



พอเห็นวิถีชีวิตของสังคมแล้วเรารู้สึกว่า พวกเด็กยุคใหม่
ดูจะคิดได้ไว เร็มกว่า เติบโตเป็นเวลาเร็ว เร็มกว่า พวกคนยุคก่อน
เป็นผู้ที่ มีนิสัย ทดลอง เร็มกว่า เพื่อที่ตนจะจะได้ใช้ชีวิต ที่ออกไปทำประโยชน์
แก่คนรอบข้าง และชีวิตแทนที่ตัวเอง จึงคิดค้น ใน ทางที่ไม่ธรรมดา.

วิวัฒน์
๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๕

สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี พระราชทานนาม “ศรีปทุม”
พร้อมความหมายว่า “เป็นบ่อเกิดแห่งวิชาที่เบิกบานเช่นดอกบัว”

วารสารนิเทศศาสตร์ศรีปทุม

ISSN 0857 - 4251

ปีที่ 1 ฉบับที่ 1 มกราคม-มิถุนายน 2565

Vol. 1 No. 1 January-June 2022

วัตถุประสงค์

เพื่อเผยแพร่บทความวิชาการ บทความวิจัย และการแลกเปลี่ยนความเห็นทางวิชาการ ในสาขาวิชานิเทศศาสตร์ และสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดความก้าวหน้าทางวิชาการในวงการกฎหมายและเผยแพร่ความรู้แก่สังคม

เจ้าของ

คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

สำนักงานกองบรรณาธิการ

มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตบางเขน

เลขที่ 2410/2 ถนนพหลโยธิน แขวงเสนานิคม เขตจตุจักร กรุงเทพมหานคร โทรศัพท์ 0 2579 1111 ต่อ 2388

บรรณาธิการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมาโน

กองบรรณาธิการ

ศ.ดร.สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ศ.ดร.ศักดา ธนิตกุล	จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
รศ.ดร.ภูมิ โชคเหมาะ	มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
รศ.ตรีเนตร สาระพงษ์	มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี
ผศ.ดร.อรทัย อินตะไชยวงศ์	มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์
พ.ต.ต.ดร.ชวนัสร์ เจนการ	มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ร.ต.ท.ดร.อุทัย อาทิวา	สำนักงานอัยการสูงสุด
ดร.กนก จุลมนต์	ศาลยุติธรรม
ดร.เอกพงษ์ สารน้อย	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.ศิวพร เสาวคนธ์	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.รุ่งแสง กฤตยพงษ์	มหาวิทยาลัยศรีปทุม
ดร.ตรีเพชร จิตรมहिมา	มหาวิทยาลัยศรีปทุม

ฝ่ายจัดการ และเลขานุการกองบรรณาธิการ

นางสาวชิ่งสมน ญ นคร

กำหนดการเผยแพร่

ปีละ 2 ฉบับ ประจำเดือน มกราคม-มิถุนายน และกรกฎาคม-ธันวาคม

สถานที่จัดพิมพ์

บริษัท สยามสปอร์ต ซินดิเคท จำกัด (มหาชน) โทร. 0 2508 8000

- บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจทางวิชาการโดยผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review) จากภายในและนอกมหาวิทยาลัย
- ความคิดเห็นใดๆ ที่ลงตีพิมพ์ในวารสารกฎหมาย คณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม เป็นของผู้เขียน (ความคิดเห็นใดๆ ของผู้เขียน กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายคณะนิเทศศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุมไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย)

สารบัญ

- 05 ประวัติมหาวิทยาลัยศรีปทุม
- 07 ประวัติผู้ก่อตั้งวิทยาลัยศรีปทุม
- 09 สารสั้นจากคณบดีมหาวิทยาลัยศรีปทุม
- 10 บทบรรณาธิการ
- 12 พระองค์เจ้าพีรฯ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย

บทความ

- 15 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่ง และพาณิชย์ในสาธารณรัฐประชาชนจีน
: ผศ.ดร.รัชนีกร ลาภวณิชชา พรหมศักดิ์
- 28 การตีความถ้อยคำ “... การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป...” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสองของศาลฎีกา : ข้อโต้แย้งในทางวิชาการ
: ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์
- 44 การควบกิจการ : ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการรวมบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติม
: ดร.พรภัทร์ ดันตกุลานันท์
- 58 การรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการในกระบวนการตรากฎหมาย : บทวิเคราะห์ตามแนวทางของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562
: ภูวดล พิพัชร์วัฒน์, ดร.อภิญา ศานติเกษม
- 72 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2
: บุญธิดา ปั้นเปี่ยมทอง, ดร.เอกพงษ์ สารน้อย

ประวัติมหาวิทยาลัยศรีปทุม

มหาวิทยาลัยศรีปทุม มหาวิทยาลัยชั้นนำสำหรับคนรุ่นใหม่



สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี ทรงเปิดป้ายวิทยาลัยศรีปทุม
เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2515

มหาวิทยาลัยศรีปทุม จัดตั้งขึ้นโดย **ดร.สุข พุคยาภรณ์** ที่ต้องการทำคุณประโยชน์ให้แก่ประเทศชาติ ด้วยการสร้างสถาบันการศึกษาขึ้น เพื่อพัฒนาคนให้มีความรู้ความสามารถอันจะเป็นกำลังสำคัญในการพัฒนาความเจริญ ให้แก่ประเทศชาติต่อไป โดยมหาวิทยาลัยศรีปทุมได้รับการสถาปนาเป็นมหาวิทยาลัย เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม พ.ศ. 2513 ซึ่งถือเป็นหนึ่งในห้าแห่งแรกของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนในประเทศไทย

มหาวิทยาลัยได้รับพระมหากรุณาธิคุณจาก**สมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนี** ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ พระราชทานนามว่า “ศรีปทุม” และพระราชทานความหมายว่า “เป็นบ่อเกิดแห่งวิชาที่เบิกบาน เช่นดอกบัว” พร้อมทั้งได้เสด็จพระราชดำเนินเปิดป้ายนาม “วิทยาลัยศรีปทุม” และพระราชทานปริญญาบัตรอนุปริญญาและประกาศนียบัตรแก่ผู้สำเร็จการศึกษารุ่นที่ 1, 2 และ 3

หลักสูตรระดับปริญญาตรี 10 คณะ 5 วิทยาลัย จำนวน 55 หลักสูตร หลักสูตรระดับปริญญาโท 22 หลักสูตร และหลักสูตรระดับปริญญาเอก 8 หลักสูตร

มหาวิทยาลัยศรีปทุมได้ขยายวิทยาเขตโดยจัดตั้งวิทยาเขตที่สมบูรณ์เป็นครั้งแรกที่จังหวัดชลบุรี ในปีการศึกษา 2530 เมื่อวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2530 ในชื่อ “มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตชลบุรี”

ต่อมาในปี พ.ศ. 2537 มหาวิทยาลัยขอนแก่นมีมติทบวงมหาวิทยาลัย (ในขณะนั้น) จัดตั้ง “มหาวิทยาลัยศรีปทุม วิทยาเขตพญาไท” ซึ่งปัจจุบันตั้งอยู่ ณ อาคาร SM Tower ชั้น 17 และชั้น 20 เขตพญาไท เพื่อเปิดสอนหลักสูตรระดับบัณฑิตศึกษาสำหรับนักบริหาร เพื่อพัฒนาความรู้อย่างต่อเนื่องสำหรับนักบริหาร

และในปี พ.ศ. 2556 มหาวิทยาลัยได้ขยายการเรียนการสอนไปยังจังหวัดขอนแก่น ในระดับปริญญาตรี-โท ภายใต้ชื่อ “มหาวิทยาลัยศรีปทุม ขอนแก่น” โดยมีความมุ่งมั่นที่จะผลิตบัณฑิตที่มีคุณภาพทั้งทางด้านวิชาการ

และวิชาชีพออกสู่ตลาดแรงงาน และเพื่อรองรับการขยายตัวของธุรกิจและการค้าในภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และประเทศเพื่อนบ้าน ในแถบฝั่งแม่น้ำโขง รวมถึงเพื่อเป็นการตอบสนองการเปิดประชาคมอาเซียนที่จะมาถึง ในปี พ.ศ. 2558

จากพันธกิจสู่บัณฑิตที่เทียบพร้อม

นับตั้งแต่ก่อตั้งจนถึงปัจจุบัน รวมระยะเวลากว่า 4 ทศวรรษ มหาวิทยาลัยศรีปทุมได้ปฏิบัติพันธกิจหลัก 4 ประการของสถาบันอุดมศึกษา คือ การสอน การวิจัย การให้บริการวิชาการแก่สังคม และการทำนุบำรุงศิลปวัฒนธรรมได้อย่างครบถ้วน โดยมีปณิธานที่จะสร้างบัณฑิตศรีปทุมให้เป็นผู้ก่อปรด้วย **“ปัญญา ความเชี่ยวชาญ ความเบิกบาน และคุณธรรม”**

มหาวิทยาลัยศรีปทุมตระหนักถึงความสำคัญของการพัฒนา ทั้งด้านคุณภาพและกายภาพเพื่อสร้างทรัพยากรบุคคลให้มีความพร้อมต่อการพัฒนาด้านสังคม เศรษฐกิจและเทคโนโลยี มหาวิทยาลัยจึงพัฒนาในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น การพัฒนาด้านวิชาการ ถือเป็นหัวใจสำคัญที่สุดของระบบการศึกษา การพัฒนาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ การพัฒนาด้านกายภาพและสิ่งแวดล้อม การพัฒนาด้านกิจการนักศึกษา การพัฒนาด้านการกีฬา เป็นต้น

ดังจะเห็นได้ว่า ตลอดระยะเวลากว่า 40 ปี มหาวิทยาลัยศรีปทุมมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ทั้งทางด้านวิชาการ ด้านเทคโนโลยี ด้านกายภาพและสิ่งแวดล้อม ด้านกิจการนักศึกษา ด้านกีฬา รวมถึงศักยภาพในการแสดงออกถึงความรู้ความสามารถของคณาจารย์ และนักศึกษา จึงทำให้มหาวิทยาลัยศรีปทุมพร้อมที่จะก้าวไปข้างหน้าอย่างไม่หยุดยั้ง ทั้งในปัจจุบันและอนาคต

บัณฑิตของมหาวิทยาลัยศรีปทุมได้สำเร็จการศึกษาออกสู่สังคมและทำหน้าที่รับใช้ประเทศชาตินำมาซึ่งความภาคภูมิใจและเป็นกำลังใจให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้พัฒนามหาวิทยาลัยแห่งนี้ให้ก้าวไปข้างหน้าเป็น **“มหาวิทยาลัยชั้นนำสำหรับคนรุ่นใหม่”** อย่างแท้จริงต่อไป

ประวัติ ดร.สุข พุคยาภรณ์

ผู้ก่อตั้งมหาวิทยาลัยศรีปทุม

“...ผมดีใจและเป็นสุขมากที่วิทยาลัยศรีปทุมได้เป็นมหาวิทยาลัยศรีปทุม เพราะว่าเมื่อผมจากโลกนี้ไปอยู่โลกอื่น ถ้าคนในโลกนั้นถามผมว่าตอนอยู่ในโลกมนุษย์คุณได้ทำอะไรบ้าง? ผมก็จะได้คำตอบอย่างเต็มภาคภูมิว่าผมสร้างมหาวิทยาลัยให้คนได้เรียนปีละเป็นหมื่นๆ คนมาแล้ว...”

ดร.สุข พุคยาภรณ์ ผู้ก่อตั้งมหาวิทยาลัยศรีปทุม



ชีวิตในเยาว์วัย

ดร.สุข พุคยาภรณ์ เกิดเมื่อวันศุกร์ที่ 12 มกราคม พ.ศ. 2459 ที่บ้านริมน้ำ ตำบลคลองสิบ อำเภอนองจอก จังหวัดพระนคร เป็นบุตรคนที่ 5 ของนายพุกและนางหรั่ง พุคยาภรณ์

ดร.สุข พุคยาภรณ์ ได้รับการศึกษาเบื้องต้น ที่วัดแสงเกษม จนจบประถมศึกษาปีที่ 4 เมื่อ พ.ศ. 2470 หลังจากนั้นได้บวชเป็นสามเณร 30 วัน แล้วจึงลาสิกขา เพื่อกลับไปช่วยบิดามารดาทำการค้าขาย

การศึกษาคือชีวิต ชีวิตคือการกระทำ

ในปี พ.ศ. 2475 ดร.สุข พุคยาภรณ์ ได้แยกตัวออกมาทำการค้าเอง โดยเริ่มจากการขายเรือขายของ ชื่อขายของชำ ชื่อขายข้าวเปลือก จนกระทั่งซื้อโรงสีดำเนินการเองในปี พ.ศ. 2490 ใช้เวลาตั้งตัวในระยะต้น ตั้งแต่ พ.ศ. 2475-2490 รวมระยะเวลา 15 ปีเศษ

ในปี พ.ศ. 2496 ดร.สุข พุคยาภรณ์ ได้เริ่มงานรับเหมาก่อสร้าง โดยร่วมกับเพื่อนตั้งบริษัทส่งเสริมสถาปัตยกรรมที่บริเวณประตูน้ำ ซึ่งกิจการเจริญรุ่งเรืองขึ้นเป็นลำดับ

ดร.สุข พุคยาภรณ์ สะสมประสบการณ์จากการทำงานและการศึกษาด้วยตนเอง ทุกสิ่งทุกอย่างที่ผ่านเข้ามาในชีวิตถือเป็นบทเรียน ไม่เคยทอดทิ้ง และคติประจำใจผู้ที่ใกล้ชิดได้ยินได้ฟังท่านพูดอยู่เสมอ คือ “การศึกษาคือชีวิต ชีวิตคือการกระทำ”

สู่การมีส่วนร่วมในการพัฒนาการศึกษาของประเทศ

ในปี พ.ศ. 2510 รัฐบาลเปิดโอกาสให้เอกชนจัดการศึกษาในระดับอาชีวศึกษา ดร.สุข พุคยาภรณ์ จึงได้สร้างสถาบันการศึกษาระดับอาชีวศึกษาและขยายกิจการออกไปหลายแห่ง ประกอบด้วย โรงเรียนไทยบริหารธุรกิจและพาณิชยการ โรงเรียนอโยธยาบริหารธุรกิจ โรงเรียนพัฒนวิทย์ โรงเรียนทักษิณาบริหารธุรกิจ โรงเรียนเบญจบริหารธุรกิจชลบุรี โรงเรียนกุลสตรีเทคโนโลยีและบริหารธุรกิจ โรงเรียนโปลีเทคนิค เชียงราย โรงเรียนรุ่งโรจน์ศึกษา โรงเรียนสิริวัฒนาบริหารธุรกิจและพาณิชยการ และโรงเรียนสุกฤทัย

จากวิทยาลัยศรีปทุมสู่มหาวิทยาลัยศรีปทุม

ต่อมาในปี พ.ศ. 2513 รัฐบาลมีนโยบายให้เอกชนเข้าร่วมแบ่งเบาภาระการจัดการศึกษาระดับอุดมศึกษา ดร.สุข พุคยาภรณ์ จึงได้ก่อตั้งวิทยาลัยศรีปทุมโดยได้รับพระมหากรุณาธิคุณจากสมเด็จพระศรีนครินทราบรมราชชนนีพระราชทานนามวิทยาลัย และเสด็จพระราชดำเนินเปิดอาคารเรียนหลังแรก เมื่อวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2515

ดร.สุข พุคยาภรณ์ เอาใจใส่ต่อการดำเนินกิจการของวิทยาลัยแห่งนี้ ด้วยการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิและประสบการณ์มาบริหารและเป็นอาจารย์สอน มุ่งมั่นพัฒนาอย่างไม่ย่อท้อ จนทบวงมหาวิทยาลัย (ในขณะนั้น) ได้อนุญาตให้เปลี่ยนประเภทจากวิทยาลัยเป็นมหาวิทยาลัยเมื่อปี พ.ศ. 2530 นำความปลาบปลื้มและภาคภูมิใจมาสู่ท่านเป็นอย่างมาก ต่อมา ดร.สุข พุคยาภรณ์ เล็งเห็นว่ามีเยาวชนที่อยู่ห่างไกลอีกเป็นจำนวนมาก และต้องการศึกษาหาความรู้ จึงขออนุญาตเปิดวิทยาเขตชลบุรี อีกแห่งหนึ่ง ในปี พ.ศ. 2530

ดำรงตำแหน่งสำคัญ อาทิ

- สมาชิกสภาเทศบาลกรุงเทพฯ
- ประธานศูนย์เยาวชนบางเขน
- ประธานจัดงานวันพ่อแห่งชาติ
- กรรมการและที่ปรึกษาสมาคมโรงเรียนอาชีวศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย
- นายกสมาคมโรงสี
- ที่ปรึกษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย
- ที่ปรึกษาสโมสรลูกเสือวิสามัญแห่งประเทศไทย
- นายกสมาคมผู้กำกับนักศึกษาวิชาทหารแห่งประเทศไทย
- ประธานกลุ่มโรงเรียนเทคโนโลยีไทยสุริยะ

รับพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ดังนี้

- ตริตาภรณ์มงกุฎไทย
- จัตุรตาภรณ์ช้างเผือก
- เหรียญลูกเสือสดุดี ชั้น 1
- เหรียญกาชาดสรรเสริญ

อนุสรณ์แห่งความทุ่มเทอันยิ่งใหญ่

ถึงแม้ ดร.สุข พุคยาภรณ์ จะจากโลกนี้ไป เมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม พ.ศ. 2535 สิริรวมได้อายุได้ 76 ปี แต่ท่านได้ทิ้งไว้ซึ่งหลักการสำคัญในการดำเนินงานเพื่อให้คนรุ่นหลังได้ยึดถือปฏิบัติตาม อันได้แก่ “ริเริ่ม รอบรู้ รวดเร็วและเรียบง่าย” รวมทั้งอนุสรณ์แห่งความทุ่มเทอันยิ่งใหญ่ตลอดชีวิตของท่าน คือ สถาบันอุดมศึกษา ซึ่งกำลังเจริญก้าวหน้า มีความสมบูรณ์ในทุกๆ ด้าน พร้อมทั้งจะสร้างทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพให้แก่ประเทศชาติต่อไป



สาส์นคณบดีนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยศรีปทุม

“วารสารนิติศาสตร์ศรีปทุม”

การจัดทำวารสารกฎหมายเผยแพร่ต่อสาธารณชนเป็นภารกิจหนึ่งของสถาบันการศึกษากฎหมาย เพราะนอกจากเป็นการเผยแพร่ความรู้ของผู้เขียนแล้ว ยังเป็นการก่อให้เกิดความงอกเงยทางปัญญาแก่ผู้อ่านงานเขียนบทความด้วย

วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม เป็นแหล่งเผยแพร่งานวิชาการในรูปของบทความทางวิชาการ และบทความวิจัยที่แต่งโดยคณาจารย์ นักศึกษา ศิษย์เก่าของคณะ และผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกสถาบัน

บทความที่ตีพิมพ์ในวารสารนอกจากได้รับการคัดเลือกจากบรรณาธิการแล้วยังต้องได้รับการอ่านและประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกสถาบัน เพื่อให้ได้บทความที่มีประโยชน์และมีคุณภาพพิมพ์เผยแพร่ต่อสังคม ขอให้การจัดทำวารสารนี้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ตั้งไว้ทุกประการ

(ผศ.เจียมจิต สุวรรณน้อย)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



บทบรรณาธิการ

ในปี พ.ศ. 2565 นี้ อันเป็นปีที่มหาวิทยาลัยศรีปทุมครบรอบ 52 ปี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม จึงมีความประสงค์ที่จะดำเนินการจัดทำวารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่า วารสารนิติศาสตร์ฉบับนี้และฉบับต่อไป จะเป็นเวทีทางวิชาการด้านนิติศาสตร์ในการแสดงออกซึ่งความคิดเห็นทางด้านกฎหมายอันก่อให้เกิดเมล็ดพันธุ์ทางความคิดเพื่อพัฒนาวงการกฎหมายให้เป็นประโยชน์ต่อนักกฎหมาย และประชาชนผู้สนใจกฎหมายทั่วถึงกัน

ในนามของกองบรรณาธิการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม ต้องขอขอบพระคุณ ท่านอธิการบดี มหาวิทยาลัยศรีปทุม ที่ได้ให้ความอนุเคราะห์ในการดำเนินการจัดพิมพ์วารสารนิติศาสตร์ฉบับนี้ และขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ได้ส่งบทความมาลงในวารสาร ผู้ที่ได้ให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์ไว้ ณ โอกาสนี้

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นิสิต อินทมานโน)

บรรณาธิการ



พระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์
พระบิดาแห่งกฎหมายไทย

พระองค์เจ้ารพีฯ

พระบิดาแห่งกฎหมายไทย

พระองค์เจ้ารพีฯ กับการปฏิรูปกฎหมายไทย

ในปัจจุบันนี้สิ่งที่ทำให้ประชาชนทุกคนอยู่ร่วมกันได้เห็นที่จะหนีไม่พ้น “กฎหมาย” ซึ่งเป็นเสาหลักในการให้ประชาชนประพฤติปฏิบัติอยู่ในครรลองคลองธรรม อยู่ในสิทธิหน้าที่ของตนเอง โดยไม่ก้าวล้ำสิทธิหน้าที่ผู้อื่น แต่จะเป็นกฎหมายที่ใช้กันอยู่ปัจจุบันนี้ไม่ได้ ถ้าขาดผู้ก่อตั้งและวางรากฐาน ซึ่งไม่่ง่ายเลยที่จะปรับเปลี่ยนโครงสร้างรากฐานเดิมของกฎหมายไทยที่แต่เดิมนั้นยังคงล้าหลังอยู่มาก และเพื่อความเจริญก้าวหน้ารวมทั้งความมีอารยธรรมเป็นของตัวเอง สิ่งทีกล่าวมาทั้งหลายจะเกิดขึ้นไม่ได้ หากขาดบุคคลท่านนี้ไป คือ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ หรือ พระบิดาแห่งกฎหมายไทย ผู้ทรงมีพระวิริยะอุตสาหะในการทรงงานอย่างยิ่ง

พระประวัติ

พระนามเดิมว่า พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ทรงได้รับการถวายพระสมัญญาว่า “บิดาแห่งกฎหมายไทย” ทรงเป็นต้นราชสกุลรพีพัฒน์ พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ (หรือ กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์) ทรงเป็นพระราชโอรสองค์ที่ 14 ในสมเด็จพระปิยมหาราช พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ พระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 5 แห่งพระบรมราชจักรีวงศ์ ซึ่งประสูติแต่เจ้าจอมมารดาตลับ ณ วันพุธ ขึ้น 11 ค่ำ เดือน 11 ปีจอ ฉศก จุลศักราช 1236 ตรงกับวันที่ 21 ตุลาคม พุทธศักราช 2417 ภายหลังจากสำเร็จการศึกษาชั้นต้นที่โรงเรียนพระตำหนักสวนกุหลาบ ทรงเป็นพระราชโอรสรุ่นแรกที่ได้เสด็จไปศึกษาต่อยังทวีปยุโรปเมื่อวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2428 ร่วมกับ พระเจ้าลูกยาเธออีก 3 พระองค์ เมื่อสำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมแล้ว พระองค์เลือกศึกษาต่อในวิชากฎหมาย เมื่อปี พ.ศ. 2434 ในมหาวิทยาลัยออกซฟอร์ด และพระองค์ก็สำเร็จการศึกษาหลักสูตรปริญญาบีเอ (B.A.) เมื่อปี พ.ศ. 2436 ภายหลังจากสำเร็จการศึกษาพระองค์เสด็จกลับเมืองไทยและเริ่มต้นเข้ารับราชการในกรมราชเลขาณูการ อันเป็นการเริ่มต้นการทำงานของพระองค์ ซึ่งต่อมาบทบาทของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานทางด้านกฎหมาย ได้กลายมาเป็นบทบาทที่ได้รับการเคารพเทิดทูนอย่างกว้างขวางในเวลาต่อมา จนอาจกล่าวได้ว่าบทบาทของพระองค์ที่มีต่อวงการกฎหมายสมัยใหม่ของไทยนั้น ปรากฏอยู่หลายด้านด้วยกันที่สำคัญ คือ การจัดตั้งโรงเรียนกฎหมาย และจัดการเรียนการสอนวิชากฎหมายอย่างเป็นระบบตามแบบของตะวันตก งานด้านการแก้ไข ปรับปรุง และร่างกฎหมายใหม่ เพื่อให้กฎหมายมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมที่ต้องติดต่อกับต่างชาติมากขึ้น และการปรับปรุงกิจการงานของศาลยุติธรรมที่เคยกระจุกกระจายไปอยู่ภายใต้อำนาจของหน่วยงานต่างๆ มากมายให้มาอยู่ภายใต้สังกัดของกระทรวงยุติธรรม

พระกรณียกิจ

1. การตั้งโรงเรียนกฎหมาย

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ เป็นผู้มึบทยาอย่างสำคัญในการเป็นผู้ริเริ่มก่อตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2440 มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างนักกฎหมายเข้าสู่ระบบราชการ อย่างไรก็ตาม การจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายนี้ มิใช่ภารกิจที่อาจลุล่วงไปได้โดยง่าย เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีกำลังคนเพียงพอในการดำเนินการดังกล่าว ต้องรอจนกระทั่งพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์สำเร็จการศึกษาและกลับมารับราชการ ซึ่งต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งโรงเรียนกฎหมายขึ้น พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์มีส่วนช่วยในการจัดระเบียบการศึกษากฎหมาย รวมถึงร่วมเป็นกรรมการสอบไล่ของนักเรียนโรงเรียนกฎหมาย โดยทรงสอนด้วยพระองค์เอง และในปีเดียวกันนี้ มีผู้สอบไล่เป็นเนติบัณฑิตไทยรุ่นแรกอีกด้วย

2. การปรับปรุงกฎหมาย

พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ได้มีบทบาทร่วมในการปรับปรุงกฎหมาย แนวทางการปฏิรูปกฎหมายของไทย เป็นการเปลี่ยนแปลงที่เป็นไปตามที่ตะวันตกได้ใช้กันอยู่ การแก้ไขกฎหมายจำนวนมากจึงได้เกิดขึ้นอย่างจริงจังนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 โดยได้มีการเลือกทำประมวลกฎหมายอาญาก่อนประมวลกฎหมายฉบับอื่นๆ เนื่องจากบรรดากฎหมายลักษณะต่างๆ กฎหมายอาญาเป็นประมวลกฎหมายที่ร่างได้ง่ายที่สุดและศาลสามารถเข้าใจได้ง่ายเช่นกัน พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ตั้งคณะกรรมการตรวจชำระและร่างประมวลกฎหมายขึ้น โดยคณะกรรมการชุดนี้ มีพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ทรงเป็นประธานร่วมกับกรรมการอื่นๆ ทั้งชาวไทยและชาวต่างประเทศ คณะกรรมการทำงานได้รวบรวมพระราชกำหนดและบทอัยการที่สมควรนำมาเรียบเรียงไว้เป็นร่างกฎหมาย และคณะกรรมการชุดต่อมาได้ดำเนินการร่างประมวลกฎหมายอาญาต่อจนสำเร็จ

3. การปฏิรูประบบตุลาการ

บทบาทที่สำคัญประการหนึ่งของพระองค์ต่อแวดวงของนักกฎหมาย คือ การปรับปรุงฐานะของผู้พิพากษาให้ดีขึ้น โดยก่อนหน้าการปฏิรูประบบกฎหมายนั้น ฐานะของตุลาการตกต่ำเป็นอย่างมาก อำนาจของตุลาการมิได้ในการแสวงหารายได้จากบุคคลที่เป็นคู่ความ มีการทุจริต และแสวงหาประโยชน์โดยไม่ชอบจากตำแหน่งหน้าที่ที่เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ได้ปรับปรุงโดยทำให้ตำแหน่งตุลาการได้รับการยอมรับว่ามีฐานะที่พิเศษ โดยได้รับเงินเดือนที่สูง และสูงมากหากเปรียบเทียบกับข้าราชการในส่วนอื่นๆ พระยามานวราชเสวี ซึ่งเป็นบุคคลหนึ่งที่ทำงานใกล้ชิดกับพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ ได้เล่าถึงสถานะและความเป็นอยู่ของนักกฎหมายในยุคนั้นว่า “ชีวิตนักเรียนกฎหมายและนักกฎหมายในยุคพระองค์ท่านเป็นเสนาบดีมีความรุ่งเรืองมาก ผู้พิพากษาศาลาการในสมัยนั้นได้เงินเดือนสูง กล่าวคือ ขั้นต้นได้ถึง 3 ชั่ง (ประมาณ 240 บาท) ต่างกับข้าราชการฝ่ายอื่นๆ เช่น ฝ่ายปกครอง กว่าจะเป็นเจ้าของได้ถึง 3 ชั่งก็ตั้งนาน และเงินเดือนผู้พิพากษานั้นขึ้นไปถึง 500 หรือ 1,000 บาท เมื่อตอนที่ข้าพเจ้าเป็นอธิบดีศาลต่างประเทศได้เงินเดือนถึง 1,000 บาท การให้ความสนับสนุนและยกฐานะของตุลาการเป็นเหตุผลส่วนหนึ่งที่ทำให้พระองค์ได้รับการเคารพอย่างกว้างขวาง ไม่เพียงเท่านั้นการให้ความใส่ใจต่อนักเรียนกฎหมาย ก็ได้ปรากฏมาตั้งแต่ทรงสอนใน

โรงเรียนกฎหมาย โดยพระองค์ทรงกรุณาห่วงใยในพวกนักเรียนกฎหมายอย่างมาก อยากจะให้ใช้วิชาชีพเป็นจริง ๆ ทรงสนับสนุนในการว่าความ นักเรียนคนใดไม่มีความจะว่า ก็ให้ว่าความแทนผู้ต้องหาในเรือนจำ นอกจากนี้ ดูเหมือนว่าพระองค์ยังทำหน้าที่ในการปกป้องบรรดาเหล่าตุลาการ เมื่อเกิดการกล่าวหาที่เป็นด้านลบเกิดขึ้น” เล่ากันว่าครั้งหนึ่งที่ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงโปรดให้เลี้ยงข้าวแช่ มีเจ้านายชั้นผู้ใหญ่หลายพระองค์ไปร่วม และทรงมีพระบรมราชานุญาตให้พระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์นำนักเรียนกฎหมายเข้าเฝ้าด้วย ณ ที่นั้นได้รับคำรัสแก่พระองค์ว่า “รพี พ่อได้ยินว่าผู้พิพากษากินเหล้ามากเกินไป ทำไมรพีจึงปล่อยให้เป็นอย่างนี้” ซึ่งพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ได้กราบบังคมทูลว่า “ขอเดชะพระอาณามิพินเกล้าฯ ในเวลาที่ข้าพระพุทธเจ้าจะเลือกผู้พิพากษาก็ดี เลื่อนชั้นผู้พิพากษาก็ดี ข้าพระพุทธเจ้าถือหลักในใจอยู่เพียง 2 ข้อ คือ ต้องมีสติปัญญาเฉียบแหลมเฉลียวฉลาดอย่างหนึ่ง และต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตอีกอย่างหนึ่ง ข้าพระพุทธเจ้ามิได้ไปสอบสวนหรือเอาใจใส่ในกิจธุระของผู้พิพากษาแต่ละคน ใครจะกินเหล้าอย่างไร เทียวเตร้อย่างไร นอกเหนืออำนาจของเสนาบดีจะพึงบังคับบัญชา” เรื่องเล่านี้คงเป็นที่ประทับใจนักกฎหมายไม่น้อย ดังจะเห็นได้ว่าการหยิบยกเรื่องนี้มากล่าวอยู่หลายครั้ง ภายหลังได้มีการตีพิมพ์เรื่องนี้ในบทบันทึกคดี เมื่อปี พ.ศ. 2511 ในปีถัดมาก็ได้มีการหยิบยกมากล่าวซ้ำอีกครั้ง บทบาทของพระองค์เจ้ารพีพัฒนศักดิ์ในแง่ของการส่งเสริมฐานะความเป็นอยู่และการปกป้องนักเรียนกฎหมาย หรือบรรดาข้าราชการในกระทรวงยุติธรรม จะเป็นบทบาทที่บิดาพึงกระทำต่อบุตร ดังนั้น การแสดงความเห็นของนักกฎหมายรุ่นหลังอย่าง ทวี กสิยพงศ์ ได้กล่าวมาข้างต้นจึงไม่เพียงให้ความสำคัญกับงานการบุกเบิกด้านปฏิรูปกฎหมายเท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมถึงการดูแล “ปกป้องคุ้มครองภัย” อีกด้วย บทบาทของพระองค์ต่อลูกศิษย์ในลักษณะเช่นนี้ จึงไม่น่าแปลกใจที่จะมีลูกศิษย์ที่เคารพเทิดทูนพระองค์มากถึงขนาดกล้าแสดงฤทธิ์เดช แม้กระทั่งกับพระมหากษัตริย์ก็ตาม ด้วยบทบาทกว้างขวางของพระองค์ต่อนักเรียนกฎหมาย เป็นผลให้ต่อมาการเทิดทูนพระองค์ที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องนับตั้งแต่พระองค์สิ้นพระชนม์ เมื่อปี พ.ศ. 2463 เป็นต้นมา จึงปรากฏอยู่ในสถาบันตุลาการอันเนื่องมาจากผู้ที่สอบไล่ได้จากโรงเรียนกฎหมายจะทำงานเป็นผู้พิพากษตามศาลทั้งในกรุงเทพและหัวเมือง หรือทำงานในกระทรวงยุติธรรม ความจงรักภักดีและการเทิดทูนพระองค์ไม่ได้ปรากฏเพียงอยู่ในหมู่นักกฎหมายที่เป็นลูกศิษย์โดยตรงของพระองค์ หากยังขยายรวมไปถึงนักเรียนกฎหมายรุ่นต่อๆ มา ที่ได้ศึกษาในโรงเรียนกฎหมาย แม้จะไม่ได้ศึกษากับพระองค์โดยตรง อันเป็นผลจากการเคารพนับถือที่ถูกถ่ายทอดสืบต่อกัน ดังนั้น วงการนิติศาสตร์ไทยจึงยกย่องว่าพระองค์เป็นองค์ปฐมอาจารย์ของนักนิติศาสตร์ไทยสืบไป

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์
ในสาธารณรัฐประชาชนจีน

Considerations on the Enforcement of foreign court judgments in civil and
commercial cases in the People's Republic of China

ดร.รัชนีกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์ *

Dr.Ratchaneekorn Larpvanichar Promsak

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาเกี่ยวกับการบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในคดีแพ่งและพาณิชย์ในสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่มีลักษณะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศที่มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากคู่กรณีอาจนำข้อพิพาทมาฟ้องศาลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลโดยฝ่ายผู้ชนะคดีจำเป็นต้องนำคำพิพากษามาบังคับในอีกรัฐหนึ่งอันเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินที่อาจบังคับคดีได้

โดยปัจจุบันศาลจีนจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศโดยยึดหลักการต่างตอบแทน (Reciprocity) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน ค.ศ. 2015 และได้มีการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศตั้งแต่ในปี ค.ศ. 2016 โดยยอมรับบังคับตามคำพิพากษาในคดีพาณิชย์ของศาลสิงคโปร์

สำหรับประเทศไทยมีแนวโน้มที่ศาลจีนจะไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ เนื่องจากที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏว่าศาลไทยเคยยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนมาก่อน และไม่เคยปรากฏว่าศาลจีนเป็นฝ่ายเริ่มต้นในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของประเทศอื่นให้ก่อนเช่นกัน ดังนั้นคู่สัญญาข้อพิพาทเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศไทยกับประเทศจีนจึงยังคงไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าผลสุดท้ายคำพิพากษาของศาลประเทศไทยจะมีโอกาสได้รับการรับรองหรือออกคำสั่งบังคับในจีนหรือไม่

คำสำคัญ: การบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศ, คดีแพ่งและพาณิชย์, สาธารณรัฐประชาชนจีน

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ABSTRACT

This article aims to study the enforcement of foreign court judgments in civil and commercial cases in the People's Republic of China, especially disputes inevitably arising from contractual disputes relating with international trade disputes. The parties may bring a dispute to a court under international private law, the winner of the case is obliged to bring an international judgment to enforce in other state where the property subject to execution is located.

