเป็นอิสระจากรัฐ ๆ หนึ่งเท่านั้น สิทธิดังกล่าวยังหมายความรวมถึงสิทธิในการเข้าไปมีปฏิสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ ในลักษณะของสหพันธรัฐ หรือสิทธิที่จะเรียกร้องให้ได้รับความสามารถในการปกครองหรือกำหนดนโยบายต่าง ๆ ด้วยตนเอง ภายใต้อาณาเขตหรืออำนาจอธิปไตยของรัฐ ๆ หนึ่งด้วย¹⁹

David Raic ได้จำแนกคำว่า “กลุ่มชน: peoples” ซึ่งอาจเป็นผู้ทรงสิทธิในการกำหนดตนเองไว้สามประเภท²⁰ ได้แก่ ประชาชนภายในรัฐ กลุ่มชาติพันธุ์ และชนกลุ่มน้อย

ก. ประชาชนภายในรัฐ (Entire Population of Existing State)

ประชาชนภายในรัฐนี้หมายความว่าประชาชนที่มีถิ่นที่อยู่ร่วมกันในทางภูมิศาสตร์ โดยไม่สนใจภูมิหลังทางประวัติศาสตร์หรือชาติพันธุ์ การให้ความหมายของคำว่า “กลุ่มชน” ในลักษณะนี้จะนำไปในทางเพื่อสนับสนุนสิทธิในการกำหนดตนเองภายใน คือการที่ประชาชนที่อาศัยอยู่ภายใต้อาณาเขตหนึ่งมุ่งประสงค์ที่จะออกแบบและกำหนดลักษณะตลอดจนรูปร่างของผู้ที่จะขึ้นมาปกครองตนเอง²¹

ข. กลุ่มชาติพันธุ์ (Ethnic Group)

กลุ่มชาติพันธุ์นั้นถูกจัดให้เป็นหนึ่งในนิยามของคำว่า “กลุ่มชน” ซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิในการกำหนดตนเองก็ด้วยเหตุผลที่ว่า สิทธิในการกำหนดตนเองนั้นเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และเป็นสิทธิที่มุ่งคุ้มครองตัวตนหรืออัตลักษณ์ของบุคคล ดังนั้นกลุ่มชาติพันธุ์ต่าง ๆ ย่อมต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองตามสิทธินี้²² นอกจากนี้ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและการร่วมมือกันระหว่าง

¹⁹ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, (England: Oxford University, 1979), p. 593.

²⁰ David Raic, *Statehood and The Law of Self-Determination*, (2002), p. 243. in Lieutenant Andrew Coffin, “Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation,” *Naval Law Review* 63 (2014): 38.

²¹ Ibid., p. 39.

²² Ibid.

ประชาชาติ ตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ” ได้บัญญัติรับรองมิให้มีการกีดกันการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองด้วยเหตุแห่งสีผิว เชื้อชาติ หรือศาสนา²³ ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากลุ่มชาติพันธุ์ย่อมมีสิทธิที่จะกล่าวอ้างและทรงสิทธิในการกำหนดตนเองได้

ในการนิยามว่ากลุ่มบุคคลใดคือกลุ่มชาติพันธุ์นั้น รายงานการประชุมและข้อเสนอแนะขององค์การการศึกษา วิทยาศาสตร์ และวัฒนธรรมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization: UNESCO) เมื่อวันที่ 27 - 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 ได้จำแนกองค์ประกอบของสิ่งที่จะรวมกันเป็นกลุ่มชนไว้ โดยการที่จะเรียกกลุ่มใด ๆ ว่ากลุ่มชน ในทางที่จะอ้างสิทธิในทางกฎหมายระหว่างประเทศนั้นจะต้องเป็นกลุ่มของปัจเจกชนที่มีลักษณะร่วมกันดังต่อไปนี้ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน (1) มีประวัติศาสตร์ร่วมกัน (2) มีลักษณะร่วมกันทางชาติพันธุ์ (3) มีวัฒนธรรมที่สอดคล้องกัน (4) มีภาษาที่เป็นหนึ่งเดียวกัน (5) มีความเชื่อทางศาสนาหรือความเชื่อในลักษณะอื่นเช่นเดียวกัน (6) มีความต่อเนื่องกันในทางเขตแดน (7) มีวิถีชีวิตในทางเศรษฐกิจคล้ายคลึงกัน²⁴

กลุ่มชาติพันธุ์นั้นจะได้รับการยอมรับให้มีความเป็นกลุ่มชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศก็ต่อเมื่อประกอบขึ้นจากกลุ่มบุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกันตามองค์ประกอบข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์ประกอบเรื่องเชื้อชาติและความเชื่อ ทั้งนี้ กลุ่มคนที่จะมารวมกันเป็นกลุ่มชาติพันธุ์นั้นไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะมีจำนวนเท่าใด เพียงแต่ต้องมีเจตนาที่แสดงออกมาอย่างพร้อมเพรียง (เสียงข้างมาก) ว่ามีความประสงค์ที่จะให้กลุ่มชาติพันธุ์ของตนถูกนับรวมเป็นกลุ่มชนหนึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศ และมีการจัดตั้งหรือพยายามที่จะจัดตั้งองค์การทางการเมืองขึ้นเพื่อที่จะแสดงออกถึงลักษณะเฉพาะหรือความคงอยู่ของตน ทั้งนี้ การแสดงออกเช่นนี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้จากการกล่าวอ้างของคนเพียงบางกลุ่มโดยไม่ได้รับมติเสียงส่วนใหญ่จากคนในกลุ่มชาติพันธุ์นั้น ๆ²⁵

ค. ชนกลุ่มน้อย (Minorities)

ชนกลุ่มน้อยนั้นยังไม่มีนิยามที่ชัดเจนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ชนกลุ่มน้อยนั้นไม่อาจถูกจัดให้เป็นกลุ่มชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศได้ด้วยเหตุผลที่ว่า การที่จะเรียกกลุ่มใดว่าชนกลุ่มน้อยนั้นแสดงให้เห็นว่าเป็นกลุ่มชนที่อยู่ในรัฐหนึ่ง ซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับคนในรัฐอื่นในทางเชื้อชาติหรือภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ เมื่อเป็นเช่นนี้ทำให้ชนกลุ่มน้อยไม่สามารถอ้างตัวเองในฐานะของกลุ่มชนที่เป็นผู้ทรงสิทธิทาง

²³ โปรตดู “The principle of equal rights and self-determination of peoples,” in 2625 (XXV). Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations

²⁴ UNESCO, “Final Report and Recommendation of International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples” (French: UNESCO)

²⁵ Ibid.

กฎหมายระหว่างประเทศได้ เนื่องจากเป็นไปได้ที่จะมีกลุ่มชนที่มีความเหมือนกันสองกลุ่ม ซึ่งมีความคงอยู่แยกออกจากกัน²⁶ (ชนกลุ่มน้อยฝั่งหนึ่ง และรัฐอิสระอีกฝั่งหนึ่ง) เมื่อเป็นเช่นนี้ ชนกลุ่มน้อยย่อมไม่สามารถทรงสิทธิในการกำหนดตนเองได้ ทั้งนี้ มีผู้ให้ความเห็นว่าสิทธิในการกำหนดตนเองที่ชนกลุ่มน้อยไม่สามารถอ้างได้คือสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอก หมายถึง การแยกตัวออกจากรัฐที่ตนอยู่ในเขตแดน²⁷ แต่ยังสมควรได้รับสิทธิในการกำหนดตนเองภายใน ในการที่จะคงไว้ซึ่งอัตลักษณ์ ความเป็นตัวตน และกำหนดสภาพทางการเมืองของตนร่วมกับรัฐบาลในรัฐที่ตนอาศัยอยู่²⁸

(4) เหตุแห่งการอ้างสิทธิ และลักษณะการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง

ก. เหตุแห่งการอ้างสิทธิ

ปณิญาสากล่าวด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตร และการร่วมมือกันระหว่างประชาชาติ ตามที่ระบุไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations) เป็นเอกสารสำคัญในการที่จะนำมาวิเคราะห์ถึงเหตุแห่งการอ้างสิทธิในการกำหนดตนเอง ซึ่งโดยหลักแล้วปณิญาดังกล่าวอ้างถึงเหตุแห่งการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเพียงแค่ประการเดียว²⁹ คือสิทธิของรัฐบาลนิคมที่จะแยกตัวออกมาจากเจ้าอาณานิคม ปณิญาดังกล่าวบังคับให้รัฐทั้งหลายต้องเคารพในหลักการนี้ และถือเป็นหน้าที่หลักที่จะต้องดำเนินการ เพื่อส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างประชาชาติ

²⁶ Lieutenant Andrew Coffin, “Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation,” *Naval Law Review*: 42.

²⁷ Chinonso Ijezie, *Right of Peoples to Self-Determination in the Present International Law* [Online] Accessed: 12 February 2018. Available from: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2304441>, p. 5.

²⁸ สิทธิของชนกลุ่มน้อยซึ่งในที่นี้อาจหมายถึงกลุ่มชาติพันธุ์ ได้รับการรับรองไว้ในเอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ ซึ่งแต่ละฉบับล้วนยอมรับสิทธิของชนกลุ่มน้อยในการที่จะมีส่วนร่วมต่อการกำหนดนโยบายภายในรัฐที่ตนอยู่อาศัย ทั้งนี้ ผู้ที่สนใจศึกษาสิทธิของชนกลุ่มน้อยในทางกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถเริ่มต้นศึกษาได้จากเอกสารชุด “Overview of international legal documents on (ethnic) minority rights” จัดทำโดย European Conservatives and Reformists group (ECR)

²⁹ UNESCO, “Final Report and Recommendation of International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples” (French: UNESCO)

อย่างไรก็ตาม ปฏิกฤษณ์ดังกล่าวยังระบุไว้ด้วยว่า³⁰ “การกระทำอันเป็นการกดขี่ข่มเหง เอารัดเอาเปรียบ ใช้กำลังในการปกครอง รวมถึงแสวงหาผลประโยชน์จากทรัพยากรของรัฐอาณานิคมถือเป็นการละเมิดต่อหลักการที่กำหนดไว้ และเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน...” ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะเหตุการณ์ของรัฐอาณานิคมเท่านั้น การละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยการกดขี่ข่มเหง การแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบสามารถเกิดขึ้นได้กับกลุ่มชาติพันธุ์ภายในรัฐใดรัฐหนึ่งซึ่งถูกปกครองโดยอาศัยนโยบายชาตินิยมต่าง ๆ³¹ สิ่งนี้แสดงให้เห็นว่าแท้จริงแล้วสิทธิในการกำหนดตนเองไม่ได้จำกัดตัวอยู่เฉพาะในฐานะสิทธิของกลุ่มชนซึ่งเป็นรัฐอาณานิคม แต่รวมถึงกลุ่มชาติพันธุ์ที่มีความพร้อมในฐานะกลุ่มชนตามกฎหมายที่จะอ้างสิทธิดังกล่าวเหนือรัฐบาลของรัฐที่ตนสังกัดอยู่ด้วย ทั้งนี้ รายงานของคณะกรรมการว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948 ได้ระบุไว้ในลักษณะที่ยอมรับสิทธิในการกำหนดตนเองในขอบเขตที่กว้างกว่าสิทธิของอาณานิคม ซึ่งอาจรวมถึงสิทธิของกลุ่มต่าง ๆ ภายในรัฐที่จะกำหนดหรือเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางการเมืองของตนได้ตามความสมัครใจภายใต้อาณาเขตหรือโดยเคารพต่อเอกภาพของรัฐด้วย³²

ดังนั้น เหตุแห่งการอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองจึงสามารถแยกได้เป็นสองสาเหตุ คือเหตุอันเกิดจากการเป็นอาณานิคมของรัฐอื่น และเหตุจากการเป็นกลุ่มชาติพันธุ์ที่อยู่ภายในรัฐ ซึ่งได้ถูกกดขี่ข่มเหงหรือปกครองโดยไม่ชอบธรรม และมีความประสงค์ที่จะดำเนินการเพื่อรักษาอัตลักษณ์ของตนเองไว้

ข. ลักษณะการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง

เนื่องจากบทความนี้ประสงค์ที่จะศึกษาสถานะของกลุ่มก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ลักษณะหรือเงื่อนไขของการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองดังที่จะกล่าวต่อไปนี้จะกล่าวเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้สิทธิของกลุ่มชาติพันธุ์โดยไม่กล่าวถึงสิทธิในการกำหนดตนเองของรัฐอาณานิคมแต่ประการใด

ในการที่กลุ่มชาติพันธุ์ใด ๆ จะอ้างสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนนั้น กลุ่มดังกล่าวจะต้องสามารถอ้างได้ก่อนว่าตนเองนั้นเป็นกลุ่มชนซึ่งสามารถเป็นผู้ทรงสิทธิตาม

³⁰ Ibid., “...bearing in mind that subjection of peoples to alien subjugation, domination and exploitation constitutes a violation of the principle, as well as a denial of fundamental human rights, and is contrary to the Charter...”

³¹ Chinonso Ijezie, *Right of Peoples to Self-Determination in the Present International Law* [Online] Accessed: 12 February 2018. Available from: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2304441>, p. 1.

³² UNITED NATION, *Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Fortieth Session.* (U.N. Doc. A/43/10), p. 164.

กฎหมายระหว่างประเทศได้ตามหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้ว และถึงแม้กลุ่มชาติพันธุ์ดังกล่าวจะสามารถอ้างตนเองเป็นกลุ่มชนได้แล้วก็ตาม หากไม่สามารถแสดงให้เห็นเงื่อนไขดังต่อไปนี้ได้ ก็เป็นไปได้ที่จะอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกเพื่อใช้เป็นข้ออ้างในการดำเนินการแบ่งแยกดินแดน

กลุ่มที่จะอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกเพื่อดำเนินการแบ่งแยกดินแดนนั้น**จำเป็นต้องมีอาณาเขตทางพื้นที่ที่ชัดเจน** เนื่องจากมีความประสงค์ที่จะใช้สิทธิเพื่อแบ่งแยกดินแดน จึงไม่สามารถปฏิเสธที่จะกำหนดเขตแดนอันแน่นอนขึ้นก่อนที่จะมีการแบ่งแยกตนเองออกจากรัฐเดิมได้³³ นอกจากนี้ **ต้องมีเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงการปฏิเสธการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายในซึ่งกลุ่มชาติพันธุ์นั้น ๆ ร้องขอ** เหตุดังกล่าวอาจเรียกได้ว่าเกิดจากการที่กลุ่มนั้น ๆ ถูกลิดรอนสิทธิในการมีส่วนร่วมทางการเมืองภายในรัฐ หรือสิทธิที่จะกำหนดชะตากรรมทางการเมืองของตนเอง โดยที่รัฐปฏิเสธที่จะให้เหตุผลหรือไม่สามารถหาเหตุผลอันสมควรมาอธิบายถึงเหตุแห่งการไม่เคารพสิทธินั้นได้³⁴ กรณีเช่นนี้ย่อมเสมือนเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนซึ่งได้รับการรับรองและคุ้มครองในเอกสารในทางระหว่างประเทศหลายฉบับดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้า ทั้งนี้ การลิดรอนสิทธิดังกล่าวต้องเป็นไปในลักษณะที่ลิดรอนหรือปิดกั้นความเป็นไปได้ทุกทางในการที่กลุ่มชาติพันธุ์นั้น ๆ จะเข้าไปมีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรอง หรือเข้าสู่กระบวนการทางสันติภาพต่าง ๆ เช่น การตกลงทำสัญญาสันติภาพ หรือการเปิดเวทีเจรจาเพื่อให้รัฐนั้นเคารพสิทธิในการกำหนดตนเองภายในของกลุ่ม³⁵ ซึ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศอาจเรียกการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อแบ่งแยกดินแดนในลักษณะนี้ว่า “สิทธิในการแบ่งแยกดินแดนเพื่อการเยียวยา (The Right to Remedial Secession)” อันเป็นลักษณะของสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกในการที่จะแยกดินแดนออกจากรัฐที่ปฏิเสธสิทธิในการกำหนดตนเองภายในของกลุ่มชนที่อยู่ภายใต้ดินแดนของรัฐนั้นอย่างเด็ดขาด สิทธิชนิดนี้ ณ ปัจจุบันยังมีข้อถกเถียงที่ค่อนข้างคลุมเครือว่า โดยแท้จริงแล้วเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิในการกำหนดตนเอง หรือเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่กำลังก่อตัวขึ้นในฐานะจารีตประเพณีระหว่างประเทศ³⁶

³³ Lieutenant Andrew Coffin, “Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation,” *Naval Law Review*: 44.

³⁴ Karen Knop, *Diversity and Self-Determination in International Law*, (England: Cambridge University, 2003), pp. 80-82.

³⁵ Lieutenant Andrew Coffin, “Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation,” *Naval Law Review*: 45.

³⁶ Ieva Vezbergaite, *Remedial Secessions as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples*, (Hungary: Central European University), pp. 72-74.

อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อแบ่งแยกดินแดน โดยการใช้กำลัง (Use of Force) นั้นไม่เป็นที่ยอมรับในทางกฎหมาย ซึ่งในกฎบัตรสหประชาชาติข้อที่ 2 (4) กำหนดไว้เป็นข้อห้ามมิให้มีการใช้กำลังทางทหารใด ๆ เพราะเหตุแห่งเขตแดน หรือเพราะเหตุทางการเมือง³⁷ ทั้งนี้ กลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองมักจะอ้างเหตุแห่งการใช้กำลังเพราะต้องการต่อต้านหรือตอบโต้การใช้กำลังที่กระทำโดยฝ่ายรัฐ และมักกล่าวว่าการใช้กำลังนี้มีใช้ตัวเลือกแรกที่เหมาะสมที่จะทำ ซึ่งแม้หลักการดังกล่าวจะไม่ได้ได้รับการรับรองอย่างเต็มที่ในทางระหว่างประเทศ แต่ก็อาจกล่าวได้ว่ามีเหตุผลหรือความชอบธรรมพอสมควรในการที่จะทำให้อำนาจเหล่านี้ไม่ต้องรับผิดชอบหรือประสบกับแรงกดดันใด ๆ ในทางระหว่างประเทศ

อาจกล่าวได้โดยสรุปว่า การอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองภายนอกของกลุ่มชาติพันธุ์เพื่อที่จะแบ่งแยกดินแดนหรือกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองนั้น สิ่งแรกที่ต้องทำคือต้องพิสูจน์ตนเองในฐานะของกลุ่มชนซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด และต้องแสดงให้เห็นถึงการกดขี่และลิดรอนสิทธิในการกำหนดตนเองภายในจากรัฐซึ่งตนอยู่ในเขตแดน โดยต้องเป็นกรณีที่มีการกดขี่นั้นไม่สามารถหาทางออกด้วยวิธีใด ๆ ได้แล้วนอกจากการแยกตนเองออกมาจากรัฐนั้น ซึ่งอาจวัดได้จากปฏิกิริยาของรัฐที่มีต่อข้อเสนอเกี่ยวกับการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายใน ทั้งนี้ การใช้กำลังเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการในการแบ่งแยกดินแดนจะทำได้ เว้นแต่เป็นไปเพื่อตอบโต้การใช้กำลังของฝ่ายรัฐเท่านั้น

3. คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (International Court of Justice: ICJ) และคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดา (Supreme Court of Canada) เกี่ยวกับการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง

คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ และคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดาซึ่งได้กล่าวถึงการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองไว้อย่างน่าสนใจ ประกอบไปด้วยรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) คำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศถือเป็นหนึ่งในองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการวางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้และการตีความสิทธิในการกำหนดตนเอง ทั้งนี้ คำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นมีด้วยกันหลายฉบับ อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาที่เป็น

³⁷ Charter of the United Nations, article 2 (4) “All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations...”

การวางหลักเกณฑ์ของการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองขัดแย้งนั้นประกอบด้วยคำพิพากษา 3 ฉบับสำคัญ ดังนี้

(1.1) LEGAL CONSEQUENCES FOR STATES OF THE CONTINUED PRESENCE OF SOUTH AFRICA IN NAMIBIA (SOUTH WEST AFRICA) NOTWITHSTANDING SECURITY COUNCIL RESOLUTION 276 (1970) ADVISORY OPINION OF 21 JUNE 1971

เลขาธิการแห่งสหประชาชาติ (Secretary General of United Nations) ได้ร้องขอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเพื่อให้ศาลวินิจฉัยความไม่ชอบธรรมอันเกิดจากการที่แอฟริกาใต้อ้างสิทธิของตนเองเหนือดินแดนนามิเบีย ซึ่งขัดกับข้อกำหนดของสหประชาชาติ อันว่าด้วยการปลดปล่อยรัฐอาณานิคม และการไม่เข้าไปแทรกแซงรัฐสมาชิกอื่น ๆ ของสหประชาชาติ³⁸ ในกรณีนี้ไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยการอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองของกลุ่มชน แต่อย่างไรก็ตาม ศาลได้วางความเห็นอันเป็นการยืนยันถึงสิทธิในการกำหนดตนเองที่ได้รับการยอมรับในฐานะกฎหมายระหว่างประเทศไว้ โดยยอมรับให้สิทธิในการกำหนดตนเองที่ได้รับปฏิบัติสืบต่อกันมาเป็นระยะเวลาที่ห้าสิบปีนั้นเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่สามารถกล่าวอ้างในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ หากกฎหมายดังกล่าวถูกละเมิด³⁹

(1.2) LEGAL CONSEQUENCES OF THE CONSTRUCTION OF A WALL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY ADVISORY OPINION OF 9 JULY 2004

กรณีนี้เป็นข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจากการร้องขอของเลขาธิการแห่งสหประชาชาติให้มีการตรวจสอบความชอบธรรมในการสร้างกำแพงของประเทศอิสราเอลบริเวณเขตเวสแบงค์ ซึ่งครอบคลุมพื้นที่บางส่วนของเยรูซาเล็มตะวันออก กำแพงบางส่วนนั้นครอบคลุมพื้นที่บางส่วนของเยรูซาเล็มตะวันออก กำแพงบางส่วนนั้นครอบคลุมพื้นที่เขตแดนปิด (Close Area) ซึ่งเป็นเขตแดนที่อิสราเอลและปาเลสไตน์มีอำนาจร่วมกัน ประชาชนทั้งอิสราเอลและปาเลสไตน์สามารถเดินทางเข้าออกได้เมื่อได้รับอนุญาต ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาดอนหนึ่งว่า กำแพงที่สร้างโดยอิสราเอลนั้นแม้จะสร้างโดยอ้างเหตุแห่งความปลอดภัยของประเทศ แต่การสร้างกำแพงขึ้นครอบทับดินแดนซึ่งประชาชนจากทั้งอิสราเอลและปาเลสไตน์สามารถเข้าไปในดินแดนนั้นได้ตามความประสงค์ของตนนั้นเป็นการละเมิดสิทธิในการกำหนดตนเองของกลุ่มชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ชาวปาเลสไตน์ที่อาศัยอยู่ในเขตกำแพง เพราะเท่ากับเป็นการขีดเส้นให้ชาวปาเลสไตน์นั้นต้องอยู่ภายใต้เขตแดนของอิสราเอล ซึ่งอิสราเอลในฐานะสมาชิกของสหประชาชาตินั้นมีพันธะที่จะไม่ละเมิดสิทธิในการกำหนดตนเองดังกล่าว โดยหากจะกระทำ

³⁸ Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276

³⁹ Ibid., para. 53.

การแบ่งแยกเขตที่อยู่อาศัยเช่นนี้จะกระทำได้เฉพาะโดยวิธีการทางการเมืองโดยการมีส่วนร่วมของประชาชนที่อาศัยในเขตนั้นเท่านั้น⁴⁰

(1.3) ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL LAW OF THE UNILATERAL DECLARATION OF INDEPENDENCE IN RESPECT OF KOSOVO ADVISORY OPINION OF 22 JULY 2010

เป็นกรณีพิพาทที่ว่าด้วยการประกาศเอกราชฝ่ายเดียวของโคโซโว (Kosovo) ต่อประเทศเซอร์เบีย (Serbia) ซึ่งมีข้อเท็จจริงประการหนึ่งว่า โคโซโวนั้นแม้จะเป็นดินแดนหนึ่งของเซอร์เบีย แต่ก็ตกอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรกลางที่จัดตั้งโดยสหประชาชาติซึ่งรัฐบาลเซอร์เบียไม่มีอำนาจแท้จริงเหนือดินแดนนี้ นอกจากนี้ ยังปรากฏข้อเท็จจริงหลายประการที่เกี่ยวกับการกดขี่ข่มเหงประชาชนชาวโคโซโวโดยรัฐบาลเซอร์เบีย ในคดีนี้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนของโคโซโวออกจากเซอร์เบีย ด้วยเหตุผลเพื่อยุติความรุนแรงและความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในโคโซโว ซึ่งการแบ่งแยกดินแดนลักษณะนี้ศาลเรียกว่า การแบ่งแยกดินแดนเพื่อการเยียวยา (Right to remedial secession)⁴¹

(2) คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดา

ศาลสูงสุดของประเทศแคนาดานับว่ามีบทบาทสำคัญอย่างที่สุดในการกำหนดเงื่อนไขว่าด้วยการแบ่งแยกดินแดนโดยอาศัยสิทธิในการกำหนดตนเองในคำพิพากษาคดี Reference re Secession of Quebec, 20 August 1998 ซึ่งเป็นคดีอันเนื่องมาจากความพยายามในการแยกตัวออกจากประเทศแคนาดาของจังหวัดควิเบกผ่านการจัดทำประชามติซึ่งจัดโดยรัฐบาลของรัฐนั้น

ศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดายอมรับความเป็นกลุ่มชนของชาวจังหวัดควิเบกที่มีลักษณะทางวัฒนธรรมตลอดจนภาษาที่ใช้ซึ่งมีลักษณะเฉพาะไม่เหมือนกับจังหวัดอื่นในประเทศแคนาดา และเห็นว่าประเด็นที่จะต้องพิจารณาในที่นี้ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญคือประชาชนชาวควิเบกจะสามารถอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองตามกฎหมายระหว่างประเทศเพื่อแบ่งแยกดินแดนได้หรือไม่⁴²

คดีนี้ศาลสูงสุดแห่งประเทศแคนาดาไม่รับรองสิทธิในการแบ่งแยกดินแดนของจังหวัดควิเบกโดยเหตุผลสองประการ ประการแรก แม้รัฐบาลควิเบกจะพยายามจัดให้มีการลงประชามติในเรื่องการแบ่งแยกดินแดน การลงประชามติดังกล่าวไม่มีผลทางกฎหมายหรือ

⁴⁰ Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, para. 88-89.

⁴¹ Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010, para. 79-83.

⁴² Supreme Court of Canada 2 SCR 217, Reference re Secession of Quebec (Canada: Supreme Court of Canada, 1998), 2 SCR 217, p. 222.

ผูกพันต่อการดำเนินการใด ๆ ของรัฐบาลแคนาดา เนื่องจากศาลตีความว่าการจะลงมติเพื่อแบ่งแยกดินแดนออกไปนั้นไม่สามารถทำได้โดยอาศัยเสียงข้างมากของประชาชนในดินแดนควิเบกแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้องได้รับการยินยอมจากประชาชนในจังหวัดข้างเคียง รวมถึงได้รับความเห็นชอบจากประชาชนจากส่วนอื่น ๆ ของแคนาดาด้วย⁴³ ประการต่อมา ตามหลักการที่ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับความสัมพันธ์ฉันมิตรและการร่วมมือกันระหว่างประชาชาติฯ นั้น สิทธิในการกำหนดตนเองจะมีขึ้นและสามารถอ้างโดยกลุ่มชนที่ไม่ใช่อาณานิคมได้ก็ต่อเมื่อกลุ่มชนนั้นไม่สามารถใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายในรัฐที่ตนอาศัยอยู่ได้ หรือก็คือถูกปฏิเสธสิทธิในการเข้าไปมีส่วนร่วมในทางการเมืองของตนในการกำหนดนโยบายต่าง ๆ ที่จะบังคับใช้กับตนโดยรัฐ ซึ่งสิ่งนี้ไม่ปรากฏให้เห็นในจังหวัดควิเบก กล่าวคือ ควิเบกยังสามารถเข้าถึงสิทธิในการกำหนดตนเองได้ภายใต้บูรณภาพแห่งดินแดนของแคนาดา และรัฐบาลกลางของประเทศแคนาดาก็ได้ปฏิเสธอัตลักษณ์หรือความต้องการในการกำหนดตนเองของชาวควิเบกเลย เมื่อเป็นเช่นนี้ควิเบกจึงไม่สามารถอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อแยกตัวออกจากแคนาดาได้⁴⁴ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งประเทศแคนาดาได้มีการบัญญัติถึงการให้สิทธิในการกำหนดตนเองไว้อย่างชัดเจน แต่การพิจารณาในชั้นของศาลสูงสุดนี้เป็นการพิจารณาในส่วนของการทำประชามติ และการพิจารณาหลักการทางรัฐธรรมนูญในรูปแบบของหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการแบ่งแยกดินแดนของมลรัฐต่าง ๆ และการกำหนดนิยามความหมายเกี่ยวกับประชาชนผู้ที่สมควรจะมีส่วนในการออกเสียงในประเด็นของการแบ่งแยกดินแดนเช่นนี้ด้วย

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ยอมรับสิทธิในการกำหนดตนเองในฐานะส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกันก็ได้กำหนดให้สิทธิในการกำหนดตนเองสามารถใช้อ้างได้แม้กลุ่มชนที่ยกขึ้นอ้างนั้นจะไม่ได้ตกอยู่ภายใต้อาณานิคมใด ๆ รวมถึงยอมรับการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองในการที่จะแยกตัวออกมาจากรัฐใดรัฐหนึ่งเมื่อกลุ่มชนที่อยู่ในรัฐถูกกดขี่ข่มเหงอย่างร้ายแรงซึ่งเป็นหลักการที่ได้ถูกกำหนดขึ้นในคดีของประเทศโคโซโวในปี ค.ศ. 2008 ทั้งนี้ ในคดีโคโซโวศาลได้อ้างถึงคำพิพากษากรณีการใช้สิทธิในการแบ่งแยกดินแดนออกจากประเทศแคนาดาของจังหวัดควิเบก อันมีผลเป็นการวางเงื่อนไขในการอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อแบ่งแยกดินแดนซึ่งจะใช้ได้ต่อเมื่อรัฐที่กลุ่มชนนั้นอยู่ภายใต้อำนาจได้ทำการปฏิเสธการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายในที่กลุ่มชนนั้นร้องขอ

4. การก่อการร้าย (Terrorism)

การก่อการร้ายเป็นคำที่ก่อผลกระทบต่องสังคมอย่างกว้างขวางโดยไม่ต้องอาศัยการให้ความหมายเชิงวิชาการ คนทั่วไปสามารถเข้าใจและอธิบายได้ทันทีว่ากรณีใดบ้างเป็นการ

⁴³ Ibid., p. 221.

⁴⁴ Ibid.

ก่อการร้าย และกรณีใดที่ไม่อาจจัดว่าเป็นการก่อการร้าย อย่างไรก็ตาม ในทางวิชาการด้านกฎหมายนั้นยังไม่สามารถหาคำนิยามที่เหมาะสมหรือเป็นที่ยอมรับร่วมกันของการก่อการร้ายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏความพยายามในการกำหนดนิยามของการก่อการร้ายผ่านข้อเสนอของประเทศสมาชิกในที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 โดยสาธารณรัฐเช็ก และจอร์แดน เป็นสองประเทศที่แสดงออกอย่างชัดเจนให้มีการกำหนดนิยามความหมายของการก่อการร้าย เพื่อให้การบังคับใช้กติการะหว่างประเทศจำนวน 13 ฉบับสามารถเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ⁴⁵

ทั้งนี้ แม้ในทางระหว่างประเทศจะยังไม่ได้มีการกำหนดนิยามของการก่อการร้ายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม มีจารีตประเพณีในทางระหว่างประเทศบางประการที่อาจถูกนำมาพิจารณาประกอบการกำหนดนิยามของการก่อการร้ายได้ กล่าวคือ การก่อการร้ายนั้นคือการประกอบอาชญากรรมที่มีเจตนาพิเศษไปกว่าอาชญากรรมปกติทั่วไป คือมีวัตถุประสงค์ทางการเมือง ศาสนา หรือความเชื่อ โดยมุ่งกระทำการโดยตรงต่อคน หรือกลุ่มคนที่มีความคิดความเชื่อแตกต่างจากตน การกำหนดลักษณะเช่นนี้ทำให้การกระทำอันเป็นการก่อการร้ายนั้นมีแนวโน้มที่จะได้รับการลงโทษสูงกว่าการประกอบอาชญากรรมปกติ ทั้งนี้ เนื่องจากสามารถเข้าใจได้ว่าผู้ที่กระทำการอันเป็นการก่อการร้ายนั้นมีเจตนาพิเศษเหนือกว่าการประกอบอาชญากรรมปกติ⁴⁶ ตัวอย่างของประเทศที่กำหนดนิยามความหมายโดยอาศัยการกำหนดมูลเหตุจูงใจเพิ่มเติมเช่นนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษ และหากมองในทางระหว่างประเทศแล้วตัวอย่างของการนำเอาแนวคิดเช่นนี้ไปใช้คือสหภาพยุโรปตามที่ได้กำหนดไว้เมื่อวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 2002⁴⁷

เมื่อพิจารณาจากลักษณะของการให้ความหมายในทางกฎหมายแล้ว เราย่อมเห็นได้ว่าเป็นการให้ความหมายของการก่อการร้ายที่ไม่ชัดเจนและคลุมเครือ ดังนั้น เพื่อให้สามารถพิจารณาความหมายของการก่อการร้ายได้อย่างครบถ้วนและเหมาะสม จึงจำเป็นที่จะต้องศึกษานิยามของการก่อการร้ายในเชิงรัฐศาสตร์หรือสังคมศาสตร์ด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับความมุ่งหวังของบทความนี้ในการศึกษาการก่อการร้ายมิใช่เพื่อที่จะหาคำนิยามที่เหมาะสม แต่พยายามที่จะหาคำประกอบรวมนิยามทั้งหลายเพื่อที่จะนำมากำหนดว่า แท้จริงแล้วการกระทำในลักษณะใดบ้างที่อาจนิยามได้ว่าเป็นการก่อการร้าย ทั้งนี้ โดยหวังว่าในท้ายที่สุดจะสามารถนำองค์ประกอบที่ได้จากการพิจารณานี้ไปใช้เพื่อแบ่งแยกกลุ่มก่อการร้ายออกจากกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองในลำดับต่อไป

⁴⁵ Jori Duursma, *Definition of Terrorism and Self-Determination*.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Ibid.

(1) ลักษณะทั่วไปของการก่อการร้าย

การค้นหาลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายนั้นเป็นสิ่งที่ยาก และอาจไม่สามารถหาลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายโดยเฉพาะเจาะจงได้ เนื่องจากลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายซึ่งอาจพิจารณาได้จากบทนิยามของคำว่า “การก่อการร้าย” นั้นมีลักษณะที่เป็นนามธรรม จำต้องยาก และอาจปรับเปลี่ยนไปได้ในหลายบริบทโดยขึ้นอยู่กับมุมมองและความเชื่อ ตลอดจนบทบาทหน้าที่ส่วนตัวของผู้ให้คำนิยาม ดังที่มีผู้กล่าวไว้ว่า “ผู้ก่อการร้ายในมุมมองของบุคคลหนึ่งอาจเป็นผู้ต่อสู้เพื่อปลดปล่อยตนเองของบุคคลอื่น”⁴⁸ อย่างไรก็ตาม เราอาจค้นหาลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายได้โดยดูจากบทนิยามความหมายของการก่อการร้ายที่นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายไว้

ดลยา เทียนทอง ได้รวบรวมความหมายของการก่อการร้ายซึ่งนักวิชาการและผู้เชี่ยวชาญได้ให้ไว้ในหนังสือ “ปฐมบทการก่อการร้าย รากเหง้า ความเป็นไป และพลวัต” เป็นจำนวนมาก ซึ่งความหมายที่น่าสนใจประกอบด้วย⁴⁹

ก. H. Arendt (1951) “การก่อการร้ายเป็นความหวาดกลัว หรือการคุกคามที่สามารถเกิดขึ้นได้โดยปราศจากการยั่วยุเบื้องต้น ซึ่งเหยื่อมักจะเป็นประชาชนผู้บริสุทธิ์”

ข. Bassiouni M. Ch. (1981) “การก่อการร้าย หมายถึงยุทธวิธีที่ใช้ความรุนแรง ซึ่งถูกออกแบบมาเพื่อให้เกิดการคุกคามต่อสังคมบางส่วนอย่างเฉพาะเจาะจง นอกจากนี้ยังหมายถึง ยุทธวิธีที่ใช้ความรุนแรงเพื่อให้เกิดผลตามต้องการ โดยให้ประชาชนเกิดความหวาดกลัวอย่างค่อยเป็นค่อยไป”

ค. Laqueur W. (1987) “การก่อการร้ายมักเกี่ยวข้องกับความรุนแรงและการขู่ว่าจะใช้ความรุนแรงเสมอ”

ง. Wolf J. B. (1989) “ยุทธศาสตร์ของการก่อการร้ายไม่ใช่มีเป้าหมายเพียงแต่จะเอาชนะอำนาจทางการเมืองและการทหารของรัฐเท่านั้น แต่จะทำให้ประชาชนเกิดความเห็นห่างและไม่ไว้วางใจรัฐ กระทั่งอาจคิดแยกตัวออกจากรัฐ”

จ. Natanyahu B. (1995) “การก่อการร้ายเป็นการโจมตีอย่างเป็นระบบและเฉพาะเจาะจงต่อประชาชนพลเรือน เพื่อให้เกิดความกลัว โดยมีเป้าหมายทางการเมือง”

ฉ. Shulz R. (1980) “การก่อการร้ายทางการเมือง คือการคุกคาม หรือการใช้รูปแบบความรุนแรงทางการเมืองที่มากกว่าปกติในระดับต่าง ๆ โดยมีเป้าหมายเพื่อความสำเร็จในทางการเมือง”

⁴⁸ “One man’s terrorist is another man’s freedom fighter”

⁴⁹ ดลยา เทียนทอง, ปฐมบทการก่อการร้าย รากเหง้า ความเป็นไป และพลวัต, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550), หน้า 8-20.

ความหมายของการก่อการร้ายที่ยกมาข้างต้นนั้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการให้ความหมายเป็นจำนวนมากจากทั้งนักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญด้านการก่อการร้าย รวมถึงหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจากความหมายข้างต้นทำให้เราสามารถจำแนกองค์ประกอบอันเป็นลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายได้ ดังนี้

ก. มีการใช้ความรุนแรงที่มากกว่าปกติ นิยามการก่อการร้ายข้างต้นต่างแสดงให้เห็นว่าการก่อการร้ายนั้นมีลักษณะสำคัญคือการใช้ความรุนแรง ซึ่งมากกว่าความรุนแรงตามปกติที่ปัจเจกกระทำต่อปัจเจก คือรุนแรงถึงขั้นที่อาจคุกคามสังคมและทำให้เกิดความกลัวแก่ส่วนรวม

ข. การใช้ความรุนแรงมุ่งเป้าไปยังเป้าหมายที่ไม่เหมาะสม เป้าหมายในที่นี้หมายถึงสถานที่สาธารณะ หรือการโจมตีพลเรือนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทหาร ซึ่งโดยหลักแล้วมักเป็นเป้าหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายภาคสงคราม (Law of War)

ค. ผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดในฐานะผู้ก่อการร้ายนั้นมักไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสงคราม เช่น ทหาร ตำรวจ แต่มักจะเป็นปัจเจกชนทั่วไปที่รวมกลุ่มกันขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่าง

ง. วัตถุประสงค์ของการก่อการร้าย การก่อการร้ายมักมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความได้เปรียบหรือสร้างความกดดันทางการเมืองให้แก่รัฐบาลเพื่อให้ทำตามข้อเรียกร้องของตน

จ. วิธีการคิดหรือแนวคิดที่สมควรประณาม องค์ประกอบข้อนี้อาจมิได้ปรากฏให้เห็นในความหมายที่ยกมาข้างต้น แต่อย่างไรก็ตาม เรามักคาดเดาได้เสมอว่าผู้ก่อการร้ายมักจะมีมุมมองหรือทัศนคติที่ค่อนข้างผิดเพี้ยน ซึ่งโดยมากมักจะเป็นการเชื่อว่าการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน หรือคุกคามต่อประโยชน์สาธารณะจะทำให้ข้อเรียกร้องของตนได้รับการยอมรับ⁵⁰

อาจกล่าวโดยสรุปถึงลักษณะทั่วไปของการก่อการร้ายได้ว่า การก่อการร้ายนั้นเป็นการกระทำโดยกลุ่มคนซึ่งมิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งใช้ความรุนแรงอันอาจส่งผลให้เกิดความหวาดกลัวต่อประชาชนและเป็นภัยต่อสังคมใดสังคมหนึ่งโดยรวม การใช้กำลังดังกล่าวมักมุ่งเป้าไปยังกลุ่มเป้าหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทหาร โดยหวังที่จะให้รัฐหนึ่งรัฐใดตอบสนองต่อข้อเรียกร้องทางการเมืองของตน และการกระทำทั้งหลายมักกระทำลงภายใต้ความเชื่อที่ว่า การละเมิดผู้หนึ่งผู้ใดเพื่อเรียกร้องในสิ่งที่ตนต้องการนั้นถูกต้อง

(2) ประเภทของการก่อการร้าย

การแบ่งประเภทของการก่อการร้ายนั้นถูกจำแนกโดยใช้เกณฑ์ที่แตกต่างกันเป็นจำนวนมาก เช่น การแบ่งประเภทของการก่อการร้ายตามเกณฑ์สถานที่ ตามจุดประสงค์ หรือ

⁵⁰ Lieutenant Andrew Coffin, "Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation," *Naval Law Review*: 49.

ตามประเด็นที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม เรามักพบเห็นการแบ่งประเภทของการก่อการร้ายโดยอาศัยรูปแบบพฤติกรรมหรือแรงจูงใจโดยถือเป็นการแบ่งประเภทของการก่อการร้ายที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไป ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร.สุรชาติ บำรุงสุข ได้ทำการแบ่งแยกประเภทของการก่อการร้ายโดยวิธีดังกล่าวไว้ ดังนี้⁵¹

ก. การก่อการร้ายชาตินิยม (National Terrorism) การก่อการร้ายในลักษณะนี้มักเป็นการเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยชนชาติของตนจากรัฐใดรัฐหนึ่ง โดยมีมุ่งหวังที่จะสถาปนารัฐของเชื้อชาติของตนเองขึ้น ลักษณะการใช้ความรุนแรงมักใช้อย่างจำกัดเพียงเพื่อให้ได้รับความสนใจจากประชาคมโลก แต่ไม่มากจนเกินไปจนอาจทำให้ประเทศที่สนับสนุนหรือเห็นใจการเคลื่อนไหวของกลุ่มตนรู้สึกแปลกแยก ทั้งนี้ การจะกำหนดให้กลุ่มก่อการร้ายใดเป็นกลุ่มก่อการร้ายชาตินิยมมักทำได้ยาก เพราะกลุ่มดังกล่าวมักยืนยันว่าตนมิใช่ผู้ก่อการร้าย แต่เป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่ออิสรภาพ

ข. การก่อการร้ายทางศาสนา (Religious Terrorism) กลุ่มก่อการร้ายประเภทนี้ไม่ได้เคลื่อนไหวโดยมีวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการสถาปนารัฐหนึ่งรัฐใดขึ้นใหม่ ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเรียกร้องในทางการเมือง การเคลื่อนไหวหรือการใช้ความรุนแรงใด ๆ มักเป็นการเคลื่อนไหวเพื่อให้ความเชื่อตามศาสนา นิกาย หรือลัทธิที่ตนเคารพนับถือบรรลุผล เป้าหมายของกลุ่มก่อการร้ายประเภทนี้ไม่มีข้อจำกัด ขอเพียงถือว่าเป้าหมายที่มุ่งจะโจมตีเป็นเป้าหมายที่เกิดขึ้นโดยประสงค์ของพระเจ้า หรือเป็นการโจมตีผู้ที่ดูหมิ่นลบลู่ศาสนา ก็เพียงพอแล้ว

ประเภทของการก่อการร้ายที่ยกมาข้างต้นนั้นเป็นประเภทของการก่อการร้ายที่ดูจะมีลักษณะเกี่ยวข้องกับกรณีการเคลื่อนไหวของกลุ่มก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยนอกจากประเภทของกลุ่มก่อการร้ายทั้งสองที่ยกมาข้างต้นแล้ว การแบ่งประเภทของการก่อการร้ายโดยอาศัยรูปแบบพฤติกรรมหรือแรงจูงใจยังสามารถแบ่งแยกย่อยได้ดังนี้ การก่อการร้ายที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐ (State-Sponsored Terrorism) การก่อการร้ายของฝ่ายซ้ายจัด (Left-wing Terrorism) การก่อการร้ายของฝ่ายขวาจัด (Right-wing Terrorism) และการก่อการร้ายของพวกอนาธิปไตย (Anarchist Terrorism)

(3) ลักษณะของการกระทำที่เป็นการก่อการร้าย

ลักษณะของการกระทำหรือพฤติกรรมที่เป็นการก่อการร้ายนั้นก็เช่นเดียวกับลักษณะทั่วไปของการก่อการร้าย คือยังไม่สามารถหาข้อสรุปอันเป็นข้อยุติได้ เนื่องจากความเป็นพลวัตของการก่อการร้ายซึ่งขึ้นอยู่กับมุมมองและความรู้สึกที่มีต่อกลุ่มดังกล่าว อาทิ การพยายามระเบิดพลีชีพในที่ชุมนุม ซึ่งระเบิดไม่ทำงานและไม่มีผู้เสียหายจะถูกนิยามว่าเป็นการ

⁵¹ สุรชาติ บำรุงสุข, การก่อการร้ายร่วมสมัย, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554), หน้า 42-47.

