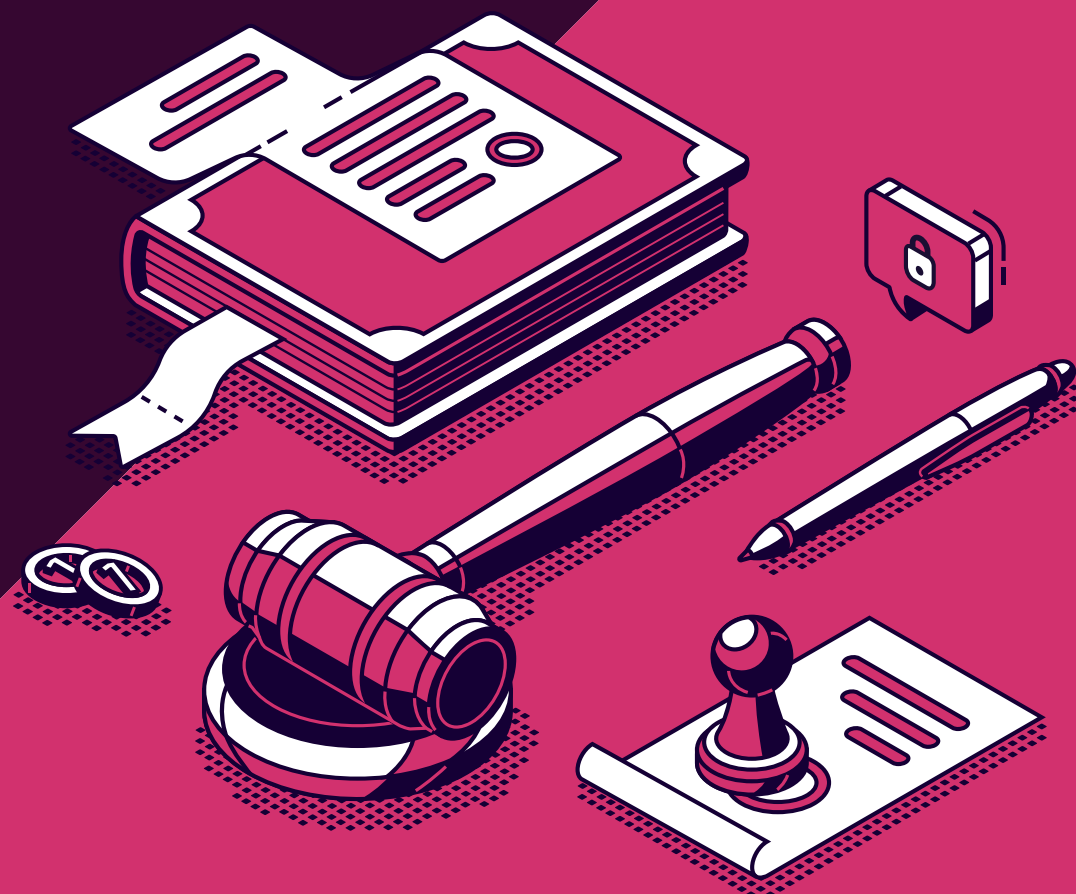


วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์

SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL

ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 (มกราคม - มิถุนายน 2563)

ISSN 2651-1894



วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์
SONGKLANAKARIN LAW JOURNAL (ISSN 2651-1894)
ปี ที่ 2 ฉบับที่ 2 เดือน มกราคม-มิถุนายน 2563

วัตถุประสงค์ของวารสาร

- 1) เพื่อสนับสนุนส่งเสริมให้อาจารย์และบุคลากรภายในคณะได้สร้างสรรค์บทความวิชาการหรือบทความวิจัยที่สอดคล้องต่อยุทธศาสตร์มหาวิทยาลัยและยุทธศาสตร์ชาติ
- 2) เพื่อเป็นช่องทางการเผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการของอาจารย์และบุคลากรภายในคณะอันก่อให้เกิดประโยชน์ต่อสังคม
- 3) เพื่อเปิดโอกาสให้บุคคลทั่วไปได้เผยแพร่ผลงานวิจัยรวมถึงผลงานวิชาการ
- 4) เพื่อมุ่งสู่ความเป็นวารสารที่ได้มาตรฐานตามเกณฑ์คุณภาพวารสารระดับชาติ รวมถึงระดับนานาชาติและการเป็นวารสารวิชาการที่อยู่ในฐานข้อมูล TCI
- 5) เพื่อเป็นการประชาสัมพันธ์ให้บุคคลทั่วไปได้รับทราบและประจักษ์ถึงความมีชื่อเสียงของคณะและมหาวิทยาลัย

ขอบเขตของบทความในวารสาร

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการ บทความวิจัยรวมถึงบทวิจารณ์หนังสือทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมาย การปรับใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริง หรือประเด็นปัญหากฎหมาย ตลอดจนบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการปรับใช้ศาสตร์แขนงต่าง ๆ กับกฎหมาย เช่น การพัฒนากับกฎหมาย เศรษฐศาสตร์กับกฎหมาย วิทยาศาสตร์กับกฎหมาย หรือมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์กับกฎหมาย เป็นต้น

กระบวนการกลั่นกรองบทความ

เมื่อผู้เขียนได้ส่งต้นฉบับบทความตามรูปแบบที่วารสารกำหนดแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการพิจารณาสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิ และส่งบทความให้กับผู้ทรงคุณวุฒิ

จำนวน 2 ท่าน เพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความ (double-blind peer review) เมื่อผู้ทรงคุณวุฒิมีความเห็นให้สมควรตีพิมพ์แล้วจึงส่งผลการพิจารณาให้กับผู้เขียนบทความ หากผู้เขียนบทความได้แก้ไขเพิ่มเติมตามแนะนำของผู้ทรงคุณวุฒิแล้ว กองบรรณาธิการจะนำบทความเข้าสู่กระบวนการเรียบเรียงพิมพ์และตีพิมพ์ต่อไป โดยผู้เขียนบทความจะได้รับเล่มวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ จำนวน 2 เล่ม และเงินสมนาคุณการเขียนบทความตามความเหมาะสม

กำหนดเวลาเผยแพร่

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ จัดพิมพ์และเผยแพร่วารสารปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับเดือนมกราคม-เดือนมิถุนายน และฉบับเดือนกรกฎาคม-เดือนธันวาคม

บทบาทและหน้าที่ของผู้พิมพ์

- 1) รับรองว่าผลงานดังกล่าวยังไม่ได้รับการตีพิมพ์และเผยแพร่ในแหล่งใดมาก่อน หรือไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ของวารสารอื่นใด
- 2) ยินยอมให้ตรวจพิจารณาและแก้ไขต้นฉบับได้ตามที่เห็นสมควรรวมถึงเผยแพร่ทั้งในแบบรูปเล่มและวารสารอิเล็กทรอนิกส์
- 3) ระบุผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในผลงานแก่บรรณาธิการ ถ้าหากมี
- 4) ปฏิบัติตามคำแนะนำการเขียนบทความตามที่วารสารกำหนด
- 5) เคารพและยึดมั่นในจริยธรรมทางวิชาการอย่างเคร่งครัด

บทบาทและหน้าที่ของบรรณาธิการ

- 1) จัดทำและบริหารงานการจัดทำวารสาร
- 2) สรรหา พิจารณากลั่นกรองและคัดเลือกบทความที่จะตีพิมพ์ในวารสาร
- 3) สรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเชี่ยวชาญเพื่อทำหน้าที่ประเมินบทความเพื่อตีพิมพ์

4) เสนอแนะการแก้ไขปรับปรุงบทความให้กับผู้เขียนบทความตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด

5) หากตรวจพบการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการ บรรณาธิการจะหยุดกระบวนการประเมินและตรวจสอบเพื่อตอบรับหรือปฏิเสธการตีพิมพ์บทความนั้น ๆ

6) รักษาความลับข้อมูลของผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ

บทบาทและหน้าที่ของผู้ประเมินบทความ

- 1) รักษาความลับข้อมูลในช่วงระยะเวลาประเมินบทความ
- 2) แจ้งผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of interest) ในการประเมินบทความแก่บรรณาธิการ ถ้าหากมี
- 3) ประเมินบทความโดยใช้ความรู้ความเชี่ยวชาญและหลักวิชาการ ไม่ใช่อคติส่วนตัวมาเป็นเกณฑ์ในการประเมินบทความ
- 4) แจ้งการละเมิดจริยธรรมทางวิชาการในบทความแก่บรรณาธิการ หากมีการตรวจพบ

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

สำนักงานกองบรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

ตึกปณ.56 ปณ.คอหงส์ อ.หาดใหญ่

จ.สงขลา 90112 โทร. 0-7428-2520

☐ บทความทุกเรื่องได้รับการตรวจประเมินคุณภาพโดยผู้ทรงคุณวุฒิ (peer review) จากภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย

- ☐ ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ เป็นของผู้เขียนบทความ กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย
- ☐ กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ไม่สงวนสิทธิในการคัดลอก แต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย
- ☐ ออกแบบปกวารสาร โดยนายพงศกร แย้มมีศิลป์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

กองบรรณาธิการ

ที่ปรึกษา

คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

รองคณบดีฝ่ายวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.กฤษรัตน์ ศรีสว่าง

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีรนต์ เทพสุเมธานนท์

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

อาจารย์ ดร.สรรเพชดา ครุฑเครือ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

อาจารย์ พ.ต.ท.ดร.ชวนัสถ์ เจนการ

วิทยาลัยสหวิทยาการ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้จัดการวารสาร

นางสาวจันทิรา จันทระโชติ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่านครับ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เริ่มตีพิมพ์เผยแพร่ฉบับแรกจนถึงฉบับล่าสุด รวมระยะเวลาสองปีเต็ม คณะนิติศาสตร์ตลอดจนทีมงานทุกคนรวมถึงบรรณาธิการมีความตั้งใจเป็นอย่างยิ่งที่จะดำเนินการและบริหารจัดการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ให้ได้มาตรฐานและมีคุณภาพมากที่สุด ในครั้งเริ่มต้นวารสารได้เปิดรับบทความวิจัยและบทความวิชาการที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้เขียน ผู้ทรงคุณวุฒิและกองบรรณาธิการผ่านช่องทางไปรษณีย์รวมถึงไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ จนกระทั่งเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2563 วารสารได้เริ่มใช้ระบบวารสารออนไลน์ ThaiJO2.0 ผ่านเว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> จึงเป็นการเริ่มต้นเปิดรับบทความและการติดต่อสื่อสารระหว่างผู้เขียน ผู้อ่าน ผู้ทรงคุณวุฒิและกองบรรณาธิการผ่านช่องทางระบบวารสารออนไลน์ วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์จึงมีการพัฒนาคุณภาพการดำเนินการและการบริหารจัดการมาเป็นลำดับ

ในครั้งนี้อวสารได้รับโอกาสให้ตีพิมพ์เผยแพร่บทความวิชาการและบทความวิจัยของผู้เขียนที่เป็นบุคลากรภายนอกมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ดังนี้ 1) บทความเรื่อง “การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย” โดยคุณโอมาร์มุกตาร์ นำ 2) บทความเรื่อง “การเลือกตั้งท้องถิ่นกับปัญหาการจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งในการบริจาคเงินแก่วัด ศาสนสถาน” โดยคุณเอกพงษ์ สารน้อย 3) บทความเรื่อง “การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการโดยองค์กรภายนอก: ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง” โดยคุณประเสริฐ สิทธิินวผล 4) บทความเรื่อง “การรับมรดกของทายาทตามสัญญาค้ำประกัน” โดยคุณอัศรพล ทองกลาง และ 5) บทความเรื่อง “องค์กรอาชญากรรมในความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด” โดยคุณธารินทร์ กุลปรียะวัฒน์ คุณประเสริฐ ตันศรีวรรัตน์และคุณคุณากร วรวิทย์รัตนกุล ซึ่งกองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ขอขอบคุณผู้เขียนบทความที่กรุณาส่งบทความมาตีพิมพ์เผยแพร่ในครั้งนี้

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ ขอขอบคุณผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกมหาวิทยาลัยที่ทำหน้าที่กองบรรณาธิการวารสารเป็นอย่างยิ่ง ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิภายใน

และภายนอกมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ที่ทำหน้าที่ประเมินคุณภาพบทความ คำแนะนำ และข้อเสนอแนะของท่านถือเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนบทความและวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เป็นอย่างมาก

ในท้ายสุดนี้วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 2 ถือเป็นผลงานของการทำหน้าที่กองบรรณาธิการวารสารชุดปัจจุบันที่กำลังจะหมดวาระการดำรงตำแหน่งอีกด้วย กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ขออภัยในข้อผิดพลาดใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้น พร้อมทั้งยินดีน้อมรับคำติชมและข้อเสนอแนะที่เป็นประโยชน์เพื่อพัฒนาปรับปรุงวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ให้มีมาตรฐานยิ่งขึ้นพร้อมก้าวสู่วารสารที่อยู่ในฐานข้อมูลวารสารระดับชาติในโอกาสต่อไป

ผศ.ดร.กฤษรัตน์ ศรีสว่าง

บรรณาธิการ

24 มิถุนายน 2563

สารบัญ
Content

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่ สัญญาซื้อขาย Acquisition of Ownership of Movable Things by A Contract Other Than Sale โอมาร์มุกตาร์ นำ <i>Omarmuktar Nam</i>	1
การเลือกตั้งท้องถิ่นกับปัญหาการจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งใน การบริจาคเงินแก่วัด ศาสนสถาน Local Elections and the Problem of Limiting the Rights of Candidates of Local Elections Who Donate Money to Temples and Religious Places เอกพงษ์ สารน้อย <i>Egkapong Sarnnoi</i>	36
การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการโดยองค์กรภายนอก: ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง Examination of Non-prosecution Orders by Public Prosecutors by External Organizations: Court of Justice and Administrative Court ประเสริฐ สิทธิินวพล <i>Prasert Sitthinawaphol</i>	53

การรับมรดกของทายาทตามสัญญาค้ำประกัน 85

Inheritance of the successor according to the Suretyship

อัศรพล ทองกลาง

Aukkarapon Thonglang

องค์กรอาชญากรรมในความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด
เกี่ยวกับยาเสพติด 108

Organized Crime in Conspiracy to Commit an Offense

Related to Drug

ธารินทร์ กุลปรียะวัฒน์, ประเสริฐ ตันศรีวรรัตน์, คุณากร วรวิทย์รัตนกุล

Tarin Kulpreeyawat, Prasert Tansriworarat, Kunagon Worawitratanakul

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

Acquisition of Ownership of Movable Things by A Contract Other Than Sale

โอมาร์มุกตาร์ นาม¹

Omarmuktar Nam

(Received: January 7, 2020, revised: February 12, 2020, accepted: February 18, 2020)

บทคัดย่อ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติถึงวิธีที่กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือจากบุคคลหนึ่งมายังอีกบุคคลหนึ่งอันเนื่องมาจากนิติกรรมไว้เป็นการทั่วไปเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรปโดยมาก แต่กลับบัญญัติเพียงเฉพาะบางเรื่องบางลักษณะ เช่น มาตรา 458 อันเป็นการดำเนินตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสที่ถือว่าสัญญาในทางลักษณะหนึ่งได้มีผลเกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นวัตถุแห่งสัญญาไปในตัว แต่กฎหมายโรมันการโอนกรรมสิทธิ์จะต้องมีการส่งมอบการครอบครอง และตามกฎหมายแพ่งเยอรมันนอกจากจะมีการส่งมอบแล้วยังจะต้องยินยอมพร้อมใจให้กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือด้วย ทั้งนี้ โดยถือหลักว่านิติกรรมมีผลแต่เพียงทำให้คู่กรณีมีหน้าที่ในทางกฎหมายลักษณะหนึ่งที่จะต้องไปโอนกรรมสิทธิ์ให้เท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์จะผ่านมือต่อเมื่อได้ทำพิธีโอนกรรมสิทธิ์กันตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน แต่กฎหมายลักษณะทรัพย์สินซึ่งปรากฏอยู่ในบรรพ 4 บัญญัติเฉพาะกรณีที่กรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปโดยผลแห่งกฎหมายเท่านั้น ด้วยเหตุนี้

¹ นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์/หอพักบางกอกปาร์ค ห้อง 2821 ถนนพหลโยธิน ตำบลคลองหนึ่ง อำเภอคลองหลวง จังหวัดปทุมธานี 12120, omnumn@gmail.com.

Bachelor of Laws (Second Class Honours) Faculty of Law, Thammasat University, Graduate Student of Master of Laws Programme in Private Law, Faculty of Law, Thammasat University. Bangkok Park, Room 2821 Phahonyothin Road, Khlong Nueng, Khlong Luang District, Pathum Thani Province, email: omnumn@gmail.com

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงควรมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

คำสำคัญ: การโอนกรรมสิทธิ์, สังหาริมทรัพย์, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

Abstract

Unlike most codes of law in the Continental Europe, the Civil and Commercial Code of Thailand contains no general rules on the transfer of ownership from one person to another by means of a juristic act. Thailand provides the rules on the transfer of ownership only for certain types of juristic act such as Section 458 (Sale Contract), the rule which is indeed modelled from the principle contained in the French Civil Code, given that a contract once is formed will establish obligations between the parties and simultaneously transfer the ownership of the property which is the object of obligation without pursuing any further procedure. This is while the Roman law, on the other hand, further requires, delivery of the property in order to pass its possession to acquirer; whereas, the civil law of Germany requires the parties' mutual agreement to pass on the ownership in addition to the delivery of the property. Both are legally conceived that a juristic act merely creates obligations between the parties that further requires one to latterly transfer the ownership of a property (or a thing) and the ownership will be passed to acquirer only when the delivery procedure is duly performed in accordance with the law of property. Nonetheless, in Book IV of the Thai Civil and Commercial Code, the law of property in Thailand only mention about the transfer of ownership by operation of law. It is therefore suggested by view of the paper that the Civil and Commercial Code of Thailand should

introduce general provisions on the acquisition of ownership of movable things by a contract other than sale.

Keywords: Transfer of Ownership, Movable Things, Civil and Commercial Code

1. บทนำ

การศึกษากฎหมายเป็นการเรียนรู้หลักกฎหมายและระบบกฎหมาย กล่าวคือ เรียนรู้โครงสร้าง หมวดหมู่ ประเภท ข้อความคิดทางกฎหมายต่าง ๆ การใช้การตีความ และวิธีคิด วิธีการ รวมทั้งทัศนคติในระบบกฎหมาย ประมวลกฎหมายเป็นการรวบรวมกฎหมายในเรื่องเดียวกันหรือเกี่ยวพันกันมาไว้ในที่เดียวกันแล้วจัดหมวดหมู่ให้เป็นระบบระเบียบ มีข้อความสอดประสาน ทำความเชื่อมโยงถึงกันและกัน มีลักษณะวางหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นแกนกลางอันเป็นหลักการสำคัญ ๆ แห่งความสัมพันธ์ของคนในสังคมทั้งระบบ ประมวลกฎหมายจึงมีใช้กฎหมายพิเศษ (ius speciale) แต่เป็นกฎหมายทั่วไป (ius generale) ของระบบกฎหมาย การทำความเข้าใจประมวลกฎหมายจึงต้องมีวิธีคิด วิธีทำความเข้าใจอย่างเป็นระบบโดยการอ่านอย่างทำความเข้าใจกันให้ได้ความที่ถูกต้อง ประมวลกฎหมายของต่างประเทศต่าง ๆ เช่น ญี่ปุ่น ไต้หวัน เกาหลีใต้ ไทย ฯลฯ เป็นประมวลกฎหมายที่เลียนแบบมาจากยุโรป เมื่อรับเอาประมวลกฎหมายของยุโรปมาใช้ก็ย่อมจะต้องรับนิติวิธีรวมมาด้วย² ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ประมวลกฎหมายจะได้สอดคล้องกับระบบประมวลกฎหมายนั่นเอง

แม้ระบบกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสและระบบกฎหมายแพ่งเยอรมันต่างเป็นระบบ Civil Law ด้วยกันก็ตาม ทว่าความคิด วิธีคิด วิธีการ และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตนเองนั้นกลับแตกต่างกันในข้อสำคัญ³ ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่ง

² ปรีดี เกษมทรัพย์, *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526), น. 4; สมยศ เชื้อไทย, *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*, พิมพ์ครั้งที่ 26, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), น. 22.

³ สมยศ เชื้อไทย, *เรื่องเดียวกัน*, น. 31.

เยอรมันได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักประวัติศาสตร์ (Historische Rechtsschule)⁴ ซึ่งสำนักนี้ถือว่า ส่วนสำคัญของกฎหมายนั้นมาจากขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงให้ความสำคัญแก่จารีตประเพณี ตรงกันข้ามกับฝรั่งเศสซึ่งถือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญและมีความคิดเป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณี จะใช้จารีตประเพณีมาชี้ขาดตัดสินได้เฉพาะแต่กรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งแล้วเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสได้รับอิทธิพลทางความคิดจากสำนักกฎหมายธรรมชาติหรือสำนักธรรมนิยม (École du droit naturel)⁵ และความคิดของการปฏิวัติฝรั่งเศส (Révolution française) เมื่อ ค.ศ. 1789 ซึ่งมีความประสงค์จะเปลี่ยนแปลงสังคมและระบอบการปกครองไปสู่ระบอบใหม่ จึงมีความคิดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อจารีตประเพณีที่เป็นกฎเกณฑ์ของสังคมเก่า นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสไม่มีบทบัญญัติว่าด้วย “หลักทั่วไป” แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันมีหลักทั่วไปบัญญัติไว้เป็นอีกบรรพหนึ่งโดยเอกเทศ (Buch 1 Allgemeiner Teil) อีกทั้งในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันแบ่งแยกเรื่องหนี้ (Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse) และเรื่องทรัพย์สิน (Buch 3 Sachenrecht) ออกจากกัน ตรงกันข้ามกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งมิได้แบ่งแยกกันโดยชัดแจ้งแต่อย่างใด

อย่างไรก็ดี กรณีสังหาริมทรัพย์นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยหาได้วางหลักเกณฑ์ว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาไว้ในกฎหมายลักษณะทรัพย์อย่างชัดแจ้งอย่างใดไม่ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญางานลักษณะกลับปรากฏอยู่ในกฎหมายว่าด้วยหนี้ในส่วนเอกเทศสัญญา ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในกฎหมายลักษณะซื้อขายและแลกเปลี่ยน ซึ่งวางหลักว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์ย่อมโอนไปยังคู่กรณีตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาแลกเปลี่ยนขณะเมื่อได้ทำสัญญากัน⁶

⁴ ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น. 271-272.

⁵ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เรื่องเดียวกัน*, น. 381-383.

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 458 และมาตรา 519; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 5, 21 วันที่ 1 มกราคม 2471; ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 519 ตอนต้น บัญญัติว่าอย่างชัดเจนว่า “บทบัญญัติทั้งหลายในลักษณะซื้อขายนั้น ท่านให้ใช้ถึงการแลกเปลี่ยนด้วย . . .”

ทว่าในกฎหมายลักษณะให้กฎหมายกลับกำหนดว่าการโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาให้จะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์สินให้⁷ ในบทที่ว่าด้วยสัญญาใช้สอยสิ่งนั้นการโอนกรรมสิทธิ์ในโฉนดทรัพย์สินที่โอนตามสัญญาใช้สอยสิ่งนั้นย่อมบริบูรณ์ต่อเมื่อส่งมอบทรัพย์สินที่ยืม⁸ ดังนั้น จึงมีข้อนำคิดหลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยนั้นเป็นอย่างไรกัน ไม่ว่าจะเป็นเช่าซื้อ ยืมใช้สอยสิ่ง และที่เห็นได้ชัดเจนซึ่งบทความนี้จะยกมาเป็นตัวอย่างในการนำเสนอก็คือจำทำของนั้นหาได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาไม่ อีกนัยหนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่า คู่กรณีฝ่ายหนึ่งจะโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยผลแห่งสัญญาอันมิใช่สัญญาซื้อขายไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งด้วยวิธีการอย่างไร กอปรกับเป็นเรื่องที่ยังไม่มีคำพิพากษากฎีกาวินิจฉัยไว้แต่อย่างใด

2. การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายต่างประเทศ

ประมวลกฎหมายแพ่งในหลายประเทศมีการบัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส, ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน, ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น และประมวลกฎหมายแพ่งสวิต ฯลฯ ในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขอนำเสนอบทกฎหมายของต่างประเทศเพื่อแสดงให้เห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยควรมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาเช่นกัน

2.1 ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil des Français)

ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดในระบบสัญญาเดี่ยว (One agreement system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง solo consensu กล่าวคือ ระบบสัญญาเดี่ยวถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องเดียวกับความสมบูรณ์ของสัญญา อีกนัยหนึ่ง การเกิดขึ้นของสัญญามีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งสัญญาโอนไปทันทีโดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน นักนิติศาสตร์ถือว่า ตามหลัก solo consensu หรือระบบสัญญา

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 523; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 21 วันที่ 1 มกราคม 2471.

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 650 วรรคสอง; ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 56 วันที่ 1 มกราคม 2471.

เดี๋ยวนี้อำนาจที่เกิเกิดขึ้นก่อตั้งทั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ (สัญญาระหว่างคู่กรณี) และทรัพย์สิน (สิทธิเหนือทรัพย์สิน) พร้อมกัน โดยหลักใหญ่ของทฤษฎี solo consensu เดิมมีอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Livre III. Des différentes manières dont on acquiert la propriété) ลักษณะ 3 สัญญาหรือหนี้อันเกี่ยวกับข้อตกลงภาคทั่วไป (Titre III. Des contrats ou des obligations conventionnelles en général) หมวด 3 ผลแห่งหนี้ (Chapitre III. De l'effet des obligations.) ส่วนที่ 2 หนี้ในการให้ (Section 2. De l'obligation de donner.) มาตรา 1138 ซึ่งบัญญัติว่า

“L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée . . .”

มีความว่า “หนี้ที่จะส่งมอบทรัพย์สินสำเร็จบริบูรณ์โดยเพียงแต่มีความยินยอมของคู่สัญญา

ความยินยอมนั้นมีผลให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนไปยังเจ้าหนี้ และความเสี่ยงภัยที่จะเกิดแก่ทรัพย์สินนั้นก็ตกไปยังเจ้าหนี้ในขณะเดียวกันอันเป็นเวลาทรัพย์สินควรจะถูกส่งมอบ . . .”

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเบลเยียม (Code civil belge) มาตรา 1138 ปรากฏบทบัญญัติเช่นเดียวกันทุกถ้อยคำโดยที่ปัจจุบันยังมิได้แก้ไขเพิ่มเติมมาตราดังกล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นที่ทราบกันทั่วไปว่า ราชอาณาจักรเบลเยียม (Royaume de Belgique) ยอมรับเอาประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ค.ศ. 1804 จำนวน 2,281 มาตรา ไปใช้เป็นกฎหมายบ้านเมืองของตน⁹

อย่างไรก็ดี ในปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 2 แห่งรัฐกำหนด (ordonnance) เลขที่ 2016-131 เมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2016 โดยกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไป ทั้งนี้ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

⁹ หยุด แสงอุทัย, *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2552), น. 35; หยุด แสงอุทัย, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*, สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ), พิมพ์ครั้งที่ 21, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2560), น. 166.

บทบัญญัติแห่งบรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ลักษณะ 3 บ่อเกิดแห่งหนี้ (Titre III. Des sources d'obligations) ลักษณะ 4 บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยหนี้ (Titre IV. Du régime général des obligations) และลักษณะ 4 ทวิ การพิสูจน์แห่งหนี้ (Titre IV bis. De la preuve des obligations) ในการนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังคงยืนยันหลัก solo consensus โดยปรากฏถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส บรรพ 3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ลักษณะ 3 บ่อเกิดแห่งหนี้ อนุลักษณะ 1 สัญญา (Sous-titre Ier. Le contrat) หมวด 4 ผลแห่งสัญญา (Chapitre IV. Les effets du contrat) ส่วนที่ 1 ผลแห่งสัญญาระหว่างคู่กรณี (Section 1. Les effets du contrat entre les parties) ส่วนย่อยที่ 2 ผลแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Sous-section 2. Effet translatif) มาตรา 1196 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า

“Dans les contrats ayant pour objet l’aliénation de la propriété ou la cession d’un autre droit, le transfert s’opère lors de la conclusion du contrat.”

มีความว่า “ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อโอนกรรมสิทธิ์หรือโอนสิทธิอื่น ๆ การโอนย่อมเกิดขึ้นเมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์” ทั้งนี้ หลัก solo consensus ง่ายตายแก่การปฏิบัติ เพราะเพียงแค่คู่กรณีตกลงทำสัญญากัน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นก็โอนไปทันที อีกนัยหนึ่ง ผู้รับโอนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินทันทีที่สัญญาเกิดขึ้น ไม่ต้องมีแบบพิธีต่าง ๆ อันจะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปโดยล่าช้าหรืออาจโอนไปไม่ได้เลยด้วยสาเหตุเพราะทำแบบพิธีโอนไม่ถูกต้อง ซึ่งเป็นปัญหาที่จะไม่ปรากฏขึ้นในกฎหมายของประเทศที่ใช้ทฤษฎีสัญญาเดียวในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญา กอปรกับเป็นหลักที่ตรงกับความรู้สึกนึกคิดของคนธรรมดาสามัญซึ่งจะเข้าใจว่าเมื่อทำสัญญากันโดยมิได้มีเงื่อนไขอื่น กรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง นอกจากนี้ หลักข้างต้นได้คุ้มครองลูกหนี้ผู้ส่งมอบทรัพย์สินซึ่งเป็นผู้เสียเปรียบ ในกรณีที่สัญญาตกเป็นโมฆะหรือเป็นโมฆียะและได้มีการบอกกล่าวแล้ว ในกรณีที่ถือทฤษฎีสัญญาเดียวดังเช่นกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญาแม้จะได้มีการส่งมอบกันแล้วก็ตกคืนกลับไปยังผู้โอนทันที แต่ทว่าในทางปฏิบัติผู้โอนก็ต้องเรียกร้องให้ส่งตัวทรัพย์สิน ทั้งนี้ หากผู้รับโอนไม่ยอมก็จำต้องฟ้องร้องคดีต่อศาล

นอกจากนี้ เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยอ้อมมีสิทธิภายใต้กฎหมายที่จะใช้สอยจำหน่ายจ่ายโอน ได้ดอกผลของทรัพย์สินที่ตนเองเป็นเจ้าของนั้น ตลอดจนมีสิทธิที่จะติดตามเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลอื่นที่ไม่มีสิทธิจะยึดถือทรัพย์สินนั้นไว้ หรือขัดขวางมิให้ผู้อื่นเข้ามาข้องเกี่ยวกับทรัพย์สินของตน หรือแม้จะทำลายทรัพย์สินอันเป็นของตนนั้นเสียก็ย่อมได้ สิทธิต่าง ๆ ดังกล่าวจะมีและเป็นไปได้ก็ต่อเมื่อตัวทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เท่านั้น อันเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือที่เรียกว่าทรัพย์สินสิทธิ ในทางกลับกัน เมื่อตัวทรัพย์สินนั้นสูญสิ้นไปด้วยเหตุใดก็ตาม ย่อมส่งผลกระทบต่อกรรมสิทธิ์ของผู้เป็นเจ้าของนั้นด้วย กล่าวคือ สิทธิเหนือทรัพย์สินนั้นก็ย่อมหมดไปด้วย เพราะฉะนั้น การที่ตัวทรัพย์สินสูญสิ้นไปหรือถูกทำลายหมดไปโดยเหตุพ้นวิสัยอันจะเอาผิดหรือโทษใครมิได้ ก็ย่อมเป็นผลร้ายหรือผลเสียต่อตัวผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นเองเป็นธรรมดา ซึ่งก็คือผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินต้องเป็นผู้แบกรับเอาผลแห่งภัยพิบัติหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นของตนเองไป จะไปเรียกร้องให้ใครรับผิดชอบหรือชดใช้ความเสียหายแก่ตนย่อมมิได้ การที่เจ้าของทรัพย์สินย่อมต้องรับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินของตนเองนี้ตรงกับหลักกฎหมายโรมันที่ว่า *res perit domino*¹⁰ (เจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นผู้เสี่ยงภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินของตนเอง) อนึ่ง ฝรั่งเศสได้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย โดยกำหนดให้สัญญาซื้อขายส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ได้ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายสมบูรณ์แต่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายยังไม่โอนไปยังผู้ซื้อทันที แต่ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยที่ถือหลักของ *res perit domino* กฎหมายที่แก้ไขใหม่มิได้เปลี่ยนหลักการดังกล่าว ทว่ามีการยอมรับกันในการตีความสัญญาที่ส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ (Eigentumsvorbehaltskausal) ในเรื่องของการโอนความเสี่ยงภัยว่า ในสัญญาที่ส่งวนการโอนกรรมสิทธิ์ผลแห่งภัยพิบัติโอนไปยังผู้ซื้อพร้อมกับการส่งมอบ¹¹ อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส (Code civil) ที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมและกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม ค.ศ. 2016 เป็นต้นไปนั้น ยังคงยืนยันหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ โดย

¹⁰ ซึ่งตรงกับหลักทั่วไปที่ว่า “*casum sentit dominus*” เจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต้องแบกรับความเสี่ยงภัยทั้งหลายในการที่ทรัพย์สินนั้นสูญหายและถูกทำลายโดยเหตุสุดวิสัย

¹¹ Murad Ferid und Hans Jürgen Sonnenberger, *Das Französische Zivilrecht*, 2. Auflage, 4 Bände (Heidelberg : Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH, 1986), Band II : S. 152-154.