At present, Chinese courts may accept and enforce judgments from foreign courts based on the principle of “reciprocity” in accordance with the Civil Procedure Law of China 2015 and Chinese courts accepted and enforced judgments of foreign courts Since 2016 by enforced judgments of the Singapore court's commercial case.

For Thailand, there is a tendency that the Chinese court will not enforce the judgment of the Thai court. Because it has never appeared that Thai courts have ever accepted or enforced the judgments of Chinese courts. Likewise, Chinese courts have never been the first to accept and enforce judgments of other countries as well. Therefore, the parties to the trade dispute between Thailand and China remain unpredictable whether the final outcome of the Thai court's verdict will have the opportunity to be accepted or enforced in China.

Keywords: Enforcement of foreign judgments, civil and commercial cases, People's Republic of China

1. บทนำ

ในโลก “ไร้พรมแดน” ทางการค้า ที่รัฐทำความตกลงเปิดเสรีในด้านต่างๆ จำนวนมากย่อมส่งผลให้ข้อพิพาทที่มีลักษณะระหว่างประเทศ (International disputes) มีปริมาณเพิ่มขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ หากข้อพิพาทเหล่านั้นไม่ถูกระงับด้วยวิธีการอื่น เช่น การประนีประนอมยอมความหรือการอนุญาโตตุลาการ คู่กรณีมักจะนำข้อพิพาทมาฟ้องศาล จึงสามารถคาดการณ์ได้ว่าเราจะพบข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาที่มีลักษณะระหว่างประเทศ อันตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเพิ่มขึ้นอย่างแน่นอน ซึ่งผู้ชนะคดีในศาลของรัฐหนึ่งจำเป็นต้องนำคำพิพากษามาบังคับในอีกรัฐหนึ่ง เนื่องจากเป็นที่ตั้งของทรัพย์สินที่อาจบังคับคดีได้ เป็นที่น่าสนใจว่าประเทศที่มีมูลค่าทางการค้าระหว่างประเทศมหาศาลอย่างสาธารณรัฐประชาชนจีน (People’s Republic of China) (ต่อไปจะเรียกว่า “ประเทศจีน”) จัดการกับปัญหาการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (Recognition and enforcement of foreign judgments) ในทางการค้าอย่างไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงวิกฤตการณ์การแพร่ระบาดของไวรัสโคโรนา 2019 ที่ประเทศจีนเป็นประเทศแรกที่ได้รับผลกระทบและส่งผลต่อเนื่องมาถึงการค้าระหว่างประเทศที่หยุดชะงัก ปริมาณคดีเกี่ยวเนื่องย่อมเพิ่มมากขึ้น ในระหว่างนี้ การฟ้องคดี การบังคับชำระหนี้ย่อมเป็นสิ่งหลีกเลี่ยงไม่ได้ จึงเป็นเรื่องน่าสนใจที่จะศึกษาว่ารัฐบาลจีนจัดการกับปัญหาดังกล่าวอย่างไรเพื่อดึงดูดนักลงทุนและสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ประกอบการ และทำให้การค้าระหว่างประเทศมีเสถียรภาพ นอกจากนี้ โดยที่ประเทศจีนเข้าเป็นสมาชิก Hague Conference on Private International Law (HCCH) ก่อนประเทศไทย จึงน่าสนใจว่าประเทศจีนได้ใช้ประโยชน์จากอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใดภายใต้ HCCH หรือไม่ อนึ่ง การยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่จะกล่าวถึงทั้งหมดในบทความนี้ เกี่ยวข้องกับคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น

ข้อตกลงเลือกศาลนำไปสู่การฟ้องศาลต่างประเทศ สังเกตได้ว่าร้านค้าที่ขายสินค้าออนไลน์ (Official Store) ประเภท Luxury goods เช่น Chanel Gucci Louis Vuitton รวมถึงบรรดาแพลตฟอร์ม E-commerce ยักษ์ใหญ่ อาทิ Line Man Amazon Tao Bao Alibaba Wei Dian Shopee Lazada มักจะระบุข้อตกลงเลือกกฎหมาย (Choice of law clause/Governing law) และข้อตกลงเลือกศาล (Choice of forum clause) เอาไว้ใน Terms of Service and Privacy หรือแม้แต่ในแอปพลิเคชันเกมออนไลน์ แอปพลิเคชันเพลง แอปพลิเคชัน Apple Store ก็เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนอีกกรณีหนึ่งที่ได้กำหนดไว้ใน Terms and Conditions ให้ผู้รับบริการกดยอมรับก่อนเริ่มใช้แอปพลิเคชันว่า ผู้รับบริการสมัครใจนำข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้บริการขึ้นสู่การพิจารณาของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เมื่อผู้รับบริการกดยอมรับยอมถือเป็นการตกลงเข้าทำสัญญาหรือเข้าใช้บริการนั้นพร้อมข้อตกลงระงับข้อพิพาทที่พ่วงมากับ Terms and Conditions ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าผู้รับบริการจำนวนมากที่จะอ่านเงื่อนไขทั้งหมดรวมถึงข้อตกลงเลือกกฎหมายและข้อตกลงเลือกศาล หรือเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท

ปัญหาที่น่าสนใจเสมอมาสำหรับนักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล คือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาว่าให้ศาลของประเทศตนเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาคดีนั้น เช่น ศาลของสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายไม่ได้แย้งและยอมรับที่จะผูกพันตามสัญญาดังกล่าว เมื่อเกิด

ข้อพิพาท หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งบิดพลิ้วไม่ฟ้องศาลของประเทศจีนตามที่กำหนดไว้ แต่กลับนำคดีมาฟ้องศาลอื่น เช่น ศาลไทย ศาลไทยจะยอมรับข้อตกลงเลือกศาลดังกล่าวหรือไม่¹ หากศาลไม่ยอมรับข้อตกลงเลือกศาลจีนทั้งที่เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ และยืนยันจะพิจารณาคดีนั้นต่อไปจนจบ² ภายหลังเมื่อมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วและฝ่ายชนะคดีมีความจำเป็นต้องนำคำพิพากษานั้นไปบังคับที่ประเทศจีน เป็นไปได้ว่าศาลจีนจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาให้โดยถือว่าศาลไทยพิจารณาคดีนั้นโดยไม่มีอำนาจ เพราะมิใช่ศาลที่มีอำนาจเหนือคดีตามที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาตั้งแต่ต้น ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีแพ่งที่มีลักษณะระหว่างประเทศซึ่งนานาประเทศให้การยอมรับ³ กล่าวคือ ข้อตกลงเลือกศาลที่ไม่ได้กำหนดให้เป็น Non-exclusive jurisdiction จะก่อให้เกิดอำนาจแต่เพียงผู้เดียวในการพิจารณาคดี (Exclusive competence) ของศาลที่ถูกเลือก ในทางกลับกัน ศาลจีนจะยอมรับบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่เป็นผลมาจากข้อตกลงเลือกศาลให้หรือไม่ เป็นสิ่งที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

เงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ เมื่อสำรวจกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีนที่เกี่ยวข้องพบว่า หากพิจารณาในแง่ของการมีบทบัญญัติของกฎหมายรองรับ จีนเป็นประเทศที่มีความก้าวหน้าในเรื่องนี้มากกว่าไทย เพราะการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศในจีนได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นครั้งแรกตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 281⁴ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลัง ในขณะที่ประเทศไทยมิได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ในกฎหมาย ดังนั้น โดย

¹ โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546 (ธนาคาร ยูไนเต็ต โอเวอร์ซีส์ จำกัด) ศาลไทยเห็นว่าข้อตกลงเลือกศาลในกรณีนี้เป็น non-exclusive jurisdiction choice of forum clause เมื่อโจทก์เป็นฝ่ายนำคดีมาฟ้องศาลไทยทั้งที่โจทก์มีสำนักงานใหญ่อยู่ในสิงคโปร์ และจำเลยก็ได้ปฏิเสธอำนาจศาลไทยโดยยกเรื่องข้อตกลงเลือกศาลขึ้นอ้าง ศาลไทยจึงพิจารณาและพิพากษาคดีในที่สุด

² โปรดดู คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539 และ 5809/2539 (บริษัทชิน่า โปรปเปอร์ตี้ แอนด์ แคสชวลตี้ อินชัวร์นส์ จำกัด) บริษัทผู้รับขนสินค้ายกข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ เพื่อให้ศาลไทยยกฟ้องและให้ไปดำเนินคดีในศาลที่เลือกได้ตามสัญญา แต่ศาลไทยยังคงพิจารณาคดีต่อไปและมีคำพิพากษา อย่างไรก็ดี ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงต่อไปว่าได้มีการนำคำพิพากษาดังกล่าวไปขอบังคับในต่างประเทศหรือไม่

³ ตัวอย่างเช่น New York's Civil Practice Law and Rules : Recognition of Foreign Country Money Judgments ใน Article 53 (Section 5304) กำหนดเงื่อนไขหนึ่งในหลายประการว่าเหตุที่ศาลนิวยอร์กจะปฏิเสธไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศให้คือกรณีที่คำพิพากษาดังกล่าวเกิดจากการละเมิดข้อตกลงเลือกศาล เป็นผลให้ศาลที่รับคดีนั้นไว้พิจารณาไม่มีอำนาจเหนือคดีนั้นแต่แรก

⁴ “ If a legally effective judgment or ruling made by a foreign court requires recognition and execution by a People's Court of the People's Republic of China, the party concerned may directly apply for recognition and execution to the competent Intermediate People's Court of the People's Republic of China. Alternatively, the foreign court may, pursuant to the provisions of an international treaty concluded between or acceded to by the foreign state and the People's Republic of China, or in accordance with the principle of reciprocity, request the People's Court to recognize and execute the judgment or ruling”.

หลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลแล้ว หากเอกชนต่างด้าวยื่นคำร้องต่อศาลในประเทศจีนเพื่อให้รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ศาลจีนจะยอมรับ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการต่างตอบแทนดังที่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในมาตรา 281 ด้วยเช่นกัน ไม่ว่าจะเป็นเพราะได้ทำสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศเอาไว้กับจีน หรือเพราะเหตุอื่น เช่น ศาลของประเทศดังกล่าวเคยยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของประเทศจีนมาก่อน นอกจากนี้ยังมีช่องทางการขอบังคับตามคำพิพากษามานช่องทางทางการทูต (Diplomatic channel) ซึ่งเป็นหนทางที่หลายๆ ประเทศดูจะเข้าใจตรงกันว่ามีความล่าช้า และไม่อาจหวังผลได้ว่าจะได้รับการตอบรับหรือไม่ เนื่องจากไม่อาจกำหนดระยะเวลาให้กระทรวงการต่างประเทศของประเทศอื่นประสานงานได้ เช่น กรณีของประเทศไทย เพียงเรื่องการส่งเอกสารหรือส่งหมายของศาลไทยไปต่างประเทศก็มีอุปสรรคและความไม่สะดวกเกิดขึ้นบ่อยครั้งเมื่อต้องร้องขอผ่านช่องทางทางการทูต บางครั้งอาจเกิดการที่ฝ่ายที่ต้องการส่งหมายไม่ทราบที่อยู่ชัดเจนของอีกฝ่ายในต่างประเทศ

นอกจากนี้ ยังมีแนวโน้มว่าศาลจีนจะปฏิเสธไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้ในกรณีที่ไม่มี ความตกลงระหว่างประเทศระหว่างจีนและประเทศต้นทางของคำพิพากษา (เว้นแต่กรณีคำพิพากษาให้หย่าที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สิน ซึ่งมาตรา 544 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจีนกำหนดรองรับไว้)

ยึดหลักการต่างตอบแทน (Reciprocity) เป็นสำคัญ เมื่อกล่าวถึง “หลักการต่างตอบแทน” ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน ข้อสงสัยประการต่อมา คือ อย่งไรจึงจะเรียกว่า เกิดการ “ต่างตอบแทน” (Reciprocity) ขึ้นแล้วในสายตาของศาลจีน เพราะเป็นสิ่งที่ศาลจีนนำมาใช้ในการพิจารณาว่าจะยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ไม่มี การทำความตกลงระหว่างประเทศ ศาลจีนมีแนวโน้มปฏิเสธไม่บังคับให้โดยอ้างเรื่องไม่มีการต่างตอบแทนเสมอ ดังจะได้กล่าวต่อไป อย่างไรก็ตาม ประเด็นนี้กลับเป็นเรื่องที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และส่วนตีความประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ค.ศ. 2015 เองก็ไม่ได้เขียนเอาไว้ชัดเจน การศึกษาค้นคว้าเรื่องการต่างตอบแทนตามแนวทางของศาลจีนจึงต้องอาศัยคำพิพากษาเป็นสำคัญ ซึ่งคดี German Zublin International Co. Ltd. vs Wuxi Walker General Engineering Rubber Co. Ltd.⁵ นับเป็นจุดเริ่มต้นของการรับรองคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่จีนมีส่วนเกี่ยวข้อง โดยศาลเยอรมันได้รับรองคำพิพากษาของศาลจีน (Supreme Court of China) เป็นครั้งแรก ในปี ค.ศ. 2006 แม้ว่าจะก่อนหน้านี้ศาลสูงของจีนจะเคยปฏิเสธไม่ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลเยอรมันมาแล้ว และอีกสี่ปีต่อมาเกิดกรณีเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาสัญชาติเยอรมันได้ยื่นคำร้องต่อศาลจีนเพื่อขอให้บังคับตามคำพิพากษาศาลเยอรมัน โดยมีการอ้างหลักการต่างตอบแทนว่าศาลเยอรมันได้เคยรับรองคำพิพากษาของศาลจีนในคดี German Zublin International Co. Ltd. ในปี ค.ศ. 2006 มาก่อน จึงถือได้ว่าระหว่างประเทศจีนและประเทศเยอรมนีได้เกิดกรณี “ต่างตอบแทน” ขึ้นแล้ว

⁵ Court of Appeal of Berlin, 18 May 2006, German Zublin International Co. Ltd vs Wuxi Walker General Engineering Rubber Co. Ltd, document no. 20 S ch 13/04, available on <https://openjur.de/u/273207.html> (last accessed on 10 Oct. 2021)

ปรากฏว่าศาลสูงของจีนกลับพิจารณาคำร้องโดยมิได้ยืนยันหรือยอมรับว่าการที่ศาลเยอรมันได้บังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้ก่อนหน้านี้นี้จะนำไปสู่การต่างตอบแทนระหว่างสองรัฐ ท้ายที่สุดศาลสูงของจีนได้ปฏิเสธที่จะบังคับตามคำพิพากษาศาลเยอรมันให้บนพื้นฐานที่ว่าคำพิพากษาศาลเยอรมันเกิดขึ้นจากการพิจารณาโดยขาดนัดของจำเลย และไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ใน Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters ที่จีนและเยอรมนีต่างเป็นภาคี

ในเรื่องนี้ นักวิชาการด้านกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของจีนบางท่าน⁶ เห็นว่า ศาลสูงของจีนไม่ได้ปฏิเสธว่าไม่มีการต่างตอบแทนระหว่างประเทศเยอรมนีและประเทศจีน เพียงแต่ต้องการวางเงื่อนไขเพิ่ม เพื่อที่จะรับรองคำพิพากษาให้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าทางปฏิบัติในการกำหนดเงื่อนไขในการยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของแต่ละรัฐมักจะเกิดขึ้นจากแนวคำพิพากษาของศาลสูง เช่น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย ศาลสูงของฝรั่งเศส (La cour de cassation) คนทั่วไปอาจสงสัยว่าเหตุใดจึงไม่มีเกณฑ์ที่ชัดเจนแต่ต้นในเรื่องนี้พอจะอธิบายได้ว่าตามปกติแล้วสิ่งที่รัฐทำได้มากที่สุดในเรื่องนี้ คือ กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของตนว่าการรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศนั้นจะกระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นไปตามหลักต่างตอบแทน หรือมีการทำความตกลงระหว่างประเทศ เช่น มาตรา 282 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน มาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของญี่ปุ่น และเหลือพื้นที่นอกจากนี้ไว้ให้กับศาลภายในของตนในการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ผ่านคำพิพากษา โดยคำพิพากษาเหล่านั้นจะมีวิวัฒนาการไปตามแต่ละยุคสมัย ในบางทศวรรษศาลอาจเห็นว่าควรกำหนดเงื่อนไขเพียง 4 ข้อ ต่อมาในอีกทศวรรษกลับเพิ่มเงื่อนไขมากขึ้นเพื่อถ่วงดุลให้เข้มข้นยิ่งขึ้น⁷ และเงื่อนไขที่นานาประเทศมักจะนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาให้ คือ คำพิพากษาต่างประเทศนั้นขัดต่อความสงบเรียบร้อยของรัฐตน ส่วนกรณีที่มีการกำหนดเงื่อนไขของการรับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศที่ชัดเจนไว้ คงมีแต่เพียงกรณีของสหภาพยุโรปอันเป็นความร่วมมือที่เข้มแข็งในระดับ Supranational หรือ

⁶ Guangjian Tu, *Private International Law in China*, Springer: Singapore, 2016 (eBook), pp. 171-173.

⁷ โปรดศึกษาเพิ่มเติมจากคำพิพากษาของศาลฝรั่งเศสที่มีการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ (ที่มีใช้รัฐสมาชิกสหภาพยุโรป) อยู่เป็นระยะ ๆ ตามบริบทและสภาพสังคมในขณะนั้น ได้แก่ คำพิพากษา Cass. 1er civ., 7 janvier 1964, *Munzer*, RCDIP. 1964. 344, note Batiffol ; JDI. 1964. 302, note B. Goldman ; JCP.1964.II.13590, note Ancel ; Rép. Comm.1964.425, obs. G. Droz, GA n° 41 ; Cass. 1er civ., 4 octobre 1967, *Bachir*, GA n° 45 ; Cass. 1er civ., 6 février 1985, *Simitich*, JDI. 1985.460, obs. A. Huet ; RCDIP.1985.369 ; D. 1985. IR.498, obs. Huet ; GA n° 70 ; Cass. 1er civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082 ; D. 2007.1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; RCDIP.2007.420, note B. Ancel et H. Muir Watt. ส่วนเงื่อนไขของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาในคดีแพ่งและพาณิชย์ระหว่างฝรั่งเศสและรัฐสมาชิกสหภาพยุโรปเป็นไปตามที่กำหนดไว้ใน Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast)

ระดับเหนือรัฐ ซึ่งไม่อาจนำมาเปรียบเทียบกับกรณีของจีนได้ การปฏิบัติเช่นนี้ของศาลจีนคงสร้างความผิดหวังให้กับประเทศเยอรมนีไม่น้อย เพราะศาลเยอรมันได้กล่าวไว้ในคำพิพากษาของตนชัดเจนว่าหลักการต่างตอบแทนที่กำหนดไว้ในกฎหมายเยอรมันนั้นมิได้เป็นอุปสรรคต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศแต่อย่างใด ซึ่งศาลเยอรมันยินดีที่จะเป็นฝ่ายเริ่มต้นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อนในครั้งนี้ โดยหวังว่าศาลจีนจะปฏิบัติต่อคำพิพากษาของศาลเยอรมันในแนวทางเดียวกันนี้⁸

นอกจากกรณีของศาลเยอรมันแล้ว ยังมีกรณีที่ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้รับรองคำพิพากษาของศาลจีนในเรื่องของค่าสินไหมทดแทนกรณีละเมิด⁹ โดยมีได้คำวินิจฉัยว่าจะมีหลักการต่างตอบแทนระหว่างสหรัฐอเมริกาและจีนอยู่หรือไม่ ซึ่งศาลตรวจสอบขั้นตอนว่าได้มีการปฏิบัติตาม The Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters หรือไม่ คำพิพากษาของศาลจีนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดสามารถบังคับได้ในจีนแล้วหรือไม่ ท้ายที่สุดก็บังคับตามคำพิพากษาดังกล่าวให้ นอกจากนี้ยังมีกรณีการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงินภายใต้กฎหมาย The Uniform Foreign Money Judgments Recognition Act (UFMJRA) ของศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย¹⁰ เป็นที่น่าสังเกตว่าในระยะต่อมาคำพิพากษาของศาลจีนได้รับการยอมรับและบังคับในต่างประเทศอยู่พอสมควร ทั้งหมดเป็นคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงิน โดยประเทศเหล่านี้เป็นประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ อาทิ สิงคโปร์¹¹ ออสเตรเลีย¹² นิวซีแลนด์¹³ อิสราเอล¹⁴ ซึ่งประเทศเหล่านี้มิได้มีความตกลง

⁸ โปรดดูเพิ่มเติม Wenliang Zhang, “Sino-Foreign Recognition and Enforcement of Judgments: A Promising “Follow-Suit” Model?”, *Chinese Journal of International Law*, 16(3), September 2017, pp. 515–545, spec. p. 523-524.

⁹ Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co. Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 2009 WL 2190187 (C.D.Cal. 22 July 2009) (No. 2:06-CV-01798-FMCSSX); Hubei Gezhouba Sanlian Indus., Co., Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 425 Fed. Appx. 580 (9th Cir. (Cal.) 29 March 2011).

¹⁰ โปรดดูเพิ่มเติม Jon Yormick, “Enforcing Chinese Judgments in U.S. Courts Now a Reality”, available on <https://yormicklaw.com/enforcing-chinese-judgments-u-s-courts-now-reality/> (last accessed on 10 Oct. 2021)

¹¹ Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v. Aksa Far East Pte Ltd, [2014] SGHC 16. See also Tan Ruo Yu, “Enforcement of Foreign Judgments: Giant Light Metal Technology (Kunshan) Co Ltd v Aksa Far East Pte Ltd [2014] 2 SLR 545” Singapore Law Blog (25 May 2014).

¹² Jeanne Huang, “Recognition and Enforcement of Chinese Monetary Judgments in Australia based on Chinese Citizenship” available on <http://conflictoflaws.net/2019/recognition-and-enforcement-of-chinese-monetary-judgments-in-australia-based-on-chinese-citizenship/> (last accessed on 18 Nov. 2021)

¹³ Court of Appeal of New Zealand, CA334/2015, Yang Chen v. Jinzhu Lin, [2016] NZCA 113.

¹⁴ Tel Aviv-Jaffa District Court, 6 Oct. 2015, Jiangsu Overseas Group Co Ltd vs. Reitman, The Tel Aviv-Jaffa District Court, Civil File 48946-11-12; Jiangsu Overseas Group Co. Ltd. vs Reitmann, the Israel Supreme Court, Civil appeal, 7884/15.

ระหว่างประเทศไม่ว่าทวิภาคีหรือพหุภาคีกับจีนแต่อย่างใด แต่ยอมเป็นฝ่ายเริ่มต้นเปิดกว้างบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อน เช่น ศาลชั้นต้นของอิสราเอลตรวจสอบเรื่องอำนาจของศาลจีนในการรับคดีที่มีลักษณะระหว่างประเทศนี้ไว้พิจารณา คำพิพากษาของศาลจีนเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว ซึ่งเป็นเงื่อนไขทั่วไปที่ศาลของประเทศอื่นๆ นำมาใช้ในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลต่างประเทศเช่นกัน และเมื่อคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูง ศาลสูงของอิสราเอลก็ยืนยันการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลจีนตามที่ได้กล่าวมานี้

แนวโน้มของศาลจีนที่มีต่อการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ ในปี ค.ศ. 2016 เป็นครั้งแรกที่ศาลจีน (หนานจิง) ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาในคดีพาณิชย์ของศาลสิงคโปร์ โดยเรียกคำพิพากษานี้ว่า Nanjing Decision¹⁵ และต่อมาในปี ค.ศ. 2017 ศาลจีนได้ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลสูงลอสแอนเจลิสในคดี Liu Li vs Tao Li and Tong Wu¹⁶ หรือเป็นที่รู้จักกันในชื่อ Wuhan Decision ซึ่งเป็นกรณีพิพาทเกี่ยวกับการโอนหุ้นในบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียระหว่างโจทก์และจำเลยซึ่งมีสัญชาติจีน และศาลสูงลอสแอนเจลิสมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำเลยชำระเงินแก่โจทก์เป็นจำนวน 147,492 ดอลลาร์สหรัฐ ฝ่ายโจทก์จึงนำคำพิพากษาดังกล่าวมาขอบังคับในประเทศจีนซึ่งเป็นถิ่นที่จำเลยมีทรัพย์สินอยู่ โดยได้อ้างกรณี Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co., Ltd ที่ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้ก่อนหน้า และอ้างถึงหลักการต่างตอบแทนตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของจีน ศาลอุ้งอันที่รับคำร้องนี้ไว้พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียบังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้ในคดีดังกล่าวย่อมถือว่ามี การต่างตอบแทนโดยพฤตินัย (De facto) ได้ ศาลอุ้งอันจึงยอมรับและบังคับตามคำพิพากษานี้ให้

ความกระตือรือร้นของศาลจีนเพิ่มขึ้นทีละน้อย โดยในปี ค.ศ. 2018 ศาลเซี่ยงไฮ้ (Shanghai Decision¹⁷) มีโอกาสบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศอีกครั้งในคดีเกี่ยวกับหนี้เงิน โดยศาลรัฐบาลกลางแห่งอิลลินอยส์ (United States District Court for Northern District of Illinois) มีคำพิพากษาในคดีระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้สัญชาติอเมริกัน โดยฝ่ายลูกหนี้ซึ่งแพ้คดี ต้องชำระหนี้จำนวน 23 ล้านหยวน ต่อมาเจ้าหนี้ได้นำคำพิพากษาดังกล่าวมาขอให้ศาลเซี่ยงไฮ้บังคับให้ เนื่องจากลูกหนี้มีทรัพย์สินอยู่ในเซี่ยงไฮ้ และในครั้งศาลเซี่ยงไฮ้ได้กล่าวถึงหลักการต่างตอบแทนว่า ที่ผ่านมาศาลอเมริกัน (เป็นการเรียกในภาพรวมไม่แยกระหว่างศาลแห่งมลรัฐและศาลรัฐบาลกลาง) ได้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้หลายครั้งจนอาจกล่าวได้ว่าเกิดการต่างตอบแทนขึ้นแล้ว นอกจากนี้ศาลเซี่ยงไฮ้คงตรวจสอบเพียงอำนาจในการรับคดีของศาลอเมริกัน (Personal jurisdiction) และตรวจสอบว่าคำพิพากษาดังกล่าวไม่มีเนื้อหาขัดต่อความสงบเรียบร้อยของจีนเพียงเท่านั้น

¹⁵ Kolmar Group AG v. Sutex Group [2016] Su No. 1 Xiewai No. 3.

¹⁶ Wuhan Intermediate People's Court, 30 June 2017, Liu Li vs Tao Li and Tong Wu.

¹⁷ Qing Di and Karen King, "Trending Toward Reciprocity: Enforcement of US Judgments in China" available on <https://www.chinabusinessreview.com/trending-toward-reciprocity-enforcement-of-us-judgments-in-china-2/> (last accessed on 18 Nov. 2021)

ศาลจีนเริ่มเปิดรับและยอมรับบังคับตามคำพิพากษาต่างประเทศมากขึ้น ในปี ค.ศ. 2019 ศาลชิงเต่า (Qingdao Intermediate People's Court of Shandong) ได้รับรองและบังคับตามคำพิพากษาของศาลเกาหลีใต้¹⁸ โดยว่าระหว่างประเทศจีนและประเทศเกาหลีใต้ได้เกิดกรณีการต่างตอบแทนขึ้นแล้ว เนื่องจากศาลเกาหลีใต้เคยบังคับตามคำพิพากษาจีนในคดีแพ่งให้ในปี ค.ศ. 1999¹⁹

ล่าสุดในปี ค.ศ. 2020 ศาลเซี่ยงไฮ้ (Shanghai no.1 Intermediate People's Court) ได้ยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลเกาหลีใต้ (Seoul Southern District Court) เป็นครั้งแรก²⁰ จากเดิมที่ศาลจีนปฏิเสธไม่รับรองและบังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ในคดีแพ่งและพาณิชย์มาโดยตลอด สำหรับคดีที่ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเกาหลีใต้ล่าสุดนี้เป็นคดีแพรนไซส์โรงเรียนสอนเด็กเล็กของเกาหลีที่ขายแพรนไซส์ให้กับผู้ประกอบการในเซี่ยงไฮ้ เนื้อหาของคำพิพากษาเป็นการบังคับให้ฝ่ายแพ้คดีชำระหนี้เงินจำนวน 840,000 ดอลลาร์สหรัฐ พร้อมดอกเบี้ย และห้ามใช้เครื่องหมายการค้าของ franchisor ในการประกอบการ และกำหนดให้ franchisee ถอดโลโก้โปรแกรมการสอน Misulo Program ออกจากหน้าเว็บไซต์ของสถานประกอบการ แผ่นพับและโฆษณาทุกประเภท ต่อมาทาง franchisor ที่เป็นฝ่ายชนะคดีได้นำคำพิพากษามาขอให้ศาลเซี่ยงไฮ้ ออกคำบังคับให้ศาลเซี่ยงไฮ้รับคำร้องนี้ไว้ในเดือนสิงหาคม ค.ศ. 2019 และมีคำพิพากษาในเดือนเมษายน ค.ศ. 2020 บังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ให้ทุกประเด็นที่ขอมา รวมทั้งคำขอที่ไม่เกี่ยวข้องกับหนี้เงิน คือ ให้ยุติการใช้เครื่องหมายการค้า โดยศาลเซี่ยงไฮ้ นำมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ เห็นได้ว่าแม้ว่าทั้งสองประเทศจะมิได้มีความตกลงทวิภาคีหรือเป็นสมาชิกในอนุสัญญาระหว่างประเทศแบบพหุภาคีใดๆ ในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษา แต่ศาลเซี่ยงไฮ้อ้างถึงหลักการต่างตอบแทนที่ศาลเกาหลีใต้เคยบังคับตามคำพิพากษาจีนในคดีแพ่งให้ในปี ค.ศ. 1999 เช่นเดียวกันกับที่อ้างในคดีเมื่อปี ค.ศ. 2019

เมื่อกล่าวถึงเงื่อนไขในการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศ นอกจากเงื่อนไขที่อาศัยหลักต่างตอบแทนตามมาตรา 281 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งแล้ว ในมาตรา 282 ยังได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมอีกด้วย กล่าวคือ ศาลจีนมีหน้าที่ต้องตรวจสอบด้วยว่าคำพิพากษาศาลต่างประเทศดังกล่าว ขัดหรือแย้งกับหลักความสงบเรียบร้อยของประเทศจีนหรือไม่ ในเรื่องนี้ แม้กฎหมายจะไม่กำหนดให้เป็นหน้าที่ แต่ศาลของทุกประเทศมักจะยกเรื่องความสงบเรียบร้อยขึ้นอ้างเพื่อไม่รับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เหมือนเป็นงานเฝ้าระวังที่ศาลสามารถทำให้ประเทศของตนได้ หรือละเมิดอธิปไตย โดยต้องปฏิเสธไม่รับรองหรือไม่บังคับให้ หากพบว่าเนื้อหาของคำพิพากษานั้นขัดต่อความสงบ

¹⁸ South Korean Judgment (No. 2017 Gabdan 15740)

¹⁹ Weifang Intermediate People's Court of Shandong/山东省潍坊市中级人民法院 [1997] Wei Jing Chu Zi No. 219 (1997).