ก่อการร้าย แต่ในขณะเดียวกันการกราดยิงเข้าไปในสถานที่สาธารณะบางแห่งและมีผู้บาดเจ็บ รวมถึงเสียชีวิตกลับไม่ถูกนิยามให้เป็นการก่อการร้าย เป็นต้น

แม้ว่าเราจะไม่สามารถหาข้อตกลงที่เป็นที่ยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับพฤติกรรมของการก่อการร้ายได้ แต่โดยทั่วไปแล้วเราอาจกล่าวได้ว่า การก่อการร้ายนั้นเป็นการกระทำอันเป็นการก่ออาชญากรรม เช่น การลงมือทำร้ายบุคคล สิ่งปลูกสร้าง โดยมุ่งหวังที่จะให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองตามข้อเรียกร้องของตน ในขณะเดียวกันเป้าหมายที่ถูกโจมตีมักจะเป็นเป้าหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับการทหาร ไม่สนใจว่าผู้บริสุทธิ์จะได้รับผลกระทบไปด้วยหรือไม่⁵²

การใช้ความรุนแรงหรือการยื่นข้อเรียกร้องต่าง ๆ มักกระทำลงโดยได้มีการวางแผนไว้แล้ว โดยผู้ก่อการร้ายมักกล่าวอ้างถึงการกระทำของตนให้สังคมรับรู้เพื่อให้กลุ่มของตนตลอดจนข้อเรียกร้องที่เสนอนั้นเป็นที่สนใจของสังคม และในขณะเดียวกันการกระทำทั้งหลายจะถูกกระทำลงอย่างต่อเนื่องจนกว่าข้อเรียกร้องหรืออุดมการณ์ของตนจะบรรลุผล⁵³

5. ปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ และขบวนการแนวร่วมปฏิวัติแห่งชาติมลายูปาตานี

ปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้นั้นเป็นสิ่งที่มาอย่างยาวนาน ควบคู่ไปกับการแปรสภาพสยามให้กลายเป็นรัฐสมัยใหม่ และมีเหตุการณ์ที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมากดังจะมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) ความเป็นมาโดยสังเขปของปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้

ในบริบทหรือความรับรู้ของคนไทยสมัยปัจจุบัน (พ.ศ. 2561) ปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้ถูกบันทึกเข้าสู่มนัสึกของประชาชนชาวไทยภายใต้ทฤษฎีแบ่งแยกดินแดน และการนำเสนอถึงเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นเป็นรายวัน โดยต่างเชื่อกันอย่างกว้างขวางว่าสถานการณ์ความไม่สงบในสามจังหวัดฯ นั้นเกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงปี พ.ศ. 2544 และได้รับความสนใจจากสาธารณชนเป็นอย่างยิ่งจากเหตุการณ์ปล้นปืนค่ายทหารพัฒนาที่ 4 เมื่อวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2547 อย่างไรก็ตาม ปัญหาของสามจังหวัดฯ นั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมาช้านาน ผ่านการขีดเขียนประวัติศาสตร์ซ้ำแล้วซ้ำเล่าจากฝ่ายต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำเนิดขึ้นอย่างเป็นทางการของ “รัฐไทย” รัฐชาติสมัยใหม่ที่ควรรวมเอาอาณาจักรมลายูในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐ

ปัญหาเรื่องความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้และแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยกดินแดนที่แพร่หลายในประเทศไทยนั้นอาจกล่าวได้ว่าเกิดขึ้นในช่วงทศวรรษปี พ.ศ. 2480 ผ่านเหตุการณ์สำคัญสองเหตุการณ์ที่เป็นตัวกระตุ้นคือ “กบฏหะยีสุหลง” และ “กบฏดุซงญอ” อัน

⁵² เรื่องเดียวกัน, หน้า 53-55.

⁵³ เรื่องเดียวกัน

เป็นเหตุการณ์ที่แสดงให้เห็นถึงความขัดแย้งและความไม่เข้าใจกันระหว่างชาวมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้กับทางการไทย⁵⁴ โดยชนชาวมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งอาจเรียกว่าชาวมลายูมุสลิมนั้นเป็นกลุ่มชนที่มีภาษา วัฒนธรรม ตลอดจนประวัติศาสตร์อันเป็นเอกลักษณ์ เนื่องจากอาณาจักรปัตตานีได้ก่อร่างสร้างตัวขึ้นมาตั้งแต่สมัยอาณาจักรลังกาสุกะ และได้รับอิทธิพลของศาสนาอิสลามที่แผ่ขยายมาถึงภูมิภาคนี้ในคริสต์ศตวรรษที่ 13⁵⁵

อาณาจักรหรือรัฐสุลต่านมลายูแห่งปัตตานีได้เจริญรุ่งเรืองถึงขั้นเป็น “ยุคทอง” ทั้งด้านการค้าและการเมืองในคริสต์ศตวรรษที่ 16 ถึง 17 ขณะเดียวกันคาบสมุทรแห่งนี้ก็เผชิญเช่นเดียวกับส่วนอื่นของอินโดจีน คือต้องดิ้นรนต่อสู้ช่วงชิงความเป็นใหญ่กันตลอด ผลัดสลับเปลี่ยนพันธมิตรและระดับของความเป็นรัฐบริวารที่แตกต่างกันไป กระทั่งความเสื่อมถอยของอาณาจักรมลายูในคริสต์ศตวรรษที่ 18 ก็ถึงจุดสิ้นสุดลงจากความพ่ายแพ้ของรัฐบาลปัตตานีในปี ค.ศ. 1785 (พ.ศ. 2328) แต่นั้นมาภูมิภาคแถบนี้ก็ต้องส่งส่วยบรรณาการให้แก่อาณาจักรสยาม แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งการปกครองตนเองในระดับหนึ่ง ช่วงระยะนี้ดำรงอยู่กระทั่งมีการผนวกรวมภูมิภาคแถบนี้ในปี ค.ศ. 1909 (พ.ศ. 2452) เข้ากับรัฐไทย (รัฐสยาม) ซึ่งเพิ่งถือกำเนิดขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ภายใต้แนวคิดในการกำหนดอาณาเขตของรัฐให้มีความสมบูรณ์ดังเช่นรัฐสมัยใหม่ทั่วไปตามอิทธิพลตะวันตกมิใช่แบบราชาธิราชดังเช่นในอดีต⁵⁶ ทั้งนี้ การเกิดขึ้นของแนวทางการตีกรอบประเทศแบบรัฐชาตินี้ทำให้เกิดความคิดว่าด้วยความเป็นหนึ่งเดียวกันของคนในชาติ ทั้งด้านจารีตประเพณี วัฒนธรรม ศาสนา และภาษา ดังที่สมเด็จพระยาดำรงราชานุภาพทรงเสนอคือ “ความรักอิสราภาพ...แห่งชาติภูมิ”⁵⁷ ซึ่งแสดงให้เห็นแนวคิดชาตินิยมยิ่งยวด

ภายใต้กระแสชาตินิยมความเป็นไทย ได้เกิดความพยายามที่จะกลืนเอาวัฒนธรรมอื่น ๆ ที่กระจายอยู่ตามภูมิภาคต่าง ๆ ให้เป็นหนึ่งเดียวคือให้มีความเป็น “ไทย” ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่พอใจในกลุ่มคนต่าง ๆ โดยเฉพาะในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งประกอบด้วยจังหวัดยะลา ปัตตานี และนราธิวาส จนเกิดเป็นความขัดแย้งทางความคิดระหว่างคนมลายูมุสลิมในสามจังหวัดฯ กับคนในภูมิภาคอื่น ๆ ของรัฐไทย อันเป็นชนวนของความขัดแย้งอื่น

⁵⁴ ผู้สนใจศึกษาข้อเท็จจริงในเรื่องของ “กบฏหะยีสุหลง” และ “กบฏดุซงญอ” โปรดอ่าน ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย*, (กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551)

⁵⁵ นอร์เบิร์ต โรเปอส์, *คู่มือกระบวนการสันติภาพชายแดนใต้/ปัตตานี “เราจะทำงานร่วมกันได้อย่างไร”* (ปัตตานี: ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 2558), หน้า 288-289.

⁵⁶ ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย*, หน้า 7.

⁵⁷ วารุณี โอสถารมย์, “การศึกษาในสังคมไทย พ.ศ. 2411-2475,” (วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2524), หน้า 106.

ทั้งหมดในกาลต่อมา และเป็นเหตุเริ่มต้นของแนวคิดการแบ่งแยกดินแดนของชาวมลายูมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่คนไทยส่วนใหญ่รับรู้

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาประวัติศาสตร์ของประเทศไทยภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ. 2475 จะพบว่ารัฐบาลไทยได้ให้ความสนใจการเคลื่อนไหวของกลุ่มต่าง ๆ ในบริเวณสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ตลอดเวลา โดยจะพบแนวทางการดำเนินนโยบายของรัฐบาลไทยต่อสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ในสองรูปแบบ คือในช่วงปี พ.ศ. 2475 - พ.ศ. 2491 และ พ.ศ. 2482 - พ.ศ. 2487 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสมัยของรัฐบาลจอมพล ป. พิบูลสงคราม นั้น ประเทศไทยมีทัศนคติต่อคนมาลายูไปในทางลบ คือมองว่าเป็นผู้มีความคิดแบ่งแยกประเทศ และดำเนินการเฝ้าติดตามนักการเมืองท้องถิ่นตลอดจนผู้นำทางศาสนาในสามจังหวัดฯ อย่างใกล้ชิด มีการจับกุมตัวและทำร้ายร่างกายบุคคลที่รัฐเห็นว่าเป็นอันตราย รวมถึงพยายามที่จะใช้นโยบายต่าง ๆ มาเพื่อลบล้าง หรือกลืนวัฒนธรรมดั้งเดิมของชาวมลายูในสามจังหวัดฯ ให้เป็นหนึ่งเดียวกับความเป็นไทยโดยวิธีการโฆษณาต่าง ๆ เช่น การออกโปสเตอร์ที่แสดงให้เห็นว่าการแต่งกายแบบมุสลิมมาลายูนั่นไม่เหมาะสม รวมถึงการยกเลิกการใช้กฎหมายอิสลามในพื้นที่ โดยให้ใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แทนกฎหมายศาสนา⁵⁸

ต่อมาในช่วงปี พ.ศ. 2488 - พ.ศ. 2490 ในสมัยรัฐบาลของนายควง อภัยวงศ์ รัฐบาลไทยได้ลดบทบาทการดำเนินนโยบายชาตินิยมลง และหันมาอุปถัมภ์ศาสนาอิสลามมากขึ้น เริ่มมีการฟื้นฟูกฎหมายอิสลามมาใช้บังคับในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ตลอดจนยอมรับเรื่องการแต่งกายและวันหยุดพิเศษของศาสนาอิสลาม ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากความรุนแรงของกลุ่มเคลื่อนไหวในสามจังหวัดฯ ที่เพิ่มมากขึ้นจากการดำเนินนโยบายชาตินิยมในช่วงก่อนหน้านี้⁵⁹ อย่างไรก็ตาม นโยบายของรัฐบาลนายควง อภัยวงศ์ ไม่สามารถที่จะอุดช่องว่างแห่งความแตกแยกที่รัฐบาลสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ทำเอาไว้ได้ และช่องว่างหรือบาดแผลที่เริ่มจะสมานตัวในสมัยการปกครองของนายควง อภัยวงศ์ ก็ถูกขยายและทำให้กว้างมากขึ้นภายหลังการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2490 ซึ่งทำให้จอมพล ป. พิบูลสงคราม กลับมามีอำนาจอีกครั้งหนึ่ง จนนำมาสู่การดำเนินนโยบายเพื่อทำลายวัฒนธรรมมาลายูดั้งเดิมที่แลแล้วมา ซึ่งเป็นชนวนทำให้เกิดการใช้ความรุนแรงของเจ้าหน้าที่รัฐต่อชาวบ้านในหมู่บ้านดุซงญอจนเกิดการตอบโต้กันด้วยกำลังทหารขึ้น และทำให้ปัญหาความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ดำเนินยืดเยื้อมาจนถึงปัจจุบัน จึงอาจกล่าวได้ว่าปัญหาความรุนแรงนี้เกิดขึ้นเพราะทัศนคติ อคติ และมุมมองในอุดมการณ์การเมืองความเป็นชาติ ที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงของชาวมลายูมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้นั่นเอง⁶⁰

⁵⁸ ชเนศ อาภรณ์สุวรรณ, *ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย*, หน้า 53-70.

⁵⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-73.

⁶⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 87-94.

ทั้งนี้ ภายหลังเหตุการณ์ปล้นปืนในปี พ.ศ. 2547 และเหตุการณ์สลายการชุมนุมที่มีสียึดหรือเชในปเดียวกัน ได้มีความพยายามจากรัฐบาลของฝ่ายไทยในการเข้าเจรจากับกลุ่มก่อความไม่สงบเพื่อหาทางยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้น อาทิ การเจรจากับกลุ่ม BRN ในปี พ.ศ. 2556 รวมถึงการขับเคลื่อนกระบวนการสันติภาพโดยภาคประชาสังคม ผ่านการจัดเวทีรับฟังความคิดเห็นเรื่อง “ชายแดนใต้จัดการตนเอง” ซึ่งทยอยจัดตั้งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2555 ถึงเดือนเมษายน พ.ศ. 2556 ที่สะท้อนถึงความพยายามของคณาจารย์มุสลิมในพื้นที่ ร่วมกับคณพทุธและส่วนราชการ ในการที่จะหาทางออกให้กับสถานการณ์ในสามจังหวัดฯ ผ่านการจัดทำเวทีสันติภาพ

(2) ขบวนการแนวร่วมปฏิวัติแห่งชาติมลายูปาตานี (Barisan Revolusi Nasional Melayu Patani: BRN)

ขบวนการแนวร่วมปฏิวัติแห่งชาติมลายูปาตานี (Barisan Revolusi Nasional Melayu Patani: BRN) เป็นหนึ่งในกลุ่มก่อความไม่สงบที่เคลื่อนไหวเรียกร้องการปลดปล่อยดินแดนสามจังหวัดฯ จากการปกครองของประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2503 ก่อตั้งโดย अबดุล คาริม ฮัสซัน (Abdul Karim Hassan) ซึ่งเป็นครูสอนศาสนา (Ustad) ในระยะเริ่มแรกแกนนำของกลุ่มดำเนินงานทางการเมืองอย่างปิดลับ และต่อมาได้มีการดำเนินการก่อการร้ายและใช้ความรุนแรงมากยิ่งขึ้นภายหลังจากที่ได้รับการสนับสนุนอาวุธและยุทธโธปกรณ์จากต่างประเทศ โดยการใช้ความรุนแรงในการโจมตีนั้นจะอ้างถึงความรุนแรงที่ชาวมาลายูถูกกดขี่จากรัฐไทยในอดีตเพื่อเป็นข้อสนับสนุนในการโจมตี⁶¹

ในช่วงปี พ.ศ. 2520 เกิดความแตกแยกในหมู่แกนนำ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประธาน BRN ในขณะนั้น และเลขาธิการคือ अबดุล คาริม ฮัสซัน ในเรื่องอำนาจในการบริหารงาน เพราะดูเหมือนเลขาธิการจะมีอำนาจในการบริหารงานมากกว่า ความขัดแย้งเกิดขึ้นอย่างรุนแรงในปี พ.ศ. 2522 ซึ่งนำไปสู่การแบ่งแยกกลุ่ม BRN ออกเป็นสามกลุ่ม ได้แก่ BRN Congress, BRN ULAMA (ลูลามา แปลว่า ผู้ทรงความรู้ทางศาสนา) และ BRN Coordinate⁶² ซึ่งในปัจจุบันกลุ่มที่มีความเคลื่อนไหวมากที่สุด และถือว่าเป็นแกนหลักในการก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้คือ BRN Coordinate ส่วนกลุ่มอื่น ๆ นั้นได้ยุติบทบาทหรือลดบทบาทของตนลงแล้ว

ก. BRN Coordinate

BRN Coordinate เป็นกลุ่มที่มีพื้นฐานจากกรมการเมืองใน BRN กลุ่มนี้จะทำหน้าที่คล้าย ๆ กรมการเมืองของขบวนการ โดยได้รวมตัวกันแสวงหาแนวทางการต่อสู้ใหม่

⁶¹ สุริชัย หวันแก้ว, กำเนิดไฟใต้, (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555), หน้า 217.

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 215-216.

พร้อมกับการแสวงหากลุ่มผู้สนับสนุนการต่อสู้ต่อไปของกลุ่มตนจากภายนอกประเทศ เพื่อปรับแนวทางยุทธศาสตร์ ยุทธวิธี เพื่อยืนหยัดการต่อสู้กับรัฐไทย เพื่อสถาปนา “รัฐปัตตานี” ต่อไป⁶³

ลักษณะการดำเนินงานของ BRN Coordinate นั้น ในเริ่มแรกเป็นการปลุกฝังและชักชวนเยาวชนจากพื้นที่ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ให้มาเข้าร่วมกับตน ผ่านการปลุกฝังของโรงเรียนสอนศาสนา หรือ ปอเนาะ (Ponoh) เพื่อปลุกฝังให้เด็กรุ่นใหม่ยึดถือในอุดมการณ์ของกลุ่มในการปลดปล่อยรัฐปัตตานีจากการปกครองของไทย⁶⁴ รวมถึงทำการฝึกฝนอาวุธให้กับเยาวชนที่ได้รับการคัดเลือก โดยจัดตั้งให้เป็นกลุ่ม Pejuang Kemerdekaan Patani (Patani Freedom Fighters: Patani Darulsalam Fighters) หรือกลุ่มนักรบเพื่อปลดปล่อยปัตตานี ซึ่งจะได้รับการฝึกสอนให้รู้ยุทธวิธีในการรบ รวมถึงฝึกสอนศิลปะการต่อสู้ และการใช้อาวุธต่าง ๆ ซึ่งกลุ่มเหล่านี้จะดำเนินการก่อตั้งและบริหารงานในทางลับ กระจายตัวไปตามหมู่บ้านต่าง ๆ ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ ขยายอิทธิพลผ่านครูสอนศาสนา ผู้นำศาสนา และนักการเมืองท้องถิ่น ทั้งโดยอาศัยการปลุกฝังความเชื่อ การพูดคุย รวมถึงการข่มขู่⁶⁵

เอกสารที่ค้นได้จากบ้านพักของสมาชิกขบวนการในอำเภอเจาะไอร้อง แสดงให้เห็นถึงการก่อตั้งองค์กรอย่างเป็นขั้นตอน พร้อมกำหนดแนวทางการเคลื่อนไหวต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน โดยระบุวาระองค์กรนี้ได้เตรียมแผน 7 ขั้นตอน ในการปฏิบัติการเพื่อเป้าหมายในการแบ่งแยกดินแดน⁶⁶ กล่าวคือ

ขั้นที่ 1 สร้างจิตสำนึกมวลชน โดยเน้นสำนึกความเป็นมุสลิม เชื้อชาติมาลายู อยู่ในรัฐปัตตานีที่ถูกกรรณ (จากสยาม) และจะต้องต่อสู้การกดขี่ข่มเหง

ขั้นที่ 2 จัดตั้งมวลชน โดยผ่านการสอนศาสนาตามโรงเรียนตาดิกา ปอเนาะ คณะกรรมการต่าง ๆ และใช้กีฬาเป็นรูปแบบหนึ่งในการจัดตั้ง

ขั้นที่ 3 จัดตั้งองค์กร โดยที่ BRN จะเข้ามาอยู่เบื้องหลังการจัดตั้งองค์กรต่าง ๆ

ขั้นที่ 4 จัดตั้งกองกำลังด้วยการชักชวนเยาวชนเข้าร่วมกองกำลังโดยอาศัยการฝึกในสถานที่ลับต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นในสวนยางหรือในโรงเรียนปอเนาะ

ขั้นที่ 5 ปลุกฝังอุดมการณ์ชาตินิยมผ่านการปฏิบัติและการต่อสู้

⁶³ สำเร็จ ศรีทราย, ขบวนการ BRN-Coordinate กับ การก่อความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ และ 4 อำเภอ ในช่วงปี พ.ศ. 2542 - ปัจจุบัน (2550) และแนวความคิดในการยุติสถานการณ์, (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2550), หน้า 44.

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 44-45.

⁶⁵ Human Rights Watch, No One Is Safe Insurgent Attacks on Civilians in Thailand's Southern Border Provinces, (Human Rights Watch 2007), pp. 18-28.

⁶⁶ สุริชัย หวันแก้ว, กำเนิดไฟใต้, หน้า 228-229.

ชั้นที่ 6 เตรียมพร้อม

ชั้นที่ 7 ก่อการปฏิวัติ

ทั้งนี้ Human Rights Watch ได้เผยแพร่คำสาบานในการเข้าร่วมเป็นนักสู้เพื่อปลดปล่อยปาตานี ตามเอกสารที่ค้นพบในพื้นที่จังหวัดยะลา ช่วงเดือนมกราคม พ.ศ. 2550⁶⁷ ความว่า

คำประกาศของนักสู้แห่งปาตานีดารุสซาลาม

มาลาญมุสลิมแห่งปาตานีดารุสซาลาม

พวกเรานักสู้แห่งปาตานีดารุสซาลามขอประกาศสงครามกับพวกนอกศาสนาชาวสยาม ตั้งแต่วันที่ 4 มกราคม 2547 เราจะไม่หยุดจนกว่าจะสามารถปลดปล่อยบ้านเกิดของเราให้เป็นอิสระ พวกเราจะทำลายกองทัพบกของพวกมัน ปล้นอาวุธของพวกมัน โจมตีกองกำลังของพวกมันและเผาโรงเรียนของพวกมัน เราจะทำให้พวกมันอ่อนแอและทำลายมัน เพื่ออิสรภาพแห่งปาตานีดารุสซาลาม เราจะสู้จนกว่าเราจะได้รับอธิปไตยและดินแดนของเราคืนจากสยาม

จะไม่มีการต่อรอง รวมถึงประนีประนอมใด ๆ กับศัตรูของพวกเรา เราจะไม่เข้าไปไกลเกลียดในสภา เราได้รับการสนับสนุนจากพวกท่านทั้งหลายชาวมาลาญมุสลิมแห่งปาตานีดารุสซาลาม และเราจะมีเปรียบเหนือพวกนอกศาสนาเหล่านั้น

เราจะทำลายความชั่วร้ายที่กัดกินสังคมของพวกเราให้สิ้นซาก เราจะทำลายเศรษฐกิจ การเมือง และระบบการศึกษาของสยามที่ครอบงำสังคมของเรา

เราจะทำลายความเข้มแข็งของกองทัพบก

เราจะชำระล้างชาวสยามออกไปจากดินแดนของพวกเรา เพื่อให้ศาสนาและวัฒนธรรมของเราบริสุทธิ์

เราจะยุติการปกครองของสยาม และทวงคืนดินแดนที่เป็นของพวกเราชาวมาลาญมุสลิมแห่งปาตานีดารุสซาลาม

เราจะนำมาซึ่งความยุติธรรมภายใต้หลักเกณฑ์แห่งศาสนา

เราจะนำพาสันติภาพมาสู่ชาวมาลาญมุสลิมแห่งปาตานีดารุสซาลาม

เราจะทำให้ประเทศของเราเป็นประเทศมุสลิมที่ได้รับการยอมรับจากสากล

⁶⁷ สามารถอ่านเอกสารฉบับนี้ในรูปแบบภาษาอังกฤษได้ที่ Human Rights Watch, *No One Is Safe Insurgent Attacks on Civilians in Thailand's Southern Border Provinces*, (Human Rights Watch 2007), p. 45.

ข. ลักษณะการใช้ความรุนแรงของ BRN Coordinate

ลักษณะของการก่อความไม่สงบโดยกลุ่ม BRN Coordinate นั้นจะเริ่มจากการก่อวินาศกรรมหรือสร้างความปั่นป่วนในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ซึ่งกระทำโดยการพันสัสเปรี้ยลงบนวัตถุต่าง ๆ แจกใบปลิว ไปจนถึงการโจมตีเป้าหมายหรือทำลายเป้าหมายที่ไม่ใช่ตัวบุคคล เช่น โรงเรียนของรัฐ ตู้โทรศัพท์ หรือสถานที่ราชการต่าง ๆ และในท้ายที่สุดจะนำไปสู่การโจมตีที่มุ่งหวังเอาชีวิตผู้คน อาทิ ชาวบ้านในพื้นที่ พระสงฆ์ ข้าราชการ ทหาร ตำรวจ รวมถึงชาวมุสลิมที่ถูกสงสัยว่าให้ความร่วมมือกับรัฐบาล⁶⁸

อย่างไรก็ตาม จากการสำรวจของศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้ (Deep South Watch) ในปี พ.ศ. 2557 เฉพาะช่วงเดือนกุมภาพันธ์ พบว่าเป้าหมายหรือผู้ได้รับผลกระทบจากความไม่สงบส่วนใหญ่จะเป็นราษฎร ซึ่งในจำนวนนี้มีเยาวชนอายุต่ำกว่า 15 ปี รวมอยู่ด้วย⁶⁹ นอกจากนี้ หากพิจารณาตามสถิติที่จัดทำขึ้นโดยองค์กร Human Rights Watch ในช่วงปี พ.ศ. 2547 - พ.ศ. 2550 พบว่าผู้ได้รับผลกระทบจากการก่อความไม่สงบส่วนใหญ่จะเป็นพลเรือน ซึ่งในที่นี้ได้แก่ พระสงฆ์ เจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนของรัฐ ประชาชน ผู้บริสุทธิ์ (รวมถึงชาวมุสลิม) ผู้เป็นพยานในเหตุการณ์ความไม่สงบ ครู และเจ้าหน้าที่สาธารณสุข รวมถึงการโจมตีโรงเรียน สถานพยาบาล และสถานที่ราชการต่าง ๆ ด้วย⁷⁰

6. สถานะทางกฎหมายของกลุ่ม BRN

จากการศึกษาเรื่องความแตกต่างของกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองและกลุ่มก่อการร้าย ทำให้เราทราบว่า การจะจำแนกสองกลุ่มนี้ออกจากกันนั้นจะต้องแสดงให้เห็นเสียก่อนว่า กลุ่มที่เคลื่อนไหวโดยประกาศเจตนารมณ์อย่างชัดแจ้งที่จะแบ่งแยกดินแดนออกจากรัฐที่ตนอยู่ภายใต้เขตแดนนั้นสามารถอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองเพื่อที่จะแบ่งแยกดินแดนได้อย่างเต็มที่ โดยหลักเกณฑ์ประการสำคัญจะต้องมีความเป็นกลุ่มชนที่จะสามารถอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองได้ตามกฎหมาย และจะต้องถูกรัฐปฏิเสธการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายในอย่างเด็ดขาด

กลุ่ม BRN นั้นแม้จะเกิดขึ้นจากการรวมตัวของกลุ่มชนมาลายูมุสลิมในพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ แต่ก็เพียงการรวมตัวของคนกลุ่มที่มีแนวคิดในการแบ่งแยกดินแดนเท่านั้น กล่าวคือ กลุ่ม BRN ไม่สามารถอ้างตัวเองในฐานะผู้แทนของประชาคมชาวมลายูมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้ทั้งหมด เห็นได้จากการที่กลุ่ม BRN เองยังมีความ

⁶⁸ Ibid., pp. 18-28.

⁶⁹ ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้ (Deep South Watch), [ออนไลน์], เข้าถึงข้อมูลเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <http://deepsouthwatch.org/node/5402>

⁷⁰ Human Rights Watch, *No One Is Safe Insurgent Attacks on Civilians in Thailand's Southern Border Provinces*, (Human Rights Watch 2007), pp. 47-88.

แตกต่างทางความคิดและความเคลื่อนไหว ซึ่งต่างกับกรณีของจังหวัดควิเบกในประเทศแคนาดา ที่การเรียกร้องให้แบ่งแยกดินแดนนั้นเกิดจากกระบวนการทางการเมืองของพรรคการเมืองที่ได้รับการยอมรับจากคนในจังหวัดนั้น โดยลักษณะของการดำเนินการของ BRN นั้นเป็นเพียงการดำเนินการโดยกลุ่มของตน ที่อ้างความชอบธรรมในนามของประชาชนชาวมาลาญมุสลิมทั้งหมด โดยปราศจากการยอมรับอย่างเป็นทางการและเปิดเผยในที่สาธารณะ ดังนั้น แม้กลุ่ม BRN จะประกอบขึ้นจากกลุ่มชนที่มีอัตลักษณ์ ภาษา วัฒนธรรม ตลอดจนอาณาเขตดินแดนที่ชัดเจน กลุ่ม BRN ก็ไม่ได้รับการรับรองให้มีฐานะเป็นกลุ่มชน (Peoples) ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ แม้ว่ากลุ่ม BRN จะอ้างการกดขี่ข่มเหงของรัฐไทยในอดีต ซึ่งประกอบไปด้วยการพยายามทำลายอัตลักษณ์ของชาวมาลาญมุสลิม การใช้ความรุนแรงกับชาวมาลาญมุสลิม รวมถึงการกดขี่อื่น ๆ มาเป็นข้ออ้างในการแบ่งแยกดินแดน แต่ในปัจจุบันรัฐไทยเองก็มีความพยายามอย่างยิ่งที่จะรับฟังข้อเรียกร้องของกลุ่ม BRN รวมถึงภาคประชาชนเองกำลังพยายามที่จะเคลื่อนไหวในการเสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดตนเองของชนชาวมาลาญมุสลิมในสามจังหวัดฯ ซึ่งรัฐบาลไทยก็ให้การสนับสนุน จึงไม่อาจกล่าวได้ว่ารัฐบาลไทยปฏิเสธการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองภายในของชนชาวมาลาญมุสลิมอย่างเด็ดขาดจนถึงขั้นที่จะนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการแบ่งแยกดินแดน ข้ำร้ายยังเป็นกลุ่ม BRN เสียอีกที่ปรากฏความเคลื่อนไหวในลักษณะที่ปฏิเสธความพยายามของรัฐบาลไทยในการยอมรับสิทธิในการกำหนดตนเองภายในของชาวมาลาญมุสลิม ซึ่งเห็นได้ชัดเจนจากคำประกาศของนักสู้เพื่อปลดปล่อยปาตานีดังที่ได้นำเสนอไว้แล้วข้างต้น

นอกจากนี้ จะเห็นได้ว่ากลุ่ม BRN นั้นมีการเลือกเป้าหมายที่เป็นพลเรือน รวมถึงโจมตีสถานบริการสาธารณะต่าง ๆ ของรัฐ อาทิ โรงเรียน โรงพยาบาล ตลอดจนสถานที่ราชการต่าง ๆ ซึ่งตรงกับลักษณะของการกระทำที่อาจกำหนดว่าเป็นการก่อการร้ายในส่วนของการใช้ความรุนแรงเพื่อทำให้เกิดความกลัว มีการโจมตีเป้าหมายที่มีใช้ทางการทหารซึ่งขัดกับหลักเกณฑ์ของกฎหมายภาคสงคราม อันเป็นไปเพื่อกดดันให้มีการทำตามข้อเรียกร้องทางการเมืองในการแบ่งแยกดินแดนของตน เมื่อพิจารณาจากลักษณะโดยรวมเช่นนี้แล้วทำให้ทราบได้อย่างชัดเจนว่ากลุ่ม BRN นั้นมีสถานะเป็นกลุ่มผู้ก่อการร้าย โดยอาจจัดได้ว่าเป็นกลุ่มก่อการร้ายที่เคลื่อนไหวภายใต้อุดมการณ์ชาตินิยมมากกว่าจะเป็นกลุ่มก่อการร้ายที่เคลื่อนไหวด้วยเหตุผลทางศาสนา

ทั้งนี้ ข้อเท็จจริงที่กล่าวมาข้างต้น โดยเฉพาะในส่วนของลักษณะการใช้ความรุนแรงของกลุ่ม BRN อันเป็นหัวใจสำคัญที่ทำให้ไม่สามารถกำหนดสถานะของกลุ่มให้เป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อแบ่งแยกดินแดนได้นั้น สอดรับกับข้อกฎหมายในทางระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ที่กำหนดให้การใช้สิทธิในการกำหนดตนเองโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการใช้ความรุนแรงนั้นจะต้องเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายภาคสงครามทั้งในส่วนหลักเกณฑ์

ที่จำต้องปฏิบัติตามเมื่อจะเข้าสู่สงคราม (jus ad bellum) และกฎหมายที่จำกัดการกระทำในยามสงคราม (jus in bello) การกระทำของกลุ่ม BRN มีลักษณะเป็นการละเมิดหลักกฎหมายในส่วนนี้ทั้งสองข้อ อันถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขต้องห้ามละเมิดที่จำเป็นหากประสงค์จะกล่าวอ้างการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง⁷¹

นอกจากนี้ หากพิจารณาจากกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เราจะพบว่าเงื่อนไขสำคัญในการใช้สิทธิในการกำหนดตนเอง โดยเฉพาะในลักษณะที่มีการใช้ความรุนแรงจะต้องเป็นการเลือกใช้ความรุนแรงในฐานะหนทางสุดท้ายที่จำเป็นจะต้องกระทำเพื่อป้องกันการละเมิดต่อกลุ่มชนของตนเท่านั้น การใช้ความรุนแรงตอบโต้ฝ่ายการกระทำของรัฐบาลซึ่งกลุ่มของตนอยู่ภายใต้ขอบอำนาจอธิปไตยในลักษณะที่ไม่ใช่ทางเลือกสุดท้าย คือยังสามารถตอบโต้บนวิถีทางทางการเมือง กฎหมาย และการกระทำอื่นได้อันไม่ใช้การใช้กำลังทหารเข้าโจมตีได้อยู่ย่อมเป็นการไม่ชอบ ทำให้ไม่สามารถอ้างการใช้สิทธิในการกำหนดตนเองได้ ลักษณะเช่นนี้เกิดขึ้นอย่างชัดแจ้งกับกรณีของกลุ่ม BRN ซึ่งแม้เหตุการณ์ในอดีตจะสะท้อนให้เห็นการถูกระทำอย่างรุนแรงจากรัฐไทย แต่ ณ ช่วงเวลาปัจจุบันย่อมยังคงสามารถแสดงออกทางการเมืองได้และคงไม่สามารถกล่าวอ้างได้อย่างเต็มปากว่าถูกรัฐไทยกดขี่ข่มเหง ทั้งนี้ เมื่อเราอาจจะสามารถนับรวมเอาสิทธิในการกำหนดตนเองเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่งแล้ว โดยหลักการแห่งกฎหมายเราย่อมไม่สามารถใช้สิทธิมนุษยชนของตนเองในการละเมิดต่อผู้อื่นได้ เว้นแต่จะเห็นเหตุที่ร้ายแรงจริง ๆ เท่านั้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ จะเห็นได้ว่ากลุ่มชนชาวมลายูมุสลิม นั้น มีเงื่อนไขหลายประการที่อาจก่อให้เกิดการอ้างสิทธิในการกำหนดตนเองในทางระหว่างประเทศได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น นั่นคือพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ชาติพันธุ์ของตนที่มีมาอย่างยาวนาน การถูกกดขี่โดยชาติอื่นจากนโยบายชาตินิยม และในหลาย ๆ ครั้ง การปฏิเสธสิทธิในการเข้าไปมีส่วนในการกำหนดตนเองทางการเมือง ลักษณะเช่นนี้ทำให้อาจกล่าวได้ว่า เมื่อใดก็ตามที่กลุ่มก่อความไม่สงบดังเช่น BRN นั้น สามารถอ้างเอาความเป็นผู้แทนของกลุ่มชาติพันธุ์ชาวมลายูมุสลิมในพื้นที่ชายแดนภาคใต้ได้อย่างเป็นทางการ ประกอบกับการปฏิเสธการมีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางการเมืองของตนเองจากรัฐบาลไทยอย่างเด็ดขาดสมบูรณ์แล้ว ความเป็นไปได้สูงในสายตาของกฎหมายระหว่างประเทศที่กลุ่ม BRN อาจได้รับการรับรองในฐานะกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อแบ่งแยกดินแดนมากกว่าการเป็นเพียงกลุ่มก่อการร้าย

⁷¹ Ben Saul, "Defending 'Terrorism': Justifications and Excuses for Terrorism in International Criminal Law," *Australian Year Book of International Law* [2006].

7. บทสรุป

ในท้ายที่สุดแล้ว เราจะพบว่าการเคลื่อนไหวต่าง ๆ ของกลุ่ม BRN นั้น สามารถถูกจำกัดความให้เป็นการกระทำในฐานะกลุ่มผู้ก่อการร้ายได้อย่างไม่ยากเย็นนัก แต่เราก็พึงระลึกไว้เสมอว่าการเคลื่อนไหวดังกล่าวสามารถที่จะแปรเปลี่ยนมาเป็นการเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองได้ทุกเมื่อ เนื่องจากกลุ่ม BRN หรือกลุ่มก่อความไม่สงบใด ๆ อาจสามารถอ้างตนเองเป็นตัวแทนของกลุ่มชนชาวมลายูมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้หากเพียงแค่นำเข้าหาวิธีการทางการเมือง โดยอาศัยความรุนแรงทางประวัติศาสตร์ที่เคยถูกรัฐไทยทำร้าย พร้อมทั้งนำเอาจารีตประเพณี ภาษา และวัฒนธรรมมาใช้ในการสร้างความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของกลุ่มชน และเรียกร้องให้ตนกลายเป็นผู้แทนของชนดังกล่าว

การจัดการปัญหาใด ๆ ในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาของกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบจึงไม่สามารถกระทำลงได้โดยมองมองที่ว่าเขาเป็นเพียงผู้ก่อการร้ายที่มุ่งหวังจะแบ่งแยกดินแดนประเทศไทย การกระทำเช่นนั้นโดยไม่คำนึงถึงรากฐานหรือพื้นเพทางประวัติศาสตร์ใด ๆ มีแต่จะทำให้สถานการณ์รุนแรงมากขึ้น และในขณะเดียวกันหากกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบโดยเฉพาะกลุ่ม BRN มีความประสงค์ที่จะก่อตั้งตนเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองเมื่อใด การใช้กำลังโดยรัฐเพื่อเข้าแก้ปัญหาที่มีแต่จะทำให้สถานการณ์ตึงเครียดขึ้นเท่านั้น

ในตอนท้ายของบทความนี้ ผู้เขียนอยากที่จะนำเสนอประเด็นสองประเด็นที่ได้รับจากการศึกษาเนื้อหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ประเด็นแรก คือกลุ่ม BRN นั้นแม้ในขณะนี้อาจถูกนิยามว่าเป็นกลุ่มผู้ก่อการร้าย แต่ในขณะเดียวกันการเคลื่อนไหวบางประการของกลุ่ม และลักษณะทางประวัติศาสตร์ที่ผูกพันกับพื้นที่ทำให้มีความเป็นไปได้อย่างมากในการผันตนเองจากกลุ่มผู้ก่อการร้ายมาเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเอง ขอเพียงสร้างความเป็นตัวแทนของกลุ่มชนชาวมลายูมุสลิมในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ให้เป็นที่ประจักษ์ให้ได้ และพยายามที่จะเข้ามาเจรจากับรัฐบาลไทยอย่างจริงจัง รวมถึงหลีกเลี่ยงการโจมตีเป้าหมายที่ไม่เกี่ยวข้องกับยุทธศาสตร์ทางทหาร เพียงเท่านั้นองค์ประกอบที่จะนำไปสู่ความเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองซึ่งได้รับการยอมรับ (ในระดับหนึ่ง) ในทางระหว่างประเทศก็จะครบถ้วน รอเพียงปฏิกิริยาของฝั่งไทยที่มีต่อข้อเรียกร้องต่าง ๆ เท่านั้นว่าจะนำไปในทางใด ซึ่งหากเป็นการปฏิเสธโดยเด็ดขาดก็จะทำให้องค์ประกอบทุกอย่างสามารถทำงานได้อย่างสมบูรณ์และสามารถอ้างตนเป็นกลุ่มเคลื่อนไหวเพื่อปลดปล่อยตนเองได้ในท้ายที่สุด

ข้อสังเกตในประเด็นแรกนี้นำมาสู่ข้อสังเกตในประเด็นที่สอง ว่าด้วยท่าทีของรัฐบาลไทยต่อการเคลื่อนไหวในพื้นที่สามจังหวัดชายแดนภาคใต้ของทั้งกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบและกลุ่มกิจกรรมต่าง ๆ หากฝั่งรัฐบาลไทยมุ่งหวังที่จะทำการใด ๆ ให้เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศโดยไม่จุดชนวนให้เกิดการใช้ความรุนแรงขึ้น ผู้เขียนคิดว่ารัฐบาลไทยควรดำเนินการรับฟังข้อเรียกร้องที่เกิดขึ้นในเวทีเจรจา เวทีกิจกรรม และเอกสารต่าง ๆ ที่มีการนำเสนอต่อรัฐ

อย่างรอบคอบ ไม่นำเอาอคติว่าด้วยการก่อการร้ายมาดบังมุมมองของตนจนปฏิเสธสิทธิในการกำหนดตนเองของกลุ่มชาติพันธุ์หนึ่งซึ่งเคยถูกทำร้ายโดยรัฐบาลของสยาม และถูกตีกรอบเข้าสู่ประเทศไทยในครั้งที่มีการสร้างรัฐชาติสมัยใหม่ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าในระดับหนึ่งนั้นเขาสมควรได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสมแม้เวลาจะผ่านไปนานเพียงใดก็ตาม

ทั้งนี้ ประเด็นทางทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดสถานะของกลุ่มต่าง ๆ ที่อ้างตนว่าเป็นผู้เคลื่อนไหวภายใต้แนวทางแห่งการแบ่งแยกดินแดน บนหลักการของการแสดงออกซึ่งสิทธิในการกำหนดตนเองนั้นยังเป็นเรื่องที่มีความคลุมเครือเป็นอย่างยิ่ง บทความฉบับนี้ได้นำเสนอข้อมูลทั้งหลายในฐานะหนึ่งในหนทางแห่งความเป็นไปได้ในการนำเอาหลักทางกฎหมายมาใช้ในการศึกษาลักษณะทั่วไปของกลุ่มผู้ก่อความไม่สงบในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ เพื่อพยายามปรับเปลี่ยนทัศนคติ หรือค่านิยมมุมมองที่เหมาะสมในการดำเนินการกับกลุ่มดังกล่าวเท่านั้น โดยในทางวิชาการแล้วย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นข้อยุติอันถึงที่สุด และมีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการศึกษาต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- ดลยา เทียนทอง. ปฐมบทการก่อการร้าย รากเหง้า ความเป็นไป และพลวัต. กรุงเทพมหานคร: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550.
- ธเนศ อาภรณ์สุวรรณ. ความเป็นมาของทฤษฎีแบ่งแยกดินแดนในภาคใต้ไทย. กรุงเทพมหานคร: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2551.
- นอร์เบิร์ต โรเปอส์. คู่มือกระบวนการสันติภาพชายแดนใต้/ปาตานี “เราจะทำงานร่วมกันได้อย่างไร”. ปัตตานี: ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 2558.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 1 วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่าง ๆ. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- สำเร็จ ศรีหรัย. ขบวนการ BRN-Coordinate กับการก่อความไม่สงบในพื้นที่ 3 จังหวัดชายแดนภาคใต้ และ 4 อำเภอ ในช่วงปี พ.ศ. 2542 - ปัจจุบัน (2550) และแนวความคิดในการยุติสถานการณ์. กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2550.
- สุรชาติ บำรุงสุข. การก่อการร้ายร่วมสมัย. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2554.
- สุริชัย หวันแก้ว. กำเนิดไฟใต้. กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Ben Saul. Defending “Terrorism”: Justifications and Excuses for Terrorism in International Criminal Law. Australian Year Book of International Law, 2006.
- Human Rights Watch. No One Is Safe Insurgent Attacks on Civilians in Thailand’s Southern Border Provinces. Human Rights Watch 2007.
- Ian Brownlie. Principles of Public International Law. England: Oxford University, 1979.
- Ieva Vezbergaitė. Remedial Secessions as an Exercise of the Right to Self-Determination of Peoples. Hungary: Central European University.
- Karen Knop. Diversity and Self-Determination in International Law. England: Cambridge University, 2003.
- M. C van Walt van Praag - O. Serroo. The Implementation of the Right to Self-Determination as a Contribution to Conflict Prevention. Report Of The

International Conference of Experts held in Barcelona from 21 to 27 November 1998.

- UNESCO. Final Report and Recommendation of International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples. French: UNESCO.

- UNITED NATION. Report of the International Law Commission to the General Assembly on the Work of Its Fortieth Session.

บทความภาษาต่างประเทศ

- Lieutenant Andrew Coffin. Self-Determination and Terrorism: Creating a New Paradigm of Differentiation. Naval Law Review 63 (2014).

- Robert A. Friedlander. Terrorism and National Liberation Movements: Can Rights Derive from Wrongs. Case Western Reserve Journal of International Law, Volume 13 Issue 2.

วิทยานิพนธ์

- วารุณี โอสถารมย์. การศึกษาในสังคมไทย พ.ศ. 2411 - 2475. วิทยานิพนธ์อักษรศาสตรมหาบัณฑิต, คณะอักษรศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2524.

เอกสารทางกฎหมายระหว่างประเทศ

- Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion of 22 July 2010.

- Charter of the United Nation.

- Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-Operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations.

- Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples General Assembly Resolution 1514 (XV).

- General Assembly Resolution Defining the Three Options for Self-Determination General Assembly Resolution 1541 (XV).

- International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and International Covenant on Civil and Political Rights.

- Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276

- Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004.

- RESOLUTIONS ADOPTED BY THE GENERAL ASSEMBLY DURING ITS TWENTY-EIGHTH SESSION, RESOLUTION 3103, BASIC PRINCIPLES OF THE LEGAL STATUS OF THE COMBATANTS STRUGGLING AGAINST COLONIAL AND ALIEN DOMINATION AND RACIST REGIMES

- Supreme Court of Canada 2 SCR 217. Reference Re Secession of Quebec. Canada: Supreme Court of Canada, 1998.

เอกสารออนไลน์

- Chinonso Ijezie. Right of Peoples to Self-Determination in the Present International Law [Online]. 2013. Available from <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2304441> [Accessed 12 February 2018]

- Jori Duursma, Definition of Terrorism and Self-Determination, [Online], <http://hir.harvard.edu/article/?a=1757> [Accessed 4 April 2018]

- ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้ (Deep South Watch). [ออนไลน์]. 2557. แหล่งที่มา <http://deepsouthwatch.org/node/5402> [เข้าถึงเมื่อ 12 กุมภาพันธ์ 2561]

กฎหมายอวกาศและการดำเนินการเมื่อได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกและหรือห้วงอากาศ: กรณีศึกษาการตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1

Space Law and Legal Actions for Damage caused by Space Objects on the Surface of the Earth or in Air Space: A Case Study of the fall of Tiangong-1

ชูเกียรติ น้อยฉิม^{*}
Chukeat Noichim

บทคัดย่อ

วัตถุอวกาศที่ตกลงบนพื้นผิวโลกและหรือห้วงอากาศนั้นพบว่าวัตถุอวกาศส่วนใหญ่ที่ตกนั้นจะเป็นขยะอวกาศที่เกิดมาจากชิ้นส่วนของตัวดาวเทียมและจรวดนำส่งวัตถุอวกาศ แต่ที่จะไม่ได้พบบ่อยคือ การตกของสถานีอวกาศ สำหรับการปรับใช้กฎหมายอวกาศกับกรณีความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้นสามารถแบ่งออกได้ 3 กรณี โดยพิจารณาจากการที่รัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศกับรัฐที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้นได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติ (สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972) หรือไม่ รวมถึงประเด็นความรับผิดชอบระหว่างประเทศของสาธารณรัฐประชาชนจีนกรณีความเสียหายจากวัตถุอวกาศของตน ถ้าหากสถานีอวกาศเทียนกง-1 ตกลงบนดินแดนของประเทศไทยและก่อให้เกิดความเสียหาย และจากเหตุการณ์การตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ครั้งนี้ ทำให้ประเทศไทยควรที่จะพิจารณาเกี่ยวกับการเข้าเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 เนื่องจากจะช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยและคนไทยจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ เพราะว่าการกิจกรรมอวกาศนั้นมีความเสี่ยงภัยค่อนข้างสูงที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อมวลมนุษยชาติได้

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

ผู้เขียนเป็นคณะทำงานติดตามสถานการณ์เทียนกง-1 ซึ่งแต่งตั้งโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) ในฐานะผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอวกาศ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2561

คำสำคัญ: กฎหมายอวกาศ, วัตถุอวกาศ, ความเสียหาย, พื้นผิวโลกหรือห้วงอากาศ

Abstract

Space objects that fell on the surface of the Earth, or in air space, were found that most of them would be the space debris, which were the components of the satellites and the rockets but not frequently to be the components of the space station. The implementation of space law for damage caused by space objects can be divided into three cases by considering that the launching state and the state damaged by the space object are the membership of the United Nations Space Agreements such as; The Outer Space Treaty 1967 and Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects 1972 or not. It is including the issue of international liability of the People's Republic of China in case of damage from its space objects, if Tiangong-1 Space Station fell on the territory of Thailand and cause damage. As a result of the fall of the Tiangong-1, Thailand should consider to be a membership of the Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects 1972 in order to protect the interests of Thailand and Thai people from the damage caused by a space object because space activities are relatively high risk that may cause more harm to humanity.

