

พ.ร.บ. คอมฯ : กฎหมายคอมฯ หรือ กฎหมายคุ้มครองความมั่นคง
Computer-related Crime Act: for "Cyber Security" or "State Security" ?

วิชญาดา อำพนกิจวิวัฒน์

Wichayada Amponkitwivat

นักศึกษาระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50202 ประเทศไทย

Faculty of law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50202 Thailand

อีเมลล์: Wichayada.nunorn@gmail.com

Email: Wichayada.nunorn@gmail.com

บทคัดย่อ

พ.ร.บ. ว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ถูกเสนอครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2541 และมีการพิจารณาเรื่อยมา จนกระทั่งการพิจารณาจากคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ถูกแก้ไขเปลี่ยนชื่อเป็น พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 เมื่อมีการบังคับใช้ พ.ร.บ. ดังกล่าว ทำให้เกิดปัญหาหลายประการติดตามมา เช่น บทบัญญัติที่สามารถตีความได้อย่างกว้างขวาง ขอบเขตที่ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน หรือบทลงโทษที่มีการกำหนดโทษไว้อย่างรุนแรง ทำให้มีผู้ออกมาโต้แย้งถึง พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 กันอย่างกว้างขวาง

บทความนี้จึงต้องการศึกษาวัตถุประสงค์ การถกเถียง และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้ของกฎหมายดังกล่าว นับตั้งแต่ขั้นตอนของการจัดทำร่าง พ.ร.บ. ว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ขึ้นเป็นครั้งแรก จนกระทั่งเปลี่ยนมาเป็น พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 ทั้งในประเด็นด้านเนื้อหาของกฎหมาย บทลงโทษ และขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมายว่ามีลักษณะอย่างไร เพื่อชี้ให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายดังกล่าวนี้ว่าได้มีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ

คำสำคัญ: พ.ร.บ. ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, ร่างพ.ร.บ. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ , กฎหมายคอมพิวเตอร์

Abstract

The Computer Crime Act was adopted for the first time in B.E. 2541 (1998). In the very beginning, it was named the Computer Crime Act. After a review by the Council of State, its name was amended to the Computer-Related Crime Act B.E. 2550 (2007). Since the Computer-Related Crime Act B.E. 2550 (2007) was in effect, various problems have emerged namely vague provisions which leave rooms for broad interpretation, vague scopes of law enforcement, and severe penalty. Owing to such problems, many people have been criticizing the Computer-Related Crime Act B.E. 2550 (2007).

This article seeks to comprehend the objectives of the law, and debates on the law and the impacts of law enforcement focusing on the process of drafting the Computer Crime Act until the period where the concerned act became the Computer-Related Crime Act B.E. 2550 (2007). It attempts

to cover issues related to the substance of the laws, the characteristics of the penalty, and the scopes of law enforcement in order to pinpoint the differences between the above-mentioned laws in order to portray the significant changes.

Keywords: Computer-related Crime Act, Draft Computer Crime Act, Computer Law

1. บทนำ

“...ในฐานะที่เป็นคนไทยรู้สึกสะเทือนใจและไม่คาดฝันว่าจะเกิดขึ้นได้ เป็นข้อความที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพที่รุนแรงมากๆเลย ซึ่งทำให้กระผมมีความรู้สึกว่าย่ำแย่มาครับ แล้วเราก็ไม่มีกฎหมายที่จะไปควบคุมสิ่งเหล่านี้โดยตรงจริงๆ พอกระผมเข้ามาที่กระทรวงไอซีทีก็ทราบว่ามีกฎหมาย 4 ฉบับที่ร่างไว้เรียบร้อยพร้อมที่จะเสนอได้ กระผมก็เลยได้ดำเนินการเสนอเข้า ครม. แล้วก็ด้วยความที่เป็นคนใจร้อน ผมก็เลยกราบเรียน ครม. ว่าขอให้เป็นเรื่องด่วน...”

สิทธิชัย โภไคยอุดม¹

บทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำความผิดทางคอมพิวเตอร์ถูกสร้างขึ้นครั้งแรกโดยคณะกรรมการเฉพาะกิจยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์² มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะกำหนดมาตรการในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล และระบบเครือข่าย ในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นั้นถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาหลายครั้งหลายครา รวมถึงยังมีระยะเวลาในการจัดทำร่างกฎหมายยาวนานถึง 9 ปี (ตั้งแต่ปี 2541 – ปี 2549) แต่มีการเร่งพิจารณากฎหมายเพื่อจะประกาศใช้ในระยะเวลาไม่ถึง 1 ปี ซึ่งก็เป็นที่น่าสังเกตว่าในการจัดทำร่างกฎหมายและการเร่งพิจารณากฎหมายเพื่อออกมาบังคับใช้นั้น มีนโยบายแฝงอย่างไรหรือไม่

เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ 2550 (ต่อไปผู้เขียนขอเรียกสั้นๆว่า พ.ร.บ.คอมพิวเตอร์ 2550) ถูกประกาศใช้ ก็ถูกโต้แย้งและมีการวิพากษ์วิจารณ์กันอย่างแพร่หลาย ถึงตัวบทบัญญัติทางกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย และขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายที่ดูจะกว้างขวางเสียเหลือเกิน อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังเป็นกฎหมายใหม่ พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัตินี้ยังไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเพียงพอในการปฏิบัติหน้าที่ ที่สำคัญหน่วยงานที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงอย่าง “สำนักกำกับดูแลการใช้เทคโนโลยีสารสนเทศ” ของกระทรวงไอซีที ยังไม่มีพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติการ โดยตำแหน่งดังกล่าวยังถูกแต่งตั้งขึ้นในปี 2552

เมื่อกฎหมายดังกล่าวออกมาบังคับใช้ได้ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ประกอบกับเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติถูกแต่งตั้งขึ้นในหลายๆส่วนงานของรัฐ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ดังกล่าว กลับถูกบังคับใช้ในฐานะของ “กฎหมายจอมบลิ๊ง”³ เมื่อดูจากสถิติการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวนในการปิดกั้นเว็บไซต์ ในปี 2552 มีจำนวน

¹ สิทธิชัย โภไคยอุดม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ได้กล่าวไว้ในรายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธ ที่ 15 พฤศจิกายน 2549 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 49

² คำสั่งคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ที่ 11/2542 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ จำนวน 22 คน

³ iLaw, วิธีการทางเทคนิค ในการปิดกั้นสื่อออนไลน์หรือ “บล็อกเว็บ”, สืบค้นวันที่ 2 มี.ค. 2561 ,จาก <https://ilaw.or.th/node/4325>.

มากถึง 28,706 URL และในปี 2553 จำนวน 45,357 URL ตามลำดับ⁴ ซึ่งได้สอดคล้องกับสถานการณ์ทางการเมืองในขณะนั้นด้วย ที่มีเหตุความขัดแย้งเกิดขึ้นจากหลายฝ่าย มีการโต้แย้ง แสดงความคิดเห็นจากฝ่ายต่างๆ ผ่านพื้นที่อินเทอร์เน็ต อย่างเช่น การแสดงความคิดเห็นผ่านทางเว็บบอร์ด⁵ ของประชาไท หรือ ฟาเดียวกัน ต่อมาในปี 2554 ที่สถานการณ์ทางการเมืองเริ่มสงบลง ส่งผลให้จำนวนของการปิดกั้นเว็บไซต์ก็ลดลงด้วย ทำให้ปี 2555 และ ปี 2556 มีจำนวนการปิดกั้นเว็บไซต์ และจำนวนของคดีลดลงตามลำดับเช่นกัน⁶

จนเกิดการเปลี่ยนแปลงอีกครั้งในช่วงการรัฐประหาร ปี 2557 โดยการนำของ พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา ที่ออกมาทำการยึดอำนาจในนาม “คณะรักษาความสงบแห่งชาติ” (คสช.)⁷ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ถูกบังคับใช้ในการดำเนินคดีและการปิดกั้นเว็บไซต์เป็นจำนวนมากอีกครั้ง โดยมีการตีความขยายตัวบทกฎหมายไปกว้างมากกว่าเดิม ไม่เพียงการปิดกั้นเว็บไซต์เท่านั้นแต่ยังรวมไปถึงการฟ้องร้องดำเนินคดีด้วย และพระราชบัญญัติดังกล่าวมักถูกใช้ควบคู่ไปกับกฎหมายอาญาในมาตรา 112 และ มาตรา 116 จนเป็นเหมือนรูปแบบของการฟ้องร้องดำเนินคดีในกรณีที่มีผู้กระทำการผ่านช่องทางโซเชียลเน็ตเวิร์ค เช่น ผู้โพสต์ข้อความลงในเฟซบุ๊ก (Facebook) โดยข้อความดังกล่าวนั้นเข้าข่ายความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ หรือเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร

ตัวอย่างเช่น

ในช่วงเดือนตุลาคม ปี 2559 หญิงพิการ ตาบอดทั้งสองข้าง ชื่อ นุรฮายาตี ถูกพนักงานสอบสวนออกหมายจับและตั้งข้อกล่าวหาตามมาตรา 112 และมาตรา 14(3) ตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 เนื่องจากเธอโพสต์ลงข้อความของใจ อึ้งภากรณ์ และแสดงความคิดเห็นบนเฟซบุ๊กในลักษณะเข้าข่ายผิดกฎหมาย⁸

ร.ท. หญิง สุณิสา ได้โพสต์ข้อความเฟซบุ๊ก วิพากษ์วิจารณ์ พล.อ. ประยุทธ์ จันทร์โอชา เกี่ยวกับการเปิดทำเนียบต้อนรับนักดนตรีที่อยู่ระหว่างทำกิจกรรมวิ่งเพื่อระดมทุนให้โรงพยาบาล แต่กลับไม่ยอมให้ชาวบ้านที่คัดค้านโรงไฟฟ้าเทพาเข้าพบ ทำให้ พ.อ. บุรินทร์ ทองประไพ นายทหารฝ่ายกฎหมายของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เข้าร้องทุกข์กล่าวโทษ ต่อพนักงานสอบสวนกองปราบปรามในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 116 และความผิดตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ในมาตรา 14(2)⁹

พระสนทวงศ์โพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊กในทำนองว่า เจ้าหน้าที่ทหาร ตำรวจ ไม่กล้าเปิดทางให้โรงพยาบาล เพราะต้องรอคำสั่งจากดีเอสไอ ทำให้ลูกศิษย์ซึ่งป่วยเป็นโรคหอบหืด ต้องเสียชีวิตภายในวัด จากกรณีนี้เจ้าหน้าที่ขอให้

⁴ สาวตรี สุขศรี, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์? : งานวิจัยหัวข้อ “ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น”, กรุงเทพฯ : โครงการการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (ilaw), 2555, หน้า 63.

⁵ เว็บบอร์ด (Webboard) หมายถึง พื้นที่ในการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสาร การสนทนา การพูดคุยกันในหัวข้อต่างๆ โดยมีลักษณะเป็นพื้นที่บนอินเทอร์เน็ต และอาจจะมีชื่อเรียกอื่นๆ กระจาดานชาว กระจาดานสนทนา เป็นต้น (คำอธิบายดังกล่าวเป็นการสรุปความเข้าใจของผู้เขียนเอง – ไม่สามารถนำไปใช้อ้างอิงได้)

⁶ สาวตรี สุขศรี, อาชญากรรมคอมพิวเตอร์? : งานวิจัยหัวข้อ “ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น”, หน้า 63.

⁷ ไทยรัฐออนไลน์, “ย้อนนาฬิกาประยุทธ์ทุบโต๊ะยึดอำนาจสู่รัฐประหาร”. หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ; 23 พ.ค. 2557, จาก <https://www.thairath.co.th/content/424643>.

⁸ iLaw, นุรฮายาตี: หญิงตาบอดแชร์บทความเว็บเถื่อนชาย. สืบค้นวันที่ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/813>.

⁹ iLaw. หมวดเจ๊ียบ: โพสต์เฟซบุ๊กวิจารณ์ คสช. สืบค้นวันที่ 2 มี.ค. 2561. จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/811>.

ศาลอาญาออกหมายจับพระสนทวงศ์ด้วยกฎหมายอาญา มาตรา 116 มาตรา 326 และมาตรา 328 และความผิดตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 มาตรา 14 (1)¹⁰

พฤทธิรินทร์ นักร้อง นักร้องจังหวัดอุบลราชธานี ถูกกล่าวหาว่าโพสต์ข้อความบนเฟซบุ๊กสามบัญชี รวมทั้งหมิ่นแกล้งข้อความ โดยถูกแจ้งข้อกล่าวหาว่าผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 112 และความผิดตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 มาตรา 14(3) ซึ่งคดีนี้เป็นคดีแรกที่ศาลวางบทลงโทษตาม มาตรา 112 และ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 แยกออกจากกัน ทำให้พฤทธิรินทร์ต้องรับโทษมากขึ้น ในขณะที่คดีอื่นๆ ศาลจะพิจารณาว่าเป็นการกระทำความผิดผิดกฎหมายหลายบท ลงโทษตามมาตรา 112 ซึ่งเป็นบทหนักสุดเพียงบทเดียว¹¹

จะเห็นว่า พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ถูกบังคับใช้ในเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรและความผิดฐานหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์เป็นส่วนใหญ่ ซึ่งการแจ้งข้อกล่าวหาไม่เพียงแต่ความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเท่านั้น มักจะถูกแจ้งข้อกล่าวหาพร้อมกับพระราชบัญญัติดังกล่าวไปด้วย จากสิ่งที่เกิดขึ้นนั้นทำให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์หนักมากยิ่งขึ้นจากกลุ่มที่ไม่เห็นด้วยกับกฎหมายฉบับดังกล่าว จากการวิพากษ์ วิเคราะห์ว่าเป็นกฎหมายจอมบล็อกลู่การเป็นกฎหมายที่ถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน

การบังคับใช้กฎหมายร้ายแรงขึ้นทุกขณะ ผู้บังคับใช้กฎหมายตีความกว้างจนไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จนในบางครั้งกฎหมายดังกล่าวก็ถูกบังคับใช้เป็นเหมือนเครื่องมือในการข่มขู่ประชาชน ไม่ให้ออกมาโต้แย้งคัดค้าน กับรัฐบาล หรือเป็นการสร้างความกลัวให้กับประชาชน เพราะเมื่อประชาชนถูกแจ้งข้อหาตาม พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 แล้ว จะต้องถูกฟ้องร้องดำเนินคดี และส่วนใหญ่ก็จะไม่ได้รับอนุญาตให้ประกันตัว รวมถึงเมื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลแล้วนั้น โทษที่ลงมักจะมียอดโทษที่สูงมาก ทำให้ประชาชนบางส่วนไม่กล้าแสดงความคิดเห็นบนพื้นที่สาธารณะอีก

อย่างไรก็ตาม สำหรับบทความนี้ได้ศึกษาการบังคับใช้ของกฎหมายว่าไปกระทบถึงสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชนหรือไม่อย่างไร แต่ต้องการศึกษาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ผ่านการถกเถียงที่เกิดขึ้นในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ในขณะที่พิจารณากฎหมายดังกล่าว รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นของ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ด้วย เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างของกฎหมายตั้งแต่ร่างกฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ จนถึง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ว่ามีการเปลี่ยนแปลงไปอย่างไรบ้าง

2. จากร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์

ร่าง พระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... (ต่อไปผู้เขียนขอเรียกว่า ร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์) เป็นหนึ่งในกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ 6 ฉบับ ที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบตอนโยบายเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ในปี 2539 ในขณะนั้นความเจริญก้าวหน้าทางด้านเทคโนโลยีก็เริ่มเข้าสู่ประเทศไทยมากยิ่งขึ้น และเพื่อพัฒนาสังคมและเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางด้านธุรกิจอุตสาหกรรมและการค้าระหว่างประเทศ โดยจะ

¹⁰ iLaw. พระสนทวงศ์: คดีโพสต์เฟซบุ๊กเรื่องคนตายในวัดธรรมกาย. สืบค้นวันที่ 2 มี.ค. 2561. จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/780>

¹¹ iLaw. พฤทธิรินทร์: คดี 112 จากการโพสต์เฟซบุ๊ก. สืบค้นวันที่ 2 มี.ค. 2561. จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/354#detail>

ก้าวเข้าสู่ยุคเศรษฐกิจใหม่แห่งศตวรรษที่ 21¹² ด้วยแล้ว จึงต้องออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์หรือเทคโนโลยีสารสนเทศ เพื่อรองรับและสอดคล้องกับสถานการณ์ภายในประเทศในขณะนั้น

เมื่อมีนโยบายในการออกกฎหมายเทคโนโลยีดังกล่าวแล้วจึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ ในคำสั่งคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ที่ 11/2542 จำนวน 22 คน¹³ ในการยกร่างกฎหมาย มีการกำหนดหลักการของการร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ขึ้นเพื่อ

*“กำหนดมาตรการทางอาญาในการลงโทษผู้กระทำความผิดต่อระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล และระบบเครือข่าย ซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดกำหนดว่าเป็นความผิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิ เสรีภาพและการคุ้มครองการอยู่ร่วมกันของสังคม”*¹⁴

จะเห็นว่าจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในขณะนั้น (ในช่วงปี 2539-2544) เทคโนโลยีได้เข้ามาในประเทศเป็นจำนวนมาก และประเทศไทยเองก็ยังไม่มียกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์แต่อย่างใด จึงทำให้ต้องมีการยกร่างกฎหมายดังกล่าว และจากหลักการของกฎหมายที่ปรากฏข้างต้นก็แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ากฎหมายฉบับนี้ต้องการที่จะมุ่งคุ้มครองระบบคอมพิวเตอร์ โดยมีการกำหนดบทบัญญัติลงโทษผู้กระทำความผิดต่อระบบการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลและระบบเครือข่ายเป็นสำคัญ

ร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ มีการกำหนดเนื้อหา บทลงโทษ และลักษณะการกระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล และระบบเครือข่าย ซึ่งอาจจะสรุปความผิดสำคัญได้ 3 ฐานความผิด¹⁵ คือ

- การเข้าถึงโดยไม่มีอำนาจ (unauthorized access)
- การใช้คอมพิวเตอร์โดยไม่ชอบ (computer misuse)
- ความผิดเกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์ (computer related crime)

และบทบัญญัติทางกฎหมายยังถูกแบ่งออกเป็น 2 หมวดด้วยกัน คือ

¹² โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ, ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ... ,กรุงเทพฯ: หจก. จีระวิชาการพิมพ์, 2544, หน้า 7.

¹³ เรื่องเดียวกัน., หน้า 26.

¹⁴ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, ร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศภายใต้โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2544, หน้า 9.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน., หน้า 8.

2.1 ความผิดเกี่ยวกับการรักษาความลับและความครบถ้วนของระบบข้อมูล และการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์

ในหมวดความผิดนี้จะประกอบไปด้วย ความผิดฐานการเข้าถึงโดยไม่มีอำนาจ¹⁶ ความผิดฐานการดักข้อมูล¹⁷ ความผิดฐานรบกวนระบบ¹⁸ ความผิดฐานผลิต จำหน่ายหรืออุปกรณ์เพื่อใช้ในการกระทำความผิด¹⁹ และความผิดฐานครอบครองโปรแกรมคอมพิวเตอร์ไว้ใช้ในการกระทำความผิด²⁰ จะเห็นว่ากฎหมายในหมวดนี้จะเน้นลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลและระบบเครือข่ายเป็นสำคัญ หากพิจารณาบทกฎหมายประกอบจะเห็นชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองตัวระบบอย่างแท้จริง เนื่องจากในขณะนั้น ประเทศไทยยังไม่เคยมีกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ อีกทั้งคณะกรรมการผู้ร่างกฎหมายเองก็นำเอากฎหมายต่างประเทศเข้ามาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายดังกล่าว อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา แคนาดา อังกฤษ เป็นต้น เนื่องจากประเทศดังกล่าวมีกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ใช้บังคับแล้ว

¹⁶ มาตรา 4 บัญญัติว่า ผู้ใดเข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบข้อมูลของผู้อื่นทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยประการที่น่าจะเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือรบกวนการทำงานของคอมพิวเตอร์ ระบบคอมพิวเตอร์ หรือระบบข้อมูล ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

¹⁷ มาตรา 5 บัญญัติว่า ผู้ใดลักลอบดักข้อมูลของผู้อื่นจากระบบข้อมูล ระบบคอมพิวเตอร์หรือที่ส่งผ่านระบบเครือข่าย เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลคอมพิวเตอร์ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

¹⁸ มาตรา 6 บัญญัติว่า ผู้ใดรบกวน ขัดขวาง แทรกแซงหรือหยุดการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูล หรือระบบเครือข่ายโดยการนำเข้า ส่ง ทำลาย ลบ ทำให้เสื่อมประโยชน์ เสียประโยชน์ เปลี่ยนแปลงข้อมูลคอมพิวเตอร์ ย้าย หรือแก้ไขระบบข้อมูล ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

¹⁹ มาตรา 7 บัญญัติว่า ผู้ใดผลิต แจกจ่าย ขาย เสนอขาย แลกเปลี่ยน เสนอแลกเปลี่ยน ส่งออก จัดซื้อ ใช้ หรือจัดให้มี (1) เครื่องคอมพิวเตอร์ เครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์ อุปกรณ์ โปรแกรมคอมพิวเตอร์ หรือเครื่องมือในลักษณะคล้ายคลึงกัน ซึ่งถูกออกแบบ ดัดแปลง เพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 6 และมาตรา 10 ถึงมาตรา 11 (2) รหัสผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์ รหัสการเข้าถึง หรือข้อมูลใดๆ ในลักษณะคล้ายคลึงกัน อันทำให้เข้าถึงระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลแม้แต่เพียงส่วนหนึ่งส่วนใด เพื่อกระทำความผิดตามมาตรา 4 ถึงมาตรา 6 และมาตรา 10 ถึงมาตรา 11 ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

²⁰ มาตรา 8 บัญญัติว่า ผู้ใดครอบครองหรือควบคุมโปรแกรม ข้อมูลหรือข้อความซึ่งอยู่ในคอมพิวเตอร์หรือเรียกดูโปรแกรม ข้อมูลหรือข้อความจากคอมพิวเตอร์เครื่องใดเครื่องหนึ่งโดยไม่มีอำนาจให้ถือว่าผู้นั้นได้เข้าถึงโปรแกรม ข้อมูล หรือข้อความนั้นแล้ว เว้นแต่จะพิสูจน์ได้เป็นอย่างอื่น ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

2.2 ความผิดอื่นที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์

ความผิดในหมวดนี้ประกอบไปด้วย ความผิดฐานปลอมแปลง²¹ ความผิดฐานฉ้อโกง²² ความผิดฐานจารกรรมหรือก่อการร้าย²³

ในส่วนนี้บทบัญญัติทางกฎหมายจะไม่ได้เน้นคุ้มครองเพียงตัวระบบคอมพิวเตอร์เท่านั้น แต่จะมีการกล่าวถึงพฤติกรรมบางอย่างด้วย อย่างเช่น การปลอมข้อมูล การเปลี่ยนแปลงข้อมูล การกระทำที่เป็นการรบกวนการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ จะเห็นว่าเป็นการขยายขอบเขตของการคุ้มครองมากขึ้นไปอีก ทั้งยังเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายอาญาด้วย อย่างเช่น ในเรื่องของการปลอมแปลงเอกสาร การฉ้อโกงที่บางกรณีกฎหมายอาญาไม่สามารถตีความเอาผิดผู้กระทำผิดได้ เนื่องจากพื้นที่ของการกระทำเกิดขึ้นพื้นที่อินเทอร์เน็ต หากจะตีความตามกฎหมาย ก็ไม่อาจจะขยายให้ครอบคลุมถึงพื้นที่ดังกล่าวได้

มีข้อน่าสังเกตว่ามีบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร และเป็นการป้องกันการเป็นปรปักษ์ของรัฐ จากคำอธิบายของหลักการบังคับใช้ในมาตราดังกล่าวนี้ คือ สืบเนื่องจากอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์นั้น นอกจากจะสืบสวนและติดตามจับกุมผู้กระทำผิดได้ยากแล้ว การกระทำดังกล่าวอาจส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของรัฐด้วย ดังนั้น จึงได้มีการกำหนดให้การกระทำผิดในลักษณะที่เป็นการจารกรรมหรือการก่อการร้ายเป็นความผิดตามร่างพระราชบัญญัตินี้ด้วย และเพื่อมิให้มีการกระทำอันเป็นปรปักษ์กับรัฐ จึงได้มีการกำหนดโทษสำหรับการกระทำในลักษณะที่เป็นการสมคบหรือการเตรียมเป็นการกระทำผิดอันต้องรับโทษด้วย²⁴

ก็จะเห็นว่าในประเด็นเรื่องความมั่นคงของรัฐ เป็นการป้องกันผลกระทบและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อความมั่นคงของรัฐ รวมถึง การกระทำที่จะเป็นปรปักษ์กับรัฐ ในลักษณะที่เป็นการจารกรรมหรือการก่อการร้าย ซึ่งเป็นการกระทำผิดที่ร้ายแรงตามประมวลกฎหมายอาญาอย่างแท้จริง โดยร่างมาตราดังกล่าวนี้ ถูกเขียนไว้อย่างกว้างมาก และไม่มี ความชัดเจนถึงขอบเขตในการบังคับใช้อย่างแท้จริง แต่ถึงอย่างนั้น หากดูบริบททางสังคมในขณะที่ร่างกฎหมายนั้นประกอบ ก็จะสามารถเข้าใจได้ว่าทางรัฐบาลยังไม่มีผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างเพียงพอที่จะเข้าใจ หรือมีความสามารถที่จะทำการป้องกันระบบคอมพิวเตอร์จากภัยอันตรายต่างๆ ที่เกิดขึ้นกับตัวระบบ จึงต้องบัญญัติให้มีการ

²¹ มาตรา 9 บัญญัติว่า ผู้ใดปลอมข้อมูลขึ้นทั้งหมดหรือแต่ส่วนหนึ่งส่วนใด แปลง เติมหรือตัดทอนข้อมูล หรือแก้ไขข้อมูลที่แท้จริงหรือประทับตราปลอม หรือปลอมลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ในข้อมูล หรือรบกวนการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ถ้าได้กระทำเพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นข้อมูลที่แท้จริง โดยไต่ถามว่าข้อมูลนั้นสามารถอ่านออกหรือไม่ ไม่สามารถเข้าใจได้ก็ตาม ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

²² มาตรา 10 บัญญัติว่า ลงโทษผู้ที่กระทำโดยทุจริต ไม่ว่าจะเป็นการเติมข้อความอันเป็นเท็จ ตัดหรือแก้ไขด้วยประการใดๆ ในข้อมูลที่แท้จริงของผู้อื่น หรือกระทำการรบกวนการทำงานของระบบข้อมูล หรือระบบคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น และการกระทำเช่นนั้นทำให้ได้ทรัพย์สินหรือประโยชน์จากผู้อื่น หรือทำให้ผู้อื่นทำ ถอน หรือทำลายสิทธิ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

²³ มาตรา 11 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำการใดๆ ในการจารกรรมข้อมูลเพื่อให้ตนได้ข้อมูลหรือเข้าถึงข้อมูลซึ่งมีการรักษาความปลอดภัยไว้เป็นพิเศษโดยประการที่น่าจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเพื่อก่อการร้ายหรือการสงคราม หรือในทางอื่นที่เป็นปรปักษ์ต่อรัฐ ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

วรรสอง ผู้ใดคบคิดกับบุคคลซึ่งกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

วรรคสาม ผู้ใดเตรียมการ หรือพยายามกระทำความผิดหรือเป็นผู้สนับสนุนในการกระทำความผิด ผู้นั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน.....ปี และปรับไม่เกิน.....บาท

²⁴ สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ, **ร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศภายใต้โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ**, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด, 2544, หน้า 20.

คุ้มครองข้อมูลของรัฐบาล และเป็นการคุ้มครองถึงความมั่นคงของรัฐด้วย เพื่อถือเป็นสิ่งหนึ่งที่จะสร้างความคุ้มครองได้ในขณะนั้น

จากร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ ในข้างต้นทำให้เห็นว่าสิ่งที่พระราชบัญญัติดังกล่าวต้องการมุ่งคุ้มครองอย่างแท้จริง คือ ระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลและระบบเครือข่าย โดยบทบัญญัติทางกฎหมายในแต่ละมาตราเป็นการลงโทษผู้ที่ไปกระทำกับตัวระบบคอมพิวเตอร์ อีกทั้งการร่างกฎหมายเองมีการอ้างอิงหลักกฎหมายจากต่างประเทศเข้ามา เพื่อเป็นหลักและแนวทางในการร่างกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากประเทศยังไม่เคยปรากฏว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ขึ้นแต่อย่างใด จึงต้องอาศัยหลักกฎหมายในต่างประเทศที่มีการบังคับใช้อยู่แล้ว²⁵

หลังจากการยกร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ แล้วเสร็จ ในปี 2546 คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัตินี้ พร้อมทั้งมีคำสั่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจสอบพิจารณาเป็นเรื่องด่วน²⁶ ซึ่งในการพิจารณา ร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์ มีการให้ความเห็นจากคณะกรรมการกฤษฎีกา และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายประการ ทั้งเป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เช่น การกำหนดความผิดเกี่ยวกับการรักษาความลับ ความครบถ้วนและการทำงานของข้อมูลคอมพิวเตอร์ และระบบคอมพิวเตอร์, การกำหนดการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ และส่วนของอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

ภายหลังจากที่คณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาให้ความเห็นแล้วนั้น ได้เสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ซึ่งเป็นการทำความเห็นขั้นในสุดก่อนที่จะเสนอร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวเพื่อลงมติรับหลักการและพิจารณากฎหมายในชั้นตอนถัดไป คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วให้ความเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมสาระสำคัญของการกำหนดชื่อพระราชบัญญัติ สรุปได้ดังนี้²⁷

“โดยที่สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการกำหนดฐานความผิดสำหรับบุคคลที่กระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์โดยตรง มิได้มุ่งถึงกรณีที่ใช้คอมพิวเตอร์เป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา อีกทั้งชื่อของร่างพระราชบัญญัตินี้เสนอมานั้น ไม่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายนี้เท่าที่ควร จึงได้แก้ไขชื่อของร่างพระราชบัญญัติจาก “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทาง คอมพิวเตอร์ พ.ศ. ...” เป็น “ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์พ.ศ. ...” เพื่อให้เกิดความชัดเจน และสอดคล้องกับเจตนารมณ์และสาระสำคัญของกฎหมาย”

จากหลักการเดิมที่มุ่งคุ้มครองระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลและระบบเครือข่าย ไม่ให้มีการใช้ระบบคอมพิวเตอร์ดังกล่าวนั้นไปกระทำความผิด แต่การแก้ไข เปลี่ยนแปลง ที่คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) อ้างว่าไม่สะท้อนถึงเจตนารมณ์ของร่างกฎหมายเท่าที่ควร เป็นการขยายหลักการของกฎหมายตั้งแต่แรก จากเดิมที่จะลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดต่อระบบคอมพิวเตอร์หรือข้อมูลคอมพิวเตอร์ แต่เมื่อหลักการของกฎหมายถูกขยายเพิ่มขึ้น ทำให้ไม่เพียงแต่บุคคลที่กระทำความผิดต่อระบบเท่านั้น ยังรวมถึงผู้ใช้คอมพิวเตอร์ไปเป็นเครื่องมือในการกระทำความผิดอีกด้วย

²⁵ ประเทศที่พัฒนาและออกกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ขึ้นใช้บังคับแล้ว อาทิ สหรัฐอเมริกา แคนาดา อังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี ญี่ปุ่น มาเลเซีย เป็นต้น

²⁶ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรื่องเสร็จที่ 257/2548, หน้า1.

²⁷ เรื่องเดียวกัน., หน้า11.

การทำความเข้าใจของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ไม่เพียงแต่มีการเปลี่ยนแปลงชื่อของกฎหมายเพียงอย่างเดียว ยังมีการแก้ไข เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติทางกฎหมายด้วย อย่างเช่น ตัดหลักการในร่างมาตรา 13 ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องความผิดฐานฉ้อโกงทางคอมพิวเตอร์ ถูกตัดออกเนื่องจากเจตนารมณ์ของร่างมาตรานี้เป็นการกำหนดความผิดสำหรับการกระทำใดๆ อันเป็นการรบกวนการทำงานของระบบคอมพิวเตอร์ และโดยการกระทำความผิดดังกล่าว ทำให้ได้ประโยชน์ในลักษณะที่เป็นทรัพย์สิน ซึ่งไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ของมาตรานี้ เนื่องจากมาตราดังกล่าวเป็นเรื่องของการแก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือลบข้อมูลคอมพิวเตอร์ของผู้อื่น และ การนำข้อมูลคอมพิวเตอร์เข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ จึงได้เพิ่มมาตรการในเรื่องของการนำเข้าสู่ข้อมูลอันเป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรตามประมวลกฎหมายอาญา และข้อมูลอันลามกเข้ามาเพิ่มเติมในมาตราดังกล่าว

จากการเพิ่มเติมบทบัญญัติทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ข้างต้น ทำให้เห็นว่ากฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคงถูกเพิ่มเติมเข้ามาหลังจากมีการแก้ไขมาแล้วจากคณะกรรมการกฤษฎีกาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการเพิ่มบทบัญญัติดังกล่าวนี้มีการอ้างอิงฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเป็นสำคัญ เพียงแต่เป็นการนำมาบังคับใช้ในพื้นที่อินเทอร์เน็ต โดยวัตถุประสงค์ของมาตราดังกล่าว คือ บุคคลใดที่นำเอาข้อมูลคอมพิวเตอร์ที่เป็นความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงตามประมวลกฎหมายอาญา²⁸ จะต้องมีความผิดตามมาตราดังกล่าว (เป็นความผิดตามมาตรา 13 ของร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ ในขณะนั้น) เมื่อพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวถูกแก้ไขตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แล้วร่างกฎหมายจึงรอเข้าสู่การประชุมสภาผู้แทนราษฎรเป็นขั้นตอนการอภิปรายเพื่อลงมติว่าจะรับหลักการแห่งร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวหรือไม่ตามกระบวนการของการร่างกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

3. ก่อนที่ ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ จะเข้าสู่ สนช.

เมื่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) พิจารณาแล้วเสร็จ ขั้นตอนต่อไปของการตรากฎหมายระดับพระราชบัญญัติ คือ การให้คณะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้นเป็นผู้รับผิดชอบเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณา ก่อน แต่ขั้นตอนของการตรากฎหมายฉบับนี้กลับไม่เป็นไปอย่างที่หวังไว้ เนื่องจากในปี 2549 สถานการณ์ทางการเมืองภายในประเทศเกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงของกลุ่มคน 2 ฝ่ายใหญ่ระหว่างกลุ่มการเมืองซึ่งต่อต้านทักษิณและฝ่ายสนับสนุนทักษิณ ซึ่งวิกฤตการณ์ดังกล่าวนี้ทำให้เกิดประเด็นความมีเสถียรภาพทางการเมืองไทย และยังสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เสมอภาคและความแตกแยกของประชาชนอย่างชัดเจน มีการปลุกระดมผู้คนเข้าร่วมกิจกรรมทางการเมืองเป็นจำนวนมาก ทั้งการเดินประท้วง การตั้งเวทีปราศรัย รวมถึงการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองผ่านสื่ออย่างดุเดือด ทั้งสื่อโทรทัศน์ และพื้นที่อินเทอร์เน็ต อย่างเช่น เว็บบอร์ด

ในขณะนั้นพื้นที่บนอินเทอร์เน็ตก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่ประชาชนจะสามารถออกมาแสดงความคิดเห็นได้ อย่างเช่น เว็บบอร์ดฟ้าเดียวกันที่มีผู้เข้าไปร่วมแสดงความคิดเห็นกันอย่างมากมาย ทั้งฝ่ายสนับสนุนและฝ่ายที่คัดค้าน ยิ่งสถานการณ์ทางการเมืองรุนแรงมากขึ้นเท่าไร การแสดงความคิดเห็นในเว็บบอร์ดก็จะมากขึ้นเท่านั้น จนทางรัฐบาลและกลุ่มผู้ไม่สนับสนุนเองก็ไม่สามารถจะควบคุมการแสดงความคิดเห็นบนสื่อออนไลน์ได้ จากการแสดงความคิดเห็นด้านการเมืองสู่ประเด็นที่อ่อนไหวง่าย อย่างเช่น เรื่องพระมหากษัตริย์ การดูหมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ทำให้เกิดประเด็นโต้แย้ง ถกเถียงกันอย่างมา สือถือเป็นช่องทางที่สำคัญของหนึ่งที่สามารถปลุกระดม และสร้างความคิดให้กับประชาชนได้เป็นจำนวนมาก การโต้แย้งกันของประชาชนที่นับวันยิ่งรุนแรงมากขึ้นนั้น ทำให้เกิดเหตุการณ์รัฐประหารขึ้น ในวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยการนำของ พล.อ. สนธิ บุญยรัตกลิน ภายใต้ชื่อ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

²⁸ ประมวลกฎหมายอาญา ลักษณะ 1 ความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร มาตรา 107 ถึง มาตรา 135

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือ คปค. ได้ยึดอำนาจจาก พ.ต.ท. ทักษิณ ชินวัตร ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี ในขณะนั้น ทำให้ประเทศไทยตกอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐบาลทหาร ในระหว่างนั้น คปค. อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวนี้ มีการระบุถึงการ แต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติเอาไว้ด้วย เนื่องจากจะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อมาบังคับใช้ในระหว่างที่อยู่ในช่วงการ รัฐประหารที่รอการเลือกตั้ง

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มาตรา 5²⁹ บัญญัติให้อำนาจในการแต่งตั้ง สมาชิกสภานิติบัญญัติขึ้น เพื่อทำหน้าที่แทนสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา โดยในขณะนั้นพระบาทสมเด็จพระ เจ้าอยู่หัวมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จำนวน 242 คน³⁰ เมื่อ วันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2549³¹ หากจะแบ่งกลุ่มของสมาชิกสภานิติบัญญัติของเป็นกลุ่มแล้ว สามารถจัดกลุ่มได้ 4 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง ภาครัฐ จะประกอบไปด้วย ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการทหาร ข้าราชการ ตำรวจ รวมถึง ผู้บริหารและพนักงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งกลุ่มนี้มีจำนวน 79 คน

กลุ่มที่สอง ภาคเอกชน จะประกอบไปด้วย บุคคลจากสถาบันการเงิน ธนาคาร ธุรกิจในด้านต่างๆ เช่น อุตสาหกรรมขนส่ง ก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงบุคคลที่ทำงานด้านกฎหมาย ทนายความ ที่ปรึกษากฎหมาย จำนวน 43 คน

กลุ่มที่สาม ภาคสังคม ประกอบด้วย พรรคการเมือง นักวิชาการด้านต่างๆ สื่อสารมวลชน นักเขียน ศิลปิน ยัง รวมถึงข้าราชการบำนาญ และผู้มีประสบการณ์ในด้านต่างๆด้วย จำนวน 91 คน

และกลุ่มสุดท้าย จากภาควิชาการ ประกอบด้วย อธิการบดี อาจารย์ นักศึกษา นักวิจัย และนักวิชาการในด้าน ต่างๆ รวม 29 คน

ในส่วนของสมาชิกสภานิติบัญญัตินี้ ผู้เขียนสังเกตเห็นว่า จำนวนสมาชิกจากข้าราชการทหารมีจำนวนมากถึง 56 คน (รวมทั้งกรณีที่เป็นข้าราชการทหาร และข้าราชการบำนาญ) จึงมีประชาชนได้ตั้งฉายาให้กับสมาชิกสภานิติบัญญัติ ดังกล่าวว่า “ชั้น (ที) สีเขียว”³² สืบเนื่องจากจำนวนของบุคคลที่ได้รับการคัดสรรเข้ามาทำหน้าที่นิติบัญญัติส่วนใหญ่แล้ว มาจากภาคส่วนของรัฐ ที่เป็นข้าราชการทหาร ข้าราชการบำนาญ จึงทำให้ถูกมองว่าเป็นสีเขียวได้ง่าย

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ให้มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประกอบด้วยสมาชิก จำนวนไม่เกินสองร้อยห้าสิบคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากผู้มีสัญชาติไทยโดยกำเนิด และมีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปี

ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติทำหน้าที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา

ในการสรรหาบุคคลเพื่อแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้คำนึงถึงบุคคลจากกลุ่มต่างๆ ในภาครัฐ ภาคเอกชน ภาคสังคม และภาควิชาการ จากภูมิภาคต่างๆ อย่างเหมาะสม

ในกรณีที่กฎหมายห้ามมิให้บุคคลดำรงตำแหน่งทางการเมือง มิให้นำกฎหมายนั้นมาใช้บังคับแก่การได้รับการแต่งตั้งเป็นสมาชิก สภานิติบัญญัติแห่งชาติ”

³⁰ ประกาศแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ประกาศ ณ วันที่ 11 ตุลาคม 2549, พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน ประธานสมณตรีความ มั่นคงแห่งชาติ.

³¹ รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 1/2549 วันที่ 24 ตุลาคม 2549

³² ประชาไท. 2550. ฉายารัฐสภา 2550 : “สนช.” ชั้น (ที) สีเขียว, “มิชัย” CEO สนช.สืบค้นวันที่ 21 มีนาคม 2561, จาก

<https://prachatai.com/journal/2007/12/15316>

ในการพิจารณา ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ ก็มีสมาชิกที่เป็นข้าราชการทหารรวมอยู่ด้วย ซึ่งกฎหมายดังกล่าวนั้น ถูกเสนอขึ้นเป็นกฎหมายฉบับแรกหลังจากที่การรัฐประหารในปี 2549 จึงนำไปสู่หัวข้อถัดไป ที่ผู้เขียนอยากจะชวนให้อ่าน เนื่องจากประเด็นที่ถกเถียงกันในที่ประชุมสภานั้นจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแล้ว ยังมีเรื่องของหลักการและเหตุผลด้วยที่มีความสำคัญของต่อกฎหมายฉบับดังกล่าว เพราะหลักการและเหตุผลถือเป็นกรอบและแนวทางในการจัดทำร่างกฎหมาย เป็นการกำหนดตัวบทกฎหมายอีกด้วย

4. ข้อถกเถียงในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ ถูกเสนอเป็นกฎหมายฉบับแรก หลังจากมีการรัฐประหาร ปี 2549 ทำให้เกิดการโต้แย้ง ถกเถียงต่อกฎหมายดังกล่าวในหลายประเด็น ทั้งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ถูกเสนอให้มีการเร่งพิจารณาเป็นการด่วนด้วย ซึ่งผู้เขียนจะแยกประเด็นการถกเถียงออกเป็น 3 ส่วนคือ หนึ่ง หลักการและเหตุผล สอง ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมาย และ สาม อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

4.1 หลักการและเหตุผลของกฎหมาย

เมื่อมีการพิจารณา แก้ไข เปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายจากคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) แล้วเสร็จ ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์³³ ได้ถูกเสนอขึ้นต่อการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยคณะรัฐมนตรีกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร ในการประชุมครั้งที่ 6/2549 วัน พุธ ที่ 15 พฤศจิกายน 2549 เป็นเรื่องด่วนที่ 1 และมีการโต้แย้ง ถกเถียงกันในประเด็นของหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวย่างน่าสนใจว่า

สมเกียรติ อ่อนวิมล สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ถามว่า

“หลักการและเหตุผลนี้ คือถ้าดูจากเหตุผลจริงๆก็มีแค่ 2 เรื่อง คือ กฎหมายฉบับนี้ว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับเรื่องการเข้าไปเจาะระบบ หรือที่เรียกว่าแฮก มีแฮกเกอร์เข้าไปเจาะระบบของคนอื่น ... และเรื่องของการเอาข้อมูลเข้าไปใส่ที่เป็นข้อมูลธนาคารเท่านั้นเองใช่ไหมครับ”³⁴

คำถามดังกล่าวถูกตอบโดย สิทธิชัย โกโคโยธม (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร) ที่ได้แถลงหลักการและเหตุผล³⁵ ของกฎหมายฉบับนี้

“ขอกราบเรียนว่า สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เป็นร่างกฎหมายที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีหลักการ คือ ให้มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ ส่วนเหตุผลประเด็นหลักก็คือ ปัจจุบันระบบคอมพิวเตอร์ได้เป็นส่วนสำคัญของการประกอบกิจการและการดำรงชีวิตของมนุษย์ หากมีผู้กระทำความผิดใดๆ ให้ระบบคอมพิวเตอร์ไม่สามารถทำงานตามคำสั่งที่กำหนดไว้หรือทำให้การทำงานผิดพลาดไปจากคำสั่งที่กำหนดไว้ หรือใช้วิธีการใดๆ เข้าล่วงรู้ข้อมูล แก้ไข หรือทำลายข้อมูลบุคคลอื่นในระบบคอมพิวเตอร์โดยมิชอบ หรือใช้ระบบคอมพิวเตอร์เพื่อเผยแพร่ ข้อมูลคอมพิวเตอร์อันเป็นเท็จหรือมีลักษณะอันลามกอนาจาร ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย กระทบกระทบต่อเนื่องเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของ

³³ ร่าง พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ คือ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ...

³⁴ สมเกียรติ อ่อนวิมล, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 28.

³⁵ สิทธิชัย โกโคโยธม, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 5.

รัฐ รวมทั้งความสงบสุขและศีลธรรมอันดีของประชาชน สมควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำดังกล่าว”

จะเห็นว่าหลักการและเหตุผลของพระราชบัญญัติมีความเปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก เมื่อเปรียบเทียบกับหลักการและเหตุผลในครั้งแรกที่มีนโยบายให้ร่างกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์นี้ขึ้นมา อีกทั้งยังมีการขยายขอบเขตของพระราชบัญญัติไปคุ้มครองถึงเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของรัฐอีกด้วย และนายสิทธิชัย โกโคโยดม ยังได้อธิบายถึงหลักการของร่างพระราชบัญญัตินี้ว่าเพิ่มเติมไว้ว่ามีเพื่อป้องกันการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพด้วย

“จุดประสงค์จริงๆก็คือ ต้องการป้องกันแฮกเกอร์แน่นอน ป้องกันเรื่องการลงภาพ ลงข้อความที่เสื่อมเสีย ลามกอนาจาร และอีกประการหนึ่ง คือ ป้องกันไม่ให้มีการลงข้อความที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ อันนี้เป็นที่แน่นอนครับ”³⁶

พร้อมทั้งให้เหตุผลเพิ่มเติมในการยกกฎหมายขึ้นมาอีกว่า

“...ในฐานะที่เป็นคนไทยรู้สึกสะเทือนใจและไม่คาดฝันว่าจะเกิดขึ้นได้ เป็นข้อความที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพที่รุนแรงมาเรื่อยๆ ซึ่งทำให้กระผมมีความรู้สึกว่าย่ำแย่มาครับ แล้วเราก็ไม่มีกฎหมายที่จะไปควบคุมสิ่งเหล่านี้โดยตรงจริงๆ พอกระผมเข้ามาที่กระทรวงไอซีทีก็ทราบว่ามียกกฎหมาย 4 ฉบับที่ร่างไว้เรียบร้อยแล้วที่จะเสนอได้ กระผมก็เลยได้ดำเนินการเสนอเข้า ครม. แล้วก็ด้วยความที่เป็นคนใจร้อน ผมก็เลยกราบเรียน ครม. ว่าขอให้เป็นเรื่องด่วน...”³⁷

จากหลักการที่กำหนดไว้ตั้งแต่แรก (ร่าง พ.ร.บ. อาชญากรรมคอมพิวเตอร์) ถูกแก้ไข เพิ่มเติม ขยายขอบเขตและอำนาจของพระราชบัญญัติมากขึ้น โดยการให้เหตุผลของนายสิทธิชัย โกโคโยดมเองก็เป็นที่น่าสังเกตว่า เหตุใดจึงต้องการกฎหมายที่จะไปควบคุมข้อความที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพ ซึ่งในขณะนั้นประมวลกฎหมายอาญา มีบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หมวด 1 ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์อยู่แล้ว และยังถูกบังคับใช้เรื่อยมา และการนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคอมพิวเตอร์มาบังคับใช้ในเรื่องการหมิ่นพระบรมเดชานุภาพนี้ เป็นการออกกฎหมายซ้ำซ้อนหรือไม่

4.2 ขอบเขตการบังคับใช้ของกฎหมาย

ในส่วนนี้มีฐานความผิดเรื่องการเข้าสู่ระบบคอมพิวเตอร์ เป็นส่วนแรกของพระราชบัญญัตินี้ และมีการถกเถียงกันอย่างมากถึงประเด็นที่ว่า จะเป็นความผิดอันยอมความได้หรือไม่ ซึ่งนายไพศาล พิษมงคล กรรมการ ได้เปิดประเด็นเกี่ยวกับมาตราดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจ ว่า³⁸

“ความผิดตามมาตรา 5 วรรคสอง คือตามร่างเดิมนั้น ความผิดตามวรรคหนึ่งเป็นความผิดอันยอมความได้ คณะกรรมการได้กรุณาตัดออกทั้งหมด กระผมมีความเห็นว่ามันน่าจะคงไว้ตามร่างเดิม เพราะเหตุผลดังนี้ครับ คือในบางกรณีที่เป็นความผิดซึ่งอาจจะเป็นเรื่องส่วนตัว อย่างเช่น ท่านประธานฯ มีเลขานุการอยู่คนหนึ่ง ท่านประธานฯมีอีเมลส่วนตัว แล้วมีพาสเวิร์ดด้วย บังเอิญเลขฯ ผู้ใช้นั้นได้แอบเข้าไปดูอีเมลของท่านประธานฯ ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรานี้ กระผมเห็นว่าความผิดลักษณะนี้น่าจะให้เป็นความผิดที่ยอมความกันได้ เว้นแต่จะเป็นระบบคอมพิวเตอร์ของทางราชการ

³⁶เรื่องเดียวกัน., หน้า 51.