ปรากฏถ้อยคำตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1196 วรรคสาม ตอนต้น ซึ่งบัญญัติว่า

“Le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose.”

มีความว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ย่อมโอนบาปเคราะห์แห่งภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินนั้นด้วย” จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดให้ความเสี่ยงภัยโอนไปพร้อมกับการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ ซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโอนเมื่อสัญญาสมบูรณ์ หมายความว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น เมื่อสัญญาสำเร็จบริบูรณ์ กรรมสิทธิ์ก็โอนไปยังเจ้าหนี้ เช่นนี้ เจ้าหนี้จึงเป็นผู้แบกรับภาระผลแห่งภัยพิบัติไปด้วย กล่าวคือ มิได้รับชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้จากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ทว่ายังมีหน้าที่ต้องชำระราคา อีกนัยหนึ่ง ผู้ใดจะต้องเป็นผู้รับบาปเคราะห์ในภัยพิบัติที่เกิดแก่ทรัพย์สินที่ขายขึ้นอยู่กับผู้ขายนั้นเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวในขณะที่เกิดภัยพิบัติหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการใช้หลัก solo consensu ล้วน ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสมีข้อดีในแง่ที่ว่า หากสัญญาตกเป็นโมฆะหรือมีการเลิกสัญญาเนื่องจากผิดนัดไม่ใช้ราคาทรัพย์สินแก่ผู้โอน ทำให้ผู้โอนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่โอนแม้ว่าจะมีการส่งมอบทรัพย์สินกันแล้วก็ตาม เช่นนี้ ตามกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้โอน เพราะอันตรายในการที่ทรัพย์สินถูกทำลายโดยบังเอิญได้ตกเป็นพับแก่ผู้รับโอนโดยมิต้องคำนึงว่ามีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นหรือไม่ แต่ในกรณีทรัพย์สินในอนาคตหรือทรัพย์สินที่สร้างขึ้นใหม่ย่อมจะเกิดความยุ่งยากในข้อที่ว่ากรรมสิทธิ์เปลี่ยนมือไปตั้งแต่เมื่อใด เจ้าหนี้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวโดยสัญญาตั้งแต่เมื่อใด เพราะโดยสภาพผู้โอนจำต้องกระทำการให้ทรัพย์สินนั้นมีขึ้นเสียก่อน เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสดังที่กล่าวมาข้างต้นนี้ อาจเป็นที่มาของวาทะทางกฎหมายที่นักกฎหมายไทยต่างคุ้นชินกันว่า “เสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาเกิด กรรมสิทธิ์โอน ความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ”

2.2 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch)

ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันร่างขึ้นในปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 สิงหาคม ค.ศ. 1896 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1900 เป็นต้นไป โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นระบบสัญญาคู่ (Two

agreements system) ซึ่งถือหลักกฎหมายโรมันเรื่อง traditio กล่าวคือ ระบบสัญญาคู่ถือว่าการโอนกรรมสิทธิ์เป็นคุณละเรื่องกับสัญญาและหนี้ สัญญามีผลเพียงก่อตั้งสิทธิเรียกร้องทางหนี้ขึ้นระหว่างคู่กรณีเท่านั้น ส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะโอนไปก็ต่อเมื่อมีการทำนิติกรรมอีกชั้นหนึ่งตามมา คือ การตกลงและส่งมอบทรัพย์สิน (traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur) ทั้งนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยสัญญาหรือการโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายแพ่งเยอรมันเป็นนิติกรรมทางทรัพย์สินซึ่งถือกันว่าเป็นนิติกรรมที่แยกเป็นอิสระจากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นแต่เพียงนิติกรรมที่ก่อให้เกิดความผูกพันในการโอนกรรมสิทธิ์ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์เป็นนิติกรรมลอย¹² กล่าวคือ มีผลเป็นอิสระแยกต่างหากจากนิติกรรมทางหนี้ อันเป็นนิติกรรมที่เป็นมูลเหตุแห่งการโอนกรรมสิทธิ์ อีกทั้งการโอนกรรมสิทธิ์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อมีการตกลงโอนกรรมสิทธิ์กันและมีการส่งมอบทรัพย์สินกัน (หลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยส่งมอบ) ในการนี้ การแบ่งแยกนิติกรรมทางทรัพย์สินและนิติกรรมทางหนี้ทำให้สามารถพิจารณานิติกรรมทางหนี้ตามกฎหมายลักษณะหนี้ใดส่วนหนึ่ง ส่วนนิติกรรมทางทรัพย์สินนั้นก็พิจารณาตามกฎหมายลักษณะทรัพย์สินอีกใดส่วนหนึ่ง เป็นเหตุให้ผู้โอนอาจตกลงโอนทรัพย์สินที่ตนยังมีได้เป็นเจ้าของก็ได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์ยังไม่ผ่านมือสัญญานี้ก็สมบูรณ์ และยังได้ผลดีในการคุ้มครองบุคคลภายนอก คือ แม้นิติกรรมทางหนี้ไม่สมบูรณ์ แต่นิติกรรมทางทรัพย์สินสมบูรณ์ และในระหว่างนั้นบุคคลภายนอกก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์เป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไป และมีผลดียิ่งในวงการธุรกิจ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 3 กรรมสิทธิ์ (Abschnitt 3 Eigentum) หมวด 3 การได้มาและการสูญเสียกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Titel 3 Erwerb und Verlust des Eigentums an beweglichen Sachen) ส่วนที่ 1 การโอนทรัพย์สิน (Untertitel 1 Übertragung) มาตรา 929 ว่าด้วยข้อตกลงและการส่งมอบ (Einigung und Übergabe) ดังนี้

“ Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide

¹² ดู กิตติศักดิ์ ปรกติ, หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์สิน, *วารสารนิติศาสตร์*, 19 (2) (มิถุนายน 2532), น. 78-102.

darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

มีความว่า “การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ถือกรรมสิทธิ์จะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และทั้งสองฝ่ายตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป หากทรัพย์สินอยู่ในความครอบครองของผู้รับโอนอยู่แล้ว เพียงการตกลงให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเป็นอันเพียงพอ” จะเห็นได้ว่า ตามมาตรานี้กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ย่อมโอนไปยังผู้รับโอน เมื่อเจ้าของทรัพย์สินได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้รับโอน และคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนจากฝ่ายหนึ่งไปยังอีกฝ่ายหนึ่ง ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันจึงประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ และการส่งมอบ

2.2.1 ข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ (Einigung) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 929 ตอนต้น กรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ตกลงโอนกรรมสิทธิ์นั้นให้แก่ผู้รับโอน ด้วยเหตุนี้ จึงอธิบายกันว่าผู้โอนจะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์หรืออย่างน้อยที่สุดจะต้องเป็นผู้ได้รับมอบหมายจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ให้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น กล่าวคือ ผู้โอนต้องมีสิทธิโอนนั่นเอง โดยข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์ย่อมอาศัยเจตนาเสนอสนองต้องตรงกันระหว่างผู้โอนทรัพย์สินกับผู้รับโอน และข้อตกลงนั้นจะต้องเป็นข้อตกลงที่มุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินหนึ่งสิ่งใดที่กำหนดตัวได้แน่นอน ทั้งนี้ เพราะการโอนทรัพย์สินซึ่งยังไม่สามารถกำหนดตัวแน่นอนได้เป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่า ทรัพย์สินต้องมีทรัพย์สินที่เจาะจงตัวได้มาเป็นวัตถุรองรับ (Bestimmtheitsprinzip)¹³ เจตนาโอนทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีจะต้องมุ่งโดยตรงต่อการโอนไปซึ่งทรัพย์สิน กล่าวคือ มุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินนั่นเอง เรียกข้อตกลงที่มุ่งโดยตรงต่อการเปลี่ยนแปลงสิทธิเหนือทรัพย์สินว่าข้อตกลงทางทรัพย์สินหรือสัญญาทางทรัพย์สิน (Dinglicher Vertrag) ซึ่งเป็นสิ่งที่ต้องแยกออกจากข้อตกลงทางหนี้หรือสัญญาทางหนี้ (Obligatorischer Vertrag) อย่างชัดเจน โดยข้อตกลงทางทรัพย์สินนี้ผู้โอนและผู้รับโอนตกลงกันให้ทรัพย์สินโอนเปลี่ยนมือไปโดยตรง แต่ข้อตกลงทางหนี้คู่กรณี

¹³ Fritz Baur, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 13. Auflage, (München : Verlag C.H.Beck, 1985), § 51 I b; Harry Westermann, *Lehrbuch des Sachenrechts*, 5. Auflage, (Karlsruhe : C.F.Müller, 1966), § 38, 3.

มิได้ก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินโดยตรง คู่กรณีเพียงแต่ตกลงผูกพันกันที่จะโอนทรัพย์สินหรือก่อความเปลี่ยนแปลงทางทรัพย์สินต่อไปเท่านั้น ข้อตกลงทางนี้กับข้อตกลงทางทรัพย์สินจึงเป็นคนละเรื่องกัน และยิ่งกว่านั้นตามกฎหมายเยอรมันยอมรับกันว่าความมีผลหรือความไม่มีผลของข้อตกลงทั้ง 2 ประเภ่นี้ก็เป็นคนละเรื่องแยกเป็นอิสระจากกันและกันเช่นเดียวกัน (Abstraktionsprinzip)¹⁴

2.2.2 การส่งมอบ (Übergabe) ซึ่งนอกจากข้อตกลงโอนกรรมสิทธิ์แล้ว กรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือจากผู้โอนไปยังผู้รับโอนก็ต่อเมื่อมีการส่งมอบทรัพย์สินนั้นประกอบข้อตกลงการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย การส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 929 ตอนต้นนั้นก็คือการกระทำให้ทรัพย์สินตกไปอยู่ในอำนาจครอบครองของผู้รับโอนนั่นเอง ในกรณีกรรมสิทธิ์จะโอนไปก็ต่อเมื่อปรากฏว่าฝ่ายผู้รับโอนได้การครอบครองและฝ่ายผู้โอนสูญเสียการครอบครองไปโดยเด็ดขาด การส่งมอบในที่นี้หมายถึงการกระทำทางข้อเท็จจริงและโดยทั่วไปแล้วย่อมสำเร็จลงด้วยการส่งมอบและรับมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุที่จับต้องได้ การส่งมอบทรัพย์สินที่ว่านี้คู่กรณีไม่จำเป็นต้องกระทำด้วยมือตนเอง แต่คู่กรณีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจจะให้คนของตนเป็นผู้ส่งมอบหรือรับมอบก็ได้ ผู้ที่ส่งมอบและรับมอบนี้อาจจะเป็นผู้ช่วยครอบครองทรัพย์สิน (Besitzdiener) ผู้ครอบครองแทน (Besitzmittler) หรือเป็นผู้กระทำการตามที่ได้รับมอบหมายอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้¹⁵

นอกจากการส่งมอบโดยตรงดังกรณีข้างต้น กรณีอาจเป็นการส่งมอบโดยปริยายก็ได้ หากผู้รับโอนได้ครอบครองตัวทรัพย์สินแล้ว เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่แสดงเจตนาโอนและรับโอนก็เพียงพอ¹⁶ ทำให้ผู้รับโอนจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ตามสัญญาซื้อขายให้แก่ผู้เช่าหรือผู้ยืมในฐานะผู้ซื้อ แต่หากผู้โอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่ตกลงกันว่าต่อไปผู้โอนจะครอบครองแทน

¹⁴ ดู ปรีดี เกษมทรัพย์, สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์สินในกฎหมายเยอรมัน, *ดุสิตพาห*, 15 (1) (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2511), น. 53-59.

¹⁵ Fritz Baur, Op. cit., § 39 II, III.

¹⁶ Bürgerliches Gesetzbuch § 929 Einigung und Übergabe

“ . . . Ist der Erwerber im Besitz der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.”

ผู้รับโอนตามนิติสัมพันธ์อย่างใดอย่างหนึ่งก็เพียงพอ¹⁷ เช่น การขายฝากโดยตกลงให้ผู้ขายฝากเช่าทรัพย์สินนั้น นอกจากนี้ หากมีบุคคลอื่นครอบครองทรัพย์สินอยู่ เช่นนี้ คู่กรณีเพียงแต่ตกลงโอนสิทธิเรียกทรัพย์สินไปยังผู้รับโอนก็เพียงพอ¹⁸ ดังเช่นปรากฏที่ว่าผู้ครอบครองแทนหรือมีผู้เช่าทรัพย์สินดังกล่าวอยู่

นอกจากนี้ ในสัญญาหรือหนี้ต่างตอบแทนมีหลักที่ว่าหนี้และการชำระหนี้ของฝ่ายหนึ่งเป็นตัวก่อให้เกิดความผูกพันของอีกฝ่ายที่จะต้องชำระหนี้ส่วนของตนตอบแทน ทำให้ฝ่ายใดเมื่อไม่สามารถชำระหนี้ของตนโดยจะโทษอีกฝ่ายไม่ได้แล้ว สิทธิที่จะเรียกอีกฝ่ายให้ชำระหนี้ให้แก่ตนในฐานะเจ้าของหนี้ก็ไม่ได้ด้วยเช่นกัน อันเป็นหลักทั่วไปในสัญญาหรือหลักต่างตอบแทน หลักทั่วไปดังกล่าวมักจะไม่เหมาะสมกับลักษณะจำทำของนัก เพราะหากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ส่งมอบแล้วไม่โอนไปด้วย เช่นในกรณีของสัญญาจำทำของที่ส่งมอบกรรมสิทธิ์ หากเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์สินที่จำทำภายหลังที่ได้ส่งมอบกันไปแล้ว ผู้รับจำก็ไม่สามารถที่จะเรียกให้ผู้ว่าจ้างชำระสินจ้างได้ เพราะการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จำทำให้แก่ผู้ว่าจ้างไม่สามารถที่จะกระทำได้ ซึ่งก็หมายความว่าผู้รับจำต้องแบกรับความเสี่ยงภัยในทรัพย์สินที่อยู่ในวงขอบเขตอำนาจของผู้ว่าจ้าง อันเป็นการไม่เป็นธรรมต่อผู้รับจำ เพราะภัยพิบัตินั้นอาจจะไม่เกิดหรือหากยังอยู่ในวงขอบเขตอำนาจ (sphere) ของผู้รับจำแล้ว ผู้รับจำอาจป้องกันไม่ให้เกิดผลเช่นนั้นได้ หรือได้ดีกว่า ดังนั้น การที่ตัวทรัพย์สินอยู่ในการครอบครองของฝ่ายหนึ่ง แต่อีกฝ่ายหนึ่งกลับต้องเป็นผู้รับผลร้ายเมื่อทรัพย์สินนั้นถูกทำลายลง เช่นนี้ ย่อมทำให้เกิดความรู้สึกไม่เป็นธรรม เพราะฉะนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงผลอันไม่พึงปรารถนาดังกล่าวนี้นี้ ในหลายประเทศจึงวางหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนความเสี่ยงภัยในความสัมพันธ์อย่างสัญญาต่างตอบแทน (Synallagma) โดยถือเอาหลักเกณฑ์ที่ว่าทรัพย์สินอยู่ในความครอบครอง หรืออำนาจของใครซึ่งผู้นั้นสามารถที่จะปกป้องปิดป้องภัยพิบัติต่าง ๆ ได้ดีกว่าใครแม้แต่เหตุสุดวิสัย นอกจากนี้ เมื่อส่งมอบการครอบครองทรัพย์สินที่จำทำให้ผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างสามารถที่จะใช้และได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นได้ เมื่อเกิดภัยพิบัติกับทรัพย์สินนั้น ผู้ว่าจ้างก็ควรที่จะต้องเป็นผู้แบกรับผลแห่งภัยพิบัติที่เกิดกับทรัพย์สินนั้นด้วย¹⁹ เช่นนี้ เมื่อทรัพย์สิน

¹⁷ Bürgerliches Gesetzbuch § 930 Besitzkonstitut

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch § 931 Abtretung des Herausgabeanspruchs

¹⁹ Hans Brox, *Besonderes Schuldrecht*, 5. Auflage, (München : C.H.Beck, 1977), S. 23.

อันเป็นวัตถุประสงค์ในการชำระหนี้ในการส่งมอบ ปรากฏในทรัพย์ยังคงอยู่กับลูกหนี้ โดยลูกหนี้ยังมิได้ส่งมอบ ลูกหนี้ก็เป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยอยู่ แต่เมื่อส่งมอบทรัพย์นั้นให้แก่เจ้าหนี้ ทรัพย์เข้าไปอยู่ในวงขอบเขตอำนาจของเจ้าหนี้ ความเสี่ยงภัยจึงโอนไปด้วย กล่าวคือลูกหนี้แบกรับความเสี่ยงต่อภัยพิบัติจนกว่าจะส่งมอบ การส่งมอบจึงเป็นตัวกำหนดการโอนความเสี่ยงภัยนั่นเอง ความคิดของหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 446 ตอนต้น²⁰ อันเป็นบทกฎหมายทั่วไปครอบคลุมกับลักษณะจำทำของตามมาตรา 644-645 อันเป็นบทกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้ผู้ที่มีทรัพย์อยู่ในวงขอบเขตอำนาจ (sphere) ของตนเป็นผู้แบกรับภัยพิบัติที่เกิดขึ้นแก่ทรัพย์นั้น โดยวางหลักเกณฑ์ไว้ในบทบัญญัติข้างต้นว่า การแบกรับความเสี่ยงภัยโอนไปยังผู้รับโอนพร้อมกับการส่งมอบ เหตุผลที่อยู่เบื้องหลังบทบัญญัติมาตรานี้ข้างต้นก็คือ ผู้รับโอนนั้นย่อมเป็นผู้สามารถที่จะป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นแก่ทรัพย์ที่เข้ามาอยู่ในความครอบครองของตนตั้งแต่บัดนั้นได้ดีที่สุด

2.3 ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น (日本民法典)

โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นใช้ระบบสัญญาคู่เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ทว่ามีได้ถือหลักการแบ่งแยกสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์ออกจากกันโดยเด็ดขาดอย่างเคร่งครัดดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นประกาศใช้ครบถ้วนพร้อมกันทั้ง 5 บรรพ เมื่อวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1896 และกำหนดให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1898 เป็นต้นไป นับเป็นการดำเนินการก่อนประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันเสียอีก ซึ่งปัจจุบันประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นมีจำนวนทั้งสิ้น 1,044 มาตรา อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นได้กำหนดในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปยังผู้รับโอนหรือไม่นั้นให้เป็นไปตามสัญญาทางทรัพย์ ทั้งนี้ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น บรรพ 2 ทรัพย์สิน สิทธิ ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป (第一章 総則) มาตรา 176 บัญญัติว่า

²⁰ “Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.”

物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる。

มีความว่า “การก่อตั้งและการโอนไปซึ่งทรัพย์สินย่อมมีผลด้วยการแสดงเจตนาของคู่กรณี” กล่าวคือ เพียงการแสดงเจตนาของคู่กรณีทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอนก็มีผลสมบูรณ์ กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปทันที แต่ผลของการโอนกรรมสิทธิ์นั้นยังใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกมิได้ จนกว่าจะได้ทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ในกรณีสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องมีการส่งมอบตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 178 บัญญัติว่า

動産に関する物権の譲渡は、その動産の引渡しが無ければ、第三者に対抗することができない。

มีความว่า “การโอนไปซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ห้ามมิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอก เว้นแต่จะได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว” อนึ่ง บทบัญญัติในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นหรือสัญญาในทางทรัพย์เป็นคุณละกรณีกับการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาในทางอื่นอันมีผลทำให้เกิดสัญญา กล่าวคือ สัญญาในทางทรัพย์ที่จะทำให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้รับโอนต้องมีการแสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์โอนไปยังผู้รับโอนด้วย ส่วนแบบของการโอนกรรมสิทธิ์นั้นมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตเป็นสำคัญ หากมีการแสดงเจตนาให้กรรมสิทธิ์โอนไปแล้วแต่ยังมิได้มีการทำให้ถูกต้องตามแบบ แม้จะถือว่ากรรมสิทธิ์ได้โอนไปแล้วก็ตาม คงบังคับได้แต่เฉพาะระหว่างคู่กรณี สำหรับบุคคลภายนอกแล้วยังไม่มีผลแต่ประการใด

2.4 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (Schweizerisches Zivilgesetzbuch; Code civil suisse; Codice civile svizzero)

ดังที่ทราบกันบ้างแล้วว่า ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเป็นหนึ่งในแม่แบบที่สำคัญในครั้งเมื่อสยามได้จัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 เมื่อ พ.ศ. 2468 รวมถึงบรรพ 3 เมื่อ พ.ศ. 2471 และเตรียมจัดทำบทบัญญัติแห่งบรรพ 4 โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะเป็นระบบ เป็นตรรกะ กระชับ เข้าใจง่าย เพราะใช้ภาษาธรรมดาสามัญ เน้นในเรื่องการวางหลักทั่วไปและมีเจตจำนงในการไม่วางหลักเกณฑ์รายละเอียดให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายได้ความครบถ้วนโดยปราศจากช่องว่าง เพื่อเปิดช่อง

ให้ศาลและนักวิชาการทางนิติศาสตร์ได้มีส่วนในการพัฒนาคลีคลายตัวของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในปัญหาเฉพาะเรื่องได้ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสซึ่งประกาศใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1907 และให้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1912 เมื่อนับรวมกับประมวลกฎหมายหนี้สวิสแล้วมีบทบัญญัติรวมทั้งสิ้นเพียงราว 1,600 มาตรา ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งให้ความสำคัญแก่การวางหลักเกณฑ์อย่างละเอียดพิสดารนั้นมีบทบัญญัติทั้ง 5 บรรพ มากถึง 2,400 มาตรา เช่นนี้ ในแง่ของความเป็นระบบทางวิชาการนั้นเป็นที่รับกันว่าประมวลกฎหมายแพ่งสวิสดำเนินตามแบบอย่างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งอาจถือกันว่าเป็นประมวลกฎหมายที่มีลักษณะเป็นวิชาการมากที่สุดในช่วงเวลานั้นเป็นหลัก

ในกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (Das Sachenrecht; Des droits réels; Dei diritti reali) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมีลักษณะทั่วไปคล้ายคลึงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน เช่น เรื่องครอบครอง กรรมสิทธิ์ หลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสุจริต และประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจะรับแนวความคิดจากประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเรื่องการแบ่งแยกสัญญาในทางหนี้และสัญญาในทางทรัพย์สินออกจากกัน อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสได้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีเช่นกัน โดยปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 กรรมสิทธิ์ (Erste Abteilung. Das Eigentum; Première partie. De la propriété; Parte prima. Della proprietà) หมวด 20 กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ (Zwanzigster Titel. Das Fahrniseigentum; Titre vingtième. De la propriété mobilière; Titolo ventesimo. Della proprietà mobiliare) มาตรา 714 วรรคหนึ่ง ดังนี้

“Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.” (Deutsch)

“La mise en possession est nécessaire pour le transfert de la propriété mobilière.” (Français)

“Per la trasmissione della proprietà mobiliare è necessario il trasferimento del possesso all’acquirente.” (Italiano)

มีความว่า “การส่งมอบการครอบครองยอมเพียงพอแล้วที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์”

อนึ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสต่างกับประมวลกฎหมายอื่น ๆ ในข้อที่สำคัญ คือ ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสมิได้เป็นผลงานของคณะกรรมการที่จะประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านดังเช่นในประเทศอื่น หากแต่เป็นผลงานของผู้ทรงคุณวุฒิเพียงท่านเดียว คือ Eugen Huber (ค.ศ. 1849-1923) ด้วยภาษาเยอรมัน ซึ่งได้มีการถอดความเป็นภาษาฝรั่งเศสโดย Virgile Rossel (ค.ศ. 1858-1933) และถอดความเป็นภาษาอิตาลีโดย Brenno Bertoni (ค.ศ. 1860-1945) ประมวลกฎหมายแพ่งสวิสจึงเป็นประมวลกฎหมายที่มีการบัญญัติไว้ 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี โดยให้บทบัญญัติในแต่ละภาษามีค่าบังคับเท่าเทียมกัน²¹ การบัญญัติกฎหมายโดยเลือกใช้ถ้อยคำสำนวนให้น้ำหนักและความหมายเท่าเทียมกันทั้ง 3 ภาษา โดยเฉพาะการใช้ภาษากฎหมายชั้นสูงนั้น นับเป็นเรื่องที่ยากลำบากอย่างยิ่ง ดังนั้น การเลียงมาใช้ภาษาธรรมดาทั่วไปจึงทำให้การร่างกฎหมายง่ายดายมากยิ่งขึ้น

2.5 ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน (中華民國民法典)

ในครั้งเมื่อสยามเพิ่งได้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ถึง บรรพ 3 และกำลังจัดเตรียมร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ปรากฏว่า สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน; 中華民國) ซึ่งกำลังจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งอยู่เช่นกันได้กล่าววยกย่องสยามว่ามีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แสดงออกซึ่งหลักวิชาทางนิติศาสตร์ที่ก้าวหน้าที่สุดฉบับหนึ่งในเวลานั้นและถือเป็นแบบอย่างในการร่างประมวล

²¹ วิลฟกัง ไพรแอร์ ฟอน มาร์แชล, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย, แปลโดย กิตติศักดิ์ ปรกติ, วารสารนิติศาสตร์, 26 (1) (มีนาคม 2539), น. 128; ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสมาพันธรัฐสวิส (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; Constitution fédérale de la Confédération suisse; Costituzione federale della Confederazione Svizzera) มาตรา 70 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“Die Amtssprachen des Bundes sind Deutsch, Französisch und Italienisch . . .” (Deutsch)

“Les langues officielles de la Confédération sont l’allemand, le français et l’italien . . .” (Français)

“Le lingue ufficiali della Confederazione sono il tedesco, il francese e l’italiano . . .” (Italiano)

มีความว่า “ภาษาราชการของสมาพันธรัฐ ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ฝรั่งเศส และอิตาลี . . .”

กฎหมายแพ่งได้หันควบคู่ไปกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิส²² โดยชาวไต้หวันคนหนึ่งซึ่งมีความสำคัญในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน อีกทั้งเป็นเจ้าของผลงานการแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งถือได้ว่ามีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ก็คือ Wang Chung Hui (王寵惠; ค.ศ. 1881-1958) โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันได้มีการประกาศใช้ที่ละบรรพคล้ายกับกระบวนการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย จนกระทั่งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันครบถ้วนทั้ง 5 บรรพ เมื่อ ค.ศ. 1930 ซึ่งปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 1,225 มาตรา ทั้งนี้ อาจจะด้วยเหตุผลข้างต้นจึงเป็นปัจจัยทำให้ Wang Chung Hui ผู้เป็นเจ้าของผลงานแปลประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันและเป็นประธานกรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ได้มีการจัดทำโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันสอดคล้องตามโครงสร้างของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน และมีการจัดเรียงลำดับเช่นเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

ยิ่งไปกว่านั้น ประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมีบทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทว่ามีได้เป็นไปตั้งแต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ซึ่งมีได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ ทั้งที่กรรมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันมีการรับรู้ถึงการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวันก็ได้ประกาศใช้ในห้วงเวลาใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ทั้งนี้ บทบัญญัติทั่วไปว่าด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน บรรพ 3 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเปิดเสร็จทั่วไป (第一章 通則) มาตรา 761 ดังต่อไปนี้

動產物權之讓與，非將動產交付，不生效力。但受讓人已占有動產者，於讓與合意時，即生效力。

讓與動產物權，而讓與人仍繼續占有動產者，讓與人與受讓人間，得訂立契約，使受讓人因此取得間接占有，以代交付。

²² ดูความเห็นของ René Guyon (ค.ศ. 1876-1963) จากหนังสือเสนาบดีกระทรวงยุติธรรมถึงราชเลขาธิการ เรื่อง การทำคำอธิบาย, คำเปรียบเทียบและอุทธรณ์ร่างบรรพ 4 ในจดหมายเหตุนิติศาสตร์ที่ 7 ย. 5 1/5 เรื่องที่ 30, หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร

讓與動產物權，如其動產由第三人占有時，讓與人得以對於第三人之返還請求權，讓與於受讓人，以代交付。

มีความว่า “การโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม

ในการโอนทรัพย์สินอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์สินนั้นคืนจากบุคคลภายนอก ” จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่น มาตรา 761 ข้างต้น สะท้อนให้เห็นถึงการรับแนวความคิดทางทฤษฎีตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน โดยมีได้มีความผิดเพี้ยนหรือแหวกแนวเหมือนดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแต่อย่างใด อีกทั้งประมวลกฎหมายแพ่งได้หวั่นมิได้บัญญัติให้เป็นไปตามหลัก solo consensu ดังเช่นประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสด้วย

ทั้งหมดที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งในต่างประเทศมีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา ในทางตรงกันข้าม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกลับมิได้บัญญัติบทกฎหมายทั่วไปในเรื่องดังกล่าวไว้

3. การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย

หลังจากที่ได้พิจารณากฎหมายต่างประเทศแล้ว ในส่วนนี้จึงวิเคราะห์เกี่ยวกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเพื่อนำไปสู่การเห็นควรที่จะให้มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา

เมื่อผู้ศึกษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเริ่มต้นเรียนรู้ทำความเข้าใจกฎหมายว่าด้วยนิติกรรมและสัญญา ตัวอย่างอุทาหรณ์ในการนำเสนอเพื่อประกอบความเข้าใจในตัวบทและเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติมีก็จะออกมาในลักษณะสัญญาซื้อขาย ต่อมา

เมื่อมาถึงเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยหนี้หลักทั่วไปหรือผลแห่งหนี้ ก็เป็นไปในทำนองเดียวกันเพียงแต่อธิบายเนื้อหารายละเอียดพิสดารยิ่งขึ้น นำเสนอตัวอย่างอุทธรณ์ประเด็นปัญหาระหว่างเจ้าหนี้และลูกหนี้หลายกรณีจากสัญญาซื้อขาย ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาหลักกฎหมายแพ่งของไทยจึงถูกผูกขาดทางความคิดอยู่แต่กับหลัก solo consensus กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนไปยังผู้ซื้อตั้งแต่ขณะเมื่อได้ทำสัญญาซื้อขายกัน ณ ที่นี้ ผู้เขียนจึงขอแนะนำเสนอหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาจ้างทำของอันเป็นตัวอย่างที่เด่นชัดที่สุดในการแสดงถึงหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย ทั้งนี้ เนื่องจากสัญญาจ้างทำของในบริบทที่เกี่ยวข้องนี้ จำต้องมีทั้งหนี้กระทำการและหนี้ส่งมอบทรัพย์ โดยหนี้กระทำการเป็นหนี้ที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างทำของทุกกรณีจะขาดไปไม่ได้ ด้วยสภาพการณ์ดังกล่าว การโอนกรรมสิทธิ์จึงไม่สามารถเป็นไปตามหลัก solo consensus ให้เหมือนดังเช่นสัญญาซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย เพราะเมื่อคำเสนอและคำสนองระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างต้องตรงกันแล้ว ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ กรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์จากผู้รับจ้างยังมีได้โอนไปทันทีที่สัญญาจ้างทำของเกิด อีกนัยหนึ่ง เมื่อสัญญาจ้างทำของเกิดขึ้น ด้วยผลของสัญญา ณ ขณะนั้นผู้ว่าจ้างยังมีได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นผลแห่งความสำเร็จของการที่จ้างทำนั้นแต่อย่างใด

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 7 จ้างทำของ ตั้งแต่มาตรา 587 ถึงมาตรา 607 รวมจำนวน 21 มาตรา²³ จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาจ้างทำของกับการโอนกรรมสิทธิ์ออกจากกัน โดยผู้ว่าจ้างมิใช่เพียงแต่ต้องการใช้และการจำหน่ายของชั่วคราวเท่านั้น ยังต้องการจะใช้ของเป็นการถาวร กล่าวคือ ต้องการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์แห่งสิ่งของนั้น ด้วยเหตุนี้ เจตนารมณ์แห่งกฎหมายจึงกำหนดหน้าที่ผู้รับจ้าง 2 ประการ คือ (1) มอบการครอบครองสิ่งของอันเป็นผลสำเร็จแห่งการงานที่จ้างทำ (2) โอนกรรมสิทธิ์เหนือสิ่งของ ทว่าเพียงแค่ส่งมอบการครอบครองอย่างเดียวไม่พอ ต้องโอนกรรมสิทธิ์ด้วย

²³ ดู ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 45 หน้า 40-45 วันที่ 1 มกราคม 2471.

