

การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรม: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและสิงคโปร์  
The Mediation in Civil cases of the Court of Justice: A comparative study of  
Thai law and Singapore law

ประพาฬรัตน์ สุขดิษฐ์

Praphanrat Sukdit

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี จังหวัดอุบลราชธานี 34000 ประเทศไทย

Faculty of Law, Ubon Ratchathani Rajabhat University, Ubon Ratchathani Province 34000 Thailand

อีเมลล์: enzyme\_sai@hotmail.com

Email: enzyme\_sai@hotmail.com

### บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษา 1. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมในประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์ 2. เปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมไทยและสิงคโปร์ 3. วิเคราะห์พัฒนาหลักกฎหมายและช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมไทย โดยศึกษาจากหนังสือ วิทยานิพนธ์ วารสาร กฎหมายและสื่ออินเทอร์เน็ต จากการศึกษา พบว่า 1. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมในประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์ มีความคล้ายคลึงและแตกต่างกัน สำหรับความคล้ายคลึงคือ การไกล่เกลี่ยเป็นกระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือเพื่อระงับข้อพิพาท ส่วนความแตกต่างคือวิธีพิจารณานั้นมีบางส่วนที่ไม่เหมือนกัน เนื่องจากระบบกฎหมายที่ต่างกัน 2. กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการไกล่เกลี่ยในคดีแพ่งในศาลยุติธรรมไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 มาตรา 20 มาตรา 20 ทวิ ข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ส่วนประเทศสิงคโปร์ ได้แก่ พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 20173. ประเทศไทยควรออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ปรับปรุงคุณสมบัติผู้ไกล่เกลี่ยโดยต้องผ่านการอบรมทั้งทฤษฎีและปฏิบัติ ผู้ไกล่เกลี่ยต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานศาลยุติธรรมทุกคน เพิ่มค่าตอบแทนผู้ไกล่เกลี่ย สำหรับข้อเสนอนี้ ประเทศไทยควรออกกฎหมายเฉพาะ คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท เผยแพร่ให้ความรู้ด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งแก่ประชาชนทั่วไปให้เข้าใจ

**คำสำคัญ:** การไกล่เกลี่ย, คดีแพ่ง

### Abstract

The objective of this academic research is to 1. Study the dispute resolution process in the civil cases of the Courts of Justice in Thailand and Singapore 2. Compare the Laws relating to the mediation process in the civil cases of the Courts of Justice in Thailand and Singapore 3. Analyze legal developments and gaps in the law relating to the mediation process in the civil cases of the Court of Justice Thailand. The research is conducted through books, theses, law journals, and the

internet media. It has been found that 1. There are similarities and differences in the dispute resolution in civil cases of Courts of Justice in Thailand and Singapore. The similarity is the process of the solution of the disputes, a third person assistance to cease the dispute. The difference is due to the different legal systems. 2. The concerned law about mediation in civil cases of the Courts of Justice in Thailand is Sections 19, 20, 20 bis of the Civil Procedure Code, and the Requirements of the President of the Supreme Court on Mediation B.E. 2554. For Singapore law, there are Community Mediation Centers Act, Women's Charter, and the new Mediation Act. There are no specific Mediation Law in both countries. 3. Thailand should have a Mediation Act and improve the mediator's qualifications through both theoretical and practical training. Mediators must be registered with the office of the judiciary, along with a wage increase for mediator. The author suggests the enactment of a specific mediation law in Thailand and Singapore to disseminate knowledge of mediation in civil disputes to the general public.

**Keywords:** Mediation, Civil Cases

## 1. บทนำ

เมื่อมนุษย์ต่างต้องอยู่ร่วมกันในสังคม ซึ่งมีความแตกต่างกันในหลายๆด้านไม่ว่าจะเป็นความคิด พฤติกรรม วัฒนธรรม อารมณ์และอาจก่อให้เกิดการกระทบกระทั่งกันระหว่างบุคคลหรือกลุ่มบุคคล ต่างฝ่ายต่างคิดว่าตนเองถูก และต้องการให้ตนเองนั้นเป็นฝ่ายชนะเมื่อไม่สามารถเจรจาตกลงกันได้ คู่กรณีจึงนำข้อพิพาทนั้นเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี ซึ่งมักเป็นเรื่องเกี่ยวกับการโต้แย้ง สิทธิและหน้าที่ของแต่ละบุคคล แต่เนื่องจากกระบวนการพิจารณาคดีในศาลต่างๆมีจำนวนมาก เกิดความล่าช้า การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่จะทำให้ข้อพิพาทระงับได้โดยคู่กรณีพึงพอใจทั้งสองฝ่าย เมื่อพิจารณาจากสถิติไกล่เกลี่ยของศาลแพ่ง ประจำเดือนมกราคม พ.ศ. 2561 มีจำนวนคดีรับเข้า 354 คดี และสามารถไกล่เกลี่ยได้สำเร็จ 224 คดี แบ่งเป็นคดีแพ่ง 82 คดี และคดีผู้บริโภค 142 คดี<sup>1</sup> ทำให้เห็นได้ว่าการไกล่เกลี่ยคดีแพ่งนั้นประสบความสำเร็จ คู่พิพาททั้งสองฝ่ายได้รับความพอใจสำหรับการไกล่เกลี่ยในประเทศไทยมีทั้งที่กระทำในศาลชั้นต้น ในศาลอุทธรณ์ และในศาลฎีกา ตามบทบัญญัติประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ที่บัญญัติว่า "ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น" ดังนั้น การไกล่เกลี่ยจึงกระทำได้ไม่ว่าจะอยู่ในขั้นตอนใดของการพิจารณาคดี<sup>2</sup> อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะได้มีการนำการไกล่เกลี่ยมาใช้ในระบบศาลยุติธรรมไทยในช่วงระยะหนึ่งแล้ว แต่ก็ยังพบอุปสรรคในการดำเนินการของระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่ง เช่น คู่ความไม่กล้าเปิดเผยข้อความจริง คู่ความเกรงว่าผู้ไกล่เกลี่ยจะมีความลำเอียงสำหรับประเทศสิงคโปร์การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์ซึ่งช่วยลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล โดยรัฐบาลมีเป้าหมายให้ประเทศสิงคโปร์เป็นศูนย์กลางในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

<sup>1</sup> ศาลแพ่ง, (2561), สถิติไกล่เกลี่ยประจำเดือนมกราคม 2561, สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

[http://www.civil.coj.go.th/doc/data/civil/civil\\_1517902667.pdf](http://www.civil.coj.go.th/doc/data/civil/civil_1517902667.pdf).

<sup>2</sup> โชติช่วง ทัพวงศ์, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล, ใน สรวัด ลิมปริงซี (บ.ก.), การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, กรุงเทพฯ: ธนาพรส, 2555, 107.

ทางการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ<sup>3</sup>สำหรับกระบวนการไกล่เกลี่ยคดีของศาลสิงคโปร์ มีด้วยกัน 2 ช่วง คือ การไกล่เกลี่ยคดีก่อนฟ้องและการไกล่เกลี่ยคดีหลังฟ้อง ส่วนขั้นตอนการพิจารณาคดีของศาล เมื่อมีการฟ้องร้องแล้วยังมีการเจรจาโดยใช้วิธีการไกล่เกลี่ยอิเล็กทรอนิกส์(Electronic Mediation)ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต<sup>4</sup>ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงสนใจศึกษาเปรียบเทียบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งทั้งสองประเทศ ทั้งนี้ผลการศึกษาที่ได้เพื่อนำไปใช้เป็นข้อมูลนำเสนอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและประชาสัมพันธ์แก่ประชาชนไทยอีกทางหนึ่งด้วย

## 2. ความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

การไกล่เกลี่ย ตรงกับภาษาอังกฤษว่า Conciliation และ Mediation ซึ่งคำว่า Conciliation มาจากภาษาลาติน Conciliare หมายถึง การทำให้ข้อขัดแย้งหมดไป หรือทำให้ผู้ที่มีความเห็นแตกต่างหรือผลประโยชน์ขัดแย้งกันเกิดความพอใจส่วนคำว่า Mediation ปรากฏอยู่ในกฎหมายแม่แบบว่าด้วยการประนีประนอมทางพาณิชย์ระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ(UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation) โดยให้ความหมายว่าการประนีประนอม หมายถึง กระบวนการไม่ว่าจะเรียกว่าการประนีประนอม การไกล่เกลี่ย หรือคำใดๆที่มีความหมายคล้ายคลึงกัน โดยที่คู่พิพาทร้องขอให้บุคคลที่สามหรือคณะบุคคล (ผู้ประนีประนอม) ทำหน้าที่ช่วยคู่พิพาทในความพยายามที่จะระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือที่เกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ทางสัญญาหรือนิติสัมพันธ์<sup>6</sup>ทั้งนี้ได้มีผู้ให้นิยามความหมายของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไว้ ดังนี้

เนตรนารี สิริยากรนุรักษ์ ให้ความหมายว่าการไกล่เกลี่ย หมายถึง การระงับข้อพิพาทด้วยการพูดคุยต่อรองเพื่อยุติข้อพิพาทด้วยความตกลงยินยอมของคู่พิพาทเอง โดยมีคนกลางทำหน้าที่ไกล่เกลี่ย คอยช่วยเหลือแนะนำในการหาทางยุติข้อพิพาท<sup>7</sup>

โชติช่วง ท้าววงศ์ ให้ความหมายว่า การไกล่เกลี่ย หมายถึง กระบวนการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยมีบุคคลที่สามที่เป็นคนกลางเข้าช่วยเหลือแนะนำในการเจรจาต่อรองของคู่ความเพื่อระงับข้อพิพาท<sup>8</sup>

ภาณุ รังสีสหัส ให้ความหมายว่า การไกล่เกลี่ย คือ กระบวนการระงับข้อพิพาท ที่มีบุคคลที่สามมาช่วยเหลือให้คู่ความเจรจาต่อรองกันได้สำเร็จ โดยเป็นผลผลิตประการหนึ่งซึ่งเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของการเจรจาต่อรอง แต่มิใช่

<sup>3</sup> คะนิงนิจ แซ่เฮง, (2559), การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

<http://khanuengnit.blogspot.com/2016/05/blog-post.html>.

<sup>4</sup> ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์, (2558), ระบบกฎหมายสิงคโปร์, สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

[http://thailand.prd.go.th/1700/ewt/asean thai/ewt\\_news.php?nid=3881&filename=index](http://thailand.prd.go.th/1700/ewt/asean thai/ewt_news.php?nid=3881&filename=index).

<sup>5</sup> วรณชัย บุญบำรุง, **หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง**, กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2548, 22.

<sup>6</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002) Article 1 Scope of Application and Definition. Reads: 3. For the Purposes of this Law, “Conciliation” Means a Process, whether referred to by the Expression Conciliation, Mediation or an Expression of Similar Import, where by Parties Request a Third Person or Persons (“the Conciliator”) to assist them in their Attempt to Reach an Amicable Settlement of their Dispute Arising out of or Relating to a Contractual or other Legal Relationship.

<sup>7</sup> เนตรนารี สิริยากรนุรักษ์, **การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับโดเมนเนมโดยการเจรจาไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย**, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2559, 44.

<sup>8</sup> โชติช่วง ท้าววงศ์, **การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท**, 105.

เป็นสิ่งเข้ามาแทนที่การเจรจาต่อรอง กระบวนการดังกล่าวมีประโยชน์ในการช่วยให้คู่ความทั้งสองฝ่ายหรือทุกฝ่ายสามารถบรรลุข้อตกลงร่วมกันจากกรณีที่มีการพิพาทกันนั้นได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นคนกระตุ้นให้คู่ความตกลงกันได้ง่ายขึ้น แต่ไม่มีอำนาจในการกำหนดข้อตกลงให้แก่คู่ความแต่อย่างใด<sup>9</sup>

พระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 (Mediation Act 2017)<sup>10</sup> ของประเทศสิงคโปร์ ได้บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ “การไกล่เกลี่ย” หมายถึงกระบวนการที่ประกอบไปด้วยช่วงเวลาหนึ่งหรือหลายอย่างที่ผู้ไกล่เกลี่ยอย่างน้อยหนึ่งรายช่วยคู่กรณีในเรื่องข้อพิพาท โดยจะทำทุกอย่างหรืออย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เพื่ออำนวยความสะดวกในการแก้ไขปัญหาทั้งหมดหรือบางส่วนของข้อพิพาท

- (a) ระบุปัญหาที่มีข้อโต้แย้ง
- (b) สำรวจและสร้างตัวเลือก
- (c) สื่อสารกับผู้อื่น
- (d) สมัคใจตกลงกันเอง”

จากความหมายของการไกล่เกลี่ยข้างต้น ผู้เขียนสามารถสรุปได้ว่า การไกล่เกลี่ย หมายถึง การระงับข้อพิพาท โดยมีบุคคลที่สามเป็นคนกลางซึ่งมีความเป็นอิสระ ไม่มีส่วนได้เสีย เป็นบุคคลที่คู่ความยอมรับ ได้เข้ามาทำหน้าที่ช่วยเหลือและเสนอแนวทางออกในการยุติข้อขัดแย้งให้แก่คู่ความ แต่ไม่มีอำนาจชี้ขาดข้อพิพาทอำนาจตัดสินใจอยู่ที่คู่ความโดยตรง

### 3. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งของศาลยุติธรรมไทย

#### 3.1 หลักการสำคัญของกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทนั้นต้องมีคู่กรณีตั้งแต่สองฝ่ายขึ้นไปและมีคนกลางเข้ามาเป็นผู้ช่วยเหลือ เรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย
2. สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรม คู่ความทุกฝ่ายต้องสมัครใจเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยและเจรจาตกลงกันตั้งแต่ก่อนส่งคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย ระหว่างไกล่เกลี่ย และหากเปลี่ยนใจไม่ยอมไกล่เกลี่ย ก็ขอยกเลิกได้
3. ผู้ไกล่เกลี่ย จะมีหน้าที่ช่วยเหลือ แนะนำ และหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาให้แก่คู่ความ เพื่อให้คู่ความตกลงกันได้ แต่ผู้ไกล่เกลี่ยจะไม่มีอำนาจตัดสินชี้ขาดข้อพิพาท

<sup>9</sup> ภาณุ รังสีหัทธ, การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, ใน สรวิต ลิ้มปริงซี่ (บ.ก.), การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, กรุงเทพฯ: ธนาเพรส, 2555, 73.

<sup>10</sup> 3 (1) In this Act, “mediation” means a process comprising one or more sessions in which one or more mediators assist the parties to a dispute to do all or any of the following with a view to facilitating the resolution of the whole or part of the dispute:

- (a) identify the issues in dispute;
- (b) explore and generate options;
- (c) communicate with one another;
- (d) voluntarily reach an agreement.

4. สำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรม ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องมีคุณสมบัติตามระเบียบข้อบังคับที่ใช้ในศาล
5. ผลของการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรม หากไกล่เกลี่ยสำเร็จ คู่ความก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความและให้ศาลพิพากษาตามยอมหรืออาจถอนฟ้องก็ได้ แต่ถ้าไกล่เกลี่ยไม่สำเร็จ คู่กรณีฟ้องคดีต่อศาล หรือใช้วิธีระงับข้อพิพาทแบบอื่น เช่น อนุญาโตตุลาการ เป็นต้น

### 3.2 ประเภทคดีที่สามารถทำการไกล่เกลี่ย

#### 1. คดีแพ่ง

คดีแพ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการโต้แย้ง สิทธิและหน้าที่ของบุคคลตามกฎหมายแพ่ง มีทั้งคดีที่มีข้อพิพาท เช่น คดีละเมิด คดีบังคับตามสัญญา คดีฟ้องหย่า เป็นต้น และคดีแพ่งที่ไม่มีข้อพิพาท เช่น ขอจัดตั้งผู้จัดการมรดกซึ่งการไกล่เกลี่ยสามารถใช้กับคดีแพ่งได้ทุกคดี

#### 2. คดีอาญาความผิดที่อาจยอมความกันได้

คดีอาญาคือการกระทำผิดที่กฎหมายใช้ในขณะนั้นว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด ผู้กระทำต้องรับโทษตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายอาญาคดีอาญานั้นแยกเป็นคดีอาญาที่ยอมความได้ซึ่งเป็นความผิดต่อส่วนตัว ในกฎหมายจะบัญญัติไว้ชัดเจนว่าให้ความยอมความกันได้กับคดีอาญาความผิดต่อแผ่นดิน ซึ่งไม่สามารถยอมความได้

#### 3. คดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา

การกระทำความผิดบางกรณี ผู้กระทำอาจมีความผิดทั้งทางแพ่งและทางอาญา หากการกระทำนั้นเข้าองค์ประกอบความผิดทางอาญา และในขณะเดียวกันก็ทำให้ผู้อื่นได้รับความเสียหายด้วย ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด มาตรา 420 ฉะนั้นข้อพิพาทจะระงับลงได้ก็ต่อเมื่อคู่พิพาทตกลงประนีประนอมกัน ทั้งคดีอาญาและคดีทางแพ่งด้วย และในกรณีที่เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องคดีอาญานี้ ก็ต้องพิจารณาก่อนว่าคดีอาญานั้นเป็นคดีอาญาอันยอมความได้หรือไม่ ก็ต้องว่ากล่าวไปตามนั้น ซึ่งถ้าเป็นคดีอาญาแผ่นดินอันยอมความกันไม่ได้ ก็อาจประนีประนอมยอมความเฉพาะคดีแพ่งเพียงอย่างเดียวก็ได้<sup>11</sup>

### 3.3 การจัดระบบไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรม

การไกล่เกลี่ยในชั้นศาล เกิดขึ้นภายหลังที่ได้มีการฟ้องคดีต่อศาลแล้ว การไกล่เกลี่ยในชั้นศาลเป็นอำนาจของศาลที่จะสั่งให้คู่ความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถ้าศาลเห็นว่า คู่ความมาศาลด้วยตนเองแล้ว อาจยังให้เกิดความตกลงหรือประนีประนอมยอมความกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 19 การประนีประนอมยอมความในชั้นศาลนั้น กระทำได้ทุกชั้นศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ ศาลฎีกา และไม่ต้องคำนึงว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกันในข้อพิพาทนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ก็ต้องดำเนินการก่อนศาลอ่านคำพิพากษาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 ซึ่งคู่ความสามารถขอให้ศาลใช้ระบบการไกล่เกลี่ยในเวลาใดก็ได้ในระหว่างพิจารณาคดี หรือ ศาลอาจเห็นสมควรให้ไกล่เกลี่ยได้ หากคู่ความตกลงทั้งสองฝ่าย ผู้พิพากษาคดีจะส่งคดีเข้าสู่ศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาลเพื่อดำเนินการ ถ้าตกลง

<sup>11</sup> รัฐกร คลังสมบัติ, กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2552, 9.

ไกล่เกลี่ยกันได้ อาจมีการถอนฟ้อง ถอนคำร้องทุกข์ หรือศาลมีคำพิพากษาตามสัญญาประนีประนอมยอมความที่คู่ความตกลงยินยอมจัดทำขึ้น ดังนั้น การจัดระบบไกล่เกลี่ยจึงแยกออกเป็นหลักใหญ่ ๆ ได้ 3 ประการคือ<sup>12</sup>

1. แยกคน คือ ในกรณีให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ไกล่เกลี่ย จะต้องแยกผู้พิพากษาซึ่งทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยออกจากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ทำให้คู่ความมั่นใจว่าผู้พิพากษาที่พิจารณาคดีจะไม่รู้เห็นเหตุการณ์ในห้องไกล่เกลี่ย และการยอมรับข้อเท็จจริงจะไม่มีผลต่อคดีหรือทำให้ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนซึ่งจะตัดสินคดีของตนมีอคติต่อตน เพราะหากตกลงกันไม่ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องส่งสำนวนคืนแก่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาตามปกติต่อไป

2. แยกสำนวน ตามระบบไกล่เกลี่ยจะมีการแยกสำนวนไกล่เกลี่ยออกจากสำนวนเดิม ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ไกล่เกลี่ยที่จะบันทึกไว้ในกรณีการไกล่เกลี่ยปรากฏในสำนวนเดิม และหากคู่ความตกลงกันไม่ได้ ก็จะปลดสำนวนไกล่เกลี่ยนี้ออกเพิกถอนทำลาย เพื่อมิให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจใช้อ้างอิงเป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาได้

3. แยกห้อง การจัดระบบไกล่เกลี่ยจะต้องจัดห้องไกล่เกลี่ยแยกต่างหากออกมาจากห้องพิจารณาคดี มีลักษณะเป็นห้องประชุม เป็นสัดส่วน จัดที่นั่งเป็นโต๊ะประชุมรูปตัวยูหรือจัดเป็นโต๊ะกลม และทำให้บรรยากาศของการไกล่เกลี่ยเป็นส่วนตัว เป็นกันเองซึ่งสอดคล้องกับงานวิจัยของณัฐศดา อุ๋นบริบูรณ์ ที่พบว่า คู่ความมีความพึงพอใจในกระบวนการไกล่เกลี่ย การไกล่เกลี่ยในศูนย์ไกล่เกลี่ยมีห้องไกล่เกลี่ยแยกต่างหากจากห้องพิจารณาคดี มีลักษณะเป็นห้องประชุมบรรยากาศแบบเป็นกันเองทำให้ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย<sup>13</sup>

### 3.4 รูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรม

#### 1. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้พิพากษาผู้พิจารณาคดี

ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบนี้เป็นรูปแบบที่เกิดขึ้นควบคู่ไปกับการพิจารณาคดีของศาล โดยมีการกำหนดบทบาทไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแก่ผู้พิพากษา จะเห็นได้จากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20<sup>14</sup> ได้ให้อำนาจศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกันระหว่างที่มีการดำเนินคดีในศาล ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่เป็นผู้ตัดสินชี้ขาดคดีจะเป็นผู้ดำเนินการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีนั้นด้วยตนเองหรือพร้อมกับองค์คณะผู้พิพากษาและศาลต่าง ๆ มีความคุ้นเคยและใช้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบนี้ควบคู่ไปกับการพิจารณาคดีตลอดมา<sup>15</sup>

#### 2. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยผู้พิพากษาที่ไม่ใช่ผู้พิจารณาคดี

ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลรูปแบบนี้ ได้รับการพัฒนามาจากระบบแรกซึ่งมีข้อจำกัดที่สำคัญ กล่าวคือ ความมั่นใจต่อตัวผู้พิพากษาเป็นทั้งผู้ตัดสินชี้ขาดและทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีเดียวกันว่าจะไม่เกิดอคติในการตัดสินชี้ขาด<sup>16</sup> หากการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทไม่ประสบความสำเร็จ ข้อเท็จจริงต่าง ๆ จะไม่ถูกนำไปใช้เป็นพยานหลักฐานในการ

<sup>12</sup> โชติช่วง ทังวงศ์, การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, 118 - 119

<sup>13</sup> ณัฐศดา อุ๋นบริบูรณ์, ทศนคติของคู่ความที่มีต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลจังหวัดนครปฐม, นครปฐม: มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม, 2559, 79.

<sup>14</sup> ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 20 บัญญัติว่า ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความตกลงกันหรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น

<sup>15</sup> มนตรี ศิลปมหาบัณฑิต, ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลยุติธรรม, ใน สรวิตลิมปริงษ์ (บ.ก.), การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท, กรุงเทพฯ: ธนาพร, 2555, 126.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, 126 - 127.

พิจารณาคดี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบนี้ มีการริเริ่มในศาลแพ่งเป็นที่แรกในปี พ.ศ. 2538 และยังมีการแพร่หลายออกไปยังศาลแพ่งอื่น ๆ รวมทั้งศาลในภูมิภาคอื่นเป็นจำนวนมาก<sup>17</sup>

### 3. การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทโดยบุคคลภายนอก

ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทรูปแบบนี้ จะใช้ข้าราชการศาลยุติธรรมหรือบุคคลภายนอก ทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ย เพื่อเป็นการแบ่งเบาภาระงานของผู้พิพากษาซึ่งเปิดโอกาสให้ศาลสามารถแต่งตั้งบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้พิพากษามาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้

## 4. กระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งของศาลยุติธรรมประเทศสิงคโปร์

ระบบกฎหมายของประเทศสิงคโปร์สนับสนุนและส่งเสริมให้คู่ความเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาททางเลือกมากกว่าการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีของศาล ซึ่งใช้เวลามากและเสียค่าใช้จ่ายสูงการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในชั้นศาลเป็นการไกล่เกลี่ยภายหลังจากมีการฟ้องศาลแล้ว การไกล่เกลี่ยประเภทนี้มักดำเนินการโดยศาลชั้นต้น (State Courts)

ศาลชั้นต้นของประเทศสิงคโปร์ ประกอบไปด้วยหลายศาล ได้แก่ District Court , Magistrates' Court, Coroner's Court และ Small Claims Tribunals มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีได้หลายประเภทในส่วนคดีแพ่ง ศาลชั้นต้นแบ่งแยกประเภทคดีออกเป็น 3 ประเภทด้วยกัน โดยลักษณะและจำนวนทุนทรัพย์ของคดีจะเป็นปัจจัยที่กำหนดว่าคู่ความจะต้องเริ่มต้นเป็นคดีประเภทใดหรืออยู่ในอำนาจของศาลใด<sup>18</sup>ในขั้นตอนของการพิจารณาคดีของศาล เมื่อมีการฟ้องแล้วก็ยังมีทางเลือกอื่นอีก โดยใช้วิธีไกล่เกลี่ยอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Mediation) ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต

1. District Court (DC) สำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์เกินกว่า 60,000 SGD แต่ไม่เกิน 250,000 SGD

2. Magistrates' Court (MC) สำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 60,000 SGD

3. Small Claims Tribunals (SCT) สำหรับคดีที่มีทุนทรัพย์ไม่เกิน 10,000 SGD (หรือไม่เกิน 20,000 SGD หากคู่ความตกลงกันให้ขึ้น SCT) จัดตั้งขึ้นในปี 1985 เพื่อจัดการกับคดีด้วยกระบวนการที่รวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย โดยไม่มีนายความเข้ามาเกี่ยวข้อง เมื่อมีการยื่นคำร้องประเภท SCT คู่ความจะต้องเข้าสู่กระบวนการไกล่เกลี่ย (Mediation session) ซึ่งกระทำโดยนายทะเบียนศาล(Registrar) ของSCT<sup>19</sup>

การไกล่เกลี่ยในศาลชั้นต้น เป็นบริการของศาลที่คู่ความไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายแต่อย่างใด<sup>20</sup>แต่ตั้งแต่เดือน พฤษภาคม ค.ศ. 2015 เป็นต้นมา คดีแพ่งที่มีมูลค่าสูงจะต้องเสียค่าธรรมเนียมในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท<sup>21</sup> ซึ่งหลักการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของประเทศสิงคโปร์จะมีบุคคลที่สามเป็นคนกลาง ซึ่งเรียกว่า ผู้ไกล่เกลี่ย ให้คำแนะนำหรือแนวทางเพื่อให้คู่ความเจรจาตกลง ทั้งนี้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้พิพากษาของศาลชั้นต้นซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาทำหน้าที่นี้โดยเฉพาะ และได้ผ่านการฝึกอบรมในการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยจากศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งสิงคโปร์ (Singapore Mediation

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, 127.

<sup>18</sup> ดร.กนก จุลมนต์, (2557), ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์, สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก [www.oia.coj.go.th/doc/data/oia/iad\\_1475209793.pdf](http://www.oia.coj.go.th/doc/data/oia/iad_1475209793.pdf). 5.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, 5.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, 12.

<sup>21</sup> คเนิงนิจ แซเฮง, (2559), การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสิงคโปร์, สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://khanuengnit.blogspot.com/2016/05/blog-post.html>.

Centre (SMC) ผู้พิพากษาบางท่านผ่านการอบรมจากสถาบันการไกล่เกลี่ยจากต่างประเทศด้วย และจะมีผู้ไกล่เกลี่ยสมทบ (Associate Mediators) ซึ่งเป็นทนายความที่ได้รับการฝึกอบรมและการขึ้นบัญชีจากศาลและ SMC วิธีการนี้ไม่เสียค่าใช้จ่าย รวดเร็ว และช่วยรักษาความสัมพันธ์ของคุณค่าไว้<sup>22</sup> ส่วนการไกล่เกลี่ยที่ SMC ผู้ไกล่เกลี่ยของ SMC ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญสาขาต่างๆ เช่น ทรัพย์สินทางปัญญา พลังงานและทรัพยากรธรรมชาติ ประกันภัย การเงินและการธนาคารบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน การก่อสร้างและวิศวกรรมเทคโนโลยีสารสนเทศศาสตร์ พินัยกรรม สุขภาพ เป็นต้น<sup>23</sup>

ขั้นตอนในการไกล่เกลี่ยของศาลชั้นต้นมีดังนี้

1. การประชุมเบื้องต้นระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและทนายความทั้งสองฝ่าย ทนายความจะสรุปเกี่ยวกับข้อเท็จจริงของคดีและประเด็นต่างๆที่จะทำการไกล่เกลี่ยให้ผู้ไกล่เกลี่ยฟัง วัตถุประสงค์ทั้งสองฝ่ายไม่จำเป็นต้องเข้าฟังการประชุมนี้
2. ผู้ไกล่เกลี่ยพบกับคู่ความทั้งสองฝ่ายรวมทั้งทนายความ ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้แนะนำวัตถุประสงค์ทั้งสองฝ่ายเกี่ยวกับกระบวนการไกล่เกลี่ย แต่ละฝ่ายจะมีโอกาสได้เล่าเรื่องเกี่ยวกับคดีจากมุมมองของตนเอง โดยจะมีผู้ไกล่เกลี่ยเป็นผู้ดำเนินการอภิปรายในประเด็นต่างๆ<sup>24</sup>
3. การประชุมกลุ่มย่อยระหว่างผู้ไกล่เกลี่ยและคู่ความแต่ละฝ่าย ซึ่งอาจจะมีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้
4. สรุปผลการไกล่เกลี่ย เมื่อสามารถหาข้อยุติได้ คู่ความทั้งสองฝ่ายจะพบกับผู้ไกล่เกลี่ยพร้อมทั้งทนายความเพื่อที่จะตรวจสอบและยืนยันรายละเอียดของข้อตกลง ศาลจะเป็นผู้บันทึกข้อตกลงดังกล่าว<sup>25</sup>

## 5. กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางแพ่งของศาลยุติธรรมไทย

### 5.1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 19 บัญญัติว่า ศาลมีอำนาจสั่งได้ตามที่เห็นสมควรให้คู่ความทุกฝ่าย หรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมาศาลด้วยตนเอง ถึงแม้ว่าคู่ความนั้น ๆ จะได้มีทนายความว่าต่างแก้อยู่แล้วก็ตาม อนึ่ง ถ้าศาลเห็นว่าการที่คู่ความมาศาลด้วยตัวเองอาจยังให้เกิดความความตกลงหรือการประนีประนอมยอมความตั้งที่บัญญัติไว้ในมาตราต่อไปนี้ ก็ให้ศาลสั่งให้คู่ความมาศาลด้วยตนเอง

มาตรา 20 บัญญัติว่า ไม่ว่าการพิจารณาคดีจะได้ดำเนินไปแล้วเพียงใด ให้ศาลมีอำนาจที่จะไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ตกลงกัน หรือประนีประนอมยอมความกันในข้อพิพาทนั้น

มาตรา 20 ทวิ บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์ในการไกล่เกลี่ย เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลจะสั่งให้ดำเนินการเป็นการลับเฉพาะต่อหน้าตัวความทุกฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง โดยจะสั่งให้มีทนายความอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอ ศาลอาจแต่งตั้งบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นผู้ประนีประนอม เพื่อช่วยเหลือศาลในการไกล่เกลี่ยให้คู่ความได้ประนีประนอมกัน

<sup>22</sup> ดร.กนก จุลมนต์, ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์, 13.

<sup>23</sup> Singapore Mediation Centre, (2018), *Principal Mediators - By Specialization*, Retrieved February 10, 2018, from <http://www.mediation.com.sg/expert-panels/principal-mediators-by-specialisation/>.

<sup>24</sup> ดร.กนก จุลมนต์, ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์, 13.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.



หลักเกณฑ์และวิธีการในการไกล่เกลี่ยของศาล การแต่งตั้งผู้ประนีประนอม รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ประนีประนอม ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

## 5.2 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 850-852 บัญญัติให้สัญญาประนีประนอมยอมความเป็นสัญญารับข้อพิพาทที่มีอยู่หรือจะเกิดขึ้นให้เสร็จไปและต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบหรือตัวแทน มิฉะนั้น จะฟ้องร้องให้บังคับคดีไม่ได้ และทำให้แต่ละฝ่ายได้สิทธิตามสัญญาประนีประนอมยอมความ

## 5.3 ข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554

ข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 มีสาระสำคัญ สรุปได้ดังนี้

1. จัดให้มีศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประจำศาล
2. การจัดให้มีห้องประชุมสำหรับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทควรสร้างบรรยากาศในห้องไกล่เกลี่ยให้มีลักษณะไม่เป็นพิธีการ หากผู้พิพากษาเป็นผู้ทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยจะนั่งเป็นประธานไม่สวมครุย โต๊ะที่จัดอาจเป็นโต๊ะประชุม เพื่อให้คู่ความทุกฝ่ายรู้สึกผ่อนคลาย

3. การแต่งตั้งผู้ประนีประนอมเพื่อทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล

ตามข้อกำหนดของประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554ข้อ 4ผู้ประนีประนอม หมายความว่า บุคคลหรือคณะบุคคลที่มีอำนาจดำเนินไกล่เกลี่ยตามข้อกำหนดนี้ ซึ่งผู้ประนีประนอมดังกล่าวอาจจะแต่งตั้งจาก

- 3.1 ผู้พิพากษา

- 3.2 ข้าราชการศาลยุติธรรมหมายถึง เจ้าหน้าที่ศาลซึ่งมีหน้าที่ในธุรการ

- 3.2 ผู้ไกล่เกลี่ยบุคคลภายนอก หมายถึง ผู้ไกล่เกลี่ยซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่ได้รับการคัดเลือกจากศาลและขึ้นทะเบียนไว้เป็นผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือผู้ประนีประนอมประจำศาล

4. ในคดีแพ่งที่อาจไกล่เกลี่ยข้อพิพาทได้ เมื่อโจทก์ได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลแล้วให้เจ้าหน้าที่สอบถามความเห็นของโจทก์ว่าประสงค์จะให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทหรือไม่ แล้วแนบหนังสือเชิญชวนไกล่เกลี่ยส่งไปให้จำเลยพร้อมกับหมายเรียกและสำเนาฟ้อง และแจ้งวันนัดไกล่เกลี่ยไปกับหนังสือเชิญชวนไกล่เกลี่ย หากจำเลยประสงค์ไกล่เกลี่ยให้มาพร้อมวันนัด เพื่อจัดให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท

## 6. กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมประเทศสิงคโปร์

### 6.1 พระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017

ปัจจุบันประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทค.ศ. 2017<sup>26</sup>ได้รับการอนุมัติโดยรัฐสภาเมื่อวันที่ 10 มกราคม ค.ศ.2017 และได้รับการยินยอมจากประธานาธิบดีเมื่อวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ.2017

พระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาทประกอบด้วย 19 มาตรา มาตราสำคัญมีดังนี้

---

<sup>26</sup> Mediation Act 2017, (2018), Retrieved July 2, 2018, from <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017>

- ชื่อย่อและการเริ่มต้น (มาตรา 1)
- การตีความทั่วไป (มาตรา 2)
- บทนิยามการใกล้เคียงข้อพิพาท (มาตรา 3)
- นิยามข้อตกลงการใกล้เคียงข้อพิพาท (มาตรา 4)
- กำหนดให้การแต่งตั้งผู้ให้บริการใกล้เคียงและการรับรองกระบวนการใกล้เคียง (มาตรา 7)
- การรักษาความลับในกระบวนการใกล้เคียง (มาตรา 9)
- กฎของศาล (มาตรา 13)

## 7. วิเคราะห์พัฒนาหลักกฎหมายและช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการใกล้เคียงข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมไทย

สำหรับข้อจำกัดผู้เขียนจะจำแนกรายละเอียด ดังนี้

### 1) คุณสมบัติ ความรู้ความสามารถของผู้ใกล้เคียง

เนื่องจากผู้ใกล้เคียงบางคนไม่ได้ขึ้นทะเบียน ไม่ได้ผ่านการอบรมการใกล้เคียงจากสำนักงานศาลยุติธรรม เมื่อต้องทำหน้าที่ใกล้เคียงจึงไม่มีความพร้อมยังไม่เข้าใจในประเด็นข้อพิพาท หลักการใกล้เคียงข้อพิพาทอย่างแท้จริง รวมทั้งไม่มีความเชี่ยวชาญที่รู้ข้อกฎหมายในคดีแพ่งเรื่องนั้นๆ จึงทำให้ไม่เข้าใจเรื่องราวได้ง่ายหรือยังขาดประสบการณ์หรือทักษะการใกล้เคียง

### 2) คู่ความ

คู่ความไม่สมัครใจเข้าสู่ระบบใกล้เคียง ขาดความรู้เรื่องการใกล้เคียง ไม่เข้าใจถึงประโยชน์ของการใกล้เคียง คู่ความไม่มาศาลตามกำหนดนัด รวมถึงคู่ความมอบอำนาจให้บุคคลอื่นหรือทนายความดำเนินการแทนให้ ซึ่งผู้รับมอบอำนาจก็ไม่สามารถตัดสินใจได้ดีเท่ากับคู่ความ จะเห็นได้ว่า การใกล้เคียงถือความสมัครใจของคู่ความเป็นสิ่งสำคัญ ดังนั้นถ้าคู่ความไม่สมัครใจใกล้เคียงก็ไม่สามารถที่จะบังคับได้

### 3) ทนายความ

ด้วยบทบาทหน้าที่ของทนายความคือการฟ้องร้อง แก้ต่างแทนลูกค้าของตนในศาลและมีผลประโยชน์ตอบแทนเข้ามาเกี่ยวข้อง ทนายความจึงมุ่งนำคดีสู่ศาลมากกว่าการใกล้เคียง

### 4) ผู้พิพากษา

ผู้พิพากษาจะต้องใช้จิตวิทยาในการพูด เพื่อให้ทำให้ทราบความต้องการของคู่ความ และใช้เป็นแนวทางที่จะนำไปสู่การประนีประนอมยอมความตามกฎหมายหากผู้พิพากษาขาดทักษะประสบการณ์ ย่อมส่งผลให้คู่ความเกิดความไม่เชื่อมั่นในตัวผู้พิพากษาได้คู่ความอาจมองว่าผู้พิพากษาไม่เป็นกลางดังนั้นการพูดจาเพื่อโน้มน้าวจิตใจให้คู่ความตกลงกันจึงเป็นเรื่องลำบาก

ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการพัฒนาหลักกฎหมายและช่องว่างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใกล้เคียงข้อพิพาทคดีแพ่งในประเทศไทย มีประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

1) **ควรรอออกกฎหมายเฉพาะ** คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยมีการปรับปรุง ดังนี้

1.1 คุณสมบัติของผู้ไกล่เกลี่ยเมื่อพิจารณาจากข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 หมวด 7 ข้อ 50-51 ได้กำหนดอายุผู้ไกล่เกลี่ยที่ขึ้นทะเบียน คือ อายุไม่ต่ำกว่า 30 ปีบริบูรณ์ ผู้เขียนเห็นว่ามีเหมาะสมแล้ว เพราะถือว่าเป็นผู้มีวัยวุฒิและมีประสบการณ์พอสมควร แต่ควรกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยทุกคนต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานศาลยุติธรรม และต้องผ่านการอบรมทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติจากสำนักงานศาลยุติธรรม โดยให้ข้าราชการที่ผ่านการอบรมเรียบร้อยแล้ว เป็นวิทยากรนำความรู้มาเผยแพร่เช่น หลักสูตรจิตวิทยาการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หลักสูตรการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เทคนิคการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท รวมทั้งอบรมกฎหมายแพ่งเพิ่มเติม เพื่อให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีความชำนาญกฎหมายแพ่งเฉพาะด้าน เช่น คดีที่ดิน คดีครอบครัว เป็นต้นเพราะผู้ไกล่เกลี่ยบางส่วนไม่เคยผ่านการอบรม หรือขาดความต่อเนื่อง นอกจากนี้ระยะเวลาในการเข้ารับการอบรมติดต่อกันเป็นเวลานานผู้ที่เข้ารับการอบรมอาจจะติดภารกิจอย่างอื่นได้ ซึ่งสอดคล้องกับงานวิจัยของวิรัตน์ ท่วมใจดี ที่พบว่าบุคคลภายนอกที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยหรือคนกลาง เป็นผู้ที่มีพื้นฐานความรู้ประสบการณ์หลากหลายสาขาทางวิชาการ การไกล่เกลี่ยยังไม่เป็นแนวทางเดียวกัน รวมทั้งยังขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายบางประเภท เช่น เรื่อง กฎหมายที่ดิน เรื่องเกี่ยวกับโครงสร้างอาคาร เป็นต้น แนวทางแก้ไข ควรดำเนินการฝึกอบรมผู้ประนีประนอมอย่างสม่ำเสมอและต่อเนื่อง เพื่อพัฒนาทักษะให้มีความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย พระราชบัญญัติ กฎหมายที่ดิน ข้อบังคับต่างๆอยู่เสมอ<sup>27</sup> และสอดคล้องกับงานวิจัยของปรัชญา ปิยะมโนธรรม ที่พบว่า ค่าเฉลี่ยคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยในกลุ่มตัวอย่างที่ได้รับการฝึกอบรมหลักสูตรจิตวิทยาการไกล่เกลี่ย เปรียบเทียบทั้งในกลุ่มที่มีคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ย และที่ไม่มีคุณลักษณะหลังการทดลอง พบว่ามีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญทางสถิติ แสดงว่าคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยมีการพัฒนาขึ้นหลังจากการได้รับการฝึกอบรมซึ่งเป็นไปตามสมมติฐานที่ตั้งไว้ว่าหลักสูตรจิตวิทยาการไกล่เกลี่ยสามารถพัฒนาคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีประสิทธิภาพได้<sup>28</sup> และสอดคล้องกับงานวิจัยของอรุวดี ประดิษฐ์ผลพานิช ที่เสนอแนะว่าควรมีการออกพระราชบัญญัติการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทขึ้นใช้บังคับเพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททั้งในศาลและนอกศาล ควรมีการอบรม ให้ความรู้และความเข้าใจแก่บุคลากรและคู่ความในเรื่องการไกล่เกลี่ย เพราะบุคคลเหล่านั้นจะต้องเป็นผู้อธิบาย และให้คำแนะนำแก่คู่ความให้ทราบถึงกระบวนการไกล่เกลี่ย<sup>29</sup> เมื่อเปรียบเทียบกับกรไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลยุติธรรมของประเทศสิงคโปร์ผู้ไกล่เกลี่ยจะเป็นผู้พิพากษาของศาลชั้นต้น (State Courts) ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยเฉพาะและได้ผ่านการฝึกอบรมในการทำหน้าที่เป็นผู้ไกล่เกลี่ยและผ่านการรับรองจากศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งสิงคโปร์ (Singapore Mediation Centre : SMC) ดังนั้นผู้พิพากษาก็จะมีทักษะ จิตวิทยาในการไกล่เกลี่ยและประสบการณ์สูง

1.2 ควรกำหนดเป็นวิชาชีพและมีค่าตอบแทนที่สูงขึ้น เพื่อที่จะได้เป็นการเพิ่มแรงจูงใจให้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถและมีประสบการณ์เข้ามาทำหน้าที่ไกล่เกลี่ยมากขึ้น ซึ่งเมื่อพิจารณาข้อกำหนดประธานศาลฎีกาว่าด้วยการไกล่เกลี่ย พ.ศ. 2554 ข้อ 40 ซึ่งกำหนดให้ผู้ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทที่ขึ้นทะเบียนตาม หมวด 7 มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าป่วยการและค่าใช้จ่าย โดยไม่ได้กำหนดแน่ชัดว่าจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวนเท่าใดนั้นเมื่อเทียบกับความตั้งใจและ

<sup>27</sup> วิรัตน์ ท่วมใจดี, ปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีผู้บริโภค: กรณีศึกษาศาลแขวงพิษณุโลก, พิษณุโลก: มหาวิทยาลัยราชภัฏพิบูลสงคราม, 2558, 121 - 122.