³⁷ เรื่องเดียวกัน., หน้า 51.

³⁸ ไพศาล พิษมงคล, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550ณ ตึกรัฐสภาหน้า 7.

หรือคอมพิวเตอร์ที่มีไว้ในบริการสาธารณะหรือเพื่อความมั่นคง ซึ่งถ้าหากว่าเราตัดไม่ให้เป็นการ
ความผิดที่ย่อมความกันได้นะครับ ก็จะกระทบกระเทือนต่อหลายกรณีที่น่าจะเป็นเรื่องความผิด
เกี่ยวกับส่วนตัวที่คู่กรณีอาจจะยอมความกันได้ เห็นว่าน่าจะคงร่างเดิมไว้นะครับ”

นายพรเพชร วิชิตชลชัย ได้ให้เหตุผลโต้แย้งไว้ ดังนี้

“สำหรับความผิดมาตรา 5 ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์เกี่ยวกับการเข้าไปในระบบ
คอมพิวเตอร์โดยมิชอบนั้น ลักษณะของการกระทำความผิด คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า รวมถึง
ความผิดเมื่อเกิดขึ้นแล้วจะกระทบถึงผู้อื่นโดยส่วนรวม มิใช่ลักษณะเป็นผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะนะ
ครับ”³⁹

นายไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ (กรรมการ) ได้ให้ความเห็นสนับสนุนไว้ว่า

“ในส่วนที่รับผิดชอบในส่วนฐานความผิดมาตรา 5 ที่ต้องตัดส่วนยอมความได้ออกไปเพราะว่าเหตุ 4
อย่างด้วยกันครับ เกิดปัญหาในทางปฏิบัติในการดำเนินการ เพราะว่ากฎหมายฉบับนี้ในส่วนตั้งแต่
มาตรา 5 จนถึงมาตรา 10กว่านี้ เป็นความผิดที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์
เพราะฉะนั้นในทางปฏิบัติเท่าที่ได้สอบถามทางคนรับผิดชอบ ทั้งอัยการ ผู้พิพากษา แล้วก็ทนายความ
ประการแรก เรื่องของการได้มาซึ่งพยานหลักฐานอิเล็กทรอนิกส์ เพราะว่าทุกๆครั้ง เราสามารถ
พิสูจน์ว่าบุคคลใดกระทำความผิดได้จะต้องนำเอาข้อมูลจากคอมพิวเตอร์ของผู้เสียหาย แล้วก็จาก
ระบบโทรศัพท์จากไอเอสพี (ISP) หรือผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (Internet) นะครับ ซึ่งโดยปกติเป็นไปได้
ไม่ได้เลยที่หลักฐานดังกล่าวนี้จะรวบรวมภายใน 3 เดือน จะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติในแง่ของการ
ร้องทุกข์

ประการที่สอง คือการตรวจสอบความเหมาะสมว่าระหว่างความผิดฐานยอมความได้กับยอมความ
ไม่ได้ ในส่วนนี้ภาคเอกชนมีความมุ่งหมายและก้มมองปัญหานี้อย่างไร ต้องเรียนว่าอาชญากรรมทาง
คอมพิวเตอร์ในแง่ที่เพียงเข้าถึงโดยมิชอบนะครับ คือ การเข้าไปถึงระบบ สามารถที่จะล่วงรู้ถึงข้อมูล
หรือระบบคอมพิวเตอร์ทุกครั้งที่มีการเข้าไปเพียงแค่ว่าระบบภายนอกนะครับ... ..พอเป็นความผิดที่
ยอมความได้ก็จะสามารถไกล่เกลี่ยได้ ลักษณะนี้ทำให้เกิดความเสียหายขึ้นในภาคเอกชน ตรงนี้ต้อง
เรียนทางผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านว่า กฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่แตกต่างจากความผิดอาญาภาคทั่วไป
เพราะว่าเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการปล่อยไวรัส กรณีมาตรา 5 ถ้าเกิดปัญหาขึ้น
ต้องมีการปรับเปลี่ยนแก้ไขระบบคอมพิวเตอร์ใหม่ทั้งหมด ก็จะมีปัญหาในเรื่องของการเยียวยาเรื่อง
ค่าเสียหาย

ประการที่สาม เป็นเรื่องของการยอมความได้ ในประเด็นเรื่องกฎหมายต่างประเทศได้มีการพิจารณา
ว่า... มีการชี้แจงและถกเถียงกัน มีการหยิบยกถึงกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ของอเมริกา หรือ
ของสหภาพยุโรป ก็เห็นตรงกันครับว่าในส่วนนานาชาติก็เห็นด้วยพ้องกันว่า ความผิดตามกฎหมาย
อาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นความผิดที่เกิดขึ้นกับเศรษฐกิจและมีความร้ายแรง เพราะฉะนั้น
แนวโน้มทั้งหมดจะเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ทั้งหมดนะครับ

³⁹ พรเพชร วิชิตชลชัย, รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550ณ ตึกรัฐสภาหน้า 8.

ประการที่สี่ ...เมื่อมีความผิดส่วนตัวเกิดขึ้นมา หมายความว่าผู้เสียหายต้องไปศาลทุกครั้งและจะมีโทษทางอาญาหรือเปล่า ตรงนี้จะต้องบอกว่า กลไกของศาลส่วนใหญ่แล้วถึงแม้จะเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้แน่ครับ แต่พอมีการไปสู่ศาลก็จะมีกระบวนการไกล่เกลี่ยต่างๆ ซึ่งส่วนใหญ่จากสถิติแล้วนะครับ การกระทำอาชญากรรมคอมพิวเตอร์นี้ พอมีการไกล่เกลี่ยขึ้นศาลก็มักจะถอนฟ้องกันไป โดยเฉพาะในกรณีที่คุณกระทำความผิดนั้นเป็นผู้เยาว์นะครับ ...โดยรวมจากเหตุผลทั้งหมดน่าจะเป็นอย่างนั้นไม่ว่า เป็นความผิดอันยอมความไม่ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะดำเนินการและก็ทำให้กฎหมายฉบับนี้มีประสิทธิภาพมากขึ้นครับ”⁴⁰

จากความเห็นข้างต้นของนายพรชัย วิจิตตชัย และ นายไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ จะเห็นว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายเน้นไปที่ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและผลกระทบในภาคเอกชน รวมถึงเป็นมาตรการที่เน้นผลกระทบไปทั่วส่วนรวมเป็นสำคัญ หากมองภาพรวมในมาตรา 5 จะเห็นว่าผู้กระทำความผิดสามารถเกิดขึ้นได้กับตั้งแต่บุคคลทั่วไปรวมไปจนถึงเป็นองค์กรขนาดใหญ่ ในขณะที่กลุ่มที่เห็นด้วยกับการตัดความผิดอันยอมความได้ออกไปนั้น ให้เหตุผลใหญ่ๆ 2 ประการ คือ ประการแรก ดูถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นกับภาคเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ดูเพียงว่าค่าใช้จ่ายที่ภาคเอกชนต้องสูญเสีย้นมากเพียงใด เมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ประการที่สอง มีการอ้างถึงกฎหมายต่างประเทศที่มีการบังคับใช้ของกฎหมายเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์มาเป็นตัวแบบในการอ้างอิงถึงความชอบธรรมของบทบัญญัติดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้เหตุผลของไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติที่บอกว่ามีการหยิบยกถึงกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ของอเมริกาหรือของสหภาพยุโรป ว่าในส่วนนานาชาติก็เห็นด้วยพ้องกันว่า ความผิดตามกฎหมายอาชญากรรมคอมพิวเตอร์เป็นความผิดที่เกิดขึ้นกับเศรษฐกิจและมีความร้ายแรง” ดังนั้นโดยภาพรวมแล้วการที่กฎหมายเป็นความผิดอันยอมความไม่ได้และมุ่งเน้นคุ้มครองความมั่นคง และเอกชนเป็นส่วนใหญ่ ทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น

ประเด็นต่อมาเป็นคำถามจากประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งก็เป็นเรื่องของขอบเขตของกฎหมายเช่นกัน ซึ่งมีข้อสงสัยเกี่ยวกับการสแปมมิง (Spamming) โดยได้ถามว่า⁴¹

“ถามกรรมการ มาตรา 10/1 ครอบคลุมถึงบริษัททั้งหลายที่ส่งข้อความเข้ามาในโทรศัพท์มือถือเรา โดยไม่ได้บอกว่ามาจากไหน ครอบคลุมถึงหรือไม่ ถือเป็นระบบคอมพิวเตอร์หรือเปล่า”

ไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ กรรมการ ได้ชี้แจงในประเด็นดังกล่าวว่า⁴²

“ในมาตรา 10/1 เป็นกรณีของการส่งสแปมมิง หรือว่าอีเมลขยะให้กับทางผู้ประกอบการทั้งหลาย รวมทั้งตัวพวกเราเองก็จะรวมทั้งกรณีที่ส่งเข้ามือถือครับ แต่เจตนารมณ์ของมาตรา 10/1 จะเป็นกรณีที่มีการส่งแล้ว มีการปลอมแปลงตัวที่มาของตัวอีเมล หรือว่าเอสเอ็มเอส (SMS) ตัวนั้น ซึ่งการปลอมแปลงที่มาของตัวเอสเอ็มเอสหรืออีเมลแล้วก่อให้เกิดความรำคาญ หรือรบกวน สิ่งที่เกิดขึ้นในทางเศรษฐกิจ คือ ในส่วนของประเทศไทย ต้องใช้โปรแกรมกรองอีเมลมากกว่า 1,000 ล้านบาท เฉพาะประเทศไทย แล้วก็เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจรูปแบบใหม่ เพราะฉะนั้นกรรมการก็เลยคิดว่าในเรื่องของอีเมลขยะ หรือจังก์เมล (Junk mail) หรือที่เรา รู้จักกันว่าสแปมมิงควรจะมีการควบคุมดูแล

⁴⁰ ไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 9.

⁴¹ ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติ, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 20.

⁴² ไพบุลย์ อมรวิญญูเกียรติ, หน้า 20-21.

ในส่วนตรงนี้ ก็เลยระบุมาตรา 10/1 เข้ามาครับ แต่มาตรา 10/1 จะไม่ใช่กรณีที่เป็นส่วนของอีเมล หรือข้อความที่ได้รับอนุญาตจากคนที่เป็นคนรับข้อความครับ เพราะตรงนั้นถือว่าเป็นอีเมลที่ขอด้วยกฎหมาย แล้วก็ไม่ได้มีการปลอมแปลงถึงแหล่งที่มาครับ”

ซึ่งในเรื่องดังกล่าวก็เป็นปัญหาตามมาเช่นกันว่า ขอบเขตขนาดไหนที่จะเป็นการปกปิดหรือปลอมแปลงใน มาตรา 10/1 ซึ่งพลตำรวจโท วัชรพล ประสารราชกิจ ก็ได้ถามต่อไปว่า⁴³

“ขออนุญาตทราบเรียนหรือคณะกรรมการการันะครับ การที่เพิ่มมาตรา 10/1 โดยมีข้อความที่สำคัญว่า จะต้องปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มาของการส่งข้อมูล กระผมเกรงว่าในทางปฏิบัติอาจจะมีปัญหาเนะครับ เพราะคำว่า “ปกปิดและปลอมแปลง” แค่นั้นถึงจะถือว่าเป็นการปกปิดหรือปลอมแปลง ตัวอย่างเช่น ใช้อีเมลในต่างประเทศโดยไม่ลงทะเบียนเป็นชื่อ นามสกุลจริง หรือการใช้ อินเทอร์เน็ตจากร้านอินเทอร์เน็ตคาเฟ่ เป็นต้น”

ในประเด็นดังกล่าวมีผู้เข้าร่วมประชุมหลายท่านที่เข้าใจว่า การปกปิดและปลอมแปลง ในมาตรา 10/1 นั้น เป็นการที่บุคคลนั้นไปจดทะเบียน หรือลงทะเบียนใช้งาน เป็นการกรอกข้อมูลเท็จ เช่น ชื่อปลอม นามสมมติ ภูมิลำเนาไม่ตรงกับความเป็นจริง ซึ่งการกระทำเหล่านั้นก็กลายเป็นความผิดกับมาตราดังกล่าวได้แล้ว และได้มีการอธิบายให้เข้าใจถึงเทคนิคทางคอมพิวเตอร์บางอย่าง โดยพันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน กรรมการการ ได้อธิบายไว้ว่า⁴⁴

“...คือสเปกจริงๆ จะเป็นตัวที่ปกปิดคือ ซ่อนเซอร์เวอร์ (Server) ซ่อนไอพี (IP) ใช้ไอพีปลอม ใช้ตัวนั้นปลอม ใช้ตัวนี้ปลอม คือปกปิดทำให้สับสน (Take) กลับไปถึงที่มาไม่ได้ ...”

และไพบูลย์ อมรวิญญูเกียรติ กรรมการการ ได้อธิบายเพิ่มเติมว่า⁴⁵

“...ต้องเรียนว่าในทางเทคนิคต้องขอย้อนนิดหนึ่งนะครับว่า เครือข่ายอินเทอร์เน็ตไม่สามารถติดต่อกันระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์เครื่องหนึ่งส่งไปยังอีกเครื่องหนึ่งได้ ต้องมีการเชื่อมต่อกันระหว่างเครื่องคอมพิวเตอร์ด้วยกันเอง แล้วทุกครั้งที่มีการเชื่อมต่อเครื่องคอมพิวเตอร์ ต้องเรียนว่าจะมีอันหนึ่งที่เรารู้จักคือ หมายเลขประจำตัวเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือหมายเลขประจำตัวมือถือ ที่เรียกเป็นทางเทคนิคว่า ไอพีแอดเดรส ฉะนั้นทุกครั้งที่มีการส่งข้อมูลจากเครื่องคอมพิวเตอร์หนึ่งไปยังอีกเครื่องหนึ่งจะต้องมีการระบุถึงแหล่งที่มาหรือหมายเลขคอมพิวเตอร์ ฉะนั้นในความหมายของมาตรา 10/1 คำว่า “ปกปิดหรือปลอมแปลงแหล่งที่มา” ก็เอามาจากธรรมชาติของการส่งจิงค์เมล หรืออีเมล ขยะว่าทุกครั้งที่มีการส่งอีเมล วิธีการทำสเปกคือ มีการเปลี่ยนแปลงหมายเลขไอพีแอดเดรส ปกปิดไม่ให้สามารถเช็คกลับไปได้ว่าอีเมลนั้นมาจากใครอย่างไร ซึ่งจะเป็นที่มาของการกระทำอาชญากรรมคอมพิวเตอร์ครับ...”

จากการโต้แย้ง ถกเถียงที่เกิดขึ้นในประเด็นสเปก จะเห็นว่าผู้เข้าร่วมการประชุมบางท่าน ยังไม่เข้าใจถึงเทคนิคบางประการของคอมพิวเตอร์ หรือ ความรู้ ความเข้าใจพื้นฐานของระบบคอมพิวเตอร์ ทำให้เกิดการเข้าใจ และตีความ

⁴³ พลตำรวจโท วัชรพล ประสารราชกิจ, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 21.

⁴⁴ พันตำรวจเอก ญาณพล ยั่งยืน, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ณ ตึก รัฐสภา, หน้า 22.

⁴⁵ ไพบูลย์ อมรวิญญูเกียรติ, หน้า 24.

ผิดพลาดไป ซึ่งส่งผลให้การทำความเข้าใจในบทบัญญัติของกฎหมาย ไม่สามารถเข้าใจได้อย่างถ่องแท้ถึงวัตถุประสงค์จริง โดยในความไม่เข้าใจนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายต่อไปด้วย

4.3 อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

ในเรื่องอำนาจเจ้าหน้าที่ก็เป็นอีกส่วนหนึ่งที่ถูกแก้ไข เพิ่มเติม เข้ามาจากร่างกฎหมายเดิม ซึ่งประเด็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ถือเป็นประเด็นสำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องมีการพิจารณา เพราะหากมีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่มากเกินไป อาจไปกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนก็เป็นได้ แต่ถ้าหากจำกัดสิทธิของพนักงานเจ้าหน้าที่มากเกินไป เจ้าหน้าที่อาจจะทำงานได้ไม่เต็มที่เท่าที่ควร

ในประเด็นนี้มีการถกเถียงถึงขอบเขตอำนาจเจ้าหน้าที่ที่เหมือนจะมีอำนาจกว้างใหญ่ไพศาลเหลือเกินโดย บวรศักดิ์ อุวรรณโณ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ว่า⁴⁶

“ในมาตรา 16 ซึ่งบอกเพียงว่าในกรณีมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดังต่อไปนี้ถึง 8 ประการ การที่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจมากได้โดยมีเหตุอันควรสงสัย จึงเป็นการให้อำนาจที่มาก... กระผมคิดว่าจำเป็นที่จะต้องกลับไปสู่ธรรมเนียมเดิมของการออกกฎหมาย คือ จะต้องมีศาล หรือคณะบุคคลมากลั่นกรองการใช้อำนาจ”

และมีผู้ให้ความเห็นที่สนับสนุน สอดคล้องกันอีก สมชาย แสวงการ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติให้ความเห็นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ไว้ว่า⁴⁷

“ในส่วนของมาตรา 16 ที่เกี่ยวข้องกับการให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่มากมายเหลือเกิน จนดูเหมือนว่าดุลพินิจเหล่านั้นอาจทำลายซึ่งสิทธิเสรีภาพไปได้ โดยเฉพาะเรื่องการใช้ว่า ในกรณีมีเหตุอันควรสงสัย แทนที่จะเป็นเรื่องของกรณีที่มีหลักฐานโดยชัดแจ้ง หรือการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการที่จะเข้าไปครอบครอง ควบคุม รวมถึงการยึดอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ ”

นอกจากมาตรา 16 จะมีอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานที่กว้างเกินไปแล้วนั้น บวรศักดิ์ยังมีข้อเสนอใน ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ว่า ยังไม่มีมาตราที่ให้อำนาจในการบล็อก (Block)

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมไว้ว่า⁴⁸

“ประเด็นปัญหาที่เกี่ยวกับต่างประเทศ และร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ตอบ เลยมีคำถามที่ว่า คนที่ไปบรรจุข้อมูลลงในระบบคอมพิวเตอร์ในเซิร์ฟเวอร์ต่างประเทศ แล้วเผยแพร่เข้ามาในประเทศไทยมีความผิดในราชอาณาจักรหรือไม่ นี่ก็ประเด็น แต่อีกประเด็นหนึ่งก็คือว่า สิ่งที่เกิดกฎหมายแล้วไปอยู่ในต่างประเทศและเผยแพร่เข้ามาในประเทศไทย กระทั่งต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ อย่างที่เราเห็นๆ กันอยู่ รู้กันอยู่เนี่ย ในกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ให้อำนาจบล็อกเอาไว้ซะครับ เป็นอันว่าข้อมูลเหล่านั้นบล็อกไม่ได้ ถ้าอ่านมาตรา 16 เข้าไปแล้วนี่ครับ ทั้ง 8 อนุมาตราไม่มีตรงไหนเลยที่บอกว่า ให้

⁴⁶ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 41.

⁴⁷ สมชาย แสวงการ, รายงานการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธที่ 15 พฤศจิกายน พ.ศ. 2549 ณ ตึกรัฐสภา, หน้า 46.

⁴⁸ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, หน้า 43.

บล็อกข้อมูลที่ส่งมาโดยละเมิดต่อความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรได้ ก็เป็นช่องว่าง ช่องโหว่อีกประการหนึ่งซึ่งจะต้องรับไปพิจารณา”

ในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานถือเป็นประเด็นหนึ่งที่สำคัญ เนื่องจากผู้ร่วมประชุมได้โต้แย้งถกเถียงวิพากษ์ วิจารณ์กันอย่างมากมาย ซึ่งทางด้านนายสิทธิชัย โกโคยอุดม ได้ตอบในปัญหาดังกล่าวว่า

“ผมเห็นด้วยอย่างยิ่งว่าในมาตรา 16 ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้คงจะต้องมีการปรับปรุงการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้กระทั่งของรัฐมนตรี ผมก็คิดว่าจะต้องมีการปรับปรุงให้มีการถ่วงอำนาจให้มากกว่านี้ครับ ซึ่งเราก็คงจะแก้ไขได้ในขั้นตอนกรรมาธิการ”

ในส่วนนี้ต้องการจะสะท้อนให้เห็นถึงประเด็นที่ถกเถียงกัน ซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นประเด็นที่มีความเกี่ยวข้องกับ ความมั่นคงของรัฐ ยังรวมถึงการออกกฎหมายฉบับนี้มาเพื่อบังคับใช้ในเรื่องใดเป็นพิเศษ หากพิจารณาจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นหลังจากมีการประกาศใช้กฎหมายแล้วนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นถูกบังคับใช้ใน เรื่องของการปิดกั้นเว็บไซต์ในช่วงแรกของการประกาศใช้กฎหมาย โดยเนื้อหาของการปิดกั้นนั้นก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์เป็นส่วนมาก ซึ่งก็สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของผู้เสนอร่างกฎหมายฉบับนี้แล้ว ว่า ต้องการปิดกั้นข้อความที่หมิ่นพระบรมเดชานุภาพจึงต้องเร่งเสนอกฎหมายฉบับนี้เป็นการด่วน ประกอบกับก่อนที่ กฎหมายฉบับนี้จะถูกเสนอเข้าสู่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ก็มีสถานการณ์ทางการเมืองที่ร้อนแรง คือ การรัฐประหาร มีการเคลื่อนไหวจากประชาชนทั้งฝ่ายเห็นด้วยและไม่เห็นด้วยกับรัฐบาลที่รุนแรงมาก ซึ่งในขณะนั้นรัฐบาลเองก็ไม่สามารถจะ ควบคุมสถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้ตึง การที่กฎหมายฉบับนี้ถูกยื่นเป็นฉบับแรกก็ทำให้เข้าใจได้ว่า ต้องการนำไปบังคับใช้กับ กลุ่มคนที่เคลื่อนไหวทางการเมืองเหล่านั้น

5. สรุป

หลังจากที่ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ถูกประกาศและมีผลบังคับใช้ พระราชบัญญัติดังกล่าวก็ถูกนำไปใช้ในการปิดเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาและภาพเกี่ยวกับการหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ พระราชินี และรัชทายาท^{49 50 51} โดยรัฐบาลที่เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายถูกแต่งตั้งมาจากรัฐบาลทหาร การบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ถูกใช้เป็นเครื่องมือทางการเมืองที่ให้อำนาจรัฐอย่างถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อจะไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น รวมถึงการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนฝ่ายตรงข้ามรัฐบาลเผยแพร่ หรือ ตีแผ่สู่สาธารณะ ให้เป็นที่รับรู้ อย่างกว้างขวาง

อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็นำมาใช้ในการปิดกั้นเว็บไซต์ที่มีเนื้อหาที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นของประชาชน เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่ชัดเจน ขอบเขตของการบังคับใช้ที่คลุมเครือ

⁴⁹ สวตริ สุขศรี, ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และนโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น, หน้า 65.

⁵⁰ Thainetizen. เสรีภาพเน็ตไทยปี 2557: การจำกัดเนื้อหา, (2014), สืบค้นวันที่ 21 มีนาคม 2561, จาก <https://thainetizen.org/2014/12/freedom-net-2014-thailand-content/>

⁵¹ Prachatai English, (2014), Over 100 URLs blocked under Martial law, Retrieved 21 march 2018, From: https://prachatai.com/english/node/4012?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+prachataienglish+%28Prachatai+in+English%29

รวมถึงอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กว้างใหญ่ไพศาล จนน่าตกใจ จึงไม่แปลกใจที่เมื่อกฎหมายถูกบังคับใช้จริงจะเกิดปัญหาตามมามากมายอย่างที่ปรากฏให้เห็นมากมายในปัจจุบัน

จากสถานการณ์ทางการเมืองในช่วงปี 2549 ทำให้เห็นภาพสะท้อนที่ชัดเจนขึ้น ว่าเหตุใดกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองและป้องกันระบบคอมพิวเตอร์ ระบบข้อมูลและระบบเครือข่าย (หรือเรียกอีกอย่างว่า อาชญากรรมโดยแท้) ถูกตีความให้กว้างขึ้น ถูกขยายออกไปให้คุ้มครองความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร รวมถึงพระมหากษัตริย์ พระราชินี และรัชทายาท แม้ว่าหลักการและชื่อของกฎหมายจะถูกแก้ไขในช่วงปี 2548 โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ซึ่งเป็นช่วงก่อนการรัฐประหาร แต่ก็ยังคงให้เหตุผลที่เชื่อมโยงกันได้เสมอ โดยความขัดแย้งทางการเมืองที่มากและรุนแรงขึ้นทุกวันในช่วงเวลานั้น อีกทั้งรัฐบาลที่ดำรงตำแหน่งในขณะนั้นก็เป็นผู้ที่มีอิทธิพลอย่างมากต่อวงการสื่อในประเทศไทย ทำให้ผู้ที่ไม่เห็นต่าง หรือ คัดค้านออกมาต่อสู้ดิ้นรนอย่างมากเพื่อที่จะเอาชนะ แต่ถึงอย่างไรกฎหมายที่มีอยู่ในขณะนั้นก็ไม่ครอบคลุมหรือไม่สามารถที่จะเอาผิดต่อผู้กระทำผิดได้ จึงต้องมีการผลักดันและเร่งให้พระราชบัญญัติดังกล่าวนี้ออกมาบังคับใช้ให้เร็วที่สุด จึงกลายเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ในปัจจุบัน

พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ 2550 ไม่เพียงแต่ถูกใช้เป็นเครื่องมือของรัฐบาลในการปิดกั้นเว็บไซต์เท่านั้น ยังถูกตีความขยายให้คุ้มครองตัวรัฐบาลเองด้วย จากเหตุการณ์ที่ปรากฏในปี 2560 กรณีของนายวัฒนา เมืองสุข ที่วิพากษ์วิจารณ์นายทหารว่าใช้คำพูดไม่สุภาพ⁵² ซึ่งก็สะท้อนให้เห็นชัดเจนขึ้นอีกประเด็นหนึ่งว่า จากที่ต้องการคุ้มครองความมั่นคงและพระมหากษัตริย์ กลับกลายเป็นว่าตีความขยายมาเพื่อคุ้มครองรัฐบาลเองด้วย รวมถึงเป็นการขยายขอบเขตอำนาจของตนเองให้กว้างขึ้นด้วย จึงไม่น่าแปลกใจที่ พ.ร.บ. คอมพิวเตอร์ กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองคอมพิวเตอร์ กลับกลายเป็นกฎหมายที่มุ่งจะคุ้มครองความมั่นคงของรัฐมากกว่า

บรรณานุกรม

คำสั่งคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ ที่ 11/2542 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ จำนวน 22 คน

โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ. (2544). *ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยอาชญากรรมทางคอมพิวเตอร์ พ.ศ. ...*. กรุงเทพฯ: หจก.จิรัชการพิมพ์, หน้า 7.

ไทยรัฐออนไลน์. “ย้อนนาที่ประยุทธ์ทุบโต๊ะยึดอำนาจสู่รัฐประหาร”. หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ; 23 พ.ค. 2557. สืบค้นวันที่ 21 มีนาคม 2561, จาก <https://www.thairath.co.th/content/424643>.

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. เรื่องเสรีที่ 257/2548

ประกาศแต่งตั้งสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประกาศ ณ วันที่ 11 ตุลาคม 2549, พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน ประธานคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ.

⁵² ประชาไท. ทหารเชิญวัฒนา เมืองสุข เข้า มทบ. 11 หลังโพสต์พาดพิง พล.อ. ประวิตร. สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2560. จาก : <http://prachatai.org/journal/2016/03/64404>.

- ประชาไท. ทหารเชิญวัฒนา เมืองสุข เข้า มทบ. 11 หลังโพสต์พาดพิง พล.อ. ประวิตร. สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2560, จาก : <http://prachatai.org/journal/2016/03/64404>.
- _____. 2550, ฉายารัฐสภา 2550 : “สนช.” ขึ้น (ที) สีเขียว, “มีชัย” CEO สนช, สืบค้นวันที่ 21 มีนาคม 2561, จาก <https://prachatai.com/journal/2007/12/15316>
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 1/2549 วันที่ 24 ตุลาคม 2549 ณ ตึกรัฐสภา.
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 24/2550 วันพุธที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2550 ณ ตึกรัฐสภา
- รายงานการประชุมสมานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 6/2549 วันพุธ ที่ 15 พฤศจิกายน 2549 ณ ตึกรัฐสภา
- สาวตรี สุขศรี. (2555). อาชญากรรมคอมพิวเตอร์? : งานวิจัยหัวข้อ “ผลกระทบจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำ ความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และ นโยบายของรัฐกับสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น”. กรุงเทพฯ : โครงการการอินเทอร์เน็ตเพื่อกฎหมายประชาชน (ilaw)
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการเทคโนโลยีสารสนเทศแห่งชาติ. (2544). *รวมร่างกฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศภายใต้ โครงการพัฒนากฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา จำกัด
- iLaw. นูรฮายาตี: หญิงตาบอดแชร์บทความเว็บเสียช่าย. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/813>.
- _____. พระสนทวงศ์: คดีโพสต์เฟสบุ๊คเรื่องคนตายในวัดธรรมกาย. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/780>
- _____. พงษ์ธีรรินทร์: คดี 112 จากการโพสต์เฟสบุ๊ค. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/354#detail>
- _____. วิธีการทางเทคนิค ในการปิดกั้นสื่อออนไลน์หรือ “บล็อกเว็บ”. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://ilaw.or.th/node/4325>.
- _____. หมวดเจียบ: โพสต์เฟสบุ๊ควิจารณ์ คสช. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://freedom.ilaw.or.th/case/811>.
- Prachatai English. (2014). *Over 100 URLs blocked under Martial law*. From https://prachatai.com/english/node/4012?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+prachataienglish+%28Prachatai+in+English%29
- Thainetizen. (2014). *เสรีภาพเน็ตไทยปี 2557: การจำกัดเนื้อหา*. สืบค้นเมื่อ 2 มี.ค. 2561, จาก <https://thainetizen.org/2014/12/freedom-net-2014-thailand-content/>

กระบวนการยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้สูงอายุ Criminal Justice Process for Elders

ผู้ช่วยศาสตราจารย์พิทักษ์ ศศิสุวรรณ

Assistant professor Pitak Sasisuwan

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100 ประเทศไทย

School of Law, Chiang Rai Rajabhat University, Chiang Rai Province 57100 Thailand

อีเมลล์: pitak.sas@crju.ac.th

Email: pitak.sas@crju.ac.th

บทคัดย่อ

เป็นที่ยอมรับกันแล้วว่าประเทศไทยกำลังก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุอย่างสมบูรณ์แบบ รัฐบาลมีความพยายามจัดการให้ผู้สูงอายุมีความเป็นอยู่อย่างมีคุณภาพผ่านรัฐนโยบาย และกฎหมาย อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติยังมีผู้สูงอายุในอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งเมื่อพิจารณาจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้วพบว่ายังขาดบทบาทบัญญัติในการเข้ามาดูแลสวัสดิภาพผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ต้องโทษสูงวัย

ปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไทยมีพัฒนาการด้านสิทธิมนุษยชนมาอย่างต่อเนื่องทั้งในรูปแบบ และเนื้อหากระบวนการตั้งแต่ขั้นสอบสวน ขั้นศาล ตลอดจนชั้นราชทัณฑ์ มีบทบาทบัญญัติเป็นอันมากสำหรับคุ้มครองสวัสดิภาพของเด็ก สตรี และผู้เจ็บป่วย แต่สำหรับผู้สูงอายุซึ่งกำลังทวีจำนวนมากขึ้นในสังคมไทยกลับไม่ได้มีบทบาทบัญญัติ หรือแนวคิดในการคุ้มครองสวัสดิภาพอย่างเป็นรูปธรรม

ผู้สูงอายุในบทความนี้ผู้เขียนหมายถึงผู้สูงอายุซึ่งเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาใน 2 ลักษณะ ได้แก่ ผู้สูงอายุซึ่งต้องทว่ากระทำความผิดอาญา และผู้ซึ่งได้รับโทษจนเข้าสู่ภาวะสูงวัยในเรือนจำ ซึ่งการจัดการกระบวนการยุติธรรมสำหรับผู้สูงอายุทั้งสองกลุ่มนี้ควรมีลักษณะพิเศษ เนื่องด้วยการสูงวัยเป็นที่มาของปัญหาสุขภาพ จิตใจ สังคม และรายได้ การที่ผู้สูงอายุเข้าสู่กระบวนการชกฟอกความบริสุทธิ์ การเข้าไปอาศัยในเรือนจำเมื่อสูงวัย ตลอดจนการอาศัยอยู่ในเรือนจำจนล่วงเข้าวัยสูงอายุ จึงเป็นข้อขัดข้องโดยวัยที่สมควรจะต้องพิจารณาทบทวนแนวความคิดในการใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลกลุ่มนี้ในอนาคต

การคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้สูงอายุจึงควรจำแนกพิจารณาตามสถานะในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังนี้

(1) การสอบสวนคดีอาญาซึ่งผู้สูงอายุตกเป็นผู้ต้องหา ควรมีนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมฟังการสอบสวน

(2) การพิจารณาและสืบพยานในศาลสำหรับคดีที่ผู้สูงอายุตกเป็นจำเลย ควรมีนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมฟังการสอบสวน หรือควรมีศาลแผนกคดีผู้สูงอายุพิจารณาเป็นพิเศษ

(3) การควบคุมผู้ต้องขัง หรือผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา

3.1 ผู้สูงอายุซึ่งต้องเข้าไปใช้ชีวิตในเรือนจำ ควรมีกระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพด้านต่างๆอย่างเหมาะสม

3.2 ผู้ต้องโทษที่อยู่ในเรือนจำตลอดมาจนสูงอายุสมควรมีกระบวนการเตรียมความพร้อมสำหรับการพ้นโทษของผู้สูงอายุเพื่อการปรับตัวสู่สังคม

ผู้สูงอายุในหลากหลายสถานะนั้นจำเป็นต้องมีการทบทวนกระบวนการทางกฎหมายเป็นพิเศษ และเร่งด่วน ให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยซึ่งกำลังก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ เพื่อคุ้มครองสภาพจิตใจ สุขภาพ และการเตรียมความพร้อมทั้งด้านวิชาชีพ และด้านสังคมให้เหมาะสมกับวัยสำหรับการก้าวออกจากกระบวนการพ้นโทษ พันข้อกล่าวหา อย่างมีศักดิ์ศรี

คำสำคัญ: ผู้สูงอายุ

Abstract

It is widely accepted that Thailand is entering the ageing society. The Government has tried to provide the elderly with proper living standards through State's policies and laws. However, in practice, there is also the elderly who is considered a criminal in the justice system. There is no provision covering how they should be treated from the stage of arrest to imprisonment.

At present, Thailand's criminal justice system continues to develop the system in conformity with human rights standards, from the investigation to the interrogation process, and the court procedure to the correctional process. There are provisions for the protection of the welfare of children, women, and terminally ill convicts. But in the case of elderly offenders, which are growing in numbers in Thai society, there is no provision to provide specific treatment or substantial practice to protect the welfare of the elderly offenders.

The protection of the elderly offenders should be categorized according to their status in the criminal justice system, such as:

1. There should be a psychologist or a social worker present during the criminal investigation of the elderly accused.

2. The court proceedings for cases involving the elderly accused should include a psychologist and a social worker. Furthermore, a specific criminal court for elderly offender cases should be established.

3. The management of correctional facilities:

- 3.1 There should be a proper process of safeguarding the welfare of elderly inmates.

- 3.2 There should be a preparatory mechanism anticipating the release of the elderly who has been imprisoned since a young age in order to help them adapt to the modern society.

It is important to review the legal process in detail, so the law and legal practice could keep up with Thailand's transition to the ageing society. To protect their mental health and physical health,

the elderly offenders should receive preparations for occupational and social changes, so they can step out of the confinement with dignity.

Keywords: Elderly

1. บทนำ

หากว่าเด็กเป็นบุคคลที่ต้องได้รับความคุ้มครองโดยบทบัญญัติทางกฎหมายพิเศษให้ดำเนินคดีอาญาแตกต่างจากผู้ใหญ่แล้ว ผู้สูงอายุก็ควรได้รับความคุ้มครองเป็นพิเศษเช่นกัน เนื่องจากข้อเท็จจริงด้านวัยที่เป็นปัจจัยหลักส่งผลให้มีความเปราะบางซึ่งอาจกระทบสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยที่สูงอายุหากจะมีการดำเนินคดีอย่างคนปกติทั่วไป

ผู้สูงอายุจึงตกเป็นผู้ต้องเสียเปรียบสำหรับการตกเป็นผู้ต้องหา หรือจำเลยในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งขัดกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลผู้ต้องถูกกล่าวหาในทางอาญายังเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าผิดจริง เนื่องด้วยปัจจัยด้านอายุ จึงอาจทำให้เกิดความผิดพลาดในการต่อสู้คดี

เป็นความจริงที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยจะต้องถูกดำเนินคดีอย่างเท่าเทียมกันทุกคดี แต่ด้วยสภาพจิตใจของผู้สูงอายุซึ่งมีความแตกต่างหลากหลายทั้งชุดประสบการณ์ที่แต่ละบุคคลเผชิญมา สภาพเศรษฐกิจ สังคม ครอบครัว ตลอดจนโรคภัยไข้เจ็บที่เผชิญอยู่ ย่อมส่งผลให้ผู้สูงอายุอยู่ในสภาพที่ไม่พร้อมที่จะต่อสู้คดีอาญา ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าบั่นทอนทั้งสภาพจิตใจ ระยะเวลา และอาจส่งผลให้ผู้สูงอายุยอมพ่ายแพ้ต่อการดำเนินคดีโดยไม่ต่อสู้ตามสิทธิของตน

การปฏิเสธให้ความคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีอย่างเท่าเทียมของผู้สูงอายุจึงเป็นเรื่องที่ควรมีการพิจารณาแก้ไขทั้งในเชิงนโยบายรัฐ และในแง่ของกฎหมาย โดยในเบื้องต้นกฎหมายจะต้องยอมรับก่อนว่าผู้สูงอายุมีความพิเศษที่จะต้องได้รับความคุ้มครองสิทธิ และจัดสวัสดิภาพตามสมควรแก่วัย และกฎหมายต้องให้ความสำคัญกับกระบวนการยุติธรรม

2. การจัดสวัสดิภาพแก่ผู้สูงอายุผู้ต้องคดีอาญา

แนวความคิดเกี่ยวกับผู้สูงอายุต้องคดีอาญามีในกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลานานแล้วในกฎหมายไทยเดิมคือพระอัยการลักษณะวิวาท่าตักกันบัญญัติเรื่องการยกเว้นโทษแก่เด็กอายุ 7 ขวบ และคนชราอายุ 70 ปี ไว้ในบทที่ 10 ความว่า “...อนึ่ง เด็ก 7 ขวบ เข้าเฒ่า 70 เป็นคนหลงใหลไปด่าตีท่าน ท่านมิให้ปรับไหมมีโทษแต่ให้นายบ้านนายเมืองช่วยกันว่ากล่าวให้สมัครสมานผู้เจ็บโดยควร”¹ กล่าวคือในเมื่ออายุเป็นเงื่อนไขของการกระทำผิด คนในสมัยโบราณจึงมองว่าการนำบุคคลผู้อ่อนความสามารถมารับโทษเป็นการมิสมควร ทั้งเด็กอายุไม่ถึง 7 ขวบ และผู้สูงอายุ 70 ปีขึ้นไป นโยบายของบ้านเมืองสมัยนั้นจึงมุ่งเน้นให้คุรุณในคดีดังกล่าวไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทกันตามประเพณี

¹ กัธธ กำประเสริฐ, สุเมธ จานประดับ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก, (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง), พ.ศ.2543, หน้า 72.

ในปัจจุบันฝ่ายภาครัฐ และภาคประชาสังคมก็ได้ตระหนักถึงศักดิ์ศรีและคุณค่าของผู้สูงอายุผู้ซึ่งได้สร้างคุณประโยชน์ในฐานะ "ผู้สร้าง" แก่สังคมดังนั้นจึงควรได้รับการปฏิบัติอย่างเอาใจใส่ทั้งในทางข้อเท็จจริง และในแง่มุมมองของกฎหมาย

ปัญญาผู้สูงอายุไทยจึงได้ระบุนถึงการคุ้มครองและพิทักษ์สิทธิของผู้สูงอายุ ซึ่งมีสาระสำคัญสามารถสรุปได้ดังนี้

ข้อ 1 ผู้สูงอายุต้องได้รับปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีวิตอย่างมีคุณค่าและศักดิ์ศรี ได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง และละเมิดสิทธิโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยเฉพาะผู้สูงอายุที่ไม่สามารถพึ่งตนเองได้และผู้พิการที่สูงอายุ

ข้อ 2 ผู้สูงอายุควรอยู่กับครอบครัวโดยได้รับความเคารพ รัก ความเข้าใจ ความเอื้ออาทร การดูแลเอาใจใส่ การยอมรับ บทบาทของกันและกันระหว่างสมาชิกในครอบครัว เพื่อให้เกิดความสัมพันธ์อันดีในการอยู่ร่วมกันอย่างเป็นสุข

ข้อ 3 ผู้สูงอายุควรได้รับโอกาสในการศึกษาเรียนรู้ และพัฒนาศักยภาพของตนเองอย่างต่อเนื่อง เข้าถึงข้อมูลข่าวสารและบริการทางสังคมอันเป็นประโยชน์ในการดำรงชีวิต เข้าใจถึงการเปลี่ยนแปลงของสังคมรอบด้าน เพื่อสามารถปรับบทบาทของตนให้สมัย

ข้อ 4 ผู้สูงอายุควรได้ถ่ายทอดความรู้ประสบการณ์ให้สังคม มีโอกาสได้ทำงานที่เหมาะสมกับวัยและตามความสมัครใจ โดยได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม เพื่อให้เกิดความภาคภูมิใจและเห็นชีวิตมีคุณค่า

ข้อ 5 ผู้สูงอายุควรได้เรียนรู้ในการดูแลสุขภาพอนามัยของตนเอง ต้องมีหลักประกันและสามารถเข้าถึงบริการด้านสุขภาพอนามัยอย่างครบวงจรโดยเท่าเทียมกัน รวมทั้งได้รับการดูแลจนถึงวาระสุดท้ายของชีวิตอย่างสงบตามศรัทธา²

ดังนั้นการใช้ชีวิตอย่างปกติสุข มีคุณค่า มีศักดิ์ศรี การได้รับความรักความเข้าใจ การได้รับการเอาใจใส่ทั้งในเรื่องสุขภาพ และด้านสังคมจึงถือเป็นสาระสำคัญของผู้สูงอายุในประเทศไทยที่ควรได้รับความคุ้มครอง ทั้งในแง่กฎหมาย นโยบาย และทางปฏิบัติ

3. หลักการสากลที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีกับผู้สูงอายุในฐานะผู้กระทำความผิด

3.1 หลักการระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับสิทธิของผู้สูงอายุ

องค์การสหประชาชาติได้รับรองหลักการ 18 ประการ สำหรับผู้สูงอายุ เมื่อวันที่ 16 ธันวาคม 2534 มีสาระสำคัญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในคดีอาญา อาทิ ผู้สูงอายุพึงจะมีสิทธิได้รับอาหาร น้ำ ที่อยู่อาศัย เครื่องนุ่งห่ม และการดูแลสุขภาพอย่างพอเพียง ทั้งจากการจัดสรรรายได้ การสนับสนุนช่วยเหลือจากครอบครัวจากชุมชน ตลอดจนการช่วยเหลือจากตนเอง มีสิทธิเข้าร่วมโครงการฝึกอบรมและโครงการด้านการศึกษาที่เหมาะสม ผู้สูงอายุพึงมีสิทธิที่จะอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย และสามารถที่จะปรับให้เข้ากับสภาพจิตใจส่วนบุคคลและความสามารถที่เปลี่ยนแปลงไป มีสิทธิที่จะได้รับการอุปการะเลี้ยงดูและการปกป้องคุ้มครองจากครอบครัวและชุมชนตามคุณค่าวัฒนธรรมของแต่ละระบบสังคม มีสิทธิเข้าถึงบริการด้านการดูแลสุขภาพ เพื่อช่วยให้สามารถและคงไว้หรือฟื้นฟูสมรรถภาพทางด้านร่างกาย จิตใจ และอารมณ์ให้อยู่ในระดับที่สมบูรณ์ที่สุด และเพื่อป้องกันหรือชะลอการเกิดภาวะ

² ปัญญาผู้สูงอายุไทยประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ.2542

เจ็บป่วยอีกด้วย มีสิทธิได้รับการทางด้านสังคมและกฎหมาย เพื่อส่งเสริมอิสรภาพในการดำเนินชีวิตการปกป้องคุ้มครองและการอุปการะเลี้ยงดู มีสิทธิได้รับประโยชน์จากการเลี้ยงดูในสถานสงเคราะห์ซึ่งจะให้บริการด้านการคุ้มครองการฟื้นฟูสมรรถภาพและการกระตุ้นทางด้านจิตใจและสังคม ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัยและบรรยากาศที่เป็นมิตรตามความเหมาะสมกับสภาพและความต้องการ มีสิทธิมนุษยชนทั้งปวงและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในขณะที่อยู่ในสถานที่ใดใด หรืออยู่ในสถานที่บริการดูแลรักษา รวมทั้งพึงได้รับการยอมรับในศักดิ์ศรีความเชื่อความต้องการ และความเป็นส่วนตัว ตลอดจนสิทธิ ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการอุปการะเลี้ยงดูและคุณภาพชีวิตของตนเอง มีสิทธิที่จะดำรงชีวิตอย่างมีศักดิ์ศรี และมีความมั่นคงปลอดภัยปราศจากการแสวงหาผลประโยชน์ ตลอดจนการปฏิบัติอย่างทารุณทั้งร่างกายและจิตใจ เป็นต้น³

3.2 ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration)

ข้อ 12 ของปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration) ระบุว่า “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยส่วนบุคคล บุคคลใดจะถูกจับกุม ค้น กักขัง ลักพาตัว หรือถูกพรากอิสรภาพในรูปแบบอื่นใดโดยอำเภอใจมิได้”⁴ หลักการการไม่จับกุมคุมขังโดยไม่เป็นธรรมซึ่งใกล้เคียงนี้พบได้ใน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มาตรา 9⁵

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 3 ประกาศว่าทุกคนมีสิทธิในการมีชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งบุคคล และเป็นสาระของสิทธิที่ได้รับการรับรอง โดยปฏิญญาซึ่งชี้ให้เห็นความสำคัญอย่างลึกซึ้งของมาตรา 9 ของกติกาฯ ทั้งสำหรับ แต่ละบุคคลและสำหรับสังคมโดยรวม เสรีภาพและความมั่นคงแห่งบุคคลมีค่าอย่างยิ่งสำหรับสิทธิแต่ละคน และเพราะว่าการปฏิเสธอิสรภาพและความมั่นคงแห่งบุคคล มีประวัติศาสตร์ที่ยาวนานในฐานะเครื่องมือในการทำให้การเข้าถึงสิทธิเสื่อมลง⁶

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรมระบุไว้ สิทธิได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญมีดังนี้

1. ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับการเพื่อ สุขภาพ (the rights to health care) เมื่อเกิดการ เจ็บป่วยควรได้รับการรักษาพยาบาลโดยมาตรฐาน วิชาชีพของผู้ที่มีหน้าที่รักษา
2. สิทธิที่จะรับรู้ข้อมูลข่าวสารจากแพทย์ ผู้รักษา (the rights to information) หมายถึง ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะรับรู้การเจ็บป่วย วิธีรักษา ผลดี ผลเสียที่อาจจะมีขึ้น โดยแพทย์มีหน้าที่ต้องอธิบาย ให้ผู้ป่วยทราบ เมื่อผู้ป่วยรับรู้แล้วยอมรับการรักษา จากแพทย์ ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นจึงจะมีผล ตามกฎหมาย ซึ่งเรียกว่า

³ สิทธิของผู้สูงอายุสหประชาชาติรับรองเมื่อวันที่ 16 ธันวาคม พ.ศ.2534

⁴ ASEAN Human Rights Declaration, 12. Every person has the right to personal liberty and security. No person shall be subject to arbitrary arrest, search, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty.