²⁰ Paul Jones, Yuxiao Zheng and Xin (Leo) Xu, "CHINA: Comments on the first Chinese Court decision recognizing and enforcing a foreign judgment on a franchise case on the grounds of reciprocity", available on <https://www.idipoint.com/news/china-comments-first-chinese-court-decision-recognizing-and-enforcing-foreign-judgment> (accessed on 16 Nov. 2021)

เรียบร้อยหรือการรับรองคำพิพากษานั้นจะเป็นการละเมิดอธิปไตยของจีน²¹ เป็นที่น่าสนใจว่าศาลจีนตรวจสอบหรือยอมรับเอกสารในลักษณะใด หากพิจารณาจากคำพิพากษายอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลเกาหลีใต้ที่เกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 2020 เห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวศาลเชียงใหม่ได้ตรวจสอบจากหนังสือรับรองที่ออกให้โดยศาลเกาหลีใต้ โดยถือว่าเป็นเอกสารทางการที่เพียงพอแล้ว

หากแนวปฏิบัติของศาลจีนเป็นไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น หมายความว่ากรณีที่ผู้เขียนได้ยกเป็นตัวอย่างในตอนต้น ศาลจีนจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ก็ต่อเมื่อไทยและจีนมีความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องโดยตรง หรือไม่เช่นนั้นต้องเคยปรากฏว่าไทยได้เคยรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาศาลจีนให้แล้ว เพราะที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏว่าจีนเป็นฝ่ายเริ่มต้นยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของประเทศอื่นให้ก่อน แม้ว่าจะได้มีการบัญญัติเรื่องการรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาเอาไว้ให้ชัดเจนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง แต่ก็ยังไม่อาจมั่นใจได้ว่าศาลจีนจะบังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ เพราะการตีความคำว่า “ต่างตอบแทน” ค่อนข้างแคบ ไม่ยืดหยุ่นและยังไม่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาที่ชัดเจนมากนัก ดังนั้นคู่สัญญาจึงยังคงไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่า ผลสุดท้ายคำพิพากษาจากศาลประเทศตนจะมีโอกาสได้รับการรับรองหรือออกคำบังคับให้ในจีนหรือไม่ หากจะกล่าวถึงท้ายที่สุดก็ยังคงเป็นปัญหาความไม่แน่นอนทางกฎหมาย (Legal uncertainty) อยู่เช่นเดิม ก็คงไม่เกินความจริงมากนัก แต่อย่างน้อยในช่วงสองปีที่ผ่านมา เราได้เห็นการเริ่มต้นของจีนในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาของศาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วยหนี้เงินและที่มีใช้หนี้เงินในคดีพาณิชย์บ้างแล้ว ดังนั้น การที่นักลงทุนหรือผู้ประกอบการธุรกิจชาวไทยจะทำการค้าและลงทุนในจีนก็ยังคงต้องพึงพาวิธีการระงับข้อพิพาทรูปแบบอื่นควบคู่กันไป รวมถึงการทำประกันความเสี่ยงจากภัยต่างๆ เอาไว้ด้วย เพราะหากศาลจีนยังคงประสงค์ให้อีกฝ่ายต้องเริ่มต้นรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาของตนให้ก่อนเพื่อเป็นการพิสูจน์ความจริงใจ ในสถานการณ์ปัจจุบัน ศาลจีนยอมไม่บังคับตามคำพิพากษาของศาลไทยให้ เนื่องจากที่ผ่านมายังไม่เคยปรากฏว่าศาลไทยยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนแต่อย่างใด

²¹ Article 282 of CPL “In the case of an application or request for recognition and enforcement of a legally effective judgment or written order of a foreign court, the People’s Court shall, after examining it in accordance with the international treaties concluded or acceded to by the People’s Republic of China or with the principle of reciprocity and arriving at the conclusion that it does not contradict the basic principles of the People’s Republic of China nor violates State sovereignty, security and social and public interests of the country, recognize the validity of the judgment or written order and, if requested, issue a writ of execution to enforce it in accordance with the relevant provisions of this Law; if the application or request contradicts the basic principles of the law of the People’s Republic of China or violates State sovereignty, security and socio-public interests of the country, the people’s court should not recognize and enforce it.”

มองจีน - มองอาเซียน หากย้อนกลับมาพิจารณาในอาเซียน คงต้องยอมรับว่าสิงคโปร์เป็นประเทศชั้นนำในเรื่องการเงินและการค้าระหว่างประเทศของภูมิภาค ด้วยเหตุนี้การระงับข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญา โดยองค์การระงับข้อพิพาททางเลือกอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลอย่าง Singapore International Arbitration Centre (SIAC) จึงมีความโดดเด่นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1991 และ Singapore Mediation Centre (SMC) ก่อตั้งเมื่อปี ค.ศ. 1997 แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าท้ายที่สุดสิงคโปร์ก็ย้อนกลับมาให้ความสำคัญกับองค์การตุลาการด้วยการยกระดับศาลภายในเพื่อให้เป็นศาลการค้าระหว่างประเทศ โดยมุ่งเน้นความเป็น Business-friendly legal system ปัจจุบันศาลการค้าระหว่างประเทศของสิงคโปร์ (Singapore International Commercial Court: SICC) เป็นองค์กรตุลาการที่น่าสนใจอย่างยิ่ง เนื่องจากรัฐบาลสิงคโปร์ได้พยายามดึงดูดนักลงทุนและนักธุรกิจต่างด้าวที่อาจจะมีข้อขัดข้องกับการระงับข้อพิพาททางเลือก ให้นำข้อพิพาทไปฟ้องต่อ SICC โดยพยายามทุกทางในการอำนวยความสะดวก อาทิ ทำความตกลงระหว่างประเทศในระดับทวิภาคีกับรัฐอื่นๆ ในเรื่องการบังคับตามคำพิพากษาเกี่ยวกับหนี้เงิน²² ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรับประกันว่าคำพิพากษาของ SICC สามารถนำไปขอบังคับในรัฐเหล่านั้นได้โดยง่าย อีกทั้งในปี ค.ศ. 2016 สิงคโปร์ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 (Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements (มีผลใช้บังคับเมื่อปี ค.ศ. 2015) ยิ่งทำให้การเคลื่อนย้ายของคำพิพากษาศาลสิงคโปร์เพื่อไปบังคับในรัฐสมาชิกอื่นเป็นไปได้โดยง่าย ลดขั้นตอนและประหยัดค่าใช้จ่ายของคู่ความฝ่ายชนะคดีได้มาก เช่นนี้ย่อมสร้างความมั่นใจให้กับผู้ประกอบการต่างชาติว่าหากต้องการบังคับตามคำพิพากษาในประเทศเหล่านั้น ก็สมควรจะนำข้อพิพาทไปฟ้องที่ศาลการค้าระหว่างประเทศของสิงคโปร์ ซึ่งสามารถทำได้ด้วยการกำหนดข้อตกลงเลือกศาลสิงคโปร์ให้เป็น Exclusive jurisdiction

ในส่วนของประเทศจีนนั้น ในปี ค.ศ. 2018 รัฐบาลสนับสนุนให้ก่อตั้งศาลการค้าระหว่างประเทศ (China International Commercial Court: CICC) 2 แห่ง ตั้งอยู่ที่เมืองซีอานและเมืองเซินเจิ้น มีเขตอำนาจพิจารณาและพิพากษาคดีการค้าระหว่างประเทศและการบังคับตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการในคดีการค้าระหว่างประเทศ ความพิเศษของคำพิพากษาของศาลการค้าระหว่างประเทศนี้คือ เป็นคำพิพากษาถึงที่สุด (Final judgment) หากพิจารณาในเรื่องของสถาบันระงับข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศในจีนจะเห็นได้ชัดเจนว่าล้าหลังกว่าสิงคโปร์และไทย แต่ในแง่มุมมองของศาลจีนที่เริ่มเปิดกว้างยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาศาลต่างประเทศให้มากขึ้นในแต่ละปี ก็คงต้องยอมรับเช่นกันว่าจีนก้าวหน้ากว่าไทยในเรื่องนี้ ส่วนในเรื่องของการยอมรับ “ข้อตกลงเลือกศาล” ประเทศจีนลงนามในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาล ค.ศ. 2005 แล้ว เมื่อปี ค.ศ. 2017 แต่ยังมีไม่ได้ให้สัตยาบัน อาจกล่าวได้ว่าเมื่อประเทศจีนตัดสินใจเข้าเป็นภาคีของ HCCH และยังสามารถลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวซึ่งเป็นการสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศ ศาลจีนน่าจะไม่มีปฏิเสธข้อตกลงเลือกศาลต่างประเทศ และอาจจะเดินตามรูปแบบของข้อตกลงเลือกศาลดังเช่น

²² ได้แก่ เมียนมา จีน เบลารุส ติมอร์ เลสเต ออสเตรเลีย (Commercial Court) อาหรับเอมิเรตส์ (Global Market Courts ของอาบูดาบี และ International Financial Centre Courts ของดูไบ)

ประเทศตะวันตก ในขณะที่ประเทศไทยยังไม่ได้ให้ความสำคัญต่อการเป็นภาคีอนุสัญญากรุงเฮกกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลฯ แต่อย่างใด

นอกเหนือไปจากอนุสัญญากรุงเฮกกว่าด้วยข้อตกลงเลือกศาลฯ แล้ว ยังมีอนุสัญญากรุงเฮกที่น่าสนใจอีกฉบับ ได้แก่ Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters ซึ่งเป็นเรื่องของการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาคดีแพ่งและพาณิชย์โดยตรง แต่ปัจจุบันทั้งสิงคโปร์และจีนยังมิได้ลงนามในอนุสัญญานี้ แน่หน่อนว่าการเป็นสมาชิกในอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับนี้ย่อมทำให้การเคลื่อนย้ายของคำพิพากษาเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว มีขั้นตอนน้อยลง มีความแน่นอนในการที่ศาลของรัฐสมาชิกจะยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาที่มาจากศาลของรัฐสมาชิกด้วยกันมากขึ้น แต่ประเทศต่างๆ ย่อมต้องศึกษาอย่างรอบคอบเช่นกันว่าจะเกิดผลดีมาน้อยเพียงใด

2. ความส่งท้าย

ในปี ค.ศ. 2021 ขณะที่กำลังเขียนบทความนี้ สังเกตได้ว่ารัฐบาลจีนเริ่มปฏิวัติในเรื่องต่างๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงจุดยืนว่าตนเป็นประเทศสังคมนิยมและไม่ฝักใฝ่ทุนนิยมแบบอเมริกัน เป็นต้นว่า ปฏิวัติวงการการศึกษา เลิกสถาบันกวตวิชา ควบคุมการเข้าถึงเกมออนไลน์ ปฏิวัติวัฒนธรรม ปฏิวัติวงการบันเทิง จำกัดจำนวนการซื้อขายผ่าน Live streaming ยกเลิกการจัดอันดับนักแสดง และอื่นๆ อีกหลายประการ ผู้เขียนใช้คำว่า “ปฏิวัติ” (Revolution) เพราะการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นภายในเวลาอันรวดเร็วเพียงไม่กี่วัน หรือบางกรณีไม่กี่สัปดาห์ จึงห่างไกลจากการปฏิรูป (Reform) ที่มักจะใช้กับการเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไป เมื่อต้องประสบกับเรื่องที่กำลังกล่าวมา นักลงทุนต่างชาติ หรือนักธุรกิจคู่ค้าของจีน รวมถึงลูกค้ารายย่อยจากการซื้อขายสินค้าและบริการออนไลน์ที่ทำสัญญาทางพาณิชย์กับจีนอาจต้องใช้ความระมัดระวังเพิ่มมากขึ้น เพราะไม่แน่ว่าธุรกิจหรือสัญญาดังกล่าวจะได้รับผลกระทบจากการปฏิวัตินี้ดังกล่าวรุนแรงเพียงใด แต่หากเกิดคดีขึ้นสู่ศาลแล้วต่อมาต้องนำคำพิพากษาดังกล่าวไปบังคับในจีน อาจจะเป็นเรื่องยากหากเป็นคำพิพากษาที่มาจากประเทศที่ไม่เคยรับรองหรือบังคับตามคำพิพากษาจีนให้ก่อน กรณีของประเทศไทยคงต้องรอดูต่อไปว่าศาลไทยจะยอมรับหรือบังคับตามคำพิพากษาของศาลจีนให้บ้างหรือไม่ หรือไม่เช่นนั้นหากพิจารณาแล้วมีแนวโน้มว่าภาคเอกชนไทยและจีนจะมีมูลค่าการค้าระหว่างกันเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ในแต่ละปี รัฐก็สมควรที่จะพิจารณาความเป็นไปได้ในการทำความตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีในเรื่องการยอมรับและบังคับตามคำพิพากษาเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับนักธุรกิจและนักลงทุนในคดีพาณิชย์ รวมถึงประชาชนทั่วไปในกรณีที่เป็นคดีแพ่ง

บรรณานุกรม

คำพิพากษา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 951/2539

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5809/2539

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3537/2546

คำพิพากษาต่างประเทศ

Court of Appeal of Berlin, 18 May 2006, German Zublin International Co., Ltd vs Wuxi Walker
General Engineering Rubber Co. Ltd, document no. 20 S ch 13/04

Hubei Gezhouba Sanlian Industrial Co. Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 2009 WL 2190187
(C.D.Cal. 22 July 2009) (No. 2:06-CV-01798-FMCSSX)

Hubei Gezhouba Sanlian Indus., Co., Ltd. vs Robinson Helicopter Co., Inc., 425 Fed. Appx. 580
(9th Cir. (Cal.) 29 March 2011).

เอกสารต่างประเทศ

Yormick Jon, “*Enforcing Chinese Judgments in U.S. Courts Now a Reality*”, available on
<https://yormicklaw.com/enforcing-chinese-judgments-u-s-courts-now-reality/>

Zhang Wenliang, “Sino-Foreign Recognition and Enforcement of Judgments : A Promising
“Follow-Suit” Model ?”, *Chinese Journal of International Law*, 16(3), September 2017

การตีความถ้อยคำ “... การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป...”
ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสองของศาลฎีกา : ข้อโต้แย้งในทางวิชาการ
Interpretation of the term “...such act is no longer an offense...”
Under the Criminal Code, Section 2, Paragraph 2 by the Supreme Court:
Academic Disputes

ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจณพัฒน์*
Dr.Surasit Sangviroatjanapat

บทคัดย่อ

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย เป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับทั้งในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์ แม้จะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดบางประการ อย่างไรก็ตาม ในบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนหยิบยกคำพิพากษาศาลฎีกาไทยเรื่องหนึ่งขึ้นมาเป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์เพื่อแสดงให้เห็นว่าศาลฎีกาของไทยแปลความกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับแนวคิดของหลัก ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย โดยใช้หลักกฎหมายเยอรมันเป็นแนวทางในการวิเคราะห์

คำสำคัญ: ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมาย กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ABSTRACT

Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege is a legal principle accepted by both the civil law and common law systems, although there are differences in some details. However, in this article, a judgment of the Supreme Court of Thailand is exemplified to show that the Supreme Court of Thailand interpreted the law on this matter inconsistently with the concept of nullum crimen nulla poena sine lege, by using German law as a guideline for analysis.

Keywords: nullum crimen nulla poena sine lege, the principle of legality, the principle of non-retroactivity

* ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลประจำสำนักประธานศาลฎีกา

1. บทนำ

แต่เดิมศาลฎีกาเคยวางแนวว่า จะเป็นกรณีตามหัวข้อที่ตั้งไว้ก็ต่อเมื่อ ต้องเป็นการยกเลิกการกระทำที่แต่เดิมเคยเป็นความผิดอาญาอยู่แล้ว ไม่ให้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป แม้ว่าจะไม่ได้ยกเลิกความผิดทั้งพระราชบัญญัติก็ตาม¹ (และแม้ว่าต่อมาจะมีการเปลี่ยนชื่อพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวด้วยก็ตาม) เช่น แต่เดิมบัญญัติให้บรรณาธิการหนังสือพิมพ์ต้องรับผิดชอบเป็นตุลาการในความผิดเกี่ยวกับหนังสือพิมพ์ ต่อมาได้ยกเลิกความผิดฐานดังกล่าวตามพระราชบัญญัติจัดแจ้งการพิมพ์ พ.ศ. 2550 เป็นต้น² หรือที่ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ อธิบายว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไปอีกนั่นเอง³ อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2562 ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาออกมา 1 ฉบับที่เป็น การขยายขอบเขตการตีความข้อกฎหมายในเรื่องดังกล่าวของศาลฎีกา กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5517/2562⁴ โดยตามคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว ศาลฎีกาได้ขยายขอบเขตของการกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไป ให้รวมถึงการกระทำในบางกรณีด้วย แม้ว่าการกระทำในลักษณะดังกล่าวยังคงเป็น ความผิดอาญาอยู่ก็ตาม ซึ่งตามข้อเท็จจริงในคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าวก็คือ การทำไม้และการมี ไม้ประดู่และไม้แดงที่ขึ้นในที่ดินตามหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค.3) ซึ่งเป็นที่ดินที่มีสิทธิครอบครอง ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่เป็นไม้หวงห้ามอีกต่อไปตามพระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (ที่แก้ไขใหม่) อย่างไรก็ตาม หากเป็นไม้ที่ขึ้นอยู่ในป่า ก็ยังคงถือว่าเป็นไม้หวงห้ามอยู่

โจทย์ของงานเขียนชิ้นนี้ก็คือ อะไรคือหลักการที่อยู่เบื้องหลังประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 โดยผู้เขียนจะหยิบยกหลักการดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาเป็นหลักในการวิเคราะห์เพื่อ แสดงให้เห็นว่า แนวการตีความของศาลฎีกาที่หยิบยกไว้ข้างต้นนั้นสอดคล้องกับแนวคิดในเรื่องดังกล่าวตาม

¹ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 109/2514

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 12557/2557

³ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1*, พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม, 2562, น. 21

⁴ ในคดีดังกล่าว ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า “ที่ดินตามหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) ซึ่งเป็นที่ดินที่รัฐจัดสรรให้แก่ราษฎร ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 ซึ่งอธิบดีกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการเป็นผู้ออกให้แก่บุคคลที่เป็นสมาชิกนิคมที่ได้รับอนุญาตให้เข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่ได้รับอนุญาตเกินกว่า 5 ปี ชำระเงินช่วยเหลือที่รัฐได้ลงทุนไป และชำระหนี้เกี่ยวกับกิจการของนิคมให้แก่ทางราชการแล้ว ผู้ที่ได้รับหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) ดังกล่าวสามารถขออนุญาตที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ตามประมวลกฎหมายที่ดินได้ ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511 มาตรา 11 วรรคสอง ซึ่งประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดเกี่ยวกับการออกโฉนดที่ดินว่า ต้องออกให้แก่ผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 58 ประกอบมาตรา 58 ทวิ หรือมาตรา 59 แล้วแต่กรณี ประกอบกฎกระทรวง ฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 นางสมพรครอบครองที่ดินตามหนังสือแสดงการทำประโยชน์ (น.ค. 3) จึงเป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ไม้ประดู่และไม้แดงที่นางสมพรปลูกในที่ดินดังกล่าวจึงไม่เป็นไม้หวงห้ามตามความในพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2584 มาตรา 7 วรรคหนึ่ง (ที่แก้ไขใหม่) อันเป็นกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การที่จำเลยทำไม้ประดู่และไม้แดงของกลางกับไม้ประดู่และไม้แดงของกลางไว้ในครอบครอง จึงไม่เป็นความผิดอาญาฐานทำไม้หวงห้ามและมีไว้ในครอบครองซึ่งไม้หวงห้ามตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 อีกต่อไป ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง ...”

กฎหมายเยอรมันหรือไม่ และควรที่จะตีความข้อกฎหมายดังกล่าวไปในแนวทางใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีประเด็นในเรื่องกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้ในภายหลังตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย เนื่องจากตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5517/2562 ศาลฎีกาเห็นว่า เป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง และไม่ใช้กรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3

ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (*nullum crimen nulla poena sine lege*) หากพิจารณาจากโครงสร้างทางกฎหมายของหลักการดังกล่าวแล้ว ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันและประมวลกฎหมายอาญาของไทย จะมีการวางโครงสร้างในเรื่องดังกล่าวไว้ในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันจะบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 1 ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ส่วนหลักในเรื่องกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำความผิดแตกต่างจากกฎหมายที่ใช้ในภายหลัง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน บัญญัติไว้ในมาตรา 2 ส่วนประมวลกฎหมายอาญาของไทย บัญญัติไว้ในมาตรา 3 ถ้าประมวลกฎหมายอาญาของไทยไม่ได้มีการบัญญัตินิยามศัพท์ไว้ในมาตรา 1 การจัดวางเรียงลำดับก็คงเป็นไปในทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน คาดว่าการวางโครงสร้างของกฎหมายดังกล่าวน่าจะเป็นอิทธิพลของศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ที่ทำหน้าที่เป็นฝ่ายเลขานุการร่างประมวลกฎหมายอาญาที่เราใช้กันอยู่ในปัจจุบัน

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่มีภาษาลาตินเต็มๆ ว่า “*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta*” แม้จะเขียนเป็นภาษาลาติน แต่ไม่ใช่หลักกฎหมายโรมัน หากแต่เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นชาวเยอรมันที่ชื่อว่า Feuerbach และถือเป็นหลักการพื้นฐานที่กฎหมายอาญาทั้งระบบต้องอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าว⁵ เหตุผลก็เนื่องจากว่า หลักการดังกล่าวเป็นหลักประกันที่จะคุ้มครองประชาชนจากการที่รัฐจะใช้อำนาจตามอำเภอใจ ด้วยการขยายขอบเขตของโทษทางอาญา

ความสำคัญของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ อยู่ที่ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่นอกจากจะได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งในส่วนของประเทศไทยและของประเทศเยอรมนี โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 103 (2) ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้แล้ว หลักการดังกล่าวยังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น ในมาตรา 7 (1) ของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรป หลักกฎหมายในเรื่องนี้ในความเห็นของผู้เขียนแล้วจึงมีฐานะที่เหนือกว่าความเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเสียอีก โดยถือเป็นหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเรื่องหนึ่งเลยทีเดียว

⁵ Schmitz in Heintschel-Heinegg, Muenchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, paragraph 1-51, 2003, มาตรา 1 หัวข้อ 1

ในลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ในส่วนของกฎหมายเยอรมัน และกฎหมายคอมมอนลอว์ตามลำดับ โดยจะเริ่มจะในส่วนของกฎหมายเยอรมันก่อน

1. หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ตามกฎหมายเยอรมัน

ในหัวข้อนี้ จะแบ่งเนื้อหาออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน โดยในส่วนแรกจะเป็นการกล่าวถึงเนื้อหาของหลักการดังกล่าวว่ามีรายละเอียดอย่างไร ในส่วนที่สอง จะเป็นการกล่าวถึงเหตุผลเบื้องหลังของหลักการดังกล่าว

1.1 ลักษณะสำคัญ 4 ประการ ของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายประกอบไปด้วยหลักการใหญ่ๆ 4 ประการด้วยกัน⁶ กล่าวคือ 1. กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน 2. ห้ามใช้กฎหมายจารีตประเพณีลงโทษทางอาญาแก่บุคคล 3. ห้ามใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งลงโทษทางอาญาแก่บุคคล และ 4. กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง โดยจะกล่าวหลักการแต่ละข้อเรียงตามลำดับไป

1.1.1 กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน

กฎหมายที่มีโทษทางอาญาต้องมีความชัดเจน (nullum crimen sine lege certa) องค์ประกอบความผิดที่มีโทษทางอาญา ควรที่จะแสดงถึงถ้อยคำที่มีความชัดเจนเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อหลีกเลี่ยงความคลุมเครือ ควรกำหนดผลทางกฎหมายที่ชัดเจนและมีขอบเขตของโทษทางอาญาที่จำกัด เหตุผลสำหรับหลักดังกล่าวเพื่อที่จะหลีกเลี่ยงผลคำพิพากษาที่ผู้พิพากษาจะตัดสินใจโดยอำเภอใจ⁷ เพราะถ้ากฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนแล้ว ผู้พิพากษาก็ไม่อาจที่จะแปลความกฎหมายให้แตกต่างไปจากถ้อยคำของตัวบทกฎหมายได้ตามอำเภอใจ ในกรณีดังกล่าวข้อเรียกร้องต่อหลักนิติรัฐในส่วนของกฎหมายอาญาจึงมีความเคร่งครัดกว่าในกฎหมายสาขาอื่นๆ หลักความชัดเจนแน่นอนควรที่จะมีความชัดเจนเพียงพอที่ทุกคนสามารถจะคาดการณ์ได้ล่วงหน้าว่าการกระทำอย่างใดที่ถูกห้ามและถ้าฝ่าฝืนจะถูกลงโทษ⁸ อย่างไรก็ตาม ความเห็นแต่เดิมที่เห็นกันว่า ผู้พิพากษาเป็นแต่เพียง “ปากของกฎหมาย” ตามคำกล่าวของ Montesquieu นั้น เป็นความเห็นที่ไม่น่าจะถูกต้องอีกต่อไปในปัจจุบัน เพราะว่าตัวบทกฎหมายเป็นเรื่องของถ้อยคำภาษาที่ไม่ได้มีลักษณะที่แน่นอนอย่างในกรณีของตัวเลขในทางคณิตศาสตร์ ดังนั้น ความเห็นในปัจจุบัน จึงเห็นกันว่าตัวบทกฎหมายต้องมีพื้นที่ว่างให้กับการที่ผู้พิพากษาจะสามารถใช้ดุลพินิจได้ด้วย และไม่ถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา⁹ ทั้งนี้เพราะว่า การเปิดพื้นที่ว่างให้กับการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษานั้น จะทำให้ได้คำพิพากษาที่ยุติธรรมเมื่อจะต้องตัดสินคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละคดี¹⁰

⁶ Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht : Allgemeiner Teil, 32 neubearbeitete, 2002, p. 11–15.

⁷ BVerfGE 47, 109 (120) อ้างใน Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil, 4 Auflage, 1988, p.122.

⁸ BVerfGE 84, 48 (56) ; BVerfG NJW 1987, 3175 อ้างใน Hans-Heinrich Jescheck, Ibid, p. 122.

⁹ Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, 2008, p. 40–41.

¹⁰ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2006, p. 173.

1.1.2 กฎหมายจารีตประเพณีกับกฎหมายอาญา

หลักความชอบด้วยกฎหมายก่อให้เกิดผลที่เป็นการยกเว้นกฎหมายจารีตประเพณี กล่าวคือ กฎหมายจารีตประเพณีไม่อาจสร้างองค์ประกอบความผิดทางอาญาใหม่ๆ ขึ้นมาได้ และการลงโทษในทางอาญา ซึ่งรวมทั้งการเพิ่มโทษทางอาญา ไม่อาจกระทำได้โดยใช้กฎหมายจารีตประเพณี (nullum crimen sine lege scripta)¹¹ ทั้งนี้เพราะว่ากฎหมาย (Gesetz) ในความหมายของมาตรา 103 (2) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน จำกัดเฉพาะกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ซึ่งเป็นความหมายของกฎหมายในทางรูปแบบ ไม่ใช่กฎหมายจารีตประเพณี อย่างไรก็ตาม กฎหมายจารีตประเพณีที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำผิด เช่น การเกิดขึ้นของเหตุใหม่ๆ ที่ผู้กระทำมีอำนาจกระทำได้ เป็นต้น สามารถนำมาใช้ในกฎหมายอาญาได้¹² เหตุผลก็เนื่องมาจากแนวคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายมีแนวคิดในเรื่องของสิทธิในการต่อต้านอำนาจรัฐในทำนองเดียวกับเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐาน ดังนั้น หลักการดังกล่าวจึงมีไว้เพื่อจำกัดอำนาจรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวเท่านั้น¹³

1.1.3 การใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในกฎหมายอาญา

ขอบเขตของการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและการตีความอย่างขยายความตามกฎหมายอาญา มีจุดแบ่งแยกอย่างไร ยังคงเป็นปัญหาที่ไม่อาจหาข้อยุติได้ อย่างไรก็ตาม มีข้อเสนอในทางวิชาการว่า หากเป็นการตีความกฎหมายที่อยู่ภายในขอบเขตของถ้อยคำตัวบทกฎหมายตามหลักการในเรื่องของการตีความกฎหมายแล้ว ไม่ถือว่าเป็นกรณีของการเทียบเคียงอันต้องห้ามตามกฎหมายอาญาแต่อย่างใด¹⁴ ในทางตรงกันข้าม ขอบเขตระหว่างการตีความและการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามกฎหมายแพ่ง จะถูกกำหนดอย่างหลวมๆ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งจึงมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมายอันเป็นผลมาจากการตีความถ้อยคำ ผู้พิพากษาในคดีอาญาจำเป็นต้องพิพากษายกฟ้องและปล่อยให้เป็นตัวอย่างแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ¹⁵ เช่น ศาลแห่งอาณาจักรไรซ์เคยมีคำพิพากษายกฟ้องในคดีลักกระแสไฟฟ้า¹⁶ โดยให้เหตุผลว่าในความผิดฐานลักทรัพย์ ทรัพย์มีความหมายจำกัดเฉพาะสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้น กระแสไฟฟ้าเป็นแต่เพียงพลังงานจึงไม่ใช่ทรัพย์ที่จะถูกลักได้ ในทางตรงกันข้าม ผู้พิพากษาในคดีแพ่งไม่อาจปฏิเสธไม่ยอมตัดสินคดีโดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะยกขึ้นมาปรับแก้คดีในกรณีที่เกิดช่องว่างของกฎหมาย ทั้งนี้เพราะว่าตามกฎหมายแพ่ง ช่องว่างของกฎหมายเป็นแต่เพียงช่องว่างของกฎหมายแต่ละฉบับเท่านั้น ไม่ใช่ช่องว่างของหลักกฎหมาย ผู้พิพากษาในคดีแพ่งต้องพัฒนาบรรทัดฐานที่มีอยู่แล้วสร้างบรรทัดฐานใหม่ๆ ขึ้นมาเพื่อเป็นการแก้ปัญหาของถ้อยคำในกฎหมายแต่ละฉบับ¹⁷

¹¹ Hans-Heinrich Jescheck, *Ibid*, p. 119–120.

¹² Hans-Heinrich Jescheck, *Ibid*, p. 120.

¹³ Helmut Frister, *Ibid*, p. 39.

¹⁴ Claus Roxin, *Ibid*, p. 149–150.

¹⁵ Hans-Heinrich Jescheck, *Ibid*, p. 121.

¹⁶ คำพิพากษาของศาลแห่งอาณาจักรไรซ์แผนกคดีอาญา (RGSt) วันที่ 1 พฤษภาคม 1899

¹⁷ Juergen Baumann, *Strafrecht : Allgemeiner Teil*, 5 neubearbeitete Auflage, 1968, p. 142.

หลักห้ามการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งในทางกฎหมายอาญานี้ จึงเป็นหลักการที่ห้ามมิให้ผู้พิพากษาลงโทษการกระทำที่ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย แม้ว่าตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว จะต้องลงโทษการกระทำดังกล่าวก็ตาม และถือเป็นหน้าที่ของผู้พิพากษาที่จะต้องตัดสินยกฟ้องคดีโจทก์ปล่อยตัวจำเลยไป แม้ว่าตนเองจะเห็นว่า การตัดสินคดีดังกล่าวจะเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมก็ตาม¹⁸

ปริมณฑลของข้อห้ามของการใช้กฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งครอบคลุมลักษณะทั้งหมดของกฎเกณฑ์ที่มีโทษทางอาญา ทั้งในส่วนเนื้อหาของความสมควรลงโทษ (Strafwuerdigkeitsgehalt) และผลในทางกฎหมาย (Rechtsfolge) กล่าวคือ องค์ประกอบในส่วนของความมิชอบด้วยกฎหมายและความน่าตำหนิ (Unrechts- und Schuld tatbestand) เหตุห้ามลงโทษเฉพาะตัวและเหตุยกเว้นโทษให้เฉพาะตัว (die persoenlichen Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgruende) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย (die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit) และมาตรการบังคับทั้งหมด (alle Sanktionen)¹⁹ มิใช่จำกัดเฉพาะในส่วนของกฎหมายอาญาภาคความผิดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม การเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งที่เป็นผลดีแก่ผู้กระทำผิด (in bonam partem) และตามกฎหมายวิธีพิจารณาความหาต้องห้ามไม่²⁰

1.1.4 กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง (nullum crimen sine lege praevia) มีความหมายว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งในขณะกระทำปราศจากโทษทางอาญาในภายหลังไม่อาจลงโทษการกระทำดังกล่าวได้ และการเพิ่มโทษในภายหลังไม่อาจกระทำได้²¹ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ โทษที่จะลงแก่ผู้กระทำจำต้องกำหนดไว้ในกฎหมายก่อนที่จะกระทำการดังกล่าว

เวลาที่กระทำความผิดกำหนดจากเวลาของการกระทำ กล่าวคือ ขณะที่มีเจตนากระทำ (Willensbetaetigung) ไม่ใช่ขณะที่ผลของการกระทำเกิดขึ้น²² ในกรณีของความผิดที่เป็นการงดเว้นกระทำการ (Unterlassungsdelikt) หมายถึงเวลาที่ผู้กระทำจำต้องกระทำ²³ อนึ่ง การกระทำที่เป็นการต่อเนื่อง (die fortgesetzte Tat) ซึ่งเป็นการกระทำในความหมายทางกฎหมาย เวลาของการกระทำความผิดไม่จำกัดเฉพาะแต่ช่วงแรก แต่รวมถึงช่วงหลังของการกระทำด้วย²⁴

¹⁸ Helmut Frister, Ibid, p. 44.

¹⁹ Hans-Heinrich Jescheck, Ibid, p. 121.

²⁰ Claus Roxin, Ibid, p. 159.

²¹ Hans-Heinrich Jescheck, Ibid, p. 123.

²² BGH11, 119 (121) อ้างใน Hans-Heinrich Jescheck, Ibid, p. 123-124.

²³ RG14, 277 อ้างใน Herbert Troendle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 40 neubearbeitete Auflage, 1981, p. 24.

²⁴ RG56, 54 (56) อ้างใน Hans-Heinrich Jescheck, Ibid, p. 124 ความผิดอาญาที่มีสภาพต่อเนื่อง (Dauerdelikt) ถือหลักดังกล่าวเช่นเดียวกัน Carl Creifelds, Rechtswoerterbuch, 11 Auflage, 1992, p. 823.