<sup>28</sup> ปรัชญา ปิยะมโนธรรม, ตัวชี้วัดคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีประสิทธิภาพสำหรับการแก้ไขความขัดแย้งในการทำงานขององค์กรเอกชน, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2554, 172.

<sup>29</sup> อรุวดี ประดิษฐ์ผลพานิช, “การไกล่เกลี่ยคดีครอบครัว: กรณีศึกษาข้อพิพาทการใช้อำนาจปกครองบุตรในศาลเยาวชนและครอบครัว”, วารสารบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 1), มกราคม - เมษายน 2554, 261.

ความทุ่มเทของผู้ไกล่เกลี่ย ก็จะไม่คุ้มค่า เพราะต้องเสียเวลา เสียค่าเดินทาง ค่าตอบแทนต่ำจึงอาจส่งผลให้ผู้ไกล่เกลี่ยมีจำนวนน้อย ไม่เพียงพอต่อปริมาณคดีที่ประสงค์จะไกล่เกลี่ย ทำให้การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทเกิดความล่าช้าได้ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศสิงคโปร์นั้น ประเทศสิงคโปร์ยังไม่ได้กำหนดเป็นวิชาชีพ ไม่มีองค์กรกลางในการขึ้นทะเบียนและฝึกอบรมผู้ไกล่เกลี่ย<sup>30</sup> แต่ผู้ไกล่เกลี่ยในสิงคโปร์จะต้องผ่านการอบรมทั้งในประเทศหรือต่างประเทศ และได้รับการรับรองจากศูนย์ไกล่เกลี่ยข้อพิพาทแห่งสิงคโปร์ (SMC)

2. ทุกศาลในประเทศไทยควรมีการพัฒนาเทคโนโลยีเพื่อรองรับการไกล่เกลี่ยออนไลน์(Online Mediation) เพราะช่วยประหยัดค่าใช้จ่ายประหยัดเวลาสำหรับคู่ความที่ไม่สะดวกมาศาล หรือคู่ความไม่อยากจะเจอหน้ากันก็ได้ ซึ่งมีความสะดวกรวดเร็วเพราะสามารถทำได้ตลอดเวลา ตามที่คู่พิพาทต้องการเพียงแค่อุปกรณ์ที่มีสัญญาณอินเทอร์เน็ต โดยไม่ต้องคำนึงว่าคู่พิพาทจะมีวันว่างตรงกันหรือไม่ ซึ่งปัจจุบัน ศาลยุติธรรมในประเทศไทยได้มีการนำระบบออนไลน์มาใช้ในการไกล่เกลี่ยบ้างแล้ว เช่น ศาลแพ่งธนบุรีศาลภาษีอากรกลางได้เปิดช่องทางในการแสดงความประสงค์ให้คู่ความนำคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ยได้หลายช่องทาง อาทิเช่น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) จดหมายธุรกิจตอบรับ โทรสาร (Fax) สไกป์ (Skype) ซึ่งเมื่อศาลมีคำสั่งอนุญาตให้นำคดีเข้าสู่ระบบไกล่เกลี่ย เจ้าหน้าที่ประจำศูนย์ไกล่เกลี่ยจะนัดคู่ความเพื่อดำเนินการไกล่เกลี่ยที่ศาล ถ้าหากการเจรจาไกล่เกลี่ยสำเร็จ ก็จะจัดทำสัญญาประนีประนอมยอมความทางอิเล็กทรอนิกส์ให้แก่คู่พิพาท ซึ่งมีกฎหมายพระราชบัญญัติว่าด้วยการทำธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 รับรองผลผูกพันทางกฎหมายและการใช้สัญญาในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ โดยให้การรับรองลายมือชื่อในสัญญาประนีประนอมยอมความที่จัดทำขึ้นทางอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้ผู้ที่ใช้วิธีเจรจาไกล่เกลี่ยทางออนไลน์เกิดความมั่นใจในผลของการเจรจาไกล่เกลี่ยว่าจะมีผลผูกพันทางกฎหมาย<sup>31</sup> และเมื่อพิจารณาการไกล่เกลี่ยของประเทศสิงคโปร์นั้นได้ใช้วิธีการไกล่เกลี่ยอิเล็กทรอนิกส์(Electronic Mediation)ผ่านระบบอินเทอร์เน็ต<sup>32</sup>ซึ่งตามพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ.2017 ของประเทศสิงคโปร์ มาตรา 3(3)ได้อธิบายถึงการประชุมประกอบด้วยการประชุมดำเนินการโดยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์การประชุมทางวิดีโอหรือวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ<sup>33</sup> จึงเห็นได้ว่า ประเทศสิงคโปร์ได้มีการนำเทคโนโลยีออนไลน์มาใช้เพื่อให้เกิดความสะดวก รวดเร็ว แต่อย่างไรก็ตาม การพัฒนาเทคโนโลยีของศาลยุติธรรมไทยอาจจะต้องทำแบบค่อยเป็นค่อยไป เพราะต้องใช้งบประมาณเป็นจำนวนมาก

3. การไกล่เกลี่ยคดีแพ่งของศาลยุติธรรมประเทศไทยนั้นได้ดำเนินการตามหลักการพื้นฐาน 3 ประการ คือ แยกคน แยกสำนวน และแยกห้องซึ่งผู้เขียนเห็นว่ามีความเหมาะสมแล้ว เพราะในกรณีให้ผู้พิพากษาเป็นผู้ไกล่เกลี่ยแยกออกจากผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน จะทำให้คู่ความกล้าเปิดเผยข้อเท็จจริง คู่ความมีความมั่นใจการไกล่เกลี่ย ไม่มีผลต่อคดีเพราะหากตกลงกันไม่ได้ ผู้ไกล่เกลี่ยจะต้องส่งสำนวนคืนแก่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาตามปกติต่อไป ทั้งนี้ ผู้พิพากษาซึ่งเป็นเจ้าของสำนวนที่พิจารณาตัดสินชี้ขาดคดีนั้น อาจดำเนินการไกล่เกลี่ยคดีได้เองทั้งก่อนหรือในระหว่างพิจารณาคดีเพื่อให้คู่ความตกลงกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับการแยกห้องผู้เขียนเห็นว่าเป็นการสร้างบรรยากาศที่ช่วยลดความตึงเครียด เพราะทุกฝ่ายต่างหันหน้าเข้าหากัน

<sup>30</sup> คณิงนิจ แซ่เฮง, (2559). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

<http://khanuengnit.blogspot.com/2016/05/blog-post.html>.

<sup>31</sup> เนตรนารี สิริยานนุรักษ์, การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับโดเมนเนมโดยการเจรจาไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, 276.

<sup>32</sup> ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์, (2558), ระบบกฎหมายสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

<http://www.asean thai.net/main.php?filename=index>.

<sup>33</sup> Section 3 (3) For the purposes of subsection (2), a meeting includes a meeting conducted by electronic communication, video conferencing or other electronic means.

## 8. สรุป

รูปแบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในคดีแพ่งของศาลยุติธรรมทั้งของประเทศไทยและประเทศสิงคโปร์นั้นมีความเหมือนและแตกต่างกันบ้างสำหรับรูปแบบที่เหมือนกัน คือ การไกล่เกลี่ยจะมีบุคคลที่สามเข้ามาช่วยเหลือเพื่อระงับข้อพิพาท ทั้งนี้คู่ความต้องสมัครใจเข้าสู่ระบบการไกล่เกลี่ยเมื่อคู่ความพอใจในผลของการไกล่เกลี่ยคดีแพ่งในศาลแล้ว จึงตกลงระงับข้อพิพาทกัน ส่งผลให้ข้อพิพาทนั้นยุติซึ่งช่วยลดปริมาณคดีในศาล ประหยัดเวลาและค่าใช้จ่าย สำหรับความแตกต่างคือประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท แต่ประเทศสิงคโปร์มีพระราชบัญญัติไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ค.ศ. 2017 และขั้นตอนการดำเนินอาจะแตกต่างกันบ้าง ขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย สำหรับข้อเสนอนี้คือ 1. ประเทศไทยควรออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท 2. ประเทศไทยต้องพัฒนาเทคโนโลยีให้ทันสมัยเพื่อรองรับการไกล่เกลี่ยออนไลน์ให้เหมือนประเทศสิงคโปร์ 3. ประชาสัมพันธ์ เผยแพร่ให้ความรู้ด้านการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีแพ่งแก่ประชาชนทั่วไปให้เข้าใจทั้งสื่ออินเทอร์เน็ตและการจัดอบรมโดยสำนักงานศาลยุติธรรม 4. ผู้ไกล่เกลี่ยในประเทศไทยทุกคนควรต้องผ่านการอบรมหลักสูตรไกล่เกลี่ยข้อพิพาทจากสำนักงานศาลยุติธรรม

### บรรณานุกรม

- กนก จุลมนต์. (2557). ระบบศาลและกระบวนการพิจารณาคดีแพ่งของประเทศสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก [http://oia.coj.go.th/doc/data/oia/iad\\_1475209793.pdf](http://oia.coj.go.th/doc/data/oia/iad_1475209793.pdf).
- คณิงนิจ แซ่เฮง. (2559). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://khanuengnit.blogspot.com/2016/05/blog-post.html>.
- โชติช่วง ท้าววงศ์. (2555). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาล. ใน สรวิต ลิ้มปริงซี่ (บ.ก.). การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (105-107). กรุงเทพฯ: ธนาเพรส.
- ณัฐสุดา อุ่นบริบูรณ์. (2559). ทศนคติของคู่ความที่มีต่อกระบวนการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในศาลจังหวัดนครปฐม. วิทยานิพนธ์ปริญญาตรี สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม.
- เนตรนารี สิริยานุรักษ์. (2559). การระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับโดเมนเนมโดยการเจรจาไกล่เกลี่ยและการอนุญาโตตุลาการที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาตรี สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปรัชญา ปิยะมโนธรรม. (2554). ตัวชี้วัดคุณลักษณะของผู้ไกล่เกลี่ยที่มีประสิทธิภาพสำหรับการแก้ไขความขัดแย้งในการทำงานขององค์กรเอกชน. วิทยานิพนธ์ปริญญาตรี สาขาวิชารัฐประศาสนศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ภาณุ รัสสีหส์. (2555). การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท. ใน สรวิต ลิ้มปริงซี่ (บ.ก.). การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (73). กรุงเทพฯ: ธนาเพรส.

- มนตรี ศิลป์มหาบัณฑิต. (2555). ระบบการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของศาลยุติธรรม. ใน สรวิศ ลิ้มปรีงษ์(บ.ก.), การจัดการความขัดแย้งกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท: ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (126-127). กรุงเทพฯ: ธนาเพรส.
- รัฐกร คลังสมบัติ. (2552). กระบวนการยุติธรรมเชิงสมานฉันท์กับการไกล่เกลี่ยข้อพิพาททางอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน. ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- วรรณชัย บุญบำรุง. (2548). หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- วิรัตน์ ท่วมใจดี. (2557). ปัจจัยที่มีผลต่อความสำเร็จในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทคดีผู้บริโภค: กรณีศึกษาศาลแขวงพิษณุโลก. ปริญญารัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต, สาขาวิชาการบริหารจัดการ ภาครัฐ มหาวิทยาลัยราชภัฏพิบูลสงคราม.
- ศาลแพ่ง. (2561). สลิดีไกล่เกลี่ยประจำเดือนมกราคม 2561. สืบค้นวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2561, จาก [http://www.civil.coj.go.th/doc/data/civil/civil\\_1517902667.pdf](http://www.civil.coj.go.th/doc/data/civil/civil_1517902667.pdf).
- ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์. (2558). ระบบกฎหมายสิงคโปร์. สืบค้นวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://www.asean thai.net/main.php?filename=index>.
- อุรวดี ประดิษฐ์ผลพานิช. (2554). การไกล่เกลี่ยคดีครอบครัว: กรณีศึกษาข้อพิพาทการใช้อำนาจปกครองบุตร ในศาลเยาวชนและครอบครัว. วารสารบัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, ปีที่ 5 (ฉบับที่ 1), 261.
- Mediation Act 2017. (2018). Retrieved July 2, 2018, from <https://sso.agc.gov.sg/Act/MA2017>.
- Singapore Mediation Centre. (2018). Principal Mediators - By Specialisation. Retrieved February 10, 2018, from <http://www.mediation.com.sg/expert-panels/principal-mediators-by-specialisation>
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation. (2002).

**เขตเศรษฐกิจพิเศษว่าด้วยนิติสำนักในการใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557**  
**Special Economic Zone and Legal Consciousness according to**  
**Section 44 Constitution**

นิศากร โสสิงห์

Nisagorn Sosing

นักศึกษาปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ จังหวัดเชียงใหม่ 50200 ประเทศไทย

Faculty of Law, Chiang Mai University, Chiang Mai Province 50200 Thailand

อีเมลล์: nisagorn\_116@hotmail.com

Email: nisagorn\_116@hotmail.com

**บทคัดย่อ**

ภายใต้การบริหารของรัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ได้มีการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 ในการประกาศเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษโดยอ้างเหตุผลการกระจายความเจริญสู่ภูมิภาคและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนเพื่อเข้ายึดครองที่ดิน ซึ่งมีผลให้ชาวบ้านในหลายพื้นที่ต้องถูกขับไล่ออกจากผืนแผ่นดินทำกินของตนเพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่กลุ่มนายทุนในการสร้างพื้นที่เศรษฐกิจแห่งใหม่ โดยการสร้าง “สภาวะยกเว้น” ทำให้กฎหมายในสภาวะการณ่ปกติถูกงดการบังคับใช้นอกจากนี้ สภาวะยกเว้นดังกล่าวยังก่อให้เกิดการพรากสิทธิและผลักชาวบ้านจากวิถีชีวิตเกษตรกรรมไปสู่การเป็นผู้ใช้แรงงานในภาคอุตสาหกรรมแทน การศึกษานี้ใช้วิธีการศึกษาเชิงกฎหมายกับสังคม เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงนิติสำนักของรัฐและชาวบ้านต่อการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 ในการประกาศเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ

โดยบทความนี้จะศึกษาปรากฏการณ์การบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 ในการประกาศเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ ว่าเหตุใดรัฐและชาวบ้านจึงมีสำนึก ความเข้าใจ หรือชุดความคิดในการใช้เหตุผลที่จะเลือกกระทำหรือไม่กระทำในลักษณะใดลักษณะหนึ่งภายใต้สถานการณ์ดังกล่าว นอกจากนี้ บทความชิ้นนี้จะแสดงให้เห็นถึงการศึกษานี้ในทางกฎหมายในมุมมองอื่น ซึ่งมีใช้จำกัดแต่เฉพาะปัจเจกบุคคลทั่วไปเพียงเท่านั้น แต่รัฐชาติเองก็มีนิติสำนักในทางกฎหมายเช่นกัน

**คำสำคัญ:** มาตรา 44, เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ, นิติสำนัก

**Abstract**

The Nation Council for Peace and Order has used Section 44 of the Interim Constitution of 2014 to announce Special Economic Zones under the guise of development of local areas and improvement of citizen's quality of life. In reality, many local people in various areas were expelled from their land to make newly vacate economic zones for investors. This process is called the “state of exception.” Consequently, it diminishes people's rights and upheaves them from an agricultural life to that of a labor in the industrial sector. This research is a part of the law and society movement

and reflects on legal consciousness of the use of Section 44 of the Interim Constitution of 2014 to create Special Economic Zones.

This article aims to study the use of Section 44 of the Interim Constitution of 2014 in the sense of Special Economic Zone announcement, especially why the Government and the citizen have a conscious understanding or a mindset to decide whether to follow the announcement under the current political situation. Furthermore, this article will also demonstrate an alternative in the legal study of the legal consciousness by offering a fresh perspective that both individual and sovereignty have a legal consciousness.

**Keywords:** Section 44, Special Economic Zone, Legal Consciousness

## 1. บทนำ

ท่ามกลางบริบทการเปลี่ยนแปลงทางด้านเศรษฐกิจทั้งในระดับประเทศและระดับภูมิภาค ส่งผลผลักดันให้รัฐบาลเร่งเดินหน้าพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานตั้งแต่ระบบขนส่ง ไฟฟ้า ประปา ตลอดจนระบบสื่อสาร เพื่อรองรับการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zone) จากการประกาศเขตเศรษฐกิจในหลายพื้นที่ส่งผลให้ชาวบ้านในชุมชนถูกผลักดันออกจากแหล่งทรัพยากรที่พวกเขาพึ่งพิงอาศัยมาหลายชั่วอายุคน ซึ่งเครื่องมือสำคัญที่รัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติใช้ในการสร้างสภาวะยกเว้น (State of Exception) เพื่อแยงยึดที่ดินจากชาวบ้านจึงหนีไม่พ้นมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557<sup>1</sup> อันเป็นอำนาจที่ผิดปกติและไร้ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้ก่อให้เกิดกระแสต่อต้าน และพบว่าชาวบ้านในชุมชนที่ได้รับผลกระทบได้ลุกขึ้นต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิเสรีภาพ การชดเชยเยียวยา และเรียกคืนผืนแผ่นดินทำกินของตนคืนจากรัฐ

ในสถานการณ์ที่รัฐใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บังคับเวนคืนพื้นที่เพื่อสร้างเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษชาวบ้านกลุ่มชุมชนบุญเรืองในเขตอำเภอเชียงของ ได้รวมตัวกันต่อสู้คัดค้านทำให้รัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องชะลอแผนการก่อสร้างนิคมอุตสาหกรรมออกไป<sup>2</sup> เนื่องจากชาวบ้านในชุมชนท้องถิ่นมองว่าไม่ได้รับทราบข้อมูลผลกระทบของการจัดตั้งเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษอย่างเพียงพอ และไม่มีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นอย่างแท้จริง แม้ว่ารัฐบาลจะได้พยายามโน้มน้าวให้เห็นถึงคุณประโยชน์ของนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษว่าส่งผลดีต่อชุมชนอย่างไรก็ตาม

<sup>1</sup> มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญชั่วคราว (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่หัวหน้ารักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่างๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับหรือปราบปราม การกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ มีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใดๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

<sup>2</sup> ป่าชุ่มน้ำบุญเรืองกับการทำประชามติ ขอใช้พื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษเชียงราย, สืบค้นวันที่ 14 กรกฎาคม 2560, จาก

<https://www.recoftc.org/project/อนุรักษ์ลุ่มน้ำอิง/news-and-features/ป่าชุ่มน้ำบุญเรืองกับการทำประชามติ-ขอใช้พื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษเชียงราย>



กระบวนการเคลื่อนไหวของชาวบ้านกลุ่มชุมชนบุญเรืองสะท้อนให้เห็นถึงความร่วมมือของคนในชุมชนเนื่องจากชาวบ้านได้เข้าร่วมต่อสู้โดยการแบ่งหน้าที่ออกเป็นสองกลุ่มหลัก คือ กลุ่มยุทธศาสตร์ ในการทำหน้าที่ย่อยข้อมูลทางวิชาการให้ง่ายต่อการนำสารมาสื่อสารกับกลุ่มปฏิบัติการ จากนั้นกลุ่มผู้นำชุมชนจะทำหน้าที่วิเคราะห์ศักยภาพพื้นที่ รวมถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากมีการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ ความเข้มแข็งของชาวบ้านที่ร่วมมือร่วมใจกันก่อให้เกิดสำนึกในการหวงแหนทรัพยากรสิ่งแวดล้อมในชุมชนท้องถิ่นอันก่อให้เกิดนิตสำนึกในการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพของคนในชุมชนที่ได้รับผลกระทบจากนโยบายรัฐดังกล่าว

ปัญหาเรื่องสิทธิทำกินในที่ดินยังคงเป็นปัญหาสำคัญในประเทศไทย เนื่องจากที่ดินเป็นทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระแสเสรีนิยมทางเศรษฐกิจที่รัฐพยายามจะเปลี่ยนที่ดินให้กลายเป็นทุนรัฐจึงรับเอานโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษมาใช้ เพื่อหวังกระตุ้นเศรษฐกิจที่ซบเซาของประเทศให้ดีขึ้นกว่าที่ผ่านมาจากประเด็นดังกล่าวทำให้ผู้วิจัยมุ่งจะศึกษาถึงนิตสำนึกของรัฐในการใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในการจัดที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งจะเป็นการทำความเข้าใจถึงเหตุผลว่าเหตุใดรัฐจึงเลือกใช้วิธีดังกล่าวในขณะที่ชาวบ้านกลับมีสำนึกต่อการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 บนพื้นฐานของเหตุและผลที่แตกต่างจากรัฐบทความนี้ใช้แนวคิดนิตสำนึกเพื่อศึกษาสำนึกของปัจเจกชนที่ปฏิสัมพันธ์ต่อสิ่งที่ถูกเรียกว่า “กฎหมาย” ในขณะที่รัฐได้พยายามอธิบายเหตุผลในการบังคับใช้กฎหมาย เพื่อกำหนดนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษ นอกจากนี้ผู้วิจัยได้ใช้แนวคิดสภาวะยกเว้นของอาคมเบน มาอธิบายความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐและการกำหนดนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษ เนื่องจากสภาวะยกเว้นจะสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกันระหว่างสิทธิพิเศษที่นักลงทุนได้รับการยกเว้น และการผ่อนปรนกฎระเบียบที่เอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนในพื้นที่

บทความชิ้นนี้จะกล่าวถึงประเด็นหลักสองประเด็น โดยส่วนแรกจะกล่าวถึงหลักนิตรัฐภายใต้สภาวะยกเว้นซึ่งจะแสดงให้เห็นถึงขั้นตอนในการจัดการที่ดินของรัฐในสภาวะปกติ อันสะท้อนให้เห็นถึงการมีส่วนร่วมของทุกภาคส่วนในกระบวนการจัดการที่ดิน จากนั้นจะอธิบายถึงนิยาม “สภาวะยกเว้น” เพื่อเป็นการสร้างความเข้าใจว่าสภาวะยกเว้นมีบริบทเชื่อมโยงอย่างไรกับนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษและเขตเศรษฐกิจพิเศษถือเป็นตัวอย่างหนึ่งของการใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในการสร้างพื้นที่ยกเว้นพิเศษ

ส่วนที่สองจะเป็นการศึกษาถึงนิตสำนึกภายใต้สภาวะยกเว้น โดยจะศึกษานิตสำนึกของชาวบ้านในการปฏิสัมพันธ์กับกฎหมายที่ถูกบังคับใช้โดยรัฐในขณะที่รัฐกลับเลือกใช้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจในส่วนท้ายจะกล่าวถึงข้อสังเกตต่อนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน และเสนอแนะแนวทางการมีส่วนร่วมอนุรักษ์และพัฒนาสิ่งแวดล้อมอย่างยั่งยืนภายใต้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัด

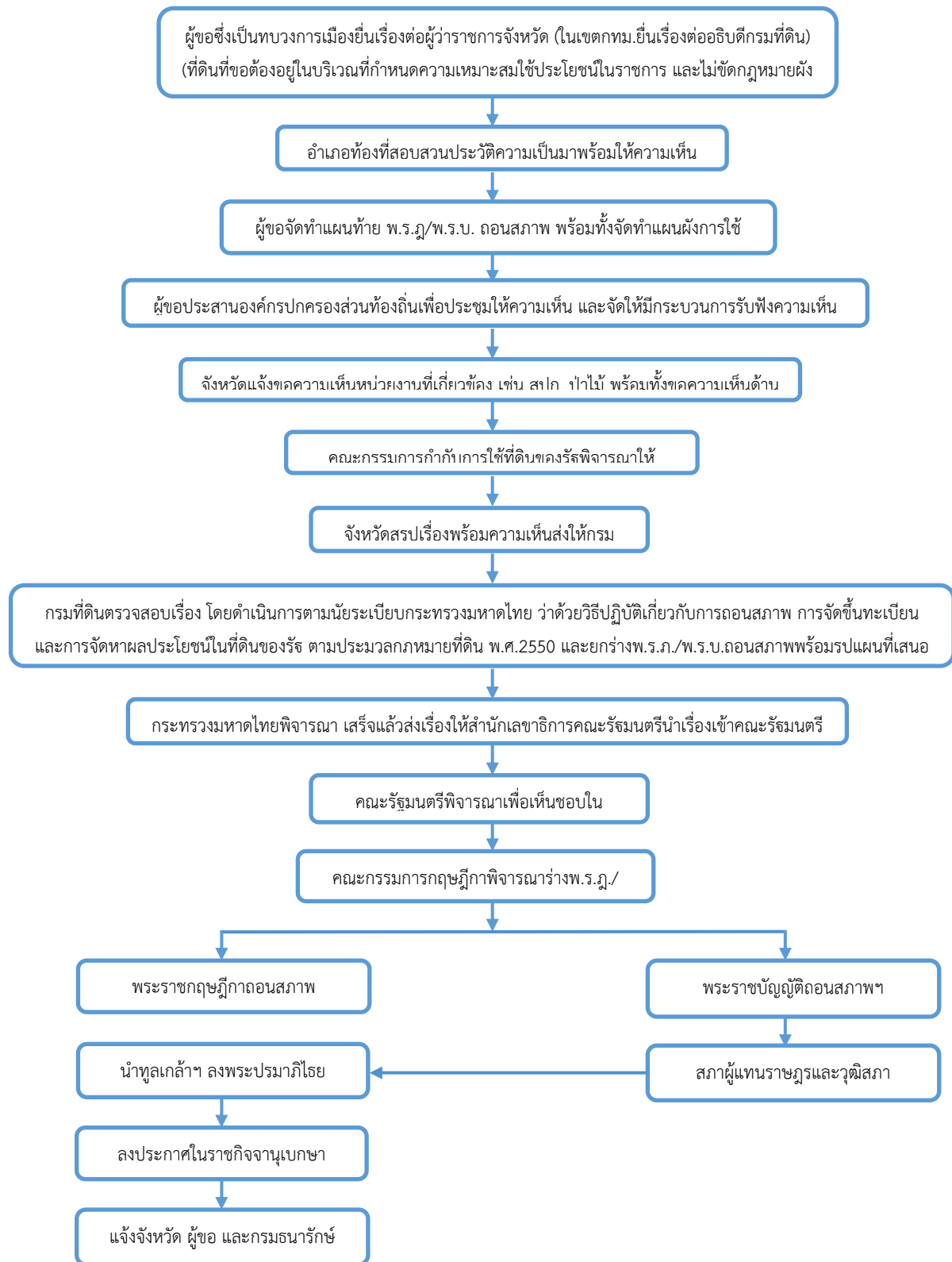
## 2. นิตรัฐภายใต้สภาวะยกเว้น

การพัฒนาพื้นที่ในสมัยรัฐบาลของ พ.ต.ท.ดร.ทักษิณ ชินวัตรเป็นนายกรัฐมนตรี ได้มีมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2547 อนุมัติให้สร้างเขตเศรษฐกิจพิเศษชายแดนในพื้นที่อำเภอแม่สอด จังหวัดตาก เพื่อให้แม่สอดเป็นเมืองเศรษฐกิจ-การค้าชายแดน เนื่องจากเล็งเห็นว่ามีความศักยภาพและความพร้อมของเมืองสูง ทั้งทางด้านเศรษฐกิจ การลงทุนภาคอุตสาหกรรม ภาคเกษตร และการท่องเที่ยว และในสมัยของรัฐบาลชุดนี้ได้มีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบในหลักการ และพยายามผลักดันให้ร่างดังกล่าวผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร แต่ได้รับการคัดค้านและต่อต้านจากภาคประชาชน เนื่องจากเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ลิดรอนสิทธิเสรีภาพของประชาชน เพราะเมื่อมีการประกาศเขตเศรษฐกิจพิเศษในพื้นที่ใด จะมีผลให้คนในพื้นที่หมดอำนาจและสิทธิ

ในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด สืบเนื่องจากเขตเศรษฐกิจพิเศษสามารถจัดการทรัพยากรทั้งหมดในพื้นที่ได้อย่างเบ็ดเสร็จ ไม่ว่าจะเป็นการครอบครองที่ดิน การจัดระบบสาธารณูปโภค และการจัดการป่าไม้ ซึ่งอาจส่งผลให้ชุมชนและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่สามารถจัดการทรัพยากรในพื้นที่เพื่อการทำมาหากินได้ และอาจนำไปสู่การทำลายเศรษฐกิจชุมชนและสังคมท้องถิ่นให้อ่อนแอและล่มสลายในที่สุด จนทำให้ร่างดังกล่าวต้องชะลอออกไป ซึ่งในช่วงรัฐบาลปกตินั้นสามารถแบ่งการจัดการที่ดินออกเป็น 3 วิธี ดังนี้

1. การถอนสภาพที่ดินสาธารณสมบัติของแผ่นดินเพื่อให้ทบวงการเมืองใช้ประโยชน์ในราชการ การถอนสภาพหมายถึง การถอนสภาพที่มีผลทำให้ที่ดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน หรือที่ดินที่ได้มีการหวงห้ามหรือสงวนไว้ตามความต้องการของทบวงการเมือง ซึ่งมีได้ตกเป็นที่ราชพัสดุ เปลี่ยนสถานะหรือฟื้นสภาพจากการเป็นที่ดินนั้นการถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์ในภาวะการณ้ปกติตามมาตรา 8 วรรคสอง (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดินมีกระบวนการขั้นตอนดังต่อไปนี้

ขั้นตอนการดำเนินการถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์



จากกระบวนการดังกล่าวจะเห็นได้ว่าขั้นตอนการถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์มีกระบวนการพิจารณาหลายขั้นตอน และใช้ระยะเวลาที่ค่อนข้างยาวนาน เนื่องจากจะต้องผ่านการคัดกรองจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตลอดจนต้องรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน ซึ่งกรณีการถอนสภาพหากประชาชนยังใช้ประโยชน์อยู่รัฐจะต้องมีการเยียวยาโดยจัดหาที่ดินอื่นทดแทนและขอความเห็นจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรท้องถิ่น โดยจะต้องออกเป็นพระราชบัญญัติ

2. การจัดหาผลประโยชน์ในที่ดินรัฐ เป็นการจัดหาผลประโยชน์ โดยการนำที่ดินของรัฐมาจัดหาผลประโยชน์ เพื่อให้รัฐหรือให้ท้องถิ่นมีรายได้ เพื่อนำไปพัฒนาบำรุงท้องถิ่นด้วยวิธีการจัดการที่ดินให้ใช้ประโยชน์ได้ ซื่อซื่อแลกเปลี่ยน ให้เช่า หรือให้เช่าซื้อ

3. การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คือ การที่รัฐพรากเอาทรัพย์สินของเอกชนมาเป็นของรัฐเพื่อมาใช้ในการสาธารณะภายใต้เงื่อนไขว่าต้องมีการเยียวยาความเสียหายแก่เอกชนด้วยการชดเชยค่าทดแทนที่เป็นธรรม

กรอบแนวคิดที่นำมาอธิบายบทความชิ้นนี้ คือ แนวคิดสภาวะยกเว้น (State of exception) ของจีโอร์จีโอ อาแกมเบน (Giorgio Agamben) ซึ่งได้ให้นิยามไว้ว่า “สภาวะยกเว้นเป็นมาตรการทางกฎหมาย ที่ไม่อาจรวมอยู่ในตัวกฎหมายได้อย่างเต็มที่นัก อันเปรียบเสมือนรูปแบบทางกฎหมายของสิ่งซึ่งไม่เคยมีรูปแบบทางกฎหมายเลย” สำหรับอาแกมเบนแล้ว เขามองว่าสภาวะยกเว้นไม่อยู่ทั้งในและนอกระบบกฎหมาย เนื่องจากในบางครั้งการบังคับใช้กฎหมายไม่ได้หมายความว่ากฎหมายถูกยกเลิก แต่กฎหมายยังคงมีสภาพดำรงอยู่เพียงแต่เราดัดใช้มัน<sup>3</sup> เช่นเดียวกับการประกาศจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษโดยใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ได้ก่อให้เกิดพื้นที่ยกเว้นในการอ้างความชอบเพื่อออกกฎหมายหรือยกเลิกกฎหมาย ซึ่งในสถานการณ์ดังกล่าวไม่มีทางเป็นไปได้ที่จะนำพาประเทศให้กลับไปสู่หลักนิติรัฐได้ดั้งเดิม ความน่าสะพรึงกลัวของสภาวะยกเว้นนี้ทำให้ประชาชนถูกพรากสิทธิเสรีภาพของพวกเขาไปโดยไม่มี การชดเชยเยียวยา นอกจากนี้ การบังคับใช้อำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ของ คสช. แม้ได้เป็นการใช้กำลังอาวุธในการควบคุมอำนาจการปกครองโดยตรงแต่อาศัยวิธีเปลี่ยนการใช้อำนาจดังกล่าวผ่านรูปของการบังคับใช้สิ่งที่เรียกว่า “กฎหมาย” และดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดผ่านรูปแบบของ “กระบวนการยุติธรรม” ด้วยข้ออ้างเรื่องการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมและความมั่นคงของรัฐซึ่งเป็นการควบคุมอำนาจโดยใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือ (Rule by Law) ซึ่งในสภาวะยกเว้นนั้นก่อให้เกิด “พื้นที่ไร้กฎหมาย” ซึ่งอาจก่อให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่ปราศจากกฎหมาย (Force of law without law) การบังคับใช้กฎหมายกับตัวกฎหมายจึงเกิดการแบ่งแยกออกจากกัน ท้ายที่สุดแล้วจึงทำให้สิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับกลายเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายได้

นอกจากนี้ในยุครัฐบาลทหารหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในการออกนโยบายจัดหาที่ดินเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ อันมีผลเป็นการเพิกถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์ของแผ่นดินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน พื้นที่ป่าไม้ถาวรตามมติคณะรัฐมนตรี พื้นที่สงวนหวงห้ามและพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติให้ตกเป็นที่ราชพัสดุ ซึ่งมีผลทำลายโครงสร้างทางกฎหมายโดยไม่คำนึงถึงความชอบธรรมและสิทธิเสรีภาพ อีกทั้งยังส่งผลกระทบต่อประชาชนทั้งในด้านที่อยู่อาศัยทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิต โดยประชาชนส่วนใหญ่ในพื้นที่ต้องกลายเป็นผู้ไร้ที่ดินทำกิน ในบางพื้นที่รัฐบาลใช้กำลังทหารและเจ้าหน้าที่ข่มขู่ให้ออกจากที่ดิน โดยรัฐบาลไม่มีมาตรการเยียวยาความเสียหายใดๆ ทั้งสิ้น ในขณะที่เดียวกันหากชาวบ้านคนใดไม่ยอมออกจากพื้นที่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องจะมีการร้องทุกข์กล่าวโทษเพื่อดำเนินคดีในข้อหาบุกรุกแผ้วถางที่สาธารณประโยชน์ นอกจากนี้ชาวบ้านไม่เคยรับรู้ข้อมูลจากทางภาครัฐว่าการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจ

<sup>3</sup> ปิยบุตร แสงกนกกุล, “สภาวะยกเว้น” ในความคิดของ Giorgio Agamben, วารสารฟ้าเดียวกัน, ปีที่ 8 (ฉบับที่ 1), มกราคม - กันยายน 2553, 85 - 86.

พิเศษมีผลดี ผลเสียอย่างไรบ้าง และในบางกรณีมีการบังคับเวนคืนที่ดินโดยจ่ายค่าทดแทนน้อยกว่าที่ควรจะได้รับ ซึ่งเป็นเรื่องยากลำบากสำหรับการหาที่อยู่อาศัยแห่งใหม่<sup>4</sup>

“เขตเศรษฐกิจพิเศษ” (Special Economic Zone) หมายถึง พื้นที่แห่งหนึ่งแห่งใดที่ได้รับการกำหนดและพัฒนาขึ้นมาภายใต้กฎหมายและการบริหารกิจการในลักษณะเฉพาะ ซึ่งภายในเขตเศรษฐกิจพิเศษดังกล่าวจะมีการปรับปรุงลักษณะทางกายภาพของอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้เกิดความพร้อมที่จะรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ เช่น การให้สิทธิประโยชน์ทางภาษี การอำนวยความสะดวกในการดำเนินกิจการและบริการขั้นพื้นฐานต่างๆ<sup>5</sup> ซึ่งในอดีตการลงทุนในประเทศไทยอยู่ในรูปแบบของนิคมอุตสาหกรรมซึ่งผู้ประกอบการได้รับสิทธิประโยชน์ในการลงทุนแต่การดำเนินการยังคงมีข้อจำกัดหลายด้าน เช่น การขาดอิสระทางด้านการบริหารจัดการ การขาดความคล่องตัวในการจัดหาที่ดินเพื่อจัดตั้งหรือขยายพื้นที่นิคม เนื่องจากสิทธิประโยชน์ที่พึงได้รับนั้นถูกจำกัดไว้ตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ด้วยเหตุผลทางข้อจำกัดข้างต้นจึงก่อให้เกิดการพัฒนาแนวคิดเขตเศรษฐกิจพิเศษ<sup>6</sup>

ความต้องการที่จะพัฒนาประเทศผ่านนโยบายชาติของรัฐในการสร้างเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อดึงดูดนักลงทุนต่างชาติได้ก่อให้เกิดสภาวะยกเว้นในพื้นที่พิเศษ ในสภาวะดังกล่าวกฎเกณฑ์ทางกฎหมายถูกยกเว้น และแสดงให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยที่แยกย่อย (Graduate Sovereignty)<sup>7</sup> อันเป็นผลมาจากอิทธิพลของแนวคิดเสรีนิยม (Liberalism) ที่รัฐยินยอมที่จะยกเว้นการใช้อำนาจอธิปไตยของตนเหนือกลุ่มคนหรือพื้นที่ที่รัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ โดยการให้สิทธิพิเศษทางเศรษฐกิจบางประการแก่บุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของตน ตลอดจนอนุญาตให้แรงงานต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยได้ การกระทำเช่นนี้ทำให้มาตรการทางกฎหมายถูกดบังบังบังบัง และก่อให้เกิดการขยายตัวของสภาวะยกเว้นออกไปภายนอกดินแดน โดยการรวมเอาประชาชนที่ไม่ใช่พลเมืองของตนเข้ามาอยู่ในกฎระเบียบของตน

การเปลี่ยนแปลงบทบาทตนเองของรัฐให้เข้าสู่ยุคของเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมภายใต้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษ ได้ก่อให้เกิดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องที่ดินทำกินและสิ่งแวดล้อม เนื่องจากที่ดินได้แปรสภาพเป็นสินค้าสำหรับการสร้างกำไรแต่ไม่ใช่ทรัพยากรครัวเรือนสำหรับสร้างประโยชน์ให้แก่ท้องถิ่น ในขณะที่เดียวกันการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ถือเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการบีบบังคับให้เกษตรกรสละที่ดินเพื่อสร้างกำไรแก่นักลงทุน โดยปราศจากการรองรับด้านแรงงาน ส่งผลให้เกษตรกรจำนวนมากต้องกลายเป็นผู้ไร้ที่ดิน และไร้งานทำ

อย่างไรก็ดีแม้ว่าการลดข้อจำกัดทางด้านการลงทุนจะก่อให้เกิดกระแสหมุนเวียนทางเศรษฐกิจที่เพิ่มมากขึ้น รัฐก็ควรคำนึงถึงหลักนิติรัฐซึ่งเป็นหลักการที่รัฐยอมอยู่ภายใต้กฎหมายและยอมที่จะผูกพันการกระทำใดๆ ของตนเองกับ

<sup>4</sup> ความจริงที่เขตศก.พิเศษ แม่สอด? ‘ชาวบ้าน’ ถูกไล่ที่-‘นายทุน’ ผุดคอนโด, สืบค้นวันที่ 24 เมษายน 2560, จาก [http://www.isranews.org/isranew-scoop/42189-report02\\_42189.html](http://www.isranews.org/isranew-scoop/42189-report02_42189.html).