เรื่องโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องกฎหมายลักษณะทรัพย์ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ต้องมืองค์ประกอบ 2 ประการ คือ ส่งมอบทรัพย์ และตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือ ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์มิใช่เป็นเรื่องของสัญญาจ้างทำของ แต่เป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์และผู้ว่าจ้างก็ได้กรรมสิทธิ์ไป แม้ว่าสัญญาจ้างทำของเองจะปรากฏภายหลังว่าเป็นโมฆะ หรือถูกบอกล้างโมฆียะกรรม เช่น ก. หลอกหลวงโดยจ้าง ข. ให้ทำสิ่งของให้แก่ ก. ต่อมาอีก 2 วัน ข. ผู้รับจ้าง จึงได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์โอนสิ่งของนั้นให้แก่ ก. ผู้ว่าจ้าง เช่นนี้ ข. ผู้รับจ้าง บอกล้างโมฆียะกรรมได้แต่เฉพาะสัญญาจ้างทำของ ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สมบูรณ์เพราะไม่เกี่ยวกับการหลอกหลวงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ ก. จึงยังมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ได้รับโอนมาอยู่ ข. จึงต้องเรียกทรัพย์คืนจาก ก. ในฐานะลามิควรได้

เหตุผลที่ถือว่ากรรมสิทธิ์ผ่านมือต่อเมื่อมีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ ก็เพื่อให้เป็นไปตามหลักการโฆษณาโดยเปิดเผย การที่ผู้รับจ้างทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น เป็นการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาในทางลักษณะหนี้ จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายแห่งเยอรมันไม่ตรงกับความรู้สึกนึกคิดของคนทั่วไปที่ไม่รู้กฎหมาย กล่าวคือเมื่อผู้ว่าจ้างไปจ้างผู้รับจ้างให้ทำของสิ่งหนึ่ง ผู้ว่าจ้างรับของมาและมอบเงินอันเป็นสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง เช่นนี้ ก็อาจนึกไปว่าเป็นสัญญาเพียงสัญญาเดียว คือ สัญญาจ้างทำของความจริงมีสัญญาถึง 3 สัญญา คือ (1) สัญญาในทางลักษณะหนี้เป็นเหตุให้ผู้รับจ้างส่งมอบทรัพย์และผู้ว่าจ้างส่งมอบสินจ้าง (2) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์ โดยผู้รับจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นโอนไปยังผู้ว่าจ้าง พร้อมกับได้ส่งมอบทรัพย์ (3) สัญญาในทางลักษณะทรัพย์ โดยผู้ว่าจ้างตกลงให้กรรมสิทธิ์ในสินจ้างโอนไปยังผู้รับจ้างพร้อมกับได้ส่งมอบสินจ้างให้ เมื่อมีการส่งมอบของที่จ้างทำให้แก่ผู้ว่าจ้างในเวลาภายหลังที่ได้ทำสัญญาจ้างทำของกันแล้ว คนธรรมดาสามัญก็พอเข้าใจได้ว่ามีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ เนื่องจากการส่งมอบของและการใช้สินจ้างกันในภายหลัง อีกทั้งผู้ว่าจ้างได้กรรมสิทธิ์ในของมาในขณะที่ได้รับของ ส่วนผู้รับจ้างได้กรรมสิทธิ์ในสินจ้างเมื่อได้รับสินจ้าง

เหตุผลที่สนับสนุนการแบ่งแยกสัญญาในทางทรัพย์และสัญญาในทางหนี้ออกจากกันก็คือ ทำให้สามารถพิจารณาสัญญาจ้างทำของตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยสัญญา

ในทางลักษณะนี้ได้โดยเฉพาะ ส่วนสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ก็นำเอาบัญญัติว่าด้วยนิติกรรมที่เปลี่ยนแปลงสิทธิ (Verfügungsgeschäft)²⁴ มาใช้โดยเฉพาะ ผู้รับจ้างย่อมสามารถทำสัญญาจ้างทำของในทรัพย์ซึ่งตนยังไม่มีอำนาจจำหน่ายได้ และในกรณีนี้แม้กรรมสิทธิ์จะยังไม่ผ่านมือแต่สัญญาจ้างทำของก็สมบูรณ์ ในทางกลับกัน แม้สัญญาจ้างทำของไม่สมบูรณ์แต่หากสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สมบูรณ์ เช่นนี้ ผู้ว่าจ้างก็ได้กรรมสิทธิ์ในของ และหากมีการขายต่อมา ผู้ซื้อที่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ไปจากผู้ว่าจ้างไม่ต้องไปคำนึงว่าผู้ขายให้แก่ตนได้กรรมสิทธิ์มาโดยสัญญาจ้างทำของในทางลักษณะหนี้ที่สมบูรณ์หรือไม่สมบูรณ์ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักการคุ้มครองการค้าของประชาชน ส่วนสัญญาจ้างทำของนั้นย่อมมีความสำคัญระหว่างผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง สำหรับบุคคลภายนอกนั้นการรับซื้อหรือการรับจำหน่ายของต่อมาย่อมขึ้นอยู่กับว่าสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ที่โอนกรรมสิทธิ์ให้ันสมบูรณ์หรือไม่ การใช้กฎหมายในกรณีนี้ก็ง่ายขึ้น

ผลของการแบ่งแยกสัญญาในทางทรัพย์และสัญญาในทางหนี้ให้ออกจากกัน ในกรณีที่ผู้รับจ้างทำสัญญาซื้อขายของอย่างเดียวกันแก่บุคคลภายนอก หากบุคคลภายนอกในฐานะผู้ซื้อได้ทำสัญญาในทางลักษณะทรัพย์ก่อน ผู้ซื้อผู้นั้นก็ได้กรรมสิทธิ์ ทั้งนี้ หลักกฎหมายเกี่ยวกับกรณีบุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าบุคคลหลายคนเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกันไซ้ ท่านว่าทรัพย์สินตกอยู่ในครอบครองของบุคคลใด บุคคลนั้นมีสิทธิยิ่งกว่าบุคคลอื่น ๆ แต่ต้องได้ทรัพย์นั้นมาโดยมีค่าตอบแทนและได้การครอบครองโดยสุจริต

ท่านมิให้ใช้มาตรานี้บังคับถึงสังหาริมทรัพย์ซึ่งระบุไว้ในมาตราก่อนและในเรื่องทรัพย์สินหาย กับทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิด”

กรณีสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มาตรา 1303 วรรคสอง ซึ่งมีให้นำหลักในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง มาใช้บังคับนั้น เป็นกรณีที่บุคคลหลายรายเรียกเอาสังหาริมทรัพย์เดียวกัน

²⁴ หยุต แสงอุทัย, กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2517), น. 76.

โดยอาศัยหลักกรรมสิทธิ์ต่างกัน โดยที่สิ่งหาทรัพย์นั้นเป็นทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำ ความผิด บุคคลที่ครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ แม้จะได้การครอบครองมาโดยเสีย ค่าตอบแทนและโดยสุจริต ก็ไม่อาจอ้างว่าตนมีสิทธิที่ดีที่สุดตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง ได้แต่อย่างใด แต่กรณีเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง ทั้งนี้ เมื่อศึกษาที่มาของประมวลกฎหมายแพ่งและ พาณิชย์ มาตรา 1303 โดยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน²⁵ จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการกระทำผิดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง มีความหมายอย่างแคบ กล่าวคือ เฉพาะทรัพย์ที่ถูกพรากจากเจ้าของทรัพย์โดยฝ่าฝืนความสมัครใจของเจ้าของ กรรมสิทธิ์ เช่น ลักทรัพย์ ชิงทรัพย์ ฯลฯ ฉะนั้น กรณีที่เจ้าของทรัพย์ส่งมอบ การครอบครองให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยสมัครใจแล้วต่อมาบุคคลนั้นยังยกทรัพย์ออกไป โอนจนทำให้ทรัพย์นั้นตกไปอยู่ในการครอบครองของผู้อื่น เช่นนี้ ไม่อาจถือว่าเป็นกรณี ทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิด กรณีนี้จึงต้องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง²⁶ นอกจากนี้ เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 มีที่มาจากหลักกฎหมายต่างประเทศซึ่งมุ่งคุ้มครองผู้ซื้อทรัพย์โดยสุจริตในสังคมที่เต็มไปด้วย การค้าพาณิชย์ จึงจำเป็นต้องวางหลักกฎหมายที่สนับสนุนความไว้วางใจของ บุคคลผู้สุจริต แต่การตรามาตรานี้ปรากฏว่าถ้อยคำลายลักษณ์อักษรในตัวบทไม่ตรงกับหลัก กฎหมายของประเทศที่ไปรับมา²⁷ ซึ่งใช้ถ้อยคำชัดเจนว่าเป็นทรัพย์ที่ได้มาโดยการลักทรัพย์ (wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden)²⁸ กล่าวโดยสรุป ประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 เป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นบทกฎหมายทั่วไป

²⁵ Bürgerliches Gesetzbuch § 932 Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

²⁶ ดู วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562), น.252-256; vgl. Kittisak Prokati, Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht, (Magister iuris, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, 1987), S. 73-86.

²⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, เรื่องเดียวกัน, น. 256.

²⁸ Bürgerliches Gesetzbuch § 935 (1)

ซึ่งอยู่ในบทเบ็ดเสร็จทั่วไปของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ฉะนั้น ในกรณีที่บุคคลผู้ได้มาซึ่งการครอบครองสังหาริมทรัพย์โดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนมิได้รับการคุ้มครองตามมาตรา 1303 วรรคหนึ่ง เพราะเหตุว่าข้อเท็จจริง เช่น ต้องด้วยกรณีทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง ผู้นั้นยังอาจจะได้รับความคุ้มครองในพฤติการณ์พิเศษตามบทกฎหมายเฉพาะ เช่น พฤติการณ์พิเศษในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1330 ถึงมาตรา 1332 หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีพฤติการณ์พิเศษเช่นนั้นเกิดขึ้น²⁹

ด้วยเหตุนี้ หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทน ได้นำทรัพย์ของผู้ว่าจ้างไปขายให้แก่บุคคลภายนอก โดยที่ผู้รับจ้างเองสำคัญผิดไปว่าทรัพย์ดังกล่าวเป็นของตน เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้การครอบครองทรัพย์ดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม³⁰ มิใช่สิทธิสืบต่อ ทั้งนี้ มิได้เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนแต่อย่างใด นอกจากนี้ ในกรณีดังกล่าว หากผู้รับจ้างในฐานะผู้ครอบครองแทน ได้เบียดบังเอาทรัพย์นั้นโดยไม่สุจริต กรณีจึงเป็นการยกยอกทรัพย์ เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ได้การครอบครองทรัพย์ดังกล่าวโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ย่อมมีกรรมสิทธิ์โดยผลของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคหนึ่ง อันเป็นสิทธิดั้งเดิม³¹ มิใช่สิทธิสืบต่อเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ เนื่องจากมิใช่กรณีทรัพย์ที่ได้มาโดยการกระทำผิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1303 วรรคสอง แต่อย่างใด อีกทั้งมิได้เป็นไปตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนด้วย

เช่นนี้ จึงเห็นได้ว่า หากนักกฎหมายไทยยึดมั่นถือนั่นอย่างหลับทูลกลับตาโดยผูกขาดในหลักการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาที่จะอาศัยเจตนาตกลงโอนทรัพย์แก่กันเพียงลำพังประการเดียว กรณีจะเป็นปัญหาต่อไปว่าเมื่อได้โอนทรัพย์ไป

²⁹ Vgl. Kittisak Prokati, “Rezeption des deutschen Sachenrechts in Thailand bezüglich der Eigentumsübertragung und des gutgläubigen Erwerbs an beweglichen Sachen,” *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*, Herausgegeben von Yu-Cheol Shin, Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3, (Seoul : Bobmunsu (Verlag der Juristischen Texte), 2013), S. 258 ff.

³⁰ ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, น. 97.

³¹ ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดียวกัน, น. 97.

แล้วหากมีบุคคลภายนอกผู้สุจริตมาซื้อทรัพย์สินนั้นจากผู้โอน บุคคลภายนอกผู้สุจริตจะมีทางได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือไม่ ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นได้ว่าเมื่อทำการโอนรายหลังนั้นผู้โอนเป็นผู้มิได้มีกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวอีกต่อไป เนื่องจากในห้วงเวลาก่อนหน้านั้นผู้โอนได้โอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้รับโอนรายแรกเรียบร้อยแล้ว

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแบ่งแยกสัญญาในทางหนึ่งและสัญญาในทางทรัพย์สินออกจากกัน แม้กฎหมายเยอรมันเองก็เพิ่งจะแบ่งแยกออกจากกันในคริสต์ศตวรรษที่ 19 ในสมัยที่ใช้กฎหมายทั่วไป (Gemeines Recht) ซึ่งเดิมได้ใช้หลักสัญญาซื้อขายและสัญญาโอนกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาอันหนึ่งอันเดียวกัน (Einheit von Kaufvertrag und Übereignung)³² อย่างไรก็ตาม ระบบของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันซึ่งแบ่งแยกสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินและสัญญาในทางลักษณะหนึ่งออกจากกันนั้น อาจมีการไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแบ่งแยกสัญญาออกเป็นสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินและสัญญาในทางลักษณะหนึ่ง โดยเฉพาะยังไม่เห็นด้วยที่ให้มีสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สิน และยังไม่เห็นด้วยกับหลักที่ให้มีการแบ่งแยกโดยบัญญัติให้สัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินเป็นนิติกรรมลอย (Abstraktes Rechtsgeschäft) อีกทั้งไม่เห็นด้วยกับหลักที่ว่ากรรมสิทธิ์จะเปลี่ยนมือต่อเมื่อมีการส่งมอบ ทั้งนี้ ต้องยอมรับความเป็นจริงว่า การแบ่งแยกสัญญาในทางลักษณะหนึ่งและสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินออกจากกันนั้น คนธรรมดาสามัญย่อมไม่รู้สึกรู้ว่าเป็นเช่นนั้น ทว่าแม้คู่สัญญาจะมีได้สำนึกว่ามี 2 สัญญา แต่การไม่สำนึกดังกล่าวมิได้สำคัญในเชิงหลักการแต่ประการใด ความสำคัญอยู่ที่ในสัญญานั้นเองมีความหมายอยู่แล้วว่ามี 2 สัญญา เมื่อทำสัญญาจ้างทำของไปแล้ว และจะส่งมอบกันภายหลัง คู่สัญญาก็เห็นได้ชัดว่า จะมีการโอนกรรมสิทธิ์กันในภายหลัง ทั้งนี้ ในการทำสัญญาจ้างทำของดังที่ได้มีข้อตกลงกันนั้น อาจเป็นไปได้ว่าคู่สัญญาทำสัญญาจ้างทำของและตกลงกันในเรื่องที่จะโอนกรรมสิทธิ์สำเร็จบริบูรณ์แล้ว โดยมีพักต้องตกลงกันในเรื่องกรรมสิทธิ์ผ่านมือนี้อีก เช่นนี้ เมื่อได้ส่งมอบทรัพย์สินเมื่อใด กรรมสิทธิ์ก็ผ่านมือไปเมื่อนั้น นอกจากนี้ ระบบกฎหมายที่ถือว่ากรรมสิทธิ์ได้

³² Vgl. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, 2 Bände, 9. Auflage, (München : C.H.Beck Verlag, 1968), Band I : S. 16.

ผ่านมือไปโดยมิได้ส่งมอบทรัพย์สินนั้น ปราศจากการค้ำประกันถึงการครอบครองทรัพย์สินเป็นสัญลักษณ์ภายนอกของการที่กรรมสิทธิ์ผ่านมือไป ทว่าอย่างน้อยผู้ว่าจ้างที่เห็นผู้รับจ้างครอบครองทรัพย์สินอยู่ย่อมไว้วางใจได้ว่า ผู้รับจ้างเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ฉะนั้น การให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปเมื่อมีการโอนการครอบครอง ในกรณีปกติทั่วไปจึงควรจะต้องถือว่าถูกต้องและสมเหตุสมผลมากกว่า มีข้อควรสังเกตว่า ในกรณีที่ทรัพย์สินจะต้องอยู่ในครอบครองเสียก่อนจึงจะถือว่าตกอยู่ในกองทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างอย่างเด็ดขาด และเจ้าหน้าที่ของผู้รับจ้างจะมายึดทรัพย์สินดังกล่าวมิได้นี้ ตรงกับความคิดของคณาจารย์นิติศาสตร์ทั่วไป เพราะการครอบครองทรัพย์สินได้แสดงให้เห็นอำนาจอันแท้จริงของเจ้าของทรัพย์สินนั้น การได้กรรมสิทธิ์โดยมิได้มีการครอบครองทรัพย์สินจึงทำให้กรรมสิทธิ์ตกอยู่ในภยันตราย กล่าวคือ อาจสูญเสียกรรมสิทธิ์ไปเพราะบุคคลภายนอกผู้สุจริต ฉะนั้น หากพิจารณาจากแง่ความต้องการของธุรกิจติดต่อกันแล้ว การส่งมอบทรัพย์สินจึงเป็นวิธีที่ดีที่สุดสำหรับกรณีที่จะให้กรรมสิทธิ์ผ่านมือไปจริงอยู่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันก็มีข้อยกเว้นเช่นกันคือมีวิธีแทนการส่งมอบได้ เช่น ตกลงให้ผู้รับจ้างเป็นผู้รับฝากหรือยืมทรัพย์สินนั้น ทว่ามิใช่วิธีที่ดีที่สุดสำหรับคุ้มครองการติดต่อในทางธุรกิจ

ในการพิจารณาปัญหาการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์กรณีสัญญาจ้างทำของนั้น นักกฎหมายไทยส่วนใหญ่จะเริ่มพิจารณาปัญหานี้โดยตั้งต้นจากหลักว่าด้วยความสมบูรณ์เด็ดขาดของกรรมสิทธิ์ อีกทั้งอ้างหลักกฎหมายที่ว่าผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนเป็นที่ตั้ง ประกอบกับหลักความเสียหายตกเป็นพับแก่เจ้าของ ด้วยเหตุนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์โดยหลักส่วนควบ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่สร้างขึ้นใหม่ และการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์จากผู้ไม่มีสิทธิ เหล่านี้จึงเป็นไปได้เพียงแต่ข้อยกเว้นปลีกย่อยเท่านั้น โดยนักกฎหมายไทยพยายามเลี่ยงที่จะไม่อธิบายถึงประเด็นต่าง ๆ เหล่านี้ในบริบทกฎหมายลักษณะจ้างทำของ หรืออาจถึงขนาดปฏิเสธการอธิบายหลักกฎหมายข้างต้นออกไปโดยใช้หลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอนมาหักล้าง หากจะกล่าวในทางตำรา จะพบว่าตำรากฎหมายต่างประเทศซึ่งนักกฎหมายไทยสามารถใช้เป็นเครื่องมือทำความเข้าใจกฎหมายให้ลึกซึ้งยิ่งขึ้นไปได้นั้น นอกจากภาษาอังกฤษเป็นส่วนใหญ่แล้วคงจะหนีไม่พ้นภาษาฝรั่งเศสซึ่งสังเกตได้ว่ามีผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากฝรั่งเศสหลายคนตั้งแต่ก่อนที่ประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 และบรรพ 2 จะมีผลใช้บังคับเมื่อ พ.ศ. 2468 เสียด้วยซ้ำไป แต่ทว่าผู้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกทางกฎหมายจากเยอรมันเมื่อ พ.ศ. 2478 คล้อยหลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้ง 6 บรรพ มีผลใช้บังคับไปแล้วทั้งสิ้น จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่คำอธิบายในตำรากฎหมายของฝรั่งเศสย่อมจะยิ่งทำให้ความเข้าใจของนักกฎหมายไทยที่เริ่มมีกระแสแนวความคิดไปทางระบบ Civil Law ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์และการโอนภาระความเสี่ยงภัยติดเป็นไปตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และส่งผลให้นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับกฎหมายฝรั่งเศสรู้สึกอึดอัดที่จะปรับใช้หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบและหลักการความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองทรัพย์สินอันเป็นแนวของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน จะเห็นได้จากในตำรากฎหมายลักษณะจำทำของที่สำคัญในระยะหลังมานี้ ซึ่งจำนวนมากมิได้กล่าวถึงหรืออธิบายหลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบ ถึงแม้ว่าโดยที่มาและโดยสภาพของสัญญาจำทำของกรณีดังกล่าวจะจำกัดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์เป็นไปตามหลักของประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน อนึ่ง มีการอธิบายอย่างกล้าหาญโดยฟันธงไปว่า หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จำทำตามสัญญาจำทำของนั้นโอนไปโดยวิธีส่งมอบ แต่ทว่าอรรถาธิษฐานมิได้ชี้แจงว่ากรณีเช่นนี้ปรากฏสัญญาโอนกรรมสิทธิ์อันเป็นสัญญาในทางทรัพย์สินซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากการสัญญาจำทำของอันเป็นสัญญาในทางหนี้ ยิ่งไปกว่านั้น กลับตีความบทบัญญัติว่าด้วยการโอนภาระความเสี่ยงภัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 603 และมาตรา 604 ว่าเป็นไปตามหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่เจ้าของ โดยมีได้กล่าวถึงหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองแม้แต่น้อย เช่นนี้ จึงกลับกลายเป็นว่าคำอธิบายถูกละเลยในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ ปรากฏจากการพิจารณากฎหมายเปรียบเทียบในเชิงโครงสร้างประกอบกับในเชิงเนื้อหาอย่างแท้จริง ทั้งที่หลักการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยการส่งมอบและหลักการความเสี่ยงภัยตกเป็นพัวแก่ผู้ครอบครองตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันนั้น สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งสวิสและประมวลกฎหมายหนี้สวิสซึ่งบัญญัติออกเป็น 3 ภาษา ได้แก่ ภาษาเยอรมัน ภาษาฝรั่งเศส และภาษาอิตาลี อันเป็นเหตุทำให้มีความสะดวกแก่นักกฎหมายไทยที่คุ้นชินกับภาษาฝรั่งเศส ในการเข้าถึงหลักการทาง

ทฤษฎีของกฎหมายระบบ Civil Law ตระกูล Romanist (Pandectist) ยิ่งขึ้นไปด้วย แต่ทว่าองค์ความรู้กระแสหลักยังยึดมั่นถือมั่นอยู่กับหลัก “เสนอสนองต้องตรงกัน สัญญาเกิดกรรมสิทธิ์โอน” โดยเป็นปฏิกิริยาต่อหลักการโอนกรรมสิทธิ์ด้วยการส่งมอบ นอกจากนี้ ยังผูกขาดอยู่แต่กับหลัก “ความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่เจ้าของ” อย่างหลับลับตา โดยเป็นปฏิกิริยาต่อหลักความเสี่ยงภัยตกเป็นพับแก่ผู้ครอบครองอีกด้วย

ในกรณีที่ทำสัญญาจ้างทำของโดยสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ กล่าวคือ แม้ผู้รับจ้างได้ส่งมอบสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จ้างทำนั้นให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว แต่มีการตกลงกันให้กรรมสิทธิ์ยังอยู่ในมือผู้รับจ้างจนกว่าผู้ว่าจ้างจะชำระสินจ้างครบถ้วน เช่นนี้ หากยึดมั่นถือมั่นอยู่แต่เพียงหลักความเสี่ยงโอนตามกรรมสิทธิ์ก็ต้องถือว่าภาระความเสี่ยงยังไม่โอนไปยังผู้ว่าจ้าง หากสังหาริมทรัพย์อันเป็นการที่จ้างสูญหรือเสียหายไป ผู้รับจ้างในฐานะผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ย่อมต้องรับภาระความเสี่ยง ทั้งที่ ณ เวลานั้น ผู้ว่าจ้างอาจได้สิทธิประโยชน์อย่างอื่นจากการจ้างทำของนั้นแล้ว เช่น มีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินที่ตนได้ตกลงจ้างทำไว้แล้วนั้นต่อไปยังบุคคลภายนอก แม้ว่าขณะนั้นกรรมสิทธิ์จะยังไม่โอนมาเป็นของผู้ว่าจ้างก็ตาม หรือในกรณีที่ยังไม่ชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ว่าจ้างแล้วหรือไม่ และคู่สัญญาต่างฝ่ายต่างพิพาทกันว่ากรรมสิทธิ์อยู่ที่ฝ่ายใด กรณีเช่นนี้ การถือหลักกรรมสิทธิ์เป็นเครื่องกำหนดว่าความเสี่ยงตกเป็นพับแก่ฝ่ายใดย่อมเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก เพราะผู้ว่าจ้างต้องรับภาระความเสี่ยงเมื่อกรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ว่าจ้าง ผู้ว่าจ้างย่อมไม่มีอำนาจควบคุมทรัพย์สินเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำนั้น และไม่สามารถจะวางมาตรการระวังป้องกันทรัพย์สินดังกล่าวได้เลย ด้วยเหตุนี้ ความเสี่ยงควรจะตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้างจนกว่าผู้รับจ้างจะได้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ซึ่งสอดคล้องกับหลักต่างตอบแทน และหลักผู้ครอบครองย่อมมีฐานะที่จะปกป้องทรัพย์สินได้ดีที่สุด ทั้งนี้ สังหาริมทรัพย์อันเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำตามสัญญาจ้างทำของโดยเหตุผลของเรื่อง (Natur der Sache) ย่อมเป็นการแยกแยะระบุเจาะจงตัวทรัพย์สินแล้ว เช่นนี้ จึงไม่จำเป็นต้องบัญญัติให้มีการจำแนกหรือเจาะจงตัวทรัพย์สินก่อนส่งมอบแต่อย่างใด ทั้งนี้ หลักความเสี่ยงย่อมตกแก่เจ้าของกรรมสิทธิ์หากนำมาปรับใช้อย่าง “เหินเหินตาบอด” แก่สัญญาจ้างทำของที่คู่สัญญาดตกลงยอมให้ผู้รับจ้างสงวนการโอนกรรมสิทธิ์ไว้แม้มีการส่งมอบแล้วก็ตาม เช่นนี้ ความเสี่ยงในความสูญหรือเสียหายของทรัพย์สินเป็นผลสำเร็จแห่งการที่

จ้างทำย่อมตกเป็นพับแก่ผู้รับจ้าง หากทรัพย์สินดังกล่าวเกิดสูญหายหรือเสียหายในระหว่างที่กรรมสิทธิ์ยังอยู่กับผู้รับจ้าง ในการนี้ เมื่อผู้รับจ้างย่อมต้องรับความเสี่ยง ผู้ว่าจ้างซึ่งมิใช่ฝ่ายที่ต้องรับภาระความเสี่ยงย่อมยกเหตุที่ตนมิได้รับชำระหนี้ด้วยการส่งมอบชิ้นอ้างเพื่อเรียกร้องให้ผู้รับจ้างต้องคืนสินจ้างให้แก่ผู้ว่าจ้าง หรืออ้างเป็นเหตุให้ไม่ต้องชำระสินจ้างแก่ผู้รับจ้างได้ กรณีจะยอมให้มีการตีความเป็นไปดังเช่นที่ว่านี้กระนั้นหรือ ฉะนั้น ทรรศนะที่ว่าในกรณีสัญญาจ้างทำของโดยสงวนกรรมสิทธิ์ไว้ในมือผู้รับจ้างนั้น ความเสี่ยงควรจะโอนไปยังผู้ว่าจ้างพร้อมกับการส่งมอบ เพราะในกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การถือหลักความเสี่ยงโอนไปพร้อมการส่งมอบย่อมสอดคล้องกับหลักความยุติธรรมต่างตอบแทนยิ่งกว่า เมื่อผู้รับจ้างกระทำการทั้งปวงอันตนพึงต้องกระทำ ซึ่งทรัพย์สินได้ตกอยู่ในเงื้อมมือผู้ว่าจ้าง กอปรกับผู้ว่าจ้างได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้นและอยู่ในฐานะเป็นฝ่ายที่จะปกป้องทรัพย์สินได้ดีที่สุดแล้ว นับแต่เวลานั้น ผู้ว่าจ้างจึงควรรับความเสี่ยงไปด้วย ไม่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวจะโอนไปยังผู้ว่าจ้างแล้วหรือไม่ก็ตาม จึงกล่าวได้ว่า การโอนภาระความเสี่ยงในทรัพย์สินอันเป็นผลสำเร็จแห่งการที่จ้างทำตามสัญญาจ้างทำของนั้น ไม่ควรจะผูกติดอยู่กับการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ควรจะโอนไปพร้อมกับการส่งมอบ การจะปล่อยให้ผู้รับจ้างต้องรับภาระความเสี่ยง ทั้งที่ผู้รับจ้างไม่อยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจควบคุมเหนือทรัพย์สินและไม่อาจดูแลทรัพย์สินนั้นได้แล้ว ย่อมไม่เป็นธรรม

การแยกสัญญาออกเป็น 2 สัญญา ทำให้การใช้กฎหมายบังคับแก่กรณีทำได้ง่ายขึ้น เพราะสามารถแยกปรับบทกฎหมายใช้ได้ถูกต้องว่าเรื่องใดเป็นเรื่องของทรัพย์สิน เรื่องใดเป็นเรื่องหนี้ ด้วยเหตุที่แยกกฎหมายบังคับใช้แก่กรณีโดยถูกต้อง ดังนั้น เมื่อเกิดปัญหาความเกี่ยวพันระหว่างประเทศ ก็จะทำให้พิจารณาว่าจะต้องใช้กฎหมายไทย หรือกฎหมายต่างประเทศบังคับแก่กรณีได้โดยง่าย เพราะในหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481³³ ได้แยกหลักใน

³³ ดูรายละเอียดได้ที่ หยุต แสงอุทัย, การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา), พิมพ์ครั้งที่ 1, (พระนคร : โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ, 2482), น. 261-265, 278-287; หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, พิมพ์ครั้งที่ 10, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2524), น. 113-114.

การนำกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในเรื่องของหนี้และเรื่องของทรัพย์สินต่างกันอยู่แล้ว อีกทั้งการคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้ไม่รู้ถึงความบกพร่องในสัญญาในลักษณะนี้มีอยู่เพียงใด แต่ถ้าสัญญาในทางลักษณะทรัพย์สินระหว่างคู่กรณีเดิมสมบูรณ์ ผู้รับโอนยอมโอนทรัพย์สินให้แก่บุคคลภายนอกได้โดยสมบูรณ์ โดยถือว่าเขาได้กรรมสิทธิ์มาแล้ว ไม่ขัดกับหลักผู้รับโอน ไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน เพราะผู้โอนในกรณีหลังนี้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบริบูรณ์แล้ว นอกจากนี้ ยังทำให้คู่กรณีมีโอกาสยับยั้งซึ่งใจไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งในกรณีโมฆียะกรรมอันเกิดแต่กลฉ้อฉลข่มขู่ หรือสำคัญผิด เพราะมีช่วงเวลาค้นกลางในกรณีที่ไม่ได้โอนกรรมสิทธิ์ไปทันทีที่ทำสัญญาลักษณะหนี้

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

แม้จะเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายด้วยกัน แต่ก็มีระบบแตกต่างกันในบางเรื่อง และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเป็นกฎหมายผสม คือ หลายมาตราที่นำมาจากกฎหมายสวิสและฝรั่งเศส ทั้งที่เทียบเคียงมาจากกฎหมายเยอรมันและกฎหมายญี่ปุ่นเป็นส่วนมาก ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเทียบกับประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่นซึ่งได้ประกาศใช้ก่อนหน้าตั้งนานนั้นก็ไม่ได้³⁴ โดยเหตุที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเอากฎหมายจากหลายประเทศมาผสมกันนี้เอง การอธิบายบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงยากมาก³⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมิได้จัดทำขึ้นในคราวเดียวและประกาศใช้พร้อมกันทั้ง 6 บรรพ แต่อย่างใด ทว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจัดทำขึ้นในห้วงเวลาที่แตกต่างกัน ซึ่งท้ายที่สุดได้ส่งผลกระทบต่อปัญหาความเป็นระบบหลายประการ แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยในแต่ละบรรพ ผู้ร่างกฎหมายได้ร่างด้วยความยากลำบาก เพราะต้องศึกษาประมวลกฎหมายของหลาย ๆ ประเทศ ในห้วงเวลาที่สยามยังมีผู้รู้กฎหมายและภาษาต่างประเทศไม่มากมายเท่าใดนัก ทั้งยังต้องร่างให้สอดคล้องกับประเพณีและวัฒนธรรมของสยามในเวลานั้นด้วย กอปรกับการจัดทำประมวลกฎหมาย

³⁴ หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, น. 166.

³⁵ หยุต แสงอุทัย, การได้ทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์, นิติสาร, แผนกสามัญ, 15 (10) (ตุลาคม 2485), น. 23,

จำเป็นต้องมีความสอดคล้อง สอดประสานเป็นเนื้อเดียวกันโดยมิให้ขัดแย้งกัน ลำพังเพียงการจัดทำร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพให้สอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันก็เป็นการยากมากพอสมควรแล้ว เพราะเนื้อหาของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในแต่ละบรรพนั้นมีจำนวนมาก แต่เวลาที่ใช้ในการจัดทำมีเพียงเล็กน้อยค่อนข้างจำกัดอย่างยิ่ง เพราะมีปัญหาทางการเมืองเป็นกรอบกำหนด เช่นนี้ เมื่อทยอยจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่ละบรรพจนครบถ้วนแล้ว โอกาสที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายในแต่ละบรรพจะสอดคล้องกันให้เป็นระบบเดียวกันยิ่งทวีความยากลำบากอีกมหาศาล

ด้วยเหตุที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย เมื่อพิจารณาสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขายดังเช่นสัญญาจ้างทำของเป็นอาทิ จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยตั้งอยู่บนฐานของหลักความเป็นประจักษ์ (Abstraktionsprinzip) ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน กล่าวคือ แม้สัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อคำเสนอและคำสนองตรงกันแล้ว (consensus ad idem) แต่ว่าการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์จะโอนไปเมื่อใดอย่างนั้นเป็นเรื่องในทางทรัพย์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่จ้างทำนั้นจะตกไปยังผู้ว่าจ้างก็ต่อเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกิดขึ้น โดยแบ่งแยกออกจากนิติกรรมก่อให้เกิดความผูกพัน เมื่อได้มีการส่งมอบทรัพย์ที่จ้างทำโดยประสงค์ให้มีการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์นั้น อีกทั้งยังมีการส่งมอบสินจ้างเกิดขึ้นอีกนิติกรรมหนึ่งด้วย ทั้งนี้กรณีนี้ได้เป็นไปตามหลักความเป็นเงื่อนไข (Konditionsprinzip)³⁶ ซึ่งเมื่อสัญญาเกิดขึ้นโดยคำเสนอและคำสนองต้องตรงกันแล้ว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์ตามสัญญานั้นจะตกไปยังผู้รับโอนทันทีแต่อย่างใด

โดยการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้แบ่งแยกเรื่องหนี้และเรื่องทรัพย์ให้ออกจากกันโดยเด็ดขาด เช่น กล่าวถึงเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ในบทบัญญัติสำหรับลักษณะหนี้ดังเช่นในเรื่องสัญญาซื้อขายและสัญญาให้นั้น มีเรื่องการนิติบัญญัติเพราะบรรพ 4 ทรัพย์สิน ประกาศใช้บังคับหลังจากบรรพ 3 เอกเทศสัญญา อีกทั้งสัญญาซื้อ

³⁶ Vgl. Murad Ferid und Hans Jürgen Sonnenberger, Op. cit., Band II : S. 879, Randnummer 3

ขายและสัญญาให้เป็นสัญญาในชีวิตประจำวัน ฉะนั้น เมื่อประกาศใช้บรรพ 3 จึงมีบทบัญญัติเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในกรณีดังกล่าวด้วย ทำให้ความคิดของนักศึกษากฎหมายไทยไม่ชัดเจน การที่เอาเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ไปปะปนกันทำให้เข้าใจผิดไปว่า การโอนกรรมสิทธิ์เป็นเรื่องผลของสัญญาตามลักษณะหนี้ ซึ่งอันที่จริงมิใช่เช่นนั้น ผลของสัญญาตามลักษณะหนี้เป็นแต่ทำให้คู่กรณีต้องจัดการส่งมอบทรัพย์สินและจัดการให้มีการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่กัน แต่ปัญหาที่ว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้เปลี่ยนมือไปโดยแท้จริงหรือไม่ วิธีการโอนกรรมสิทธิ์เป็นอย่างไรนั้นเป็นเรื่องทรัพย์สิน ด้วยเหตุนี้ ในการศึกษาถึงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงต้องแบ่งแยกเรื่องทรัพย์สินและเรื่องหนี้ให้ออกจากกันโดยเด็ดขาด ไม่ควรจะทำให้ความคิดของเราปะปนกันโดยอาศัยเหตุที่กฎหมายของเราบัญญัติไว้ในที่เดียวกัน

เมื่อปรากฏว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นกฎหมายที่ร่างขึ้นใหม่หลังจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายหนี้สวิสประกาศใช้แล้ว ฉะนั้น จึงน่าเชื่อว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คงจะดำเนินตามหลักกฎหมายทั้งสองนี้ยิ่งกว่าจะดำเนินตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสซึ่งเก่ากว่า นอกจากนี้ การจัดโครงสร้างบรรพ หมวด ส่วนของบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันยิ่งกว่าใกล้เคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หลักทั่วไปในการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ของกฎหมายไทย ควรยึดระบบที่ตั้งอยู่บนหลักการโอนโดยต้องส่งมอบ ด้วยถือเอาการส่งมอบการครอบครองเป็นการกระทำตามสัญญาลักษณะทรัพย์สิน ซึ่งควรบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน ลักษณะ 1 บทเบ็ดเสร็จทั่วไป มาตรา 1303/1 “ภายใต้บังคับแห่งประมวลกฎหมายนี้ การโอนทรัพย์สินสิทธิอันเกี่ยวกับสังหาริมทรัพย์จะเกิดผลก็โดยการส่งมอบทรัพย์สินนั้น อย่างไรก็ตาม หากผู้รับโอนได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว การโอนย่อมมีผลนับแต่เวลาที่ได้มีการตกลงในการโอนนั้น แต่หากผู้โอนยังคงครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ผู้โอนและผู้รับโอนอาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยสัญญาอันมีผลทำให้ผู้รับโอนได้มาซึ่งการครอบครองโดยอ้อม นอกจากนี้ หากทรัพย์สินนั้นอยู่ในครอบครองของบุคคลภายนอก ผู้โอน

อาจเปลี่ยนการส่งมอบด้วยการโอนให้แก่ผู้รับโอนซึ่งสิทธิเรียกร้องในการเรียกทรัพย์นั้นคืนจากบุคคลภายนอก”

จะเห็นได้ว่า ประมวลกฎหมายระบบ Civil Law ในตระกูล Germanist (Pandectist) ที่สำคัญไม่ว่าจะเป็นประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส หรือแม้กระทั่งประมวลกฎหมายแพ่งไต้หวัน ล้วนแต่มีบทกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญา อย่างไรก็ตามเนื่องจากนักกฎหมายไทยจำนวนไม่น้อยมีแนวความคิดตามหลักกฎหมายธรรมชาติ กล่าวคือ หันไปยอมรับหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยผลของเจตนาในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายที่สอดคล้องกับหลักกฎหมายธรรมชาตินี้ยิ่งกว่า นักกฎหมายไทยที่มีแนวความคิดเช่นนี้จึงมีแนวโน้มที่จะสนับสนุนหลัก “กรรมสิทธิ์ย่อมโอนไปทันทีที่ทำสัญญากัน” ให้เป็นหลักทั่วไปแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และคัดค้านการบัญญัติหลักทั่วไปที่จะเป็นไปตามหลักการโอนกรรมสิทธิ์โดยการส่งมอบ

ฉะนั้น ดังที่กล่าวมาทั้งหมดนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่า หากไม่มีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์ใด ๆ เลย ในประเด็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาข้างทำของจะส่งผลให้เกิดช่องว่างของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

บรรณานุกรม

- กิตติศักดิ์ ปรกติ. (2532). หลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาลอยทางทรัพย์. *วารสารนิติศาสตร์*. ปีที่ 19 (2), 78-102.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2526). *กฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ปรีดี เกษมทรัพย์. (2511). สัญญาทางหนี้และสัญญาทางทรัพย์ในกฎหมายเยอรมัน. *ดุสิตพาท*. ปีที่ 15 (1), 53-59.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2561). *ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย.

- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. (2562). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ทรัพย์สิน*. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เดือนตุลา.
- โวล์ฟกัง ไพรแฮร์ ฟอน มาร์แชล. (2539). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับประมวลกฎหมาย. แปลโดย กิตติศักดิ์ ปกติ. *วารสารนิติศาสตร์*. ปีที่ 26 (1), 122-141.
- สมยศ เชื้อไทย. (2562). *คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่ง : หลักทั่วไป*. พิมพ์ครั้งที่ 26. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2482). *การขัดกันแห่งกฎหมาย (หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ แผนกคดีบุคคลและคำอธิบายพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช 2481 เรียงมาตรา)*. พิมพ์ครั้งที่ 1. พระนคร : โรงพิมพ์สยามพาณิชย์การ.
- หยุด แสงอุทัย. (2485). การได้ทรัพย์สินในสังหาริมทรัพย์. *นิติสาร*. แผนกสามัญ. ปีที่ 15 (10), 21-33.
- หยุด แสงอุทัย. (2517). *กฎหมายแพ่งลักษณะมูลหนี้หนึ่ง*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2524). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- หยุด แสงอุทัย. (2552). *ช่องว่างแห่งกฎหมาย*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- หยุด แสงอุทัย. (2560). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป*. สมยศ เชื้อไทย (บรรณาธิการ). พิมพ์ครั้งที่ 21. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- Baur, Fritz. (1985). *Lehrbuch des Sachenrechts*. 13. Auflage. München : Verlag C.H.Beck.
- Brox, Hans. (1977). *Besonderes Schuldrecht*. 5. Auflage. München : C.H.Beck.
- Fenet, Pierre-Antoine. (1856). *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. 1er édition. 15 Tomes. Paris : Videcoq.

- Ferid, Murad und Sonnenberger, Hans Jürgen. (1986). *Das Französische Zivilrecht*. 2. Auflage. 4 Bände. Heidelberg : Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbH.
- Heck, Philipp Nicolai von. (1930). *Grundriß des Sachenrechts*. 1. Auflage. Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Larenz, Karl. (1968). *Lehrbuch des Schuldrechts*. 9. Auflage. 2 Bände. München : C.H.Beck Verlag.
- Planiol, Marcel Ferdinand. (1928). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 11^e édition. 3 Tomes. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Prokati, Kittisak. (1987). Die Regelung der Übertragung von Eigentum an beweglichen Sachen einschließlich des gutgläubigen Erwerbs im deutschen BGB unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien und in Vergleichung zum englischen und thailändischen Recht. (Magister iuris. Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn).
- Prokati, Kittisak. (2013). Rezeption des deutschen Sachenrechts in Thailand bezüglich der Eigentumsübertragung und des gutgläubigen Erwerbs an beweglichen Sachen. *Rezeption europäischer Rechte in Ostasien*. Herausgegeben von Yu-Cheol Shin. Schriften der europäischen Rechtswissenschaften Band 3. 1. Auflage. S. 241-268. Seoul : Bobmunsu (Verlag der Juristischen Texte).
- Westermann, Harry. (1966). *Lehrbuch des Sachenrechts*. 5. Auflage. Karlsruhe : C.F.Müller.

การเลือกตั้งท้องถิ่นกับปัญหาการจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งในการบริจาค เงินแก่วัด ศาสนสถาน

Local Elections and the Problem of Limiting the Rights of Candidates of Local Elections Who Donate Money to Temples and Religious Places

เอกพงษ์ สารน้อย¹

Egkpong Sarnnoi

(Received: January 30, 2020, revised: April 3, 2020, accepted: April 10, 2020)

บทคัดย่อ

การเลือกตั้งท้องถิ่น (Local Election) ถือว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของระบอบประชาธิปไตย การเลือกตั้งท้องถิ่นเป็นกระบวนการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม โดยการใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งผู้สมัครรับเลือกตั้ง ความสำคัญของการเลือกตั้งท้องถิ่น คือ ผู้สมัครได้รับเลือกเข้ามาบริหารงานในท้องถิ่น กระบวนการวิธีการ รวมถึงหลักการปฏิบัติของผู้สมัครระหว่างการเลือกตั้งต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 กฎหมายวางระบบแนวทางปฏิบัติเพื่อไม่เกิดการทุจริตในการเลือกตั้ง โดยมีการกำหนดมาตรการไว้ในมาตรา 65 (2) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 กำหนดห้ามมิให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งบริจาคเงินให้วัด ศาสนสถาน แต่การกำหนดมาตรการทางกฎหมายตามมาตรา 65 (2) อาจก่อให้เกิดผลกระทบสิทธิแก่ผู้สมัคร เนื่องจาก มาตรการทางกฎหมายก่อให้เกิดการจำกัด

¹ เอกพงษ์ สารน้อย, ผู้ช่วยผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, เลขที่ 2410/2 พหลโยธิน จตุจักร กรุงเทพฯ 10900, ประเทศไทย, อีเมล egkpong.sa@spu.ac.th

Egkpong Sarnnoi, Assistant Director Master of Law Program, Faculty of Law Sripatum University, 2410/2 Phaholyothin, Chatuchak, Bangkok 10900, Thailand, email: egkpong.sa@spu.ac.th

สิทธิของผู้สมัครรับเลือกตั้งและการทำบุญเป็นพื้นฐานของศาสนาพุทธและมาตรการดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้บริจาคเงินให้แก่วัด หรือศาสนสถาน เป็นการกำหนดไว้กว้างเกินไป เพื่อให้ผู้สมัครมีโอกาสดำเนินการทำบุญ บริจาคทานโดยไม่เป็นการจำกัดสิทธิการทำบุญ กฎหมายจึงควรกำหนดแนวทางในการควบคุมการหาเสียงภายในวัด กำหนดวิธีการทำบุญ การบริจาค การช่วยเหลือวัดหรือศาสนสถาน

คำสำคัญ: ผู้สมัครรับเลือกตั้ง, การจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้ง, บริจาคเงิน

Abstract

Local elections are considered an important component of democracy. Local elections are a process of involvement of citizens. By exercising the right to vote for candidates. The importance of local elections is that candidates are chosen to run in the local administration. Process methods including the principles of applicants during the election must comply with the Local Members Election Act or local Administrators Act of 2019. The law establishes a system of guidelines to prevent corruption in elections. With measures set forth in Article 65 (2) of the Local Members Election Act or Local Administrators Act of 2019, prohibiting candidates from donating money to religious temples. But the determination of legal measures under Section 65(2) may cause rights to the applicant Because legal measures lead to restrictions on the rights of candidates and merit-making as a basis for Buddhism, and the measures under the aforementioned regulations prohibit donations to temples or religious places as being too general. To give the applicant the opportunity to make merit Donations without restrictions on merit rights the law should therefore set guidelines for controlling the campaign within the temple. Determine ways of making merit, donating, helping a temple, or

Religious place

Keywords: Candidate, Restriction of the rights of candidate, Donate money

1. บทนำ

การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นรูปแบบการปกครองที่จะให้สามารถบริหารจัดการในพื้นที่ได้ซึ่งแนวคิดก็จะมีการเปลี่ยนแปลงไป คือจากเดิมส่วนกลางจะลงไปจัดการในส่วนท้องถิ่นค่อนข้างมาก ซึ่งไม่ค่อยได้ผล เนื่องจากไม่ได้ตอบสนองความต้องการของคนในท้องถิ่นจริง ๆ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร พุทธศักราช 2540 เป็นต้นมาแนวคิดจะเปลี่ยนเป็นว่าการปกครองส่วนท้องถิ่นต้องจัดทำโดยคนในท้องถิ่น โดยมีภาครัฐส่วนกลางเข้าไปสนับสนุน ไม่ใช่ภาครัฐ ส่วนกลางเข้าไปดำเนินการเสียเอง ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาความซ้ำซ้อนขึ้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่และอำนาจในการดูแลและจัดทำการบริหารสาธารณะได้ด้วย นอกเหนือจากหน้าที่และอำนาจในการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะ ทั้งนี้ก็เพื่อแก้ปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องหน้าที่และอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น²

ในรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับการเลือกตั้งท้องถิ่น คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 หมวด 14 การปกครองท้องถิ่น มาตรา 252 ได้กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ต้องมีสภาท้องถิ่น และคณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น สมาชิกสภาท้องถิ่นต้องมาจากการเลือกตั้ง คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นให้มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน หรือมาจากความเห็นของสภาท้องถิ่น การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่น และคณะผู้บริหารท้องถิ่น ที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ให้ใช้วิธีการออกเสียงลงคะแนนโดยตรงและลับ การเลือกตั้ง (Election) จึงเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เพราะการเลือกตั้งเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ของประชาชนผู้เป็นเจ้าของประเทศ ในอันที่จะมอบความ

² คณะอนุกรรมการประชาสัมพันธ์และสำรวจความคิดเห็นของประชาชน, *สรุปสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โครงการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจรัฐธรรมนูญแก่สื่อมวลชน*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2561), น. 49.

ไว้วางใจในตัวแทนของปวงชนไปใช้อำนาจแทนตน การออกเสียงเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยเฉพาะในสังคมประชาธิปไตยอันจะเห็นได้อย่างเด่นชัดจากบทบัญญัติข้อ 21 (1) แห่งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน สรุปใจความสำคัญได้ว่าเจตจำนงของประชาชนย่อมเป็นมูลฐานแห่งอำนาจของรัฐบาลผู้ปกครองเจตจำนงดังกล่าวต้องแสดงออกโดยการเลือกตั้งอันสุจริต ซึ่งจัดขึ้นเป็นครั้งคราวตามกำหนดเวลาด้วยการลงคะแนนเสียงของชาย หญิง โดยถือหลักคนละหนึ่งเสียงเท่ากัน และกระทำการเป็นการลับด้วยวิธีการอื่นใดที่จะรับประกันในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเป็นไปโดยเสรี³

ปัจจุบันผู้ลงสมัครที่เข้ามาบริหารการปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านการเลือกตั้ง อยู่ภายใต้กฎหมายที่ควบคุมคุณสมบัติของผู้ลงสมัครคือ พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 กฎหมายฉบับนี้เป็นเครื่องมือบริหารการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตยเพื่อให้การเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเกิดความโปร่งใสและเป็นธรรมตามหลักธรรมาภิบาล อีกทั้งป้องกันและปราบปรามการทุจริต ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายบางประการได้มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งเป็นบุคคลบริหารท้องถิ่น ปกครองท้องถิ่น ทำให้ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษ ส่งผลให้ผู้สมัครไม่สามารถกระทำการบางอย่างได้ในระหว่างที่มีการเลือกตั้ง โดยเฉพาะการห้ามบริจาคเงินให้วัด หรือศาสนสถาน ดังปรากฏในมาตรา 65 (2) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 แต่ห้ามผู้สมัครกระทำการให้ หรือเสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้แก่วัด หรือศาสนสถาน ตามมาตรา 65 (2) เหมาะสมหรือไม่ เนื่องจาก การทำบุญทำทานเป็นวิธีการอย่างหนึ่งให้พระพุทธศาสนาดำรงอยู่ได้ จากบทบัญญัติ มาตรา 65 (2) เป็นการห้ามมิให้ผู้ลงสมัครบริจาคให้แก่วัด หรือศาสนสถานโดยไม่มีหลักเกณฑ์ใด ๆ เพิ่มเติมเพื่อให้ผู้ลงสมัครได้โอกาสในการทำบุญทำทานได้บ้าง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องหามาตรการที่เหมาะสมในการจำกัดสิทธิผู้สมัครเลือกตั้งท้องถิ่นในการบริจาคเงินแก่วัด หรือ ศาสนาให้เกิดความเหมาะสม ผู้เขียนจึงได้อธิบายเกี่ยวกับความสำคัญของการเลือกตั้งท้องถิ่น หลักการจำกัด

³ กมล ทองธรรมชาติ และคณะ, *การเมืองการปกครองไทย*, (กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช, 2525), น.

สิทธิเสรีภาพ บทวิเคราะห์การจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งเกี่ยวกับการให้เงินบริจาคแก่วัด ศาสนา ดังต่อไปนี้

2. ความสำคัญของการเลือกตั้งในสภาท้องถิ่น

การเลือกตั้งท้องถิ่นเป็นตัวชี้วัดสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงสถานะของผู้บริหารองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือรัฐบาลท้องถิ่น และยังเป็นเครื่องชี้วัดคุณภาพของประชาธิปไตยในระดับท้องถิ่นได้ในหลากหลายมิติ ดังเช่น การตรวจสอบความสนใจของประชาชนที่มีต่อการเลือกตั้งจากประชาชนในท้องถิ่นว่ามีสูงมากเพียงใด โดยเปรียบเทียบได้จากระดับการมีส่วนร่วมในการใช้สิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งของประชาชนในท้องถิ่น ความเข้มข้นในการแข่งขันและช่วงชิงที่นั่งในสภาท้องถิ่นของผู้สมัครลงแข่งขันรับเลือกตั้งท้องถิ่น บทบาทของผู้สมัครรับเลือกตั้งท้องถิ่น ทั้งที่สังกัดพรรคการเมืองที่มีขนาดใหญ่และขนาดเล็ก รวมถึงบทบาทของผู้สมัครรับเลือกตั้งท้องถิ่นที่ไม่สังกัดพรรคการเมือง ฯลฯ⁴ ผลการเลือกตั้งท้องถิ่นสามารถแสดงถึงการตอบสนองของประชาชนในท้องถิ่น ที่มีต่อนโยบายที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งในท้องถิ่นใช้ในการหาเสียงเลือกตั้งซึ่งจะนำมาสู่การเปลี่ยนแปลงทิศทางของนโยบายในการพัฒนาท้องถิ่นที่มีอยู่เดิม ให้ความสอดคล้องกับความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นเพิ่มมากขึ้น ซึ่งประเด็นที่ใช้ในการเลือกตั้งระดับท้องถิ่นนี้ อาจจะมีความสอดคล้องหรือแตกต่างจากประเด็นนโยบายที่มีอยู่ในการเมืองระดับชาติก็ได้

3. หลักการและแนวคิดการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

3.1 ความมุ่งหมายที่สำคัญในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพมี 3 ประการ

ประการแรก เพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นตามความเห็นของเกวนเทอร์ ดิวริง (Guenter Duerig) เห็นว่าสิทธิของบุคคลอื่นนั้น เป็นข้อจำกัดที่มีอยู่ในสิทธิและเสรีภาพทั้งหลายสิทธิของบุคคลอื่นทำให้เกิดความชอบธรรมในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังนั้นในการพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลอื่นจึงจำเป็นต้องย้อนกลับไปพิจารณามนุษย์ในสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมตามทัศนะของจอห์น ล็อก (John Lock) เห็นว่ามนุษย์ตามสภาวะธรรมชาติดั้งเดิมเป็นสภาวะที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์ มนุษย์สามารถกำหนดการ

⁴ Colin Rallings and Michael Thrasher, *Local Elections in Britain*, (New York : Routledge, 1997), p.9.

กระทำของตนเองได้ภายในขอบเขตของกฎธรรมชาติ นอกจากนี้ในภาวะธรรมชาตินั้นมนุษย์ทุกคนมีความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามแนวความคิดของกฎธรรมชาติ การที่มนุษย์มีเสรีภาพอย่างเท่าเทียมกันนั้นก่อให้เกิดผลว่า ไม่ว่าบุคคลใดก็ไม่สามารถก่อให้เกิดความเสียหายต่อชีวิตร่างกายทรัพย์สินและเสรีภาพของบุคคลอื่นได้ เพราะว่าทุกคนต่างเป็นอิสระและเท่าเทียมกันหรืออาจจะกล่าวว่าเพื่อเป็นการคุ้มครองเสรีภาพอันเท่าเทียมกันสำหรับทุก ๆ คนเสรีภาพของบุคคลหนึ่งย่อมมีข้อจำกัดอยู่ที่เสรีภาพของบุคคลอื่น ๆ

ประการที่สอง เพื่อการดำรงอยู่และเพื่อความสามารถในการทำภาระหน้าที่ของรัฐ รากฐานการทำหน้าที่ในการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของรัฐถือว่าเป็นพื้นฐานสำหรับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามพื้นฐานของทฤษฎีสัญญาประชาคมนั้น มีความมั่นคงของรัฐเป็นผลมาจากการที่รัฐเข้ามาทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของปัจเจกชน ดังนั้นความมั่นคงในการดำรงอยู่ของรัฐและความสามารถในการทำหน้าที่ของรัฐ จึงเป็นเหตุผลอันชอบธรรมสำหรับการจัดการสิทธิและเสรีภาพนั้นได้รับการอธิบายให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ประการที่สาม เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน ประโยชน์และสาธารณะและความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับมาตั้งแต่สมัยโรมันจนนำไปสู่การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน ซึ่งกฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องผลประโยชน์ระหว่างปัจเจกบุคคล แต่กฎหมายมหาชนเป็นเรื่องเกี่ยวกับผลประโยชน์ส่วนรวม หรือผลประโยชน์ของสังคมประเทศชาติโดยรวม ดังนั้นโดยทั่วไปแล้วผลประโยชน์ของส่วนรวมย่อมมาก่อนผลประโยชน์ส่วนบุคคลเสมอ

3.2 เจื่อนไขการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยการตราเป็นกฎหมาย

หากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเจื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพการจะตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้⁵ จะต้องดำเนินการดังนี้

1) ตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558), น. 204-207.