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายย้อนหลัง มีขอบเขตเช่นเดียวกับข้อห้ามของการเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง กล่าวคือรวมถึงเนื้อหาของความสมควรลงโทษของการกระทำ (Strafwuerdigkeitsgehalt der Tat) เงื่อนไขแห่งการลงโทษทางภาวะวิสัย โทษทางอาญาและผลข้างเคียงของโทษทางอาญา (ihre Nebenfolgen)²⁵ อย่างไรก็ตามขอบเขตของข้อห้ามดังกล่าวไม่รวมถึงกฎหมายอาญาวินิจฉัย²⁶ วิธีการเพื่อความปลอดภัย²⁷ และการเปลี่ยนแนวคำพิพากษาของศาล²⁸

ในลำดับถัดไป จะได้กล่าวถึงเหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

1.2 เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ตามกฎหมายเยอรมัน

ในส่วนตำราของไทย เมื่อมีการพูดถึงหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ ส่วนใหญ่มักอธิบายสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวว่าประกอบไปด้วย 4 หลักการใหญ่ๆ ด้วยกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ห้ามนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางเป็นผลร้ายแก่จำเลย และห้ามนำการเทียบเคียงมาใช้เป็นผลร้ายแก่จำเลย²⁹ ตามที่ได้มีการกล่าวมาในหัวข้อก่อน โดยไม่ได้มีการอธิบายแนวคิดเบื้องหลังในทางทฤษฎีการเมืองและกฎหมายอาญาของหลักการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ในตำรากฎหมายอาญาภาคทั่วไป เล่ม 1 ของ Prof.Dr.Dr.h.c. mult. Claus Roxin³⁰ ได้อธิบายรากเหง้าของหลักการดังกล่าวไว้โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ ในส่วนแรกมีที่มาจากทฤษฎีในทางการเมือง และในส่วนที่สองมีที่มาจากทฤษฎีในทางกฎหมายอาญา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ ในส่วนแรก ซึ่งมีที่มาจากทฤษฎีการเมืองนั้น แบ่งออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ความคิดในทางเสรีนิยม (Der politische Liberalismus) และหลักประชาธิปไตยกับการแบ่งแยกอำนาจ (Demokratie und Gewaltenteilung) ในส่วนที่สอง ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายอาญา แบ่งออกเป็น 2 ส่วนเช่นกัน กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไป (Generalpraevention) และหลักความน่าตำหนิ (Das Schuldprinzip) การเข้าใจรากเหง้าของแนวคิดดังกล่าว ผู้เขียนเชื่อว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อการตีความหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ จึงจะได้นำเนื้อหาในเรื่องดังกล่าวจากตำราของ Prof.Dr.Dr.h.c. mult. Claus Roxin มาอธิบายในลำดับถัดไป

อาจกล่าวได้ว่าความคิดพื้นฐานของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย คือ ความคิดในทางเสรีนิยม ที่ว่าการที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันกับกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้จึงจะทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง การต่อสู้กับอำนาจรัฐของฝ่ายประชาชนที่ได้รับชัยชนะมาในอดีตก็เพราะว่าฝ่ายปกครอง รวมทั้งผู้พิพากษาที่ส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองเช่นกัน ไม่อาจที่จะใช้อำนาจ

²⁵ Hans- Heinrich Jescheck, Ibid, p. 124.

²⁶ Johannes Wessels/Werner Beulke, Ibid, p. 9.

²⁷ Hans- Heinrich Jescheck, Ibid, p. 124. ทั้งนี้เพราะว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องกับโทษทางอาญา หากแต่เป็นเรื่องของการรักษาและการบำบัดทางการแพทย์ (medizinische Behandlung und Erziehung) See, Juergen Baumann, Ibid, p. 36.

²⁸ BVerfGE 18, 224 (240); BGH 21, 157 อ้างใน Hans- Heinrich Jescheck, Ibid, p. 124.

²⁹ เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*, พิมพ์ครั้งที่ 45, 2564, น. 46.

³⁰ Claus Roxin, Ibid, p. 145-148.

ในการลงโทษทางอาญาได้อย่างอำเภोज หากแต่จะต้องใช้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แม้ว่ารูปแบบการปกครองจะมีการเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมากแล้ว กล่าวคือ จากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย แต่คำอธิบายในเรื่องของความคิดในทางเสรีนิยมก็ยังคงถูกอ้างถึงว่าเป็นรากเหง้าของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายอยู่จนถึงทุกวันนี้

การให้เหตุผลในประการที่สองที่สำคัญไม่แพ้กัน คือ หลักประชาธิปไตยและหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะการลงโทษในทางอาญาถือว่าการรุกรานเข้ามาในเสรีภาพของประชาชนที่รุนแรงที่สุด ดังนั้นองค์กรที่จะทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องเป็นองค์กรที่มีที่มาจากประชาชนเป็นหลัก ซึ่งก็คือสภาผู้แทนราษฎรนั่นเอง และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องมาทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายแต่ทำหน้าที่เพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่ฝ่ายบริหารก็ไม่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับการลงโทษได้เพราะเป็นเรื่องของอำนาจตุลาการ จึงทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง

เหตุผลประการที่สามของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย มีที่มาจากทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไปซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายอาญา กล่าวคือ การลงโทษในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลอื่นๆ ในสังคมเห็นว่า ผู้กระทำความผิดเมื่อทำผิดแล้วถูกลงโทษ ก็จะทำให้บุคคลอื่นๆ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด การที่จะให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาดังกล่าวบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำที่ถูกห้ามมิให้กระทำนั้นจะต้องได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก่อนที่จะกระทำความผิด เพราะหากไม่ได้กำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาไว้ก่อนที่จะกระทำความผิดแล้วหรือกฎหมายไม่ชัดเจนก็จะไม่มีผลในการที่จะยับยั้งมิให้บุคคลอื่นในสังคมไม่กระทำความผิดเพราะไม่มีใครรู้ว่าการกระทำของตนจะได้รับโทษในทางอาญาหรือไม่

เหตุผลประการสุดท้ายมาจากหลักความน่าตำหนิซึ่งเป็นหลักกฎหมายอาญา หลักความน่าตำหนิอธิบายว่า จะลงโทษใครในทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อสามารถที่จะตำหนิตัวผู้กระทำได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีความน่าตำหนิ และเราจะพูดได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีความน่าตำหนิ ก็ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวก่อนที่จะกระทำความผิดได้รู้หรือควรจะรู้ว่าการกระทำความผิดดังกล่าวของตน กฎหมายห้ามมิให้กระทำ และจะเป็นเช่นนี้ได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ก่อนที่จะกระทำแล้วว่าหากกระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษทางอาญา

2. หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ในหัวข้อนี้ จะเป็นการกล่าวถึงสาระสำคัญของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย และแนวคิดเบื้องหลังของหลักการดังกล่าวในทำนองเดียวกับกฎหมายเยอรมัน

2.1 สาระสำคัญของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์

ในขณะที่นักกฎหมายเยอรมันอธิบายหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยลักษณะพิเศษ 4 ประการที่กล่าวไว้ข้างต้น³¹ นักกฎหมายอเมริกันอธิบายแนวคิดในเรื่องดังกล่าวในลักษณะทำนองเดียวกัน แต่มีข้อ

³¹ Joeck, Wolfgang/Jaeger, Christian. (2018). *Studienkommentar StGB*. 12. Auflage. มาตรา 1 หัวข้อ 2-16; Kuehl, Kuehl, Kristian/Heger, Martin. (2014). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. Auflage, มาตรา 1 หัวข้อ 1-7; Frister, Helmut, Ibid, p. 37-48; Jescheck, Hans-Heinrich, 1988, Ibid, p. 119-126.

แตกต่างกันบางประการ โดยบางความเห็นกล่าวว่า หลักการดังกล่าวมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ในประการแรก การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดของการกระทำดังกล่าวไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine lege) ในประการที่สอง การแปลความพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด (nulla poena sine lege) ในประการที่สาม กฎหมายที่มีโทษอาญาไม่อาจมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้³² บางความเห็นกล่าวว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบไปด้วยหลักการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดของการกระทำดังกล่าวไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine lege) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่อาจมีความผิดอาญาประเภท common law crime ได้ นอกจากนี้ กฎหมายอาญาห้ามมีผลบังคับใช้ย้อนหลัง และกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน³³ แม้ว่าจะมีความแตกต่างในทางความเห็น แต่สิ่งหนึ่งที่เห็นตรงกันเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายคือ ความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่กำหนดความผิดไว้ล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติและห้ามการบัญญัติความผิดอาญาโดยศาล³⁴ ส่วน Wayne R LaFave เห็นว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบไปด้วยหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หลักการแปลพระราชบัญญัติอย่างเคร่งครัด หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน และการไม่มีหลักความผิดคอมมอนลอว์³⁵

สำหรับนักกฎหมายอังกฤษ เช่น Andrew Ashworth ได้กล่าวว่า หลัก nullum crimen sine lege หรือที่ในบางครั้งเรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (the principle of legality) ประกอบได้ด้วยหลัก 3 ประการ กล่าวคือ หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (the principle of non-retroactivity) หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน (the principle of maximum certainty) และหลักการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด³⁶ (the principle of strict construction of penal statutes)

สาระสำคัญของหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังก็คือ บุคคลไม่อาจที่จะถูกตัดสินว่ามีความผิดหรือได้รับโทษ เว้นแต่จะได้กระทำการตามที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ล่วงหน้าแล้ว หลักการดังกล่าวได้ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติความผิดอาญาแล้วนำไปใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่จะบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าว เพราะมิฉะนั้นแล้ว ประชาชนในฐานะที่เป็นปัจเจกชนที่มีความเป็นไทและมีเหตุผลย่อมไม่สามารถที่จะทราบได้ว่าการกระทำของตนเป็นสิ่งที่ต้องห้ามหรือไม่ หากปราศจากการแจ้งเตือนล่วงหน้า ซึ่งถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีสิทธิที่จะรับรู้กฎหมายล่วงหน้า³⁷ ในส่วนของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น ในประเทศอังกฤษ มีการอธิบายเหตุผลในทำนองเดียวกันกับประเทศเยอรมนี กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมที่สิ่งที่เคยเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายในขณะที่มีการกระทำจะกลายเป็นความผิดอาญาใน

³² Hall, Jerome. (1937). Nulla poena sine lege, *The Yale Law Journal*, 47(2), p. 165.

³³ Hessick, Carissa Byrne. (2019). *The Myth of Common Law Crimes*. *Virginia Law Review*, 105(5), p. 973.

³⁴ Hessick, Carissa Byrne, *Ibid*, p. 973-974.

³⁵ La Fave R., Wayne. (2010). *Criminal Law*. Fifth Edition, p. 11.

³⁶ Ashworth, Andrew. (1991). *Principles of Criminal Law*, p. 59.

³⁷ Ashworth, Andrew, *Ibid*, p. 59- 61.

ภายหลัง หรือเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมที่โทษที่เคยกำหนดไว้ในขณะกระทำความผิดต่อมาจะมีการเพิ่มโทษสำหรับการกระทำความผิดกล่าวให้เพิ่มขึ้น

ในส่วนของหลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น หลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เพราะบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความคลุมเครือนั้น ย่อมนำไปสู่การถูกนำไปใช้ย้อนหลังได้ เนื่องจากไม่มีบุคคลใดทราบได้ว่า การกระทำความผิดเป็นสิ่งที่ยู่ภายในหรือภายนอกบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น มีแง่มุมในทางรัฐธรรมนูญและทางการเมืองอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก หลักการดังกล่าวสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญาในรูปของประมวลกฎหมายมากกว่าแนวทางตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะการบัญญัติกฎหมายอาญาในรูปของประมวลกฎหมายจะทำให้กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและทำให้ประชาชนสามารถที่จะทราบได้ถึงความมีอยู่ของกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเป็นไปตามหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่การออกกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและไม่ใชหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ในประการที่สอง หากกฎหมายมีความคลุมเครือก็จะเป็นช่องทางให้หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมีดุลพินิจในการที่จะแปลความการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นความผิดอาญาโดยที่ไม่ได้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ไม่ใช่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่เกิดจากฝ่ายบริหาร³⁸

ในส่วนของหลักการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดนั้นเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของศาลโดยตรง โดยที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเหมือนในกรณีของกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังแต่อย่างใด การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด หมายถึงกรณีที่มีความไม่ชัดเจนในถ้อยคำของพระราชบัญญัติจะต้องตีความอย่างแคบเพื่อให้เป็นคุณแก่จำเลย อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าต้องแปลความอย่างแคบตั้งแต่ต้น แต่หมายความว่า หากค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วไม่อาจหาได้ จึงจะนำหลักการแปลความกฎหมายอย่างแคบมาใช้เท่านั้น เหตุผลก็เพราะว่าศาลเป็นองค์กรสุดท้ายในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายผ่านการตีความ อีกทั้ง ผู้พิพากษาไม่ได้รับการเลือกตั้งอย่างในกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การที่จะขยายกรอบของความผิดอาญาควรปล่อยให้เป็นที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ หากฝ่ายตุลาการแปลกฎหมายแคบแล้วฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่า ควรที่จะตีความกฎหมายให้กว้างกว่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะไปแก้ไขกฎหมายเอง³⁹

2.2 เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายตามกฎหมายคอมมอนลอว์

การอธิบายเหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย นอกจากนักกฎหมายเยอรมันจะได้อธิบายไว้ดังที่กล่าวมาแล้ว ในตำรากฎหมายคอมมอนลอว์ นักกฎหมายอเมริกันก็ให้คำอธิบายในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน เช่น

³⁸ Ashworth, Andrew, Ibid, p. 64-65.

³⁹ Ashworth, Andrew, Ibid, p. 67-70.

George P. Fletcher⁴⁰ นักกฎหมายชาวอเมริกัน ได้แบ่งความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความหมายในทางลบและความหมายในทางบวก (The principle of negative and positive legality) โดยอธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบมีความหมายว่า ระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่มิได้มีไว้เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐที่ไม่ชอบธรรม และหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบเป็นการยืนยันในหลัก nulla poena sine lege กล่าวคือ ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อนตามกฎหมาย ในส่วนของการให้เหตุผลว่าจะต้องมีการแจ้งเตือนก่อนนั้น ก็ด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ในประการแรก การที่มีความคิดในทางศีลธรรมที่แตกต่างกัน ดังนั้น ประชาชนจึงต้องได้รับการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อนว่า การกระทำใดของตนที่จะทำให้ตนเองต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ เพราะมีการกระทำบางอย่างที่บุคคลอาจไม่ทราบว่าเป็นความผิดอาญา เช่น การพนัน การโกหกเจ้าพนักงานตำรวจ เป็นต้น ในกรณีดังกล่าว ตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงต้องมีการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อน เหตุผลในประการที่สองคือ หลักการที่ต้องแจ้งเตือนล่วงหน้าทางกฎหมายนี้จะเป็นการผูกมัดผู้พิพากษาไม่ให้ตัดสินคดีไปตามอำเภอใจจากเหตุผลที่ผู้พิพากษามีเป้าหมายในทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางบวก มีความหมายว่า หากมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว พนักงานอัยการมีหน้าที่ที่จะต้องฟ้องผู้กระทำความผิดทุกคน ไม่อาจที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งได้ ซึ่งความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางบวกดังกล่าว George P. Fletcher เห็นว่า ขัดแย้งกับแนวคิดของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลมลรัฐและสหพันธรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา แต่ไม่มีหน้าที่ในการฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหาเพื่อคุ้มครองสังคมและผู้เสียหาย นอกจากนี้ George P. Fletcher ยังได้เปรียบเทียบในตอนท้ายว่า หากเปรียบเทียบหลัก Rule of Law ของประเทศสหรัฐอเมริกาและหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนีแล้ว หลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนีจะมีความเข้มข้นกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบของประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะหลักนิติรัฐ รวมความทั้งหลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งในทางลบและทางบวก สำหรับประเทศเยอรมนีแล้ว หลักนิติรัฐจึงเปรียบเสมือนดาบ แต่สำหรับประชาชนอเมริกันแล้ว หลัก Rule of Law เป็นเสมือนโล่ที่ปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ

ในบทความทางกฎหมายเรื่อง The Myth of Common Law Crimes ที่เขียนโดย Carissa Byrne Hessick⁴¹ ได้ระบุถึงคุณค่าบางประการที่เกิดขึ้นจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การเตือนให้ทราบล่วงหน้า (notice) เพราะความผิดประเภท common law crime ไม่อาจที่จะสร้างหลักประกันดังกล่าวได้ ในขณะที่การบัญญัติความผิดอาญาไว้ในพระราชบัญญัติจะทำให้ประชาชนสามารถที่จะทราบล่วงหน้าได้ว่า การกระทำเช่นไรที่ต้องห้ามตามกฎหมาย อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย (democratic accountability) เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน ในขณะที่ผู้พิพากษาไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนแต่อย่างใด และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of

⁴⁰ Fletcher, George P. *Basic Concepts of Criminal Law*, New York: Oxford University Press, p. 207–208.

⁴¹ Hessick, Carissa Byrne. *The Myth of Common Law Crimes*, *Virginia Law Review*, 105(5), p. 975–978.

power) เพราะอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงอำนาจในการที่จะกำหนดว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ในขณะที่อำนาจฝ่ายตุลาการเป็นอำนาจในการแปลความกฎหมายอาญาที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้นมา การแบ่งอำนาจดังกล่าวระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการไม่เพียงแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอีกด้วย เพราะจะทำให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ การที่ความผิดอาญาต้องถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมายแทนที่จะให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดความผิดอาญานั้น ยังเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐและป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยมิชอบ (prevention of government abuse) เนื่องจากการให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญานั้น จากการที่ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีเป็นรายคดีไปจึงอาจมีผลต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาหรือไม่ โดยพิจารณาจากลักษณะเฉพาะตัวของจำเลยแต่ละคน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของผิวสี ความเชื่อในทางศาสนา เป็นต้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ความผิดอาญาจะถูกกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติที่จะกำหนดความผิดอาญาจากลักษณะทั่วไปของการกระทำดังกล่าวเพื่อนำไปใช้กับสมาชิกทุกคนในสังคม ในประการสุดท้าย การกำหนดความผิดอาญาในรูปพระราชบัญญัติจะทำให้กฎหมายอาญามีความเป็นหนึ่งเดียวและมีผลในการยับยั้งการกระทำความผิด (increasing uniformity and deterrence) เนื่องจากตัวพระราชบัญญัติจะระบุไว้โดยชัดแจ้งว่าการกระทำอย่างใดที่ต้องห้ามตามกฎหมาย การกระทำอย่างใดที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย จึงทำให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะมั่นใจในการมีคำพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษจำเลย นอกจากนี้ ยังทำให้รัฐจะต้องหลีกเลี่ยงไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง

2. วิเคราะห์การตีความของศาลฎีกาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5517/2562

จากหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายที่กล่าวข้างต้น ทั้งในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ แม้ว่าหลักการดังกล่าวของกฎหมายทั้งสองระบบจะมีข้อแตกต่างกันอยู่บ้างในบางประการ เช่น ในระบบกฎหมายเยอรมัน ไม่มีการอธิบายหลักในเรื่องกฎหมายอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัดในส่วนของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ในขณะที่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ทั้งประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ได้มีการอธิบายหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดไว้ในหลักความชอบด้วยกฎหมาย ข้อแตกต่างดังกล่าว ผู้เขียนเข้าใจว่าเกิดจากการพัฒนาทางประวัติศาสตร์ที่แตกต่างกันของระบบกฎหมายทั้งสอง อย่างไรก็ตาม การที่นักกฎหมายไทยได้มีการนำหลักการตีความกฎหมายอาญาโดยเคร่งครัดมาอธิบายในส่วนของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย⁴² ย่อมแสดงให้เห็นถึงอิทธิพลของระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีต่อนักกฎหมายไทยอย่างไม่อาจปฏิเสธได้

แม้ว่าจะมีข้อแตกต่างของระบบกฎหมายทั้งสองอย่างที่กล่าวมาแล้วก็ตาม แต่สิ่งหนึ่งที่กฎหมายทั้งสองระบบต่างเห็นตรงกันในส่วนของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายหรือหลักความชอบด้วย

⁴² จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, พิมพ์ครั้งที่ 10, 2546, น. 40-43; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว, น. 10.

กฎหมายก็คือ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่มีไว้เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจรัฐ และเป็นหลักการที่มีไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาจากสิ่งที่เป็นสาระสำคัญของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่มุ่งไปที่การกระทำของบุคคลที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ความข้อนี้ จะเห็นได้ชัดเจนจากถ้อยคำในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2⁴³ ปัญหาจึงมีอยู่เพียงแค่ว่า การกระทำของบุคคลดังกล่าวที่แต่เดิมกฎหมายเคยบัญญัติให้เป็นความผิดอาญานั้น ต่อมาเมื่อมีกฎหมายบัญญัติยกเว้นในบางกรณีให้ไม่ต้องรับผิดทางอาญาอีกต่อไปแล้ว จะถือได้หรือไม่ว่าเป็นกรณีที่มีการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอีกต่อไปตามนัยของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง หากว่าการกระทำในลักษณะเดียวกัน ยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่สำหรับกรณีอื่นๆ ในประเด็นนี้ หากตรวจสอบจากตำรากฎหมายอาญาของไทย⁴⁴ ผู้เขียนยังไม่พบการให้ความเห็นต่อประเด็นดังกล่าวว่า กรณีตามปัญหาเป็นกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง หรือประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าตามปัญหาเป็นกรณีของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 ด้วยเหตุผล 3 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก ผู้เขียนเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอีกต่อไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง หมายถึง กรณีที่มีการยกเลิกการกระทำดังกล่าวไม่ให้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไปโดยสิ้นเชิงเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวยังคงเป็นความผิดอยู่ เพียงแต่กฎหมายยกเว้นความผิดให้ในบางกรณี เพราะถ้าพิจารณาจากสภาพของการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิดแล้วจะเห็นได้ว่า การกระทำดังกล่าวยังคงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายอยู่ เพียงแต่ว่าหากมีเหตุตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย กฎหมายก็จะยกเว้นความผิดให้ เช่น การใส่ความเป็นการกระทำที่ครอบงำประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำในความผิดฐานหมิ่นประมาท แต่ถ้าการใส่ความดังกล่าวมีเหตุตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 329 แล้ว กฎหมายก็จะยกเว้นความผิดให้กับการใส่ความดังกล่าว เป็นต้น ในทำนองเดียวกัน การทำและครอบครองไม้หวงห้าม ยังถือว่าเป็นความผิดตามกฎหมาย แต่หากเป็นการทำและครอบครองไม้หวงห้ามในที่ดินที่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายใหม่ถือเป็นเรื่องที่กฎหมายยกเว้นความผิด ดังจะเห็นจากข้อความที่ว่า “ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้าม”⁴⁵ หรือจะกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กรณีของการกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดอีกต่อไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง ไม่รวมถึงกรณีของเหตุที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำการตามกฎหมายได้ ถ้าจะพูดให้ง่ายขึ้นก็คือ หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนั้น มุ่งคุ้มครองการกระทำซึ่งเป็นเรื่องขององค์ประกอบภายนอกในส่วนของการกระทำซึ่งอยู่ในโครงสร้างข้อ 1 ไม่ใช่เหตุที่ผู้กระทำความผิดสามารถกระทำได้ ซึ่งอยู่ใน

⁴³ บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย ถ้าตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติในภายหลัง การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไป ฯลฯ

⁴⁴ จิตติ ดิงศภัทย์, อ้างแล้ว, น. 54-61; เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว, น. 21-31.

⁴⁵ พระราชบัญญัติป่าไม้ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2562 มาตรา 4 ยกเลิกและแก้ไขมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ดังนี้ มาตรา 7 “ไม้ชนิดใดที่ขึ้นในป่าจะให้เป็นไม้หวงห้ามประเภทใด ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา สำหรับไม้ทุกชนิดที่ขึ้นในที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองตามประมวลกฎหมายที่ดิน ไม่เป็นไม้หวงห้าม หรือไม้ที่ปลูกขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ทำประโยชน์ตามประเภท หนังสือแสดงสิทธิที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ให้ถือว่าไม่เป็นไม้หวงห้าม”

โครงสร้างข้อ 2 เหตุผลก็เพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลจากการใช้อำนาจของฝ่ายรัฐตามที่กล่าวไว้ข้างต้นและเป็นไปตามตัวบทของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ที่เน้นในส่วนของ “การกระทำ” เหตุผลในประการที่สอง ผู้เขียนเห็นว่า หลักการที่ใช้ในการแบ่งแยกระหว่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง และมาตรา 3 น่าจะอยู่ตรงที่ว่า ได้มีการยกเลิกการกระทำดังกล่าวตามกฎหมายใหม่หรือไม่ หากใช่ก็เป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 หากไม่ใช่ก็เป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 เพราะหากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 วางหลักการในเรื่องของการใช้กฎหมายในส่วนที่เป็นคุณแล้ว ย่อมหมายความว่ากฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่ต้องมีความแตกต่างกันอยู่ เพราะมิฉะนั้นแล้วย่อมไม่อาจมีกรณีของกฎหมายใหม่เป็นคุณกว่ากฎหมายเดิม ในตำรากฎหมายอาญาเยอรมัน อธิบายในส่วนของกฎหมายใหม่เป็นคุณว่า ไม่ได้พิจารณาจากอัตราโทษเพียงอย่างเดียว แต่พิจารณาจากข้อเท็จจริงต่างๆ ทั้งหมดในแต่ละคดีว่ากฎหมายฉบับใดที่จะเป็นผลให้ได้คำตัดสินที่เบากว่า ด้วยเหตุนี้ กฎหมายที่เป็นคุณกว่าจึงเป็นกฎหมายที่เป็นผลให้การกระทำที่แต่เดิมเป็นความผิดอาญากลายเป็นไม่มีความผิดอาญาอีกต่อไป⁴⁶ หรือจากความผิดอาญาเปลี่ยนเป็นเพียงความผิดทางปกครอง⁴⁷ หรือมีการบัญญัติเหตุผลโทษ เป็นต้น⁴⁸ ดังนั้น หากการกระทำตามปัญหาที่นำมาวิเคราะห์ซึ่งก็คือ การทำและครอบครองไม้หวงห้ามในที่ป่ายังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ เพียงแต่หากเป็นไม้หวงห้ามที่ขึ้นในที่ดินที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ไม่ถือว่าเป็นไม้หวงห้ามตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่แล้ว จะถือว่าการกระทำเช่นนั้นไม่มีความผิดต่อไป อันจะเป็นกรณีตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง ได้อย่างไร ในเมื่อการทำและครอบครองไม้หวงห้ามประเภทเดียวกัน เช่น ไม้ประดู่และไม้แดง ในที่อื่นยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ การที่การกระทำตามปัญหาไม่มีความผิดอาญาอีกต่อไป ก็เนื่องมาจากว่ากฎหมายให้อำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวได้เท่านั้น และต้องถือว่าในกรณีดังกล่าวเป็นกฎหมายในส่วนที่เป็นคุณ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 3 แต่ไม่ใช่กรณีกฎหมายยกเลิกความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 แม้ว่าจะมีการยกเลิกความผิดในกรณีของการทำและครอบครองไม้หวงห้ามในที่ดินที่ได้รับอนุญาตก็ตาม ด้วยเหตุนี้ การตีความข้อความของศาลฎีกาในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5517/2562 จึงทำให้เหตุที่ผู้กระทำความผิดอาญากระทำดังกล่าวได้กลายมาเป็นการกระทำที่ยกเลิกความผิดไปและทำให้จุดแบ่งแยกระหว่างการกระทำที่ขาดองค์ประกอบความผิดและการกระทำที่กฎหมายยกเว้นความผิด ตลอดจน จุดแบ่งแยกระหว่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสองและมาตรา 3 ที่ศาลฎีกาในอดีตได้วางแนวไว้หมดไป⁴⁹ แม้ว่าการแปลความดังกล่าวของศาลฎีกาจะทำให้จำเลยได้ประโยชน์มากกว่า แต่การตีความกฎหมายอาญาไม่มีหลักการตีความที่ต้องแปลกฎหมายให้เป็นประโยชน์แก่จำเลย หากขัดต่อเจตนารมณ์หรือหลักการของกฎหมาย เพราะการแปลความดังกล่าว ย่อมทำให้จุดแบ่งแยกระหว่างประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง และมาตรา 3 มีความยุ่งยากมากขึ้น ส่วนเหตุผลประการที่สามที่เป็นเหตุผลในประการสุดท้ายนั้น ผู้เขียน

⁴⁶ Wolfgang, Joecks/Christian Jaeger, Ibid, p. 10

⁴⁷ BGHSt 12, 148, 153 อ้างใน Lackner/Kuehl, Ibid, p. 21

⁴⁸ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, *วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน*, 2558, น. 5

⁴⁹ ดูตัวอย่างของคำพิพากษาศาลฎีกาได้จาก เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, อ้างแล้ว, น. 21-24

เห็นว่า ถ้อยคำที่ว่า การกระทำเช่นนั้นไม่เป็นความผิดต่อไปตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง จะแปลความให้รวมทั้งการกระทำ กล่าวคือ การยกเลิกการกระทำเช่นนั้นไม่ให้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไป และเหตุที่ผู้กระทำความผิดนั้นสามารถทำได้ กล่าวคือ การกระทำดังกล่าว กฎหมายยกเว้นความผิดให้ แม้ว่า การกระทำในลักษณะเดียวกันในกรณีอื่นๆ ยังคงเป็นความผิดอาญาอยู่ ได้อย่างไร คำๆ เดียวจะมีแนวทางในการตีความกฎหมายหลายแบบได้อย่างไร

3. ข้อสรุป

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย หรือหลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นหลักกฎหมายสากลที่ได้รับการยอมรับในทุกระบบกฎหมาย รวมทั้งในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม หลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังมีปัญหาข้อโต้แย้งในทางวิชาการอยู่หลายกรณี ในบทความชิ้นนี้ ผู้เขียนเลือกที่จะหยิบยกปัญหาในเรื่องของขอบเขตของถ้อยคำว่า “...การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไป..” ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง โดยนำคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5517/2562 มาเป็นตัวอย่างในการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว และมีข้อสรุปว่า ถ้อยคำว่า “...การกระทำเช่นนั้น ไม่เป็นความผิดต่อไป..” หมายถึง กรณีที่มีการยกเลิกการกระทำดังกล่าวไม่ให้เป็นความผิดอาญาอีกต่อไปโดยสิ้นเชิงเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่มีการกระทำดังกล่าวยังคงเป็นความผิดอยู่เพียงแต่กฎหมายยกเว้นความผิดให้ในบางกรณี ซึ่งเป็นการแปลความกฎหมายในส่วนดังกล่าวอย่างแคบ ซึ่งแตกต่างจากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นที่แปลความถ้อยคำดังกล่าวอย่างกว้าง

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2562). *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 เล่ม 1*. พิมพ์ครั้งที่ 11 แก้ไขเพิ่มเติม.

กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพมหานคร พับลิชชิ่ง จำกัด.

จิตติ ดิงศภัทย์. (2546). *กฎหมายอาญา ภาค 1*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด

จิรัช การพิมพ์.

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ. (2564). *ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง*. พิมพ์ครั้งที่ 45. กรุงเทพมหานคร :

บริษัท สำนักพิมพ์ วิญญูชน จำกัด.

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์. (2558). *วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาด้วยหลักกฎหมายอาญาเยอรมัน*.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด เจริญรัฐการพิมพ์.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Ashworth, Andrew. (1991). *Principles of Criminal Law*. New York : Oxford University Press.
- Baumann, Juergen. (1968). *Strafrecht : Allgemeiner Teil*. 5 neubearbeitete Auflage. Bielefeld : Verlag Ernst und Werner Giesecking.
- Creifelds, Carl. (1992). *Rechtswörterbuch*. 11 Auflage. Muenchen : C.H. Beck Verlag.
- Frister, Helmut. (2008). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. Muenchen : Beck Verlag.
- Jescheck, Hans-Heinrich. (1988). *Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil*. 4 Auflage. Berlin : Duncker & Humblot.
- Joecks, Wolfgang/Jaeger, Christian. (2018). *Studienkommentar StGB*. 12. Auflage. Muenchen : C. H. Beck.
- Kuehl, Kristian/Heger, Martin. (2014). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 28. Auflage. Muenchen : C. H. Beck.
- La Fave R., Wayne. (2010). *Criminal Law. Fifth Edition*. USA : West Publishing Co.
- Roxin, Claus. (2006). *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. Auflage. Muenchen : Beck Verlag.
- Schmitz, Roland. (2003). in *Muenchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band I, Paragraph 1-51. Muenchen : C. H. Beck.
- Troendle, Herbert. (1981). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. 40 neubearbeitete Auflage. Muenchen : C.H. Beck Verlag.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner. (2002). *Strafrecht : Allgemeiner Teil*. 32 neubearbeitete Auflage. Heidelberg : C. F. Mueller juristischer Verlag.
- Wolfgang, Joecks/Jaeger, Christian. (2018). *Studienkommentar StGB*. 12. Auflage. Muenchen : C. H. Beck.

บทความภาษาต่างประเทศ

- Fletcher, George P. (1998). *Basic Concepts of Criminal Law*. New York : Oxford University Press.
- Hall, Jerome. (1937). *Nulla poena sine lege*, *The Yale Law Journal*, 47(2), 165–193.
- Hessick, Carissa Byrne. (2019). *The Myth of Common Law Crimes*. *Virginia Law Review*, 105(5), 965–1024.

การควบกิจการ: ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการรวมบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติม

Mergers: Some Considerations on Corporate Combinations under the
Proposed Amendment to the Civil and Commercial Code

ดร.พรภัทร์ ตันติกุลานันท์*

Dr.Pornpat Tantikulananta

ดร.อภิญา ศานติเกษม**

Dr.Apinya Sarntikasem

บทคัดย่อ

การควบกิจการสามารถกระทำได้หลายวิธี หนึ่งในวิธีเหล่านั้น คือ การควบกิจการตามขั้นตอนที่
กฎหมายกำหนด โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันก็มีบทบัญญัติเรื่องการควบบริษัทจำกัด
แต่เนื้อหาเป็นเพียงเรื่องของบริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปรวมกันเป็นบริษัทใหม่ ส่วนบริษัทเดิมที่รวมเข้ากันหมด
สภาพนิติบุคคลไปทั้งหมด จึงมีการเสนอแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้ให้มีการรวมบริษัทจำกัดในลักษณะที่
บริษัทหนึ่งบริษัทใดยังคงมีสภาพนิติบุคคล ส่วนบริษัทอื่นที่ถูกรวมนั้นหมดสภาพนิติบุคคล บทความนี้อธิบาย
วิธีการควบกิจการตามแนวปฏิบัติในสหรัฐอเมริกาและวิเคราะห์เนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว

คำสำคัญ: บริษัทจำกัด, ควบกิจการ, รวมบริษัท

* ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

** ที่ปรึกษากฎหมายอาวุโส บริษัท เอสซีแอล นิธิมูระ แอนด์ ออซฮู จำกัด

ABSTRACT

Mergers could be carried out by several techniques. One of such techniques is by following procedures set out in the statute, known as “statutory merger.” The Civil and Commercial Code nowadays only allows a corporate combination that creates a new corporation in which none of the previous corporations survive. The proposed amendment to the Civil and Commercial Code provides another type of combination, where one corporation merges into another, with the former being extinguished, and the latter surviving. This article explains merger techniques pursuant to the United States law and practices. It then goes on to analyze corporate combination procedures under the proposed amendment.