<sup>5</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, เขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zone) ข่าวสารพัฒนากฎหมาย, 2548. อังโน วันวิสา สุขสวัสดิ์, ติดตามความก้าวหน้าและทิศทางการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ, สืบค้นวันที่ 8 มิถุนายน 2560, จาก [http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=27500](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=27500)

<sup>6</sup> คณะกรรมการกฤษฎีกา, เขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zone) ข่าวสารพัฒนากฎหมาย, 2548. อังโน วันวิสา สุขสวัสดิ์, ติดตามความก้าวหน้าและทิศทางการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ, สืบค้นวันที่ 8 มิถุนายน 2560, จาก [http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament\\_parcy/ewt\\_dl\\_link.php?nid=27500](http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/parliament_parcy/ewt_dl_link.php?nid=27500)

<sup>7</sup> ศิววงศ์ สุขทวี, โรฮิงยา: คนไร้รัฐในรัฐต่างแดน, วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยามหาบัณฑิต, สาขามานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558, 22 - 24.

กฎเกณฑ์ของกฎหมายที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเอาไว้<sup>8</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การกระทำใดๆ ที่รัฐได้กระทำไปจำเป็นต้องอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังเช่นคำกล่าวที่ว่า “นิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมายหาใช่โดยมนุษย์ไม่ (A government of laws, and not of men)”<sup>9</sup>

แต่ในทางกลับกันหลักนิติรัฐได้ถูกยกเว้นเป็นการชั่วคราวเพื่อเป้าประสงค์ทางเศรษฐกิจ โดยมีการยกเว้นภาษี การเพิ่มสิทธิประโยชน์ในกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สิน การไม่ถูกแทรกแซงหรือควบคุมกำกับโดยหน่วยงานราชการและการอำนวยความสะดวกในการดำเนินกิจการและบริการขั้นพื้นฐานต่างๆ เพื่อเป็นแรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่สำคัญของนักลงทุน เขตเศรษฐกิจพิเศษจึงเป็นตัวเลือกที่น่าสนใจของประเทศกำลังพัฒนาที่นำมาใช้เป็นนโยบายในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ

ในงานศึกษาเรื่อง “Regimes of Dispossession: From Steel Towns to Special Economic Zones” ของ Michael Levien<sup>10</sup> เขาพบว่าพัฒนาการของระบบทุนนิยมในยุครัฐอาณานิคมก่อให้เกิดการพรากสิทธิในที่ดิน และการพรากสิทธิในที่ดินภายใต้ระบอบเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ส่งผลต่อความสัมพันธ์ในที่ดินที่แตกต่างกันด้วย ซึ่งในยุคการพัฒนาโดยรัฐหลังสมัยอาณานิคมมีการเปลี่ยนแปลงที่ดินเกษตรกรรมให้เป็นพื้นที่ของอุตสาหกรรมและมีเป้าหมายหลักเพื่อผลักดันให้ที่ดินทำหน้าที่การผลิตเพื่ออุตสาหกรรม โดยมีรัฐเป็นศูนย์กลางในการพัฒนา ดังนั้น การต่อต้านจากจากเกษตรกรจึงยังไม่กว้างขวางมากนัก เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ยังยอมรับความชอบธรรมของนโยบายการสร้างชาติด้วยการเพิ่มประโยชน์ด้านการผลิตให้กับที่ดินโดยมีรัฐเป็นศูนย์กลางการพัฒนาที่สำคัญ แต่อย่างไรก็ดีเมื่อการปฏิรูปเศรษฐกิจเข้าสู่ยุคเสรีนิยมการพรากสิทธิในที่ดินได้เริ่มขึ้นภายใต้ นโยบายการจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุนในพื้นที่ สภาพการณ์ดังกล่าวนำมาซึ่งการเข้าแย่งยึดที่ดินของชนชั้นชาวนา เพื่อต่อต้านกลุ่มธุรกิจอีกชนชั้นหนึ่งที่ดินจึงกลายเป็นสินค้าที่ถูกนำมาใช้เพื่อสร้างแรงจูงใจทางการลงทุนโดยมิได้มีเป้าหมายเพื่อการผลิตหรือการพัฒนาเศรษฐกิจดังเช่นในยุคก่อน แต่เกิดการเปลี่ยนแปลงจากระบบที่ดินเพื่อการผลิต (Land for production) ไปสู่ระบบที่ดินเพื่อตลาด (Land for market) ก่อให้เกิดการขยายตัวของพรากสิทธิในที่ดินที่รุนแรงมากขึ้น จึงเกิดการเผชิญหน้ากันระหว่างชาวนาและนายทุนก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงจนกลายเป็นสงครามที่ดินในที่สุด

### 3. นิติสำนึกภายใต้สภาวะยกเว้น

รัฐได้พยายามเปลี่ยนความหมายของอธิปไตยเพื่อรองรับความต้องการของตลาด และเพื่อเป้าหมายทางเศรษฐกิจผ่านนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษจากเดิมที่รัฐเป็นผู้นำการพัฒนาเปลี่ยนบทบาทเป็นผู้สนับสนุนให้เอกชนทำหน้าที่เป็นผู้พัฒนาแทน การเปลี่ยนบทบาทและความรับผิดชอบของรัฐในลักษณะดังกล่าวก่อให้เกิดการพัฒนาที่สร้างโดยนักลงทุนต่างชาติ (Foreign-induced development) ซึ่งเกิดขึ้นภายใต้เงื่อนไขและการยกเว้น (Exception) หลายประการด้วยกัน อาทิ การให้สิทธิพิเศษในการบริหารและปกครองพื้นที่ ทรัพย์สิน และบุคคลในอาณาบริเวณของเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งได้นำไปสู่ภาวะการณ์ของการสร้างอธิปไตยร่วม (Shared sovereignty) และการสร้างความยืดหยุ่นใน

<sup>8</sup> จันทจิรา เอี่ยมมยุรา, หลักนิติธรรมกับการพัฒนากระบวนการยุติธรรมในสังคมไทย, สืบค้นวันที่ 26 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.enlightened-jurists.com/directory/97/The-Rule-of-Law.html>

<sup>9</sup> วรเจตน์ ภาคีรัตน์, หลักนิติรัฐ, เอกสารประกอบการบรรยายคำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, กรุงเทพฯ: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557, 3.

<sup>10</sup> ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี, ทุนนิยมคาสีโน เขตเศรษฐกิจพิเศษจีน กับการสร้างชายแดนเสรีนิยมใหม่ในลาว, ศูนย์อาเซียนศึกษา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2559, 7.

เรื่องความเป็นพลเมือง (Flexible citizenship) ซึ่งเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดชนิดใหม่ที่ประเทศกำลังพัฒนานำมาใช้เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันระดับภูมิภาค

เช่นเดียวกับเขตเศรษฐกิจพิเศษในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวซึ่งพบว่ามีทิศทางการพัฒนาที่แตกต่างไปจากแบบแผนต้นฉบับอย่างสิ้นเชิง<sup>11</sup> เนื่องจากการถอนตัวจากการเป็นรัฐผู้นำการพัฒนาเป็นการมอบอำนาจการพัฒนาเศรษฐกิจให้กับนักลงทุนทั้งหมด ได้ทำให้อำนาจอธิปไตยการปกครองตกอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมของนักลงทุน ซึ่งทำให้การจัดการพื้นที่เป็นไปตามความอำเภอใจและตามความต้องการของนักลงทุนก่อให้เกิดการอพยพโยกย้ายและการพหุสิทธิในที่ดินที่รุนแรงและขาดความเป็นธรรม เนื่องจากประเภทของเศรษฐกิจที่ถูกพัฒนาไม่ได้ก่อให้เกิดการเชื่อมต่อกับเศรษฐกิจของท้องถิ่น หรือรองรับแรงงานที่แปรสภาพมาจากเกษตรกรไร้ที่ดินจำนวนมากได้

การมอบอำนาจอธิปไตยให้แก่เอกชนเข้ามาพัฒนาพื้นที่ได้ทำให่วิถีชีวิตของประชาชนและทรัพย์สินเสี่ยงต่อการถูกยึดครองเมื่อใดก็ได้เพื่อการตอบสนองต่อผลประโยชน์ของนายทุนภาวะดังกล่าวนำไปสู่คำถามเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองและหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองพลเมืองของตน ทั้งนี้ การขับไล่ประชาชนออกจากวิถีชีวิตที่เป็นอยู่ และการพหุสิทธิในทรัพยากรภายใต้ข้ออ้างเรื่องการพัฒนาให้กับท้องถิ่นได้ขยายวงกว้างออกไปและถูกทำให้กลายเป็นภาวะปกติ ชาวบ้านในหลายพื้นที่ต้องอพยพและเกิดการเผชิญหน้ากันระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐที่ทำหน้าที่ปกป้องผลประโยชน์ให้กับนายทุนกับประชาชนในพื้นที่ นอกจากนี้ ภายใต้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษที่อนุญาตให้คนต่างดาวสามารถเข้ามาอยู่อาศัยในราชอาณาจักรได้ อาจก่อให้เกิดปัญหาทางด้านแรงงาน เนื่องจากนโยบายดังกล่าวจะก่อให้เกิดการแบ่งแยกพลเมืองที่มีผลิตภาพออกจากพลเมืองในท้องถิ่นที่ถูกจัดให้เป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการพัฒนาศักยภาพซึ่งส่วนใหญ่แล้วเป็นเกษตรกร ท้ายที่สุดแล้วเกษตรกรเหล่านี้ต้องถูกเบียดขับออกจากพื้นที่และต้องกลายเป็นผู้ไร้ที่ดินและไม่ได้รับบริการจ้างงาน

### 3.1 นิติสำนึกของชาวบ้านกับการมีส่วนร่วมในชุมชนท้องถิ่น

แนวคิดนิติสำนึกเป็นการศึกษากฎหมายโดยให้ความสำคัญกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นมากกว่าการมองกฎหมายแค่เพียงบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร เนื่องจากแนวคิดนิติสำนึกต้องการวิเคราะห์ความเคลื่อนไหว ความเปลี่ยนแปลง ตลอดจนปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนในสังคมและกฎหมาย ซึ่งเป็นการมองกฎหมายในเชิงลึกมากกว่าการมองแค่เพียงผิวเผิน ทั้งนี้ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับความคิด การรับรู้ และพฤติกรรมของคนในสังคมที่แสดงออกเกี่ยวกับกฎหมายในสถานการณ์ต่างๆ เช่น การยอมรับและปฏิบัติตามกฎหมาย การไม่เคารพเชื่อฟังกฎหมาย และการให้ความหมายของกฎหมาย

ในระยะหลังนิติสำนึกจึงถูกนำมาใช้เป็นแนวคิดในการอธิบายความสัมพันธ์ และความเปลี่ยนแปลงระหว่างคนในสังคมกับกฎหมายในลักษณะที่ไม่เป็นทางการการศึกษากฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะสะท้อนให้เห็นถึงสำนึกของบุคคลทั่วไปว่าพวกเขามีความเข้าใจ ทำที่และถูกหลอมรวมในบริบททางสังคมอย่างไร เนื่องจากในอดีตเรามักมองกฎหมายแค่เพียงตัวบท (Law in Book) แต่ไม่ให้ความสำคัญกับกฎหมายที่ปรากฏขึ้นในสถานการณ์จริง (Law in Action) จึงทำให้งานศึกษาที่ผ่านมาได้ข้อมูลที่ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริง

กรณีของจังหวัดเชียงรายซึ่งถือเป็นจังหวัดทางเหนือสุดที่มีการประกาศจัดตั้งให้เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษเนื่องจากเป็นชายแดนที่มีเส้นทางคมนาคมที่สามารถทำการค้ากับประเทศเพื่อนบ้าน ได้แก่ประเทศพม่า ประเทศลาว

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน.

และประเทศจีน ก่อให้เกิดมูลค่าทางการค้าอย่างมหาศาลให้กับประเทศ แต่เมื่อรัฐบาลมีการประกาศให้อำเภอเชียงของ จังหวัดเชียงราย เป็นเขตเศรษฐกิจพิเศษ กลับพบว่ามีการแสวงหาต่อต้านจากชาวบ้าน เนื่องจากพื้นที่ที่มีการเพิกถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์เป็นพื้นที่ “ป่าชุมชน” อันเชื่อมโยงวิถีชีวิต สังคมและวัฒนธรรมของคนในพื้นที่เข้าด้วยกัน เนื่องจากที่ผ่านมามีชาวบ้านได้เข้าไปเก็บหาของป่าเพื่อนำมาเป็นอาหาร และเมื่อถึงฤดูแล้งช่วงเวลาการทำนาหากเกษตรกรไม่มีน้ำใช้ ก็จะมีการสูบน้ำจากพื้นที่ป่ามาใช้ประโยชน์ในภาคการเกษตร<sup>12</sup>ซึ่งหากทางภาครัฐยังคงนำป่าชุมชนไปใช้ในกิจการเขตเศรษฐกิจพิเศษจะต้องมีการถมป่า ซึ่งจะก่อให้เกิดความสูญเสียในระบบนิเวศ และชาวบ้านจะไม่สามารถใช้ประโยชน์ในพื้นที่ป่าชุมชนได้อีก ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงก่อให้เกิดกระแสต่อต้านอย่างหนักจากชาวบ้านในชุมชนดังกล่าว

จากการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติสำนึกของปัจเจกชนที่ปฏิสัมพันธ์กับกฎหมาย เช่น งานศึกษาของ David M. Engel เรื่อง *Code and Custom in a Thai Provincial Court ค.ศ. 1978*<sup>13</sup> ได้ชี้ให้เห็นว่าผู้ที่ได้รับบาดเจ็บจากอุบัติเหตุในจังหวัดเชียงใหม่ในช่วงค.ศ.1965 ถึง ค.ศ.1975 ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการใช้สิทธิทางศาลในการจัดการข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ทว่าพวกเขากลับเลือกใช้บุคคลที่สามเป็นผู้ไกล่เกลี่ย การขอความช่วยเหลือจากชุมชน และเลือกใช้การฟ้องคดีต่อศาลเป็นแนวทางสุดท้าย แม้ว่าการศึกษาแนวคิดนิติสำนึกในทางกฎหมายจะปรากฏให้เห็นไม่มากนัก แต่ก็มีส่วนงานหนึ่งที่น่าสนใจนำมาใช้เพื่ออธิบายถึง “การรับรู้กฎหมาย” ดังเช่น งานของปิเยอร์ เปลียนผดุง ซึ่งศึกษานิติสำนึกของบุคคลในการเล่นพนันชนไก่: *กรณีศึกษาเครือข่ายการเล่นพนันชนไก่ในอำเภอสันทราย จังหวัดเชียงใหม่*<sup>14</sup> เพื่ออธิบายความหมายและความเข้าใจของคนในสังคมที่มีต่อวาทบัญญัติของกฎหมายว่ามีอยู่มากน้อยเพียงใด นอกจากนี้ปิเยอร์ ได้ศึกษาถึงท่าทีและสิ่งทีบุคคลได้กระทำลงเมื่อต้องเผชิญหน้ากับกฎหมายอันแสดงให้เห็นถึงเหตุผลทีบุคคลเลือกที่จะปฏิบัติตามกฎหมายและกระทำการที่ขัดต่อกฎหมาย

ส่วนมากงานศึกษานิติสำนึกจะเป็นการศึกษาความหมายของกฎหมายที่ผู้คนยึดโยงกับปรากฏการณ์และประสบการณ์ทีประชาชนทำความเข้าใจและใช้กฎหมาย โดยตั้งคำถามว่าชุดความคิด การรับรู้ทางกฎหมายมีอิทธิพลต่อทางเลือกและปัญหาของปัจเจกชนธรรมดาได้อย่างไร หรืออีกนัยหนึ่งนิติสำนึกได้สะท้อนผ่านเรื่องราวทีผู้คนบอกเล่าเกี่ยวกับชีวิตประจำวันได้อย่างไร

นอกจากนี้งานศึกษาของกฤษณ์พชร โสมณวัตร เรื่อง *นิติสำนึกต่อ “โทษจำคุก” ของพลเมืองผู้ต้องขังต่อกฎหมาย ประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*<sup>15</sup> โดยกฤษณ์พชร ได้ศึกษาว่าชาวบ้านทีทำการเคลื่อนไหวก่อนในประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมได้ให้ความหมายต่อโทษจำคุกอย่างไร ซึ่งได้ข้อค้นพบว่าชาวบ้านมีสำนึกแห่งการต่อสู้ และพวกเขาเหล่านั้นได้เปลี่ยนวิธีการต่อสู้แบบชาวบ้านมาสู่การเป็นพลเมืองโดยการเผชิญหน้ากับโทษจำคุกในแบบ “ยอมรับโทษ แต่ไม่ยอมรับผิด” การศึกษานิติสำนึกในงานของกฤษณ์พชร จึงมีความน่าสนใจตรงทีเป็นการศึกษาการเคลื่อนไหวก่อนของปัจเจกชนทีปฏิสัมพันธ์กับกฎหมายทีพวกเขาเห็นทีไม่สมเหตุสมผลหรือไม่ชอบธรรม โดยการยอมติดคุกเพื่อท้าทายกฎหมาย

<sup>12</sup> เกรียงไกร ปัญญาภาส, *เขตศก.พิเศษเชียงราย รัฐ-ชาวบ้านมองต่าง ทางขนานทีต้องหาทางบรรจบ*, สืบค้นวันที่ 25 เมษายน 2560. จาก <https://www.isranews.org/isranews/43674-changrai27.html>

<sup>13</sup> สมชาย ปรีชาศิลปกุล, *การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้*, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558, 77.

<sup>14</sup> ปิเยอร์ เปลียนผดุง, *นิติสำนึกของบุคคลในการเล่นพนันชนไก่: กรณีศึกษาเครือข่ายการเล่นพนันชนไก่ในอำเภอสันทราย จังหวัดเชียงใหม่*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2552, 1.

<sup>15</sup> กฤษณ์พชร โสมณวัตร, *นิติสำนึกต่อ “โทษจำคุก” ของพลเมืองผู้ต้องขังต่อกฎหมาย ประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม*, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555, 2-5.



การศึกษานิติสำนึกในระยะที่ผ่านมาจึงเป็นการศึกษาเกี่ยวกับลักษณะเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลและบริบทแวดล้อม ซึ่งบุคคลปฏิสัมพันธ์กับกฎหมายที่ถูกบังคับใช้โดยรัฐ อย่างไรก็ตาม กฎหมายในลักษณะดังกล่าวยังคงมีความชอบธรรมภายในตัวอยู่บ้าง ในขณะที่งานศึกษาชิ้นนี้มุ่งศึกษาการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในการยึดคืนที่ดินเพื่อจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษที่อาจดูไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นประโยชน์แก่คนในพื้นที่เท่าใดนัก จึงทำให้ชาวบ้านชุมชนบุญเรืองต่อสู้คดีค้ำไม่เห็นด้วยกับการนำที่สาธารณประโยชน์ไปจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษ เนื่องจากส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ป่าชุ่มน้ำ และสร้างความเสียหายของระบบนิเวศลุ่มน้ำอิง เพราะต้องมีการถมที่ก่อให้เกิดน้ำท่วมที่ดินทำกินของชาวบ้าน นอกจากนี้ยังส่งผลกระทบต่อด้านมลภาวะจากฝุ่น คิวบิก เสี่ยง อากาศ และสภาพแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งแหล่งน้ำอาจเกิดการปนเปื้อนซึ่งเป็นอันตรายในระยะยาวต่อคนในชุมชนพื้นที่<sup>16</sup>

### 3.2 นิติสำนึกของรัฐในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ

งานศึกษานิติสำนึกส่วนใหญ่ยังคงเป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและสังคมในเชิงนิติสำนึกของปัจเจกชนที่ปฏิสัมพันธ์กับกฎหมายที่ไม่ใช่รัฐ แต่ในด้านของการศึกษานิติสำนึกของรัฐยังไม่มีกรกล่าวถึงมากนัก เนื่องจากประเด็นที่มีการศึกษาส่วนใหญ่มักเป็นการตั้งคำถามเกี่ยวกับเหตุผลที่ประชาชนยอมเชื่อฟังต่อระบบกฎหมาย และการให้ค้ำประกันสัญญาจากรัฐในการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้กับประชาชนอย่างเท่าเทียมกัน

การศึกษานิติสำนึกของรัฐจึงมีความน่าสนใจว่าเหตุใดรัฐจึงมีการจัดการที่ดินโดยใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 ในการขับเคลื่อนนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษแทนการใช้กฎหมายในสภาวะการปกติ ซึ่งการกระทำในลักษณะดังกล่าวถือเป็นการทำลายโครงสร้างระบอบทางกฎหมาย ทำให้กลไกต่างๆ ไม่สามารถทำงานได้ แม้เหตุและผลที่รัฐพยายามอธิบายจะเป็นไปเพื่อการพัฒนาประเทศ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าเพื่อประโยชน์สาธารณะอันเป็นเครื่องแสดงถึงกิจกรรมอันจำเป็นในการรักษาความปลอดภัยของรัฐ ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะจึงเป็นสิ่งที่ยืนยันถึงความชอบธรรมของรัฐในการเรียกร้องให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการสนับสนุนการดำรงอยู่ของรัฐ โดยการยอมสละสิทธิบางส่วนเพื่อรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะนั้น

ในงานศึกษาของรังสรรค์ ธนะพรพันธุ์<sup>17</sup> แสดงให้เห็นว่ายุทธศาสตร์การพัฒนาแบบเปิดในกระแสโลกาภิวัตน์ทำให้รัฐบาลให้ความสนใจในการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจมากเป็นพิเศษ เนื่องจากระบบเศรษฐกิจในสถานการณ์ดังกล่าวง่ายที่จะได้รับผลกระทบจากความผันผวนจากภายนอกประเทศ ซึ่งผลที่ตามมาคือ เป้าหมายการแก้ไขปัญหาความยากจน และการสร้างความเป็นธรรมในการกระจายรายได้ถูกละเลยมากกว่าที่ควร เนื่องจากระบบเศรษฐกิจเสรีนิยมก่อให้เกิดการโน้มเอียงในการให้ความสำคัญกับเป้าหมายทางเศรษฐกิจมากกว่านอกจากนี้การที่รัฐเลือกใช้ยุทธศาสตร์การพัฒนาแบบเปิดได้ส่งผลให้ประชาชนเชื่อมสัมพันธ์กับระบบทุนนิยมโลก ก่อให้เกิดการผลิตในเชิงพาณิชย์มากกว่าการบริโภค ประชาชนหันมาบุกเบิกที่ดินเพื่อเพาะปลูกพืชไร่ทำให้เกิดการขยายตัวของพื้นที่การเพาะปลูกพร้อมๆ กับการลดลงของพื้นที่ป่าไม้ เมื่อทรัพยากรร่อยหรอลงไปประชาชนซึ่งเป็นผู้ใช้แรงงานในภาคการเกษตรกลับกลายเป็นผู้ใช้แรงงานนอกภาคการเกษตรและอพยพย้ายถิ่นฐานเข้าสู่เมืองเพื่อใช้แรงงานในภาคอุตสาหกรรมแทน

<sup>16</sup> ทีนิวส์ออนไลน์, ล่มไม่เป็นท่า!! ประชาชนชาวเชียงรายผืนก้ำกำลัง “ไหวตคว่ำ” รัฐสุบป่าชุมชน 2,300 ไร่ ประเคนนายทุน, สืบค้นวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://www.tnews.co.th/contents/210621>

<sup>17</sup> รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, สังคมเศรษฐกิจไทยในทศวรรษ 2550: ยุทธศาสตร์การพัฒนาในกระแสโลกาภิวัตน์, กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คปไฟ สำนักพิมพ์ไฉไล, 2540. อังโน วิชัย ศรีรัตน์, สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพของชนชาวไทย, นนทบุรี: โครงการกฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2546, 116.

ผลกระทบของระบบทุนนิยมได้ส่งผลกระทบต่อประชาชน เนื่องจากภาครัฐได้ให้ความร่วมมือกับกลุ่มทุนในการแย่งชิงทรัพยากรจากประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการกว้านซื้อที่ดินจากชาวบ้านเพื่อทำสวนป่า การส่งเสริมให้ปลูกต้นยูคาลิปตัส รวมถึงการใช้อำนาจในการบีบบังคับให้เกษตรกรขายที่ดิน ซึ่งเห็นได้ว่าการกำหนดนโยบายดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิของประชาชน เนื่องจากพวกเขาไม่มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายหรือมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ ในขณะเดียวกันประชาชนบางกลุ่มได้พยายามใช้ชีวิตโดยไม่สัมพันธ์กับระบบทุนนิยมโลก พวกเขาพบว่าสิ่งที่ตนเองโดยการดำเนินชีวิตควบคู่กับกระแสภูมิปัญญาท้องถิ่น กระแสการพัฒนาวัฒนธรรมชุมชน และการดูแลจัดการทรัพยากรธรรมชาติด้วยตนเองทำให้ชีวิตมีความสุขเพิ่มขึ้น<sup>18</sup>

การขยายตัวของระบบเศรษฐกิจในกระแสโลกาภิวัตน์และผลที่เกิดขึ้น ส่งผลกระทบต่ออย่างรุนแรงในการพรากสิทธิในที่ดินของประชาชนอันเนื่องมาจากยุทธศาสตร์การพัฒนาเศรษฐกิจแบบเปิดที่มีแนวโน้มสนับสนุนโอกาสคนแค่เพียงบางกลุ่มก่อให้เกิดการพัฒนาที่ไม่สมดุลทำให้มีความยากจนเกิดขึ้นท่ามกลางความร่ำรวยของคนจำนวนน้อย ในบางประเทศระดับของสุขภาพอนามัย โภชนาการ และการศึกษาของประชาชนจำนวนมากเลวลง ซึ่งหมายถึงว่าศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ของคนเหล่านั้นกำลังถูกปฏิเสธ ในขณะเดียวกันที่รัฐบาลเร่งเดินหน้าก่อให้เกิดการพัฒนาด้วยการเพิ่มระดับผลผลิตและการส่งออก แต่ทรัพยากรธรรมชาติกลับถูกทำลายอย่างไร้ความรับผิดชอบ ในสถานการณ์เลวร้ายเช่นนี้ เห็นจะไม่มีวีรบุรุษหรือวีรสตรีคนใดพึงสำเนียงว่า “มันจะมีประโยชน์อันใดหากเราช่วยให้บุคคลรอดพ้นจากการทรมาน แต่ปล่อยให้เขาต้องเสียชีวิตเพราะไม่มีกิน”<sup>19</sup>

เมื่อพิจารณาเหตุผลที่รัฐเลือกใช้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อดึงดูดเอกชนให้เข้ามาลงทุนในประเทศแสดงให้เห็นว่ารัฐให้คุณค่าต่อระบอบทุนนิยมเสรี ซึ่งส่งเสริมผู้ประกอบการเอกชนในขณะที่ละเลยสิทธิชุมชนและวิถีชีวิตของชาวบ้านในพื้นที่พัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ สำนักของรัฐดังกล่าวจึงก่อให้เกิดการปะทะกันระหว่างสำนักของชุมชนในการมีส่วนร่วมในการพัฒนาและการกำหนดชะตาชีวิตของตนเอง ในขณะที่รัฐมุ่งแต่พัฒนาเศรษฐกิจและสร้างเสรีนิยมภายใต้สภาวะยกเว้นโดยการผ่อนปรนกฎหมายและกฎระเบียบเพื่อตอบสนองความต้องการของนักลงทุน

สำหรับผู้วิจัยนั้นมองว่ามติสำนักข้างต้นขึ้นอยู่กับความรู้ ปัจจัยแวดล้อมและประสบการณ์ที่ต่างกันของทั้งสองฝ่าย นอกจากนี้มติสำนักดังกล่าวยังขึ้นอยู่กับคุณค่าและประโยชน์ที่แต่ละฝ่ายได้รับ

เมื่อเป็นเช่นนั้นแล้วมติสำนักของรัฐและของชุมชนจึงเป็นมติสำนักที่มีพื้นฐานทางความคิดที่ต่างกันเนื่องจากมติสำนักของชาวบ้านนั้นวางอยู่บนพื้นฐานของการอนุรักษ์ชุมชน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในขณะที่มติสำนักของรัฐกลับมุ่งเน้นในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้สูงขึ้น

#### 4. ข้อสังเกตนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษต่อการละเมิดสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

การถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์ในขั้นตอนปกตินั้นจะต้องมีการสอบถามความเห็นของประชาชนที่เคยใช้ประโยชน์ร่วมกันว่ามีความขัดข้องหรือได้รับความเดือดร้อนจากการถอนสภาพที่ดินดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งการถอนสภาพส่วนใหญ่รัฐมักนำมาจัดตั้งเป็นสถานที่ราชการเพื่อใช้ในประโยชน์สาธารณะ อาทิ โรงเรียน ศาลา ศูนย์ราชการ เป็นต้น ใน

<sup>18</sup> รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, สังคมเศรษฐกิจไทยในทศวรรษ 2550: ยุทธศาสตร์การพัฒนาในกระแสโลกาภิวัตน์, กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์ คบไฟ สำนักพิมพ์ไฉไล, 2540, 73 - 75.

<sup>19</sup> ศรีประภา เพชรมีศรี, ระบบเศรษฐกิจเสรีกับผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชน, นนทบุรี: โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา, 2546, 118.

ขณะเดียวกันหากประชาชนยังใช้ประโยชน์ที่สาธารณชนนั้นอยู่รัฐจะต้องจัดหาที่ดินอื่นทดแทนและขอความเห็นจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรท้องถิ่น แต่การจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษกลับมีความแตกต่างจากการดำเนินการถอนสภาพที่ผ่าน มา เนื่องจากเป็นการถอนสภาพโดยอาศัยมาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 อันเป็นอำนาจเด็ดขาด ของ คสช. ที่ไม่เดินตามกรอบขั้นตอนการถอนสภาพตามกระบวนการปกติ การถอนสภาพตามอำนาจพิเศษดังกล่าวทำให้ ขั้นตอนต่างๆ ลดระยะเวลาการดำเนินการลง ในขณะเดียวกันก็ละเลยขั้นตอนสำคัญของการดำเนินการไป อาทิ การรับ ฟังความคิดเห็นจากราษฎรผู้เคยใช้ประโยชน์ หน่วยงานปกครองส่วนท้องถิ่น อำเภอ และกรมโยธาธิการและผังเมืองว่า ขัดข้องอย่างไรหรือไม่ เนื่องจากการถอนสภาพจำต้องรับฟังความเห็นจากทุกภาคส่วนเพื่อประเมินถึงผลกระทบ ตลอดจน การขัดกันกับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ ในขณะเดียวกัน การละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ร้ายแรงอย่างเห็นได้ชัดคือ การขับไล่ ชาวบ้านให้ออกจากพื้นที่ โดยไม่มีนโยบายเยียวยา หรือรองรับการอพยพหรือจัดหาที่อยู่อาศัยแห่งใหม่ให้กับชาวบ้าน ซึ่ง นอกจากพวกเขาจะกลายเป็นคนไร้ที่อยู่แล้วพวกเขายังถูกเบียดขับให้ออกจากวิถีชีวิตที่เคยดำเนินมา

การถอนสภาพที่สาธารณประโยชน์จึงควรคำนึงถึงสิทธิมนุษยชน (Human Rights) ซึ่งมีพื้นฐานทางความคิดใน การสนับสนุนความชอบธรรมโดยตั้งอยู่บนประโยชน์ของคนหมู่มาก รวมทั้งการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพมูลฐานของ ปัจเจกชน<sup>20</sup>ซึ่งการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษรัฐควรให้ความสำคัญกับสิทธิมนุษยชนใน 3 ลักษณะ ดังนี้<sup>21</sup>

1. สิทธิมนุษยชนกับความเป็นองค์รวม แม้ว่าสหประชาชาติจะต้องเผชิญความขัดแย้งระหว่างสองขั้ว มหาอำนาจของโลก คือ ขั้วทุนเสรีนิยม กับขั้วสังคมนิยม แต่สหประชาชาติก็ยังคงเดินหน้าในหลักการความสัมพันธ์ เชื่อมโยงและพึ่งพาอาศัยกันของสิทธิ จนก่อกำเนิดกติการะหว่างประเทศ 2 ฉบับ คือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิ พลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR) กับกติการะหว่าง ประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR) ซึ่งการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษได้ก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนตามข้อ 1 และข้อ 11 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

2. สิทธิมนุษยชนกับการพัฒนา สิทธิในการมีส่วนร่วมของประชาชนที่ต้องได้รับผลกระทบจากคำสั่ง นโยบาย การปฏิบัติงาน หรือการแสวงหากำไรจากผู้เป็นเจ้าของทุนนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นและควรมีอยู่ เนื่องจากสิทธินี้เป็นรากฐาน สำคัญที่เป็นเจตจำนงโดยชัดแจ้งที่จะทำให้ประชาชนมีสิทธิเรียกร้องอย่างแท้จริงนี่จึงเป็นจุดเริ่มต้นที่สมัชชาใหญ่ สหประชาชาติมีการประกาศ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิในการพัฒนา” (Declaration on the Rights to Development) โดยมีหลักการในการคุ้มครองสิทธิอันเห็นได้จากบทบัญญัติในข้อ 1 ของปฏิญญาที่กล่าวว่า

*“สิทธิในการพัฒนา เป็นสิทธิมนุษยชนประการหนึ่งซึ่งไม่อาจพรากโอน ซึ่งโดยอาศัยเหตุนี้คนทุกคน และประชาชนทั้งมวลจึงขอจะเข้าร่วมมี บทบาท และขอจะได้รับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และการเมืองอันจะทำให้สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งมวลเกิดสัมฤทธิ์ผลอย่าง เต็มเปี่ยม”<sup>22</sup>*

3. สิทธิมนุษยชนกับบทบาทภาคประชาสังคม ในยุคปัจจุบันโลกกำลังเผชิญกับการท้าทายใหม่ๆ ซึ่งมีใช้ เพียงแต่ปัญหาการต่อสู้เชิงอุดมการณ์ดังเช่นในอดีต แต่เป็นปัญหาที่เกิดจากความต้องการการพัฒนาที่มุ่งเน้นการ

<sup>20</sup> วิชัย ศรีรัตน์, พัฒนาการของสิทธิมนุษยชน, นนทบุรี: โครงการศูนย์กฎหมายสิทธิมนุษยชนและสันติศึกษา, 2546, 9.

<sup>21</sup> เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549, 73.

<sup>22</sup> พิเชษฐ เมฆานนท์ และนิลบล ชัยสิทธิพรวงศ์, “สิทธิในการพัฒนาปฏิญญาสากลสหประชาชาติ”, วารสารอัยการ, ปีที่ 19 (ฉบับที่ 22), สิงหาคม 2539.

เจริญเติบโตของเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ ปัญหาที่เกิดจากกระบวนการพัฒนาปรากฏให้เห็นทุกหนแห่งในโลก การเจริญเติบโตก้าวเดินไปพร้อมกับปัญหาความขัดแย้งในการแย่งชิงทรัพยากรธรรมชาติระหว่างประเทศ ซึ่งนับวันทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ด้วยสถานการณ์ดังกล่าวก่อให้เกิดกระแสขบวนการเคลื่อนไหวซึ่งอาจเรียกโดยรวมได้ว่า “ภาคประชาสังคมนานาชาติ”<sup>23</sup> ภาคประชาสังคมที่ว่านี้ถือเป็นพลังที่มีบทบาทสำคัญในการผลักดันกระบวนการพัฒนาสิทธิมนุษยชนทั้งภายในและภายนอกสหประชาชาติ

## 5. บทสรุป และข้อเสนอแนะ

นิตินำในทางศึกษาค้นคว้าที่ผ่านมามักจะแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมและกฎหมายที่ดูเหมือนกันจะเป็นเรื่องเดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติทั้งสองสิ่งกลับแบ่งแยกออกจากกัน นอกจากนี้การศึกษานิตินำในอดีตมักจะสะท้อนให้เห็นถึงลักษณะเฉพาะตัวของปัจเจกบุคคลที่ปฏิสัมพันธ์กับกฎหมาย ในบริบททางสังคมและประสบการณ์ที่แตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายที่ปัจเจกชนปฏิสัมพันธ์ด้วยนั้นยังคงมีความยุติธรรมหรือน้อยก็มีความสมเหตุสมผลอยู่บ้าง แต่บทความชิ้นนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาถึงนิตินำของปัจเจกชนที่ปฏิสัมพันธ์ต่อสิ่งที่ถูกเรียกว่า “กฎหมาย” ที่ออกโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ บนพื้นฐานอำนาจที่ไม่ได้มีที่มาจากประชาชน แต่กระนั้น รัฐได้พยายามอธิบายเหตุผลในการบังคับใช้มาตรา 44 แห่งรัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2557 ในการกำหนดนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษ แม้จะฟังดูไม่สมเหตุสมผลเท่าใดนักแต่ทั้งสองฝ่ายต่างก็มีฐานความคิด การใช้เหตุและผลในบริบททางสังคมที่แตกต่างกัน

แนวคิดสภาวะยกเว้นของอาทิมเบน จึงถูกนำมาใช้เพื่ออธิบายความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐและการกำหนดนโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษได้เป็นอย่างดี เนื่องจากสภาวะยกเว้นจะสะท้อนให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกันระหว่างสิทธิพิเศษที่นักลงทุนได้รับการยกเว้น และการผ่อนปรนกฎระเบียบที่เอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนในพื้นที่พิเศษ มิหนำซ้ำหลักนิติรัฐยังถูกยกเว้นภายใต้สภาพการณ์ดังกล่าว โดยรัฐได้มอบอภิปไตยของตนให้แก่กลุ่มทุน อาทิ การให้ความยืดหยุ่นด้านการอนุญาตให้นำแรงงานต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรได้ ซึ่งการที่รัฐเลือกใช้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษเพื่อดึงดูดนักลงทุนนั้น รัฐอาจเชื่อว่านักลงทุนจะสามารถพัฒนาพื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษให้กลายเป็นเมืองใหม่ และสามารถกระตุ้นเศรษฐกิจภายในประเทศให้เติบโตยิ่งขึ้น

ในทางกลับกัน หากมองในมุมของชุมชนท้องถิ่นซึ่งพึ่งพาอาศัยทรัพยากรสิ่งแวดล้อม ชาวบ้านอาจเกิดคำถามเกี่ยวกับเขตเศรษฐกิจพิเศษที่รัฐพยายามผลักดันให้สัมฤทธิ์ผลแต่ไม่ได้มีการประเมินถึงผลดีและผลเสีย ตลอดจนรับฟังความคิดเห็นของคนในท้องถิ่นว่าพวกเขาต้องการการพัฒนาหรือไม่ นอกจากนี้เขตเศรษฐกิจพิเศษได้ตอบโต้หรือทำให้วิถีชีวิตของคนในท้องถิ่นดีขึ้นหรือเลวลงอย่างไร สิ่งที่สำคัญที่รัฐละเลยคือการมองข้าม “คน” ที่อยู่อาศัยในพื้นที่ที่ต้องการพัฒนานั้น นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษได้พรากสิทธิในที่ดินอันเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในการดำเนินชีวิตไปจากคนในชุมชน ซึ่งส่วนใหญ่ล้วนมีอาชีพเกษตรกรรมอันเป็นอาชีพเก่าแก่ในสังคมไทย หากไร้ที่ดินทำกิน ไร้ที่อยู่อาศัย คนเหล่านี้จะต้องอพยพโยกย้ายจากถิ่นฐานเดิมจากแรงงานในภาคการเกษตรกลายเป็นผู้ใช้แรงงานในภาคอุตสาหกรรมแทน

เขตเศรษฐกิจพิเศษเป็นนโยบายที่หลายประเทศเลือกใช้ในการพัฒนาเศรษฐกิจเพื่อยกเว้นกฎระเบียบบางประการ ตลอดจนการนิ่งเฉยไม่กระตือรือร้นที่จะออกกฎระเบียบใหม่ ภายใต้นโยบายดังกล่าวบ่อยครั้งกลับพบว่ารัฐบาลจำต้องเสียสละการปกป้องสินค้าและบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ทางการค้าของเอกชนในการส่งเสริมบรรยากาศที่ดี

<sup>23</sup> เสน่ห์ จามริก, สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก, กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549, 78.