⁵ Ibid, 9. In the realisation of the human rights and freedoms contained in this Declaration, the principles of impartiality, objectivity, non-selectivity, non-discrimination, non-confrontation and avoidance of double standards and politicisation, should always be upheld. The process of such realisation shall take into account peoples' participation, inclusivity and the need for accountability.

⁶ Human Rights Committee, General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), UN Doc. CCPR/C/GC/35, 16 December 2014.

“ความยินยอมภายใต้การได้รับการบอกกล่าว (informed consent)” เพราะเมื่อแพทย์ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยแล้ว แพทย์มีสิทธิกระทำต่อร่างกายของผู้ป่วยตามกรรมวิธีรักษาของแพทย์ประเภทนั้นได้

3. สิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา (the patient's right to refuse treatment) หากเกิดกรณีหมดทางรักษาจริง ๆ แล้วแพทย์สามารถเลือกใช้เครื่องมือต่าง ๆ ที่จะช่วยผู้ป่วยได้เพียงแต่ดูแลให้สัถยาบันการภักดานุวัติ รวมทั้งการที่บางรัฐอาจตั้งข้อสงวนและเมื่อปฏิบัติตามขั้นตอนในการทำสัญญาครบถ้วนแล้วภาคีก็มีพันธกรณีที่ต่อปฏิบัติ ตามสนธิสัญญาต่อไปการเข้าเป็นภาคีของ สนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธกรณีที่ต่อปฏิบัติให้ สอดคล้องกับสนธิสัญญาฉบับนั้นอาจต้องรับผิดชอบ ในทางระหว่างประเทศ โดยผู้ต้องขังสูงอายุในเรือนจำมีแนวโน้มที่จะเจ็บป่วยตามอายุขัย ดังนั้นการพิจารณาสิทธิดังกล่าวเพื่อปฏิบัติกับผู้กระทำผิดที่เป็นผู้สูงอายุจึงมีความสำคัญ ดังนั้นเมื่อประเทศไทยเข้า เป็นภาคีตามสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชนแล้ว ประเทศไทยก็ต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของ สนธิสัญญาดังกล่าว

3.3 สหรัฐอเมริกา

ในปี พ.ศ. 2546 สหรัฐฯ ได้จัดให้มีโครงการปล่อยตัวผู้ต้องขังสูงอายุ ที่อนุญาตให้นักโทษระยะสุดท้ายหรือผู้ป่วยที่ป่วยหนักออกจากสถานที่จองจำก่อนที่จะเสียชีวิต โดยโปรแกรมดังกล่าวมอบโอกาสให้ผู้ต้องขังเตรียมพร้อมสำหรับความตาย โดยทฤษฎีแล้วโครงการดังกล่าวจะช่วยให้ผู้ต้องขังสูงอายุได้เตรียมพร้อมเพื่อวันสุดท้ายของชีวิตโดยไม่ต้องถูกตีรวนในเรือนจำ อีกทั้งยังช่วยให้ผู้ต้องขังมีโอกาสร่วมสร้างความสัมพันธ์สุดท้ายกับครอบครัวและมิตรสหายก่อนที่จะสาบสูญไป ระบบยุติธรรมทางอาญายังได้รับประโยชน์จากการปล่อยตัวผู้สูงอายุ เนื่องจากทางเลือกนี้ช่วยลดค่าใช้จ่ายในการดูแลผู้ต้องขังสูงอายุที่มีค่าใช้จ่ายสูง และทำให้มีที่ว่างในเรือนจำเพื่อรองรับผู้กระทำผิดอื่น ๆ

อย่างไรก็ตาม ไม่มีการการันตีว่าผู้ต้องขังที่ป่วยหนักจะได้รับการปล่อยตัว มีผู้ต้องขังจำนวนน้อยมากที่ร้องขอใช้สิทธิในโปรแกรมดังกล่าว และมีเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่จะได้รับการพิจารณาอนุมัติ โดยก่อนที่ผู้ต้องขังสูงอายุจะได้รับการปล่อยตัวในวาระสุดท้าย เจ้าหน้าที่ทางการแพทย์ของเรือนจำต้องพิจารณาอายุขัยที่เหลืออยู่ของผู้ต้องขัง ความสามารถในการอยู่ร่วมกับในสิ่งแวดล้อมเรือนจำ และความเป็นไปได้ที่จะได้รับการรักษาทางการแพทย์ที่ดีกว่าเมื่อปล่อยตัวจากเรือนจำ หากผู้ต้องขังมีแนวโน้มจะเสียชีวิตภายในหกเดือนข้างหน้าและมีโอกาสได้รับการรักษาที่ดีกว่านอกเรือนจำ และผู้คุมจะต้องตัดสินใจว่าการปล่อยบุคคลนั้นให้เป็นอิสระจะไม่เป็นอันตรายต่อสาธารณชน

ซึ่งผู้ต้องขังสูงอายุที่ได้รับการประเมินให้ปล่อยตัว จะได้รับความช่วยเหลือต่าง ๆ จากรัฐ เช่น ที่อยู่อาศัย สิ่งจำเป็นในการรักษาโรค มีการจัดหาแพทย์ และ เอกสารที่จำเป็นในการเข้ารับการรักษา รวมไปถึงค่าชดเชยประกันสังคมอีกด้วย⁷

3.4 ความจำเป็นในการพัฒนานโยบายในการจัดการผู้กระทำผิดผู้สูงอายุ⁸

นักโทษวัยสูงอายุแทบไม่ได้รับการยอมรับในระดับนโยบายว่ามีลักษณะเฉพาะหรือเป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ⁹ เช่นเดียวกับกลุ่มเด็ก เยาวชน และสตรี โดยปัจจุบันเรือนจำไม่มีนโยบายหรือกลยุทธ์ในการจัดการกับผู้สูงอายุในวัยชรา¹⁰ โดย บางส่วนของประชากรผู้ต้องขังได้รับการยอมรับว่ามีลักษณะที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ เช่น

⁷ Elizabeth Anderson & Theresa Hilliard, Managing Offenders with Special Health Needs: Highest and Best Use Strategies, 67 CORRECTIONS TODAY 58, 60 (2005).

⁸ Australian Correctional Leadership Program, Managing Elderly Offenders, 31 July- 4 August 2006.

⁹ Elaine Crawley, *The Howard Journal*, Vol 144 No 4, September 2005, (pp. 345-356).

¹⁰ HM Prison Service of England and Wales, *Prison Service Journal*, Issue 145.

เยาวชน และผู้หญิง แต่เมื่อเจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติ กับกลุ่มที่มีความพิเศษเช่นกันแต่ไม่ได้รับการยอมรับอย่างเป็นทางการ เช่น ผู้สูงอายุ ความต้องการเหล่านี้ไม่ได้รับการเหลียวแล ด้วยฐานความคิดในการจัดการเรือนจำแบบดั้งเดิม คือ “แบบเดียวใช้กับทุกเรื่อง” หรือ “ทุกคนได้รับการปฏิบัติเหมือนกัน”

3.5 ความจำเป็นในการดูแลผู้กระทำผิดที่เป็นผู้สูงอายุเป็นพิเศษ

ความเจ็บปวดทุกข์ทรมานจากการถูกจำคุกนั้นจะเพิ่มมากขึ้นเป็นทวีคูณสำหรับผู้สูงอายุ เนื่องจากความไม่ยืดหยุ่นของโครงสร้างและลักษณะของเรือนจำ¹¹ ดังนั้น สิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับผู้สูงอายุในเรือนจำจึงจำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงใหม่ เช่น มีการปูพื้นแบบพิเศษ มีราวพยุงที่ผนัง ทำทางลาดสำหรับรถเข็น มีพื้นที่พักผ่อนและรักษาพยาบาลสำหรับคนชรา เพราะรูปแบบทางกายภาพของเรือนจำส่วนใหญ่ (เช่นทางเดินและบันไดที่ยาว) ไม่มีความยืดหยุ่นต่อกิจวัตรของคนชราทำให้เกิดความยากลำบากอย่างใหญ่หลวงสำหรับผู้ที่มีความคล่องตัวจำกัด รวมถึงปัญหาสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับอายุอื่น ๆ เช่น ความจำ สายตา หรือการได้ยิน การศึกษาแสดงให้เห็นว่าเรือนจำหลายแห่งที่มีอยู่ไม่ได้ออกแบบมาสำหรับนักโทษชราภาพ ไม่มีปัจจัยพื้นฐานที่เหมาะสมกับความต้องการเฉพาะของพวกเขา

4. ผู้สูงอายุซึ่งต้องหาว่ากระทำผิดอาญาในประเทศไทย

การตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญาย่อมก่อให้เกิดปัญหากับผู้สูงอายุในหลายประการ อาทิ ด้านการสื่อสาร ความยากง่ายที่จะเข้าใจข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตลอดจนความเข้าใจในสาระสำคัญของข้อกล่าวหาที่ตนได้รับแจ้ง ทั้งในการสอบสวนของพนักงานสอบสวนซึ่งกระทำต่อผู้สูงอายุอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ และสภาพจิตใจ ความพร้อมในการเผชิญกับการต่อสู้คดี และการต้องตกเป็นผู้ถูกควบคุมตัวระหว่างสอบสวน กรณีที่ไม่ได้รับการปล่อยชั่วคราว ตลอดจนผู้สูงอายุที่ต้องใช้ชีวิตอยู่ในเรือนจำเพื่อรับโทษ

4.1 กระบวนการในการสอบสวน และพิจารณาคดีผู้สูงอายุที่ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลย

โดยปกติผู้ต้องหา หรือจำเลยจะได้รับสิทธิตามกฎหมายให้พบและปรึกษาผู้ซึ่งเป็นทนายความอยู่แล้ว ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่จะคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้ตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยทุกคน อย่างไรก็ตามปัญหาหลักซึ่งผู้สูงอายุต้องเผชิญเมื่อต้องเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในฐานะผู้ต้องหา จำเลย หรือผู้ต้องขังระหว่างคดียังไม่เด็ดขาดสามารถจำแนกได้ดังนี้

4.1.1 ปัญหาด้านสุขภาพกาย และสุขภาพจิต

การต้องถูกดำเนินคดีอาญาเป็นเรื่องที่กระทบทั้งเสรีภาพซึ่งเป็นปัญหาโดยตรงต่อผู้มีสุขภาพไม่แข็งแรง ในที่นี้การเป็นผู้สูงอายุย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินคดีอย่างเต็มที่ เนื่องจากโรคร้ายทางกาย และสภาพจิตใจที่ย่ำแย่จากการดำเนินคดีที่ใช้เวลายาวนาน การต้องเข้าไปอยู่ในที่คุมขังกรณีได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว จะสร้างภาระให้กับผู้สูงอายุเป็นอย่างยิ่ง

4.1.2 ปัญหาด้านความรู้ความเข้าใจเท่าทันในสาระสำคัญ ตลอดจนแนวทางการต่อสู้คดีของตน

ภูมิความรู้ของผู้สูงอายุก็ดี ความจำ และปฏิภาณที่ลดลงก็ดี ล้วนส่งผลให้การต่อสู้คดี และการเข้าใจถึงสภาพความได้เปรียบเสียเปรียบในการต่อสู้คดีย่อมหย่อนยานกว่าบุคคลทั่วไป และแม้ว่าทนายความจะได้อธิบายให้ผู้สูงอายุทราบถึงเนื้อหาสาระคดีของตนในแง่มุมข้อกฎหมาย แต่ก็มีได้มีหลักประกันว่าผู้สูงอายุจะเข้าใจผลกระทบอื่นๆที่ตามมา

¹¹ Ibid.

จากการให้การรับสารภาพ หรือการปฏิเสธต่อผู้คดี กล่าวคือกระบวนการทั้งหลายที่ผู้สูงอายุได้ดำเนินการไปในคดีอาญาได้แสดงออกถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของตนก็เป็นได้

4.1.3 ปัญหาด้านการปรับตัวต่อสังคม

การตกเป็นผู้ต้องหาเมื่อเข้าสู่ภาวะสูงวัยย่อมก่อให้เกิดความตึงเครียดในครอบครัว และสังคมรอบข้าง การต้องเผชิญสายตาของสังคมที่มองผู้สูงอายุอย่างหวาดระแวง ถูกเหยียดหยาม ว่าเป็นผู้กระทำความผิดทั้งที่ศาลยังมิได้มีคำพิพากษาหากเป็นกรณีบุคคลทั่วไปย่อมอาจพอมีทางปรับตัวยอมรับความเป็นจริงทางสังคมเหล่านี้ได้ แต่หากเป็นกรณีของผู้สูงอายุซึ่งอยู่อาศัย และเป็นที่นับถือในสังคมมาเป็นเวลานาน การถูกดำเนินคดีอาจส่งผลกระทบอย่างใหญ่หลวงต่อการปรับตัวให้เข้ากับมุมมองของสังคมที่มีต่อตน

4.1.4 ปัญหาด้านค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี

โดยปกติแล้วสิทธิการมีนายเข้าช่วยแก้ต่างคดีโดยอาศัยความช่วยเหลือจากรัฐในลักษณะทนายขอแรงในคดีอาญาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายย่อมเป็นสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยอยู่แล้ว เพียงแต่ในความเป็นจริง การต่อสู้คดีจำเ็นจะต้องมีปัจจัยทางด้านเศรษฐกิจอย่างอื่นที่จำเป็นต้องใช้จ่ายนอกเหนือจากค่าจ้างทนายความในการดำเนินคดี อาทิ ทูททรัพย์หรือหลักประกันในการขอลปล่อยชั่วคราว ค่าใช้จ่ายในการเดินทางมาต่อสู้คดี ตลอดจนค่าใช้จ่ายอื่นอำาจำเ็นในเมื่อผู้สูงอายุบางรายอาจเป็นผู้ที่หมดวัยในการทำงานหาเงินเพื่อนำมาใช้จ่าย หรือยิ่งไปกว่านั้นบางรายอาจไม่มีรายได้เลย ซึ่งเป็นข้อที่น่าพิจารณาสำหรับกรณีการให้ความช่วยเหลือจัดสวัสดิการในระหว่างต่อสู้คดีของผู้สูงอายุในอนาคต

กล่าวโดยสรุปในเบื้องต้นการดำเนินคดีกับผู้สูงอายุในประเทศไทยจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับสิทธิของผู้สูงอายุในการพบปะและปรึกษากับนักสังคมสงเคราะห์ เพราะแม้ว่าผู้สูงอายุที่ตกเป็นผู้ถูกกล่าวหาในทางอาญาจะมีบุตรหลาน แต่การได้พบและปรึกษากับบุคคลผู้มีความรู้ความเข้าใจด้านสังคมสงเคราะห์จะสามารถเข้าใจปัญหาที่แท้จริงที่ผู้สูงอายุเผชิญอยู่และนำไปสู่การแก้ไขปัญหาสังคมที่ถูกจุดตั้งนั้นจึงควรมีการเข้ามาร่วมดูแลและจัดสวัสดิภาพผู้สูงอายุเพื่อคุ้มครองบุคคลผู้สูงวัยมิให้ต้องถูกละเมิดสิทธิ ทั้งนี้มิได้เป็นการช่วยเหลือให้ผู้สูงอายุพ้นความรับผิดชอบทางอาญาโดยจำเป็นต้องเข้ามาร่วมตั้งแต่เริ่มต้นการสอบสวน อาทิการแจ้งข้อกล่าวหาของพนักงานสอบสวนที่จำเป็นจะต้องมีนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมฟังการแจ้งข้อกล่าวหากับผู้สูงอายุ เพื่ออธิบายถึงสาระสำคัญ และรายละเอียดแห่งข้อหาที่ผู้ต้องหาได้รับแจ้ง

5. ผู้ซึ่งได้รับโทษจนเข้าสู่ภาวะสูงอายุในเรือนจำ

การที่ผู้สูงอายุต้องถูกควบคุมตัวในเรือนจำนั้นอาจเกิดขึ้นได้ทั้งในชั้นสอบสวน ชั้นระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล และชั้นคดีถึงที่สุด การดูแลสวัสดิภาพของบุคคลผู้ต้องขังที่สูงอายุจึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นเพื่อแยกแยะว่าความเป็นผู้สูงอายุเกิดขึ้นเมื่อใด เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปในการดำเนินคดีอาญาแล้วก็จะพบว่าการเข้าสู่ภาวะสูงอายุเกิดขึ้นได้ทั้งก่อนการเข้าสู่เรือนจำ และเกิดขึ้นหลังจากการเข้ามารับโทษในเรือนจำ

เป็นไปได้หรือไม่ว่าในการเลือกใช้โทษที่เหมาะสมกับผู้สูงอายุควรคำนึงถึงหลักการลงโทษให้เหมาะสมกับผู้กระทำความผิด (individualization) คือจะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด (Punishment to Fit the Crime) โดยพิจารณาถึงความจริงที่ว่า มนุษย์แต่ละคนมีความสามารถไม่เท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ ทั้งยังมีบุคคลหลายประเภทที่ควรได้รับการลงโทษหรือไม่ต้องรับโทษเลย การลงโทษตามแนวความคิดนี้จะมุ่งเน้นที่ตัวผู้กระทำความผิดโดยตรงหาได้ต้องการให้มีผลถึงบุคคลอื่นไม่ โดยมุ่งที่จะปรับปรุงแก้ไขอบรมบ่มนิสัยของผู้กระทำความผิดให้

ผู้กระทำความผิดสามารถกลับตนเป็นพลเมืองดีและกลับคืนสู่สังคมได้เพราะการลงโทษกระทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับความยากลำบากหรือได้รับผลร้ายนั้น ในบางกรณีก็ไม่เหมาะสมกับตัวผู้กระทำความผิด และไม่สามารถทำให้ผู้กระทำความผิดประพฤติตัวดีขึ้นได้ การลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดมีความคิดอยู่บนพื้นฐานที่ว่า มนุษย์แต่ละคนกระทำความผิดนั้นย่อมเนื่องมาจากบุคลิกลักษณะอุปนิสัยของผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมภายนอก เช่น สิ่งแวดล้อมรอบตัวผู้กระทำความผิดซึ่งมีอิทธิพลของสิ่งแวดล้อมถือเป็นปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการตัดสินใจของบุคคลที่จะกระทำความผิดนั้น บุคคลจะต้องปรับบุคลิกลักษณะกับสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวเนื่องกันอยู่ตลอดเวลา แต่บุคคลแต่ละคนย่อมไม่สามารถปรับตนให้เข้ากับสิ่งแวดล้อมหรือสถานการณ์ต่างๆ ได้เหมือนกันเพราะบุคคลแต่ละคนต่างมีบุคลิกลักษณะหรือส่วนประกอบเข้าเป็นบุคลิกลักษณะที่แตกต่างกันไป ดังนั้น แบบแห่งการประพฤติของบุคคลย่อมมีลักษณะแตกต่างกันไปด้วยซึ่งอาจเป็นไปในทิศทางที่เข้ากับสังคมหรืออาจเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม นักจิตวิทยาจึงเชื่อว่า ลักษณะของความประพฤติอันเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคมมีปรากฏอยู่ในตัวบุคคลทุกคน ซึ่งหมายความว่าบุคคลทุกคนมีความเอนเอียงไปในทางประกอบอาชญากรรมด้วยกันทั้งสิ้น¹²

ในงานวิจัยเรื่องการกระทำผิดของผู้สูงอายุในประเทศไทยโดยนที จิตสว่าง¹³ สะท้อนผลการศึกษาว่า ในสังคมได้ก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุอย่างเต็มรูปแบบโดยมีประชากรอายุเกินกว่า60ปีมากกว่า20%ประชากรผู้สูงอายุในเรือนจำของไทยก็ทวีจำนวนสูงขึ้นซึ่งเป็นสัดส่วนที่สูงกว่าผู้ต้องขังประเภทอื่นๆโดยสถิติผู้ต้องขังผู้สูงอายุในปัจจุบันมีถึง 6,525คนโดยเป็นชาย5,134คนและเป็นผู้หญิง1,391คนอย่างไรก็ตามแม้จะมีการรับตัวผู้สูงอายุเป็นจำนวนมากแต่ก็ได้มีการปล่อยไปเพราะพ้นโทษตามกฎหมาย เปิดเผยว่าในปัจจุบันคดีผู้สูงอายุได้กระทำความผิดกว่าร้อยละ90%มักเกี่ยวกับยาเสพติดซึ่งมีสาเหตุมาจากความเป็นในด้านเศรษฐกิจผลักดันให้ผู้สูงอายุจำเป็นต้องผันตัวเป็นผู้ค้ายาเสพติด โดยวิธีการมักจะเป็นคนที่เฝ้าสถานที่ค้ายา รับยาออกจากบ้านโดยไม่ต้องออกไปภายนอก ในขณะที่มีอีกจำนวนมากที่ยอมรับผิดในคดีแทนลูกหลานที่ค้ายาเสพติด โดยแม้ตัวเองจะมีได้เข้ายุ่งเกี่ยวกับยาเสพติดแต่ในการที่รับผิดแทนลูกหลานดังกล่าวจะไม่มีการเลี้ยงดูหากลูกหลานจะติดคุก การยอมเข้ามาใช้ชีวิตในเรือนจำเสียเองเพราะได้รับการดูแล ประการที่น่าสนใจคือผู้สูงอายุบางส่วนตั้งใจทำความผิดเพราะไม่ได้รับการเลี้ยงดูจากลูกหลาน ถูกทอดทิ้งให้โดดเดี่ยวอ้างว้างจึงได้กระทำความผิดเพื่อที่จะได้มาอยู่ในเรือนจำส่งผลให้การรักษาพยาบาล การดูแลและสวัสดิการ ที่อยู่ อาหารการกิน และมีเพื่อนคุยกับผู้ต้องขังในวัยเดียวกัน การเพิ่มขึ้นของผู้สูงอายุซึ่งกลายเป็นผู้ต้องขังในประเทศไทยสาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการลดโทษที่เข้มงวดกับผู้ต้องขังในคดียาเสพติดมากขึ้น ทำให้ผู้ต้องขังต้องรับโทษในระยะยาวและได้รับโอกาสลดหย่อนผ่อนโทษน้อยลง ในบางรายต้องโทษเป็นระยะเวลาเกินกว่า20ปีทำให้บุคคลเหล่านี้กลายเป็นผู้ต้องขังผู้สูงอายุในเรือนจำที่ทวีห้วงมากขึ้นโดยปริยาย

ในกรณีของผู้ต้องขังหญิงสูงอายุชราที่กระทำผิดในคดียาเสพติด ส่วนใหญ่จะมีญาติหรือคนในครอบครัว ได้แก่ลูกหลานที่ค้ายาเสพติดอยู่แล้ว แต่ตนเองต้องตกกระไดพลอยโจนค้าขายหรือเฝ้าของให้ลูกหลานหรือรับผิดแทนลูกหลานหรือขายอยู่บ้านในชุมชน ในกรณีผู้ต้องขังหญิงชราที่กระทำผิดในคดีเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ส่วนใหญ่จะเป็นผลมาจากที่ตนเองหรือญาติการเป็นผู้ถูกกระทำจากสามีหรือคนรอบข้างทำร้ายรังแกตนเองหรือลูกหลานของตนจนวันหนึ่งทนไม่ไหวจึงต่อสู้และต้องมาต้องโทษนอกจากนี้ยังมีที่กระผิดเพราะความแค้นเป็นส่วนตัว ส่วนผู้ต้องขังหญิงชราที่กระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินอื่นนั้น ผู้ต้องขังชราที่เป็นกลุ่มตัวอย่างส่วนใหญ่ก็มีความสัมพันธ์กับเพื่อน โดยมีการทำงาน

¹² อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา , (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์วิญญูชน), พ.ศ.2555, หน้า 125-126.

¹³ นที จิตสว่าง, การกระทำผิดของผู้ต้องขังหญิงสูงอายุของไทย, สืบค้นเมื่อ พ.ศ.2561, จาก <http://www.nathee-chitsawang.com>

ร่วมกันหรือทำงานสถานที่เดียวกัน เล่นแชร์ เล่นหวย เป็นหนี้และเป็นผู้ค้ำประกันซึ่งกันและกันและผ่อนสินค้าร่วมกันและนำไปสู่ข้อหาฉ้อโกงหรือลักทรัพย์

จากการศึกษาพบว่ากลุ่มตัวอย่างประสบปัญหาในการเข้าถึงความยุติธรรม โดยต้องประสบกับปัญหาขาดความรู้ ขาดเงินในการต่อสู้คดี ขาดทนายความหรือที่ปรึกษากฎหมาย และไม่ทราบวิธีการต่อสู้คดีหรือการตรวจสอบในกรณีที่จับผิดตัว กลุ่มตัวอย่างส่วนหนึ่งประสบปัญหาขณะต้องโทษในเรือนจำ ได้แก่ ปัญหาสุขภาพร่างกาย สุขภาพจิต ขาดมีอิสรภาพ และปัญหาสภาพแวดล้อมภายในเรือนจำที่แออัด แต่ส่วนใหญ่ได้หาทางออกโดยการเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาขณะต้องโทษเพื่อความสงบของจิตใจ ทั้งนี้โดยผู้ต้องขังสูงอายุส่วนใหญ่ยอมรับว่าการติดคุกนั้นลำบากขาดเสรีภาพ และต้องอยู่ในวินัยของคนहु่ม่มาก และไม่ต้องการกลับเข้ามาในเรือนจำอีก แต่สิ่งหนึ่งซึ่งถือว่าเป็นจุดแข็งของสังคมไทย คือการที่ผู้ต้องขังสูงอายุมียุติมาเยี่ยมดูแลส่งเสียเงินทองให้อยู่เสมอ ทำให้บรรเทาความหวาดหวั่นด้านจิตใจและลดปัญหาการขาดเครื่องอุปโภคบริโภค

ข้อเสนอแนะของการศึกษาเพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตผู้ต้องขังสูงอายุ ได้แก่ การให้เรือนจำดำเนินการดูแลสุขภาพ และการสงเคราะห์ผู้ต้องขังสูงอายุเป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากผู้ต้องขังทั่วไป โดยเฉพาะผู้ต้องขังสูงอายุที่ประสบปัญหาความยากจนและไม่มีญาติเยี่ยม การใช้หลักธรรมของศาสนาซึ่งถือเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจในช่วงบั้นปลายของชีวิตในการบำบัดแก้ไขฟื้นฟูให้แก่ผู้ต้องขังสูงอายุ นอกจากนี้เรือนจำควรส่งเสริมความสัมพันธ์ในครอบครัวของผู้สูงอายุ ในการให้บุตรหลานมาเยี่ยมและรับดูแลหลังพ้นโทษ สำหรับผู้สูงอายุที่ไม่มีญาติพี่น้องก็ควรมีการประสานงานกับประชาสงเคราะห์ ในการดูแลผู้ต้องขังสูงอายุภายหลังพ้นโทษ นอกจากนี้ควรมีการนำมาตรการ การใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Monitoring) ในการควบคุมผู้ต้องขังสูงอายุในสถานที่อื่นแทนการคุมขังในเรือนจำ และควรนำมาตรฐานการพักโทษกรณีพิเศษสำหรับผู้ต้องขังชรามาใช้เพื่อให้ผู้ต้องขังชราได้รับการปล่อยตัวเพื่อกลับไปอยู่ในสังคมโดยไม่เป็นอันตรายต่อสังคมต่อไป

ในประเทศไทยมีความพยายามที่จะศึกษาเกี่ยวกับประเด็นการจัดสวัสดิภาพเพื่อคุ้มครองสิทธิให้กับผู้สูงอายุ เนื่องจากผู้ต้องขังในเรือนจำมีความแตกต่างหลากหลายด้วยวัยส่งผลให้เกิดการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังมีความจำเป็นจะต้องแยกแยะให้เป็นระบบ

ปิยะพร ตันณีกุล¹⁴ ได้ศึกษาประเด็นเกี่ยวกับแนวคิดการจัดสวัสดิการที่เหมาะสมสำหรับผู้ต้องขังสูงอายุไว้พอสรุปได้ดังนี้

แม้ว่ากรมราชทัณฑ์ จะได้มีการจัดสวัสดิการผู้ต้องขังทุกประเภทในภาพรวมแล้วอย่างไรก็ตาม เมื่อวิเคราะห์ตามอายุสูงวัยของผู้ต้องขังย่อมส่งผลให้เพียงพอดต่อผู้ต้องขังสูงอายุ ดังนั้นการจัดสวัสดิการผู้สูงอายุที่แตกต่างไปจากผู้ต้องขังทั่วไป แยกประเด็นได้ดังนี้

5.1 ด้านสุขภาพอนามัยของผู้ต้องขังสูงอายุ

ปัญหาด้านสุขภาพกายและใจซึ่งผู้ต้องขังสูงอายุจะต้องประสบ หากเทียบกับบุคคลทั่วไปอายุเท่ากันไม่ได้ต้องขังในเรือนจำเมื่อเปรียบเทียบกับเมื่อเปรียบเทียบกับแล้ว ผู้ต้องขังในเรือนจำจะมีสภาพ ทรุดโทรม สภาพจิตใจหดหู่ ซึมเศร้ามากกว่าปกติการดูแลสุขภาพโดยปกติที่ผู้ต้องขังสูงอายุสิ้นหวัง ท้อแท้ สูญเสียความเป็นตัวของตัวเอง มากกว่าผู้ต้องขัง

¹⁴ ปิยะพร ตันณีกุล, แนวคิดการจัดสวัสดิการสำหรับผู้ต้องขังสูงอายุ, บทความเผยแพร่ใน

<http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOS/article/view/3826>, สืบค้นเมื่อ พ.ศ.2561. หน้า6-10

โดยปกติทั่วไป ด้านโภชนาการผู้สูงอายุมักประสบปัญหาด้านขาดสารอาหารที่จำเป็นต่อร่างกาย เนื่องจากผู้สูงอายุส่วนใหญ่จะรับประทานอาหารได้น้อย

5.2 ด้านสุขภาพจิตและการปรับตัว

ผู้ต้องขังสูงอายุมักสูญเสียการควบคุมจิตใจของตน ซึ่งอาจเกิดจากการกดดัน สูญเสียการดูแลจากญาติ สูญเสียบทบาทการเคารพนับถือ ซึ่งความตกใจนี้อาจติดอยู่ในใจของผู้ต้องขังแม้จะพ้นโทษไปแล้วก็อาจทำให้เกิดความเสี่ยงกลับมาทำซ้ำอีกดังนั้นจึงควรมีกิจกรรม และบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญให้คำปรึกษา เช่น

(1) ด้านการให้คำแนะนำปรึกษาโดยให้ผู้เชี่ยวชาญ เช่น นักจิตวิทยา นักสังคมสงเคราะห์ มาให้คำปรึกษารายกลุ่ม หรือรายบุคคลให้คำปรึกษาเพื่อป้องกันโรคซึมเศร้า

(2) ด้านความสัมพันธ์ในครอบครัวควรให้ผู้ต้องขังสูงอายุให้อยู่ในเรือนจำที่ตั้งอยู่ในภูมิภาคเพื่อสะดวกให้ญาติมาเยี่ยม หรือลากลับไปเยี่ยมบ้าน

(3) กิจกรรมด้านศาสนา ควรจัดให้มีกิจกรรมทางศาสนาเป็นกรณีพิเศษ เช่นนิมนต์พระมาเทศให้ฟัง การจัดพิธีทำบุญตักบาตรในเรือนจำ การฝึกนั่งสมาธิ และหากผู้ต้องขังสูงอายุเสียชีวิตในเรือนจำควรจัดงานศพให้ම්เกียรติ

(4) ด้านการสงเคราะห์ผู้ต้องขังที่ไม่มีญาติ รัฐควรจัดให้ผู้ต้องขังสูงอายุไร้ญาติมีกิจกรรมทำ เพื่อลดความฟุ้งซ่าน และจัดหาเครื่องอุปโภคบริโภคที่จำเป็นต่อผู้สูงอายุให้ตามความเหมาะสม

5.3 ด้านงบประมาณ

ในงานวิจัยหลายหลายเรื่องพบว่าค่าใช้จ่ายสำหรับประเทศไทย ปกติมีอัตราโทษปกติต่ำกว่า ผู้ต้องขังสูงอายุ เช่นประเทศออสเตรเลียแตกต่าง3เท่าโดยส่วนที่ทำให้ค่าใช้จ่ายสูงขึ้น เช่นค่ารักษาพยาบาล รัฐจึงให้ความสำคัญและหาวิธีแก้ไขปัญหการเพิ่มขึ้นของ ผู้ต้องขังสูงอายุ เช่นการลดโทษ การควบคุมตัวอยู่ที่บ้านโดยใช้อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ การพักการลงโทษ ซึ่งจะช่วยให้รัฐประหยัดค่าใช้จ่าย ผู้สูงอายุในระบบเรือนจำได้มากขึ้น

5.4 ด้านสภาพแวดล้อมในเรือนจำ และกฎเกณฑ์ที่เคร่งครัด

ในปัจจุบันโครงสร้างด้านสิ่งแวดล้อมและระบบการบริหารในเรือนจำถูกออกแบบเพื่อใช้กับผู้ต้องขังปกติ ทำให้ไม่สอดคล้องกับความต้องการและสภาพร่างกายของผู้ต้องขังสูงอายุ การพัฒนาฝีมือที่ไม่ตรงกับความต้องการของผู้สูงอายุ จึงมีการปรับปรุงสภาพแวดล้อม และกฎเกณฑ์ให้คลายความเคร่งครัดลง เช่น

(1) ด้านการทำงานไม่ควรมอบหมายงานที่ต้องใช้แรงงาน ควรให้ทำงานที่มีลักษณะผ่อนคลายเพื่อให้ผู้ต้องขังสูงอายุเกิดความรู้สึกถึงค่าในตัวเอง อาทิ ปลูกพืชผักสวนครัว ทำงานฝีมือตามความถนัด หรือถ่ายทอดภูมิปัญญาให้แก่ผู้ต้องขังอื่น เป็นต้น

(2) ด้านนันทนาการ เช่นดนตรี โทรทัศน์ การทำการแสดงพื้นบ้าน ทำให้ผู้ต้องขังสูงอายุผ่อนคลายทั้งร่างกายและจิตใจ

(3) ด้านการอบรมให้ความรู้ด้านตรงๆ แก่ผู้ต้องขังสูงอายุ เช่นการดูแลสุขภาพ อานามัยด้วยตนเอง

5.5 ด้านการตกเป็นเหยื่อ

ผู้ต้องขังสูงอายุซึ่งมีข้อจำกัดในการเคลื่อนไหวร่างกายมีความเสี่ยงที่จะตกเป็นเหยื่อได้ง่ายกว่าผู้ต้องขังทั่วไป เพื่อป้องกันการตกเป็นเหยื่อรัฐควรจัดสถานที่สำหรับผู้ต้องขังสูงอายุให้แยกออกจากผู้ต้องขังปกติ จัดหาเจ้าหน้าที่ดูแลหรือให้ผู้ต้องขังด้วยกันช่วยเหลือเหมือนเป็นคู่หู

5.6 ด้านผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการฝึกฝนเฉพาะด้าน

โดยปกติเจ้าหน้าที่ที่ได้รับการฝึกฝนอบรม มาเพื่อดูแลผู้ต้องขังที่มีอายุน้อยและก้าวร้าว แต่เจ้าหน้าที่ที่ต้องดูแลผู้ต้องขังสูงอายุจำเป็นต้องได้รับการอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับผู้สูงอายุ เช่น ฝึกฝนเพื่อรองรับอารมณ์และความต้องการของผู้สูงอายุ เรียนรู้วิธีการดูแลผู้ต้องขังสูงอายุ ฝึกการปฐมพยาบาลเบื้องต้น เรียนรู้เกี่ยวกับโภชนาการ เพื่อให้การปฏิบัติต่อผู้ต้องขังสูงอายุเป็นไปด้วยความเหมาะสม นอกจากนี้ ควรกำหนดนโยบายที่ชัดเจนเหมาะสมกับผู้ต้องขังสูงอายุ เพื่อให้สะดวกต่อการปฏิบัติงานและเป็นมาตรฐานเดียวกัน

5.7 ด้านการแก้ไขคำพิพากษา

รัฐต้องรับภาระในการจัดหางบประมาณดูแลผู้ต้องขังเพิ่มขึ้น เนื่องจากการที่จำนวนผู้ต้องขังสูงอายุเพิ่มมากขึ้น ในขณะที่ผู้ต้องขังสูงอายุเหล่านี้มีประสิทธิภาพที่จะไปกระทำความผิดน้อยลงจนถึงไม่มีเลย จึงมีการคิดหาวิธีหยุดยั้งการเพิ่มจำนวนของผู้ต้องขังสูงอายุด้วยการเสนอให้แก้ไขคำพิพากษาให้เหมาะสมกับผู้ต้องขังที่มีอายุเปลี่ยนไป เช่น แก้คำพิพากษาให้เหมาะสมกับอายุและสุขภาพของผู้ต้องขังนั้นๆ แต่แนวคิดนี้อาจได้รับการต่อต้านจากผู้เสียหายหรือเหยื่อ รวมถึงผู้วางนโยบายและร่างกฎหมาย ทำให้แนวคิดนี้เกิดขึ้นได้ยาก

5.8 ด้านการปล่อยตัวก่อนกำหนดโดยมีเงื่อนไข

ผู้ต้องขังสูงอายุมีอัตราที่จะกลับมากระทำความผิดซ้ำอีกกว่าผู้ต้องขังปกติ เพราะจะไม่มีความรู้สึกหรือความต้องการที่จะประกอบอาชญากรรมอีกแล้ว ดังนั้น จึงควรมีการปล่อยตัวก่อนกำหนดโดยมีเงื่อนไข โดยการปล่อยตัวลักษณะนี้จะต้องฟังเสียงของชุมชน เหยื่อ และครอบครัวของเหยื่อด้วย

ในรัฐ Virginia ประเทศสหรัฐอเมริกา มีระบบการปล่อยตัวผู้ต้องขังสูงอายุโดยมีเงื่อนไข (Geriatric Parole) โดยกำหนดว่า ต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 65 ปี ขึ้นไปและเหลือโทษจากคุกไม่เกิน 5 ปี หรือผู้ต้องขังที่อายุไม่น้อยกว่า 60 ปีและเหลือโทษจากคุกไม่เกิน 10 ปี แต่แนวคิดนี้ในช่วงแรกยังไม่ได้รับการยอมรับเพราะสาธารณชนยังไม่อาจหาใจยอมรับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในคดีความผิดเกี่ยวกับเพศ ต่อมาจึงกำหนดเงื่อนไขการปล่อยตัวใหม่ โดยกำหนดว่าต้องมีอายุมากกว่า 65 ปีและต้องเหลือโทษไม่เกิน 10 ปี นอกจากนี้ต้องเป็นคดีที่ไม่ร้ายแรง

ในประเทศไทย ผู้ต้องขังสูงอายุที่รับโทษเป็นเวลานานหรือกระทำความผิดหลายครั้งและเข้าออกเรือนจำเป็นประจำจนสูงอายุ อาจเกิดปัญหาในการเข้าสังคมหลังจากถูกปลดปล่อย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องเตรียมความพร้อมให้ผู้ต้องขังสูงอายุปรับตัวให้พร้อมก่อนกลับเข้าสู่สังคม เช่น การให้มาตรการพักการลงโทษ และให้ไปอยู่ที่ศูนย์เตรียมการปลดปล่อยหรือบ้านกึ่งวิถี จัดโปรแกรมแนะแนวก่อนพ้นโทษ จัดกิจกรรมสานสัมพันธ์ครอบครัว ส่วนผู้ต้องขังสูงอายุที่ไม่มีญาติ พุพพลภาพ เจ็บป่วยเรื้อรัง ควรจัดหาสถานที่เพื่อส่งต่อหลังพ้นโทษด้วย

5.9 ด้านที่คุมขังสำหรับผู้ต้องขังสูงอายุ

เรือนจำในประเทศไทยโดยทั่วไปได้รับการออกแบบมาสำหรับผู้ต้องขังทั่วไปที่อายุน้อยไม่มาก และร่างกายปกติ ดังนั้น จึงไม่เหมาะกับผู้ต้องขังสูงอายุหลายประการ ดังนั้น การเตรียมสถานที่จึงเป็นสิ่งจำเป็นโดยเฉพาะผู้ต้องขังสูงอายุที่ป่วยและจำเป็นต้องใช้อุปกรณ์ช่วยเหลือ นอกจากนี้ ผู้ต้องขังสูงอายุมักมีปัญหาเกี่ยวกับการเคลื่อนไหวร่างกาย ปัญหา

ทางสายตา เช่นมีอาการฝ่าฝวน ดังนั้น ควรจัดเรื่อนนอนให้อยู่ชั้นล่างและใกล้สถานพยาบาลเพื่อสะดวกในการพบแพทย์ หากตองใช้บันได ควรให้มีจำนวนชั้นบันไดที่น้อยหรือมีราวให้จับทั้งซ้ายและขวา ควรจัดให้มีห้องสุขาแบบถาวร และมีราวจับกันลื่น

ควรจัดให้ผู้ตองช้สูงอายุได้เยี่ยมญาติอย่างใกล้ชิด (Contract Visit) หากเป็นผู้ตองช้สูงอายุที่ป่วยหรือใกล้เสียชีวิต ควรให้มีการเยี่ยมญาติเป็นกรณีพิเศษหรือให้ญาติมาค้างคืนด้วยได้ และใช้โทรศัพท์ได้ไม่จำกัดเวลา

ในหลายประเทศเริ่มเห็นด้วยกับการสร้างที่คุมขังสำหรับผู้ตองช้สูงอายุ ซึ่งประโยชน์ที่ได้รับ คือ ค่าใช้จ่ายในการดูแลน้อยลง ลดค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและกระบวนการต่างๆ ในการจำแนกนักโทษเพื่อเข้าสู่โครงการที่เหมาะสม ปรับปรุงด้านความปลอดภัยให้แก่ผู้ตองช้สูงอายุและลดการตกเป็นเหยื่อ รวมถึงการให้กำลังใจในการฟื้นฟูแก้ไข ซึ่งจะให้อัตราการกระทำผิดน้อยลง

จำนวนของผู้ตองช้สูงอายุในประเทศญี่ปุ่นกำลังเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ส่งผลให้รัฐบาลตองเร่งดำเนินการปรับปรุงเรื่อนจำด้วยการจัดหาที่พัก ราวสำหรับจับและรถเข็นนั่ง ซึ่งเริ่มในเรื่อนจา 3 แห่งจากทั้งหมด 75 แห่งทั่วประเทศเพื่อรองรับนักโทษสูงอายุ โดยรัฐบาลจะใช้งบประมาณกว่า 2,500 ล้านบาทเพื่อสร้างสถานที่ดูแลนักโทษชราประมาณ 1,000 คน

สำหรับประเทศไทย ยังไม่มีนโยบายในการสร้างเรื่อนจำสำหรับผู้ตองช้สูงอายุ ดังนั้น เรื่อนจำที่เหมาะสมกับผู้ตองช้สูงอายุจึงควรเป็นเรื่อนจำที่มีความมั่นคงแข็งแรงปานกลางจนถึงต้ง เนื่องจากกลุ่มผู้ตองช้สูงอายุเป็นกลุ่มที่ไม่สร้างปัญหาให้กับเรื่อนจำในการควบคุมหรือความมั่นคงปลอดภัย ประกอบกับลักษณะทางกายภาพที่ไม่แข็งแรงเท่ากับผู้ตองช้อื่น ถ้าผู้ตองช้สูงอายุถูกควบคุมอยู่ในเรื่อนจำที่มีความมั่นคงสูง ควรจัดเรื่อนนอนใดเรื่อนนอนหนึ่งให้เป็นสถานที่เฉพาะในการควบคุม และเมื่อตองโทษมาระยะหนึ่งแล้วควรย้ายไปเรื่อนจำที่มีความมั่นคงระดับปานกลาง เมื่อผู้ตองช้สูงอายุได้รับโทษมาจากเรื่อนจำความมั่นคงปานกลางมาระยะหนึ่งแล้ว ควรส่งไปอยู่เรื่อนจำชั่วคราวหรือทัณฑสถานเปิดหรือศูนย์เตรียมการปลดปล่อยเพื่อเตรียมความพร้อมก่อนได้รับความปลดปล่อย

ผู้ตองช้สูงอายุที่มีปัญหาสุขภาพหนัก ไม่สามารถดำรงชีวิตปกติในเรื่อนจำได้ กรมราชทัณฑ์ตองมีนโยบายที่ชัดเจนในการจัดตั้งสถานที่ควบคุม

ส่วนการที่ผู้สูงอายุได้รับสวัสดิการอื่นใดจากรัฐนอกจากที่จะได้รับตามสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะผู้ตองช้แล้วยังอาจได้รับสิทธิอย่างอื่นจากรัฐอีกเช่นเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุ ซึ่งในปัจจุบันมีหนังสือแจ้งแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการรับเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุ¹⁵ กรณีผู้สูงอายุตองโทษจำคุก เลขที่ มท 0810.6/ว 0357 ลงวันที่ 25 มกราคม 2560 ระบุว่าผู้สูงอายุซึ่งตองโทษในเรื่อนจำยังคงมีสิทธิได้รับเงินอุดหนุนจากรัฐบาล เนื่องด้วยจังหวัดนครราชสีมาได้ส่งข้อหารือ กรณีผู้รับเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุตองโทษในเรื่อนจำ โดยในระหว่างที่ตองโทษจำคุกองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังคงจ่ายเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุให้กับภรรยาซึ่งเป็นผู้รับมอบอำนาจจากผู้มีสิทธิรับเงินเป็นประจำทุกเดือน จึงขอหารือว่ากรณีผู้สูงอายุที่ตองโทษจำคุกดังกล่าวมีสิทธิได้รับเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุหรือไม่ อย่างไร

กระทรวงมหาดไทยจึงได้พิจารณาว่า กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในมาตรา 58 แห่งพระราชบัญญัติราชทัณฑ์ พุทธศักราช 2479 ส่วนที่ 6 การอนามยและสุขภาพิบาล หมวด 2 อนามยของผู้ตองช้ข้อ 70 กำหนดให้จ่ายเครื่องนุ่งห่มหลักนอนแก่นักโทษเด็ดขาดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด หมวด 3 การรักษาพยาบาลข้อ 72 กำหนดให้เรื่อนจำทุกแห่งจัดให้มีสถานพยาบาลเพื่อเป็นการรักษาพยาบาลผู้ตองช้ที่ป่วย หมวด 4 การเลี้ยงอาหาร ข้อ 77 กำหนดให้จัดให้

¹⁵ เลขที่ มท 0810.6/ว 0357 ลงวันที่ 25 มกราคม 2560

ผู้ต้องขังได้รับประทานอาหารอย่างน้อย 2 มื้อ คือ เช้าและเย็นอาหารมื้อหนึ่งๆ ให้ประกอบด้วย ข้าวหรือสิ่งอื่นแทนข้าว และกับข้าวหรือสิ่งอื่นแทนกับข้าว เป็นต้น ซึ่งสิ่งต่างๆดังกล่าวมิใช่สิ่งที่รัฐจัดให้มีขึ้นเป็นพิเศษเพื่อให้ผู้ต้องขังมีชีวิตและสภาพความเป็นอยู่ที่ดีและสะดวกสบายหรือเป็นสิทธิประโยชน์แต่อย่างใด แต่เป็นการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังตามหลังปัญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เรื่องกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำสำหรับการปฏิบัติต่อผู้ต้องขัง ผู้ต้องขังในเรือนจำเป็นพลเมืองของประเทศเช่นเดียวกันจึงควรได้รับสิทธิต่างๆ เช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้นผู้สูงอายุที่ต้องโทษจำคุกในเรือนจำและได้รับสิ่งต่างๆ ในเรือนจำ ไม่ถือเป็นกรณีได้รับสวัสดิการหรือสิทธิประโยชน์อื่นใดจากหน่วยงานของรัฐอันจะทำให้ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม ตามข้อ 6 (4) แห่งระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยหลักเกณฑ์การจ่ายเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2552 จึงได้มีหนังสือแจ้งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทราบและถือเป็นแนวทางการปฏิบัติต่อไป

เหนือสิ่งอื่นใดในอนาคตหากต้องการลดปัญหาการต้องจัดสวัสดิภาพแก่ผู้สูงอายุในเรือนจำ ประเทศไทยควรนำระบบการปฏิบัติต่อผู้กระทำผิดโดยไม่ใช้เรือนจำมาใช้แก่ผู้กระทำผิดบางประเภทซึ่งมิได้มีสันดานเป็นผู้ร้ายโดยเฉพาะผู้ติดยาเสพติดซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่าเป็นผู้ป่วยซึ่งได้แก่ การนำมาตรการการบำบัดรักษาจิตใจในชุมชนความผิดที่มีโทษจำคุกระยะสั้นหรือความผิดลหุโทษเดียวกัน ก็จะเป็นผลดีได้แก่ ตัวผู้กระทำผิด ครอบครัว สังคมและประเทศชาติ อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติในกระบวนการยุติธรรมของไทย การนำโทษอื่นมาใช้แทนโทษจำคุกยังมีอุปสรรคอันสำคัญประการหนึ่ง คือ การยอมรับจากประชาชนและเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมเนื่องจากประชาชนจำนวนไม่น้อยยังมีความยึดมั่นในความคิดที่ว่า ผู้กระทำผิดควรจะได้รับโทษให้สาสมกับการกระทำผิด มาตรการใดๆ ก็ตามที่เป็นไปในทางผ่อนปรนแก่ผู้กระทำผิดมักจะได้รับต่อต้านจากประชาชนและสื่อมวลชนอยู่เสมอ อีกทั้งหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวนไม่น้อยยังคงยึดติดในความคิดที่จะใช้วิธีคุมขังผู้กระทำผิด หรือผู้ที่ประพฤติดนเป็นภัยต่อสังคมให้มากที่สุดเพราะส่วนใหญ่ล้วนไม่แน่ใจหรือไม่เคยเชื่อว่าผู้กระทำผิดจะกลับตัวเป็นคนดีได้ถ้าไม่ถูกลงโทษให้เกิดความสำนึกผิดฉะนั้น ในการนำโทษอื่นมาใช้แทนการลงโทษจำคุกในประเทศไทยจะบรรลุผลสำเร็จได้มากหรือน้อยนั้น ขึ้นอยู่กับการยอมรับและให้ความร่วมมือกับประชาชน องค์กร และเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา¹⁶

6. สรุป

ในประเทศไทยเริ่มมีการจัดสวัสดิภาพผู้สูงอายุในหลากหลายด้าน ในประเด็นการดำเนินคดีกับผู้สูงอายุ และการนำตัวผู้สูงอายุมาลงโทษในระบบเรือนจำจำเป็นต้องมีการทบทวนบทบาทของนโยบายอาชญากรรม และภาคประชาสังคมว่าควรมีแนวทางในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในกรณีอย่างไร

นโยบายการนำโทษอื่นมาใช้แทนการลงโทษจำคุก กล่าวคือจะต้องมีการกำหนดโทษให้เหมาะสมกับตัวผู้กระทำ ความผิด (Punishment to Fit the Crime) ซึ่งควรจะต้องสร้างความเข้าใจและยอมรับกันในทุกภาคส่วน ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนประชาชนส่วนใหญ่ยังคงยึดติดในความคิดที่จะใช้วิธีคุมขังผู้กระทำผิด หรือผู้ที่ประพฤติดนเป็นภัยต่อสังคมให้มากที่สุด

¹⁶ อัจฉริยา ชูตินันท์, อาชญาวินัยและทัณฑวิทยา, หน้า 243.