Keywords: Space law, Space objects, Damage, the Surface of the earth or in air space

1. ความเป็นมาและสภาพปัญหาที่เกี่ยวข้องกับวัตถุอวกาศตกลงสู่พื้นผิวโลกหรือห้วงอากาศ

สำหรับประเด็นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศนั้น เราควรต้องทำความเข้าใจว่า “วัตถุอวกาศ” คืออะไรเสียก่อน ซึ่งจากการศึกษาวิจัยพบว่า ข้อ 1 (b) ของอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975 (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975) ได้ให้คำนิยามคำว่า “วัตถุอวกาศ หมายถึง ตัววัตถุอวกาศ ซึ่งรวมถึงส่วนประกอบของวัตถุอวกาศ ยานพาหนะในการส่งวัตถุอวกาศและชิ้นส่วนของยานพาหนะนั้นด้วย” จากคำนิยามที่กล่าวมานี้พบว่าวัตถุอวกาศ ที่จะเข้าข่ายที่ต้องทำการจดทะเบียนและรัฐรวมถึงองค์การระหว่างประเทศในฐานะผู้มีอำนาจส่งวัตถุอวกาศนั้นที่จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศนั้น

จะต้องเป็นวัตถุอวกาศที่มนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้นเท่านั้น ซึ่งต่างจากวัตถุอวกาศธรรมชาติที่เกิดขึ้นจากดวงดาวและหรือเทหวัตถุอื่น ๆ ที่มาจากห้วงอวกาศภายนอกโลก เช่น ดาวตก อุกกาบาต เป็นต้น ซึ่งนับแต่เริ่มต้นยุคอวกาศในปี ค.ศ. 1957 เป็นต้นมา ได้เกิดมีการตกลงข้อจำกัดของวัตถุอวกาศตามนิยามความหมายในข้อ 1 (b) ของอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975 บนพื้นผิวโลกและค้นพบเป็นครั้งแรกเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1968 โดยประเทศเนปาลได้ทำหนังสือแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ เนื่องจากพบว่าวัตถุอวกาศไม่ทราบสัญชาติได้ตกลงในดินแดนของประเทศเนปาล และในขณะนั้นข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและส่งกลับนักบินอวกาศและวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1968 ยังไม่มีผลใช้บังคับ และครั้งที่สองของโลกที่พบการตกลงของวัตถุอวกาศบนพื้นผิวโลกได้เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1969 โดยสหรัฐอเมริกาได้ทำหนังสือแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ เนื่องจากพบวัตถุอวกาศตกลงในมลรัฐอลาสก้า ซึ่งเชื่อว่าเป็นของสหภาพโซเวียต¹ และได้มีพบการตกลงของวัตถุอวกาศลงบนพื้นผิวโลกเมื่อต้นปี ค.ศ. 2018 ที่ประเทศเปรู โดยประเทศเปรูได้มีหนังสือแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติ² เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2018 ว่าพบวัตถุอวกาศจำนวน 5 ชิ้น (น้ำหนักมากที่สุด 40.65 กิโลกรัม และน้ำหนักน้อยสุด 0.7 กิโลกรัม) ตกในดินแดนอาณาเขตประเทศเปรู ซึ่งเหตุการณ์เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 2018 ทั้งนี้ แม้จะไม่สามารถระบุได้ว่าเป็นของประเทศใด แต่จากการเปิดเผยพบว่าหนึ่งในวัตถุอวกาศที่พบทางตอนใต้ของประเทศเปรูมีการจารึกเป็นภาษารัสเซียติดอยู่³ สำหรับประเทศไทยนั้นได้เคยมีชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศตกลงมาบนดินแดนอาณาเขต เช่น เมื่อวันที่ 19 มกราคม พ.ศ. 2548 ได้มีชิ้นส่วนของยานเดลต้า 2 ของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีน้ำหนักกว่า 100 กิโลกรัม ตกลงสู่พื้นที่ตำบลนิคมพัฒนา อำเภอบางน้ำเปรี้ยว จังหวัดฉะเชิงเทรา⁴ และเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2554 มีวัตถุอวกาศตกลงบริเวณตำบลเสาธงชัย อำเภอกันทรลักษ์ จังหวัดศรีสะเกษ ซึ่งไม่ปรากฏสัญชาติเจ้าของชิ้นส่วนอวกาศ⁵ นอกจากนี้ พบว่าในอดีตกรณีเกิดวัตถุอวกาศที่ตกลงพื้นผิวโลกแล้วก่อให้เกิดประเด็นปัญหาทางกฎหมายระหว่างประเทศด้านอวกาศที่รัฐผู้ส่งวัตถุอวกาศนั้นจะต้องรับผิดชอบ คือการตกลงของดาวเทียม Cosmos 954 ของสหภาพโซเวียตในปี ค.ศ. 1978 โดยดาวเทียมดวงนี้ได้ติดตั้ง

¹ <http://www.unoosa.org/oosa/en/treatyimplementation/arra-art-v/unlfd.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2561)

² Article 5, paragraph 1, of the Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space, 1968.

³ UN GA. A/AC.105/1139, 15 February 2018.

⁴ ทางราชการไทยได้ประสานงานส่งชิ้นส่วนวัตถุอวกาศกลับไปยังสหรัฐอเมริกาเรียบร้อยแล้ว โปรดดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, วัตถุอวกาศมาเยือนเขาพระวิหาร, (กรุงเทพมหานคร: นิติราษฎร์, 2554), หน้า 4.

⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 1-6.

เตาปฏิกรณ์พลังงานนิวเคลียร์และได้ตกลงในดินแดนอาณาเขตทางด้านตะวันตกเฉียงเหนือของประเทศแคนาดา⁶ ทั้งนี้ เศษชิ้นส่วนของดาวเทียม Cosmos 954 นี้ ได้ปนเปื้อนสารกัมมันตภาพรังสีและตกแพร่กระจายเป็นวงกว้าง ซึ่งในเหตุการณ์นี้ประเทศแคนาดาได้ดำเนินการเจรจาเรียกร้องค่าเสียหายจากสหภาพโซเวียต⁷

แต่อย่างไรก็ตาม กรณีวัตถุอวกาศที่ตกและกลายเป็นขยะอวกาศที่ตกใส่พื้นผิวโลกและหรือห้วงอากาศนั้น พบว่าวัตถุอวกาศที่ตกเป็นส่วนใหญ่จะเป็นขยะอวกาศที่เกิดมาจากชิ้นส่วนของดาวเทียมและจรวดนำส่งวัตถุอวกาศ ซึ่งจะได้พบบ่อยก็คือ การตกของสถานีอวกาศ (Space Station) พบว่าในอดีตจนถึงปัจจุบันนั้นมีเพียง 3 ครั้งหลัก ๆ ดังนี้

(1) สถานีอวกาศ Skylab ซึ่งเป็นของสหรัฐอเมริกา โดยชิ้นส่วนแรกได้ถูกส่งขึ้นสู่อวกาศเมื่อวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1973 ชิ้นส่วนที่สองได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศเมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1973 ชิ้นส่วนที่สามได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศเมื่อวันที่ 28 สิงหาคม ค.ศ. 1973 และชิ้นส่วนที่สี่ซึ่งเป็นส่วนสุดท้ายได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1973⁸ สถานีอวกาศ Skylab นี้มีน้ำหนักรวมประมาณ 74 ตัน โดยวัตถุประสงค์ของสถานีอวกาศ Skylab นี้ก็เพื่อการสำรวจและวิจัยทางด้านอวกาศ⁹ และได้ตกลงสู่พื้นผิวโลกเมื่อปี ค.ศ. 1979 โดยชิ้นส่วนวัตถุอวกาศบางชิ้นนั้นได้ตกลงแพร่กระจายลงในแถบตะวันตกของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งประเทศออสเตรเลียได้ทำหนังสือแจ้งไปยังเลขาธิการ

⁶ ในการนี้ รัฐบาลแคนาดาได้สอบถามรัฐบาลสหภาพโซเวียตถึงวัตถุที่ประกอบในดาวเทียม แต่สหภาพโซเวียตไม่ได้ให้คำตอบที่ชัดเจนแต่อย่างใด หากแต่เสนอจะช่วยแคนาดาในการเก็บกู้ซาก อย่างไรก็ตาม รัฐบาลแคนาดาได้ปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าวและได้ร่วมมือกับสหรัฐอเมริกาในการจัดการกับซากชิ้นส่วนแทน ภายใต้โครงการ “Operation Morning Light” โปรดดู ลิลลี่ ก่ออุกฤษกรังษี, “กิจกรรมทางอวกาศกับผลกระทบสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีคดีชิ้นส่วนดาวเทียมคอสโมส 954 ตกที่แคนาดา,” วารสารวิชาการศาลปกครอง 10, 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2553): 20.

⁷ DISINTEGRATION OF COSMOS 954 OVER CANADIAN TERRITORY IN 1978, PROTOCOL BETWEEN THE GOVERNMENT OF CANADA AND THE GOVERNMENT OF THE UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS, DONE ON APRIL 2, 1981

โปรดดูที่ http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/bi-multi-lateral-agreements/can_ussr_001.html (สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2561)

⁸ http://www.unoosa.org/oosa/osoindex/search-ng.jsp?lf_id= (สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2561)

⁹ Leland F. Belew (Editor), Skylab, Our First Space Station, Prepared by: George C. Marshall Space Flight Center Scientific and Technical Information Office National Aeronautics and Space Administration Washington, D.C. 1977

สหประชาชาติ¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม การตกลงของสถานีอวกาศ Skylab ไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายมากนักกับประเทศออสเตรเลีย

(2) สถานีอวกาศ Mir เป็นของประเทศรัสเซีย (สหภาพโซเวียต) โดยได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศเมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1986 สถานีอวกาศ Mir มีน้ำหนักประมาณ 130 ตัน¹¹ โดยวัตถุประสงค์ของสถานีอวกาศ Mir นั้นเพื่อเป็นสถานีทางวิทยาศาสตร์สำหรับการดำเนินการศึกษาและทดลองต่าง ๆ เพื่อผลประโยชน์ทางวิทยาศาสตร์และเศรษฐกิจของประเทศ¹² โดยประเทศรัสเซียได้มีหนังสือแจ้งไปยังเลขาธิการสหประชาชาติว่า¹³ เมื่อวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2000 รัฐบาลของประเทศรัสเซียได้ตัดสินใจที่จะระงับการปฏิบัติงานของสถานีอวกาศ Mir และประเทศรัสเซียจะดำเนินแผนการการควบคุมอย่างปลอดภัยในการนำสถานีอวกาศนี้ออกนอกวงโคจรและตกลงสู่โลกในส่วนที่เป็นทะเลทางตอนใต้ของมหาสมุทรแปซิฟิกที่ห่างจากเส้นทางการเดินเรือและเส้นทางการบินด้วยโปรแกรมพิเศษ รวมทั้งมีการเตรียมแผนสำรองฉุกเฉินในกรณีที่โปรแกรมพิเศษนั้นล้มเหลวไปด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2001 สถานีอวกาศ Mir ก็ได้ตกลงสู่พื้นผิวโลกแถวตอนใต้ของมหาสมุทรแปซิฟิก โดยคาดการณ์กันว่าชิ้นส่วนที่หลงเหลืออยู่ของสถานีอวกาศ Mir ที่ไม่สามารถเผาไหม้หมดก่อนตกลงสู่พื้นผิวโลกมีน้ำหนักประมาณ 20 ถึง 25 ตัน¹⁴ และ

(3) สถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้น จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏทำให้ทราบว่าสถานีอวกาศเทียนกง-1 ที่เป็นสถานีอวกาศแห่งแรกของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ถูกส่งขึ้นสู่อวกาศเมื่อวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2554 ณ ศูนย์ส่งดาวเทียมจิ่วจวน มณฑลกานซู สาธารณรัฐประชาชนจีน¹⁵ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อทดสอบทางด้านอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีน กระทั่งเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2559 สาธารณรัฐประชาชนจีนไม่สามารถติดต่อกับสถานีอวกาศเทียนกง-1 ได้ และเมื่อเดือนพฤษภาคมของปีเดียวกันสำนักงานอวกาศแห่งชาติของสาธารณรัฐประชาชนจีน (The China National Space

¹⁰ <http://www.unoosa.org/oosa/en/treatyimplementation/arra-art-v/unlfd.html> (สืบค้นเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2561)

¹¹ http://www.unoosa.org/documents/pdf/AC105_759E.pdf (สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2561)

¹² [http://www.unoosa.org/oosa/osoindex/search-ng.jsp?lf_id=#?c=%7B"filter](http://www.unoosa.org/oosa/osoindex/search-ng.jsp?lf_id=#?c=%7B) (สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2561)

¹³ Article IV of the Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975

¹⁴ <https://history.nasa.gov/SP-4225/multimedia/deorbit.htm> (สืบค้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2561)

¹⁵ <http://www.unoosa.org/documents/pdf/A/AC.105/1150E.pdf> (สืบค้นวันที่ 2 เมษายน 2561)

Administration: CNSA) ได้แจ้งไปยังสหประชาชาติว่า ไม่สามารถควบคุมสถานีวิจัยเทียนกง-1 ได้ และวงโคจรของสถานีวิจัยเทียนกง-1 ได้ลดระดับลงมา โดยมีการคาดการณ์ว่าจะตกลงสู่พื้นผิวโลกในช่วงเดือนกุมภาพันธ์ถึงต้นเดือนเมษายน พ.ศ. 2561¹⁶ ซึ่งกรณีสภาพปัญหาเกี่ยวกับการตกของสถานีวิจัยเทียนกง-1 และชิ้นส่วนของตัวสถานีอวกาศอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายกับประเทศต่าง ๆ บนโลก ถ้ามีการตกใส่บริเวณที่มีประชากรอยู่อาศัยได้ ซึ่งมีหลายประเทศเข้าข่ายที่อาจได้รับความเสียหายจากเหตุการณ์ดังกล่าว ซึ่งรวมถึงประเทศไทยด้วย

2. การปรับใช้หลักเกณฑ์ระหว่างประเทศด้านอวกาศกับกรณีความเสียหายจากวัตถุอวกาศ

นับตั้งแต่ยุคอวกาศได้เริ่มขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1957 พร้อมกับประชาคมโลก (นำโดยสหรัฐอเมริกาและสหภาพโซเวียต) ได้มีการประชุมเจรจาและมีการนำเสนอประเด็นหลักประกันความปลอดภัยของสังคมโลกจากการเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศดังกล่าวต่อสหประชาชาติ โดยในปี ค.ศ. 1958 ได้มีความเห็นร่วมกันที่จะนำหลักว่าด้วยการสำรวจและการเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศอย่างสันติ (The peaceful exploration and use of outer space principle) มาปรับใช้ และในปี ค.ศ. 1959 สหประชาชาติได้ก่อตั้งคณะกรรมการว่าด้วยการใช้อวกาศในทางสันติ (The Committee on the Peaceful Uses of Outer Space: COPUOS) ขึ้น ซึ่งประกอบด้วย 2 คณะกรรมการย่อย คือคณะกรรมการย่อยด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กับคณะกรรมการย่อยด้านกฎหมาย โดยคณะกรรมการย่อยด้านกฎหมาย (Legal Sub-Committee of COPUOS) เป็นผู้รับผิดชอบหลักเกี่ยวกับการอภิปรายและการเจรจา รวมทั้งการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอวกาศ

ปัจจุบัน ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติมีอยู่ 5 ฉบับหลัก ประกอบด้วย

(1) สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 (Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies: the Outer Space Treaty)¹⁷

(2) ข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและส่งกลับนักบินอวกาศและวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1968 (The Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of

¹⁶ สถานีอวกาศเทียนกง-1 และเศษชิ้นส่วนของตัวสถานีอวกาศได้ตกลงสู่มหาสมุทรแปซิฟิก เมื่อวันที่ 2 เมษายน 2561

¹⁷ UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS, INTERNATIONAL SPACE LAW: UNITED NATIONS INSTRUMENTS 2017, Available from <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties.html> (Accessed 2 April 2018)

Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space: the Rescue Agreement)¹⁸

(3) อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 (Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects: the Liability Convention)¹⁹

(4) อนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975 (Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space: the Registration Convention)²⁰

(5) ข้อตกลงดวงจันทร์ ค.ศ. 1979 (Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies: the Moon Agreement)²¹

โดยมีสำนักงานด้านอวกาศ (Office for Outer Space Affairs) ขององค์การสหประชาชาติเป็นหน่วยงานกำกับดูแลกิจกรรมเกี่ยวกับอวกาศเพื่อให้เป็นไปตามหลักกฎหมายและข้อตกลงระหว่างประเทศทางด้านอวกาศ

สำหรับกรณีที่เกี่ยวข้องกับความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศนั้น ก่อนอื่นเราควรต้องทำความเข้าใจความหมายของคำว่า “รัฐผู้ส่ง” (Launching State) และในสถานะ “รัฐเจ้าของวัตถุที่ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศ” (Ownership of objects launched into outer space) คือใครที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Liability) เสียก่อน

ทั้งนี้ รัฐผู้ส่ง (Launching State) ตามนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972²² หมายรวมถึงรัฐ 4 ประเภทดังต่อไปนี้

- (1) รัฐที่ดำเนินการส่งวัตถุอวกาศ
- (2) รัฐที่ดำเนินการจัดหาให้มีการส่งวัตถุอวกาศ
- (3) รัฐที่อนุญาตให้ใช้ดินแดนอาณาเขตเพื่อวัตถุประสงค์เป็นสถานที่ในการจัดส่งหรือปล่อยวัตถุอวกาศขึ้นสู่อวกาศ และ

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Article I of the Liability Convention 1972 “For the purposes of this Convention: ... (c) The term “launching State” means:

(i) A State which launches or procures the launching of a space object;

(ii) A state from whose territory or facility a space object is launched; ...”

(4) รัฐที่อำนวยความสะดวกเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดส่งหรือปล่อยวัตถุอวกาศขึ้นสู่อวกาศ

สำหรับรัฐเจ้าของวัตถุที่ได้ถูกส่งขึ้นไปในอวกาศ (Ownership of objects launched into outer space) ที่ได้จดทะเบียนวัตถุอวกาศ (รัฐที่จดทะเบียนวัตถุอวกาศ) ตามนิยามที่กำหนดไว้ในข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975²³ หมายถึง รัฐผู้ส่งตามนิยามข้างต้นที่ได้มีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ²⁴ ซึ่งทั้งนี้ ตามข้อ 8 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 บัญญัติว่ารัฐที่จดทะเบียนวัตถุอวกาศนั้นจะมีเขตอำนาจรัฐและการควบคุมเหนือตัววัตถุอวกาศและบุคคลที่อยู่ในวัตถุอวกาศนั้น²⁵

ดังนั้น การที่จะต้องมีความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศของรัฐผู้ส่งและในฐานะรัฐเจ้าของวัตถุที่ได้ถูกส่งขึ้นไปในอวกาศ ในการดำเนินกิจกรรมด้านอวกาศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหาย (Damage) ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศของตนที่มีต่อรัฐภาคีสมาชิกอื่น ๆ นั้น ซึ่งความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Liability) ของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศนั้น จะต้องดำเนินการไม่ว่าจะ (ก) กระทำโดยการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม กรณีเมื่อเหตุการณ์แห่งกรณีเปิดช่องให้กระทำเช่นนั้นได้ (ข) การชดเชยค่าเสียหาย กรณีความเสียหายกลับคืนสู่

²³ Article I of the Registration Convention 1975 “For the purposes of this Convention: ... (c) The term “State of registry” means a launching State on whose registry a space object is carried in accordance with article II.”

²⁴ อย่างไรก็ตาม กรณีรัฐเจ้าของวัตถุที่ได้ถูกส่งขึ้นไปในอวกาศที่ได้จดทะเบียนวัตถุอวกาศ (รัฐที่จดทะเบียนวัตถุอวกาศ) อาจมีการเปลี่ยนตัวจากรัฐผู้ส่งที่ได้มีการจดทะเบียนวัตถุอวกาศได้ในภายหลังจากการที่มีการส่งวัตถุอวกาศขึ้นสู่อวกาศ เป็นรัฐอื่นที่มีใช้รัฐผู้ส่งแต่เป็นรัฐที่เข้ามาภายหลังและได้ทำการจดทะเบียนรวมทั้งดำเนินการตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975

²⁵ Article VIII of the Outer Space Treaty 1967 “A State Party to the Treaty on whose registry an object launched into outer space is carried shall retain jurisdiction and control over such object, and over any personnel thereof, while in outer space or on a celestial body. Ownership of objects launched into outer space, including objects landed or constructed on a celestial body, and of their component parts, is not affected by their presence in outer space or on a celestial body or by their return to the Earth. Such objects or component parts found beyond the limits of the State Party to the Treaty on whose registry they are carried shall be returned to that State Party, which shall, upon request, furnish identifying data prior to their return.”

See Nandasiri Jasentuliyana, *International Space Law and The United Nations*, Kluwer Law International, Netherlands, 1999, p. 204. และประเสริฐ ป้อมป้องศึก, “ดาวเทียมไทยมิได้มีสัญชาติไทย-ใครจะเชื่อ? Who Is Going to Believe That Thai Satellites Are Not of Thai Nationality?,” *วารสาร กทข.* (2552): 347-357.

สภาพเดิมนั้นไม่อาจกระทำไ้เพราะพฤติกรรมแห่งกรณีไม่เปิดช่อง หรือ (ค) การทำให้พอใจกรณีของความเสียหายซึ่งไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงิน โดยกฎหมายหลักที่จะนำมาปรับใช้คือสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ซึ่งเป็นความเสียหายจากวัตถุอวกาศที่เกิดขึ้นกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่อยู่ในรัฐภาคีสมาชิกอื่น ๆ นั้น ที่มีสาเหตุเกิดมาจากวัตถุอวกาศหรือส่วนประกอบของวัตถุอวกาศนั้นตกลงบนพื้นโลก ในห้วงอากาศ หรือในห้วงอวกาศ ตามข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และตามข้อ 2 และข้อ 3 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ที่ได้กำหนดไว้²⁶

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Liability) ของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศที่ได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศ เนื่องจากตัววัตถุอวกาศและหรือเศษชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศได้ตกใส่รัฐอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบนั้น สามารถพิจารณาโดยคำนึงถึงการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติ ที่จะมีผลต่อการใช้บังคับระหว่างรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศที่ได้ทำการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ กับรัฐอื่น ๆ ที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้น โดยสามารถแบ่งออกได้ 3 กรณี คือ

(1) กรณีวัตถุอวกาศและหรือเศษชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐ หรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 เช่นเดียวกันกับของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศ

โดยในกรณีนี้ รัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกต้องรับผิดชอบไม่ต้องการพิสูจน์ ซึ่งเป็นความรับผิดชอบแบบเด็ดขาด (Absolute Liability) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2²⁷ ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบ นี้ สำหรับตัวอย่างที่เคยเกิดขึ้นแบบกรณีที่ 1 ซึ่งถือว่าการดำเนินการด้านกฎหมายอวกาศที่สำคัญของสังคมโลกนี้คือ กรณีดาวเทียม Cosmos 954 ของสหภาพโซเวียต ตกลงสู่โลกบริเวณประเทศแคนาดา ในช่วงเดือนมกราคมถึงธันวาคม ค.ศ. 1978 โดยทั้งสองประเทศต่างได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและส่งกลับนักบินอวกาศและวัตถุ

²⁶ Julian Hermida, *Legal Basis for A National Space Legislation*, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2004, pp. 1-27.

²⁷ Article II of Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 1972 “A launching State shall be absolutely liable to pay compensation for damage caused by its space object on the surface of the Earth or to aircraft in flight.”

อวกาศ ค.ศ. 1968 อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 และ (4) อนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975 และได้ทำการเจรจาตกลงค่าเสียหายกันเมื่อวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1981 เป็นเงินจำนวน 3,000,000 เหรียญแคนาดา (Three million Canadian dollars)²⁸

(2) กรณีวัตถุอวกาศและหรือเศษชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐหรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่มีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 แต่รัฐนั้นได้เข้าเป็นสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 นั้น เช่นเดียวกันกับของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศ

โดยในกรณีนี้ รัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 7²⁹ ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นหลัก หรือ

(3) กรณีวัตถุอวกาศและหรือเศษชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐหรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่มีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอวกาศของสหประชาชาติเกือบทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มิได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972

โดยในกรณีนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า รัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศตกลงบนพื้นผิวโลกต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นโดยสามารถนำเอาปฏินญาว่าด้วยการควบคุมการดำเนินกิจกรรมของรัฐในห้วงอวกาศ ค.ศ. 1963³⁰ ซึ่งถือได้ว่า

²⁸ http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/nationalspacelaw/bi-multi-lateral-agreements/can_ussr_001.html (Accessed 2 April 2018)

และลิลล ก่ออุฏฐิภูลังษี, “กิจกรรมทางอวกาศกับผลกระทบสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีคดีชิ้นส่วนดาวเทียมคอสโมส 954 ตกที่แคนาดา,”: 27.

²⁹ Article VII of the Outer Space Treaty 1967 “Each State Party to the Treaty that launches or procures the launching of an object into outer space, including the Moon and other celestial bodies, and each State Party from whose territory or facility an object is launched, is internationally liable for damage to another State Party to the Treaty or to its natural or juridical persons by such object or its component parts on the Earth, in air space or in outer space, including the Moon and other celestial bodies.”

³⁰ Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space 1963, “8. Each State which launches or procures the

เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้เพราะว่าปฏิญญานี้ได้บรรจุไว้ซึ่งแนวความคิดและทฤษฎีทางกฎหมายที่สังคมโลกได้ให้การยอมรับและปฏิบัติตามในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐที่เกี่ยวกับการสำรวจและเข้าใช้ประโยชน์จากห้วงอวกาศ รวมทั้งสามารถนำเอาหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้โดยอนุโลมได้เช่นกัน

3. ประเด็นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนจากความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นจากสถานีอวกาศเทียนกง-1

3.1 สถานะทางกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน

จากการที่สาธารณรัฐประชาชนจีนได้เข้าเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอวกาศของสหประชาชาติจำนวน 4 ฉบับ³¹ เมื่อนำมาพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมอวกาศโดยเฉพาะการส่งสถานีอวกาศเทียนกง-1 ขึ้นสู่อวกาศ ทำให้ต้องมาพิจารณาถึงสถานะทางกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนว่ามีสถานะทางกฎหมายรวมถึงสิทธิและหน้าที่อย่างไรบ้าง ซึ่งตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศเมื่อนำมาพิจารณาประกอบกับข้อเท็จจริงสามารถพิจารณาสถานะทางกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ว่าสาธารณรัฐประชาชนจีนมีสถานะทางกฎหมายเป็นรัฐผู้ส่ง (Launching State) ตามข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967³² ที่ได้ดำเนินการจัดส่งสถานีอวกาศเทียนกง-1 ขึ้นสู่อวกาศ ซึ่งสอดคล้องกับข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972³³ และข้อ 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975³⁴ และในฐานะเป็นรัฐผู้ส่งนั้น

launching of an object into outer space, and each State from whose territory or facility an object is launched, is internationally liable for damage to a foreign State or to its natural or juridical persons by such object or its component parts on the earth, in air space, or in outer space."

³¹ ประกอบด้วย (1) สนธิสัญญาอวกาศ (OST 1967) (2) ข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและส่งกลับนักบินอวกาศและวัตถุอวกาศ (ARRA 1968) (3) อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ (LIAB 1972) และ (4) อนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ (REG 1975) ซึ่งสาธารณรัฐประชาชนจีนมีสิทธิและหน้าที่ซึ่งเป็นพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องปฏิบัติตาม See Status of international agreements relating to activities in outer space (as at 1 January 2017): http://www.unoosa.org/documents/pdf/spacelaw/treatystatus/AC105_C2_2018_CRP03E.pdf (Accessed 22 April 2018)

³² Article VII of the Outer Space Treaty 1967

³³ Article I of the Liability Convention 1972

³⁴ Article I of the Registration Convention 1975

สาธารณรัฐประชาชนจีนก็มีหน้าที่ต้องดำเนินการทางด้านอวกาศของตนให้สอดคล้องกับข้อ 6 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967³⁵ ในฐานะภาคีสมาชิก โดยสาธารณรัฐประชาชนจีนจะต้องคงไว้ซึ่งความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Responsibility) ในการปฏิบัติกิจกรรมของตนในห้วงอวกาศ เช่น การดำเนินการทางด้านอวกาศทั้งหลายจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการดำเนินการเพื่อคุณประโยชน์ (The benefits) และผลประโยชน์ของทุกประเทศ (The interests of all countries)³⁶ การห้ามการเข้าครอบครองห้วงอวกาศ³⁷ การดำเนินการด้านอวกาศนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดผลที่ไม่น่าพึงประสงค์ที่กระทบกับสิ่งแวดล้อม³⁸ และหรือห้ามดำเนินการทางด้านการทหารโดยการนำอาวุธนิวเคลียร์หรืออาวุธที่มีการทำลายล้างสูงไปทำการติดตั้งในห้วงอวกาศ³⁹ นอกจากนี้ เมื่อสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ทำการจดทะเบียนสถานีวิจัยอวกาศเทียนกง-1 ที่ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศกับเลขานุการขององค์การสหประชาชาติตามข้อ 8 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967⁴⁰ และตามข้อ 1 (c) ของอนุสัญญาว่าด้วยการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1975⁴¹ นั้น ทำให้สาธารณรัฐประชาชนจีนมีฐานะเป็นรัฐที่ทำการจดทะเบียน (State of registry) ซึ่งถือได้ว่าเป็นเจ้าของ (Ownership) สถานีวิจัยอวกาศเทียนกง-1 และมีสิทธิ (Rights) ที่จะคงไว้ซึ่งเขตอำนาจและการควบคุมของรัฐตนเหนือสถานีวิจัยอวกาศเทียนกง-1 ด้วย

3.2 ประเด็นความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศทางด้านอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนจากความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการตกของสถานีวิจัยอวกาศเทียนกง-1

สำหรับประเด็นปัญหาความเสียหายจากการตกของสถานีวิจัยอวกาศเทียนกง-1 และชิ้นส่วนของตัวสถานีวิจัยอวกาศ ที่อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายกับประเทศต่าง ๆ บนโลกนั้น สาธารณรัฐประชาชนจีนที่มีสถานะทางกฎหมายทั้งในฐานะรัฐผู้ส่ง (Launching State) และในฐานะรัฐเจ้าของวัตถุที่ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศ (Ownership of objects launched into outer space) จะต้องมีภาระรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Liability) ในการดำเนินการด้านอวกาศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหาย ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการด้านอวกาศของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่มีต่อรัฐภาคีสมาชิกอื่น ๆ ของสนธิสัญญาอวกาศฯ และอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดฯ นี้ ซึ่งรวมถึงความ

³⁵ Article VI of the Outer Space Treaty 1967

³⁶ Article I of the Outer Space Treaty 1967

³⁷ Article II of the Outer Space Treaty 1967

³⁸ Article IX of the Outer Space Treaty 1967

³⁹ Article IV of the Outer Space Treaty 1967

⁴⁰ Article VIII of the Outer Space Treaty 1967

⁴¹ Article I of the Registration Convention 1975

เสียหายที่เกิดขึ้นกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล รวมถึงทรัพย์สินของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่อยู่ในรัฐภาคีสมาชิกอื่น ๆ นั้น ที่มีสาเหตุเกิดมาจากสถานีอวกาศเทียนกง-1 หรือส่วนประกอบของสถานีอวกาศเทียนกง-1 นั้นตกลงบนพื้นโลก ในห้วงอวกาศ หรือในห้วงอวกาศ ตามข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และตามข้อ 2⁴² และข้อ 3⁴³ ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ที่ได้กำหนดไว้ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ (International Liability) ของสาธารณรัฐประชาชนจีนอันเนื่องมาจากสถานีเทียนกง-1 ตกใส่รัฐอื่น ๆ ที่ได้รับผลกระทบนั้น สามารถพิจารณาได้โดยคำนึงถึงการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอวกาศของสหประชาชาติ ที่จะมีผลใช้บังคับระหว่างรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศที่ได้ทำการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ กับรัฐอื่น ๆ ที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น 3 กรณีดังนี้

(1) กรณีสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐ หรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 เช่นเดียวกันกับสาธารณรัฐประชาชนจีน ในกรณีนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องรับผิดชอบโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ ซึ่งเป็นความรับผิดแบบเด็ดขาด (Absolute Liability) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ของอนุสัญญานี้

(2) กรณีสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐหรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่มีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 แต่รัฐนั้นได้เข้าเป็นสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 นั้น ในกรณีนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยอาศัยหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 เป็นหลัก หรือ

(3) กรณีสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนตกลงบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐหรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินของรัฐที่มีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับอวกาศของสหประชาชาติเกือบทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มีได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และ

⁴² โปรดดูอ้างอิงเชิงอรรถที่ 27

⁴³ Article III of Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 1972 “In the event of damage being caused elsewhere than on the surface of the Earth to a space object of one launching State or to persons or property on board such a space object by a space object of another launching State, the latter shall be liable only if the damage is due to its fault or the fault of persons for whom it is responsible.”

อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ในกรณีนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ โดยอาศัยหลักกฎหมายระหว่างประเทศเรื่องความรับผิดชอบของรัฐในทางระหว่างประเทศมาปรับใช้โดยอนุโลม เพื่อเรียกร้องให้สาธารณรัฐประชาชนจีนออกมารับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

4. กรณีศึกษาหากประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน

กรณีที่ประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการตกใส่ของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน บนดินแดนอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างทำการบิน ประเทศไทยไม่สามารถที่จะนำเอาอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 โดยเฉพาะข้อบทเรื่องความรับผิดแบบเด็ดขาด (Absolute Liability) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ของอนุสัญญาฯ นี้มาปรับใช้กับสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อให้สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องรับผิดชอบโดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ใด ๆ ได้ ทั้งนี้ ก็ด้วยเหตุผลที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญานับนี้เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน จึงทำให้สาธารณรัฐประชาชนจีนไม่ผูกมัดตามพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยหลักสัญญา่อมผูกพันหรือสนธิสัญญาย่อมได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม (*Pacta sunt servanda*) แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ประเทศไทยจะต้องปรับใช้ข้อบทกฎหมายระหว่างประเทศด้านอวกาศอื่นที่ประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีนต่างเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศด้านอวกาศอื่นเช่นเดียวกันในปัจจุบัน เพราะประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีนจำต้องถูกผูกมัดตามพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยหลักสัญญา่อมผูกพันหรือสนธิสัญญาย่อมได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยเข้าเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติทั้งหมด 2 ฉบับ ประกอบด้วย (1) สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และ (2) ข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 ดังนั้น ความตกลงระหว่างประเทศด้านอวกาศที่จะนำมาปรับใช้ได้กับกรณีประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการตกใส่โดยสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน คือสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 เพื่อเรียกร้องให้สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องมีพันธกรณีผูกพันรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหากเกิดความเสียหายจากการตกใส่ของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนบนดินแดนอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างทำการบินอยู่ ดังนี้

4.1 ประเทศไทยสามารถใช้สิทธิตามสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967

การเรียกร้องให้สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องผูกพันรับผิดชอบในฐานะคู่ภาคีสมาชิกต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากสถานีอวกาศเทียนกง-1 หรือเศษชิ้นส่วนของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ตกใส่ โดยนำเอาข้อ 3 ข้อ 6 และข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 มาพิจารณาประกอบ ดังนี้

(1) สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ซึ่งระบุว่าอวกาศเป็นเขตแดนของมวลมนุษยชาติสามารถเข้าใช้ประโยชน์และทำการสำรวจได้โดยเสรี ทุกประเทศสามารถใช้ประโยชน์ได้เสมอภาคกัน ซึ่งไม่มีใครสามารถอ้างสิทธิความเป็นเจ้าของได้ แต่ข้อ 6 ของสนธิสัญญาฯ นี้ยังได้กำหนดหลักความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Responsibility) ของรัฐในการดำเนินกิจกรรมอวกาศของตน เนื่องจากความตระหนักถึงภัยอันตรายและความเสี่ยงภัยที่จะเกิดขึ้นต่อประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้และมวลมนุษยชาติจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สิน รวมทั้งสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้รัฐสมาชิกที่ได้ดำเนินกิจกรรมด้านอวกาศนั้นต้องมีความรับผิดชอบและต้องใช้ความระมัดระวังอย่างสูงยิ่งที่จะกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใด ๆ ก็ตาม ที่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อผู้อื่น ต่อสังคม รวมทั้งต่อสิ่งแวดล้อมด้วย ดังนั้น ในกรณีนี้สาธารณรัฐประชาชนจีนจึงต้องมีความรับผิดชอบของรัฐสำหรับการดำเนินกิจกรรมอวกาศที่ได้ทำการส่งสถานีเทียนกง-1 ขึ้นไปปฏิบัติการในห้วงอวกาศ

(2) ข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ได้กำหนดหลักความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Liability) ของรัฐในความเสียหายจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศ เมื่อวัตถุอวกาศของรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของได้สร้างความเสียหายต่อรัฐอื่น และแม้ว่าในข้อ 7 ของสนธิสัญญาฯ นี้ จะไม่ได้ระบุอย่างชัดเจนว่าความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นเป็นความรับผิดชอบแบบเด็ดขาด (Absolute liability)⁴⁴ หรือความรับผิดชอบแบบมีความผิด (Fault liability)⁴⁵ ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ก็ตาม แต่ Bin Cheng ได้มีความเห็นว่า หากความเสียหายเกิดจากการตกใส่ของวัตถุอวกาศบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐหรือตกลงถูกเครื่องบินในระหว่างทำการบินอยู่นั้น ความรับผิดชอบตามข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศควรตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบแบบเด็ดขาด⁴⁶ เนื่องจากกิจกรรมอวกาศเป็นกิจกรรมที่มีความเสี่ยงภัยและมีอันตรายสูงโดยสภาพ หากรอให้มีการพิสูจน์ความผิดก่อนแล้วก็จะไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหายเพราะว่าการพิสูจน์ความผิดนั้นยากและ

⁴⁴ Article II of the Liability Convention 1972

⁴⁵ Article III of the Liability Convention 1972

⁴⁶ Bin Cheng, *Studies in International Space Law* (Great Britain: Clarendon Press, 1997), p. 326.

ใช้เวลานั้นมาก⁴⁷ อย่างไรก็ตาม ในความเห็นของข้าพเจ้าไม่เห็นด้วยกับ Bin Cheng เพราะเชื่อว่าหากกำหนดไว้แต่แรกว่าอยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบแบบเด็ดขาดคงจะไม่มีกำหนดแยกให้ชัดเจนและแตกต่างกันระหว่างความรับผิดชอบแบบเด็ดขาดและความรับผิดชอบที่มีความยืดหยุ่นตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าในทางปฏิบัติหากเกิดเหตุการณ์ที่มีการตกใส่ของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนบนพื้นผิวโลกบนดินแดนที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างทำการบินอยู่จริง สาธารณรัฐประชาชนจีนจะปรับใช้ข้อบทกฎหมายตามข้อ 7 ของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศที่สาธารณรัฐประชาชนจีนและประเทศไทยผูกพันในฐานะคู่ภาคีตามหลักที่ว่าสัญญายอมผูกพันหรือสนธิสัญญายอมได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม แต่สาธารณรัฐประชาชนจีนคงจะหลีกเลี่ยงที่จะตีความความรับผิดชอบที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานความรับผิดชอบแบบเด็ดขาดตามความเห็นของนักกฎหมายเพราะจะทำให้ตนเองเสียเปรียบดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นในกรณีการตกของดาวเทียม Cosmos 954 ของสหภาพโซเวียตในปี ค.ศ. 1978⁴⁸ โดยสาธารณรัฐประชาชนจีนน่าจะเลือกที่จะใช้ข้อบทกฎหมายระหว่างประเทศด้านอวกาศอื่นที่มีความยืดหยุ่นกว่าและสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ประโยชน์ เช่น

⁴⁷ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, งานวิจัยร่างพระราชบัญญัติกำกับกิจการอวกาศ พ.ศ. ... ของประเทศไทย, เสนอต่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.), (2560), หน้า 31.

⁴⁸ จากข้อเท็จจริง รัฐบาลแคนาดาได้แจ้งองค์การสหประชาชาติตามเอกสารหมายเลข A/AC.105/236 ลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1983 ตามพันธกรณีในความตกลงว่าด้วยการช่วยชีวิตและการส่งคืนวัตถุ และได้สอบถามรัฐบาลสหภาพโซเวียตถึงวัตถุที่ประกอบในดาวเทียม แต่สหภาพโซเวียตไม่ได้ให้คำตอบ แต่เสนอจะช่วยแคนาดาในการเก็บกู้ซากตามข้อ 5 วรรคสี่ แห่งความตกลงฯ ซึ่งแคนาดาปฏิเสธต่อมาแคนาดาได้ยื่นข้อเรียกร้องให้สหภาพโซเวียตชดเชยค่าเสียหายโดยเด็ดขาด ปรากฏว่าสหภาพโซเวียตได้ยกข้อต่อสู้ว่าดาวเทียม Cosmos 954 ได้ถูกทำลายหมดแล้วระหว่างกลับเข้าสู่โลก กรณีจึงเป็นเรื่องที่สหภาพโซเวียตไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด

แคนาดาเรียกร้องให้สหภาพโซเวียตรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความหมายของอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบ แต่สหภาพโซเวียตได้โต้แย้งว่าความเสียหายตามอนุสัญญาดังกล่าวไม่รวมถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม

แคนาดาได้รับแจ้งจากสหภาพโซเวียตว่าไม่มีความประสงค์จะใช้ประโยชน์ในเศษซากชิ้นส่วน และแคนาดาสามารถจัดการได้ตามที่เห็นสมควร ซึ่งการแถลงนี้เป็นการตัดภาระค่าใช้จ่ายในการเก็บกู้ตามข้อ 5 แห่งความตกลงว่าด้วยการช่วยชีวิตและการส่งคืนวัตถุ แต่อย่างไรก็ตาม สหภาพโซเวียตได้ให้เหตุผลว่าตนได้ปฏิบัติตามหลักกฎหมายอวกาศระหว่างประเทศข้อ 5 วรรคสอง แห่งความตกลงว่าด้วยการช่วยชีวิตและการส่งคืนวัตถุ โดยแสดงความยินดีที่จะให้ความช่วยเหลือในการกำจัดเศษซากชิ้นส่วนวัตถุอวกาศ แต่แคนาดาได้ปฏิเสธความช่วยเหลือดังกล่าว

โปรดดู ลิลล ก่อวุฒิกุลรังษี, “กิจกรรมทางอวกาศกับผลกระทบสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีศึกษาชิ้นส่วนดาวเทียมคอสมอส 954 ตกที่แคนาดา,”: 25-27.