ต่อการลงทุนที่มีการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ ซึ่งทำให้กลุ่มทุนเหล่านั้นรู้สึกกระหิมใจเนื่องจากมีทางเลือกได้ว่าสภาพทางการเมืองและประเทศใดในโลกที่เหมาะสมกับการลงทุนมากที่สุด<sup>24</sup>นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษจึงล้วนแต่เน้นในเรื่องการส่งเสริมอัตราการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจ โดยไม่สนใจว่าในกระบวนการเติบโตนั้นจะต้องสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติไปมากเท่าใดเพื่อสร้างทุนทางการเงินให้เพิ่มมากขึ้น

ผลของการศึกษานี้จะสะท้อนให้เห็นถึงแนวทางการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่อย่างจำกัดอย่างมีประสิทธิภาพ การให้สิทธิคนจนและคนที่ไม่มียานพาหนะให้ได้รับสิทธิการจัดการทรัพยากรมากยิ่งขึ้น รวมทั้งส่งเสริมให้มีการดำเนินการพัฒนาควบคู่กับการอนุรักษ์และฟื้นฟูทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยให้เป็นการพัฒนาที่ตอบสนองความต้องการของคนทั้งในยุคปัจจุบันและในอนาคต<sup>25</sup>ซึ่งวางอยู่บนพื้นฐานหลักการที่สำคัญในการสร้างสมดุลระหว่างเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อมดังกล่าวที่ว่า “การพัฒนาที่ยั่งยืนจะต้องทำให้ประชาชนมีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นมีระบบสังคมที่เป็นสังคมธรรมรัฐ มีระบบเศรษฐกิจที่มั่นคง ไม่จำเป็นต้องพึ่งพาความช่วยเหลือจากภายนอกมีคุณภาพสิ่งแวดล้อมที่ดี ประชาชนรู้จักใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างรู้คุณค่า โดยเฉพาะการใช้ทรัพยากรธรรมชาติเป็นฐานในการผลิตเพื่อนำไปสู่การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ”<sup>26</sup>

ดังนั้น การศึกษานิติสำนึกของปัจเจกชนและของรัฐนั้น จะทำให้เราเข้าใจความคิด การรับรู้ และการใช้เหตุผลของทั้งฝ่ายว่ามีจุดยืนอยู่บนพื้นฐานชุดความคิดของแนวทางใด โดยชุมชนท้องถิ่นมีการเคลื่อนไหวและมีส่วนร่วมในกระบวนการที่ส่งผลกระทบต่อชุมชนภายใต้นโยบายเขตเศรษฐกิจพิเศษอย่างไร อันแสดงให้เห็นถึงการให้สิทธิการมีส่วนร่วมในการอนุรักษ์ทรัพยากรสิ่งแวดล้อมของชุมชน

#### บรรณานุกรม

- กฤษณ์เพชร โสมณวัตร. (2555). นิติสำนึกต่อ “โทษจำคุก” ของพลเมืองผู้ต้องขังต่อกฎหมาย ประเด็นทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- แก่งกิจ กิติเรียงลาภ. (2549). ปรัชญาการเมืองของ Giorgio Agamben Giorgio Agamben: ว่าด้วยชีวิตเปลือยเปล่า และองค์อธิปัตย์ 2. สืบค้นวันที่ 26 มิถุนายน 2560, จาก <http://v1.midnightuniv.org/midnight2544/0009999947.html>
- เกรียงไกร ปัญญาภส. เขตศก.พิเศษเชียงราย รัฐ-ชาวบ้านมองต่าง ทางขนานที่ต้องหาทางบรรจบ. สืบค้นวันที่ 25 เมษายน 2560, จาก <https://www.isranews.org/isranews/43674-changrai27.html>.
- คำสั่งคณะกรรมการสงบแห่งชาติ ที่ 17/2558 เรื่อง การจัดหาที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 132, ตอนพิเศษ 112 ง, 3 - 5. ลงวันที่ 15 พฤษภาคม 2558.
- คำสั่งคณะกรรมการสงบแห่งชาติ ที่ 72/2557 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ. ลงวันที่ 19 มิถุนายน 2557.

<sup>24</sup> ศูนย์ศึกษาการพัฒนาสังคม, **บันทึกใจเบิร์กความเป็นธรรมในโลกที่เปราะบาง: บันทึกความจำเสนอต่อการประชุมสุดยอดว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน**, กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546, 17.

<sup>25</sup> สำนักความร่วมมือด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ สำนักงานปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน**, กรุงเทพฯ: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2556, 12.

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน.

คำสั่งคณะกรรมการสงฆ์แห่งชาติ ที่ 74/2559 เรื่อง การจัดหาที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 133, ตอนพิเศษ 299 ง, 13 - 14. ลงวันที่ 20 ธันวาคม 2559

ปาฐมนำบุญเรื่องกับการทำประชามติ ขอใช้พื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษเชียงราย. สืบค้นวันที่ 14 กรกฎาคม 2560, จาก <https://www.recoftc.org/project/อนุรักษ์ลุ่มน้ำอิง/news-and-features/ปาฐมนำบุญเรื่องกับการทำประชามติ-ขอใช้พื้นที่เขตเศรษฐกิจพิเศษเชียงราย>

ปาฐมนำบุญเรื่อง: เมืองในฝันของนายทุน. สืบค้นวันที่ 6 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.imekong.org/2015/10/ปาฐมนำบุญเรื่อง-เมืองในฝัน/>

ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี. (2559). ทุนนิยมคาสีโน เขตเศรษฐกิจพิเศษจีน กับการสร้างชายแดนเสรีนิยมใหม่ในลาว. ศูนย์อาเซียนศึกษา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

ปิยบุตร แสงกนกกุล. (2553). “สภาวะยกเว้น” ในความคิดของ Giorgio Agamben. วารสารฟ้าเดียวกัน, ปีที่ 8 (ฉบับที่ 1).

ปิยอร์ เปลีเยนผดุง. (2552). นิติสำนักของบุคคลในการเล่นพนันชนไก่: กรณีศึกษาเครือข่ายการเล่นพนันชนไก่ในอำเภอสันทราย จังหวัดเชียงใหม่. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 71, ตอนที่ 78.

พิเชษฐ เมลาณนท์ และนิลบล ชัยสิทธิพรวงศ์. (2539). สิทธิในการพัฒนาปฏิภานสากล สหประชาชาติ, วารสารอัยการ, ปีที่ 19 (ฉบับที่ 22).

รังสรรค์ ธนะพรพันธ์. (2540). สังคมเศรษฐกิจไทยในทศวรรษ 2550: ยุทธศาสตร์การพัฒนาในกระแสโลกาภิวัตน์. กรุงเทพฯ: โครงการจัดพิมพ์คบไฟ สำนักพิมพ์ไฉไล.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557. ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก, 15, ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2557.

ล้มไม่เป็นท่า!! ประชาชนชาวเชียงรายผ่นีกกำลัง “โหวตคว่ำ” รัฐอุปปาฐมน 2,300 ไร่ ประเคนนายทุน. สืบค้นวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://www.tnews.co.th/contents/210621>

ศิววงศ์ สุขทวี. (2558). โรฮิงยา: คนไร้รัฐในรัฐต่างแดน. วิทยานิพนธ์สังคมวิทยาและมานุษยวิทยา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ศูนย์ศึกษาการพัฒนาสังคม. (2546). บันทึกโจเบิร์กความเป็นธรรมในโลกที่เปราะบาง: บันทึกความจำเสนอต่อ การประชุมสุดยอดว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน. กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2558). การวิจัยกฎหมายทางเลือก: แนวคิดและพรมแดนความรู้. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

สำนักความร่วมมือด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ สำนักงานปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. (2556). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับการพัฒนาที่ยั่งยืน. กรุงเทพฯ: บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้ง แอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน).

สำรวจ ‘ปาฐมนำบุญเรื่อง’ พื้นที่ตั้งนิคมฯ พบอุดมสมบูรณ์ทะลุเกณฑ์ 8 เท่า. สืบค้นวันที่ 10 มิถุนายน 2560, จาก <http://www.greennewstv.com/สำรวจ-ปาฐมนำบุญเรื่อง-พื้นที่/>

สิริอัญญา. (2552). ประเทศไทยต้องเปลี่ยนทิศทางการพัฒนา. สืบค้นวันที่ 28 เมษายน 2561, จาก  
<http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=9520000081459>

เสน่ห์ จามริก. (2545). สิทธิมนุษยชน เส้นทางสู่สันติประชาธรรม. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน  
แห่งชาติ.

## มาตรการทางกฎหมายในการพัฒนาการค้าชายแดนภายใต้นโยบายไทยแลนด์ 4.0 Legal Approach on Border Trade Development under Thailand 4.0 Strategy

พิมลกร แพงฟู

Pimonkorn Pangfoo

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จังหวัดเชียงราย 57100 ประเทศไทย

School of Law, Mae Fah Luang University, Chiang Rai Province 57100 Thailand

อีเมลล์: pimonkorn.pan@mfu.ac.th

Email: pimonkorn.pan@mfu.ac.th

### บทคัดย่อ

ในช่วงศตวรรษที่ผ่านมา ประเทศไทยและประเทศต่าง ๆ ในภูมิภาคอาเซียนมีความร่วมมือกันในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมหลากหลายรูปแบบ เช่น การรวมตัวกันเป็นสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ อันนำไปสู่การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ตลอดจนความร่วมมือระหว่างกันในกลุ่มประเทศอาเซียนในการจัดตั้งเขตการค้าเสรีอาเซียน เพื่อเปิดเสรีทางการค้า ฯลฯ ด้วยความร่วมมือกันในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมจึงทำให้จุดการค้าชายแดนบริเวณพรมแดนของประเทศโดยเฉพาะจุดการค้าถาวรจึงเปรียบเสมือนชายแดนนานาชาติ การค้าชายแดนและการค้าผ่านแดนของไทยกับประเทศเพื่อนบ้านปี พ.ศ. 2560 ถือว่าเติบโตอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม ภายใต้มาตรการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจดังกล่าว การค้าชายแดนและการค้าผ่านแดนกลับต้องประสบกับอุปสรรคทางการค้าหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นอุปสรรคอันเกิดจากการขนส่งสินค้าที่ผิดกฎหมาย ระบบการจัดการชายแดนร่วมกันที่ยังไม่มีประสิทธิภาพ ไม่สอดคล้องกับกรอบความร่วมมือด้านการผ่านแดนในระดับสากล ไม่ว่าจะเป็นความตกลงแกตต์ (GATT) ความตกลงว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก อนุสัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดการศุลกากรโลก

ดังนั้น เมื่อประเทศไทยกำลังดำเนินนโยบายภายใต้บริบทไทยแลนด์ 4.0 มาตรการทางกฎหมายในการพัฒนาการค้าชายแดน ตลอดจนประเด็นทางกฎหมายที่มิใช่ประเด็นทางการค้าชายแดนโดยตรง แต่ส่งผลกระทบต่อการค้าชายแดนในระยะยาวถือเป็นประเด็นที่ต้องได้รับการปรับปรุง ทั้งนี้ผู้เขียนขอเสนอให้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 ให้สอดคล้องกับหลักการการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันตามหลักขององค์การศุลกากรโลกเพื่อสร้างความเข้มแข็งภายใน และยกระดับการค้าชายแดนไปสู่การค้าระหว่างประเทศอย่างยั่งยืนต่อไป

**คำสำคัญ:** การค้าชายแดน, การค้าผ่านแดน, การบริหารจัดการชายแดนร่วม, ไทยแลนด์ 4.0

### Abstract

It has been a decade since Asian countries and Thailand have integrated a wide range of social and economic development, for instance the establishment of the ASEAN which led to the ASEAN Free Trade Area (AFTA) and eventually, the ASEAN Economic Community (AEC). Such cooperation, consequently, has shifted national border trade points, especially the permanent trade points into international border. Since 2017, the volumes of border trade and cross-border trade between Thailand



and neighboring countries have gradually increased. However, border trade and cross-border trade have suffered from several trade barriers such as illicit trade, and ineffective coordinated border management system which is not in accordance with the international frameworks like the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), and the Trade Facilitation Agreement (TFA) of the World Trade Organization.

Therefore, legal measures as well as those non-trade issues that impact, directly and indirectly, border trade must be taken seriously in order to strengthen the nation and increase the level of border trade to sustainable international trade under Thailand 4.0 strategy. The author proposes an amendment of Cross-Border Transport Facilitation Act B.E. 2556 in accordance with the international frameworks like the coordinated border management system by the World Customs Organization.

**Keywords:** Border trade, Cross-border trade, Coordinated border management, Thailand 4.0

## 1. บทนำ

ประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านมีพื้นที่ติดต่อกันทั้งหมด 31 จังหวัด 94 ช่องทาง แบ่งเป็นด่านราชอาณาจักรกัมพูชา (กัมพูชา) 17 แห่ง (จุดผ่านแดนถาวร 6 แห่ง จุดผ่อนปรน 10 แห่ง และจุดผ่านแดนชั่วคราว 1 แห่ง) ด้านสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (สปป.ลาว) 48 แห่ง (จุดผ่านแดนถาวร 19 แห่ง และจุดผ่อนปรน 29 แห่ง) ด้านสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา (เมียนมา) 20 แห่ง (จุดผ่านแดนถาวร 5 แห่ง จุดผ่อนปรน 13 แห่ง จุดผ่อนปรนพิเศษ 1 แห่ง และจุดผ่านแดนชั่วคราว 1 แห่ง) และด้านมาเลเซีย จุดผ่านแดนถาวร ทั้งหมด 9 แห่ง ช่องทางการขนส่งสินค้าส่วนใหญ่จะผ่านจุดผ่านแดนถาวรเป็นหลัก<sup>1</sup> เนื่องจากเป็นด่านสากลมีการให้บริการของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องครบครันเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การสัญจรข้ามแดน จะเห็นได้ว่า การค้าชายแดนระหว่างไทยกับประเทศเพื่อนบ้านเป็นส่วนสำคัญของการค้าระหว่างประเทศกับประเทศเพื่อนบ้านโดยในปี 2560 มูลค่าการค้าชายแดนของไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน 4 ประเทศ (มาเลเซีย เมียนมา สปป.ลาว กัมพูชา) มีมูลค่าการค้ารวม 987,982.65 ล้านบาท เทียบกับ ช่วงเดียวกันของปีก่อนที่มีมูลค่า 923,498.78 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 6.98(YoY) โดยแบ่งเป็นการส่งออกมูลค่า 596,212.97 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 8.43(YoY) และการนำเข้ามูลค่า 391,769.68 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 4.86(YoY) ไทยได้ดุลการค้า 204,443.29 ล้านบาท<sup>2</sup> ซึ่งการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) การจัดทำกรอบการลงทุนของอนุภูมิภาค (Regional Investment Framework: RIF) การเปิดประเทศของเมียนมา การสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติของ สปป.ลาว และกัมพูชา ตลอดจนปัญหาทางเศรษฐกิจของประเทศในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ยิ่งส่งผลให้การค้าชายแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านมีความสำคัญมากขึ้น

---

<sup>1</sup> กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, *คู่มือการค้าชายแดนกับประเทศเพื่อนบ้าน*, นนทบุรี: ไทภูมิ พับลิชชิ่ง, 2559, หน้า 5.

<sup>2</sup> กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, (2560). *วิเคราะห์ภาพรวมการค้าชายแดนไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน มาเลเซีย – เมียนมา – สปป.ลาว – กัมพูชา ปี 2560*. สืบค้นวันที่ 5 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/bts/trade-statistics/cid/153/-4>

สำหรับประเทศไทยได้กำหนดยุทธศาสตร์การสร้างความเชื่อมโยงกับประเทศในภูมิภาคเพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคม ภายใต้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 12 (2560 - 2564)<sup>3</sup> โดยให้ความสำคัญกับการพัฒนาการค้าและการลงทุน โดยขยายตลาดการค้าชายแดนกับประเทศเพื่อนบ้านสร้างเครือข่ายพันธมิตรทางธุรกิจระหว่างประเทศ รวมทั้งพัฒนาระบบคมนาคมขนส่งและโลจิสติกส์ ที่เรียกว่า ระบบ National Single Window (NSW) สามารถเชื่อมโยงและแลกเปลี่ยนข้อมูลกระบวนการนำเข้าส่งออกและโลจิสติกส์ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์แบบไร้กระดาษได้อย่างสมบูรณ์ บุคลากรด้านโลจิสติกส์ได้รับการพัฒนาให้มีศักยภาพสูงขึ้นรวมทั้งการขนส่งสินค้าผ่านเข้า-ออก ณ ด่านการค้าชายแดนสำคัญที่เชื่อมต่อกับโครงข่ายทางหลักมีประสิทธิภาพมากขึ้น นอกจากนี้ ยังมีเป้าหมายในการพัฒนาโครงข่ายทางถนน ได้แก่ โครงการก่อสร้างทางหลวงพิเศษระหว่างเมืองเพื่อเชื่อมการเดินทางในพื้นที่ด่านการค้าชายแดนเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ และประตูการค้าหลักที่สำคัญ รวมถึงพัฒนาระบบประกันความเสี่ยงภัยของสินค้าและบริการเพื่อสร้างความเชื่อมั่นและลดความเสี่ยงในการดำเนินธุรกิจตลอดจนการผลักดันการลดอุปสรรคทางการค้าโดยเฉพาะมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีโดยขยายการจัดทำข้อตกลงการยอมรับร่วมกันในสินค้าและบริการที่สำคัญในอาเซียน และในระดับทวิภาคี ปรับบทบาทของหน่วยงานภาครัฐในการทำงานเชิงรุกมากขึ้น เพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกทางการค้าทั้งการติดตามและเจรจาแก้ไขปัญหามาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี

ดังนั้น ภายใต้บริบทไทยแลนด์ 4.0 ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยจำเป็นต้องปรับปรุงกรอบกฎหมายเพื่อส่งเสริมระบบการค้าชายแดน การบริหารจัดการชายแดนร่วม ตลอดจนการพัฒนากระบวนการอิเล็กทรอนิกส์ของกรมศุลกากรเพื่อเชื่อมโยงระบบผ่านแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านให้มีประสิทธิภาพ ลดปัญหาการลักลอบขนสินค้าโดยผิดกฎหมาย อีกทั้งป้องกันการทุจริตคอร์รัปชัน และกระทำการทุจริตของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการผ่านแดน อีกทั้งเพื่อให้กฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการชายแดนร่วมสอดคล้องกับอนุสัญญาเกี่ยวโตของศุลกากรโลกอีกด้วย โดยบทความนี้แบ่งออกเป็น 3 ใหญ่ คือ ส่วนแรกจะกล่าวถึงสถานการณ์การค้าชายแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน ส่วนที่สอง กล่าวถึงปัญหาและอุปสรรคการค้าชายแดนไทย อันนำไปสู่การพิจารณาที่จะปรับผ่านแดนของกรมศุลกากร และกฎหมายภายในของไทยว่ามีความสอดคล้องกับกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน และอนุสัญญาเกี่ยวโตซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญฉบับหนึ่งขององค์การศุลกากรโลก และส่วนสุดท้าย จะเป็นบทสรุปและข้อสังเกตบางประการต่อพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 อันนำไปสู่ข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงกฎหมายภายใต้บริบทไทยแลนด์ 4.0 ต่อไป

## 2. สถานการณ์การค้าชายแดนกับมาเลเซีย เมียนมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และกัมพูชา

การค้าชายแดนระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านมีความสำคัญและเป็นการสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศและจังหวัดซึ่งมีพรมแดนติดกับประเทศเพื่อนบ้าน อีกทั้งยังช่วยส่งเสริมให้โครงสร้างพื้นฐานต่าง ๆ ของพื้นที่ชายแดนทั้งหลายได้รับการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง ช่วยขยายปริมาณมูลค่าการค้าชายโดยรวมส่งผลดีกับความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนบริเวณพื้นที่ชายแดนทั้งสองประเทศอันเป็นรากฐานที่แท้จริงด้านความมั่นคงและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้น ก่อนจะเข้าสู่เนื้อหาจึงจำเป็นต้องเข้าใจสถานการณ์การค้าชายแดนระหว่างไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน อันได้แก่ มาเลเซีย เมียนมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และกัมพูชา รวมทั้งโอกาสและอุปสรรคในการทำการค้า

<sup>3</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำนักงานรัฐมนตรี, แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 12 (2561 - 2564)

ชายแดนดังกล่าวอันเป็นภาพกว้าง ๆ ก่อนจะนำเสนอปัญหา และการปรับปรุง พัฒนากฎหมายภายในของไทยให้สอดคล้องกับบริบทไทยแลนด์ 4.0 และกรอบความร่วมมือทั้งในระดับอาเซียนและระดับสากลต่อไป

## 2.1 การค้าชายแดนระหว่างไทยกับมาเลเซีย

การค้าชายแดนระหว่างไทยและมาเลเซียมีมูลค่าสูงที่สุดเมื่อเทียบกับการค้าชายแดนระหว่างไทยกับประเทศเพื่อนบ้านอื่น อีกทั้งไทยได้เปรียบดุลการค้ากับมาเลเซียมาโดยตลอด ในปี 2560 มีมูลค่าการค้ารวม 521,308.58 ล้านบาท เทียบกับปีก่อนที่มีมูลค่า 456,996.47 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 14.07(YoY) แบ่งเป็นการส่งออกมูลค่า 288,469.30 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 23.11 (YoY) และการนำเข้า มูลค่า 232,839.28 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 4.57(YoY) ไทยได้ดุลการค้า 55,630.02 ล้านบาท<sup>4</sup> ซึ่งยางพาราเป็นสินค้าส่งออกที่มีมูลค่าสูงที่สุด โดยมีมูลค่าการส่งออกคิดเป็นประมาณร้อยละ 32.46 ของมูลค่าการส่งออกปี 2560 ทั้งหมด สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์เป็นสินค้านำเข้าที่มีมูลค่าสูงที่สุด คิดเป็นประมาณร้อยละ 12.36 ของมูลค่าการนำเข้าสินค้าชายแดนจากมาเลเซียทั้งหมด ทั้งนี้ ด้านศุลกากรสะเดาเป็นจุดผ่านแดนที่มีมูลค่าการค้าสูงที่สุดถึงร้อยละ 52.84 รองลงมาคือ ด้านศุลกากรปาดังเบซาร์ โดยมูลค่าการค้าร้อยละ 44.95 ของมูลค่าการค้าชายแดนกับมาเลเซียทั้งหมด

### 2.1.1 โอกาสและอุปสรรคทางการค้า

นโยบายการพัฒนาอุตสาหกรรมของมาเลเซีย และความร่วมมือภายใต้แผนงานการพัฒนาเขตเศรษฐกิจสามฝ่าย อินโดนีเซีย-มาเลเซีย-ไทย (IMT-GT) ถือเป็นปัจจัยสำคัญในการสนับสนุนการค้าชายแดน โดยมาเลเซียมีนโยบายยกระดับอุตสาหกรรมจากอุตสาหกรรมการผลิตที่พึ่งพาแรงงานต่างชาติเป็นหลัก มาเป็นอุตสาหกรรมที่เน้นฐานความรู้ การสร้างนวัตกรรมและการผลิตโดยใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ดังนั้น นโยบายดังกล่าวจะเป็นโอกาสให้การส่งออกสินค้าชั้นกลางของไทยไปยังมาเลเซียขยายตัวมากขึ้นเช่นกัน นอกจากนี้ความร่วมมือ IMT-GT สามารถใช้เป็นกลไกผลักดันการค้าชายแดนไปในทิศทางที่เป็นประโยชน์กับไทย โดยเฉพาะการเสริมสร้างความร่วมมือด้านการค้า การลงทุน และการผ่านแดน รวมทั้งพัฒนาความเชื่อมโยงด้านโครงสร้างพื้นฐาน เพื่อลดต้นทุนและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในภาคใต้ของไทย

อย่างไรก็ตามยังมีปัญหาบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าชายแดน ได้แก่ เหตุการณ์ความไม่สงบในจังหวัด 3 ชายแดนภาคใต้ ซึ่งส่งผลให้มาเลเซียเข้มงวดการค้าบริเวณชายแดนมากยิ่งขึ้นและความไม่พร้อมของด่านชายแดนที่จะรองรับการค้าชายแดน นอกจากนี้ กฎหมายที่ใช้บังคับกับการค้าชายแดนทั้งสองประเทศมีความแตกต่างกัน แม้จะเป็นไปตามกรอบความร่วมมือในฐานะประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยตนเอง แต่มาเลเซียยังคงใช้มาตรการการอุดหนุนภายใน โดยรัฐบาลของมาเลเซียมีการอุดหนุนและปกป้องสินค้าเกษตรบางชนิด เช่น ในกรณีของข้าวรัฐมีการกำหนดราคาข้าวขั้นต่ำ (Guaranteed Minimum Price) และองค์กรของรัฐในนามขององค์การข้าวเปลือกและข้าวสารแห่งชาติ (BERNAS) จะดำเนินการรับซื้อข้าวในราคาที่ไม่ต่ำกว่าราคาขั้นต่ำที่รัฐกำหนด และในช่วงเวลาที่ผลิตข้าวภายในประเทศมีจำนวนมาก รัฐจะจำกัดการนำเข้าข้าวจากต่างประเทศเพื่อรักษาราคาข้าวในตลาดภายในประเทศอันเป็นการจำกัดโอกาสการขยายตลาดข้าวไทยในมาเลเซียอย่างมาก ซึ่งถือเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าในรูปแบบอื่นที่สำคัญต่อประเทศไทย

## 2.2 การค้าชายแดนระหว่างไทยกับเมียนมา

พัฒนาการของของกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ เริ่มภายหลังจากที่มีการฟ้องคดีที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ในปี 2005 โดยเผ่าอินูอิ (Inuit) ที่อาศัยอยู่ในทวีปอาร์กติกบริเวณ

<sup>4</sup> กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, วิเคราะห์ภาพรวมการค้าชายแดนไทยกับประเทศเพื่อนบ้านมาเลเซีย - เมียนมา - สปป.ลาว - กัมพูชา ปี 2560, สืบค้นวันที่ 5 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/Portals/3/ภาพรวมการค้าชายแดน.pdf>

สหรัฐอเมริกาและแคนาดาได้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างรัฐอเมริกันว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Inter-American Commission on Human Rights: IACHR) ว่าผลกระทบที่ตนได้รับจากการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและภาวะโลกร้อนนั้นเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการได้ใช้ประโยชน์ทางวัฒนธรรม ในทรัพย์สินในสุขภาพ ในชีวิต ความแข็งแรงของร่างกาย ความปลอดภัย รูปแบบในการดำรงชีพ การพักอาศัย การย้ายถิ่นฐาน และการละเมิดไม่ได้ของที่พักอาศัยซึ่งเป็นสิทธิภายใต้ตราสารสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศรวมถึงปฏิญญาว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของมนุษย์แห่งอเมริกา โดยผลกระทบดังกล่าวอาจเป็นการกระทำหรือละเว้นการกระทำในนามของสหรัฐอเมริกา เนื่องจากสหรัฐอเมริกาคือแหล่งปล่อยก๊าซเรือนกระจกขนาดใหญ่แต่ไม่ได้เข้าผูกพันในการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก แต่ IACHR ได้ปฏิเสธที่จะรับคำร้องโดยให้เหตุผลว่าข้อมูลที่น่าเสนอนั้นไม่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการฯ ในการพิจารณาได้ว่าข้อเท็จจริงที่กล่าวหาเหล่านั้นจะมีลักษณะเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ได้รับความคุ้มครองโดยปฏิญญาอเมริกา<sup>5</sup> คดีนี้แม้ผู้ร้องเรียนจะถูกยกคำร้อง แต่ผลของการฟ้องคดีก่อให้เกิดการจูงใจให้แก่อสังคมนักวิชาการเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศและสิทธิมนุษยชนจนเกิดเวทีรับฟังเรื่องหลักการของธรรมชาติต่อสิทธิมนุษยชนและภาวะโลกร้อนในวันที่ 1 มีนาคม 2007 ในเวลาต่อมา<sup>6</sup>

### 2.2.1 โอกาสและอุปสรรคทางการค้า

การพัฒนาความเชื่อมโยงระหว่างไทยและเมียนมาและนโยบายการเปิดประเทศของเมียนมาจะเพิ่มขีดความสามารถและโอกาสในการแข่งขันของไทยในการขยายตลาดการค้าและส่งผลให้เกิดกิจกรรมทางเศรษฐกิจตามแนวเชื่อมโยงในทั้งสองประเทศ ประกอบด้วยความเชื่อมโยงในโครงการพัฒนาความร่วมมือทางเศรษฐกิจในอนุภูมิภาคกลุ่มแม่น้ำโขง (Greater Mekong Sub-region: GMS) ตามระเบียงเศรษฐกิจตะวันออก-ตะวันตก (East-West Economic Corridor: EWEC) ในแนวเวียดนาม-ลาว-ไทย-เมียนมา ในปี 2560 มีมูลค่าการค้ารวม 167,671.93 ล้านบาท เทียบกับช่วงเดียวกันของปีก่อนที่มีมูลค่า 171,543.55 ล้านบาท ลดลงร้อยละ 2.26(YoY) โดยเป็นการส่งออกมูลค่า 99,004.44 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 0.01(YoY) และการนำเข้ามูลค่า 68,667.49 ล้านบาท ลดลงร้อยละ 5.35(YoY) ไทยได้ดุลการค้า 30,336.95 ล้านบาท

การเชื่อมโยงกับเมียนมา ในแนวทวาย(เมียนมา)-กาญจนบุรี-กรุงเทพฯและปริมณฑล-พื้นที่ชายฝั่งทะเลตะวันออก (Eastern Seaboard: ESB) เป็นโอกาสทำให้ไทยมีทางเลือกในการขนส่งทางทะเลฝั่งอันดามันอีกทางเลือกหนึ่งลดการพึ่งพิงท่าเรือของมาเลเซียและสิงคโปร์และมีศักยภาพที่จะขยายเป็นสะพานเศรษฐกิจ (Land bridge) เชื่อมโยงการขนส่งระหว่างประเทศในยุโรป ตะวันออกกลางและเอเชียใต้ กับประเทศในแถบตะวันออกไกล นอกจากความเชื่อมโยงในแนวเส้นทางดังกล่าวแล้ว ยังมีความเชื่อมโยงในแนวอื่นที่มีศักยภาพในการเพิ่มขีดความสามารถด้านการค้าชายแดนของไทย เช่น แนวเหนือ-ใต้ ตามแนวจินตอนใต้ (ยูนนาน)-เมียนมา (R3B)-เชียงราย-พิษณุโลก-ESB แนวเมียนมา R3B)-ตาก-นครสวรรค์-ESB เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ยังมีปัญหาสำคัญซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการค้าชายแดน โดยเฉพาะปัญหาชนกลุ่มน้อย เนื่องจากช่องทางการค้าในจังหวัดตากซึ่งเป็นช่องทางสำคัญต้องผ่านพื้นที่ของชนกลุ่มน้อยกะเหรี่ยงทำให้

<sup>5</sup> Inuit Circumpolar Council Canada, *Summary of the Petition to the Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief from Violations Resulting from Global Warming Caused by Acts and Omission of the United States*. Retrieved November 30, 2017, from <http://www.inuitcircumpolar.com/uploads/3/0/5/4/30542564/finalpetitionsummary.pdf>

<sup>6</sup> Borràs, S. (2012). (CEDAT, Universitat Rovira i Virgili). *Climate change responsibilities in polar peoples: the Inuit Case*, EJOLT Factsheet No. 44, p. 4. Retrieved November 30, 2017, from <http://www.ejolt.org/wordpress/wp-content/uploads/2015/08/FS-44.pdf>

การขนส่งไม่สะดวก และการแพร่ระบาดของ “โรคอุบัติซ้ำ” เช่น การแพร่ระบาดของวัณโรค โรคเท้าช้าง โรคไข้เลือดออก มาลาเรีย กาฬหลังแอ่น กลับมาระบาดขึ้นอีก<sup>7</sup>

## 2.3 การค้าชายแดนระหว่างไทยกับ สปป.ลาว

ประเทศไทยได้เปรียบดุลการค้าชายแดนและเพิ่มสูงขึ้นมาโดยตลอดโดยมีมูลค่าการค้าสูงเป็นลำดับสาม รองจากมาเลเซียและเมียนมา ในปี 2560 มีมูลค่าการค้ารวม 203,330.42 ล้านบาท เทียบกับปีก่อนที่มีมูลค่า 202,906.79 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 0.21(YoY) โดยเป็นการส่งออกมูลค่า 127,871.98 ล้านบาท ลดลงร้อยละ 6.27(YoY) และการนำเข้ามูลค่า 75,458.44 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 13.49(YoY) ไทยได้ดุลการค้า 52,413.54 ล้านบาท โดยน้ำมันดีเซลเป็นสินค้าส่งออกที่มีมูลค่าสูงที่สุดร้อยละ 10.88 รองลงมา ได้แก่ รถยนต์ อุปกรณ์และส่วนประกอบเครื่องคอมพิวเตอร์ ร้อยละ 8.15 สำหรับสินค้านำเข้าสำคัญ ได้แก่ เชื้อเพลิงอื่น ๆ (พลังงานไฟฟ้า) ร้อยละ 51.97 รองลงมา ได้แก่ ทองแดงและผลิตภัณฑ์ ร้อยละ 14.5 (ทองแดงเคยเป็นสินค้านำเข้าที่มีมูลค่าสูงที่สุดในปี 2555 คิดเป็นประมาณร้อยละ 70 ของมูลค่าการนำเข้าทั้งหมด) โดยช่องทางการค้าผ่านแดนที่สำคัญ ได้แก่ จุดผ่านแดนถาวรหนองคาย และมุกดาหาร อย่างไรก็ตาม ไทยก็ยังคงต้องพึ่งพา สปป.ลาว ทั้งในด้านการขนส่งสินค้าในระบบการค้าผ่านแดน วัตถุประสงค์ที่จะป้อนเข้าสู่ภาคอุตสาหกรรมทั้งอุตสาหกรรมเกษตร แปรรูป และสินค้าอุตสาหกรรมอื่นๆ ที่สำคัญคือ ประเทศไทยยังคงต้องพึ่งพาแหล่งพลังงานไฟฟ้าจากแหล่งผลิตของ สปป.ลาว เพื่อป้อนเข้าสู่ระบบจ่ายไฟฟ้าในระบบเศรษฐกิจของประเทศ<sup>8</sup>

### 2.3.1 โอกาสและอุปสรรคทางการค้า

สปป.ลาว อยู่ระหว่างการยกระดับการพัฒนาประเทศโดยเร่งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานขนาดใหญ่และพื้นที่พิเศษเพื่อดึงดูดการลงทุนและสร้างงาน ฉะนั้น การก่อสร้างขนาดใหญ่หลายโครงการของสปป. ลาว ทำให้มีความต้องการสินค้าประเภทเครื่องจักรและน้ำมันเชื้อเพลิงจากไทยมากขึ้น และทำให้มีการนำเข้าสินค้าประเภทเครื่องจักร อุปกรณ์ก่อสร้างและน้ำมันเชื้อเพลิงจากไทยเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก นอกจากนี้ สปป.ลาว โดย ลาวเทลคอม (ลาวโทรคม) ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจได้เปิดให้บริการโทรศัพท์ไร้สายและอินเทอร์เน็ตไวไฟในระบบ 4G เมื่อปี 2555 ซึ่งจะสนับสนุนและส่งผลกระตุ้นทางอ้อมต่อความต้องการใช้เครื่องคอมพิวเตอร์ อุปกรณ์และส่วนประกอบมากขึ้น และ สปป.ลาว จะจัดตั้งเขตเศรษฐกิจพิเศษและเขตเศรษฐกิจเฉพาะเพิ่มอีก 32 แห่ง รวมเป็น 41 แห่งภายในปี 2563 ตามแผนยุทธศาสตร์การพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ โดยในจำนวนดังกล่าวอยู่ในแขวงที่มีชายแดนติดกับไทยถึง 17 เขต ซึ่งจะส่งเสริมการค้าการลงทุนระหว่างไทยและลาว และช่วยเพิ่มมูลค่าการค้าระหว่างกันมากขึ้น นอกจากนี้โอกาสการค้าชายแดนกับ สปป.ลาวแล้ว สินค้าไทยยังสามารถส่งออกไปยังเวียดนาม จีน และประเทศแถบตะวันออกไกล โดยผ่าน สปป.ลาว ได้หลายช่องทาง เช่น ส่งออกทางจุดผ่านแดนถาวรหนองคายเข้าสู่ สปป.ลาว ผ่านถนนหมายเลข 8 จุดผ่านแดนถาวรนครพนมเข้าสู่ สปป.ลาว ผ่านถนนหมายเลข 12 จุดผ่านแดนถาวรมุกดาหารเข้าสู่ สปป.ลาว ผ่านถนนหมายเลข 9 เข้าสู่เวียดนามเพื่อส่งต่อไปยังจีน

อย่างไรก็ดี กระบวนการนำเข้า-ส่งออกยังมีความยุ่งยากทำให้ไม่สะดวกในการทำการค้า เนื่องจากการนำเข้าสินค้าของสปป.ลาว จะต้องกระทำผ่านหน่วยงานของรัฐที่ใช้ชื่อว่า ลาวขาเข้า-ขาออก (Society Lao Import-Export) และบริษัทเอกชนที่ได้รับอนุญาตจากกระทรวงการค้าให้เป็นผู้นำเข้า-ส่งออกสินค้าตามประเภทหรือหมวดหมู่ที่ได้รับอนุญาตจากรัฐแล้วเท่านั้นและระบบการค้าระหว่างประเทศของ สปป.ลาว ยังไม่เป็นสากลและมีการเปลี่ยนแปลง

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>8</sup> กลุ่มงานการค้าและการลงทุน 4 กองความร่วมมือการค้าและการลงทุน, แนวโน้มการค้าชายแดนไทย - สปป ลาว ไตรมาส 4 ปี ปี 60, สืบค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/bts/show-detail-bts/ArticleId/9863/9863-1>

นโยบายและกฎระเบียบบ่อยครั้งซึ่งกระทบต่อผู้ประกอบการอย่างมาก รวมทั้งการคมนาคมขนส่งใน สปป.ลาว ยังไม่สะดวก เนื่องจากการขนส่งสินค้าทางบกของ สปป.ลาว ใช้ทางรถยนต์เป็นหลักซึ่งเส้นทางยังทุรกันดารและการขนถ่ายสินค้ายังเน้นการใช้แรงงานคนมากกว่าเครื่องจักรทำให้การขนส่ง ขนถ่ายใช้เวลานานและสินค้าได้รับความเสียหายได้ง่าย

## 2.4 การค้าชายแดนระหว่างไทยกับกัมพูชา

การค้าชายแดนระหว่างไทย-กัมพูชามีมูลค่าการค้าชายแดนสูงเป็นอันดับสุดท้าย แต่ประเทศไทยยังคงได้เปรียบดุลการค้าอย่างต่อเนื่องโดยในปี 2560 (ม.ค.-พ.ย.) มีมูลค่าการค้ารวม 113,830.32 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 2.02 เมื่อเทียบกับช่วงเดียวกันของปีก่อนที่มีมูลค่า 111,578.21 ล้านบาท แบ่งเป็นการส่งออกมูลค่า 92,147.65 ล้านบาท ลดลงร้อยละ 1.12(YoY) และการนำเข้ามูลค่า 21,682.67 ล้านบาท เพิ่มขึ้นร้อยละ 17.94(YoY) ไทยได้ดุลการค้า 70,464.98 ล้านบาท สินค้าส่งออกสำคัญ ได้แก่ เครื่องดื่มที่ไม่มีแอลกอฮอล์ ร้อยละ 9.98 รองลงมา ได้แก่ รถจักรยานยนต์และส่วนประกอบ ร้อยละ 5.88 สำหรับสินค้านำเข้าสำคัญ ได้แก่ ผักและของปรุงแต่งจากผัก มากถึงร้อยละ 42.59 รองลงมา ได้แก่ ลวดและสายเคเบิลที่หุ้มฉนวนโดยช่องทางการค้าผ่านแดนที่สำคัญ ได้แก่ จุดผ่านแดนถาวรรัฐประเท (มูลค่าการค้าประมาณร้อยละ 58.62 ของมูลค่าการค้าชายแดนระหว่างไทยและกัมพูชา) รองลงมาคือจุดผ่านแดนถาวรคลองใหญ่ (ร้อยละ 28.74)

### 2.4.1 โอกาสและอุปสรรคทางการค้า

ความร่วมมือเพื่อสร้างเสถียรภาพและรักษาสันติภาพในพื้นที่ตามแนวชายแดนและความร่วมมือระหว่างไทยและกัมพูชาในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเป็นปัจจัยสนับสนุนการขยายตัวของการค้าชายแดน เนื่องจากความร่วมมือเพื่อสร้างเสถียรภาพและรักษาสันติภาพในพื้นที่ตามแนวชายแดนไทย-กัมพูชา ช่วยสนับสนุนให้การค้าชายแดนระหว่างไทยและกัมพูชาเพิ่มสูงขึ้น ในปี 2555 มีการเปิดเดินรถขนส่งระหว่างประเทศจากกรุงเทพฯ ผ่านจุดผ่านแดนถาวรบ้านคลองลึก-ปอยเปต อำเภออรัญประเทศ จังหวัดสระแก้ว ไปยังพนมเปญ นอกจากนี้ การสร้างโรงไฟฟ้าสตึงนัมและโรงไฟฟ้าเกาะกงจะช่วยสนับสนุนการพัฒนาอุตสาหกรรมในพื้นที่ชายฝั่งทะเลตะวันออก อีกทั้งจะสามารถจัดสรรน้ำให้แก่พื้นที่เกษตรอุตสาหกรรมและชุมชนในกัมพูชา และจะมีน้ำเหลือเพียงพอที่จะผันมาใช้ในไทยในบริเวณมาบตาพุด จังหวัดระยอง จังหวัดจันทบุรี และจังหวัดตราดด้วย

อย่างไรก็ดี เส้นทางคมนาคมเชื่อมโยงระหว่างไทยและกัมพูชายังขาดความพร้อมในการขนส่งเนื่องจากถนนจากชายแดนไทยไปยังกรุงพนมเปญมีความชำรุดทรุดโทรมมาก รวมทั้งการเปิดช่องทางการค้าแห่งใหม่ทำได้ยากเนื่องจากแนวเขตพรมแดนยังไม่ชัดเจน โดยเฉพาะจากปัญหาที่กระเบิดที่ยังกอบกู้ไม่แล้วเสร็จและข้อพิพาทเรื่องเขตแดน ซึ่งต้องดำเนินการในระดับรัฐบาลกับรัฐบาล นอกจากนี้ นิคมอุตสาหกรรมเกาะกงซึ่งเปิดดำเนินการเมื่อปลายปี 2555 อาจส่งผลกระทบต่อกรนำเข้าและส่งออกสินค้าชายแดนของไทยด้วย แต่ถึงกระนั้น กัมพูชาก็ยังคงเป็นประเทศที่เหมาะสมสำหรับอุตสาหกรรมสิ่งทอ-เครื่องนุ่งห่มที่มีการใช้แรงงานจำนวนมาก และมีข้อได้เปรียบจากการได้รับสิทธิพิเศษทางภาษีจากประเทศที่พัฒนาแล้ว จึงควรสนับสนุนให้นักลงทุนไทยย้ายฐานการผลิตไปตั้งในกัมพูชา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตั้งโรงงานในพื้นที่บริเวณใกล้ชายแดน ไทยเพื่อให้สามารถป้อนวัตถุดิบและขนส่งสินค้ากลับมาส่งออกผ่านท่าเรือแหลมฉบังได้โดยง่าย<sup>9</sup>