การนำมาตรการที่หลากหลายเข้ามามีส่วนร่วมในการบูรณาการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีกับผู้สูงอายุให้ได้ผล จำเป็นต้องใช้วิถีทางที่หลากหลายจึงจะประสบผลสำเร็จ อาทิ ระบบคุมประพฤติ การชะลอฟ้อง การสมานฉันท์และสันติวิธีในศาล การทำงานสาธารณ ชุมชนบำบัด ยุติธรรมชุมชน เป็นต้น

การคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้สูงอายุจึงควรจำแนกพิจารณาตามสถานะในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาดังนี้

(1) การสอบสวนคดีอาญาซึ่งผู้สูงอายุตกเป็นผู้ต้องหา ควรมีนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมฟังการสอบสวน

(2) การพิจารณาและสืบพยานในศาลสำหรับคดีที่ผู้สูงอายุตกเป็นจำเลย ควรมีนักจิตวิทยา หรือนักสังคมสงเคราะห์เข้าร่วมฟังการสอบสวน หรือควรมีสถาบันคดีผู้สูงอายุพิจารณาเป็นพิเศษ

(3) การควบคุมผู้ต้องขัง หรือผู้ต้องโทษตามคำพิพากษา

3.1 ผู้สูงอายุซึ่งต้องเข้าไปใช้ชีวิตในเรือนจำ ควรมีกระบวนการคุ้มครองสวัสดิภาพด้านต่างๆ อย่างเหมาะสม

3.2 ผู้ต้องโทษที่อยู่ในเรือนจำตลอดมาจนสูงอายุ สมควรมีกระบวนการเตรียมความพร้อมสำหรับการพ้นโทษของผู้สูงอายุเพื่อการปรับตัวสู่สังคม

ผู้สูงอายุในหลากหลายสถานะนั้นจำเป็นต้องมีการทบทวนกระบวนการทางกฎหมายเป็นพิเศษ และเร่งด่วน ให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยซึ่งกำลังก้าวเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ เพื่อคุ้มครองสภาพจิตใจ สุขภาพ และการเตรียมความพร้อมทั้งด้านวิชาชีพ และด้านสังคมให้เหมาะสมกับวัยสำหรับการก้าวออกจากกระบวนการพ้นโทษ พ้นข้อกล่าวหา อย่างมีศักดิ์ศรี

บรรณานุกรม

กัธร กำประเสริฐ, สุเมธ จานประดับ.(2543). *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทยและระบบกฎหมายหลัก*. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง).

นัทธี จิตสว่าง. *การกระทำผิดของผู้ต้องขังหญิงสูงอายุของไทย*. สืบค้นเมื่อ พ.ศ.2561, จาก <http://www.nathee-chitsawang.com>

ปฏิญญาผู้สูงอายุไทย 23 มีนาคม พ.ศ.2542

ปิยะพร ตันณีกุล. แนวคิดการจัดสวัสดิการสำหรับผู้ต้องขังสูงอายุ. สืบค้นเมื่อ พ.ศ.2561, จาก <http://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOS/article/view/3826>

สิทธิของผู้สูงอายุสหประชาชาติ 16 ธันวาคม พ.ศ.2534

หนังสือกระทรวงมหาดไทย เลขที่ มท 0810.6/ว 0357 ลงวันที่ 25 มกราคม 2560

อัจฉริยา ชูตินันท์. (2555). *อาชญวิทยาและทัณฑวิทยา*. (กรุงเทพมหานคร :สำนักพิมพ์วิญญูชน).

ASEAN Human Rights Declaration, 12.

Australian Correctional Leadership Program. *Managing Elderly Offenders*. 31 July- 4 August 2006.

Elaine Crawley. *The Howard Journal*. Vol 144 No 4, September 2005.

Elizabeth Anderson & HM. Prison Service of England and Wales. *Prison Service Journal*, Issue 1

Human Rights Committee, General Comment No. 35, Article 9 (Liberty and security of person), UN Doc. CCPR/C/GC/35, 16 December 2014.

Theresa Hilliard, Managing Offenders with Special Health Needs: Highest and Best Use Strategies, 67 CORRECTIONS TODAY 58, 60 (2005).

ข้อพิจารณาบางประการต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทย*

The Some Considerations to Party Autonomy Principle in Thai's Conflict of Laws

อานนท์ ศรีบุญโรจน์**

Arnon Sriboonroj

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ จังหวัดสงขลา 90000 ประเทศไทย

faculty of Law, Thaksin University, Songkla Province 90000 Thailand

อีเมลล์: themis.lawtu@gmail.com

Email: themis.lawtu@gmail.com

บทคัดย่อ

ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญในฐานะที่เป็นฐานรองรับการใช้เจตนาของคู่สัญญาในอันที่จะกำหนดสิทธิ หน้าที่ของตนในการผูกนิติสัมพันธ์ ซึ่งไม่เพียงแต่หลักการดังกล่าวจะถูกรับในขอบเขตของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากแต่ยังได้ขยายปริมณฑลไปถึงขอบเขตของกฎหมายขัดกันอีกด้วย กล่าวคือ คู่สัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์ที่ตนได้ทำขึ้น สำหรับประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แต่อย่างไรก็ดีก็ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่หลายประเด็นในการใช้การตีความหลักการดังกล่าวในบริบทของกฎหมายขัดกันของไทย เช่น ในเรื่องขอบเขตในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญา หลักเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา และการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เป็นต้น ประกอบกับทางปฏิบัติของศาลไทยเองก็ยังไม่มีความชัดเจนในการพิจารณาประเด็นดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่มีการเพิ่มขึ้นของนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ จึงจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในเรื่องที่เกี่ยวข้องด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาให้มีความชัดเจน เหมาะสมกับบริบททางสังคมระหว่างประเทศที่เปลี่ยนแปลงไป

คำสำคัญ: กฎหมายขัดกัน ความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา สัญญา กฎหมายต่างประเทศ ศาลไทย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการค้นคว้าดุษฎีนิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หัวข้อ “กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา : ศึกษากรณีกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยสัญญาของประเทศสมาชิกในกลุ่มอาเซียน”

** ผู้เขียนขอขอบคุณสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษาที่ให้การสนับสนุนทุนการศึกษาภายใต้โครงการพัฒนาอาจารย์และบุคลากรสำหรับสถาบันอุดมศึกษาในเขตพัฒนาเฉพาะกิจจังหวัดชายแดนภาคใต้ และผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษา และอาจารย์ ดร.กิตติวัฒน์ จันทรแจ่มใส ในฐานะอาจารย์ที่ปรึกษาร่วม ที่ได้ให้คำแนะนำแนวทางในการศึกษา

Abstract

The principle of party autonomy is a fundamental doctrine as a ground for recognizing the intention of the parties to specify their rights and duties in the legal relation. The principle is not only accepted in civil and commercial matters, but also in conflict of laws. The parties have a right to choose a foreign law to govern their legal relation. In Thai context, although the principle of party autonomy is recognized in the Act on Conflict of Laws B.E. 2481, there remain issues in the application and the interpretation of the law, for example, the scope of the party autonomy to choose the governing law, the criteria to identify the implied intention of the parties, the applicable law selection on parts of the contract, and the parties change of intention in the selection of the applicable law to the transaction. In addition, in practice, the Thai courts are vague on this issue. Therefore, in accordance with rising international transactions among private sectors, it is important that Thailand consider a possibility to amend the Act on Conflict of Laws B.E. 2481 especially relating to the principle of party autonomy.

Keywords: Conflict of laws, Party autonomy, Contract, Foreign law, Thai court

1. บทนำ

หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (party autonomy, *lex voluntaris* หรือ *autonomie de la volonté*) หรือหลักอิสระในทางแพ่ง หรือหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้น เป็นหลักการพื้นฐานทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญ¹ ในฐานะที่เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่รับรองให้ปัจเจกชนสามารถใช้เสรีภาพของตนจัดการเกี่ยวกับผลประโยชน์ของตนเองในลักษณะที่ถือว่าสะดวกที่สุดและเสรีภาพที่จะผูกพันตนของปัจเจกชนคนหนึ่งหรือหลายคนในการจัดการผลประโยชน์ของตนเอง² ตามนัยนี้หลักอิสระในทางแพ่งจึงหมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเองทั้งในทางส่วนตัวและทรัพย์สิน³ และเมื่อบุคคลได้แสดงเจตนาอันมีนิติสัมพันธ์โดยสมบูรณ์ตามกฎหมายแล้ว นิติสัมพันธ์เช่นนั้นก็ย่อมมีผลสมบูรณ์ตามไปด้วย⁴ โดยความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาอันมิได้หมายความว่า เจตนาจะเป็นอิสระในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เท่านั้น หากแต่ยังเป็นหลักการที่ทำให้ความสำคัญกับเจตนาถึงขนาดมีคำกล่าวว่า “ที่ใดไม่มีเจตนาที่นั่นก็ย่อมไม่มีสิทธิ”⁵

ซึ่งเมื่อพิจารณาหลักการดังกล่าวในแง่ของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กฎหมายขัดกัน) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาได้ถูกใช้เพื่อสนับสนุนการใช้เสรีภาพของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายของต่างประเทศ

¹ Trevor C. Hartley, *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International law*, UK: Cambridge University Press, 2009, p. 566.

² ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา, พิมพ์ครั้งที่ 16, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2554, หน้า 25.

³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

⁴ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549, หน้า 168.

⁵ ดาราร ธีระวัฒน์, หลักความศักดิ์สิทธิ์ของเจตนาในสัญญา, กรุงเทพฯ: โครงการการวิจัยเสริมหลักสูตร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 2.

(foreign law) เพื่อบังคับแก่สัญญา⁶ แต่อย่างไรก็ดีในปัจจุบันหลักการดังกล่าวก็มีแนวโน้มที่จะนำไปใช้กับเรื่องอื่น ๆ ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลด้วย⁷ อาทิ หนี้ที่ไม่ได้เกิดจากสัญญา (non-contractual obligation) กฎหมายลักษณะครอบครัว และในเรื่องกฎหมายมรดก⁸ นอกจากนี้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนายังได้ขยายขอบเขตการบังคับใช้ไปถึงการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกศาลในการระงับข้อพิพาท (choice of court agreement) อีกด้วย⁹

ในส่วนของประเทศไทยนั้นแม้ว่าจะได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ในกฎหมายขัดกันแล้วก็ตาม ดังที่จะเห็นได้จากมาตรา 13 ในเรื่องสัญญา และมาตรา 25 ในเรื่องสัญญาก่อนสมรส แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยอนุญาตให้คู่สัญญาและคู่สัญญาก่อนสมรสสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งนิติสัมพันธ์เช่นนั้น แต่อย่างไรก็ดีการปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทยก็ยังไม่ชัดเจนอยู่ในหลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องขอบเขตของการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่นิติสัมพันธ์ หลักเกณฑ์ในการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา หรือการเปลี่ยนแปลงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับนิติสัมพันธ์ เป็นต้น

โดยในบทความนี้ผู้เขียนจะได้มุ่งพิจารณาถึงสาระสำคัญของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของไทยในเรื่องสัญญา (มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481) ซึ่งจะได้นำการพิจารณาออกเป็นส่วน ๆ ประกอบด้วย ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของประเทศไทย ข้อพิจารณาต่อปัญหาการเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และบทสรุป ดังจะได้พิจารณาเป็นลำดับ ๆ ต่อไปนี้

2. ข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

เดิมทีกฎเกณฑ์ในการพิจารณากฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญา (applicable law in contract) ของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปนั้น ได้ให้ความสำคัญกับหลักกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) และกฎหมายแห่งถิ่นที่จะต้องมีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*) ซึ่งได้ถูกนำเสนอโดยบาร์โตลุส (Bartolus) นักกฎหมายชาวอิตาลี¹⁰ โดยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้นได้ปรากฏตัวครั้งแรกในราวศตวรรษที่ 16 ซึ่งได้ถูกนำเสนอโดยนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสนาม ชาร์ล เดอมูแลง (Charles Dumoulin) โดยเขาได้นำเสนอว่า เจตนาของคู่สัญญานั้นเป็นอำนาจสูงสุดและถ้าเจตนาไม่ปรากฏโดยแจ้งชัดต้องค้นหาจากพฤติการณ์แวดล้อม (surrounding circumstances)¹¹ ตามนัยนี้การแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์จึงสามารถแบ่งได้เป็นสองลักษณะ กล่าวคือ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (express choice) และการแสดงเจตนาโดยปริยาย (tacit

⁶ Fleur Johns, “Performing Party Autonomy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71 No. 3: p. 249; 2008.

⁷ Peter Nygh, *Autonomy in International Contracts*, Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 14.

⁸ Felix Mautzsch, “Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 12, (3): p. 466; 2016.

⁹ Ibid., p. 466.

¹⁰ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, Nova Scotia: Dalhousie University, 2017, pp. 26-27.

¹¹ Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, *Yale Law Journal*, p. 573; 1920-1921.

choice) ซึ่งตามทัศนะของเดอมูแลง เจตนาของคู่สัญญาไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายถือเป็นจุดเกาะเกี่ยว (connecting factor) ที่มีความสำคัญในการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญา¹²

ซึ่งในเวลาต่อมาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาดังกล่าวยังได้รับการยอมรับจากฮูเบอ (Ulrik Huber) นักกฎหมายชาวดัช โดยเขาเห็นว่าถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นจะไม่ได้รับการพิจารณาอย่างเด็ดขาด ถ้าคู่สัญญาไม่เจตนาเลือกกฎหมายอื่นในขณะที่ทำสัญญาเจตนาเช่นนั้นย่อมมีผลบังคับ¹³ นอกจากนี้ชาวินียี (Friederich Carl von Savigny)¹⁴ นักกฎหมายผู้มีชื่อเสียงชาวเยอรมันซึ่งเป็นผู้ที่ได้นำเสนอแนวคิดจุดที่ตั้งแห่งนิติสัมพันธ์ (sitz theorie)¹⁵ โดยในประเด็นหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์นั้น ชาวินียีได้นำเสนอว่า กฎหมายแห่งถิ่นที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น และกฎหมายสัญชาติของคู่สัญญาควรเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาเว้นแต่จะได้มีการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาเช่นนั้น¹⁶

ต่อมาได้มีความพยายามจำกัดขอบเขตของหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาโดยมันชินี (Pasquale Mancini) นักกฎหมายชาวอิตาลี โดยมันชินีเห็นว่าการแสดงเจตนาที่ย่อมจะต้องอยู่ภายในกรอบของกฎหมาย (bounds of law) ตามทัศนะของมันชินีหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดน (territorial sovereignty) ตลอดจนต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน อำนาจอธิปไตย และสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ (right in real estate)¹⁷ โดยประเด็นในสัญญาที่ถือได้ว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยซึ่งคู่สัญญาไม่อาจเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่นิติสัมพันธ์ได้ เช่น ประเด็นในเรื่องสถานะและความสามารถของคู่สัญญา¹⁸ เป็นต้น

ซึ่งจะเห็นได้ว่านับตั้งแต่การนำเสนอข้อความคิดว่าด้วยหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์ของเดอมูแลง ตลอดจนนักนิติศาสตร์คนสำคัญของภาคพื้นยุโรปในเวลาต่อมา หลักการดังกล่าวก็ได้กลายเป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายขัดกันของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปในปัจจุบัน ดังที่จะเห็นได้จากการที่กฎหมายขัดกันของประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรปล้วนแต่ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาไว้ในกฎหมายขัดกัน เช่น บัลแกเรีย¹⁹ สาธารณรัฐเช็ก²⁰ สวิตเซอร์แลนด์²¹ ตุรกี²² เป็นต้น อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังได้รับ

¹² Ibid., p. 574.

¹³ Ibid., p. 574.

¹⁴ ผู้สนใจประวัติและผลงานของชาวินียีโปรดดู ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, “ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ชาวินียี: บิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลสมัยใหม่และสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 32 เล่มที่ 4: หน้า 913-927; ธันวาคม 2545.

¹⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2559, หน้า 119.

¹⁶ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 28.

¹⁷ Ibid., p. 28.

¹⁸ Laurent Francois, cited by Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, p. 576.

¹⁹ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93.

²⁰ Czech Act on Private International Law 2012, Article 87.

²¹ Swiss Code on Private International Law 1987, Article 116.

²² The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24.

การรับรองไว้ใน Rome I Regulation²³ ซึ่งเป็นกฎหมายขัดกันของสหภาพยุโรปว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับหนี้ตามสัญญาอีกด้วย

ในขณะที่ประเทศในกลุ่มแองโกล-อเมริกันอย่างอังกฤษและสหรัฐอเมริกา นั้น หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นช้ากว่าประเทศในกลุ่มภาคพื้นยุโรป²⁴ โดยประเทศอังกฤษได้เริ่มให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในราวศตวรรษที่ 18²⁵ โดยในคดี *Robinson v Bland* (1760)²⁶ ท่านผู้พิพากษา Mansfield ได้กล่าวไว้ในคดีนี้ว่า “นับตั้งแต่สัญญาที่มีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายของอังกฤษย่อมสามารถนำไปใช้ได้” และยังได้กล่าวต่อไปว่า “นับตั้งแต่สถานที่ที่จะมีการชำระหนี้ในอังกฤษ หลักประกันหนี้ในอังกฤษ และสัญญาที่มีเจตนาที่จะใช้กฎหมายของอังกฤษ กฎหมายของอังกฤษต้องเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับ” ซึ่งความเห็นของท่านผู้พิพากษา Mansfield ได้รับการยอมรับและพัฒนาโดยศาลของอังกฤษในเวลาต่อมา²⁷ และนับตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 เป็นต้นมาศาลของอังกฤษมีแนวโน้มที่จะให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาอย่างไม่มีขอบเขต²⁸ ดังที่จะเห็นได้จากในคดี *Gienar v Meyer* (1796)²⁹ โดยศาลของอังกฤษได้วินิจฉัยว่า “ในขณะที่ทำสัญญา คู่สัญญาอาจแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาได้”

นอกจากนี้ในคดี *Jacobs v Credit Lyonnais* (1884)³⁰ ท่านผู้พิพากษา Bowen ได้กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “คู่สัญญาสามารถทำข้อตกลงเพื่อกำหนดกฎหมายของต่างประเทศที่ตนต้องการไว้ในสัญญาได้ในทุกกรณี” แต่อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมาศาลของอังกฤษก็ได้ให้การยอมรับถึงข้อจำกัดในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญา โดยในคดี *Vita Food Products Incorporate v Unus Shipping Company Limited* (1939) ซึ่งศาลของอังกฤษจะให้การยอมรับเจตนาในการเลือกกฎหมายของคู่สัญญาก็ต่อเมื่อได้กระทำไปโดยสุจริต (*bona fide*)³¹

ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญานั้นกลับมีพัฒนาการที่ล่าช้ากว่าประเทศอังกฤษ เนื่องจากในช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของ Beal (Joseph Henry Beal) นักกฎหมายขัดกันผู้มีชื่อเสียงชาวอเมริกัน โดยเขาได้ให้การสนับสนุนแนวคิดสิทธิที่ได้รับมา (*doctrine of vested rights*) ซึ่งตามทัศนะของ Beal นั้น สิทธิในทางกฎหมายไม่อาจเกิดขึ้นได้

²³ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Article 3.

²⁴ S.M. Richardson, *International Contracts and the Choice of Law*, New Zealand: University of Canterbury, 1988, p. 19.

²⁵ John O'Brien, *Conflict of Laws*, 2nd ed. London: Cavendish Pub., 1999, p. 309.

²⁶ *Robinson v Bland*, cited by Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 32.

²⁷ Ernest G. Lorenzen, “Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)”, p. 577.

²⁸ สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, *หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, หน้า 51.

²⁹ *Gienar v Meyer*, อ้างใน สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, *หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*, หน้า 51.

³⁰ *Jacobs v Credit Lyonnais*, อ้างใน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, *กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 46.

³¹ John O'Brien, *Conflict of Laws*, p. 310.

โดยอาศัยเพียงแต่เจตนาของคู่สัญญา³² ดังที่จะเห็นได้จากในคดี *Gerli & Co., Inc. v Cunard S.S. Co., Ltd.* (1931)³³ ที่ท่านผู้พิพากษา Learned Hand กล่าวไว้มีความสำคัญว่า บุคคลไม่สามารถทำความตกลงให้กฎหมายของสถานที่อื่นมาใช้แทนที่ได้ แต่อาจจะระบุข้อกำหนดต่าง ๆ ที่ต้องการไว้ในความตกลงได้³⁴ และโดยที่ Beal เป็นผู้ร่าง Restatement (First)³⁵ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญา³⁶ จึงทำให้ใน Restatement (First) ดังกล่าวไม่ปรากฏข้อความคิดในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาตามไปด้วย³⁷

โดยการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในเรื่องการยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญาของสหรัฐอเมริกาได้เกิดขึ้นเมื่อได้มีการจัดทำ the Uniform Commercial Code ในปี ค.ศ. 1952 โดยสถาบันกฎหมายแห่งอเมริกา (the American Law Institute : ALI)³⁸ ที่ได้รับรองให้คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาที่สร้างขึ้นได้³⁹ นอกจากนี้ในการจัดทำ Restatement (Second) ในเรื่องกฎหมายขัดกันว่าด้วยสัญญาในปี ค.ศ. 1968 ก็ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน⁴⁰ และแม้แต่ศาลของอเมริกาเองในเวลาต่อมาก็ได้ให้การยอมรับว่าคู่สัญญาโดยปราศจากการฉ้อฉล การบังคับ และอำนาจการต่อรองที่มากเกินไป ย่อมมีอิสระที่จะเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาได้⁴¹

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับจากนักนิติศาสตร์ทั้งในระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์⁴² จนถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการอันร่วมกันของทุกระบบกฎหมายก็ว่าได้⁴³ แต่อย่างไรก็ดีกฎหมายภายในตลอดจนทางปฏิบัติของศาลภายในของแต่ละประเทศนั้นก็เพื่อให้

³² Joseph H. Beal, *A Treatise on the Conflict of laws or, Private International Law*, Vol. I, Part I, Cambridge: Harvard University Press, 1916, p. 107.

³³ *Gerli & Co., Inc. v Cunard S.S. Co., Ltd.*, cited by Ernst Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General, 2nd ed. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1960, p. 376.

³⁴ Learned Hand, formulate that “People cannot by agreement substitute the law of another place; they may of course incorporate any provisions they wish into their agreements.”

³⁵ ผู้สนใจสถานะและคำบังคับของ “Restatement” ในสหรัฐอเมริกาโปรดดู มานิตย์ จุมปา, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา*, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2553, หน้า 54, 56-57.

³⁶ S.M. Richardson, *International Contracts and the Choice of Law*, p. 23.

³⁷ Ernst Rabel, *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General, p. 376.

³⁸ Thomas W. Pounds, “Party Autonomy – Past and Present”, *South Texas Law Journal*, Vol. 12, (2): p. 223; 1970.

³⁹ Sec. 1301. (1) Except as otherwise provided in this section, when a transaction bears a reasonable relation to this state and also to another state or nation, the parties may agree that the law either of this state or of that other state or nation shall govern their rights and duties.

⁴⁰ Akinwumi Olawuyi Ogunranti, *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*, p. 32.

⁴¹ *The Bremen v. Zapate Off-Shore Co* (1972), cited by Akinwumi Olawuyi Ogunranti, p. 32.

⁴² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*, หน้า 168.

⁴³ Mo Zhang, “Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law”, *Emory International Law Review*, Vol. 20: p. 518: 2006.

การยอมรับขอบเขตในการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับแก่สัญญา รวมทั้งข้อจำกัดของเสรีภาพในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศเป็นสำคัญ

3. หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในกฎหมายขัดกันของประเทศไทย

สำหรับการพิจารณาหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญาของประเทศไทยนั้นจะได้แบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 ส่วน กล่าวคือ ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังนี้

3.1 ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ก่อนที่ประเทศไทยจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ปรากฏว่าประเทศไทยมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องกับการขัดกันแห่งกฎหมายแต่อย่างใด⁴⁴ คงปรากฏเพียงแต่ทางปฏิบัติของศาลไทยที่ได้เคยวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา แบบและผลของสัญญา ปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ทรัพย์สินระหว่างสามีภริยา แบบของพินัยกรรม การรับมรดก⁴⁵ เป็นต้น โดยในการพิจารณาคดีนั้นศาลไทยได้นำหลักกฎหมายขัดกันของอังกฤษมาปรับใช้เป็นเรื่อง ๆ หรือที่เรียกว่า “piece meal”⁴⁶ อีกทั้งยังปรากฏว่าศาลฎีกาในขณะนั้นยังได้เคยอ้างอิงตำรากฎหมายขัดกันของอังกฤษด้วย โดยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 ศาลฎีการะบุไว้ในคำพิพากษาตอนหนึ่งว่า “ดูหนังสือว่าด้วยคอนฟลิคตออฟลอว์ของไดซี หน้า 501 กับ 514”⁴⁷

ในส่วนเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญานั้น ก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในเรื่องกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาทางปฏิบัติของศาลไทยได้ยึดถือหลักที่ว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น (*lex loci contractus*) โดยมีได้มีการกล่าวถึงหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายแต่อย่างใด ดังที่จะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 465/2478 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลรับรู้กันทั่วไปว่า แบบสัญญา ผลแห่งสัญญา และความสามารถของคู่สัญญาจะต้องบังคับตามกฎหมายของประเทศที่ทำสัญญากัน (*lex loci contractus*)”

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่า ในช่วงระยะเวลานั้นคำสอนตลอดจนตำราที่เกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของไทยก็ได้มีการกล่าวถึงประเด็นในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือก

⁴⁴ หุตุ แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์, หน้า 146.

⁴⁵ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 120.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 120, และโปรดดู หุตุ แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 146.

⁴⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 530/2468 อ้างใน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 90.

กฎหมายเพื่อบังคับแก่สัญญา⁴⁸ หากแต่ในการพิจารณาตีของศาลนั้นก็ได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด⁴⁹ แต่อย่างไรก็ดีการที่ศาลไทยได้นำหลัก *lex loci contractus* มาใช้เป็นส่วนหนึ่งในการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาใช้กับสัญญาก็ย่อมเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า ในเรื่องกฎหมายขัดกันศาลไทยได้รับอิทธิพลจากแนวคิดของตะวันตกมาปรับใช้ก่อนที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย

3.2 ภายหลังที่ประเทศไทยประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

เนื่องจากในช่วงเวลาก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประเทศไทย (สยามในขณะนั้น) ได้ทำสนธิสัญญากับนานาประเทศ โดยได้ให้คำมั่นประการหนึ่งว่าจะประกาศใช้กฎหมายที่วินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵⁰ โดยเมื่อพิจารณาถึงประเด็นหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาใน คณะอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้มีการกล่าวถึงหลักการดังกล่าวอยู่หลายต่อหลายครั้ง ดังปรากฏอยู่ในรายงานการประชุมคณะอนุกรรมการ⁵¹ เช่น

ในการประชุมครั้งที่ 207/2480 เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2480 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “proper law of contract นี้ หมายความว่ากฎหมายที่คู่กรณีเจตนาจะให้ใช้บังคับแก่กรณีของตน”

พระมนูภาณวิมลศาสตร์ กล่าวว่า “ตามกฎหมายฝรั่งเศส กฎหมายที่ใช้บังคับแก่สัญญาคือ กฎหมายที่คู่กรณีเจตนาให้ใช้บังคับ”

ในการประชุมครั้งที่ 1/2481 เมื่อวันที่ 10 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “การให้คู่กรณีแสดงเจตนาเลือกกฎหมายบังคับสัญญาได้นั้น เป็นหลักกฎหมายทั่วไป”

ในการประชุมครั้งที่ 16/2481 เมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2481 ปรากฏข้อความตอนหนึ่งว่า

นายอาร์. กียอง กล่าวว่า “วรรคหนึ่งได้วางหลักให้ถือเอาเจตนาของคู่กรณีเป็นสำคัญ ตรงกับที่กฎหมายอังกฤษเรียกว่า proper law of contract แต่ถ้าไม่มี proper law of contract แล้ว ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของสามี”

อีกทั้งประเด็นดังกล่าวยังปรากฏในย่อความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ความว่า “กรรมการได้ตกลงให้เน้นความสำคัญของเจตนาที่จะเลือกกฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาให้มากขึ้น”⁵²

⁴⁸ ศรีวิสารวาจา, พระยา กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร, 2474, หน้า 123-126, และโปรดดู ทวี ตะเวทีกุล, คำบรรยายชั้นปริญญาตรีพุทธศักราช 2477 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477, หน้า 294-300.

⁴⁹ สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์, หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ, หน้า 78.

⁵⁰ ดูหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ในรายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ครั้งที่ 49/2481 วันที่ 14 กรกฎาคม 2481

⁵¹ อ้างใน ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล, กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ, หน้า 93-94.

⁵² โปรดดูย่อความเห็นของกรรมการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย ข้อ 20.

ซึ่งก็ไม่น่าแปลกใจนักที่คณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายจะได้รับการยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เพราะเมื่อพิจารณาถึงการคลี่คลายตัวของหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในฟากฝั่งตะวันตกก็เห็นได้ว่า ในช่วงเวลาที่ได้มีการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 (ค.ศ. 1937-1938) นั้น เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่ตะวันตกโดยเฉพาะในภาคพื้นยุโรปและอังกฤษได้ให้การยอมรับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายอย่างเต็มที่ กล่าวคือ เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาโดยชัดแจ้งศาลย่อมจะต้องเคารพเจตนาดังกล่าวของคู่สัญญา ประกอบกับมีชาวตะวันตกเข้ามามีส่วนร่วมในการร่างกฎหมายฉบับนี้ด้วย⁵³ จึงทำให้กฎหมายขัดกันของไทยได้รับอิทธิพลในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาซึ่งเป็นแนวคิดของตะวันตกตามไปด้วย

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 พบว่ามีบทบัญญัติอยู่ 2 มาตราที่ได้ให้การรับรองหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญา กล่าวคือ มาตรา 13 ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา และมาตรา 25 วรรคหนึ่ง ว่าด้วยกฎหมายที่ใช้บังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลของสัญญาก่อนสมรส⁵⁴

โดยในส่วนของมาตรา 13 (ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่บทความนี้มุ่งพิจารณา) นั้น ได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในอันที่จะเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับแก่สัญญาไว้เป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับแรก โดยได้บัญญัติว่า

“ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีอาจะยังทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้นได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม่อาจยังทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายได้กำหนดลำดับการใช้จุดเกาะเกี่ยวในการพิจารณากฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาไว้ โดยในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญานั้นอาจเป็นการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ ถ้าไม่ปรากฏเจตนาของคู่สัญญาและหากคู่สัญญามีสัญชาติเดียวกันให้ใช้กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันนั้นบังคับกับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญหรือผลแห่งสัญญา แต่หากคู่สัญญามีสัญชาติต่างกันให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำ

⁵³ นายอาร์. กียอง, นายเรมี เดอ ปลังเดอโรส

⁵⁴ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 25 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรส ให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญและผลแห่งสัญญาก่อนสมรสเช่นนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งคู่สัญญาเจตนา หรือพึงสันนิษฐานได้ว่าได้มีเจตนาที่จะยอมอยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายนั้น ถ้าไม่มีเจตนาเช่นนั้น ให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่สมรสตั้งภูมิลำเนาครั้งแรกหลังจากการสมรส”

ขึ้น (*lex loci contractus*) และหากไม่อาจหยั่งทราบถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้นได้ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะมีการปฏิบัติตามสัญญา (*lex loci solutionis*) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญา⁵⁵

อนึ่ง พึงตั้งข้อสังเกตว่านับตั้งแต่ที่ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481⁵⁶ เป็นต้นมา มีประเด็นที่เกี่ยวกับการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาจำนวนไม่มากนัก ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2930/2519 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า คู่สัญญาโอนหุ้นมีสัญชาติอเมริกัน ตกลงกันว่าได้ทำสัญญาตามกฎหมายอเมริกัน ให้บังคับตามกฎหมายอเมริกัน ข้อสัญญานี้บังคับได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4838/2545 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ข้ออ้างของจำเลยที่ตกลงกันในสัญญากู้เงินให้ศาลของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีและใช้กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ในการตีความสัญญาหรือการฟ้องร้องบังคับคดีเกี่ยวกับสัญญากู้เงิน ซึ่งต้องเป็นไปตามหลักการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายฯ มาตรา 13 เท่าที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น เป็นข้อเท็จจริงที่จำเลยมิได้กล่าวไว้จึงเป็นข้อเท็จจริงที่ไม่ได้ยกขึ้นมาก่อนแล้วโดยชอบในศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศกลางจึงต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศและวิธีพิจารณาคดีทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศฯ มาตรา 38 ประกอบประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 225 วรรคหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1958/2548 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์เป็นคนสัญชาติอังกฤษ จำเลยเป็นนิติบุคคลสัญชาติอเมริกัน จดทะเบียนและมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่เมืองอีสต์ ออเรนจ์ มลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาจ้างแรงงานที่โจทก์ทำกับจำเลย โจทก์ลงลายมือชื่อในประเทศไทย แล้วส่งสัญญาให้จำเลยลงลายมือชื่อในประเทศสหรัฐอเมริกา จึงถือว่าสัญญาจ้างแรงงานฉบับนี้ได้ทำขึ้นที่ประเทศสหรัฐอเมริกา ต้องบังคับตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 13 เมื่อสัญญาจ้างแรงงานดังกล่าวมีข้อตกลงว่า ให้สัญญาฉบับนี้อยู่ภายใต้บังคับและการตีความตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ ประเทศสหรัฐอเมริกา จึงต้องบังคับตามกฎหมายของมลรัฐนิวเจอร์ซีย์ตามเจตนาของคู่สัญญา

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 15066/2555 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า โจทก์จำเลยทำสัญญาประนีประนอมยอมความต่อศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวยอร์ก เขตปกครองเรนเซนลาเออร์ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นบิดาของเด็กชาย อ. บุตรผู้เยาว์ และให้จำเลยจ่ายค่าอุปการะเลี้ยงดูเด็กชาย อ. เป็นรายเดือนแก่โจทก์รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ให้เป็นไปตามสัญญา การที่จำเลยกลับมาประเทศไทยโดยไม่ปฏิบัติตามสัญญาประนีประนอมยอมความแล้วโจทก์มายื่นฟ้องจำเลยต่อศาลเยาวชนและครอบครัวกลางให้จำเลยชำระเงินตามที่กำหนดในสัญญาประนีประนอมยอมความนั้น เมื่อข้อ 6 แห่งสัญญาระบุว่า สัญญานี้จะผูกพันโจทก์ จำเลย และบุตรผู้เยาว์ให้เป็นไปตามมาตรา 516 ของกฎหมายศาลครอบครัว ย่อมเห็นเจตนาของโจทก์ จำเลย ซึ่งเป็นคู่กรณีว่าประสงค์จะให้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาบังคับ ซึ่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย มาตรา 13 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี...” เมื่อข้อสัญญาไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนชาวไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ศาลไทยจึงรับพิจารณาคดีตามสัญญา

⁵⁵ คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต*, ปีที่ 2 (ฉบับที่ 2): หน้า 50; 2545.

⁵⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 55 หน้า 1021 วันที่ 20 มีนาคม 2481

ประนีประนอมยอมความดังกล่าวได้ โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญา และคำสั่งศาลครอบครัวแห่งรัฐนิวยอร์กได้

จากคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลไทยได้ให้การยอมรับเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาตามมาตรา 13 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 แต่อย่างไรก็ดีศาลไทยจะใช้กฎหมายของต่างประเทศที่คู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกมาปรับแก้กรณีหรือไม่นั้น ย่อมจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 8⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กล่าวคือ คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างกฎหมายต่างประเทศจะต้องพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศจนเป็นที่พอใจแก่ศาล เนื่องจากตามทัศนะของศาลไทยกฎหมายต่างประเทศเป็นเพียงข้อเท็จจริงที่คู่ความจะต้องนำเสนอ⁵⁸ ตามนัยนี้หากคู่ความไม่พิสูจน์กฎหมายต่างประเทศหรือพิสูจน์แต่ไม่เป็นที่พอใจแก่ศาล ศาลไทยก็จะใช้กฎหมายไทยบังคับแก้กรณี

กล่าวโดยสรุป ในช่วงระยะเวลาก่อน พ.ศ. 2481 ทางปฏิบัติของศาลไทยในการพิจารณากฎหมายที่จะนำมาปรับใช้กับสัญญานั้นได้ให้ความสำคัญกับหลักที่ว่า กฎหมายที่จะใช้บังคับกับสัญญาต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น โดยมีได้มีการนำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายมาปรับใช้แต่อย่างใด โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับในคราวจัดทำร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย และปรากฏตัวอยู่ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ดังที่เราเห็นอยู่ในปัจจุบัน

4. ข้อพิจารณาต่อปัญหาการเลือกกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่สัญญาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้ตั้งข้อพิจารณาบางประเด็นเกี่ยวกับหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ประกอบด้วย ขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้ ขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา การแสดงเจตนาโดยปริยาย การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา และการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ดังนี้

4.1 ขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายได้

สำหรับขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้นั้น เมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่ว่า “ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้นให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี” ดังนั้นจะเห็นได้ว่า มาตรา 13 ได้กำหนดขอบเขตในทางเนื้อหาของสัญญาที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาได้ใน 2 กรณี กล่าวคือ สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญาและผลแห่งสัญญาเท่านั้น ตามนัยนี้หากเป็นเรื่องอื่นแม้ว่าจะเกี่ยวกับสัญญา คู่สัญญาก็ไม่สามารถแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญาในส่วนนั้น ๆ ได้ เช่น ในเรื่องความสามารถใน

⁵⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 8 บัญญัติว่า “ในกรณีที่จะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ถ้ามิได้พิสูจน์กฎหมายนั้นให้เป็นที่พอใจแก่ศาล ให้ใช้กฎหมายภายในแห่งประเทศสยาม”

⁵⁸ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 225.

การทำสัญญาของคู่สัญญาซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติของบุคคลนั้น⁵⁹ หรือในรูปแบบของสัญญาซึ่งก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น⁶⁰ เป็นต้น

ดังนั้นจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า อะไรคือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญา และอะไรคือผลแห่งสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาได้

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้แสดงทัศนะไว้ว่า “สิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญของสัญญา หมายถึง สิ่งที่ทำให้สัญญาสมบูรณ์นอกจากเรื่องแบบ”⁶¹ อาทิ ปัญหาว่าด้วยการเกิดขึ้นของสัญญา คู่สัญญามีเจตนาถูกต้องตรงกันหรือไม่ ปัญหาว่าด้วยความเสื่อมเสียไปแห่งเจตนาหรือความบกพร่องของการแสดงเจตนาเพราะเหตุที่ถูกกลฉ้อฉลหรือข่มขู่ ตลอดจนปัญหาที่ว่าวัตถุประสงค์ของสัญญาขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่⁶² ดังนี้ เป็นต้น

ส่วนประเด็นในเรื่องผลแห่งสัญญานั้น เช่น ปัญหาที่เกี่ยวกับผลของการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือปฏิบัติตามสัญญาแต่ไม่ครบถ้วน ผลแห่งการผิดสัญญา คู่สัญญาแต่ละฝ่ายสามารถบอกเลิกสัญญาได้หรือไม่ ผลของการบอกเลิกสัญญา ผลของสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก⁶³ เป็นต้น

4.2 ขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

เมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะเห็นได้ว่ามิได้มีการกล่าวถึงขอบเขตในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาของคู่สัญญาไว้แต่อย่างใด กล่าวคือ ไม่ได้มีการกำหนดว่าคู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายของประเทศที่ไม่มีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์เพื่อมาบังคับกับสัญญาได้หรือไม่ หรือจะจำกัดขอบเขตของการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้แต่เฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์เท่านั้นเหมือนอย่างในบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา⁶⁴ สเปน⁶⁵ เป็นต้น ประกอบกับยังไม่ปรากฏทางปฏิบัติของศาลไทยใน

⁵⁹ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 263, และโปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 10 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญญาชาติของบุคคลนั้น”

⁶⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “นอกจากจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นในพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นใดแห่งประเทศสยาม ความสมบูรณ์เนื่องด้วยแบบแห่งนิติกรรม ย่อมเป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่นิติกรรมนั้นได้ทำขึ้น”

⁶¹ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 263,

⁶² เรื่องเดียวกัน, หน้า 264, และโปรดดู คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, หน้า 49-50.

⁶³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 264-265, และโปรดดู คณิง ภาไชย, “ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา”, หน้า 50.

⁶⁴ The 2nd Restatement, § 187. (2) The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue, unless either

(a) the chosen state has no substantial relationship to the parties or the transaction and there is no other reasonable basis for the parties' choice.

⁶⁵ Spanish Civil Code Article 10 par. 5. Stated that : The law to which the parties have expressly submitted shall apply to contractual obligations, provided that it has some connection with the transaction in question.