ความรับผิดชอบมีความผิด (Fault Liability) ที่ต้องมีการพิสูจน์ความรับผิดชอบซึ่งอาจต้องใช้เวลานานมากในการตรวจสอบข้อมูลต่าง ๆ ทางเทคนิคที่ซับซ้อน ซึ่งประเทศที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศจะเสียเปรียบ นอกจากนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนในฐานะรัฐผู้ส่งและหรือรัฐเจ้าของวัตถุที่ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศก็อาจจะพยายามพิสูจน์ให้เห็นถึงความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือมีการกระทำหรือการละเว้นกระทำการใด ๆ โดยมีความตั้งใจที่จะทำให้เกิดความเสียหายขึ้นโดยประเทศไทย ที่ได้กล่าวอ้างความเสียหายนั้น ทั้งนี้ก็เพื่อหาเหตุผลทางกฎหมายให้ตนหลุดพ้นจากความรับผิดและหรือเพื่อใช้เป็นข้อกล่าวอ้างที่จะทำให้ความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นลดลงกว่าที่ควรจะเป็น และ

(3) เมื่อมีการตกใส่ของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน บนพื้นผิวโลกบนดินแดนอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างที่ทำการบินอยู่นั้น ถือได้ว่าได้เกิดข้อพิพาทในทางระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจการอวกาศขึ้น แต่เมื่อพิจารณาในบรรดาความตกลงระหว่างประเทศทางด้านอวกาศทั้งหลายของสหประชาชาติ พบว่าไม่ได้มีการกำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติวิธีเอาไว้ ดังนั้น ประเทศไทยนอกจากจะนำเอาข้อ 6 และข้อ 7 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 มาปรับใช้กับกรณีปัญหาวัตถุอวกาศตกใส่ตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้แล้ว ก็ควรที่จะนำข้อ 3 ของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 ประกอบกับข้อ 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติ (The UN Charter)⁴⁹ มาปรับใช้โดยอนุโลม เพื่อแสวงหาแนวทางในการแก้ไขกรณีพิพาทใด ๆ ซึ่งหากดำเนินอยู่ต่อไป น่าจะเป็นอันตรายแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ โดยข้อ 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติกำหนดกระบวนการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยสันติวิธีในแต่ละระดับ เช่น การเจรจา การไต่สวน การไกล่เกลี่ย การประนีประนอมยอมความ การใช้อำนาจตุลาการ และหรือการดำเนินคดีในศาลโลก เป็นต้น เพื่อหาทางระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นจากการที่สถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนตกลงบนดินแดนอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างที่ทำการบินอยู่ แต่อย่างไรก็ดี แม้ว่าการดำเนินการตามวิธีการข้างต้นนี้จะเป็นช่องทางที่ทำให้ประเทศไทยสามารถเรียกร้องให้

⁴⁹ ข้อ 33 (1) ของกฎบัตรสหประชาชาติ (UN Charter) บัญญัติว่า “ผู้เป็นฝ่ายในกรณีพิพาทใด ๆ ซึ่งหากดำเนินอยู่ต่อไป น่าจะเป็นอันตรายแก่การดำรงไว้ซึ่งสันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศ ก่อนอื่นจักต้องแสวงหาการแก้ไข โดยกำหนดกระบวนการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทโดยสันติวิธีในแต่ละระดับ เช่น การเจรจา (negotiation) การไต่สวน (enquiry) การไกล่เกลี่ย (mediation) การประนีประนอมยอมความ (conciliation) การใช้อำนาจตุลาการ (arbitration) การดำเนินคดีในศาลโลก (judicial settlement) อาศัยหน่วยงานระดับภูมิภาคในการทำความตกลงกัน (resort to regional agencies or arrangements) และวิธีอื่นใดตามแต่คู่ภาคีจะตกลงกันโดยสันติ (peaceful means of their own choice)”

สาธารณรัฐประชาชนจีนรับผิดชอบค่าเสียหายได้ แต่ก็จะมีกระบวนการซึ่งใช้เวลาในการเรียกร้องค่าเสียหายที่ยาวนานและมีค่าใช้จ่ายตามมา

4.2 สิทธิและหน้าที่ของประเทศไทยตามข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968

หากเกิดเหตุการณ์ที่มีการตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนลงสู่พื้นผิวโลกจริง ประเทศไทยก็จะต้องถูกผูกมัดตามพันธกรณีตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยหลักสัญญาออมผูกพันหรือสนธิสัญญาออมได้รับการเคารพและปฏิบัติตามเนื่องจากประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีนต่างเข้าเป็นภาคีสมาชิกในข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 โดยประเทศไทยมีหน้าที่ต้องดำเนินการตามข้อ 5 ของข้อตกลงฯ นี้ ที่กำหนดไว้โดยประเทศไทยในฐานะภาคีสมาชิกฝ่ายที่ได้รับข้อมูลหรือค้นพบว่าวัตถุอวกาศหรือชิ้นส่วนของวัตถุอวกาศนั้นได้เดินทางกลับมายังโลกอยู่ในดินแดนอาณาเขตที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตนหรือในทะเลหลวงหรือในที่อื่นใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของรัฐใด ๆ มีหน้าที่ที่จะต้องแจ้งให้ผู้มีอำนาจในการส่งวัตถุอวกาศ ซึ่งในที่นี้คือสาธารณรัฐประชาชนจีน และเลขาธิการสหประชาชาติให้ทราบ⁵⁰ และสาธารณรัฐประชาชนจีนในฐานะรัฐผู้มีอำนาจในการส่งวัตถุอวกาศก็มีภาระหน้าที่ต้องจ่ายค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามข้อผูกพันเพื่อการกู้คืนและส่งกลับคืนวัตถุอวกาศหรือส่วนประกอบของวัตถุอวกาศนั้น⁵¹

ในกรณีที่ประเทศไทยมิได้ปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงนี้ เช่น ไม่ส่งวัตถุอวกาศกลับคืนไปยังรัฐผู้มีอำนาจในการส่งวัตถุอวกาศ เช่น หากมีการตกของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนในประเทศไทย ดังนี้ ประเทศไทยก็จะต้องมีความรับผิดชอบระหว่างประเทศ (International Liability) ต่อรัฐผู้มีอำนาจในการส่งวัตถุอวกาศ ซึ่งในที่นี้ก็คือสาธารณรัฐประชาชนจีน ในฐานะที่ไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 นี้ โดยประเทศไทยจะต้องดำเนินการไม่ว่าจะ (ก) กระทำโดยการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม กรณีเมื่อเหตุการณ์แห่งกรณีเปิดช่องให้กระทำเช่นนั้นได้ (ข) การชดเชยค่าเสียหาย กรณีความเสียหายกลับคืนสู่สภาพเดิมนั้นไม่อาจกระทำได้เพราะเหตุการณ์แห่งกรณีไม่เปิดช่อง หรือ (ค) การทำให้พอใจ กรณีของความเสียหายซึ่งไม่สามารถคำนวณเป็นตัวเงิน

อย่างไรก็ตาม กรณีเกี่ยวกับการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศนี้สำหรับประเทศไทยในอดีตยังไม่เคยได้มีแนวทางปฏิบัติหรือการดำเนินการใด ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วัตถุอวกาศที่ตกลงบนดินแดนอาณาเขตของประเทศไทย ถึงแม้จะพบว่า

⁵⁰ Article 5 (1) of the Rescue Agreement 1968

⁵¹ Article 5 (1) of the Rescue Agreement 1968

ได้เคยมีเหตุการณ์ที่วัดอุทวากาศของประเทศอื่นตกใส่ประเทศไทยก็ตาม⁵² แต่ไม่ปรากฏหลักฐานว่าประเทศไทยในฐานะรัฐภาคีสมาชิกของข้อตกลงนี้ได้มีการดำเนินการอย่างไร ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ในการแจ้งตามพันธกรณีหรืออาจทำการแจ้งไปแล้วแต่สหประชาชาติไม่ได้บันทึกในฐานข้อมูลให้ถูกต้องก็เป็นได้⁵³ แต่ในปัจจุบันนี้ จากการประชุมของคณะทำงานติดตามสถานการณ์เทียนกง-1 ซึ่งแต่งตั้งโดยสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2561 นี้ ทางคณะทำงานนี้ที่ประกอบไปด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาลได้ดำเนินการจัดทำแผนเผชิญเหตุภัยจากวัตถุอวกาศ (กรณีสถานีวิจัยเทียนกง-1) ขึ้นเมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2561 โดยแผนนี้จะกำหนดเกี่ยวกับแนวคิดในการปฏิบัติ นิยามศัพท์ภัยจากวัตถุอวกาศ ขั้นตอนการปฏิบัติซึ่งรวมถึงการชดเชยเรียกร้องความเสียหาย เป็นต้น นอกจากนี้ ยังได้จัดทำคู่มือปฏิบัติสำหรับประชาชนในการเตรียมความพร้อมเพื่อรับมือกับอันตรายจากวัตถุอวกาศที่กลายเป็นขยะอวกาศและตกลงมาบนพื้นโลกด้วย

5. สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมด้านอวกาศกำหนดให้รัฐผู้ส่งและรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศต่อความเสียหายอันเนื่องมาจากวัตถุอวกาศของตนตกใส่รัฐอื่น ๆ ซึ่งสามารถพิจารณาได้โดยคำนึงถึงพันธกรณีในการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติที่จะมีผลใช้บังคับระหว่างรัฐผู้ส่งและหรือรัฐที่เป็นเจ้าของวัตถุอวกาศที่ได้ทำการจดทะเบียนวัตถุอวกาศ กับรัฐอื่น ๆ ที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้นจะเป็นไปตามกรณีของการที่ได้เข้าภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 หรือไม่ สำหรับประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่สถานีวิจัยเทียนกง-1 และชิ้นส่วนของตัวสถานีวิจัยอวกาศอาจจะตกใส่และก่อให้เกิดความเสียหายกับประเทศต่าง ๆ บนโลก ซึ่งสาธารณรัฐประชาชนจีนมีพันธกรณีระหว่างประเทศกับรัฐอื่น ๆ ที่ได้รับความเสียหายจากวัตถุอวกาศนั้นก็มิลักษณะเช่นเดียวกันกับที่ได้กล่าวมา คือการพิจารณาได้โดยคำนึงถึงการเข้าเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาตินั้นเอง

⁵² ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *วัตถุอวกาศมาเยือนเขาพระวิหาร*, หน้า 1-6.

⁵³ แม้ว่าจะปรากฏว่าทางราชการไทยได้ประสานงานส่งชิ้นส่วนวัตถุอวกาศกลับไปยังสหรัฐอเมริกาเรียบร้อยแล้วก็ตาม แต่เมื่อตรวจสอบฐานข้อมูลที่เผยแพร่ทั่วไปของสหประชาชาติกับไม่ปรากฏว่าประเทศไทยได้แจ้งรายงานการพบวัตถุดังกล่าวในดินแดนของประเทศไทยต่อเลขาธิการสหประชาชาติแต่อย่างไรโปรดดู ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, *วัตถุอวกาศมาเยือนเขาพระวิหาร*, หน้า 5.

ส่วนกรณีศึกษา หากประเทศไทยได้รับความเสียหายจากการตกใส่ของสถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนบนดินแดนอาณาเขตที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของประเทศไทยหรือตกลงถูกเครื่องบินสัญชาติไทยในระหว่างทำการบินอยู่นั้น จากการศึกษาวิจัยพบว่าประเทศไทยไม่สามารถที่จะนำเอาข้อบทกฎหมายในอนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 โดยเฉพาะข้อบทกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบเด็ดขาด (Absolute Liability) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ของอนุสัญญาฯ นี้มาปรับใช้กับสาธารณรัฐประชาชนจีนได้ ก็ด้วยเหตุผลที่ประเทศไทยมิได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในอนุสัญญานี้ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันประเทศไทยได้เข้าภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับอวกาศของสหประชาชาติ 2 ฉบับ คือ (1) สนธิสัญญาอวกาศ ค.ศ. 1967 และ (2) ข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 ดังนั้น ประเทศไทยและสาธารณรัฐประชาชนจีนต้องถูกผูกมัดตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ว่าด้วยสนธิสัญญาย่อมได้รับการเคารพและปฏิบัติตาม โดยนำสนธิสัญญาอวกาศและข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศมาปรับใช้ เพราะทั้งสองประเทศต่างเป็นภาคีสมาชิกในความตกลงระหว่างประเทศด้านอวกาศทั้ง 2 ฉบับนี้เช่นเดียวกันในปัจจุบัน ประกอบกับกฎบัตรสหประชาชาติ เพื่อเรียกร้องให้สาธารณรัฐประชาชนจีนต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศหากเกิดความเสียหายจากเหตุการณ์ที่สถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีนตกใส่ และประเทศไทยก็มีหน้าที่ตามข้อตกลงว่าด้วยการช่วยเหลือนักบินอวกาศและการส่งกลับวัตถุอวกาศและนักบินอวกาศ ค.ศ. 1968 หากประเทศไทยพบหรือทราบว่ามีวัตถุอวกาศหรือชิ้นส่วนของสถานีอวกาศเทียนกง-1 นั้น ได้ตกลงมายังโลกอยู่ในดินแดนอาณาเขตที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตนหรือในทะเลหลวงหรือในที่อื่นใดที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจรัฐของรัฐใด ๆ มีหน้าที่จะต้องแจ้งให้สาธารณรัฐประชาชนจีน และเลขาธิการสหประชาชาติทราบ และประเทศไทยมีสิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติตามข้อผูกพันเพื่อการกู้คืนและส่งกลับคืนสถานีอวกาศเทียนกง-1 หรือส่วนประกอบของสถานีอวกาศเทียนกง-1 นั้น จากสาธารณรัฐประชาชนจีนได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 เพื่อป้องกันมิให้รัฐผู้ส่งและหรือรัฐเจ้าของวัตถุที่ได้ถูกส่งขึ้นไปในห้วงอวกาศกล่าวอ้างว่าประเทศไทยตั้งใจที่จะทำให้ตนเองเกิดความเสียหายขึ้น โดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หรือมีการกระทำหรือการละเว้นกระทำการใด ๆ เพื่อยกขึ้นเป็นข้อโต้แย้งให้ตนเองหลุดพ้นจากความรับผิดชอบจากความเสียหายที่วัตถุอวกาศ (เช่น สถานีอวกาศเทียนกง-1 ของสาธารณรัฐประชาชนจีน) ตกลงในประเทศไทย ดังนั้น ประเทศไทยควรที่จะดำเนินการเพื่อเตรียมความพร้อมในการรับมือกับกรณีนี้ เช่น

- ควรแจ้งให้ประชาชนทั่วไปทราบว่า จะให้ประชาชนและเจ้าหน้าที่ของรัฐทำอะไรเมื่อเกิดสถานการณ์ที่วัตถุอวกาศตกใส่

- ควรจัดตั้งหน่วยงานปฏิบัติที่มีหน้าที่ในการแจ้งเตือน ช่วยเหลือและดำเนินการตรวจสอบวัตถุอวกาศที่ตกลงในดินแดนอาณาเขตของประเทศไทย

- ควรจัดตั้งหน่วยงานประสานงานกลางของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลและเรียกร้องสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ทางกฎหมายในนามประเทศไทยและประชาชนชาวไทยกรณีเมื่อเกิดสถานการณ์ที่วัตถุอวกาศตกในดินแดนอาณาเขตของประเทศไทย รวมทั้งปฏิบัติหน้าที่ในการแจ้งตามพันธกรณีต่อเลขาธิการสหประชาชาติเมื่อเกิดสถานการณ์ที่วัตถุอวกาศตกในดินแดนอาณาเขตของประเทศไทย

5.2.2. ประเทศไทยควรที่จะพิจารณาดำเนินการภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีสมาชิกของ อนุสัญญาว่าด้วยความรับผิดชอบระหว่างประเทศต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอวกาศ ค.ศ. 1972 เนื่องจากกิจกรรมอวกาศเหล่านี้มีความเสี่ยงภัยค่อนข้างสูงที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อมวลมนุษยชาติได้เป็นวงกว้าง ซึ่งการที่ประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกนั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศและประชาชนมากกว่า เพราะจะช่วยคุ้มครองผลประโยชน์ของประเทศไทยและคนชาติไทยจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากวัตถุอวกาศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เราสามารถใช้ประโยชน์จากหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (Absolute Liability) ตามที่กำหนดไว้ในข้อ 2 ของอนุสัญญา นี้มาปรับใช้ได้ทันที รวมทั้งเป็นการสร้างความมั่นใจให้กับประชาชนของตนและภาคเอกชนที่สนใจจะเข้ามาดำเนินกิจการทางด้านอวกาศในประเทศไทยที่จะคำนึงถึงระบบการประกันภัยล่วงหน้าในการดำเนินกิจการอวกาศ ที่ผู้เสียหายจากการดำเนินกิจกรรมอวกาศสามารถรู้อย่างแน่ชัดว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบและจะสามารถฟ้องใครเป็นจำเลยให้ต้องรับผิดชอบได้บ้างและเป็นความรับผิดชอบในรูปแบบใด

บรรณานุกรม

- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (2560). งานวิจัยร่างพระราชบัญญัติกำกับกิจการอวกาศ พ.ศ. ... ของประเทศไทย, เสนอต่คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และ กิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กสทช.)
- ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, ดาวเทียมไทยมิได้มีสัญชาติไทย-ใครจะเชื่อ? Who Is Going to Believe That Thai Satellites Are Not of Thai Nationality?, วารสาร กทช., 2552
- ประเสริฐ ป้อมป้องศึก, วัตถุอวกาศมาเยือนเขาพระวิหาร, นิติราษฎร์, 31 ธันวาคม 2554
- ลลิต ก่อวุฒิกุลรังษี, กิจกรรมทางอวกาศกับผลกระทบสิ่งแวดล้อม: ศึกษากรณีคดีขึ้น訴่นดาวเทียมคอสมอส 954 ตกที่แคนาดา, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 10 ฉบับที่ 2 (พฤษภาคม-สิงหาคม) 2553
- Bin Cheng, Studies in International Space Law, Great Britain: Clarendon Press, 1997
- Convention on International Liability for Damage Caused by Space Objects, 1972
- Convention on Registration of Objects Launched into Outer Space 1975
- DISINTEGRATION OF COSMOS 954 OVER CANADIAN TERRITORY IN 1978, PROTOCOL BETWEEN THE GOVERNMENT OF CANADA AND THE GOVERNMENT OF THE UNION OF SOVIET SOCIALIST REPUBLICS, DONE ON APRIL 2, 1981
- Julian Hermida, Legal Basis for A National Space Legislation, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2004
- Leland F. Belew (Editor), Skylab, Our First Space Station, Prepared by: George C. Marshall Space Flight Center Scientific and Technical Information Office National Aeronautics and Space Administration Washington, D.C. 1977
- Nandasiri Jasentuliyana, International Space Law and the United Nations, Kluwer Law International, Netherlands, 1999
- The Outer Space Treaty 1967
- The Agreement on the Rescue of Astronauts, the Return of Astronauts and the Return of Objects Launched into Outer Space 1968
- The UN Charter

- UNITED NATIONS OFFICE FOR OUTER SPACE AFFAIRS, INTERNATIONAL SPACE LAW: UNITED NATIONS INSTRUMENTS 2017

- United Nations GA. AC105_759
- United Nations GA. A/AC.105/1150E
- United Nations GA. A/AC.105/1139
- <http://www.unoosa.org>
- <https://history.nasa.gov/SP-4225/multimedia/deorbit.htm>

บทความวิจัย : Research Article

การสำรวจความเข้าใจของนักกฎหมายไทยที่มีต่อเรื่องสิทธิผู้ป่วยและญาติ ในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต

Exploring the Concept of Legal Professional on the Rights of Patients and their Relatives to Refuse Medical Treatment at the End of their Lives

พิสิษฐ์ ศรีอัคคโกทิน*

Pisit Sriakkpokin

บทคัดย่อ

ในทางสากล สิทธิในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตเป็นสิทธิในชีวิตร่างกายของผู้ป่วยอย่างหนึ่ง แต่สำหรับประเทศไทยสิทธิดังกล่าวนอกจากจะเป็นของผู้ป่วยแล้ว ญาติพี่น้องของผู้ป่วยยังมาใช้สิทธิดังกล่าวแทนผู้ป่วยได้ด้วย ดังจะเห็นได้จากการปฏิบัติในสถานพยาบาลของไทย เมื่อช่วงระยะท้ายของชีวิตผู้ป่วยมาถึง ผู้ป่วยมักไม่มีสติสัมปชัญญะพอที่จะตัดสินใจในการรักษาพยาบาลได้แล้ว แพทย์มักจะให้ญาติพี่น้องของผู้ป่วยเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลแทนผู้ป่วย

ประเทศไทยเคยทำการสำรวจแนวคิดของนักกฎหมายไทยในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยและญาติในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตผู้ป่วยมาแล้ว 2 ครั้ง คือ พ.ศ. 2527 และ พ.ศ. 2538 การสำรวจทั้งสองครั้งนี้สรุปว่า นักกฎหมายไทยเข้าใจเรื่องสิทธิดังกล่าวขึ้นเรื่อย ๆ แต่จากสถานการณ์ของสังคมที่เปลี่ยนไป กล่าวคือ เป็นสังคมผู้สูงอายุ มีผู้ป่วยโรคเรื้อรังมากขึ้น ประชาชนมีการตื่นตัวในเรื่องสิทธิของผู้ป่วย การมีกฎหมายที่รับรองสิทธิดังกล่าวแล้ว รวมถึงการได้รับรู้ข่าวสารในเรื่องการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาล และเรื่องการรณุญาตจากต่างประเทศ จึงคาดหมายได้ว่าในอนาคตจะมีข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิทธิดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแน่นอน ดังนั้น จึงควรสำรวจความเข้าใจของนักกฎหมายไทยในเรื่องการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตดังกล่าวอีกครั้ง

จากการสำรวจแนวคิดของนักกฎหมายไทยครั้งที่ 3 พบว่าสวนทางกับการสำรวจสองครั้งที่ผ่านมา ทั้งนี้ เนื่องจากมีนักกฎหมายเห็นว่าการที่ญาติหรือแพทย์แสดงเจตนาปฏิเสธการ

* น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), วท.ม. (สาธารณสุขศาสตร์) (มหาวิทยาลัยมหิดล), ผู้อำนวยการ สำนักงานคณะกรรมการสุขภาพแห่งชาติ

รักษาพยาบาลแทนผู้ป่วยหรือการที่ญาติและแพทย์ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ป่วยที่ต้องการปฏิเสธการรักษาพยาบาล นักกฎหมายไทยกลับเห็นว่าเป็นความผิดตามกฎหมายอาญา ดังนั้นจึงควรเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิต การดูแลแบบประคับประคอง ทั้งนี้ เพื่อเตรียมการรับมือกับความท้าทายของสังคมในอนาคต

คำสำคัญ: สิทธิของผู้ป่วยและญาติ, การตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต

Abstract

In a universal way, the right to make decisions about medical treatment in the last moments of life is a right in one's life. But for Thailand, the right to be patient, the relatives of the patients also use the right to replace the patient as can be seen from the practice in Thailand. At the end of life, the patient arrives. Patients are often unconscious enough to make the decision to be treated. Doctors often give relatives of patients a decision about medical care instead of patients.

Thailand has explored the concept of Thai lawyers in terms of the rights of patients and their relatives to make decisions about medical treatment in the last two lives of patients, namely, 1984 and 1995. These two conclusions are that Thai lawyers are increasingly aware of these rights. The social situation is changing, that is, the elderly society. There are more patients with chronic diseases. People are aware of the rights of patients. To receive information on the intentions of refusing medical treatment and murder from abroad. There is also a law that guarantees such rights. Therefore, it is expected that in the future there will be disputes related to such rights into the course of justice. Therefore, it should explore the Thai lawyer's understanding of the intention to refuse medical treatment at the end of his life.

According to a survey of Thai lawyers, the survey was conducted two times ago because of the lawyers' reluctance to relinquish their medical care or relatives and doctors. Of patients who want to refuse medical treatment. The Thai lawyers found that it was criminal offense. It is therefore recommended to disseminate knowledge about the rights of patients in the

intention to refuse treatment at the end of their lives. Palliative care In order to prepare for the challenge of society in the future.

Keywords: Patient rights and relatives, Making decisions about medical treatment during the last moments of life

1. บทนำ

การปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตเป็นสิทธิของผู้ป่วยอย่างหนึ่งที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย¹ และแนวปฏิบัติขององค์กรวิชาชีพด้านสุขภาพ² แต่ในทาง

¹ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจในการรับหรือไม่รับบริการใด และในกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับบริการใด จะให้บริการนั้นมีได้

ในกรณีที่เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้รับบริการเพราะเหตุที่ผู้รับบริการปกปิดข้อเท็จจริงที่ตนรู้และควรบอกให้แจ้ง หรือแจ้งข้อความอันเป็นเท็จ ผู้ให้บริการไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรืออันตรายนั้น เว้นแต่เป็นกรณีที่ผู้ให้บริการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

ความในวรรคหนึ่งมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้

(1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน

(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า

“บุคคลมีสิทธิทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิตตน หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วยได้

การดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อผู้ประกอบการวิชาชีพด้านสาธารณสุขได้ปฏิบัติตามเจตนาของบุคคลตามวรรคหนึ่งแล้ว มิให้ถือว่าการกระทำนั้นเป็นความผิดและให้พ้นจากความรับผิดชอบ”

มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 บัญญัติว่า

“การบำบัดรักษาจะกระทำได้ต่อเมื่อผู้ป่วยได้รับการอธิบายเหตุผลความจำเป็นในการบำบัดรักษารายละเอียดและประโยชน์ของการบำบัดรักษาและได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย เว้นแต่เป็นผู้ป่วยตามมาตรา

ถ้าต้องรับผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานบำบัดรักษา ความยินยอมตามวรรคหนึ่งต้องทำเป็นหนังสือ และลงลายมือชื่อผู้ป่วยเป็นสำคัญ”

ปฏิบัติของสังคมไทยไม่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากสังคมไทยเป็นครอบครัวขยาย ญาติพี่น้องเข้ามามีบทบาทในการดำเนินชีวิตไม่ว่าทางใดทางหนึ่งเสมอ ในเรื่องการรักษาพยาบาลก็เช่นกันที่ญาติพี่น้องเข้ามามีส่วนร่วมในการคิดและตัดสินใจในการรักษาพยาบาลด้วย กล่าวคือ เมื่อผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะพอที่จะตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตนเองได้แล้ว แพทย์ก็มักจะให้ญาติเป็นผู้ตัดสินใจแทน ซึ่งหากมีญาติจำนวนมาก บ่อยครั้งการตัดสินใจของญาติก็มักจะขัดแย้งกันเอง หรือบางครั้งการตัดสินใจของญาติขัดแย้งกับแพทย์ ปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นเสมอในสถานพยาบาล ดังนั้น ปัจจุบันจึงมีหลายหน่วยงานทั้งภาครัฐ ภาคเอกชน ตลอดจนโรงพยาบาลของรัฐและเอกชนมีการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจในสิทธิของผู้ป่วยในเรื่องการแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต

ในประเทศไทยเคยมีการทำการสำรวจแนวคิดของนักกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยและญาติในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยในวาระสุดท้ายของชีวิตมาแล้ว 2 ครั้ง คือ การสำรวจในปี พ.ศ. 2527³ และในปี พ.ศ. 2538⁴ การสำรวจทั้งสองครั้งดังกล่าวทำโดย ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาสถานการณ์ของสังคมเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมมาก กล่าวคือ การที่สังคมไทยกำลังจะเป็นสังคมผู้สูงอายุสมบูรณ์ในอีกไม่กี่ปีข้างหน้า⁵ และมีผู้ป่วยโรคเรื้อรังที่ไม่อาจรักษาให้หายเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้มีกระแสตื่นตัวในเรื่องของการดูแลสุขภาพ รวมทั้งมีการสนับสนุน ส่งเสริมการตายดีและสิทธิการตายตามธรรมชาติเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 โดย

² คำประกาศสิทธิและข้อพึงปฏิบัติของผู้ป่วย ข้อ 2 “ผู้ป่วยที่ขอรับการรักษาพยาบาลมีสิทธิได้รับทราบข้อมูลที่เป็นจริงและเพียงพอเกี่ยวกับการเจ็บป่วย การตรวจ การรักษา ผลดีและผลเสียจากการตรวจ การรักษาจากผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพ ด้วยภาษาที่ผู้ป่วยสามารถเข้าใจได้ง่าย เพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเลือกตัดสินใจในการยินยอมหรือไม่ยินยอม”

³ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, พิษณุ เฟ่งโงบลูย์ และอนันต์ บุญเกิด, “การปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบกับความรับผิดชอบทางอาญา,” นิตยสารบทันติย์ 42 (กันยายน 2529): 111-128.

⁴ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และวิไลวรรณ ชัยรัตนมโนกร. “สิทธิที่จะตายของผู้ป่วยที่สิ้นหวัง,” วารสารสมาคมนักวิจัยทางสังคมศาสตร์ 1 (2541): 27-38.

⁵ สังคมผู้สูงอายุ (aging society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป ที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 10 ขึ้นไป หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป ที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 7 ขึ้นไป สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ (aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป ที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 20 ขึ้นไป หรือมีประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป ที่อยู่จริงในพื้นที่ต่อประชากรทุกช่วงอายุในพื้นที่เดียวกัน ในอัตราเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 14 ขึ้นไป

โปรตดู มูลนิธิพัฒนางานผู้สูงอายุ, สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ (aged society) [Online], 17 May 2018. Available from <https://fopdev.or.th/สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์/>

ในกฎหมายดังกล่าวมีเรื่องการแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต และมีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่รับรองสิทธิของประชาชนในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เพื่อที่จะขอตายตามธรรมชาติแล้ว ในส่วนของภาครัฐเริ่มมีนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผู้ป่วยระยะสุดท้าย ซึ่งได้แก่ แผนการจัดบริการสุขภาพ (service plan) สาขาการดูแลแบบประคับประคองของกระทรวงสาธารณสุข และชุดสิทธิประโยชน์การดูแลแบบประคับประคองของสำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ ตลอดจนภาคประชาสังคมมีการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตอย่างกว้างขวาง ประกอบกับปัจจุบันภาคประชาชนมีความตื่นตัวในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของตนเอง ดังนั้น จึงคาดการณ์ได้ว่าในอนาคตจะต้องมีคดีที่เกี่ยวกับเรื่องการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยและญาติในวาระสุดท้ายของชีวิตของผู้ป่วยเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมอย่างแน่นอน

ดังนั้น จึงควรมีการสำรวจความรู้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยในเรื่องสิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลของผู้ป่วยและญาติในวาระสุดท้ายของชีวิตอีกครั้ง ทั้งนี้ เพื่อนำเอาผลการสำรวจดังกล่าวมาใช้เป็นข้อมูลสำหรับวางแผนในการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจต่อสิทธิในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตต่อไป

2. แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต

แนวคิดในเรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตเป็นพัฒนาการของสังคม จากการเผชิญหน้ากับสังคมผู้สูงอายุ รวมทั้งมีจำนวนผู้ป่วยโรคเรื้อรังและรุนแรงที่ไม่อาจรักษาให้หายได้เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้คาดการณ์ได้ว่าจะมีจำนวนผู้ป่วยที่ไม่สามารถรักษาให้หายขาดจากอาการที่เป็นอยู่ได้เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับปัจจุบันเทคโนโลยีทางการแพทย์เข้ามามีบทบาทสูงยิ่งในการยืดชีวิตผู้ป่วยออกไปทั้ง ๆ ที่ผู้ป่วยไม่สามารถจะหายเป็นปกติได้แล้ว จึงได้มีการเรียกร้องให้ผู้ป่วยสามารถแสดงเจตนาล่วงหน้าให้แพทย์ถอดเครื่องมือทางการแพทย์หรือยุติการรักษาบางอย่างที่ไม่เกิดประโยชน์กับผู้ป่วยได้ตามสมควร โดยการแสดงเจตนารมณ์หรือความประสงค์ของตนเองไว้ล่วงหน้าเพื่อเหตุการณ์อันไม่แน่นอนในอนาคตซึ่งทำได้ด้วยการเขียนหนังสือแสดงเจตจำนงเอาไว้ก่อน เช่น อาจแสดงเจตจำนงไว้ว่าไม่ขอเข้าห้องเวชบำบัดวิกฤต (ICU) ไม่ขอปั๊มหัวใจ หรือขอกลับบ้านในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต เป็นต้น⁶

⁶ ภัคพงศ์ วงศ์คำ, “นโยบายและกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคอง”, (สารนิพนธ์, วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต (สาธารณสุขศาสตร์), คณะสาธารณสุขศาสตร์, มหาวิทยาลัยมหิดล, 2559), หน้า 1-19.

หากพิจารณาในความเป็นจริง สิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลนี้เป็นสิทธิพื้นฐานที่ทุกคนมีอยู่แล้ว เช่น เวลาป่วยผู้ป่วยมีสิทธิที่จะไม่ไปรับการรักษา ปล่อยให้โรคหายเองโดยไม่ไปพบแพทย์ หรือไม่ทำตามคำแนะนำของแพทย์ก็ได้ แต่ปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเสมอ ๆ ในสถานพยาบาลต่าง ๆ คือ เมื่อถึงตอนที่ผู้ป่วยป่วยหนักและอยู่ในระยะสุดท้ายของชีวิตไม่มีสติสัมปชัญญะพอที่จะแสดงเจตนาหรือปฏิเสธการรักษาได้ด้วยตนเอง ในทางปฏิบัติส่วนใหญ่เมื่อผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะแล้ว แพทย์ก็จะขอให้ญาติเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาล บ่อยครั้งจะเกิดปัญหาความขัดแย้งระหว่างหมุ่ญาติ หรือญาติขัดแย้งกับแพทย์เกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลผู้ป่วย ดังนั้น จะเป็นการดีกว่าหรือไม่ที่ผู้ป่วยผู้ซึ่งเป็นเจ้าของชีวิตตัดสินใจล่วงหน้าเป็นหนังสือถึงความต้องการและความคาดหวังของตนเองในเรื่องการรักษาพยาบาลเพื่อให้ผู้อื่นรับรู้รับทราบถึงความต้องการของตนเอง เพื่ออย่างน้อยจะทำให้ญาติและแพทย์รู้และเข้าใจความต้องการของผู้ป่วยที่เกี่ยวกับเรื่องการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต

ในต่างประเทศเรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตของผู้ป่วยเริ่มเป็นกระแสขึ้นมาเมื่อมีการคิดและนำเทคโนโลยีทางการแพทย์มาใช้ในการยืดชีวิตของมนุษย์ออกไปในสภาพที่ฝืนธรรมชาติ ประเด็นที่ตามมาคือ เมื่อใดจึงจะสามารถหยุดการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เหล่านั้นได้ ดังนั้น จึงมีการเรียกร้องสิทธิปฏิเสธการรักษาดังกล่าว โดยในราวปี พ.ศ. 2510 นักกฎหมายชาวอเมริกันได้เสนอแนวคิดให้ผู้ป่วยแสดงเจตนาล่วงหน้าเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตนเอง โดยผู้ป่วยสามารถเขียนความต้องการล่วงหน้าว่าต้องการได้รับการรักษาพยาบาลอย่างไรและไม่ต้องการอย่างไร ต่อมามีการนำแนวคิดนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมาย โดยเริ่มต้นที่รัฐแคลิฟอร์เนีย จากนั้นได้แพร่หลายไปยังรัฐต่าง ๆ ทั่วสหรัฐ จากนั้นหลาย ๆ ประเทศทั่วโลกก็นำเอาหลักการนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายภายในของตนเอง⁷ โดยในต่างประเทศสิทธิของผู้ป่วยนี้มีความเคร่งครัดกว่าในสังคมไทย ทั้งนี้ เนื่องจากอิทธิพลของแนวคิดปัจเจกชนและสิทธิมนุษยชนที่มีมากกว่าประเทศไทยที่เป็นสังคมครอบครัวขยาย ญาติพี่น้องเข้ามามีอิทธิพลในการดำเนินชีวิตของบุคคลในครอบครัว ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม⁸

และพิสิษฐ์ ศรีอัครโกคิน, “กฎหมายกับการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม: ศึกษากรณีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง” ใน รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน” ครั้งที่ 2 กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 1, หน้า 3-7.

⁷ Hecht MB, Shiel WC Jr, *Advance Medical Directives* [Online], 25 April 2018. Available from <http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=7814>

⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, *สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา-สิทธิที่จะตาย* [ออนไลน์], 17 พฤษภาคม 2561. แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/Article/d56_2_7.pdf

และกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, รายงานสรุปผลโครงการสัมมนา “พินัยกรรมชีวิต สิทธิในการตาย (Living Will)” [ออนไลน์], 17 พฤษภาคม 2561. แหล่งที่มา <http://www.humanrightscenter.go.th/AboutUs/DocLib1>

3. การปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตในประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยสิทธิของผู้ป่วยและญาติในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตมีมานานแล้วในสังคมไทย ดังจะเห็นได้จากหลาย ๆ กรณีที่ผู้ป่วยหรือญาติเห็นว่าไม่สามารถรักษาโรคที่เป็นอยู่ได้แล้วก็จะขอกลับไปดูแลที่บ้าน หรือบางครั้งแพทย์เห็นว่าโรคที่ผู้ป่วยเป็นอยู่ไม่อาจรักษาให้หายได้อีกต่อไปแล้วก็จะมักจะทำให้ผู้ป่วยกลับไปดูแลที่บ้าน เช่นเดียวกับสังคมตะวันตกที่เรื่องนี้กำลังจะมีความสำคัญขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อสังคมไทยเป็นสังคมผู้สูงอายุ มีผู้ป่วยโรคเรื้อรังเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ประกอบกับมีการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์ยืดชีวิตผู้ป่วยออกไปได้ ก็จะเกิดประเด็นปัญหาเหมือนในต่างประเทศ⁹

แนวคิดเกี่ยวกับเรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตในประเทศไทยถูกนำมาเป็นประเด็นสาธารณะเมื่อราวปี พ.ศ. 2536 จากการมรณภาพของพระธรรมโกศาจารย์ (เงื่อม อินทปญโญ) หรือที่รู้จักในนาม “ท่านพุทธทาสภิกขุ” เป็นเหตุการณ์แรกของประเทศไทยที่ทำให้เรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของตนเองเป็นประเด็นสาธารณะและถกเถียงกันในสังคม เนื่องจากท่านพุทธทาสภิกขุได้กล่าวต่อสาธารณชนถึงเรื่องการมรณภาพของท่านเสมอมาว่า ต้องการมรณภาพอย่างสงบโดยไม่มีการยืดชีวิตที่สวนโมกข์ แต่ช่วงที่ท่านใกล้มรณภาพกลับมีผู้นำท่านมารักษาที่โรงพยาบาลและสุดท้ายก็พาท่านกลับไปมรณภาพที่สวนโมกข์ตามความประสงค์ของท่าน เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้สังคมเกิดความตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิของบุคคลในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต¹⁰ ต่อมามีการเผยแพร่แนวคิด “การเผชิญความตายอย่างสงบ”¹¹ กับสังคมอย่างกว้างขวางผ่านองค์กรและแนวคิดทางศาสนา

ต่อมาในช่วงของยุคปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติ ราวปี พ.ศ. 2543 เกิดกระแสการเปลี่ยนแนวคิดด้านสุขภาพของประเทศไทยจากแต่เดิมที่มุ่งเฉพาะเรื่องการรักษาพยาบาลเป็นหลัก มาสู่การส่งเสริมสุขภาพและป้องกันโรคเพื่อการมีสุขภาพดีถ้วนหน้าพร้อมทั้งให้ภาคส่วนต่าง ๆ ของสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการเสนอแนวคิดและตัดสินใจในเรื่องการ

⁹ ภัคพงศ์ วงศ์คำ, “นโยบายและกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคอง”, หน้า 29-32.

¹⁰ พระไพศาล วิสาโล, สู่วัฒนธรรมความตายที่เกื้อกูลชีวิต [ออนไลน์], 25 เมษายน 2561. แหล่งที่มา <http://www.visalo.org/article/PosttoDay255106.htm>

¹¹ การเผชิญความตายอย่างสงบ คือการปรับทัศนคติในการใช้ชีวิตอย่างไม่ประมาท ผึกฝนจิตใจตั้งมั่นในความตระหนักรู้อยู่เสมอทุกลมหายใจว่าความตายเป็นสิ่งธรรมดาของชีวิตและเตรียมความพร้อมชีวิตและครอบครัวเพื่อรับกับความตายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต

โปรดดู เผชิญความตายด้วยใจสงบ โดย พระไพศาล วิสาโล [Online], 17 May 2018. Available from https://www.visalo.org/article/D_Pachern.htm และ “เผชิญการตายอย่างสงบ” รู้ไว้ใช้ว่า... โดย สถาบันวิจัยระบบสาธารณสุข [Online], 17 May 2018. Available from <https://www.hsri.or.th/researcher/media/issue/detail/4287>

จัดบริการสุขภาพ โดยมีกระบวนการสังเคราะห์องค์ความรู้ในประเด็นสำคัญของการปฏิรูประบบสุขภาพเพื่อนำมาบรรจุเป็นเนื้อหาที่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ... ซึ่งมีผู้เสนอให้นำประเด็นสิทธิการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตมาบัญญัติเป็นกฎหมายให้เป็นรูปธรรม¹²

ช่วงปี พ.ศ. 2546 กลุ่มผู้นับถือศาสนาคริสต์พยานพระยะโฮวามีหนังสือถึงแพทยสภาขอให้พิจารณาเอกสารการปฏิเสธการถ่ายเลือดและการปลดปล่อยแพทย์จากความรับผิดชอบโดยกลุ่มผู้นับถือศาสนาคริสต์พยานพระยะโฮวามีความเชื่อทางศาสนาว่าต้องไม่รับการรักษาพยาบาลโดยการถ่ายเลือดหรือรับผลิตภัณฑ์ที่ทำจากเลือด ดังนั้น จึงแจ้งต่อแพทยสภาถึงความเชื่อดังกล่าวและแจ้งว่าแพทย์ที่ไม่ให้เลือดในกรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นความผิด แพทยสภาได้หารือเรื่องนี้กับกระทรวงสาธารณสุข โดยกระทรวงสาธารณสุขได้หารือประเด็นดังกล่าวไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 10) มีความเห็นว่า¹³ (1) ในกรณีผู้ป่วยที่ไม่อยู่ในภาวะเสี่ยงอันตรายถึงชีวิต หากเป็นการแสดงเจตจำนงไว้ล่วงหน้าของผู้ป่วยในขณะที่มีความรู้สึกละอายใจสำหรับตนเองในการปฏิเสธการรักษาใด ๆ ไม่เป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่พลเมืองและไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น แพทย์สามารถปฏิบัติตามเจตจำนงดังกล่าวของผู้ป่วยได้ และ (2) ในกรณีที่อยู่ในภาวะเสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและตามมาตรฐานของการประกอบวิชาชีพเวชกรรม แพทย์ผู้ให้การรักษามีจำเป็นต้องใช้วิธีการรักษาโดยการถ่ายเลือดเท่านั้น จึงจะสามารถช่วยชีวิตผู้ป่วยไว้ได้ ในกรณีนี้การแสดงเจตจำนงดังกล่าวของผู้ป่วยย่อมเป็นปฏิกิริยาต่อหน้าที่พลเมืองและขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แพทย์จึงไม่สามารถปฏิบัติตามเจตจำนงของผู้ป่วยได้ และหากแพทย์เห็นผู้ป่วยตกอยู่ในอันตรายแห่งชีวิตซึ่งตนอาจช่วยได้แต่ไม่ช่วยตามความจำเป็นก็จะเป็นความผิดตามมาตรา 374 แห่งประมวลกฎหมายอาญา นอกจากนี้ ยังเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรมอีกด้วย โดยการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวเสมือนยังไม่ยอมรับสิทธิในการแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับการรักษาเลือดของกลุ่มผู้นับถือศาสนาคริสต์พยานพระยะโฮวา

ในปี พ.ศ. 2550 ผลที่เป็นรูปธรรมของการปฏิรูประบบสุขภาพแห่งชาติทำให้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ซึ่งในมาตรา 12 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ ในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต โดยมาตราดังกล่าวได้กำหนดให้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และ

¹² อ่ำพล จินดาวัฒน์, พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาวะของสังคมไทย, ใน นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, บรรณาธิการโดย แสง บัญเฉลิมวิภาส, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555), หน้า 157-177.

¹³ คำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 250/2546

วิธีการในการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ ซึ่งปัจจุบันมีการออกกฎกระทรวงออกมาเรียบร้อยแล้ว¹⁴

ในปี พ.ศ. 2554 มีผู้ฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อขอให้ยกเลิกกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 12 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2558 ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษายกฟ้องกรณีดังกล่าว โดยศาลได้พิพากษารับรองสิทธิของประชาชนในการทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ ตามมาตรา 12 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550¹⁵ โดยสรุปประเด็นที่เป็นสาระสำคัญของคำพิพากษาได้ดังต่อไปนี้

(1) การที่บุคคลแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขฯ มีผลทำให้แพทย์ต้องเคารพการตัดสินใจดังกล่าว ในกรณีนี้ไม่ใช่สิทธิเลือกที่จะไม่มีชีวิตอยู่ แต่เป็นสิทธิในการเลือกที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลเพื่อที่จะได้ตายตามธรรมชาติ

(2) การที่บุคคลทำหนังสือแสดงเจตนาฯ เป็นการแสดงสิทธิในชีวิตและร่างกาย โดยเป็นการยื่นความประสงค์ไว้ล่วงหน้าเพื่อประกาศให้สาธารณชนทราบความประสงค์ของตนว่าจะใช้สิทธิเช่นใด จึงไม่ใช่การกระทำที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

(3) กฎกระทรวงฯ เป็นการอธิบายความและกำหนดขั้นตอนและวิธีการในการจัดทำหนังสือแสดงเจตนาฯ เท่านั้น โดยได้กำหนดองค์ประกอบในการแสดงสิทธิไว้คือ (1) หากมีผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ หนังสือแสดงเจตนาฯ ต้องครบถ้วนบริบูรณ์ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง (2) แพทย์ไม่มีหน้าที่ทำให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ ถึงแก่ความตายโดยวิธีการใด ๆ (3) ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ ยังคงได้รับการดูแลแบบประคับประคอง (4) ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ จะต้องมีภาวะตามที่กฎกระทรวงกำหนด (5) แพทย์ที่มีหน้าที่รับผิดชอบการรักษา มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยพยากรณ์โรคตามมาตรฐานทางการแพทย์ (6) ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ ต้องการตายตามธรรมชาติ

(4) กฎกระทรวงไม่ใช่การปล่อยให้ผู้ป่วยเสียชีวิตโดยดเว้นไม่ให้การรักษา หรือการใช้ยาหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยืดชีวิต

¹⁴ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553 และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกระทรวงสาธารณสุขแห่งชาติ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติงานของสถานบริการสาธารณสุข ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขและเจ้าหน้าที่ของสถานบริการสาธารณสุขตามกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553

¹⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.11/2558

(5) หากผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ จะระบุในหนังสือแสดงเจตนาฯ ให้งดเว้นการรักษา หรือใช้ยาและเครื่องมืออุปกรณ์ทางการแพทย์บางอย่างเพื่อยุติชีวิตที่ไม่ไฉ่วาระสุดท้าย (เร่งการตาย) แพทย์ก็ไม่สามารถปฏิบัติตามได้ หากปฏิบัติตามหนังสือแสดงเจตนาฯ ดังกล่าว แพทย์จะใช้มาตรา 12 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มายกเว้นความผิดของตนเองไม่ได้

(6) การปฏิบัติตามกฎกระทรวงมิได้เป็นการทอดทิ้งผู้ป่วยที่พึ่งตนเองมิได้ เนื่องจากแพทย์ยังให้การดูแลแบบประคับประคอง ดังนั้น จึงไม่มีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วยตามประมวลกฎหมายอาญา

(7) กฎกระทรวงฯ ไม่ได้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และองค์ประกอบในการปล่อยให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ เสียชีวิตลงโดยไม่ได้รับการรักษา หรือการใช้ยาและเครื่องมืออุปกรณ์ทางการแพทย์เพื่อยุติชีวิต แต่กฎกระทรวงกำหนดการรักษาแบบประคับประคองเพื่อให้ผู้ทำหนังสือแสดงเจตนาฯ ตายตามธรรมชาติ เพื่อมิให้อ้อมความตายโดยสิ้นหวังหรือทำให้ผู้นั้นต้องทรมานจากการเจ็บป่วย ทั้ง ๆ ที่หากไม่มีบริการสาธารณสุข ผู้นั้นควรจะตายตามธรรมชาติแล้ว

4. การสำรวจความคิดเห็นของนักกฎหมายไทยในเรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาล

ในประเทศไทยเคยมีการทำการสำรวจแนวคิดของนักกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วย และญาติในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตผู้ป่วยมาแล้วโดย ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ โดยทำการสำรวจครั้งแรกในปี พ.ศ. 2527 และครั้งที่สองในปี พ.ศ. 2538

การสำรวจครั้งแรกในปี พ.ศ. 2527 ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ตั้งโจทย์ โดยดัดแปลงจากเรื่องจริงที่เกิดขึ้นในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ตามข่าวหนังสือพิมพ์ รายวันฉบับหนึ่งประจำวันวันที่ 5 กรกฎาคม พ.ศ. 2527 แล้วสร้างแบบสอบถามส่งไปยัง นักกฎหมายไทย ซึ่งประกอบด้วย ตุลาการ พนักงานอัยการ ทนายความและนิติกร รวมทั้ง อาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย รวมทั้งสิ้น 450 ฉบับ ได้รับคำตอบคืนมา 177 ฉบับ จาก ตุลาการ 50 ฉบับ จากพนักงานอัยการ 49 ฉบับ จากทนายความและนิติกร 53 ฉบับ และจาก อาจารย์มหาวิทยาลัย 25 ฉบับ โดยชุดคำถามจะเป็นเรื่องการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วย และมีสถานการณ์สมมติที่แพทย์ได้ดำเนินการตามความประสงค์ของผู้ป่วย โดยสอบถามความคิดเห็นของนักกฎหมายว่าในกรณีต่าง ๆ เหล่านี้ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่¹⁶

การสำรวจครั้งที่สองในปี พ.ศ. 2538 ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ตั้งโจทย์เป็นตัวอย่างสมมติในเรื่องการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยโดยให้แพทย์และญาติได้ดำเนินการตามความประสงค์ของผู้ป่วย แล้วสร้างแบบสอบถามไปยังนักกฎหมายไทย

¹⁶ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, พิษณุ เพ็งไพบุลย์ และอนันต์ บุญเกิด. “การปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบกับความรับผิดชอบทางอาญา,” หน้า 111-128.