จากสถิติการค้าชายแดนระหว่างประเทศกับมาเลเซีย เมียนมา สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และกัมพูชา จากกรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์แสดงให้เห็นว่าการค้าชายแดนของประเทศไทยมีอัตราการ

<sup>9</sup> วีระวุฒิ สร้อยพลอย, *อนาคตอุตสาหกรรมสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่มของไทยกับการย้ายฐานการผลิตไปกัมพูชา*, สืบค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2560, จาก [www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER2/DRAWER039/.../00000020.PDF](http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER2/DRAWER039/.../00000020.PDF)

เจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง แต่ถึงกระนั้น รายงานสถิติของกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าวเป็นเพียงสถิติหรือข้อมูลเชิงปริมาณเท่านั้น มิได้แสดงถึงภาพรวมของโครงสร้างทางกฎหมายที่ไม่ได้มีลักษณะเดียวกันทุกภูมิภาค ถึงแม้ว่าประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้านทั้ง 4 ประเทศจะอยู่ภายใต้เขตการค้าเสรีอาเซียนที่มีการลดกำแพงภาษีเหมือนกัน หรืออีกนัยหนึ่ง แม้การค้าชายแดนของประเทศไทยจะเติบโตอย่างต่อเนื่องภายใต้กรอบการค้าเสรีอาเซียน แต่ระบบการผ่านแดน การบริหารจัดการชายแดนรวมทั้งของอาเซียน และกฎหมายในของประเทศไทยที่นำไปใช้ในทางปฏิบัติกลับไม่สอดคล้องกัน หากประเทศไทยและอาเซียนร่วมปรับปรุงระบบการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันให้เป็นไปตามความมุ่งหมายของกฎหมายและตามเสาหลักของอาเซียนอย่างจริงจัง ย่อมทำให้การบริหารจัดการชายแดนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และส่งผลให้การค้าชายแดนเติบโตอย่างมั่นคงต่อไป

### 3. ปัญหาและอุปสรรคการค้าชายแดนไทย

การค้าชายแดนเป็นประตูเศรษฐกิจเชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านและเป็นเขตแดนระหว่างประเทศที่มีความอ่อนไหวด้านความมั่นคง ซึ่งการสร้างความมั่นคงของพื้นที่ชายแดนและการค้าชายแดนจะเกิดขึ้นได้จากการพัฒนาศักยภาพด้านเศรษฐกิจ ทว่าการพัฒนาพื้นที่ชายแดนยังคงต้องประสบกับปัญหาและอุปสรรคมากมายไม่ว่าจะเป็นปัญหาการลักลอบขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมาย และปัญหาการปรับใช้กฎหมายในการจัดการชายแดนร่วมกันระหว่างไทยและประเทศภาคีให้สอดคล้องกับความตกลงในระดับอาเซียนและในระดับสากลขององค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ

#### 3.1 ปัญหาการขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมาย

การค้าชายแดนที่ผิดกฎหมาย บางตำราเรียกว่า “วิธีการขนส่งสินค้าที่ไม่ผ่านพิธีการศุลกากร” หรือ “การลักลอบทำการค้า” หรือ “การค้านอกระบบ” ซึ่งไม่ว่าจะเรียกชื่อเป็นประการใดก็ตาม ต่างมีลักษณะที่ร่วมกันคือ มีลักษณะกระทำกันเองไม่ผ่านระบบราชการ หรือเป็นธุรกิจใต้ดิน กระทำการกันเป็นขบวนการใหญ่ มักมีกลุ่มทุนการเมืองและอิทธิพลท้องถิ่นเข้ามาเกี่ยวข้องกับผู้คนจำนวนมาก จนอาจเรียกได้ว่า “หนุนหลัง” การลักลอบขนสินค้าโดยผิดกฎหมาย หรือจำหน่ายสินค้าเถื่อนต่าง ๆ ทั้งทางภาคการเกษตรและด้านอุตสาหกรรม และกลุ่มที่ทำการลักลอบนำสินค้าผิดกฎหมายเข้ามาในไทย เป็นที่รู้จักกันในนาม “กองทัพมด” นอกจากนี้การขนส่งสินค้าข้ามแดนยังมีระบบการจ่ายเงินใต้โต๊ะ ซึ่งเรียกว่า “การเตะเข้าเตะออก” และการขนส่งสินค้าข้ามแดนแบบ “ยัดไส้” โดยมีกระบวนการ “จวนเจียว” เป็นกระบวนการลักลอบรายใหญ่ ซึ่งปัญหาเหล่านี้เกิดจากปัญหาการจัดระเบียบการค้าชายแดนที่ไม่เป็นระบบ มีขั้นตอนการปฏิบัติพิธีการผ่านแดนที่ยุ่งยาก ภาษาที่ใช้ในการค้าชายแดนเป็นคนละภาษากัน เป็นต้น

วิธีการขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมาย ผู้ขนส่งจะใช้หลายวิธีการเพื่อหลบหลีกเจ้าหน้าที่และกฎระเบียบของการค้าข้ามแดน สินค้าที่ไม่ผ่านพิธีการศุลกากร ได้แก่ สินค้าที่เป็นผลผลิตทางการเกษตร สินค้าที่เนาเสียง่าย เช่น ผักผลไม้ เนื้อสัตว์ อาหารทะเล สินค้าที่ห้ามนำเข้าประเทศมาเลเซีย เช่น ข้าวสาร ประทัด เป็นต้น ทั้งนี้ มีรูปแบบการขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมาย ดังต่อไปนี้

##### 3.1.1 การเตะเข้าเตะออก<sup>10</sup>

การ “เตะเข้าเตะออก” เป็นลักษณะของการต่อรองและสะท้อนให้เห็นถึงผลประโยชน์ทับซ้อนกันระหว่างกลุ่มผู้ประกอบการในการขนส่งสินค้าข้ามแดนกับเจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่ควบคุมกฎหมายการค้าข้ามแดน หรือที่เรียกในภาษา

<sup>10</sup> เกิดฉวา บุญปรากร, ผู้ค้าข้ามแดนไทย - มาเลเซีย และพื้นที่ชีวิตในตลาดปาดังเบซาร์, เชียงใหม่: ศูนย์อาเซียนศึกษา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2559, หน้า 255-258.

ชาวบ้านว่า “ระบบการจ่ายเงินใต้โต๊ะ” โดยการเตะเข้าเตะออกสินค้านั้นคำว่า “เตะเข้า” คือ การทุจริตขนส่งสินค้าเข้ามาในประเทศไทย ส่วนคำว่า “เตะออก” คือ การทุจริตขนส่งสินค้าออกไปนอกประเทศไทย โดยนอกจากสินค้าที่ผิดกฎหมายแล้ว บางกรณีเป็นสินค้าที่ถูกกฎหมาย แต่ขอใบอนุญาตยาก เช่น สินค้าเกี่ยวกับการเกษตร จะต้องผ่านการตรวจจากเจ้าหน้าที่ว่าปลอดสารพิษ ซึ่งจะต้องมีใบรับรองจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อนจึงจะนำเข้าและส่งออกได้ หรือสินค้าที่ผิดกฎหมายห้ามนำเข้าและส่งออก ดังนั้น ผู้ประกอบการที่ต้องการขนส่งสินค้าดังกล่าวเข้าออกเพื่อให้สะดวกรวดเร็วโดยไม่ต้องรอใบรับรองที่ยุ่งยากและใช้เวลาจึงใช้วิธีเตะเข้าเตะออก แต่ผู้ประกอบการก็ต้องรับภาระค่าใช้จ่ายทั้งในระบบขนถ่ายสินค้าของรัฐ (ที่ถูกกฎหมาย) และการจ่ายใต้โต๊ะอีกด้วย

### 3.1.2 การยึดใส่<sup>11</sup>

“การยึดใส่” กล่าวคือ การที่ผู้ค้าจะจ้างคนขนส่งสินค้าข้ามแดนไปยังประเทศเพื่อนบ้าน บางครั้งผู้รับจ้างจะใช้วิธีชุกกรรมไปกับสินค้าที่ต้องการเตะออกโดยผู้ประกอบการไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้อง แต่คนขับรถจะรับงานนอกอีกทีหนึ่งโดยรวบรวมมากับสินค้าที่จะเตะออก นอกจากนั้นสินค้าบางประเภท เช่น ประทัด มาเลเซียถือว่าผิดกฎหมายห้ามนำเข้าประเทศ ผู้ประกอบการมองว่ายุ่งยากจึงใช้วิธีเตะเข้าเตะออกรวมไปด้วยโดยวางสินค้าประเภทถูกกฎหมายซ้อนทับข้างบน ส่วนสินค้าที่นำไว้มากลับรถบรรทุกจะเป็นวิธีการที่เรียกว่า การยึดใส่ ซึ่งการยึดใส่สามารถใช้ร่วมกันกับการเตะเข้าเตะออกได้ อย่างไรก็ตาม วิธีการเตะเข้าเตะออกและการยึดใส่แม้จะสามารถผ่านด่านชายแดนของประเทศไทยได้ แต่อาจจะไม่สามารถผ่านด่านของประเทศเพื่อนบ้านได้ แต่ถึงกระนั้น กลุ่มผู้ขนส่งสินค้าก็ยังคงใช้วิธีการดังกล่าวต่อไปโดยอาศัยช่องว่างของการตรวจค้นของเจ้าหน้าที่ทั้งฝั่งไทยและฝั่งประเทศเพื่อนบ้าน บางคราวอาจจะถูกจับบ้างแต่ยังคงคุ้มค่าที่จะเสี่ยงภัย เพราะแม้จะเสียหายไปบ้าง แต่ยังมีสินค้าบางส่วนที่รอดพ้นจากการตรวจสอบจึงยังไม่ขาดทุนมากนัก

### 3.1.3 กองทัพมด

“กองทัพมด” คือ เครือข่ายทางสังคมของผู้คนที่อยู่บริเวณพื้นที่ชายแดนเป็นกลุ่มแรงงานรับจ้างขนส่งสินค้าข้ามแดน โดยกระทำเป็นขบวนการการลักลอบขนส่งสินค้าหนีภาษีของกองทัพมดมักเกาะเกี่ยวกันด้วยผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การรวมตัวเป็นเครือข่ายจึงมีลักษณะเป็นสังคมเคลื่อนที่ซึ่งไม่ยึดติดกับกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งหรือพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง แต่ขึ้นอยู่กับความต้องการด้านแรงงานในการขนส่งสินค้า เหตุที่เรียก “กองทัพมด” เนื่องจากแต่เดิมการขนส่งสินค้าไปขายนั้นแต่ละคนจะขนไปทีละน้อย เช่นเดียวกับมดงานที่ขนอาหาร น้ำตาลที่ละเม็ดเดินตามกันเป็นแถวยาว เพื่อหลีกเลี่ยงการตรวจจับของศุลกากร กองทัพมดเหล่านี้มักพบอยู่เสมอในทุกพื้นที่ชายแดนไทยกับประเทศเพื่อนบ้านเมื่อภาครัฐสนธิกำลังวางมาตรการคุมเข้มสินค้าเข้าไทยบริเวณด่านพรมแดน ทั้งนี้ จุดเริ่มต้นของขบวนการกองทัพมดปรากฏอย่างเด่นชัดที่สุดในการค้าชายแดน ปาดังเบซาร์ไทย-มาเลเซีย ในปี พ.ศ. 2516 เมื่อรัฐบาลไทยและรัฐบาลมาเลเซียได้ร่วมมือกันเปิดตลาดการค้าชาวแดง การเปิดตลาดดังกล่าวทำให้มีการขนส่งสินค้าอันเป็นที่ต้องการจากไทยไปยังมาเลเซีย และสินค้าจากมาเลเซียข้ามมายังไทย การขนส่งสินค้ามีหลากหลายชนิดและมีปริมาณมาก ทำให้ผู้ค้าทั้งสองด่านพรมแดน ต้องจ้างคนขนส่งสินค้านำมาใส่รถบรรทุก เพื่อจะได้ขนส่งไปยังแหล่งตลาดการค้าในจังหวัดใกล้เคียง การขนส่งสินค้ารายได้ค่อนข้างสูง คนใช้เวลาไม่นานก็ได้เงินจำนวนมาก จึงทำให้ผู้คนที่ตั้งบ้านเรือนอยู่ในปาดังเบซาร์ไทย-มาเลเซีย หันมาเป็นแรงงานรับจ้างขนส่งสินค้าข้ามแดนอย่างต่อเนื่อง

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 258-259.



ปัจจุบันขบวนการกองทัมดได้วิวัฒนาการและพัฒนาไปอย่างมากโดยสามารถแบ่งประเภทของกองทัมดจำแนกตามวิธีการในการขนส่งสินค้าได้ 3 ประเภท คือ ประเภทแรกเป็นระดับปัจเจก ประเภทที่สองเป็นระดับกลุ่ม ประเภทที่สามเป็นระดับข้ามชาติ<sup>12</sup> โดยมีรูปแบบวิธีการขนส่ง ดังนี้

ประเภทที่ 1 ระดับปัจเจก กองทัมดกลุ่มนี้จะไม่ขึ้นตรงต่อใครจะรับจ้างขนโดยอิสระเนื่องจากมีอาชีพหลักอยู่แล้ว เมื่อมีผู้ว่าจ้างก็จะใช้รถจักรยานยนต์หรือเดินเท้าเข้าไปแบกขนส่งสินค้าเพื่อส่งมอบให้นายทุนนำขึ้นรถโดยสารประจำทางต่อไปยังตลาดต่าง ๆ กองทัมดระดับปัจเจกชนพบมากในทุกด้านศุลกากรหรือตามแนวชายแดนของไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน เนื่องจากมักมีการขนส่งสินค้าหลบเลี่ยงการตรวจจับของเจ้าหน้าที่เสมอ ๆ โดยส่วนใหญ่มักเป็นการลักลอบขนสินค้าเถื่อนและสินค้าละเมิดลิขสิทธิ์จากฝั่งกัมพูชาลักลอบข้ามตะเข็บชายแดนเข้ามาในประเทศไทย เป็นต้น

ประเภทที่ 2 ระดับกลุ่ม ขบวนการกองทัมดกลุ่มนี้จะมีเครือข่าย โดยมีนายหัวหรือผู้นำกลุ่มเป็นผู้รับงานมาและจะนัดแนะนำคนที่อยู่ในเครือข่ายมาช่วยขนส่งสินค้าข้ามแดนเป็นคราว ๆ โดยผู้ที่ขนส่งสินค้าจะมีงานประจำอยู่แล้ว เช่น ทำสวนยางพารา รับจ้างทำสวน เมื่อมีการว่าจ้างให้ขนส่งสินค้าก็จะเข้ามาทำงานหลังจากเสร็จงานแล้วก็จะกลับไปทำงานประจำ ส่วนผู้นำกลุ่มนั้น มักเป็นบุคคลที่เคยอยู่ในวงการขนส่งสินค้าผิดกฎหมายมาก่อน และมีเครือข่ายหรือเครือข่ายในประเทศเพื่อนบ้าน เมื่อการค้าชายแดนเจริญรุ่งเรืองและขยายตัวเพิ่มมากขึ้นจึงถือโอกาสและช่องทางขยับฐานะจากผู้รับจ้างขนส่งเดิมมาเป็นผู้นำจัดทาสัมครพรรคพวกตั้งเป็นกลุ่ม โดยผสมผสานการขนส่งในหลายรูปแบบมากขึ้น อาทิ ลักลอบขนสินค้าผ่านรั้ว โยนข้ามกำแพง ต่อด้วยรถจักรยานยนต์หรือรถกระบะ เป็นต้น แต่ถึงถือว่าการลงทุนในธุรกิจยังไม่สูงมากนัก

ประเภทที่ 3 ระดับข้ามชาติ เป็นขบวนการที่มีนายทุนอยู่ที่ฝั่งไทยและฝั่งประเทศเพื่อนบ้าน (พบมากในบริเวณชายแดนไทย - มาเลเซีย) โดยมีคนในบังคับเป็นจำนวนมาก และใช้ทุนในการขนส่งสินค้าข้ามแดนสูง มีวิธีการขนส่งสินค้าคือจะใช้รถยนต์ รถกระบะเข้าไปรับสินค้าในมาเลเซีย นำผ่านด่านศุลกากรมาเลเซียและไทยโดยแจ้งชำระอากรปรากระวางต่ำกว่าที่เป็นจริง แล้วนำสินค้าไปส่งที่ตลาดขนาดใหญ่ สินค้าดังกล่าวทั้งนายทุนไทยและนายทุนมาเลเซียติดต่อซื้อขายชำระเงินกันเอง

ขบวนการกองทัมดระดับข้ามชาติอีกลักษณะหนึ่งเรียกว่า “จวนเจียว” เป็นการดำเนินการของนายทุนที่มีเชื้อสายจีน คือนายทุนทั้งในไทยและมาเลเซีย ติดต่อสั่งซื้อซื้อขายสินค้าทางโทรศัพท์ และนายทุนไทยเป็นผู้ว่าจ้าง “จวนเจียว” ให้ดำเนินการตั้งแต่จัดจ้างคนไว้คอยสังเกตการณ์เกี่ยวกับความเคลื่อนไหวของเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากรตลอดเวลาทั้งกลางวันกลางคืน เพื่อที่จะส่งข่าวให้รู้กันในกลุ่มผู้ที่กระทำการลักลอบโดยมีเครื่องมือสื่อสารที่ทันสมัย (โทรศัพท์เคลื่อนที่) ใช้คนขนส่งสินค้าล่อตัว หรือปั่นข้ามกำแพง โดยเจ้าของร้านที่เป็นนายทุนมาเลเซียจะให้สินค้ามาก่อน (โดยผู้ลักลอบยังไม่ต้องจ่ายเงินค่าสินค้า) และขนส่งสินค้าไปส่งให้ยังกำแพงมาเลเซียให้ด้วย ทั้งนี้ นายทุนฝั่งไทยสั่งซื้อสินค้าทางโทรศัพท์ให้การสนับสนุนกลุ่ม “จวนเจียว” ด้วยการจัดหายานพาหนะที่มีความเร็วสูงสามารถขับฝ่าด่านศุลกากร และด่านตำรวจจากด่านพรมแดนไปยังเมืองขนาดใหญ่ได้ นอกจากนี้ นายทุนไทยยังทำประกันชีวิตให้กับผู้ขับรถขนส่งสินค้าลักลอบอีกด้วย

จะเห็นได้ว่า กองทัมดมีพัฒนาการในการขนส่งสินค้าจากเดินเท้าเป็นการใช้รถจักรยานยนต์ รถกระบะ รถบรรทุกทุกหลักรถบรรทุกสิบล้อ รถพ่วงในการขนส่งสินค้าข้ามแดน และขนส่งในระยะทางที่ไกล และมีสินค้าในปริมาณที่มากขึ้น การดำรงอยู่ของ “กองทัมด” สะท้อนให้เห็นว่า บริเวณพื้นที่ชายแดน หรือเส้นกันเขตแดนผู้คนสามารถเดินทางและขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยหลีกเลี่ยงกฎเหล็กของภาครัฐได้ จึงเห็นได้ว่าภาครัฐไม่สามารถควบคุมผู้คน สินค้า ทุนให้อยู่ในเขตแดนและเข้าออกใน

<sup>12</sup> อธิวิวัฒน์ ทิพทัส, “วิธีการแก้ไขปัญหาการค้าชายแดนที่ผิดกฎหมาย ศึกษากรณีกองทัมดในเขตพื้นที่ด่านศุลกากรแห่งหนึ่งทางภาคใต้” ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต (พัฒนาสังคม) คณะพัฒนาสังคม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2548, หน้า 47-54.

ช่องทางที่รัฐต้องการได้ ทำให้เห็นถึงการต่อรองของผู้คนกับกลุ่มเครือข่ายต่าง ๆ ทั้งเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากร เครือข่ายการขนส่ง และนายทุนที่อยู่บริเวณพื้นที่ดังกล่าวได้เป็นอย่างดี ดังนั้น ปัญหาการขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมายก่อให้เกิดผลกระทบต่อการพัฒนาการค้าชายแดนไทย – มาเลเซียอย่างถาวร และกระทบต่อการจัดการพื้นที่ชายแดนร่วมอาเซียนอย่างยิ่ง

### 3.2 ปัญหาการใช้ระบบพิธีการศุลกากรอิเล็กทรอนิกส์ของกรมศุลกากร

แม้รัฐบาลจะพยายามแก้ไขปัญหาการคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากร อันเกิดจากปัญหาการขนส่งสินค้าข้ามแดนโดยผิดกฎหมายทั้งสามรูปแบบดังกล่าวข้างต้น โดยไม่ให้ผู้ประกอบการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากรโดยตรง และเพื่อให้สอดคล้องกับบทกำหนดโทษเกี่ยวกับความผิดฐานลักลอบหนีภาษีศุลกากร อันนำมาซึ่งการนำระบบอิเล็กทรอนิกส์มาใช้เพื่อให้ทางด่านตรวจสอบข้อมูลผ่านคอมพิวเตอร์ในระบบ e-Customs<sup>13</sup> (ซึ่งแต่เดิมคือ ระบบ Electronic Data Interchange หรือ EDI) แต่ในความเป็นจริงแล้วกลับไม่เป็นไปตามที่คาดหวังไว้ เนื่องจากยังมีการเจรจาต่อรองระหว่างเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากรกับผู้ประกอบการที่เขตปลอดปล่อยสินค้าบริเวณพรมแดน นอกจากนี้ การนำระบบ e-Customs มาทดแทนระบบการปฏิบัติพิธีการศุลกากรระบบเดิม คือ ระบบ EDI พบว่าสามารถลดระยะเวลาการปฏิบัติพิธีการศุลกากรระบบเดิมได้ 0-5 นาที หรือเท่ากับลดจำนวนคนปฏิบัติงานด้านพิธีการศุลกากรได้ 1 คน เท่านั้น ซึ่งไม่เป็นไปตามความคาดหวังของหน่วยงาน โดยขั้นตอนที่ไม่สามารถลดระยะเวลาและลดจำนวนคนได้ คือ ขั้นตอนการตรวจปล่อยของ และขั้นตอนการส่งมอบของ

ทั้งนี้ สาเหตุของปัญหาขั้นตอนการปฏิบัติพิธีการดังกล่าวมาจากการไม่สามารถส่งข้อมูลได้ เนื่องจากในบางครั้งกระแสไฟฟ้าขัดข้อง และในบางช่วงเวลาหากมีผู้ส่งข้อมูลเข้าระบบของกรมศุลกากรมากจะทำให้การส่งข้อมูลช้า และ error อยู่เสมอ ทำให้ต้องใช้เวลาในการส่งข้อมูล หรือทำให้การปฏิบัติพิธีการศุลกากรในขั้นตอนอื่น ๆ ล่าช้าไปด้วย และการตรวจปล่อยของผ่านเครื่องเอ็กซเรย์ ถึงแม้ว่าจะทำให้ลดค่าใช้จ่ายในการขนย้ายตู้สินค้าก็ตาม แต่ก็ทำให้เกิดความล่าช้าในการตรวจปล่อยสินค้าในกรณีที่สินค้านั้นติดเงื่อนไขโปรไฟล์ (profile) ต้องผ่านการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ก่อนการส่งมอบของ และการให้บริการของหน่วยงานอื่น ซึ่งเป็นปัจจัยภายนอกที่กรมศุลกากรไม่สามารถควบคุมได้ ด้วยปัญหาดังกล่าวข้างต้นจึงทำให้ไม่สามารถลดระยะเวลา และจำนวนคนในการปฏิบัติพิธีการศุลกากร และแก้ไขปัญหาการคอร์รัปชันได้<sup>14</sup>

### 3.3 ปัญหาทางกฎหมายในการจัดการพื้นที่ชายแดน

#### 3.3.1 ปัญหาด้านข้อจำกัดของนิยาม คำว่า “การผ่านแดน”

แม้จะบัญญัติแก้ไขนิยาม “การผ่านแดน” ให้ชัดเจนขึ้นในมาตรา 4 และหมวด 4 การผ่านแดน การถ่ายลำ และของตกค้าง แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 แต่ก็ยังไม่ครอบคลุมระบบผ่านแดนศุลกากรอาเซียนทั้งระบบซึ่งวิธีการขนส่งผ่านแดนครอบคลุมทั้งทางบก ทางน้ำ ทางอากาศ อีกทั้ง ระบบศุลกากรผ่านแดนสากลได้บัญญัติหลักการกฎระเบียบพิธีการผ่านแดนศุลกากรไว้เป็นการเฉพาะ ทั้งเรื่องความหมาย ศุลกากรต้นทาง ศุลกากรปลายทาง ตัวการผู้ประกอบการผ่านแดนซึ่งต้องมาจดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการผ่านแดนกับกรมศุลกากรที่แบ่งออกเป็น 3 ระดับ คือ ผู้ค้าประกัน องค์กรค้าประกัน หลักประกัน วิธีการค้าประกัน ความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันในพื้นที่ศุลกากร ฯลฯ ซึ่งเป็น

<sup>13</sup> ปัจจุบัน เปลี่ยนชื่อเรียกระบบการให้บริการพิธีการศุลกากรทางอิเล็กทรอนิกส์ จาก “E-customs” ไปเป็น “TCES” : Thai Customs Electronics System (อ่านว่า ที-เอส) เพื่อความเป็นสากล สอดคล้องกับนานาชาติประเทศ

<sup>14</sup> ราฟิณห์ กำแพงทิพย์. การศึกษาปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการใช้บริการ e-Customs สำหรับการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร ค้นคว้าอิสระ หลักสูตรการจัดการมหาบัณฑิต กลุ่มวิชาการจัดการห่วงโซ่อุปทาน บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2552, หน้า 83.

สาระสำคัญของศุลกากรผ่านแดนอาเซียน (ASEAN Customs Transit System: ACTS) ตามพิธีสาร 7<sup>15</sup> ภายใต้วามตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit: AFAGIT)<sup>16</sup> และอนุสัญญาเกียวโต หรือมีชื่ออย่างเป็นทางการว่า International Convention on the Simplification and Harmonization of Customs Procedures Revise Kyoto ประสงค์ให้ระบบศุลกากรผ่านแดนอยู่ภายใต้การควบคุมของกรมศุลกากรเพียงหน่วยงานเดียว หรือเป็นระบบ single window โดยมีเจตนารมณ์สำคัญเพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดนและการขนส่งผ่านแดน ตลอดจนบริหารจัดการชายแดนร่วมกันผ่านการแลกเปลี่ยนข้อมูล ข่าวกรองและผลการตรวจสอบระหว่างกระทรวงและหน่วยงานอื่น ๆ ขณะที่ประเทศไทยกฎหมายว่าด้วยพิธีการผ่านแดนซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน มีได้บัญญัติเรื่องพิธีการผ่านแดนไว้ในพระราชบัญญัติศุลกากรเพียงฉบับเดียว หากแต่ปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่นๆ ด้วย ดังนั้น การปฏิบัติพิธีการศุลกากรผ่านแดนจึงมิได้อยู่ภายใต้การควบคุมศุลกากรแต่เพียงหน่วยงานเดียว จึงทำให้กฎหมายผ่านแดนไม่สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศและไม่เป็นเอกเทศ

### 3.3.2 ปัญหาการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน

#### (1) การบริหารจัดการชายแดนร่วมกันระดับภายในกรมศุลกากร

การบริหารจัดการชายแดนถือเป็นความร่วมมือประสานงานทุกระดับภายในกรมศุลกากร โดยเน้นระบบสื่อสารการเชื่อมโยง แลกเปลี่ยนข้อมูลสารสนเทศภายในหน่วยงาน แต่ปัญหาคือ กรมศุลกากรยังขาดบุคลากรผู้เชี่ยวชาญหลักกฎหมายที่เป็นสาระสำคัญด้านเอื้ออำนวยความสะดวกในการดำเนินการพิธีการผ่านแดน และการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพตามหลักการและแนวทางขององค์การศุลกากรโลก จึงจำเป็นต้องศึกษาสารัตถะ รายละเอียดในหลักวิชาการเหล่านี้ ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญจากองค์กรต้นแบบ เช่น สหภาพยุโรป เพื่อบูรณาการกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับความตกลงระหว่างประเทศอย่างถูกต้องครบถ้วน อย่างไรก็ตาม กระทรวงคมนาคมซึ่งหน่วยงานหลักในการดำเนินการข้ามแดน มีผู้เชี่ยวชาญจำนวนหนึ่งในการปฏิบัติงานข้ามแดนอย่างต่อเนื่องได้บูรณาการอำนาจการใช้กฎหมายข้ามแดนด้วยการอนุวัติพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน.

<sup>15</sup> พิธีสาร 7 ระบบศุลกากรผ่านแดน

ข้อ 1 (a) “พิธีการศุลกากรผ่านแดนอาเซียน” คือ การประสานกฎระเบียบ พิธีการศุลกากร ของบรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนให้เรียบง่ายและมีความสอดคล้องกัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายสินค้าข้ามอาณาเขตของประเทศภาคีหนึ่งหรือหลายประเทศผ่านดินแดนหนึ่ง หรือหลายดินแดนดังกล่าวภายในภูมิภาคอาเซียน ทั้งนี้กระบวนการเคลื่อนย้ายสินค้าจะต้องถูกดำเนินการภายใต้ พิธีการควบคุมทางศุลกากร

อ้างอิงใน อรอนงค์ นิธจิตรัตน์. ระบบศุลกากรผ่านแดนอาเซียน (ASEAN Customs Transit System: ACTS) ตามพิธีสาร 7 ภายใต้วามตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit: AFAGIT), สืบค้นวันที่ 1 มกราคม 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/607017>

<sup>16</sup> ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน

ข้อ 3 “การขนส่งผ่านแดน” หมายถึง การผ่านแดนของสินค้าและพาหนะในการขนส่งสินค้าข้ามดินแดนของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งหรือมากกว่านั้น โดยการผ่านดินแดนหนึ่ง หรือหลายดินแดนดังกล่าว ไม่ว่าโดยมีการถ่ายลำ (with or without transshipment) การเก็บของในคลังสินค้า (warehousing) การนำสินค้าขึ้นจากเรือ (breaking bulk) หรือเปลี่ยนรูปแบบการขนส่ง (change in the mode of transport) หรือไม่ก็ตาม ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการเดินทางทั้งหมด (only a portion of a complete journey) ซึ่งเริ่มต้นและสิ้นสุดนอกเหนือพรมแดนของภาคีสัญญาที่มีการผ่านแดนนั้น.

อ้างอิงใน อรอนงค์ นิธจิตรัตน์. ระบบศุลกากรผ่านแดนอาเซียน (ASEAN Customs Transit System: ACTS) ตามพิธีสาร 7 ภายใต้วามตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit: AFAGIT)

พ.ศ. 2556 รองรับกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน และกรมเจ้าท่าได้บูรณาการพระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งต่อเนื่องหลายรูปแบบ พ.ศ. 2548 รองรับกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการขนส่งหลายรูปแบบ คงขาดแต่กรมศุลกากรเพียงหน่วยงานเดียวที่ยังไม่ได้บูรณาการอำนาจการบังคับใช้กฎหมายผ่านแดนด้วยการอนุวัติกฎหมายเฉพาะรองรับกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน ทั้งนี้ แม้จะมีพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 แต่ยังคงอยู่ในช่วงดำเนินการในกระบวนการทางกฎหมายและบุคลากรที่เปลี่ยนแปลงบทบาทหน้าที่ ยังไม่สามารถบูรณาการกฎหมายผ่านแดนในระยะแรกนี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

## (2) การบังคับใช้กฎหมาย

กรอบความร่วมมือที่สำคัญในการจัดการผ่านแดนอันดับแรก คือ ความตกลงว่าด้วยการอำนวยความสะดวกทางการค้าขององค์การการค้าโลก (WTO Trade Facilitation Agreement หรือ TFA) ซึ่งได้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2560<sup>17</sup> TFA มีบทบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับเสรีภาพในการผ่านแดนและเสริมหลักการเสรีภาพในการผ่านแดนตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา V ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยศุลกากรและค่า (GATT)<sup>18</sup> สำหรับประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายใหม่หนึ่งในจำนวน 5 ฉบับของกฎหมายที่กระทรวงคมนาคมได้ร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดทำร่างขึ้น โดยได้ดำเนินการแล้วเสร็จและประกาศใช้ในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2556 เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการอนุวัติให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการขนส่งข้ามพรมแดนในอนุภูมิภาคกลุ่มแม่น้ำโขง (Cross Border Transport Agreement: CBTA) รวมถึงความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นที่อาจจัดทำขึ้นในอนาคต และเพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาเกียวโตขององค์การศุลกากรโลก (WCO) เมื่อพิจารณาจากหลักการของพระราชบัญญัติฯ นี้แล้ว กระทรวงคมนาคมผู้เสนอ<sup>19</sup> มุ่งหมายที่จะกำหนดพื้นที่ที่ควบคุมร่วมกันสำหรับการดำเนินการพิธีการร่วมกันอย่างเบ็ดเสร็จ ณ จุดเดียวของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทยและเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลประเทศภาคีตามความตกลงระหว่างประเทศ โดยให้ถือว่าการดำเนินการพิธีการของเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลไทยในพื้นที่ควบคุมร่วมกันเป็นการดำเนินการในราชอาณาจักร ตลอดจนการกำหนดหลักเกณฑ์การดำเนินการในกรณีที่ตรวจพบการฝ่าฝืนกฎหมายในพื้นที่ควบคุมร่วมกันซึ่งตั้งอยู่ทั้งในและนอกราชอาณาจักร การกำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและรัฐมนตรีผู้รักษาการ

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตราพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการขนส่งข้ามพรมแดนฉบับแรก ทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนแน่นอน แต่ทว่าการบังคับใช้ในทางปฏิบัติกลับไม่ก่อให้เกิดประสิทธิภาพและตรงตามความมุ่งหมายของกฎหมายเท่าที่ควร เนื่องจากระบบการบริหารจัดการชายแดนร่วมยังไม่มีประสิทธิภาพ คงมีเพียงแนวทางในการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันของศุลกากร ใน 5 ด้านศุลกากร กล่าวคือ ด้านศุลกากรอรัญประเทศ ด้านศุลกากรมุกดาหาร ด้านศุลกากรเชียงของ ด้านศุลกากรแม่สอด และด้านศุลกากรสะเดา เท่านั้น<sup>20</sup> และยังคงมีปัญหาเรื่องการตีความในข้อ

<sup>17</sup> TFA ถือกำเนิดขึ้นระหว่างการประชุมระดับรัฐมนตรีครั้งที่ 9 ณ บาห์ลี ประเทศอินโดนีเซีย ระหว่างวันที่ ๓-๗ ธันวาคม ๒๕๕๖ ปัจจุบัน (ณ วันที่ 9 สิงหาคม 2560) มีสมาชิก WTO จำนวน 121 ราย

<sup>18</sup> GATT มาตรา V บัญญัติไว้ว่า “ต้องมีเสรีภาพในการผ่านแดน ผ่านดินแดนของประเทศภาคี โดยผ่านเส้นทางที่สะดวกที่สุดต่อการผ่านแดนระหว่างประเทศ สำหรับการสัญจรไปยังหรือจากดินแดนของประเทศภาคีอื่น”

<sup>19</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 525/2552

<sup>20</sup> กรมศุลกากร. รายงานผลการศึกษารับรองการจัดการชายแดนร่วมกัน (coordinated border management: CMB) กันยายน 2557, นนทบุรี: กรมศุลกากร, 2557, หน้า 62.

กฎหมายที่ยังแตกต่างกันอยู่ระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ทำให้เกิดความเข้าใจไม่ตรงกัน และกรมศุลกากรยังไม่มีกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่กำหนดวิธีการในการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันอย่างชัดเจน

จะเห็นได้ว่า ปัญหาการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันทั้งการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันระดับภายในกรมศุลกากร ตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายของกรมศุลกากรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องยังคงต้องได้รับการพัฒนาให้ทัดเทียมกับหลักสากลของศุลกากรโลก โดยต้องศึกษารูปแบบตัวอย่างการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันที่มีประสิทธิภาพ อาทิ ความร่วมมือของสวิสเซอร์แลนด์และฝรั่งเศส ซึ่งมีการดำเนินการอย่างเป็นระบบและก้าวหน้ากว่าประเทศอื่น ๆ

#### 4. มาตรการทางกฎหมายในการพัฒนาการค้าชายแดนภายใต้นโยบายไทยแลนด์ 4.0

ภายใต้นโยบายไทยแลนด์ 4.0 รัฐบาลกำหนดวิสัยทัศน์เชิงนโยบายที่จะเปลี่ยนเศรษฐกิจแบบเดิมไปสู่เศรษฐกิจที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม เพื่อให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากกับดักประเทศรายได้ปานกลาง ด้วยการสร้างความมั่นคงผ่านกลไกขับเคลื่อน เศรษฐกิจด้วยนวัตกรรม ปัญญา เทคโนโลยี และความคิดสร้างสรรค์ หรือที่เรียกว่า Competitive Growth Engines พื้นที่ชายแดนจึงถือเป็นประตูเศรษฐกิจหนึ่งที่เชื่อมโยงกับประเทศเพื่อนบ้านและเป็นเขตแดนระหว่างประเทศที่มีความอ่อนไหวด้านความมั่นคง และการสร้างความมั่นคงของพื้นที่ชายแดนและพัฒนาการค้าชายแดนจะเกิดขึ้นได้จากการพัฒนาศักยภาพด้านเศรษฐกิจ พัฒนาระบบการผ่านแดนซึ่งเป็นด่านแรกของการทำการค้าชายแดนรวมทั้งระบบงานด้านศุลกากร การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการชายแดนภายในประเทศและร่วมกันระหว่างประเทศเพื่อนบ้าน หรือประเทศเพื่อนบ้านคู่

ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลจึงพยายามแก้ไขปัญหาคอรัปชันของเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากร อันนำมาซึ่งปัญหาการขนส่งสินค้าผิดกฎหมายในการค้าชายแดนของประเทศไทย อีกทั้งการค้าและการขนส่งสินค้าระหว่างประเทศได้พัฒนาและขยายตัวมากขึ้น จึงมีการร่างกฎหมายเสียใหม่จนสำเร็จเป็นพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ซึ่งมีบทกำหนดอย่างเข้มงวดต่อการกระทำความผิดเกี่ยวกับการนำเข้ามาในหรือส่งออกนอกราชอาณาจักรซึ่งของที่ยังมิได้ผ่านพิธีการศุลกากร หรือเคลื่อนย้ายของออกไปจากยานพาหนะโดยไม่ได้รับอนุญาตจากพนักงานศุลกากร นอกจากนี้ด้วยบทกฎหมายแล้ว อีกทางหนึ่งซึ่งกรมศุลกากรใช้ในการแก้ไขปัญหาคอรัปชันของเจ้าหน้าที่ด่านศุลกากรพบปะกับผู้ประกอบการ หรือผู้ขนส่งโดยตรง ลดการใช้อิเล็กทรอนิกส์ เข้ามาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เจ้าหน้าที่ด่านศุลกากรพบปะกับผู้ประกอบการ หรือผู้ขนส่งโดยตรง ลดการใช้เอกสาร (Paperless) และให้ดำเนินพิธีการศุลกากรทางระบบอิเล็กทรอนิกส์แทน อันจะกล่าวโดยรายละเอียด ดังนี้

#### 5. ความรับผิดชอบของธุรกิจต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในมุมมองของสิทธิมนุษยชน

แนวคิดในการให้ภาคธุรกิจมีส่วนร่วมในการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศนั้นเมื่อพิจารณากรอบของกฎหมายการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศแม้จะไม่ได้เป็นพันธกรณีที่ผูกพันภาคธุรกิจโดยตรง แต่ภายใต้กลไกการลดก๊าซเรือนกระจก เช่น JI, CDM, ET หรือ REDD+ นั้น เป็นกลไกเพื่อธุรกิจในการดำเนินโครงการที่ลดก๊าซเรือนกระจกโดยรัฐเป็นผู้ควบคุมดูแลผ่านนโยบายและกฎระเบียบของรัฐ แต่อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแต่มิติของการลดก๊าซเรือนกระจกเพียงอย่างเดียวอาจก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนอื่นตามมาซึ่งธุรกิจควรคำนึงถึงมิติด้านสิทธิมนุษยชนควบคู่ด้วยมิเช่นนั้นอาจถูกฟ้องคดีได้

## 5.1 ระบบผ่านแดนในการแก้ไขปัญหาการขนส่งสินค้าผิดกฎหมายในการค้าชายแดนของประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหาการใช้ระบบ e-Customs ของกรมศุลกากรในการค้าชายแดน จะเห็นได้ว่ายังคงมีปัญหา ด้านความพร้อมของเครื่องมือ และการใช้งานที่ไม่สามารถทดแทนบุคลากรของกรมศุลกากรได้จริงสมความมุ่งหมายเพื่อ ป้องกันการกระทำผิดหรือคอร์รัปชันของเจ้าหน้าที่และเพิ่มความรวดเร็วในการทำงาน เมื่อประเทศไทยจะเข้าสู่ยุค 4.0 การ พัฒนาระบบการผ่านแดนในการค้าชายแดนและการค้าระหว่างประเทศ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การนำเทคโนโลยีและ นวัตกรรมที่ทันสมัยยิ่งกว่ามาพัฒนาระบบการผ่านแดนให้มีประสิทธิภาพถือเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่ง ในบทความนี้จึงจะ นำเสนอระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการจัดการการผ่านแดนของสหภาพยุโรป หรือที่เรียกว่า ระบบ New Computerised Transit System (NCTS) ซึ่งเป็นระบบผ่านแดนที่ประสบความสำเร็จระบบหนึ่งของโลกในการจัดการการผ่านแดนร่วม การผ่านแดนภายในสหภาพ และการผ่านแดนภายใต้สนธิสัญญาที่โออาร์ อีกทั้งระบบ NCTS ได้รับการยอมรับจากองค์การ ศุลกากรโลกในฐานะกรณีศึกษาที่ดีตัวอย่างหนึ่งและได้บรรจุไว้ใน Transit Handbook ขององค์การศุลกากรโลกอีกด้วย

ในอดีต ระบบ NCTS เป็นระบบอิเล็กทรอนิกส์ที่นำมาทดแทนการใช้เอกสารกระดาษในระบบเก่าในการสื่อสาร ระหว่างผู้ประกอบการและศุลกากร และระหว่างศุลกากรด้วยกันทั่วทั้งประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปและภาคีอนุสัญญา การผ่านแดนร่วม (Common Transit Convention) ทั้งนี้ การใช้เอกสารที่เป็นกระดาษยังคงกระทำได้แต่เฉพาะกรณี ที่ใบขนสินค้าผ่านแดนไม่สามารถส่งเข้าระบบอิเล็กทรอนิกส์ได้ หรือในกรณีที่ผู้เดินทางนำสินค้าเข้ามาเกินกว่าข้อกำหนดใน การได้รับการยกเว้นภาษี ในขณะที่ ระบบ e-Customs ของประเทศไทยและระบบอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียนจะใช้ กระดาษทดแทนได้ต่อเมื่อมีเหตุขัดข้องทางคอมพิวเตอร์ ซึ่งทำให้อนุมานได้ว่าระบบ e-Customs ของประเทศไทยและ ระบบอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียนยังคงมีปัญหาเรื่องคอมพิวเตอร์ ระบบอินเทอร์เน็ต และการ error ของระบบเสมอ

ขั้นตอนการใช้งาน NCTS ผู้ประกอบการต้องลงทะเบียนเป็น Economic Operator เพื่อขอรับหมายเลข EORI จากนั้น นำหมายเลข EORI มากรอกในใบขนสินค้าในระบบ NCTS เมื่อระบบได้รับใบขนสินค้าแล้ว ระบบจะส่งข้อความ อิเล็กทรอนิกส์ไปยังสำนักงานศุลกากรต้นทาง (customs office of departure) และหากได้รับอนุมัติ ผู้ประกอบการจะ ได้รับหมายเลขอ้างอิง จากนั้นสำนักงานศุลกากรต้นทางจะส่งข้อความกำหนดการมาถึงของสินค้า (Anticipated Arrival Record message) ไปยังสำนักงานศุลกากรปลายทาง (customs office of destination) ทั้งนี้ สินค้าที่เคลื่อนย้าย ภายใต้อิทธิพลผ่านแดนต้องมีเอกสารประกอบการผ่านแดน (Transit Accompanying Document: TAD) กำกับเพื่อ แสดงต่อปลายทาง รวมทั้งใช้แสดงในกรณีที่การขนส่งสินค้าเปลี่ยนแปลงเส้นทางหรือเกิดอุบัติเหตุขณะขนส่งผ่านแดน ทั้งนี้ ระบบจะเป็นผู้รับรอง TAD จึงไม่ต้องให้ศุลกากรประทับตราอีก เมื่อสินค้าไปถึงที่ปลายทางแล้วต้องแสดง TAD ต่อ ศุลกากรปลายทางซึ่งจะแจ้งไปยังระบบ NCTS ในลำดับถัดไปว่าสินค้ามาถึงแล้ว<sup>21</sup> โดยผู้ประกอบการสามารถเปิด เอกสารการผ่านแดนและแสดง TAD ได้จากจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-mail โดยตรงจึงไม่ต้องรอเอกสารเป็น กระดาษคืนจากกรมศุลกากรเพื่อใช้ประกอบการผ่านแดน

ข้อดีของระบบ NCTS เมื่อเทียบกับระบบ e-Customs ของประเทศไทย จำแนกได้ ดังต่อไปนี้

(1) ใช้เวลาในการรอศุลกากรน้อยลง เนื่องจากจะมีการส่งข้อความอิเล็กทรอนิกส์ไปยังสำนักงานศุลกากรต้น ทาง และมีความยืดหยุ่นในการสำแดงสินค้า

<sup>21</sup> สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์. “สหภาพยุโรปกับระบบคอมพิวเตอร์ในการจัดการการ ผ่านแดน”, Customs news : Customs Policy Monitoring Unit, ปีที่ 2 ฉบับที่ 8 ประจำเดือนสิงหาคม 2560, หน้า 11-14.