ประเด็นดังกล่าว จึงทำให้น่าพิจารณาว่าภายใต้มาตรา 13 คู่สัญญาจะมีเสรีภาพอย่างเต็มที่หรือไม่ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวอาจพิจารณาได้ 2 นัย กล่าวคือ นัยแรกอาจพิจารณาได้ว่า ในเมื่อมาตรา 13 ไม่ได้ห้ามหรือกำหนดข้อจำกัดอย่างใดไว้ คู่สัญญาจึงย่อมมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา โดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาเลือกนั้นมีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์หรือไม่ นัยที่สองอาจแปลความได้ว่า จริงอยู่แม้ว่ามาตรา 13 จะไม่ได้กำหนดในเรื่องขอบเขตในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาไว้ก็ตาม หากแต่ก็อาจตีความไปได้ว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกนั้นจะต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่มีจุดเกาะเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ได้เช่นกัน⁶⁶

แต่อย่างไรก็ดี ดูเหมือนว่า ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่บันทึกถ้อยแถลงการประชุมคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะมีความเห็นโน้มเอียงไปในทิศทางที่ว่า คู่สัญญาจะมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา ดังที่ปรากฏในหนังสือ “การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481” ของท่านว่า

“...อย่างไรก็ดี ตัวบทแห่งวรรค 1 นี้ ได้แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างกฎหมายไทยมิได้ยอมรับหลักกฎหมายดังกล่าวแล้ว และให้เสรีแก่คู่กรณีที่จะเลือกกฎหมายต่างประเทศต่าง ๆ ได้เต็มที่แล้วแต่จะเห็นว่ากฎหมายต่างประเทศใดจะเหมาะสมกับประโยชน์ของตน...”⁶⁷

ดังนั้นจึงน่าสนใจว่า หากมีประเด็นในเรื่องขอบเขตการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายของคู่สัญญาขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไทย ศาลไทยจะตีความไปในทิศทางใด โดยอาศัยเหตุผลอย่างไรเพื่ออธิบายถึงการตีความดังกล่าว

4.3 การแสดงเจตนาโดยปริยาย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่ามาตรา 13 ได้ให้การรับรองการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญาทั้งการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งและโดยปริยาย ปัญหาที่น่าพิจารณาก็คือ การค้นหาเจตนาโดยปริยายเช่นว่านี้จะมีหลักเกณฑ์หรือแนวทางอย่างไรเพื่อยังทราบเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญา

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวศาลไทยได้เคยมีโอกาสวินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นการค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาไว้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1645/2538 ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า เมื่อโจทก์และจำเลยเจตนาจะระงับข้อพิพาทตามสัญญาเช่าเรือโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษ ย่อมถือได้ว่าโจทก์และจำเลยมีเจตนาโดยปริยายที่จะให้ใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษบังคับใช้กับข้อพิพาทตามสัญญาดังกล่าวด้วย จำเลยจึงไม่อาจอ้างเอาบทบัญญัติมาตรา 165 (6) เดิม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นกฎหมายของประเทศไทยมาบังคับใช้ โดยถือว่าอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอนชี้ขาดสิทธิ์เรียกร้องที่ขาดอายุความแล้วหาได้ไม่

จากคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้พิจารณาจากพฤติการณ์แวดล้อม (surrounding circumstance) โดยถือเสมือนหนึ่งว่า การที่คู่สัญญาตกลงกันให้ระงับข้อพิพาทตามสัญญาโดยอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงลอนดอน ประเทศอังกฤษคู่สัญญาจึงย่อมมีเจตนาโดยปริยายให้ใช้กฎหมายของอังกฤษบังคับกับสัญญา อย่างไรก็ตามในการ

⁶⁶ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 255.

⁶⁷ หยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481, หน้า 262.

ค้นหาเพื่อหยั่งทราบเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญานั้น ศาลอาจอาศัยพฤติการณ์แวดล้อมอื่น ๆ เช่น สัญชาติของคู่สัญญา ความเป็นมาของสัญญา ภาษาที่ใช้ สถานที่ที่ได้มีการทำสัญญา สกุลเงินที่ใช้ในการชำระหนี้ ฯลฯ ประกอบการพิจารณาด้วยก็ได้⁶⁸ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป

4.4 การเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา

สำหรับประเด็นในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา (*Dépeçage*) นั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่าสัญญาดังหนึ่ง ๆ อาจแบ่งได้ออกเป็นหลายส่วน ไม่ว่าจะเป็น ในส่วนที่เกี่ยวกับการเกิดขึ้นของสัญญา ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติการชำระหนี้ ส่วนที่เกี่ยวข้องด้วยผลของสัญญา เป็นต้น จึงก่อให้เกิดปัญหาที่น่าพิจารณาว่า ภายใต้มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 คู่สัญญาจะสามารถเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับแต่ละส่วนของสัญญาได้หรือไม่ ซึ่งจะส่งผลให้สัญญาดังหนึ่งตกอยู่ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศ เนื่องจากมาตรา 13 (รวมทั้งมาตราอื่น ๆ) ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้ ซึ่งแตกต่างจากในหลาย ๆ ประเทศที่ได้มีการรับรองถึงประเด็นการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญาไว้อย่างชัดเจน เช่น เกาหลีใต้⁶⁹ บัลแกเรีย⁷⁰ ตุรกี⁷¹ เป็นต้น อีกทั้งยังไม่ปรากฏถึงทางปฏิบัติของศาลไทยในประเด็นดังกล่าว⁷²

ดังนั้นจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาว่า หากศาลไทยจะต้องเผชิญกับปัญหาในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับแต่ละส่วนของสัญญา ศาลไทยจะมีทัศนะต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวอย่างไร

4.5 การเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา

ประเด็นการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญานี้เป็นเรื่องที่วุ่นวาย เมื่อคู่สัญญาได้แสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาแล้ว คู่สัญญาจะสามารถเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นนั้นเพื่อที่จะเลือกกฎหมายของประเทศอื่นให้มีผลบังคับกับสัญญาได้หรือไม่ และผลของการเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นว่านี้จะเป็นอย่างไร

ซึ่งเมื่อพิจารณามาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 จะเห็นได้ว่าไม่ได้มีการกล่าวถึงประเด็นดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ในขณะที่กฎหมายขัดกันของหลายประเทศได้มีบทบัญญัติรับรองถึงเสรีภาพของคู่สัญญาในอันที่จะเปลี่ยนแปลงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาในเวลาใด ๆ หลังจากที่ได้มีการทำสัญญาแล้วก็ได้ ซึ่งโดยปกติแล้วมักจะกำหนดให้ผลของการเปลี่ยนแปลงเจตนาเช่นว่านี้ไม่กระทบกระเทือนถึงความสมบูรณ์ของสัญญา

⁶⁸ คณิง ภาไชย, คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 5, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2558, หน้า 73.

⁶⁹ South Korea Act on Private International Law 2001 (amended 2016) Article 25 (2) stated that: The parties may choose the applicable law regarding a part of the contract.

⁷⁰ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93 (3) stated that: By their choice, the parties can select a law applicable to the whole or a part only of the contract.

⁷¹ The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24 (2) stated that: The parties may decide that the designated law shall be applied totally or partially to the contract.

⁷² ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, หน้า 254.

และสิทธิของบุคคลภายนอก โดยประเทศที่ได้ให้การยอมรับหลักการดังกล่าว เช่น บัลแกเรีย⁷³ สวิตเซอร์แลนด์⁷⁴ ตุรกี⁷⁵ เกาหลีใต้⁷⁶ หรือแม้แต่ประเทศเวียดนาม⁷⁷ เป็นต้น

5. บทสรุป

หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเป็นหลักการทางนิติศาสตร์ที่มีความสำคัญ ซึ่งไม่เพียงแต่จะได้รับการยอมรับในปริมณฑลของกฎหมายแพ่งเท่านั้น หากแต่ยังได้รับการยอมรับในขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอีกด้วย ในฐานะที่เป็นหลักการพื้นฐานที่รองรับการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในการเลือกกฎหมายของต่างประเทศเพื่อบังคับกับสัญญา ซึ่งการปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลได้เริ่มปรากฏตัวขึ้นในราวศตวรรษที่ 16 และได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายในปัจจุบัน จนถึงขนาดอาจกล่าวได้ว่าหลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับร่วมกันในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของทั้งระบบกฎหมายซีวิลลอว์และระบบกฎหมายคอมมอนลอว์

สำหรับประเทศไทยนั้น ก่อนที่ประเทศไทยจะประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ไม่ปรากฏว่าศาลไทยได้นำหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญามาปรับใช้เพื่อค้นหากฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญา โดยศาลไทยในขณะนั้นได้ยึดถือหลักกฎหมายที่จะนำมาบังคับกับสัญญานั้นต้องเป็นกฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญาได้ทำขึ้น จนกระทั่งประเทศไทยได้เริ่มร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญาจึงได้รับการรับรองไว้ในพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ทั้งนี้อาจมีปัจจัยมาจากในช่วงระยะเวลาที่ได้มีการร่างกฎหมายฉบับนี้เป็นช่วงเวลาเดียวกันกับที่หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างเต็มที่ในตะวันตกประกอบกับมีนักกฎหมายชาวตะวันตกเป็นคณะอนุกรรมการร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย จึงอาจเป็นไปได้ว่าหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาได้รับการยอมรับในกฎหมายขัดกันของไทยโดยผ่านนักกฎหมายชาวตะวันตกที่เข้ามามีบทบาทในการร่างกฎหมายของไทยในสมัยนั้น

อย่างไรก็ดีนับตั้งแต่ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กฎหมายฉบับดังกล่าวก็มิได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ทั้งยังไม่ได้รับความสนใจจากนักกฎหมายมากเท่าที่ควร อาจเป็นเพราะด้วยเจตคติในเชิงลบของนักกฎหมายไทยที่มีต่อการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในที่อาจมองว่าเป็นเรื่องที่ยุ้งยาก ต้องเสียค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมาก และการปรับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลภายในนั้นเป็นการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยในทางนิติบัญญัติของไทย ด้วยเหตุนี้จึงทำให้ประเด็นในเรื่องที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ขึ้นสู่การพิจารณาของศาลไม่มากนัก จึงทำให้แนวทางการปรับใช้และการตีความกฎหมายฉบับดังกล่าวยังมีความไม่ชัดเจน ประกอบกับประเด็นในเรื่องหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนาเพื่อเลือกกฎหมายบังคับกับสัญญานั้น ตัวบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องเองก็ยังไม่มีความชัดเจนอยู่หลายประเด็นซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน อาทิ ประเด็นในเรื่องการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับในแต่ละส่วนของสัญญา หรือในเรื่องการเปลี่ยนแปลงเจตนาในการเลือกกฎหมายเพื่อบังคับกับสัญญา เป็นต้น

⁷³ Bulgarian Private International Law Code 2005, Article 93 (4).

⁷⁴ Swiss Code on Private International Law 1987, Article 116 (3).

⁷⁵ The Turkish Act on Private International and Procedural (Act No. 5718) 2007, Article 24 (3).

⁷⁶ South Korea Act on Private International Law 2001 (amended 2016) Article 25 (3).

⁷⁷ Vietnam Civil Code 2015, Article 683 par. 6.

ดังนั้นคำถามที่สำคัญก็คือ ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ประเทศไทยจะต้องเริ่มพิจารณาถึงเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวข้องหลักความศรัทธาแห่งการแสดงความเจตนาให้มีความชัดเจนมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

บรรณานุกรม

- คณิง ฤาไชย. (2545). ทิศทางกฎหมายขัดกันของไทยว่าด้วยสัญญา. *วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต*, ปีที่ 2 (2), หน้า 47-57.
- คณิง ฤาไชย. (2558). *คำอธิบายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- ดารารพร ธีระวัฒน์. (2530). *หลักความศรัทธาแห่งการแสดงความเจตนาในสัญญา*. กรุงเทพฯ: โครงการการวิจัยเสริมหลักสูตรมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ดำเนิน ทรัพย์ไพศาล. (2530). *กฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาธุรกิจระหว่างประเทศ*. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวี ตะเวทีกุล. (2477). *คำบรรยายชั้นปริญญาตรีพุทธศักราช 2477 กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช (2559). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2545). *ฟรีดริช คาร์ล ฟอน ฮาเวินเย: บิดาแห่งกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลสมัยใหม่และสำนักประวัติศาสตร์กฎหมาย*. *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 32 (4), หน้า 913-927.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2549). *ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
- มานิตย์ จุมปา. (2553). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- รายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481
- ศันท์ภรณ์ โสถิพันธุ์. (2554). *คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา*. (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- ศรีวิสารวาจา, พระยา. (2474). *กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*, พระนคร: โรงพิมพ์โสภณพิพรรฒธนากร.
- สุภาพร เหลืองภัทรวงศ์. (2538). *หลักความศรัทธาแห่งการแสดงความเจตนาและข้อจำกัดในสัญญาระหว่างเอกชนที่มีองค์ประกอบระหว่างประเทศ*. (นิติศาสตรมหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- หยุด แสงอุทัย. (ม.ป.ป.). *การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล และคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481*, (ม.ป.ท.).
- Akinwumi Olawuyi Ogunranti. (2017). *The Scope of Party Autonomy in International Commercial Contracts: A New Dawn?*. (Master of Law). School of Law Dalhousie University.

- Ernest G. Lorenzen. (1920-1921). *Validity and Effects of Contracts in Conflict of laws (Part I)*. Yale Law Journal, pp. 565-580.
- Ernst Rabel. (1960). *The Conflict of Laws : A Comparative Study*, Vol. II, Foreign Corporations: Torts: Contracts in General. (2nd ed.). Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Felix Mautzsch. (2016). *Party Autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?*. Journal of Private International Law, Vol. 12 (3), pp. 466-491.
- John O'Brien. (1999). *Conflict of Laws*. (2nd ed.). London: Cavendish Pub.
- Joseph H. Beal. (1916). *A Treatise on the Conflict of laws or, Private International Law*, Vol. I, Part I. Cambridge: Harvard University Press.
- Mo Zhang. (2006). *Party Autonomy and Beyond : An International Perspective of Contractual Choice of Law*. Emory International Law Review, Vol. 20, pp. 511-562.
- Peter Nygh. (1999). *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Clarendon Press.
- S.M. Richardson. (1988). *International Contracts and the Choice of Law*, (Doctor of Philosophy). University of Canterbury.
- Thomas W. Pounds. (1970). *Party Autonomy – Past and Present*. South Texas Law Journal, Vol. 12, (2), pp. 214-231.
- Trevor C. Hartley. (2009). *International Commercial Litigation: Text, Cases and Materials on Private International law*, UK: Cambridge University Press.

สามเรื่องว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย: สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนและการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน*
A Trilogy on Thai Conflict of Laws: Electronic Contract, Cross-border Environmental Damage and Same-sex Marriage

นิติ จันจิระสกุล

Niti Janjirasakul

กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย กระทรวงการต่างประเทศ

Department of Treaties and Legal Affairs, Ministry of Foreign Affairs

อีเมลล์: n.janjirasakul@gmail.com

Email: n.janjirasakul@gmail.com

บทคัดย่อ

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มีความสัมพันธ์กับพัฒนาการของสังคมอยู่เสมอ ยังมีกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border activities) มากขึ้นเพียงใด ยิ่งทำให้โอกาสที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายของหลายประเทศพร้อมกันมีมากขึ้นเป็นเงาตามตัวสภาพดังกล่าวขบขันบทบาทและความสำคัญของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมาย รวมทั้งสะท้อนความจำเป็นในการปรับปรุงกฎเกณฑ์ดังกล่าวให้ทันสมัยอยู่เสมอแต่ตลอดระยะเวลา 80 ปี นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 กฎหมายฉบับนี้ไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขเลยแม้แต่ครั้งเดียวอันเป็นสาเหตุให้กฎหมายไม่สอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบันในบทความฉบับนี้ ผู้ศึกษาจึงขอเสนอพัฒนาการทางสังคมที่น่าสนใจ 3 เรื่อง ได้แก่ (1) สัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (electronic contract) (2) ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (cross-border environmental damage) และ (3) การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage) เพื่อประกอบการทบทวนความเหมาะสมของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

คำสำคัญ: พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481, สัญญาอิเล็กทรอนิกส์, ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน, การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

Abstract

Conflict of laws is unarguably associate with social developments, especially when cross-border activities plays a vital role within the scope of civil and commercial law which simultaneously related to numerous foreign laws. It also highlights the importance of conflict of law and the needs for improvement as well. Nevertheless, for the past 80 years since the Act on Conflict of Laws B.E. 2481 (1938) has been in effect, It has never been amended or improved. This article will present three interesting situations in accordance with the suggestion for the revision and improvement of

Thai's Conflict of Laws which is (1) electronic contract (2) cross-border environmental damage and (3) same-sex marriage in order to reviews existing Thai's conflict of laws rule.

Keyword: Acts on Conflict of Laws B.E. 2481 (1938), Electronic Contract, Cross - border Environmental Damage, Same - Sex Marriage

ความนำ: การขัดกันแห่งกฎหมาย ในความสัมพันธ์กับกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน

เมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ของเอกชนในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ (civil and commercial matters) ขึ้นในประเทศใดก็จะต้องใช้กฎหมายสารบัญญัติในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ของประเทศนั้นบังคับ สภาพดังกล่าวเป็นเรื่องปกติของรัฐธรรมนูญซึ่งมีกฎหมายและเขตอำนาจในการใช้กฎหมายของตนเอง แต่ในการดำเนินกิจกรรมของเอกชนอาจมีข้อเท็จจริงบางเรื่องหรือสถานการณ์บางอย่างซึ่งทำให้นิติสัมพันธ์ของเขากว้างขวางเกี่ยวข้องกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของหลายประเทศพร้อมกันไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง แต่ด้วยสภาพสังคมและระบบกฎหมายทำให้ประเทศต่าง ๆ อาจกำหนดกฎหมายในเรื่องเดียวกันด้วยเนื้อหาหรือหลักการนิติวิธีที่แตกต่างกันออกไป สถานการณ์ดังกล่าวนำไปสู่คำถามว่า “ในบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ กฎหมายของประเทศใดเหมาะสมที่จะนำมาใช้บังคับมากที่สุด”

คำถามง่าย ๆ ข้างต้นคือ ภารกิจของ “การขัดกันแห่งกฎหมาย” (Conflict of Laws)¹ ซึ่งผู้ศึกษาขอเรียกว่าเป็นสิ่งที่ลึกลับ (mysterious thing) ในสารบบความคิดของนักกฎหมายไทย จริงอยู่ วิชากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลอาจเป็นวิชาบังคับในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยหลายแห่ง แต่เนื่องจากตลอด 80 ปี ของการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 (ในบทความฉบับนี้ขอเรียกว่า “พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ขัดกัน”) แทบไม่เคยมีตัวอย่างการใช้และการตีความกฎหมายดังกล่าวโดยศาลฎีกาเลย เท่าที่มีก็เป็นแต่เพียงตัวอย่างการปฏิเสธไม่ใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย จึงไม่สามารถบรรยายภาพความคิดของกฎหมายดังกล่าวในมุมมองนิติวิธีของไทยได้เท่าที่ควร ยิ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับกลไกของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายซึ่งไม่ได้กำหนดว่า “กรณีใดบ้างที่ต้องใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย” ทำให้การขัดกันแห่งกฎหมายกลายเป็นศาสตร์ที่ถูกกลืนในระบบกฎหมายไทย

ในความเป็นจริง นักกฎหมายจำเป็นต้องจำแนก “สถานการณ์ปกติ” ที่จะต้องใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์บังคับ และ “สถานการณ์พิเศษ” ที่จะต้องใช้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน เพื่อที่จะทราบว่าต้องใช้กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศใด เนื่องจากการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้เป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ของเอกชนในตัวเอง เป็นแต่เพียงเครื่องมือ (means) ที่ช่วยให้ศาลสามารถตัดสินใจเลือกกฎหมายได้อย่างเหมาะสมการทำความเข้าใจสถานการณ์พิเศษดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่สำคัญมากในการทำความเข้าใจกลไกของการขัดกันแห่งกฎหมาย สถานการณ์พิเศษดังกล่าวมีสาเหตุมาจากกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดน (cross-border activities) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ทำให้นิติสัมพันธ์ของเอกชนตกอยู่ภายใต้อำนาจของกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของหลายประเทศพร้อมกัน หรือที่ในทางตำรากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเรียกว่า “องค์ประกอบต่างประเทศ” (foreign elements)²ในอดีต การที่นิติสัมพันธ์ของเอกชนจะเกิด

¹ Brainerd Currie, “Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws”. *Duke Law Journal*, Vol. 1959, No. 2, 1959, 171 – 181.

² รูปแบบขององค์ประกอบต่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ในหลายลักษณะ โดยอาจเกิดจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคล เช่น สัญชาติ (nationality) ภูมิลำเนา (domicile) ถิ่นที่อยู่ปกติ (habitual residence) หรืออาจมีลักษณะเป็นข้อเท็จจริงเชิงสถานที่ เช่น สถานที่ทำการสมรส (place of celebration) สถานที่ทำสัญญา (place of contract) หรือสถานที่เกิดละเมิด (place of tort) ทั้งนี้ การที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่ง

องค์ประกอบต่างประเทศมักมีที่มาจากการเดินทางไปยังต่างประเทศ ไม่ว่าจะเดินทางไปเพื่อตั้งถิ่นฐานใหม่ หรือเดินทางไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าพาณิชย์ในปัจจุบัน กิจกรรมที่มีลักษณะข้ามพรมแดนกลายเป็นเรื่องปกติในชีวิตประจำวันของมนุษย์ ทั้งยังมีรูปแบบที่หลากหลายไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงกิจกรรมในทางการค้าพาณิชย์อีกต่อไป อาทิ การคมนาคม การท่องเที่ยว รวมถึงการเดินทางไปทำงานยังต่างประเทศ การแพทย์ การศึกษา การเงินและการลงทุน ตลอดจนกิจกรรมเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและพลังงาน

กิจกรรมข้ามพรมแดนของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดนที่หลากหลายและปรากฏให้เห็นได้ชัดแจ้งที่สุดเกิดขึ้นในสหภาพยุโรป (European Union: EU) ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ให้เอกชนที่มีสัญชาติของประเทศสมาชิก EU สามารถเคลื่อนย้ายจากประเทศสมาชิกหนึ่งไปยังประเทศสมาชิกอื่นๆ ได้อย่างเสรี (free movement) เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจและส่งเสริมการลงทุน⁴ ด้วยตระหนักถึงโอกาสในการเกิดนิติสัมพันธ์ของเอกชนที่มีองค์ประกอบต่างประเทศและความสำคัญของสถานการณ์ดังกล่าว EU จึงได้พัฒนากฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของตนเอง และกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องผูกพันตามกฎหมายเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายเดียวกัน⁵

กิจกรรมข้ามพรมแดนจึงเป็นสาเหตุและปัจจัยสำคัญซึ่งส่งผลกระทบต่อการพัฒนากฎหมายเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ ในขณะที่กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย (กล่าวคือ บุคคล หนี้ ทรัพย์สิน ครอบครัว และมรดก) ทั้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป (*lex generalis*) และตามพระราชบัญญัติซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ได้รับการปรับปรุงให้เหมาะสมกับพัฒนาการทางสังคมอยู่เสมอ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายขัดกันกลับไม่เคยได้รับการปรับปรุงแก้ไขแม้แต่ครั้งเดียวโดยผู้ศึกษาเห็นว่า “จุดเกาะเกี่ยว” (connecting factors) ซึ่งทำหน้าที่เป็นป้ายบอกทาง (sign post) ให้ศาลใช้ในการเลือกกฎหมายไม่สามารถนำมาใช้เลือกกฎหมายในกิจกรรมข้าม

และพาณิชย์จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศใด และเกี่ยวข้องในลักษณะใด เป็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่องๆ ไป, See also Gerhart Hessel, “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws”, *Virginia Law Review*, Vol. 26, No. 3, 1940, 243 – 274.

³ Rodolfo de Nova, “Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 118, Leiden: Nijhoff, 1966, 441 – 477.

⁴ K.J.M. Mortelmans, “The Functioning of the Internal Market: The Freedoms”. in *The Law of the European Union and the European Communities*, P.J.G. Kapteyn et al. (4thed.), Netherland: Kluwer International Law, 2008, 578.

⁵ Article 288 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)ให้อำนาจ EU สามารถกระทำการฝ่ายเดียว (unilateral acts) ภายใต้ขอบอำนาจและวัตถุประสงค์ในการรวมกลุ่มประเทศซึ่งการกระทำแต่ละประเภทมีผลผูกพันทางกฎหมายแตกต่างกันไป ได้แก่ Regulation, Directive, Decision, Recommendation และ Opinion อนึ่ง Regulation มีค่าบังคับเป็นกฎหมายโดยตรงและมีผลแทนที่ (replace) กฎหมายภายในของประเทศสมาชิกทันทีโดยไม่ต้องมีการบัญญัติหรือประกาศใช้กฎหมายใหม่ในลักษณะเดียวกับสนธิสัญญา ปัจจุบัน EU ได้ประกาศใช้ Regulation ในเรื่องการขัดกันแห่งกฎหมายแล้ว 3 ฉบับ ได้แก่

(1) Rome I Regulation หรือ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)

(2) Rome II Regulation หรือ Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to noncontractual obligations (Rome II)

(3) Rome III Regulation หรือ Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation

⁶ Pierre Mayer, *Droit International Privé*, Paris: Précis Domat, 1983, 61. อ้างใน พันธุ์ทิพย์ กาญจนาจิตรา, “กฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลในสถานะที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 18 (ฉบับที่ 1), 2533, 109 – 133.

⁷ Otto Kahn - Freund, *General Problems of Private International Law*, (2nded.), Netherland: Sijthoff & Noordhoff, 1980, 6.

พรมแดนได้อย่างเหมาะสม เพื่อพิสูจน์สมมติฐานดังกล่าวผู้ศึกษาขอเสนอสถานการณ์ที่น่าสนใจ 3 เรื่องเพื่อประกอบการทบทวนความเหมาะสมของกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทยกล่าวคือ

1. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (electronic contract)
2. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (cross-border environmental damage)
3. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage)

1. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Contract)

สัญญาเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์ที่เกิดขึ้นโดยสุจริตและมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดองค์ประกอบต่างประเทศมากที่สุด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในบริบทของกาประกอบธุรกิจระหว่างประเทศซึ่งรูปแบบการทำสัญญาในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมอย่างมาก ผู้ศึกษาขอเสนอผลกระทบจากหลักการที่เปลี่ยนแปลงไปในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาและปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการนำจุดเกาะเกี่ยวตาม พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย มาใช้กับ “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์” (electronic contract)

1.1 จาก “สัญญาลายลักษณ์อักษร” มาสู่ “สัญญาอิเล็กทรอนิกส์”

พื้นฐานของการทำสัญญาขึ้นอยู่กับแสดงเจตนาระหว่างบุคคล ในทางปฏิบัติสัญญา มักจัดทำหลักฐานในการแสดงเจตนาที่ต้องตรงกันในรูปแบบเอกสารลายลักษณ์อักษร (paper-based documents) ภายหลังพัฒนาการอย่างก้าวกระโดดของเทคโนโลยีสารสนเทศมีการใช้งานอินเทอร์เน็ตเป็นเครื่องมือรับ-ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ (data message) ผ่านอุปกรณ์สื่อสารซึ่งช่วยอำนวยความสะดวก ลดค่าใช้จ่ายและย่นระยะเวลาในการติดต่อสื่อสารระหว่างบุคคลที่อยู่คนละประเทศอันเป็นประโยชน์อย่างมากต่อวงการธุรกิจ นำมาสู่ความนิยมในการใช้สัญญาอิเล็กทรอนิกส์แทนสัญญาที่เป็นเอกสารลายลักษณ์อักษรแต่เนื่องจากสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีลักษณะบางประการที่แตกต่างจากการทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ประเทศต่าง ๆ จึงได้ประกาศใช้กฎหมายสารบัญญัติว่าด้วยสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในลักษณะกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งกำหนดกฎเกณฑ์ต่างหากเป็นพิเศษจากกฎหมายแพ่งทั่วไป (*lex generalis*) ประเทศไทยเองก็ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544⁸ เพื่อรองรับลักษณะการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์เช่นกัน

⁸ พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 (แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2551) มีพื้นฐานมาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 1996 (UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce 1996) และกฎหมายแม่แบบว่าด้วยลายมือชื่ออิเล็กทรอนิกส์ ค.ศ. 2001 (UNCITRAL Model Law on Electronic Signature 2001) ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศ (UNCITRAL)

พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มีหลักการพื้นฐาน 2 ประการ คือ หลักความเท่าเทียมในการใช้งาน (functional equivalent approach) ซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ให้เสมือนกับสัญญาที่อยู่ในรูปแบบเอกสารลายลักษณ์อักษร และหลักความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (technology neutrality) ซึ่งรับรองสถานะทางกฎหมายของวิธีการสื่อสารและการรับ-ส่งข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ผ่านอุปกรณ์สื่อสารออนไลน์ทุกรูปแบบ เป็นหลักการพื้นฐาน ทั้งนี้ หลักการตามพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ฯ กำหนดให้นำมาใช้กับนิติสัมพันธ์ในเรื่องทางแพ่งและทางพาณิชย์ อาทิ การซื้อขายสินค้า การให้บริการการชำระเงินโดยสัญญาอาจเกิดจากธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการด้วยกัน (business to business: B2B) หรืออาจเกิดจากธุรกรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภค (business to consumer: B2C) ก็ได้โดยมีแค่เพียงสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ในเรื่องที่เกี่ยวกับครอบครัวและมรดกเท่านั้นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ฯ

พัฒนาการอย่างก้าวกระโดดของเทคโนโลยีสารสนเทศในปัจจุบันยกระดับรูปแบบการเกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ขึ้นไปอีกขั้น การเกิดสื่อสังคมออนไลน์ (social network) ดังเช่น Facebook และ Twitter ตลอดจนระบบส่งข้อความทันที (instant messenger) อาทิ Line และ WeChat ได้เพิ่มช่องทางการสื่อสารระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทางการเกิด smart phoneยิ่งช่วยสนับสนุนการเข้าถึงอินเทอร์เน็ต social network และ instant messenger ต่าง ๆ ได้อย่างง่ายดายยิ่งขึ้นการใช้งานเทคโนโลยีสารสนเทศดังกล่าวเปลี่ยนแปลงรูปแบบการทำสัญญาให้ต่างจากเดิมไปอย่างสิ้นเชิง อุปกรณ์ดังกล่าวช่วยสร้างความยืดหยุ่นให้กับกระบวนการทำสัญญา ทำให้คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ตลอดเวลาได้ โดยไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของเวลา และสถานที่โดยไม่จำเป็นต้องเคยพบหน้าหรือเคยสนทนากัน สภาพดังกล่าวล้วนเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศและนำไปสู่การใช้การขัดกันแห่งกฎหมาย

1.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญามีลักษณะที่พิเศษแตกต่างจากกฎเกณฑ์ในเรื่องอื่น ๆ สืบเนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติในเรื่องสัญญาตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญา” (principle of party autonomy) ซึ่งเอกชนมีอิสระในการตัดสินใจว่าจะยินยอมผูกพันเข้าเป็นคู่สัญญากับบุคคลใด ตลอดจนมีอิสระเต็มที่ในการกำหนดเนื้อหาของสัญญา รวมถึงสามารถตกลงกันเองได้ว่าต้องการให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับกับสัญญาที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ หรือที่เรียกกันว่า “ข้อตกลงเลือกกฎหมาย” (choice-of-law clause)¹⁰ ข้อตกลงดังกล่าวยังช่วยให้คู่สัญญาคาดการณ์ได้ล่วงหน้าเมื่อเกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาจะต้องใช้กฎหมายของประเทศใด ซึ่งเป็นหลักประกันที่ช่วยสร้างความมั่นใจและความแน่นอนในการใช้กฎหมาย (legal certainty) เพื่อระงับข้อพิพาทในวงการธุรกิจระหว่างประเทศ¹¹ จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาของประเทศต่าง ๆ จึงมักกำหนดให้ศาลเคารพการแสดงเจตนาดังกล่าวและเลือกใช้กฎหมายของประเทศที่คู่สัญญาตกลงกัน (lex voluntatis) ในฐานะจุดเกาะเกี่ยวหลัก อย่างไรก็ตามในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมาย (absence of choice) กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายก็จำเป็นต้องกำหนดจุดเกาะเกี่ยวอื่น ๆ ไว้เพื่อไม่ให้เกิดช่องว่างในการเลือกกฎหมาย (vacuum juris)

สำหรับกรณีของไทย มาตรา 13 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสาระสำคัญและผลของสัญญาเอาไว้ 3 ประเภท ได้แก่ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” (lex voluntatis) “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” (lex patriae) และ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” (lex loci contractus)¹² ทั้งนี้ บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้อนุญาตให้ศาล

โปรดดู มาตรา 3 พระราชบัญญัติธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ประกอบมาตรา 4 พระราชกฤษฎีกากำหนดธุรกรรมในทางแพ่งและพาณิชย์ที่ยกเว้นมิให้ในกฎหมายว่าด้วยธุรกรรมอิเล็กทรอนิกส์มาใช้บังคับ พ.ศ. 2549

⁹ ศูนย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักกฎหมาย สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร, สัญญาต้องเป็นสัญญา: การก่อให้เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ และการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ประเด็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2559, 82.

¹⁰ Robert Johnston, “Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law”, *William & Mary Law Review*, Volume 7, Issue 1, 1966, 37 – 60.

¹¹ Peter Hay, “Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 226, Leiden: Nijhoff, 1991.

¹² มาตรา 13 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“ปัญหาว่าจะพึงใช้กฎหมายใดบังคับสำหรับสิ่งซึ่งเป็นสาระสำคัญ หรือผลแห่งสัญญานั้น ให้วินิจฉัยตามเจตนาของคู่กรณี ในกรณีที่ไม่มีอาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้ ถ้าคู่สัญญามีสัญชาติอันเดียวกัน กฎหมายที่จะใช้บังคับ ก็ได้แก่กฎหมายสัญชาติอันร่วมกันแห่งคู่สัญญา ถ้าคู่สัญญาไม่มีสัญชาติอันเดียวกัน ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่สัญญานั้นได้ทำขึ้น

สามารถเลือกใช้จุดเกาะเกี่ยวได้ตามอำเภอใจ ศาลจะเลือกกฎหมายโดยอาศัยวิธีการที่จะต้องพิจารณาจากสัญญาแต่ละฉบับว่ามีข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือไม่และจะต้องพิจารณาจุดเกาะเกี่ยวตามลำดับ (priority) เท่านั้น

1.2.1 การใช้ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ศาลเลือกกฎหมายโดยใช้ “กฎหมายตามเจตนาของคู่สัญญา” (*lex voluntatis*) ไม่ว่าเจตนาดังกล่าวจะปรากฏอย่างชัดแจ้งหรือเพียงแต่ศาลอาจหยั่งทราบความต้องการเลือกกฎหมายได้โดยพิจารณาจากเจตนาของคู่สัญญา

จุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาของไทยออกแบบมาโดยมีหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเป็นหัวใจ¹³ แต่หากพิจารณาจากถ้อยคำของบทบัญญัติซึ่งใช้คำว่า “... ในกรณีที่ไม้อาจหยั่งทราบเจตนาชัดแจ้งหรือโดยปริยายได้...” ย่อมมีความหมายโดยนัยว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาในกฎหมายไทยไม่ได้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย (choice-of-law clause) หากแต่ขยายไปถึงกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย (absence of choice) ปรากฏอยู่ในสัญญา ศาลก็สามารถใช้ดุลยพินิจเพื่อค้นหาเจตนาโดยปริยาย (implied terms) ว่าคู่สัญญาประสงค์ให้ใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับ เจตนาโดยปริยายอาจค้นหาได้โดยการพิจารณาสัญญาฉบับก่อนๆ ซึ่งคู่สัญญาทำกันว่ามีข้อตกลงเลือกกฎหมายหรือไม่ หรืออาจพิจารณาจากภาษาที่ใช้ในการทำสัญญา เป็นต้น นำเสียดายที่มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าสิ่งใดคือเจตนาโดยปริยาย ทั้งยังไม่เคยมีตัวอย่างคดีในศาลไทยที่จะช่วยให้สามารถเข้าใจถ้อยคำดังกล่าวได้ชัดเจนมากยิ่งขึ้นด้วย

นอกจากเรื่องการค้นหาเจตนาโดยปริยาย ขอบเขตของเสรีภาพของคู่สัญญา (scope of party autonomy) เอง ก็เป็นปัญหาสำคัญในการเลือกกฎหมายซึ่งไม่มีบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกล่าวคือ

1) ขอบเขตเกี่ยวกับตัวเลือกของกฎหมายซึ่งคู่สัญญาตกลงกันเนื่องจากมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดว่ากฎหมายที่คู่สัญญาเลือกจะต้องมีจุดเกาะเกี่ยวหรือความสัมพันธ์กับคู่สัญญาในทางใดทางหนึ่งหรือไม่ หรือคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายของประเทศใดก็ได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีความสัมพันธ์กับตนเลยตัวอย่างเช่น นาย A ชาวไทยทำสัญญากับนาย B เมียนมา ทำสัญญากันที่สิงคโปร์ กรณีเช่นนี้ คู่สัญญาสามารถเลือกใช้กฎหมายสัญญาของไทย ของเมียนมา หรือของสิงคโปร์ได้เท่านั้น หรือสามารถตกลงกันให้ใช้กฎหมายสัญญาของลาวซึ่งไม่มีข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องด้วยเลยได้

2) ขอบเขตเกี่ยวกับประเภทของสัญญา มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงลักษณะพิเศษของสัญญาแต่ละประเภท (particular contract) จึงเกิดคำถามว่า หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาสามารถนำมาใช้ในการเลือกกฎหมายกับสัญญาทุกประเภท (contract-based) ได้อย่างไม่มีขอบเขตหรือไม่หรือตัวเลือกของคู่สัญญาจำเป็นต้องคำนึงถึงการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่อ่อนแอกว่า (weaker contracting parties)¹⁴

ถ้าสัญญานั้นได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลซึ่งอยู่ห่างกันโดยระยะทาง ถิ่นที่ถือว่าสัญญานั้น ได้เกิดเป็นสัญญาขึ้นคือถิ่นที่คำบอกกล่าวสนองไปถึงผู้เสนอ ถ้าไม้อาจหยั่งทราบถิ่นที่ว่านั้นได้ก็ให้ใช้กฎหมายแห่งถิ่นที่จะพึงปฏิบัติตามสัญญานั้น

สัญญาย่อมไม่เป็นโมฆะ ถ้าได้ทำถูกต้องตามแบบอันกำหนดไว้ในกฎหมายซึ่งใช้บังคับแก่ผลแห่งสัญญานั้น”

¹³ หจก.หมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร, ร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์การวินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ พุทธศักราช 2481 (วาระที่ 2), เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หมายเลข ม-สคก 1/258, 539.

¹⁴ ในสัญญาบางประเภท อาทิ สัญญาผู้บริโภค สัญญาจ้างแรงงาน หรือสัญญาประกันภัย คู่สัญญามีอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (inequality bargaining power) และในทางปฏิบัติคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองมากกว่ามักจะเตรียมสัญญาสำเร็จรูป (standard-form contract) ที่มีเนื้อหารายละเอียดของสัญญาเอาไว้ล่วงหน้าทำให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่มีเสรีภาพในการแสดงเจตนาอย่างแท้จริง ในสหภาพ

ปัญหาของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจผิดแผกไปจากที่กล่าวข้างต้นเนื่องจากปัญหาของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไม่ใช่เรื่องประเภทของสัญญา แต่เป็นกระบวนการเกิดสัญญา (method-based) ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การใช้งาน smart phone social network ตลอดจน instant messenger ทำให้รูปแบบการทำสัญญาสะดวกยิ่งขึ้นแต่ก็อาจทำให้คู่สัญญาละเลยรูปแบบดั้งเดิมของสัญญาซึ่งมีการกำหนดข้อตกลงเป็นข้อๆ จึงเป็นไปได้ยากที่จะคาดหวังให้คู่สัญญาตกลงกันเลือกกฎหมายไว้เช่นเดียวกับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร

ตัวอย่างเช่น นาย A ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในไทยตกลงซื้อขายสินค้ากับนาย B ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในสิงคโปร์ผ่านการติดต่อกันทาง Facebook หรือ Line จึงไม่ได้ตกลงกันเลือกกฎหมายได้หรือกรณีการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ผ่านทางเว็บไซต์ที่ให้บริการเป็นการเฉพาะ อาทิ Lazada หรือ Amazon มักจะมีข้อกำหนดในการให้บริการ (terms and conditions) ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับสัญญาสำเร็จรูป (standard form contract) คู่สัญญาจึงไม่อาจตกลงกันเพิ่มเติมไปกว่าเนื้อหาที่กำหนดมาให้ได้ ซึ่งเท่ากับเป็นการปฏิเสธหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยสิ้นเชิงการค้นหาและปรับใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาเพื่อเลือกกฎหมายอาจไม่ใช่วิธีการที่มีประสิทธิภาพเท่าใดนักและเป็นไปได้ยากในทางปฏิบัติ จุดเกาะเกี่ยวที่กำหนดไว้สำหรับกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมายจึงควรบทบาทที่สำคัญต่อสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มากกว่าข้อตกลงเลือกกฎหมาย

1.2.2 การใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย (absence of choice) และศาลไม่อาจค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้มาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญา” (*lex patriae*) เป็นจุดเกาะเกี่ยว โดยมีเงื่อนไขว่า คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องมีสัญชาติเดียวกัน (same nationality) เท่านั้น

สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวหลักในกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย ดังจะเห็นได้จากการที่มีบทบัญญัติถึง 25 มาตราที่กำหนดให้ศาลเลือกกฎหมายโดยพิจารณาจากสัญชาติของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติสัมพันธ์ซึ่งครอบคลุมเนื้อหาในทุกภาคของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย¹⁵ ในกรณีของสัญญา สัญชาติของคู่สัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยวรองซึ่งกำหนดเงื่อนไขให้ศาลใช้ต่อเมื่อสัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมายและศาลไม่อาจค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้เท่านั้น ศาลฎีกาเคยมีโอกาสหยิบยกกฎหมายตามสัญชาติของคู่สัญญาขึ้นใช้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 3223/2525 คดีนี้คู่สัญญาชาวอเมริกันตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานกันที่สิงคโปร์แต่เกิดการผิดสัญญาขึ้นในไทย ศาลฎีกาพิจารณาแล้ว เห็นว่า

“... กรณีไม่อาจทราบได้ว่าขณะทำสัญญาคู่กรณีประสงค์จะใช้กฎหมายของประเทศใดบังคับและปรากฏว่าคู่กรณีมีสัญชาติอเมริกันทั้งสองฝ่าย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีตามฟ้องจึงต้องเป็นกฎหมายสัญชาติอันร่วมกันของคู่กรณีคือกฎหมายของสหรัฐอเมริกา ...”

ยุโรปได้แก้ไขหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาโดยการจำแนกกฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาออกเป็นสัญญาแบบ B2B (business to business) และสัญญาแบบ B2C (business to consumer) โดยคู่สัญญาแบบ B2B มีเสรีภาพเต็มที่ในการตกลงเลือกกฎหมาย โดยคู่สัญญาสามารถตกลงเลือกกฎหมายที่ใช้บังคับกับสัญญาแต่ละส่วนแตกต่างกัน (*dépeçage*) หรือจะตกลงแก้ไขการเลือกกฎหมายภายหลังจากสัญญาเกิดขึ้นแล้ว (re-choose) ก็ได้ ขณะที่สัญญาแบบ B2C ตัวเลือกดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ หากข้อตกลงเลือกกฎหมายขัดกับวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองผู้บริโภค ศาลมีอำนาจปฏิเสธข้อตกลงเลือกกฎหมายได้ see also Helmut Heiss, “Party Autonomy”, *Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Franco Ferrari and Stefan Leible eds., Munich: european law publishers, 2009, 1 – 16.

¹⁵ โปรดดู พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 6 7 10 11 12 13 16 18 19 21 22 23 24 25 26 27 29 30 31 32 34 35 36 39 และ 40

จากคำพิพากษาข้างต้น ศาลฎีกายึดถือลำดับ (priority) ตามมาตรา 13 วรรคแรกพ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย เป็นสำคัญ โดยเมื่อศาลพบว่าสัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย ศาลก็ได้ค้นหาเจตนาโดยปริยาย (implied terms) เสียก่อนจึงจะพิจารณาสัญญาคดีของคู่สัญญาซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวลำดับถัดไปว่าเสียตายเมื่อท้ายที่สุด ศาลฎีกาไม่สามารถนำกฎหมายสัญญาของสหรัฐอเมริกามาใช้บังคับได้เนื่องจากไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดพิสูจน์กฎหมายต่างประเทศ (proof of foreign law) ให้เป็นที่พอใจแก่ศาลตามมาตรา 8 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย

แนวคิดในการใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีความแน่นอนและเชื่อกันว่าใกล้ชิดกับมนุษย์มากที่สุด แต่แนวคิดเรื่องสัญชาติเป็นสิ่งที่มีการพัฒนาอย่างเป็นพลวัต¹⁶ อีกทั้งแนวคิดของแต่ละประเทศก็กำหนดกลไกการได้สัญชาติไว้แตกต่างกัน บางประเทศกำหนดว่าพลเมืองของตนต้องมีสัญชาติเดียว บางประเทศยอมรับการถือสองสัญชาติ (dual-nationality persons)¹⁷ บางแห่งบนโลกก็ยังไม่มีอาจแก่ไขปัญหาสถานการณ์บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) และบุคคลไร้สัญชาติ (nationality-less persons)¹⁸ ได้อย่างเด็ดขาด ยิ่งประกอบกับการแปลงสัญชาติซึ่งเป็นกฎเกณฑ์การได้สัญชาติภายหลังการเกิด ยิ่งทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเลือกกฎหมาย นอกจากนี้ ในบริบทของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์รูปแบบการใช้งานsocial network และ instant messenger อนุญาตให้ผู้สามารถลงทะเบียนโดยไม่ต้องแจ้งสัญชาติที่แท้จริงของตนได้ หรือแม้แต่การแสดงตัวแบบนิรนาม (anonymous) การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จึงแทบเป็นไปไม่ได้เลยในทางปฏิบัติเนื่องจากขาดความน่าเชื่อถือในการระบุตัวบุคคลระหว่างโลกความจริงและโลกอิเล็กทรอนิกส์

1.2.3 การใช้ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” ในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

จุดเกาะเกี่ยวลำดับสุดท้ายในมาตรา 13 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายคือ “กฎหมายของสถานที่ทำสัญญา” (*lex loci contractus*) โดยจุดเกาะเกี่ยวนี้จะนำมาใช้ต่อเมื่อคู่สัญญาไม่มีข้อตกลงเลือกกฎหมาย ศาลไม่สามารถค้นหาเจตนาโดยปริยายของคู่สัญญาได้ และคู่สัญญาไม่ได้มีสัญชาติเดียวกันกฎหมายของสถานที่ทำสัญญาเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สืบทอดมาจากแนวคิดเกี่ยวกับการนำกฎหมายท้องถิ่นมาใช้บังคับกับนิติกรรม (*locus regit actum*) ซึ่งถือว่านิติสัมพันธ์ของคู่สัญญาเกิดขึ้นตามประเทศที่สัญญาสมบูรณ์ตามกฎหมาย¹⁹ ทั้งยังเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ศาลฎีกาใช้ในการเลือก

¹⁶ สำหรับพัฒนาการแนวคิดเรื่องสัญชาติในประเทศไทย โปรดดู สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 1”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 37, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 5), 16 – 22, กันยายน – ตุลาคม 2554, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 2”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 38, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 6), 56 – 60, พฤศจิกายน – ธันวาคม 2554, “100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 3”, *วิภาษา*, ลำดับที่ 39, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 7), 39 – 44, ธันวาคม 2554 – มกราคม 2555.

¹⁷ Thalia Kruger and Jinske Verhellen, “Dual Nationality = Double Trouble?”, *Journal of Private International Law*, Vol. 7, No. 3, 2011, 601 – 626.

¹⁸ บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) หมายถึง บุคคลที่ไม่ได้ถูกรวมว่าเป็น “คนชาติ” (nationals) อย่างไรก็ดี ความหมายข้างต้นเป็นนิยามตามกฎหมาย (*de jure*) ซึ่งกำหนดไว้ใน article 1 para. 1.

Convention relating to the Status of Stateless Persons นิยามดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงบุคคลที่ไร้รัฐตามความเป็นจริง (*de facto* Stateless persons) ซึ่งเกิดจากสถานการณ์การพลัดถิ่นเพราะสงครามหรือความอดอยาก คนไร้รัฐตามความเป็นจริงจึงอาจเป็นประชากรของประเทศใดประเทศหนึ่งแต่อาจไม่สามารถเดินทางกลับประเทศตนหรืออาจไม่สามารถพิสูจน์สัญชาติของตนเองได้ บุคคลกลุ่มดังกล่าวจึงอาจไร้สัญชาติ (nationality-less persons) แต่ไม่ได้ไร้รัฐ see also Erwin Loewenfeld, “Status of Stateless Persons”, *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 27, 1941, 59 – 112.

¹⁹ Freadich Karl von Savigny, translated from German into English by W. Guthrie, *A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time*, Edinburgh: T. T. Clark, 1880, 198 – 199.