ซึ่งประกอบด้วย ตุลาการ พนักงานอัยการ ทนายความ และอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย กระจายไปยังทุกภาคของประเทศ ได้รับแบบสอบถามตอบกลับมา 242 ฉบับ จากตุลาการ 60 ฉบับ จากพนักงานอัยการ 61 ฉบับ จากทนายความ 106 ฉบับ และจากอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัย 15 ฉบับ รวม 242 คำตอบ¹⁷

ในการวิจัย 2 ครั้ง ซึ่งระยะเวลาห่างกันกว่า 10 ปี แนวคิดของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการปฏิเสธการรักษาที่จะนำไปสู่การตายดีเปลี่ยนไปอย่างเห็นได้ชัด แม้ว่าตัวบทกฎหมายในประมวลกฎหมายอาญาของไทย ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการตีความกับกรณีดังกล่าวยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ กล่าวคือ ในการวิจัยครั้งแรกมีนักกฎหมายเห็นว่าแพทย์ที่ไม่ให้การรักษาผู้ป่วยตามความประสงค์ของผู้ป่วยเอง แล้วผู้ป่วยตาย แพทย์มีความผิดฐานฆ่าผู้อื่น ขณะที่แพทย์เมื่อให้การรักษาไปโดยฝืนความต้องการของผู้ป่วยไประยะหนึ่ง ต่อมาหยุดให้การรักษานั้น แล้วผู้ป่วยตาย แพทย์ที่หยุดการรักษาผู้ป่วยมีความผิดฐานฆ่าผู้อื่นเช่นกัน แต่ 10 ปีต่อมา ในการวิจัยครั้งที่ 2 ในกรณีคล้ายคลึงกันมีนักกฎหมายที่วินิจฉัยว่าแพทย์ที่งดการรักษาตามความประสงค์ของผู้ป่วย ต่อมาผู้ป่วยตาย มีความผิดฐานฆ่าคนตายลดลงอย่างเห็นได้ชัด และแพทย์ที่ให้การรักษาโดยฝืนความต้องการของผู้ป่วยไปแล้ว ต่อมาหยุดให้การรักษานั้น แล้วผลคือผู้ป่วยตาย มีความผิดฐานฆ่าคนตายลดลงเช่นกัน ซึ่งต่างไปจากผลการวิจัยครั้งแรกอย่างเห็นได้ชัด แสดงว่าระยะเวลาที่ผ่านมา 10 ปีเศษ แนวคิดของนักกฎหมายมีแนวคิดสนับสนุนการปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยเพิ่มขึ้น¹⁸

ในการสำรวจครั้งที่สามนี้ผู้วิจัยได้จัดทำแบบสอบถามจำนวน 3 ข้อ ที่คล้ายคลึงกับการสอบถามสองครั้งที่ผ่านมา และสอดคล้องกับสภาพปัญหาในเรื่องการดูแลผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะที่เกิดขึ้นในสถานพยาบาล นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังได้เพิ่มส่วนที่ให้ผู้ตอบแบบสอบถามแสดงความคิดเห็นทั้งประสบการณ์ส่วนตัวของผู้ตอบแบบสอบถามในเรื่องการดูแลผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกตัวและความเห็นต่อกรณีปัญหาตามโจทย์ปัญหาที่ผู้วิจัยได้รับอีกด้วย ในการทำการสำรวจผู้วิจัยได้แจกแบบสอบถามจำนวน 1,010 ชุด ให้กับกลุ่มนักกฎหมาย 5 กลุ่ม ได้แก่

(1) ผู้พิพากษา ผู้วิจัยได้ขอความกรุณาสำนักรงานศาลยุติธรรมในการแจกแบบสอบถามในการอบรมสัมมนาในหลักสูตรผู้พิพากษาหัวหน้าศาลชั้นต้น โดยแจกแบบสอบถามไปจำนวน 220 ฉบับ ได้รับคืนจำนวน 151 ฉบับ

¹⁷ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และวิไลวรรณ ชัยรัตนโมกร, “สิทธิที่จะตายของผู้ป่วยที่สิ้นหวัง,” วารสารสมาคมนักวิจัยทางสังคมศาสตร์, หน้า 27-38.

¹⁸ วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “แนวคิดของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการปฏิเสธการรักษาที่จะนำไปสู่การตายดี” ใน รัฐให้รอบคอบเรื่องมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550, บรรณาธิการ โดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: สามเศียรนิตติ้งอีควิเมนต์: 2559), หน้า 25-26.

(2) อัยการ ผู้วิจัยได้ขอความกรุณาจากสำนักงานอัยการสูงสุดในการแจกแบบสอบถาม แก่อัยการทั่วประเทศ โดยสำนักงานอัยการสูงสุดเป็นผู้จัดส่งแบบสอบถามให้ แล้วให้ส่งคำตอบ เป็นไปรษณีย์ตอบกลับมายังผู้วิจัย โดยแจกแบบสอบถามไปจำนวน 220 ฉบับ ได้รับคืนจำนวน 53 ฉบับ

(3) ทนายความ ผู้วิจัยได้ขอความกรุณาจากสภาทนายความในการแจกแบบสอบถาม โดยสภาทนายความเป็นผู้ดำเนินการแจกแบบสอบถามในการอบรมสัมมนาของ สภาทนายความ และสภาทนายความเป็นผู้รวบรวมมาให้ผู้วิจัย โดยมีการแจกแบบสอบถามไป จำนวน 220 ฉบับ ได้รับคืนจำนวน 126 ฉบับ

(4) นักกฎหมายภาครัฐ ผู้วิจัยได้ขอความกรุณาจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่อนุญาตให้ผู้วิจัยนำแบบสอบถามไปแจกในการอบรมนิติกรหน่วยงานภาครัฐ ประจำปี 2560 โดยแจกแบบสอบถามไปจำนวน 220 ฉบับ ได้รับคืนจำนวน 135 ฉบับ

(5) อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐและเอกชน ผู้วิจัยได้ส่ง จดหมายไปยังคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยของทั้งรัฐและเอกชนทุกแห่งในประเทศ ซึ่งมี จำนวน 65 แห่ง แห่งละ 2 ฉบับ รวมจำนวน 130 ฉบับ ได้รับคืนจำนวน 14 ฉบับ

ดังนั้น รวมจำนวนที่ได้รับคืนมาทั้งหมด 479 ชุด คิดเป็น 47.7% โดยมีรายละเอียด ของคำถามและคำตอบดังต่อไปนี้

โจทย์ปัญหาแรกสรุปประเด็นได้ดังต่อไปนี้ นายทศพลป่วยเป็นไข้เลือดออกแล้วเกิด อาการไทรอย หลังจากรักษาไปได้ 10 วัน เกิดอาการปอดติดเชื้อต้องให้ยาปฏิชีวนะ ในระหว่าง การรักษาในโรงพยาบาล นายทศพลไม่สามารถหายใจได้ด้วยตนเอง ต้องใช้เครื่องช่วยหายใจ ตลอดเวลา นางคำแก้วภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายของนายทศพลรู้สึกสงสารนายทศพลที่ได้รับ ความทุกข์ทรมานจากการรักษาพยาบาล จึงขอร้องให้แพทย์ยุติการรักษาพยาบาล จาก ข้อเท็จจริงดังกล่าวขอให้ท่านวินิจฉัยและตอบคำถามต่อไป

กรณีที่ 1 นางคำแก้วขอให้แพทย์ถอดเครื่องช่วยหายใจนายทศพล หลังจากถอด เครื่องช่วยหายใจนายทศพลยังมีชีวิตอยู่ได้อีก 2 ชั่วโมงจึงเสียชีวิต นางคำแก้วและแพทย์จะมี ความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด

กรณีที่ 2 นางคำแก้วขอให้แพทย์ถอดเครื่องช่วยหายใจนายทศพล หลังจากถอด เครื่องช่วยหายใจนายทศพลยังมีชีวิตอยู่ได้อีก 3 เดือนเศษจึงเสียชีวิต นางคำแก้วและแพทย์ จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ เพราะเหตุใด

กรณีที่ 3 นางคำแก้วและญาติเห็นว่าการรักษาเหล่านี้ไม่มีประโยชน์ต่อนายทศพลแล้ว จึงขอให้แพทย์ไม่ให้ยาปฏิชีวนะ แต่ยังคงให้ใช้เครื่องช่วยหายใจ ให้อาหารทางสายยาง รวมทั้ง ให้การรักษาที่เป็นอื่น ๆ แต่สุดท้ายนายทศพลเสียชีวิต

จากคำถามข้อที่ 1-3 สรุปคำตอบที่ได้จากแบบสอบถามได้ดังตารางต่อไปนี้

	ญาติขอให้แพทย์หยุดเครื่องช่วยหายใจเพื่อยุติการรักษา หลังจากถอดเครื่องช่วยหายใจแล้ว		กรณีที่สาม ญาติขอให้ยุติการรักษาบางอย่าง แต่ยังคงใช้เครื่องช่วยหายใจให้อาหารทางสายยาง จนสุดท้ายผู้ป่วยเสียชีวิต
	กรณีที่แรก ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ได้อีก 2 ชั่วโมง แล้วเสียชีวิต	กรณีที่สอง ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ได้อีก 3 เดือน แล้วเสียชีวิต	
ญาติและแพทย์ ผิดฐานฆ่าผู้ป่วย	144 (28%)	55 (11.4%)	30 (6.5%)
ญาติและแพทย์ ผิดฐานทอดทิ้ง ผู้ป่วย	108 (21%)	108 (22.5%)	68 (14.8%)
ไม่มีความผิดตาม กฎหมาย	207 (40%)	275 (57.4%)	333 (72.5%)
อื่น ๆ	55 (11%)	41 (8.5%)	28 (6.1%)

จากตารางสรุปและวิเคราะห์ผลการศึกษาได้ว่า

(1) โดยภาพรวมนักกฎหมายไทยมีความเห็นว่า การที่ญาติแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลแทนผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะ แล้วผู้ป่วยเสียชีวิต ญาติและแพทย์ยังมีความผิดอยู่ โดยตามกรณีปัญหาที่ 1-3 นั้นพบว่าในกรณีแรกผู้ป่วยมีชีวิตหลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจ 2 ชั่วโมง ญาติและแพทย์มีความผิด (28% + 21%) 49% กรณีที่สองผู้ป่วยมีชีวิตหลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจ 3 เดือน ญาติและแพทย์มีความผิด (11.4% + 22.5%) 33.9% กรณีสุดท้ายแม้ญาติจะขอปฏิเสธการรักษาพยาบาลบางอย่างและรับการรักษาพยาบาลบางอย่าง ญาติและแพทย์ก็ยังมีผิดอยู่ แต่น้อยที่สุดคือ (6.5% + 14.8%) 21.3% โดยเป็นที่น่าสังเกตว่า ในภาพรวมกรณีที่ 1-3 ความเห็นของนักกฎหมายไทยจะมองว่าแพทย์และญาติไม่มีความผิดน้อยลงเรื่อย ๆ

(2) ในกรณีแรกและกรณีที่สองนั้นพบว่า ผู้ตอบได้นำทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกระทำและผลมาประกอบการพิจารณา โดยเห็นว่ากรณีการตายเกิดขึ้นภายใน 2 ชั่วโมง หลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจ การตายเป็นผลโดยตรงจากการหยุดเครื่องช่วยหายใจ ส่วนกรณีการตายภายหลังหยุดเครื่องช่วยหายใจ 3 เดือน ผู้ตอบเห็นว่าความตายมิใช่เป็นผลโดยตรงจากการหยุดเครื่องช่วยหายใจ เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริง การที่ผู้ป่วยเสียชีวิตหลังจากหยุดเครื่องช่วยหายใจไม่ว่า 2 ชั่วโมง หรือ 3 เดือน ความตายเกิดขึ้นจากสภาพหรือกลไกของร่างกายของผู้ป่วยเอง ไม่ใช่เกิดจากการหยุดเครื่องช่วยหายใจ

(3) ในกรณีที่สาม ถ้าข้อเท็จจริงเปลี่ยนไปว่า หากญาติขอปฏิเสธการรักษาพยาบาลบางอย่างและเลือกที่จะรับการรักษาพยาบาลบางอย่างตามที่ญาติต้องการ นักกฎหมายเห็นว่า

ในกรณีนี้ญาติและแพทย์จะมีความผิดเพียง (6.5% + 14.8%) 21.3% และไม่มีความผิด 72.5% โดยมีผู้ให้ความเห็นอื่น ๆ อีก 6.1% กรณีนี้เห็นว่า การที่ญาติเลือกที่จะรับการรักษาหรือไม่รับการรักษาตามที่ญาติเห็นควรเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้พนักงานกฎหมายมีความเห็นที่แตกต่างออกไปจากสองกรณีแรก

กรณีนี้จึงเป็นประเด็นคำถามว่า ทำไมพนักงานกฎหมายไทยจึงมีความคิดเช่นนี้ พนักงานกฎหมายไทยใช้ฐานความคิดใดในการวินิจฉัยว่าญาติสามารถปฏิเสธการรักษาแทนผู้ป่วยได้ ทั้ง ๆ ที่สิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลเป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการตัดสินใจในชีวิตร่างกายของคนแต่ละคน เป็นสิทธิเฉพาะตัวของคนแต่ละคน ในความเห็นของผู้วิจัยนั้นอาจเป็นเพราะพนักงานกฎหมายไทยเห็นว่า (1) มีการกระทำที่ตามวิสัยของคนทั่วไปเห็นว่าเป็นการแสดงความช่วยเหลือผู้ที่กำลังจะตายอย่างสุดความสามารถแล้ว หรือ (2) เป็นหน้าที่ทางธรรมจรรยาของญาติที่ได้ช่วยเหลือดูแลผู้ป่วย เนื่องจากความเป็นญาติจึงทำให้สามารถใช้สิทธิแทนผู้ป่วยได้ แต่ก็น่าพิจารณาอีกว่าต้องเป็นญาติระดับใดถึงจะใช้สิทธินี้ได้ สองประเด็นนี้อาจเป็นสิ่งที่พนักงานกฎหมายไทยถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิของญาติที่จะปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายแทนผู้ป่วยได้

โจทย์ปัญหาที่สองสรุปได้ดังต่อไปนี้ นายจันทร์และนางอังคารตกลงเรื่องการรักษาพยาบาลนายอาทิตย์ โดยต้องการให้แพทย์ยุติการใช้เครื่องช่วยหายใจ แต่ให้แพทย์คอยประคับประคองอาการของนายอาทิตย์ต่อไปและรักษาตามสมควรเพราะสงสารลูกที่ต้องทรมาณจากการรักษาพยาบาล นายอาทิตย์มีชีวิตอยู่ได้อีก 9 วันหลังจากถอดเครื่องช่วยหายใจ จึงเสียชีวิต นายจันทร์ นางอังคาร และแพทย์จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่เพราะเหตุใด โดยมีคำตอบที่สรุปได้ดังตารางต่อไปนี้

	ญาติขอให้แพทย์ยุติการรักษา แต่ขอให้แพทย์ดูแลแบบประคับประคอง ผู้ป่วยมีชีวิตอยู่ 9 วันหลังจากถอดเครื่องช่วยหายใจ	
ญาติและแพทย์ผิดฐานฆ่าผู้ป่วย	52 (11.5%)	24.3%
ญาติและแพทย์ผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วย	58 (12.8%)	
ไม่มีความผิดตามกฎหมาย	308 (68.2%)	
อื่น ๆ	33 (7.3%)	

จากตารางสรุปและวิเคราะห์ผลการศึกษาได้ว่า

(1) จากตารางสรุปได้ว่า ถ้าญาติขอให้แพทย์ยุติการรักษาแทนผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะแล้ว แต่ญาติยังขอให้แพทย์ให้การดูแลแบบประคับประคองแทน พนักงานกฎหมายไทยเห็นว่าญาติและแพทย์มีความผิด (ไม่ว่าจะมีความผิดฐานใด) (11.5% + 12.8%) 24.3% ญาติและแพทย์ไม่มีความผิดตามกฎหมาย 68.2% กรณีนี้สอดคล้องกับกรณีปัญหาที่ผ่านมาที่

นักกฎหมายไทยมีความเห็นว่า แม้ญาติจะขอปฏิเสธการรักษาพยาบาลบางอย่างและขอรับการรักษาพยาบาลบางอย่างก็ตาม และท้ายที่สุดผู้ป่วยเสียชีวิตลง นักกฎหมายไทยกลับมีความเห็นว่าในกรณีนี้ญาติและแพทย์ไม่มีความผิดถึง 68.2% แม้จะมีข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่าผู้ป่วยจะเสียชีวิตลงหลังจากยุติการใช้เครื่องช่วยหายใจ 9 วันก็ตาม

(2) กรณีนี้จึงพิจารณาได้ว่า แม้ญาติจะปฏิเสธการรักษาบางอย่างและเลือกที่จะรับการรักษาพยาบาลบางอย่าง เป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้นักกฎหมายไทยเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็นที่แสดงว่า ญาติและแพทย์ได้ให้การช่วยเหลือผู้ป่วย ดังนั้น จากโจทย์ปัญหาข้อแรกและข้อที่สองสามารถสรุปได้ว่า แม้ญาติจะปฏิเสธการรักษาแทนผู้ป่วยก็ตาม หากมีกระบวนการที่แสดงให้เห็นว่า ญาติและแพทย์มีการดูแลผู้ป่วยจนกระทั่งผู้ป่วยเสียชีวิต นักกฎหมายไทยมีแนวโน้มที่จะเชื่อว่าการดูแลผู้ป่วยอย่างสุดความสามารถแล้ว แม้ผู้ป่วยจะเสียชีวิตในที่สุด ญาติและแพทย์จึงไม่มีความผิดตามกฎหมาย

โจทย์ปัญหาที่สาม (กรณีที่สอง) นายหนึ่งนอนอ่านหนังสืออยู่บ้านเกิดอาการปวดหัวอย่างรุนแรงแล้วหมดสติ นางสองจึงรีบนำนายหนึ่งส่งโรงพยาบาล แพทย์วินิจฉัยว่าเส้นเลือดในสมองแตกต้องรีบผ่าตัดเพื่อช่วยชีวิต นางสองและนายสามเห็นว่าการรักษาดังกล่าวไม่เกิดประโยชน์กับนายหนึ่ง อีกทั้งนายหนึ่งเคยสั่งไว้ว่าถ้าตนหมดสติไปขอให้ปล่อยให้ตนเสียชีวิตไปเลย จึงทำตามที่เคยได้รับปากกับนายหนึ่งไว้ โดยแจ้งแพทย์ว่าไม่ต้องผ่าตัดสมองนายหนึ่ง แต่ยังคงให้การรักษาที่จำเป็นเพื่อบรรเทาอาการปวดของนายหนึ่งอยู่ ต่อมานายหนึ่งเสียชีวิต นางสอง นายสาม และแพทย์จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่ โดยมีคำตอบสรุปได้ดังตารางต่อไปนี้

	ญาติและแพทย์ ผิดฐานฆ่าผู้ป่วย	ญาติและแพทย์ ผิดฐานทอดทิ้ง ผู้ป่วย	ไม่มีความผิดตาม กฎหมาย	อื่น ๆ
ญาติปฏิบัติตามคำสั่ง ที่ผู้ป่วยแจ้งไว้ว่าห้าม ยื้อ แต่ขอให้ดูแลแบบ ประคับประคอง	60 (12.6%)	136 (28.7%)	231 (48.8%)	46 (9.7%)
41.3%				

จากตารางสรุปและวิเคราะห์ผลการศึกษาได้ว่า

(1) จากตารางสรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้ป่วยแจ้งความประสงค์ของตนเองแก่ญาติว่า ไม่ต้องการให้อยู่ชีวิต แต่ขอให้ดูแลแบบประคับประคองแทน และในที่สุดผู้ป่วยเสียชีวิต และญาติได้ปฏิบัติตามความต้องการของผู้ป่วย นักกฎหมายไทยมีความเห็นว่าในกรณีนี้ญาติและแพทย์มีความผิด (12.6% + 28.7%) 41.3% และเห็นว่าญาติและแพทย์ไม่มีความผิด 48.8%

(2) หากเปรียบเทียบกับผลการทำการสำรวจที่ทำเมื่อสองครั้งที่ผ่านมา ที่ ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ ได้ทำไว้กับการสำรวจในปี พ.ศ. 2560 พบว่าแนวคิดของนักกฎหมายไทยกลับสวนทางกับการสำรวจครั้งที่สอง โดยนักกฎหมายไทยมีความเห็นว่าแพทย์ที่ไม่ให้การรักษาสอดคล้องความต้องการของผู้ป่วยและญาติ แพทย์และญาติมีความผิด (12.6% + 28.7%) 41.3% โดยจำนวนที่เพิ่มมากขึ้นนี้พิจารณาได้ว่า แม้ที่ผ่านมาจะมีสถานการณ์ทางสังคม นโยบายของรัฐ และกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปจากการทำการสำรวจในสองครั้งแรกอย่างมาก แต่การเผยแพร่ความรู้ในหมู่นักกฎหมายให้มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยในการปฏิเสธการรักษาในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตและเรื่องการดูแลแบบประคับประคองยังน้อยอยู่มาก เนื่องจากปัจจุบันหน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่มุ่งเน้นให้ความรู้แก่บุคลากรด้านสุขภาพมากกว่าภาคประชาชนหรือนักกฎหมาย ในความเห็นของผู้วิจัยเนื่องจากในหลายปีที่ผ่านมา มีข่าวเรื่องการที่ผู้ป่วยในต่างประเทศหลายประเทศขอให้ญาติหรือแพทย์ช่วยให้อาหารหรือสารเคมีบางประเภทให้แก่ตนเองเพื่อให้ตนเองเสียชีวิตพ้นทุกข์ไปจากการทรมานจากความเจ็บป่วยที่ประสบอยู่ อาจทำให้นักกฎหมายไทยเข้าใจว่าการที่ผู้ป่วยขอปฏิเสธการรักษาดังกล่าวคือกรณีเดียวกับที่เกิดในต่างประเทศจึงทำให้ตีความว่าเรื่องดังกล่าวคือการเร่งการตาย

(3) หากพิจารณาไปที่เหตุผลของผู้ที่ตอบว่าญาติกับแพทย์มีความผิด (41.3%) พบว่าส่วนใหญ่ให้ความเห็นว่ากรณีที่ผู้ป่วยขอปฏิเสธการยื้อชีวิต แต่ขอดูแลแบบประคับประคองเป็นการฆ่าผู้ป่วย 12.6% ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยวิเคราะห์ว่า เหตุผลที่มีการให้เหตุผลว่าเป็นการฆ่าผู้ป่วยเพราะผู้ตอบแบบสอบถามอาจมีความเห็นว่า การที่ผู้ป่วยปฏิเสธการยื้อชีวิตเป็นการกระทำการุณยฆาต ดังนั้น ญาติและแพทย์ที่ปฏิบัติตามความต้องการของผู้ป่วยจึงมีความผิดฐานฆ่าผู้ป่วยตายด้วย และในกรณีที่ผู้ตอบว่าญาติและแพทย์มีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วย 28.7% ในกรณีนี้ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ผู้ตอบแบบสอบถามวินิจฉัยกรณีนี้ประกอบกับมาตรา 308 ของประมวลกฎหมายอาญา ว่าเป็นการที่ญาติและแพทย์ไม่ให้การรักษาสอดคล้องกับความต้องการของตนเองไม่ได้เพราะอาการเจ็บป่วยอย่างเต็มที่จนทำให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตาย

โจทย์ปัญหาที่สาม (กรณีที่สอง) นางสอง นายสาม และแพทย์ไม่ปฏิบัติตามความต้องการของนายหนึ่งท่านเห็นว่านางสอง นายสาม และแพทย์จะมีความผิดตามกฎหมายหรือไม่

	ญาติและแพทย์มีความผิดฐานละเมิดสิทธิผู้ป่วย	ญาติและแพทย์ไม่มีความผิด	อื่น ๆ
ญาติไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเสียของผู้ป่วยที่ห้ามยื้อความตาย และขอรับการดูแลแบบประคับประคอง	65 (15%)	336 (77.7%)	31 (7.3%)

จากตารางสรุปและวิเคราะห์ผลการศึกษาได้ว่า

(1) จากตารางสรุปได้ว่า ในกรณีที่ผู้ป่วยแจ้งแก่ญาติว่าไม่ต้องการยื้อชีวิตและขอรับการดูแลแบบประคับประคอง หากญาติและแพทย์ไม่ปฏิบัติตามความต้องการของผู้ป่วย นักกฎหมายเห็นว่าญาติและแพทย์มีความผิดฐานละเมิดสิทธิผู้ป่วย 15% ไม่มีความผิดฐานละเมิดสิทธิผู้ป่วยถึง 77%

(2) เมื่อพิจารณาเหตุผลที่ผู้ตอบแบบสอบถามที่วินิจฉัยว่าไม่มีความผิดฐานละเมิดสิทธิผู้ป่วยนั้น พบว่าสามารถแบ่งเหตุผลได้ 6 กลุ่ม คือ (1) ไม่มีกฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิด (2) คำสั่งเสียของผู้ป่วยไม่ถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมาย (3) แม้เป็นการละเมิดผู้ป่วย แต่ก็เป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยเอง จึงไม่เป็นการทำละเมิดผู้ป่วย (4) เป็นสิทธิของญาติและแพทย์ที่จะช่วยชีวิตผู้ป่วย (5) เป็นจรรยาบรรณของแพทย์ที่ต้องให้การช่วยเหลือผู้ป่วยถึงที่สุด (6) เป็นความปรารถนาดีของญาติและแพทย์ หรือเป็นหน้าที่ของญาติและแพทย์

(3) ส่วนผู้ที่ตอบแบบสอบถามว่าอื่น ๆ นั้น พบว่าแบ่งกลุ่มของคำตอบที่ได้คือ กลุ่มหนึ่งตอบว่า กรณีนี้อาจจะไม่มีผิดทางอาญา แต่ผิดฐานละเมิด โดยต้องพิจารณาว่ามีสิทธิที่ถูกกระทำหรือไม่ อีกกลุ่มตอบในเชิงคำถามว่า การปฏิเสธไม่ต้องการรักษาเป็นสิทธิหรือไม่ และมีอีกกลุ่มที่มีความเห็นเพิ่มเติมว่าอาจเป็นความผิดได้ในกรณีทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550

(4) ในความเห็นของผู้วิจัย สิทธิในการปฏิเสธการรักษาพยาบาลเป็นสิทธิในชีวิต ร่างกายของบุคคลที่มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติรับรองไว้ ดังนั้น หากมีผู้ละเมิดสิทธิดังกล่าว ผู้ถูกละเมิดชอบที่จะฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายได้ตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

นอกจากนั้น ในแบบสอบถาม ผู้วิจัยได้สอบถามประสบการณ์ ตลอดจนความเห็นและข้อเสนอแนะของผู้ตอบแบบสอบถามในเรื่องการดูแลผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตด้วย

5. สรุปผลการวิจัย

(1) ประเทศไทยมีแนวคิดในเรื่องการปฏิเสธการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิตมายาวนานแล้ว ดังจะเห็นได้จากความเป็นจริงในสถานพยาบาลที่เกิดขึ้นเสมอ ๆ คือ เมื่อผู้ป่วยหรือญาติเห็นว่าโรคที่ตนเองหรือโรคที่ญาติเป็นอยู่นั้นไม่อาจรักษาให้หายได้แล้ว ก็มักจะขอกลับไปรักษาต่อที่บ้าน การกระทำเหล่านี้คือการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลอยู่แล้วโดยสภาพ แม้ว่าผู้ป่วยหรือญาติจะไม่ได้บอกกล่าวว่าจะปฏิเสธการรักษาพยาบาล แต่โดยพฤติการณ์ของการแสดงออกเหล่านั้นคือการปฏิเสธการรักษาพยาบาลอยู่แล้ว

(2) ประเทศไทยมีกฎหมายที่รับรองสิทธิของประชาชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตนเองแล้ว ดังจะเห็นได้จากมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติ

สุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 นอกจากนั้น ในประเทศไทยยังมีแนวปฏิบัติทางการแพทย์ที่ยึดถือกันมาอย่างยาวนานคือ เมื่อผู้ป่วยไม่มีสติสัมปชัญญะพอที่จะสื่อสารความต้องการของตนเองหรือตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลตนเองให้แก่บุคลากรด้านสุขภาพรับรู้รับทราบได้แล้ว บุคลากรสุขภาพก็มักจะให้ญาติเป็นผู้ตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลแทนผู้ป่วย ในกรณีนี้ไม่มีผู้ใดโต้แย้งว่าไม่มีกฎหมายให้อำนาจญาติไว้ แต่ก็ยังเป็นแนวปฏิบัติที่ดำเนินกันมาอย่างยาวนานในสถานพยาบาล

(3) ในอดีตประเทศไทยเคยทำการสำรวจความรู้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยและญาติมาแล้ว 2 ครั้ง ซึ่งดำเนินการโดย ศ.(เกียรติคุณ) นพ.วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ โดยการสำรวจครั้งแรกแสดงให้เห็นว่านักกฎหมายไทยยังไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าว และการสำรวจครั้งถัดมาแสดงให้เห็นว่านักกฎหมายไทยมีความรู้ความเข้าใจในสิทธินี้เพิ่มมากขึ้น

(4) สถานการณ์ในปัจจุบันสังคมไทยเป็นสังคมผู้สูงอายุและมีประชากรที่เป็นโรคเรื้อรังที่รักษาไม่หายเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ภาครัฐฯ สังคมเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและดำเนินกิจกรรมด้านสุขภาพเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ¹⁹ เกิดการตื่นตัวในเรื่องสิทธิของผู้ป่วย ประกอบกับมีกระแสที่มาจากต่างประเทศในเรื่องการการุณยฆาต (mercy killing) เหล่านี้ทำให้เกิดการถกเถียงปัญหาและความท้าทายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ว่า สังคมไทยน่าจะมีความขัดแย้งในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยที่เกี่ยวกับการตัดสินใจในการรักษาพยาบาลในช่วงวาระสุดท้ายมากขึ้นเรื่อย ๆ อย่างแน่นอน

(5) วัตถุประสงค์ของงานวิจัยนี้เพื่อสำรวจความรู้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทย ซึ่งได้แก่ ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ นักกฎหมายที่ทำงานในภาครัฐ ทนายความ และอาจารย์ที่สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ทั้งในมหาวิทยาลัยภาครัฐและเอกชน ว่ามีความรู้ความเข้าใจในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยและญาติในการแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษาพยาบาลในวาระสุดท้ายของชีวิตอย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบข้อมูลแล้วนำมาวางแผนในการเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิดังกล่าวแก่นักกฎหมายไทยต่อไป

(6) สรุปคำตอบประสบการณ์ของผู้ตอบแบบสอบถามในเรื่องการดูแลผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิตโดยสามารถสรุปคำตอบของผู้ตอบได้ดังต่อไปนี้

¹⁹ ปัจจุบันมีกฎหมายให้อำนาจและเปิดช่องทางให้ภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนในการกำหนดนโยบายด้านสุขภาพแบบมีส่วนร่วม เช่น การจัดสมัชชาสุขภาพเฉพาะประเด็นหรือเฉพาะพื้นที่ตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ประกอบกับนโยบายของกระทรวงสาธารณสุขที่ดำเนินการมาอย่างยาวนานในการผลักดันให้ภาคประชาสังคมเข้ามามีส่วนร่วมในระบบบริการสุขภาพระดับโครงการและแผนงาน ได้แก่ การมีอาสาสมัครสาธารณสุขประจำหมู่บ้าน (อสม.) มีคณะกรรมการนโยบายสุขภาพระดับอำเภอ (District Health Systems Board: DSH) ซึ่งในองค์ประกอบกรรมการมีผู้แทนภาคประชาสังคมอยู่ด้วย

(6.1) นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เขียนแสดงความรู้สึกเห็นใจผู้ป่วยและญาติที่อยู่ในการดูแลของโรงพยาบาลในการดูแลระยะสุดท้ายของชีวิต โดยเห็นว่าผู้ป่วยควรมีสิทธิในการตายตามธรรมชาติ

(6.2) นักกฎหมายไทยเห็นด้วยกับเรื่องสิทธิของผู้ป่วยในช่วงวาระสุดท้ายของชีวิต แต่ไม่รู้จักกฎหมายในเรื่องสิทธิผู้ป่วยและเข้าใจว่าการปฏิเสธการรักษาพยาบาลเป็นการทำการุณยฆาต

(6.3) นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งมีประสบการณ์ในการดูแลผู้ป่วยที่แจ้งว่าไม่อยากให้พาไปโรงพยาบาล หรือไม่อยากให้อยู่ชีวิต แต่มีความกังวลในการจัดการอาหารของผู้ป่วยที่บ้านว่าในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ไม่คาดฝันขึ้น และกังวลต่อประเด็นทางกฎหมายในเรื่องการดูแลผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะ

(6.4) นักกฎหมายไทยยังไม่มีความรู้ในเรื่องการุณยฆาตและเรื่องสิทธิของผู้ป่วยตามมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 เพราะยังมีความเข้าใจว่าการที่ผู้ป่วยแสดงเจตนาปฏิเสธการรักษา ไม่ขออยู่ชีวิตในวาระสุดท้ายเป็นการทำการุณยฆาต เป็นการเร่งการตาย

(6.5) นักกฎหมายไทยเห็นด้วยกับเรื่องการดูแลผู้ป่วยใกล้ตายให้มีคุณภาพชีวิตที่ดี เข้าใจเรื่องความทุกข์ทรมานของผู้ป่วยที่ถูกยื้อชีวิต แต่ยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง

(6.6) นักกฎหมายกังวลในเรื่องการจัดการมรดกของผู้ป่วยที่ไม่มีสติสัมปชัญญะ (โดยผู้ตอบประเด็นนี้ส่วนใหญ่เป็นนักกฎหมายที่ประกอบอาชีพทนายความ)

6. ข้อจำกัดของการวิจัย

(1) ในการทำการวิจัยครั้งนี้ข้อจำกัดของการวิจัยในครั้งนี้คือ ผู้วิจัยไม่ได้อธิบายมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ให้ชัดเจน เนื่องจากต้องการทดสอบความรู้ความเข้าใจในเรื่องสิทธิผู้ป่วยในเรื่องการแสดงเจตนาที่จะรับหรือปฏิเสธการรักษาของผู้ป่วยกับผู้ตอบแบบสอบถาม

(2) จำนวนแบบสอบถาม ผู้วิจัยไม่ได้แจกให้เกิดความสมดุลกันระหว่างกลุ่มนักกฎหมาย 5 กลุ่ม เนื่องจากผู้วิจัยได้ขอความกรุณาจากหน่วยงานต่าง ๆ ในการแจกแบบสอบถาม ซึ่งแต่ละหน่วยงานก็ให้ความอนุเคราะห์ในการนำแบบสอบถามไปแจก แต่ต้องแจกในการประชุมสัมมนาของหน่วยงานนั้น ๆ ดังนั้น ผู้วิจัยจะต้องนำแบบสอบถามไปให้เท่าจำนวนของผู้เข้าร่วมการประชุมสัมมนา เพราะไปขอความอนุเคราะห์หน่วยงานนั้นในการแจกแบบสอบถาม

7. ข้อเสนอแนะที่ได้จากงานวิจัย

(1) นักกฎหมายไทยยังไม่มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องการแสดงเจตนาที่จะรับหรือปฏิเสธการรับบริการสาธารณสุขตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 โดยควรเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจในหมุ่่นักกฎหมายในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยตามมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 โดยเหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากผู้ตอบแบบสอบถามไม่ทราบว่าตามกฎหมายผู้ป่วยมีสิทธิในการแสดงเจตนารับหรือปฏิเสธการรักษา โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 28 ประกอบกับมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 ที่ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในการเข้ารับบริการสาธารณสุขไว้ว่า ในกรณีที่บุคคลากรด้านสาธารณสุขจะทำการรักษาพยาบาลผู้ใดจะต้องอธิบายอาการ ประกอบกับแนวทางการรักษาโรค และขอความยินยอมในการรักษากับผู้นั้น เว้นแต่เป็นกรณีฉุกเฉินที่ไม่สามารถขอความยินยอมได้ หรือเป็นกรณีที่ผู้ป่วยไม่อยู่ในฐานะที่จะให้ความยินยอมได้ จะต้องขออนุญาตจากผู้ปกครอง ผู้แทนโดยชอบธรรมแล้วแต่กรณี ดังนั้น การแสดงเจตนาที่จะรับหรือปฏิเสธการรักษาพยาบาลจึงเป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองไว้ การที่ญาติและแพทย์ไม่ดำเนินการตามความต้องการที่ผู้ป่วยได้แสดงเจตนาไว้จึงเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ป่วยซึ่งสามารถเรียกค่าเสียหายได้ ดังนั้นจึงควรส่งเสริมความรู้ความเข้าใจในสิทธิผู้ป่วยดังกล่าวแก่นักกฎหมายไทย

(2) ควรเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในเรื่องการุณยฆาต (active euthanasia) ให้แก่นักกฎหมาย เนื่องจากการปฏิเสธการรักษาพยาบาลมิใช่การทำ “การุณยฆาต” (mercy killing) เพราะแพทยสมาคมโลก²⁰ ได้กำหนดว่า “การุณยฆาต” นั้น มีความหมายเฉพาะกรณีที่เป็นการจงใจหรือเจตนาที่ทำให้ผู้ป่วยเสียชีวิต แม้ว่าผู้ป่วยหรือญาติจะยินยอมหรือที่เรียกว่า active euthanasia ซึ่งถือว่าผิดกฎหมายและหลักจริยธรรม

(3) ควรเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจในเรื่องการดูแลแบบประคับประคองกับนักกฎหมายและประชาชนทั่วไป โดยเมื่อพิจารณาจากผลสำรวจพบว่า นักกฎหมายไทยให้ความสำคัญกับการดูแลผู้ป่วยก่อนเสียชีวิตเป็นอย่างมาก แม้ญาติหรือแพทย์จะยุติการ

²⁰ The World Medical Association Resolution on Euthanasia 2002

ในทางวิชาการ euthanasia สามารถแยกได้ 2 กรณี คือ active euthanasia และ passive euthanasia

(1) active euthanasia คือการที่แพทย์ฉีดยาหรือให้ยาเพื่อให้ผู้ป่วยตายโดยไม่เจ็บป่วยหรือหยุดเครื่องช่วยหายใจเพื่อให้ผู้ป่วยตายโดยไม่เจ็บปวดหรือการหยุดเครื่องช่วยหายใจเพื่อให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบ ซึ่งกรณีนี้จะผิดทั้งหลักกฎหมายและหลักจริยธรรมทางการแพทย์

(2) passive euthanasia คือการที่แพทย์ปล่อยให้ผู้ป่วยถึงแก่ความตายตามธรรมชาติโดยไม่นำเครื่องมือต่าง ๆ จากเทคโนโลยีสมัยใหม่มาช่วยยืดชีวิตผู้ป่วยออกไปอีก ซึ่งกรณีนี้ไม่ผิดทั้งหลักจริยธรรมทางการแพทย์และหลักกฎหมาย

รักษาพยาบาลแทนผู้ป่วย หากมีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่ามีการดูแลจากญาติและแพทย์จนกระทั่งเสียชีวิต ทำให้นักกฎหมายมองว่ากรณีดังกล่าวญาติและแพทย์ได้ให้การดูแลผู้ป่วยเต็มที่แล้ว โดยผู้วิจัยสังเกตจากคำตอบที่นักกฎหมายหลาย ๆ ท่านได้เขียนอธิบายเพิ่มเติมมาพบว่าเห็นด้วยกับเรื่องการดูแลให้ผู้ป่วยระยะสุดท้ายถึงแก่ความตายโดยสงบ แต่ไม่เข้าใจว่าการดูแลแบบประคับประคองคืออะไร และมีความเข้าใจว่าการยืดความตายคือการรักษาที่ดีที่สุดซึ่งควรจะให้แก่ผู้ป่วยที่อยู่ในวาระสุดท้ายของชีวิต

การดูแลแบบประคับประคองเป็นรูปแบบหนึ่งของการดูแลผู้ป่วยที่ผสมผสานการดูแลทางการแพทย์ การดูแลทางสังคม และการดูแลในมิติทางจิตวิญญาณ ทั้งนี้ เพื่อเพิ่มคุณภาพชีวิตให้กับผู้ป่วยในช่วงที่ความตายกำลังใกล้เข้ามาถึง โดยการดูแลแบบประคับประคองจะไม่มี การยืดหรือใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เพื่อยืดความตาย แต่แพทย์จะใช้กระบวนการทางการแพทย์ในการบรรเทาอาการความไม่สุขสบายทางกายของผู้ป่วย เช่น ใช้ออร์พินเพื่อบรรเทาอาการปวด รวมทั้งดูแลญาติพี่น้องของผู้ป่วยทั้งก่อนที่ผู้ป่วยจะเสียชีวิตและหลังจากที่ผู้ป่วยเสียชีวิตแล้ว หากพิจารณาในแง่มุมมองของกฎหมายอาญา การดูแลแบบประคองนั้นผู้ป่วยยังคงได้รับการดูแลรักษาตามอาการ เช่น ได้รับการบรรเทาความเจ็บปวดหรืออาการทุกข์ทรมานต่าง ๆ ดังนั้น การที่แพทย์ดำเนินการดูแลแบบประคับประคองจึงไม่เข้ากรณีความผิดฐานทอดทิ้งผู้ป่วยตามมาตรา 307 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และไม่ขัดต่อจริยธรรมแห่งวิชาชีพแต่อย่างใด

บรรณานุกรม

- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, รายงานสรุปผลโครงการสัมมนา “พินัยกรรมชีวิต สิทธิในการตาย (Living Will)” [ออนไลน์], แหล่งที่มา <http://www.humanrightscenter.go.th/AboutUs/DocLib1> 2561 (พฤษภาคม, 17)
- พระไพศาล วิสาโล. สู้วัฒนธรรมความตายที่เกือบลับ [ออนไลน์]. แหล่งที่มา: <http://www.visalo.org/article/PosttoDay255106.htm> 2561 (เมษายน, 25)
- พิสิษฐ์ ศรีอัคคโกคิน, “กฎหมายกับการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม: ศึกษากรณีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการดูแลแบบประคับประคอง” ใน รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน์” ครั้งที่ 2 กฎหมายเพื่อการพัฒนาสังคมที่เป็นธรรม, 2561
- ภัคคพงศ์ วงศ์คำ, “นโยบายและกฎหมายของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดูแลแบบประคับประคอง”, สารนิพนธ์, วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต (สาธารณสุขศาสตร์), คณะสาธารณสุขศาสตร์, มหาวิทยาลัยมหิดล, 2559
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ และวิไลวรรณ ชัยรัตนโมกร. “สิทธิที่จะตายของผู้ป่วยที่สิ้นหวัง,” วารสารสมาคมนักวิจัยทางสังคมศาสตร์, 1 (2541)
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, “แนวคิดของนักกฎหมายไทยเกี่ยวกับการปฏิเสธการรักษาที่จะนำไปสู่การตายดี” ใน รัฐให้รอบคอบเรื่องมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 บรรณาธิการโดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, 25-26, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สามดีพริ้นตังอีควิเบนท์, 2559
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, พิษณุ เพ็งไพบูลย์ และอนันต์ บุญเกิด. “การปล่อยให้ผู้ป่วยตายอย่างสงบกับความรับผิดชอบทางอาญา,” นิตยสารบทบัณฑิตย์, 42 (กันยายน 2529)
- วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์, สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา-สิทธิที่จะตาย [ออนไลน์], แหล่งที่มา http://elib.coj.go.th/Article/d56_2_7.pdf 2561 (พฤษภาคม 17)
- อำพล จินดาวัฒนะ, พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติกับสุขภาวะของสังคมไทย, ใน นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์, บรรณาธิการโดย แสง บุญเฉลิมวิภาส, พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2555
- Hecht MB, Shiel WC Jr. Advance Medical Directives [ออนไลน์]. Available from: <http://www.medicinenet.com/script/main/art.asp?articlekey=7814> เข้าถึงข้อมูล (April 2018, 25)

วิเคราะห์คำตัดสินศาล : Analysis of Judicial Decision

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 (ฆ่าชู้) Supreme Court Judgement Number 5486/2560 (The Adulterer Murder)

ธนาวุฒิ วงศ์อนันต์*
Tanawut Wongananda

บทคัดย่อ

ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาของประเทศไทยที่ผ่านมาจะตัดสินว่า การที่คู่สมรสฆ่าชู้ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกับคู่สมรสของตนเอง ถือว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง ที่ผู้กระทำสามารถอ้างว่าเป็นการกระทำโดยป้องกันเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความผิดของตนตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 68 ได้ แต่ต้องฆ่าชู้ในขณะที่มีการร่วมประเวณีกันอยู่ ถ้าฆ่าภายหลังจากการร่วมประเวณีเสร็จแล้วจะถือว่าภยันตรายนั้นได้ผ่านพ้นไปแล้ว จึงอ้างป้องกันตามมาตรา 68 ไม่ได้ ผู้กระทำจะอ้างได้เพียงเป็นเหตุลดโทษเพราะถือเป็นการกระทำโดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72 ดังเช่นกรณีของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 อย่างไรก็ดี ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการที่จะนำประเด็นเรื่องการฆ่าชู้ของคู่สมรสมาเป็นเหตุแห่งภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย ที่ผู้กระทำจะอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดได้ตามมาตรา 68 ผู้เขียนจึงได้เขียนวิเคราะห์และแสดงผลทางวิชาการประกอบไว้ในบทความฉบับนี้

คำสำคัญ: ฆ่าชู้, ป้องกัน, บันดาลโทสะ

Abstract

With reference to the precedent Supreme Court of Thailand's judgements, the decisions rendered in relation to the adulterer murder case committed by a spouse while the adulterer was having sexual intercourse with his/her partner, have always deemed such situation as danger arising from

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, เนติบัณฑิตไทย, ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำหลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์ ในพระบรมราชูปถัมภ์

criminal violence and imminent danger in which the wrongdoer can allege a lawful defence to excuse his/her guiltiness as provided for in Section 68 of the Panel Code whereby such excuse has one specific qualification that the murder must be committed while the adulterer is having sexual intercourse with his/her partner, so if the murder is committed after the sexual intercourse, it will be deemed that such imminent danger has passed and the lawful defence under Section 68 of the Panel Code shall not be alleageable by the wrongdoer, nonetheless, the wrongdoer may still allege an indignation as cause for less punishment as provided for in Section 72 of the Panel Code and as referenced by the Supreme Court Judgement Number 5486/2560. However, the author does not agree with this Supreme Court Judgment which considered the spouse's adultery as the danger arising from criminal violence in which the wrongdoer can excuse his/her guiltiness as provided for in Section 68 of the Panel Code, as such the author has academically analysed and argued in this paper.