(2) ยกเลิกขั้นตอนการขนส่งยุ่งยากหลายขั้นตอน สะดวกและรวดเร็วมากขึ้น เนื่องจากระบบ NCTS มีการใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์ส่งเอกสารไปยังผู้ประกอบการทางจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ หรือ E-mail โดยตรง แทนการส่งคืนเอกสารประกอบการผ่านแดน ในขณะที่ระบบ e-Customs ของประเทศไทยนั้นยังคงต้องมีการคืนเอกสารกระดาษเพื่อใช้ในการผ่านแดนอยู่และศุลกากรต้องประทับตราผ่านแดนอีกครั้ง เนื่องจากเจ้าหน้าที่ทั้งของประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านยังคงเคยชินกับการใช้เอกสารกระดาษมากกว่าการใช้คอมพิวเตอร์

(3) ระบบ NCTS มีความชัดเจนในการดำเนินการขนส่งเพื่อประโยชน์ในการค้า เนื่องจากกรมศุลกากรได้รับเอกสาร และอนุมัติการขนส่งสินค้าก่อนสินค้ามาถึงด่านศุลกากร ทำให้ไม่เสียเวลาการตัดสินใจอีก

(4) ระบบ NCTS ทำให้การสื่อสารและประสานงานระหว่างศุลกากรที่เกี่ยวข้องมีประสิทธิภาพมากขึ้น เนื่องจากกระบวนการที่ซับซ้อนถูกยกเลิก และให้ดำเนินการเพียงครั้งเดียว

(5) ระบบ NCTS ถูกดำเนินการโดยกรมศุลกากรโดยตรง เพื่อช่วยลดการกระทำโดยมิชอบของเจ้าหน้าที่ที่ด่านศุลกากรและด่านผ่านแดน ตลอดจนป้องกันการรับสินบน หรือการคอร์รัปชันระหว่างกระบวนการ

ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์ปัญหาของระบบ E-Customs ของกรมศุลกากรเปรียบเทียบกับระบบ NCTS ของสหภาพยุโรปแล้ว กรมศุลกากรไทยจำเป็นต้องพัฒนาระบบการสื่อสาร ไม่ว่าจะเป็นระบบคอมพิวเตอร์ ระบบอินเทอร์เน็ต ระบบไฟฟ้าโดยเฉพาะในพื้นที่ชายแดนที่มีก่อกวนด้านสภาพอากาศ และรองรับการแก้ไขปัญหาที่ไม่สามารถควบคุมได้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาที่ระบบยังคงใช้เวลานานเมื่อเทียบกับประเทศผ่านแดนอื่น ๆ หรือจำนวนเอกสารที่ต้องใช้ยังคงมีจำนวนเท่าเดิม และมีการตรวจสินค้าเพิ่มขึ้น ซึ่งปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งอาจมาจากการขาดการประสานงานระหว่างหน่วยงานที่ชายแดนภายในประเทศและร่วมกับประเทศเพื่อนบ้านที่ไม่มีประสิทธิภาพ ความผิดพลาดของผู้ประกอบการขนส่งในการจัดเตรียมเอกสารให้พร้อม การขาดความรู้เกี่ยวกับกฎระเบียบการผ่านแดนของบุคลากรของกรมศุลกากร และการไม่นำความตกลง/อนุสัญญาไปใช้ในทางปฏิบัติ ฉะนั้น นอกจากการพัฒนา ระบบ กฎเกณฑ์ กฎหมาย บุคลากร แล้ว สิ่งที่เป็นอย่างยิ่งคือ การพัฒนาสาธารณูปโภค ระบบอินเทอร์เน็ต และระบบไฟฟ้า

## 5.2 ข้อสังเกตบางประการเพื่อพัฒนาพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 ภายใต้นโยบายไทยแลนด์ 4.0

**ประการแรก** พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 มาตรา 13 ปรากฏรัฐมนตรีผู้รักษาการหลายกระทรวง ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งล้วนเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการชายแดนร่วมกันตามอำนาจหน้าที่ของตนเอง แต่ในทางปฏิบัติแต่ละหน่วยงานแทบไม่มีบทบาทในด้านความร่วมมืออย่างเป็นระบบ คงมีลักษณะของการแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าที่เกิดขึ้นและเกี่ยวข้องกับการสั่งการ หรือภายใต้อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น ๆ เท่านั้น เช่น หากมีการปนเปื้อนของสินค้าหรือเกิดโรคระบาดในสินค้าหรือสิ่งของที่ทำการขนส่งผ่านบริเวณพื้นที่ควบคุมร่วมกัน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขก็มีอำนาจสั่งการเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยไม่มีความร่วมมือกันอย่างแท้จริงกับกระทรวงอื่น ๆ อย่างไรก็ตาม แม้การมีรัฐมนตรีผู้รักษาการหลายกระทรวงดังเช่นของประเทศไทย จะไม่เกิดความขัดแย้งกันในการปฏิบัติหน้าที่ แต่การดำเนินการเพื่อให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวจะไม่เป็นเอกภาพ ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทั้งไม่ก่อให้เกิดความร่วมมือที่แท้จริงในการทำงาน จำเป็นอย่างยิ่งที่หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ต้องหันหน้าทบทวนหลักเกณฑ์เรื่องนี้มากขึ้นโดยดูตัวอย่างจากต่างประเทศ เช่น จากการศึกษาเปรียบเทียบการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันตามหลักสากลพบว่า หน่วยงานในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน

อาจขึ้นอยู่กับหน่วยงานรัฐเพียงไม่กี่หน่วยงานหรือหลายหน่วยงาน เช่น ภายในรัฐสมาชิกของศุลกากรโลกพบว่า ร้อยละ 50 อยู่ภายใต้กระทรวงการคลัง รองลงมาร้อยละ 25 เป็นหน่วยงานอิสระซึ่งไม่ได้สังกัดกระทรวงใด แต่อาจต้องรายงานต่อหน่วยงานที่อยู่สูงกว่า เช่น ในรัสเซีย The Federal Customs Service of the Russian Federation เป็นองค์กรอิสระระดับสหพันธรัฐของฝ่ายบริหาร ขึ้นตรงต่อรัฐบาลสหพันธรัฐ ในทำนองเดียวกันศุลกากรจีนเป็นหน่วยงานอิสระ ขึ้นตรงต่อสภาแห่งรัฐ (State Council) ซึ่งเป็นองค์กรบริหารสูงสุดของประเทศ ส่วนบางประเทศเลือกที่จะรวบรวมหน่วยงานที่ชายแดนหลายหน่วยงานเข้ามาอยู่รวมกันในหน่วยงานเดียวเพื่อจัดการด้านความมั่นคงปลอดภัยที่ชายแดน โดยเฉพาะการจัดการภัยก่อการร้าย เช่น ในสหรัฐอเมริกา นอกจากการรวบรวมหลายหน่วยงานให้อยู่ภายใต้องค์กรเดียวแล้ว บางประเทศได้ก้าวไปสู่รูปแบบที่ซับซ้อนยิ่งขึ้นโดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่ด้านนโยบายและองค์กรที่ทำหน้าที่ระดับปฏิบัติการ เช่น ในสหราชอาณาจักร ในปี 2550 รัฐบาลได้จัดตั้ง UK Border Agency (UKBA) โดยรวบรวมเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติงานเกี่ยวกับศุลกากรและที่ชายแดนการตรวจคนเข้าเมือง และการออกวีซ่าทำงานในต่างประเทศไว้ในองค์กร เพื่อเพิ่มความมั่นคงปลอดภัยแก่ชายแดนประเทศและควบคุมการเคลื่อนย้ายบุคคล<sup>22</sup>

**ประการที่สอง** พระราชพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 เป็นกฎหมายกลางในการอนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการขนส่งข้ามพรมแดนในอนุภูมิภาคุ่มแม่น้ำโขงและความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นที่อาจจัดทำขึ้นในอนาคต โดยมีความมุ่งหมายเพียงกำหนดพื้นที่ควบคุมร่วมกันสำหรับการดำเนินพิธีการร่วมกันเท่านั้น แต่เมื่อศึกษาเปรียบเทียบการจัดการชายแดนร่วมกันตามหลักสากลขององค์กรศุลกากรโลก การจัดการชายแดนร่วม คือการปฏิบัติงานที่ชายแดนเกี่ยวข้องกับภารกิจหลายด้านโดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะงานด้านการกำหนดพื้นที่ควบคุมร่วมกันสำหรับการดำเนินการพิธีการศุลกากรเท่านั้น แต่รวมถึงการตรวจคนเข้าเมือง การบังคับใช้กฎหมายเกษตร การกักกัน การควบคุมคุณภาพ และการรักษาความมั่นคงปลอดภัย รวมทั้งการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องด้วย เช่น การจัดเก็บภาษี การปราบปรามการค้าและการเข้าเมืองผิดกฎหมาย การกักกันศัตรูพืช เป็นต้น

**ประการที่สาม** พระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 มิได้มีบทบัญญัติอันเปิดช่องว่างให้มีการบูรณาการภารกิจอื่น ๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อการค้าชายแดนและการค้าผ่านแดนแต่ประการใด ในขณะที่จากการศึกษาเปรียบเทียบหลักการสากล พบตัวอย่างการจัดการชายแดนร่วมของต่างประเทศที่มีการบูรณาการภารกิจอื่น ๆ เช่น ด้านข้ามแดนเบ็ดเสร็จ ณ จุดเดียวในประเทศนำเข้าระหว่างสวิสเซอร์แลนด์และฝรั่งเศส<sup>23</sup> ถูกจัดตั้งตามอนุสัญญาทวิภาคีในปี 2503 โดยอนุสัญญามาตรา 1 มอบอำนาจให้เจ้าหน้าที่ศุลกากรสวิสปฏิบัติหน้าที่ในดินแดนฝรั่งเศสได้ และเจ้าหน้าที่ฝรั่งเศสสามารถปฏิบัติหน้าที่ในดินแดนสวิสได้เช่นกัน นอกจากนี้ ได้มีการจัดตั้งสำนักงานร่วมกันที่ชายแดนโดยอาศัยหนังสือทางการทูต (diplomatic note) ตามมาตราดังกล่าวในปี 2539 โดยมีทั้งสำนักงานศุลกากรฝรั่งเศสและสวิสอยู่ติดกันในดินแดนของสวิสเซอร์แลนด์ ทั้งนี้ การเคลื่อนย้ายสินค้าจะผ่านพิธีการที่สำนักงานของประเทศขาเข้า เช่น คนขับรถบรรทุกสินค้าจากฝรั่งเศสจะยื่นใบขนสินค้าส่งออกและเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อสำนักงานศุลกากรฝรั่งเศสดังกล่าวในดินแดนของสวิสเซอร์แลนด์ และเมื่อเสร็จสิ้นพิธีการส่งออกแล้วคนขับรถจะเข้าไปติดต่อ

<sup>22</sup> สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์, “การจัดการหน่วยงานในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน”. Customs news: Customs Policy Monitoring Unit, ปีที่ 2 ฉบับที่ 11 ประจำเดือนพฤศจิกายน 2560, หน้า 10-12.

<sup>23</sup> สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์. “การบริหารจัดการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการชายแดนร่วมกันในระดับระหว่างประเทศ”. Customs news: Customs Policy Monitoring Unit, ปีที่ 2 ฉบับที่ 11 ประจำเดือนพฤศจิกายน 2560, หน้า 13-15.



สำนักงานศุลกากรสวีตที่อยู่ติดกันเพื่อผ่านพิธีการนำเข้า ส่วนในกรณีที่ต้องมีการเอ็กซ์เชนจ์เพื่อตรวจสอบ จะมีการตรวจสอบเพียงครั้งเดียวเท่านั้น ส่วนใหญ่จะกระทำโดยประเทศนำเข้า

นอกจากจะมีการก่อตั้งความร่วมมือทางศุลกากรแล้ว ยังมีการจัดการชายแดนร่วมกันที่ซับซ้อนและก้าวหน้ายิ่งขึ้น โดยการบูรณาการภารกิจหลัก 4 ประการ ได้แก่ ความมั่นคง การปราบปรามการค้าผิดกฎหมาย การปราบปรามการเข้าเมืองผิดกฎหมาย และอาชญากรรมข้ามแดน โดยอาศัยการรวบรวมและแลกเปลี่ยน ข้อมูลความร่วมมือในการปฏิบัติต่อชาวต่างชาติในสถานการณ์ไม่ปกติ และการรับผู้ลี้ภัยในกรณีต่าง ๆ ซึ่งมีเจ้าหน้าที่จากทั้งศุลกากรฝรั่งเศส ศุลกากรสวีต ตำรวจตรวจคนเข้าเมือง ตำรวจฝรั่งเศสและตำรวจสวีตทั้งในระดับรัฐและระดับท้องถิ่น โดยงบประมาณการดำเนินงานมาจากทั้งสองประเทศในจำนวนที่เท่ากัน มีผู้ประสานงานจากทั้งสองฝ่ายดูแลการบริหารจัดการงบประมาณ การจัดสรรทรัพยากร การใช้อุปกรณ์เครื่องมือร่วมกัน โดยการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ทั้งนี้ ความร่วมมือระหว่างตำรวจฝรั่งเศสและสวีตที่ CCPD ได้ก้าวหน้าไปอีกขั้น เมื่อมีการเปิดช่องทางสื่อสารทางวิทยุระหว่างกันเพื่อไล่จับผู้ต้องสงสัยกระทำผิดที่ข้ามชายแดนประสานงานแยกต่างหากจากฝ่ายปฏิบัติการ CCPD ของสวีตเซอร์แลนด์และฝรั่งเศสปฏิบัติงานทุกวัน ๒๔ ชั่วโมงตลอดทั้งปี เพื่อให้หน่วยงานที่เข้าร่วมสามารถประมวลผลข้อมูล ณ ขณะนั้นได้ (real time) อย่างไรก็ตาม ศุลกากรแต่ละฝ่ายไม่สามารถเข้าถึงฐานข้อมูลของอีกฝ่ายได้โดยตรง กล่าวคือ จะมีการแลกเปลี่ยนข้อมูลเมื่อมีการร้องขอ นอกจากนี้ ข้อมูลบางอย่างเช่น ข้อมูลการฟอกเงินไม่สามารถดำเนินการได้โดยตรงที่ CCPD เพราะต้องส่งให้รัฐบาลกลางดำเนินการ ทั้งนี้ ความร่วมมือระหว่างตำรวจฝรั่งเศสและสวีตที่ CCPD ได้ก้าวหน้าไปอีกขั้น เมื่อมีการเปิดช่องทางสื่อสารทางวิทยุระหว่างกันเพื่อไล่จับผู้ต้องสงสัยกระทำผิดที่ข้ามชายแดน

จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 ยังคงไม่ครอบคลุมและมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากมุ่งหมายเพียงการกำหนดพื้นที่ร่วมกันสำหรับการดำเนินการเท่านั้น มิได้มีการบูรณาการภารกิจให้ครอบคลุมเพื่อประโยชน์ในทางการค้าชายแดนและการค้าผ่านแดน อีกทั้งไม่มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลและเปิดช่องทางการสื่อสารเพื่อความร่วมมือกันในการป้องกันและปราบปรามการกระทำผิดในทางการค้าชายแดนอันเป็นการจัดการชายแดนร่วมกันตามหลักสากล จำเป็นอย่างยิ่งที่กรมศุลกากรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องทบทวนบทบาทหน้าที่ของตนเอง พัฒนาบุคลากร และความพร้อมของเจ้าหน้าที่เพื่อประสานงานความร่วมมือในการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันอย่างเป็นระบบและสอดคล้องกับอนุสัญญา หรือความตกลงในระดับอาเซียนและระดับสากล ทั้งนี้ เพื่อเป็นการพัฒนาการค้าชายแดนของประเทศไทยให้มีความมั่นคง มั่งคั่งและยั่งยืนภายในบริบทไทยแลนด์ 4.0 ต่อไป

## 5. สรุป

ประเทศไทยภายใต้วิสัยทัศน์เชิงนโยบายไทยแลนด์ 4.0 ที่ต้องการเปลี่ยนเศรษฐกิจแบบเดิมไปสู่เศรษฐกิจที่ขับเคลื่อนด้วยนวัตกรรม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการสร้างความรู้ความเข้าใจ และความร่วมมือระหว่างหน่วยงานชายแดน ทั้งหน่วยงานศุลกากร หน่วยงานภาครัฐ ภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการค้าชายแดนและการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเพื่อนบ้าน ทั้งนี้ กรมศุลกากรไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่เป็นเอกเทศจากหน่วยงานอื่นได้อีกต่อไป จำเป็นที่จะต้องบูรณาการระบบอิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายว่าด้วยศุลกากร กฎหมายว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน ซึ่งเป็นกฎหมายกลางในการอนุวัติการให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการขนส่งข้ามพรมแดนในอนุภูมิภาคแม่น้ำโขงและความตกลงระหว่างประเทศฉบับอื่นที่อาจจัดทำขึ้นในอนาคต ตลอดจนให้สอดคล้องกับความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน และอนุสัญญาเกียวโตขององค์การศุลกากรโลก

ระบบ e-Customs ของกรมศุลกากรไทยและระบบอิเล็กทรอนิกส์ของอาเซียนยังคงขาดประสิทธิภาพ และยังไม่บรรลุวัตถุประสงค์เท่าที่ควร จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการพัฒนาให้ทัดเทียมสากล โดยนำรูปแบบระบบอิเล็กทรอนิกส์ในการบริหารจัดการการผ่านแดนของสหภาพยุโรป หรือที่เรียกว่า ระบบ New Computerised Transit System (NCTS) ซึ่งเป็นระบบผ่านแดนที่ประสบความสำเร็จระบบหนึ่งของโลก ได้รับการยอมรับจากองค์การศุลกากรโลกมาเป็นต้นแบบ นอกจากนี้ ประเทศไทยต้องพัฒนาระบบสาธารณูปโภค ระบบไฟฟ้า และระบบอินเทอร์เน็ต ควบคู่ไปด้วย เพื่อให้ระบบ E-Customs สามารถใช้งานได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของการนำโครงการ Electronic Single Window มาใช้งานเพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้ประกอบการในการจัดส่งเอกสารและข้อมูลที่จำเป็นทั้งหมดเพียงครั้งเดียวไปยังหน่วยงานตัวแทนซึ่งจะส่งต่อข้อมูลไปยังหน่วยงานปลายทางในประเทศเพื่อนบ้าน ทั้งยังเป็นการลดบุคลากรของกรมศุลกากรซึ่งยังคงประสบปัญหาการทุจริต รับเงินใต้โต๊ะ รับส่วย และการทุจริตในระบบราชการอีกด้วย

ส่วนพระราชบัญญัติการอำนวยความสะดวกในการขนส่งข้ามพรมแดน พ.ศ. 2556 ขณะนี้มีสถานะเป็นเพียงกฎหมายที่มุ่งหมายกำหนดพื้นที่ควบคุมร่วมกันสำหรับการดำเนินการพิธีการร่วมกันเท่านั้น ในทางปฏิบัตินั้นยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร อันเนื่องมาปัญหาเรื่องการตีความในข้อกฎหมายที่ยังแตกต่างกันอยู่ระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ทำให้เกิดความเข้าใจไม่ตรงกัน และกรมศุลกากรยังไม่มีความหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่กำหนดวิธีการในการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันอย่างชัดเจน ตลอดจนการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องยังไม่ชัดเจนเพียงพอและขาดการประสานงานร่วมกันในการทำงานอย่างเป็นเอกภาพ ซึ่งส่งผลให้ยังคงมีการลักลอบทำการขนส่งสินค้าโดยผิดกฎหมายซึ่งปัจจุบันเปลี่ยนวิธีการลักลอบขนส่งสินค้าทางบกโดยกองทัพมดที่ใช้การเดินทางช่องทาง ป่า หรือสวนยาง เป็นการขนในลักษณะยัดใส่ไปกับสินค้าที่ถูกกฎหมาย การตะเข้เข้าตะเข้ ออก และขบวนการกองทัพมดโดยใช้รถจักรยานยนต์ รถยนต์ รถบรรทุก บางพื้นที่ได้รับการสนับสนุนจากนายทุนผู้มีอำนาจอีกด้วย ดังนั้น การพัฒนาระบบการบริหารจัดการชายแดนร่วมกันระหว่างประเทศไทยและประเทศเพื่อนบ้านจึงเป็นเรื่องที่ต้องประสานความร่วมมือระหว่างสองหน่วยงานที่มีผลโดยตรงต่อการบริหารจัดการชายแดนอย่างมีประสิทธิภาพและการอำนวยความสะดวกต่อห่วงโซ่อุปทานระหว่างประเทศที่ชายแดนภายนอกของอาเซียนต่อไปด้วย ซึ่งจากการศึกษากระบวนการจัดการชายแดนร่วมกันตามหลักสากลขององค์การศุลกากรโลกแล้ว พบว่าเป็นการบริหารจัดการชายแดนประกอบด้วยภารกิจหลายด้านโดยไม่ได้จำกัดอยู่เฉพาะงานด้านการกำหนดพื้นที่ควบคุมร่วมกันสำหรับการดำเนินการพิธีการศุลกากรเท่านั้น แต่หมายรวมถึงการตรวจคนเข้าเมือง การบังคับใช้กฎหมายเกษตร การกักกัน การควบคุมคุณภาพ และการรักษาความมั่นคงปลอดภัย ตัวอย่างประเทศที่มีการจัดการชายแดนร่วมที่มีประสิทธิภาพ ได้แก่ สำนักงานศุลกากรฝรั่งเศสและสวิสอยู่ซึ่งจัดตั้งสำนักงานในดินแดนของสวิสเซอร์แลนด์ อีกทั้งประสานความร่วมมือทั้งในระดับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการค้าชายแดน การผ่านแดน ระบบศุลกากร และการประสานร่วมระหว่างประเทศ ทั้งนี้ นอกจากความร่วมมือทางศุลกากรแล้ว ยังมีการก่อตั้งความร่วมมือระหว่างศุลกากรและตำรวจที่ชายแดน โดยมีภารกิจคือ รักษาความมั่นคง การปราบปรามการค้าผิดกฎหมาย การปราบปรามการเข้าเมืองผิดกฎหมาย และอาชญากรรมข้ามแดน โดยอาศัยการรวบรวมและแลกเปลี่ยนข้อมูลความร่วมมือในการปฏิบัติต่อชาวต่างชาติในสถานการณ์ไม่ปกติ และการรับผู้ขอลี้ภัยในกรณีต่าง ๆ อันถือเป็นการยกระดับการจัดการชายแดนร่วมกันที่ซับซ้อนและมีประสิทธิภาพมากกว่าประเทศอื่น ๆ ซึ่งประเทศไทยและอาเซียนควรศึกษารูปแบบและโครงสร้างการจัดการชายแดนร่วมจากประเทศทั้งสองเพื่อพัฒนาระบบการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน และการค้าชายแดนภายใต้บริบทไทยแลนด์ 4.0 อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

บรรณานุกรม

- เก็ดถวา บุญปรากฏ. (2559). *ผู้ค้าข้ามแดนไทย - มาเลเซีย และพื้นที่ชีวิตในตลาดปาดังเบซาร์*. เชียงใหม่: ศูนย์อาเซียนศึกษา มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. (2559). *คู่มือการค้าชายแดนกับประเทศเพื่อนบ้าน*. นนทบุรี: ไทภูมิ พับลิชชิ่ง
- กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. (2560). *วิเคราะห์ภาพรวมการค้าชายแดนไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน มาเลเซีย - เมียนมา - สปป.ลาว - กัมพูชา ปี 2560*. สืบค้นวันที่ 5 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/bts/trade-statistics/cid/153/-4>
- กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์. *วิเคราะห์ภาพรวมการค้าชายแดนไทยกับประเทศเพื่อนบ้านมาเลเซีย - เมียนมา - สปป.ลาว - กัมพูชา ปี 2560*. สืบค้นวันที่ 5 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/Portals/3/ภาพรวมการค้าชายแดน.pdf>
- กรมศุลกากร. (2557). *รายงานผลการศึกษาการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน (coordinated border management: CMB) กันยายน 2557*. นนทบุรี: กรมศุลกากร.
- กลุ่มงานการค้าและการลงทุน 4 กองความร่วมมือการค้าและการลงทุน. *แนวโน้มการค้าชายแดนไทย - สปป ลาว ไตรมาส 4 ปี ปี 60*. สืบค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/bts/show-detail-bts/ArticleId/9863/9863-1>
- ชิตพล ชัยมะดัน และ ศรุติ สุกุลรัตน์. (2558). *นโยบายการค้าชายแดนไทย-กัมพูชากับการปรับตัว เข้าสู่ประชาคมอาเซียน : กรณีศึกษาจังหวัดสระแก้ว*. วารสารราชพฤกษ์, 13, 76-85.
- นิสวันต์ พิษณุดำรง. (2556). *การค้าชายกับประชาคมอาเซียน*. วารสารเศรษฐกิจและสังคม, 50, 1-7.
- ราพิณธ์ กำแพงทิพย์. (2552). *การศึกษาปัจจัยที่มีผลกระทบต่อการให้บริการ e-Customs สำหรับการนำสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร*. การจัดการมหาบัณฑิต, กลุ่มวิชาการจัดการห่วงโซ่อุปทาน, มหาวิทยาลัยศรีปทุม.
- วิลาสินี แจ่มอุติรัตน์. *การขนส่งสินค้าและผู้โดยสารจากไทยไปมาเลเซีย และผลกระทบต่อภัยใต้บันทึกความตกลงระหว่างไทย-มาเลเซีย*. สืบค้นวันที่ 25 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.dft.go.th/bts/document-trader/cid/158>
- วีระวุฒิ สร้อยพลอย. *อนาคตอุตสาหกรรมสิ่งทอและเครื่องนุ่งห่มของไทยกับการย้ายฐานการผลิตไปกัมพูชา*. สืบค้นวันที่ 10 ธันวาคม 2560, จาก [www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER2 /DRA WER03/0020.PDF](http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER2 /DRA WER03/0020.PDF)
- สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์, (2560). *การจัดการหน่วยงานในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการชายแดนร่วมกัน*. Customs news: Customs Policy Monitoring Unit, 2, 11, 10-12.
- สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์. (2560). *การบริหารจัดการหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการจัดการชายแดนร่วมกันในระดับระหว่างประเทศ*. Customs news: Customs Policy Monitoring Unit, 2, 11, 13-15.

- สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์. (2560). *รายงานการศึกษานโยบายและกฎหมายศุลกากรในต่างประเทศ ฉบับเดือนธันวาคม 2560*. นนทบุรี: กรมศุลกากร.
- สำนักงานที่ปรึกษาการศุลกากร ประจำสถานเอกอัครราชทูตไทย ณ กรุงบรัสเซลส์. (2560). *สหภาพยุโรปกับระบบคอมพิวเตอร์ในการจัดการการผ่านแดน*. Customs news: Customs Policy Monitoring Unit, 2, 8, 11-14.
- สุณัฐวิทย์ น้อยโสภณ. (2557). *บทบาทของการค้าระหว่างประเทศผ่านชายแดนทางบกของประเทศไทย*. วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยธนบุรี, 8, 118-126.
- อรอนงค์ นิลธจิตรัตน์. *ระบบศุลกากรผ่านแดนอาเซียน (ASEAN Customs Transit System: ACTS) ตามพิธีสาร 7 ภายใต้ความตกลงอาเซียนว่าด้วยการอำนวยความสะดวกในการขนส่งสินค้าผ่านแดน (ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit: AFAFGIT)*. สืบค้นวันที่ 1 มกราคม 2561, จาก <https://www.gotoknow.org/posts/607017>
- อิทธิวัฒน์ ทิพทัส. (2548). *วิธีการแก้ไขปัญหาการค้าชายแดนที่ผิดกฎหมาย ศึกษากรณีกองทัพบกในเขตพื้นที่ด้านศุลกากรแห่งหนึ่งทางภาคใต้*. ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต. สาขาวิชาพัฒนาสังคม คณะพัฒนาสังคม สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.
- Aniszewski, Stefan. (2009). *Coordinated Border Management - a concept paper*. WCO Research Paper No.2 (June 2009). 6-7.
- InterTradelreland, (2017). *Potential Impact of WTO Tariffs on Cross-Border Trade*. Ireland: InterTradelreland.
- Kieck, Erich. (2010). *Coordinated border management: unlocking trade opportunities through one-stop border posts*. World Customs Journal. Volume 5 No. 1 (2010).
- Polner, Mariya. (2011). *Coordinated border management: from theory to practice*. World Customs Journal. Volume. 5 No. 2 (2011). 49-51
- World Customs Organization. (2017). *Coordinated Border Management*. Retrieved January 2, 2018, from <http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/activities-and-rogrammes/coordinated-border-management.aspx>.
- World Customs Organization. (2017). *List of the Contracting Parties to the Revised Kyoto Convention*. Retrieved January 2, 2018, from [http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf\\_revised\\_kyoto\\_conv/instruments.aspx](http://www.wcoomd.org/en/topics/facilitation/instrument-and-tools/conventions/pf_revised_kyoto_conv/instruments.aspx).

มาตรการทางกฎหมายการควบคุมการนำเข้าสินค้าเขตเศรษฐกิจพิเศษ อำเภอเชียงของ  
จังหวัดเชียงราย : ศึกษากรณีเฉพาะผลไม้ฤดูหนาว

The Legal Measures on the Control of Merchandise Importation in Chiang Khong  
District, Chiang Rai Province, Special Economic Zone: A Case Study of Winter Fruits

ประกายเพชร ธีระพัฒน์สกุล

Prakhaipet Theerapatsaku

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย จังหวัดเชียงราย 57100 ประเทศไทย

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

อีเมลล์: rung\_ring769@hotmail.com

Email: rung\_ring769@hotmail.com

### บทคัดย่อ

เชียงของเป็นอำเภอหนึ่งในสามอำเภอของจังหวัดเชียงรายที่ถูกกำหนดให้เป็นเขตพื้นที่เศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic Zone: SEZ) ในระยะที่ 2 เนื่องจากเป็นเชียงรายเป็นจังหวัดที่มีปัจจัยสนับสนุนสำคัญ คือ เป็นจังหวัดที่อยู่บนแนวระเบียงเศรษฐกิจเหนือ – ใต้ ( North - South Economic corridor) และสามารถขนส่งโดยอาศัยสะพานมิตรภาพไทย-ลาว แห่งที่ 4 (เชียงของ - ห้วยทราย) ในการนำเข้าและส่งออกสินค้า โดยสินค้าที่นำเข้ามากที่สุดที่อำเภอเชียงของ จังหวัดเชียงใหม่นั้นมาจากสาธารณรัฐประชาชนจีน ประกอบด้วยผลไม้เมืองหนาว และสินค้าอุปโภคบริโภคต่าง ๆ ซึ่งผู้เขียนมุ่งศึกษาสินค้าที่นำเข้ามากที่สุด คือ ผลไม้เมืองหนาว เช่น องุ่น ทับทิม แอปเปิ้ล ส้มแมนดาริน และพลับ เป็นต้น จากการศึกษาพบว่ากระบวนการในการนำเข้าสินค้านั้นมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง คือ ด่านตรวจพืช กรมวิชาการเกษตร และด่านอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งทั้งสองด่านนี้มีหน้าที่ในการสุ่มตรวจสินค้านำเข้าก่อนที่จะวางจำหน่ายในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ.2507 และพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เนื่องจากผลไม้เมืองหนาวเป็นผลไม้สด โดยในการสุ่มตรวจนั้นมีปัญหาในเรื่องของมาตรการในการตรวจ เนื่องจากหากเจ้าหน้าที่ตรวจนั้นเคร่งครัดมากเกินไปอาจทำให้ผลไม้เมืองหนาวนั้นเน่าเสีย แต่หากเจ้าหน้าที่ตรวจหย่อนยานจนเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคได้ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการในการกำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในการตรวจสินค้านำเข้าทั้งด่านตรวจพืช กรมวิชาการเกษตร และด่านอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข เพื่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ประกอบการนำเข้าสินค้า และผู้บริโภคต่อไป

**คำสำคัญ:** มาตรการทางกฎหมาย, เขตเศรษฐกิจพิเศษ, อำเภอเชียงของ, ด่านตรวจพืช, ด่านอาหารและยา

### Abstract

Chiang Khong is one of the three districts of Chiang Rai province which was designated as a Special Economic Zone (SEZ) in the second phase. Because Chiang Rai is a province with significant supporting factors: it is situated in the North-South Economic Corridor with close proximity to the 4th Thailand-Lao Friendship Bridge (Chiang Khong - Huay Sai) for import and export transport. Most imported goods in Chiang Khong District comes from the Republic of China. This study concentrates on the most

imported products which are winter fruits such as grapes, pomegranates, apples, oranges, mandarins, and persimmons. The process of importing the product is conducted by the Plant Quarantine Station of the Department of Agriculture, and the Chiang Khong FDA Checkpoint of the Ministry of Public Health. Both checkpoints are responsible for random sampling of imported goods before their sale in Thailand. The nature of fresh fruit renders the enforcement of the Plant Quarantine Act B.E. 2507 and the Food Act B.E. 2522 difficult. If the inspectors are too strict, the winter fruits will rot. However, if the inspectors are too lenient, it may have bad effects on the consumers. Therefore, there must be measures to determine the authority of inspectors to inspect the imported goods at the checkpoints to ensure continued benefits of importers and consumers.

**Keywords:** Legal measures, Special Economic Zone, Chiang Khong District, Port of Chiang Khong Plant Quarantine Station, Chiang Khong FDA Checkpoint

## ความเสมอภาคในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย Equality in Marriage of Gender Diverse People in Thailand

ริญญาภัทร์ ณ สงขลา

Rinyapath Na Songkla

นักวิจัยอิสระ

Independent Researcher

อีเมลล์: nirinyapath@gmail.com

Email: nirinyapath@gmail.com

### บทคัดย่อ

ครอบครัวเป็นหน่วยธรรมชาติและสถาบันทางสังคมหลักของสังคมไทยซึ่งได้รับการยอมรับว่าเป็นสถาบันพื้นฐานสำคัญและเก่าแก่ที่สุดของสังคมมนุษย์ เพื่อธำรงเผ่าพันธุ์ของตนเอง หากสถาบันครอบครัวไม่ปฏิบัติหน้าที่ในการสืบทอดสมาชิกใหม่สู่สังคม ให้การอบรมและการศึกษา หรือแม้กระทั่งให้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจแล้ว วัฒนธรรมและจารีตประเพณีของมนุษย์ก็อาจลึกลงได้

การจัดการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานความแตกต่างทางเพศในปัจจุบันเริ่มมีการเปิดกว้างและเป็นที่ยอมรับมากขึ้นสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในหลายๆประเทศทั่วโลก อาทิเช่น การจัดการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานความแตกต่างทางเพศของ UN นั้นอยู่บนพื้นฐานของ LGBTQs หรือแม้แต่ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองก็ให้รวมเรื่อง “รสนิยมทางเพศ” ไว้ในเรื่องเพศด้วย สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่มีการพัฒนาทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม อีกทั้งยังเป็นประเทศที่ได้มีการรับรองสิทธิมนุษยชนไว้ในรัฐธรรมนูญจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งในการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้มีกรอบที่ชัดเจนและทัดเทียมกับต่างประเทศไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ สิทธิในการได้รับการบริการสวัสดิการสังคม หรือสิทธิที่พึงมีพึงได้จากรัฐอย่างเท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศ

ปัจจุบันมีคู่ชีวิตเพศเดียวกันจำนวนมากใช้ชีวิตร่วมกันตั้งครอบครัวทั่วไป แต่สถานภาพของคู่ชีวิตดังกล่าวไม่มีกฎหมายรับรองไว้ จึงทำให้บุคคลเหล่านั้นไม่ได้รับความคุ้มครองจากรัฐและตามกฎหมายในเรื่องสิทธิและหน้าที่อันพึงมีพึงได้ขัดกับหลักการสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 26 และมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญและตามหลักการในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงสมควรให้มีกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและรับรองการจดทะเบียนคู่ชีวิตเพศเดียวกัน

การสมรสและการสร้างครอบครัวนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่ง การที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดยินยอมและพร้อมใจที่จะสร้างครอบครัวหรือใช้ชีวิตร่วมกัน การได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายนั้นจึงไม่ควรจำกัดอยู่แค่เพศตามกฎหมาย ควรศึกษาจากบริบททางสังคมและให้สิทธิแก่คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายโดยที่ไม่มีข้อจำกัดถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นฉบับคณะปฏิรูปกฎหมายหรือฉบับภาคประชาชน ล้วนแล้วแต่เป็นก้าวแรกที่สำคัญของประเทศไทยที่จะจัดการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานของความแตกต่างทางเพศ โดยการตีกรอบให้คู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศได้มีสิทธิในการได้รับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตและสร้างครอบครัว โดยมีสิทธิและหน้าที่ต่อกันเช่นเดียวกับคู่รักต่างเพศโดยได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในประเด็นเรื่องของการก่อตั้งครอบครัว

ในรูปแบบที่แตกต่างกันโดยไม่ยึดติดกับเพศกำเนิดของสมาชิกในครอบครัว เป็นเหตุให้ต้องมีการศึกษาถึงความเป็นมาและวิวัฒนาการรูปแบบการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย รวมถึงสิทธิต่างๆของคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยให้ได้รับความคุ้มครองจากรัฐอย่างเสมอภาคกับคู่รักที่มีเพศตรงข้ามกันโดยกำเนิด โดยศึกษาผ่านวิธีการวิจัยเชิงเอกสารทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการการเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต

**คำสำคัญ:** บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

### Abstract

Family is a fundamental social group in society. It is well accepted that living in family is how humans learn to preserve humanity from extinction. As a result of human living in a group of family, each family member learns new methods to educate young children including the cooperation in cross-cultural economics.