กฎหมายมาตั้งแต่ก่อนการประกาศใช้พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย²⁰ อย่างไรก็ตามก็ดีสถานที่เกิดสัญญา (*locus contractus*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่เปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยหลายประการซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไปจนอาจนำไปสู่มุมมองที่หลากหลายถึงความหมายของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าว เพื่อหลีกเลี่ยงความไม่แน่นอนเช่นว่า บางประเทศจึงอาศัยการกำหนดรายละเอียดของข้อเท็จจริงเพื่อที่ศาลจะสามารถนำมาข้อเท็จจริงเหล่านั้นมาใช้ตีความความหมายของจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวได้ชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งเป็นวิธีการที่บัญญัติไว้ในพ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย โดยมาตรา 13 วรรคสองได้กำหนดความหมายของสถานที่ทำสัญญาไว้ใน 2 กรณี คือกรณีที่สัญญาได้ทำขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่ห่างกันโดยระยะทางหรืออยู่คนละประเทศ ให้สถานที่ทำสัญญาหมายถึง “สถานที่คำบอกกล่าวสนองกลับมายังผู้เสนอ”(place of conclusion)แต่หากไม่อาจทราบได้ว่าสถานที่ดังกล่าวคือสถานที่ใด สถานที่ทำสัญญาให้หมายถึง “สถานที่ปฏิบัติตามสัญญา” (place of performance)

แม้จะมีการกำหนดความหมายของสถานที่เกิดสัญญาให้ชัดเจนยิ่งขึ้นก็ตาม แต่หากพิจารณาสถานที่ดังกล่าวในบริบทของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์จะพบว่า การทำงานของอินเทอร์เน็ตครอบคลุมการใช้งานทั่วโลก คู่สัญญาสามารถตกลงกันได้ใดก็ได้ ไม่เว้นแม้แต่ในระหว่างการเดินทางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง (*in transitu*) โดยการใช้งาน social network และ instant messenger ในการทำสัญญา ตัวอย่างเช่น คู่สัญญาอาจตกลงกันผ่าน Skype หรือ Facetime หรือการอาจใช้งาน E-mail Line หรือ Facebook Message ในระหว่างที่เดินทางโดยสายการบินจากประเทศ A ไปยังประเทศ B แสดงให้เห็นว่า ลักษณะของสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ไม่ได้ยึดติดอยู่กับสถานที่ทำสัญญาจึงยากต่อการตีความสถานที่ที่คำบอกกล่าวสนองกลับมายังผู้เสนอคือสถานที่ใดเนื่องจากคู่สัญญาแทบไม่มีโอกาสทราบสถานที่ที่อีกฝ่ายอยู่ในขณะที่ตกลงทำสัญญานอกจากนี้ การซื้อขายสินค้าในปัจจุบันก็ได้จำกัดอยู่แต่ในรูปของทรัพย์สินที่จับต้องได้ (tangible things) การซื้อขายสินค้าดิจิทัล(digital goods) อาทิ หนังสือ เพลง หรือเกม สามารถใช้วิธีการส่งมอบและรับสินค้าผ่านระบบปฏิบัติการบนอินเทอร์เน็ตซึ่งส่งผลให้การตีความสถานที่ปฏิบัติตามสัญญามีความสลับซับซ้อนยิ่งขึ้น ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวในสถานการณ์ดังกล่าวอาจหมายถึงสถานที่ที่ผู้ขายนำสินค้าเข้าสู่ระบบ (place of uploading) สถานที่ที่ผู้ซื้อรับสินค้ามาจากระบบ (place of downloading) ก็ได้²¹ ลักษณะเฉพาะเหล่านี้สร้างความยุ่งยากต่อการออกแบบจุดเกาะเกี่ยวเพื่อเลือกกฎหมายและทำให้จุดเกาะเกี่ยวประเภทสถานที่ทำสัญญา (*lex loci contractus*) เป็นจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์มีความเหมาะสมลดน้อยลงกว่าจุดเกาะเกี่ยวที่ใช้กับสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษร²²

1.3 แนวทางการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องสัญญาอิเล็กทรอนิกส์

จากการศึกษาข้างต้น ผู้ศึกษาพบว่า การปรับปรุงจุดเกาะเกี่ยวเดิมให้สอดคล้องกับสัญญาอิเล็กทรอนิกส์อาจเป็นไปได้ยาก วิธีการที่ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าสนใจในการนำมาปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเพื่อรองรับการทำสัญญาอิเล็กทรอนิกส์คือการใช้ “กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญา” (proper law of contract) ซึ่งให้อำนาจศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการตัดสินใจว่ากฎหมายของประเทศใดมีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับสัญญานั้น ๆ มากที่สุด²³ วิธีการนี้แตกต่างจากการเลือกกฎหมายโดยทั่วไปเนื่องจากตัวกฎหมายที่เหมาะสมเองไม่ใช่จุดเกาะเกี่ยว เป็นแต่เพียงข้อบทที่ให้

²⁰ โปรดดู คำพิพากษาฎีกาที่ 465/2478

²¹ Faye Fangfei Wang, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010.

²² Michael Bogdan, “Contracts in Cyberspace and the New Regulation “Rome I””, *Masaryk University Journal of Law and Technology*, Vol. 3, No. 2, 2009, 219 – 225.

²³ Frederick A. Mann, “The Proper Law in the Conflict of Laws”. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, No. 3, 1987, 438.

อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาความเหมาะสมของจุดเกาะเกี่ยวหรือองค์ประกอบต่างประเทศอื่น ๆ ก่อนที่จะเลือกกฎหมายวิธีการนี้มักนำมาใช้เพื่อลดความเคร่งครัดของจุดเกาะเกี่ยวที่มีอยู่แต่เดิมและเพิ่มโอกาสในการเลือกกฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่สลับซับซ้อน อย่างไรก็ตาม หากใช้กฎหมายที่เหมาะสมมากเกินไปอาจทำให้เกิดความไม่แน่นอนในการเลือกกฎหมายอันเป็นสภาพที่วงการธุรกิจระหว่างประเทศไม่หวาดกลัวอย่างยิ่ง เพื่อควบคุมการใช้ดุลยพินิจของผู้พิพากษาไม่ให้เลือกกฎหมายตามอำเภอใจ กฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาจึงควรใช้ในลักษณะข้อยกเว้นและควรมีกรอบคร่าว ๆ ให้แก่ศาลสามารถพิจารณาตัวเลือกอื่น ๆ ได้โดยไม่ผูกมัดตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมสามารถพบได้ใน section 188(2) Restatement (Second) of Conflict of Laws ของสหรัฐอเมริกาซึ่งอนุญาตให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจเลือกจุดเกาะเกี่ยวได้โดยคำนึงถึงลักษณะเฉพาะของสัญญาแต่ละประเภท²⁴

2. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน (Cross-border Environmental Damage)

ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญอย่างมากต่อการดำรงชีวิตของมนุษย์ นอกจากจะเป็นแหล่งวัตถุดิบในการผลิตและพัฒนาปัจจัยพื้นฐานแล้ว ยังเป็นตัวควบคุมระบบนิเวศซึ่งมีส่วนสำคัญในการก่อตัวของสังคมและกำหนดรูปแบบวัฒนธรรมของมนุษย์คงจะไม่เกินจริงไปนักหากจะกล่าวว่า ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมมีความสัมพันธ์กับเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อย่างไรก็ตาม ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่เปราะบาง (fragile) และใช้แล้วหมดไป (exhaustion) ยิ่งเมื่อต้องเผชิญกับกิจกรรมของมนุษย์ซึ่งตักตวงผลประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติอย่างไม่มีขอบเขตและส่งของเสียไม่พึงประสงค์กลับคืนสู่สิ่งแวดล้อมซึ่งล้วนเป็นความเสียหายอันสามารถแผ่ขยายเป็นวงกว้างและกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยรอบได้ปัญหาดังกล่าวนำมาสู่ความตระหนักรู้ในบทบาทของกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกัน (prevention) และการเยียวยา (remedial) สิ่งแวดล้อมซึ่งเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลากหลายสาขา ทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา กฎหมายปกครอง รวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง ตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลเช่นกัน²⁵

²⁴ section 188 Restatement (Second) of Conflict of Laws

“...

(2) In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

- (a) the place of contracting,
- (b) the place of negotiation of the contract,
- (c) the place of performance,
- (d) the location of the subject matter of the contract, and
- (e) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue.

(3) If the place of negotiating the contract and the place of performance are in the same state, the local law of this state will usually be applied, except as otherwise provided in ss 189-199 and 203.”

²⁵ Katia Fach Gómez, “Environmental Damage”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al. eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 657.

ส่วนที่สองนี้ ผู้ศึกษาจะได้นำเสนอการสำรวจบทบาทของการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่อง “ความรับผิดชอบเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน” (cross-border environmental damage) และความจำเป็นในการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว

2.1 จาก “ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม” มาสู่ “ความเสียหายต่อสิทธิของเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อม”

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า การป้องกันและเยียวยาสิ่งแวดล้อมเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายสาขา เพื่อหลีกเลี่ยงการซ้อนทับกันระหว่างสาขากฎหมายต่าง ๆ (overlapping areas of law) ในขั้นแรกจำเป็นต้องจำแนกบทบาทและความเกี่ยวข้องระหว่างสิ่งแวดล้อมและกฎหมายในแต่ละสาขาเสียก่อน ซึ่งอาจจำแนกโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายในเรื่องนั้น ๆ มุ่งคุ้มครองหากกฎหมายมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครอง “สิ่งแวดล้อมโดยตรง” (environment itself) รัฐย่อมเป็นผู้รับผิดชอบในฐานะผู้หน้าที่ในการคุ้มครองดูแลทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในเขตอำนาจของตน กฎหมายที่เกี่ยวข้องย่อมเป็นกฎหมายที่วาดด้วยการใช้อำนาจอธิปไตย อาทิจากกฎหมายปกครองและกฎหมายอาญา หน้าที่ดังกล่าวขยายไปถึงความรับผิดชอบร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศ²⁶ ซึ่งรัฐทั้งหลายมีพันธกรณีในการใช้ความระมัดระวังตามสมควร (obligation due diligence) และพันธกรณีในการทำให้แน่ใจ (obligation to ensure) ว่ากิจกรรมทั้งหลายที่ดำเนินอยู่ภายใต้เขตอำนาจของตนนั้น จะต้องไม่กระทบต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐอื่น ๆ หรือแม้แต่สิ่งแวดล้อมในเขตพื้นที่ที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของรัฐใดรัฐหนึ่ง (terra nullius)²⁷ หากรัฐล้มเหลวในการควบคุมดูแลดังกล่าว ก็จะไปสู่การรับผิดชอบตามหลักความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility)²⁸ อันเป็นพันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

หน้าที่ดังกล่าวสอดคล้องกับข้อความคิดเรื่องการกระทำของรัฐ (acta jure imperii) กลับกัน หากเป็นการกระทำของเอกชน หรือการกระทำของรัฐในฐานะที่เป็นเอกชน (acta jure gestionis) ย่อมต้องพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและสิ่งแวดล้อมบนพื้นฐานของกฎหมายเอกชน ในเรื่องนี้ กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิดคือกฎหมายที่มีบทบาทสำคัญในฐานะที่เป็นมาตรการเชิงเยียวยาความเสียหายตามหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle) อันที่จริง กฎหมายละเมิดทำหน้าที่ควบคุมพฤติกรรมมนุษย์ในสังคมไม่ให้กระทำการใด ๆ อันก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของเอกชนผู้อื่น และในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว กฎหมายละเมิดก็ทำหน้าที่เยียวยาสิทธิของเอกชนดังกล่าวด้วย วัตถุประสงค์ของกฎหมายละเมิดจึงไม่ใช่การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยตรงแต่เป็นไปในลักษณะการคุ้มครอง “สิทธิของเอกชนในการใช้ประโยชน์จากสิ่งแวดล้อม” (private rights to use environment) กระนั้น ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมหลายประเภทเกิดจากกิจกรรมของ

²⁶ นับตั้งแต่การก่อตั้งโครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (United Nations Environment Programme: UNEP) เพื่อสำรวจผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในระดับระหว่างประเทศและค้นหาวิธีการแก้ปัญหาและจัดการสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืน กระแสความสนใจของวงการกฎหมายระหว่างประเทศผนวกคดีเมืองนำไปสู่การพัฒนาหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศเป็นการเฉพาะขึ้น อาทิ หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (polluter pays principle) หลักความรับผิดชอบร่วมกันบนพื้นฐานที่แตกต่างกัน (common but differentiated responsibilities) see also Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, (2nded.), New York: Cambridge University Press, 2003.

²⁷ Trail Smelter (USA v Canada), Award RIAA, April 16, 1938, and March 11, 1941; Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), I.C.J. Judgment, 20 April 2010; Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India), PCA Award, case number 2011-01, 20 December 2013.

²⁸ สำหรับความรับผิดชอบของรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศผนวกคดีเมืองจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม see also Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), I.C.J. Judgment, 2 February 2018; และโปรดดู ฤกษ์ภากร ว่องวุฒิกุล, “สำรวจความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน”, *วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1), มิถุนายน 2561, 1 – 27.

ภาคอุตสาหกรรม และหลายครั้งก็เกิดจากตัวสภาพแวดล้อมเองเป็นเหตุ โดยสภาพ ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมจึงไม่ใช่สิ่งที่สามารถถูกจำกัดได้ภายใต้เขตอำนาจของรัฐใดรัฐหนึ่ง เมื่อเกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนภายใต้กฎหมายเอกชนย่อมทำให้เกิดนิสสัมพันธตามกฎหมายละเมิดระหว่างผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและผู้ได้รับความเสียหายเกิดองค์ประกอบต่างประเทศ²⁹

2.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน

มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ศาลต้องใช้ทั้ง “กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด” (*lex loci delicti*) และ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ในการพิจารณาทั้งความรับผิดและการชดเชยค่าเสียหาย³⁰ ในประเทศอังกฤษเรียกจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะเช่นนี้ว่า “Double Actionability” ซึ่งมีต้นกำเนิดมาจากคำพิพากษาในคดี *Philips v. Eyre*³¹ เมื่อปี ค.ศ. 1870 เอกลักษณะของจุดเกาะเกี่ยวนี้คือการใช้จุดเกาะเกี่ยวคู่กัน (cumulative connecting factors) แต่เนื่องจากจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องละเมิดของไทยไม่ได้ออกแบบมาโดยคำนึงถึงลักษณะพิเศษของความรับผิดเพื่อละเมิดแต่ละประเภท (particular tort) กล่าวคือ ไม่ว่าจะเป็นความรับผิดเพื่อละเมิดประเภทใด หากเกิดองค์ประกอบต่างประเทศและขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลไทยก็ต้องเลือกกฎหมายด้วยวิธีการเดียวกันทั้งสิ้น การวิเคราะห์การเลือกกฎหมายในเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนจึงต้องพิจารณาจากลักษณะของจุดเกาะเกี่ยวมาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายเสียก่อน

2.2.1 ว่าด้วยการตีความ “สถานที่เกิดละเมิด”

มาตรา 15 วรรคแรก พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้ศาลเลือกกฎหมายโดยพิจารณาจากกฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด (*lex loci delicti*) จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวได้รับความนิยมนิยมและได้รับการยอมรับว่าเหมาะสมกับคดีละเมิดที่มีองค์ประกอบต่างประเทศ แต่ก็ไม่ใช่ว่าจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวจะไม่ประสบปัญหาได้เลย “สถานที่เกิดละเมิด” (*locus delicti*) เองก็เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่แปรเปลี่ยนไปตามปัจจัยหลายประการเช่นเดียวกับสถานที่เกิดสัญญาซึ่งในกรณีที่ละเมิดเกิดจากกิจกรรมของเอกชนที่มีลักษณะข้ามพรมแดนซึ่งในส่วนของ “การกระทำ” (action) และ “ความเสียหาย” (damage) อาจเกิดขึ้นในคนละประเทศกัน การตอบคำถามว่า สถานที่เกิดละเมิดคือที่ใดกันแน่จึงเป็นสิ่งสำคัญและต้องทำเป็นลำดับแรก³²

แนวคิดที่ได้รับการยอมรับในการตีความสถานที่เกิดละเมิดมีอยู่ด้วยกัน 2 แนวคิด คือ “สถานที่เกิดการกระทำ” (*locus actus*) และ “สถานที่เกิดความเสียหาย” (*locus damni*) ทั้งนี้ การตีความจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงลักษณะกิจกรรมของเอกชนที่ทำให้เกิดความความรับผิดเพื่อละเมิดในแต่ละเรื่องด้วย สำหรับความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนกิจกรรมดังกล่าวอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 รูปแบบ คือ “ความเสียหายที่เกิดจากการแพร่กระจายของมลพิษ”

²⁹ Christian von Bar, “Environment and Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Vol. 268, Leiden: Nijhoff, 1997.

³⁰ มาตรา 15 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“หนึ่งซึ่งเกิดจากการละเมิด ให้บังคับตามกฎหมายแห่งถิ่นที่ข้อเท็จจริงซึ่งทำให้เป็นการละเมิดนั้นได้เกิดขึ้น ความในวรรคก่อนไม่ใช้แก่บรรดาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ ซึ่งไม่เป็นการละเมิดตามกฎหมายไทย กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตาม ฝ่ายที่ต้องเสียหายจะเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน หรือทางแก้อย่างใดไม่ได้นอกจากที่กฎหมายไทยยอมให้เรียกร้องได้”

³¹ *Philips v. Eyre*, 1870, L.R. 6 Q.B. 1.

³² Otto Kahn-Freund, “Where Is a Tort Committed?”, *The Modern Law Review*, Vol. 7, No. 4, (Nov. 1944), 243 – 245.

(emissions) และ “ความเสียหายที่เกิดจากการดำเนินกิจกรรมตามปกติของภาคอุตสาหกรรม”(typically events)³³ ความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมทั้ง 2 รูปแบบมีลักษณะที่แตกต่างกัน โดยผู้ศึกษาจะได้กล่าวถึงควบคู่ไปกับแนวคิดในการตีความสถานที่เกิดละเมิด

ฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดเรื่อง“สถานที่เกิดการกระทำ”(locus actus) เห็นว่า จุดเริ่มต้นของกฎหมายละเมิดมาจากความต้องการในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ไม่ให้เกิดการกระทำใด ๆ อันกระทบต่อสิทธิของเอกชนผู้อื่น การกระทำใดบ้างเป็นละเมิดย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายของประเทศที่เกิดการกระทำกำหนดไว้แนวคิดเช่นนี้ยังช่วยให้เอกชนสามารถทราบได้ล่วงหน้าว่าพฤติกรรมใดบ้างที่อาจเป็นละเมิดและสามารถหลีกเลี่ยงการกระทำดังกล่าวได้³⁴ การกระทำของเอกชนจึงเป็นจุดสำคัญในการกำหนดความรับผิด ในกรณีความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม กิจกรรมของภาคอุตสาหกรรมย่อมถูกควบคุมด้วยกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมซึ่งกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่ากิจกรรมใดบ้างจะต้องทำโดยระมัดระวัง ตัวอย่างเช่น กฎหมายของประเทศ A กำหนดให้โรงงานอุตสาหกรรมต้องประเมินความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment: EIA) หากโรงงานใดละเลยหรือฝ่าฝืนไม่ทำ EIA แล้วเกิดผลเสียหายข้ามพรมแดนไปยังสิทธิของเอกชนในการใช้สิ่งแวดล้อมของประเทศอื่น เมื่อความเสียหายเกิดจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศใดก็ควรนำกฎหมายละเมิดของประเทศนั้นมาใช้บังคับ กลับกัน ในกรณีความเสียหายจากการแพร่กระจายของมลพิษอาจมีที่มาจากการกระทำของภาคอุตสาหกรรมหรืออาจเกิดจากอุบัติเหตุซึ่งผู้ก่อให้เกิดความเสียหายไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ ในกรณีเช่นนี้อาจต้องคำนึงถึงมุมมองของทั้งผู้ก่อให้เกิดความเสียหายและประโยชน์ในการเยียวยาผู้ได้รับความเสียหายควบคู่กันด้วย

สำหรับฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดเรื่อง“สถานที่เกิดความเสียหาย”(locus damni)ให้ความสำคัญกับการคุ้มครองผู้เสียหาย (pro-defendant) มากกว่าโดยเห็นว่า การเยียวยาความเสียหายคือวัตถุประสงค์หลักของกฎหมายละเมิด แม้การกระทำของเอกชนจะเป็นต้นเหตุให้เกิดละเมิด แต่กฎหมายละเมิดก็มุ่งเยียวยาความเสียหายที่เอกชนได้รับ ไม่ใช่การลงโทษเช่นกฎหมายอาญาดังนั้นจึงสมควรใช้กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหายบังคับ ผู้เสียหายย่อมคาดหวังการคุ้มครองตามกฎหมายละเมิดในประเทศที่ตนอาศัยอยู่ถึงแม้ความเสียหายดังกล่าวจะเกิดจากการกระทำในต่างประเทศอย่างไรก็ดี การตีความข้างต้นอาจไม่เหมาะสมกับกรณีความเสียหายจากการแพร่กระจายของมลพิษซึ่งเกิดขึ้นในหลายประเทศพร้อมกันเป็นผลมาจากความบังเอิญ (fortuitous)³⁵ ตัวอย่างเช่น เรือของบริษัทสัญชาติอิตาลีแล่นทำน้ำมันรั่วในทะเลเมดิเตอร์เรเนียนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อธุรกิจประมงของบริษัทสัญชาติฝรั่งเศส เกิดความเสียหายต่อธุรกิจท่องเที่ยวของบริษัทสัญชาติสวิตซ์ หรือเกิดความเสียหายต่อธุรกิจพาณิชย์นาวีของบริษัทสัญชาติอังกฤษในกรณีเช่นนี้ ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายแทบจะไม่สามารถคาดเดาผลที่จะเกิดขึ้นได้จึงไม่มีโอกาสได้ป้องกันความเสียหาย

น่าเสียดายที่ศาลไทยไม่มีโอกาสได้ใช้มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ในการพิจารณาคดีแม้แต่ครั้งเดียวจึงไม่มีโอกาสได้ทดสอบการตีความสถานที่เกิดละเมิด สาเหตุสำคัญที่ไม่เคยมีคดีขึ้นสู่ศาลไทยเลยอาจเป็นผลมาจากความยุ่งยากซึ่งมาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายกำหนดให้ต้องใช้ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (lex fori) ภายหลังจากที่พิจารณากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดแล้ว

³³ Christian von Bar, supra note 39, 364; Thomas Kadner Graziano, “The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on Article 7 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 9, 2007, 73.

³⁴ Ibid, 369.

³⁵ Michael C. Pyles, “Tort and Related Obligations in Private International Law”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Volume 227, Leiden: Nijhoff, 1991, 45.

2.2.2 การจำกัดการใช้กฎหมายต่างประเทศในคดีละเมิดของไทย

โดยหลักการขัดกันแห่งกฎหมาย เมื่อจุดเกาะเกี่ยวชี้ไปยังกฎหมายของประเทศใด ศาลก็ต้องนำกฎหมายของประเทศดังกล่าวมาปรับใช้กับนิติสัมพันธ์ ในกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายจึงมีทั้งขั้นตอนการเลือกกฎหมาย และขั้นตอนการนำกฎหมายที่เลือกได้แล้วมาใช้ กระนั้นการที่มาตรา 15 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย กำหนดให้ใช้จุดเกาะเกี่ยวผสม (cumulative connecting factors) โดยศาลต้องพิจารณากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดเพื่อเลือกกฎหมาย แต่ในการใช้กฎหมายละเมิดของต่างประเทศจะต้องพิจารณาควบคู่กับ “กฎหมายของศาลที่พิจารณาคดี” (*lex fori*) ด้วยซึ่งในกรณีนี้หมายถึง “กฎหมายสารบัญญัติซึ่งกำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดของไทย”

หากกฎหมายละเมิดของไทยและของต่างประเทศมีเนื้อหาเหมือนกันก็คงจะไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด ในความเป็นจริง กฎหมายละเมิดของ Common Law และ Civil Law มีนิติวิธีที่ต่างกันอย่างชัดเจน³⁶ หรือแม้แต่ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบเดียวกันก็อาจมีรายละเอียดที่ต่างกันไปได้ ดังนั้น แม้การกระทำจะเป็นละเมิดตามกฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดก็ตาม หากการกระทำดังกล่าวไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายไทย ศาลไทยจะปฏิเสธการนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ทันทีพบว่าความรับผิดตาม Common Law แตกต่างจากความรับผิดตามกฎหมายไทย ศาลไทยจะใช้กฎหมายละเมิดไทยแทน

การเลือกกฎหมายโดยใช้ Double Actionability ยิ่งทวีความยุ่งยากขึ้นไปอีกในกรณีความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน เนื่องจากกฎหมายสารบัญญัติที่กำหนดความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของแต่ละประเทศมีนิติวิธีที่ต่างกันยิ่งกว่าความรับผิดเพื่อละเมิดตามปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน Common Law มักจะใช้กฎหมายละเมิด 4 ประเภทย่อยปรับใช้กับคดีสิ่งแวดล้อม ได้แก่ การล่วงล้ำ (trespass) การสร้างความเดือดร้อนรำคาญ (nuisance) ประมาทเลินเล่อ (negligence) และความรับผิดโดยเคร่งครัด (strict liability)³⁷ ขณะที่ความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของไทยก็มีการกำหนดความรับผิดเฉพาะเรื่องเกี่ยวกับไว้ในกฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) อาทิ ความรับผิดเพื่อละเมิดจากการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษจากแหล่งกำเนิดตามมาตรา 96 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535³⁸ ตัวอย่างเช่น โรงงานที่ปล่อยควันพิษจากการผลิต หรือมีการรั่วไหลของสารพิษจากสถานที่เก็บกักหรือความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดจากวัตถุอันตรายตามมาตรา 63 พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 ตัวอย่างเช่น ผู้ครอบครองเครื่องฉายรังสีโคบอลต์-60 ไม่ใช้ความระมัดระวังในการควบคุมดูแลจนเป็นเหตุให้สารกัมมันตภาพรังสีรั่วไหลจากเครื่องฉายดังกล่าว³⁹ โดยทั้งสองมาตราล้วนกำหนดให้ผู้กระทำ

³⁶ กฎหมายละเมิดของ Common Law กำหนดความรับผิดในลักษณะความรับผิดเฉพาะเรื่อง (specific types) กล่าวคือ ความเสียหายจากการกระทำในลักษณะใดบ้างที่จะต้องรับผิด ย่อมเป็นไปตามเหตุผลในคำพิพากษาศาลซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป ขณะที่ในระบบกฎหมาย Civil Law จะนำความรับผิดเฉพาะเรื่องมาใช้ในลักษณะข้อยกเว้นของความรับผิดทั่วไป (general principle) ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานการพิสูจน์ความผิด (fault) ของผู้กระทำ โปรดดู อนันต์ จันทโรภากร, “โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด”, **รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสัชทรัพย์**, สมยศ เชื้อไทย (บ.ก.), จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531, 95.

³⁷ Stuart Buck, “The Common Law and the Environment in the Courts”, *Case Western Reserve Law Review*, Vol. 58, 2008, 621 – 646.

³⁸ นอกจากมาตรา 96 แล้ว ในมาตรา 97 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 ยังบัญญัติถึงกรณีความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ (natural resources) ไว้ด้วย อย่างไรก็ตาม ลักษณะความรับผิดตามมาตรา 97 เป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นกับทรัพยากรธรรมชาติซึ่งอยู่ในความควบคุมของรัฐและถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งมีแต่รัฐเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้เสียหายได้ สำหรับผู้ที่สนใจการปรับใช้มาตรา 97 โปรดดู คำพิพากษาศาลจังหวัดลพบุรีคดีหมายเลขดำที่ 673/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 789/2552

³⁹ โปรดดู คำพิพากษาศาลอุทธรณ์ คดีหมายเลขดำที่ 4903-4904/2547 คดีหมายเลขแดงที่ 11713 - 11714/2551

ละเมิดต้องรับผิดชอบโดยเคร่งครัด (strict liability) เพื่อตัดขั้นตอนที่ยุ่งยากในการพิสูจน์ความจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังนั้น หากศาลไทยต้องเลือกกฎหมายในคดีละเมิด แล้วพบว่ากฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดชี้ไปยังกฎหมายของประเทศที่ใช้ Common Law เมื่อต้องใช้คู่กับกฎหมายละเมิดของไทยย่อมขัดแย้งกันในตัวเอง และทำให้ศาลไทยต้องปฏิเสธการใช้กฎหมายของประเทศอื่น

Double Actionability เป็นจุดเกาะเกี่ยวที่ถูกรื้อวิจารณ์อย่างมาก ด้วยรูปแบบที่บังคับให้ศาลต้องพิจารณากฎหมายละเมิดของสองประเทศพร้อมกันจึงเป็นภาระแก่ศาลซึ่งจะต้องพิจารณาเนื้อหากฎหมายสารบัญญัติ (กฎหมายละเมิด) ของสองประเทศตั้งแต่ในขั้นการเลือกกฎหมาย⁴⁰ นอกจากนี้ จุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวยังสร้างความไม่เหมาะสมและไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหายเพราะผู้ถูกฟ้องสามารถหลุดพ้นจากความรับผิด (escaping liability) ได้ โดยการพิสูจน์ว่าการกระทำของตนไม่เป็นละเมิดตามกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งก็เพียงพอแล้วซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายละเมิดซึ่งต้องการมอบวิธีการเยียวยาที่เหมาะสมแก่ผู้เสียหาย ปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้ศาลอังกฤษตัดสินใจสร้างจุดเกาะเกี่ยวประเภทใหม่ขึ้นเพื่อแก้ปัญหาของ Double Actionability ในคดี *Boys v. Chaplin*⁴¹ ศาลอังกฤษจึงตัดสินใจใช้ “กฎหมายที่เหมาะสมกับละเมิด” (Proper Law of Tort)⁴² ในการเลือกกฎหมาย โดยเปิดโอกาสให้ศาลสามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ว่า ยังมีองค์ประกอบต่างประเทศอื่นใดที่ใกล้ชิดกับคดีละเมิดมากกว่าหรือไม่ซึ่งช่วยเพิ่มความยืดหยุ่นในการเลือกกฎหมายให้แก่คดีละเมิดที่มีความซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะ (particular tort) สมเหตุสมผลยิ่งขึ้น

2.3 แนวทางการปรับปรุงการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องเรื่องความรับผิดเพื่อละเมิดจากความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดน

การที่กฎเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายของไทยยังคงใช้จุดเกาะเกี่ยวซึ่งศาลอังกฤษสร้างขึ้นมาตั้งแต่ ค.ศ. 1870 ซึ่งต่อมาก็ได้รับการแก้ไขไปแล้วอยู่นั้น เป็นหนึ่งในหลักฐานที่แสดงถึงความล้าสมัยของ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า ควรยกเลิกจุดเกาะเกี่ยวแบบ Double Actionability และควรใช้แต่เพียง “กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิด” (*lex loci delicti*) อย่างไรก็ดี ก็จำเป็นจะต้องสร้างความแน่นอนให้กับจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวด้วย วิธีการที่มีประสิทธิภาพอาจจำเป็นต้องกำหนดความหมายลงไปให้ชัดเจนว่า ต้องการให้กฎหมายของสถานที่เกิดละเมิดหมายถึงสถานที่ใด วิธีการดังกล่าวนอกจากจะช่วยสร้างความชัดเจนให้ความหมายของจุดเกาะเกี่ยวแล้ว ยังช่วยเพิ่มความมั่นใจให้กับการเลือกกฎหมายในกรณีเฉพาะเรื่องได้อีกด้วย ตัวอย่างเช่น ในสหภาพยุโรป Article 7 Rome II Regulation กำหนดจุดเกาะเกี่ยวเฉพาะสำหรับความรับผิดเพื่อละเมิดต่อความเสียหายจากสิ่งแวดล้อมข้ามพรมแดนไว้ว่า ให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหาย” (*lex loci damni infecti*) ในการเลือกกฎหมายเว้นแต่ในกรณีที่ผู้เสียหายเลือกจะใช้กฎหมายของสถานที่ที่เป็นต้นเหตุให้เกิดความเสียหาย (*lex loci delicti commissi*)⁴³ ซึ่งต่อมา ในคดี *Huaraz*⁴⁴ Mr. Saúl Luciano Lliuya ชาวนาสัญชาติเปรูฟ้อง

⁴⁰ Nicky Richardson, “Double Actionability and the Choice of Law”, *Hong Kong Law Journal*, Vol. 32, 2002, 497 – 517.

⁴¹ *Boys v. Chaplin*, 1969, 2 All ER 1085.

⁴² J.H. Morris, “The Proper Law of Tort”, *Harvard Law Review*, Vol. 64, 1950 – 1951, 881.

⁴³ Article 7 Rome II Regulation

“The law applicable to a non-contractual obligation arising out of environmental damage or damage sustained by persons or property as a result of such damage shall be the law determined pursuant to Article 4 (1), unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred.”

⁴⁴ *Lluyia v. RWEAG*, Case No. 2, O 285/15, Essen Regional Court.

คดีต่อศาลเยอรมนีถึงความเสียหายต่อผลผลิตทางการเกษตรซึ่งเกิดจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (climate change) อุณหภูมิที่เพิ่มขึ้น และการละลายตัวของธารน้ำแข็งในเมือง Andes ประเทศเปรู Mr. Lliuya อ้างรายงานผลการศึกษากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและพบว่า ปริมาณการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ร้อยละ 0.5 ของทั้งโลกเป็นความรับผิดชอบของ RWE บริษัทพลังงานสัญชาติเยอรมัน ในคดีนี้ ศาลเยอรมนีเลือกใช้กฎหมายละเมิดของประเทศเปรูในฐานะกฎหมายของสถานที่เกิดความเสียหายโดยไม่พิจารณาสถานที่เกิดการกระทำ แม้ว่าจุดเริ่มต้นที่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในประเทศเปรูจะมาจากกิจกรรมที่เกิดขึ้นในเยอรมนีก็ตาม

3. การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (Same-sex Marriage)

การสมรสเป็นจุดเริ่มต้นของสถาบันครอบครัวซึ่งเป็นสถาบันทางสังคมรูปแบบหนึ่ง กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการสมรสจึงมีความสัมพันธ์กับสภาพสังคม แนวคิดทางศาสนาและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศอย่างแนบชิด ซึ่งโดยปกตินิยม การสมรสคือการก่อสถานะทางกฎหมายระหว่างบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกัน (opposite-sex marriage) ปัจจุบัน ลักษณะการสมรสในสังคมต่าง ๆ เริ่มแตกต่างไปจากเดิม อันเป็นผลมาจากการปรับเปลี่ยนทัศนคติและมุมมองที่มีต่อเรื่อง “เพศ” (gender)

เรื่องสุดท้ายที่ผู้ศึกษาจะขอกล่าวถึงคือ “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน” (same-sex marriage) ซึ่งมีประวัติศาสตร์อันยาวนานในการเรียกร้องสิทธิในการสมรส(right to marry) ที่เท่าเทียมกับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกัน⁴⁵ และมีพัฒนาการของแนวคิดทางกฎหมายในเรื่องเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสซึ่งส่งผลต่อกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

3.1 จาก “การสมรสของบุคคลที่มีเพศตรงข้าม” มาสู่ “การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน”

มุมมองในเรื่องเพศของคู่สมรสเป็นประเด็นที่มีความละเอียดอ่อนในเชิงสังคมขณะเดียวกันก็เป็นแนวคิดที่มีการพัฒนาอย่างเป็นพลวัตแต่เดิม แนวคิดว่าด้วยเพศของมนุษย์พิจารณาจากลักษณะทางกายภาพโดยอาศัยอวัยวะสืบพันธุ์ในการจำแนกเพศ จึงสรุปได้ว่ามนุษย์มีลักษณะแบบทวิเพศ (gender dualism) กล่าวคือมีแค่เพศชาย(male) และหญิง(female)⁴⁶ มุมมองดังกล่าวค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงไปตามลำดับ สวีเดนเป็นประเทศแรกๆ ที่เริ่มให้ความสนใจบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ (gender pluralism) และสถานะทางกฎหมายของคู่รักที่มีเพศเดียวกันและได้ตั้งคณะกรรมการการศึกษาสถานะดังกล่าว นำเสียดายที่คณะกรรมการการศึกษาว่ายังไม่ควรรับรองสถานะของคู่รักเพศเดียวกันกระทั่ง ค.ศ. 1989 เดนมาร์กเป็นประเทศแรกที่รับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน กระนั้น กฎหมายเดนมาร์กเพียงแต่รับรองการเป็นหุ้นส่วนชีวิต (civil partnership) ของคู่รักที่มีเพศเดียวกันเท่านั้น ไม่ได้รับรองให้สามารถสมรสกันได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด⁴⁷

กระแสความคิดเรื่องมุมมองเกี่ยวกับเพศในทางกฎหมายระหว่างประเทศเองก็เริ่มเปลี่ยนแปลงไปจากเดิม คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (UN Commission on Human Rights) มีคำวินิจฉัยในคดี *Toonen v.*

⁴⁵ William N. Eskridge Jr., “A History of Same Sex Marriage,” *Yale Law School Faculty Scholarship Series*, Paper 1504, 1993, 1419 – 1513.

⁴⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, “จากระบบกฎหมายทวิเพศสู่ระบบกฎหมายพหุเพศ”, *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, ปีที่ 6 (ฉบับที่ 1), 2556, 5 – 25; นอกจากนี้ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้ให้ความหมายว่า “เพศ” หมายถึง “รูปที่แสดงให้รู้ว่าหญิงหรือชาย” โปรดดู ราชบัณฑิตยสถาน, *พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554*, กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556, 847.

⁴⁷ Walter Pintens and Jens M. Scherpe, “Same-sex Marriages”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 1604.

Australia⁴⁸ ว่า กฎหมายของรัฐภาคีซึ่งกำหนดบทลงโทษพฤติกรรมรักร่วมเพศ (homosexual) เป็นการละเมิดพันธกรณีตาม ข้อ 17 (สิทธิในความเป็นส่วนตัว) และข้อ 26 (การไม่ถูกเลือกปฏิบัติ) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1969 (1969 International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) อาจกล่าวได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นจุดเริ่มต้นที่กระตุ้นความสนใจของแนวคิดเกี่ยวกับสถานะตามกฎหมายของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ⁴⁹ กระทั่ง ค.ศ. 2001 เนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรกที่รับรองสถานการณ์สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

จากพัฒนาการความเป็นมาของดังกล่าว ผู้ศึกษาสามารถจำแนกแนวคิดเกี่ยวกับเพศในเรื่องการสมรสได้เป็น 3 กลุ่มได้แก่

กลุ่มแรก แนวคิดที่อนุญาตการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน (same-sex marriage) ประเทศที่อนุญาตมักจะผ่อนคลายความเคร่งครัดของเงื่อนไขแห่งการสมรสในกฎหมายครอบครัวเพื่ออนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (sex reassignment) สามารถสมรสกันได้โดยลักษณะเดียวกับการสมรสของชายและหญิง⁵⁰

กลุ่มที่สอง แนวคิดที่ไม่อนุญาตให้มีการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน แต่ยินยอมให้มีการก่อตั้งสถานะความสัมพันธ์รูปแบบใหม่อันเป็นการยอมรับสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว (right to family) ของบุคคลกลุ่มดังกล่าว แม้จะยังคงยึดถือธรรมเนียมปฏิบัติว่า สิทธิในการสมรส (right to marry) เป็นเรื่องที่สงวนไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศต่างกัน ประเทศที่เห็นด้วยกับแนวคิดนี้มักประกาศใช้กฎหมายเฉพาะ (*lex specialis*) ซึ่งกำหนดสิทธิและหน้าที่บางประการของคู่ชีวิตไว้แตกต่างไปจากสถานะของคู่สมรส เช่น ภาษี การประกันภัย สวัสดิการสังคม การตัดสินใจทางการแพทย์ การครอบครองทรัพย์สินร่วมกัน ตลอดจนการอนุญาตให้ทำการสมรสในโบสถ์ อนึ่ง เนื่องจากแต่ละประเทศมีชื่อเรียกสถานะความสัมพันธ์ในรูปแบบเช่นนี้แตกต่างกันออกไป ในบทความฉบับนี้ ผู้ศึกษาขออนุญาตเรียกสถานะดังกล่าวรวมกันว่า “หุ้นส่วนชีวิต” (civil partnership)⁵¹ ประเทศไทยเองมีความพยายามรับแนวคิดของสถานะข้างต้น จึงได้มีการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.⁵² ให้มีผลใช้บังคับ นำเสียดายเมื่อท้ายที่สุด ร่างกฎหมายฉบับนี้ไม่ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ

⁴⁸ Toonen v. Australia, Communication No. 488/1992, U.N. Doc CCPR/C/50/D/488/1992, 1994.

⁴⁹ ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองเริ่มยอมรับและตระหนักถึงความสำคัญในการให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลกลุ่มดังกล่าว แม้ท้ายที่สุดจะไม่มีการจัดทำสนธิสัญญาเป็นการเฉพาะ แต่นักวิชาการในแวดวงกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองและกฎหมายสิทธิมนุษยชนก็ได้ร่วมกันจัดทำหลักการ Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity) ซึ่งเป็นเอกสารเกี่ยวกับแนวทางในการนำสนธิสัญญาสิทธิมนุษยชนที่มีอยู่แล้ว มาปรับใช้ในบริบทความหลากหลายทางเพศ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าเป็นพัฒนาการอย่างเป็นพลวัตและได้รับการปรับปรุงเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคมอยู่เสมอ ในขณะที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ มีมติรับเอาหลักการ Yogyakarta Principles +10 เมื่อวันที่ 10 พฤศจิกายน ค.ศ. 2017 เพื่อเพิ่มเติมเนื้อหาของหลักการ Yogyakarta Principles ให้สอดคล้องกับบริบทในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น

⁵⁰ ในขณะที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ มี 24 ประเทศที่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้ว ได้แก่ เนเธอร์แลนด์ (2001) เบลเยียม (2003) สเปน แคนาดา (2005) แอฟริกาใต้ (2006) นอร์เวย์ สวีเดน (2009) โปรตุเกส ไอร์แลนด์ อาร์เจนตินา (2010) เดนมาร์ก (2012) บราซิล ฝรั่งเศส ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ (2013) สหราชอาณาจักร (2014) ลักเซมเบิร์ก สหรัฐอเมริกา ไอร์แลนด์ (2015) โคโลมเบีย (2016) ฟินแลนด์ มอลตา เยอรมนี และออสเตรเลีย (2017)

⁵¹ คำว่า civil partnership ไม่ใช่ศัพท์สามัญที่ใช้กันในทุกประเทศ แต่ละประเทศอาจกำหนดชื่อเรียกสถานะหรือรูปแบบความสัมพันธ์ใหม่ที่ใกล้เคียงกับการสมรสของบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันแตกต่างกันออกไป เช่น Registered partnerships Act (registreret partnerskab) ในเดนมาร์ก Civil Solidarity Pact (Pacte civil de solidarité) ในฝรั่งเศสหรือ Civil Partnership Act 2004 ของอังกฤษ อนึ่ง ในระหว่างที่เรียบเรียงบทความฉบับนี้ ทั้งสามประเทศอนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้ตามกฎหมายแล้ว

⁵² โปรดดูรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ที่ <http://ilaw.or.th/node/1821>

กลุ่มสุดท้าย แนวคิดที่ยังสว่นการสมรสไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกัน(opposite-sex marriage) แนวคิดนี้มีพื้นฐานเหตุผลมาจากความเชื่อทางศาสนา สังคมและวัฒนธรรมโดยเห็นว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสังคม (public order and *bonus mores*) ตลอดจนธรรมชาติในการสร้างครอบครัวและการสืบพันธุ์ของมนุษย์ บางประเทศถึงขั้นกำหนดให้พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญา⁵³สำหรับประเทศไทย แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่ได้บัญญัติเงื่อนไขในเรื่องเพศของคู่สมรสไว้อย่างแจ้งชัด แต่ที่ผ่านมาศาลฎีกาในคำพิพากษาฎีกาที่ 1557/2524 ตีความคำว่า “หญิง” โดยถือตามความหมายพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานว่าคนที่ออกลูกได้ การผ่าตัดแปลงเพศจึงเป็นแต่เพียงการเปลี่ยนแปลงลักษณะทางกายภาพของมนุษย์ ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายจากชายให้กลายเป็นหญิง หรือหญิงให้กลายเป็นชายได้⁵⁴ เป็นข้อยืนยันว่า เพศของคู่สมรสตามกฎหมายไทยจำกัดไว้สำหรับบุคคลที่มีเพศตรงข้ามกันเท่านั้น

ในปัจจุบัน ความก้าวหน้าของการคมนาคมระหว่างประเทศที่พัฒนาขึ้นทำให้เอกชนมีเสรีภาพในโยกย้ายถิ่นฐาน (freedom of movement)⁵⁵การเดินทางไปมาหาสู่ระหว่างกัน การท่องเที่ยว ตลอดจนการเดินทางไปทำงานในต่างประเทศ อาจทำให้เกิดสถานการณ์ของคู่สมรสที่มีเพศเดียวกัน หรือบุคคลที่จดทะเบียนหุ้นส่วนชีวิตเกิดองค์ประกอบต่างประเทศ⁵⁶ ซึ่งกรณีเช่นนี้ย่อมนำไปสู่กลไกการขัดกันแห่งกฎหมาย

3.2 ปัญหาการใช้การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยการสมรสมีขึ้นเพื่อสร้างความแน่นอนในทางกฎหมาย (legal certainty) ให้การสมรสที่มีองค์ประกอบต่างประเทศสามารถมีผลทางสมบูรณ์ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าคู่สมรสดังกล่าวจะไปอาศัยอยู่ ณ ประเทศใด⁵⁷ แต่ด้วยกระแสพัฒนาการของแนวคิดเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งนับวันจะมีประเทศที่รับรองสถานะดังกล่าวมากยิ่งขึ้น นำมาสู่การสำรวจกฎหมายเกณฑ์การขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของไทยว่าจะสามารถรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าวได้หรือไม่ เพียงใด

⁵³ ข้อมูลเมื่อ ค.ศ. 2017 มี 76 ประเทศที่กำหนดว่า พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญาโดยอัฟกานิสถาน บรูไนดารุสซาลาม อิหร่าน อิรัก มัลดีฟส์ มอริเตเนีย ซูดาน ไนจีเรีย เยเมน ซาอุดีอาระเบีย การ์ตา และโซมาเลีย กำหนดให้พฤติกรรมรักร่วมเพศเป็นความผิดอาญาที่มีโทษประหารชีวิต

⁵⁴ อนึ่ง ศาสตราจารย์ ดร.จุมพต สายสุนทร เคยตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับนัยยะของคำว่า “ชาย” (male) และ “หญิง” (female) ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า ควรคำนึงถึงบุคคลที่แปลงเพศแล้วโดยพิจารณาสภาพจิตใจของบุคคลนั้นประกอบมากกว่า

โปรดดู จุมพต สายสุนทร, “ฐานะทางกฎหมายของผู้รักร่วมเพศ”, *วารสารนิติศาสตร์*, ปีที่ 13 (ฉบับที่ 2), มิถุนายน 2527, 65.

⁵⁵ Rosalyn Higgins, “The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country”, *International Affairs*, Vol. 49, No. 3, July 1973, 341 – 357.