Keywords: Adulterer murder, Lawful defence, Indignation

1. สรุปข้อเท็จจริงจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560

คดีนี้จำเลยเห็นผู้ตายขณะมีเพศสัมพันธ์กับภริยาจำเลยจึงเข้าไปชกต่อยต่อสู้กับผู้ตาย สู้กันไปสู้กันมาช่วงจังหวะที่จำเลยเพลียงพล้ำ ภริยาจำเลยและผู้ตายรีบสวมใส่กางเกง แล้ว ภริยาจำเลยไปติดเครื่องรถจักรยานยนต์และเรียกผู้ตายขึ้นรถ ผู้ตายก็รีบวิ่งไปนั่งซ้อนท้าย รถจักรยานยนต์ที่ภริยาจำเลยขับออกไป กรณีนี้จึงถือว่าภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้าย อันละเมิดต่อกฎหมายได้ผ่านพ้นไปแล้ว การที่จำเลยวิ่งตามไปทันทีแล้วใช้ไม้และเสียมตีผู้ตาย จึงไม่อาจอ้างว่าเป็นการป้องกันสิทธิของตนได้ แต่อย่างไรก็ดี การกระทำความผิดกล่าวเป็นการ กระทำต่อเนื่องกระชั้นชิดกับเหตุการณ์ที่จำเลยเห็นผู้ตายมีเพศสัมพันธ์กับภริยาจำเลย ถือได้ว่า จำเลยถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม การที่จำเลยใช้ไม้และเสียมตีผู้ตาย ในขณะนั้น จึงเป็นการกระทำความผิดฐานฆ่าผู้อื่นโดยบันดาลโทสะตามประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 288¹ ประกอบมาตรา 72²

¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 288 “ผู้ใดฆ่าผู้อื่น ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี”

2. ข้อกฎหมาย

“การกระทำโดยป้องกัน” อันเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68³ นั้น มีหลักว่า “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

ซึ่งคำว่า “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” หมายถึง ภัยอันตรายที่เกิดจากการกระทำของบุคคล ซึ่งจะเป็นการละเมิดต่อกฎหมายแพ่งหรือกฎหมายอาญาก็ได้ อย่างไรก็ตาม น่าสนใจตรงที่ภัยอันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายอาจไม่จำเป็นที่จะต้อง “ถึงขั้นผิดกฎหมาย” ตัวอย่างเช่นในกรณีของกฎหมายอาญา ไม่จำเป็นต้องถึงขั้นลงมือกระทำเสียก่อน เช่น คนร้ายกำลังจะชักปืนขึ้นมายิงเรา เราคงไม่ต้องรอให้คนร้ายเล็งปืนมาที่เราก่อนถึงจะมีสิทธิป้องกัน มิฉะนั้นแล้ว เราอาจจะไม่ทันได้ใช้สิทธิป้องกันตัวก็เป็นได้ (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2285/2528)

และต้อง “เป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” คือ อาจไม่ต้องรอให้ภัยอันตรายนั้นเกิดเสียก่อน เพียงแค่ภัยอันตรายนั้นกำลังใกล้จะมาถึงก็เพียงพอที่จะใช้สิทธิป้องกันได้แล้ว แต่ถ้าภัยอันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วย่อมไม่มีสิทธิที่จะป้องกัน เพราะหลักการของการป้องกันคือรัฐเปิดโอกาสให้ประชาชนอาจป้องกันภัยอันตรายด้วยตนเองได้ในกรณีที่รัฐอาจคุ้มครองไปไม่ทั่วถึง ดังนั้น สิทธิในการป้องกันจะกระทำได้ต่อเมื่อภัยอันตรายนั้นใกล้จะถึงหรืออย่างช้าที่สุดภัยอันตรายนั้นยังคงเกิดอยู่ ถ้าภัยอันตรายนั้นผ่านพ้นไปแล้วย่อมอ้างป้องกันไม่ได้

3. บทวิเคราะห์

กรณีดังเช่นคดีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 ที่ผู้เขียนนำมาทำการวิเคราะห์นี้ เคยมีคำพิพากษาศาลฎีกาตัดสินเป็นแนวทางไว้ว่า กรณีสามีภริยาที่ชอบด้วยกฎหมาย สามีย่อมมีสิทธิป้องกันมิให้ชายอื่นมามีความสัมพันธ์ฉันชู้สาวกับภริยาตนเอง แต่อย่างไรก็ดี จะถือว่าเป็น “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” นั้น ต้องทำขณะที่ชายชู้กำลังร่วมประเวณีกับภริยาของตนเอง ทั้งนี้ โดยถือว่าเป็นการป้องกันเกียรติยศชื่อเสียงของผู้เป็นสามี (นัยตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 378/2479) ถ้าเพียงแค่

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 72 “ผู้ใดบันดาลโทสะโดยถูกข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม จึงกระทำความผิดต่อผู้ข่มเหงในขณะนั้น ศาลจะลงโทษผู้นั้นน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้”

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 “ผู้ใดจำต้องกระทำการใดเพื่อป้องกันสิทธิของตนหรือของผู้อื่นให้พ้นภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย และเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง ถ้าได้กระทำพอสมควรแก่เหตุ การกระทำนั้นเป็นการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้นั้นไม่มีความผิด”

พบเห็นภริยาของตนเองนอนกับชายอื่นหรือเพียงแค่ออดจูดยังไม่ถึงขั้นร่วมประเวณี ยังไม่ถือว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง (เทียบเคียงคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3861/2547 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3955/2547) ดังนั้น จะเห็นว่า กรณีการฆ่าขู่ที่ผ่านมาจุดที่จะเป็นประเด็นในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดของชายชู้จะถือว่าเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายอันจะสามารถอ้างป้องกันได้นั้น คือการ “ร่วมประเวณี” กล่าวคือ ต้องมีการร่วมประเวณีในขณะที่เกิดเหตุ “ถ้ายังไม่ร่วมประเวณี” ถือว่ายังไม่เป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง แต่ถ้ากรณี “ร่วมประเวณีเสร็จแล้ว” ก็จะเป็นภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายนั้นผ่านพ้นไปแล้ว

กรณีตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 คดีนี้ จำเลยเห็นผู้ตายขณะมีเพศสัมพันธ์กับภริยาจำเลย จำเลยจึงเข้าไปชกต่อยต่อสู้กับผู้ตาย สู้กันไปสู้กันมาช่วงจังหวะที่จำเลยเพลียงพล้า ภริยาจำเลยและผู้ตายรีบสวมใส่กางเกง แล้วภริยาจำเลยไปติดเครื่องรถจักรยานยนต์และเรียกผู้ตายขึ้นรถ ผู้ตายก็รีบวิ่งไปนั่งซ้อนท้ายรถจักรยานยนต์ที่ภริยาจำเลยขับออกไป กรณีนี้จึงถือว่าภยันตรายที่เกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายได้ผ่านพ้นไปแล้ว การที่จำเลยวิ่งตามไปทันทีแล้วใช้ไม้และเสียมตีผู้ตายจึงไม่อาจอ้างว่าเป็นการป้องกันสิทธิของตนได้ คดีนี้จำเลยจึงอ้างได้แค่เพียงบันดาลโทสะซึ่งเป็น “เหตุสุดโทษ” เท่านั้น เพราะการทำขู่ของผู้ตายกับภริยาจำเลย ถือได้ว่าจำเลยถูกผู้ตายข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรมแล้ว

มีข้อสังเกตว่า “ภยันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภยันตรายที่ใกล้จะถึง” อันจะอ้างป้องกันได้นั้น ต้องแค่ไหนอย่างไร? แน่นนอนกรณีการเป็นชู้กันย่อมเป็นเหตุให้อีกฝ่ายหนึ่งนำมาอ้างเป็นเหตุฟ้องหย่าได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (1)⁴ และยังมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากชู้ผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 วรรคแรก⁵ ซึ่งเป็นเรื่องที่จะนำไปว่ากล่าวกันในทางแพ่ง แต่ก็เป็นเรื่องความยินยอมของทั้งคู่คือชู้และคู่สมรสที่ร่วมประเวณีกัน มิได้เป็นไปในลักษณะ “คุกคาม” โดยไม่ได้เต็มใจดังเช่นกรณีของการที่มีคนร้ายมาข่มขืนกระทำชำเรา คู่สมรสแต่อย่างใด

⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1516 (1) “เหตุฟ้องหย่ามีดังต่อไปนี้ สามีหรือภริยาอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่องผู้อื่นฉันทมิภริยาหรือสามี เป็นชู้หรือมีชู้ หรือร่วมประเวณีกับผู้อื่นเป็นอาชิตอันอีกฝ่ายหนึ่งฟ้องหย่าได้”

⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1523 วรรคแรก “เมื่อศาลพิพากษาให้หย่ากันเพราะเหตุตามมาตรา 1516 (1) ภริยาหรือสามีมีสิทธิได้รับค่าทดแทนจากสามีหรือภริยาและจากชู้ซึ่งได้รับการอุปการะเลี้ยงดูหรือยกย่อง หรือผู้ซึ่งเป็นเหตุแห่งการหย่านั้น”

แต่การกระทำโดยป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 ซึ่งเป็น “เหตุยกเว้นความผิด” หมายถึง ผู้กระทำจะไม่มี ความผิดทางอาญาใด ๆ เลย ซึ่งเปรียบเสมือนมีอำนาจกระทำได้ตามกฎหมาย โดยเป็นคนละกรณีกับเหตุลดโทษกรณีบันดาลโทสะ ที่ศาลอาจลดโทษลงมาน้อยเพียงใดก็ได้ แต่ผู้กระทำก็ยังขึ้นชื่อว่าเป็นผู้กระทำความผิด การทำชู้กันเป็นการกระทำที่ขัดต่อศีลธรรม เป็นการกระทำที่ไม่สมควร แต่สมควรหรือไม่ที่เราจะเปิดโอกาสให้คู่กรณีอีกฝ่ายทำร้ายหรือฆ่าชู้ด้วยตนเองโดยถือเอาว่าเป็นเหตุยกเว้นความผิด

โดยส่วนตัวด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5486/2560 ผู้เขียนไม่เห็นด้วยที่จะนำเอาเหตุของการทำชู้หรือการร่วมประเวณีกับชู้มาตีความว่าการกระทำความผิดกล่าวถือเป็น “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมายและเป็นภัยอันตรายที่ใกล้จะถึง” โดยเป็นข้ออ้างที่ผู้กระทำจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 68 เพราะโดยหลักการที่รัฐให้อำนาจบางส่วนกับประชาชนในการป้องกันชีวิตและทรัพย์สินของตนเองเนื่องจากรัฐไม่อาจให้ความคุ้มครองประชาชนได้อย่างทั่วถึง จึงน่าจะตีความโดยจำกัดเพียงภัยอันตรายที่เป็นไปในลักษณะ “คุกคาม” ต่อสิทธิในชีวิต อนามัย ร่างกาย เสรีภาพ อย่างไม่เต็มใจ ทั้งในทางแพ่งและอาญา ไม่ควรตีความรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างสามีภริยาซึ่งเป็นไปในลักษณะที่คู่สมรสอีกฝ่ายสมัครใจร่วมประเวณีกับชู้ด้วย มิฉะนั้นแล้วจะก่อให้เกิดบรรทัดฐานส่งเสริมให้ประชาชนใช้ความรุนแรงตัดสินกันเองด้วยอารมณ์โดยที่สามารถอ้างกฎหมายยกเว้นความผิดไปได้โดยไม่มี ความผิดใด ๆ เลย ซึ่งกรณีดังกล่าวแตกต่างไปจากกรณีที่มีคนร้ายมาข่มขืนกระทำชำเราคู่สมรสซึ่งเป็นไปในลักษณะของการ “คุกคาม”

เมื่อการทำชู้ไม่ควรเป็น “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้ว ย่อมไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า การ “ฆ่าชู้” นั้น จะเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69⁶ หรือไม่ เนื่องจากในมาตรา 69 ได้บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68...” ซึ่งหมายความว่า จะเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน การกระทำนั้นจะต้องเข้ามาตรามาตรา 68 มาเสียก่อน ซึ่งเมื่อผู้เขียนเห็นว่าการทำชู้ไม่ควรเป็น “ภัยอันตรายซึ่งเกิดจากการประทุษร้ายอันละเมิดต่อกฎหมาย” อันจะอ้างป้องกันได้แล้ว ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องพิจารณาว่าการกระทำนั้นจะเป็นการกระทำที่เกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกันตาม มาตรา 68 อีก ทั้งนี้ อย่างไรเสีย การทำชู้ย่อมถือเป็นการข่มเหงอย่างร้ายแรงด้วยเหตุอันไม่เป็นธรรม ที่คู่สมรสอีกฝ่ายสามารถอ้างเป็น “เหตุลดโทษ” โดยบันดาลโทสะตามมาตรา 72

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 69 “ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 และมาตรา 68 นั้น ถ้าผู้กระทำได้กระทำไปเกินสมควรแก่เหตุ หรือเกินกว่ากรณีแห่งความจำเป็น หรือเกินกว่ากรณีแห่งการจำต้องกระทำเพื่อป้องกัน ศาลจะลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นเพียงใดก็ได้ แต่ถ้าการกระทำนั้นเกิดขึ้นจากความตื่นเต้น ความตกใจ หรือความกลัว ศาลจะไม่ลดโทษผู้กระทำก็ได้”

ในกรณีที่ควบคุมอารมณ์ตนเองไม่ได้ไปทำร้ายหรือฆ่าผู้อื่น ซึ่งเป็นเพียงเหตุสุดโต่ง ไม่ใช่เหตุ ยกเว้นความผิดแบบกรณีป้องกัน ซึ่งศาลสามารถลดโทษลงได้ ผู้เขียนเห็นว่าการขึ้นชื่อว่าเป็น ผู้กระทำความผิดอย่างน้อยก็ยังเป็นเหตุที่ทำให้ก่อนที่จะลงมือกระทำความผิดใด ๆ ลงไป จะได้คิดยับยั้งชั่งใจเสียก่อนที่จะตัดสินใจลงมือกระทำความผิด

วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย : Analysis of Legal Opinion

ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1403/2560
(การเรียกคืนเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการที่พนักงานในสถาบันอุดมศึกษา
ได้รับไปในระหว่างดำรงตำแหน่งโดยใช้วุฒิการศึกษาปลอม)*

Decision of Commission on Administrative Procedure Number
1403/2560 (Reimbursement of Money Earned by Employees in
Higher Education Institutions during their Tenure
an Academic Title by Fake Degrees)

ธีรวัฒน์ ขวัญใจ **

Teerawat Kwanjai

บทคัดย่อ

ตามความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1403/2560 หากบุคคลใดได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการเนื่องมาจากการใช้วุฒิการศึกษาปลอม ภายหลังจากที่มีการเพิกถอนการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการดังกล่าวแล้ว หน่วยงานที่แต่งตั้งบุคคลนั้นชอบที่จะเรียกเอาเงินเพิ่มที่บุคคลนั้นได้รับจากการดำรงตำแหน่งทางวิชาการคืน ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่กำหนดในกฎระเบียบของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ

คำสำคัญ: คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, เพิกถอน, ตำแหน่งวิชาการ

Abstract

According to the decision of commission on administrative procedure number 1403/2560 if any person obtained an academic title by the use of fake degrees, he or she must reimburse money earned by employees in higher

* อ้างอิงจากความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 1403/2560 เรื่อง “การเรียกคืนเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการที่พนักงานในสถาบันอุดมศึกษาได้รับไปในระหว่างดำรงตำแหน่งโดยใช้วุฒิการศึกษาปลอม”

** น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

education institutions during their title tenured. However, this depends on the rule of higher education institutions that employed them.

Keywords: Commission on administrative procedure, Revoke, Academic title

หน่วยงานของรัฐหลายแห่งอาจเคยประสบปัญหากรณีบุคลากรที่ผ่านการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใดตำแหน่งหนึ่งแล้ว แต่ต่อมาปรากฏข้อเท็จจริงว่าบุคคลดังกล่าวใช้วุฒิการศึกษาปลอมทำให้ขาดคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งจนนำไปสู่การเพิกถอนคำสั่งนั้นโดยให้มีผลย้อนหลัง ปัญหาที่ตามมาคือเงินและผลประโยชน์ต่าง ๆ ที่บุคคลนั้นได้รับไปจากการดำรงตำแหน่งนั้น ๆ หน่วยงานของรัฐจะเรียกคืนได้หรือไม่ อย่างไร ปัญหาในเรื่องนี้ยังคงมีความไม่ชัดเจนอยู่ในบางประเด็นและนำไปสู่การหารือต่อคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาแล้วหลายครั้ง

ดังเช่นในกรณีนี้ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลล้านนา (มหาวิทยาลัย) ได้หารือมายังคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (คณะกรรมการ) กรณีมีบุคคลสมัครเข้าทำงานโดยใช้วุฒิการศึกษาในระดับปริญญาเอกและได้รับการบรรจุแต่งตั้งเป็นอาจารย์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2554 ต่อมาในปี พ.ศ. 2558 ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการในระดับผู้ช่วยศาสตราจารย์ อย่างไรก็ตาม ภายหลังมหาวิทยาลัยตรวจพบว่าบุคคลดังกล่าวใช้วุฒิการศึกษาปลอมจึงออกคำสั่งให้พ้นสภาพจากการเป็นพนักงานมหาวิทยาลัยและเพิกถอนคำสั่งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการย้อนหลังไปจนถึงวันที่มีคำสั่งแต่งตั้งด้วย นอกจากนี้ มหาวิทยาลัยยังต้องการเรียกเงินประจำตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ที่บุคคลดังกล่าวได้รับไประหว่างดำรงตำแหน่งคืน จึงหารือมายังคณะกรรมการว่าจะสามารถกระทำได้หรือไม่ อย่างไร

จากข้อหารือข้างต้น คณะกรรมการได้พิจารณาแล้วมีความเห็นโดยสรุปว่า เงินประจำตำแหน่งทางวิชาการเป็นสิทธิประโยชน์ที่พนักงานในสถาบันอุดมศึกษาจะได้รับเมื่อดำรงตำแหน่งทางวิชาการ ซึ่งการดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่ได้มีผลทำให้ผู้นั้นมีภาระงานที่เพิ่มขึ้นแต่อย่างใด จึงแตกต่างจากเงินเดือนที่เป็นค่าจ้างหรือค่าตอบแทนซึ่งพนักงานจะได้รับเพื่อตอบแทนการทำงานตามสัญญาจ้าง เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าบุคคลดังกล่าวใช้หลักฐานการศึกษาและใบปริญญาปลอมในการสมัครเป็นอาจารย์ และใช้หลักฐานนั้นประกอบการยื่นขอกำหนดตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์ จึงเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตเพื่อให้ตนเองได้รับประโยชน์จากทางมหาวิทยาลัย เมื่อมหาวิทยาลัยได้มีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวพ้นสภาพการเป็นพนักงานมหาวิทยาลัยและเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันแต่งตั้งแล้ว มหาวิทยาลัยย่อมสามารถเรียกเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการคืนได้ ตามมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดย

นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹

จากแนวคำวินิจฉัยข้างต้น คณะกรรมการได้พิจารณาโดยใช้หลักกฎหมายในเรื่องการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้จำแนกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่เป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งออกเป็นสองกลุ่มตามลักษณะของประโยชน์ที่ได้รับจากคำสั่งนั้น กล่าวคือ (1) คำสั่งที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ และ (2) คำสั่งที่ให้ประโยชน์อย่างอื่นที่ไม่เข้าลักษณะตามข้อ (1) การจำแนกคำสั่งออกเป็นสองประเภทดังกล่าวนั้นก็เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเพิกถอนให้เหมาะสมกับลักษณะของคำสั่งทางปกครองแต่ละประเภทและสอดคล้องกับการคุ้มครองผู้รับประโยชน์ซึ่งเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองมิให้ต้องได้รับความเสียหายเกินสมควร แต่ในกรณีที่ผู้รับประโยชน์จากคำสั่งนั้นไม่สุจริตก็จะต้องรับผลร้ายจากการเพิกถอนคำสั่งนั้น ๆ เช่น ต้องคืนเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวนในกรณีที่เป็นคำสั่งให้ประโยชน์เป็นเงินฯ ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 51 และหากเป็นการให้ประโยชน์อย่างอื่น เช่น ก่อตั้งสิทธิบางอย่าง ประโยชน์ที่ผู้นั้นได้รับก็ต้องถูกเพิกถอนไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 52² ทั้งนี้

¹ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคสี่ “ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้นหากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน”

² พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 “การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ความเชื่อโดยสุจริตตามวรรคหนึ่งจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี

ในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้รับคำสั่งทางปกครองจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้

(1) ผู้นั้นได้แสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงซึ่งควรบอกให้แจ้ง หรือข่มขู่ หรือชักจูงใจโดยการให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์อื่นใดที่มีชอบด้วยกฎหมาย

(2) ผู้นั้นได้ให้ข้อความซึ่งไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วนในสาระสำคัญ

(3) ผู้นั้นได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในขณะที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือการไม่รู้นั้นเป็นไปโดยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง

บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนถึงหลักการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตซึ่งมีรากฐานมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะอันเป็นหลักพื้นฐานของกฎหมายมหาชนเยอรมัน³ ซึ่งเป็นแนวคิดที่อยู่เบื้องหลังการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ของไทย

ความเห็นของคณะกรรมการในกรณีข้างต้นแตกต่างจากแนวการวินิจฉัยเดิมอยู่บางประการ กล่าวคือ จากกรณีปัญหาการแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากรโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และต่อมาศาลปกครองมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งโดยให้มีผลย้อนหลัง คณะกรรมการให้ความเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งมิใช่คำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินหรือทรัพย์สินโดยตรง หากแต่เป็นคำสั่งที่ทำให้ผู้ได้รับแต่งตั้งมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด ส่วนการได้รับเงินเดือน ทรัพย์สินและประโยชน์ตอบแทนอื่นเป็นสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับเพื่อตอบแทนการทำงานให้แก่ทางราชการ เมื่อคำสั่งแต่งตั้งมิใช่คำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการให้เงินฯ ตามมาตรา 51 และไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดกำหนดเรื่องการเรียกเงินเดือนและผลประโยชน์อื่นที่ได้รับในระหว่างการดำรงตำแหน่งเป็นการเฉพาะ จึงไม่อาจเรียกเงินนั้นคืนได้⁴ ความเห็นในกรณีดังกล่าวได้เป็นบรรทัดฐานที่นำไปใช้กับการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรง

ในกรณีที่เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง การคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยถ้าเมื่อใดผู้รับคำสั่งทางปกครองได้รู้ถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือควรได้รู้เช่นนั้น หากผู้นั้นมิได้ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงให้ถือว่าผู้นั้นตกอยู่ในฐานะไม่สุจริตตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป และในกรณีตามวรรคสาม ผู้นั้นต้องรับผิดชอบในการคืนเงิน ทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่ได้รับไปเต็มจำนวน”

มาตรา 52 “คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 51 อาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนได้ แต่ผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้ และให้นำความในมาตรา 51 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ต้องร้องขอค่าทดแทนภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่ได้รับแจ้งให้ทราบถึงการเพิกถอนนั้น

ค่าทดแทนความเสียหายตามมาตรานี้จะต้องไม่สูงกว่าประโยชน์ที่ผู้นั้นอาจได้รับหากคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ถูกเพิกถอน”

³ วรนาрі สิงห์โต, “การคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในกรณียกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน,” วารสารกฎหมายปกครอง 27, 2 (2553): 97.

⁴ ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 685/2551 เรื่อง “การเรียกเงินเดือนหรือผลประโยชน์อื่นใดของข้าราชการพลเรือน กรณีศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลย้อนหลัง” อ้างถึงใน วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร: วิทยาลัยพัฒนาการปกครองท้องถิ่น สถาบันพระปกเกล้า, 2554), หน้า 122-129.

ตำแหน่งในกรณีอื่น ๆ แม้กระทั่งกรณีนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยไม่สุจริตของผู้รับคำสั่ง เช่น การใช้วุฒิการศึกษาปลอมก็ตาม⁵

เมื่อพิจารณาความเห็นของคณะกรรมการในกรณีนี้ คณะกรรมการเห็นว่าเงินประจำตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์มีลักษณะเป็น “สิทธิประโยชน์” ที่พนักงานในสถาบันอุดมศึกษาจะได้รับเมื่อดำรงตำแหน่งทางวิชาการ โดยไม่มีการะงานเพิ่มแต่อย่างใด จึงแตกต่างจากเงินเดือนซึ่งจ่ายให้เป็นค่าตอบแทนจากการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อผู้นั้นกระทำการโดยไม่สุจริตเพื่อให้ได้รับประโยชน์ดังกล่าวมหาวิทยาลัยจึงย่อมเรียกเงินประจำตำแหน่งคืนได้ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 51 อย่างไรก็ดี การที่คณะกรรมการอ้างหลักเกณฑ์ตามมาตรา 51 มาใช้เพื่อเป็นฐานในการเรียกเงินคืนทำให้เข้าใจได้โดยปริยายว่าคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยศาสตราจารย์มีลักษณะเป็นคำสั่งที่ให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นที่อาจแบ่งแยกได้ แต่ในขณะเดียวกัน คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งย่อมก่อให้เกิดอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายแก่ผู้ได้รับแต่งตั้งจึงย่อมเป็นคำสั่งที่ให้ประโยชน์อย่างอื่นตามมาตรา 52 ด้วย จึงอาจเป็นไปได้ว่าคณะกรรมการได้พิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองเดี่ยวแต่ก่อให้เกิดประโยชน์ในสองลักษณะ แต่น่าเสียดายที่คณะกรรมการไม่ได้ให้คำอธิบายหรือให้เหตุผลในเรื่องนี้โดยละเอียดแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ผู้เขียนใคร่ขอให้ความเห็นเพิ่มเติมว่า เงินประจำตำแหน่งทางวิชาการนั้น แม้จะมีลักษณะการจ่ายที่แตกต่างจากเงินเดือน เช่น จ่ายในอัตราคงที่ไม่มีมีการปรับเปลี่ยนตามการเลื่อนเงินเดือนหรือเพิ่มค่าจ้างประจำปีก็ตาม แต่ก็น่าสงสัยอยู่ว่าจะมีลักษณะเป็นสิทธิประโยชน์ที่พนักงานจะพึงได้รับโดยไม่เกี่ยวข้องกับภาระงานอย่างแท้จริงหรือไม่ โดยจะเห็นได้ว่าการจ่ายเงินดังกล่าวผูกพันอยู่กับการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานผู้นั้น หากไม่มีการปฏิบัติหน้าที่เกินกว่าระยะเวลาที่กำหนด เช่น กรณีลาศึกษาต่อ หรือลาฝึกอบรม ก็ย่อมงดการจ่ายเงินดังกล่าว⁶ แม้ผู้นั้นจะยังดำรงตำแหน่งอยู่ก็ตาม นอกจากนี้ ในสถาบันการศึกษาหลายแห่งการได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการก็นำมาซึ่งภาระงานที่มากขึ้นด้วย เช่น มีการกำหนดมาตรฐานภาระงานของผู้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการหรือกำหนดหน้าที่ที่จะต้องเข้าสู่

⁵ ดูความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 77/2553 เรื่อง “การเรียกคืนเงินเดือนและประโยชน์ตอบแทนอื่นที่พนักงานเทศบาลได้รับไปในระหว่างการบริหารและแต่งตั้งโดยใช้วุฒิการศึกษาปลอม” อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 137-142.

และความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 97/2558 เรื่อง “การเรียกคืนเงินเดือนที่ได้รับไปในระหว่างการบริหารและแต่งตั้งโดยใช้วุฒิการศึกษาปลอม” ซึ่งสามารถเข้าถึงได้จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outsite16/file/2558-1.pdf> (เข้าถึงข้อมูลเมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2561)

⁶ เทียบเคียงจากพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินประจำตำแหน่งของข้าราชการและผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหารซึ่งไม่เป็นข้าราชการ พ.ศ. 2539 มาตรา 22

ตำแหน่งที่สูงกว่าต่อไป หากไม่สามารถปฏิบัติได้ก็จะนำไปสู่การมีมาตรการบังคับ เช่น การไม่เพิ่มค่าจ้าง หรือจำกัดวงเงินการเพิ่มค่าจ้าง หรือการเลิกจ้าง⁷ เป็นต้น อีกทั้งในสถาบันการศึกษาบางแห่ง การจ่ายเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการจะจ่ายในอัตราที่แตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับผลงานว่าผู้นั้นสามารถปฏิบัติงานเป็นไปตามมาตรฐานภาระงานของผู้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการได้มากน้อยเพียงใด⁸ ดังนั้น การพิจารณาหลักเกณฑ์การเรียกเงินเดือนโดยตั้งอยู่บนฐานเรื่องการดำรงตำแหน่งก่อให้เกิดภาระงานเพิ่มหรือไม่นั้นอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งได้มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทที่เกี่ยวกับพนักงานในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งสถาบันอุดมศึกษาแต่ละแห่งมีอำนาจที่ค่อนข้างเป็นอิสระในการออกข้อบังคับหรือระเบียบภายในเพื่อกำหนดเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจ่ายเงินประจำตำแหน่ง จึงอาจทำให้หลักเกณฑ์เรื่องดังกล่าวมีลักษณะแตกต่างกันออกไป

นอกจากนี้ อาจเห็นได้อีกว่ากรณีตามที่หรือมานั้นบุคคลผู้ใช้วุฒิการศึกษาปลอมได้รับประโยชน์ในแง่ที่สามารถเข้าสู่ตำแหน่งทางวิชาการได้เร็วขึ้น ซึ่งเมื่อผู้นั้นยื่นขอกำหนดตำแหน่ง ในขณะที่ยังขาดคุณสมบัติเรื่องระยะเวลาย่อมมีผลให้คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นเหตุให้คำสั่งดังกล่าวอาจถูกเพิกถอนได้ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นคนละประเด็นกับการพิจารณาเรียกเงินเดือนและค่าตอบแทนอย่างอื่นที่ผู้นั้นได้รับไประหว่างการดำรงตำแหน่ง ซึ่งจะต้องพิจารณาจากลักษณะของการจ่ายเงินตลอดจนถึงภาระงานที่เกิดขึ้นแก่ผู้ได้รับแต่งตั้งเป็นสำคัญ ทั้งนี้ หากจะถือว่าต้องเรียกเงินประจำตำแหน่งคืนในทุกกรณีแล้วก็อาจมีปัญหาในกรณีที่ผู้ใช้วุฒิการศึกษาปลอมแต่ได้ยื่นขอกำหนดตำแหน่งทางวิชาการเมื่อดำรงตำแหน่งอาจารย์ครบกำหนดเวลาตามวุฒิการศึกษาจริง เช่น ยื่นเมื่อดำรงตำแหน่งอาจารย์ครบ 5 ปี ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์สำหรับอาจารย์ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทแล้วและได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการตามที่ยื่นขอ จะถือว่าผู้นั้นได้รับเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการไปโดยไม่มีสิทธิได้รับหรือไม่ เนื่องจากหลักเกณฑ์การพิจารณาเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการในเรื่องอื่นระหว่างผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกกับปริญญาโทนั้นไม่มีความแตกต่างกันแต่อย่างใด

ในส่วนประเด็นเรื่องเงินเดือนที่จ่ายให้แก่บุคคลที่ใช้วุฒิการศึกษาปลอมจะเรียกคืนได้หรือไม่อย่างไรนั้น เนื่องจากมหาวิทยาลัยมิได้ตั้งข้อหาหรือในประเด็นนี้มาด้วยคณะกรรมการจึง

⁷ โปรดดูตัวอย่างใน ประกาศมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เรื่อง ความก้าวหน้าของผู้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการ พ.ศ. 2558 ข้อ 11 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศฯ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 และข้อบังคับมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ ว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2553 ข้อ 30 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยข้อบังคับฯ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2560 เป็นต้น

⁸ โปรดดูตัวอย่างใน ประกาศมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ เรื่อง หลักเกณฑ์การจ่ายเงินค่าตอบแทนสำหรับพนักงานมหาวิทยาลัยตำแหน่งวิชาการมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ พ.ศ. 2559 ข้อ 6

มิได้ให้ความเห็นไว้⁹ แต่เมื่อพิจารณาจากความเห็นที่ให้ไว้ในกรณีก่อนหน้านี้แล้วก็เห็นว่าไม่สามารถเรียกเงินส่วนนี้คืนได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นพ้องด้วย จริงอยู่ที่ผู้ที่ใช้วุฒิการศึกษาปลอมสมัครเข้าทำงานนั้นย่อมขาดคุณสมบัติสำหรับการดำรงตำแหน่งนั้น ซึ่งในกรณีนี้คือตำแหน่งอาจารย์วุฒิปริญญาเอก แต่เมื่อสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ตามเกณฑ์ภาระงานที่กำหนดไว้ก็สมควรได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างเป็นค่าตอบแทน อีกทั้งการเรียกเงินคืนย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจอย่างชัดแจ้งดังเช่นกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองประเภทที่ให้เงินฯ ซึ่งมีบทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้อำนาจไว้

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนมีความเห็นซึ่งอาจแตกต่างจากความเห็นของคณะกรรมการ โดยเห็นว่าคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งทางวิชาการไม่ควรถือเป็นคำสั่งที่ให้เงินฯ ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เนื่องจากแม้จะเป็นการจ่ายเงินในลักษณะที่ต่างจากเงินเดือนหรือค่าจ้าง แต่ก็มีลักษณะที่ผูกพันกับการปฏิบัติหน้าที่ จึงต้องถือว่าเงินประจำตำแหน่งทางวิชาการเป็นค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่ในรูปแบบหนึ่ง อีกทั้งการเรียกเงินคืนย่อมจะก่อให้เกิดความยุ่งยากในการพิจารณา กล่าวคือ หากจะถือว่าผู้ได้รับแต่งตั้งได้รับประโยชน์จากเงินประจำตำแหน่งไปโดยไม่สุจริตจึงควรต้องคืนเงินนั้นเต็มจำนวน แต่ในขณะเดียวกันสถาบันอุดมศึกษาต้นสังกัดก็ได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวเช่นเดียวกัน จึงน่าจะไม่เป็นธรรมหากกำหนดภาระให้ผู้รับคำสั่งต้องคืนเงินทั้งหมดโดยเต็มจำนวน อย่างไรก็ตาม หากภาครัฐเห็นว่าจำเป็นต้องป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำการในลักษณะดังกล่าวให้เกิดความเกรงกลัวจากการต้องชดใช้เงินคืน ก็อาจต้องดำเนินการในระดับนโยบายเพื่อให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้หน่วยงานมีอำนาจในการเรียกเงินและผลประโยชน์อย่างอื่นจากผู้กระทำการโดยไม่สุจริต ซึ่งจะช่วยสร้างความชัดเจนในการใช้กฎหมายมากขึ้น รวมทั้งการใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาเพื่อเอาผิดกับผู้ที่ใช้หลักฐานปลอมซึ่งสามารถทำได้ทันทีโดยไม่ต้องแก้ไขกฎหมายแต่อย่างใด

⁹ แม้ว่าคณะกรรมการจะได้ให้ความเห็นในเรื่อง “เงินเดือน” ที่จ่ายให้แก่บุคคลที่ใช้วุฒิการศึกษาปลอมไว้ เนื่องจากมหาวิทยาลัยมีได้ตั้งข้อหาหรือในประเด็นนี้มาด้วย แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าเรื่องนี้เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจ จึงได้นำมาวิเคราะห์เพิ่มเติมไว้ในบทความฉบับนี้ด้วย

ปกิณกะกฎหมาย : Legal Miscellaneous

บังคับให้ไปจดทะเบียนหย่าโดยความยินยอม Divorce by Consent Enforced by the Court

ไพโรจน์ กัมพูสิริ^{*}
Pairojana Kampusiri

บทคัดย่อ

ล่าสุด ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาที่ 517/2560 ยืนยันบรรทัดฐานเดิมจากคำพิพากษาสองฉบับก่อนหน้านี้ในปี พ.ศ. 2500 และ 2522 ว่า สามีภริยาทำหนังสือหย่าแล้ว อีกฝ่ายไม่ยอมไปจดทะเบียนหย่า ฝ่ายที่ต้องการหย่าสามารถฟ้องศาลให้มีคำพิพากษาให้หย่าได้ และหากไม่ไปจดทะเบียนหย่าก็ให้ถือเอาคำพิพากษาแทนการแสดงเจตนา โดยผู้เขียนมีข้อสังเกต คล้อยตามความเห็นค้านของท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทัย ว่าการแสดงเจตนาหย่าขาดจากการสมรสเป็นเรื่องทำลายสถานะ ถือว่าเป็นเรื่องเฉพาะตัว มิใช่เป็นการแสดงเจตนาที่จะบังคับได้ตามลักษณะนิติกรรมสัญญา เมื่อคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สมัครใจจะแยกทางเดินจากครอบครัว ก็มีใช้เรื่องที่ศาลจะใช้คำพิพากษาไปบังคับให้สามีต้องทั้งภริยาและออกจากชีวิตครอบครัวไป

คำสำคัญ: ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, กฎหมายครอบครัว, การหย่าโดยความยินยอม, การหย่าโดยคำพิพากษาศาล

Abstract

Recently, the Thai Supreme Court's Judgement No. 517/2560 has reaffirmed the precedent set by two previous verdicts upholding that if a couple has signed a divorce agreement but one party refuses to register the divorce, another party shall be entitled to enforce it by the court order. Furthermore, if the party still insists on refusing to register the divorce, the

^{*} น.บ. (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Doctorat en droit privé; l'Université de Paris II, ศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, อาจารย์พิเศษ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปัจจุบันดำรงตำแหน่ง รองอธิการบดีฝ่ายกฎหมายและบริหารศูนย์ลำปาง มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

court order shall be deemed to be the intention of the parties. With regard to this matter, the author agrees with Professor Jitti Tingsabadh who has provided a different point of view. According to his opinion, an intention to register a divorce is a personal matter. It is not a declaration of intention that can be enforced as a juristic act or a contract. That said, if a spouse is not willing to give a divorce, he/she should not be forced by the court order to leave his/her spouse and children.

Keywords: The Civil and Commercial Code, Family law, Divorce by consent, Divorce by court order

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 มาตรา 1514 วรรคแรก กำหนดไว้ว่า การหย่าขาดจากการสมรสมี 2 วิธี ได้แก่ การหย่าโดยความยินยอม และการหย่าโดยคำพิพากษาของศาล

สำหรับการหย่าโดยคำพิพากษาของศาลนั้น จะต้องมียุติภัยแรงที่มีผลทำให้ชีวิตครอบครัวดำเนินต่อไปไม่ได้ เหตุต่าง ๆ เหล่านี้มีกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็น 12 เหตุในมาตรา 1516

ลักษณะของเหตุแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ คือเหตุหย่าที่เกิดจากความผิดของคู่สมรส เช่น ประพฤตชั่ว หรือทำร้าย ทรมาณ หมิ่นประมาทคู่สมรสอีกฝ่ายอย่างร้ายแรง เหตุหย่าอีกลักษณะ คือเหตุที่ไม่ได้เกิดจากความผิด เช่น วิกลจริต หรือสมรัจฉานใจแยกกันอยู่ เป็นต้น

สำหรับการหย่าโดยความยินยอม คือการหย่าที่เกิดจากความสมัครใจยินยอมของคู่สมรสทั้งสองฝ่าย และแม้จะมีเหตุระหองระแหงกัน ตอนจะจดทะเบียนหย่าคู่สมรสก็มีจำเป็นต้องแจ้งสาเหตุให้นายทะเบียนทราบ

มีคำพิพากษาศาลฎีกาล่าสุดเกี่ยวกับประเด็นข้างต้น คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 517/2560 มีข้อเท็จจริงโดยสรุปว่า

บันทึกการงานประจำวันเกี่ยวกับคดีมีข้อความว่า โจทก์กับจำเลยเป็นสามีภริยา โดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ประสงค์อยู่กินกันต่อไป จึงได้ตกลงดังนี้... 2. ในเรื่องการหย่านั้น ฝ่ายหญิงจะดำเนินการฟ้องหย่าตามกฎหมายต่อไป โดยมีโจทก์ จำเลย พนักงานสอบสวน และเจ้าพนักงานตำรวจอีกนายหนึ่งลงลายมือชื่อไว้ บันทึกดังกล่าวเป็นข้อตกลงระหว่างโจทก์และจำเลยโดยตรง มีข้อความชัดเจนว่า ทั้งสองไม่ประสงค์อยู่กินกันต่อไป คือต้องการแยกทางกันหรือหย่ากันนั่นเอง แม้มีข้อความในข้อ 2 ว่า ฝ่ายหญิงคือโจทก์จะไปดำเนินการฟ้องหย่าตามกฎหมายต่อไปก็เป็นความเข้าใจของทั้งสองฝ่ายว่าจะต้องไปดำเนินการฟ้องหย่าต่อกันเท่านั้น ข้อความดังกล่าวมิได้ลบล้างเจตนาที่แท้จริงของทั้งโจทก์และจำเลยที่ไม่ประสงค์จะอยู่กินกัน

ต่อไปแต่อย่างใด ดังนั้น บันทึกดังกล่าวจึงถือได้ว่าเป็นข้อตกลงที่โจทก์จำเลยประสงค์หย่ากัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1514

ผู้เขียนต้องการชี้ให้เห็นว่า ในที่สุดแล้ว เรายังจะถือว่าเป็นการหย่าโดยความยินยอม อีกหรือ เนื่องจากฝ่ายสามีที่เป็นจำเลยไม่ยินยอมที่จะแยกทางเดินกับภริยาตามหนังสือหย่าที่ได้ ทำไว้ ทั้งยังต่อสู้ว่า โจทก์ภริยาไม่มีเหตุตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 1516 ที่จะมาฟ้องหย่าว่าไปแล้ว เหมือนหนึ่งว่ามีสามีภริยาคู่หนึ่ง ที่ฝ่ายหนึ่งยังอาศัยอาวรณ์ที่จะใช้ชีวิตครอบครัวต่อไป โดยอาจจะมิเหตุผลส่วนตัวหรืออาจจะเห็นแก่ลูก ๆ แต่ศาลกลับมีคำพิพากษาบังคับให้ ผัวเมียแยกทางกันไป

อย่างไรก็ตาม ศาลฎีกาได้เคยมีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานในแนวนี้มาอยู่ 2 ฎีกา อันได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1291/2500 (ประชุมใหญ่) สามีภริยาทำหนังสือหย่าถูกต้อง แล้ว แต่สามีไม่ยอมจดทะเบียนหย่า ภริยาฟ้องให้ศาลบังคับให้สามีไปจดทะเบียนหย่าได้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2838/2522 ทำหนังสือหย่าโดยมีผู้ทำบันทึกลงชื่อในฐานะผู้บันทึกข้อความ¹ ถือว่าผู้ทำบันทึกซึ่งรู้เห็นข้อตกลงเป็นพยานคนหนึ่งโดยไม่ต้องมีคำว่าพยานกำกับไว้ กับมีพยานอีกคนหนึ่งลงลายมือชื่อด้วย สามีฟ้องหย่าให้ภริยาไปจดทะเบียนหย่าได้

ที่สำคัญคือความเห็นค้านของท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภิทัย ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 388/2522 มีความว่า สัญญาหย่าไม่มีกฎหมายบังคับให้จดทะเบียนได้อย่างสัญญา จะซื้อจะขายตามมาตรา 213, 456 ... นอกจากนี้การสมรสเป็นสถานะบุคคลตามกฎหมายครอบครัว ไม่ใช่หนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ จะบังคับให้ชำระหนี้คือจดทะเบียนหย่าตามความยินยอมที่ได้ทำกันไว้ จึงไม่อยู่ในบังคับของมาตรา 213 ในกฎหมายลักษณะหนี้ที่จะยกมาบังคับคู่กรณีได้ แม้ในกฎหมายลักษณะหนี้เองก็ยังบังคับได้เฉพาะกรณีที่สภาพแห่งหนี้เปิดช่องและไม่ได้บัญญัติให้ศาลต้องบังคับตาม เพียงแต่จะบังคับก็ได้เท่านั้น จะให้แต่ค่าเสียหายก็ได้ ซึ่งในเรื่องไม่บังคับให้จดทะเบียนหย่าจะให้ค่าเสียหายแทนไม่ได้แม้จะทำสัญญาหย่ากันไว้ แต่เมื่อไม่ได้จดทะเบียน ต่อมาหากจะบังคับให้จดทะเบียนขณะที่ถูกบังคับให้จดทะเบียนฝ่ายหนึ่งเกิดไม่ยินยอมขึ้นมาแล้ว จะว่าเป็นการยินยอมจดทะเบียนหย่ากันได้อย่างไรถ้าอยากหย่ากันก็ต้องมีเหตุอื่นจึงจะฟ้องหย่าได้

ข้อสำคัญได้แก่ข้อความที่ผู้เขียนขีดเส้นใต้ไว้ อันเป็นประเด็นที่น่าสนใจและมีน้ำหนักในทางกฎหมายอย่างยิ่ง แต่เดิมท่านอาจารย์จิตติ ดิงศภิทัย ได้เคยมีความเห็นว่า การแสดงเจตนาในการสมรสมิใช่การแสดงเจตนาทางนิติกรรมสัญญา ด้วยเหตุที่ว่า มิใช่เป็นการแสดงเจตนาเปลี่ยนสิทธิในทางทรัพย์สิน แต่เป็นการแสดงเจตนาก่อสถานะ คือชายหญิงที่

¹ บันทึกข้อความระหว่างสามีภริยาคู่นี้ทำที่สถานีตำรวจ มีนายดาบตำรวจ ช. และร้อยตำรวจเอก พ. เป็นพยาน ถือว่าเป็นหนังสือหย่ามีพยานลงลายมือชื่อครบถ้วน 2 คนสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว

เช่นเดียวกันกับหนังสือหย่าตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาล่าสุดที่ 517/2560 ซึ่งอยู่ในรูปของบันทึกรายงานประจำวัน โดยมีพนักงานสอบสวนและเจ้าพนักงานตำรวจผู้เขียนบันทึกเป็นพยาน

จดทะเบียนสมรสมุ่งโดยตรงต่อการมีฐานะเป็นสามีหรือภริยาของอีกฝ่าย ส่วนความสัมพันธ์ทางทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสินส่วนตัว สินสมรส หรือหนี้ร่วม หนี้ส่วนตัวจะเข้ามาบังคับโดยผลของบทบัญญัติในบรรพ 5 เท่ากับสถานะเป็นส่วนตัว ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามมานั่นเอง สถานะเป็นเรื่องส่วนตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งของสามีภริยา ที่ต้องมาอยู่กินหลับนอนมีลูกหลานสืบไป ต้องมาช่วยเหลือเลี้ยงดูกัน อุปการะเลี้ยงดูบุตรและดูแลให้กำลังใจอีกฝ่ายในยามทุกข์ยาก เมื่อผัวเมียทะเลาะกันแล้วผลิผลามทำหนังสือหย่าโดยใช้อารมณในขณะนั้น ต่อมาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเปลี่ยนใจไม่ยอมหย่าไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด แต่ศาลซึ่งถือว่าเป็นบุคคลภายนอกมาใช้คำพิพากษาบังคับให้คู่สมรสต้องแยกทางกันเดิน จะถือได้หรือเปล่าว่ คำพิพากษาดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของครอบครัว??

ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย : English for Lawyer

The ASEAN Way and the ASEAN Community

วิถีอาเซียนกับการเป็นประชาคมอาเซียน

Archariya Wongburanavart^{*}

อัจฉริยา วงษ์บุรณาวาทย์

Abstract

The realisation of a fully-fledged ASEAN Community would depend on a long-standing practice of ASEAN, known as, the “ASEAN Way”. It consists of three major principles, namely, the principle of respect for national sovereignty, the principle of non-interference, and the principle of consensus. However, due to an alteration of circumstances surrounding ASEAN, the question then arises whether the traditional ASEAN Way will hinder ASEAN from moving towards a deeper regional integration, which requires closer economic, socio-cultural and political-security cooperation from all the member states. Therefore, this article aims to present the key principles of the “ASEAN Way”, as well as interesting remarks concerning the “ASEAN Way” and the ASEAN Community for the study of English for Lawyers.

Keywords: ASEAN Way, ASEAN Community, English for Lawyers

บทคัดย่อ

การเป็นประชาคมอาเซียนอย่างเต็มรูปแบบจะสำเร็จหรือไม่ขึ้นอยู่กับกลไกในการขับเคลื่อนความร่วมมือในภูมิภาคอาเซียนที่สำคัญที่เรียกว่า “วิถีอาเซียน” อันประกอบไปด้วยหลักการสำคัญสามประการ ได้แก่ หลักการเคารพในอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิก หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน และหลักการฉันทามติ แต่ทว่าเมื่อสภาพการณ์

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

เปลี่ยนแปลงไปทำให้เกิดเป็นข้อคำถามขึ้นมาว่า “วิถีอาเซียน” ที่มีมาแต่ดั้งเดิมนั้นยังคงเหมาะสมหรือไม่หากอาเซียนต้องการที่จะขยายความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกให้ลึกซึ้งแนบแน่นมากยิ่งขึ้นในด้านเศรษฐกิจ การเมืองและความมั่นคง รวมไปถึงด้านสังคมและวัฒนธรรม โดยบทความนี้มุ่งนำเสนอหลักการที่สำคัญของวิถีอาเซียนพร้อมทั้งข้อคิดเห็นที่น่าสนใจในการศึกษาภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับวิถีอาเซียนและการเป็นประชาคมอาเซียน

คำสำคัญ: วิถีอาเซียน, ประชาคมอาเซียน, ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมาย

ASEAN officially launched the ASEAN Community on December 31, 2015, with three principal pillars; the ASEAN Political Security Community (APSC), the ASEAN Economic Community (AEC) and the ASEAN Socio-Cultural Community (ASCC). The acceleration of the establishment of the ASEAN Community in 2015 demonstrates a strong commitment of the ASEAN members in enhancing and deepening their political, economic and social cooperation. However, although a clear common goal is set, the full realisation of the ASEAN Community would also depend on ASEAN's traditional way of conducting its regional affairs, the so-called “ASEAN Way”. The “ASEAN Way” of cooperation is a long-standing norm and decision-making process of ASEAN that enhances cooperation among member states and builds regional peace and stability. The “ASEAN Way” consists of three important principles, namely the principle of respect for national sovereignty, the principle of non-interference, and the principle of consensus.