In recent years, gender discrimination is now eliminated. It can be seen that sexual differences are widely accepted as part of society. For example, the United Nations (UN) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination references the LGBTIQs and the International Covenant on Civil and Political Rights also includes the word “sexual orientation” in their series. Under this circumstance, Thailand also includes and adopts human rights law in its Constitution. Therefore, the Constitution needs to provide society with more flexibility; the law should recognize same sex marriage as an equal to traditional marriage.

However, there are many couples living together without getting legally married. Clearly, those couple has been denied equal rights. It must be noted that the trouble is that they are not legally protected as married couples and it is about the conflict between fundamental right as mentioned in Articles 4, 5, 26 and 30 of the Thai Constitution and also the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). For this reason, the laws need to approve the same sex marriage.

Founding a family can be called one of the fundamental rights. For a person to willingly get married, they should not be limited by recognized gender by the law, but the law needs to provide an equal standard to protect all sexual orientations. The Draft Civil Union Act is the first important step for Thailand to eliminate gender discrimination. The law allows marriage registration for same sex couples, and they are protected equally by law without taking gender issues into consideration. In addition, this research studies the evolution of different couples’ relationship including the fundamental rights that the Government needs to ensure that same sex couples receive equal privileges, protections, and rights as heterosexual marriages through the analysis of Thai and foreign laws.

**Keywords:** Gender diverse individuals



## 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การสมรสเป็นการก่อตั้งสถาบันทางสังคมอันเป็นมูลฐานแก่แก่นในการดำรงอยู่ของเผ่าพันธุ์มนุษย์ซึ่งเรียกว่าสถาบันครอบครัว และถือเป็นสถาบันหลักในการผลิตสมาชิกใหม่เข้ามาเป็นกลไกในการขับเคลื่อนสังคม เศรษฐกิจ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียม จารีตประเพณีที่ดำรงมา รวมถึงการให้การเลี้ยงดูอบรมสั่งสอน และการศึกษาที่ดีเพื่อพัฒนาเป็นบุคลากรที่มีประสิทธิภาพ และสืบต่อสถาบันนี้ให้ดำรงอยู่ต่อไปอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

ด้วยเจตนารมณ์ที่จะเพิ่มประชากรให้เผ่าพันธุ์มนุษย์ต่อไป การสมรสจึงถูกกฎหมายกำหนดว่าจะต้องเป็น ชาย และหญิงเท่านั้น บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือคู่รักเพศเดียวกันจะทำการสมรสไม่ได้<sup>1</sup>

การรกร่วมเพศมิใช่ปัญหาที่เพิ่งเริ่มปรากฏในปัจจุบัน หากแต่มีมาตั้งแต่สมัยคริสตกาล ในความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นนับตั้งแต่ศตวรรษที่ 20 ความเชื่อที่ถูกยึดถือกันมาอย่างยาวนานเกี่ยวกับอัตลักษณ์ทางเพศ การเลือกปฏิบัติ และการเคารพสิทธิซึ่งกันและกันในบริบททางสังคมบางแห่งอาจมีความเปลี่ยนแปลงแบบค่อยเป็นค่อยไป หรือบางแห่งมีความเปลี่ยนแปลงแบบชัดเจน ตามสังคมบางสังคมในสมัยโบราณก็ได้ถือว่าการรกร่วมเพศเป็นเรื่องผิดกติกาเสียหายแต่อย่างใด ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพแวดล้อมและข้อจำกัดทางสังคม การได้รับความมั่นคงทางสังคมและการยอมรับในความเป็นปัจเจกบุคคลนั้นเป็นความต้องการซึ่งปัจจุบันสังคมมีความเปิดกว้างเรื่องความแตกต่างหลากหลายทางเพศเพิ่มมากขึ้น การให้สิทธิความเท่าเทียม

การพิจารณาความหมายและความสัมพันธ์ทางเพศของมนุษย์ในสังคมปัจจุบัน ประเทศไทยต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นว่า นักกฎหมายไทยจะเข้าใจคำว่า “เพศ” (Sex) หมายถึง เฉพาะเพศโดยกำเนิดเท่านั้น อย่างที่คำพิพากษาฎีกาของศาลไทยได้วางเอาไว้คือคำว่า ชายและหญิง เมื่อพูดถึงเพศก็จะเจาะจงไปเฉพาะเพศโดยกำเนิดเท่านั้น ในขณะที่นักสังคมวิทยา นักจิตวิทยาและวงการแพทย์อาจจะมีความรู้ส่วนนี้ในมุมที่กว้างกว่านักกฎหมายจึงทำให้มุมมองของคำว่าเพศตามความหมายจริงๆ อาจหมายถึงคำว่า Gender ยิ่งกว่านั้นยังมีคำว่า Orientation และยังมีคำอีกหลายๆ คำที่บ่งบอกถึงคำว่าเพศในรูปแบบที่แตกต่างกัน<sup>2</sup> สำหรับประเทศไทยนั้นอาจจะต้องเริ่มต้นที่ความชัดเจนในระดับแรก เพื่อลดแรงกระทบและข้อขัดข้องซึ่งจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการคุ้มครองให้กับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในกรอบที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

ในต่างประเทศเองที่มีการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศค่อนข้างที่จะให้ความคุ้มครองไว้ครอบคลุมเกือบทุกด้านให้เท่าเทียมกับคู่รักต่างเพศเช่นเดียวกัน ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน หรือแม้แต่สิทธิในการเข้าถึงการรับบริการอนามัยเจริญพันธุ์ได้อย่างเท่าเทียมกับคู่สมรสชายและหญิง ถ้าเทียบกับประเทศไทยอาจมีความกว้างขวางมากกว่า รวมไปถึงบุคคลที่มีเรื่องของรสนิยมทางเพศที่แตกต่างกันด้วย สำหรับประเทศไทยนั้นเราต้องยอมรับว่าเป็นก้าวแรก และปัจจุบันเริ่มมีการเปิดกว้างและเป็นที่ยอมรับมากขึ้นสำหรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในสังคมไทย ดังจะเห็นตัวอย่างได้ชัดเจน คือ พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ “มาตรา 3 วรรค 1 “การเลือกปฏิบัติไม่เป็นธรรมระหว่างเพศ” หมายความว่า การกระทำหรือไม่กระทำการใดอันเป็น

<sup>1</sup> วิมลศิริ ชำนาญเวช, “สิทธิในการสมรสของคู่รักเพศเดียวกัน”, วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปี 2555 (ฉบับที่ 4) : หน้า 877

<sup>2</sup> คำว่า “Sex” จึงเป็นเรื่องเพศโดยกำเนิด แต่ “Gender” คำนี้ถึงพฤติกรรมทางสังคมของมนุษย์ซึ่งครอบคลุมถึงเพศทางเลือก เช่น กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ หรือ LGBT เป็นต้น

การแบ่งแยก กีดกัน หรือจำกัดสิทธิประโยชน์ใดๆ ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม โดยปราศจากความชอบธรรม เพราะเหตุที่บุคคลนั้นเป็นเพศชายหรือเพศหญิง หรือที่มีการแสดงออกแตกต่างจากเพศโดยกำเนิด

## 2. แนวคิดพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

ความหลากหลายทางเพศเป็นการเปิดพื้นที่ในการได้แสดงอัตลักษณ์ทางเพศของตนเองเพื่อแสดงออกต่อสังคม โดยไม่จำเป็นจะต้องเหมือนกับบรรทัดฐานและกฎเกณฑ์ที่สังคมวางไว้<sup>3</sup> ปัจจุบันประเทศไทยความหมายของคำว่า “เพศ” ที่แสดงออกต่อสังคมก็ถูกเปลี่ยนไปเช่นเดียวกันไม่ได้ถูกจำกัดอยู่แค่เพียงเพศกำเนิดเท่านั้น ประเด็นของความเท่าเทียมกันระหว่างเพศของประเทศไทยจะต้องมีความสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ และจะต้องขจัดทางเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานความแตกต่างทางเพศเพื่อส่งเสริมการใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศบนพื้นฐานของหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในทิศทางเดียวกันกับบุคคลที่มีความแตกต่างในเรื่องอื่นๆ

### 2.1 เจือนใจการสมรสที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเพศในประเทศไทย

การสมรสตามความหมายทั่วไป คือ การที่ชายและหญิงอยู่ร่วมกันเป็นสามีภริยา ซึ่งตาม จารีตประเพณีของสังคมต่างๆ จะมีจุดเริ่มต้นจากพิธีการตามขนบธรรมเนียมประเพณีของแต่ละ ท้องถิ่นเพื่อเป็นการแสดงให้สาธารณชนทราบถึงการอยู่ร่วมกันนั้น<sup>4</sup>

สังคมไทยให้ความสำคัญกับสถาบันครอบครัวอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นสถาบันแรกที่มีความผูกพันและมีความสำคัญที่สุดที่เราจะต้องใช้ชีวิตอยู่ตั้งแต่เกิดจนตาย การสร้างครอบครัวและสมรสกันจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อให้กำเนิดลูกหลานในการสืบทอดวงศ์ตระกูลและจำเป็นต้องเป็นการสมรสกันระหว่างชายและหญิง รวมถึงความเชื่อที่ว่าเด็กจะเจริญเติบโตไปเป็นผู้ใหญ่ที่มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นขึ้นอยู่กับการเลี้ยงดูจากพ่อและแม่ แม้ว่าสภาพแวดล้อมรอบตัวเด็กไม่ว่าจะเป็นสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปและค่านิยมอาจส่งผลต่อการเจริญเติบโตของเด็ก แต่การเลี้ยงดูของพ่อแม่ หรือวิธีการเลี้ยงลูกก็ยังคงเป็นปัจจัยสำคัญที่ส่งผลต่อการเจริญเติบโตของลูก<sup>5</sup> ระบบความเชื่อและเจตคตินี้มีอิทธิพลมาจากสภาพแวดล้อม และสิ่งที่ถูกปลูกฝังกันมาตั้งแต่บรรพบุรุษ หากสมาชิกในครอบครัวดำรงตนให้ผิดแผกแตกต่างจากบรรทัดฐานหรือหลักการดำเนินชีวิตอาจเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อความสัมพันธ์ระหว่างสมาชิกในครอบครัวได้เช่นกัน

การสมรสในประเทศไทยนั้นแม้จะไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ แต่ก็สามารถอนุมานได้ว่า การสมรส หมายถึง การที่ชายและหญิง สม์ครใจเข้ามาอยู่กินฉันสามีภริยากันชั่วชีวิตโดยจะไม่เกี่ยวข้องทางชู้สาวกับบุคคลอื่นใดอีกต่อไป และจะซื่อสัตย์ต่อกันตลอดไปเป็นนิติกรรมที่ชายและหญิงแสดงเจตนาตกลงใช้ชีวิตร่วมกัน กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไข ผลที่ตามมา ตลอดจนการสิ้นสุดของการใช้ชีวิตร่วมกันดังกล่าวไว้อย่างเคร่งครัด<sup>6</sup> ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ในกฎหมายกับชายและหญิง ความสัมพันธ์ในที่นี้กล่าวคือ ความสัมพันธ์

<sup>3</sup> นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ, “บทความ Queer Anthropology”, แนวคิดทฤษฎี เรื่อง ความหลากหลายทางเพศ. ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).

<sup>4</sup> ปิยะนุช โปตะวนิช, สัญญากับการสมรส (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2528), หน้า 27.

<sup>5</sup> นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ, “การเลี้ยงดูบุตร เลี้ยงดูอย่างไรให้ได้ดี”, จาก <http://www.thisisfamily.org/การเลี้ยงดูลูกอย่างไรให้ได้ดี>.

<sup>6</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 94.

ส่วนตัวและความสัมพันธ์ในทางทรัพย์สิน การอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกัน ตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์โดยจัดระเบียบให้มีสินส่วนตัว สินสมรส สัญญาก่อนสมรส หรือสัญญาระหว่างสมรส วางหลักการเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินของคู่สมรสและผลกระทบต่อบุคคลภายนอก การจัดสรรปันส่วนทรัพย์สินเมื่อคู่สมรสมีความประสงค์จะหย่าขาดจากกัน รวมถึงในส่วนของการจัดการบุตรกฎหมายก็ได้กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบิดา มารดาและบุตรในทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สินไว้<sup>7</sup>

หลักเกณฑ์การสมรสประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 4 ประการ คือ

1. คู่สมรสฝ่ายหนึ่งจะต้องเป็นชายและอีกฝ่ายจะต้องเป็นหญิง (One party must be male and the other female) บุคคลเพศเดียวกันจะทำการสมรสกันไม่ได้ บทบัญญัติเรื่องเงื่อนไขในการสมรสนี้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยครอบครัวเกี่ยวกับเรื่องนี้

2. การสมรสจะต้องเป็นการกระทำโดยสมัครใจของฝ่ายชายและหญิง หากชายและหญิงไม่ยินยอมสมรสกัน การสมรสนั้นเป็นโมฆะ (Voluntary) ในการจดทะเบียนสมรสนั้นชายและหญิงจะต้องแสดงอาการสมัครใจยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และในแบบคำร้องขอจดทะเบียนสมรสเจ้าพนักงานต้องจดแจ้งความยินยอมเช่นนั้นและต้องมีพยานลงลายมือชื่อทั้งสองคนด้วยเพื่อเป็นพยานในการรับรู้ถึงความสมัครใจของหญิงและชายในการสมรสครั้งนี้ด้วย

3. การอยู่กินฉันสามีภริยาจะต้องอยู่กินกันเป็นระยะเวลาชั่วชีวิต (Union for life) การอยู่กินกันเป็นระยะเวลาตลอดชีวิตนั้นไม่ได้หมายถึงต้องอยู่กินกันไปจนตายจากกันถึงจะสิ้นสุดการสมรส แต่กฎหมายได้เปิดโอกาสให้หย่าขาดจากการเป็นสามีภรรยากันได้ ถ้าหญิงและชายไม่ประสงค์จะอยู่กินด้วยกันฉันสามีภรรยาอีกต่อไป หรือมีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งประพฤติดันให้เป็นเหตุแห่งการหย่า

4. การสมรสจะต้องมีคู่สมรสเพียงคนเดียวเท่านั้น (Monogamous) คู่สมรสจะทำการจดทะเบียนสมรสครั้งใหม่ไม่ได้หากคู่สมรสยังไม่ได้ทำการหย่าขาดจากคู่สมรสเดิม

เงื่อนไขของการสมรสตามกฎหมายไทยประการหนึ่ง คือ เงื่อนไขในการคำนึงถึงเรื่องเพศของคู่สมรสเป็นสำคัญ กล่าวคือ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๔๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ความว่า “การสมรสจะทำได้ต่อเมื่อชายและหญิงมีอายุสิบเจ็ดปีบริบูรณ์แล้ว แต่ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร ศาลอาจอนุญาตให้ทำการสมรสก่อนนั้นได้” จากถ้อยคำตามบทบัญญัตินี้แสดงให้เห็นว่าบุคคลที่จะสมรสกันได้นั้นฝ่ายหนึ่งต้องเป็นชายและอีกฝ่ายหนึ่งต้องเป็นหญิง เงื่อนไขเรื่องเพศนี้แม้ตัวบทกฎหมายไม่ได้ เขียนบัญญัติไว้แต่จากที่ปรากฏในถ้อยคำในตัวบททุกมาตรา ที่กล่าวถึงเงื่อนไขของการสมรส กฎหมายจะใช้คำว่า “ชาย หญิง” เสมอ อันแสดงให้เห็นถึงการระบุเพศของคู่สมรสแต่ละฝ่ายไว้โดยปริยาย ดังตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ผู้ร้องร้องว่า ผู้ร้องเป็นชายโดยกำเนิด แต่ได้รับการผ่าตัดเปลี่ยนอวัยวะเพศเป็นหญิงแล้วเพียงแต่ไม่สามารถมีบุตรได้เท่านั้น ผู้ร้องมีความประสงค์จะถือเพศเป็นหญิงแต่เจ้าพนักงานขัดข้องในการแก้หลักฐานในทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชนและทะเบียนทหารนอกจากจะได้รับอนุญาตจากศาลก่อน จึงขอให้ศาลสั่งอนุญาตให้ผู้ร้องถือเพศเป็นหญิง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าเพศของบุคคลธรรมดา นั้น กฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมาและคำว่าหญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานหมายความว่าคนที้ออกลูกได้<sup>8</sup> ผู้ร้องถือกำเนิดมาเป็นชาย

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 92.

<sup>8</sup> หญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554 มีความหมายว่า มนุษย์เพศเมียโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์ (โยนี มีความหมายว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของหญิงหรือมดลูก)

ถึงหากจะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดแปลงอวัยวะเพศเป็นอวัยวะเพศหญิงแล้วก็ตามแต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้นโดยธรรมชาติและตามกฎหมายรับรองผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้องขอเปลี่ยนแปลงเพศที่ถือกำเนิดมาได้ ทั้งมิใช่กรณีที่ผู้ร้องจะต้องใช้สิทธิทางศาลตามกฎหมาย<sup>9</sup> ทำให้บุคคลเพศเดียวกันไม่สามารถสมรสกันได้ เนื่องจากเงื่อนไขดังกล่าวกฎหมายมิได้ระบุเงื่อนไขไว้อย่างชัดเจนเรื่องเพศของคู่สมรส แต่ก็เป็นสาระที่วิญญูชนสามารถเข้าใจได้ว่าการที่บุคคลจะร่วมประเวณีและให้กำเนิดทารกได้นั้น บุคคลคู่หนึ่งจะต้องมีเพศสภาพเป็นชายและหญิงหรือมีเพศสภาพที่ต่างกันอย่างนั้นเอง ดังนั้น การสมรสจึงเป็นพื้นฐานที่ตอบสนองความต้องการใช้ชีวิตคู่และเป็นหนทางนำไปสู่การสร้างครอบครัว<sup>10</sup>

## 2.2 การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศไทย

เมื่อศึกษาถึงความหมายและเงื่อนไขของการสมรสตามกฎหมายไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แสดงให้เห็นว่าการพิจารณาเรื่องเพศของมนุษย์นั้นใช้เกณฑ์ในเรื่องเพศสภาพตามธรรมชาติเป็นเกณฑ์ การเจาะจงว่ามนุษย์มีเพียงสองเพศ คือ เพศชายและเพศหญิงมาจากมุมมองทางวิทยาศาสตร์ โดยยึดความคิดเรื่องกายวิภาคศาสตร์ (Anatomy) และสรีรวิทยา (Physiology) เป็นหลักในการตีความร่างกายมนุษย์<sup>11</sup> โดยพิจารณาลักษณะเครื่องเพศของเพศชายหรือเพศหญิงและความแตกต่างในอวัยวะของระบบการสืบพันธุ์ทำให้การรับรองสิทธิและสถานะของบุคคลตามกฎหมายยึดตามเพศสภาพ โดยไม่ได้ให้ความสำคัญกับอารมณ์ความรู้สึก ความปรารถนา รสนิยม หรือความแตกต่างภายในสภาพจิตใจของแต่ละบุคคล แต่เมื่อสังคมมีการพัฒนา มีความเจริญก้าวหน้ามากขึ้น ประกอบกับการยอมรับบทบาททางเพศของบุคคล ทำให้สังคมเริ่มตระหนักว่าในสังคมประกอบไปด้วยบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เช่น บุคคลรักเพศเดียวกัน เป็นต้น ไม่ใช่แต่เพียงชายและหญิงเท่านั้น ซึ่งในระหว่างกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเหล่านี้ บางก็มีความรักความผูกพันระหว่างกันจนถึงการตกลงใช้ชีวิตอยู่ร่วมกันฉันคู่สมรสแต่หากมีเพศเดียวกันก็ ไม่อาจจดทะเบียนสมรสกันได้เพราะขัดต่อเงื่อนไขของการสมรสจึงทำให้บุคคลดังกล่าวไม่ได้รับความคุ้มครองใดๆจากกฎหมายในการอยู่ร่วมกันเหมือนกับคู่สมรสต่างเพศ ซึ่งคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศเหล่านั้นจะต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและได้รับสิทธิทางกฎหมายอย่างเสมอภาค เท่าเทียม ปราศจากการเลือกปฏิบัติ เป็นไปตามหลักสิทธิมนุษยชนและหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยไม่ถูกกีดกันจากข้อจำกัดของอัตลักษณ์ทางเพศ ถึงแม้ว่าสิทธิในการก่อตั้งครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจะได้รับรองตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 และหลักสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ แต่ก็กลับยังไม่ได้รับความคุ้มครองหรือให้สิทธิใดๆอย่างแท้จริง เว้นแต่จะได้อาศัยสมรสและเป็นคู่สมรสตามกฎหมาย (Civil Marriage) แต่เนื่องจากการกำหนดเงื่อนไขตามกฎหมายไทยทำให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศต้องประสบปัญหาจากการไม่มีกฎหมายรับรองสถานภาพคู่ชีวิต ทั้งยังต้องสูญเสียสิทธิตามกฎหมายหรือไม่อาจเข้าถึงสิทธิตามกฎหมายครอบครัวที่สำคัญบางประการ<sup>12</sup> อาทิ

ชาย ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 มีความหมายว่า มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีลึงค์เป็นอวัยวะสืบพันธุ์ (ลึงค์ มีความหมายว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของชาย)

<sup>9</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524

<sup>10</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ ๗), กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

<sup>11</sup> กนกวรรณ ธรรมวรรณ. (2555, 2 กรกฎาคม). รัฐไทยกับ ชีวิตคู่แบบเพศวิ ถีนอกขนบ. จาก [http://www2.ipsr.mahidol.ac.th/ConferenceVIII/ShowAbstract.php?article\\_id=7](http://www2.ipsr.mahidol.ac.th/ConferenceVIII/ShowAbstract.php?article_id=7)

<sup>12</sup> ธีัญลักษณ์ นามจักร, การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, 2556), หน้า 32.

1. สิทธิในการได้รับรองสถานะภาพระหว่างคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ
2. สิทธิในความเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบุตรของอีกฝ่าย หรือสิทธิในการรับบุตรบุญธรรมและรับรองบุตรร่วมกับคู่ชีวิต
3. สิทธิที่คู่ชีวิตจะได้รับเช่นเดียวกับคู่สมรสอันเนื่องมาจากการสมรสนั้น เช่น สิทธิได้รับการช่วยเหลือในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร สิทธิประโยชน์ในการทำประกันชีวิตหรือทำนิติกรรมและสัญญาาร่วมกับคู่ชีวิต สิทธิประโยชน์ในการได้รับการลดหย่อนภาษีเงินได้ในฐานะคู่สมรสตามกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากร สิทธิประโยชน์ตามกฎหมายจ้างแรงงาน
4. สิทธิในการเป็นทายาทโดยธรรม และสิทธิในการดำเนินดำเนินคดีร่วมกันหรือแทนคู่ชีวิต
5. สิทธิในการได้รับมรดกและทรัพย์สินของคู่ชีวิตในกรณีเสียชีวิต
6. สิทธิในการโยกย้ายถิ่นฐานหรือเปลี่ยนแปลงสัญชาติตามคู่ชีวิตอีกฝ่าย
7. สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากความรุนแรงในครอบครัว (Domestic Violence)
8. หน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูคู่ชีวิตและบุตรของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหลังจากขาดจากสถานภาพคู่ชีวิตแล้ว
9. หน้าที่ในการตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาพยาบาลและการจัดการศพคู่ชีวิต

จากสิทธิต่างๆที่ได้กล่าวมาเป็นเพียงส่วนหนึ่งของสิทธิที่กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่อยู่กินร่วมกันไม่ได้รับการรับรองตามกฎหมาย แต่ปัจจุบันในหลายประเทศได้มีการเคลื่อนไหว การรับรองการสมรสหรือรับรองสถานภาพการอยู่ร่วมกันของบุคคลเหล่านี้มากขึ้น โดยเห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวที่อยู่ในฐานะการเป็นมนุษย์คนหนึ่งควรได้รับการรับรองอย่างเป็นรูปธรรม ซึ่งสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวรวมไปถึงสิทธิในการสมรสและการก่อตั้งครอบครัวด้วย ทำให้เกิดประเด็นที่ว่าทำไมไม่ได้รับความคุ้มครองบางประการของบุคคลกลุ่มนี้นั้นเป็นการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนหรือเป็นการถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งมนุษย์ทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. ๑๙๔๘ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น เนื่องจากสิทธิมนุษยชนเป็นสิทธิที่ติดตัวมาแต่กำเนิดสามารถใช้อ้างยันได้เสมอ บุคคลมีสิทธิในชีวิตและเลือกที่จะดำเนินชีวิตของตนเองได้ ซึ่งหากสังคมยอมรับสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคล บุคคลแต่ละคนก็มีสิทธิที่จะได้รับความเสมอภาคโดยไม่คำนึงถึงเหตุผลและปัจจัยอื่นๆที่แต่ละบุคคลไม่สามารถเลือกกำหนดได้ ประเด็นเรื่องความแตกต่างทางเพศจึงไม่ควรนำมาเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติ หรือนำมาคัดค้านสิทธิของบุคคลอื่น

เมื่อปัจจุบันนี้สังคมเปิดกว้างมากยิ่งขึ้นและเริ่มให้การยอมรับกลุ่มบุคคลรักร่วมเพศบ้างแล้ว จะเห็นได้จากการที่บุคคลรักร่วมเพศกล้าที่จะแสดงออกถึงความเป็นตัวตนของตนเองมากขึ้น การยอมรับในความสามารถของบุคคลซึ่งเป็นบุคคลรักร่วมเพศโดยมิได้กีดกันไว้เนื่องจากเหตุผลเกี่ยวกับบรรณนิยมทางเพศ เป็นต้น เมื่อสังคมให้การยอมรับมากขึ้นทำให้ปัจจุบันได้มีความเคลื่อนไหวเพื่อเรียกร้องสิทธิของการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ เนื่องจากมีคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศจำนวนหนึ่งตัดสินใจใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งในปัจจุบันสังคมไทยได้ให้โอกาสบุคคลรักร่วมเพศและองค์กรต่างๆหลายองค์กรได้มีความพยายามในการตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลคู่รักที่มีเพศเดียวกันที่ประสงค์จะใช้ชีวิตคู่ร่วมกัน ซึ่งกฎหมายนี้ใช้ชื่อว่า “ร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ...” จัดทำขึ้นโดยกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม” มีทั้งหมด 72 มาตรา อีกทั้งได้กำหนดเงื่อนไขให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศหรือคู่รักที่มีเพศเดียวกันจดทะเบียนความสัมพันธ์แบบการใช้ชีวิตคู่ร่วมกันได้ และให้นำเอาสิทธิและหน้าที่ระหว่างสามีภริยาในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ตลอดจนสิทธิและหน้าที่ในการรับมรดกใน บรรพ 6 มาใช้บังคับกับคู่ชีวิตตามร่างกฎหมายนี้โดยอนุโลม โดยคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมระหว่างเพศตามบทบัญญัติใน

รัฐธรรมนูญเพื่อเรียกร้องให้มีการคุ้มครองการสมรสของคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศให้เป็นไปในทิศทางเดียวกันกับ สิทธิที่คู่สมรสต่างเพศได้รับจากรัฐ ซึ่งในสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีการกล่าวถึงเงื่อนไข รูปแบบ สิทธิ และหน้าที่ต่างๆของผู้ที่มีสิทธิในการจดทะเบียนความสัมพันธ์ รวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิจากการจดทะเบียนความสัมพันธ์ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ... ดังนี้

#### 2.2.1 เงื่อนไขของบุคคลที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต ตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

- 1) บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องเป็นเพศเดียวกัน<sup>13</sup>
- 2) บุคคลทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป<sup>14</sup>
- 3) บุคคลทั้งสองฝ่ายหรือฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะต้องมีสัญชาติไทย<sup>15</sup>
- 4) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องแสดงความยินยอมให้ปรากฏโดยเปิดเผยต่อหน้านายทะเบียน และให้นายทะเบียนจดแจ้งความยินยอมเช่นนั้นด้วย<sup>16</sup>
- 5) บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่เป็นคนวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ คนไร้ความสามารถ หรือคนเสมือนไร้ความสามารถ<sup>17</sup>
- 6) บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่เป็นญาติสืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมา หรือเป็นที่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเดียวกัน ซึ่งความเป็นญาติดังกล่าวให้ถือตามสายโลหิต โดยไม่คำนึงว่าจะจะเป็นญาติโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่<sup>18</sup>
- 7) บุคคลฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่มีคู่สมรส หรือได้จดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามพระราชบัญญัตินี้มาก่อนแล้วกับผู้อื่น<sup>19</sup>

เงื่อนไขในการเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตดังกล่าว เป็นเงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ซึ่งจะมีความแตกต่างกับร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ภาคประชาชนที่กำหนดเงื่อนไขอายุของบุคคลที่มีสิทธิเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามเกณฑ์อายุ และเงื่อนไขในการได้รับความยินยอมจากบิดามารดาในกรณีที่มีความเห็นควรให้มีการสมรสก่อนเช่นเดียวกับการสมรสของ คู่รักต่างเพศ

#### 2.2.2 สิทธิและหน้าที่ของบุคคลที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต ในฐานะคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

เมื่อบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งสองฝ่ายได้ยินยอมพร้อมใจที่จะเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามเงื่อนไขของร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ข้างต้นเพื่อใช้ชีวิตคู่ร่วมกันในฐานะคู่ชีวิตอย่างถูกต้อง

<sup>13</sup> มาตรา 3 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>14</sup> มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>15</sup> มาตรา 5 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>16</sup> มาตรา 6 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>17</sup> มาตรา 7 (1) แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>18</sup> มาตรา 7 (2) แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>19</sup> มาตรา 7 (3) แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

ตามกฎหมาย เช่นเดียวกับที่คู่สมรสต่างประเทศที่สมรสกันตามกฎหมายครอบครัวไทย คู่ชีวิตก็สามารถมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายต่อกันในการดำรงอยู่ซึ่งสถาบันครอบครัวของตน พึ่งปฏิบัติต่อกันเฉกเช่นเดียวกับคู่สามีและภรรยาเท่าที่ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิตจะให้สิทธิโดยอนุโลมให้สิทธิและหน้าที่คู่ชีวิตเสมอภาคกับครอบครัวคู่สมรสชายและหญิงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

สิทธิที่ได้รับอันเนื่องมาจากการเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ความสัมพันธ์ระหว่างคู่ชีวิตกฎหมายบัญญัติว่าให้นำบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างคู่สมรสมาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>20</sup> สิทธิและหน้าที่ระหว่างกันดังกล่าวสามารถนำมาพิจารณาได้ดังต่อไปนี้ คือ

1) สิทธิและหน้าที่ในการอยู่กินร่วมกันฉันสามีภรรยา<sup>21</sup>

2) สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดู

เมื่อบุคคลได้สมรสกันโดยถูกต้องตามกฎหมายแล้วนั้น ต้องช่วยเหลืออุปการะเลี้ยงดูกันตามความสามารถและฐานะของตน รวมถึงการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างบิดามารดากับบุตร ในกรณีที่ต่อมาเกิดการแยกกันอยู่ระหว่างคู่สมรสโดยคำอุปการะเลี้ยงดูในกรณีนี้ศาลอาจจะให้เพียงใด หรือไม่ให้ก็ได้โดยคำนึงถึงความสามารถของผู้ที่มีหน้าที่ต้องให้<sup>22</sup> เช่น เมื่อสามีและภรรยาแยกกันอยู่โดยสมัครใจและไม่ใช้โดยความผิดของภรรยา และภรรยามีอาชีพไม่แน่นอนและฐานะต่ำกว่า สามีอยู่ในฐานะที่อุปการะภรรยามาโดยตลอดและมีหน้าที่การงานที่เหนือกว่าจึงต้องมีหน้าที่อุปการะภรรยาตามสมควร

3) สิทธิในการร้องขอต่อศาลเพื่อให้อยู่ต่างหาก ในกรณีที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถจะอยู่กินร่วมกันโดยปกติสุขได้ หรือถ้าการอยู่ร่วมกันจะเป็นอันตรายแก่กายหรือจิตใจหรือทำลายความผาสุก<sup>23</sup>

4) สิทธิในการร้องขอให้ศาลมีคำสั่งให้ตนเป็นผู้อนุบาลหรือผู้พิทักษ์ ในกรณีที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นบุคคลที่ศาลสั่งให้เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ<sup>24</sup>

5) สิทธิในการจัดการทรัพย์สิน

เมื่อบุคคลได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมายแล้วนั้น ก็ย่อมมีภาระหน้าที่ร่วมกันในการจัดการทรัพย์สินต่างๆ ที่ได้มาภายหลังการสมรส การจัดการทรัพย์สินของคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ... ได้บัญญัติให้ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตนั้นให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยามาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>25</sup> ดังนี้

#### (1) สัญญาในเรื่องทรัพย์สินก่อนสมรส

<sup>20</sup> มาตรา 9 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>21</sup> มาตรา 1461 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>22</sup> มาตรา 1598/38 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>23</sup> มาตรา 1462 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>24</sup> มาตรา 1463 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

<sup>25</sup> มาตรา 10 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

- (2) สัญญาระหว่างสมรส
  - (3) การจัดการสินส่วนตัวตลอดถึงการจัดการสินสมรส
  - (4) การยึดหรืออายัดทรัพย์สินของอีกฝ่ายระหว่างสมรส
  - (5) การรับผิดชอบในการส่วนตัวต่อหนี้สินที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้ก่อขึ้นก่อนหรือในระหว่างสมรส รวมถึงหนี้สินร่วมกันระหว่างสามีภรรยา
  - (6) การแยกสินสมรสระหว่างสามีภรรยา ในกรณีที่มีการสิ้นสุดการสมรส
- 6) การเป็นทายาทโดยธรรมในการรับมรดก

เมื่อบุคคลทั้งสองได้สมรสกันอย่างถูกต้องตามกฎหมาย การสิ้นสุดจากการเป็นคู่ชีวิต โดยที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสียชีวิตโดยมิได้ทำพินัยกรรมไว้ สิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวข้องกับการสิ้นสุดการเป็นคู่ชีวิต ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...ได้บัญญัติไว้ให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ว่าด้วยเรื่องมรดกมาบังคับใช้โดยอนุโลม<sup>26</sup>

ทายาทโดยธรรมตามกฎหมายจะถือว่าบุคคลใดเป็นทายาทโดยธรรมนั้นจะยึดตามหลักความเป็นญาติทางสายเลือดที่มีความใกล้ชิดและมีความชอบธรรมที่จะได้รับมรดกดังกล่าวของบุคคลนั้น โดยกฎหมายกำหนดให้คู่สมรส แม้มิได้เป็นญาติทางสายโลหิตแต่คู่สมรสมีฐานะการเป็นทายาทโดยธรรมโดยการสมรสที่ถูกต้องตามกฎหมายมีสิทธิได้รับมรดก ในกรณีที่ทั้งคู่ชีวิตและคู่สมรสไม่ได้จดทะเบียนกันโดยชอบด้วยกฎหมายก็จะไม่ถูกนับว่าเป็นทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย

นอกจากสิทธิที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแก่คู่ชีวิตเช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศ อาทิเช่น สิทธิในการใช้ชื่อสกุล สิทธิตามกฎหมายที่เกิดจากการประกันภัยหรือการประกันชีวิต สิทธิตามกฎหมายว่าด้วยบำเหน็จบำนาญราชการ สิทธิตามกฎหมายประกันสังคม สิทธิในการลดหย่อนภาษี สิทธิของผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและสิทธิอื่นๆตามกฎหมาย<sup>27</sup>

### 2.3 การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในต่างประเทศ

พัฒนาการของกฎหมายสิทธิมนุษยชนในนานาประเทศเป็นเครื่องยืนยันว่านอกเหนือไปจากการสมรสระหว่างคนต่างเพศกันแล้วนั้น การสมรสระหว่างบุคคลเพศเดียวกันก็ยังถือเป็น “สิทธิเสรีภาพ” อย่างหนึ่งของ “มนุษย์” เช่นกัน<sup>28</sup> การศึกษาทฤษฎีในการกำเนิดครอบครัวในรูปแบบต่างๆ โดยการที่กฎหมายรับรองนิติสัมพันธ์ของบุคคลสองคนในฐานะสามีภรรยาด้วยความสมัครใจ สิทธิในการสมรสจึงเป็นข้อแตกต่างที่สำคัญในการสร้างครอบครัว เพื่อให้มีความเท่าเทียมทางเพศระหว่างคู่รักต่างเพศและคู่รักที่มีเพศตรงข้ามกับบทบัญญัติของกฎหมาย ในระดับสากลหลายประเทศมีการพัฒนากฎหมายด้านนี้ไปมากแล้ว นับตั้งแต่ปี ค.ศ.2001 เป็นต้นมา โดยประเทศเนเธอร์แลนด์เป็นประเทศแรกของโลกที่รัฐออกกฎหมายคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศให้สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้เช่นคู่รักชายและหญิงทั่วไป

<sup>26</sup> มาตรา 15 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>27</sup> มาตรา 9 วรรค 2 แห่งร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ. ...