Keywords: corporations, mergers, corporate combination

1. บทนำ

เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2564 คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹ (“ร่างพระราชบัญญัติ”) ต่อสภาผู้แทนราษฎร ประเด็นหนึ่งที่มีการเสนอแก้ไข คือ หมวดบริษัทจำกัด ส่วนที่ 9 โดยเปลี่ยนชื่อส่วนจากการควบบริษัทจำกัดเข้ากันเป็นการรวมบริษัทจำกัดเข้ากัน และกำหนดให้บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปสามารถรวมกันได้ในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง คือ การควบบริษัท หรือการผนวกบริษัท บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับการควบกิจการ (Merger) รวมทั้งการรวมบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งถูกเสนอแก้ไขเพิ่มเติม เนื้อหาของบทความจะเริ่มต้นจากอธิบายรูปแบบของการควบกิจการโดยนำแนวปฏิบัติในสหรัฐอเมริกาเป็นตัวอย่างเพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพรวมของวิธีการควบกิจการ หลังจากนั้นจึงเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างการควบกิจการและการรวมกิจการ (Consolidation) และวิเคราะห์เนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องการรวมบริษัท

¹ ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ..) พ.ศ. (แก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับสถานที่ยื่นขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท อำนาจกำหนด ลด หรือยกเว้นค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนและการขอสำเนาเอกสาร การลดจำนวนผู้เริ่มก่อการและตั้งบริษัท การนำเทคโนโลยีมาใช้ในการประชุมกรรมการ การกำหนดระยะเวลาจ่ายเงินปันผลที่แน่นอน และการรวมบริษัท).

2. รูปแบบการควบกิจการ (Merger)

การควบรวมกิจการอาจแบ่งเป็นการควบกิจการ (Merger) และการซื้อกิจการ (Acquisition) ทั้งสองคำนี้มีการให้ความหมายสลับกันไปมา และบางครั้งก็ใช้ควบคู่กันไปเนื่องจากมีลักษณะใกล้เคียงกัน สำหรับในบทความนี้ การควบกิจการ (Merger) หมายถึง การรวมตัวของบริษัทตั้งแต่สองบริษัท ซึ่งบริษัทหนึ่งจะควบหรือกลืนบริษัทอื่นเข้าไปคงเหลือเพียงบริษัทแรกและไม่มีบริษัทใหม่เกิดขึ้น โดยปกติแล้ว เมื่อกระบวนการควบกิจการสิ้นสุดลง ผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทที่ถูกควบหรือถูกกลืนซึ่งเรียกว่า “บริษัทเป้าหมาย” จะกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบหรือเข้ามากลืน²

รูปแบบการควบกิจการ มักถูกแสดงให้เห็นเข้าใจได้ง่ายด้วยการแทนสูตร $A + B = A$ กล่าวคือ เมื่อบริษัท A ควบเข้ากับบริษัท B แล้ว บริษัท B จะสิ้นสภาพไปเหลือแต่บริษัท A การควบกิจการตามแนวปฏิบัติในสหรัฐอเมริกาสามารถกระทำได้หลายวิธี บทความนี้จะขอแนะนำเฉพาะวิธีพื้นฐานมาเป็นตัวอย่าง ได้แก่ การควบกิจการโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด การควบกิจการโดยใช้วิธีแลกหุ้น การควบกิจการโดยใช้วิธีนำหุ้นมาแลกสินทรัพย์ และการควบกิจการแบบสามเหลี่ยม

2.1 การควบกิจการโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด (Statutory Merger)

เป็นการควบกิจการโดยกระทำตามขั้นตอนต่างๆ ที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยปกติแล้ว กฎหมายจะกำหนดให้กระบวนการควบกิจการเริ่มต้นจากกรรมการของบริษัททั้งหมดที่ประสงค์จะควบกันมีมติเห็นชอบกับแผนควบกิจการก่อน แผนควบกิจการประกอบไปด้วยเงื่อนไขต่างๆ เงื่อนไขที่สำคัญคือ หุ้นของบริษัทเป้าหมายจะถูกเปลี่ยนเป็นหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบในอัตราส่วนเท่าใด เช่น กำหนดให้หนึ่งหุ้นของบริษัทเป้าหมายเท่ากับสองหุ้นซึ่งออกใหม่ของบริษัทที่เข้ามาควบ หลังจากกรรมการบริษัทที่เข้ามาควบและกรรมการบริษัทเป้าหมายเห็นชอบกับแผนแล้ว ที่ประชุมผู้ถือหุ้นทั้งของบริษัทที่เข้ามาควบและบริษัทเป้าหมายต้องมีมติให้ควบกิจการได้ บริษัทที่เข้ามาควบจะออกหุ้นใหม่เพื่อมอบให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย³ เมื่อกระบวนการควบกิจการสิ้นสุดลง บริษัทเป้าหมายจะหมดสภาพนิติบุคคลโดยอัตโนมัติ ผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบตามอัตราส่วนที่กำหนดในแผนควบกิจการ บริษัทที่เข้ามาควบรับโอนไปทั้งสินทรัพย์ (Assets) และหนี้สิน (Liabilities) ของบริษัทเป้าหมาย ตลอดจนสัญญาต่างๆ ระหว่างบริษัทเป้าหมายและบุคคลภายนอก⁴

2.2 การควบกิจการโดยใช้วิธีแลกหุ้น (Stock-for-Stock Exchange หรือ “Stock Swap”)

วิธีนี้บริษัทที่เข้ามาควบต้องตกลงกับผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายเป็นรายๆ ไป ให้ผู้ถือหุ้นเหล่านั้นยินยอมแลกหุ้นที่ตนถืออยู่ของบริษัทเป้าหมายกับหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบ จนบริษัทที่เข้ามาควบกลายเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมีเสียงข้างมากในบริษัทเป้าหมายและสามารถควบคุมบริษัทเป้าหมายได้ หรือกล่าวได้ว่า

² Corporations and Other Business Entities (pp. 359-360), by S. L. Emanuel, 2013.

³ Ibid. p. 360.

⁴ Mergers and Acquisitions (p. 5), by D. A. Oesterle, 2001.

บริษัทที่เข้ามาควบกลายมาเป็นบริษัทแม่ของบริษัทเป้าหมาย⁵ หลังสิ้นสุดกระบวนการควบกิจการ สิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายยังคงเป็นสิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายตามเดิม และบริษัทเป้าหมายยังคงสภาพนิติบุคคลอยู่ ส่วนผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบ วิธีการนี้มีข้อดีกว่าการควบกิจการโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด คือ ไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากกรรมการบริษัทเป้าหมายว่าให้ควบกิจการได้ รวมทั้งไม่จำเป็นต้องมีมติให้ควบกิจการจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย⁶

หากบริษัทที่เข้ามาควบต้องการให้บริษัทเป้าหมายหมดสภาพนิติบุคคล ซึ่งจะมีผลทำให้สิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นสิทธิประโยชน์ของบริษัทที่เข้ามาควบโดยตรง บริษัทที่เข้ามาควบในฐานะผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งมีเสียงข้างมากในบริษัทเป้าหมายต้องดำเนินการเลิกบริษัทเป้าหมาย หลังจากชำระบัญชี สิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายก็จะถูกแบ่งแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายซึ่งก็คือบริษัทที่เข้ามาควบนั่นเอง⁷

2.3 การควบกิจการโดยใช้วิธีนำหุ้นมาแลกสินทรัพย์ (Stock-for-Assets Exchange)

การควบกิจการวิธีนี้ บริษัทที่เข้ามาควบต้องตกลงมอบหุ้นของตนแก่บริษัทเป้าหมายโดยบริษัทเป้าหมายยินยอมโอนสินทรัพย์ทั้งหมดหรือในส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญของตนให้แก่บริษัทที่เข้ามาควบเป็นการตอบแทน ดังนั้น หลังสิ้นสุดกระบวนการควบกิจการ บริษัทเป้าหมายจึงกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบ สิทธิประโยชน์เดิมของบริษัทเป้าหมายทั้งหมดหรือในส่วนใหญ่ที่เป็นสาระสำคัญกลายเป็นสิทธิประโยชน์ของบริษัทที่เข้ามาควบ ส่วนตัวบริษัทเป้าหมายยังคงสภาพนิติบุคคลอยู่ และผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมายก็ยังคงถือหุ้นต่อไป ไม่ได้กลายเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบ สิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญจะเหลือเพียงหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบเท่านั้น วิธีการนี้มีข้อดี คือ ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบไม่จำเป็นต้องลงมติอนุมัติการควบกิจการ นอกจากนี้ บริษัทที่เข้ามาควบอาจไม่ต้องรับผิดชอบหนี้สินของบริษัทเป้าหมาย เพราะรับโอนเพียงแค่สิทธิประโยชน์ของบริษัทเป้าหมายเท่านั้น⁸

หากต้องการให้บริษัทเป้าหมายหมดสภาพนิติบุคคล ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายต้องเป็นผู้ดำเนินการเลิกบริษัท หลังจากชำระบัญชี หุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบซึ่งบริษัทเป้าหมายถืออยู่ จะเป็นทรัพย์สินที่ต้องแบ่งแก่ผู้ถือหุ้นบริษัทเป้าหมาย⁹ ทำให้โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบ บริษัทที่เข้ามาควบ และสิทธิประโยชน์ของบริษัทที่เข้ามาควบเหมือนโครงสร้างความสัมพันธ์ในกรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดตามข้อ 2.1

⁵ Corporations and Other Business Entities. Op.cit., p. 361.

⁶ Ibid. pp. 361-362.

⁷ Ibid.

⁸ Ibid. pp. 363-364.

⁹ Ibid.

2.4 การควบกิจการแบบสามเหลี่ยม (Triangular Merger)

บริษัทที่เข้ามาควบกิจการโดยใช้วิธีแบบสามเหลี่ยมจะไม่ใช่ผู้เข้ามาควบกิจการเองโดยตรง แต่ใช้วิธีตั้งบริษัทลูก (Subsidiary) ขึ้นมาเพื่อใช้เป็นบริษัทที่เข้าทำการควบกิจการ บริษัทลูกที่ตั้งขึ้นนี้ไม่มีสินทรัพย์อื่นนอกจากหุ้นบางส่วนของบริษัทแม่ ซึ่งบริษัทลูกได้มาโดยแลกเปลี่ยนกับหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูก บริษัทเป้าหมายจะถูกควบเข้ากับบริษัทลูกโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดตามข้อ 2.1 แต่หุ้นที่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายได้รับไปจะเป็นหุ้นของบริษัทแม่ที่บริษัทลูกถืออยู่ ไม่ใช่หุ้นของบริษัทลูก¹⁰ บริษัทเป้าหมายจะหมดสภาพนิติบุคคลไปโดยอัตโนมัติตามบทบัญญัติของกฎหมาย เหลือเพียงบริษัทลูก ผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทแม่ ส่วนสินทรัพย์เดิมของบริษัทเป้าหมายก็กลายเป็นสินทรัพย์ของบริษัทลูก เมื่อสิ้นสุดการควบกิจการ โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่ บริษัทลูก สินทรัพย์เดิมของบริษัทเป้าหมาย และผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมาย จะคล้ายกับกรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีแลกหุ้นตามข้อ 2.2

นอกจากนี้ การควบกิจการแบบสามเหลี่ยมยังอยู่ในรูปแบบย้อนกลับได้ (Reverse Triangular Merger) ซึ่งมีลักษณะเดียวกับการควบกิจการแบบสามเหลี่ยม คือบริษัทที่เข้ามาควบตั้งบริษัทลูก และบริษัทลูกไม่มีสินทรัพย์อื่นนอกจากหุ้นของบริษัทแม่บางส่วนซึ่งได้มาโดยการแลกเปลี่ยนกับหุ้นทั้งหมดของบริษัทลูก แต่ที่ต่างจากการควบกิจการแบบสามเหลี่ยม คือ บริษัทลูกจะเป็นบริษัทที่ถูกควบเข้ากับบริษัทเป้าหมาย ไม่ใช่บริษัทเป้าหมายถูกควบเข้ากับบริษัทลูก ดังนั้นเมื่อสิ้นสุดกระบวนการควบกิจการระหว่างบริษัทลูกและบริษัทเป้าหมายโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด บริษัทลูกจึงเป็นฝ่ายหมดสภาพนิติบุคคล บริษัทแม่จะเปลี่ยนจากถือหุ้นของบริษัทลูกกลายเป็นถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย¹¹ โดยบริษัทเป้าหมายอยู่ในฐานะบริษัทลูกของบริษัทแม่แทน ส่วนผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทแม่ สินทรัพย์ของบริษัทเป้าหมายก็ยังคงเป็นสินทรัพย์ของบริษัทเป้าหมายเช่นเดิม โครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทแม่ บริษัทเป้าหมาย สินทรัพย์ของบริษัทเป้าหมาย และผู้ถือหุ้นเดิมของบริษัทเป้าหมาย จะไม่ต่างไปจากกรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีแลกหุ้นตามข้อ 1.2 ดังนั้น หากต้องการให้บริษัทเป้าหมายหมดสภาพนิติบุคคลเพื่อให้สินทรัพย์ของบริษัทเป้าหมายกลายเป็นสินทรัพย์ของบริษัทแม่โดยตรง บริษัทแม่ก็เพียงดำเนินการเลิกบริษัทเป้าหมายและชำระบัญชี

¹⁰ Ibid. pp. 364-365.

¹¹ Ibid. p. 366.

3. ความแตกต่างระหว่างการควบกิจการ (Merger) และการรวมกิจการ (Consolidation)

การรวมกิจการ (Consolidation) คือ การรวมบริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไปเข้าเป็นบริษัทใหม่ โดยบริษัทเดิมที่รวมเข้ากันนั้นสิ้นสภาพนิติบุคคลไป รูปแบบการรวมกิจการ มักถูกแสดงให้เห็นเข้าใจได้ง่ายด้วยการแทนสูตร $A + B = C$ กล่าวคือ เมื่อบริษัท A รวมเข้ากับบริษัท B แล้ว จะเกิดบริษัทใหม่ขึ้น คือ บริษัท C¹² ความแตกต่างที่สำคัญระหว่างการควบกิจการและการรวมกิจการ มีดังนี้

3.1 ลักษณะของกิจการ

การควบกิจการมักเกิดขึ้นในกรณีที่บริษัทที่เข้ามาควบมีขนาดกิจการ ฐานะทางการเงิน และอำนาจต่อรองเหนือกว่าบริษัทเป้าหมาย ส่วนการรวมกิจการมักเกิดขึ้นในกรณีที่บริษัทที่รวมเข้ากันนั้นมีขนาดกิจการ ฐานะทางการเงิน และอำนาจต่อรองใกล้เคียงกัน

3.2 การหมดสภาพนิติบุคคล

เมื่อสิ้นสุดกระบวนการควบกิจการแล้ว บริษัทที่เข้ามาควบยังคงสภาพความเป็นนิติบุคคลอยู่ หรือเรียกว่า Surviving Company แม้ในกรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีแบบสามเหลี่ยมย้อนกลับตามข้อ 2.4 ซึ่งบริษัทลูกที่ตั้งขึ้นโดยบริษัทแม่เป็นฝ่ายหมดสภาพนิติบุคคลเสียเอง แต่ในความเป็นจริงแล้ว บริษัทแม่ซึ่งเป็นบริษัทที่ต้องการเข้ามาควบกิจการอย่างแท้จริงก็ยังคงสภาพนิติบุคคลอยู่ ส่วนบริษัทเป้าหมายนั้น หากเป็นการควบกิจการโดยใช้วิธีตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้และการควบกิจการแบบสามเหลี่ยม ย่อมหมดสภาพนิติบุคคลโดยอัตโนมัติ กรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีการแลกหุ้น เมื่อสิ้นสุดกระบวนการควบกิจการ บริษัทที่เข้ามาควบซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่เสี่ยงข้างมากในบริษัทเป้าหมายก็สามารถเลิกบริษัทเป้าหมายเพื่อให้บริษัทเป้าหมายหมดสภาพนิติบุคคลได้ เช่นเดียวกับการควบกิจการโดยใช้วิธีแบบสามเหลี่ยมย้อนกลับ ซึ่งบริษัทที่เข้ามาควบใช้วิธีตั้งบริษัทลูกให้ถูกควบเข้ากับบริษัทเป้าหมาย บริษัทที่เข้ามาควบจึงอยู่ในฐานะบริษัทแม่ของบริษัทเป้าหมาย และสามารถเลิกบริษัทเป้าหมายได้เช่นกัน สำหรับกรณีของการควบกิจการโดยวิธีนำหุ้นมาแลกสินทรัพย์ หากต้องการให้บริษัทเป้าหมายหมดสภาพนิติบุคคล ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเดิมมาตั้งแต่ก่อนเริ่มต้นกระบวนการควบกิจการต้องเป็นผู้ดำเนินการเลิกบริษัท

สำหรับการรวมกิจการ เมื่อสิ้นสุดกระบวนการรวมกิจการแล้ว บริษัทที่รวมเข้ากันนั้นจะหมดสภาพนิติบุคคลทั้งหมดและเกิดบริษัทใหม่ขึ้น

3.3 ผลของการควบกิจการต่อหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบ และผลของการรวมกิจการต่อหุ้นของบริษัทใหม่

การควบกิจการทุกกรณีจะมีการจัดสรรหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบเพื่อใช้ในการตอบแทนแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายหรือบริษัทเป้าหมาย ในขณะที่กรณีของการรวมกิจการนั้น หุ้นในบริษัทใหม่ที่เกิดขึ้นจากการรวมบริษัทนั้น จะถูกจัดสรรให้แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากัน

¹² Mergers and Acquisitions, Op.cit., p. 5.

3.4 ผลของการควบกิจการและการรวมกิจการต่อผู้ถือหุ้น

กรณีของการควบกิจการ ผู้ถือหุ้นในบริษัทที่เข้ามาควบยังคงเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบต่อไป แต่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายจะกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบ ยกเว้นกรณีของการควบกิจการโดยใช้วิธีนำหุ้นมาแลกเปลี่ยน ซึ่งผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายยังคงเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายต่อไป เพราะการจัดสรรหุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบเพื่อตอบแทนบริษัทเป้าหมายซึ่งโอนสิทธิ์มายังบริษัทที่เข้ามาควบนั้น เป็นการจัดสรรให้แก่ตัวบริษัทเป้าหมายไม่ใช่แก่ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมาย อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายดำเนินการเลิกบริษัทเป้าหมายและชำระบัญชี หุ้นของบริษัทที่เข้ามาควบซึ่งเป็นทรัพย์สินของบริษัทเป้าหมายก็จะถูกแบ่งแก่ผู้ถือหุ้นต่อไป ผู้ถือหุ้นของบริษัทเป้าหมายก็จะกลายเป็นผู้ถือหุ้นบางส่วนของบริษัทที่เข้ามาควบ

สำหรับกรณีรวมกิจการ ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากันจะกลายเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่ที่เกิดจากการรวมกิจการ

4. การรวมบริษัทจำกัดเข้ากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติม โดยร่างพระราชบัญญัติ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1238 ถึง 1243 หรือส่วนที่เรียกว่า การควบบริษัทจำกัดเข้ากัน กำหนดให้บริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไป สามารถควบเข้ากันเพื่อเป็นบริษัทเดียวกันซึ่งเป็นนิติบุคคลใหม่¹³ โดยบริษัทเดิมที่ควบเข้ากันได้เลิกกันไปโดยผลของกฎหมาย ส่วนบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่และได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบของบริษัทเดิม¹⁴ และผู้ถือหุ้นของทุกบริษัทที่ควบเข้ากันกลายเป็น ผู้ถือหุ้นของบริษัทใหม่ การควบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบันจึงมีลักษณะเป็นการรวมกิจการ (Consolidation) มากกว่าที่จะเป็นการควบกิจการ (Merger) เพราะไม่ใช่การควบบริษัทเดิมตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป โดยที่บริษัทหนึ่งกลืนกิจการของบริษัทอื่นเข้าไปคงเหลือไว้แต่บริษัทแรกซึ่งเป็นบริษัทที่เข้ามาควบกิจการ แต่ทุกบริษัทที่รวมเข้ากันจะหมดสภาพนิติบุคคล ร่างพระราชบัญญัติมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้ โดยให้ยกเลิกชื่อส่วนและความในมาตรา 1238 ถึงมาตรา 1243 ใช้ชื่อส่วนใหม่ว่าการรวมบริษัทจำกัดเข้ากัน แล้วแบ่งการรวมบริษัทจำกัดเป็น 2 กรณี ได้แก่ การควบบริษัทและการผนวกบริษัท บทความในส่วนนี้จะวิเคราะห์เนื้อหาของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรวมบริษัทจำกัดดังกล่าว

¹³ มาตรา 1238 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันบริษัทจำกัดนั้นจะควบเข้ากันได้ เว้นแต่จะเป็นไปโดยมติพิเศษ.”

¹⁴ มาตรา 1241 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บริษัทได้ควบเข้ากันแล้วเมื่อใด ต่างบริษัทต้องนำความไปจดทะเบียนภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ควบเข้ากันและบริษัทจำกัดอันได้ตั้งขึ้นใหม่ด้วยควบเข้ากันนั้น ก็ต้องจดทะเบียนเป็นบริษัทใหม่.”

มาตรา 1243 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มีอยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น.”

4.1 ความหมายของการรวมบริษัทจำกัดเข้ากัน

ร่างพระราชบัญญัติเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1238 โดยกำหนดให้บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป สามารถรวมเข้ากันในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ได้แก่ การควบบริษัทและการผนวกบริษัท ดังนี้

4.1.1 การควบบริษัท เป็นกรณีที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทรวมเข้ากันในลักษณะของการควบกัน โดยเกิดบริษัทขึ้นใหม่ ส่วนบริษัทที่ควบเข้ากันนั้นก็หมดสภาพนิติบุคคล¹⁵ ซึ่งมีลักษณะเหมือนกับการควบบริษัทจำกัดเข้ากันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ถูกเสนอแก้ไขเพิ่มเติมยังคงใช้คำว่า “การควบบริษัท” ตามเดิม

4.1.2 การผนวกบริษัท เป็นกรณีที่บริษัทตั้งแต่สองบริษัทรวมเข้ากันในลักษณะของการผนวกกัน โดยบริษัทหนึ่งบริษัทใดยังคงมีสภาพนิติบุคคล ส่วนบริษัทอื่นที่ถูกผนวกกันหมดสภาพนิติบุคคล¹⁶ เนื้อหาของการผนวกบริษัทนี้เป็นเรื่องใหม่ และน่าจะมีลักษณะใกล้เคียงกับการควบกิจการ หรือ Merger กล่าวคือเมื่อสิ้นสุดกระบวนการผนวกบริษัทแล้ว ยังมีบริษัทหนึ่งซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นบริษัทที่เข้ามาควบกิจการยังคงสภาพความเป็นนิติบุคคลอยู่

4.2 การรวมบริษัทจำกัดต้องได้มติพิเศษ

การรวมบริษัทจำกัดต้องได้รับมติพิเศษ¹⁷ เช่นเดียวกับการควบบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน¹⁸ ดังนั้น ทุกบริษัทที่ประสงค์จะรวมกันไม่ว่าในลักษณะของการควบบริษัทหรือผนวกบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงต้องได้รับมติพิเศษจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อนว่าให้รวมกันได้ มติพิเศษนี้เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194 คือต้องได้คะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน¹⁹

¹⁵ ร่างมาตรา 1238 วรรคสอง (1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “...บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป จะรวมเข้ากันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ก็ได้ (1) ควบกันโดยเกิดบริษัทขึ้นใหม่ และบริษัทที่ควบกันหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล เรียกว่า “ควบบริษัท” ...”

¹⁶ ร่างมาตรา 1238 วรรคสอง (2) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “...บริษัทตั้งแต่สองบริษัทขึ้นไป จะรวมเข้ากันในลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้ก็ได้ (2) ผนวกกันโดยบริษัทหนึ่งบริษัทใดยังคงมีสภาพเป็นนิติบุคคล และบริษัทอื่นที่ผนวกกันหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล เรียกว่า “ผนวกบริษัท” ...”

¹⁷ ร่างมาตรา 1238 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “อันบริษัทจำกัดนั้นจะรวมเข้ากันได้ เว้นแต่จะเป็นไปโดยมติพิเศษ ...”

¹⁸ มาตรา 1238 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “อันบริษัทจำกัดนั้นจะควบเข้ากันได้ เว้นแต่จะเป็นไปโดยมติพิเศษ.”

¹⁹ มาตรา 1194 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “การใดที่กฎหมายกำหนดให้ต้องทำโดยมติพิเศษ ที่ประชุมใหญ่ต้องลงมติในเรื่องนั้นโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน” แต่บริษัทอาจกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับมติพิเศษให้มีคะแนนเสียงสูงกว่าที่กำหนดไว้ในมาตรา 1194 ก็ได้.

หลังจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติพิเศษให้รวมบริษัทจำกัดแล้ว ทุกบริษัทที่ประสงค์จะรวมกันต้องนำติดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ภายใน 14 วันนับแต่วันลงมติ²⁰

สำหรับคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่นั้น ปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1175 วรรคหนึ่ง กำหนดให้คำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่ลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่และส่งทางไปรษณีย์ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นทุกคนก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 7 วัน เว้นแต่คำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่เพื่อลงมติพิเศษ ให้กระทำการดังกล่าวก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 14 วัน²¹ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติได้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1175 วรรคหนึ่งด้วย โดยกำหนดว่าคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่ให้ส่งทางไปรษณีย์ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์ดังเช่นบทบัญญัติในปัจจุบัน เว้นแต่ในกรณีที่บริษัทมีหุ้นชนิดที่มีใบหุ้นออกให้แก่ผู้ถือ จึงต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ โดยกำหนดระยะเวลาในการทำคำบอกกล่าวยังคงเป็นไปตามมาตรา 1175 ในปัจจุบัน คือ ต้องกระทำก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 7 วัน เว้นแต่คำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่เพื่อลงมติพิเศษ ต้องกระทำก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 14 วัน²² ดังนั้น หากมาตรา 1175 มีการแก้ไขเพิ่มเติมแล้วคณะกรรมการจะมีคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่เพื่อลงมติพิเศษเรื่องการรวมบริษัทก็สามารถทำได้โดยวิธีการส่งทางไปรษณีย์ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 14 วันเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์ เว้นแต่บริษัทมีหุ้นชนิดที่มีใบหุ้นออกให้แก่ผู้ถือ คณะกรรมการจึงต้องมีคำบอกกล่าวโดยการโฆษณาในหนังสือพิมพ์ก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่า 14 วันด้วย

4.3 การคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ส่วนที่เกี่ยวกับการควบบริษัทจำกัดในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ดังนั้น ในการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อมีมติพิเศษเรื่องการควบบริษัท หากมีผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่ไม่เห็นด้วยกับการควบบริษัท ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยดังกล่าวซึ่งแพ้มติก็ยังต้องถือหุ้นในบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่เนื่องจากบริษัทที่เกิดขึ้นใหม่ได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบของบริษัทเดิมที่ควบเข้ากัน²³

²⁰ ร่างมาตรา 1239 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “มติพิเศษซึ่งวินิจฉัยให้รวมบริษัทจำกัดเข้ากันนั้น บริษัทต้องนำไปจดทะเบียนภายในสิบสี่วันตั้งแต่วันลงมติ” ซึ่งมีเนื้อหา ลักษณะเดียวกับมาตรา 1239 ในปัจจุบัน.

²¹ มาตรา 1175 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “คำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่ให้ลงพิมพ์โฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราวก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และส่งทางไปรษณีย์ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นทุกคนที่มีชื่อในทะเบียนของบริษัทก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน เว้นแต่เป็นคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่เพื่อลงมติพิเศษ ให้กระทำการดังกล่าวก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าสิบสี่วัน ...”

²² ร่างมาตรา 1175 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 12 บัญญัติว่า “คำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่ให้ส่งทางไปรษณีย์ตอบรับไปยังผู้ถือหุ้นทุกคนที่มีชื่อในทะเบียนของบริษัทก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน แต่ในกรณีที่บริษัทมีหุ้นชนิดที่มีใบหุ้นออกให้แก่ผู้ถือ ให้โฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราว ก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าเจ็ดวันด้วย หากเป็นคำบอกกล่าวเรียกประชุมใหญ่เพื่อลงมติพิเศษให้กระทำการดังกล่าวก่อนวันนัดประชุมไม่น้อยกว่าสิบสี่วัน.”

²³ มาตรา 1243 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บริษัทใหม่นี้ย่อมได้ไปทั้งสิทธิและความรับผิดชอบที่มีอยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มาควบเข้ากันนั้นทั้งสิ้น”

ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขปัญหาข้างต้นโดยกำหนดให้มีบทบัญญัติคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยทำนองเดียวกับกรณีของการควบบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 146 วรรคสอง²⁴ โดยร่างพระราชบัญญัติเพิ่มประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1239/1 เข้ามา²⁵ วรรคหนึ่ง ของร่างมาตรา 1239/1 กำหนดให้หลังจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติพิเศษให้รวมบริษัทจำกัดแล้ว หากมีผู้ถือหุ้นที่เข้าร่วมประชุมคัดค้านการรวมบริษัทเข้ากัน ก็ให้จัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาที่ตกลงกัน หรือในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ ก็ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นไม่ยอมขายหุ้นภายใน 14 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำเสนอขอซื้อ บริษัทจึงจะดำเนินการรวมบริษัทเข้ากันต่อไปได้ โดยให้ถือว่า ผู้ถือหุ้นดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากัน มีข้อสังเกตว่า บทบัญญัติคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยนี้คุ้มครองผู้ถือหุ้นที่คัดค้านการรวมบริษัทเฉพาะที่เข้าร่วมประชุมเพื่อมีมติพิเศษเรื่องการรวมบริษัทด้วย ต่างจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 146 วรรคสอง ซึ่งไม่ได้กำหนดว่าผู้ถือหุ้นซึ่งคัดค้านการควบบริษัทที่จะได้รับการคุ้มครองต้องเข้าร่วมประชุมผู้ถือหุ้นด้วย นอกจากนี้ การให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยครอบคลุมผู้ถือหุ้นของทุกบริษัทที่จะรวมเข้ากันไม่ว่าในลักษณะของการควบบริษัทหรือการผนวกบริษัท หรือแม้แต่ผู้ถือหุ้นของบริษัทที่เข้าผนวก (บริษัทที่เข้ามาควบกิจการ หรือ Surviving Company) ซึ่งยังคงสภาพนิติบุคคลภายหลังการผนวกบริษัทก็ได้รับการคุ้มครองเช่นกัน

4.4 การเปิดโอกาสให้เจ้าหนี้คัดค้านการรวมบริษัทจำกัด

ผลของการรวมบริษัทจำกัดเข้ากันทำให้บริษัทที่รวมเข้ากันได้ไปซึ่งทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทเดิม²⁶ เจ้าหนี้ของแต่ละบริษัทเดิมจึงอาจเสียเปรียบได้ เพราะก่อนรวมบริษัท บริษัทเดิมอาจมีทรัพย์สินมากกว่าหนี้สิน เจ้าหนี้ของบริษัทเดิมจึงมีโอกาสได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ในขณะที่ภายหลังการรวมบริษัท บริษัทที่รวมเข้ากันอาจมีหนี้สินมากกว่าทรัพย์สิน เจ้าหนี้ของบริษัทเดิมซึ่งกลายมาเป็นเจ้าหนี้ของบริษัทที่รวมเข้ากันจึงอาจไม่ได้รับชำระหนี้เต็มจำนวน ร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและ

²⁴ มาตรา 146 วรรคสอง พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “...ในกรณีที่มีมติให้ควบบริษัทตามวรรคหนึ่งแล้ว แต่มีผู้ถือหุ้นคัดค้านการควบบริษัท บริษัทต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาที่ซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ครั้งสุดท้ายก่อนวันที่มีมติให้ควบบริษัท และในกรณีไม่มีราคาซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาอิสระที่ทั้งสองฝ่ายแต่งตั้งขึ้นเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ยอมขายภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ได้รับคำเสนอขอซื้อให้บริษัทดำเนินการควบบริษัทต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวนั้นเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ควบกันแล้ว.”

²⁵ ร่างมาตรา 1239/1 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “เมื่อมีมติพิเศษให้รวมบริษัทเข้ากันแล้ว แต่มีผู้ถือหุ้นที่เข้าร่วมประชุมคัดค้านการรวมบริษัทเข้ากัน บริษัทต้องจัดให้มีผู้ซื้อหุ้นของผู้ถือหุ้นดังกล่าวในราคาที่ตกลงกัน หรือในกรณีไม่สามารถตกลงกันได้ให้ใช้ราคาตามที่ผู้ประเมินราคาเป็นผู้กำหนด ถ้าผู้ถือหุ้นนั้นไม่ยอมขายภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ได้รับคำเสนอขอซื้อ ให้บริษัทดำเนินการรวมบริษัทเข้ากันต่อไปได้ และให้ถือว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวนั้นเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากัน ...”

²⁶ ร่างมาตรา 1243 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “บริษัทที่รวมเข้ากันนี้ย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบบรรดาที่อยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มารวมเข้ากันนั้นทั้งสิ้น.”