1. The Principle of Respect for National Sovereignty

ASEAN places much emphasis on national sovereignty of the member states in its decision-making process. The member states tend to prioritise individual state autonomy over that of the ASEAN community as a whole.¹ They are reluctant to conduct regional affairs that could undermine their sovereignty. This might be because of their history of colonisation. All ASEAN members, except for Thailand have been colonised by western countries.

¹ Jurgen Ruland, “Southeast Asian regionalism and global governance: ‘multilateral utility’ or ‘hedging utility?’” 33 Contemporary Southeast Asia. 83-112.

Therefore, the limitation of the national sovereignty was a sensitive issue among the ASEAN members. For this reason, ASEAN remains an intergovernmental organisation, not a supranational organisation like the European Union (EU). In the EU, all EU members give consent to limit some part of their sovereignty and transfer it to a regional institution for the benefit of the whole community. This approach can avoid delay in implementation of its activities and plans and help the EU achieve a greater level of institutionalisation than those of other regional institutions. In the case of ASEAN, after the adoption of the ASEAN Charter, which is considered the Constitution of ASEAN, a significant legal framework in pursuit of a more rule-based organisation has been provided. Nevertheless, the high preservation of national sovereignty ‘makes ASEAN’s goal for deeper integration a goal in name and form only’.² Consequently, despite having the ASEAN Charter coming into force, ASEAN still remains an intergovernmental organisation.

2. The Principle of Non-Interference

The principle of non-interference is the most prominent feature of the traditional “ASEAN Way”. The ASEAN members agree not to interfere in one another’s internal affairs. This principle helps build trust among the member states. However, ASEAN’s adherence to non-interference was claimed to be a major obstacle for ASEAN in dealing with affairs both inside and outside the region.³ That said, whereas the adoption of non-interference can help reduce conflicts and maintain stability between member states, it leads to an undesirable situation where the decision-making process of ASEAN relies mostly on friendship rather than power.⁴ Non-binding commitments have also led to a

² Lay Hong Tan, “Will ASEAN Economic Integration Progress beyond a Free Trade Area?” (2004), 53 ICLQ (2004), 935-967.

³ S. S. TAN, “Is Asia-Pacific regionalism outgrowing ASEAN?” (2011) 156 The RUSI Journal 58-62.

⁴ Rodrigo Tavares, *Regional Security: The Capacity of International Organizations* (Routledge 2010) 87.

problem of non-implementation.⁵ Therefore, this principle has been perceived as one of the reasons causing a loose and overly-flexible regional cooperation, thereby causing the integration process to fall further behind the schedule.⁶

3. The Principle of Consensus

The ASEAN's decision-making process is still mainly based on the traditional principles of consultation and consensus. The consensus requirement does not mean that a unanimity has to be found,⁷ since not all member states have to agree explicitly to a resolution. Instead, consensus can be reached so long as member states' interests are not disregarded.⁸ However, this might be difficult to achieve when all ten members' fundamental interests are at stake.⁹ In other words, consensus seems difficult to obtain when more member states, which have different levels of development, especially in social, economic and legal aspects, are involved. This process may therefore lead to a decision paralysis. As such, it is suggested that to facilitate more effective decision making ASEAN should move away from consensus-based decision making and adopt more flexible mechanisms.¹⁰

These key principles of the "ASEAN Way" are enshrined in the ASEAN Charter. According to its preamble, the member states agree to respect the principles of sovereignty, non-interference, and consensus. ASEAN has been criticised for re-emphasising these traditional practices in the ASEAN Charter, which is supposed to provide a legal framework for ASEAN to achieve further institutionalisation and improve its operational efficiency. Since the entry into

⁵ Takeshi Yuzawa, "The Fallacy of Socialization?: Rethinking the ASEAN Way of Institution-building" in Ralf Emmers (ed), *ASEAN and the Institutionalization of East Asia* (Routledge 2011) 87.

⁶ Ibid.

⁷ Rodolfo C. Severino, *Southeast Asia in Search of an ASEAN Community: Insights from the Former ASEAN Secretary-general* (Institute of Southeast Asian Studies 2006) 34.

⁸ *The Straits Times* (Singapore), November 13, 1994, 17.

⁹ Alan Collins, *The Security Dilemmas of Southeast Asia* (Palgrave Macmillan 2000) 119.

¹⁰ ASEAN "Report of the Eminent Group on the ASEAN Charter" (December 2006) 6.

force of the ASEAN Charter, ASEAN has been conferred a legal entity separate and independent of its member states. The Charter also aims to transform ASEAN from a loose and informal organisation to a more rule-based organisation.¹¹ However, it becomes questionable whether the traditional “ASEAN Way” of cooperation is still appropriate for ASEAN in pursuing deeper regional integration. Strict adherence to the principles of national sovereignty, non-interference, and consensus may no longer be suitable for ASEAN in moving towards a fully-fledged ASEAN Community, which aims for greater institutionalisation and closer cooperation from all the member states. Thus, if the “ASEAN Way” is proven to be an obstacle rather than a facilitator of ASEAN’s deeper regional integration, a modification or an abandonment of this long-standing practice may be required.

คำแปลภาษาไทย

อาเซียนได้ก้าวเข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) อย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม 2558 โดยประชาคมอาเซียนนั้นประกอบไปด้วยสามเสาหลักที่สำคัญ ได้แก่ ประชาคมการเมืองความมั่นคงอาเซียน (ASEAN Political-Security Community หรือ APSC) ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community หรือ AEC) และประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community หรือ ASCC) การก่อตั้งประชาคมอาเซียนแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นของประเทศสมาชิกที่มุ่งประสานความร่วมมือระหว่างกันในด้านการเมือง เศรษฐกิจ รวมไปถึงด้านสังคมและวัฒนธรรม แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะมีจุดมุ่งหมายร่วมกันอย่างชัดเจน การจะบรรลุเป้าหมายในการเป็นประชาคมอาเซียนอย่างเต็มรูปแบบย่อมขึ้นอยู่กับกลไกขับเคลื่อนอาเซียนที่สำคัญอย่าง “วิถีอาเซียน” (ASEAN Way) วิถีอาเซียน คือ วิถีปฏิบัติและแนวทางการตัดสินใจของอาเซียนที่มีมาอย่างช้านานเพื่อสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศสมาชิกและดำรงไว้ซึ่งสันติภาพและความมั่นคงของภูมิภาค หลักการสำคัญที่ปรากฏเด่นชัดอยู่ในวิถีอาเซียนประกอบด้วย หลักการเคารพในอำนาจอธิปไตย (The Principle of Respect for National Sovereignty) หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกัน (The Principle of Non-Interference) และหลักการฉันทามติ (The Principle of Consensus)

¹¹ Yeo Lay Hwee, “From AFTA to ASEAN Economic Community - Is ASEAN Moving Towards EU-Style Economic Integration?” in Finn Laursen (ed), *Comparative Regional Integration: Europe and Beyond* (Ashgate Publishing 2010) 221.

1. หลักการเคารพในอำนาจอธิปไตย (The Principle of Respect for National Sovereignty)

อาเซียนดำเนินการร่วมมือโดยให้ความสำคัญกับหลักการเคารพอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิก เมื่อประเทศสมาชิกต่างหวงแหนในอำนาจอธิปไตย จึงหลีกเลี่ยงที่จะกระทำการใด ๆ อันจะกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของตนเอง ที่เป็นเช่นนี้สาเหตุหนึ่งอาจเป็นเพราะเหตุผลทางประวัติศาสตร์ กล่าวคือ ทุกประเทศสมาชิกอาเซียน ยกเว้นประเทศไทย ต่างเคยตกเป็นอาณานิคมของชาติตะวันตก ดังนั้นการที่จะให้ประเทศสมาชิกละอำนาจอธิปไตยแม้เพียงบางส่วนย่อมเป็นประเด็นที่อ่อนไหว ด้วยเหตุนี้เองจึงส่งผลให้อาเซียนเป็นเพียงองค์การระหว่างรัฐบาล (Intergovernmental Organisation) แต่ไม่ใช่องค์การเหนือรัฐ (Supranational Organisation) เหมือนดังเช่นสหภาพยุโรป (European Union) ในกรณีสหภาพยุโรปนั้น ประเทศสมาชิกต่างยินยอมจะละอำนาจอธิปไตยบางส่วนของตนและส่งมอบให้แก่องค์กรส่วนกลางเพื่อที่จะได้กำหนดนโยบาย และบริหารจัดการงานภายในสหภาพยุโรปได้อย่างสะดวกและรวดเร็ว นอกจากนี้ยังสามารถทำให้สหภาพยุโรปมีโครงสร้างองค์กรที่เอื้อต่อการบูรณาการมากกว่าการรวมกลุ่มในภูมิภาคอื่น ๆ ในกรณีของอาเซียนนั้น แม้ว่าจะมีการบังคับใช้กฎบัตรอาเซียนในการวางกรอบทางกฎหมายและโครงสร้างองค์กรโดยมุ่งหมายให้อาเซียนเป็นองค์กรที่ขับเคลื่อนด้วยกฎหมายหรืออยู่ภายใต้กฎกติกา แต่ทว่าการยึดมั่นและหวงแหนในอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกยังคงทำให้อาเซียนมีการรวมตัวแบบหลวม ๆ ในรูปแบบองค์การระหว่างรัฐบาล แต่ไม่ใช่องค์การเหนือรัฐ

2. หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกัน (The Principle of Non-Interference)

หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายในเป็นหนึ่งในลักษณะที่เด่นชัดที่สุดของวิถีอาเซียนที่มีมาแต่ดั้งเดิม ประเทศสมาชิกต่างเห็นพ้องร่วมกันว่าไม่ต้องการให้ผู้อื่นเข้ามาแทรกแซงกิจการภายในของตน ซึ่งหลักการนี้เองทำให้อาเซียนมีความไว้วางใจระหว่างกัน แต่อย่างไรก็ตามการที่อาเซียนยังคงยึดมั่นในหลักการดังกล่าวได้ถูกวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการว่าเป็นอุปสรรคสำคัญสำหรับอาเซียนในการที่จะจัดการกับปัญหาทั้งภายในและภายนอกภูมิภาค กล่าวคือ แม้ว่าการไม่แทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกันจะช่วยลดความขัดแย้งระหว่างประเทศสมาชิกให้น้อยลงและคงไว้ซึ่งความมั่นคงระหว่างสมาชิก แต่หลักการนี้เองได้ทำให้กระบวนการตัดสินใจของอาเซียนอยู่บนพื้นฐานของมิตรภาพ ไม่มีการบีบบังคับและแทรกแซง อันนำไปสู่การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกตามกำหนดเวลาที่วางไว้ ด้วยเหตุนี้เองหลักการนี้จึงถูกมองว่าเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้อาเซียนมีรูปแบบความร่วมมือระหว่างกันแบบหลวม ๆ และยืดหยุ่นมากเกินไป ซึ่งส่งผลให้การบริหารจัดการภายในอาเซียนเป็นไปอย่างล่าช้า

3. หลักการฉันทามติ (The Principle of Consensus)

กระบวนการตัดสินใจและการกำหนดนโยบายของอาเซียนอยู่บนพื้นฐานของการปรึกษาหารือและหลักฉันทามติเป็นส่วนใหญ่ กระบวนการตัดสินใจแบบฉันทามติ (Consensus) นั้นแตกต่างจากการลงมติแบบเอกฉันท์ (Unanimity) กล่าวคือ กระบวนการตัดสินใจแบบฉันทามติไม่ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกทั้งหมดต้องเห็นด้วยอย่างชัดเจน แต่หมายถึงการที่ผลประโยชน์ของเหล่าประเทศสมาชิกล้วนไม่ถูกละเลยและจะต้องไม่มีประเทศใดที่ไม่เห็นด้วยกับเรื่องนั้น ๆ จนถึงขั้นแสดงท่าทีคัดค้าน แต่อย่างไรก็ตามการที่จะบรรลุฉันทามติโดยรักษาลักษณะของผลประโยชน์ของประเทศสมาชิกทั้งสิบประเทศไว้ได้ทั้งหมดนั้นย่อมมิใช่เรื่องง่าย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ประเทศสมาชิกต่างมีระดับการพัฒนาของประเทศในหลาย ๆ ด้านที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านสังคม เศรษฐกิจ และกฎหมาย การยึดมั่นในหลักฉันทามติอย่างเคร่งครัดจึงอาจนำไปสู่การตัดสินใจและการดำเนินการที่ล่าช้า ดังนั้นจึงมีข้อเสนอแนะจากหลายฝ่ายว่าเพื่อให้กระบวนการตัดสินใจของอาเซียนมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อาเซียนควรปรับเปลี่ยนทางเลือกในกระบวนการตัดสินใจจากแบบฉันทามติมาใช้กลไกที่มีความยืดหยุ่นมากยิ่งขึ้น

หลักการที่สำคัญอันประกอบขึ้นเป็นวิถีอาเซียนที่ได้กล่าวมาข้างต้นต่างปรากฏชัดเจนในกฎบัตรอาเซียน โดยในอารัมภบทได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ประเทศสมาชิกอาเซียนต่างตกลงที่จะเคารพหลักการแห่งอธิปไตย การไม่แทรกแซงกัน และฉันทามติ ด้วยเหตุนี้เองอาเซียนจึงได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ว่ายังคงเน้นย้ำถึงแนวทางปฏิบัติแบบเดิม ๆ ในกฎบัตรอาเซียนซึ่งควรจะเป็นการวางกรอบทางกฎหมายและโครงสร้างขององค์กรเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดำเนินงานของอาเซียน โดยแม้ว่าการมีกฎบัตรอาเซียนจะทำให้อาเซียนมีสภาพบุคคลทางกฎหมายแยกต่างหากและเป็นอิสระจากประเทศสมาชิก และมีลักษณะเป็นองค์การที่ยึดกฎหมายเป็นพื้นฐานในการดำเนินงาน แต่อย่างไรก็ตามความร่วมมือในแบบวิถีอาเซียนนี้เองทำให้เกิดเป็นข้อคำถามขึ้นมาว่ายังคงเป็นสิ่งที่เหมาะสมสำหรับอาเซียนในการดำเนินการบูรณาการในระดับภูมิภาคอย่างลึกซึ้งหรือไม่ การที่อาเซียนยังคงยึดถือหลักการเคารพในอำนาจอธิปไตย หลักไม่แทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกัน และหลักการฉันทามติอย่างเคร่งครัดอาจจะไม่เหมาะสมกับอาเซียนอีกต่อไปหากอาเซียนต้องการก้าวไปสู่การเป็นประชาคมอาเซียนอย่างเต็มรูปแบบที่ต้องอาศัยความร่วมมืออย่างใกล้ชิดแนบแน่นจากทุกประเทศสมาชิก ดังนั้นหากวิถีอาเซียนได้กลายมาเป็นอุปสรรคที่สำคัญต่อการบูรณาการในระดับภูมิภาคที่แนบแน่นลึกซึ้ง การปฏิรูปวิถีอาเซียนที่มีมาแต่ดั้งเดิมย่อมเป็นสิ่งจำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้

ข้อสังเกตที่น่าสนใจ

(1) คำว่า “pillar” (พิล-ลา) เป็นคำนาม (noun) แปลว่า เสาหลัก เสาค้ำ แขนงสำคัญ ซึ่งในที่นี้หมายถึงแต่ละเสาหลักความร่วมมือที่สำคัญในประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) อันประกอบไปด้วยสามเสาหลัก ได้แก่ ประชาคมการเมืองความมั่นคงของอาเซียน (ASEAN Political Security Community) ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน (ASEAN Socio-Cultural Community) และประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community)

(2) หนึ่งในหลักการสำคัญของวิถิอาเซียนคือหลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “principle of non-interference” คำว่า “interference” (อิน-เทอ-เฟีย-เรนซ์) เป็นคำนาม (noun) แปลว่า การเข้าแทรกแซง เมื่อเติมคำข้างหน้าด้วยคำว่า “non” (นอน) ซึ่งเป็น prefix โดย prefix หมายถึง คำที่ใช้เติมเข้าข้างหน้าคำอื่นแล้วทำให้คำคำนั้นมีความหมายผิดไปจากเดิม ในกรณีนี้การเติมคำว่า “non” เข้าไป ทำให้คำคำนี้มีความหมายในทางตรงกันข้าม ดังนั้นคำว่า “non-interference” จึงแปลว่า การไม่เข้าแทรกแซง ซึ่งในที่นี้หมายถึงการไม่เข้าแทรกแซงกิจการภายในซึ่งกันและกันของประเทศสมาชิกอาเซียน

(3) คำว่า “sovereignty” (ซอ-วอ-เรน-ที) เป็นคำนาม (noun) แปลว่า อำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นอำนาจอสูงสุดในการปกครองประเทศ เมื่อแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนต่างหวงแหนในอำนาจอธิปไตยของตน จึงยึดถือหลักการการเคารพในอำนาจอธิปไตยของประเทศสมาชิกอย่างเคร่งครัดมาโดยตลอด ซึ่งคำว่า “ความเคารพ” ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “respect” (รีส-เพค) ดังนั้น “respect for sovereignty” จึงหมายถึงความเคารพในอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศสมาชิก

(4) หลักการสำคัญในวิถิอาเซียน ไม่ว่าจะเป็นหลักการเคารพในอำนาจอธิปไตย หลักการไม่แทรกแซงกิจการภายใน และหลักการฉันทามติ ต่างได้รับการยืนยันและสะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนในกฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) ซึ่งในบทความได้ใช้คำว่า “enshrine” คำว่า “enshrine” (เอน-ไชเรน) เป็นคำกริยา (verb) แปลว่า วางไว้บนหิ้งบูชา ปกป้องเป็นพิเศษ ดังนั้นข้อความที่ว่า “these key principles are enshrined in the ASEAN Charter” ย่อมแสดงให้เห็นว่าประเทศสมาชิกอาเซียนต่างยึดมั่นและให้ความเคารพในหลักการพื้นฐานที่สำคัญของวิถิอาเซียนซึ่งเป็นบรรทัดฐานที่อาเซียนได้ยึดถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดมาโดยตลอด การที่หลักการดังกล่าวนี้ได้ปรากฏอยู่ในกฎบัตรอาเซียนซึ่งเปรียบเสมือนรัฐธรรมนูญอาเซียนนั้น ย่อมแสดงให้เห็นถึงจุดมุ่งหมายที่ชัดเจนของอาเซียนที่ต้องการจะสงวนรักษาวิถิอาเซียนที่มีมาแต่เดิมนี้อยู่ต่อไป

(5) การมีกฎบัตรอาเซียนทำให้อาเซียนมีลักษณะเป็นองค์การที่ยึดมั่นในกฎกติกาหรือเป็นองค์การที่มีกฎเกณฑ์ในการทำงาน ซึ่งในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “rule-based

“organisation” ในที่นี้คำว่า “rule-based” (รูล-เบส) คือคำคุณศัพท์ (adjective) แปลว่า ที่อยู่บนพื้นฐานของกฎเกณฑ์ ทำหน้าที่ขยายคำนามคำว่า “organisation” ซึ่งหมายถึง องค์การ ดังนั้น “rule-based organisation” จึงหมายถึง องค์การที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของ กฎเกณฑ์นั่นเอง

(6) คำว่า “traditional” (ทรา-ดิ-ชัน-นอล) เป็นคำคุณศัพท์ (adjective) แปลว่า โบราณ ดั้งเดิม หรือเก่าแก่ เมื่อนำมาขยายคำว่า “ASEAN Way” ซึ่งเป็นคำนาม (noun) จึง หมายถึง วิธีอาเซียนที่มีมาแต่ดั้งเดิม โดยเป็นบรรทัดฐานที่ได้รับการยึดถือปฏิบัติโดยประเทศ สมาชิกอาเซียนมาเป็นเวลานานอย่างต่อเนื่อง

(7) คำศัพท์อีกคำหนึ่งที่น่าสนใจ คือคำว่า “fully-fledged” (ฟูล-ลี-เฟลด์จ) เป็น คำคุณศัพท์ (adjective) แปลว่า ซึ่งเจริญเติบโตเต็มที่ ซึ่งเป็นผู้ใหญ่ ดังนั้นคำว่า “fully-fledged ASEAN Community” จึงหมายถึง ประชาคมอาเซียนที่ได้รับการพัฒนาอย่างเต็ม รูปแบบหรืออย่างสมบูรณ์

(8) ประชาคมอาเซียนมีรูปแบบของการรวมตัวในระดับภูมิภาคที่แตกต่างจากสหภาพ ยุโรป โดยมีลักษณะการรวมตัวแบบองค์การเหนือรัฐ ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “supranational organisation” โดยคำว่า “supra-” (ซู-พรา) เป็น prefix แปลว่า เหนือ หรืออยู่ข้างบน เมื่อนำมาวางหน้าคำว่า “national” (เน-ชัน-นอล) ซึ่งแปลว่า ประชาชาติ ของชาติ ระดับชาติ คำว่า “supranational” (ซู-พรา-เน-ชัน-นอล) จึงแปลว่า เหนือชาติ ดังนั้นเมื่อนำคำคุณศัพท์มาขยายคำนามคำว่า “organisation” (อ-กะ-ไน-เซ-ชัน) จึง หมายถึง องค์การเหนือชาติหรือองค์การเหนือรัฐนั่นเอง กล่าวคือ เป็นองค์การที่มีฐานอยู่ เหนือรัฐสมาชิกทั้งปวง

(9) อาเซียนเป็นเพียงองค์การระหว่างรัฐบาล ซึ่งภาษาอังกฤษใช้คำว่า “intergovernmental organisation” คำว่า “inter-” (อิน-เทอ) เป็น prefix ที่มีความหมายว่า ระหว่าง เมื่อนำมารวมกับคำว่า “governmental organisation” จึง หมายถึง องค์การระหว่างรัฐบาล กล่าวคือ เป็นองค์การที่มีลักษณะเป็นเพียงความร่วมมือ ระหว่างรัฐบาล มิได้เป็นองค์การเหนือรัฐที่มีองค์การส่วนกลางอยู่ในฐานะที่เหนือกว่ารัฐสมาชิก แต่อย่างใด

สุดท้ายนี้หวังว่าผู้อ่านจะได้รับความรู้เกี่ยวกับ “วิธีอาเซียน” พร้อมทั้งเกร็ดความรู้ ภาษาอังกฤษที่น่าสนใจ แล้วพบกันใหม่ในคอลัมน์ภาษาอังกฤษสำหรับนักกฎหมายฉบับหน้า เดือนธันวาคม พ.ศ. 2561 ค่ะ

แนะนำหนังสือกฎหมาย : Law Book Recommendation

คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 Explanation of the Criminal Law R.S. 127

วिवรรณ ดำรงค์กุลนันท์^{*}
Wiwat Damrongkulnan

บทคัดย่อ

กฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างมาก เพราะเป็นกฎหมายที่มีมาตรการบังคับในลักษณะอันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการใช้ชีวิตโดยปกติสุขของผู้กระทำความผิด สำหรับกฎหมายอาญาหลักของประเทศไทยปัจจุบันก็คือ “ประมวลกฎหมายอาญา” ซึ่งได้สืบทอดหลักการส่วนใหญ่มาจาก “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ดังนั้น การศึกษาประมวลกฎหมายอาญาให้เกิดความเข้าใจอย่างลึกซึ้งจึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ควบคู่กันไปด้วย บทความเรื่องนี้ข้าพเจ้าได้เขียนแนะนำหนังสือที่เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย เรื่อง “คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” ฉบับล่าสุด ซึ่งจัดพิมพ์โดยสำนักพิมพ์วิญญูชน โดยข้าพเจ้าผู้แนะนำได้นำเสนอให้เห็นถึงความหมายของกฎหมายอาญา ความสำคัญของการศึกษากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ตลอดจนเนื้อหาหลักและจุดเด่นของหนังสือเล่มนี้

คำสำคัญ: กฎหมายอาญา, กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127, ประมวลกฎหมายอาญา

Abstract

Criminal law is very important area of law since it has mandatory measures in a way that restricts the right and freedom of an offender. The major source of the Thai Criminal Law is the “Penal Code”, which most

^{*} น.บ. (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง เหรียญทอง) มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, น.ม. (กฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา วิทยานิพนธ์ดีมาก) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, อาจารย์ประจำสาขากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, คอลัมนิสต์ นิตยสารชีวา (Chiva Magazine) ประจำคอลัมน์กฎหมาย พ.ศ. 2560, กองบรรณาธิการหนังสือที่ระลึกครบรอบการก่อตั้ง 15 ปี สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง พ.ศ. 2561, บรรณาธิการหนังสือรพีพัฒน์คดี มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประจำปี พ.ศ. 2561, บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ประจำปี พ.ศ. 2561

principles are inherited from the “Criminal Law R.S. 127”. Therefore, study of the Penal Code and the Criminal Law R.S. 127 are simultaneously required for a deep understanding in criminal law. In this article, I have recommended a book written by Professor Dr.Yud Sang-uthai, “Explanation of the Criminal Law R.S. 127”, published by Winyuchon. The recommender has presented the meaning of criminal law, the importance of the study of the Criminal Law R.S. 127, as well as the main contents and features of this book.

Keywords: Criminal law, the Criminal Law R.S. 127, the Penal Code



“กฎหมายอาญา” คือกฎหมายที่บัญญัติว่า การกระทำหรือไม่กระทำการอย่างใดแล้วเป็นความผิด และมีการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดไว้ในกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติห้ามมิให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดหรือบังคับให้มีการกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยผู้ที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามจะต้องได้รับโทษ¹

เมื่อถือตามความหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว กฎหมายอาญาในประเทศไทยจึงมีอยู่ด้วยกันมากมายหลายฉบับ เป็นต้นว่า พระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 รวมไปถึงจนถึงพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่มีโทษทางอาญา ฯลฯ แต่ฉบับที่

¹ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: พลสยาม พรินติ้ง, 2551), หน้า 1.

อนึ่ง นอกจาก “โทษ” แล้ว “วิธีการเพื่อความปลอดภัย” และ “มาตรการบังคับทางอาญาอย่างอื่น” ก็อยู่ในความหมายของคำว่า “กฎหมายอาญา” ด้วยเช่นกัน รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดูเรื่องเดียวกัน และ คณพล จันทน์หอม, รากฐานกฎหมายอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิทยุชน, 2558), หน้า 51-53.

ถือว่าเป็นกฎหมายอาญาหลักของประเทศไทยนั้น ก็คงจะหนีไม่พ้น “ประมวลกฎหมายอาญา” นั่นเอง²

ประมวลกฎหมายอาญาได้รับการบัญญัติให้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นมาจนถึงปัจจุบัน โดยมาตรา 3³ ของพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499⁴ ทั้งนี้ มาตรา 4⁵ ของกฎหมายฉบับเดียวกันนี้เอง ก็ได้บัญญัติให้ยกเลิก “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เมื่อประมวลกฎหมายอาญาเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว

แม้ว่ากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 จะได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่เมื่อนำบทบัญญัติมาเปรียบเทียบกับประมวลกฎหมายอาญาแล้วก็จะพบว่า หลักเกณฑ์ส่วนใหญ่ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 นั้น ยังคงสืบทอดมายังประมวลกฎหมายอาญาอยู่ แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญาจะได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมมาหลายครั้งแล้วก็ตาม แต่หลักการเดิมก็ยังคงดำรงอยู่⁶ ด้วยเหตุนี้ การศึกษาประมวลกฎหมายอาญาให้เกิดความเข้าใจอย่างลึกซึ้งนั้น จึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษากฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ควบคู่กันไปด้วย

หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เล่มนี้ เขียนโดย ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย พิมพ์ครั้งที่ 7 เดือนมีนาคม พ.ศ. 2561 ปกแข็ง สันโค้ง จำนวนหน้า 534 หน้า ราคาปก 500 บาท ขนาด 18.5x26 เซนติเมตร จัดพิมพ์และจำหน่ายโดย สำนักพิมพ์วิญญูชน

เนื้อหาหลักของหนังสือเล่มนี้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่ 1 “หลักกฎหมายอาญาทั่วไป” และส่วนที่ 2 “คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรียงมาตรา”

ส่วนที่ 1 หลักกฎหมายอาญาทั่วไป ผู้เขียนได้แบ่งการดำเนินเรื่องออกเป็น 8 บท ได้แก่ (1) ข้อความทั่วไป (2) วิชาเกี่ยวกับกฎหมายอาญา (3) ต้นเหตุแห่งการกระทำผิด (4) เหตุที่ทำให้กฎหมายอาญาชอบด้วยเหตุผล (5) สำนักกฎหมายอาญา (6) การแบ่งชนิดแห่งความผิด (7) การใช้กฎหมายอาญา และ (8) การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา

ส่วนที่ 2 คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรียงมาตรา ผู้เขียนได้ดำเนินเรื่องโดยเรียงตามบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ภาค

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, หน้า 1.

³ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 3 บัญญัติว่า “ประมวลกฎหมายอาญาทำโดยพระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2500 เป็นต้นไป”

⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73 ตอนที่ 95 ฉบับพิเศษ หน้า 1 วันที่ 15 พฤศจิกายน 2499

⁵ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 มาตรา 4 บัญญัติว่า “เมื่อประมวลกฎหมายอาญาได้ใช้บังคับแล้ว ให้ยกเลิกกฎหมายลักษณะอาญา”

⁶ คณพล จันทน์หอม, “เหตุใดหลักการในกฎหมายลักษณะอาญา รตนโกสินทรศก 127 จึงทันสมัยข้ามศตวรรษ?”, ใน กฎหมายลักษณะอาญา รตนโกสินทรศก 127, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2553), หน้า 2.

ได้แก่ (1) ภาควาด้วยข้อบังคับต่าง ๆ และ (2) ภาควาด้วยลักษณะความผิด โดยในภาควานี้ได้แบ่งออกเป็น 11 ส่วน ได้แก่ (1) ลักษณะความผิดประทุษร้ายต่อพระเจ้าอยู่หัวและพระราชอาณาจักร (2) ความผิดอันเกี่ยวกับการปกครองบ้านเมือง (3) ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียความยุติธรรม (4) ความผิดต่อศาสนา (5) ความผิดที่กระทำให้เกิดอันตรายแก่บุคคลและทรัพย์สิน (6) ความผิดที่กระทำอนาจาร (7) ความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย (8) ความผิดที่กระทำให้เสื่อมเสียอิสรภาพและชื่อเสียง (9) ความผิดที่ประทุษร้ายแก่ทรัพย์สิน (10) ความผิดที่เป็นลหุโทษ และ (11) ความผิดที่เกี่ยวแก่ห้างหุ้นส่วนบริษัทสมาคมและมูลนิธิ

จุดเด่นของหนังสือเล่มนี้คือ ก่อนที่ผู้เขียนจะอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรียงมาตรา ผู้เขียนได้กล่าวถึงหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาโดยสังเขปก่อน ทำให้ผู้อ่านได้ทราบถึงหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญา เป็นต้นว่า ความหมายของกฎหมายอาญา วิชาที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญา สำนักกฎหมายอาญา ชนิดของความผิดอาญา การวินิจฉัยปัญหาคดีอาญา ฯลฯ

นอกจากนี้ ในส่วนของคำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127 เรียงมาตรา ผู้เขียนได้อธิบายบทบัญญัติแต่ละมาตราด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย มีการจัดระบบความคิดในการถ่ายทอดที่ดีโดยแบ่งการอธิบายออกเป็นข้อ ๆ และตอนท้ายของการอธิบายบทบัญญัติในแต่ละมาตรา ผู้เขียนยังได้นำเสนอให้เห็นถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติมาตรานั้น ๆ อีกด้วย

โดยภาพรวมแล้ว หนังสือ “คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” เล่มนี้ ผู้เขียนได้ถ่ายทอดองค์ความรู้ด้วยภาษาที่เข้าใจง่าย เป็นระบบ เหมาะสำหรับผู้สนใจศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับกฎหมายอาญาทั้งในอดีต (กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127) และในปัจจุบัน (ประมวลกฎหมายอาญา) เป็นอย่างดี

นักกฎหมายเล่าเรื่อง : Storytelling from Lawyer

ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติกับการลงโทษ:

มาตรการลงโทษระดับกลาง

Environmental and Natural Resources Offense
and Criminal Sanction: Intermediate Punishment

ธีรรัฐ ไชยอัครวัชร (ดล บุนนาค)*

Theerat Chaikarawat (Dol Bunnag)

บทคัดย่อ

การลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญาในความผิดบางประเภท เช่น ความผิดเกี่ยวกับเศรษฐกิจ ความผิดทางธุรกิจ ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม และความผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาตินั้น นอกจากโทษจำคุกและปรับแล้ว ยังสามารถนำมาตราการลงโทษระดับกลาง ซึ่งเป็นโทษที่ไม่สูงถึงขั้นจำคุก แต่ก็ไม่ใช่เพียงแค่โทษปรับ มาลงแก่ผู้กระทำความผิดในคดีเหล่านั้นได้เช่นกัน โดยเฉพาะผู้กระทำความผิดที่มีพฤติการณ์ไม่ร้ายแรงถึงขนาดเป็นอันตรายต่อสังคมที่จะต้องโทษจำคุก ศาลสามารถนำมาตราการลงโทษระดับกลางในรูปแบบของเงื่อนไขคุมความประพฤติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 มาลงแก่ผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำของผู้กระทำความผิดได้หลายวิธี อันจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวมมากกว่าการกำหนดโทษจำคุกหรือปรับแต่เพียงประการเดียว

คำสำคัญ: ความผิดเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม, ความผิดเกี่ยวกับเศรษฐกิจ, ความผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ, มาตรการลงโทษระดับกลาง, การเปี่ยงเบนผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา, ทางเลือกที่จะไม่ใช้โทษจำคุก, เงื่อนไขคุมความประพฤติ, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, M.C.J., University of Texas at Austin School of Law, LL.M., University of Notre Dame, ปรัชญาดุษฎีบัณฑิต (สาขาอาชญวิทยา บริหารงานยุติธรรมและสังคม : Criminology and Justice Administration) มหาวิทยาลัยมหิดล, ปัจจุบันดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลาง

Abstract

In addition to imprisonment and fine, an intermediate punishment can be imposed on perpetrators who commit certain types of offenses such as economic crime, business crime, and environmental and natural resource crime. Intermediate punishment is a sentencing alternative that imposed between the imprisonment and fines. It can be exercise to an offender who does not commit a serious crime which is harmful to society. The court can impose an intermediate punishment on offenders in the form of the conditions of probation to control the offender's behaviour in accordance with Section 56 of the Penal Code in order to remedy the damage caused by the offender's actions in several ways. This would benefit the society as a whole, rather than imposing imprisonment or fine.

Keywords: Environmental crime, Economic crime, Natural resource crime, Intermediate punishment, Diversion in criminal justice system, Alternatives to imprisonment, Probation, The Penal Code Section 56

การลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญานั้น จะต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ หากเขากระทำความผิดอาญาร้ายแรง ก็สมควรรับโทษสถานหนัก

แต่ก่อนจะลงโทษคนกระทำความผิด.. นักกฎหมายควรต้องตอบให้ได้ก่อนว่า ความผิดอาญาร้ายแรงนั้น หมายถึงอะไร.. และที่ว่าร้ายแรงนั้น พิจารณาจากอะไร.. ดูที่เจตนาผู้กระทำความผิด หรือผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้น

โดยเฉพาะความผิดทางอาญาที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมนั้น.. เช่น การตัดไม้ทำลายป่า การก่อกมลพิษทะเลหรืออากาศ และการล่าสัตว์ป่าสงวนนั้น ถือว่าเป็นความผิดร้ายแรงที่ผู้กระทำควรต้องรับโทษสถานหนักหรือไม่

วิธีการลงโทษผู้กระทำความผิดในคดีอาญาปัจจุบันที่นิยมกันนั้น ก็มีเพียงโทษจำคุก และโทษปรับ.. และการจำแนกประเภทความผิดที่นักวิชาการกฎหมายและอาชญาวิทยาเห็นตรงกัน มี 2 ประเภท ได้แก่ ความผิดที่เป็นความผิดในตัวเอง ที่เรียกว่า Mala In Se ซึ่งผู้กระทำมีความชั่วร้ายในใจ เช่น ลักทรัพย์ ปล้นทรัพย์ ข่มขืนกระทำชำเรา ฆ่าผู้อื่น เป็นต้น และความผิดที่ไม่มีความชั่วร้ายแต่กฎหมายบัญญัติว่าเป็นความผิด ที่เรียกว่า Mala Prohibita เช่น ความผิดตามกฎหมายจราจร ความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร หรือความผิดเพราะไม่ได้รับอนุญาตต่าง ๆ เป็นต้น

แต่ปัจจุบัน มีการกระทำความผิดรูปแบบใหม่ที่ไม่ชัดเจนว่า เป็นความผิดที่ผู้กระทำความชั่วร้ายในใจหรือไม่ และไม่ชัดเจนว่า สมควรจะลงโทษสถานใดกับผู้กระทำผิดกลุ่มนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษ เช่น ความผิดทางอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองบางฐาน ความผิดเกี่ยวกับเศรษฐกิจการเงิน และความผิดต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น

โดยเฉพาะความผิดที่กระทำต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น การตัดไม้หวงห้าม หรือฆ่าสัตว์ป่าที่ได้รับการคุ้มครองนั้น นักวิชาการกฎหมายในยุคแรกที่สังคมยังไม่ตระหนักถึงผลกระทบความร้ายแรงของความผิดพิเศษเหล่านี้ อาจมองว่า เป็นความผิดเล็กน้อย

เนื่องจากไม้หวงห้ามที่ถูกตัดหรือสัตว์ป่าที่ถูกฆ่านั้น ไม่มีเจ้าของและไม่ใช้การกระทำความผิดอันกระทบต่อสิทธิของปัจเจกบุคคล เมื่อผู้กระทำไม่มีความชั่วร้ายในใจ จึงสมควรได้รับโทษสถานเบา เช่น โทษปรับ และการรอกการลงโทษ ก็น่าจะเหมาะสมแล้ว

แต่นักวิชาการอีกส่วนหนึ่ง รวมทั้งกลุ่มอนุรักษ์ธรรมชาติ กลับมองว่า ทรัพยากรธรรมชาติเป็นสิ่งที่ไม่สามารถประเมินราคาได้ การตัดต้นไม้เพียง 1 ต้น หรือฆ่าสัตว์ป่าเพียง 1 ตัว ก็อาจส่งผลเสียหายร้ายแรงต่อระบบนิเวศน์ (ecosystem).. และความเสื่อมโทรมของระบบนิเวศน์ย่อมมีผลกระทบต่อการดำรงชีพของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ดังนั้น ความผิดที่ทำลายทรัพยากรธรรมชาติ ต้องเป็นความผิดที่ผู้กระทำไม่ได้คำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม และจะเกิดผลกระทบต่อห่วงโซ่อาหาร รวมทั้งการดำรงอยู่ของพืชพันธุ์ สัตว์ และสิ่งมีชีวิตทั้งหมด จึงต้องถือว่าเป็นความผิดร้ายแรง เป็นความผิดในตัวเองซึ่งผู้กระทำสมควรได้รับโทษสถานหนักเพื่อให้เช็ดหลาบ เช่น โทษจำคุก โดยไม่รอกการลงโทษ

ไม่เพียงแต่นักวิชาการและนักอนุรักษ์ธรรมชาติเท่านั้น แม้แต่ในกลุ่มของผู้พิพากษาทั้งหลายเอง ก็มีแนวคิด 2 แบบ

กลุ่มแรก เป็นกลุ่มผู้พิพากษาที่มีความคิดเชิงอนุรักษ์นิยม (conservative) ที่เชื่อว่าการลงโทษทางอาญาที่รุนแรงและเด็ดขาด จะป้องกันการกระทำผิดซ้ำ (recidivism) ในเชิงการป้องปราม (deter) ที่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อป้องกันสังคมได้

แนวคิดนี้สอดคล้องกับฐานคติ (paradigm) ของนักอาชญาวิทยาชาวอิตาลีเลียน Cesare Beccaria ที่เห็นว่า การลงโทษที่รุนแรง เด็ดขาด จะทำให้สังคมมีความปลอดภัย

ผู้พิพากษากลุ่มนี้ จะเน้นการลงโทษที่รุนแรง เช่น โทษจำคุก หรือโทษประหารชีวิต เพราะเชื่อว่าจะทำให้ผู้กระทำผิดเข็ดตกแล้ว มากกว่าที่จะรอกการลงโทษแล้วคุมความประพฤติ.. เมื่อผู้กระทำความผิดไม่เข็ดตกแล้ว ก็จะทำให้เกิดการกระทำความผิดซ้ำ ดังนั้น หากคดีเหล่านี้ตกมาอยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษากลุ่มแนวคิดนี้ จำเลยย่อมมีโอกาสได้รับโทษจำคุกโดยไม่รอกการลงโทษ

กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มผู้พิพากษาที่มีแนวคิดเชิงเสรี (liberal) ที่ไม่เน้นการลงโทษที่รุนแรง เพราะเชื่อว่า บุคคลทุกคน มีสาเหตุที่จำต้องกระทำความผิด.. โทษจำคุกอาจไม่ได้ผล

เมื่อใช้กับจำเลยที่ไม่เชิดกลัว การลงโทษจำคุก จึงมีผลเสียมากกว่าผลดี แต่การให้โอกาสจำเลยได้ปรับพฤติกรรมใหม่ โดยแก้ไขที่สาเหตุ จะช่วยให้เขาไม่กระทำผิดซ้ำ อันจะทำให้สังคมปลอดภัยได้อย่างยั่งยืนยิ่งกว่า

แนวคิดกลุ่มนี้ จะมองความผิดที่กระทำต่อทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าผู้กระทำจะมีความชั่วร้ายในใจหรือไม่ และแม้จะเกิดความเสียหายมากมายต่อสิ่งแวดล้อมเพียงใดก็ตาม แต่การนำผู้กระทำความผิดไปเข้าคุก ก็ไม่ทำให้ธรรมชาติที่เสียหายไป กลับคืนดังเดิมได้

ผู้พิพากษากลุ่มนี้ อาจจะเห็นด้วยกับฐานคิดของ Beccaria แต่ตีความว่า การลงโทษที่รุนแรง เด็ดขาดนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นโทษที่มีผลกระทบต่อเนื้อตัวร่างกาย (retributive) เสมอไป.. การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้กระทำผิดต้องปฏิบัติตาม ในบางกรณีอาจทำให้ผู้กระทำผิดรู้สึกเข็ดหลาบได้เช่นเดียวกัน

ดังนั้น หากคดีเหล่านี้ตกมาอยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษากลุ่มแนวคิดแบบนี้ ท่านก็จะเน้นรอกการลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติไว้ (probation) หรือใช้มาตรการทางเลือกต่าง ๆ เพื่อเบี่ยงเบน (diversion) ผู้กระทำผิดออกจากโทษจำคุก (alternative to imprisonment) หรือนำมาตรการลงโทษระดับกลาง (intermediate punishment) หรือการลงโทษในชุมชน (community penalty) มาใช้ แทนการจำคุก

เมื่อ 2 ปีก่อน ขณะที่ผู้เขียนปฏิบัติหน้าที่ในจังหวัดสกลนคร ได้มีโอกาสไปตรวจเยี่ยมเรือนจำ.. ภายในแยกเป็นแดนผู้ต้องขังชาย และหญิง ในแดนผู้ต้องขังหญิงนั้น มีพื้นที่คับแคบ และจำกัดมาก พื้นที่ใช้อาบน้ำอยู่ติดกับส่วนที่ทำครัว และพื้นที่ทำครัว จะอยู่ติดกับเรือนห้องขัง..

ภายในห้องขังขนาดย่อม ผู้ต้องขังหญิงเกือบร้อยคน อยู่กันแออัดจนต้องต่อพื้นเสริมทำเป็นชั้นลอย.. มีผู้ต้องขังหญิงนั่ง ๆ นอน ๆ เต็มไปหมด..

ผู้เขียนเดินไปสอบถามสารทุกข์สุกดิบกับผู้ต้องขังที่อยู่ติดกับโรงครัว.. พอเดินเข้าไปใกล้ ก็ได้ยินเสียงผู้ต้องขังผู้หญิงคนหนึ่ง อายุราว 30 ปี ร้องส่วสตีทักทายก่อน..

“ครับ ส่วสตี.. เป็นอย่างไรบ้าง อยู่กันแน่นเลยนะครับ..” ผู้เขียนทักตอบ

“ร้อนค่ะท่าน.. ร้อนมาก นี่ขนาดเพิ่งอาบน้ำเสร็จจะคะ” เธอตอบพลางเอามือปาดเหงื่อเม็ดใหญ่ตรงขมับ

คงจะจริงดังเธอว่า.. เพราะพอเดินเข้าใกล้ รู้สึกถึงคลื่นไอร้อน ปนกลิ่นหอมสบู่.. แผลออกมา ผ่านลูกกรงเหล็ก.. วูบ ๆ.. เป็นระลอก..

“อืมม.. มีครอบครัวมาเยี่ยมบ้างมั๊ยครับ” ผมเปลี่ยนเรื่องคุย

“มีสามีคะท่าน.. พาลูกสาวคนโตมาด้วย.. ส่วนคนเล็กเขายังเด็กคะ 3 ขวบเอง.. ไม่ได้เจอกันหลายเดือนแล้วคะ..” เธอกล่าวตอบ

“ท่านคะ.. หนูติดคุก หนูลำบากมากแล้ว.. ยังทำให้สามีนุต้องลำบากมากขึ้น.. เขาต้องทำกับข้าวเอง.. เลี้ยงลูก รับส่งโรงเรียน.. ยังต้องทำนาอีก.. แต่หนูไม่รู้จะทำยังไง..” หญิงสาวเสียงสั่นเครือ เริ่มระบายความทุกข์ใจ

“วันก่อน ลูกคนโตมาเยี่ยม เขามาเล่าให้หนูฟังว่า ถูกเพื่อนล้อว่าแม่ติดคุก.. (ร้องไห้).. หนูไม่เคยทำผิด.. หนูไม่ใช่คนชั่วนะค่ะท่าน.. นี้ออกไปคงอับอาย ทั้งเพื่อนบ้าน และญาติ ๆ.. แต่หนูก็ทำอะไรไม่ได้..”

ผมนิ่ง ฟังเธอเล่า แต่สังเกตเห็นเหงื่อเม็ดเล็กผุดตามใบหน้า เริ่มไหลลงมา.. พร้อมกับ น้ำตา..

“หนูคิดถึงลูกสาวคนเล็กมากค่ะท่าน.. แพนบอกว่า ลูกก็ร้องไห้ถามว่า แม่ไปไหน ก่อนนอนทุกวัน..(ร้องไห้).. แต่หนูเอง สั่งแพนไว้ว่า ไม่ให้พาลูกสาวคนเล็กมาเยี่ยม.. เพราะไม่อยากให้ลูกมาเห็นแม่อยู่ในสภาพนี้..”

เธอตอบ.. หน้าแดงก่ำ มือเกาะลูกกรงแน่น.. น้ำตาเธอ.. ยังคงเอ่อ ล้นไหลออกมา เป็นทาง.. ไม่หยุด..

ผมได้แต่เห็นใจ.. ผู้หญิงติดคุก.. แม่ติดคุก.. เมียติดคุก.. สังคมจะมองยังไง เมื่อออกไป.. แต่เธอก็คงทำผิดร้ายแรงกระมัง ศาลถึงลงโทษหนัก..