<sup>28</sup> นายเก็ดโซค เกษมวงศ์จิตร, การจดทะเบียนคู่ชีวิตของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน, ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการระงับข้อพิพาท กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ, จาก <http://www.humanrightscenter.go.th/IHR/HRI2/>



แนวคิดเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้นเป็นกระแสที่เปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคมนั้นๆ ในปัจจุบันก็มีทั้งประเทศที่ออกมาให้การยอมรับการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน และประเทศที่ออกมาต่อต้านแนวคิดนี้ ยกตัวอย่างเช่น ส่วนใหญ่ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law จะมีแนวคิดว่าการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันนั้น มีความขัดแย้งกับระบบศาสนา ส่วนประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law นั้นส่วนใหญ่จะยอมรับแนวคิดนี้มากกว่า เนื่องจากรัฐธรรมนูญของประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายนั้นบัญญัติรับรองหลักความเสมอภาค และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งเป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศด้วย ส่วนในประเทศไทยนั้นถึงแม้จะเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law แต่ก็ยังไม่มีการรับรองสถานภาพในการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ

### 2.3.1 การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นประเทศที่เกิดจากการรวมตัวกันของ 50 มลรัฐแต่ละมลรัฐมีเอกราชและมีอำนาจอธิปไตยมีระบบกฎหมายและศาลเป็นอิสระจากส่วนกลางระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นระบบ Common Law คำพิพากษาของศาลสูงคือกฎหมายที่มีผลผูกพันทุกมลรัฐศาลสูงในอเมริกาจึงทำหน้าที่เหมือนศาลรัฐธรรมนูญไปในตัว

ประชาชนอเมริกาใช้เวลาเกือบ 50 ปีในการต่อสู้เพื่อเรียกร้องความเท่าเทียมในสิทธิสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเริ่มจากคดี Loving vs. Virginia ปี 2510 ที่ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่ากฎหมายห้ามการสมรสต่างเชื้อชาติของรัฐขัดต่อรัฐธรรมนูญของรัฐ ที่ว่ารัฐอาจกำหนดเงื่อนไขอะไรก็ได้สำหรับการใช้สิทธิในการสมรส แต่เงื่อนไขนั้นต้องไม่ใช่เรื่องของเพศสภาพโดยเด็ดขาด

ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา(Supreme Court of the United States) ได้มีคำพิพากษารับรองสิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันเมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2558 โดยอ้างรัฐธรรมนูญของประเทศและสิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วยการสมรสเป็นสิทธิส่วนบุคคลเป็นความผูกมัดระหว่างบุคคล 2 คน ซึ่งจะคุ้มครองบุตรและครอบครัวและการกีดกันบุคคลเพศเดียวกันจากการสมรสย่อมเป็นการแยกคู่ชีวิตดังกล่าวจากสถาบันครอบครัวเหตุนี้บุคคลเพศเดียวกันจึงสามารถใช้สิทธิสมรสได้ในทุกรัฐของประเทศทั้งแต่ละรัฐจะต้องรับรองการสมรสบุคคลเพศเดียวกันจากรัฐอื่นๆด้วย ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงเป็นประเทศที่ 21 ของโลกที่มีกฎหมายรับรองให้บุคคลที่มีเพศเดียวกันสมรสกันได้<sup>29</sup>

#### 2.3.1.1 การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในมลรัฐเวอร์มอนต์ ประเทศสหรัฐอเมริกา

การเกิดขึ้นของหลักกฎหมายคู่ชีวิตในมลรัฐเวอร์มอนต์ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นผลมาจากกรณีเลื่อนไหวเพื่อสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นระดับสหพันธรัฐอย่างต่อเนื่องและจากการพัฒนาทางสังคมมาเป็นระยะเวลายาวนานการต่อสู้ของเหล่าสิทธิมนุษยชนจึงเป็นปัจจัยของรัฐเวอร์มอนต์ที่อำนวยความสะดวกให้เกิดของกฎหมายรับรองสิทธิในสถานะครอบครัวของคู่รักที่เป็นบุคคลที่มีความรักหลากหลายเพศทั้งเป็นการให้สิทธิที่เท่าเทียมในความเสมอภาคของคู่รักที่มีความรักหลากหลายเพศและต้องการมีครอบครัว

เมื่อวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 2009 รัฐเวอร์มอนต์ได้ผ่านกฎหมายการสมรสของบุคคลที่มีเพศเดียวกันเป็นรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ออกกฎหมายการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันด้วยกระบวนการนิติบัญญัติโดยไม่ผ่าน

<sup>29</sup> ไพโรจน์ กัมพูสิริ, “คำพิพากษาประวัติศาสตร์ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (สิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน)”

การดำเนินคดีทางศาล<sup>30</sup> โดยได้รับอิทธิพลจากคำพิพากษาคดี Baker v. State of Vermont 1999<sup>31</sup> ซึ่งศาลได้พิพากษาว่าการปฏิเสธไม่จดทะเบียนสมรสให้แก่บุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นเป็นการขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐที่เกี่ยวกับการสมรสที่ได้รับรองสิทธิและความเสมอภาคไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งรัฐเวอร์มอนต์ฉบับ ค.ศ. 1777 ว่า “การแบ่งแยกกลุ่มคนข้ามเพศออกจากกลุ่มคนทั่วไปเป็นเหตุผลที่จะเป็นเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลดังกล่าว” เมื่อกฎหมายเกี่ยวกับการแต่งงานให้สิทธิการสมรสเฉพาะคู่สมรสชายหญิงจึงขัดแย้งกับหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐ ในคดี Baker v. State นี้ศาลยังได้แสดงความเห็นเปลี่ยนแปลงในทัศนคติของสังคมที่ว่า การแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันอาจทำลายคุณค่าพื้นฐานของสังคมในด้านภาระหน้าที่ของครอบครัวในการกำเนิดสมาชิกใหม่ด้วยเพราะบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้นไม่สามารถให้กำเนิดบุตรได้และอาจส่งผลต่อไปถึงความสับสนในภาระหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร โดยศาลให้ความเห็นว่าการแต่งงานระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันนั้น ไม่สามารถที่จะทำลายความสัมพันธ์ระหว่างสามีภรรยา กับหน้าที่ในการให้กำเนิดและอุปการะและเลี้ยงดูบุตรลงได้ ประกอบกับการที่รัฐไม่สามารถให้คำอธิบายความแตกต่างระหว่างครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนเพศเดียวกันกับครอบครัวคู่สมรสชายหญิงในกรณีที่ครอบครัวคู่สมรสชายและหญิงนั้น ไม่สามารถมีบุตรหรือไม่ประสงค์จะมีบุตรได้ และความสามารถในการใช้เทคโนโลยีช่วยเหลือในการมีบุตรเช่นการทำเด็กหลอดแก้วและการรับบุตรบุญธรรมของครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศว่าจะเป็นอย่างอื่นหนึ่งเหตุผลที่จะส่งผลให้ครอบครัวของคู่รักข้ามเพศไม่มีความแตกต่างจากครอบครัวที่คู่สมรสเป็นชายและหญิงในด้านภาระหน้าที่ในการกำหนดสมาชิกใหม่และภาระหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูบุตร และเห็นว่าสถานะครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศกับคู่สมรสที่เป็นชายและหญิงลักษณะของการเข้ามาอยู่ร่วมกันเป็นครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศและเป็นคู่รักทั้งชายและหญิงนั้น ล้วนมีการอยู่กินกันแบบสามีภรรยาแบบถาวรไม่ได้มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญแต่อย่างใด ผลของคำพิพากษานี้ไม่กระทบต่อหลักสิทธิในความเสมอภาคทั้งตามกฎหมายภายในและรัฐธรรมนูญของมลรัฐเองศาลจึงได้วางหลักเกณฑ์ให้เป็นแนวทางปฏิบัติในรัฐเวอร์มอนต์ว่าควรจัดให้มี มาตรการส่งเสริมให้คู่รักที่เป็นคนข้ามเพศมีสิทธิเสมอเหมือนกับสิทธิที่คู่สมรสชายหญิงได้รับตามกฎหมายเป็นเหตุให้สภานิติบัญญัติแห่งรัฐเวอร์มอนต์ประกาศใช้กฎหมาย Vermont House Numbers 847 หรือกฎหมาย Vermont Civil Union เพื่อให้สิทธิแก่ครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศในฐานะของคู่ชีวิต(Civil Union) เป็นมลรัฐแรกในประเทศสหรัฐอเมริกา

### 2.3.1.2 เงื่อนไขของบุคคลซึ่งอาจเข้าจดทะเบียนคู่ชีวิตตาม Vermont Civil Union Bill

- 1) คู่ชีวิตทั้ง 2 ฝ่ายต้องเป็นบุคคลที่มีเพศเดียวกัน<sup>32</sup>
- 2) เป็นบุคคลซึ่งอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี<sup>33</sup> ซึ่งเป็นเกณฑ์ด้านอายุที่สอดคล้องกับเงื่อนไขการสมรสของคู่รักต่างเพศในรัฐเวอร์มอนต์<sup>34</sup>
- 3) ไม่เป็นคู่สมรสหรือคู่ชีวิตกับผู้อื่น<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Paul LePage, Governor Sing LD 1020, An Act to End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom, September 15, 2017 from <http://www.maine.gov/tools/whatsnew/ind/ex.php?topic=Gov+News&id=72146&v=Article-2006>

<sup>31</sup> Carey Goldberg, Vermont High Court Backs Rights of Same-Sex Couples (The New York Time 21 December 1999), para. 1-3. from <http://www.nytimes.com/1999/12/21/us/vermont-high-court-backs-right-of-same-sex-couples.html>

<sup>32</sup> Section 3 Chapter 23 of Vermont Civil Union Bill

<sup>33</sup> State of Vermont Legislative Council

<sup>34</sup> Section 3 Vermont Chapter 23 of Civil Union Bill

<sup>35</sup> Section 3 Vermont Civil Union Bill

4) ปฏิบัติตามเงื่อนไขใน Vermont Statute Annotated Title 18 Chapter 106<sup>36</sup> กล่าวคือ การบันทึกทะเบียนกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหรือกระทำโดยผู้ไม่มีอำนาจแต่ผู้ชีวิตทั้งสองฝ่ายสุจริตว่าการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่วิตได้กระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ

5) ทั้งสองฝ่ายไม่เป็นบุคคลซึ่งต้องห้ามมิให้บันทึกทางทะเบียนเป็นคู่วิต กล่าวคือ ในกรณีที่ เป็นหญิงห้ามมิให้บันทึกทางทะเบียนเป็นคู่วิตกับมารดาหรือยายบุตรสาวหลานสาวน้องสาวหรือพี่สาวบุตรสาวของ น้องหรือพี่ชายบุตรสาวของน้องหรือพี่สาวน้องหรือพี่สาวของบิดาหรือน้องหรือพี่สาวของบิดาหรือน้องหรือพี่สาวของ มารดา<sup>37</sup> ในกรณีเป็นชายห้ามมิให้บันทึกทางทะเบียนคู่วิต กับบิดาปู่หรือตาบุตรชายหลานชายน้องหรือพี่ชายบุตรชาย ของน้องหรือพี่ชายบุตรชายของน้องหรือพี่สาวน้องหรือพี่ชายของบิดาน้องหรือพี่ชายของมารดา<sup>38</sup> การบันทึกทางทะเบียน เป็นคู่วิตซึ่งได้กระทำระหว่างบุคคลดังกล่าวเป็นโมฆะ<sup>39</sup>

### 2.3.1.3 สิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่วิต

1) สิทธิได้รับการรับรองสถานภาพคู่วิตตามกฎหมายเท่าเทียมกับคู่สมรส

คู่วิตที่ได้รับการจดทะเบียนจะได้รับการคุ้มครองและรับรองโดย Vermont civil Union Bill ให้มี สิทธิและหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นสิทธิและหน้าที่อันเกิดจากกฎหมายซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายคอมมอนลอว์ รวมถึง ระเบียบของฝ่ายบริหารหรือตุลาการโดยเสมอภาคกับคู่สมรสต่างประเทศทุกประการ<sup>40</sup> นอกจากนี้ถ้อยคำใดใดในกฎหมายที่ อ้างอิงถึงคู่สมรสครอบครัวญาติหรือถ้อยคำอันเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์อย่างเช่นสามีภรรยาให้หมายความรวมถึงบุคคล ซึ่ง เป็นคู่วิตด้วย

2) สิทธิและหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูระหว่างกันและกันตามกฎหมาย

บุคคลซึ่งเป็นคู่วิตที่ได้จดทะเบียนกันตามกฎหมายจะต้องมีหน้าที่ในการอุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและ กันตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับคู่สมรส<sup>41</sup> เช่นเดียวกับคู่สมรสต่างประเทศ

3) สิทธิและหน้าที่ของคู่วิตที่ได้รับจากรัฐตามกฎหมายครอบครัว

สิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ในครอบครัวอันเกี่ยวเนื่องมาจากการสมรสเช่นการโฆษณาของ การสมรสการหย่าหรือการแยกกันอยู่ชั่วคราวการอุปการะเลี้ยงดูบุตรทรัพย์สินระหว่างสามีภรรยาเท่าเทียมกับคู่สมรสต่าง ประเทศด้วย<sup>42</sup>

<sup>36</sup> Section 3 Vermont Civil Union Bill

<sup>37</sup> Section 1203 (a) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>38</sup> Section 1203 (b) Vermont Statute Annotated Title 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>39</sup> Section 1203 (c) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>40</sup> Section 1204 (a) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>41</sup> Section 1204 (b) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>42</sup> Section 1204 (c) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

4) หน้าที่และความสัมพันธ์ของคู่ชีวิตระหว่างบิดามารดาและบุตรตามกฎหมาย  
กฎหมายได้บัญญัติไว้ในกรณีที่บุตรนั้นเป็นบุตรที่เกิดโดยธรรมชาติของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งในระหว่างการมีสถานภาพคู่ชีวิตคู่ชีวิตอีกฝ่ายยอมมีสิทธิ์ต่อบุตรดังกล่าวนั้นเป็นอย่างเดียวกับกรณีคู่สมรสชายหญิงซึ่งมีบุตรโดยธรรมชาติเกิดขึ้นในระหว่างสถานภาพสมรส<sup>43</sup>

5) สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายอื่นอันเกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสของบุคคล  
กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายความรับผิดชอบในฐานะคู่สมรสและความคุ้มครองมาใช้บังคับกับคู่ชีวิตด้วย โดยอนุโลมรวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์สิทธิ สิทธิอันเกี่ยวข้องกับการกระทำอันเกี่ยวเนื่องที่มีมูลเหตุมาจากสถานภาพสมรส<sup>44</sup> สิทธิตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับภาษีอากรอย่างอื่นนอกจากภาษีที่ดิน<sup>45</sup> สิทธิประโยชน์อื่นๆตามกฎหมายอันเนื่องจากการสมรสเช่นการตกทอดซึ่งทรัพย์สินของผู้ตาย<sup>46</sup> การรับบุตรบุญธรรม<sup>47</sup> สิทธิในการรับสวัสดิการสังคมต่างๆตามกฎหมายแห่งรัฐเวอร์มอนต์<sup>48</sup>

#### 2.3.1.4 คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์

คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์กฎหมายของรัฐเวอร์มอนต์ก็ให้สิทธิหน้าที่ในครอบครัวแก่คู่รักที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันอย่างเสมอภาคกันกับคู่สมรสชายหญิงทุกประการการยุติความสัมพันธ์ก็จะเป็นกระบวนการอย่างเดียวกันกับการหย่าของคู่สมรสในมลรัฐเวอร์มอนต์ซึ่งคู่ชีวิตมีสิทธิและหน้าที่เป็นประการเดียวกันกับกรณีการหย่าในคู่สมรสชายหญิงทุกประการ<sup>49</sup>

#### 2.3.2 การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา

การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตให้แก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียนั้นสามารถใช้ได้  
อย่างถูกกฎหมายเมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน 2008 กฎหมายได้กำหนดให้การจดทะเบียนในการอยู่ร่วมกันในลักษณะของ Domestic Partnership คือสามารถเลือกที่จะทำสัญญากันอยู่ด้วยกันหรือจดทะเบียนความสัมพันธ์เพื่อให้คู่ชีวิตมีสิทธิเท่าเทียมกันกับคู่สมรสต่างเพศภายใต้รัฐธรรมนูญ<sup>50</sup>

<sup>43</sup> Section 1204 (d) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>44</sup> Section 1204 (e)(1) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>45</sup> Section 1204 (e)(2) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>46</sup> Section 1204 (e)(3) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>47</sup> Section 1204 (e)(4) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>48</sup> Section 1204 (e)(13) Vermont Statute Annotated Title 3 Chapter 23 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย Section 3 of Vermont Civil Union Bill

<sup>49</sup> GLAD Equal Justice Under Law, *How to Get Married in Vermont*, p. 16, from <http://www.glad.org/uploads/docs/publications/how-to-get-married-ma.pdf>

<sup>50</sup> Know Donor Registry, *California Donor, Adoption and Marriage Laws*, from <https://knowdonorregistry.com/library/laws/us-california-family-code>

2.3.2.1 เงื่อนไขของบุคคลซึ่งอาจเข้าจดทะเบียนตามกฎหมาย Domestic Partnership

1) บุคคลทั้งสองจะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันและบุคคลต่างเพศที่ต้องการใช้สิทธิตามข้อตกลงในการใช้ชีวิตร่วมกัน

2) ทั้งสองฝ่ายจะต้องเป็นบุคคลซึ่งมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี<sup>51</sup> เว้นแต่

(1) บุคคลที่อายุต่ำกว่า 18 ปี จะต้องได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรของผู้ปกครองของแต่ละฝ่าย และคำสั่งของศาล<sup>52</sup>

(2) เพื่อเป็นที่พอใจแก่ศาล ศาลจะกำหนดให้บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปีนั้นลงลายมือชื่อให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร หรือในกรณีที่ผู้ปกครองไม่สามารถให้ความยินยอม ศาลอาจมีคำสั่งให้ความยินยอมเองได้<sup>53</sup>

3) ทั้งสองฝ่ายต้องไม่เป็นบุคคลที่สมรสแล้วหรือได้บันทึกทางทะเบียนกับผู้อื่นอยู่แล้ว ในขณะที่เข้ารับการบันทึกทางทะเบียนนั้น<sup>54</sup>

4) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมในการใช้ชีวิตร่วมกันมีความมุ่งมั่นที่จะร่วมดูแลกันในลักษณะที่เป็นการถาวร<sup>55</sup>

5) บุคคลทั้งสองฝ่ายที่จะจดทะเบียนใช้ชีวิตร่วมกันนั้นบุคคลใดบุคคลหนึ่งจะต้องไม่เป็นผู้ที่เคยถูกปฏิเสธการจดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันมาก่อนเว้นแต่คำปฏิเสธการจดทะเบียนการใช้ชีวิตร่วมกันนั้นถูกยกเลิกไปแล้ว<sup>56</sup>

6) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องมีที่อยู่อาศัยด้วยกัน ไม่ว่าจะที่อยู่อาศัยนั้นจะเป็นชื่อฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ครอบครองก็ตาม

7) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องยินยอมที่จะร่วมรับผิดชอบซึ่งกันและกันในค่าใช้จ่ายที่อาจจะเกิดขึ้นระหว่างการใช้ชีวิตร่วมกัน

8) บุคคลทั้งสองฝ่ายจะต้องไม่เป็นบุคคลซึ่งต้องห้ามมิให้มีการบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิต กล่าวคือต้องไม่เกี่ยวข้องกันตามสายโลหิตตามที่กฎหมายของรัฐห้าม<sup>57</sup>

9) การประกาศรับรองในการใช้ชีวิตร่วมกันของบุคคลทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องจัดทำต่อ The Secretary of State<sup>58</sup>

---

<sup>51</sup> Section 297 (b) (3) of California Family Code

<sup>52</sup> Section 297.1 (b)(1) of California Family Code

<sup>53</sup> Section 297.1 (b)(2) of California Family Code

<sup>54</sup> Section 297 (b)(1) of California Family Code

<sup>55</sup> Section 297 (a) of California Family Code

<sup>56</sup> Section 297 (b)(1) of California Family Code

<sup>57</sup> Section 297 (b)(2) of California Family Code

<sup>58</sup> Section 298 (a)(1) of California Family Code

### 2.3.2.2 สิทธิและหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต

สิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนตามกฎหมาย Domestic Partnership กฎหมายได้กำหนดให้ผู้ที่ได้รับการบันทึกทางทะเบียนนี้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนคู่สมรสต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็สิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ประกันสังคม<sup>59</sup> ไม่ว่าสิทธินั้นจะเป็นผลมาจากกฎเกณฑ์ระเบียบบริหาร กฎระเบียบศาลนโยบายของรัฐ หรือกฎหมายอื่นๆที่บังคับใช้กับคู่สมรสต่างประเทศ<sup>60</sup> รวมถึงสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตร รวมถึงสิทธิในการรับมรดก<sup>61</sup>

### 2.3.2.3 คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์

คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ก็ให้สิทธิหน้าที่ในครอบครัวแก่คู่รักที่เป็นคู่รักเพศเดียวกันอย่างเสมอภาคกับคู่สมรสชายหญิงทุกประการการยุติความสัมพันธ์ก็จะเป็นกระบวนการเช่นเดียวกันกับตอนจดทะเบียนคือบุคคลทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องจัดทำต่อ The Secretary of State<sup>62</sup>

### 2.3.3 การบันทึกทางทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศอังกฤษ

การบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตของประเทศอังกฤษเป็นไปตามกฎหมาย civil partnership act 2004 เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความเสมอภาคให้แก่ครอบครัวของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศให้มีสิทธิไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิงซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวมีอิทธิพลต่อการร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศไทย

#### 2.3.3.1 เงื่อนไขของบุคคลซึ่งอาจเข้าบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต

- 1) บุคคลที่จะเข้ารับการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตทั้งสองต้องมีเพศเดียวกัน<sup>63</sup>
- 2) บุคคลที่จะเข้ารับการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องไม่เคยได้รับการจดทะเบียนทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกับบุคคลอื่นในขณะเดียวกันหรือทำการสมรสในขณะเดียวกัน<sup>64</sup>
- 3) บุคคลที่จะเข้ารับการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตทั้งสองฝ่ายต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 16 ปี และเฉพาะบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีการบันทึกทางทะเบียนของคู่ชีวิตในประเทศอังกฤษแคว้นเวลส์และไอร์แลนด์เหนือต้องได้รับความยินยอมจากบิดามารดาหรือผู้ปกครองเสียก่อน
- 4) บุคคลนั้นต้องไม่อยู่ในสถานภาพต้องห้ามมิให้บันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต กล่าวคือมิได้มีความสัมพันธ์เป็นญาติโดยการสืบสายโลหิตหรือโดยการรับบุตรบุญธรรมขึ้นไปหรือลงมาหรือเป็นความสัมพันธ์ทางเครือญาติในระดับเดียวกันนับได้ 3 ชั้นคือบุตรหรือบุตรบุญธรรมที่มีบิดามารดาหรือพ่อแม่บุญธรรมปู่ย่าหรือตายายพี่น้อง

<sup>59</sup> Section 297.5 (a) of California Family Code

<sup>60</sup> Section 297.5 (b) of California Family Code

<sup>61</sup> Section 297.5 (d) of California Family Code

<sup>62</sup> Section 298 (a)(1) of California Family Code

<sup>63</sup> Section 3 Chapter (1)(a) of Civil Partnership Act 2004

<sup>64</sup> Section 3 Chapter (1)(b) of Civil Partnership Act 2004

ร่วมบิดามารดาหรือพี่น้องร่วมแต่บิดาหรือมารดาของตน บุตรของพี่น้องร่วมบิดามารดาหรือร่วมแต่บิดาหรือมารดาเป็นต้น

### 2.3.3.2 สิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต

1) ทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตให้สิทธิในการจำหน่ายทรัพย์สินของคู่ชีวิต การทำพินัยกรรม ทรัสต์ รวมทั้งให้สิทธิในการให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่คู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งและบุตรนั้นให้มีผลบังคับถึงคู่ชีวิตด้วย

2) สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรและการรับบุตรบุญธรรม ซึ่งสิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดากับบุตรในครอบครัวของคู่ชีวิตดังกล่าวยังได้รับการรับรองถึงความปกครองสิทธิในการกำหนดถิ่นที่อยู่และการติดต่อบุตรและการสนับสนุนทางการเงินแก่บุตรและยังรับรองสิทธิของคู่รักที่เป็นคนข้ามเพศที่เกี่ยวกับการรับบุตรบุญธรรม

3) สิทธิและหน้าที่ด้านสวัสดิการสังคม โดยมีสิทธิในการพักอาศัยและการเช่าบ้านในส่วนตัวที่เกี่ยวข้องกับสถานภาพสมรสให้หมายความรวมถึงสภาพคู่ชีวิตด้วย

4) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายต่อต้านความรุนแรงโดยได้รับการรับรองสถานภาพคู่ชีวิตเช่นเดียวกับสถานภาพสมรส

5) สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาในผลแห่งละเมิดโดยญาติของผู้ซึ่งได้รับบาดเจ็บหรือถึงแก่ความตายอันเป็นผลจากการทำละเมิดของผู้อื่นสามารถใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนให้มีผลรับรองสถานภาพคู่ชีวิตตามกฎหมายด้วย

6) สิทธิตามกฎหมายลักษณะพยาน คู่ชีวิตสามารถนำสิทธิตามกฎหมายลักษณะพยานว่าด้วยคู่สมรสอันเกี่ยวกับหลักถ้อยคำแถลงพยานตามกฎหมายถูกแก้ไขเพิ่มเติมรวมทั้งเรื่องของพยานที่เกี่ยวข้องด้วยชื่อเสียงและขนบธรรมเนียมประเพณีของครอบครัวเพื่อพิสูจน์หรือหักล้างความมีอยู่จริงในการสมรสก็นำมาใช้กับคู่ชีวิตด้วย

### 2.3.3.3 คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์

หากคู่ชีวิตฝ่ายใดได้เห็นว่าสถานะความเป็นคู่ชีวิตไม่อาจดำเนินต่อไปได้ก็ขอที่จะร้องขอต่อศาลให้ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตได้ในการพิจารณาศาลจะสั่งให้ยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตไม่ได้เว้นแต่จะปรากฏข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งกล่าวคือ

1) คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีพฤติกรรมชั่วอันเป็นเหตุตามสมควรหรือมีเหตุร้ายแรงจนทำให้ผู้ร้องไม่อาจทนร่วมอยู่กันฉันสามีภรรยา กับคู่ชีวิตอีกฝ่ายได้อีกต่อไป

2) ทั้งสองฝ่ายแยกกันอยู่มาอย่างน้อย 2 ปีติดต่อกันก่อนยื่นคำร้อง

3) ทั้งสองฝ่ายแยกกันอยู่มาแล้วอย่างน้อย 5 ปีติดต่อกันก่อนยื่นคำร้อง

4) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งทิ้งร้างผู้ร้องเป็นระยะเวลาอย่างน้อย 2 ปีติดต่อกันก่อนยื่นคำร้องแต่ทั้งนี้คำร้องดังกล่าวจะยื่นภายใน ระยะเวลา 1 ปีนับแต่เวลาที่บันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิตไม่ได้<sup>65</sup>

<sup>65</sup> สกฤตสุข หอพิบูลสุข, คู่ชีวิตเพศเดียวกัน (Civil Partnership), กรุงเทพฯ: ฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชนระหว่างประเทศ สำนักงานอัยการพิเศษ, 2558

### 2.3.4 การบันทึกข้อตกลงคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศส

ระบบของกฎหมายฝรั่งเศสมีความใกล้เคียงอย่างยิ่งกับระบบกฎหมายของประเทศไทยและมีอิทธิพลต่อการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยนอกจากนี้กฎหมายคู่ชีวิตของฝรั่งเศสหรือกฎหมาย PACS ยังเป็นกฎหมายคู่ชีวิตของต่างประเทศที่อีกมีอิทธิพลต่อการนำรูปแบบการบันทึกทางทะเบียนมาเป็นแนวคิดในการยกร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิตของประเทศไทยอีกด้วย

โดยในปัจจุบันรูปแบบการสร้างครอบครัวของคู่รักในฝรั่งเศสมี 3 รูปแบบคือ

1) การจดทะเบียนสมรสหรือการแต่งงาน กฎหมายอนุญาตให้คนต่างเพศเท่านั้นที่สามารถจดทะเบียนสมรสกันได้

2) ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน ข้อตกลงในการอยู่ร่วมกันนั้นสามารถทำข้อตกลงกันได้ไม่ว่าจะเป็นคู่รักเพศเดียวกัน หรือคู่รักต่างเพศ ที่มีเจตนาใช้ชีวิตร่วมกันแต่ไม่ได้มีเจตนาในการสร้างครอบครัวให้ผูกพันตามกฎหมายแต่อย่างใด ฉะนั้นจึงไม่มีสิทธิในการจัดการทรัพย์สินร่วมกัน และไม่มีสิทธิในและหน้าที่ระหว่างสามีภรรยาตามกฎหมาย แต่ยังคงได้รับสิทธิบางประการจากรัฐในการสร้างครอบครัว

3) สัญญาทางแพ่งในการอยู่ร่วมกัน PACS (Pacte civil de solidarite) เป็นสัญญาอีกรูปแบบหนึ่งในการสร้างครอบครัวของประเทศฝรั่งเศส การจดทะเบียนชนิดนี้จะได้รับสิทธิน้อยกว่าการจดทะเบียนสมรส การจดทะเบียนและการหย่าจะกระทำโดยใช้กระบวนการทางศาล และต้องใช้ทนายความฝ่ายยินยอมทำการหย่ากัน และข้อต่อของข้อตกลงในการอยู่ร่วมกัน PACS คือสามารถทำได้ทั้งคู่รักเพศเดียวกันและคู่รักต่างเพศ และการหย่ากันให้ง่ายขึ้นแต่ยังมีผลผูกพันตามกฎหมาย<sup>66</sup>

กฎหมายคู่ชีวิตของประเทศฝรั่งเศสหรือกฎหมาย PACS นั้นมีความมุ่งหมายเพื่อให้เป็นทางเลือกแก่บุคคลซึ่งประสงค์จะได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในลักษณะของครอบครัวที่ไม่ใช่ในรูปแบบของการแต่งงาน จึงเป็นเหตุให้กฎหมายดังกล่าวมิได้ให้ความเสมอภาคในด้านสิทธิตามกฎหมาย คู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS มีเพียงสิทธิได้รับการยอมรับตามกฎหมายอาทิเช่นสิทธิหน้าที่ในทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิตที่ร่วมกันระหว่างคู่ชีวิตการได้รับการยอมรับตามกฎหมายประกันสังคม แต่สิทธิบางประการอาทิเช่นสิทธิระหว่างบิดามารดาและบุตรหรือสิทธิในการรับมรดกของคู่ชีวิตอีกฝ่ายในฐานะทายาทโดยธรรมจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย PACS

#### 2.3.4.1 เงื่อนไขในการทำข้อตกลงคู่ชีวิตตามกฎหมายPACS

การบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS นั้นมิได้กระทำโดยการยื่นคำร้องขอบันทึกสถานะความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตต่อนายทะเบียนโดยตรง โดยการจดทะเบียนนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดแบบไว้ แต่กำหนดให้ทำเป็นการบันทึกทะเบียนเป็นคู่ชีวิต จะต้องทำข้อตกลงคู่ชีวิตระหว่างกันเสียก่อนและเมื่อทำข้อตกลงดังกล่าวแล้วจึงไปยื่นขอบันทึกข้อตกลงเพื่อจดแจ้งกับเจ้าศาลของศาลที่มีอำนาจเมื่อได้มีการบันทึกข้อตกลงคู่ชีวิตแล้ว สถานภาพความเป็นคู่ชีวิตจึงได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายต่อไป

<sup>66</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *กฎหมายความรักและความผูกพัน*, ข่าวสารพัฒนากฎหมาย ฉบับที่ 61 1 (กุมภาพันธ์ 2554), จาก [http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?opinion=com\\_\conctect&task=view&id=533&itemid=1](http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?opinion=com_\conctect&task=view&id=533&itemid=1)



1) เพศของบุคคลซึ่งจะทำข้อตกลงเป็นคู่ชีวิตกันนั้นสามารถกระทำได้ทั้งในระหว่างบุคคลที่มีเพศเดียวกันและในระหว่างชายกับหญิง<sup>67</sup>

2) บุคคลที่จะเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตนั้นจะต้องเป็นบุคคลที่ได้บรรลุนิติภาวะและผู้เยาว์จะบรรลุนิติภาวะต่อเมื่อมีอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์ตามกฎหมายฝรั่งเศส<sup>68</sup>

3) ข้อห้ามของการทำข้อตกลงคู่ชีวิต PACS ตกเป็นโมฆะหากมีพฤติการณ์ดังต่อไปนี้

(1) หากปรากฏว่าบุคคลที่จะเข้ารับการจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตเป็นผู้สืบสายโลหิตโดยตรงขึ้นไปหรือลงมาหรือเป็นเครือญาติโดยตรงจากการสมรสหรือเป็นญาติสืบสายโลหิต

(2) ถ้าฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีสถานภาพสมรสหรือมีสถานภาพการเป็นคู่ชีวิตกับผู้อื่น

(3) บุคคลซึ่งเป็นผู้บรรลุนิติฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกอยู่ในความอนุบาล

#### 2.3.4.2 สิทธิและหน้าที่อันกฎหมายกำหนดให้แก่คู่ชีวิต

1) หน้าที่อุปการะเลี้ยงดูซึ่งกันและกันตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในข้อตกลงคู่ชีวิต

2) หนี้ร่วมระหว่างคู่ชีวิต คู่ชีวิตต้องร่วมกันรับผิดชอบในหนี้ที่คู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก่อขึ้นเพื่อการจัดหาสิ่งจำเป็นสำหรับดำรงชีพหลักจากได้มีการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิต

3) การจัดการทรัพย์สินระหว่างคู่ชีวิต ภายหลังทำข้อตกลงคู่ชีวิตในกรณีที่มีอสังหาริมทรัพย์และสังหาริมทรัพย์กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นทรัพย์สินที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ เว้นแต่คู่ชีวิตจะได้ออกข้อตกลงก่อนมีการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตได้มีกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

4) สิทธิตามกฎหมายภาษี กฎหมาย PACS รับรองสิทธิคู่ชีวิตตามกฎหมายโดยให้คู่ชีวิตมีสิทธิอย่างเท่าเทียมกันในทางกฎหมายภาษีในทำนองเดียวกับคู่สมรสชายหญิง

5) สิทธิหน้าที่ตามกฎหมายสวัสดิการสังคม กฎหมายบัญญัติรับรองให้เงินหรือสิทธิประโยชน์ตามประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมของฝรั่งเศสสามารถตกทอดแก่คู่ชีวิตได้ด้วยรวมถึงประมวลกฎหมายสวัสดิการสังคมซึ่งให้แก่บิดามารดาของผู้ซึ่งมีครอบครัวแล้วนั้นให้ รวมถึงบิดามารดาของผู้มีสถานภาพคู่ชีวิตด้วย

6) สิทธิหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรและสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการรับบุตรบุญธรรมและการผสมเทียมรวมถึงสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม

7) สิทธิตามกฎหมายอื่นๆ อาทิเช่นกฎหมายว่าด้วยข้าราชการแห่งรัฐกฎหมายว่าด้วยข้าราชการท้องถิ่นกฎหมายว่าด้วยข้าราชการสาธารณสุขกฎหมายปรับปรุงความสัมพันธ์ในการเช่าและแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐกำหนดว่าการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในฝรั่งเศส

#### 2.3.4.3 คู่ชีวิตที่ต้องการยุติความสัมพันธ์

การยุติความสัมพันธ์ในฐานะคู่ชีวิตตามกฎหมาย PACS ของฝรั่งเศสนั้นอาจสิ้นสุดด้วยความตายหรือด้วยการสมรสของคู่ชีวิตอีกฝ่ายหนึ่งนอกจากนี้สถานะความเป็นคู่ชีวิตยังสามารถทำให้สิ้นสุดโดยการแสดงเจตนาร่วมกันของคู่ชีวิตหรือโดยการแสดงเจตนาของคู่ชีวิตฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเพียงฝ่ายเดียวโดยการแจ้งการแสดงเจตนาต่อคู่ชีวิตอีกฝ่าย

<sup>67</sup> Article 515-1 of Civil Code

<sup>68</sup> Article 515-1 of Civil Code

ซึ่งการยุติความสัมพันธ์จะมีผลนับแต่เวลาที่มรณะบัตรทะเบียนสมรสหรือเอกสารแสดงเจตนาของคู่ชีวิตได้รับการบันทึกไว้ในทะเบียนแต่จะยกขึ้นต่อผู้บุคคลภายนอกได้ต่อเมื่อศาลหรือ Notary Public ได้ดำเนินการประกาศแก่สาธารณะชน<sup>69</sup>

เมื่อศึกษาการรับรองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการเข้ารับการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตในต่างประเทศ จะเห็นได้ว่าแนวคิดเรื่องการสมรสของบุคคลเพศเดียวกันได้เปลี่ยนแปลงไปตามบริบทของสังคม ปัจจุบันมีหลายประเทศที่ออกกฎหมายมาเพื่อรองรับสิทธิของบุคคลเหล่านี้ให้มีความเท่าเทียมกับบุคคลที่มีเพศตามเพศโดยกำเนิด เนื่องจากรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศนั้นได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาค และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีคำพิพากษารับรองให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศนั้นมีสิทธิในการสมรสกันได้ การกีดกันบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการสมรสและการสร้างครอบครัวย่อมเป็นการแยกคู่ชีวิตดังกล่าวออกจากสถาบันครอบครัว บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายของทุกรัฐให้สามารถจดทะเบียนเป็นคู่ชีวิตกันได้ อีกทั้งยังมีมาตรการส่งเสริมให้คู่ชีวิตมีสิทธิเสมอเหมือนกับสิทธิที่คู่สมรสชายหญิงได้รับตามกฎหมาย รวมถึงสิทธิในการสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมโดยอาศัยเทคโนโลยีช่วยการเจริญพันธุ์ทางการแพทย์ที่กฎหมายได้ให้การรับรองและได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรไว้ให้มีสิทธิและหน้าที่ประการเดียวกับคู่สมรสชายและหญิง

นอกจากนี้กฎหมายในประเทศอังกฤษได้มีการส่งเสริมความเสมอภาคให้แก่ครอบครัวของคู่รักที่มีความหลากหลายทางเพศในการได้รับสิทธิการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตให้มีสิทธิและหน้าที่ไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่สมรสชายหญิง มีการกำหนดกฎหมายเงื่อนไข ของบุคคลผู้ซึ่งต้องการใช้สิทธิ การสร้างครอบครัวจึงเป็นอีกหนึ่งสิทธิของคู่ชีวิตที่รัฐคำนึงและให้ความสำคัญกับสิทธิดังกล่าว ทำให้คู่ชีวิตในประเทศอังกฤษสามารถสร้างครอบครัวทางพันธุกรรมของตนได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย มีสิทธิและหน้าที่ระหว่างบิดามารดาและบุตรไม่ต่างจากคู่สมรสชายและหญิง

หลักเกณฑ์ในการส่งเสริมความเสมอภาคให้แก่บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศในการสร้างครอบครัวของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่กล่าวมาข้างต้นนั้นมีอิทธิพลต่อการยกพระราชบัญญัติคู่ชีวิตในประเทศไทยที่จะนำหลักเกณฑ์และการรับรองสิทธิต่างๆตามกฎหมายมาเพื่อปรับใช้ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย สิทธิเสรีภาพและความเท่าเทียมในการคงไว้ซึ่งสถาบันครอบครัว การผลิตทรัพยากรบุคคลที่มีคุณภาพที่เกิดจากความรักความอบอุ่นที่มนุษย์ทุกคนสามารถกระทำได้ไม่จำกัดอยู่แค่จะต้องเป็นเพศชายและหญิงเท่านั้น หากกฎหมายสามารถรับรองและคุ้มครองถึงสิทธิของบุคคลที่เข้ามามีส่วนร่วมในกระบวนการดังกล่าวให้มีความชัดเจน ทั้งเงื่อนไขและบทกำหนดโทษ รวมถึงส่งเสริมให้คนในสังคมมีความเข้าใจและเปิดกว้างในเรื่องสิทธิจะสามารถทำให้ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวและเพื่อให้คู่ชีวิตแบบ ชายชาย หรือหญิงหญิงเหล่านี้ได้มีโอกาสใช้สิทธิในการสร้างครอบครัวได้อย่างถูกกฎหมายและมีพื้นที่ของความเข้าใจเพื่อให้ทุกคนมีสิทธิในการสร้างครอบครัวได้อย่างเท่าเทียม

### 3. บทสรุป

เมื่อสังคมมีการเปลี่ยนแปลงไป กฎหมายในฐานะตัวกำหนดบรรทัดฐานและความเป็นอยู่ของสังคม รวมถึงเป็นสิ่งที่รับรองถึงสิทธิขั้นพื้นฐานก็ควรที่จะปรับเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ เพื่อเป็นกรอบและวางรากฐานในการประพฤติปฏิบัติให้กับบุคคลในสังคมในการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขและเท่าเทียมกันโดยไม่จำกัดถึงอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งสิทธิ

<sup>69</sup> ฉัตรชัย เอมราช, ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, 2557).

มนุษยชนขั้นพื้นฐานที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้กับบุคคลจึงเป็นสิ่งสำคัญ การสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในการดำเนินชีวิตที่บุคคลในสังคมควรได้รับ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเสมอภาคของบุคคลทุกคนอย่างเท่าเทียมกันและการเคารพในสิทธิซึ่งกันและกันของบุคคล

เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติคู่ชีวิต พ.ศ.... สามารถเอื้อให้ครอบครัวของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศได้ใช้สิทธิหน้าที่ในครอบครัวของตนได้อย่างไม่แตกต่างจากครอบครัวของคู่รักต่างเพศ ประเทศไทยควรพิจารณาถึงความพร้อมของประเทศและความสำคัญของการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน โดยการผลักดันร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ. ... สำหรับบุคคลที่เป็นเพศเดียวกันและต้องการใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เพื่อตอบสนองความเสมอภาคของบุคคลและเป็นการแสดงให้เห็นถึงการเคารพสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในสังคม

### บรรณานุกรม

- กนกวรรณ ธรรมวรรณ. (2555, 2 กรกฎาคม). รัฐไทยกับชีวิตคู่แบบเพศวิถีนอกขนบ. สืบค้นวันที่ 19 กันยายน 2560, จาก [http://www2.ipshr.mahidol.ac.th/ConferenceVIII/ShowAbstract.php?article\\_id=7](http://www2.ipshr.mahidol.ac.th/ConferenceVIII/ShowAbstract.php?article_id=7)
- ฉัตรชัย เอมราช. (2555). ความไม่เสมอภาคในการบันทึกทางทะเบียนเป็นคู่ชีวิตตามร่างพระราชบัญญัติการจดทะเบียนคู่ชีวิต พ.ศ.... วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.
- ฉัญลักษณ์ นามจักร. (2556). การรับรองสถานภาพการสมรสของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ.
- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ. บทความ Queer Anthropology. แนวคิดทฤษฎี เรื่อง ความหลากหลายทางเพศ. ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน).
- นฤพนธ์ ดั่งวิเศษ. การเลี้ยงดูบุตร เลี้ยงดูอย่างไรให้ได้ดี. สืบค้นวันที่ 19 ธันวาคม 2560, จาก <http://www.thisisfamily.org/การเลี้ยงดูลูกอย่างไรให้ได้ดี>.
- นายเกิดโชค เกษมวงษ์จิตร. การจดทะเบียนคู่ชีวิตของกลุ่มคนรักเพศเดียวกัน. ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านส่งเสริมการระงับข้อพิพาท กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ. สืบค้นวันที่ 19 ธันวาคม 2560 จาก <http://www.humanrightscenter.go.th/IHR/HRI2/>
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. คำพิพากษาประวัติศาสตร์ศาลสูงแห่งสหรัฐอเมริกา (สิทธิในการสมรสของบุคคลเพศเดียวกัน). กรุงเทพฯ: ม.ป.พ, ม.ป.ป.
- ปิยะนุช โปตะวนิช (2558). สัญญากับการสมรส. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2556). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 5 ครอบครัว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไพโรจน์ กัมพูสิริ. (2553). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ครอบครัว (พิมพ์ครั้งที่ ๗). กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิมลศิริ ชำนาญเวช. (2555). สิทธิในการสมรสของคนรักเพศเดียวกัน. วารสารนิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2555(ฉบับที่ 4), 877.

- สกุลยุช หอพิบูลสุข. (2558). คู่ชีวิตเพศเดียวกัน (Civil Partnership). กรุงเทพฯ: ฝ่ายคุ้มครองสิทธิประชาชนระหว่างประเทศ สำนักงานอัยการพิเศษ.
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2554). กฎหมายความรักและความผูกพัน. ข่าวสารพัฒนากฎหมาย, 2554 (ฉบับที่ 61), สืบค้นวันที่ 19 ธันวาคม 2560, จาก [http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com\\_content&task=view&id=533&Itemid=1](http://www.lawreform.go.th/lawreform/index.php?option=com_content&task=view&id=533&Itemid=1)
- Carey Goldberg. Vermont High Court Backs Rights of Same-Sex Couples (The New York Time 21 December 1999), para. 1-3. Retrieved January 19, 2018, from <http://www.nytimes.com/1999/12/21/us/vermont-high-court-backs-right-of-same-sex-couples.html>
- GLAD Equal Justice Under Law. How to Get Married in Vermont, p. 16. Retrieved January 17, 2018, from <http://www.glad.org/uploads/docs/publications/how-to-get-married-ma.pdf>
- Know Donor Registry. California Donor, Adoption and Marriage Laws. Retrieved January 19, 2018, from <https://knowndonorregistry.com/library/laws/us-california-family-code>
- Paul LePage. Governor Sing LD 1020, An Act to End Discrimination in Civil Marriage and Affirm Religious Freedom. Retrieved September 15, 2017, from <http://www.maine.gov/tools/whatsnew/ind/ex.php?topic=Gov+News&id=72146&v=Article-2006>