พาณิชย์ มาตรา 1240²⁷ เปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่คัดค้านการรวมบริษัทได้มากขึ้น โดยเนื้อหาของมาตรา 1240 ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมจะต่างไปจากในปัจจุบัน²⁸ แต่ใกล้เคียงกับกรณีเจ้าหน้าที่คัดค้านการควบบริษัทตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535²⁹ ปัจจุบัน ขั้นตอนการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงการควบบริษัทจำกัดกระทำโดยวิธีโฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่และส่งคำบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่โฆษณาและคำบอกกล่าวต้องมีรายการที่ประสงค์จะควบบริษัทเข้ากัน ส่วนตามมาตรา 1240 ที่เสนอแก้ไขใหม่กำหนดว่า เมื่อแต่ละบริษัทมีมติพิเศษให้รวมบริษัทเข้ากันแล้ว ให้บริษัทเหล่านั้นมีหนังสือแจ้งมติพิเศษภายใน 14 วันนับแต่วันที่ได้มีมติไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทตามรายชื่อที่ปรากฏในบัญชีของบริษัท ณ วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติให้รวมบริษัทเข้ากัน รวมทั้งให้โฆษณามติพิเศษทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายภายใน 14 วันนั้นด้วย ดังนั้น ขั้นตอนการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงการรวมบริษัทจำกัดตามกฎหมายที่เสนอแก้ไขจึงต่างไปจากการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงการควบบริษัทจำกัดในปัจจุบัน กล่าวคือ เปลี่ยนจากโฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่และส่งคำบอกกล่าวซึ่งระบุรายการที่ประสงค์จะควบบริษัท เป็นทำหนังสือแจ้งมติพิเศษว่าให้รวมบริษัทและโฆษณามติพิเศษดังกล่าวในหนังสือพิมพ์รายวันซึ่งต้องแพร่หลาย นอกจากนี้ ระยะเวลาในการแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบถึงการรวมบริษัทก็ชัดเจนขึ้น จากที่มีได้ระบุว่าต้องแจ้งภายในกำหนดเวลาเท่าใดก็เปลี่ยนเป็นต้องกระทำภายใน 14 วันนับแต่วันที่มติพิเศษ ส่วนตัวเจ้าหน้าที่ซึ่งบริษัทมีหน้าที่ต้องแจ้ง ปัจจุบันกำหนดว่าเฉพาะผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ ซึ่งไม่ชัดเจนว่าจะครอบคลุมถึงเจ้าหน้าที่รายใดบ้าง ก็เปลี่ยนเป็นเจ้าหน้าที่ตามที่ปรากฏในบัญชีของบริษัทในวันที่มีมติพิเศษ

²⁷ ร่างมาตรา 1240 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “เมื่อมีมติพิเศษให้รวมบริษัทเข้ากันแล้ว บริษัทต้องมีหนังสือแจ้งมติดังกล่าวภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ได้มีมติไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทตามรายชื่อที่ปรากฏในบัญชีของบริษัท ณ วันที่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติให้รวมบริษัทเข้ากันโดยกำหนดเวลาให้ส่งคำคัดค้านภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งมตินั้น และให้บริษัทโฆษณามตินั้นทางหนังสือพิมพ์รายวันที่แพร่หลายภายในกำหนดเวลาสิบสี่วันนั้นด้วย ถ้ามีการคัดค้าน บริษัทจะรวมเข้ากันได้จนกว่าจะได้ชำระหนี้หรือได้ให้ประกันเพื่อหนี้นั้นแล้ว.”

²⁸ มาตรา 1240 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “บริษัทต้องโฆษณาในหนังสือพิมพ์แห่งท้องที่อย่างน้อยหนึ่งคราว และส่งคำบอกกล่าวไปยังบรรดาผู้ซึ่งบริษัทรู้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของบริษัท บอกให้ทราบรายการที่ประสงค์จะควบบริษัทเข้ากัน และขอให้เจ้าหน้าที่ผู้มีข้อคัดค้านอย่างหนึ่งอย่างใดในการควบบริษัทเข้ากันนั้นส่งคำคัดค้านไปภายในหกสิบวันนับแต่วันที่บอกกล่าว ถ้าไม่มีใครคัดค้านภายในกำหนดเวลาเช่นนั้น ก็ให้พึงถือว่าไม่มีคัดค้าน ถ้าหากมีเจ้าหน้าที่คัดค้าน บริษัทจะจัดการควบเข้ากันได้ จนกว่าจะได้ชำระหนี้หรือได้ให้ประกันเพื่อหนี้รายนั้น.”

²⁹ มาตรา 147 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “บริษัทต้องมีหนังสือแจ้งมติการที่จะควบกันกับบริษัทอื่นไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทและให้นำมาตรา 141 มาใช้บังคับโดยอนุโลม.”

มาตรา 141 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติว่า “ในการลดทุนที่มีใช้กรณีตามมาตรา 140 บริษัทต้องมีหนังสือแจ้งมติการลดทุนไปยังเจ้าหน้าที่ของบริษัทที่บริษัททราบภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่ประชุมผู้ถือหุ้นลงมติ โดยกำหนดเวลาให้ส่งคำคัดค้านภายในสองเดือนนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งมตินั้น และให้บริษัทโฆษณามตินั้นทางหนังสือพิมพ์ภายในกำหนดเวลาสิบสี่วันนั้นด้วย ถ้ามีการคัดค้าน บริษัทจะลดทุนมิได้จนกว่าจะได้ชำระหนี้หรือให้ประกันเพื่อหนี้นั้นแล้ว.”

สำหรับกำหนดเวลาที่เจ้าหน้าที่ต้องคัดค้านนั้น ปัจจุบันกำหนดให้ส่งคำคัดค้านภายใน 60 วันนับแต่วันบอกกล่าว หากไม่มีใครคัดค้านภายในกำหนด ก็ถือว่าไม่มีคัดค้าน แต่ถ้ามีการคัดค้าน บริษัทจะควงกันไม่ได้ จนกว่าจะได้ชี้หรือให้ประกัน แต่ตามกฎหมายที่เสนอแก้ไข กำหนดให้ต้องส่งคำคัดค้านภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับหนังสือแจ้งมติพิเศษ หากมีการคัดค้าน บริษัทจะควงกันไม่ได้จนกว่าได้ชำระหนี้หรือได้ประกันแก่เจ้าหน้าที่แล้ว โดยไม่มีถ้อยคำในลักษณะที่ว่า หากไม่มีใครคัดค้านภายในกำหนด ก็ถือว่าไม่มีคัดค้าน

4.5 บริษัทที่จะรวมกันจัดประชุมผู้ถือหุ้นร่วมกัน

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนการควบบริษัทจำกัด ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้นร่วมกันของบริษัททั้งหลายที่จะควงกัน แต่ร่างพระราชบัญญัติได้เพิ่มประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1240/1 และมาตรา 1240/2 เข้ามา³⁰ กำหนดให้หลังจากที่ดำเนินการตามมาตรการคุ้มครองผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยตามข้อ 4.3 และเปิดโอกาสให้เจ้าหน้าที่คัดค้านการรวมบริษัทซึ่งอาจมีการคัดค้าน และได้ชี้หรือวางประกันหรือไม่มีการคัดค้าน แล้วแต่กรณี ตามข้อ 4.4 แล้ว กรรมการของบริษัทที่จะรวมกันต้องเรียกประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัททั้งหลายให้มาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาเรื่องต่างๆ อันเกี่ยวกับบริษัทที่รวมเข้ากันได้แก่ ชื่อของบริษัทซึ่งอาจใช้ชื่อใหม่หรือใช้ชื่อเดิมของบริษัทที่รวมเข้ากันได้ วัตถุประสงค์

³⁰ ร่างมาตรา 1240/1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า
“เมื่อได้ดำเนินการตามมาตรา 1239 และมาตรา 1240 แล้ว ให้กรรมการบริษัทที่จะรวมเข้ากันเรียกประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้นๆ ให้มาประชุมร่วมกันเพื่อพิจารณาในเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อของบริษัทที่รวมเข้ากัน โดยจะใช้ชื่อใหม่หรือจะใช้ชื่อเดิมของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมเข้ากันก็ได้
- (2) วัตถุประสงค์ของบริษัทที่รวมเข้ากัน
- (3) ทุนเรือนหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากัน โดยจะต้องมีทุนเรือนหุ้นไม่น้อยกว่าทุนเรือนหุ้นของบริษัทเดิมอันมารวมเข้ากัน
- (4) จัดสรรหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากันให้แก่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ มีให้นำมาตรา 1222 มาใช้บังคับ
- (5) หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทที่รวมเข้ากัน
- (6) ข้อบังคับของบริษัทที่รวมเข้ากัน
- (7) เลือกตั้งกรรมการบริษัทที่รวมเข้ากัน
- (8) เลือกตั้งผู้สอบบัญชีบริษัทที่รวมเข้ากัน
- (9) เรื่องอื่นๆ ที่จำเป็นในการรวมบริษัทเข้ากัน ถ้าหากมี

ทั้งนี้ต้องดำเนินการประชุมให้เสร็จสิ้นภายในหกเดือนนับแต่วันที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งได้ลงมติให้รวมเข้ากันเป็นรายหลังสุด เว้นแต่ที่ประชุมตามมาตรา 1239 นี้ลงมติให้ขยายเวลาออกไปแต่เมื่อรวมเวลาทั้งหมดแล้วต้องไม่เกินหนึ่งปี”

ร่างมาตรา 1240/2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า
“ในการประชุมเพื่อพิจารณาเรื่องต่างๆ ร่วมกันตามมาตรา 1240/1 ให้ประชุมในท้องที่อื่นเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมเข้ากัน หรือในจังหวัดที่ใกล้เคียงที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมเข้ากัน โดย

- (1) ต้องมีผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นทั้งหมดของแต่ละบริษัทที่จะรวมเข้ากันมาประชุม จึงจะเป็นองค์ประชุม
- (2) ให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมเลือกผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเป็นประธาน
- (3) การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุม ให้ถือเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมตาม
- (4) เว้นแต่จะตกลงกันเป็นอย่างอื่น”

ทุนเรือนหุ้นซึ่งต้องไม่น้อยกว่าผลรวมของทุนเรือนหุ้นของบริษัทที่รวมเข้ากัน การจัดสรรหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ การเลือกตั้งกรรมการ การเลือกตั้งผู้สอบบัญชี และเรื่องอื่นๆ ที่จำเป็น โดยการประชุมผู้ถือหุ้นร่วมกันนี้ต้องเสร็จสิ้นภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่บริษัทใดบริษัทหนึ่งได้ลงมติให้รวมกันเป็นรายหลังสุด เว้นแต่ที่ประชุมร่วมจะลงมติให้ขยายเวลาออกไป แต่เมื่อรวมเวลาทั้งหมดแล้วต้องไม่เกิน 1 ปี ในการประชุมต้องมีผู้ถือหุ้นนับจำนวนหุ้นรวมกันได้ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นทั้งหมดของของแต่ละบริษัทมาประชุมจึงเป็นองค์ประชุม และให้ผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมเลือกผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเป็นประธาน การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้เป็นไปตามเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นซึ่งมาประชุมหรือตามที่ตกลงกัน โดยสถานที่ที่ประชุมต้องตั้งอยู่ในท้องที่อันเป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทใดบริษัทหนึ่งที่จะรวมกันหรือจังหวัดใกล้เคียง³¹

4.6 การส่งมอบกิจการและจดทะเบียนรวมบริษัท

ร่างพระราชบัญญัติได้เพิ่มประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1240/3 เข้ามา กำหนดให้คณะกรรมการของบริษัทเดิมต้องส่งมอบกิจการ ทรัพย์สิน บัญชี เอกสาร และหลักฐานต่างๆ ของบริษัทให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่รวมเข้ากันภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมร่วม³² หลังจากนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1241 ที่เสนอแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ คณะกรรมการของบริษัทที่รวมเข้ากันต้องขอจดทะเบียนการรวมบริษัทพร้อมยื่นหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับบริษัทซึ่งอนุมัติจากที่ประชุมร่วมกันภายใน 14 วันนับแต่เสร็จสิ้นการประชุมร่วม³³ เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนการรวมบริษัทแล้ว หากเป็นกรณีควบบริษัท นายทะเบียนจะหมายความว่าบริษัทเดิมที่ควบกันหมดสภาพนิติบุคคล ส่วนกรณีผนวกบริษัท นายทะเบียนจะหมายความว่าบริษัทที่ถูกผนวกหมดสภาพนิติบุคคล³⁴ โดยบริษัทที่ได้รวมเข้ากันได้ไปซึ่งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบทั้งหลายของบริษัทเดิม³⁵

³¹ มีข้อสังเกตว่าร่างมาตรา 1240/1 และร่างมาตรา 1240/2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่เสนอเพิ่มเติมเข้ามาโดยร่างพระราชบัญญัติมีเนื้อหาทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 148 และมาตรา 149.

³² ร่างมาตรา 1240/3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “คณะกรรมการบริษัทเดิมต้องส่งมอบกิจการ ทรัพย์สิน บัญชี เอกสาร และหลักฐานต่างๆ ของบริษัทให้แก่คณะกรรมการบริษัทที่รวมเข้ากันแล้วภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมตามมาตรา 1240/1” โดยสังเกตว่าร่างมาตรา 1240/3 นี้มีเนื้อหาทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 150.

³³ ร่างมาตรา 1241 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “คณะกรรมการบริษัทที่รวมเข้ากันต้องขอจดทะเบียนการรวมบริษัทเข้ากันพร้อมกับยื่นหนังสือบริคณห์สนธิ และข้อบังคับที่ที่ประชุมตามมาตรา 1240/1 ได้อนุมัติแล้วต่อนายทะเบียนภายในสิบสี่วันนับแต่วันที่เสร็จสิ้นการประชุมตามมาตรา 1240/1” โดยสังเกตว่าร่างมาตรา 1241 นี้มีเนื้อหาทำนองเดียวกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 151.

³⁴ ร่างมาตรา 1242 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “เมื่อนายทะเบียนรับจดทะเบียนการรวมบริษัทเข้ากันแล้ว ให้นายทะเบียนหมายเหตุไว้ในทะเบียน ดังนี้
(1) ในกรณีที่ควบบริษัทเข้ากัน ให้หมายเหตุว่าบริษัทเดิมที่ควบกันนั้นหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล
(2) ในกรณีที่ผนวกบริษัทเข้ากัน ให้หมายเหตุว่าบริษัทที่ถูกผนวกกันนั้นหมดสภาพจากการเป็นนิติบุคคล.”

³⁵ ร่างมาตรา 1243 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเสนอแก้ไขเพิ่มเติมโดยร่างพระราชบัญญัติ มาตรา 17 บัญญัติว่า “บริษัทที่รวมเข้ากันนี้ย่อมได้ไปทั้งทรัพย์สิน หนี้ สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบบรรดามีอยู่แก่บริษัทเดิมอันได้มารวมเข้ากันนั้นทั้งสิ้น.”

5. บทสรุป

การควบกิจการนอกจากจะทำได้โดยอาศัยวิธีการตามขั้นตอนต่างๆที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ (Statutory Merger) แล้ว ผู้ประกอบธุรกิจยังสามารถเลือกใช้วิธีการอื่นๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้อีก เช่น ใช้วิธีแลกเปลี่ยนหุ้น และใช้วิธีนำหุ้นไปแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ การแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยเพิ่มการผนวกบริษัทเข้าไปเป็นลักษณะหนึ่งของการรวมบริษัท และปรับปรุงขั้นตอนการรวมบริษัท รวมทั้งพัฒนามาตรการคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการรวมบริษัท นอกจากนี้จะช่วยเพิ่มทางเลือกแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องการใช้การควบกิจการเป็นกลยุทธ์ในการขยายธุรกิจหรือเป็นหนทางในการอยู่รอดของธุรกิจแล้ว ยังถือว่าเป็นการยกระดับการควบกิจการโดยใช้วิธีการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดของประเทศไทยให้เป็นสากลยิ่งขึ้น ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเลือกรูปแบบการรวมบริษัทตามกฎหมายได้ว่าอยากให้บริษัทที่รวมกันหมดสภาพนิติบุคคลไปทุกบริษัทโดยเกิดบริษัทขึ้นใหม่ หรืออยากให้บริษัทที่รวมกันคงเหลือบริษัทหนึ่งที่ยังมีสภาพนิติบุคคล

การรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการในกระบวนการตรากฎหมาย:
บทวิเคราะห์ตามแนวทางของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมาย
และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562

Public hearings of persons with disabilities in law-making: An analysis of the
approach stipulated by the Act on Criteria of Bill Drafting Process and
Evaluation of Laws B.E. 2562

ภูวดล พิพูธวัฒน์*

Phuwadon Piputwat

บทคัดย่อ

ปัจจุบันมีการแสดงความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับข่าวสารที่เกิดขึ้นในชีวิตประจำวัน หรือเกี่ยวกับสภาพปัญหาทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะการแสดงความคิดเห็นผ่านช่องทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นที่นิยมอย่างสูง เนื่องจากเป็นช่องทางที่มีความสะดวกรวดเร็ว เสียค่าใช้จ่ายน้อย และสามารถเข้าถึงได้โดยกลุ่มคนทุกเพศทุกวัย การแสดงความคิดเห็นผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์จึงมีศักยภาพในการนำมาใช้รับฟังความคิดเห็นของประชาชนประกอบการดำเนินงานต่างๆ ของภาครัฐ รวมทั้งการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนประกอบการจัดทำร่างกฎหมายเพื่อให้การออกกฎหมายเป็นไปอย่างรอบคอบผ่านกระบวนการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน

โดยพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้นำช่องทางอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เป็นวิธีการพื้นฐานในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย รวมถึงให้หน่วยงานของรัฐใช้วิธีการอื่นร่วมด้วยตามความเหมาะสม อย่างไรก็ตามกลุ่มบุคคลบางกลุ่มยังมีอุปสรรคในการแสดงความคิดเห็นเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายผ่านช่องทางและวิธีการต่างๆ เนื่องจากความเหลื่อมล้ำของปัจจัยด้านเศรษฐกิจ ภูมิสังคม หรือลักษณะทางร่างกาย โดยเฉพาะบุคคลผู้มีความพิการซึ่งอาจประสบปัญหาในการแสดงความคิดเห็นทั้งโดยผ่านทางอิเล็กทรอนิกส์และผ่านวิธีการอื่นๆ

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการที่เกี่ยวข้องกับการมีส่วนร่วมของภาคประชาชนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับระหว่างประเทศและภายในประเทศ การรับฟังความคิดเห็นของกลุ่มบุคคลผู้มีความพิการตามแนวทางของพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 และอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นในทางปฏิบัติ รวมถึงแนวทาง

* คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

นิติศาสตร์บัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, LL.M (Master of Laws), University College London.

การแก้ไขเพื่อให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถแสดงความคิดเห็นเพื่อประกอบการจัดทำร่างกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: สิทธิคนพิการ, บุคคลผู้มีความพิการ, การรับฟังความคิดเห็น, ระบบกลาง, ร่างกฎหมาย

ABSTRACT

In the present climate, the peoples share and express their views on daily news, social and economic problems very widely, especially through electronic channel which becoming vastly popular as it is fast, convenient, low-cost, and easily reached. Therefore, the electronic public hearings have high potential for receiving feedbacks from the peoples and taking them into consideration before an operation or activity of the government sector. Such features are also applied to public hearings for a bill drafting process where the prudence and vigilance of the process are enhanced by the inclusive public participation.

The Act on Criteria of Bill Drafting Process and Evaluation of Laws B.E. 2562 has indicated that electronic channel would be the basic method of public hearings for the bill drafting process, while state agencies should also use other methods of public hearings as appropriate. However, some groups of the peoples still face myriad barriers to participate in public hearings through many channels, mainly due to inequalities in socio-economic and political issues, or physical characteristics. Particularly, persons with disabilities are the primary group facing barriers both in participating through electronic channel and other methods of public hearings.

In this article, the author will analyze the rights of persons with disabilities regarding public participation both at the domestic and international levels. Details of public hearings of persons with disabilities according to The Act on Criteria of Bill Drafting Process and Evaluation of Laws B.E. 2562 and relevant practical problems will also be discussed. Subsequently, the author proposes several legal and practical reconceptualizations for more effective participation of persons with disabilities.

Keywords: Disability rights, persons with disabilities, public participation, public hearings, central legal database, bill drafting

1. ความเบื้องต้น

มาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดแนวทางให้รัฐดำเนินการเกี่ยวกับการตรากฎหมาย โดยกำหนดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องก่อนการตรากฎหมาย วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 กำหนดรายละเอียดการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องสำหรับบุคคลบางกลุ่มนั้นมีลักษณะและข้อควรพิจารณาเป็นการเฉพาะเนื่องจากบุคคลบางกลุ่มมีความสามารถในการเข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในระดับที่แตกต่างจากบุคคลทั่วไป เช่น กลุ่มบุคคลผู้มีความพิการ กลุ่มชาติพันธุ์ หรือกลุ่มผู้สูงอายุ เป็นต้น ในบทความนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ถึงสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการในการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งในระดับระหว่างประเทศและกฎหมายของประเทศไทย ปัญหาและอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้น และข้อเสนอแนะเพื่อการพัฒนาการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการในอนาคต

อนึ่ง ในบทความนี้ผู้เขียนเจตนาใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” แทนคำว่า “คนพิการ” เนื่องจากต้องการสนับสนุนแนวทางการใช้ถ้อยคำเรียกบุคคลผู้มีความพิการด้วยการใช้ภาษาที่เสริมสร้างการมีส่วนร่วมในสังคม (Inclusive Language) ซึ่งมุ่งเน้นการสื่อสารไปที่ตัวบุคคลก่อนเป็นอันดับแรก (Person-First Language) มิใช่เรียกโดยสื่อถึงความพิการก่อน เนื่องจากในภาษาอังกฤษ นั้น คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” จะใช้ถ้อยคำ ว่า “Person with Disabilities” ในขณะที่คำว่า “คนพิการ” นั้น ในภาษาอังกฤษจะใช้ถ้อยคำว่า “Disabled People” ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าการใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” จึงเป็นการสื่อสารถึงบุคคลผู้มีความพิการด้วยความเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสถานะบุคคลทางกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เป็นการมองบุคคลทุกคนอย่างเสมอกันในสายตาของกฎหมาย โดยยอมรับในความแตกต่างว่า บุคคลบางกลุ่มเพียงแต่มีลักษณะทางกายหรือสภาพจิตใจที่แตกต่างจากบุคคลอื่นๆ ส่วนใหญ่ในสังคม จึงสื่อสารจากมุมมองที่ว่าบุคคลเหล่านั้น “มี” ความพิการอยู่กับตัว แต่มิได้มองว่าบุคคลเหล่านั้น “เป็น” ความพิการหรือความบกพร่องที่มีความผิดปกติแต่อย่างใด¹ ทั้งนี้ การใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” นั้น เป็นการสื่อสารที่สอดคล้องกับการใช้ภาษาทางกฎหมายในระดับระหว่างประเทศอีกด้วย เนื่องจากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการ (Convention on the Rights of the Persons with Disabilities (CRPD)) ขององค์การสหประชาชาติซึ่งถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับสำคัญที่กำหนดหลักการเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการ และเป็นอนุสัญญาที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม 2551 นั้น ก็ใช้ถ้อยคำว่า “Persons with Disabilities” เช่นเดียวกัน

¹ Guidelines: How to Write and Report About People with Disabilities, and “Your Words, Our Image” (poster), Research & Training Center on Independent Living, University of Kansas, 8th Edition, 2013.

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีข้อสังเกตในเบื้องต้นว่าเอกสารทางกฎหมายของประเทศไทยโดยส่วนใหญ่ยังคงใช้คำว่า “คนพิการ” ไม่ว่าจะหมายถึงพระราชบัญญัติและอนุบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการในประเทศไทย อาทิเช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และกฎกระทรวงกำหนดจำนวนคนพิการที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการและหน่วยงานของรัฐจะต้องรับเข้าทำงาน และจำนวนเงินที่นายจ้างหรือเจ้าของสถานประกอบการจะต้องนำส่งเข้ากองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2554 รวมถึงคำแปลอนุสัญญา CRPD ซึ่งจัดทำโดยสำนักงานส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์² ซึ่งแปลชื่ออนุสัญญา Convention on the Rights of the Persons with Disabilities ว่า “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่สอดคล้องกับแนวทางการสื่อสารด้วยการใช้ภาษาที่เสริมสร้างการมีส่วนร่วมในสังคม (Inclusive Language) ดังกล่าวข้างต้น ดังนั้น เนื้อหาในส่วนต่อไปของบทความนี้ ผู้เขียนจะใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” ให้สอดคล้องกันทั้งหมด ยกเว้นกรณีที่กำลังกล่าวถึงชื่อของกฎหมายหรือเอกสารที่ต้องการอ้างอิง และกฎหมายหรือเอกสารเหล่านั้นใช้คำว่า “คนพิการ” ไว้อย่างเจาะจง

2. สิทธิของบุคคลผู้มีความพิการในการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมาย

หลักการสำคัญเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้กำหนดไว้ในมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย สรุปสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีความพิการได้ว่า บุคคลผู้มีความพิการย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป และได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องความพิการจะกระทำได้ ทั้งนี้ มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม บทบัญญัติดังกล่าวในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเป็นการรับรองสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการให้สามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป

สิทธิของบุคคลผู้มีความพิการที่ได้รับการรับรองในระดับระหว่างประเทศซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยนั้น สามารถพิจารณาได้จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการ (CRPD) โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกโดยการให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาดังกล่าวแล้ว หลักการสำคัญของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการมุ่งเน้นการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตของบุคคลผู้มีความพิการผ่านการพัฒนาทางสังคม การปรับปรุงบริการสาธารณะให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถเข้าถึงได้ การลดอุปสรรคที่เกิดจากสิ่งแวดล้อมภายนอกซึ่งเป็นข้อจำกัดต่อการดำเนินชีวิตของบุคคลผู้มีความพิการ และการขจัด การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมด้วยเหตุแห่งความพิการ (Non-Discrimination)

² กระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์. สำนักงานส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ. *อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ Convention on the Rights of the Persons with Disabilities (CRPD)*. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติ, 2552.

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการได้กำหนดรายละเอียดของการรับรองสิทธิเฉพาะด้านไว้หลายประการ รวมถึงสิทธิในทางการเมืองด้วย โดยได้รับรองสิทธิทางการเมืองของบุคคลผู้มีความพิการไว้ในมาตรา 29 มีเนื้อความที่เป็นสาระสำคัญส่วนหนึ่ง ดังนี้

“ข้อ 29 การมีส่วนร่วมทางการเมืองและเรื่องสาธารณะ (participation in political and public life) ให้รัฐภาคีประกันสิทธิทางการเมืองของคนพิการและการอุปถัมภ์สิทธิดังกล่าว บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น และให้ดำเนินการ

(เอ) ประกันว่าคนพิการสามารถมีส่วนร่วมทางการเมืองและเรื่องสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพและเต็มที่ บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น ทั้งโดยตรงหรือโดยผ่านผู้แทนที่ได้รับเลือกอย่างอิสระ รวมถึงสิทธิและโอกาสของคนพิการในการออกเสียงและได้รับเลือกตั้ง...” และ

“(บี) ส่งเสริมอย่างแข็งขันให้เกิดสภาพแวดล้อมที่คนพิการสามารถมีส่วนร่วมในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ และอย่างเต็มที่ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น และกระตุ้นให้มีส่วนร่วมในสาธารณกิจ...”³

การมีส่วนร่วมทางการเมืองและเรื่องสาธารณะมีความหมายที่กว้างกว่าการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง และการลงสมัครรับเลือกตั้ง โดยครอบคลุมถึงกระบวนการตัดสินใจสาธารณะที่มีผลต่อประชาชนเป็นการทั่วไปในทุกมิติ การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องในกระบวนการตรากฎหมายซึ่งจะมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของประชาชนจึงย่อมเป็นส่วนหนึ่งของการมีส่วนร่วมทางการเมืองและเรื่องสาธารณะด้วย

3. หลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Accommodation)

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งซึ่งปรากฏในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการ ได้แก่ หลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Accommodation) โดยในส่วบทนิยามของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการให้ความหมายของหลักการดังกล่าวไว้ว่า “การเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงที่จำเป็นและเหมาะสมโดยไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วน เฉพาะในกรณีที่เป็นเพื่อประกันว่าคนพิการได้อุปถัมภ์และใช้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งปวงที่เท่าเทียมกับบุคคลอื่น”⁴ โดยหลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผลเป็นการแสดงออกในความตระหนักถึงความต้องการของบุคคลผู้มีความพิการที่แตกต่างจากความต้องการของบุคคลทั่วไป ในการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดในชีวิตประจำวัน และเพื่อให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป หลักการดังกล่าวจึงกำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงสิ่งต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง และอาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดในชีวิตประจำวันของบุคคลผู้มีความพิการให้มีลักษณะที่จะอำนวยความสะดวกต่อบุคคลผู้มีความพิการอย่างเหมาะสมตามเหตุผลและความจำเป็นของบริบทต่างๆ ตัวอย่างเช่น

³ อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 2.

⁴ อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 2.

การปรับปรุงทางเข้าอาคารให้มีทางลาดเพื่ออำนวยความสะดวกต่อผู้ใช้รถเข็นวีลแชร์ การสร้างลิฟต์เพื่อเข้าสู่ระบบรถไฟฟ้าสาธารณะ และการช่วยเหลือนักศึกษาผู้มีความพิการโดยมหาวิทยาลัยเพื่ออำนวยความสะดวกในการเรียนการสอน เป็นต้น

ทั้งนี้ มีข้อควรพิจารณาในเบื้องต้นว่าหลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผล มิใช่การก่อตั้งสิทธิพิเศษ (Special right) ขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เป็นการกำหนดมาตรการปฏิบัติเป็นพิเศษ (Special treatment) เพื่อให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถใช้สิทธิได้อย่างแท้จริงในทางปฏิบัติ กล่าวคือ สิทธิของบุคคลผู้มีความพิการย่อมเท่าเทียมกับสิทธิของบุคคลทั่วไปในทางกฎหมาย ไม่มีสิทธิของบุคคลใดเหนือหรือด้อยไปกว่ากัน ซึ่งสะท้อนถึงหลักความเสมอภาคเบื้องหน้ากฎหมาย (Equality before the law) ระหว่างบุคคลผู้มีความพิการและบุคคลทั่วไป โดยลักษณะของการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผลนั้น จะมีความหลากหลายไปตามความพิการประเภทต่างๆ เช่น ความพิการทางการเห็น ความพิการทางการได้ยินและสื่อความหมาย ความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย เป็นต้น ทั้งนี้ ขอบเขตการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผลอย่างเหมาะสมนั้นจะอยู่ที่การไม่ก่อให้เกิดภาระอันเกินควรหรือเกินสัดส่วนต่อผู้ที่ต้องดำเนินการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผลนั้นซึ่งต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีไป⁵ โดยหลักการนี้สอดคล้องกับมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งกำหนดให้มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพ ได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่คนพิการ ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติมเป็นกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตบุคคลผู้มีความพิการของประเทศไทย โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้นิยามความหมายของคำว่า “การส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิต” ว่าหมายถึง “การฟื้นฟูสมรรถภาพคนพิการ การจัดสวัสดิการการส่งเสริมและพิทักษ์สิทธิ การสนับสนุนให้คนพิการสามารถดำรงชีวิตอิสระ มีศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และเสมอภาคกับบุคคลทั่วไป มีส่วนร่วมทางสังคมอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพภายใต้สภาพแวดล้อมที่คนพิการสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้” และในมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ได้กำหนดให้คนพิการมีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้จากสิ่งอำนวยความสะดวกอันเป็นสาธารณะ ตลอดจนสวัสดิการและความช่วยเหลืออื่นจากรัฐในด้านต่างๆ โดยรวมถึงหลักการในอนุมาตราสี่ของมาตรา 20 ซึ่งบัญญัติว่า “การยอมรับและมีส่วนร่วมในกิจกรรมทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองอย่างเต็มที่และมีประสิทธิภาพบนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไป ตลอดจนได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับคนพิการ” ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการส่งเสริมให้บุคคลผู้มีความพิการเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางการเมืองอย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปโดยมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆ ที่จำเป็นสำหรับบุคคลผู้มีความพิการเพื่อให้เกิดสภาพแวดล้อมที่บุคคลผู้มี

⁵ Stephen F. Befort and Tracey Holmes Donesky, Reassignment Under the Americans with Disabilities Act: Reasonable Accommodation, Affirmative Action, or Both?, 57 WASH. & LEE L. REV. 1045 (2000), available at https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/113.

ความสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Accommodation) ข้างต้น

เมื่อวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องข้างต้น เป็นที่ชัดเจนว่าบุคคลผู้มีความพิการในประเทศไทยได้รับการรับรองสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองอย่างเต็มที่ ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมรวมถึงการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายด้วย โดยบุคคลผู้มีความพิการมีสิทธิจะได้รับสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อให้สามารถแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายได้อย่างเท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปตามหลักการอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Accommodation)

4. การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง

การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องนั้นเป็นกระบวนการสำคัญที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างกฎหมายได้มีข้อมูลจากความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องกับร่างกฎหมายนั้น เพิ่มเติมจากข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐมีอยู่ ช่วยให้หน่วยงานของรัฐทราบถึงปัญหาที่เกี่ยวข้อง สาเหตุของปัญหา และผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้น แล้วนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน ซึ่งรวมถึงการนำข้อมูลจากการรับฟังความคิดเห็นไปประกอบการวิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายภายหลังจากที่กฎหมายมีผลใช้บังคับตามระยะเวลาที่กำหนดด้วย โดยจะต้องดำเนินการตามที่กำหนดไว้ใน หมวด 2 การตรวจสอบความจำเป็น การรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์ผลกระทบ ของพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้น

มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบกลาง เป็นอย่างน้อย โดย “ระบบกลาง” หมายถึง “ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศและเครือข่ายเชื่อมโยงที่จัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ รวมทั้งการเข้าถึงบทบัญญัติของกฎหมายของประชาชน” ในปัจจุบัน สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ร่วมกับสำนักงานพัฒนารัฐบาลดิจิทัล (องค์การมหาชน) พัฒนาระบบกลางขึ้นเพื่อเป็นฐานข้อมูลด้านกฎหมายของประเทศและเป็นระบบสำหรับการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย และการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย โดยใช้ชื่อเว็บไซต์ว่า “www.law.go.th” นอกจากนี้ มาตรา 13 ยังได้ระบุตัวอย่างของวิธีการอื่นๆ ซึ่งหน่วยงานของรัฐสามารถนำไปใช้รับฟังความคิดเห็นผู้เกี่ยวข้อง ได้แก่ การจัดประชุมรับฟังความคิดเห็น การสัมภาษณ์ การเชิญให้เข้าร่วมชี้แจงหรือแสดงความคิดเห็น การสำรวจความคิดเห็น และวิธีการอื่นใดที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเหมาะสม

ในการรับฟังความคิดเห็น หน่วยงานของรัฐต้องนำหลักการหรือประเด็นสำคัญของร่างกฎหมายไปรับฟังความคิดเห็น โดยต้องประกาศวิธีการรับฟังความคิดเห็น ระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดในการรับฟัง

ความคิดเห็น รวมทั้งข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็นซึ่งอย่างน้อยต้องครอบคลุมประเด็นต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ได้แก่

- 1) สภาพปัญหา สาเหตุของปัญหา และความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายขึ้น
- 2) คำอธิบายหลักการหรือประเด็นสำคัญของร่างกฎหมายโดยใช้ภาษาที่เข้าใจได้ง่าย
- 3) บุคคลซึ่งได้รับหรืออาจได้รับผลกระทบ และผลกระทบสำคัญที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายในด้านต่างๆ
- 4) เหตุผลความจำเป็นในการกำหนดให้มีระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ หรือการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เพื่อให้หน่วยงานของรัฐมีแนวทางการดำเนินการที่เหมาะสมเกี่ยวกับการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีได้ออกคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง ประกอบ การจัดทำร่างกฎหมาย ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2562 เพื่อแนะนำหลักการและแนวปฏิบัติที่ดีในการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง โดยมีรายละเอียดดังนี้

- 1) รับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องอย่างตรงไปตรงมา โดยแลกเปลี่ยนข้อมูลที่ถูกต้อง และไม่ปกปิดข้อมูลต่อประชาชน
- 2) สื่อสารและให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องโดยใช้ภาษาที่เข้าใจง่าย
- 3) ให้โอกาสผู้เกี่ยวข้องทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายคัดค้านให้มีโอกาสแสดงความคิดเห็นได้อย่างเท่าเทียมกัน
- 4) กำหนดระยะเวลารับฟังความคิดเห็นอย่างเพียงพอ โดยการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศควรมีระยะเวลาไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน เว้นแต่มีเหตุผลความจำเป็นอื่น
- 5) ควรใช้วิธีการรับฟังความคิดเห็นอื่นควบคู่กับการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ เช่น การสัมภาษณ์ การเชิญมาให้ข้อมูล หรือการประชุม และในกรณีที่เหมาะสม หน่วยงานของรัฐอาจจัดการรับฟังความคิดเห็นร่วมกับหน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่มีเทคโนโลยีเพื่อให้การรับฟังความคิดเห็นนั้นเข้าถึงผู้เกี่ยวข้องได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และ
- 6) ยึดถือเนื้อหาสาระของข้อคิดเห็นยิ่งกว่าชื่อหรือตัวตนของผู้แสดงความคิดเห็น

หลักการและแนวปฏิบัติตามคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย ข้างต้น นั้น สามารถนำมาปรับใช้กับการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องทุกคน ซึ่งรวมทั้งบุคคลผู้มีความพิการด้วย โดยหน่วยงานของรัฐควรพิจารณาแนวทางการดำเนินการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการบนพื้นฐานของหลักการดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์รายละเอียดและปัญหาอุปสรรคในส่วนต่อไปของบทความนี้ ทั้งนี้ เมื่อหน่วยงานที่เสนอร่างกฎหมายได้ดำเนินการรับฟังความคิดเห็นแล้ว หน่วยงานดังกล่าวต้องสรุปผลการรับฟังความคิดเห็นที่ได้รับและเผยแพร่

สรุปผลการรับฟังความคิดเห็นดังกล่าวในระบบกลาง รวมถึงต้องนำผลการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง มาประกอบการวิเคราะห์ผลกระทบและจัดทำร่างกฎหมาย โดยข้อมูลที่ได้รับจากการรับฟังความคิดเห็นจะมีส่วนช่วยให้หน่วยงานของรัฐสามารถวิเคราะห์ผลกระทบได้อย่างรอบด้านและเป็นระบบ

5. ปัญหาในการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการและแนวทางการแก้ไข

เพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ถึงปัญหาและอุปสรรคในการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการ ในบทความนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาปัญหาและอุปสรรคโดยแยกตามประเภทของบุคคลผู้มีความพิการ 3 ประเภท คือ 1) บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็น 2) บุคคลผู้มีความพิการทางการได้ยินและสื่อความหมาย และ 3) บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย

5.1 บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็น

โดยที่การรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นการเผยแพร่ร่างกฎหมายและข้อมูลประกอบการรับฟังความคิดเห็นที่เกี่ยวข้องบนเว็บไซต์ของหน่วยงานของรัฐที่เสนอร่างกฎหมาย บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นจะไม่สามารถมองเห็นเนื้อหาที่เป็นลายลักษณ์อักษรบนเว็บไซต์ได้ หรือในบุคคลที่มีสายตาเลือนรางอาจมองเห็นได้ไม่ชัดเนื่องจากขนาดของตัวอักษรเล็กเกินไป อีกทั้งแสง สี และความเข้มของตัวอักษร และพื้นหลังของหน้าเว็บไซต์ล้วนมีผลกระทบต่ออารมณ์มองเห็นของบุคคลผู้มีความพิการเลือนราง หน่วยงานของรัฐจึงควรจัดทำเว็บไซต์ที่รองรับความต้องการของบุคคลผู้มีความพิการทางการมองเห็นในรูปแบบต่างๆ เช่น จัดทำข้อมูลให้อยู่ในรูปแบบหนังสือเสียงหรือข้อมูลที่สามารถประมวลผลผ่านโปรแกรมอ่านหน้าจอสำหรับบุคคลผู้มีความพิการทางการมองเห็นได้ และจัดทำเว็บไซต์ให้มีการปรับขนาดของตัวอักษร รูปแบบการแสดงผลเกี่ยวกับแสง สี และความเข้มได้

สำหรับวิธีการรับฟังประเภทการจัดประชุมรับฟังความคิดเห็นซึ่งบุคคลผู้มีความพิการ จะต้องเดินทางมาร่วมประชุมและแสดงความคิดเห็นในสถานที่ที่หน่วยงานของรัฐกำหนด บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นอาจประสบปัญหาเกี่ยวกับการเดินทางไปยังบริเวณต่างๆ ภายในสถานที่ที่จัดงาน โดยอาจได้รับบาดเจ็บจากการกระแทกสิ่งต่างๆ หรือลื่นล้มได้ และอาจมีอุปสรรคเกี่ยวกับการไม่ทราบถึงชื่อห้องต่างๆ หากไม่มีเจ้าหน้าที่หรือผู้ช่วยนำทางอยู่ด้วย หน่วยงานของรัฐที่จัดประชุมรับฟังความคิดเห็นจึงควรเตรียมการด้านอาคารสถานที่ให้เหมาะสม และอาจจัดหาผู้ช่วยนำทางไว้คอยดูแลบุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นเป็นรายบุคคล หรือพิจารณาดำเนินการปรับปรุงทางเท้าบริเวณรอบนอกอาคารให้มีแผ่นปูพื้นนำทางสำหรับบุคคลผู้มีความพิการทางการเห็น (Braille Block) และจัดให้ป้ายบอกทางหรือป้ายชื่อห้องต่างๆ มีอักษรเบรลล์กำกับควบคู่อยู่ด้วย เพื่ออำนวยความสะดวกแก่บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นเป็นการทั่วไป⁶

⁶ สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา. สำนักงานส่งเสริมและพัฒนาศักยภาพนักศึกษา. เอกสารประกอบการอบรมหลักสูตรการพัฒนาศักยภาพบุคลากรที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการในระดับอุดมศึกษา เรื่อง การช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกอย่างสมเหตุสมผลและเทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับนักศึกษาพิการ. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา, 2555.

นอกจากนี้ รูปแบบและวิธีการการจัดห้องประชุมที่ไม่เหมาะสมยังเป็นอุปสรรคต่อการแสดงความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นอีกประการหนึ่ง ที่นั่งของบุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นควรหันไปยังหน้าเวทีหรือทิศที่จะมีการสนทนา หรือหากเป็นการประชุมกลุ่มย่อยหรือการสัมภาษณ์ควรจัดให้บุคคลผู้มีความพิการได้แสดงความคิดเห็นตรงกับทิศที่ผู้ฟังนั่งอยู่เพื่อป้องกันปัญหา การที่บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นแสดงความคิดเห็นไปผิดทิศทางซึ่งจะลดประสิทธิผลของการสื่อสารระหว่างกัน และหากไม่เป็นภาระเกินสมควร หน่วยงานของรัฐควรจัดทำเอกสารประกอบการรับฟังความคิดเห็นในรูปแบบที่บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นสามารถเข้าใจได้ เช่น เอกสารอักษรเบรลล์หรือไฟล์หนังสือเสียง และจัดส่งให้ผู้ประสงค์จะเข้าร่วมประชุมรับฟังความคิดเห็นเป็นการล่วงหน้า

สำหรับการรับฟังความคิดเห็นผ่านการสำรวจความคิดเห็น หากเป็นกรณีที่มีการส่งแบบสำรวจความคิดเห็นเป็นเอกสารไปยังบุคคลผู้มีความพิการโดยตรง บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็น ย่อมไม่สามารถมองเห็นแบบสำรวจความคิดเห็นที่เป็นลายลักษณ์อักษรได้ หน่วยงานของรัฐจึงต้องจัดทำเอกสารในรูปแบบที่สามารถสื่อความหมายให้บุคคลผู้มีความพิการทางการเห็นเข้าใจได้ เช่น เอกสารอักษรเบรลล์หรือไฟล์หนังสือเสียง เช่นเดียวกัน

5.2 บุคคลผู้มีความพิการทางการได้ยินและสื่อความหมาย

โดยที่บุคคลผู้มีความพิการทางการได้ยินและสื่อความหมายนั้นจะมีอุปสรรคในการรับข้อมูลที่เป็นการสื่อสารด้วยเสียง ดังนั้น หากหน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลที่น่ามารับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศในลักษณะที่มีเสียงประกอบ เช่น คลิปวิดีโอสรุปสาระสำคัญของร่างกฎหมาย ก็ควรจัดทำคำบรรยายเป็นตัวอักษรไว้ด้วย เพื่อให้บุคคลผู้มีความพิการทางการได้ยินและสื่อความหมายสามารถเข้าใจเนื้อหาของข้อมูลดังกล่าวได้

ในการประชุมรับฟังความคิดเห็น หน่วยงานของรัฐอาจจัดเตรียมความช่วยเหลือสำหรับบุคคลที่หูหนวกหรือไม่ได้ยินเสียงเลยแม้เพียงเล็กน้อยและไม่สามารถสื่อสารผ่านการพูดได้ เช่น ล่ามภาษามือ หรือเครื่องพิมพ์ช่วยสื่อสารสำหรับคนหูหนวก (Telecommunications Device for the Deaf) สำหรับบุคคลที่หูตึงหรือได้ยินเสียงได้บางส่วนอาจต้องจัดเตรียมเครื่องช่วยฟังเพื่อให้สามารถร่วมประชุมและแสดงความคิดเห็นได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น⁷

5.3 บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย

บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายที่รุนแรงอาจมีอุปสรรคในการเลื่อนดูหรือกรอกข้อมูลบนหน้าเว็บไซต์ของหน่วยงานของรัฐได้ บุคคลเหล่านี้จึงจำเป็นต้องมีผู้ช่วยหรืออุปกรณ์ช่วยเหลือ เพื่อให้สามารถแสดงความคิดเห็นในเว็บไซต์หรือระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของหน่วยงานของรัฐได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีดังกล่าวหน่วยงานของรัฐอาจไม่สามารถช่วยเหลือบุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายทุกคนที่ประสงค์จะแสดงความคิดเห็นได้โดยตรง เนื่องจากหน่วยงานของรัฐอาจมีภาระเกินสมควรในการที่จะต้องจัดหาผู้ช่วยส่วนบุคคลหรือจัดซื้ออุปกรณ์ช่วยเคลื่อนไหวร่างกาย

⁷ อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 6.

รายบุคคล อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐอาจพิจารณาออกแบบเว็บไซต์หรือระบบเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีผังเว็บไซต์หรือโครงสร้างที่ไม่ซับซ้อนและง่ายต่อการใช้งานเป็นการทั่วไป

บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายเป็นกลุ่มบุคคลที่มีโอกาสประสบปัญหาในการประชุมรับฟังความคิดเห็นค่อนข้างมาก โดยเฉพาะการเดินทางภายในอาคารและสถานที่ที่จัดประชุม ทั้งนี้บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายจะมีระดับของความรุนแรงแตกต่างกัน และมีอุปกรณ์สำหรับช่วยในการเคลื่อนไหวก่อนที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น อุปกรณ์ช่วยพยุง เครื่องช่วยเดิน หรือรถเข็นวีลแชร์ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานของรัฐสามารถปรับใช้หลักการออกแบบที่เป็นสากลและเป็นธรรม (Universal Design) เพื่อออกแบบหรือปรับปรุงสถานที่ที่จัดประชุมรับฟังความคิดเห็นให้เอื้ออำนวยต่อการใช้ประโยชน์ของบุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกาย ซึ่งจะส่งผลดีต่อกลุ่มบุคคลอื่นๆ ที่มีข้อจำกัดทางกายด้วย เช่น ผู้สูงอายุ เด็ก หรือสตรีมีครรภ์ เป็นต้น เนื่องจากหลักการออกแบบที่เป็นสากลและเป็นธรรม (Universal Design) นั้น เป็นการออกแบบที่มุ่งหมายให้ทุกคนที่อยู่ในสังคมสามารถใช้ประโยชน์อาคารและสถานที่ต่างๆ ได้อย่างเต็มที่และเท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องมีการออกแบบดัดแปลงพิเศษหรือเฉพาะเจาะจงเพื่อบุคคลกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดโดยเฉพาะ⁸ ทั้งนี้ หลักการ Universal Design นั้น มีชื่อเรียกในภาษาไทยที่หลากหลาย อาทิเช่น การออกแบบที่เป็นมิตรกับคนทั้งมวล การออกแบบเพื่อทุกคน หรืออารยสถาปัตยกรรม ซึ่งมีสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับหลักการออกแบบที่เป็นสากลและเป็นธรรม ซึ่งกล่าวถึงข้างต้น

ตัวอย่างการออกแบบที่เป็นสากลและเป็นธรรมซึ่งสามารถนำมาใช้สำหรับการเลือกและจัดสถานที่จัดประชุมรับฟังความคิดเห็น ได้แก่ การจัดการประชุมรับฟังความคิดเห็นในอาคารที่มีทางลาดสำหรับเข้าสู่อาคาร มีลิฟต์ภายในอาคาร มีการติดตั้งอุปกรณ์เปิดประตูแบบเบาแรง หรือมีประตูเปิดปิดอัตโนมัติด้วยระบบเซ็นเซอร์ และจัดให้มีโต๊ะและเก้าอี้ที่ปรับระดับได้เพื่อรองรับอุปกรณ์ช่วยการเคลื่อนไหวประเภทต่างๆ

สำหรับการรับฟังความคิดเห็นผ่านการสำรวจความคิดเห็น บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายอาจประสบความยากลำบากเกี่ยวกับการส่งแบบสำรวจความคิดเห็นกลับคืนให้หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐจึงควรมีช่องทางการรับคืนแบบสำรวจความคิดเห็นที่สะดวกแก่บุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหว เช่น การส่งผ่านร้านสะดวกซื้อหรือผู้ให้บริการขนส่งที่มารับพัสดุถึงที่พัก เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีการสำรวจความคิดเห็นต่อบุคคลผู้มีความพิการทางการเคลื่อนไหวหรือทางร่างกายโดยตรงแทน

นอกจากแนวทางการแก้ไขปัญหาและอุปสรรคในการรับฟังความคิดเห็นของบุคคล ผู้มีความพิการตามที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องพิจารณาดำเนินการปรับปรุงอาคารสถานที่ และจัดหาอุปกรณ์อำนวยความสะดวกแก่บุคคลผู้มีความพิการ ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงกำหนดลักษณะ หรือการจัดให้มีอุปกรณ์ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือบริการในอาคารสถานที่ หรือบริการสาธารณะอื่น เพื่อให้คนพิการสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ พ.ศ. 2555 และกฎกระทรวงกำหนดลักษณะ หรือการจัดให้มีอุปกรณ์ สิ่งอำนวยความสะดวก หรือบริการในอาคาร สถานที่ ยานพาหนะ และบริการขนส่ง เพื่อให้คนพิการสามารถ

⁸ ไตรรัตน์ จารุทัศน์. *คู่มือการออกแบบเพื่อทุกคน Universal Design Guide Book*. กรุงเทพมหานคร: กรมส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, 2558.

เข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ พ.ศ. 2556 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติมด้วย โดยมีสาระสำคัญคือ ให้องค์กรของรัฐที่มีพื้นที่ในส่วนของอาคารหรือสำนักงานที่ให้ประชาชนใช้ประโยชน์ได้เพื่อกิจกรรมทางราชการ การเมือง การศึกษา การศาสนา การสังคม การนันทนาการ หรือการพาณิชย์กรรม ปรับปรุงพื้นที่และบริเวณโดยรอบอาคาร รวมถึงจัดให้มีอุปกรณ์สิ่งอำนวยความสะดวก หรือบริการเพื่อให้คนพิการสามารถเข้าถึงและใช้ประโยชน์ได้ อาทิเช่น ทางลาดเลื่อนหรือทางเลื่อนในแนวราบ ราวกันตกหรือผนังกันตก ถึงขยະแบบยกเคลื่อนที่ได้ สถานที่ติดต่อหรือประชาสัมพันธ์สำหรับคนพิการ สัญญาณเสียงและสัญญาณแสง ขอความช่วยเหลือสำหรับคนพิการ การประกาศข้อมูลที่เป็นประโยชน์สำหรับคนพิการทางการเห็น และตัวอักษรไฟวิ่งหรือป้ายแสดงความหมายสำหรับคนพิการทางการได้ยินหรือสื่อความหมาย หรือเจ้าหน้าที่ซึ่งผ่านการฝึกอบรมและมีคุณสมบัติตรงกับความต้องการของคนพิการแต่ละประเภทอย่างน้อยหนึ่งคนเพื่อให้บริการคนพิการ เป็นต้น

6. ข้อเสนอแนะ

6.1 ตามที่ผู้เขียนได้มีข้อสังเกตว่า เอกสารทางกฎหมายของประเทศไทยโดยส่วนใหญ่ ยังคงใช้คำว่า “คนพิการ” แทนคำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” ซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวทางการสื่อสารด้วยการใช้ภาษาที่เสริมสร้างการมีส่วนร่วมในสังคม (Inclusive Language) ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอให้แก้ไขการใช้ถ้อยคำในเอกสารทางกฎหมายของประเทศไทยทั้งหมด จากการใช้คำว่า “คนพิการ” เป็นการใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” แทน เนื่องจากภาษากฎหมาย นั้น มีลักษณะเป็นภาษาทางการ ซึ่งโดยหลักแล้วใช้บังคับกับประชาชนเป็นการทั่วไป โดยการมีผลใช้บังคับของกฎหมายในประเทศไทย นั้น อาศัยการเชื่อมโยงกับการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นสำคัญ และผู้เขียนมีความเห็นว่าภาษาภาษานี้ย่อมมีผลทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อทัศนคติและความรับรู้ของประชาชนในสังคมที่มีต่อบุคคลผู้มีความพิการ ดังนั้น จึงควรแก้ไขการใช้ถ้อยคำในกฎหมายให้สอดคล้องกับแนวทางการสื่อสารด้วยการใช้ภาษาที่เสริมสร้างการมีส่วนร่วมในสังคม (Inclusive Language) โดยใช้คำว่า “บุคคลผู้มีความพิการ” แทน เพื่อเป็นการสร้างบรรทัดฐานในการสื่อสารที่แสดงความเคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และความเท่าเทียมกันของบุคคลภายใต้การคุ้มครองของกฎหมาย อีกทั้งยังเป็นการสอดคล้องกับการใช้ภาษากฎหมายในระดับระหว่างประเทศตามชื่อของอนุสัญญา Convention on the Rights of the Persons with Disabilities (CRPD) ขององค์การสหประชาชาติ ซึ่งประเทศไทยเข้าร่วมเป็นรัฐภาคี และยังคงสอดคล้องกับกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อว่า Americans with Disabilities Act of 1990 (ADA) ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่เป็นต้นแบบของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้มีความพิการในหลายประเทศ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวจะสื่อสารถึงชาวอเมริกันผู้มีความพิการด้วยการใช้คำว่า “Individuals with Disabilities” หรือ “ปัจเจกชนผู้มีความพิการ”

6.2 ระยะเวลาในการเปิดรับฟังความคิดเห็นตามข้อ 4 ของคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย ซึ่งแนะนำให้หน่วยงานของรัฐกำหนดระยะเวลารับฟังความคิดเห็นอย่างเพียงพอ โดยการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศควรมีระยะเวลาไม่น้อยกว่าสิบห้าวัน เว้นแต่มีเหตุผลความจำเป็นอื่น นั้น ถือเป็นการแนะนำระยะเวลาขั้นต่ำที่สุดของการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติการเข้ามาแสดงความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการมักต้องการระยะเวลามากกว่าสิบห้าวัน โดยเฉพาะร่างกฎหมายที่มีเนื้อหาจำนวนมาก มีผลกระทบเป็นวงกว้าง มีความซับซ้อนยุ่งยาก หรือมีเอกสารประกอบที่ต้องทำความเข้าใจก่อนการแสดงความคิดเห็นเป็นจำนวนมาก ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงควรกำหนดระยะเวลาในการรับฟังความคิดเห็นผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศอย่างเพียงพอ โดยเฉพาะกฎหมายที่มีผลกระทบโดยตรงต่อบุคคลผู้มีความพิการซึ่งควรมีระยะเวลามากกว่าสิบห้าวัน เพื่อให้บุคคลผู้มีความพิการมีระยะเวลาในการเตรียมตัวหรือติดต่อขอความช่วยเหลือที่จำเป็นจากบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้สามารถแสดงความคิดเห็นได้อย่างมีประสิทธิภาพ

6.3 การแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายของบุคคลผู้มีความพิการในปัจจุบันมักจำกัดอยู่ที่กฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีความพิการโดยตรง ซึ่งเสนอโดยหน่วยงานของรัฐที่มีภารกิจหน้าที่เกี่ยวกับบุคคลผู้มีความพิการ อาทิเช่น หน่วยงานในสังกัดกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ โดยบุคคลผู้มีความพิการเป็นผู้เกี่ยวข้องซึ่งมีสิทธิหรือหน้าที่ หรือได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าวอย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม หลักการการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องตามพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 นั้นมิได้จำกัดให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถแสดงความคิดเห็นได้เฉพาะกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีความพิการโดยตรงเท่านั้น หากแต่บุคคลผู้มีความพิการย่อมมีสิทธิแสดงความคิดเห็นในฐานะผู้เกี่ยวข้องได้ในกฎหมายทุกฉบับที่มีการเปิดรับฟังความคิดเห็นอย่างเท่าเทียมกันกับสิทธิของบุคคลทั่วไป

หน่วยงานของรัฐที่มีได้มีภารกิจหน้าที่เกี่ยวกับบุคคลผู้มีความพิการโดยตรงควรตระหนักถึงสิทธิดังกล่าวของบุคคลผู้มีความพิการ และช่วยเหลืออำนวยความสะดวกให้บุคคลผู้มีความพิการสามารถใช้สิทธิแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายได้อย่างแท้จริง โดยควรบูรณาการการทำงานร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งภาครัฐและเอกชน เพื่อแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ ประสบการณ์ และแนวปฏิบัติที่ดีระหว่างกัน ทั้งนี้ ข้อ 5 ของคำแนะนำของคณะกรรมการพัฒนากฎหมาย เรื่อง การรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบการจัดทำร่างกฎหมาย ได้กำหนดว่า “...ในกรณีที่เห็นสมควรก็อาจจัดการรับฟังความคิดเห็นร่วมกับหน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่มีเทคโนโลยีเพื่อให้การรับฟังความคิดเห็นนั้นเข้าถึงผู้เกี่ยวข้องได้อย่างรวดเร็วและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ทั้งนี้ ในการรับฟังความคิดเห็นต้องคำนึงถึงลักษณะและจำนวนของผู้เกี่ยวข้อง เนื้อหาของร่างกฎหมาย และการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้เกี่ยวข้องในการแสดงความคิดเห็นอย่างเพียงพอและไม่เป็นการสร้างภาระเกินความจำเป็น” หน่วยงานของรัฐที่มีได้มีภารกิจหน้าที่เกี่ยวกับบุคคลผู้มีความพิการโดยตรงและไม่มีความเชี่ยวชาญด้านการจัดรับฟังความคิดเห็นสำหรับบุคคลผู้มิ

ความพิการจึงสามารถจัดการรับฟังความคิดเห็นร่วมกับหน่วยงานหรือองค์กรอื่นที่มีความพร้อมด้านเทคโนโลยีที่สามารถช่วยให้การรับฟังความคิดเห็นนั้นเข้าถึงบุคคลผู้มีความพิการได้อย่างมีประสิทธิภาพและสะดวก รวดเร็วมากยิ่งขึ้น โดยต้องคำนึงถึงลักษณะและจำนวนของบุคคลผู้มีความพิการที่ประสงค์จะแสดงความคิดเห็น และหน่วยงานของรัฐต้องอำนวยความสะดวกให้บุคคลผู้มีความพิการในการแสดงความคิดเห็น อย่างเพียงพอและไม่เป็นการสร้างภาระจนเกินความจำเป็นอันสอดคล้องกับหลักการอำนวยความสะดวก อย่างสมเหตุสมผล (Reasonable Accommodation) ด้วย โดยในปัจจุบันมีเทคโนโลยีที่มีศักยภาพสูง ในการช่วยส่งเสริมและพัฒนาการรับฟังความคิดเห็นนั้นเข้าถึงบุคคลผู้มีความพิการได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสะดวก รวดเร็วมากยิ่งขึ้น อาทิเช่น เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับการประชุมผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ เทคโนโลยี ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence: AI) และเทคโนโลยีจักรวาลนฤมิตหรือการสร้างโลกเสมือนจริง เพื่อให้บุคคลสามารถสื่อสารและมีปฏิสัมพันธ์กันผ่านระบบออนไลน์ (Metaverse)⁹ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะมี บทบาทสำคัญต่อการดำเนินชีวิตทุกด้านของมนุษย์ในอนาคต ซึ่งรวมถึงการรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการด้วย

6.4 การส่งเสริมการมีส่วนร่วมในทางการเมืองของบุคคลผู้มีความพิการในประเด็นการแสดงความคิดเห็นในกระบวนการตรากฎหมายนั้น ควรมีการสนับสนุนทั้งในระดับปัจเจกชนและระดับองค์กร ที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีความพิการ โดยในระดับปัจเจกชนอาจประสบปัญหาเกี่ยวกับภาระค่าใช้จ่าย ในการเข้าร่วมแสดงความคิดเห็น เช่น ค่าเดินทาง ค่าที่พัก หรือองค์ความรู้ในการใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ ต่างๆ ส่วนในระดับองค์กรที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีความพิการอาจประสบปัญหาด้านการประชาสัมพันธ์และการเข้าถึงบุคคลผู้มีความพิการในแต่ละพื้นที่ ทำให้ความคิดเห็นขององค์กรที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีความพิการอาจไม่สะท้อนถึงความคิดเห็นของสมาชิกอย่างแท้จริง โดยภาครัฐอาจดำเนินการส่งเสริม และพัฒนาการเข้ามามีส่วนร่วมในทางการเมืองของบุคคลผู้มีความพิการและองค์กรที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีความพิการผ่านกองทุนส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการแห่งชาติซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ ส่งเสริมและพัฒนาคุณภาพชีวิตคนพิการ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยกองทุนดังกล่าวถือเป็นกลไกหนึ่งของรัฐในการช่วยเหลือและสนับสนุนทางการเงินให้แก่ทั้งปัจเจกชนผู้มีความพิการและองค์กรที่เป็นตัวแทนของบุคคลผู้มีความพิการในด้านการพัฒนาสมรรถภาพ การศึกษา การประกอบอาชีพ รวมถึง การส่งเสริมและการสนับสนุนการดำเนินงานขององค์กรที่เกี่ยวข้องกับบุคคลผู้มีความพิการ เพื่อสนับสนุน ให้การรับฟังความคิดเห็นของบุคคลผู้มีความพิการในกระบวนการตรากฎหมายของประเทศไทยบรรลุผล ในทางปฏิบัติและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

⁹ <https://smartcity.go.kr/en/2021/09/01/%EC%8A%A4%EB%A7%88%ED%8A%B8%EB%8F%84%EC%8B%9C-%EC%8B%9C%EB%AF%BC%EC%B0%B8%EC%97%AC%EB%8B%A8-%EB%A9%94%ED%83%80%EB%B2%84%EC%8A%A4-%ED%86%A0%EB%A1%A0%ED%9A%8C%EA%B0%9C%EC%B5%9C/> (เข้าถึงเมื่อ 11 ธันวาคม 2564).

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา
มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

Legal Problems Related to Necessary Causes according to
The Criminal Procedure Code Section 89/1 and Section 89/2

บุญธิดา ปั้นเปี่ยมทอง *

Boontida Panpimethong

ดร.เอกพงษ์ สารน้อย **

Dr.Egkapong Sarnnoi

บทคัดย่อ

งานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการ ทฤษฎีและแนวคิดในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ โดยศึกษามาตรการทางกฎหมายทั้งของประเทศไทยและต่างประเทศ เพื่อวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นและหาแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวให้มีความชัดเจนและบังคับใช้ได้จริงอย่างมีประสิทธิภาพ

จากการศึกษาวิจัยพบว่า มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำของประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มีผลบังคับใช้มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 แต่ในทางปฏิบัติปรากฏว่าไม่มีการนำเอามาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ให้เกิดผลได้จริง เนื่องจากมาตรการดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ได้แก่ กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ของ “เหตุจำเป็น” ที่จะนำเอามาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับไว้ให้ชัดเจนเพียงพอ และกฎหมายไม่ได้กำหนดสถานที่ซึ่งให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของตัวผู้กระทำความผิด นอกจากนี้กฎหมายยังไม่ได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการดังกล่าวมาบังคับใช้ ซึ่งปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมายนี้เป็นการเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจมากจนเกินไป อันเป็นเหตุให้ในทางปฏิบัติศาลไม่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้บังคับเลย ซึ่งเมื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องในต่างประเทศ พบว่า ในประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดว่าในการนำเอามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำมาบังคับใช้จะต้องปรากฏเหตุจำเป็นอย่างไร แต่มีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดประเภทใดบ้างที่ศาลสามารถพิจารณาใช้มาตรการเช่นนี้ได้ โดยประเทศอังกฤษกำหนดให้สถานที่ควบคุมตัวผู้กระทำความผิดต้องมีความสัมพันธ์กับตัวผู้กระทำความผิด และในประเทศ

* นักศึกษา หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา มหาวิทยาลัยศรีปทุม

** อาจารย์ที่ปรึกษาสารนิพนธ์

สหรัฐอเมริกาที่มีบทบัญญัติที่กำหนดฐานความผิดร้ายแรงที่ห้ามมิให้นำมาตรการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชนมาใช้บังคับอย่างชัดเจน

เพื่อเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายให้เกิดผลได้จริงตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

คำสำคัญ: การควบคุมตัว, สถานที่อื่นนอกจากเรือนจำ

ABSTRACT

The objective of this research is to study background, evolution, theories and concepts behind detention of suspects or offenders by alternative to incarceration. The research was implemented by studying legal measures both in Thailand and foreign countries in order to analyze arising legal problems and search for guidelines in amendment of such legal measures to be clear, enforceable and effective.

According to the research results, it was discovered that legal measures related to the detention of suspects or offenders by alternative to incarceration according to the Criminal Procedure Code Section 89/1 and Section 89/2 have been in effect since B.E. 2550 (2017). However, in practice, it appeared that such measures have not been effectively implemented because there were many legal problems found in such measures. For example, the criteria of “Necessary Causes” have not been determined clearly enough to implement such measures, and the place of detention correlated with the offender’s necessary cause has not been specified.

In addition, the law has not yet determined the type or description of the offense that prohibits such measures from being enforced that law’s ambiguity may allow the court to exercise excessive discretion. As a result, in practice, the court would not apply such measures at all. From the study of relevant legal measures in foreign countries, it was found that although the legal measures in the detention of suspects or offenders by alternative to incarceration have not been determined to enforce by laws that must have necessary causes or not, the criteria were determined clearly that which types of offenders the court can consider applying such measures in the United Kingdom and the United States of America. In England, the place of detention of offenders must be related to the offender while the

provisions defined serious offenses that forbidden to apply measures to treat offenders in the community were clearly enforced in the United States of America.

As a guideline for solving such problems, it was suggested that there should be amendments of the laws related to the legal measures in the detention of suspects or offenders by alternative to incarceration in order to make the laws clear that it will be able to enforce the laws to be effective according to the law intention.