“ครับ.. แล้วนี่ ศาลตัดสินจำคุกนานมั้ย.. อิกก็ปีจะได้ออกไปกอดลูกซะที” ผมเปลี่ยนเรื่อง หวังเปลี่ยนอารมณ์เธอ.. แค่ติดคุก ก็ลำบากพอแล้ว.. ไม่อยากชวนคุยเรื่องที่ทำให้ทรมานใจมากขึ้น

“ศาลตัดสิน 1 ปีค่ะ.. หนูรับสารภาพ เหลือ 6 เดือน ค่ะท่าน” เธอตอบ.. แหวดตาเศร้า เธอยกมือปาดคราบน้ำตา..

“ขอหายาเสพติดหรือครับ..” ผมถามนำ.. เพราะส่วนใหญ่นักโทษหญิงมักเข้ามา เพราะคดียาเสพติด

“ขอหาตัดไม้ค่ะท่าน!.. 2 ท่อน” เธอตอบ..

“อะไรนะ.. ขอหาตัดไม้เนี่ยนะ!..” ผมทวนคำตอบ.. เพราะไม่เชื่อหูตัวเอง

ขอหาตัดไม้หวงห้าม ถ้าไม่ตัดเป็นไร่ สมัยก่อนศาลลงโทษแค่ปรับนะครับ.. แม้กฎหมายจะกำหนดโทษจำคุกไว้ แต่ศาลมักใช้ดุลพินิจรอการลงโทษ..

“แค่ตัดไม้.. ทำไมต้องจำคุกกันด้วย.. นี่เขาเป็นผู้หญิงนะ.. ต้องเลี้ยงลูก ดูแลสามี.. การตัดไม้ มีความชั่วร้ายถึงขนาดต้องลงโทษด้วยการตัดออกจากสังคมชั่วหรือ..

โทษจำคุก เขามีไว้สำหรับคนทำความผิดที่มีความชั่วร้ายในใจมาก หรือคนที่หากปล่อยไปแล้วจะเป็นอันตรายต่อสังคมเท่านั้น.. แต่นี่ แค่ ตัดไม้..

ทั้ง ๆ ที่คุก.. ก็แออัดยั้ง.. เอาเขามาขัง.. สังคมจะได้ประโยชน์อะไร..???” ผมนึกบ่นเงียบ ๆ กับตัวเองในใจ

หลังจากเยี่ยมเรือนจำหญิง ผมกลับมาที่ศาล พยายามเสนอให้ปรับแก้แนวทางการลงโทษของศาล ที่เรียกว่า “ยึดตอก” ข้อหาตัดไม้หวงห้าม.. ให้ศาลลงโทษอย่างเหมาะสมยิ่งขึ้น..

ผมเล่าให้ผู้พิพากษาทั้งศาลฟังว่า ปัจจุบัน นักโทษล้นเรือนจำแล้ว.. เราจะบอกว่า ไม่ใช่ปัญหาของศาล เป็นเรื่องที่เรือนจำต้องแก้ปัญหาเอาเองไม่ได้ เพราะบางที ศาลตัดสินส่งคนที่ ไม่สมควรเข้าไปสู่เรือนจำโดยกำหนดโทษตามยึดตอกซึ่งล้าสมัยแล้ว..

จะบอกว่า รัฐบาลออกกฎหมายให้มีโทษจำคุกเอง ศาลไม่เกี่ยว ก็ไม่ได้ เพราะรัฐบาลให้ดุลพินิจศาล พิพากษาให้รอการลงโทษได้ ในกรณีที่ศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 แต่ศาลก็ยังไม่ได้นำมาตรานี้มาใช้

ผมให้ข้อมูลแก่ผู้พิพากษาว่า “ท่านครับ ยึดตอกเป็นแค่แนวทาง ที่ผู้พิพากษาในศาลเรากำหนดขึ้นมาเอง เพื่อเป็นแนวทางในการลงโทษไม่ให้ลักลั่นกันในคดีที่มีข้อหาและพฤติการณ์คล้ายกัน..

เพื่อที่ชาวบ้านจะได้ไม่ว่าเอาว่า ศาลมี 2 มาตรฐาน.. แต่ยึดตอกไม่ใช่กฎหมายนะ.. และปัจจุบันมีการแก้ไขกฎหมายให้ศาลรอการลงโทษได้มากขึ้นแล้ว แถมยังกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติให้จำเลยต้องปฏิบัติตามอีกมากมาย..

เช่น เงื่อนไขคุมประพฤติตามมาตรา 56 ที่แก้ไขใหม่นี้ เทียบได้กับมาตรการลงโทษระดับกลาง (intermediate punishment) ซึ่งเป็นโทษไม่สูงถึงขั้นจำคุก แต่ก็ไม่ใช่แค่ปรับ แล้วกลับบ้านได้.. ผมอยากให้ท่านพิจารณาว่าเราจะแก้ยึดตอกให้เหมาะสมได้มั้ย เช่น ข้อหาตามพระราชบัญญัติป่าไม้ อาวุธปืน และยาเสพติด”

“ท่านหัวหน้าครับ.. พวกผมเห็นด้วยที่จะแก้ยึดตอกให้ทันสมัย.. แต่เงื่อนไขคุมประพฤติที่ศาลจะกำหนดเพื่อป้องกันการกระทำผิดซ้ำ เพื่อเยียวยาความเสียหาย เนี่ย.. เป็นเรื่องใหม่ นะครับ.. ท่านหัวหน้าพอจะยกตัวอย่างให้ฟังเป็นแนวทางได้มั้ยครับ”

ผู้พิพากษาหนุ่มรูปหล่อ และอายุน้อยที่สุดในศาลถามผมในห้องประชุม.. ในขณะที่ผู้พิพากษาอีก 10 กว่าคนยังคงเงิบ และนั่งมองผมตาเขม็ง.. เหมือนรอฟังว่าผู้พิพากษาหัวหน้าศาลจะยกตัวอย่างอะไร..

“ผมเคยตัดสินคดีลงโทษจำเลยที่ตัดไม้พะยูนซึ่งเป็นไม้หวงห้าม 1 ต้น ในป่าสงวนแห่งชาติ.. ตามยึดตอกแล้ว จะจำคุกก็ได้ จะรอการลงโทษตามมาตรา 56 ก็ได้.. ผมเห็นว่า คดีนี้มีเหตุบรรเทาโทษ จึงพิพากษาให้รอการลงโทษจำคุกไว้ แต่ก็กำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติไว้มากมาย เช่น

- (1) ให้จำเลยเข้ารับการอบรมเรื่อง การอนุรักษ์ต้นไม้
- (2) ให้จำเลยเข้าร่วมโครงการปลูกป่ากับหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน
- (3) ให้จำเลยจ่ายเงินบริจาคเข้าองค์กรเกี่ยวกับการอนุรักษ์ป่า

(4) ห้ามเข้าใกล้เขตป่าสงวนแห่งชาติในรัศมี 1 กิโลเมตร เว้นแต่มีเหตุอันควรและขออนุญาตผู้ใหญ่บ้านแล้ว

นอกจากนี้ ยังกำหนดให้จำเลยปลูกต้นไม้ไม่น้อยกว่า 5 ต้น และดูแลรักษาให้เจริญเติบโต จนกว่าจะพ้นเวลาคุมประพฤติ.. ให้พนักงานคุมประพฤติรายงานการปฏิบัติตามเงื่อนไขของจำเลยทุก ๆ 3 เดือน หากผิดเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่ง.. เช่น ต้นพะยุงไม้โตถือว่าผิดเงื่อนไขคุมประพฤติ ศาลจะเอาโทษจำคุกที่รอการลงโทษไว้มาลง..” ผมอธิบายยืดยา

ผู้พิพากษาทั้งห้อง ทำตาโต..

“โอ้โฮ.. ท่านหัวหน้า ไม่โหดไปหน่อยหรือคะ.. ไหน ๆ เราก็จะไม่จำคุกเขาแล้ว.. ทำไมต้องวางเงื่อนไขมากมายให้เขาต้องปฏิบัติ” ผู้พิพากษาสาว ที่นั่งด้านหลัง ถามขึ้นมา

“ก็ดีกว่าจำคุกนะครับท่าน.. โทษจำคุก รัฐต้องเลี้ยงเขา.. อยู่ข้างใน ก็จับกลุ่มสร้างเครือข่ายเรียนรู้การกระทำผิด.. ออกมา ก็ถูกสังคมตีตรา ประณามไม่ยอมรับ.. หางานยากขึ้น.. บางคนนะ เขาเข้าออกคุกเป็นว่าเล่น.. เขาไม่กลัวหรอก ดีซะอีก จะได้ไปเจอเพื่อนข้างในนั้น.. แต่เราวางเงื่อนไขแบบนี้ มีแต่ได้ กับได้..

..รัฐไม่ต้องมาเลี้ยงดูเขาในเรือนจำ.. ถ้าศาลตัดสินแบบนี้ กับจำเลยที่ไม่ควรเข้าเรือนจำหลายคดีเข้า เรือนจำก็จะมีแออัดแบบนี้.. เหมาะแก่การดูแลจำเลย..

..ผู้กระทำความผิดเอง ก็มีโอกาสดูเรียนหนังสือ.. ได้ทำงาน ได้ส่งเสียเลี้ยงดูครอบครัว.. ดูแลลูกเมียต่อไปได้.. ไม่ทำให้เกิดปัญหาสังคมตามมา..

..เงื่อนไขที่ศาลกำหนดมากมายนั้น.. จะกดดัน.. บังคับให้เขาต้องปรับปรุงตัว.. การทำงานก็เพื่อประโยชน์สาธารณะ (community service) ทั้งการอบรม บริจาค และปลูกต้นไม้.. เป็นการเยียวยาทรัพยากรธรรมชาติที่ได้รับความเสียหายโดยตรง และเป็นการป้องกันการกระทำผิดซ้ำไปด้วย..

..แต่ข้อดีจากการวางเงื่อนไขคุมประพฤติที่กล่าวมาทั้งหมดนี้.. จะไม่เกิดขึ้นเลย.. หากท่านทั้งหลายตัดสินจำคุกเขา.. ซึ่งในมุมมองของผมนั้น การตัดสินจำคุกเขาเกินไป และไม่คุ้มค่าต่อความเสียหายที่เขาได้ก่อให้เกิดขึ้นเลย..”

ลองทายสิครับว่า ผมยกแม่น้ำทั้งห้า ทั้งเหตุผล ยกทั้งข้อดีข้อเสียมากขนาดนี้.. จะโน้มน้าวใจผู้พิพากษาทั้งศาล ให้เห็นคล้อยตามผมได้ขนาดไหน.. 55

..เอาเป็นว่า ทุกวันนี้ ยึดติดของศาลนั้น ก็ยังคงเหมือนเดิมครับ 5555

หลังจากนั้นไม่นาน.. ผมได้รับเชิญให้ไปสอนหลักสูตรปริญญาตรี วิชากฎหมายอาญา ณ มหาวิทยาลัยของรัฐแห่งหนึ่งในจังหวัดทางภาคอีสาน

ผมสอนประมวลกฎหมายอาญา ถึงมาตรา 56 ได้อธิบายที่มาที่ไป และเบื้องหลังก่อนการปรับปรุงมาตรา 56 ใหม่ ให้บัณฑิตศึกษาฟัง โดยให้แนวคิดเรื่องความผิดเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ และแนวทางแก้ไขปัญหาก็ได้สักพัก..

แล้วผมโยนคำถามเด็ด..ให้นักศึกษาลองตอบ..

“สมมตินะครับ.. สมมติว่า มีเจ้าสัวนักธุรกิจใหญ่รายหนึ่ง แอบเข้าไปล่าสัตว์ในเขตอุทยานแห่งชาติ.. เขายังเสียค่าซึ่งเป็นสัตว์ป่าคุ้มครองตายไป 1 ตัว แล้วเอามาทำเป็นอาหารมื้อค่ำของวันนั้น..

ในคืนนั้นเอง เขาถูกจับกุมในที่เกิดเหตุ การดำเนินคดีในชั้นจับกุมและชั้นสอบสวน..เขาให้การปฏิเสธ.. ต่อมา เขาถูกพนักงานอัยการฟ้อง ข้อหาล่าสัตว์ป่าคุ้มครอง เขาจนด้วยหลักฐานทั้งอาวุธปืน และซากเสือด่า.. จึงให้การรับสารภาพในชั้นศาล..

ถ้าท่านเป็นศาล จะตัดสินคดีนี้อย่างไร.. เพราะเหตุใด..”

นักศึกษาต่างยกมือไหว ๆ แย่งกันตะโกน ยกมือขอตอบ.. จนรุ่นวายไปทั้งห้อง.. ผมชี้ไปที่นักศึกษาชายที่นั่งแถวหน้าสุด.. เพราะเขายกมือค้างอยู่..

“ยิงเสือด่าแบบนี้ ของหายาก ถ้าผมเป็นศาล จะตัดสินจำคุกสัก 5 ปีครับ.. อาจารย์” นักศึกษาหนุ่มคมเข้มตอบ

“อืม.. คุณคิดว่า จำคุกแล้วสังคมจะสะใจ สมใจที่เขาต้องไปทุกข์ทรมานในคุก.. เพราะเขาได้ฆ่าเสือด่า.. แม้เสือด่าจะไม่พิน.. ไขมัน.. ..เขามีจิตใจชั่วร้ายมัยครับ.. ลองเทียบกับคนชอบตกปลา ชอบตีไก่ ชอบชนวัว หรือชอบไปล่าสัตว์ในป่าแอฟริกาเป็นชีวิตจิตใจ.. ความผิดที่เขาทำเป็น Mala In Se หรือ Mala Prohibita ครับ..”

นักศึกษาเจียบ.. หน้าเริ่มนัว..

“..หรือเป็นความผิดใหม่ ที่ไม่ใช่ ทั้งสองอย่าง.. ทฤษฎีความผิด 2 ประเภ่นั้น ใช้กับความผิดต่อทรัพยากรธรรมชาติแบบนี้ได้มัย.. ถ้าได้ จะถือว่าความผิดแบบนี้ เป็นความผิดร้ายแรงมัย.. ..เราเอาอะไรมาชี้วัดความร้ายแรง.. ผลกระทบต่อนิเวศน์ตอนนี้..หรือความเสียหายในอนาคตที่ไม่แน่นอน..” ผมชี้ทิศทางที่หลากหลาย เพื่อให้ได้คิดในฐานะ นักกฎหมาย.. มากกว่าการตัดสินด้วยความรู้สึก

“จารย์ครับ.. เสือด่าตัวนั้น อาจมีตัวเดียวที่เหลือนะครับ.. ผมถือว่าเสียหายร้ายแรงมาก” นักศึกษาหนุ่มอีกคน ทำสีผมหดเคือง ยกมือตะโกนตอบจากหลังห้อง

“ใช่ครับ.. เสือด่าตัวนั้น อาจเป็นตัวสุดท้ายของไทย.. แล้วความร้ายแรงมันจะต่างกันมัย ..ถ้ามันไม่ใช่เสือด่าตัวสุดท้ายของไทย.. แล้วถ้าเป็นเสือด่าตัวสุดท้ายของโลก.. จะเพิ่มความร้ายแรงขึ้นอีกมัย” ผมตอบ.. นักศึกษาเจียบ ด้วยกำลังคิดตาม ว่าผมกำลังคิดอะไร..

“ในคดีอาญา เราลงโทษเพื่ออะไรครับ.. เราลงโทษเพราะความชั่วร้ายในใจเขา.. หรือเพราะเขาก่อความเสียหายต่อคนอื่น.. แล้วความผิดฐานฆ่าเสือด่านี้ ใครเสียหาย..” ผมหยุด รอฟังคำตอบ

“กรมอุทยานฯ กรมป่าไม้ เป็นผู้เสียหายค่ะ.. อาจารย์” นักศึกษาสาว ขยับแว่นแบบมั่นใจ

“เสือด้าเป็นสัตว์ป่าตามธรรมชาติ ไม่มีเจ้าของครับ.. เสือด้า และต้นไม้ใบหญ้า ทุกชิ้นในเขตอุทยาน ไม่ใช่กรรมสิทธิ์ของใคร.. กรมป่าไม้เป็นหน่วยงานของรัฐ มีเพียงหน้าที่ดูแลครับ..” หนู่มอีกคน รัยยกมือตอบ แบบนักวิชาการ

“ฉันผผคิดว่า.. ถ้าผผเป็นศาล จะตัดสิน ไม่จำคุกก็ได้ครับ..” นักศึกษาหนู่มอีกคน ที่นั่งด้านซ้ายตอบ

“แต่ผผจะปรับครับ สัก 100,000 บาท.. เอาให้เช็ดไปเลย” เขาริมงำ..

“คุณคิดว่า ถ้า 100,000 บาท เป็นโทษปรับสูงสุด.. เขามีเงินพอจ่ายมัย.. ถ้าการลงโทษปรับ ไม่ทำให้เขาเช็ดกลัวละ.. ถ้าสังคม เห็นศาลลงโทษแบบนี้แล้ว.. คุณคิดว่าต่อไปจะมีเจ้าสัวคนที่ 2, 3, และ 4 ทำแบบนี้อีกมัย.. ถ้ามี.. เสือด้า.. และสัตว์ป่าคุ้มครองอื่น ๆ.. จะหมดป่ามัย..” ผผโยนให้คิด

“จารย์ขา.. หนูงง.. ตกลง ถ้าเราตัดสินจำคุกเขา เขาจะหมดอนาคต และสังคมก็ไม่ได้อะไร.. ที่สำคัญ เสือกไม่พิน.. แต่จะตัดสิน ปรับเขา.. ก็เบาเกินไปอีก เขาจะไม่หลาบจำ ไม่เกิดผลในการข่มขู่ยับยั้ง.. แล้วเสือก ก็ไม่พินอีกเหมือนกัน.. ตกลง.. หนูงง เราจะตัดสินยังไงดีคะ..

..แล้วในแง่ของการเยียวยาความเสียหาย.. ก็เสือด้าตาย.. เราจะปลูกมันพินก็ได้.. เพราะถูกถลกหนังไปแล้ว.. จะให้จ่ายค่าเสียหาย เท่าไรก็ไม่คุ้ม..

พอจะมีทางอื่น ที่เยียวยาความเสียหายได้.. ที่ทำให้จำเลยเช็ดหลาบ และเป็นประโยชน์ต่อตัวจำเลยและสังคมมัยคะ..” นักศึกษาหญิง ทำคิ้วขมวดไป ขณะถามไปคิดไป

“คำถามนี้แหละครับ.. ที่ผผรอให้ถามอยู่..” ผผตอบ

จากนั้น ผผเล่าเรื่อง การลงโทษจำเลยที่ตัดสินพะยุง แล้วต่อด้วย แนวคิดเรื่องการลงโทษและการเยียวยาความเสียหายสำหรับความผิดต่อทรัพยากรธรรมชาติ.. แต่ยังเล่าไม่จบ

“รู้แล้วคะอาจารย์.. หนูรู้คำตอบแล้ว อออิ” นักศึกษาสาวคนเดิม โบกมือขึ้นขอตอบ ก่อนผผสรุป.. ผผชี้ให้เธอตอบ ในขณะที่เพื่อนทั้งห้องตั้งใจฟังจดจ่อ.. ว่าบทสรุปจะเป็นอย่างไร..

“จารย์ขา.. ถ้าหนูเป็นศาล หนูจะใช้มาตรา 56 วางโทษจำคุกไว้ แล้วรอกการลงโทษคะ.. ..แล้วกำหนดเงื่อนไข แบบที่อาจารย์บอกว่า เป็นมาตรการลงโทษระดับกลาง.. ลงโทษเขาคะ..

เพราะจะเอาเจ้าสัวเข้าคุก หนูก็เสียดายคะ อออิ.. มันประโยชน์น้อย ..แค่สะใจ มันไม่เป็นรูปธรรม และคนอื่นอาจไม่กลัวโทษจำคุกก็ได้..

หนูจะกำหนดเงื่อนไข ให้เจ้าสัว เข้ารับการอบรมเรื่องอนุรักษ์พันธุ์สัตว์ป่าหายาก.. หนูจะกำหนดเงื่อนไข ห้ามเจ้าสัวครอบครองอาวุธปืนล่าสัตว์.. หนูจะกำหนดเงื่อนไข ห้ามเจ้าสัวเข้าใกล้เขตอุทยานแห่งชาติทุกที่ทั่วประเทศ.. ..และหนูจะกำหนดเงื่อนไขให้.. เจ้าสัวจ่ายเงินสักปีละ 50 ล้าน ให้กรมอุทยานแห่งชาติเป็นเวลา 3 ปี.. อออิ”

เพื่อนในห้อง ทำเสียงฮือฮา.. โอ้วว้าว..

“เยี่ยมครับ.. มีใครจะเสนอเงื่อนไขคุมประพฤติอย่างอื่น เพิ่มเติมอีกมั๊ย..” ผมถาม เพราะยังน่าจะขาดอยู่อีก 1 เรื่อง..

“ผมขอตอบครับ..” หนุ่มผิวเข้มที่นั่งเจิบมานาน.. รีบยกมือ..

“ผมจะกำหนดเงื่อนไข ให้เจ้าสัว ตั้งศูนย์เพาะพันธุ์เสือดำ ให้ทั่วทุกภาค และนำเข้า เสือดำจากต่างประเทศมาขยายพันธุ์ในไทย.. ให้มีเสือดำเกิดใหม่ไม่น้อยกว่าปีละ 5 ตัว.. โดยให้เจ้าสัวเสียค่าใช้จ่ายทั้งหมด กำหนดให้ลงทุนไม่น้อยกว่า 300 ล้านบาทต่อปี.. ครบ 10 ปีแล้ว ให้ตกเป็นของหลวง.. หากเสือดาย หรือขยายพันธุ์ไม่ได้ตามเงื่อนไขที่กำหนด ถือว่าฝ่าฝืนเงื่อนไข ให้เอาตัวมาเข้าคุกได้ครับ..”

นักศึกษาร้องเฮกันทั้งห้อง.. เป็นความสนุก ที่ใช้ได้จริงครับ

สุดยอดมากนะครับ.. กับแนวคิดการเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับ ทรัพยากรธรรมชาติของนักศึกษาที่เข้าใจแนวคิดที่ถูกต้องและใช้กฎหมายเป็น..

“โห.. จารย์ครับ.. ถ้าผมเป็นจำเลยนะ.. ผมขอศาลติดคุกแทนดีกว่า.. เงื่อนไขแบบนี้ โหดกว่าติดคุกซะอีก” นักศึกษาคนหนึ่งบ่นดัง ๆ

55 จริงครับ.. นี่แหละ เป้าหมายของมาตรการลงโทษระดับกลางที่แฝงตัวอยู่ในเงื่อนไข การคุมประพฤติ ตามมาตรา 56

ในขณะที่ นักกฎหมายยังไม่ตกผลึกทางความคิด กับคำถามที่ว่า ความผิดประเภทนี้ เป็นความผิดในตัวเอง เป็นความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ หรือเป็นความผิดที่ร้ายแรงเพียงใด ..และสมควรจะลงโทษอย่างไร..

ไม่ว่าในอนาคต คำตอบของคำถามข้างต้นจะเป็นเช่นไร.. แต่มาตรการลงโทษ ระดับกลางในรูปแบบของเงื่อนไขคุมประพฤติ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 นี้ น่าจะ นำมาปรับใช้กับความผิดทางเศรษฐกิจ ความผิดต่อสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ และความผิดแบบใหม่ ๆ นี้ได้อย่างเหมาะสม

ปาฐกถา : Keynote Speech

Transnational Organized Crime and Legal Safeguards for the Belt and Road Initiative^{*} อาชญากรรมข้ามชาติและหลักประกันทางกฎหมายสำหรับข้อริเริ่มหนึ่งแถบ หนึ่งเส้นทาง

Surakiart Sathirathai^{**}
สุรเกียรติ์ เสถียรไทย

Abstract

Professor Dr.Surakiart Sathirathai, Chairman of the Asian Peace and Reconciliation Council (APRC), gave a keynote address to the attendants of the International Symposium on Fighting against Transnational Organized Crime and Legal Safeguards for the Belt and Road Initiative organized by Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) and Ministry of Foreign Affairs of People's Republic of China, on 8 September 2017. In his speech, it was pointed out that the Belt and Road Initiative (BRI) and the United Nation Sustainable Development Goals (UNSDGs) seem to be complementary to each other. He also emphasized the intrinsic linkage between sustainable development and the rule of law. Therefore, the effective implementation of the Rule of Law is one of the essential factors to the success of the implementation of the BRI. Furthermore, due to the growing anti-globalization sentiment, it was further suggested that the implementation of BRI, as part of the new globalism must

^{*} Speech of Professor Dr.Surakiart Sathirathai at the International Symposium on Fighting against Transnational Organized Crime and Legal Safeguards for the Belt and Road Initiative organized by Asian-African Legal Consultative Organization (AALCO) and Ministry of Foreign Affairs of People's Republic of China on 8 September 2017, Beijing, PRC.

^{**} LL.B. (Honours) (Gold Medal Award) Chulalongkorn University, M.A.L.D. (The Fletcher School of Law and Diplomacy) Tufts University, LL.M. Harvard Law School, S.J.D. Harvard Law School, Chairman of the Asian Peace and Reconciliation Council (APRC). Former Deputy Prime Minister, former Minister of Foreign Affairs, former Minister of Finance and former Dean of the Faculty of Law, Chulalongkorn University.

take four important points into consideration. Firstly, the new globalism must provide benefits to all people without discrimination. Secondly, all the UNSDGs must be incorporated as part and parcel of the new globalism. Thirdly, the implementation of all the new globalism initiatives, including the implementation of BRI, must be guided with the Rule of Law. Lastly, Asian countries must work closely together in order to ensure that transnational organized crime will not grow with the new globalism. This would help bring economic benefits to all people and the sustainable development could be fully realized.

Keywords: Belt and Road Initiative, Transnational organized crime, Rule of Law, Sustainable development, New globalism

บทคัดย่อ

ศาสตราจารย์ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ประธานคณะมนตรีเพื่อสันติภาพและความปรองดองแห่งเอเชีย ได้ให้ปาฐกถาพิเศษต่อผู้เข้าร่วมการประชุมระหว่างประเทศว่าด้วยการต่อสู้กับอาชญากรรมข้ามชาติและหลักประกันทางกฎหมายสำหรับข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง ซึ่งจัดขึ้นโดยขององค์การให้คำปรึกษาด้านกฎหมายภูมิภาคเอเชีย-แอฟริกา และกระทรวงการต่างประเทศแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อวันที่ 8 กันยายน พ.ศ. 2560 โดยได้กล่าวว่าข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง และเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาตินั้นเป็นโครงการที่ส่งเสริมซึ่งกันและกัน และยังได้เน้นย้ำถึงความเชื่อมโยงอย่างแท้จริงระหว่างการพัฒนาที่ยั่งยืนและหลักนิติธรรม ซึ่งการบังคับใช้หลักนิติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพย่อมเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลต่อความสำเร็จในการดำเนินการตามข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง นอกจากนี้ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดต่อต้านโลกาภิวัตน์ที่เพิ่มมากขึ้น การดำเนินการตามข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของแนวคิดโลกนิยมใหม่จะต้องคำนึงถึง 4 ประเด็นสำคัญ ดังนี้ (1) โลกนิยมใหม่จะต้องสร้างประโยชน์แก่ทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติ (2) เป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืนของสหประชาชาติทั้งหมดจะต้องหลอมรวมเป็นส่วนหนึ่งของโลกนิยมใหม่ (3) การดำเนินการตามแนวความคิดโลกนิยมใหม่ ซึ่งรวมไปถึงการดำเนินการตามข้อริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทางนั้น จะต้องยึดหลักนิติธรรม และ (4) ประเทศในภูมิภาคเอเชียจะต้องร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดเพื่อป้องกันมิให้อาชญากรรมข้ามชาติเติบโตไปพร้อมกับโลกนิยมใหม่ สิ่งเหล่านี้เองจะช่วยสร้างผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจให้กับทุกฝ่าย และช่วยให้แต่ละประเทศบรรลุเป้าหมายของการพัฒนาที่ยั่งยืนอย่างแท้จริงได้

คำสำคัญ: ขั้วริเริ่มหนึ่งแถบหนึ่งเส้นทาง, อาชญากรรมข้ามชาติ, หลักนิติธรรม, การพัฒนาที่ยั่งยืน, โลกนิยมใหม่

Your Royal Highness Princess Bajrakitiyabha Mahidol,

Mr. Xu Hong, Director General of Treaty and Law Department, Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China,

Professor Kennedy Gastorn, Secretary General of the Asian African Legal Consultative Organization,

Mr. Dou Xiankang, President of Wuhan University,

Excellency Piriya Khempon, Ambassador of Thailand to the People's Republic of China,

Distinguished Panelists, Participants,

Ladies and Gentlemen,

It is my great pleasure to have another opportunity to take part once more in the Asian African Legal Consultative Organization or AALCO activity, here in Beijing. The setting up of the China-AALCO Exchange and Research Program on International Law or CAERP and the theme of the symposium today truly signify the role China is to play in the international arena in making the world and the international community a much better place for the present and the next generations through international cooperation.

As Her Royal Highness has already mentioned, the great potential for the Belt and Road Initiative or BRI to improve the standard of living of millions of families in Asia, Europe and Africa and to lift several millions more from their poverty and impoverishment will never be fully achieved in the absence of active participation of all the stake-holders. The design and the desirability of the BRI development projects in each country and community must take into

account the needs, interests, requirements and circumstances of all the stakeholders. The impacts to the sustainable development therein must be felt and appreciated by all concerned.

To me the BRI as announced in 2013 by President Xi and the 2015 adoption by the United Nations General Assembly of the UN Sustainable Development Goals, the world's 15 years' roadmap for sustainable development seem to be complementary to each other. They were both the timely and long awaited initiatives after several major crises that threatened the global sustainable development such as the Asian or Tom Yam Kung crisis of 1997, the economic meltdown of 2008, the unprecedented rate of natural resource depletion, and many more pressing and menacing issues at the forefront of the global agenda.

It was evident that despite the admirable global efforts to achieve the UN millennium development goals during 2001-2015, a great deal more work is yet to be done -- and to be done with greater concerted efforts, collaboration, resources, determination and added new goals. Both the BRI and the UN SDGs herald the compelling need to take concrete actions to achieve true sustainable development.

Sustainable development under the UN SDGs context must be universal and commonly understood to be the development for all, not a privileged few; the development that improves the lives of everyone everywhere, not some people somewhere; and the development that promotes well-being through inclusive prosperity, opportunity, social justice, and equality.

The Goal 16 of the UN SDGs, in particular, is about peace, justice, and strong institutions and meant to promote just, peaceful and inclusive societies which could only be achieved if a society adheres to the rule of law. The intrinsic linkage between sustainable development and the rule of law is hence universally accepted. The advancement of the rule of law nationally and internationally is essential for the full realization of sustainable development, inclusive economic growth, and the eradication of poverty and hunger.

It is also universally accepted that the concept of the rule of law means the rule that governs the law to be a just law. It must entail fairness, accountability, transparency, and good governance leading to access to justice

for all. It could even be argued that the rule of law and justice provide an important platform to make all other SDG goals viable.

Poor governance and ineffective enforcement of the rule of law in any country can be one of its major contributing factors to its slowdown in economic growth. The rule of law, judicial independence, and neutral legal systems, good governance, transparency and fight against corruption are all found to be major contributions to today's notion of economic growth and sustainable development.

Today, China, especially under the 13th Five Year Plan on National and Economic and Social Development for 2016-2020 is placing the national good governance system and the rule of law at the centre of the national plan to achieve sustainable economy. President Xi Jinping and Prime Minister Li Keqiang's persistent fight against corruption, cronyism and lack of good governance will surely drive the 13th Five Year Plan to a true success. China's own notion of achieving sustainable development through the linkage with the rule of law is therefore complementary to the concept of development sustainability as universally expounded in the UN SDGs.

With such a background, it is expected that China, in making fast progress on the implementation of the BRI in some 60 countries of the world, must carry with these BRI projects the notion of effective rule of law to those countries still lacking it. It is hoped that through BRI, China could help many countries taking part in the BRI to create a legal framework to effectively implement the rule of law. This should be another essential success factor of any BRI project.

Your Royal Highness,

Your Excellencies,

Distinguished Participants,

Recent development in the West, especially in Europe, UK and the US in the last couple of years illustrated that the anti-globalization sentiment has

been gaining much ground. Although President Xi Jinping in his address to the World Economic Forum earlier this year, firmly emphasized China's commitment to globalization and making the word population fully benefit from it. This anti-globalization sentiment will not easily be on the wane. It remains to be seen how this anti-globalization sentiment would further lead the public in Europe and America in the near future. However, the BRI initiated by China, the Regional Comprehensive Economic Partnership or RCEP and the Free Trade Area of the Asia-Pacific or FTAAP where China and ASEAN must hold a central role represent the new international open economy or what I would call collectively 'the new globalism'.

Certainly there are people who have experienced the disillusion, disappointment and the dark sides of globalization. The middle class in developed countries are left worse off while the poor and the needy in developing and least developed countries are left even further behind. The better connectivity of globalization has increased the spread of transnational organized crime. Trade in small arms, drug and human trafficking, cross border and economic crime seemed to follow the rise of physical and non-physical connectivity during the peak of globalization. But the Asian region still needs economic openness that comes with globalization to continue to benefit sustainable development and growth. We must not throw away the many good sides of globalization. The above-mentioned 3 initiatives, the BRI, RCEP and FTAAP must represent the globalization that brings benefits without the disillusions and its dark sides. Because they must be implemented without the dark sides of globalization, I wish to call them 'the new globalism'.

In this connection, I wish to offer 4 points for consideration for the new globalism to succeed and help achieve the UNSDGs.

First, this new economic openness or what I call new globalism, the BRI, RCEP and FTAAP, must guarantee to yield indiscriminate benefits to all. Under this new globalism, no one shall be left behind any more. Social safety net empowering the people and the community with the ability for lifelong learning in order to adapt and stand on their own feet is the key. People must be prepared to cope with the 4th Industrial Revolution. They must be prepared to participate and survive in the era of this disruptive technology. Every

individual must have the opportunity to benefit from the 4th Industrial Revolution through the new globalism. Where you stand in the society will not deprive you of the economic and social benefits you would deserve from the new globalism.

Second, this new globalism must put the UNSDGs into effect. All the 17 goals must be incorporated as part and parcel of the new globalism. The BRI implementation success index, for instance, must be linked to meeting the objectives of the SDGs. The BRI must be seen to bring with it job and income creation and social betterment for the people in all the countries concerned.

Third, although the rule of law is not described directly as a goal in itself, it permeates through all 17 goals and it is a critical enabler of all other goals. Thus the rule of law must play its part in the implementation of all the new globalism initiatives. As Her Royal Highness has pointed out in her keynote speech this morning, in ensuring that the BRI will benefit all people big or small in accordance with the 17 SDGs, the implementation of the BRI will have to be guided with the Rule of Law, i.e., the implementation has to be transparent, with good governance in budget spending, in loan extension, and in the operationalization of the projects. China's endeavour to combat graft and corruption and promote good governance at home should provide a basis for the role of the rule of law in the BRI implementation.

Fourth, as one of the threats to development stems from organized crime, violence, conflicts and fragility, Asian countries must work closer together to ensure that transnational organized crime will not grow with the new globalism. Physical and non-physical connectivity under BRI may be abused to facilitate transnational organized crime connectivity. The challenge is the political will of all leaders and the devotion of social engineers like all of us "lawyers and legal scholars". We need to make concerted efforts to see how different legal systems, different legal justice procedures, different criminal and civil law governing organized crime in countries where the BRI projects operate can improve to provide legal safeguards against transnational organized crime. Transnational organized crime, illicit drug and human trafficking, atrocity and human right abuses must be well-confined in the new world of globalism and open economy, and a new society under disruptive technology.

In the presence of anti-globalization sentiment, we should join hands to reassure the future of globalism where these BRI/RCEP/FTAAP globalism initiatives would get implemented under proper legal framework and the rule of law to bring real economic benefits for all big or small people alike. We should join hands to cooperate on measures that better prevent transnational organized crime as well as empowering the poor and the underprivileged not to fall victims of organized crime and other corrupt practices which so far have hindered their economic development.

Our new hope is placed therefore in the effective advancement of the rule of law and all attempts to implement the BRI and other globalism initiatives accordingly. The new globalism must see no return of the dark sides of globalization. The new globalism is our hope for the full realization of sustainable development.

คำแนะนำสำหรับผู้เขียนบทความ

รูปแบบการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. พิมพ์โดยใช้กระดาษ A4
2. พิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word for windows
3. พิมพ์โดยใช้ตัวอักษรแบบ TH SarabunPSK
4. ตั้งค่านักกระดาษด้านบน (Top) 2.54 ซม., ล่าง (Bottom) 2.54 ซม., ซ้าย (Left) 2.54 ซม. และขวา (Right) 2.54 ซม.
5. ระยะห่างระหว่างบรรทัดขนาด 1 เท่า
6. มีความยาวของเนื้อหาไม่เกิน 30 หน้า (รวมบรรณานุกรม)

รายละเอียดการจัดเตรียมต้นฉบับ

1. **ชื่อเรื่อง** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่กึ่งกลางของหน้ากระดาษ ชื่อภาษาอังกฤษขึ้นต้นคำให้พิมพ์ด้วยตัวพิมพ์ใหญ่และให้ใช้ตัวอักษรขนาด 18 ตัวหนา
2. **ชื่อผู้เขียน** ต้องมีทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านขวาของหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา และให้กำกับด้วยสัญลักษณ์ (*) ไว้ต่อท้ายด้วย เพื่อระบุคุณวุฒิการศึกษา ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานต้นสังกัด ทั้งนี้ ให้พิมพ์ไว้ในส่วนของเชิงอรรถด้านล่างของหน้าตามจำนวนผู้เขียน โดยใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 14 ตัวปกติ
3. **บทคัดย่อ และ Abstract** คำว่า “บทคัดย่อ” และ “Abstract” ให้ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อหาความในบทคัดย่อและ Abstract ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยให้ย่อหน้าแรกเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
4. **คำสำคัญ และ Keywords** คำว่า “คำสำคัญ” และ “Keywords” ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา ควรเลือกคำสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบทความไม่เกิน 3 คำ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้ายของหน้ากระดาษ
5. **หัวข้อ** ให้ใช้ตัวอักษร ขนาด 16 ตัวหนา จัดให้อยู่ชิดขอบด้านซ้าย
6. **เนื้อเรื่อง** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวปกติ จัดรูปแบบใช้กระจายแบบไทย โดยให้บรรทัดแรกของทุกย่อหน้าเยื้อง 0.5 นิ้ว ของบรรทัดถัดไป
7. **ตัวเลข** ให้ใช้เลขอารบิกทั้งในกรณีเขียนเป็นภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ
8. **การอ้างอิงเชิงอรรถ** ให้ใช้ตัวอักษรขนาด 14 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้^{*}

^{*} / แทนการเว้นระยะห่าง 1 เคาะ

หนังสือ หรือตำรา

- ผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง,/ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์)/,เลขหน้า.

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

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

บทความในวารสาร

- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ชื่อวารสาร/ปีของวารสาร,/ฉบับที่/(เดือนที่พิมพ์ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.

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

วิทยานิพนธ์

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

ตัวอย่าง: ชิตชนก แผ่นสุวรรณ, “ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราและอนาจาร: ศึกษาตั้งแต่สมัยกฎหมายตราสามดวงถึงประมวลกฎหมายอาญา,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 108.

รายงานวิจัย

- ชื่อผู้วิจัย,/ชื่อรายงานวิจัย,/ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์)/, เลขหน้า.

ตัวอย่าง: อานนท์ มาเฝ้า, **สถานะทรัพย์สินของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมสวัสดิการและสวัสดิภาพครูและบุคลากรทางการศึกษา**, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (กรุงเทพมหานคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), หน้า 88.

สารสนเทศบน Internet

- ชื่อผู้แต่ง,/ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์], วันเดือนปีที่อ้างอิง./แหล่งที่มาของข้อมูล.

ตัวอย่าง: ญัฐกร วิจิตานนท์, การลอบสังหารในการเมืองอเมริกัน [ออนไลน์], 5 กุมภาพันธ์ 2561. แหล่งที่มา <https://prachatai.com/journal/2012/11/43532>

บทในหนังสือ หรือบทในตำรา

- ผู้เขียนบทความ,/“ชื่อบทความ,”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/.../ครั้งที่พิมพ์/(สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์),/เลขหน้า.

ตัวอย่าง: วิวรรณ ดำรงค์กุลนันท์ “ขึ้นชื่อว่าวิทยานิพนธ์ ทุกคนสามารถทำได้” ใน ยากยิ่งสิ่งเดียว วิทยานิพนธ์ทางกฎหมายหลากหลายพรรณนะ, บรรณาธิการโดย คณพล จันทน์หอม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 140.

บทความในหนังสือพิมพ์ หรือบทความในนิตยสาร

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

ตัวอย่าง: ไทยรัฐ, “นาฬิกาเพื่อนทำพิษ ผอ.นิด้าโพลออก” ไทยรัฐ, 29 มกราคม 2561, หน้า 11.

เอกสารอื่น ๆ

- ชื่อหน่วยงาน,/“ชื่อเอกสาร,”/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “การรับฟังความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ... (ความผิดเกี่ยวกับเพศ),” 5 กุมภาพันธ์ 2561.

สัมภาษณ์บุคคล

- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์,/ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี),/สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.

ตัวอย่าง: วันชัย ศิริชนะ, อธิการบดีมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง, สัมภาษณ์, 5 กุมภาพันธ์ 2561.

กรณีอ้างอิงซ้ำ

(1) ถ้าไม่มีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

หากเป็นเอกสารภาษาไทยให้ใช้คำว่า “เรื่องเดียวกัน” ถ้าเป็นเอกสารภาษาต่างประเทศให้ใช้คำว่า “Ibid.”

อนึ่ง ถ้าเอกสารเรื่องเดียวกันนั้นมาจากเลขหน้าที่ต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไว้ด้วย เช่น “เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.” หรือ “Ibid., p. 9.”

(2) ถ้ามีการอ้างอิงอื่นมาก่อน

ให้ตัดส่วนที่เป็นสถานที่พิมพ์ สำนักพิมพ์ และปีที่พิมพ์ออกได้ เช่น

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

2

3 จิตติ ดิงศรัทีย, **กฎหมายอาญา ภาค 2 ตอน 1**, หน้า 18.

หมายเหตุ: (1) หากมีผู้เขียน ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี เกินกว่า 3 คนขึ้นไป ให้ใส่คำว่า “และคนอื่น ๆ” หรือ “and others” ตามหลังชื่อบุคคล เช่น “วิษณุ เครืองาม และคนอื่น ๆ,

(2) หากไม่ปรากฏชื่อผู้แต่ง ผู้แปล หรือบรรณาธิการ แล้วแต่กรณี ให้เลื่อนรายการอื่น ๆ ขึ้นมาแทน

บรรณานุกรม

คำว่า “บรรณานุกรม” ให้จัดกึ่งกลางตรงหน้ากระดาษ ใช้ตัวอักษรขนาด 16 ตัวหนา สำหรับเนื้อความให้ใช้อักษรขนาด 16 ตัวปกติ โดยมีรูปแบบดังนี้

- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง./แปลโดย/ชื่อผู้แปล./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ใน/ชื่อเรื่อง,/บรรณาธิการโดย/ชื่อบรรณาธิการ,/เลขหน้า./ครั้งที่พิมพ์./สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อวารสาร/ปีที่ออก,/ฉบับที่ออก/(เดือนที่พิมพ์/ปีที่พิมพ์):/เลขหน้า.
- ผู้เขียนบทความ./“ชื่อบทความ.”/ชื่อหนังสือพิมพ์หรือนิตยสาร,/วันเดือนปี,/เลขหน้า.
- ผู้เขียนวิทยานิพนธ์./“ชื่อวิทยานิพนธ์.”/ระดับวิทยานิพนธ์,/สาขาวิชาหรือภาควิชา,/คณะ,/ชื่อสถาบัน,/ปีที่พิมพ์.

- ชื่อผู้วิจัย./ชื่อรายงานวิจัย./ชื่อหน่วยงานที่ให้ทุนทำการวิจัย. สถานที่พิมพ์:/สำนักพิมพ์,/ปีที่พิมพ์.
- ชื่อหน่วยงาน./“ชื่อเอกสาร.”/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้ให้สัมภาษณ์./ชื่อตำแหน่งบริหาร (ถ้ามี)./สัมภาษณ์,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้บรรยาย./“หัวข้อการบรรยาย.”/ชื่อการประชุมและสถาบันที่ดำเนินการ (ถ้ามี)./สถานที่,/วันเดือนปี.
- ชื่อผู้แต่ง./ชื่อเรื่อง/[ออนไลน์]./แหล่งที่มา:/.../ปีที่อ้างอิง/(เดือนที่อ้างอิง, วันที่อ้างอิง).

หลักเกณฑ์อื่น ๆ

1. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่เคยผ่านการตีพิมพ์ในวารสารใด ๆ มาก่อน (รวมตลอดถึงการตีพิมพ์ในเอกสารที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น เช่น หนังสืออาจารย์บูชา หนังสือรพี หนังสือพิมพ์ ฯลฯ และการเผยแพร่ในระบบออนไลน์ด้วย) อนึ่ง การตีพิมพ์บทความซ้ำเป็นความรับผิดชอบของผู้เขียน
2. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ เป็นบทความที่ไม่อยู่ในระหว่างการพิจารณาของวารสารอื่น
3. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องไม่ตัดทอนหรือลอกเลียนมาจากบทความ หนังสือ ตำรา หรืองานวิจัยของผู้อื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขาดการอ้างอิงที่ถูกต้อง
4. ต้นฉบับบทความที่ส่งมาพิจารณาตีพิมพ์ ต้องมีคุณค่าทางวิชาการ
5. ผู้เขียนบทความต้องจัดเตรียมต้นฉบับบทความตามรูปแบบและรายละเอียดการส่งต้นฉบับบทความอย่างเคร่งครัด

ใบนำส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ลงในวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

เรียน บรรณาธิการวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ข้าพเจ้า (นาย/นาง/นางสาว).....

วุฒิการศึกษา

ตำแหน่งทางวิชาการ

ตำแหน่งงาน

หน่วยงาน

ขอส่ง ☐ บทความวิชาการ ☐ บทความวิจัย ☐ วิเคราะห์คำตัดสินศาล ☐ วิเคราะห์ข้อสอบกฎหมาย

☐ วิเคราะห์ความเห็นทางกฎหมาย ☐ ปกิณกะกฎหมาย ☐ แนะนำหนังสือกฎหมาย ☐ อื่น ๆ

ชื่อเรื่อง (ภาษาไทย)

ชื่อเรื่อง (ภาษาอังกฤษ)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาไทย)

ชื่อผู้เขียนทั้งหมด (ภาษาอังกฤษ)

ที่อยู่ติดต่อได้สะดวก (สำหรับจัดส่งวารสาร)

โทรศัพท์ โทรสาร โทรศัพท์มือถือ

E-mail

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าบทความนี้

- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าแต่เพียงผู้เดียว
- ☐ เป็นผลงานของข้าพเจ้าและผู้ร่วมงานตามที่ระบุไว้ข้างต้น
- ☐ เป็นบทความที่ไม่เคยได้รับการตีพิมพ์มาก่อน
- ☐ ข้าพเจ้าจะไม่นำบทความนี้ส่งไปพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารอื่นภายในระยะเวลา 60 วัน นับจากวันที่ข้าพเจ้าส่งบทความนี้

(ลงชื่อ).....

(.....)

วันเดือนปีที่ส่งบทความ...../...../.....

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุด อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

Website: <http://law.mfu.ac.th>

Email: journal.law@mfu.ac.th

Facebook: www.facebook.com/lawjournal.mfu.ac.th

Cover design: Natdanai Nachan