กฎหมายที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จะได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาในฐานะเป็นองค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนตามหลักการประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญนี้ได้กำหนดให้สามารถตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องหนึ่งเรื่องใดไว้ ทั้งนี้รัฐสภาจะมอบอำนาจให้องค์กรอื่นออกกฎหมายลำดับรองที่มีเนื้อหาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยลำพังเองนั้นไม่ได้ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวได้แก่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติพระราชกำหนดที่มีผลบังคับตั้งเช่นพระราชบัญญัติ รวมทั้งประกาศคณะปฏิวัติที่มีเนื้อหาดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้สอดคล้องกับหลักความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งเกิดขึ้นเนื่องจากเป็นที่ยอมรับกันว่าเมื่อมีบุคคลใดมีอำนาจมากก็มักใช้อำนาจนั้นอย่างเต็มที่จนเกินขอบเขตเสมอจนกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นหลักความชอบด้วยกฎหมายจึงได้กำหนดหลักการใช้อำนาจว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จะต้องมิกฎหมายให้อำนาจและต้องกระทำในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ดังคำกล่าวที่ว่า “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” โดยเฉพาะกรณีที่มีการดำเนินการดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในทางลบ

2) กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพจะต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรม

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องไม่เป็นกฎหมายที่มีผลย้อนหลังเป็นโทษแก่ผู้ต้องหรือจำเลย ต้องใช้บังคับเป็นการทั่วไปและต้องไม่เป็นการตรากฎหมายแล้วทำให้ศาลหรือเจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมถูกแทรกแซงในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่

3) ไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ

กฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพได้จะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นอันเป็นไปตามหลักพอสมควรแก่เหตุ หรือหลักความได้สัดส่วน ซึ่งเป็นหลักการควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้มีอำนาจที่มีการบัญญัติไว้เป็นบทบัญญัติของกฎหมายตั้งแต่สมัยกฎหมายโรมัน ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หลักกฎหมายนี้ในประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน มิได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่ให้ความสำคัญมาก กล่าวคือ มีค่าบังคับเท่ากับรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสาระสำคัญ 3 ประการ

ประการแรก หลักความเหมาะสม เป็นหลักที่กำหนดให้การที่รัฐจะใช้อำนาจออกมาตรการหรือวิธีการใดได้มาตรการนั้นจะต้องเป็นที่ยอมรับหรือแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่ามีความเป็นไปได้ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ ถ้าหากไม่เป็นที่ยอมรับหรือแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนนี้ ย่อมไม่ใช่มาตรการที่เหมาะสม

ประการที่สอง หลักความจำเป็น เมื่อรัฐได้ออกมาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมแล้ว มาตรการนั้น จะต้องก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ หากมีมาตรการอื่นที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ได้และมีผลกระทบน้อยกว่ามาตรการอื่นที่รัฐมีอำนาจใช้ รัฐต้องเลือกใช้มาตรการที่เกิดผลกระทบน้อยดังกล่าว

ประการสุดท้าย หลักพอสมควรแก่เหตุรัฐเลือกใช้นั้น จะต้องไม่ก่อให้เกิดภาวะแก่ผู้ได้รับผลกระทบเกินกว่าขอบเขต และผลกระทบที่เกิดขึ้นจะต้องเป็นไปอย่างมีเหตุผลหรือต้องเป็นมาตรการที่เมื่อเลือกใช้แล้วจะต้องให้ประโยชน์ที่สาธารณะ ได้รับความสมดุลกับประโยชน์ส่วนบุคคลที่สุจริตกับสุภาภิตไทยว่า “อย่าขี่ช้างจับตักแตน ”

กล่าวโดยสรุป องค์การที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติจะต้องเลือกมาตรการที่สามารถจำกัดสิทธิและเสรีภาพและบรรลุวัตถุประสงค์ของประโยชน์สาธารณะโดยมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้น้อยที่สุดและเป็นไปอย่างมีเหตุผล

4) กระหนาบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้

ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่รัฐจะต้องตรากฎหมายที่ให้ความคุ้มครอง ไม่เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่กระทำการข่มขู่ ทรมาณ บังคับให้กระทำการอื่นใดในลักษณะที่ไม่เหมือนมนุษย์

5) ต้องระบุนะเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย

ต้องระบุนะเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพเพื่อเตือนองค์การที่ใช้อำนาจอธิปไตยด้านนิติบัญญัติไม่ให้มาตรการกฎหมายแทรกแซงเข้าไปในขอบเขตของสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครอง ให้มีการโต้ตอบซึ่งกันและกันระหว่างผลดีกับผลเสียที่จะเกิดขึ้น อีกทั้งประชาชนผู้ตกอยู่ในบังคับแห่งกฎหมายสามารถตรวจสอบได้ว่าการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติส่วนใดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากไม่อ้างบทบัญญัติที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายจะมีผลให้กฎหมายดังกล่าวเป็นโมฆะ

6) ต้องมีผลบังคับเป็นการทั่วไป

ไม่มุ่งหมายให้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง จะต้องมิผลกับบุคคลที่ไม่มีอำนาจกำหนดจำนวนที่แน่นอนได้ โดยกำหนดข้อเท็จจริงที่เป็นนามธรรมเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการตรากฎหมายในลักษณะเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม อันตรอนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

4. ข้อปฏิบัติของผู้สมัครตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562⁶

การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นการกระจายอำนาจของรัฐบาลให้ประชาชนในท้องถิ่นได้มีส่วนร่วมในการปกครองตนเองภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาและสนองตอบต่อความต้องการ ของชุมชนได้สะดวกรวดเร็วและตรงกับความต้องการของชุมชนนั้น โดยมีองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นกลไกในการทำหน้าที่แทนรัฐบาล เพื่อให้การใช้อำนาจดังกล่าวเป็นไปอย่างถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น รวมทั้งก่อให้เกิดผลในลักษณะที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชนและท้องถิ่น ประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจจะเป็นผู้กำหนดตัวบุคคลที่จะเข้าดำรงตำแหน่งสำคัญต่าง ๆ ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผู้ซึ่งจะมาใช้อำนาจแทนประชาชน โดยการดำรงตำแหน่งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น ผู้บริหาร ท้องถิ่นหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นจะต้องเป็นพลเมืองของท้องถิ่นนั้น จะต้อง ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนในท้องถิ่นนั้น ๆ เพื่อให้องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรของประชาชนอย่างแท้จริง

4.1 คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง

จากความสำคัญของการเลือกตั้งท้องถิ่น ซึ่งผู้ที่จะมาดำรงตำแหน่ง สำคัญต่าง ๆ ทั้งในด้านบริหารหรือนิติบัญญัติในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อใช้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติไว้จะต้องเป็นประชาชนในท้องถิ่นและต้องได้รับความเห็นชอบโดยผ่านการเลือกตั้งจากประชาชนในท้องถิ่นนั้น การเลือกตั้ง เป็นกระบวนการที่ประชาชนได้ใช้สิทธิของตนเองลงคะแนนเลือกตัวแทนเพื่อไปทำหน้าที่แทนตนในการปกครองทั้งระดับประเทศและระดับท้องถิ่น ดังนั้น คุณสมบัติของผู้ที่จะใช้สิทธิเลือกตัวแทนได้นั้นจึงต้อง อยู่บนพื้นฐานของความเป็นพลเมืองของประเทศหรือของชุมชนท้องถิ่นนั้น นอกจากนั้นแล้ว การ

⁶ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, *ความรู้เกี่ยวกับผู้มีสิทธิเลือกตั้งพนักงานผู้ดำเนินการเลือกตั้งและกระบวนการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง*, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง, 2562), น. 3-4.

กำหนดคุณสมบัติอื่น ๆ จะต้องยึดโยงและมีความสัมพันธ์ กับพื้นที่ตลอดจนคำนึงถึงความสามารถของบุคคล โดยการกำหนดคุณสมบัติ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะต้องไม่ถูกจำกัดภายใต้ความแตกต่างใด ๆ ในฐานะพลเมืองของประเทศหรือชุมชนนั้น ๆ

คำว่า “คุณสมบัติ” พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ได้ให้ความหมายไว้ว่า คุณงามความดีคุณลักษณะประจำตัวของบุคคล ลักษณะประจำ ของสิ่งนั้น ๆ จากความหมายดังกล่าว คงแสดงให้เห็นว่าคุณสมบัติเป็นลักษณะ ที่มีอยู่ในตัวของบุคคลนั้น ดังนั้น การกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมีสิทธิ เลือกตั้งจึงเป็นการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะมีสิทธิเลือกตั้ง จึงเป็นการกำหนดลักษณะประจำตัวของบุคคล ที่จะต้องมีครบถ้วนก่อนที่จะใช้สิทธิ เลือกตั้งตามที่กฎหมายกำหนด คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งซึ่งจะสามารถลงคะแนนใช้สิทธิเลือกตั้ง ได้นั้นจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ดังจะเห็นได้จากการขาดคุณสมบัติหรือไม่มีคุณสมบัติในการเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้งจะไม่สามารถใช้สิทธิลงคะแนนเลือกเพื่อเลือกตั้งตัวแทนได้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 ได้กำหนดคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งไว้ดังนี้ 1. มีสัญชาติไทย แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยโดยแปลงสัญชาติต้องได้สัญชาติไทยมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี 2. อายุไม่ต่ำกว่า 18 ปีในวันเลือกตั้ง 3. มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้านในเขตเลือกตั้งมาแล้วเป็นเวลาติดต่อกัน ไม่น้อยกว่า 1 ปีนับตั้งแต่วันเลือกตั้ง

คุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นคุณลักษณะประจำตัวของบุคคล ซึ่งต้องมีมาก่อนและครบถ้วนจึงสามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้แม้ถ้าบุคคลนั้น จะมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดไว้แล้วก็ตาม หากในวันเลือกตั้งบุคคลนั้น มีลักษณะบางประการลักษณะใดลักษณะหนึ่งเกิดขึ้นหรือมีขึ้นถือเป็นลักษณะต้องห้ามสำหรับบุคคลนั้นที่กฎหมายห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งได้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 ได้กำหนดว่าบุคคลที่มี ลักษณะดังต่อไปนี้ในวันเลือกตั้งมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้ง ได้แก่

1. วิกลจริต หรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
2. เป็นภิกษุสามเณร นักพรต หรือนักบวช
3. ต้องคุมขังอยู่โดยหมายของศาลหรือโดยคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย
4. อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ว่าคดีนั้นจะถึงที่สุดหรือไม่

4.2 มาตรการทางกฎหมายที่ห้ามสำหรับผู้สมัครเลือกตั้งท้องถิ่น

หากบุคคลใดมีคุณสมบัติครบตามที่กฎหมาย สามารถลงสมัครเป็นผู้ลงสมัครเลือกตั้งท้องถิ่นโดยในขณะที่เป็นผู้ลงสมัครท้องถิ่นห้ามกระทำการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ใน มาตรา 65 (2) มีหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

มาตรา 65 ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ลงคะแนนให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่น ให้งดเว้นการลงคะแนนให้แก่ผู้สมัคร หรือการชักชวนให้ไปลงคะแนนไม่เลือกผู้ใดเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ด้วยวิธีการ ดังต่อไปนี้

(1) จัดทำ ให้ เสนอให้ สัญญาว่าจะให้หรือจัดเตรียมเพื่อจะให้ทรัพย์สิน หรือผลประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด

(2) ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยอ้อมแก่ชุมชน สมาคม มูลนิธิ วัดหรือศาสนสถานอื่น สถานศึกษา สถานสงเคราะห์ หรือ สถาบันอื่นใด

(3) ทำการโฆษณาหาเสียงด้วยการจัดให้มีหรสพหรือการรื่นเริงต่าง ๆ

(4) เลี้ยงหรือรับจะจัดเลี้ยงผู้ใด

(5) หลอกลวง บังคับ ชูเชิญ ใช้อิทธิพลคุกคาม ใ้ร้ายด้วยความเท็จ หรือจูงใจให้เข้าใจผิด ในคะแนนนิยมของผู้สมัครใด

การกระทำความผิดกล่าวได้ว่าเป็นสาเหตุสำคัญทำให้การเลือกตั้งไม่สุจริตและเที่ยงธรรม ถือว่า มีความผิดและมีโทษหนัก จำคุกตั้งแต่หนึ่ง 1 - 10 ปี หรือปรับตั้งแต่ 20,000 - 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งยี่สิบปี และกฎหมายยังให้ถือว่าการกระทำความผิดกล่าวเป็นการทุจริตในการเลือกตั้ง ซึ่งจะนำไปสู่การขาดคุณสมบัติในการสมัครรับเลือกตั้งอื่น ๆ ด้วย

5. บทวิเคราะห์การจำกัดสิทธิผู้สมัครเลือกตั้งเกี่ยวกับการบริจาคเงินแก่วัด

ผู้บริหารท้องถิ่นเมื่อเข้ามาดำรงตำแหน่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับการบริหารทั้งด้านนโยบาย การบริหารเงิน และมีผลประโยชน์มากมาย ส่งผลให้พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 มีบทบัญญัติเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตการเลือกตั้ง ตามมาตรา 65 แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 เป็นมาตรการป้องกันมิให้ผู้สมัครกระทำการ

ทุจริตเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่น การกระทำที่เป็นข้อห้ามตามมาตรา 65 มีทั้งหมด 5 ประการ เป็นการกระทำที่กฎหมายบัญญัติถือว่าผู้บริหารท้องถิ่นไม่ควรพึงกระทำ ซึ่งการป้องกันการทุจริตที่เป็นข้อสังเกตในมาตรา 65 (2) กฎหมายบัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดเสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อมแก่ชุมชน สมาคม มูลนิธิ วัด หรือศาสนสถานอื่น สถานศึกษาสถานสงเคราะห์ หรือ สถาบันอื่นใด” โดยการบริจาคเงินให้แก่วัด หรือศาสนสถาน ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องมีเหตุเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่น การห้ามมิให้ผู้สมัครทำบุญแก่วัด ถือว่ากฎหมายจำกัดสิทธิแก่ผู้สมัครเกินสมควรแก่เหตุ ด้วยเหตุผล 3 ประการ

ประการที่หนึ่ง ประเทศไทยเป็นเมืองพุทธ พุทธศาสนาอยู่คู่กับคนไทยมาช้านาน ตั้งแต่เริ่มสร้างชาติโดยบรรพบุรุษของเราไม่ว่ายุคการปกครองประเทศจะเป็นแบบไหน ผู้ปกครองตลอดจนประชาชนต่างก็ศรัทธาในบิณฑบาตพระพุทธรูปศาสนามาจนถึงปัจจุบัน การทำบุญของคนไทยเป็นเรื่องปกติ ศาสนามีส่วนเกี่ยวข้องกับประชาชนชาวไทยตั้งแต่เกิดจนกระทั่งตาย วัด ถือเป็นศูนย์รวมจิตใจของสังคมไทย พระสงฆ์เป็นผู้นำทางจิตใจของประชาชน เป็นศูนย์กลางของความเคารพศรัทธาของพุทธศาสนิกชนเพื่อให้คนไทยประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในศีลธรรมอันดีงาม กรณีการกำหนดเช่นนี้อาจทำให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 67 รัฐพึงอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาและศาสนาอื่น ในการอุปถัมภ์และคุ้มครองพระพุทธศาสนาอันเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยส่วนใหญ่นับถือมาช้านาน รัฐพึงส่งเสริมและสนับสนุนการศึกษาและการเผยแผ่หลักธรรมของพระพุทธศาสนาเถรวาท เพื่อให้เกิดการพัฒนาจิตใจและปัญญา และต้องมีมาตรการและกลไกในการป้องกันมิให้มีการบ่อนทำลาย พระพุทธศาสนาไม่ว่าในรูปแบบใด และพึงส่งเสริมให้พุทธศาสนิกชนมีส่วนร่วมในการดำเนินมาตรการหรือกลไกดังกล่าวด้วย

ประการที่สอง หากผู้สมัครมีการบริจาคหรือทำบุญแก่วัด หรือศาสนสถานมีบทลงโทษที่รุนแรงสำหรับผู้ลงสมัคร โดยอัตราโทษเป็นไปตามมาตรา 126 พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่

หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ศาลสั่งเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้นั้นมีกำหนดยี่สิบปี อัตราโทษที่กำหนดไว้สูงมาก

ประการที่สาม การพิสูจน์ว่าผู้ลงสมัครให้เงินแก่วัด หรือศาสนา ต้องมีเหตุผลเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงคะแนนให้ตนเองหรือผู้สมัครอื่น เหตุผลจูงใจเป็นกรณีที่พิสูจน์ได้ยากการร้องเรียนเรื่องการทำบุญของผู้สมัครต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ผ่านมานั้น ส่วนใหญ่คณะกรรมการการเลือกตั้งจะวินิจฉัยยกคำร้อง เพราะเหตุผลไม่จูงใจผู้มีสิทธิเลือกตั้งให้ลงคะแนนให้ตนเองหรือผู้สมัครอื่น ยกตัวอย่าง เช่น

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 11/2551 ลงวันที่ 30 มกราคม 2551 ผู้สมัครรับเลือกตั้งบริจาคเงินในกองผ้าป่า 200 บาท

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 99/2555 ลงวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2555 ผู้สมัครรับเลือกตั้งถูกระบุเป็นเจ้าภาพในการทอดกฐิน 1 กอง จำนวน 2,000 บาท

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 174/2555 ลงวันที่ 20 มีนาคม 2555 ผู้สมัครรับเลือกตั้งบริจาคเงินทำบุญฉลองพระธาตุบ้านวังบง จำนวน 200 บาท

คำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 122/2562 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม 2562 ผู้สมัครรับเลือกตั้งถวายจตุปัจจัย และยารักษาโรคแก่พระสงฆ์ในการทำบุญวันมาฆบูชาเป็นการทำบุญปกติของชาวพุทธ ซึ่งคำวินิจฉัยได้ยกคำร้อง เนื่องจาก ในวันมาฆบูชาประชาชนทั่วไปที่เป็นชาวพุทธไปทำบุญที่วัด ด้วยวิธีการที่แตกต่างกันไป อาทิเช่น ไปถวายสังฆทานทานเงิน ซึ่งเป็นการกระทำของพุทธศาสนิกชนอยู่แล้ว

ส่วนคำวินิจฉัยคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ 31/2562 ลงวันที่ 23 เมษายน 2562 ผู้สมัครรับเลือกตั้งถวายเงินจำนวน 2,000 บาท พร้อมนาฬิกาให้แก่พระสงฆ์ในงานทอดผ้าป่าสามัคคีที่มีประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งมาร่วมงาน ย่อมส่งผลต่อคะแนนนิยมของผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นการจูงใจผู้มีสิทธิเลือกตั้งให้ลงคะแนนเลือกตั้งให้แก่ตนเอง

การร้องเรียนตามมาตรา 65 (2) เพียงพบว่า ผู้สมัครรับเลือกตั้งมีการบริจาคเงินให้แก่วัด หรือศาสนสถาน สามารถร้องเรียนได้เลย เมื่อเป็นเช่นนี้ส่งผลให้มาตรการทางกฎหมายที่กำหนดไว้ก่อให้เกิดผลกระทบแก่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง แสดงให้เห็นว่ากฎหมายไปจำกัดสิทธิในการทำบุญ ทำทานโดยไม่คำนึงถึงความเหมาะสม ซึ่งการกำหนดห้ามผู้สมัครบริจาคเงินแก่วัด หรือศาสนสถาน ก่อให้เกิดผลดีและผลเสียดังตารางต่อไปนี้

ผลดี	ผลเสีย
1. สร้างมาตรการคัดกรองผู้สมัครรับเลือกตั้ง ที่เป็นบุคคลที่ดีมีศีลธรรม	1. เกิดข้อร้องเรียนต่อคณะกรรมการเลือกตั้งเป็นจำนวนมาก ซึ่งก่อให้เกิดภาระแก่คณะกรรมการการเลือกมาพิจารณาในเรื่องเพียงเล็กน้อย
2. ผู้สมัครรับเลือกตั้งไม่ต้องนำวัดหรือศาสนสถานเป็นเครื่องมือในการหาเสียงเลือกตั้ง	2. การพิสูจน์ใช้ระยะเวลานานส่งผลต่อผู้สมัครรับเลือกตั้งไม่สามารถกระทำการอื่น ๆ ได้ ต้องรอคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการการเลือกตั้งเท่านั้น
	3. ผู้สมัครฝ่ายตรงข้ามใช้มาตรการตามกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือในการกำจัดฝ่ายตรงข้าม

ดังนั้น การกำหนดห้ามมิให้ผู้รับสมัครบริจาคเงินให้แก่วัดหรือศาสนสถาน ทำให้ต้องพิจารณาหลักการทางกฎหมายในกรณีที่มีมาตรการไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้สมัครรับเลือกตั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 26 บัญญัติว่า “การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนไขไว้ กฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อหลักนิติธรรมไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุและจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุมเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ด้วย กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใด กรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง” แต่การห้ามมิให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งบริจาคเงินให้แก่วัดหรือศาสนสถานเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเกินสมควรแก่เหตุและกระทบการปฏิบัติตัวของพุทธศาสนิกชน

มาตรการทางกฎหมายจึงต้องปรับปรุงแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น โดยคำนึงถึงหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักพอสมควรแก่เหตุ ซึ่งการห้ามมิให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งห้ามบริจาคเงินแก่วัด หรือศาสนาสถาน หากพิจารณาตามเจตนารมณ์ของกฎหมายถือว่าเหมาะสมและจำเป็นอย่างยิ่ง ผู้รับสมัครไม่ต้องนำวัดหรือศาสนาสถานมาเป็นเครื่องมือในการช่วยหาเสียง แต่การกำหนดควรมีเงื่อนไขที่มีรายละเอียดเพิ่มเติม เพื่อไม่ให้บุคคลใดก็

ตามนำช่องว่างของกฎหมายมาใช้เป็นเครื่องมือกลั่นแกล้งผู้สมัครรับเลือกตั้ง ฝ่ายตรงข้าม โดยต้องปรับปรุงมาตรการทางกฎหมาย โดยการกำหนดจำนวนเงินหรือสิ่งของที่บริจาคแก่ วัด หรือศาสนสถานตามความเหมาะสมที่บุคคลทั่วไปจะพึงทำบุญ ทำทานได้ และเนื่องจาก วัด หรือศาสนสถานถือว่าเป็นสถานที่ประกอบกิจกรรมทางศาสนา รวมทั้งกิจกรรมอื่น ผู้รับ สมัครเลือกตั้งบางรายอาจเลือกเป็นสถานที่หาเสียง เนื่องจาก วัดเป็นที่รวมตัวของ ประชาชนในท้องถิ่น สิ่งที่ยกกฎหมายจำเป็นต้องกำหนดเพิ่มเติม คือ การกำหนดแนวทางการหา เสียงในวัด หรือศาสนสถาน อีกทั้งการจำกัดสิทธิมีอัตราโทษที่มากเกินไป ไม่ได้สัดส่วนของการ กระทำความผิด อัตราโทษเท่ากับผู้สมัครหลอกลวง บังคับ ชูเชิญ ใช้อิทธิพลคุกคาม ใส่ร้าย ด้วยความเท็จ หรือจงใจให้เข้าใจผิดในคะแนนนิยมของผู้สมัคร ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ทำให้ พบว่ามาตรา 65 (2) กฎหมายกำหนดห้ามให้ผู้ลงสมัครบริจาคเงินแก่วัด หรือศาสนสถาน เป็นมาตรการที่เกิดผลกระทบเกินขอบเขตในฐานะผู้ลงสมัครเป็นประชาชนชาวไทยและ การเข้าไปจำกัดสิทธิมีขอบเขตที่กว้างเกินไป จึงต้องปรับปรุงกระบวนการในกรณีที่ผู้สมัคร รับเลือกตั้งบริจาคเงินให้วัด หรือศาสนสถานให้เกิดความชัดเจนมากขึ้น

6. บทสรุป

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 บัญญัติ ขึ้นเพื่อให้การเลือกตั้งสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นมีกระบวนการเลือกตั้งที่เหมาะสม และเกิดความเป็นธรรม โดยในบทบัญญัติของกฎหมายอาจมีเหตุจำเป็นในการจำกัดสิทธิ เสรีภาพ เพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นไปตาม หลักธรรมาภิบาล (Good Government) และเป็นการป้องกันและปราบปรามการทุจริต เพื่อให้ได้มากซึ่งผู้บริหารท้องถิ่นที่มีคุณธรรมและไม่เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน กฎหมาย จำเป็นต้องสร้างมาตรการในการจำกัดสิทธิของผู้สมัครเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการซื้อเสียงใน ระหว่างที่มีการเลือกตั้ง ซึ่งปรากฏไว้ในมาตรา 65 แต่ในมาตรานี้ปรากฏว่า ตามมาตรา 65 (2) เป็นการห้ามผู้สมัครบริจาคเงินให้แก่วัด หรือศาสนสถาน เหตุที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นนี้ เล็งเห็นว่า วัด ถือว่าเป็นศูนย์รวมจิตใจและเป็นสถานที่คนในชุมชนไว้ปฏิบัติกิจกรรมต่าง ๆ อาจก่อให้เกิดการซื้อเสียงภายในวัดได้ จึงกำหนดแนวทางในการควบคุมการหาเสียง ภายในวัด แต่การกำหนดไว้เช่นนี้ ผู้สมัครไม่มีโอกาสได้ทำบุญได้บริจาคทานจนกว่าการ เลือกตั้งเสร็จสิ้น ถือว่าขัดกับหลักในการจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นการเพิ่มภาระและเป็นการ

จำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งเกินสมควรแก่เหตุ กฎหมายไม่มีการกำหนดแนวทางในการควบคุมการหาเสียงภายในวัด กำหนดวิธีการทำบุญ การบริจาค การช่วยเหลือวัดหรือศาสนสถานที่มีกระบวนการที่ชัดเจน เพื่อให้ผู้สมัครจะได้มีโอกาสได้ทำบุญได้บริจาทานโดยไม่เป็นการจำกัดสิทธิการทำบุญเกินไปจนเกินไป จนอาจส่งผลกระทบต่อความรู้สึกทางด้านจิตใจของชาวพุทธส่วนใหญ่ การทำบุญโดยการให้ทานทานแปลว่าการให้เป็นบุญเป็นกุศลมิใช่เป็นสิ่งที่เลวร้ายแต่เป็นสิ่งที่ชาวพุทธสมควรทำ บุญก็คือการบริจาทานอย่างหนึ่ง การให้ทานทำให้ผู้สมัครรู้จักเสียสละ ละความเห็นแก่ตัว มีจิตใจเอื้อเฟื้อและยังมีอันสงสัตามความเชื่อของชาวพุทธอีกนานัปการ การให้ทานจึงเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะทำให้พุทธศาสนายังดำรงคงอยู่ต่อไป

7. ข้อเสนอแนะ

มาตรการทางกฎหมายตามมาตรา 65 (2) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2562 สมควรปรับปรุงแก้ไข ดังต่อไปนี้

มาตรา 65 ห้ามมิให้ผู้สมัครหรือผู้ใดกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจูงใจให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ลงคะแนนให้แก่ตนเองหรือผู้สมัครอื่น ให้งดเว้นการลงคะแนนให้แก่ผู้สมัครหรือการชักชวนให้ไปลงคะแนนไม่เลือกผู้ใดเป็นสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นด้วยวิธีการ ดังต่อไปนี้

(2) ให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดไม่ว่าจะโดยตรง หรือโดยอ้อมแก่ วัดหรือศาสนสถานอื่น ให้ผู้สมัครบริจาคเงินในแต่ละครั้งไม่เกิน 2,000 บาท และห้ามมิให้ผู้รับสมัครเลือกตั้งหาเสียงหรือกระทำการใดที่จูงใจให้มีการลงคะแนนเสียงให้แก่ตนเองภายในวัดหรือศาสนสถาน

บรรณานุกรม

- กมล ทองธรรมชาติ และคณะ. (2525). *การเมืองการปกครองไทย*. กรุงเทพมหานคร : ไทยวัฒนาพานิช.
- คณะอนุกรรมการประชาสัมพันธ์และสำรวจความคิดเห็นของประชาชน. (2561). *สรุปสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย โครงการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจรัฐธรรมนูญแก่สื่อมวลชน*. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. (2558). *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน.
- สำนักงานเลขาธิการรัฐมนตรื. (2560). *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560*. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา.
- สำนักงานคณะกรรมการเลือกตั้ง. (2562). *ความรู้เกี่ยวกับผู้มีสิทธิเลือกตั้งพนักงานผู้ดำเนินการเลือกตั้งและกระบวนการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง*. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการเลือกตั้ง.
- Colin Rallings and Michael Thrasher. (1997). *Local Elections in Britain*. New York : Routledge.

การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการโดยองค์กรภายนอก:

ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

Examination of Non-prosecution Orders by Public Prosecutors by External Organizations: Court of Justice and Administrative Court

ประเสริฐ สิทธิินวพล¹

Prasert Sitthinawaphol

(Received: February 27, 2020, revised: April 24, 2020, accepted: May 7, 2020)

บทคัดย่อ

การสั่งคดีของพนักงานอัยการแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ อันประกอบด้วยหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย และหลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ โดยคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาของพนักงานอัยการในฐานะทนายแผ่นดินอันมีผลกระทบต่อสถานภาพถึงสิทธิของผู้เสียหายในคดีเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด กลับมองว่าคำสั่งไม่ฟ้องดังกล่าวของพนักงานอัยการไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ทว่าก็มีมาตรการทางกฎหมายเพื่อตรวจสอบดุลพินิจของพนักงานอัยการให้เป็นไปโดยชอบด้วยหลักแห่งนิติธรรมและความโปร่งใสอันสามารถตรวจสอบได้ทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อองค์กรภายนอก โดยส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมด้วยคำสั่งไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือผู้ว่าราชการจังหวัด อันเป็นการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการโดยตรง รวมถึงศาลยุติธรรมก็สามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 200

¹ รองอัยการจังหวัด สำนักงานอัยการจังหวัดพะเยา ศาลากลางจังหวัด (หลังเก่า) ชั้น 2 ถนนพหลโยธิน ตำบลบ้านต๋อม อำเภอเมืองพะเยา จังหวัดพะเยา 56000 อีเมล khoe3959@gmail.com

Deputy Provincial Chief Public Prosecutor, Office of Provincial Phayao Public Prosecutor,
Town Hall (old), 2nd floor. Phaholyothin Rd, Ban Toms, Muang, Phayao 56000 email:
khoe3959@gmail.com

โดยทางอ้อม ในกรณีที่พนักงานอัยการปฏิบัติฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนของการดำเนินคดีที่กำหนดไว้ ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลในชั้นที่สุดของกระบวนการยุติธรรม

คำสำคัญ: ศาลยุติธรรม, ศาลปกครอง, คำสั่งไม่ฟ้อง, พนักงานอัยการ

Abstract

The prosecution orders by public prosecutors can be divided into 2 systems, consists of principle of criminal prosecution at legally and principle of criminal prosecution at discretion. While the non-prosecution orders for the accused by public prosecutors, which has affected to the status of the right of injured persons in the same as an administrative order. The ruling guideline of the Supreme Administrative Court is of the opinion that non-prosecution orders of public prosecutors as aforesaid, not considered an administrative order under the jurisdiction of the Administrative Court.

Whereas, there have legal measures to check the discretion of public prosecutors to be in accordance with the rule of law and transparency that can be examined both directly and indirectly to external organizations. File of investigating cases and orders has been sent to the National Police Commissioner or the Provincial Governor, which examined the discretion of public prosecutors directly and including the Court of Justice can play a role in check and balancing the non-prosecution orders of public prosecutors under the Criminal Code, Section 157 and Section 200 indirectly. In the event that public prosecutors violates the laws or regulations of the proceedings specified which is considered the most balanced check of the justice system.