⁵⁶ ไทยเคยพบกรณีที่ตัวแทนทางทูตและทางกงสุลของต่างประเทศประสงค์ที่จะให้คู่สมรสที่มีเพศเดียวกันหรือบุคคลซึ่งได้จดทะเบียนรับรองหุ้นส่วนชีวิตสามารถเดินทางติดตามมาประจำการในประเทศไทยและได้การตรวจลงตรา (visa) ประเภททูต เพื่อที่จะได้รับเอกสิทธิ์และความคุ้มกันในฐานะคู่สมรส (spouse) ขอรหรือดังกล่าวเป็นประเด็นเกี่ยวกับการตีความพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางทูต พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกสิทธิ์และความคุ้มกันทางกงสุล พ.ศ. 2547 ซึ่งเป็นกฎหมายอนุวัติการอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต ค.ศ. 1961 และอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางกงสุล ค.ศ. 1963 ตามลำดับ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงไม่ได้มีโอกาสตีความในประเด็นของการขัดกันแห่งกฎหมาย โปรดดู หนังสือกระทรวงการต่างประเทศ ที่ กต 0802/60 ลงวันที่ 22 มกราคม 2558 ขอรหรือเกี่ยวกับการทบทวนแนวปฏิบัติสำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน/คู่ชีวิตของตัวแทนทางทูต/ทางกงสุลต่างประเทศที่ประจำการในประเทศไทย และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 1550/2558 เรื่อง ขอรหรือเกี่ยวกับการทบทวนแนวปฏิบัติสำหรับคู่สมรสเพศเดียวกัน/คู่ชีวิตของตัวแทนทางทูต/ทางกงสุลต่างประเทศที่ประจำการในประเทศไทย

⁵⁷ Walter Pintens and Jens M. Scherpe, “Same-sex Marriages”, in *Encyclopedia of Private International Law*, Jürgen Basedow et al. eds., Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017, 1605.

3.2.1 การขัดกันแห่งกฎหมายไทยและการปรับใช้กับการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน

การสมรสที่เมืองค์ประกอบต่างประเทศอาจเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะคือ “การสมรสกับชาวต่างชาติ” (miscegenation) และ “การสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ” (marriage abroad)

ในกรณีการสมรสกับชาวต่างชาติ แนวคิดดังกล่าวเกิดจากการแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเชื้อชาติต่างกัน (interracial)⁵⁸ จุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมในเรื่องนี้จึงเป็นการใช้ “กฎหมายตามสัญชาติของคู่สมรส” (*lex patriae*) ขณะที่กรณีการสมรสที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ จุดเกาะเกี่ยวที่ได้รับความนิยมคือ “กฎหมายของสถานที่ทำการสมรส” (*lex loci celebrationis*)⁵⁹ ซึ่งสอดคล้องกับการดำเนินการตามแบบแห่งการสมรส ในประเทศที่เกิดการสมรสขึ้น

พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติจุดเกาะเกี่ยวในเรื่องการสมรสไว้ 2 ประเภท กล่าวคือ “เงื่อนไขแห่งการสมรส” ตามมาตรา 19 และ “แบบแห่งการสมรส” ตามมาตรา 20

หากพิจารณาว่า เพศของคู่สมรสเป็นเงื่อนไขของการสมรส ในการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่เมืองค์ประกอบต่างประเทศย่อมจะต้องพิจารณาตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ซึ่งกำหนดให้เงื่อนไขแห่งการสมรสเป็นไปตาม “กฎหมายตามสัญชาติ” (*lex patriae*) ของคู่สมรสแต่ละฝ่าย⁶⁰ กล่าวคือ ศาลไทยจะต้องพิจารณากฎหมายครอบครัวตามสัญชาติของคู่สมรสทั้งสองฝ่ายเสมอ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายครอบครัวของประเทศที่ตนมีสัญชาติ ศาลไทยจะปฏิเสธการสมรสดังกล่าว

ผู้ศึกษาเห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวข้างต้นไม่ได้ออกแบบมาให้ใช้กับกรณีการแต่งงานในต่างประเทศแต่มิวัตถุประสงค์เพื่อใช้กับกรณีการสมรสระหว่างชาวไทยและชาวต่างชาติมากกว่า ในทางตำราอธิบายกันว่า “สัญชาติ” ตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย หมายถึง สัญชาติที่บุคคลมีอยู่ก่อนทำการสมรสกันเท่านั้น ไม่รวมถึงสัญชาติที่ได้มาโดยผลของการสมรส เนื่องจากกฎหมายสัญชาติของไทยในช่วงเวลาที่มีการประกาศใช้ พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย บัญญัติให้หญิงที่มีสัญชาติอื่นได้สัญชาติไทยทันทีที่สมรสกันตามกฎหมายกับชายไทย⁶¹ หากจุดเกาะเกี่ยวดังกล่าวหมายถึงสัญชาติของภรรยาที่ได้มาหลังสมรส เงื่อนไขแห่งการสมรสของทั้งสองฝ่ายย่อมเป็นไปตามกฎหมายไทย (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) โดยไม่ได้เคารพกฎหมายครอบครัวตามสัญชาติเดิมของฝ่ายหญิง⁶² แต่ในความเป็นจริง เป็นธรรมดาที่กฎหมายครอบครัวของแต่ละประเทศอาจกำหนดเงื่อนไขแห่งการสมรสไว้แตกต่างกัน การที่ศาลต้องพิจารณาเงื่อนไขแห่งการสมรสตามกฎหมายสัญชาติของคู่สมรสถึงสองประเทศพร้อมกันจึงค่อนข้างเป็นอุปสรรคในทางปฏิบัติ นอกจากนี้ การที่บางประเทศอนุญาตให้คนชาติของตนถือสองสัญชาติ (dual-nationality persons) ตลอดจนปัญหาสถานการณ์บุคคลไร้รัฐ (Stateless persons) และบุคคลไร้สัญชาติ (nationality-less persons) ล้วนนำไปสู่ผลลัพธ์ในการเลือกกฎหมายที่ไม่แน่นอน

⁵⁸ Albert A. Ehrenzweig, “Miscegenation in the Conflict of Laws”, *Cornell Law Review*, Vol. 45, Issue 4, Summer 1960, 664.

⁵⁹ Herbert F. Goodrich, “Foreign Marriages and the Conflict of Laws”, *Michigan Law Review*, Vol. 21, 1922, 743 – 764; Meg Penrose, “Something to (Lex Loci) Celebrationis?”, *Villanova Law Review*, Vol. 59, Issue 6, 2015, 1 – 8.

⁶⁰ มาตรา 19 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“เงื่อนไขแห่งการสมรสให้เป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของคู่กรณีแต่ละฝ่าย”

⁶¹ มาตรา 3 (4) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2456

⁶² สายหยุด แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, 292.

แม้จะมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการให้ใช้กับการสมรสกับชาวต่างชาติ แต่มาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ก็ไม่ได้บัญญัติว่าจะไม่นำมาใช้กับกรณีการสมรสในต่างประเทศแต่อย่างใด ในทัศนะของผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้สัญชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวอาจเป็นประโยชน์ต่อการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งสมรสกันในประเทศ ตัวอย่างเช่น นาย A สัญชาติติดตั้งสมรสกับนาย B สัญชาติอเมริกันที่ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นประเทศที่รับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน หากทั้งสองเดินทางมาทำงานและอาศัยอยู่ในไทยและขอให้ศาลไทยรับรองการสมรส เมื่อเงื่อนไขแห่งการสมรสในเรื่องเพศของทั้งสองฝ่ายสมบูรณ์ตามกฎหมายของประเทศที่ทั้งสองมีสัญชาติ ศาลไทยก็ต้องรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันดังกล่าว

สำหรับกรณีแบบแห่งการสมรสตามมาตรา 20 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมายบัญญัติให้ใช้ “กฎหมายของสถานที่ทำการสมรส” (*lex loci celebrationis*) ในการพิจารณาว่าบุคคลซึ่งทำการสมรสกันในประเทศสามารถกล่าวอ้างการสมรสดังกล่าวในไทยได้⁶³ซึ่งหากเห็นว่าการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นเรื่องแบบแห่งการสมรส และบุคคลเหล่านั้นสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายของประเทศที่อนุญาต ศาลไทยย่อมต้องรับรองการสมรสดังกล่าว อย่างไรก็ตาม บุคคลซึ่งมีสัญชาติต่างกันอาจหลีกเลี่ยง (evade) ประเทศที่ห้ามบุคคลที่มีเพศเดียวกันทำการสมรส โดยอาจเดินทางไปจดทะเบียน ประเทศที่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันแล้วเดินทางกลับมาอาศัยอยู่ที่ประเทศที่ไม่มีกฎหมายรับรอง ทำให้การสมรสแทบไม่มีความสัมพันธ์ตามความเป็นจริงกับสถานที่ที่สมรสเลย⁶⁴

3.2.2 การควบคุมกลไกการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันโดยใช้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

หากพิจารณาแต่เพียงจุดเกาะเกี่ยวตามมาตรา 19 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย อาจดูเหมือนศาลไทยมีโอกาใช้กฎหมายต่างประเทศเพื่อรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน อย่างไรก็ตาม กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายไม่ได้มีแค่การเลือกกฎหมายตามจุดเกาะเกี่ยวกำหนด ผู้ศึกษาจึงขอนำเสนอคดีของต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นถึงมุมมองที่อาจเกิดขึ้นในบริบทการขัดกันแห่งกฎหมายของไทย

คดีแรกคือ *Wilkinson v. Kitzinger*⁶⁵ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า คู่รักหญิงชาวอังกฤษสมรสกันโดยชอบด้วยกฎหมายที่แคนาดา ภายหลังเมื่อเดินทางกลับมาพำนักที่อังกฤษ ทั้งสองพบว่า สถานะคู่สมรสของตนไม่ได้รับการรับรองเนื่องจากอังกฤษไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ทั้งสองจึงได้รับสถานะ civil partnership ตาม Civil Partnership Act 2004 แทน อย่างไรก็ตาม สถานะของ civil partnership มีความแตกต่างจากสถานะของการสมรส คู่รักทั้งสองจึงฟ้องคดีให้ศาลอังกฤษรับรองสถานะคู่สมรสของตน ท้ายที่สุด ศาลสูงสุดของอังกฤษมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2006 ว่า ศาลอังกฤษไม่สามารถรับรองสถานะซึ่งไม่มีอยู่ในระบบกฎหมายอังกฤษ (สถานะคู่สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน) ได้แม้สถานะดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายต่างประเทศก็ตาม อนึ่งแม้จะไม่ได้กล่าวไว้อย่างชัดเจน แต่เหตุผลในคำพิพากษาคดี *Wilkinson v. Kitzinger* ก็สะท้อนแนวคิดการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศที่ไม่มีกฎหมายรับรองการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน หรือมีแต่เพียงกฎหมายรับรองสถานะของคู่ชีวิตว่า ไม่สามารถ

⁶³ มาตรา 20 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“การสมรสซึ่งได้ทำถูกต้องตามแบบที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งประเทศที่ทำการสมรสนั้น ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ การสมรสระหว่างคนในบังคับไทย หรือคนในบังคับไทยกับคนต่างด้าว ซึ่งได้ทำในต่างประเทศโดยถูกต้องตามแบบที่กฎหมายไทยกำหนดไว้ ย่อมเป็นอันสมบูรณ์”

⁶⁴ Linda Silberman, “Same-sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 153, 2005, 2195 – 2214.

⁶⁵ *Wilkinson v. Kitzinger*, 2006, EWHC 2022 (Fam).

รับรองการสมรสในต่างประเทศของบุคคลที่มีเพศเดียวกันได้ ทั้งยังอธิบายด้วยว่า สถานะของคู่ชีวิตเป็นคนละสถานะและ ไม่อาจเทียบเคียงกับสถานะคู่สมรสได้

คดีที่สอง คือ *Orlandi and Others v. Italy*⁶⁶ คู่รักเพศเดียวกัน 6 คู่ซึ่งสมรสกันตามกฎหมายของต่างประเทศ ขอให้รับรองสถานะคู่สมรสดังกล่าวนอิตาลี แต่อิตาลีปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่า การสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันขัดต่อ รัฐธรรมนูญอิตาลีซึ่งยืนยันแนวคิดดั้งเดิมของการสมรส (traditional concept of marriage) ระหว่างชายและหญิง การ สมรสระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันที่สร้างขึ้นในต่างประเทศจึงไม่สามารถนำมาจดทะเบียนในอิตาลีได้เนื่องจากขัดต่อความ สงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของอิตาลี คู่รักเพศเดียวกันทั้งหกจึงฟ้องคดีต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปซึ่งต่อมา มีคำ พิพากษาเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 2017 ว่า การที่อิตาลีปฏิเสธรับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันซึ่งทำขึ้นใน ต่างประเทศเป็นการละเมิดสิทธิในการก่อตั้งครอบครัว (right to family) อันเป็นพันธกรณีตามข้อ 8 อนุสัญญายุโรปว่า ด้วยสิทธิมนุษยชน

หากพิจารณาจากคดี *Wilkinson v. Kitzinger* และ *Orlandi and Others v. Italy* จะพบว่า การไม่มีกฎหมาย อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้คือจุดร่วมของคดีทั้งสอง เมื่อพิจารณากรณีของไทยซึ่งไม่มีกฎหมาย รับรองการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันและไม่มีกฎหมายรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิต ประกอบการตีความของศาลฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนทางปฏิบัติของกระทรวงการต่างประเทศ มีแนวโน้มที่จะนำหลักความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีตามมาตรา 5 พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย⁶⁷ มาใช้ในการปฏิเสธการรับรองการสมรสของ บุคคลที่มีเพศเดียวกัน

ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีเป็นหลักกฎหมายปลายเปิดที่ให้อำนาจศาลใช้ดุลยพินิจตัดสินใจว่า สิ่งใดคือ คุณค่าของสังคมซึ่งไม่อาจใช้กฎหมายต่างประเทศแทนได้ หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีจึงเป็นหลักการที่มีพลวัต ซึ่งจะเปลี่ยนแปลงไปตามปัจจัยด้านเวลา (*ratione temporis*) และสถานที่ (*ratione loci*) แต่ละประเทศอาจมีมุมมองใน เรื่องเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีที่แตกต่างกัน อีกทั้งมุมมองต่อคุณค่าบางเรื่องอาจเป็นความสงบ เรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในระยะเวลาหนึ่งแต่มุมมองดังกล่าวก็สามารถเปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาได้อันที่จริง การ สมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นตัวอย่างที่เป็นรูปธรรมที่สุดในเรื่องการเปลี่ยนแปลงหลักความสงบเรียบร้อยและ ศีลธรรมอันดี ในสหรัฐอเมริกาเคยปฏิเสธการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน ก่อนที่จะได้รับการยอมรับว่าเป็นสิทธิตาม รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา⁶⁸ หรือในเบอร์มิวดาซึ่งศาลสูงสุดมีคำพิพากษาในคดี *W Godwin et al. v. Registrar General*⁶⁹ อนุญาตให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถสมรสกันได้เมื่อปี ค.ศ. 2017 แต่ต่อมา ในปี ค.ศ. 2018 รัฐบาลเบอร์มิวดา กลับประกาศใช้ Domestic Partnership Act 2018 ซึ่งปฏิเสธหลักการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกัน โดยเปลี่ยนมาให้ บุคคลที่มีเพศเดียวกันสามารถจดทะเบียนคู่ชีวิตแทน

การแสวงหาหนทางอันลงตัวสำหรับการขัดกันแห่งกฎหมายในเรื่องการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันคงเป็น หัวข้อที่ต้องดำเนินการศึกษากันไป

⁶⁶ *Orlandi and Others v. Italy*, European Court of Human Rights, Applications nos. 26431/12; 26742/12; 44057/12 and 60088/12, Judgment of 14 December 2017.

⁶⁷ มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

“ถ้าจะต้องใช้กฎหมายต่างประเทศบังคับ ให้ใช้กฎหมายนั้นเพียงที่ไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแห่ง ประเทศไทย”

⁶⁸ *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S., 2015.

⁶⁹ *W Godwin et al. v. Registrar Genera*, 2017, SC (Bda) 36 Civ, 5 May 2017.

ความส่งท้าย

การขัดกันแห่งกฎหมายเป็นกลไกพิเศษที่สัมพันธ์กับการเปลี่ยนแปลงของสังคมและพัฒนาการของกฎหมายในเรื่องทางแพ่งและพาณิชย์จึงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎเกณฑ์/จุดเกาะเกี่ยวให้ทันสมัย เหมาะสมกับลักษณะของกิจกรรมข้ามพรมแดนอยู่เสมอ ยิ่งสภาพข้อเท็จจริงที่ทำให้เกิดองค์ประกอบต่างประเทศเปลี่ยนแปลงไปเพียงใด ก็ยิ่งจำเป็นต้องปรับปรุงจุดเกาะเกี่ยวให้เหมาะสมกับสภาพข้อเท็จจริง แต่เนื่องจากกฎเกณฑ์ทั้งหลายใน พ.ร.บ. การขัดกันแห่งกฎหมาย ออกแบบมาเพื่อใช้กับนิติสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งลักษณะของกิจกรรมในสังคมเมื่อปี พ.ศ. 2481 ไม่ได้มีความสลับซับซ้อนเท่ากับกิจกรรมข้ามพรมแดนในปัจจุบัน จึงทำให้กลไกการขัดกันแห่งกฎหมายของไทยไม่สามารถใช้ในการเลือกกฎหมายได้อย่างเหมาะสมเมื่อเครื่องมือล้าสมัย ไม่ทันต่อสภาพสังคมย่อมไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้ผู้ที่เกี่ยวข้องได้ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่จะทบทวนความเหมาะสมของกฎเกณฑ์ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

บรรณานุกรม

- กฤษฎากร ว่องวุฒิภูทก. สำนวนความท้าทายและข้อจำกัดบางประการของการปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในบริบทของมลพิษข้ามพรมแดน. วารสารนิติสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ปีที่ 11 (ฉบับที่ 1), มิถุนายน 2561, 1 – 27.
- จุมพต สายสุนทร. ฐานทางกฎหมายของผู้รุกร่วมเพศ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 13 (ฉบับที่ 2), มิถุนายน 2527.
- มณิสรา เทพหัสดิน ณ อยุธยา. การกำหนดค่าเสียหายเชิงลงโทษในคดีสิ่งแวดล้อม, วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.
- ราชบัณฑิตยสถาน. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน, 2556.
- ศูนย์กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร สำนักกฎหมายสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (องค์การมหาชน) กระทรวงเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร. สัญญาต้องเป็นสัญญา: การก่อให้เกิดสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ และการคุ้มครองผู้บริโภคในสัญญาอิเล็กทรอนิกส์ ประเด็นข้อสัญญาไม่เป็นธรรม, (พิมพ์ครั้งที่ 2.), มีนาคม 2559.
- สมชาย ปรีชาศิลปกุล. จากระบบกฎหมายทวีปยุโรปสู่ระบบกฎหมายพหุเทศ, วารสารนิติสังคมศาสตร์. ปีที่ 6 (ฉบับที่ 1), 2556, 5 – 25.
- สายหยุด แสงอุทัย. การขัดกันแห่งกฎหมาย หลักการทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบาย พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา, พระนคร: ม.ป.ท., ม.ป.ป..
- หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร. ร่างพระราชบัญญัติวางกฎเกณฑ์การวินิจฉัยข้อขัดกันระหว่างกฎหมายของนานาประเทศ พุทธศักราช 2481 (วาระที่ 2). เอกสารสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หมายเลข ม-สศก 1/258.
- อนันต์ จันทโรภากร, โครงสร้างพื้นฐานกฎหมายลักษณะละเมิด, รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เภสภทรัพย์, สมยศ เชื้อไทย (บ.ก.), จัดพิมพ์โดย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพฯ: พี.เค. พรินต์ติ้งเฮาส์, 2531.

- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 1. วิชา. ลำดับที่ 37. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 5), กันยายน – ตุลาคม, 2554.
16 – 22.
- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 2. วิชา. ลำดับที่ 38. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 6), พฤศจิกายน – ธันวาคม, 2554, 56 – 60.
- 100 ปี สัญชาติไทย ตอนที่ 3. วิชา. ลำดับที่ 39. ปีที่ 5 (ฉบับที่ 7), ธันวาคม 2554 – มกราคม, 2555, 39 – 44.
- Albert, A. Ehrenzweig. *Miscegenation in the Conflict of Laws*. Cornell Law Review.
Vol. 45, Issue 4, Summer 1960, 659 – 678.
- Bogdan, M. *Contracts in Cyberspace and the New Regulation “Rome I”*. Masaryk University Journal of
Law and Technology. Vol. 3, No. 2, 2009, 219 – 225.
- Cane, P. *The Anatomy of Tort Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997.
- Christian, von. Bar. *Environment and Private International Law*. Recueil des Cours de l’Académie de
Droit International de La Haye. Vol. 268, Leiden: Nijhoff, 1997,
291 – 412.
- Currie, B. *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws*. Duke Law Journal. Vol. 1959, No.
2, Spring 1959, 171 – 181.
- Frederick, A. Mann. *The Proper Law in the Conflict of Laws*. The International and Comparative Law
Quarterly. Vol. 36, No. 3, Jul 1987.
- Freund, O. Kahn. *General Problems of Private International Law*. (2nded.), Netherland: Sijthoff &
Noordhoff. 1980.
- Freund, O. Kahn. *Where Is a Tort Committed?*. The Modern Law Review. Vol. 7, No. 4, Nov. 1944, 243
– 245.
- Gómez, K. *Environmental Damage*. in *Encyclopedia of Private International Law*. Jürgen Basedow et al.
eds. Vol. I, Edward Elgar Publishing Ltd., 2017.
- Graziano, T. *The Law Applicable to Cross-Border Damage to the Environment: A Commentary on
Article 7 of the Rome II Regulation*. Yearbook of Private International Law. Vol. 9, 2007.
- Hay, P. *Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law: Reflections on Current
European and United States Conflicts Law*. Recueil des Cours de l’Académie de Droit
International de La Haye. Vol. 226, Leiden: Nijhoff, 1991.
- Heiss, H. *Party Autonomy*. Rome I Regulation - The Law Applicable to Contractual Obligations in
Europe. Franco Ferrari and Stefan Leible eds., Munich: european law publishers, 2009, 1 – 16.
- Herbert, F. Goodrich, *Foreign Marriages and the Conflict of Laws*. Michigan Law Revie.
Vol. 21, 1922, 743 – 764.

- Higgins, R. The Right in International Law of an Individual to Enter, Stay in and Leave a Country. *International Affairs*. Vol. 49, No. 3, Jul. 1973, 341 – 357.
- Hussel, G. The Foreign Fact Element in Conflict of Laws. *Virginia Law Review*. Vol. 26, No.3, January 1940, 243 – 274.
- Johnston, Rob. Party Autonomy in Contracts Specifying Foreign Law. *William & Mary Law Review*. Volume 7, Issue 1, 1966, 37 – 60.
- Karl, F. & Savigny, V. translated from German into English by Guthrie W. A Treatise on the Conflict of Laws and the Limits of Their Operation in Respect of Place and Time. Edinburgh: T.T. Clark, 1880.
- Kruger & Verhellen. Dual Nationality = Double Trouble?. *Journal of Private International Law*. Vol. 7, No. 3, 2011, 601 – 626.
- Latham, M. Schwartz, E. and Appel, E. Christopher. The Intersection of Tort and Environmental Law: Where the Twains Should Meet and Depart. *Fordham Law Review*, Vol. 80, Issue 2, 2011, 737 – 773.
- Loewenfeld, E. Status of Stateless Persons. *Transactions of the Grotius Society*. Vol. 27, 1941, 59 – 112.
- Morris, J. H. The Proper Law of Tort. *Harvard Law Review*. Vol. 64, 1950 – 1951.
- Mortelmans, K.J.M. The Functioning of the Internal Market: The Freedoms. in *The Law of the European Union and the European Communities*, P.J.G. Kapteyn et al. eds., (4thed.), Netherland: Kluwer International Law, 2008.
- North, M. Peter. Choice in Choice of Law. *The King’s College Law Journal*. Vol. 29, No. 3, 1992, 29 – 48.
- Nova, R. Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws. *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. Vol. 118, Leiden: Nijhoff, 1966.
- Parikh, M. Tortious Liability for Environmental Harm: A Tale of Judicial Craftmanship. *Nirma University Law Journal*, Vol. 2, Issue 2, January 2013.
- Penrose, Meg. Something to (Lex Loci) Celebrationis?. *Villanova Law Review*. Vol. 59, Issue 6, 2015, 1 – 8.
- Pryles, C. Michael. Tort and Related Obligations in Private International Law. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*. Volume 227, Leiden: Nijhoff, 1991.
- Richardson, Nicky. Double Actionability and the Choice of Law. *Hong Kong Law Journal*. Vol. 32, 2002, 497 – 517.

Sands, P. Principles of International Environmental Law. (2nd ed.), New York Cambridge University Press, 2003.

Silberman, L. Same-sex Marriage: Refining the Conflict of Laws Analysis. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 153, 2005, 2195 – 2214.

Visher, F. Connecting Factors. International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III, Private International Law, International Association of Legal Science, 1969.

Wang, FF. Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal Practices in the EU, US and China. Cambridge University Press, 2010.

William, N. & Eskridge, Jr. A History of Same Sex Marriage. Yale Law School Faculty Scholarship Series. Paper 1504, 1993, 1419 – 1513.

ทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์: แนวทางการพัฒนากฎหมายทรัสต์ในประเทศไทย

Trust in perspective civil law: The development of Trust Legal in Thailand

จิรนนท์ ไชยบุปผา

Jiranan Chaibubpa

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ จังหวัดสงขลา 90000 ประเทศไทย

Faculty of Law, Thaksin University, Songkhla Province 90000 Thailand

อีเมลล์: jiranan.cs@gmail.com

Email: jiranan.cs@gmail.com

บทคัดย่อ

การจัดตั้งทรัสต์เป็นหนึ่งในกลยุทธ์ของการจัดการทรัพย์สินของมหาเศรษฐีและนักลงทุนที่แพร่หลายในต่างประเทศ โดยเฉพาะในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยการจัดตั้งทรัสต์จะทำให้เกิดการรวบรวมทรัพย์สินอย่างเป็นระบบเพื่อนำมาใช้ในการบริหารจัดการอย่างเป็นรูปธรรมและเกิดผลตอบแทนที่เพิ่มพูนขึ้น ตลอดจนสร้างความมั่นคงและสืบทอดทรัพย์สินไปยังทายาทอย่างยั่งยืนซึ่งหลักการสำคัญของการจัดตั้งทรัสต์คือการแบ่งแยกความรับผิดชอบและความเสียหายที่ชัดเจน โดยเฉพาะหลักการห่างไกลจากการล้มละลาย (Bankruptcy Remoteness) และการทำหน้าที่ของทรัสต์

โดยในปัจจุบันประเทศไทยได้อนุญาตให้จัดตั้งทรัสต์เพื่อใช้ส่งเสริมการทำธุรกรรมในรูปแบบต่าง ๆ เช่น การระดมทุนในรูปแบบของกองทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust: REIT) กองทรัสต์เพื่อการลงทุนในโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastructure Trust : IFT) การจัดตั้งกิจการเงินร่วมลงทุน (Private Equity Trust: PE Trust) และการออกตราสารทางการเงินตามหลักศาสนาอิสลาม (ศุฎก) ซึ่งการจัดตั้งทรัสต์ในลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงการระดมทุนเพื่อการทำธุรกรรมในตลาดทุนโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 เท่านั้น โดยที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ไม่สามารถจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์เป็นอย่างอื่นได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัตินี้เองอาจไม่เอื้อต่อการบริหารจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลแต่อย่างใดจึงเป็นเหตุให้นักลงทุนและมหาเศรษฐีในประเทศไทยเป็นจำนวนมากถ่ายเททรัพย์สินออกไปบริหารจัดการยังต่างประเทศโดยเฉพาะประเทศที่มีกฎหมายรองรับการจัดการทรัพย์สินส่วนบุคคลที่มีผู้ดูแลและไม่มีการจัดเก็บภาษีมรดก เช่น ประเทศฮ่องกงและสิงคโปร์ อย่างไรก็ตาม หลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ได้มีการอนุญาตให้มีการก่อตั้งทรัสต์และจัดเก็บภาษีมรดกควบคู่กัน เช่น ประเทศญี่ปุ่น ไต้หวัน ฟิลิปปินส์ และเวียดนาม เป็นต้น

ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมุ่งนำเสนอถึงมุมมองและรูปแบบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เพื่อเป็นข้อมูลพื้นฐานแก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาให้มีกฎหมายจัดตั้งทรัสต์ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยซึ่งอาจเป็นหนึ่งในกลไกที่ใช้ในการบริหารจัดการทรัพย์สินเพื่อลดการเคลื่อนย้ายเงินทุนออกนอกประเทศและดึงดูดเงินทุนจากต่างชาติให้เข้ามาในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: ทรัสต์, การจัดการทรัพย์สิน, ซีวิลลอว์

Abstract

The trust establishment is one of the property management strategies of billionaires and investors, and it is widespread overseas, especially in countries using common law system. The trust establishment leads to a systematic collection of assets which can be used to manage tangible and incremental returns. It builds stability and inherits property to sustainable heirs. The main principle of trust establishment is the clear separation of responsibilities and damages, especially the Bankruptcy Remoteness principle and how trustees perform their duty.

At present, Thailand allows the establishment of trust to promote various types of transactions, such as fundraising in the form of the Real Estate Investment Trust (REIT), the Infrastructure Trust (IFT), the Private Equity Trust (PE Trust), and the Issuance of Islamic Financial Instruments (Sukuk). These types of trust are just fundraising for capital market transactions based only on the Trust for Transactions in Capital Market Act B.E. 2550, and the trustees cannot establish trusts with other purposes. The rules under this Act may not be conducive to the management of personal property. Therefore, many investors and billionaires in Thailand transfer their assets overseas, particularly in countries with legally enforceable personal property management such as Hong Kong and Singapore. On the other hand, many countries that are using the civil law system allow the establishment of trust as well as the collection of inheritance tax at the same time, such as Japan, Taiwan, Philippines, and Vietnam.

Hence, this article focuses on presenting the perspective and forms of asset management for individuals in countries using civil law system. This is basic information for the relevant organizations to consider the law to establish trust which is suitable for the context of the Thai society, and it may be one of the mechanisms used to manage assets to reduce capital outflow to attract more foreign capital investment into Thailand.

Keyword: Trust, Property Management, Civil Law

1. บทนำ

เป็นที่ทราบดีว่าการจัดตั้งทรัสต์เป็นที่แพร่หลายในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์โดยถูกนำมาใช้ในการบริหารจัดการทรัพย์สินที่มีความหลากหลายไม่ว่าจะเป็นการบริหารจัดการธุรกิจ การลงทุน การแก้ปัญหาความไม่เป็นธรรมในครอบครัวตลอดจนแก้ปัญหาทางศาสนาและการกุศล จนมีนักวิชาการบางท่านเปรียบทรัสต์เสมือนยาวิเศษที่สามารถรักษาได้ทั้งอาการปวดฟัน ข้อเท้าเคล็ด และศีรษะล้าน จนเป็นเรื่องที่ประหลาดอย่างน่าอัศจรรย์อย่างไก็ดี ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์แม้จะเริ่มมีการยอมรับสถานะของทรัสต์ภายใต้ระบบกฎหมายของตนหากแต่ยังมีข้อถกเถียงที่ไม่ลงรอยกันในประเด็นเกี่ยวกับนิติสัมพันธ์ในการก่อตั้งทรัสต์ว่าจัดเป็นความเกี่ยวพันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (law of property) หรือความเกี่ยวพันตามกฎหมายลักษณะหนี้ (law of obligation) ตลอดจนการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในความ

¹ Pierre Lepaulle, "Civil Law Substitutes for Trusts", *the Yale Law Journal*, Vol.36 (No.8), 1, June 1927.

เป็นเจ้าของ (duality of ownership) ซึ่งหลักการดังกล่าวไม่ปรากฏในระบบซีวิลลอว์จึงเป็นเรื่องท้าทายสำหรับนักกฎหมายที่ยังคงต้องหาคำตอบเพื่อสร้างความเป็นธรรมภายใต้นิติวิธีในระบบกฎหมายของตน

เมื่อพิจารณาประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของการจัดตั้งทรัสต์พบว่า ประเทศที่อยู่ใน 10 อันดับที่ได้รับการยอมรับด้านการจัดการความมั่งคั่ง (wealth management) ของโลกโดยส่วนใหญ่มีการยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์² โดยมุ่งใช้ทรัสต์เป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการทรัพย์สินและดึงดูดการลงทุนนอกจากนี้ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา (Thailand Development Research Institute: TDRI) ได้นำเสนอถึงประโยชน์ของการจัดตั้งทรัสต์ในบางประเทศ เช่น ประเทศญี่ปุ่นสามารถนำทรัสต์มาเป็นเครื่องมือในการกระตุ้นให้เศรษฐกิจขยายตัวเพิ่มขึ้นในปีค.ศ.2001 – 2011 คิดเป็นมูลค่าสะสมประมาณ 31 ล้านล้านเยน รวมทั้งทำให้เกิดการจ้างงานรวมประมาณ 3 แสนคน โดยในจำนวนดังกล่าวเป็นการจ้างงานโดยตรงผ่านกองทุนทรัสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Investment Trust : REIT)³ ซึ่งสะท้อนถึงบทบาทของทรัสต์ในฐานะของการเป็นเครื่องมือระดมทุนสำหรับการพัฒนาธุรกิจและเศรษฐกิจของประเทศ

อย่างไรก็ดี ภายใต้ระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบซีวิลลอว์กลับมิได้ยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารทรัพย์สิน เว้นแต่จะอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์นั้น ซึ่งในปัจจุบันคงมีเพียงพระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ที่อนุญาตให้จัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารทรัพย์สินได้หากแต่ยังคงจำกัดเฉพาะการทำธุรกรรมในตลาดทุนเท่านั้นโดยไม่สามารถนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นได้ประกอบกับการจัดตั้งทรัสต์ต้องดำเนินการโดยบริษัทมหาชนซึ่งต้องระดมทุนจากประชาชนโดยตรงและต้องเป็นผลิตภัณฑ์ทางการเงินรูปแบบต่าง ๆ ที่เป็นหลักทรัสต์ ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของบุคคลธรรมดาหรือบริษัทจำกัดทั่วไปที่ไม่สามารถก่อตั้งทรัสต์หรือประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ได้ นักธุรกิจหรือมหาเศรษฐิจจึงโอนทรัพย์สินของตนไปจัดตั้งทรัสต์ในต่างประเทศเพื่อบริหารจัดการทรัพย์สินให้เกิดประสิทธิภาพ ส่งผลให้ประเทศไทยต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับการไหลออกของความมั่งคั่งอันกระทบต่อเสถียรภาพทางการเงินของประเทศ

จึงเป็นความท้าทายของประเทศไทยในการที่จะต้องศึกษาความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการรับรองให้มีการจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการทำธุรกรรมในตลาดทุนขึ้นในประเทศไทย

2. พัฒนาการความเป็นตามกฎหมายทรัสต์

ในการพิจารณาถึงแนวทางการพัฒนาหรือความเป็นไปได้ในการรับรองให้มีการจัดตั้งทรัสต์ที่มีวัตถุประสงค์อย่างอื่นภายใต้ระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น สิ่งที่สำคัญไม่ได้คือการศึกษาถึงทัศนคติและมุมมองในทางกฎหมายเกี่ยวกับทรัสต์ภายใต้ระบบซีวิลลอว์เนื่องจากเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าสิ่งสำคัญในการเรียนรู้กฎหมายมิได้อยู่ที่การศึกษากฎเกณฑ์หรือข้อกำหนดของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในแต่ละประเทศเท่านั้น หากแต่ส่วนที่สำคัญสำหรับการศึกษามากกว่านั้นคือการเรียนรู้โครงสร้าง (Structure) การแยกประเภท (Categories) และวิธีการ (Methods) อันเป็นรากฐานใน

² สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย, ประเทศไทยควรอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจทรัสต์ที่เปิดกว้างมากขึ้น, สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก [http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20articleTrustnewsletterfor%20pressfinal\(1\).pdf](http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20articleTrustnewsletterfor%20pressfinal(1).pdf)

³ Ibid.

การศึกษากฎหมายของแต่ละระบบ⁴ เมื่อหลักกฎหมายทรัสต์มีบ่อเกิดมาจากกฎหมายคอมมอนลอว์จึงอาจส่งผลต่อนิติวิธีในการใช้และตีความกฎหมายหากมีการนำกฎหมายทรัสต์มาใช้ในประเทศไทย

ดังนั้น การศึกษาถึงบ่อเกิด สถานะ และแนวคิดที่สำคัญของทรัสต์ภายใต้ระบบคอมมอนลอว์ผ่านมุมมองและหลักการทางกฎหมายภายใต้ระบบซีวิลลอว์จึงเป็นส่วนสำคัญในการปรับใช้กฎหมายทรัสต์ที่เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

สำหรับแนวคิดเรื่องทรัสต์เริ่มพัฒนาขึ้นครั้งแรกในยุคโรมันโดยเป็นทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นตามพินัยกรรม (Testamentary Trusts)⁵ ซึ่งเป็นทรัสต์ที่จะมีผลเมื่อมีการตายเกิดขึ้นและมักใช้เมื่อบุคคลผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินต้องการให้ผู้รับประโยชน์ในทรัพย์สินนั้นในช่วงเวลาที่เหมาะสม ส่วนทรัสต์ที่ก่อตั้งในระหว่างผู้ก่อตั้งทรัสต์ยังมีชีวิตอยู่ (Living Trust) ถูกพัฒนามาจากหลัก “Use ”(*ad opus*) ของประเทศอังกฤษ⁶ ที่พัฒนาขึ้นเพื่อความเป็นธรรมในการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่มีในศตวรรษที่ 13 จากกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องออกไปรบในสงครามครูเสด (Crusades) ได้โอนที่ดินให้แก่ผู้ที่ตนไว้วางใจโดยที่ผู้รับโอนทราบถึงเจตนาของเจ้าที่ดินว่าเป็นการโอนไปเพื่อประโยชน์แก่ครอบครัวของเจ้าของที่ดินนั้นเองโดยการกระทำดังกล่าวนี้ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่าหากตนไปรบแล้วไม่ได้กลับมาที่ดินนั้นจะตกทอดไปยังทายาทไม่ใช่ตกไปอยู่ในความครอบครองของขุนนาง (Load)⁷ อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมาผู้รับโอนกลับไม่จัดการที่ดินนั้นเพื่อประโยชน์ของคนในครอบครัวผู้โอนแต่กลับจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของตนเอง ซึ่งกฎหมายคอมมอนลอว์ในขณะนั้นกลับไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณีได้เนื่องจากยอมรับเฉพาะหลักกรรมสิทธิ์ (Ownership) ของผู้โอนเท่านั้น แต่ครอบครัวของผู้รับโอนไม่มีสิทธิตามกฎหมายในที่ดินดังกล่าวแต่อย่างใดเพราะคำมั่นสัญญาที่ให้ไว้ต่อกันเป็นการผูกมัดตามลักษณะของความไว้น้ำใจ (Binding in Honor) เท่านั้น ส่งผลให้ศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) ได้นำหลักเอควิตี้ (Equity) มาใช้ในการปกป้องครอบครัวของผู้รับโอน โดยให้ผู้โอนปฏิบัติตามข้อตกลง กล่าวคือ กำหนดให้ผู้รับประโยชน์ซึ่งไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินสามารถเรียกร้องประโยชน์เหนือทรัพย์สินภายใต้ความตกลงเสมือนเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้น โดยถือว่าบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักความเป็นธรรม⁸

จากพัฒนาการดังกล่าว จึงทำให้นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ได้ถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายในการจัดการทรัพย์สินในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์ ไม่ว่าจะเป็นการถ่ายโอนทรัพย์สินให้กับคนในครอบครัว การจัดตั้งทรัสต์ในรูปองค์กรธุรกิจ ตลอดจนการใช้ทรัสต์เพื่อการระดมทุนในตลาดทุน

⁴ กิตติศักดิ์ ปกรติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555, 16 – 17.

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, *ความรู้เกี่ยวกับทรัสต์*, สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://www.set.or.th/th/products/listing/files/Knowtrusts.pdf>

⁶ Gilbert Paul Verbit, *The Origins of trust*, Xlibris Corporation, 2002, 24.

⁷ Paul S. Davies and Graham Virgo, *Equity & Trust : Text, Case, and Materials*, Oxford: Oxford University Press, 2013, 24 - 25.

⁸ Richard Edward and Nigel Stockwell, *Trust & Equity*, London: Pitman, 1992, 6.

3. ความหมายและประเภทของทรัสต์

3.1 ความหมายของทรัสต์

เมื่อกล่าวถึงความหมายของทรัสต์นั้นอาจมีนักวิชาการหลายท่านให้นิยามหรือความหมายไว้อย่างหลากหลาย โดยในที่นี้จะขอยกกล่าวถึงความหมายของทรัสต์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการบังคับและรับรองทรัสต์ (Convention on the law applicable to trusts and on their recognition) ซึ่งได้นิยามความหมายของ “ทรัสต์” ว่าหมายถึง นิติสัมพันธ์ทางกฎหมายที่เกิดขึ้นระหว่างมีชีวิตหรือเมื่อถึงแก่ความตายโดยบุคคลที่เรียกว่า “ผู้ก่อตั้งทรัสต์” (Settlor) มอบกองทรัพย์สินให้อยู่ภายใต้การควบคุมของ “ทรัสต์”(Trustee) เพื่อประโยชน์หรือวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้เป็นการเฉพาะอย่างหนึ่งอย่างใดได้แก่ “ผู้รับประโยชน์” (Beneficial)⁹

โดยในการจัดตั้งทรัสต์ต้องอาศัยหลักแห่งความแน่นอน 3 ประการ ได้แก่ ความแน่นอนแห่งเจตนาที่จะตั้งทรัสต์ (Certainty of Words) ความแน่นอนแห่งทรัพย์สินของกองทรัสต์ (Certainty of Subject Matter) และความแน่นอนแห่งตัวผู้รับประโยชน์ (Certain of Object)¹⁰ ซึ่งผลของการก่อตั้ง ทรัสต์จะให้เกิดสิทธิในทางทรัพย์สินเป็น 2 ลักษณะ คือ เจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Ownership) และเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ (Beneficial Ownership)¹¹ โดยทรัสต์ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายจะมีสิทธิ (Legal Interest) ในการจำหน่ายจ่ายโอนและจัดการทรัพย์สินในกองทรัสต์ตามกรอบที่สัญญาทรัสต์กำหนดไว้โดยไม่มีสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ส่วนผู้รับประโยชน์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ซึ่งมีสิทธิได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย (Equitable Interest)

3.2 หลักการที่สำคัญของกฎหมายทรัสต์

เมื่อมีการก่อตั้งทรัสต์แล้วจะเกิดความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่สำคัญระหว่างทรัสต์และผู้รับประโยชน์ โดยทรัสต์จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมาย (Legal Ownership) ส่วนผู้รับประโยชน์จะเป็นเจ้าของในผลประโยชน์ตามหลักความเป็นธรรม (Beneficial Ownership) ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวในระบบคอมมอนลอว์โดยอาจเรียกหลักการดังกล่าวว่าหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ (“dual” or “split ownership”)¹² ทั้งนี้ ผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายจะมีสิทธิในการควบคุมและจัดการกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยผู้ก่อตั้งทรัสต์¹³

หลักสำคัญอีกประการหนึ่งของทรัสต์ คือ กองทรัพย์สินแห่งทรัสต์จะถูกแยกออกจากกองทรัพย์สินส่วนตัวของทรัสต์¹⁴ ดังนั้น เจ้าหนี้ของทรัสต์ไม่มีสิทธิฟ้องบังคับเอาจากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์และในกรณีทรัสต์ล้มละลายหรือถูกศาลพิทักษ์ทรัพย์ เจ้าหนี้ของทรัสต์ย่อมไม่สามารถบังคับชำระหนี้จากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ได้¹⁵ เนื่องจากกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์จะมีไว้สำหรับผู้รับประโยชน์หรือตามวัตถุประสงค์ของผู้จัดตั้ง¹⁶ นอกจากนี้ ผู้รับประโยชน์จะมีทรัพย์สิน (in rem) เหนือกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์โดยมีสิทธิติดตามทรัพย์สินจากบุคคลภายนอกที่ไม่มีสิทธิยึดถือ

⁹ Article 2 of Convention on the application on the law applicable to trusts and on their recognition

¹⁰ Robert Pearce and Warren Barr, “Pearce & Stevens”. **Trust and Equitable Obligations**, (6thed), Oxford: Oxford University Press, 2015, 150.

¹¹ Gilbert Paul Verbit, **The Origins of trust**, 24.

¹² P Jaffey, “Explaining the trust”, **Law Quarterly Review**, 131 (377), 2015, 386 – 387.

¹³ Buckland and AD McNair, **Roman Law and Common Law**, (2^{ed}ed), Cambridge University Press, 2008, 176 - 177.

¹⁴ Ibid, 176.

¹⁵ Heritable Reversionary Co Ltd v Millar (1892), 19 R (HL) 43, per Herschell.

¹⁶ DJ Hayton, “The Law of Trusts”, **Sweet & Maxwell**, (4thed), London, 2003, 4.

ทรัพย์สินนั้นหรือรับโอนทรัพย์สินนั้นโดยไม่สุจริตหรือไม่เสียค่าตอบแทนตลอดจนเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดขึ้นได้¹⁷ อีกทั้งยังมีสิทธิในการเรียกร้องให้ทรัสต์ปฏิบัติตามข้อตกลงในเรื่องทรัสต์ได้ในนามของตนเอง

3.3 ประเภทของทรัสต์

สำหรับประเภทของทรัสต์นั้นอาจแบ่งได้หลายประเภทขึ้นอยู่กับการใช้เกณฑ์ใดเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง แต่ในบทความนี้จะกล่าวถึงประเภทของทรัสต์โดยใช้เกณฑ์การก่อตั้งเป็นเกณฑ์ในการแบ่ง (By Method of Creation) ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท¹⁸ ได้แก่

1) ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญา ได้แก่ ทรัสต์โดยชัดแจ้ง (Express trust) และทรัสต์โดยปริยาย (Implied Trust)

ทรัสต์โดยชัดแจ้ง เป็นทรัสต์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์มีการแสดงเจตนาโดยแจ้งชัดให้ทรัสต์จัดการทรัพย์สินให้แก่ผู้รับประโยชน์ซึ่งอาจกระทำด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร¹⁹

ทรัสต์โดยปริยาย เป็นทรัสต์ที่ถูกสันนิษฐานจากถ้อยคำในเอกสารหรือพฤติการณ์ว่าเจ้าของทรัพย์สินประสงค์จะให้ทรัสต์เกิดขึ้นแต่เจ้าของมิได้แสดงเจตนาโดยแจ้งชัดให้มีการก่อตั้งทรัสต์²⁰

2) ทรัสต์ที่เกิดขึ้นโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นจากการสันนิษฐานหรือเกิดขึ้นจากการตีความ ซึ่งอาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ทรัสต์อันเป็นผลตามมา (Resulting trust) และทรัสต์อันเกิดจากการขยายความ (Constructive Trust)

ทรัสต์อันเป็นผลตามมา เป็นทรัสต์ที่ไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาจากผู้ก่อตั้งทรัสต์โดยตรง หากแต่เป็นการชี้ให้เห็นโดยศาล ซึ่งอาจเกิดจากผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้อोनชื่อในทรัพย์สินไปยังทรัสต์แต่ไม่ได้มีการระบุชื่อผู้รับประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น ผลประโยชน์อันได้รับจากทรัพย์สินนั้นจึงกลับไปสู่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ตามเดิมหรืออีกนัยหนึ่งอาจเกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (operation of law) ซึ่งเกิดจากความไม่สมบูรณ์ในการจัดตั้งทรัสต์โดยชัดแจ้งหรือความไม่สมบูรณ์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ศาลจึงยอมรับให้เกิดทรัสต์อีกประเภทหนึ่งที่ผลประโยชน์ย้อนกลับไปสู่ตัวผู้ประสงค์จะก่อตั้งทรัสต์หรือเจ้าของกรรมสิทธิ์เดิมในทรัพย์สินนั้น²¹

ทรัสต์อันเกิดจากการขยายความ เป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นตามหลักเอควิตี โดยไม่คำนึงถึงเจตนาของเจ้าของทรัพย์สินนั้นว่าประสงค์จะให้ทรัสต์ขึ้นหรือไม่ หรืออาจเปรียบได้ว่าเป็นทรัสต์ที่เกิดขึ้นเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามสถานการณ์ (equity's chameleon)²² โดยหากปล่อยให้ผู้ที่ยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้เพื่อประโยชน์ของตนเองแล้วจะเป็นการทำลายความไว้วางใจและขัดกับหลักความเป็นธรรม หลักเอควิตีจึงสมมติว่าผู้นั้นยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ในฐานะทรัสต์ เช่น ก. มอบรถยนต์คันหนึ่งให้ ข. ยึดถือไว้เพื่อประโยชน์ของ ค. ถ้า ข. โดยสมยอมโอนทรัพย์สินนั้นให้ ง. โดยมีได้รับความยินยอมจาก

¹⁷ Buckland and AD McNair, *Roman Law and Common Law*, (2nded), 176.