Key Words: Detention, Alternative To Incarceration

Type of Article Research Article

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โทษจำคุกเป็นโทษที่ถูกนำมาใช้ในการลงโทษผู้กระทำความผิดมากที่สุด เนื่องจากเป็นโทษที่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษในหลายด้าน ทั้งการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน การลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง การลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟู และการลงโทษเพื่อตัดโอกาสในการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ตาม การลงโทษจำคุกนั้น ก่อให้เกิดภาระแก่รัฐในการบริหารจัดการเรือนจำและดูแลผู้ต้องขังเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การลงโทษจำคุกกับผู้กระทำความผิดเล็กน้อยในคดีที่ไม่เป็นอันตรายต่อสังคมและการลงโทษจำคุกกระชั้น นอกจากรัฐจะมีภาระต้องเลี้ยงดูผู้กระทำความผิดที่ไม่จำเป็นต้องถูกจำคุกและก่อให้เกิดปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำแล้ว การลงโทษจำคุกยังส่งผลเสียแก่ตัวผู้กระทำความผิดโดยไม่สมควรอีกด้วย ซึ่งปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำนั้น ส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของผู้ต้องขัง การบริหารจัดการเรือนจำ การจัดสวัสดิการและการดูแลผู้ต้องขัง ความแออัดดังกล่าวส่งผลให้ผู้ต้องขังมีความเครียด มีพฤติกรรมกระทำการผิดวินัย เกิดการทะเลาะวิวาท ทำร้ายร่างกายผู้ต้องขังด้วยกันเอง และการฟื้นฟูพฤติกรรมนิสัยของผู้ต้องขังก็ไม่สามารถทำได้อย่างมีประสิทธิภาพ อีกทั้ง ปัญหานี้ก็เป็นอุปสรรคสำคัญในการบริการจัดการเรือนจำในกรณีเกิดโรคระบาดด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัจจุบันเกิดสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 (โควิด-19) โดยรายงานสถานการณ์ COVID-19 ของกรมราชทัณฑ์ วันที่ 30 พฤษภาคม 2564 มียอดผู้ติดเชื้อสะสม 23,245 ราย เสียชีวิต 7 ราย¹ ซึ่งเป็นจำนวนที่สูงมาก สาเหตุมาจากพื้นที่เรือนจำมีความคับแคบ ความเป็นอยู่ค่อนข้างแออัด จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาแนวทางแก้ไขสถานการณ์ดังกล่าวอย่างเร่งด่วน

แนวทางในการแก้ปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำไม่เพียงแต่มุ่งไปที่การเพิ่มหรือขยายเรือนจำ แต่ควรลดการใช้เรือนจำด้วย การแก้ไขปัญหาสามารถทำได้หลายวิธี เช่น การปรับปรุงการใช้กฎหมายอาญาให้เหมาะสม การใช้มาตรการทางเลือกแทนการจำคุก การใช้กักขังเล็กน้อยหรือนิรโทษกรรมในการควบคุมผู้ต้องขัง และการใช้

¹ กรุงเทพธุรกิจ. (2564). 'คลังเตอร์เรือนจำ' ผู้ต้องขังติดโควิด-19 รายใหม่ 1,902 ราย. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/940884>. [2564, 1 มิถุนายน]

มาตรการลดทอนความเป็นอาชญากรรมในคดีอาชญากรรม เป็นต้น² ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำก็เป็นหนึ่งในทางเลือกที่ช่วยลดปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำได้

แนวคิดของมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ เริ่มต้นจากการหาแนวทางในการแก้ปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำ ซึ่งจากการประชุมทางวิชาการระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรมครั้งที่ 1 : กระบวนทัศน์ใหม่ของกระบวนการยุติธรรมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด³ ได้เสนอแนวทางการใช้มาตรการลงโทษระดับกลาง (Intermediate Punishment) ในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด โดยได้แนวคิดจากประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อพิจารณาความเป็นไปได้ในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดในชุมชนที่เหมาะสมควบคู่กับการนำมาตราการลงโทษที่เหมาะสมเพื่อลดปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำ ต่อมากระทรวงยุติธรรมได้นำการวิจัยดังกล่าวมาศึกษาและยกร่างกฎหมาย จนเกิดพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2550 โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ คือ การเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 89/1 และ มาตรา 89/2 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจศาลอาจมีคำสั่งขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำ ซึ่งสถานที่ดังกล่าวต้องมีใช้สถานที่ตำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน และอาจมีคำสั่งให้ผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดที่ได้รับโทษจำคุกมาแล้วระยะหนึ่งไปจำคุกในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำหรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในหมายจำคุกได้ รวมทั้งการใช้มาตรการอื่นๆ แทนการจำคุกในเรือนจำ เช่น การจำคุกเฉพาะวันที่กำหนด การจำคุกโดยวิธีการอื่นโดยการจำกัดการเดินทางและอาณาเขตด้วย ต่อมาเพื่อกำหนดวิธีการควบคุม มาตรการการป้องกันการหลบหนีหรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น จึงได้มีการตรากฎกระทรวงกำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุกหรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้อื่นซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ. 2552 และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจำคุกโดยวิธีการอื่นที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขต พ.ศ. 2556 ขึ้น

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ในทางปฏิบัติกลับไม่สามารถนำมาตราการดังกล่าวมาบังคับใช้ได้จริง เนื่องจากมาตรการดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายหลายประการ ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “เหตุจำเป็น” ในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

² ศรีนยา สรมา. (2563). *ผู้ต้องขังล้นเรือนจำ*. กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร. หน้า 1

³ สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. (2547). “*กระบวนทัศน์ใหม่ของกระบวนการยุติธรรมในการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด*”. การประชุมระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 1 17-18 กรกฎาคม 2546. กรุงเทพฯ: คຸຣຸສຸກາລາດພຣ້າວ. หน้า 8

2. ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดหลักเกณฑ์ของสถานที่ซึ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) ให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของผู้กระทำความผิด

3. ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มาบังคับใช้

จากสภาพปัญหาและความสำคัญของปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อให้สามารถบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำได้อย่างมีประสิทธิภาพ และนำไปใช้ในทางปฏิบัติได้อย่างเป็นรูปธรรม จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

3. เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

4. เพื่อให้ได้แนวทางในการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

3. ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาเกี่ยวกับแนวคิด ทฤษฎี หลักเกณฑ์และปัญหากฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำที่เกี่ยวข้องกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 และหลักเกณฑ์ในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คือ กฎกระทรวงกำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้อื่นซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ. 2552 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจำคุกโดยวิธีการอื่นที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขต พ.ศ. 2556 รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ยังศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา และมาตรฐานขั้นต่ำสหประชาชาติว่าด้วยมาตรการไม่ควบคุมตัว เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับประเทศไทยต่อไป

4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยและมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2
3. ทำให้ทราบถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับเหตุจำเป็นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

5. แนวคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ

การลงโทษจำคุกในเรือนจำแต่เดิมมีความคาดหวังว่าจะเป็นมาตรการการลงโทษที่มีมนุษยธรรมและให้ประโยชน์แก่สังคมมากกว่าการลงโทษโดยใช้ความรุนแรงเพื่อแก้แค้นทดแทนผู้กระทำความผิดแบบดั้งเดิม แต่ในปัจจุบันความเชื่อมั่นในระบบการลงโทษจำคุกในเรือนจำลดน้อยลงเรื่อยๆ เนื่องจากการลงโทษจำคุกในเรือนจำสะท้อนให้เห็นผลกระทบทางด้านลบ ทั้งต่อตัวผู้กระทำความผิดเอง และต่อสังคมส่วนรวมหลายประการ โดยเรือนจำมักจะถูกกล่าวหาว่าเป็นโรงเรียนของอาชญากรมากกว่าสถานที่แก้ไขปรับปรุงผู้กระทำความผิด และเมื่อตระหนักถึงแนวคิดที่ว่าในสักวันหนึ่งผู้ต้องขังในเรือนจำก็ต้องถูกปล่อยออกจากเรือนจำ และกลับสู่สังคมภายนอก โดยเฉพาะกับผู้กระทำความผิดบางรายที่กระทำความผิดครั้งแรกหรือกระทำความผิดเล็กน้อย มิใช่อาชญากรอาชีพ สมควรได้รับโอกาสปรับปรุงแก้ไขตนเองและสำนึกกับการกระทำความผิดของตน และเพื่อจะได้เริ่มต้นชีวิตใหม่ การรับโทษจำคุกในเรือนจำจึงอาจไม่เหมาะสมในการแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด อีกทั้ง การแยกผู้กระทำความผิดออกจากสังคมอาจทำให้หลังจากที่ผู้กระทำความผิดพ้นโทษจะปรับตัวเข้ากับสังคมภายนอกได้ยาก ดังนั้น จึงเกิดแนวความคิดเกี่ยวกับการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชน การลดการใช้โทษจำคุกและการใช้วิธีการลงโทษทางเลือกอื่นแทนการจำคุกในเรือนจำ⁴ โดยมีความมุ่งหวังที่จะตัดหรือหันเหผู้กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรม

มาตรการลงโทษระดับกลาง เป็นมาตรการทางเลือกอย่างหนึ่งในการลงโทษผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำ ซึ่งมาตรการดังกล่าวนี้มีรูปแบบที่หลากหลายและมีระดับความเข้มข้นที่แตกต่างกัน ทำให้สามารถนำมาใช้ควบคุมผู้กระทำความผิดโดยกำหนดให้เหมาะสมกับความร้ายแรงของการกระทำความผิดแต่ละคนได้อีกทั้ง มาตรการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดโดยไม่ใช้เรือนจำยังสามารถลดปัญหาที่เกิดจากการจำคุกระยะสั้นได้หลายประการ ทั้งเป็นการลดโอกาสไม่ให้ผู้กระทำความผิดเข้าไปเรียนรู้การกระทำความผิดอื่นๆ จากอาชญากรในเรือนจำ อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดได้ปรับสภาพชีวิตในชุมชนได้ดียิ่งขึ้น โดยผู้กระทำ

⁴ นันทิ จิตสว่าง. (2542). *หลักทัณฑ์วิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์*. กรุงเทพฯ: กรมราชทัณฑ์.

ความผิดสามารถประกอบอาชญากรรมขึ้นมาหาเลี้ยงตนเองและครอบครัวได้ และที่สำคัญคือเป็นการลดความแออัดในเรือนจำ แก้ไขปัญหาผู้ต้องขังล้นเรือนจำ และช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายของรัฐในการเลี้ยงดูผู้ต้องขังบางประเภทที่ไม่จำเป็นอีกด้วย

6. ผลการวิจัย

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำในประเทศไทย เริ่มมีผลบังคับใช้นับตั้งแต่ประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2550 ในทางปฏิบัติพบว่าไม่สามารถนำมาตราทางกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ให้เกิดผลได้จริงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวยังขาดความชัดเจนและไม่เหมาะสมหลายประการ ซึ่งจากการวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 พบว่ามาตรการทางกฎหมายดังกล่าว มีปัญหา 3 ประการ ดังนี้

ประการแรก ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “เหตุจำเป็น” ในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 พบว่า กฎหมายกำหนดให้การบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ทั้งในกรณีผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่ในระหว่างการสอบสวนหรือพิจารณา ตามมาตรา 89/1 วรรคแรก หรือในกรณีจำเลยซึ่งศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกที่มีการจำคุกมาแล้วตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ตามมาตรา 89/2 วรรคแรก เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องตามที่กฎหมายกำหนดจะต้องยื่นคำร้องขอต่อศาลหรือศาลจะเห็นสมควรใช้มาตรการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่ามี “เหตุจำเป็น” เท่านั้น แต่กฎหมายมิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ของคำว่า “เหตุจำเป็น” ไว้ให้ชัดเจน ถึงแม้ว่าการไม่กำหนดความหมายของเหตุจำเป็นเช่นนี้จะเป็นการเปิดช่องให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจในการพิจารณาถึงเหตุจำเป็นได้อย่างเต็มที่ แต่เมื่อไม่มีกฎหมายวางแนวทางไว้ให้ชัดเจนเพียงพอ ศาลจึงไม่ได้พิจารณาใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำตามมาตรา 89/1 และ 89/2 เลย

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าเหตุจำเป็นในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามมาตรา 89/1 และ มาตรา 89/2 อาจเป็นเหตุจำเป็นของรัฐที่ต้องการลดความแออัดในเรือนจำ หรืออาจเป็นเหตุจำเป็นของตัวผู้กระทำความผิดเองที่ไม่อาจถูกควบคุมตัวในเรือนจำได้ เนื่องจากการควบคุมตัวในเรือนจำอาจทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ อันได้แก่ ผู้กระทำความผิดเจ็บป่วยและต้องได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่อง ผู้กระทำความผิดที่มีอาการป่วยทางจิต และผู้กระทำความผิดที่มีครอบครัว

จากการศึกษากฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจำคุกโดยวิธีการอื่น ที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขต พ.ศ. 2556 ได้มีการบัญญัติถึงเหตุจำเป็นในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มี

การจำกัดการเดินทางและอาณาเขตแก่ผู้ซึ่งต้องจำคุก แต่อย่างไรก็ตาม เหตุจำเป็นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าวใช้เฉพาะกับกรณีศาลมีคำสั่งให้จำคุกโดยวิธีการอื่นที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขตของผู้ซึ่งต้องจำคุก ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (3) เท่านั้น ไม่ครอบคลุมกับกรณีศาลมีคำสั่งให้ขังผู้ต้องหาหรือจำเลยไว้ในสถานที่อื่น ตามมาตรา 89/1 กรณีศาลมีคำสั่งให้จำคุกไว้ในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำ ตามมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) หรือจำคุกเฉพาะวันที่กำหนด ตามมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (2) ได้

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ และกฎหมายของรัฐโอไฮโอประเทศสหรัฐอเมริกา พบว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าในการนำเอามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำมาบังคับใช้จะต้องปรากฏเหตุจำเป็นอย่างไร แต่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ว่าผู้กระทำความผิดประเภทใดบ้างที่ศาลสามารถพิจารณาใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำได้ ตัวอย่างเช่น ในประเทศอังกฤษ ผู้กระทำความผิดที่มีกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่ 3 เดือน แต่ไม่เกิน 4 ปี ศาลอาจมีคำสั่งให้กักขังผู้กระทำความผิดไว้ที่บ้านได้ ผู้กระทำความผิดที่มีอาการป่วยทางจิต ศาลอาจสั่งให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลจิตเวชได้โดยไม่จำกัดอายุและความผิดทุกประเภทที่มีโทษจำคุก หรือในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้กระทำความผิดร้ายแรง (Felony) ในระดับ 4 อาจถูกกำหนดให้บังคับใช้มาตรการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชนหรือการทำงานบริการสังคม เป็นต้น

ดังนั้น ในประเทศไทยหากจะนำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำมาใช้ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นเท่านั้น ก็ควรจะต้องมีบทบัญญัติที่ชัดเจนไปเลยว่า “เหตุจำเป็น” เหตุจำเป็นตามมาตราดังกล่าวคือกรณีใดบ้าง เพื่อเป็นแนวทางให้ศาลใช้ดุลพินิจประกอบการพิจารณาใช้มาตรการดังกล่าวต่อไป

ประการที่สอง ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดหลักเกณฑ์ของสถานที่ขัง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) ให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของตัวผู้กระทำความผิด เนื่องจากการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) กฎหมายได้บัญญัติให้ลักษณะของสถานที่ขังอื่นที่ไม่ใช่เรือนจำให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งกฎกระทรวงกำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้อื่นซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ. 2552 ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า สถานที่ขัง หมายความว่า สถานที่อื่นนอกจากสถานีดำรวจหรือสถานที่ควบคุมผู้ต้องหาของพนักงานสอบสวน เรือนจำ หรือสถานที่ที่กำหนดไว้ในหมายจำคุก ที่ตั้งขึ้นเพื่อใช้ขังผู้ต้องหาหรือจำเลย จำคุกผู้ซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด หรือควบคุมจำเลยที่ได้รับทุเลาการบังคับให้จำคุก โดยอาจเป็นสถานที่ของราชการหรือของเอกชน โดยกฎกระทรวงฉบับนี้ได้กำหนดลักษณะของสถานที่ขังทางกายภาพเท่านั้น ได้แก่ กำหนดให้สถานที่ขังมีอาณาเขตที่แน่นอนและสามารถตรวจสอบการเข้าออกของบุคคลได้ มีอาคารสถานที่ที่มั่นคงแข็งแรง และมีอุปกรณ์เพียงพอที่จะควบคุมดูแลบุคคลให้อยู่ในสถานที่นั้น มีช่องทาง

เข้าออกเท่าที่จำเป็นและจัดให้มีระบบการรักษาความปลอดภัยที่เหมาะสม แต่ไม่ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดให้สถานที่ซึ่งนำมาใช้ในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดนั้นจะต้องมีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของตัวผู้กระทำความผิดที่ต้องใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวเลย

เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 มาตรา 33 ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดสถานที่คุมขัง พ.ศ. 2563 ซึ่งได้บัญญัติให้การกำหนดอาณาเขตในสถานที่อื่นที่มีใช้เรือนจำให้เป็นสถานที่คุมขังเพื่อดำเนินกิจการตามภารกิจของกรมราชทัณฑ์นั้น พบว่า นอกจากจะกำหนดลักษณะของสถานที่คุมขังทางกายภาพแล้ว กฎกระทรวงฉบับนี้ยังมีบทบัญญัติที่กำหนดให้การกำหนดสถานที่ซึ่งต้องมีความสัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ของสถานที่ซึ่งด้วย เช่น สถานที่คุมขังที่มีวัตถุประสงค์ในการปฏิบัติตามระบบการจำแนกและการแยกคุมขัง ได้แก่ สถานที่สำหรับอยู่อาศัย และสถานที่สำหรับควบคุม กักขัง หรือกักตัวตามกฎหมายของทางราชการที่มีใช้เรือนจำ สถานที่คุมขังที่มีวัตถุประสงค์ในการรักษาพยาบาลผู้ต้องขัง ได้แก่ สถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม กฎกระทรวงฉบับนี้เป็นการออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พ.ศ. 2560 จึงไม่อาจนำมาใช้กับการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ได้

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ พบว่า มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้กระทำความผิดในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำ กฎหมายได้กำหนดสถานที่ควบคุมผู้กระทำความผิดให้มีความสัมพันธ์สอดคล้องกับตัวผู้กระทำความผิด ได้แก่ คำสั่งให้ควบคุมตัวในสถานพยาบาลและคำสั่งให้รักษาตัวในโรงพยาบาล ซึ่งเป็นคำสั่งที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดเข้ารับรักษาตัวที่โรงพยาบาลจิตเวช เพื่อรักษาอาการป่วยทางจิตก่อนได้รับการปล่อยตัว

ดังนั้น เมื่อมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) บัญญัติให้ลักษณะของสถานที่ซึ่งอื่นที่ไม่ใช่เรือนจำให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง คือ กฎกระทรวงกำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้อื่นซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ. 2552 การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรมีแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับสถานที่ซึ่ง โดยกำหนดสถานที่ให้สัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของตัวผู้กระทำความผิด อันได้แก่ สถานที่ซึ่งผู้กระทำความผิดที่เจ็บป่วยและต้องรับการรักษาอย่างต่อเนื่อง ได้แก่ สถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน สถานที่ซึ่งผู้กระทำความผิดที่มีอาการป่วยทางจิต ได้แก่ สถานพยาบาลจิตเวช และสถานที่ซึ่งผู้กระทำความผิดมีครรภ์ ได้แก่ สถานที่สำหรับอยู่อาศัย

ประการสุดท้าย ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มาบังคับใช้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาบทบัญญัติที่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธี

อื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ปรากฏว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ไม่มีบทบัญญัติกำหนด ประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มาบังคับใช้เลย แต่มีเพียงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/2 วรรคสอง กำหนดว่า ในการพิจารณาของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้ศาลคำนึงถึงฐานความผิด ความประพฤติดั้งเดิมของผู้ซึ่งต้องจำคุก ตลอดจนสวัสดิภาพและความปลอดภัยของผู้เสียหายและสังคมด้วยก็ตาม อันเป็นการเปิดช่องให้ศาลใช้ดุลพินิจเท่านั้น ซึ่งการใช้ดุลพินิจพิจารณาเลือกใช้มาตรการลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการอื่น แทนการจำคุกในเรือนจำเป็นเรื่องทีละเยียดอ่อน หากไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอนให้ศาลพิจารณา ก็อาจส่งผลกระทบต่อความเชื่อมั่นของกระบวนการยุติธรรมได้ ด้วยเหตุนี้เองอาจเป็นหนึ่งในเหตุผลที่ศาลไม่พิจารณาใช้บังคับมาตรการเหล่านี้เลย

จากการศึกษาความเป็นมาของแนวคิดในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่น นอกจากการจำคุกในเรือนจำ ในการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเคยมีการเสนอว่า การนำมาตรการตามร่างมาตรา 89/2 มาใช้กับทุกกรณี โดยเฉพาะกับความผิดร้ายแรงอาจก่อให้เกิดปัญหาได้ เจตนาของคณะผู้ร่างจึงต้องการนำประเภทความผิดและระยะเวลาที่ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกมาเป็นเงื่อนไขในการใช้สถานที่อื่นแทนเรือนจำ อันเป็นการกำหนดกรอบในการใช้ดุลพินิจของศาล เพื่อไม่ต้องการให้ผู้กระทำความผิดในความผิดร้ายแรงตัวถูกควบคุมตัวในสถานที่อื่นนอกจากเรือนจำหรือมาอยู่ร่วมกับคนในสังคม จึงพิจารณาร่างมาตรา 89/3 ขึ้น เพื่อกำหนดให้ความผิดร้ายแรงตามมาตรา 89/3 (1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และ (2) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย และความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง ความผิดเกี่ยวกับเพศ ความผิดเกี่ยวกับชีวิต ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ และความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ ซึ่งศาลมีคำพิพากษาให้จำคุกไม่ต่ำกว่าสิบปี ตามมาตรา 89/3 (3) เพื่อการจำกัดการใช้ดุลพินิจของศาลให้ชัดเจนขึ้น แต่ในท้ายที่สุดแล้ว การกำหนดฐานความผิดตามร่างมาตรา 89/3 กระทรวงยุติธรรมเห็นว่า กำหนดดังกล่าวทำให้การใช้มาตรการตามมาตรา 89/2 ขาดความยืดหยุ่น จึงได้พิจารณาตัดร่างมาตรา 89/3 ออก และบัญญัติให้เป็นดุลพินิจของศาลในการพิจารณาดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/2 วรรคสองในปัจจุบัน

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวในต่างประเทศ พบว่า กฎหมายของรัฐโอไฮโอ ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการกำหนดฐานความผิดที่เป็นความผิดร้ายแรงซึ่งห้ามมิให้นำมาตรการปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิดในชุมชนอันเป็นมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่น นอกจากการจำคุกในเรือนจำอย่างชัดเจน โดยในความผิดร้ายแรงที่กำหนดไว้ให้ศาลพิพากษาลงโทษจำคุกผู้กระทำความผิดตามหลักเกณฑ์และระยะเวลาต่างๆ ที่เหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละคนได้ทันที

ดังนั้น ในความผิดร้ายแรงที่เป็นความผิดที่เป็นอันตรายอย่างยิ่งต่อสังคม และเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการลงโทษเพื่อแก้แค้นทดแทน เพื่อเป็นการตัดผู้กระทำความผิดที่เป็นอันตรายนี้ออกจากสังคม อีกทั้งเพื่อการช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเองให้เช็ดหลาบและไม่คิดกระทำความผิดอีกและช่วยเหลือผู้อื่นให้เกิดความเกรงกลัวไม่กล้ากระทำความผิดเช่นนั้น ผู้กระทำความผิดจึงสมควรถูกลงโทษจำคุกในเรือนจำโดยไม่ต้องถูกบรรเทาโทษใดๆ ประเทศไทยจึงควรกำหนดประเภทหรือลักษณะความผิดที่ห้ามมิให้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำไว้อย่างชัดเจน

7. ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ดังต่อไปนี้

7.1 ปัญหาทางกฎหมายที่ได้กำหนดบทนิยามของคำว่า “เหตุจำเป็น” ในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2

ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดบทนิยามของคำว่า “เหตุจำเป็น” ในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 89/3 มีรายละเอียดว่า

“มาตรา 89/3 ในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อขอให้มีการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ให้เจ้าพนักงานคำนึงถึงเหตุจำเป็น ซึ่งรวมถึงเหตุจำเป็นของรัฐ หรือเหตุจำเป็นของผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด ดังต่อไปนี้

(1) ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดเจ็บป่วยและต้องได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่อง

(2) ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดมีอาการป่วยทางจิต

(3) ผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดที่มีครรภ์

(4) เหตุจำเป็นอื่น เมื่อศาลเห็นว่าการควบคุมตัวในเรือนจำอาจทำให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด”

ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นแนวทางในการกำหนดเหตุจำเป็นให้ศาลพิจารณาใช้มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น ตามมาตรการทางกฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดประเภทใดที่ศาลสามารถพิจารณาใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดโดยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำได้ ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการจำคุกโดยวิธีการอื่นที่สามารถจำกัดการเดินทางและอาณาเขต พ.ศ. 2556 ที่มีการบัญญัติถึงเหตุจำเป็นในการยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อใช้มาตรการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน

7.2 ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดหลักเกณฑ์ของสถานที่ซึ่ง ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 วรรคหนึ่ง (1) ให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของผู้กระทำความผิด

ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวงกำหนดสถานที่อื่นที่ใช้ในการขัง จำคุก หรือควบคุมผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้อื่นซึ่งต้องจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุด พ.ศ. 2552 เพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์ของสถานที่ซึ่งให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด โดยแก้ไขบทบัญญัติในข้อ 3 เพิ่มเติมวรรคสอง มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

“การกำหนดสถานที่ซึ่งตามวรรคหนึ่ง ต้องคำนึงถึงเหตุจำเป็นของผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วย ดังต่อไปนี้

(1) สถานที่ซึ่งผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดที่เจ็บป่วยและต้องได้รับการรักษาอย่างต่อเนื่อง ได้แก่ สถานพยาบาลประเภทที่รับผู้ป่วยไว้ค้างคืน

(2) สถานที่ซึ่งผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดที่มีอาการป่วยทางจิต ได้แก่ สถานพยาบาลจิตเวช

(3) สถานที่ซึ่งผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดที่มีครรภ์ ได้แก่ สถานที่สำหรับอยู่อาศัย”

ในการกำหนดสถานที่ซึ่งให้มีความสัมพันธ์กับเหตุจำเป็นของผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิด ดังที่กล่าวข้างต้นนี้ เพื่อให้บุคคลที่มีเหตุจำเป็นที่ไม่อาจถูกควบคุมตัวในเรือนจำได้ถูกควบคุมตัวในสถานที่ที่เหมาะสม ซึ่งเป็นไปตามแนวทางการกำหนดสถานที่ควบคุมตัวของประเทศอังกฤษ ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดสถานที่คุมขัง พ.ศ. 2563 ที่กำหนดสถานที่ซึ่งให้สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ในการใช้คุมขังผู้ต้องขังโดยคำนึงถึงตัวผู้ถูกคุมขังเป็นสำคัญ

7.3 ปัญหาทางกฎหมายที่มีได้กำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มาบังคับใช้

ควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเพิ่มเติมบทบัญญัติที่กำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มาบังคับใช้ โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 89/4 รายละเอียดดังนี้

“มาตรา 89/4 ความในมาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 มิให้ใช้บังคับกับผู้ซึ่งต้องคำพิพากษาให้ประหารชีวิต และความผิดดังต่อไปนี้

(1) ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

(2) ความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย

(3) ความผิดดังต่อไปนี้ซึ่งศาลมีคำพิพากษาให้จำคุกไม่ต่ำกว่าสิบปี

(1) ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน

(2) ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและการแปลง

- (3) ความผิดเกี่ยวกับเพศ
- (4) ความผิดเกี่ยวกับชีวิต
- (5) ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน
- (6) ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ”

ทั้งนี้ เพื่อกำหนดประเภทหรือลักษณะของความผิดร้ายแรงและมีลักษณะเป็นอันตรายต่อสังคม ตามแนวความคิดเดิมที่เคยเสนอในการร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 25) พ.ศ. 2550 ประกอบกับแนวทางของประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดความผิดที่ห้ามมิให้นำมาตรวจควบคุมผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดโดยวิธีอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำมาบังคับใช้ไว้อย่างชัดเจน

อนึ่ง แนวทางในการแก้ไขปัญหาประการที่หนึ่งและประการที่สามที่กล่าวมาข้างต้นเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งในการแก้ไขกฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้น มีกระบวนการพิจารณาที่ยุ้งยากและซับซ้อน ต้องกระทำโดยผ่านรัฐสภาจึงอาจใช้ระยะเวลาอันยาวนาน ดังนั้น แนวทางในการแก้ไขปัญหาที่สามารถกระทำได้อย่างเป็นรูปธรรมและรวดเร็วที่สุด คือ การใช้ช่องทางตามพระราชบัญญัติใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 5 โดยให้ประธานศาลฎีกาออกข้อบังคับหรือให้นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมออกกฎกระทรวงที่เป็นการวางหลักเกณฑ์ในการกำหนดเหตุจำเป็นในการใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมตัวผู้ต้องหาหรือผู้กระทำความผิดด้วยวิธีการอื่นนอกจากการจำคุกในเรือนจำ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 89/1 และมาตรา 89/2 ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่แก้ไขได้ง่ายและรวดเร็วกว่ากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

บรรณานุกรม

กรุงเทพธุรกิจ. (2564). 'คลังเตอร์เรือนจำ' ผู้ต้องขังติดโควิด-19 รายใหม่ 1,902 ราย. (ออนไลน์).

เข้าถึงได้จาก: <https://www.bangkokbiznews.com/news/detail/940884>. [2564, 1 มิถุนายน]

นันทิ จิตสว่าง. (2542). *หลักทฤษฎีวิทยา : หลักการวิเคราะห์ระบบงานราชทัณฑ์*. กรุงเทพฯ: กรมราชทัณฑ์.

ศรันยา สรมา. (2563). *ผู้ต้องขังล้นเรือนจำ*. กรุงเทพฯ: สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.

สำนักงานกิจการยุติธรรม กระทรวงยุติธรรม. (2547). “*กระบวนการทัศน์ใหม่ของกระบวนการยุติธรรมใน*

การปฏิบัติต่อผู้กระทำความผิด”. การประชุมระดับชาติว่าด้วยงานยุติธรรม ครั้งที่ 1 17-18

กรกฎาคม 2546. กรุงเทพฯ: ศุภสภาลาดพร้าว.



บริษัท สำนักกฎหมาย ชำนาญ ชาดิษฐ์ จำกัด
CHUMNAN CHADIT LAW OFFICE CO.,LTD.

ดร.ชำนาญ ชาดิษฐ์

ที่ปรึกษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงวัฒนธรรม

รับว่าความทั่วราชอาณาจักร

ที่ปรึกษากฎหมาย และจัดทำสัญญาต่างๆ

คดีอาญาทุกจริตของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

คดีปกครอง

คดีทรัพย์สินทางปัญญา

คดีแรงงาน

คดีแพ่ง และคดีอาญา



ลีดเดอร์ กรุ๊ป

เป็นองค์กรอันดับหนึ่งในธุรกิจติดตามและบริหารหนี้



บริษัท ลีดเดอร์ กรุ๊ป จำกัด ก่อตั้งขึ้น เมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2548 เราเป็นบริษัทที่เป็นผู้นำระดับประเทศในด้านการให้คำปรึกษา พร้อมทั้งบริการงานด้านกฎหมาย และด้านการบริหารหนี้สินให้กับธนาคารและสถาบันการเงินชั้นนำของประเทศ ปัจจุบันเรามีสาขารวมทั้งสิ้น 6 สาขา มีพนักงานกว่า 1000 คน ด้วยวิสัยทัศน์ที่ว่า ลีดเดอร์ กรุ๊ป เป็นองค์กรอันดับหนึ่งในธุรกิจติดตามและบริหารหนี้

พันธกิจ

1. นำนวัตกรรมใหม่มาปรับใช้ เพื่อพัฒนาธุรกิจให้ทันสมัย มุ่งสู่ความเป็นบริษัทมหาชน
2. ดำเนินธุรกิจบนพื้นฐานของกฎหมาย ยึดมั่นคุณธรรมและจริยธรรม
3. มุ่งสร้างความเชื่อมั่นและไว้วางใจ ประสานความสัมพันธ์อันดีต่อพันธมิตรทางธุรกิจ
4. มุ่งมั่นที่จะเติบโตอย่างยั่งยืน ส่งเสริมพัฒนาบุคลากรให้เชี่ยวชาญ นำพาองค์กรสู่อนาคตด้วยแนวคิดใหม่ๆ
5. ส่งเสริมภาพลักษณ์ที่ดีขององค์กร รับผิดชอบต่อสังคมและชุมชน

ค่านิยมองค์กร

1. **Justice** ยุติธรรม โปร่งใส ปฏิบัติ ตามกฎระเบียบ สามารถตรวจสอบได้
2. **Employee importance & Quality of Life** พนักงาน คือ คนสำคัญให้ความสำคัญกับพนักงานพร้อมทั้งใส่ใจคุณภาพชีวิตเพื่อความสุขในที่ทำงาน
3. **Believability** เสริมสร้างความเชื่อมั่นความน่าเชื่อถือกับพนักงานและผู้ว่าจ้าง
4. **The Best Team Spirit** เป็นทีม Spirit ที่ดีสามารถทำงานร่วมกันด้วยความร่วมมือ ร่วมใจของบริษัทและผู้ว่าจ้าง
5. **Responsible** ดำเนินการเร่งรัดหนี้สิน ด้วยความรับผิดชอบต่อผู้ว่าจ้างและลูกค้า
6. **Service Smile** ปฏิบัติงานด้วยจิตใจการให้บริการและรักในงานที่ทำ

บริษัท ลีดเดอร์ กรุ๊ป จำกัด (Leader Group)

238, 240, 242, 244 ซอยรามอินทรา 65 (ซอยลีดเดอร์) ถนนรามอินทรา แขวงท่าแร้ง เขตบางเขน กรุงเทพฯ 10230

โทรศัพท์: 02-793-6888 ต่อ 122,218 เว็บไซต์: <https://www.facebook.com/ldcollection>

คณะอนุपर อรุณรัตน์

อนุพร อรุณรัตน์
ที่ปรึกษานายก
สภาทนายความ

"ผนึกกำลังกัน สานเสริมสร้าง
ผดุงเกียรติวิชาชีพนายความ"

นายกสภา
ทนายความ



หมายเลข
๕

กรรมการสภา
ทนายความ



หมายเลข

๑-๒๒

เลือกตั้งนายกและกรรมการสภาทนายความ
วันอาทิตย์ที่ 28 สิงหาคม พ.ศ.2565
เวลา 09.00 - 15.00 น.
ณ ศาลจังหวัดทั่วประเทศ



@anupornaroonrut



www.anupornaroonrut.com