Keywords: Court of Justice, Administrative Court, non-prosecution order, public prosecutor

1. บทนำ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วราพงษ์ วิศรุตพิชญ์ กล่าวไว้ว่า “อำนาจดุลพินิจ คือ ความสามารถในการอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายอย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้ เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือ ความมุ่งหมายของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่ง โดยบัญญัติเปิดช่องให้องค์กรของรัฐ ฝ่ายปกครองขององค์กรนั้น ตัดสินใจได้อย่างอิสระ ว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น ตนสมควรจะออกคำสั่งหรือไม่ และสมควรจะออกคำสั่งโดยมีเนื้อความอย่างไร”

การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ประกอบด้วย 3 ขั้นตอนดังต่อไปนี้²

1. ขั้นตอนการวินิจฉัยข้อเท็จจริง โดยฝ่ายปกครองจะทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นก่อน ซึ่งต้องอาศัยพยานหลักฐานและวินิจฉัยว่าพยานหลักฐานเท่าที่มีอยู่นั้นเพียงพอต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าเกิดขึ้นหรือมีอยู่จริงหรือไม่ ก่อนที่จะใช้อำนาจกระทำการใด โดยที่ฝ่ายปกครองต้องวินิจฉัยข้อจริงไปตามพยานหลักฐาน มิใช่ใช้ดุลพินิจวินิจฉัยตามอำเภอใจได้อย่างอิสระที่ตนเห็นสมควร

2. ขั้นตอนการปรับบทกฎหมาย เป็นขั้นตอนการวินิจฉัยว่าข้อเท็จจริงที่มีอยู่หรือที่เกิดขึ้นนั้น ตรงกับหลักที่กฎหมายบัญญัติไว้ในบทมาตราใด ด้วยการตีความข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติของกฎหมาย จากนั้นจึงพิจารณาแยกส่วนของข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง ออกเป็นข้อเท็จจริงสำคัญกับข้อเท็จจริงรายละเอียด และทำการเปรียบเทียบข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่องดังกล่าว ว่าเหมือนหรือคล้ายกับข้อเท็จจริงตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ประการใดในกรณีกฎหมายบัญญัติข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบ โดยใช้ถ้อยคำที่มีความหมายแน่นอนชัดเจน ฝ่ายปกครองย่อมไม่มีดุลพินิจที่จะวินิจฉัยว่าถ้อยคำนั้นมีความหมายเป็นอย่างอื่น ซึ่งโดยปกติการปรับบทกฎหมายกับข้อเท็จจริง เป็นปัญหาข้อกฎหมาย ไม่ใช่ปัญหาดุลพินิจที่ฝ่ายปกครองจะวินิจฉัยได้อย่างอิสระตามที่ตนเห็นสมควร

²เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์, *ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง*, สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2563, จาก http://www.stabundamrong.go.th/web/book/48/b8_48.pdf

3. ขั้นตอนการตัดสินใจ เมื่อฝ่ายปกครองทำการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและปรับบทกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเสร็จสิ้นแล้ว กระบวนการต่อไปคือ การพิจารณาว่ากฎหมายกำหนดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองไว้อย่างไร ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ 2 ประการดังนี้

3.1 ดุลพินิจตัดสินใจว่า “จะใช้อำนาจหรือไม่” ทั้งนี้ ฝ่ายนิติบัญญัติจะออกบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครอง โดยใช้ถ้อยคำว่า “มีอำนาจ” “มีสิทธิ” “อาจ....ก็ได้” “สามารถ” หรือ “ควรจะ” อาทิ ตามข้อ 9 แห่งระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติหรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ประกอบมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรอัยการและพนักงานอัยการ พ.ศ. 2553 กำหนดว่า “เมื่อสำนวนคดีดังกล่าวเสนอมายังอัยการสูงสุด ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่าการฟ้องคดีอาญานั้นจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ อัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องหรือถอนฟ้อง” ซึ่งให้อำนาจอัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องหรือถอนฟ้องเสียได้ แต่อัยการสูงสุดจะใช้อำนาจตามมาตรานี้หรือไม่ ย่อมอยู่ในดุลพินิจของอัยการสูงสุด มีอำนาจสั่งไม่ฟ้องหรือถอนฟ้อง เป็นต้น

3.2 ดุลพินิจเลือกกระทำการ โดยฝ่ายนิติบัญญัติอาจออกบทบัญญัติกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองในการใช้ดุลพินิจว่าจะเลือกการ กระทำประการใดประการหนึ่งในหลายประการ เพื่อความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงหรือภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะ ประกอบด้วย

ก. ดุลพินิจเลือกกระทำการอย่างหนึ่งในหลายๆ ประการที่กฎหมายกำหนด เพื่อให้เกิดความเหมาะสมแก่ข้อเท็จจริงเฉพาะเรื่อง อาทิ ตามมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “ข้าราชการอัยการผู้ใดกระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรง ผู้บังคับบัญชาจะเสนอ ก.อ. เพื่อมีมติลงโทษงดการเลื่อนตำแหน่งหรือลดเลื่อนขั้นหรือขั้นเงินเดือน เป็นเวลาไม่เกินสามปี หรือลงโทษภาคทัณฑ์โดยจะให้ทำทัณฑ์บนไว้ ด้วยหรือไม่ก็ได้ เมื่อ ก.อ. พิจารณาเห็นสมควรลงโทษสถานใด ก็ให้ประธาน ก.อ. สั่งตามมตินั้น”

ข. ศาลพิจารณาคดีกระทำโดยตัวเองภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้กำหนดเจาะจงลักษณะของการกระทำให้แก่ฝ่ายปกครอง แต่จะกำหนดให้ฝ่ายปกครองเลือกลักษณะของการกระทำด้วยตนเองตามความจำเป็น อาทิ ตามมาตรา 80 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2553 บัญญัติว่า “ข้าราชการอัยการผู้ใดถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงจนถูกตั้ง กรรมการสอบสวน หรือถูกฟ้องคดีอาญา ที่มีโทษเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่าควรให้อยู่ในหน้าที่ราชการระหว่างสอบสวน หรือพิจารณาจะเป็นการเสียหายแก่ราชการ อัยการสูงสุดโดยความเห็นชอบของ ก.อ. จะสั่งให้ พักราชการก็ได้”³

หลักการฟ้องคดีอาญาโดยพนักงานอัยการ⁴ นั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ระบบ กล่าวคือ

1. หลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย (Legality Principles) มีหลักว่า เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้นและการกระทำนั้นครบองค์ประกอบความผิดอาญาแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวน โดยจะมีผู้ร้องทุกข์กล่าวโทษหรือไม่ก็ตาม ซึ่งจะไม่สามารถใช้ดุลพินิจไปในทางอื่นใดได้ เว้นแต่ความผิดอันยอมความได้เมื่อผู้ที่ถูกกระทำไม่ติดใจเอาความหรือดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดอีกต่อไปแล้ว⁵ โดยเมื่อทำการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้วและพนักงานอัยการเห็นว่ามีความผิดที่น่าเชื่อว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดกฎหมาย พนักงานอัยการต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลเสมอ และหากพนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องคดี ศาลก็มีอำนาจที่จะเรียกสำนวนการสอบสวนไปพิจารณาได้ และเมื่อศาลมีความเห็นแตกต่างไปจากคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ ศาลก็มีอำนาจสั่งให้พนักงานอัยการฟ้องคดีอาญาดังกล่าวต่อศาลได้ อันถือเป็นการป้องกันมิให้เกิดการใช้อิทธิพลที่มีขอบด้วยความ

³ สมชัย เลิศสุทธิวงค์, *หลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง*, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2563, จาก http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=9703.

⁴ อรรถพล ใหญ่สว่าง, *บทบาทพนักงานอัยการญี่ปุ่น กับการใช้ดุลพินิจในการสอบสวนและดำเนินคดีอาญา* (ตอนที่ 2). มติชนรายวัน. สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2561, จาก <http://m.matichon.co.th/readnews.php?newsid=1437551631>

⁵ จุฬารัตน์ ยะปะนัน., *ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้*, เกร็ดกฎหมายน่ารู้จุลนิติ, (ม.ป.ท., มีนาคม - เมษายน 2553), น.152 - 157

เป็นธรรมต่อการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการ และเมื่อพนักงานอัยการฟ้องคดีต่อศาล และเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมแล้วก็ไม่อาจจะยุติการดำเนินคดีได้ จะถอนฟ้องก็ได้เช่นกัน ตามหลักเปลี่ยนแปลงมิได้ (Immunitabilitasprinzip)⁶ ทว่าผู้เขียนมีความเห็นว่าหลักการฟ้องคดีตามกฎหมายนั้นมีข้อเสียตรงที่กำหนดให้ศาลเท่านั้นที่มีอำนาจสิ้นสุดคดีในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา พนักงานอัยการมีหน้าที่เพียงแต่เป็นผู้นำจำเลยมาฟ้องคดีต่อศาลเท่านั้น ไม่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินคดี จึงทำให้ไม่มีการถ่วงรอกคดีที่เข้าสู่ศาล อันเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาต้องถูกส่งตัวมาขึ้นศาลมากเกินความจำเป็น และทำให้คดีความที่เข้าสู่ศาลมีปริมาณเป็นจำนวนมากและเป็นเหตุทำให้การดำเนินคดีอาญาไม่ยืดหยุ่น ประกอบกับการพิจารณาคดีต้องใช้เวลาอันนาน อันไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ทั้งนี้ประเทศที่นำหลักการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายมาใช้ประกอบด้วยประเทศสาธารณรัฐอิตาลี ประเทศราชอาณาจักรสเปน ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และโดยเฉพาะกลุ่มประเทศที่เป็นสังคมคอมมิวนิสต์ เป็นต้น

2. หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจ (Opportunity Principle) มีหลักว่ากำหนดให้เจ้าพนักงานฝ่ายบริหารมีบทบาทที่สำคัญในกระบวนการยุติธรรม โดยเฉพาะพนักงานอัยการที่สามารถใช้ดุลพินิจสั่งไม่ดำเนินคดีอาญาที่มีมูลได้ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงตามความเหมาะสมเป็นคดีแต่ละเรื่องและมีเหตุที่ไม่สมควรจะฟ้องผู้ต้องหาหรือนั้นต่อศาล อาทิ กรณีปรากฏพยานหลักฐานตามสำนวนการสอบสวนว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิด หรือคดีมีมูลน่าเชื่อว่าผู้ต้องหาจะกระทำความผิด แต่เมื่อคำนึงถึงอายุ บุคลิกภาพ ลักษณะ สภาพแวดล้อมของผู้กระทำความผิดและองค์ประกอบอื่นๆ ประกอบการพิจารณาด้วยแล้ว เช่น กรณีเยาวชนอายุ 16 ปี ทำหน้าที่ลูกจ้างขายชาลาเปาภายในห้างสรรพสินค้าและได้ซื้อชาลาเปาที่เยาวชนนั่นเองเป็นคนขาย จำนวน 1 ลูก ราคา 10 บาท เพื่อนำไปให้กับน้องชายได้รับประทาน ต่อมาได้รับคำสั่งจากนายจ้างให้นำชาลาเปาที่เหลือจากการขายไปทิ้ง จึงได้ถือโอกาสที่ตนมีหน้าที่นำไปทิ้งนั้นหยิบฉวยชาลาเปาที่กำลังจะนำไปทิ้ง จำนวน 1 ลูกโดยพลการเพื่อหวังว่าจะนำไปให้น้องชายได้รับประทาน เพราะคิดว่าน้องชายของตนน่าจะยังไม่อิ่มหากได้ทานชาลาเปาเพียงลูกเดียวจากที่ตนซื้อมาก่อนนั้น ซึ่งตามกฎหมาย

⁶เฉลิมวุฒิ สารกิจ, *การสั่งฟ้องคดีของอัยการ*. สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2561, จาก<http://www.สำนักกฎหมายนิติศาสตร์ขาดรัก.com/2012/12/1-1.html>

อาญาถือว่าเป็นความผิดฐานลักทรัพย์ของนายจ้าง ทั้งนี้ อัยการสูงสุดได้ใช้ดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีกับผู้ต้องหาซึ่งเป็นเยาวชนรายนี้ โดยนายสุชาติ ไตรประสิทธิ์ อธิบดีอัยการสูงสุดให้เหตุผลว่า “แม้เด็กคนนี้จะมีความผิดฐานลักทรัพย์ผู้อื่นไปโดยทุจริต แต่เมื่อมองถึงเจตนาแล้วเห็นว่า ทำไปเพื่อเอาไปให้น้องชายได้รับประทานให้คลายจากความหิวโหย แม้เด็กจะมีการกระทำความผิดประกอบความผิดทางอาญา แต่ต้องดูถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งเอาผิดกับผู้มีความผิดจริง ๆ การฟ้องเด็กชายผู้นี้ฐานลักทรัพย์ หากเขาต้องติดคุกสังคมน่าจะไม่ได้ประโยชน์อะไร เพราะเขาไม่ใช่คนร้ายโดยสันดาน แม้ศาลจะรอลงอาญา แต่กระบวนการยุติธรรมก็ไม่ควรทำให้คนเช่นนี้ต้องมาแปดเปื้อนมีคดีติดตัว เราต้องตัดสินใจไม่ส่งเขาเข้ากระบวนการพิจารณาต่อไป ให้มันจบในชั้นอัยการ อย่างมองว่าเด็กคนนี้เป็นอาชญากร เราไม่ควรเอาเขาไปติดคุก อัยการทำงานเพื่อสังคม ไม่ได้มองแค่ตัวบทกฎหมาย”⁷ เป็นต้น อันเป็นการสั่งไม่ฟ้องตามนโยบายของรัฐบาลเพื่อประโยชน์สาธารณะ (Public Policy) ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 78 โดยประเทศที่นำหลักการดำเนินคดีอาญาตามดุลพินิจมาใช้ประกอบด้วยประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น เป็นต้นทั้งนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจนี้เป็นหลักที่ตรงกันข้ามกับหลักการฟ้องคดีอาญาตามกฎหมาย ทว่าเป็นการผ่อนคลายความเข้มงวดของการดำเนินคดีตามกฎหมายและเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้หลงผิดได้ปรับปรุงแก้ไขพฤติกรรมที่ไม่ดีของตนและกลับตัวกลับใจไม่กระทำความผิดซ้ำอีก

อันเป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษในปัจจุบันที่ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่การลงโทษมุ่งเน้นอยู่ที่การแก้แค้น

พนักงานอัยการไทยได้ใช้หลักการฟ้องคดีอาญาตามดุลพินิจดังกล่าวข้างต้นในการสั่งไม่ฟ้องในคดีบางคดี โดยได้รับแนวความคิดในระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจากประเทศอังกฤษมาตั้งแต่การปฏิรูปกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมในสมัยรัชกาลที่ 5 ตั้งแต่ประกาศใช้พระธรรมนูญศาลยุติธรรม ร.ศ.127 จวบจนถึงปัจจุบัน โดยจะเห็นได้ว่าการฟ้องคดีของพนักงานอัยการที่สามารถใช้ดุลพินิจในการดำเนินคดีอาญาได้ทำให้พนักงานอัยการสามารถที่จะพิจารณาลั่นกรองข้อเท็จจริงในคดีอาญาก่อนขึ้นสู่

⁷ไทยรัฐออนไลน์, ย้อนคดีลักทรัพย์ในตำนาน หนุ่ม 16 ฉกขาลาเปาลูกเดียวเพื่อน้อง, สืบค้นวันที่ 29 มกราคม

ศาลได้ และหากเห็นว่าคดีอาญาใดที่พนักงานอัยการจะสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาเรื่องนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมยิ่งกว่า ก็จะช่วยถ่วงดุลการตัดสินใจที่ไม่สมควรเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และช่วยให้คดีอาญาไม่รกรงศาล อีกทั้งยังสามารถนำมาปรับใช้กับการแก้ไขปัญหาสังคมทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบันได้อีกด้วย⁸ ทว่าเมื่อกฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวกับพนักงานอัยการแล้ว อำนาจดังกล่าวถือเป็นเด็ดขาดหรือไม่ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง จะมีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจของพนักงานอัยการในกระบวนการยุติธรรมดังกล่าวได้มากน้อยเพียงใด

2. คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ

“การสั่งคดี” เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการในการใช้ดุลพินิจสั่งคดีอาญาว่าคดีอาญาที่เกิดขึ้นนั้นมีมูลที่จะฟ้องร้องต่อศาลหรือไม่ อย่างไร เพียงใด เพราะเหตุใด โดยเป็นผู้ทำหน้าที่ในฐานะทนายแผ่นดินในการเป็นกลางเสมือนเป็นตัวแทนของรัฐที่จะนำคดีขึ้นสู่ศาล ซึ่งพิจารณาจากสำนวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวนด้วยความเป็นกลางไม่น้อยไปกว่าศาล โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก รวมทั้งมุ่งรักษาผลประโยชน์ของผู้เสียหายด้วยในกรณีที่เห็นว่าคดีอาญานั้นไม่มีมูลหรือมีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาล พนักงานอัยการก็จะมีคำสั่งไม่ฟ้องหรือสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานให้ได้ข้อเท็จจริงที่ชัดเจนขึ้น และเมื่อได้ผลการสอบสวนและพยานหลักฐานเพิ่มเติมแล้วเป็นที่เชื่อได้ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดจริง ก็จะมีคำสั่งฟ้องคดีนั้นและนำตัวผู้ต้องหาไปส่งฟ้องยังศาลที่มีเขตอำนาจต่อไปซึ่งการพิจารณาคดีอาญาในศาลนั้นจะเป็นไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยใช้หลักการค้นหาความจริงระหว่างคู่ความ (โจทก์และจำเลย) ตามระบบกล่าวหา⁹ โดยศาลจะทำหน้าที่เป็นคนกลางควบคุมการนำเสนอข้อเท็จจริงของคู่ความ(การสืบพยาน)ในการพิจารณาคดีโดยเปิดเผยแต่หากพยานหลักฐานปรากฏชัดว่าผู้ต้องหาไม่ได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาการกระทำของผู้ต้องหาไม่มีความผิดต่อ

⁸กุลพล พลวัน, *อัยการกับการสั่งคดีโดยเที่ยงธรรม*.สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2561, จาก www.stat.go.th/บทความลงเว็บ/บทความ4.htm

⁹กุลพล พลวัน, *การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน*, ม.ป.ท., (ศาลรัฐธรรมนูญ, 2546), น. 34 – 50.

กฎหมายแต่อย่างใดหรือแม้ปรากฏว่าคดีนั้นพนักงานอัยการเห็นว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามข้อกล่าวหาจริง แต่การฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลนั้นจะไม่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ หรืออาจมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ¹⁰ พนักงานอัยการก็จะมิคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลได้ อันเป็นไปตามหลัก (Opportunity Principle) ทั้งนี้คำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาของพนักงานอัยการดังกล่าวข้างต้นไม่ถือเป็นการตัดสิทธิของ

¹⁰ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศพ.ศ.2554ข้อ 5 กำหนดว่า “ในการพิจารณาสั่งคดีอาญาของพนักงานอัยการ ถ้าพนักงานอัยการคนหนึ่งคนใดเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน ตามข้อ 6 หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ ตามข้อ 7 ให้เสนอความเห็นต่อหัวหน้าพนักงานอัยการ หากหัวหน้าพนักงานอัยการเห็นพ้องด้วย หรือในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการเห็นเอง ให้ทำความเห็นตามลำดับชั้นเสนอต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่ง” “ในกรณีที่หัวหน้าพนักงานอัยการไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของพนักงานอัยการตามวรรคหนึ่งหรือคดีจะขาดอายุความ หรือมีเหตุอย่างอื่นอันจำเป็นต้องรีบฟ้อง ให้หัวหน้าพนักงานอัยการสั่งฟ้องและยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล แล้วเสนอเรื่องตามลำดับชั้นต่ออัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่ง”

ข้อ 6 กำหนดว่า “ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนตามข้อ 5 ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยแสดงเหตุผลอันสมควรประกอบ โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้ด้วย (1)สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด(2)อายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สภาพร่างกาย สภาพจิตใจ อาชีพ ฐานะ ความสัมพันธ์ทางครอบครัว และประวัติการกระทำความผิดของผู้ต้องหา(3)ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดที่ได้รับผลร้ายของผู้ต้องหาอันเนื่องมาจากการกระทำความผิดของผู้ต้องหาเอง(4)ความสำนึกผิดของผู้ต้องหา การได้รับการบรรเทาผลร้ายของผู้เสียหาย ความเห็นของผู้เสียหายต่อการฟ้องผู้ต้องหา ความคาดหวังถึงผลที่ผู้ต้องหาจะได้รับจากการถูกฟ้อง(5)ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน(6)ประโยชน์ของรัฐที่จะได้จากการฟ้องผู้ต้องหา”

ข้อ 7 กำหนดว่า “ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นว่าการฟ้องคดีจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศตามข้อ 5 ให้พนักงานอัยการพิจารณาโดยแสดงเหตุผลอันสมควรประกอบ โดยให้คำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังต่อไปนี้ด้วย(1)สาเหตุหรือมูลเหตุจูงใจในการกระทำความผิด ลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิด ผลร้ายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด(2)เหตุผลตามความเห็นของกระทรวงการต่างประเทศถึงผลกระทบต่อนโยบายส่งเสริมความสัมพันธ์ไมตรีกับนานาประเทศ(3)เหตุผลตามความเห็นของสภาความมั่นคงแห่งชาติถึงผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ(4)เหตุผลตามความเห็นของรัฐบาลโดยมติคณะรัฐมนตรีถึงผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ(5)ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือความสามัคคีของคนในชาติ”

ข้อ 9 กำหนดว่า “ถ้าอัยการสูงสุดเห็นว่า การฟ้องคดีอาญาใดจะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนหรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ อัยการสูงสุดมีอำนาจสั่งไม่ฟ้องหรือถอนฟ้อง แล้วแต่กรณี”

ผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาด้วยตนเองแต่อย่างใด โดยผู้เสียหายสามารถจัดทำคำฟ้องแล้วนำไปยื่นต่อศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นได้โดยตรง แต่ผู้เสียหายนั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยตามความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) ด้วย¹¹

ในความเห็นของผู้เขียนมองว่า หลักการสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณะของพนักงานอัยการนี้แม้จะช่วยให้ผู้กระทำความผิดเล็กน้อยไม่ต้องถูกดำเนินคดี อาทิ ขโมยของเล็กน้อยเพื่อให้ลูกกินเนื่องจากความหิวประกอบกับความยากจนในครอบครัว เป็นต้น แม้ว่าจะได้กระทำความผิดจริง แต่ความน่าตำหนินั้นน้อย ด้วยสภาพสังคมที่รัฐจัดหาสวัสดิการให้ไม่เพียงพอในการดูแลพลเมืองทุกคนภายในรัฐนั้น ซึ่งรัฐต้องมีส่วนรับผิดชอบในส่วนนี้ การสั่งฟ้องของพนักงานอัยการจึงไม่เป็นประโยชน์ต่อรัฐและประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด¹² ทว่าในทางปฏิบัติบางคดี อาทิ มารดาขับรถยนต์ลอยชนบุตรของตนเสียชีวิตโดยประมาท เป็นต้น โดยผู้ต้องหาให้การรับสารภาพและประสงค์ได้รับประโยชน์จากพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ พ.ศ.2535¹³ โดยเร็วเพื่อบรรเทาความเสียหายทางจิตใจและใช้เป็นทุนในการเลี้ยงดูบุตรที่เหลือต่อไปแม้สำนักงานอัยการสูงสุดจะมีระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการสั่งคดีอาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชน หรือจะมีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของชาติ หรือต่อผลประโยชน์อันสำคัญของประเทศ พ.ศ.2554 ก็ตามแต่ขั้นตอนเสนอความเห็นตามลำดับชั้นถึงอัยการสูงสุดเพื่อพิจารณาสั่งนั้น ใช้ระยะเวลาพอสมควร ส่วนหนึ่งเกิดจากการที่

¹¹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2(4) บัญญัติว่า “ผู้เสียหาย หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนได้ ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 4 มาตรา 5 และ 6”

¹²กนกศักดิ์ พ่วงลาภ, *การสั่งคดีอาญา ข้อพิจารณา ขั้นตอน แนวทางของอัยการในประเทศอังกฤษ ที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ*, สืบค้นวันที่ 15 มกราคม 2563, จาก https://www.matichon.co.th/columnists/news_443987

¹³พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้ประสพภัยจากรถ พ.ศ.2535 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ผู้ประสพภัยหมายความว่าผู้ซึ่งได้รับอันตรายต่อชีวิตร่างกายหรืออนามัยเนื่องจากรถที่ใช้หรืออยู่ในทางหรือเนื่องจากสิ่งที่ยกหรือติดตั้งในถนนและหมายความรวมถึงทายาทโดยธรรมของผู้ประสพภัยซึ่งถึงแก่ความตายด้วย”

มาตรา 20 บัญญัติว่า “เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแก่ผู้ประสพภัยจากรถที่บริษัทได้รับประกันภัยไว้ให้บริษัทจ่ายค่าเสียหายเบื้องต้นแก่ผู้ประสพภัยเมื่อได้รับคำร้องจากผู้ประสพภัย”

อัยการสูงสุดยังไม่มีกรมอบอำนาจในการสั่งคดีกรณีคืออาญาที่จะไม่เป็นประโยชน์แก่สาธารณชนให้กับอธิบดีอัยการตามกฎหมายภาคต่างๆ เหมือนเช่นกรณีคดีขออนุญาตฟ้องคดีขาดผิดฟ้องต่อศาล ซึ่งพนักงานอัยการจำเป็นต้องทำการฟ้องผู้ต้องหาดังกล่าวข้างต้นโดยอาศัยความประสงค์ของผู้ต้องหาเป็นหลักสำคัญ โดยที่ศาลยุติธรรมนำหลักประโยชน์สาธารณะมาปรับใช้แทนอำนาจของพนักงานอัยการดังกล่าวด้วยการพิพากษาให้รอกำหนดโทษจำเลยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56¹⁴ แต่คำพิพากษาของศาลดังกล่าวก็เป็นเหตุทำให้จำเลยมีประวัติอาชญากรรมในการกระทำความผิดของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ อันเป็นผลเสียกับผู้ต้องหามากกว่าคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการก็ตาม

ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 255 วรรคสอง บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยเที่ยงธรรม” และตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง นั้นเอง ที่บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อึดว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง” ด้วยเหตุนี้ การพิจารณากลับกรณีสำนวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวน พนักงานอัยการจะใช้หลักตามมาตรา 131 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า “ให้พนักงานสอบสวนรวบรวมหลักฐานทุกชนิด เท่าที่สามารถจะทำได้ เพื่อประสงค์จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ อันเกี่ยวกับความผิดที่ถูกล่าวหา เพื่อจะรู้ตัวผู้กระทำความผิดและพิสูจน์ให้เห็นความผิดหรือความบริสุทธิ์

¹⁴ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 56 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับ และในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกินห้าปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ ถ้าปรากฏว่าผู้นั้น (1) ไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือ (2) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือ (3) เคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่าห้าปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษและเมื่อศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว ศาลจะพิพากษาว่าผู้นั้นมีความผิดแต่รอการกำหนดโทษหรือกำหนดโทษแต่รอการลงโทษไว้ ไม่ว่าจะเป็นโทษจำคุกหรือปรับอย่างหนึ่งอย่างใดหรือทั้งสองอย่าง เพื่อให้โอกาสกลับตัวภายในระยะเวลาที่ศาลจะได้กำหนดแต่ต้องไม่เกินห้าปีนับแต่วันที่ศาลพิพากษา โดยจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุมความประพฤติของผู้นั้นด้วยหรือไม่ก็ได้”

ของผู้ต้องหา” ซึ่งเป็นหลักการในระบบไต่สวน¹⁵ ในการแสวงหาพยานหลักฐานทุกชนิดเท่าที่สามารถจะทำได้ ไม่ว่าจะเป็นพยานที่พนักงานสอบสวนเห็นสมควร พยานของผู้ต้องหาหรือพยานอื่นๆ ที่เห็นสมควร การพิจารณาสิ่งคดีในชั้นพนักงานอัยการจึงไม่มีการใช้หลักการยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับผู้ต้องหา โดยเมื่อเห็นว่าพยานหลักฐานจากการสอบสวนยังไม่ครบถ้วนสมบูรณ์ทั้งในข้อเท็จจริงและในข้อกฎหมายไม่เพียงพอ อันอาจส่งผลโดยคลาดเคลื่อนได้และเพื่อมิให้เกิดผลกระทบโดยตรงแก่สิทธิเสรีภาพของผู้ต้องหาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญข้างต้น พนักงานอัยการก็จะสั่งให้พนักงานสอบสวนทำการสอบสวนเพิ่มเติมตามมาตรา 143 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเมื่อทำการสอบสวนจนเสร็จสิ้นแล้ว ปรากฏว่ามีพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดของผู้ต้องหาในศาลก็จะมีคำสั่งไม่ฟ้อง ทว่าหากยังมีข้อสงสัยว่าผู้ต้องหาอาจจะกระทำความผิดและมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหาในชั้นศาลได้ พนักงานอัยการก็จะใช้หลักยกประโยชน์แห่งข้อสงสัยให้แก่รัฐ กล่าวคือ พนักงานอัยการจะฟ้องผู้ต้องหาต่อศาลเพื่อพิสูจน์การกระทำความผิดในชั้นศาล ทั้งนี้ เพื่อให้ศาลทำหน้าที่ตรวจสอบถ่วงดุลให้ความเป็นธรรมในกระบวนการยุติธรรมต่อไป ทั้งนี้การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการนั้น ยังไม่ถือว่าเป็นขั้นตอนของการพิสูจน์ความผิดของผู้ต้องหา ทว่าเป็นแต่เพียงขั้นตอนของการวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานนั้นน่าเชื่อหรือไม่ว่าผู้ต้องหาได้กระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหา และมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดในชั้นศาลหรือไม่เพียงใดเท่านั้น ส่วนตัวผู้ต้องหาจะกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาลยุติธรรม ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 (1) และ (2) จึงบัญญัติว่า เมื่อมีความเห็นควรสั่งไม่ฟ้องให้ออกคำสั่งไม่ฟ้อง เมื่อมีความเห็นควรสั่งฟ้องให้ออกคำสั่งฟ้อง มิได้บัญญัติว่าเมื่อเห็นว่าผิดหรือไม่ผิดแต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมที่เป็นการวินิจฉัยความผิดของผู้ต้องหา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 185 บัญญัติว่าเมื่อศาลเห็นว่าจำเลยกระทำความผิดหรือมิได้กระทำความผิด อันมีผลทำให้คำพิพากษา

¹⁵ หยุด แสงอุทัย, *บทความเกี่ยวกับระบบกล่าวหา ระบบไต่สวน*, หนังสือฉบับพิมพ์ ฉบับที่ 12, (ม.ป.ท., 4 สิงหาคม 2549), น. 339.

ของศาลยุติธรรมมีผลเสร็จเด็ดขาด และสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) ¹⁶

การใช้สิทธิตามกฎหมายต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต ตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และ “สิทธิ” (Right) หรือ “สิทธิ์” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หมายถึง อำนาจอันชอบธรรม เช่น บุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ เขามีสิทธิในที่ดินแปลงนี้ โดยรองศาสตราจารย์ มานิต จุ่มปา ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิ” หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น และศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ให้ความหมายของ “สิทธิตามกฎหมายและสิทธิตามความหมายทั่วไป” หมายถึง อำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้แก่บุคคลในอันที่จะเรียกร้องให้บุคคลอื่นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิจึงก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย¹⁷ ด้วยเหตุนี้หากการกล่าวโทษเพื่อเป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งผู้อื่นในทางอาญาโดยไม่สุจริตย่อมกระทบสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาเป็นธรรมดา โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าพนักงานอัยการผู้ที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้ดุลพินิจสั่งไม่ฟ้องผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา ย่อมเป็นการคั่นความเป็นธรรมสู่สังคมและเป็นการคุ้มครองสิทธิของสุจริตชน ทั้งนี้ การสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการดังกล่าวย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิของผู้กล่าวหาด้วยเช่นกันในกรณีที่ผู้นั้นมองว่าตนได้ใช้สิทธิทางกฎหมายโดยสุจริตแล้ว คำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาของพนักงานอัยการดังกล่าวข้างต้นไม่ถือเป็นการตัดสิทธิของผู้เสียหายในการดำเนินคดีอาญาด้วยตนเองแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยมาตรา 162 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงให้สิทธิแก่ผู้นั้นที่จะนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลด้วยตนเอง แต่ผู้นั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือเป็นผู้เสียหายโดยตรง ด้วยการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการนั้นยังมีใช้ขั้นตอนการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา แต่เป็นเพียงขั้นตอนวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานน่าเชื่อหรือไม่ว่าผู้ต้องหาคิด และพยานหลักฐานเพียงพอ

¹⁶กุลพล พลวัน. *เรื่องเดิม*.