¹⁸ George P. Costigan, "The Classification of trust as Express, Resulting and Constructive", *Harvard Law Review*, 27 (5), March 1914, 437.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ บัญญัติ สุชีวะ, ทรัสต์, สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://elib.coj.go.th/Article/d914.pdf>

²² GE Dal Pont, Equity's Chameleon – Unmasking the Constructive Trust, *Australian Bar Review*, 46.

ค. และ ง. รู้ว่ารถยนต์นั้นตกอยู่ภายใต้ทรัสต์ ถือว่า ง. เป็นทรัสต์ มีหน้าที่ยึดถือรถยนต์คันนั้นเพื่อประโยชน์ของ ค. โดยเป็นการสมมติความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์โดยอาศัยหลักเอคควิตี²³

4. มุมมองกฎหมายทรัสต์ภายใต้ระบบชีวิลลอว์

เป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าระบบชีวิลลอว์มีที่มาจากกฎหมายโรมัน (roman law) ซึ่งมีอิทธิพลทางความคิดในประเทศภาคพื้นยุโรปนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน²⁴ โดยที่ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ไม่เป็นที่รู้จักในกฎหมายโรมันแต่อย่างใด หากแต่มีความสัมพันธ์อีกลักษณะหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายกันคือ *judiciastrictijuris* และ *judiciabonaefidei*²⁵ โดยอาจเรียกหลักการดังกล่าวว่าหลัก “*Fiducia*” หรือ “หลักสุจริต” (good faith) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างผู้ที่ให้ความไว้วางใจกับอีกคนหนึ่งโดยสุจริตเพื่อให้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามสัญญา ซึ่งกฎหมายโรมันมิได้รับหลักกฎหมายทรัสต์ของระบบคอมมอนลอว์ แต่กลับเรียกความสัมพันธ์ดังกล่าวว่า “*fideicommissum*”²⁶ โดยที่ความสัมพันธ์ดังกล่าวถูกนำมาใช้โดยผู้ทำพินัยกรรมที่ประสงค์จะโอนทรัพย์สินมรดกให้แก่ทายาท โดยบุคคลที่เรียกว่า *the fiduciarius* มีหน้าที่หรือหน้าที่ในการจัดการทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเรียกว่า *the fideicommissariu* ซึ่งความสัมพันธ์ดังกล่าวมีลักษณะคล้ายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์ หากแต่ *fideicommissa* ไม่อาจตั้งได้ด้วยวาจา²⁷ และไม่มีหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายและกรรมสิทธิ์ตามหลักความเป็นธรรม²⁸ รวมถึงผู้รับประโยชน์ไม่มีสิทธิที่จะบังคับให้ *the fiduciaries* ปฏิบัติตามเจตนาของผู้ก่อตั้งทรัสต์เพียงแต่เป็นความสัมพันธ์ในลักษณะของความไว้วางใจที่ *the fiduciaries* จะปฏิบัติตามสัญญาเท่านั้นจึงมีผู้ตั้งข้อสังเกตว่าหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์มีวิวัฒนาการมาจากกฎหมายโรมัน โดยขุนนางในศาลชานเซอร์รี่ (Court of Chancery) ได้นำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ในการตัดสินคดีโดยอยู่ในรูปของ cannon law²⁹ อย่างไรก็ตามหลักการ “*fideicommissum*” ในกฎหมายโรมันไม่เหมือนกันหลักกฎหมายทรัสต์ของกฎหมายคอมมอนลอว์แต่อย่างใดด้วยเหตุนี้ นักวิชาการโดยทั่วไปจึงมองว่าแนวคิดเรื่อง “ทรัสต์” เป็นเอกลักษณ์ที่ถือกำเนิดและพัฒนากฎหมายจากระบบกฎหมายในประเทศอังกฤษและได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

จนกระทั่งในเวลาต่อมาได้มีการนำทรัสต์มาใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในหลายประเทศไม่ว่าในแง่กระทั่งประเทศที่ใช้ระบบชีวิลลอว์ก็หันมาให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เช่นกัน เนื่องจากความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เหมาะสมสำหรับผู้ที่ไม่สามารถจัดการทรัพย์สินของตนเองได้ซึ่งอาจเกิดจากขาดเวลาขาดความสามารถในการบริหารจัดการ รวมถึงอยู่ในสถานะของผู้ที่ถูกจำกัดสิทธิในทางกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าทรัสต์มีบทบาทสำคัญในการจัดการทรัพย์สินจนได้รับความนิยมเป็นอย่างมากในปัจจุบัน

²³ บัญญัติ สุชีวะ, ทรัสต์, 31.

²⁴ อานนท์ มาเฝ้า, กฎหมายทรัพย์สิน : ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2560, 67.

²⁵ J Garrigues, “Law of Trusts”, *Am J Comp L*, Volume 25 (2), 1953, 27.

²⁶ D Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Clarendon Express: Oxford, 1988, 283.

²⁷ Buckland and AD McNair, *Roman Law and Common Law*, (2nded), 155.

²⁸ DJ Hayton, “The Law of Trusts”, *Sweet & Maxwell*, (4thed), London, 2003, 8.

²⁹ DWM Waters, “The Institution of the Trust in Civil and Common Law”, *Académie de Droit International*, London: Martin us Nijhoff, 1995, 156.

5. รูปแบบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารสินทรัพย์สำหรับบุคคลทั่วไปในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ พบว่าหลายประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติทรัสต์เป็นบทเฉพาะเพื่อส่งเสริมการลงทุนและการจัดการทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพ เช่น ประเทศญี่ปุ่น ได้มีการนำกฎหมายทรัสต์มาใช้ในการจัดการทรัพย์สินของบุคคลนอกเหนือจากการลงทุนในตลาดทุน³⁰ โดยที่ประเทศญี่ปุ่นได้มีบัญญัติกฎหมายทรัสต์ไว้เป็นการเฉพาะโดยอาศัยหลักการกฎหมายทรัสต์จากประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา³¹ ซึ่งในปี ค.ศ. 1905 ได้มีการตราพระราชบัญญัติ The secured Bond Trust Act ขึ้นโดยอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์รายใหญ่ดำเนินการจัดตั้งทรัสต์เพื่อทำธุรกรรมในตราสารหรือพันธบัตรที่มีความมั่นคง ในช่วงเวลาระยะแรกญี่ปุ่นได้ใช้ทรัสต์ดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศโดยเฉพาะในกลุ่มอุตสาหกรรม และในปี ค.ศ. 1906 การจัดตั้งทรัสต์เพื่อการบริหารและจัดการทรัพย์สินในครอบครัวได้ถูกจัดตั้งขึ้นเป็นครั้งแรกในรูปของบริษัท คือ บริษัทโตเกียวทรัสต์³²

ในช่วงปี ค.ศ.1914 ซึ่งเป็นช่วงต้นสงครามโลกครั้งที่ 1 ประเทศญี่ปุ่นมีความเจริญเติบโตทางด้านเศรษฐกิจเป็นอย่างมาก นำไปสู่การจัดตั้งบริษัททรัสต์เป็นจำนวนถึง 488 แห่ง ภายในปี ค.ศ.1921³³ แต่อย่างไรก็ดี ในช่วงเวลาดังกล่าวประเทศญี่ปุ่นไม่มีกฎหมายทรัสต์เป็นการเฉพาะที่เข้ามาควบคุมหรือกำหนดประสิทธิภาพในการดำเนินงานทำให้หลายบริษัทที่เกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาดังกล่าวขาดความแข็งแกร่งทางการเงินที่เพียงพอไปสู่ผลกระทบเชิงลบต่าง ๆ ตามมา ดังนั้น ในปี ค.ศ. 1922 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติทรัสต์ และพระราชบัญญัติธุรกิจทรัสต์เพื่อกำหนดแนวคิดเกี่ยวกับทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่น รวมถึงการพัฒนากระบวนการดำเนินงานและสร้างความน่าเชื่อถือให้กับผู้ที่ดำเนินธุรกิจทรัสต์ ซึ่งการตราพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ชื่อว่าประเทศญี่ปุ่นได้ยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์อย่างเป็นทางการและช่วยให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นเจริญเติบโตขึ้น³⁴ ต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายทรัสต์อีกหลายครั้งต่อเนื่องยาวนานเป็นเวลากว่า 80 ปี และในปี ค.ศ. 2007 ถือเป็นปีที่ได้มีการปรับปรุงกฎหมายทรัสต์ให้มีความยืดหยุ่นมากที่สุด³⁵

โดยพระราชบัญญัติทรัสต์ ถือเป็นบทบัญญัติพื้นฐานที่กำหนดความมุ่งหมายและผลของการจัดตั้งทรัสต์ ส่วนพระราชบัญญัติธุรกิจทรัสต์ เป็นบทบัญญัติที่มุ่งคุ้มครองผู้ก่อตั้งทรัสต์และผู้รับประโยชน์ในกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ให้ได้รับความเป็นธรรม³⁶

สำหรับการลงทุนในรูปแบบทรัสต์ในประเทศญี่ปุ่นมีหลายรูปแบบ³⁷ เช่น ทรัสต์เพื่อการจัดการเงินและการให้สินเชื่อ ทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินในครอบครัว ทรัสต์เพื่อการจัดการเกี่ยวกับมรดก ทรัสต์เพื่อการลงทุนใน

³⁰ ฌมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์, การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริธี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2555, 73.

³¹ Origins of trusts in Japan and the enactment of the trust Act and the Trust Business Act, Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts0201.html>

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Main legislation pertaining to trusts, Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts05.html>

³⁷ Types of trusts, Retrieved February 1, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts0201.html>

อสังหาริมทรัพย์หรือธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทรัสต์เพื่อการจัดการกองทุนบำเหน็จบำนาญข้าราชการ ทรัสต์เพื่อการกุศล เป็นต้น

นอกจากนี้ ในปี ค.ศ. 1985 หลายประเทศได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการบังคับใช้ทรัสต์ (Law Applicable to Trusts) การรับรู้กฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์จึงเริ่มมีความสำคัญมากขึ้นและก่อให้เกิดการบูรณาการการบังคับใช้ทรัสต์ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในปี ค.ศ. 1994 ประเทศควิเบก(Quebec) ได้นำเอาหลักการทรัสต์มาใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งภายใต้หลักการ *patrimony d'affectation* โดยเจ้ามรดกได้อนทรัพย์สินของตนเองให้แก่ทรัสต์เพื่อบริหารจัดการทรัพย์สินภายใต้วัตถุประสงค์ที่ผู้ก่อตั้งทรัสต์ได้กำหนด ซึ่งบทบาทของทรัสต์จะไม่แตกต่างจากกรรมการ (the director) ในบริษัทซึ่งมีอำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย³⁸

ส่วนประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือเป็นประเทศต้นแบบของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เดิมได้รับรู้หลักกฎหมายทรัสต์ที่เกิดจากการแสดงเจตนาของบุคคลแต่อย่างใด³⁹ แต่ในทางปฏิบัติ ศาลฝรั่งเศสได้รับรองการจัดตั้งทรัสต์ในต่างประเทศ (foreign trust) โดยอาศัยหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก(Hague trust Convention)⁴⁰ ดังคดีตัวอย่างที่เกี่ยวข้องกับการรับรองทรัสต์ในประเทศฝรั่งเศส เช่น คดี *Courtois and others v. De Gannay Heirs* ซึ่งตัดสินในปี ค.ศ. 1970 โดยศาลได้วางหลักว่า ทรัสต์เป็นข้อตกลงสองฝ่าย (bi-lateral agreement) ที่เกิดขึ้นจากการแสดงเจตนาของคู่สัญญาภายใต้หลักเสรีภาพในการทำสัญญา โดยการบังคับคดีให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาอาจอาศัยหลักการที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก (Hague trust Convention)⁴¹ นอกจากนี้ ศาลได้วางหลักเพิ่มเติมว่า การก่อตั้งทรัสต์เป็นสิทธิในทางกฎหมายที่คู่สัญญาสามารถเลือกกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) มาบังคับกับนิติสัมพันธ์ที่คู่สัญญาตกลงกันได้⁴² เนื่องจากการจัดตั้งทรัสต์เป็นไปตามหลักกฎหมายต่างประเทศจึงเปรียบเสมือนเป็นข้อตกลงทางกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษ (Specific legal arrangement) ที่คู่สัญญาสามารถกำหนดเจตจำนงในทรัพย์สินของตนเองได้อย่างเสรี ดังนั้น การบังคับให้เป็นไปตามกฎหมายจึงต้องอาศัยหลักกฎหมายต่างประเทศที่คู่สัญญาเลือก (chosen by the parties)⁴³

ต่อมา ในปี ค.ศ. 2007 .ศ. ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศฝรั่งเศสได้มีการบัญญัติหลักเกี่ยวกับ “*Fiducie*” ไว้ใน Article 2011 ของประมวลกฎหมายแพ่ง โดยนำหลักการ “ความไว้วางใจของกฎหมายโรมัน” “*Roman concept of fiducie*” และเทียบเคียงหลักที่ใกล้เคียงกันของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ เช่น ลักแซมเบิร์ก มาเป็นแนวทางในการร่างกฎหมาย โดยยังคงอยู่ภายใต้หลักการเดิมของทรัสต์ตามระบบคอมมอนลอว์⁴⁴

ทั้งนี้ ในประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศสได้ให้นิยามคำว่า “*Fiducie*” ว่าหมายถึง การที่บุคคลหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ผู้ก่อตั้งสิทธิ” (Constituant) หรือ (Settler) โอนทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดให้แก่ “ผู้ที่ตนไว้วางใจ”

³⁸ Y Emerich, The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership, *The Worlds of the trust*, New York: Cambridge University Press, 2013, 23.

³⁹ Article 1130 of the Civil Code

⁴⁰ Step Bahamas, *The Legal and tax treatment of Trusts in France* 2, Retrieved June 26, 2016, from http://www.step.org/sites/default/files/Branches/treatment_france_trustsDec2002.pdf

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ James Koessler, “Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective”, *Creative Commons Attribution-Noncommercial-NoDerivs*, UK: England & Wales. March 2012. 7.

(Trustee) เพื่อให้ผู้ที่ตนไว้วางใจถือครองทรัพย์สินดังกล่าวไว้ต่างหากจากทรัพย์สินของตนและทำการต่าง ๆ เพื่อประโยชน์อันมีลักษณะเฉพาะต่อ “ผู้รับประโยชน์” (Beneficiaries) ซึ่งอาจเป็นรายใดรายหนึ่งหรือหลายรายรวมกัน⁴⁵ โดย *Fiducie* จะต้องก่อตั้งโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายหรือการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง อย่างไรก็ตาม หาก *Fiducie* ก่อตั้งขึ้นโดยมีเจตนาเพื่อการบริจาคทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ ให้แก่ผู้รับประโยชน์ การจัดตั้ง *Fiducie* ดังกล่าวตกเป็นโมฆะ⁴⁶ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าความหมายของ “*Fiducie*” ของฝรั่งเศสมีลักษณะใกล้เคียงกับทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์

อย่างไรก็ดี จากการที่ฝรั่งเศสเริ่มยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์นี้เอง ส่งผลให้พลเมืองของฝรั่งเศสหรือผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสได้จัดตั้งทรัสต์เพื่อหลบเลี่ยงภาษีมากขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในปี ค.ศ. 2011 เพื่อให้ทันกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้น โดยได้บัญญัติกฎหมายเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติภาษี (The General Tax Code) ใน Article 792-0 bis เพื่อให้สอดคล้องกับนิยามของทรัสต์ใน Article 2 ของอนุสัญญาแห่งกรุงเฮก (The Law Application to trusts and on their Recognition) และป้องกันการหลบเลี่ยงภาษี

นอกจากนี้ จากการศึกษายังพบว่า ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ได้เข้ามาในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์อย่างแพร่หลายผ่านทางกฎหมายขัดกัน (conflict of law) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลซึ่งหลายประเทศของฝั่งยุโรปได้มีการให้สัตยาบันในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับและรับรองทรัสต์ เช่น ประเทศเนเธอร์แลนด์ สวิตเซอร์แลนด์ เบลเยียม เป็นต้น⁴⁷ รวมถึงประเทศเกาหลีใต้ ไต้หวัน และจีน ซึ่งเป็นประเทศทางฝั่งเอเชียด้วยเช่นกัน⁴⁸ โดยลักษณะของการรับรองกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เกิดขึ้นสองลักษณะ คือ การรับรองสถานะโดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายใน และการรับรองสถานะในฐานะของกฎหมายต่างประเทศ (foreign law) ในบริบทของการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล

6. ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์

6.1 นิติสัมพันธ์ของทรัสต์ในมุมมองซีวิลลอว์

นักวิชาการในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ต่างอภิปรายกันอย่างต่อเนื่องเกี่ยวกับลักษณะซึ่งเป็นสาระสำคัญที่เป็นองค์ประกอบของทรัสต์ และสิทธิของผู้เกี่ยวข้องในทางกฎหมายซึ่งการทำความเข้าใจและวินิจฉัยว่าสิ่งใดเป็น “ทรัสต์” จำต้องอาศัยความรู้จากกฎหมายคอมมอนลอว์เพื่อแทรกพื้นที่ความคิดของนักกฎหมายซีวิลลอว์ด้วยเหตุนี้จึงก่อให้เกิด

⁴⁵ โปรดดู The text of Senate No. 178 (2004 - 2005), Report No. 11 (2006 - 2007) โดย Henri de Richemont, on behalf of the Judiciary Committee and the minutes of proceedings of Senate of 17 October 2006. The plan of the trust is the subject of Title XIV of Book III of the Civil Code.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Filippo Nosedà, **Trusts under threat**, Retrieved February 2, 2018, from <https://academy.mishcon.com/wp-content/uploads/2017/12/4-ArticlesA4aw.pdf>

⁴⁸ Lusina Ho & Rebecca Lee, **Trust law in Asian civil law jurisdictions: a comparative analysis**, Cambridge University press, 2013, 2.

ปัญหาในการทำความเข้าใจและการตีความหลักกฎหมายนั้น⁴⁹ ซึ่งปัญหาที่นักวิชาการในระบบซีวิลลอว์ส่วนใหญ่หยิบยกมาพิจารณา คือ “ความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เป็นนิติสัมพันธ์ที่เป็นทรัพย์สินหรือบุคคลสิทธิ”⁵⁰

โดยการวิเคราะห์และตีความกฎหมายต่าง ๆ ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ จะคำนึงถึงบ่อเกิดของกฎหมาย และจุดเชื่อมโยงระหว่างหลักเกณฑ์ทั่วไปกับปัญหาที่เป็นรูปธรรม⁵¹ โดยการตีความจะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงแล้วพิจารณาว่าเข้าข่ายอยู่ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดโดยจะมีการยกบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นมาใช้เป็นข้อชี้ขาดโดยตัวบทกฎหมายในประเทศที่ใช้กฎหมายซีวิลลอว์มีฐานะเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่มีขึ้นเพื่อเป็นแนวทางไปสู่ข้อยุติที่เป็นธรรมมากกว่าที่จะเป็นข้อบังคับสำหรับผู้ตีความให้ต้องดำเนินตามอย่างเคร่งครัด⁵² ภายใต้หลักนิติวิธีของระบบซีวิลลอว์ นักกฎหมายซีวิลลอว์จึงมีความเต็มใจที่จะยอมรับเหตุผลและเจตนารมณ์ของกฎหมาย ตลอดจนเปิดใจกว้างเปิดทางให้การอาศัยเหตุผลมาเป็นฐานในการตีความอย่างแคบ อย่างกว้าง การตีความในทางตรงกันข้าม หรือโดยการหาหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งการใช้กฎหมายบทใกล้เคียงอย่างยิ่ง ตลอดจนยอมรับการตีความโดยอาศัยการอ้างอิงข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ให้เป็นส่วนหนึ่งของการตีความทางตรรกวิทยา โดยแสวงหาและอิงอาศัยเหตุผลของบทบัญญัตินั้นเป็นหลัก ซึ่งทัศนคติเช่นนี้นี้ย่อมเป็นการยอมรับว่ากฎหมายมีความสัมพันธ์กับสภาพความเป็นจริงต่าง ๆ ที่อยู่รอบตัว และย่อมนำมาปรับใช้ได้กับข้อเท็จจริงที่อาจผันแปรไปตามกาลเวลาได้เสมอ⁵³

ทั้งนี้ การตีความนิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ในมุมมองของระบบซีวิลลอว์มีความเห็นของนักวิชาการแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง โดยแนวทางแรกเห็นว่าทรัสต์เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทรัพย์สิน ซึ่งมีหลักการแบ่งแยกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นหลักการที่สำคัญ จึงเป็นเหตุผลที่ทำให้กฎหมายทรัสต์ไม่อาจเกิดขึ้นได้ภายใต้ประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์⁵⁴ ในขณะที่นักวิชาการอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่เกิดจากสัญญา โดยทรัสต์เป็นความสัมพันธ์ภายใต้หลัก *patrimoine d'affectation* ของกฎหมายโรมันซึ่งเป็นบ่อเกิดของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ จึงสามารถนำหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้บังคับได้ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ได้โดยเปรียบเสมือนเป็นความผูกพันทางกฎหมายที่เกิดจากสัญญาประเภทหนึ่ง⁵⁵

เมื่อพิจารณาความสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ภายใต้กฎหมายไทย พบว่า เสด็จในกรมหลวงราชบุรี ได้ทรงอธิบายคำว่าทรัสต์ไว้ในพระดำรัสอธิบายมูลคดีสัญญา ร.ศ.128 ซึ่งนำลงพิมพ์ไว้ในหนังสือฉบับนิติคดี เล่ม 11 พ.ศ. 2482 ความว่า

“ทรัสต์นั้นคือผู้รักษาทรัพย์สมบัติไว้ให้ผู้อื่น เช่น ก. ยกเงิน 100 ชั่งให้ ข. สั่ง ข. ให้จ่ายดอกเบี้ยให้ ค. เรื่องทรัสต์เช่นนี้มักจะมีตัวอย่างในเรื่องพินัยกรรมคือตั้งทรัสต์เมื่อตายแล้ว

⁴⁹ ฌมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์, การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์มรดก, 66.

⁵⁰ Andrea Vicari, A new type of civil-law trust, 1, Retrieved February 1, 2018, from <https://www.step.org/sites/default/files/Branches/hungary/apr2015/vicari.pdf>

⁵¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2555, 44.

⁵² Rene David, Major Legal System, 1985, 125.

ข้อสรุปนี้เป็นข้อสรุปที่สอดคล้องกับความเห็นของ หยุต แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, 9 – 18 และ 109 – 127. อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์, พิมพ์ครั้งที่ 4, 55 - 56.

⁵³ เรื่องเดียวกัน.

⁵⁴ Ibid.

⁵⁵ Ibid.

ไม่เป็นสัญญาแท้ เพราะเหตุว่าหนังสือตั้งเป็นคำขอเมื่อตรัสสัญญาคนที่จะรับหน้าที่ยอมเข้ารับทำการเป็นคำรับ แต่บางทีเช่นในเรื่องพินัยกรรม คำรับนั้นจะรับแต่เมื่อผู้ขอตายแล้ว ซึ่งตามมูลคดีไม่เป็นสัญญา และอีกประการหนึ่ง ในสัญญาแท้ ผู้สัญญาฟ้องร้องกันได้เท่านั้นเอง นอกจากนั้นฟ้องไม่ได้แต่ในเรื่องตรัสสัญญา ผู้ที่จะได้รับประโยชน์ฟ้องร้องได้

ในการตั้งทราสตี ต้องมีหนังสือสำคัญ แลเมื่อจะให้ทำการภายหลังผู้ตั้งตายแล้ว ต้องทำอย่างพินัยกรรมจึงจะใช้ได้ คนที่ถูกตั้งไม่จำเป็นต้องรับเป็นทราสตี

ในเรื่องตรัสสัญญาทั้งหลายนี้ มีตัวอย่างในเมืองไทยหลายเรื่อง แต่กฎหมายยังมัวหมองไม่ทราบแน่ นอกจากที่ได้กล่าวมานี้⁵⁶

โดยจากข้อความดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเสด็จในกรมเห็นว่านิติสัมพันธ์ในรูปแบบทราสตีมิใช่สัญญาโดยแท้ โดยที่กฎหมายไทยในขณะนั้นก็ยังมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้เป็นที่แน่ชัด นอกจากนี้ ทราสตียังมีลักษณะแตกต่างไปจากสัญญาอื่น เช่น การฝากทรัพย์ กล่าวคือ ในเรื่องการฝากทรัพย์จะมีแต่เฉพาะสิ่งที่มีรูปร่างเท่านั้นจึงจะฝากได้ แต่ในเรื่องทราสตีนั้นทรัพย์สินทุกชนิดอาจตกอยู่ภายใต้ทราสตีได้ และผู้รับฝากทรัพย์ไม่มีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้น แต่ทราสตีมีกรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สิน และแม้ว่าทราสตีจะขายทรัพย์สินนั้นไปโดยทำนอกเหนือไปจากคำสั่งที่ให้ไว้ก็ตาม ผู้ซื้อทรัพย์สินโดยสุจริตเสียค่าตอบแทน และไม่รู้ว่าทรัพย์สินที่ตกอยู่ภายใต้ทราสตีย่อมจะได้กรรมสิทธิ์ในตัวทรัพย์สินนั้น⁵⁷

นอกจากนี้ทราสตียังมีลักษณะแตกต่างจากสัญญาตัวการตัวแทน กล่าวคือแม้ทราสตีกับตัวแทนจะมีลักษณะที่เหมือนกันคือการมีภาระหน้าที่ของความซื่อสัตย์และห้ามมีผลประโยชน์ขัดต่อหน้าที่ ห้ามกำไรใด ๆ โดยไม่มีอำนาจและต้องทำบัญชีอย่างเหมาะสม แต่ข้อแตกต่างที่เด่นชัดระหว่างทราสตีกับตัวแทนคือ ทราสตีมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและไม่ถูกควบคุมจากผู้รับประโยชน์ แต่ตัวแทนจะถือทรัพย์สินแทนตัวการและถูกควบคุมให้ปฏิบัติตามที่ได้รับมอบหมาย⁵⁸

6.2 สถานะของทราสตีในทางกฎหมาย

การริเริ่มอธิบายว่าองค์กรหรือสถาบันใดควรมีฐานะเป็นบุคคลตามกฎหมายนั้นเริ่มต้นขึ้นในประเทศอังกฤษเนื่องจากความเติบโตในทางการค้าพาณิชย์⁵⁹ ต่อมาในศตวรรษที่ 15 – 16 ความคิดนี้ได้แพร่หลายต่อไปในยุโรปซึ่งนักกฎหมายอังกฤษได้อธิบายเรื่อง corporate personality ว่าคณะบุคคลที่เข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือสมาคมย่อมมีสภาพเป็นบุคคลโดยกฎหมายสมมติให้มีขึ้น เรียกว่า “artificial person”⁶⁰ ซึ่งในทางทฤษฎีมีข้อถกเถียงกันอยู่ว่านิติบุคคลเกิดขึ้นได้อย่างไร โดยแนวคิดแรกเสนอโดย Savigny เห็นว่า สภาพบุคคลที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติมีได้เฉพาะบุคคลธรรมดาแต่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมติ แม้สถาบัน คณะบุคคล ฯลฯ จะมีอยู่ในความจริง แต่สภาพบุคคลของนิติบุคคลจะเกิดขึ้นได้ก็โดยกฎหมายสมมติรับรองให้มีขึ้นเท่านั้น ซึ่งเรียกแนวคิดนี้ว่า “ทฤษฎีนิติบุคคลสมมติ” (Fiction Theory) ส่วนอีกทฤษฎีหนึ่งถือว่า นิติบุคคลหาได้เป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติให้มีขึ้นแต่อย่างใด หากแต่เป็นบุคคลที่เกิดจากการที่คนหลายคนมา “เข้ากัน” และ “ตกลงใจ” ร่วมกัน มีชีวิต จิตใจและเป็นตัวของตัวเอง จนมีสถานะเป็นหน่วยทางสังคมอย่างแท้จริง

⁵⁶ ผู้สนใจสามารถศึกษาข้อมูลเพิ่มเติมได้ใน บัญญัติ สุชีวะ, ทราสตี, 19.

⁵⁷ บัญญัติ สุชีวะ, ทราสตี, 24.

⁵⁸ รัชนิ สุธนมนตรี, การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์โดยผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตามมาตรา 1574: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายทราสตีของประเทศไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, 61 – 62.

⁵⁹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2559, 250.

⁶⁰ โปรตดู Blackstone, Commentaries on laws of England, (7th ed.), อ้างใน กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายบุคคล, หน้าเดียวกัน.

ขึ้นมาและย่อมมีค่าในสังคมไม่ต่างไปจากบุคคลธรรมดา เราเรียกทฤษฎีนี้ว่า “ทฤษฎีนิติบุคคลโดยสภาพ” (Real Corporation Theory) ซึ่งเสนอโดย Gierke

ข้อโต้แย้งทางทฤษฎีว่าด้วยนิติบุคคลนี้ได้ส่งผลต่อความคิดในการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสภาพบุคคลในระบบกฎหมาย ซึ่งอาจแบ่งเป็น 3 ระบบ⁶¹ คือ

1) นิติบุคคลอาจตั้งขึ้นโดยอิสระ (free corporation system) กล่าวคือ กฎหมายรับรองให้นิติบุคคลเกิดขึ้นเมื่อปรากฏว่าคณะบุคคลหรือองค์กรใดได้จัดตั้งกันเป็นตัวแทนตน มีสถานที่ตั้ง มีวัตถุประสงค์ และผู้แทนครบถ้วนตามเงื่อนไขในกฎหมายแล้วก็มีฐานะเป็นนิติบุคคลขึ้นเลยโดยอัตโนมัติ ผู้ประสงค์จะตั้งนิติบุคคลไม่จำเป็นต้องทำการอย่างอื่นเพิ่มเติมนอกเหนือจากนั้นอีก แนวความคิดนี้ เป็นผลมาจากการยอมรับทฤษฎี Real Corporation Theory ซึ่งวิธีดังกล่าวนี้มีปฏิบัติ อยู่ในประเทศ สวิตเซอร์แลนด์ตามมาตรา 52 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส โดยใช้กับการจัดตั้งสมาคม ที่มีวัตถุประสงค์ ทางธุรกิจการค้า และการจัดตั้งมูลนิธิประจำตระกูลหรือมูลนิธิทางศาสนา

2) การจัดตั้งเป็นนิติบุคคลโดยต้องได้รับอนุญาตจากพนักงาน (concession system) เป็นระบบที่สะท้อนความคิดว่านิติบุคคลเกิดขึ้นได้จากอำนาจรัฐเท่านั้น อันเป็นความคิดที่สืบเนื่องมาจากการรับ Fiction Theory อย่างเต็มตัว โดยวิธีการขออนุญาตนั้นรัฐสามารถกำหนด จำนวนนิติบุคคลหรือกำหนดเงื่อนไข ตามที่เห็นสมควรเพื่อให้ผู้ประสงค์จะจัดตั้งนิติบุคคลปฏิบัติเพื่อประโยชน์ในการจำกัดและควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคลอย่างใกล้ชิด ในอดีตวิธีการนี้เป็นที่นิยมกันในทุกประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากกฎหมายอังกฤษ แต่ในปัจจุบันใช้อย่างจำกัดมาก

3) การจัดตั้งนิติบุคคลโดยผู้ขอจัดตั้งปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดแล้วไปขอจดทะเบียนนิติบุคคลต่อเจ้าพนักงาน (normative system) เป็นระบบที่ผู้ขอจัดตั้งนิติบุคคล ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ หรือมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ครบถ้วน เจ้าพนักงานจึงจะทำการจดทะเบียน นิติบุคคลให้ซึ่งอาจนับได้ว่าเป็นการหาจุดกึ่งกลางระหว่างแนวคิดตาม Fiction Theory และ Corporation Theory โดยวิธีนี้เป็นที่นิยมในหลายประเทศ เช่น สวิตเซอร์แลนด์ ได้ใช้สำหรับสมาคมที่มีวัตถุประสงค์ ในเชิงธุรกิจการค้า และประเทศเยอรมันใช้ในการจดทะเบียนสมาคมทั่วไปที่ไม่มีวัตถุประสงค์เชิงธุรกิจการค้า เป็นต้น

โดยการกำหนดนิติฐานะของทรัสต์ในระบบซีวิลลอว์ของแต่ละประเทศอาจมีมุมมองที่แตกต่างกัน โดยที่บางประเทศมีการรับรองฐานะของทรัสต์ให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล เช่น ประเทศญี่ปุ่น แต่บางประเทศไม่รับรองนิติฐานะของทรัสต์แต่อย่างใดโดยใช้หลักการตามกฎหมายคอมมอนลอว์และมองว่าทรัสต์เป็นเพียงกองทรัพย์สินที่ไม่มีสถานะทางกฎหมายจึงอาจส่งผลการฟ้องร้องบังคับคดีและความรับผิด ตลอดจนการรับรู้สถานะของทรัสต์ตามอนุสัญญา

7. แนวทางการพัฒนากฎหมายทรัสต์ในประเทศไทย

เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยได้ห้ามมิให้จัดตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทย⁶² จนกระทั่งในปี พ.ศ.2551 ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 โดยใช้คำว่า “อันว่าทรัสต์นั้น จะก่อตั้งโดยตรงหรือโดยอ้อมด้วยพินัยกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างชีวิตก็ดีหรือเมื่อตายแล้วก็ดี ห้ามผลไม่ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อการก่อตั้งทรัสต์เท่านั้น” และในช่วงเวลาเดียวกันได้มีการประกาศใช้

⁶¹ กิตติศักดิ์ ปรกติ, *หลักกฎหมายบุคคล*, พิมพ์ครั้งที่ 7, 252 – 253.

⁶² มาตรา 1686 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

พระราชบัญญัติทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน พ.ศ.2550 ซึ่งถือเป็นการยอมรับให้มีการก่อตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทยอีกครั้งโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการระดมทุนในตลาดทุน

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นกลับมิได้ยอมรับให้มีการก่อตั้งทรัสต์เป็นการทั่วไป ดังนั้น การที่จะนำหลักกฎหมายทรัสต์มาใช้ในการอื่นนอกเหนือจากการทำธุรกรรมในตลาดทุนย่อมต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและบริบทของสังคมไทย

เมื่อพิจารณาถึงประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับการก่อตั้งทรัสต์ในประเทศไทย พบว่า การที่กฎหมายห้ามมิให้มีการก่อตั้งทรัสต์ไว้ในมาตรา 1686 (เดิม) ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เนื่องจากการก่อตั้งทรัสต์มีลักษณะเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่บุคคลอื่น โดยมีข้อจำกัดว่าบุคคลนั้นจะต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเป็นประโยชน์แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคนอันกำหนดตัวแน่นอนหรือเพื่อการสาธารณกุศลอันแน่นอน⁶³ อันเป็นการทำให้ทรัพย์สินต้องผูกมัดกับบุคคลหนึ่งหรือหลายคนตลอดไป ทำให้ทรัพย์สินไม่เปลี่ยนมือ เป็นการขัดขวางความเจริญก้าวหน้าต่อเศรษฐกิจ⁶⁴ ซึ่งจะเห็นได้ว่าเหตุผลของการห้ามมิให้จัดตั้งทรัสต์ขึ้นในประเทศไทยเนื่องจากการพิจารณาถึงผลของการจัดตั้งทรัสต์ในลักษณะที่เป็นข้อจำกัดการใช้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน หากแต่ไม่ได้พิจารณาถึงหลักการประการอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการบริหารจัดการทรัพย์สินของผู้ซึ่งมีอาจจัดการทรัพย์สินนั้นได้ด้วยตนเองหรือถูกจำกัดความสามารถในการจัดการทรัพย์สิน เช่น การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์ การจัดการทรัพย์สินมรดกของผู้จัดการมรดก เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีความเห็นเกี่ยวกับข้อจำกัดของการจัดตั้งทรัสต์ในประเทศไทยว่าสามารถใช้หลักการอื่นแทนการก่อตั้งทรัสต์ได้ เช่น การจัดตั้งบริษัท, การทำสัญญาตัวการตัวแทน, สัญญาเพื่อประโยชน์ของบุคคลภายนอก เป็นต้น ซึ่งนิติสัมพันธ์ดังกล่าวนี้สามารถนำหลัก Fiduciary ซึ่งเป็นหลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในกฎหมายทรัสต์มาปรับใช้ได้เช่นกัน จึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้เกิดการไม่ยอมรับความสัมพันธ์ลักษณะทรัสต์เป็นการทั่วไปที่มีใช้การทำธุรกรรมในตลาดเงินในประเทศไทย⁶⁵

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาประวัติความเป็นมาของทรัสต์ในระบบซีวิลลอว์ พบว่า ทรัสต์มีที่มาจากกฎหมายโรมันซึ่งเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลต่อประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์ โดยกฎหมายโรมันปรากฏหลักที่สำคัญประการหนึ่งคือ หลัก “Fiducia” หรือ “หลักสุจริต” (good faith) ซึ่งประเทศไทยได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” โดยจะเห็นได้ว่าการรับหลักการที่สำคัญในการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณีสามารถใช้หลักการดังกล่าวหรือปรับใช้หลักการดังกล่าวให้เหมาะสม และไม่เป็นการยากแต่ประการใดที่จะอ้างหลักสุจริตในการกำหนดหน้าที่และสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี

นอกจากนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังกำหนดหลักการใช้และตีความกฎหมายไว้ในมาตรา 4 ความว่า

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ

⁶³ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 419/2491 อ้างใน เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545, 190 – 191.

⁶⁴ เปรียบ หุตางกูร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 8, 191.

⁶⁵ จุมพล แดงสกุล, การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551, 68 – 69.

เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับคดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งและถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป”

ดังนั้น การปรับใช้นิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นในประเทศไทย อาจปรับใช้โดยอาศัยมาตรา 4 กล่าวคือ จะต้องค้นหบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก่อน หากไม่มีก็ต้องค้นหาจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวว่ามีอยู่หรือไม่ หากไม่มีจารีตประเพณีเช่นนั้น ก็ต้องพิจารณาเทียบเคียงจากบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง หากไม่มีบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งให้อ้างหลักกฎหมายทั่วไป

โดยการเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง (analogy) คือ การวินิจฉัยโดยอาศัยความคล้ายคลึงกันของข้อเท็จจริง ซึ่งถือเป็นหลักในการทำวินิจฉัยที่เก่าแก่ที่สุดหลักหนึ่งของโลก โดยในระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปที่ยึดถือระบบประมวลกฎหมายนั้น ถือว่าการใช้การเทียบเคียงบทบัญญัติที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นวิธีวิธีที่จำเป็นอย่างยิ่งที่ใช้เพื่อการอุดช่องว่างของกฎหมาย โดยหากข้อเท็จจริงใดที่ผู้ร่างกฎหมายมิได้คาดเห็นล่วงหน้า และถือเป็นอำนาจทั่วไปที่ศาลในระบบการปกครองแบบแบ่งแยกอำนาจสามารถกระทำได้ โดยไม่ถือเป็นการก้าวล่วงอำนาจนิติบัญญัติแต่ประการใด⁶⁶

ดังนั้น เมื่อมีนิติสัมพันธ์ในรูปแบบทรัสต์เกิดขึ้นในประเทศไทยย่อมสามารถนำมาตรา 4 และมาตรา 5 มาปรับใช้เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี

นอกจากนี้ ประเทศไทยอาจต้องพิจารณาถึงความเหมาะสมและความเป็นไปได้ในการเข้าเป็นภาคีในอนุสัญญาว่าด้วยการบังคับใช้และรับรองทรัสต์ (the Law Applicable to Trusts and on their Recognition) ซึ่งเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กล่าวถึงกฎหมายที่ใช้บังคับตลอดจนการรับรองทรัสต์ที่มีนิติสัมพันธ์ในทางระหว่างประเทศตลอดจนกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เนื่องจากมีนิติวิธีในการใช้และการตีความที่มีลักษณะคล้ายกันเพื่อนำไปสู่การร่างกฎหมายทรัสต์ที่เป็นบทบัญญัติทั่วไปเพื่อใช้คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีที่เกี่ยวข้องรวมทั้งส่งเสริมและดึงดูดการลงทุนทั้งภายในและต่างประเทศ

8. สรุป

เป็นที่ทราบดีว่าประเทศไทย ได้รับอิทธิพลของกฎหมายคอมมอนลอว์และซีวิลลอว์จึงทำให้การบังคับใช้และการตีความกฎหมายอาจมีข้อความเห็นที่ไม่ลงรอยเกิดขึ้นอยู่เสมอ แต่อย่างไรก็ดี ภายใต้ระบบกฎหมายที่ประเทศไทยใช้บังคับอยู่ยังคงเป็นระบบซีวิลลอว์ที่ยึดตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ ซึ่งหากประเทศไทยยอมรับให้มีการจัดตั้งทรัสต์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่นนอกเหนือจากการลงทุนในตลาดทุนโดยมีบัญญัติกฎหมายทรัสต์ที่กำหนดสถานะ ความสัมพันธ์และสิทธิหน้าที่ของผู้ที่เกี่ยวข้องไว้เป็นการเฉพาะ อาจส่งผลต่อปัญหาในการตีความนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องและอาจนำมาซึ่งความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้นแก่คู่กรณี

แนวทางที่สำคัญในการป้องกันปัญหาดังกล่าวคือ การใช้นิติวิธีในการตีความกฎหมายตามแนวทางการตีความกฎหมายทั่วไปเพื่ออุดช่องว่างในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายทรัสต์เป็นบทบัญญัติเฉพาะเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นแก่คู่กรณี รวมถึงการศึกษาเทียบเคียงกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์เนื่องจากหลักกฎหมายทรัสต์ในระบบคอมมอนลอว์อาจมีที่มาและแนวคิดที่แตกต่างกับแนวคิดทางกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ดังเช่นหลักการเป็นเจ้าของหลัก

⁶⁶ Katja Langenbucher, “Argument by Analogy in European Law”, *Cambridge Law Journal*. 57 (3), November 1988, 481 – 521.

กฎหมายกรรมสิทธิ์ในกองทรัพย์สินแห่งทรัสต์ ซึ่งทั้งสองระบบต่างมีมุมมองที่แตกต่างกัน ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เดียวกันภายใต้บริบทความคิดที่แตกต่างกันอาจส่งผลกระทบต่อความเป็นธรรมต่อคู่กรณี จึงควรที่จะมีการศึกษาหลักกฎหมายทรัสต์ในประเทศที่ใช้ระบบซีวิลลอว์พร้อมทั้งกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจากการตีความ อันจะเป็นชนวนความคิดในการกำหนดหลักกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ชัดเจนและเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2550). หลักกฎหมายบุคคล. (พิมพ์ครั้งที่ 7.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2555). ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์และคอมมอนลอว์. (พิมพ์ครั้งที่ 4.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- จุมพล แดงสกุล. (2551). การนำหลักกฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ในลักษณะ Fiduciary มาใช้บังคับในประเทศไทย. นิติศาสตรมหาบัณฑิต. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ฉมาพันธ์ สัยกุลประดิษฐ์. (2555). การก่อตั้งทรัสต์เพื่อการจัดการทรัพย์สินมรดก. นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.
- บัญญัติ สุชีวะ. ทรัสต์. สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://elib.coj.go.th/Article/d9_1_4.pdf
- เพริียบ หุตางกูร. (2545). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก. (พิมพ์ครั้งที่ 8.). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- รัชนิ สุธนมนตรี. (2546). การจัดการทรัพย์สินของผู้เยาว์โดยผู้ปกครองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตามมาตรา 1574: ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายทรัสต์ของประเทศไทย. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- สมาคมบริษัทหลักทรัพย์ไทย. ประเทศไทยควรอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจทรัสต์ที่เปิดกว้างมากขึ้น. สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก http://www.asco.or.th/uploads/upfiles/files/ASCO%20article_Trust_newsletter_for%20press_fi nal(1).pdf
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์. ความรู้เกี่ยวกับทรัสต์. สืบค้นวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2561, จาก https://www.set.or.th/th/products/listing/files/Know_trusts.pdf
- อานนท์ มาเฝ้า. (2560). กฎหมายทรัพย์สิน: ความรู้พื้นฐานทางความคิด หลักทั่วไป และบทเบ็ดเสร็จทั่วไป. (พิมพ์ครั้งที่ 2.). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- Andrea, V. A new type of civil law trust. Retrieved February 1, 2018, from https://www.step.org/sites/default/files/Branches/hungary/apr_2015/vicari.pdf
- Bahamas, S. The Legal and tax treatment of trusts in France. Retrieved June 26, 2016, from http://www.step.org/sites/default/files/Branches/treatment_france_trustsDec2002.pdf
- Buckland & McNair, AD. (2008). Roman Law and Common Law. (2nded.), Cambridge University Press.

- Costigan, George P. (1914). The Classification of trust as Express, Resulting, and Constructive. Harvard Law Review, 27 (5), 437.
- Davies, Paul S. & Graham, Virg. (2013). Equity & Trust: Text, Case, and Materials. Oxford : Oxford University Press.
- Edward, R. & Stockwell, N. (1992). Trust & Equity. London: Pitman.
- Emerich, Y. (2013). The civil law trust: a modality of ownership or an interlude in ownership. The Worlds of the Trust. New York: Cambridge University Press.
- Filippo, N. Trusts under threat. Retrieved February 2, 2018, from https://academy.mishcon.com/wp-content/uploads/2017/12/4Articles_A4_aw.pdf
- Garrigues, J. (1953). Law of Trusts. Am J Comp L, 25 (2), 27.
- Hayton, DJ. (2003). The Law of Trusts. (4thed.), Sweet & Maxwell: London.
- Ho, L. & lee, R. (2013). Trust law in Asian civil law jurisdictions: a comparative analysis. Cambridge University press.
- Jaffey, P. (2015). Explaining the trust. Law Quarterly Review. 131 (377), 386 – 387.
- Johnston, D. (1988). The Roman Law of Trusts. Clarendon Express: Oxford.
- Koessler, J. (2012). Is there room for the trust in a civil law system? The French and Italian perspective. Creative Commons Attribution-Noncommercial-NoDerivs, 2.0, UK: England & Wales Mach, 7.
- Langenbucher, K. (1998). Argument by Analogy in European Law. Cambridge Law Journal, 57 (3), 481 – 521.
- Lepaulle, P. (1927). Civil Law Substitutes for Trusts. The Yale Law Journal. 36 (8), 1.
- Main legislation pertaining to trusts. Retrieved February 7, 2018, from <http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts05.html>
- Martinez, Ignacio A. (1982). Trust and the Civil Law. Louisiana Law Review, 42 (5), special Issue, 1713.
- Michaud, P. Tax treatment of trust in France. Retrieved July 7, 2016, from <http://www.etudes-fiscales-internationales.com/tax-treatment-of-trust-in-france-taxation-of-trust-in-france.html>
- Origins of trusts in Japan and the enactment of the trust Act and the Trust Business Act. Retrieved February 7, 2018, from http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts02_01.html
- Pearce, R. & Warren, Barr. (2015). Pearce & Stevens. Trust and Equitable Obligations. (6^{ed}), Oxford: Oxford University Press.

Pont, GE Dal. Equity's Chameleon – Unmasking the Constructive Trust. Australian Bar Review.

Types of trusts. Retrieved February 1, 2018, from http://www.shintaku-kyokai.or.jp/en/trusts/trusts02_01.html.

Verbit, Gilbert P. (2002). The Origins of trust. Xlibris Corporation.

Waters, DWM. (1995). The Institution of the Trust in Civil and Common Law. Académie de Droit International. 156.