¹⁷พงษ์ธวัฒน์ บุญพิทักษ์, *สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*

พุทธศักราช 2560, สืบค้นวันที่ 24 เมษายน 2563, จาก

https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1728

พิสูจน์ความผิดในชั้นศาลหรือไม่เท่านั้น ส่วนผู้ต้องหาจะกระทำผิดตามฟ้องหรือไม่ขึ้นอยู่กับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล โดยศาลจะทำการไต่สวนมูลฟ้องก่อนมีคำสั่งประทับฟ้องไว้พิจารณา และหากศาลไม่รับฟ้องหรือพิพากษายกฟ้อง ผู้ขึ้นนั้นก็จะมีโอกาสที่จะถูกคุ้มครองฟ้องกลับและได้รับโทษเช่นเดียวกัน

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น คำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องผู้ต้องหาของพนักงานอัยการ จึงไม่มีผลเสร็จเด็ดขาดเหมือนคำพิพากษาของศาลยุติธรรม เนื่องจากไม่มีผลทำให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับ ดังนั้นเมื่อปรากฏพยานหลักฐานใหม่อันสำคัญแก่คดีจึงสามารถรื้อฟื้นสำนวนการสอบสวนและฟ้องคดีกันต่อไปได้อีก¹⁸ ทั้งนี้จึงต้องมีการฟ้องผู้ต้องหาเป็นจำเลยต่อศาลภายในกำหนดอายุความตามกฎหมายด้วย

3. บทบาทของศาลยุติธรรมในการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ

การที่ผู้เสียหายจะใช้สิทธิทางศาลฟ้องคดีอาญาด้วยตนเองนั้น มักจะมีค่าใช้จ่ายที่ค่อนข้างสูง อาทิ ค่าทนายความ ค่าพยาน รวมถึงค่าพาหนะในการเดินทางและเวลาที่ต้องเสียไป เป็นต้น อันเป็นอุปสรรคในการเข้าถึงความยุติธรรมทางอาญาสำหรับผู้ที่มีโอกาสทางเศรษฐกิจที่ไม่สูงนัก ดังนั้นพนักงานอัยการจึงได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินคดีแทนในส่วนนี้ ในฐานะทนายแผ่นดิน รวมทั้งพิจารณากลั่นกรองผู้ที่มีเจตนาไม่บริสุทธิ์ที่อาจนำคดีมาใช้เป็นเครื่องมือในการกลั่นแกล้งผู้อื่น หรือเพื่อวัตถุประสงค์แอบแฝงอย่างอื่นก่อนขึ้นสู่ศาลได้ และหากเห็นว่าคดีอาญาใดที่พนักงานอัยการจะสั่งไม่ฟ้องคดีอาญาเรื่องนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อสังคมยิ่งกว่า ก็จะช่วยกลั่นกรองคดีที่ไม่สมควรเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และช่วยให้คดีอาญาไม่รกรงศาลอีกด้วย อันเป็นกลไกส่วนหนึ่งที่ช่วยป้องกันไม่ให้มีการนำสิทธิทางศาล และกระบวนการยุติธรรมไปใช้ในทางที่ไม่ชอบ

ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น พนักงานอัยการจึงมีทั้งอำนาจ “สั่งฟ้องคดี” และ “สั่งไม่ฟ้องคดี” และดูเหมือนว่าศาลยุติธรรมมีอำนาจเพียงตรวจสอบคำสั่งฟ้องของพนักงานอัยการเท่านั้น ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 161 ที่บัญญัติว่า “ถ้าฟ้องไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ให้ศาลสั่งโจทก์แก้ฟ้องให้ถูกต้อง หรือยกฟ้องหรือไม่ประทับ

¹⁸ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 147บัญญัติว่า “เมื่อมีคำสั่งเด็ดขาดไม่ฟ้องคดีแล้ว ห้ามมิให้มีการสอบสวนเกี่ยวกับบุคคลนั้นในเรื่องเดียวกันนั้นอีก เว้นแต่จะได้พยานหลักฐานใหม่อันสำคัญแก่คดี ซึ่งน่าจะทำให้ศาลลงโทษผู้ต้องหาได้”

ฟ้อง” ด้วยกระบวนการของการพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการดังกล่าวเป็นการพิจารณาคดีเพียงฝ่ายเดียว จึงต้องมีการควบคุมและตรวจสอบได้¹⁹ อีกทั้งผู้ถูกกล่าวหาที่ตกเป็นผู้ต้องหาที่สามารถแสวงหาความยุติธรรมได้ในกระบวนการร้องขอความเป็นธรรมในชั้นพนักงานอัยการ²⁰ เพื่อให้ผู้กล่าวหาและผู้ต้องหาได้พิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของฝ่ายตนได้ด้วย ดังนั้น เมื่อพนักงานอัยการ “สั่งไม่ฟ้องคดี” ในความผิดที่เกิดขึ้นในเขตกรุงเทพมหานคร จะส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมด้วยคำสั่งไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ส่วนในต่างจังหวัดในคดีความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแขวงจะส่งสำนวนพร้อมคำสั่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด และหากคดีความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลจังหวัดก็จะส่งสำนวนพร้อมคำสั่งไปยังผู้บัญชาการตำรวจในภาคนั้นๆ เพื่อพิจารณาเห็นชอบด้วยกับคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการอีกชั้นหนึ่ง หรือทำความเห็นแย้ง คำสั่งดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้คู่กรณีซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิของตนเองในการฟ้องคดีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาซึ่งเป็นคู่กรณีนั้นด้วยตนเองโดยตรง อันเป็นการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการอีกทางหนึ่งได้ด้วย และไม่ถือว่าคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการมีผลเสร็จเด็ดขาดและสิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) แต่อย่างใด

ในความเห็นของผู้เขียนมองว่า ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต” และมาตรา 200 บัญญัติว่า “ผู้ใดเป็นเจ้าของพนักงานในตำแหน่งพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี พนักงานสอบสวนหรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจสืบสวนคดีอาญาหรือจัดการให้เป็นไปตามหมายอาญา กระทำการหรือไม่กระทำการอย่างใด ๆ ในตำแหน่งอันเป็นการมิชอบ เพื่อจะช่วยเหลือบุคคลหนึ่งบุคคลใดมิให้ต้องโทษ หรือให้รับโทษ

¹⁹ ยินดี วัชรพงศ์ ต่อสุวรรณ, *อำนาจสั่งคดีของอัยการในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ไม่มีกฎหมายควบคุมและไม่มีการตรวจสอบ*, สืบค้นวันที่ 9 ธันวาคม 2562, จาก <https://mgronline.com/daily/detail/9500000044864>

²⁰ ระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ.2547 ข้อ 48 กำหนดว่า “คดีที่มีการร้องขอความเป็นธรรม ในกรณีที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทุกข้อหาหรือบางข้อหา ให้เสนอสำนวนพร้อมความเห็นตามลำดับชั้นถึงอธิบดีเพื่อพิจารณาสั่ง”

น้อยลง” แม้ว่าการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการในความเข้าใจของประชาชน โดยทั่วไปดูเหมือนว่าเป็นอำนาจที่สูงสุดและเด็ดขาดก็ตาม แต่จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น พนักงานอัยการถือเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หากใช้อำนาจดุลพินิจมีคำสั่งไม่ฟ้องโดยมีเหตุจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือมีเจตนาทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ก็จะเป็นความผิดอาญาซึ่งอยู่ในอำนาจการพิจารณาของศาลยุติธรรม และศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบ ตามลำดับ อันเป็นการชี้ให้เห็นว่านอกจากศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในการตรวจสอบคำสั่งฟ้องของพนักงานอัยการแล้ว ศาลยุติธรรมก็สามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการในแนวทางนี้ได้อีกด้วย อาทิ คำพิพากษาศาลอาญาคดีทุจริตและประพฤติมิชอบภาค 1 คดีหมายเลขแดงที่ อท.40/2561 สรุปได้ว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 143 วรรคสอง (ก) และระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 6 วรรคหนึ่ง พนักงานอัยการมีอำนาจสั่งคดีตามที่เห็นสมควรและมีอิสระในการดำเนินคดีอาญา ดังนั้นเมื่อพนักงานอัยการได้พิจารณาสั่งสำนวนคดีไปตามข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานในสำนวนแล้ว การพิจารณาสั่งให้สอบสวนเพิ่มเติมหรือไม่จึงเป็นดุลพินิจของพนักงานอัยการ ส่วนกรอบระยะเวลาในการสั่งคดีนั้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้กำหนดไว้ เมื่อพิจารณาคำฟ้องของโจทก์แล้ว ไม่ปรากฏว่าจำเลยทั้งสี่ทุจริตหรือประพฤติมิชอบแต่อย่างใด อีกทั้งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145 วรรคหนึ่ง การส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมคำสั่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัด หากผู้ว่าราชการจังหวัดเห็นชอบด้วยก็ไม่จำเป็นต้องระบุเหตุผลประกอบความเห็นดังกล่าวอีก การกระทำของจำเลยทั้งสี่ดังกล่าวจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 200

4. บทบาทของศาลปกครองในการตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ

ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” (Administrative case) ซึ่งเป็นกรณีพิพาทที่หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาท

อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำ ที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือ เนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย กระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร คดีเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง คือ ประชาชนผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายเนื่องจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของหน่วยงานของรัฐ และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา องค์คณะในการพิจารณาวินิจฉัยหรือพิพากษาคดี โดยองค์คณะของศาลปกครองสูงสุดต้องมีตุลาการอย่างน้อย 5 คน และองค์คณะของศาลปกครองชั้นต้นต้องมีตุลาการอย่างน้อย 3 คน คู่กรณี (ผู้ฟ้อง - ผู้ถูกฟ้อง) มีสิทธิคัดค้านคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น แต่คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเป็นที่สิ้นสุด สภาพบังคับของคำพิพากษาของศาลปกครองเป็นไปตามมาตรา 72 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช 2542 เช่น ให้เพิกถอนกฎ คำสั่ง ให้ปฏิบัติหน้าที่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด ให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน เป็นต้น ผลผูกพันของคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษา โดยคำพิพากษาของศาลปกครองผูกพันเฉพาะคู่กรณี ยกเว้นกรณีการเพิกถอนกฎ²¹

ทั้งนี้การมาฟ้องคดีที่ศาลปกครองนั้นต้องมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว มิเช่นนั้นศาลสั่งรับฟ้องไว้ไม่ได้เนื่องจากข้อพิพาทยังไม่เกิด นอกจากนี้ก่อนนำเรื่องมาฟ้องศาลปกครองต้องมีการหาทางเยียวยาด้วยตนเองเสียก่อน คือต้องอุทธรณ์คำสั่งไปยังผู้บังคับบัญชาหรือคณะกรรมการรับเรื่องอุทธรณ์ของแต่ละหน่วยงาน ให้มีคำสั่งชี้ขาดเสียก่อน หากยังไม่พอใจจึงนำมาฟ้องศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งได้ ผู้ฟ้องต้องเป็นผู้ที่เสียหายจากการกระทำของหน่วยงานรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ หากเพียงแค่เป็นพลเมืองดีแต่ไม่ได้รับความเสียหายจะมายื่นฟ้องไม่ได้ และการกระทำหรือคำสั่งนั้นต้องเกิดขึ้นแล้วหากรัฐเพียงประกาศว่าจะทำหรือเจ้าหน้าที่รัฐมีความเห็นทำเสนอต่อผู้มีอำนาจตัดสินใจ แต่ตราบไต่ที่ยังไม่มีคำสั่งก็ยังไม่อาจ

²¹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 – 66, 276

นำคดีมาฟ้องได้ รวมถึงการที่คณะกรรมการกฤษฎีกาตอบข้อหารือก็ยังไม่ถือว่าเป็นการกระทำทางปกครอง เพราะเป็นเพียงการทำความเห็นภายในหน่วยงานเท่านั้น²²

คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง²³ ซึ่งปัจจุบันกฎกระทรวงฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ดังต่อไปนี้ เป็นคำสั่งทางปกครอง (1) การสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อเช่า ให้สิทธิประโยชน์ (2) การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์ (3) การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน (4) การสั่งให้เป็นผู้ทำงาน (5) การให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษา

กล่าวคือ เมื่อบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองและถูกระทบสิทธิโดยผลของคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลทางกฎหมายต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งนั้น ก็จะมีสิทธิตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 24 ถึง มาตรา 40 ได้แก่ สิทธินำทนายความหรือที่ปรึกษาของตนเข้ามาในการพิจารณาทางปกครอง, คู่กรณีอาจมีหนังสือแต่งตั้งให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งบรรลุนิติภาวะกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดแทนตนในกระบวนการพิจารณาทางปกครอง, เจ้าหน้าที่แจ้งสิทธิและหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาทางปกครองให้คู่กรณีทราบตามความจำเป็นแก่กรณีและเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้รับคำขอที่จะต้องดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องของคำขอและความครบถ้วนของเอกสาร

²²ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2556), น. 186 – 298.

²³พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1)การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลงโอน สงวน ระับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราวเช่นการสั่งการการอนุญาตการอนุมัติการวินิจฉัยอุทธรณ์การรับรองและการรับจดทะเบียนแต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ(2)การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

บรรดาที่มีกฎหมายหรือกฎหมายกำหนดให้ต้องยื่นมาพร้อมกับคำขอ หากคำขอไม่ถูกต้อง ให้เจ้าหน้าที่ดังกล่าวแนะนำให้ผู้ยื่นคำขอดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมเสียให้ถูกต้อง และหากมีเอกสารใดไม่ครบถ้วนให้แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบทันทีหรือภายในไม่เกินเจ็ดวันนับแต่วันที่รับคำขอ ในการแจ้งดังกล่าวให้เจ้าหน้าที่ทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของผู้รับคำขอและระบุรายการเอกสารที่ไม่ถูกต้องหรือยังไม่ครบถ้วนให้ผู้ยื่นคำขอทราบ, กรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณีเจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน, สิทธิขอตรวจสอบเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้แต่ถ้ายังไม่ได้ทำคำสั่งทางปกครองในเรื่องนั้นคู่กรณีไม่มีสิทธิขอตรวจสอบเอกสารอันเป็นต้นร่างคำวินิจฉัย แต่เจ้าหน้าที่อาจไม่อนุญาตให้ตรวจสอบเอกสารหรือพยานหลักฐานได้ถ้าเป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับ, ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้งต่อไปได้ให้ระยะเวลาสำหรับการใช้สิทธิอุทธรณ์หรือการโต้แย้งเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่ได้รับความแจ้งหลักเกณฑ์ตามวรรคหนึ่งแต่ถ้าไม่มีการแจ้งใหม่และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่าหนึ่งปีให้ขยายเป็นหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับความแจ้งคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าคำสั่งที่ได้รับนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ โดยหากคำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้กระทบต่อสิทธิของผู้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะ เช่น การแจ้งข่าวสาร การออกกฎ หรือการแถลงการณ์ คำสั่งนั้นก็ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง อันไม่ก่อให้เกิดสิทธิโต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

ทั้งนี้ คำสั่งทางปกครองนั้น สามารถพิจารณาองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้²⁴

1. เป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 4/2545 สรุปได้ว่า ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 เป็นกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการปกครองสงฆ์ การดำเนินกิจการขององค์กรศาสนาที่มีแนวทางการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมทางปกครองไว้ต่างหาก จึง

²⁴ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, คำสั่งทางปกครอง. สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act79.htm>

มิใช่ข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ จึงมิใช่การปฏิบัติราชการทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 803/2547 สรุปได้ว่า คณะกรรมการอิสลามประจำจังหวัดฉะเชิงเทราผู้ถูกฟ้องคดี มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งอิหม่ามประจำมัสยิดนั้น เป็นการดำเนินการเกี่ยวกับกิจการทางศาสนา อันมิใช่เป็นการดำเนินกิจการทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 683/2547สรุปได้ว่าการกลั่นแกล้ง การพุดจาเหยียดหยาม เป็นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งแม้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น มีลักษณะเป็นการกระทำอันเป็นเหตุส่วนตัวที่ไม่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจตามกฎหมาย จึงไม่ใช่เป็นการกระทำทางปกครองในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 119/2546 สรุปได้ว่า ประธานกรรมการมรรยาททนายความมีคำสั่งรับหรือไม่รับคำกล่าวหา ว่าทนายความประพฤติผิดมรรยาททนายความตามข้อบังคับของสภาทนายความ ว่าด้วยการสอบสวนคดีมรรยาททนายความ พ.ศ.2535 นั้น เป็นคำสั่งทางปกครอง สภาทนายความจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง ดังนั้นการออกคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ

2. เป็นการใช้อำนาจรัฐ

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 122/2546 สรุปได้ว่า แพทยสมาคมมีอำนาจในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามข้อบังคับแพทยสภา ว่าด้วยกระบวนพิจารณาคดีด้านจริยธรรมของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2540 ดังนั้นแพทยสภาจึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง และคำสั่งของแพทยสภาเป็นคำสั่งทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 334/2545 สรุปได้ว่า คณะกรรมการการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนสภาผู้แทนราษฎร เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ของฝ่ายการเมืองไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง ดังนั้นมติของคณะกรรมการการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชนสภาผู้แทนราษฎร จึงมิใช่คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 294/2545 สรุปได้ว่า ธนาคารอมสินมีฐานะเป็นนิติบุคคลจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติธนาคารอมสิน พ.ศ.2489 มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจ จึงเป็นหน่วยงานทางปกครอง แต่การดำเนินกิจการของธนาคารตามลักษณะของการประกอบธุรกิจเยี่ยงธนาคารพาณิชย์ทั่วไป จึงไม่เป็นการกระทำทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 329/2545 สรุปได้ว่า ศาลยุติธรรมมิใช่หน่วยงานทางปกครองที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินการทางปกครอง และผู้พิพากษาไม่อยู่ในความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีและแยกอำนาจพิจารณาคดีระหว่างศาลยุติธรรมและศาลปกครองออกเป็นสัดส่วนต่างหากจากกัน

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 34/2544 สรุปได้ว่า การที่พนักงานอัยการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา เป็นการใช้ดุลพินิจในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานอัยการโดยเฉพาะ อันเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดขั้นตอนและวิธีการดำเนินคดีอาญาในชั้นพนักงานสอบสวน ชั้นพนักงานอัยการ และชั้นศาลไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3. เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดที่ 243/2547 สรุปได้ว่า หนังสือภายในที่ผู้ถูกฟ้องคดีรับบัญชาจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สั่งการให้ผู้ถูกฟ้องคดีตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องและผู้ฟ้องคดีร้องทุกข์ขอความเป็นธรรมนั้น ไม่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด เป็นเพียงการชี้แจงการได้มาซึ่งที่ดินของกรมชลประทานให้ผู้ฟ้องคดีทราบเท่านั้น มิใช่คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 355/2547 สรุปได้ว่า หนังสือปฏิเสธการทำสัญญาเช่าที่ดินพิพาทเมื่อพิจารณาจากสาระของหนังสือดังกล่าวเป็นเพียงการแจ้งข้อเท็จจริงให้ผู้ฟ้องคดีทราบเหตุที่ไม่อาจทำสัญญาเช่าที่ดินและอาคารพิพาทได้เท่านั้น มิได้เป็นคำสั่งทางปกครองอันมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด

4. เกิดผลเฉพาะกรณี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 272/2546 สรุปได้ว่า ข้อบังคับกองบัญชาการตำรวจนครบาล ว่าด้วยแก้ไขเพิ่มเติมการกำหนดให้รถเดินทางเดียว และการใช้ทางเดินรถสำหรับรถบางประเภทในถนนเพชรบุรีกรุงเทพมหานคร พ.ศ.2540 ข้อบังคับดังกล่าวออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่มีผลบังคับกับทุกๆ คนเป็นการทั่วไป ไม่ได้มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่บุคคลใดเป็นการเฉพาะ จึงมีลักษณะเป็นกฎหมายตามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 551/2547 สรุปได้ว่า กระทรวงศึกษาธิการได้ออกประกาศกำหนดเขตพื้นที่การศึกษาโดยกำหนดให้เขตพื้นที่การศึกษาแพร่ย้ายไปตั้งอยู่ที่อำเภอคลอง และเป็นเหตุทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับความสะดวกในการเดินทางนั้น ประกาศฉบับดังกล่าวมีลักษณะเป็นบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป โดยไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดหรือบุคคลใดเป็นการเฉพาะ ประกาศดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสถานะเป็นกฎหมายตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

5. มีผลภายนอกโดยตรง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 118/2545 สรุปได้ว่า การที่หน่วยงานทางปกครองมีคำสั่งย้ายเพื่อหมุนเวียนบุคลากรในหน่วยงานโดยไม่ทำให้ระดับตำแหน่งหรืออันดับเงินเดือนของผู้ถูกย้ายลดลง ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง คำสั่งย้ายบุคลากรถือเป็นมาตรการภายในของฝ่ายบริหารที่มีกฎหมายหรือระเบียบให้อำนาจผู้บังคับบัญชากระทำได้ภายในขอบเขตที่กฎหมายหรือระเบียบกำหนด แม้จะได้รับความเดือดร้อนเป็นการส่วนตัวบ้าง แต่ไม่ถึงขนาดที่ถือว่าเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 350/2545 สรุปได้ว่า ขั้นตอนการดำเนินการตั้งแต่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) แต่งตั้งคณะกรรมการไต่สวนไปจนไต่สวนข้อเท็จจริงกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ แล้วส่งสำนวนให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. พิจารณาว่าข้อกล่าวหาเป็นมูลหรือไม่อยู่ในขั้นตอนการเตรียมการของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อกระทำคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตรงกับ

ความหมายของคำว่า การพิจารณาทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 การดำเนินการในขั้นตอนดังกล่าว ยังไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 446/2547 สรุปได้ว่า ความเห็นและมติของผู้ถูกฟ้องคดี ซึ่งเป็นคณะกรรมการสอบสวนนั้น เป็นเพียงการดำเนินการพิจารณาภายในฝ่ายปกครอง เพื่อเสนอให้พิจารณาออกคำสั่งทางปกครอง ก่อนจะมีการออกคำสั่งทางปกครองต่อไป ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายหรือก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่บุคคลภายนอกแต่ประการใด ความเห็นและมติดังกล่าวจึงเป็นเพียงขั้นตอนภายในขั้นตอนหนึ่ง ยังไม่คำสั่งทางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีจะนำมาเป็นเหตุในการฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอนความเห็นหรือมติดังกล่าวได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 560/2547 สรุปได้ว่า การมีมติให้ผู้ฟ้องคดีออกจากการเป็นสมาชิกสหกรณ์นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสหกรณ์โดยตรงและสหกรณ์ออมทรัพย์มิได้เป็นหน่วยงานทางปกครอง คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ก็มีใช้เจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่หัวหน้าสำนักงานรัฐมนตรีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือแจ้งให้อธิบดีกรมส่งเสริมสหกรณ์ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดำเนินการดำเนินการตรวจสอบหนังสืออุทธรณ์ร้องทุกข์ที่ยื่นต่อรัฐมนตรีกระทรวงเกษตรและสหกรณ์หลังจากผู้ถูกฟ้องคดีไม่พอใจคำวินิจฉัยของนายทะเบียนสหกรณ์และแจ้งผลให้ผู้ถูกฟ้องคดีทราบนั้น เป็นเพียงขั้นตอนภายในทางธุรการ โดยประสานแจ้งให้ผู้เกี่ยวข้องทราบและหาแนวทางแก้ไขปัญหาตามคำร้องของผู้ฟ้องคดีตามอำนาจหน้าที่เท่านั้น มิใช่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือกระทำการใดที่จะถือว่าเป็นข้อพิพาททางปกครองแต่อย่างใด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 638/2547 สรุปได้ว่า คำสั่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงนั้น เป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินการภายในของเจ้าหน้าที่เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในการที่ผู้มีอำนาจจะวินิจฉัยหรือดำเนินการทางวินัยต่อไป อันยังไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง

ทั้งนี้ หากผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่พอใจในคำสั่งทางปกครองนั้น จะต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานออกคำสั่งทางปกครองนั้นครบถ้วนเสียก่อน จึงจะมีสิทธินำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้เพิก

ถอนคำสั่งดังกล่าวได้²⁵ มิเช่นนั้นศาลปกครองจะมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ ด้วยเหตุจากผู้ฟ้องคดีไม่เข้าใจในเรื่องคำสั่งทางปกครอง ยกเว้นคำสั่งทางปกครองของรัฐมนตรี เนื่องจากไม่มีผู้บังคับบัญชาที่สูงกว่าที่จะพิจารณาอุทธรณ์ได้²⁶ และคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ เนื่องจากคณะกรรมการต่างๆ เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจทางปกครองโดยเฉพาะและไม่อยู่ในระบบสายการบังคับบัญชา คำสั่งของคณะกรรมการจึงเป็นที่สุดไม่มีองค์กรใดที่สูงกว่าที่จะพิจารณาได้²⁷ คู่กรณีจึงสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้โดยตรง โดยคำสั่งทั้งสองประเภทดังกล่าว แม้ว่ากฎหมายมิได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะ แต่ก็ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 แต่ก็ต้องนำคดีมาฟ้องต่อศาลภายในกำหนดอายุความตามกฎหมายด้วย^{28,29} เว้นแต่ว่าคำฟ้องนั้นเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ³⁰

²⁵พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 42 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้นหรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด”

²⁶พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 44 บัญญัติว่า “การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องขอ การเรียกบุคคลหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณาการรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด”

²⁷พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 48 บัญญัติว่า “ให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นผู้ประกาศสถานที่ตั้งและวันเวลาทำการตามปกติของศาลปกครองในราชกิจจานุเบกษา” “ศาลปกครองแห่งหนึ่งๆ อาจมีสถานที่ทำการเฉพาะการได้ตามจำนวนที่เหมาะสมตามที่ประธานศาลปกครองสูงสุดจะได้ประกาศสถานที่ตั้งและวันเวลาทำการของสถานที่ทำการเฉพาะการในราชกิจจานุเบกษา” “ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจกำหนดให้การยื่นฟ้องและการดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอาจกระทำ ณ สถานที่ทำการเฉพาะการของศาลปกครองก็ได้”

²⁸พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 49 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่ยื่นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมาย ประกอบแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า “คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ” นั้น มีลักษณะเป็นการกระทำโดยเจ้าหน้าที่เป็นการใช้อำนาจอรัฐ เป็นการกำหนดสภาพทางกฎหมาย และเกิดผลเฉพาะกรณี อันครบองค์ประกอบอันเป็นสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 แต่คำสั่งดังกล่าวกลับไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เนื่องด้วยบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง นั้นเอง ที่บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็วเที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง” ตามหลักกฎหมายลูก (กฎหมายลำดับรอง คือ กฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอื่น อาทิ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น) ซึ่งพระราชบัญญัติจะขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีศักดิ์สูงกว่าไม่ได้ หรือพระราชบัญญัติจะต้องไม่มีเนื้อหาขัดต่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ดังที่มาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า การรับรองอำนาจของพนักงานอัยการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเฉพาะในการสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาของศาลปกครองโดยไม่ให้อถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองนั้น และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง บัญญัติรับรองให้คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไม่ให้อถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำ

²⁹พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 51 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี”

³⁰พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 52 บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้” “การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้”

ให้การพิจารณาสิ่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการมีความชัดเจนในทางกฎหมายมากขึ้นกว่าเดิม อันสอดคล้องกับหลักการถ่วงดุลอำนาจ ระหว่างนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ตามหลักสากล อาทิ ประเทศสหรัฐอเมริกา โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาถือว่าคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการตามปกติ นั้น เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้อง กับเรื่องดังกล่าว³¹ เป็นต้น

ทั้งนี้ แม้ว่าคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการจะไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง อันไม่ อยู่ในอำนาจของศาลปกครองก็ตาม ทว่าศาลปกครองก็ยังคงมีบทบาทและอำนาจในการ ตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการกรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกิน สมควร หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ตามมาตรา 9(1)(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาทิ การร้องขอความเป็นธรรม ตามระเบียบสำนักงาน อัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 48 กำหนดว่า “คดีที่มีการร้องขอความเป็นธรรม ในกรณีที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทุกข้อหาหรือบาง ข้อหา ให้เสนอความเห็นพร้อมสำนวนตามลำดับชั้นถึงอธิบดีเพื่อพิจารณาสั่ง” อำนาจการ พิจารณาคดีสำคัญของพนักงานอัยการ ตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการ ดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ พ.ศ. 2547 ข้อ 53 กำหนดว่า “คดีที่ผู้ต้องหาเป็นผู้มี อิทธิพล หรือคดีที่ประชาชนสนใจ หรือคดีคดีความผิดบางประเภทที่รัฐมนตรีมีนโยบายป้องกัน และปราบปรามเป็นพิเศษ ในกรณีที่จะมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาทุกข้อหาหรือบางข้อหา ให้ ทำความเห็นเสนอสำนวนตามลำดับชั้นถึงอธิบดีเพื่อพิจารณาสั่ง เมื่ออธิบดีมีคำสั่งประการ ใดให้ปฏิบัติตามนั้น” เป็นต้น

³¹ กุลพล พลวัน. *เรื่องเดิม*.

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง บัญญัติว่า “พนักงานอัยการมีอิสระในการพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปโดยรวดเร็วเที่ยงธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง และไม่ให้อื้อว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง”³²

พนักงานอัยการมีทั้งอำนาจ “สั่งฟ้องคดี” และ “สั่งไม่ฟ้องคดี” และดูเหมือนว่ากระบวนการของการพิจารณาสั่งคดีของพนักงานอัยการดังกล่าวเป็นการพิจารณาคดีเพียงฝ่ายเดียว จึงต้องมีการควบคุมและตรวจสอบได้ อีกทั้งผู้ถูกกล่าวหาที่ตกเป็นผู้ต้องหาก็สามารถแสวงหาความยุติธรรมได้ในกระบวนการร้องขอความเป็นธรรมในชั้นพนักงานอัยการ เพื่อให้ผู้กล่าวหาและผู้ต้องหาได้พิสูจน์ความผิดหรือความบริสุทธิ์ของฝ่ายตนได้ด้วย ดังนั้น เมื่อพนักงานอัยการ “สั่งไม่ฟ้องคดี” คู่กรณีซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิของตนเองในการฟ้องคดีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาซึ่งเป็นคู่กรณีนั้นด้วยตนเองโดยตรง อันเป็นการตรวจสอบดุลพินิจในการสั่งคดีของพนักงานอัยการอีกทางหนึ่งได้ด้วย และไม่ถือว่าคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการมีผลเสร็จเด็ดขาดและสิทธิภาคินาอาญาไปฟ้องระงับไปตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 (4) แต่อย่างใด และผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมว่า แม้ว่าการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการในความเข้าใจของประชาชนโดยทั่วไปดูเหมือนว่าเป็นอำนาจที่สูงสุดและเด็ดขาดก็ตาม แต่พนักงานอัยการถือเป็นเจ้าพนักงานตามกฎหมาย หากใช้อำนาจดุลพินิจมีคำสั่งไม่ฟ้องโดยมีเหตุจูงใจเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือมีเจตนาทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของตน ก็จะเป็นความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 200 ซึ่งศาลยุติธรรมสามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการ อันเป็นการชี้ให้เห็นว่านอกจากศาลยุติธรรมจะมีอำนาจในการตรวจสอบคำสั่งฟ้องของพนักงานอัยการแล้ว ก็ยังสามารถตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการในแนวทางนี้ได้อีกด้วย

เมื่อพิจารณาจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 34/2544 อันเป็นการรับรองอำนาจสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาของพนักงานอัยการ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

³²รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. ราชกิจจานุเบกษา. (6 เมษายน 2560) เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก หน้า 73

โดยเฉพาะ ประกอบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง บัญญัติรับรองให้คำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไม่ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งทำให้การพิจารณาสั่งคดีและการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการมีความชัดเจนในทางกฎหมายมากขึ้นกว่าเดิม³³ ดังนั้นคำสั่งของพนักงานอัยการไม่ว่าจะเป็นคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

แม้การสั่งคดีไม่ว่าจะมีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องของพนักงานอัยการจะมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด บทบัญญัติของกฎหมายและรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวข้างต้นได้วางหลักประกันถึงความเป็นอิสระในการสั่งคดีของพนักงานอัยการไว้แล้วก็ตาม ทว่าก็ต้องมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อตรวจสอบดุลพินิจของพนักงานอัยการให้เป็นไปโดยชอบด้วยหลักแห่งนิติธรรมและความโปร่งใสอันสามารถตรวจสอบได้ โดยขอยกตัวอย่างกรณีประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งใช้ระบบกล่าวหาเช่นเดียวกันกับประเทศไทยก็มีมาตรการในการตรวจสอบดุลพินิจการสั่งคดีของพนักงานอัยการอยู่หลายวิธี อาทิ การฟ้องร้องต่อศาลในกรณีที่พนักงานอัยการปฏิบัติฝ่าฝืนต่อกฎหมายหรือระเบียบแบบแผนของการดำเนินคดีที่กำหนดไว้ แต่สำหรับคดีที่พนักงานอัยการสหรัฐอเมริกามีคำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีตามปกติ นั้น ศาลของสหรัฐอเมริกาก็จะไม่เข้ามาตรวจสอบดุลพินิจ โดยศาลสูงสุดสหรัฐอเมริกาก็ถือว่าเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ซึ่งศาลนั้นมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีจึงไม่ควรเข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว³⁴ ทั้งนี้สำหรับกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจดุลพินิจในการสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการไทยได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา³⁵ และตามระเบียบสำนักงานอัยการสูงสุดว่าด้วยการดำเนินคดีอาญาของ

³³ธนกฤต วรณัชชากุล, *ศาลและองค์กรอัยการ ก้าวแห่งความเปลี่ยนแปลงภายใต้รัฐธรรมนูญ 2560*, สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <https://thaipublica.org/2017/05/constitution-law-2560/>

³⁴กุลพล พลวัน, *เรื่องเดิม*.

³⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา 145 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มิมีคำสั่งไม่ฟ้อง และคำสั่งนั้นไม่ใช่ของอธิบดีกรมอัยการ ถ้าในนครหลวงกรุงเทพมหานคร ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนออธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจ หรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจ ถ้าในจังหวัดอื่น ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งไปเสนอผู้ว่าราชการจังหวัด...” “ในกรณีที่อธิบดีกรมตำรวจ รองอธิบดีกรมตำรวจหรือผู้ช่วยอธิบดีกรมตำรวจในนครหลวงกรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัดอื่นยังคำสั่งของพนักงานอัยการให้ส่งสำนวนพร้อมกับความเห็นที่แย้งกันไปยังอธิบดีกรมอัยการเพื่อชี้ขาด...”

พนักงานอัยการ พ.ศ.2547 อันเป็นการตรวจสอบทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยเมื่อพนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องในความผิดที่เกิดขึ้นในเขตกรุงเทพมหานคร จะส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมด้วยคำสั่งไปยังผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ส่วนในต่างจังหวัดในคดีความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแขวงจะส่งสำนวนพร้อมคำสั่งไปยังผู้ว่าราชการจังหวัดและหากคดีความผิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลจังหวัดก็จะส่งสำนวนพร้อมคำสั่งไปยังผู้บัญชาการตำรวจในภาคนั้นๆ กรณีผู้มีอำนาจในตำแหน่งดังกล่าวข้างต้นไม่เห็นชอบด้วยกับคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการก็จะทำความเห็นแย้ง แล้วจึงส่งสำนวนไปยังอัยการสูงสุดเพื่อชี้ขาดความเห็นแย้งดังกล่าวต่อไป

ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่าด้วยกระบวนการตรวจสอบถ่วงดุลระหว่างองค์กรในกระบวนการยุติธรรม อันได้แก่ สำนักงานอัยการสูงสุด สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และกรมการปกครองดังกล่าว จึงสอดคล้องกับหลักการถ่วงดุลอำนาจบริหารและตุลาการอันเป็นการเหมาะสมแล้ว จึงน่าจะเป็นที่มาของบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง กำหนดมิให้คำสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องของพนักงานอัยการไม่ให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ศาลปกครองจึงไม่มีบทบาทในส่วนนี้ ซึ่งเป็นการบัญญัติเพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แต่ทั้งนี้กฎหมายไทยยังได้เพิ่มอำนาจในการตรวจสอบถ่วงดุลกระบวนการยุติธรรมโดยไม่ตัดสิทธิผู้เสียหายในการคุ้มครองสิทธิของตน โดยคู่กรณีซึ่งเป็นผู้เสียหายสามารถใช้สิทธิของตนเองในการฟ้องคดีที่พนักงานอัยการมีคำสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาซึ่งเป็นคู่กรณีนั้นด้วยตนเองอีกทางหนึ่งได้ด้วย³⁷

³⁶ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 145/1 บัญญัติว่า “สำหรับการสอบสวนซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของเจ้าพนักงานตำรวจในกรณีที่มีคำสั่งไม่ฟ้องและคำสั่งนั้นไม่ใช่คำสั่งของอัยการสูงสุด ถ้าในกรุงเทพมหานคร ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งเสนอผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ถ้าในจังหวัดอื่น ให้รับส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำสั่งเสนอผู้บัญชาการหรือรองผู้บัญชาการ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบ...” “ในกรณีที่ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ รองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือผู้ช่วยผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติในกรุงเทพมหานคร หรือผู้บัญชาการหรือรองผู้บัญชาการ ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาของพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบในจังหวัดอื่นแย้งคำสั่งของพนักงานอัยการให้ส่งสำนวนพร้อมกับความเห็นที่แย้งไปยังอัยการสูงสุดเพื่อชี้ขาด....”

³⁷ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 34 บัญญัติว่า “คำสั่งไม่ฟ้องคดี หาดัดสิทธิผู้เสียหายฟ้องคดีโดยตนเองไม่”

อีกทั้งพนักงานอัยการในฐานะทนายแผ่นดิน แม้จะช่วยกลั่นกรองคดีที่ไม่สมควรเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล และช่วยให้คดีอาญาไม่รกรงศาลอันเป็นกลไกส่วนหนึ่งที่ช่วยป้องกันไม่ให้มีการนำสิทธิทางศาล และกระบวนการยุติธรรมไปใช้ในทางที่ไม่ชอบก็ตาม แต่ศาลยุติธรรมก็สามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 200 ในกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในแนวทางนี้ได้อีกด้วย ซึ่งถือเป็นการตรวจสอบถ่วงดุลในขั้นที่สุดของกระบวนการยุติธรรม

ข้อเสนอแนะ

1. ศาลยุติธรรมสามารถเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบถ่วงดุลคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 และมาตรา 200 ในกรณีการปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบในแนวทางนี้ได้ การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการนั้น ยังมีใช้ขั้นตอนการพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา แต่เป็นเพียงขั้นตอนวินิจฉัยว่า พยานหลักฐานน่าเชื่อหรือไม่ว่าผู้ต้องหากระทำความผิด และมีพยานหลักฐานเพียงพอพิสูจน์ความผิดในชั้นศาลหรือไม่เท่านั้น ส่วนผู้ต้องหาจะกระทำความผิดตามฟ้องหรือไม่ขึ้นอยู่กับคำพิพากษาอันถึงที่สุดของศาล ทว่าการใช้สิทธิตามกฎหมายดังกล่าวต้องเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริต และผู้นั้นจะต้องเป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยหรือเป็นผู้เสียหายโดยตรง การให้สิทธิแก่ผู้นั้นที่จะนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลด้วยตนเอง โดยหากศาลไม่รับฟ้องหรือพิพากษายกฟ้อง ผู้นั้นก็มีโอกาสที่จะถูกฟ้องกลับและได้รับโทษได้เช่นกัน จึงควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อให้ประชาชนทั่วไปได้ทราบถึงสิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบดังกล่าวอย่างถูกต้อง

2. แม้ว่าคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการจะไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครอง อันไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองและศาลปกครองก็ยังคงสามารถตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานอัยการกรณีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรได้ก็ตาม แต่เป็นเรื่องที่ประชาชนส่วนใหญ่ไม่ทราบถึงสิทธิดังกล่าวอันเป็นข้อยกเว้นของ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 248 วรรคสอง จึงควรมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติถึงสิทธิดังกล่าวไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ให้ชัดเจน

บรรณานุกรม

- กนกศักดิ์ พ่วงลาภ.(30 มกราคม 2560). การสังคดีอาญา ข้อพิจารณา ขั้นตอน แนวทางของอัยการในประเทศอังกฤษ ที่มีความเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ. สืบค้นวันที่ 15 มกราคม 2563, จาก
https://www.matichon.co.th/columnists/news_443987
- กุลพล พลวัน. (2546). การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน. ศาลรัฐธรรมนูญ. ม.ป.ท.
- กุลพล พลวัน. (ม.ป.ป.). อัยการกับการสังคดีโดยเที่ยงธรรม. สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2561, จาก www.stat.go.th/บทความลงเว็บ/บทความ4.htm
- จุฬารัตน์ ยะปะนัน. (2553). ความผิดอาญาแผ่นดินและความผิดอันยอมความได้. เกร็ดกฎหมายน่ารู้จุลนิติ. ม.ป.ท.
- เฉลิมวุฒิ สารกิจ. (25 ธันวาคม 2555). การสั่งฟ้องคดีของอัยการ. สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2561, จาก <http://www.สำนักกฎหมายนิติศาสตร์ชาติรัก.com/2012/12/1-1.html>
- เฉลิมศักดิ์ วงศ์ศิริวัฒน์. (ม.ป.ป.). ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง. สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2563, จาก
http://www.stabundamrong.go.th/web/book/48/b8_48.pdf
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร : จีรรัชการพิมพ์.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. (2540). คำสั่งทางปกครอง. สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2561, จาก <http://web.krisdika.go.th/data/activity/act79.htm>
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2556). คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.

ไทยรัฐออนไลน์. (3 กุมภาพันธ์ 2560). ย้อนคดีลักทรัพย์ในตำนาน หนุม 16 ฉกขาลาเปาลูก
เดียวเพื่อน้อง. สืบค้นวันที่ 29 มกราคม 2561, จาก

<https://www.thairath.co.th/content/849612>

ชนกฤต วรธนัชชากุล. (19 สิงหาคม 2560). ศาลและองค์กรอัยการ ก้าวแห่งความ
เปลี่ยนแปลงภายใต้รัฐธรรมนูญ 2560. สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2561, จาก

<https://thaipublica.org/2017/05/constitution-law-2560/>

พงษ์ธวัฒน์ บุญพิทักษ์. (ม.ป.ป.). สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย
ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. สืบค้นวันที่ 24
เมษายน 2563, จาก

[https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_li
nk.php?nid=1728](https://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/elaw_parcy/ewt_dl_link.php?nid=1728)

ยินดี วัชรพงศ์ ต่อสุวรรณ. (19 เม.ย. 2550). อำนาจสังคีตของอัยการในกระบวนการ
ยุติธรรมทางอาญา ไม่มีกฎหมายควบคุมและไม่มีการตรวจสอบ. สืบค้นวันที่ 9
ธันวาคม 2562, จาก

<https://mgronline.com/daily/detail/9500000044864>

สมชัย เลิศสุทธีวงศ์. (ม.ป.ป.). หลักนิติธรรม กับ ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครอง,
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. สืบค้นวันที่ 9 เมษายน 2563, จาก

[http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=
9703.](http://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=9703)

หยุด แสงอุทัย. (2549). บทความเกี่ยวกับระบบกล่าวหา ระบบไต่สวน. หนังสือฉบับจิต
ฉบับที่ 12. ม.ป.ท.

อรรถพล ใหญ่สว่าง. (22 กรกฎาคม 2558). บทบาทพนักงานอัยการญี่ปุ่น กับการใช้
ดุลพินิจในการสอบสวนและดำเนินคดีอาญา (ตอนที่2). มติชนรายวัน. สืบค้น
วันที่ 29 มกราคม 2561, จาก

<http://m.matichon.co.th/readnews.php?newsid=1437551631>

การรับมรดกของทายาทตามสัญญาค้ำประกัน

Inheritance of the successor according to the Suretyship

อัศรพล ทองกลาง¹

Aukkarapon Thonglang

(Received: March 2, 2020, revised: May 3, 2020, accepted: May 26, 2020)

บทคัดย่อ

บทความเรื่องนี้เป็นนำเสนอแนวทางการพิจารณาคดีของศาล ว่าด้วยเรื่องของการรับมรดกของทายาทของผู้ค้ำประกัน เนื่องจากการค้ำประกันนั้นเป็นสัญญาที่ผู้ค้ำประกันไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในหนี้สินนั้น โดยการค้ำประกันไม่ได้กำหนดแบบแต่อย่างใด เพียงแต่มีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันไว้เป็นสำคัญก็เป็นอันใช้ได้แล้ว แต่มีประเด็นที่น่าสนใจว่าเมื่อผู้ค้ำประกันตาย สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญานี้จะตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกันหรือไม่ ซึ่งในทางคดีเคยมีคำพิพากษาฎีกาที่ 6023/2538 มีคำพิพากษาในทำนองว่าทายาทผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้ แต่ในเวลาต่อมามีคำพิพากษาฎีกาที่ 1268/2555 พิพากษาในทำนองว่าสัญญาค้ำประกันไม่ได้ระงับไปเพราะความตายของผู้ค้ำประกัน สิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบต่าง ๆ จึงยังตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกัน โดยคำพิพากษาฎีกาททั้งสองนี้มีข้อเท็จจริงที่เหมือนกันคือ ผู้ค้ำประกันได้ตายก่อนที่ลูกหนี้ผิดนัด แต่กลับมีคำพิพากษาฎีกาที่ต่างกัน หากการพิจารณาได้นำเรื่องของการอ้างเอกสารในนาสืบคดีเกี่ยวเรื่องเอกสารสิทธิ์ของหนังสือสัญญาค้ำประกัน ถ้าไม่มีหรือไม่ใช่เอกสารสิทธิ์ ก็จะไม่สามารถนำมาใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องบังคับคดีเอากับทายาทได้

คำสำคัญ : ค้ำประกัน, มรดก, เอกสารสิทธิ์

¹ น.บ. มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, หน่วยงานสำนักงานกฎหมายกฎหมายอัศรพล ทองกลาง ทนายความ, 116 หมู่ที่ 3 ตำบลคอนสาร อำเภอกอนสาร จังหวัดชัยภูมิ, อีเมล t.y.aukkarapon@hotmail.com.

LL.B. Ubon Ratchathani University, Lawyer in AUKKHARAPON THONGLANG Law Office, 116 Moo.3 Khonsan Sub-District Khonsan District Chaiyaphum Province, email: t.y.aukkarapon@hotmail.com.

Abstract

This article is a presentation of the court's judicial guidelines. Regarding the inheritance of the surety heirs, Because the support is a contract that the surety is not involved in that debt. Which the suretyship does not specify the suretyship requires merely written evidence unilaterally signed by the surety for purpose of enforcement. But there is an interesting issue that when the surety dies will the rights and obligations under this contract devolve on according to the law of succession, successor shall inherit both rights and duties of the deceased? In the case of the supreme court 6023/2538, there was a judgment that the heirs of the surety are not liable to this owner. But at a later date, there was a judgment of the supreme court 1268/2555 that sentenced him in a manner that the suretyship contract was not suspended because of the death of the surety. Various rights and responsibilities are therefore devolved to the heirs of the surety. In which these two supreme verdicts have the same facts. The surety died before the default debtor, But instead had a different verdict if the consideration has brought the matter of claiming documents in the attestation of the case regarding the documentary rights of the suretyship if there is no or not a document of ownership, it cannot be used as evidence in the enforcement process against the successor.

Keywords: Surety, succession, Document of rights

1. บทนำ

ในปัจจุบันสถานการณ์ภาวะเศรษฐกิจของประเทศไทยเรานั้น มีหนี้ครัวเรือนพุ่งสูงขึ้นต่อเนื่องทุก ๆ ปี อันเนื่องมาจากการกู้ยืมจากธนาคารของประชาชนทั่วไป² ซึ่งเมื่อมีการกู้ยืมแล้วหากไม่ทรัพย์สินเพื่อใช้จำนองเพื่อเป็นหลักประกันในการชำระหนี้แล้ว ก็จะมีอีกวิธีการหนึ่งในการประกันการชำระหนี้ด้วยบุคคล เรียกว่า “การค้ำประกัน” ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งแต่มาตรา 680 ถึงมาตรา 701 โดยได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ ความรับผิดชอบ และการระงับไปซึ่งสัญญาค้ำประกัน โดยการทำสัญญาค้ำประกันนั้นในกฎหมายมิได้กำหนดเรื่องของแบบในการทำสัญญาเอาไว้ เพียงแค่ผู้ค้ำประกันทำหนังสือแล้วลงลายมือชื่อไว้ก็เป็นอันบังคับใช้ได้แล้ว³ เมื่อลูกหนี้ไม่มีเงินพอชำระหนี้ หรือผิดนัดชำระหนี้ เจ้าหนี้ก็จะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องดำเนินการทางศาลเพื่อบังคับเอาากับลูกหนี้และผู้ค้ำประกันต่อไป อันเป็นการผูกพันตนในหนี้ของบุคคลอื่นซึ่งเป็นหนี้ที่ตนไม่ได้เป็นผู้ก่อนนั้น สัญญาค้ำประกันด้วยบุคคลอื่นเป็นบุคคลสิทธิซึ่งเจ้าหนี้จะต้องติดตามบังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้⁴ ทำให้คดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมาก เมื่อเจ้าหนี้หรือธนาคารได้ใช้สิทธิทางศาลแล้ว ถือเป็นการฟ้องร้องให้บังคับหนี้ตามสัญญาได้แล้ว หากผู้ค้ำประกันถูกฟ้องร้องต่อศาลแล้วได้ตายระหว่างที่มีการพิจารณาคดี เจ้าหนี้ก็สามารถที่จะเรียกทายาทให้เข้ามาเป็นคู่ความแทนที่ได้ หรือเมื่อมีคำพิพากษาแล้วผู้ค้ำประกันก็จะตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา เจ้าหนี้ตามคำพิพากษามีสิทธิที่จะเรียกให้ทายาทของผู้ค้ำประกันรับผิดชอบในฐานะทายาทลูกหนี้ตามคำพิพากษาได้

แต่ปัญหายังมีอยู่ว่าหากผู้ค้ำประกันตายก่อนลูกหนี้ผิดนัดชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ สัญญาค้ำประกันนั้นจะเลิกกันหรือไม่ และทายาทของผู้ค้ำประกันจะต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ค้ำประกันหรือไม่ เนื่องจากการค้ำประกันถือเป็นบุคคลสิทธิหรือสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลนั้น ๆ มิได้รวมถึงทรัพย์สินของผู้ค้ำประกัน โดยในทางคดีมีคำพิพากษาของศาลฎีกาตัดสินคดีออกมาเป็น 2 แนวทาง คือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6023/2538 ที่ตัดสินว่าทายาท

² ธนาคารแห่งประเทศไทย, ข้อมูลสถิติเงินให้กู้ยืมแก่ภาคครัวเรือน, สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2563, จาก https://www.bot.or.th/App/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=775&language=TH/

³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680 วรรคสอง

⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 581/2552

ของผู้ค้าประกันไม่ต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้ ต่อมาได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1268/2555 ตัดสินว่า ทายาทของผู้ค้าประกันจะต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้ ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีทั้งสองนี้มีจุดที่เหมือนกัน คือ ผู้ค้าประกันได้ตายไปก่อนที่จะถูกหนี้จะผิพนัด แน่แน่นอนว่าหากเป็นเช่นนั้นแล้วต้องมุ่งไปที่ กระบวนการในการพิจารณาว่ามีการนำสืบอย่างไร และใช้หลักเกณฑ์ใดในการตัดสินคดี ความเกี่ยวกับการรับมรดกของทายาทของผู้ค้าประกัน ในกรณีที่ผู้ค้าประกันถึงแก่ความตายก่อนที่ลูกหนี้จะผิพนัดดังกล่าว

การค้าประกันนั้นศาลฎีกาได้ตีความเกี่ยวกับการทำสัญญาเอาไว้เป็น 2 แนวทาง คือ สัญญาการค้าประกัน และหนังสือการค้าประกัน โดยการค้านั้นทำเป็นหนังสือมีเพียงลายมือชื่อของ ผู้ค้าประกันเท่านั้นไม่มีลายมือชื่อเจ้าหนี้อยู่ด้วย หนังสือดังกล่าวเป็นเพียงหลักฐานในการค้านั้นเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง เท่านั้นมิใช่สัญญาการค้าประกัน แม้จะมีข้อความว่าสัญญาการค้าประกันก็ตาม เอกสารดังกล่าวจึงมิใช่ตราสารที่ต้องปิดแสดงตามบัญชีตามประมวลรัษฎากร มาตรา 104 และ บัญชีอากรแสตมป์ลักษณะ 17 ใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีได้⁵

ตราบใดที่ลูกหนี้ยังไม่ผิพนัดชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็ยังไม่ได้ตกเป็นลูกหนี้อันเจ้าหนี้ จะเรียกให้ชำระหนี้ได้ หากผู้ค้าประกันได้ตายลงก่อนที่ลูกหนี้จะผิพนัด เช่นนี้จะถือว่าผู้ค้าประกันตกเป็นลูกหนี้หรือไม่ การพิจารณาคดีและการนำสืบพยานในชั้นศาล จึงควรมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเรื่องนี้ที่สามารถพึงเป็นที่ยุติได้ว่า หากเกิดกรณีที่ผู้ค้าประกันได้ตายไปก่อนที่ลูกหนี้จะผิพนัด ทายาทผู้ค้าประกันยังต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้หรือไม่ ถึงแม้ว่า ทายาทของผู้ตายจะต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้ตายก็ดี⁶ แต่ควรมีแนวทางการใช้ พยานเอกสารที่จะนำสืบในกระบวนการพิจารณาอย่างชัดเจน ดังเช่นสัญญากู้ยืมหากไม่มีการติดอากรแสตมป์ ก็จะถือว่าไม่มีเอกสารสิทธิ์ในการฟ้องร้อง ฉะนั้น สัญญาการค้าประกันหรือ หนังสือการค้าประกันนั้นควรใช้หลักเกณฑ์เอกสารสิทธิ์ในการกำหนดว่าหนี้ที่ผู้ค้าประกันได้ ประกันไว้นั้น สิทธิจะโอนไปยังทายาทได้ก็ต่อเมื่อเป็นเอกสารสิทธิ์เท่านั้น จึงอาจจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และประมวลรัษฎากร ในเรื่องแบบ

⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 2547/2544

⁶ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 และมาตรา 1600

ของหนังสือหรือสัญญาค้ำประกัน และการติดอากรแสตมป์ เพื่อให้มีบรรทัดฐาน และการตัดสินคดีอย่างเป็นธรรมแก่ผู้ที่ต้องรับภาระหนี้ซึ่งตนมิได้เป็นผู้ก่อขึ้น

2. ค้ำประกัน (Surety)

ค้ำประกัน คือการประกันหนี้ด้วยบุคคล หรือที่เรียกว่าสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง ยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 680 ที่บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 680 อันว่าค้ำประกันนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ค้ำประกัน ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น

อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่”

จากข้อความและบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าผู้ค้ำประกันจะยอมชำระหนี้แทนลูกหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ คือจะต้องมีหนี้ระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ก่อนซึ่งเป็นหนี้หรือสัญญาประธารณ และผู้ค้ำประกันทำสัญญาผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เป็นสัญญาอุปกรณ์ก็เกิดขึ้นตามมา⁷

2.1 สัญญาค้ำประกัน (Suretyship)

จากมาตรา 680 วรรคสอง จะเห็นได้ว่าสัญญาค้ำประกันนั้นไม่ได้มีแบบหรือกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการทำสัญญาไว้แต่อย่างใด กำหนดเพียงว่าต้องทำเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ จึงจะสามารถใช้เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดีได้ จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาค้ำประกันนั้นเป็นสัญญาฝ่ายเดียว แม้เจ้าหนี้จะไม่ลงลายมือชื่อในสัญญาค้ำประกันก็สามารถใช้บังคับได้⁸ แต่อย่างไรก็ดีสัญญาค้ำประกันนี้ก็ต้องตีความโดยเคร่งครัดเนื่องจากสัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาที่ผู้ค้ำประกันมีความรับผิดชอบแต่เพียงฝ่ายเดียว การตีความให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด จะตีความไปในทางขยายความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันให้เกินเลยไปกว่าที่ข้อความที่ปรากฏแจ้งในสัญญาค้ำ

⁷ มรกต ศรีจรูณรัตน์, กฎหมายลักษณะค้ำประกันจำนองจำนำ, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น.6

⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 1274 – 1275/2544

ประกันไม่ได้⁹ อนึ่ง ผู้ค้ำประกันเป็นบุคคลภายนอกและไม่ใช่ตัวลูกหนี้ ความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกันจึงเป็นเรื่องผูกพันเพื่อชำระหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้¹⁰

2.2 สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ค้ำประกัน

ผู้ค้ำประกันจะไม่จำกัดความรับผิดชอบหรือจะจำกัดความรับผิดชอบของตนไว้ในสัญญาค้ำประกันด้วยก็ได้ ถ้าไม่ต้องการรับผิดชอบอะไรบ้าง หรือต้องการจำกัดขอบเขตความรับผิดชอบไว้เพียงใด ก็ต้องระบุในสัญญาให้ชัดเจน ผู้ค้ำประกันจะจำกัดความรับผิดชอบเฉพาะกรณีที่บุคคลนั้น ทำความเสียหายเนื่องจากทุจริตต่อหน้าที่ไม่รวมถึงประมาทเลินเล่อด้วยก็ได้ เมื่อจำกัดความรับผิดชอบไว้แล้วก็รับผิดชอบเท่าที่จำกัดไว้ แต่ถ้าไม่จำกัดความรับผิดชอบเมื่อลูกหนี้ผิดสัญญาต่อเจ้าหนี้ ไม่ชำระเงินหรือค่าเสียหายเล็กน้อยเพียงใด ผู้ค้ำประกันก็ต้องรับผิดชอบสิ้นเชิงเช่นเดียวกับลูกหนี้ทุกอย่าง เมื่อทำสัญญาประกันแล้วผู้ค้ำประกันต้องผูกพันตามสัญญานั้น เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกร้องหรือฟ้องให้รับผิดชอบได้ เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามกำหนด

2.2.1 สิทธิของผู้ค้ำประกัน

1. เมื่อผู้ค้ำประกันถูกเรียกร้องให้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ มิใช่ผู้ค้ำประกันต้องชำระหนี้ทันทีแต่มีสิทธิที่จะเกี่ยงให้เจ้าหนี้ ไปเรียกร้องเอาจากลูกหนี้ก่อนได้ ทั้งนี้ภายใต้ข้อยกเว้นบางประการ และถ้าเจ้าหนี้ฟ้องเป็นจำเลยร่วมกับลูกหนี้ก็ยังมีสิทธิพิสูจน์ต่อศาลว่าลูกหนี้มีทรัพย์สินชำระหนี้ได้และการที่จะบังคับจากลูกหนี้นั้นไม่เป็นการยาก ถ้าผู้ค้ำประกันนำพยานเข้าสืบและฟังได้เช่นนั้น ศาลก็ต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินของลูกหนี้ก่อน เพราะหนี้ที่ผู้ค้ำประกันต้องชำระมิใช่เป็นหนี้ของผู้ค้ำประกันเอง ผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ ชั้นที่สอง เนื่องจากหนี้ตามสัญญาค้ำประกันเป็นหนี้อุปกรณ์ ผู้ค้ำประกันจะต้องรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันก็ต่อเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้เงินกู้ซึ่งเป็นหนี้ประธาน¹¹

2. เมื่อผู้ค้ำประกันชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แล้ว ไม่ว่าชำระหนี้แต่โดยดี หรือชำระหนี้โดยถูกบังคับตามคำพิพากษา ผู้ค้ำประกันก็มีสิทธิรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ในอันที่จะเรียก

⁹ The Justice Group, เจาะประเด็น หลัก - ฎีกา แห่งและพาณิชย์ทันสมัย เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร), น.127.

¹⁰ ปุณณลลิตา ต่วนสวัสดิ์, ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิโดยผู้ให้หลักประกัน (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549, น.53, สืบค้นวันที่ 9 มกราคม 2563, จาก <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/57228>

¹¹ คำพิพากษาฎีกา12711/2558 (ประชุมใหญ่)

เอาเงินชำระให้เจ้าหนี้ใช้แล้วนั้น คืบจากลูกหนี้ได้ตามจำนวนที่ชำระไปตลอดจนทั้งค่าเสียหายต่าง ๆ เนื่องจากการค้าประกัน

2.3 การระงับของสัญญาการค้าประกัน

เมื่อลงลายมือชื่อในสัญญาแล้วผู้ค้าประกันก็มีภาระจะต้องรับผิดชอบเจ้าหนี้จนกว่าหนี้ของลูกหนี้ จะระงับไป ตราบใดที่หนี้ของลูกหนี้ยังมีอยู่ผู้ค้าประกันก็ไม่พ้นความรับผิดชอบ แต่มีพฤติการณ์บางอย่างที่กฎหมายกำหนดไว้ให้ผู้ค้าประกันพ้นความรับผิดชอบ

(1) เจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ คือถ้าได้กำหนดวันชำระหนี้ไว้แน่นอนแล้ว เจ้าหนี้ยืดเวลาต่อไปอีกผู้ค้าประกันก็พ้นความรับผิดชอบ

(2) เมื่อหนี้ของลูกหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้ค้าประกันเอาเงินไปชำระแก่เจ้าหนี้ไว้แน่นอนแล้ว แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับโดยไม่มีเหตุอันจะอ้างกฎหมายได้ ผู้ค้าประกันก็หลุดพ้นจากความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน

3. มรดก (Succession)

บทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 ลักษณะมรดก ตั้งแต่มาตรา 1599 ถึงมาตรา 1755 ใช้บังคับกับคดีแพ่งเกี่ยวกับมรดกได้ทั่วราชอาณาจักร ยกเว้น คดีแพ่งเกี่ยวกับมรดกที่เกิดขึ้นในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ใน ทั้ง 4 จังหวัดนี้นับถือศาสนาอิสลามซึ่งมีขนบธรรมเนียมประเพณีที่แตกต่างออกไป โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการใช้กฎหมายในเขตจังหวัดปัตตานี นราธิวาส ยะลา และสตูล พ.ศ.2489 ดังนั้น ถ้ามีข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องมรดกเกิดขึ้นในเขต 4 จังหวัดภาคใต้ดังกล่าวและคดีต้องด้วยเงื่อนไขตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว จะต้องใช้กฎหมายอิสลามในเรื่องมรดกแทนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6

มรดกหรือกองมรดก คือทรัพย์สินทุกชนิด ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่าง ๆ ซึ่งเป็นของผู้ตายในขณะที่ถึงแก่ความตาย หรือซึ่งผู้ตายมีสิทธิได้รับอยู่ก่อนตาย เว้นแต่ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเหล่านี้ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้¹² การรับมรดกของทายาทนั้นตามกฎหมายจะแบ่งออกเป็นสองกรณีคือ ทายาทโดยพินัยกรรม และทายาทโดยธรรม ซึ่งในกรณีที่ผู้ตายได้ทำพินัยกรรมไว้นั้นมักจะไม่ค่อยมีปัญหาหนี้สินหรือเรื่องการจัดการสัปดาห์ใดนัก เนื่องจากจะมี

¹²ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600

การจัดแบ่งสัดส่วนเอาไว้อย่างชัดเจนว่าทายาทคนใดได้รับมรดกส่วนใดของผู้ตายบ้าง แต่กลับกันในการมรดกแบบไม่มีพินัยกรรมนั้นมักจะมีปัญหาตามมาหลายอย่าง ตั้งแต่การสืบหาทรัพย์สินทั้งหมดของผู้ตายรวมทั้ง ภาระหนี้สินต่าง ๆ ที่ทายาทต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ แต่ทั้งนี้ก็ต้องไม่เกินกว่าที่ทายาทได้รับไปจากกองมรดกของผู้ตาย กล่าวคือแม้ว่าทายาทมีหน้าที่จะต้องรับผิดชอบในสิ่งที่ตนไม่ได้ก่อขึ้นมาดังกล่าวก็นั่น แต่ทายาทก็ต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ตน กล่าวคือแม้จำนวนหนี้สินของผู้ตายจะมีจำนวนสูงกว่ามรดกที่ตนได้รับ ทายาทก็ไม่ จำเป็นต้องเอาทรัพย์สินส่วนของตนไปชำระ¹³

3.1 มรดกที่ตกทอดแก่ทายาท

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ถือหลักว่า กองมรดกประกอบไปด้วยทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ตาย ซึ่งกองมรดกนี้ก็คือ กองทรัพย์สินของผู้ตายในขณะที่มีชีวิตอยู่ สิทธิของผู้ตายที่จะเป็นมรดกได้นั้นจึงต้องเป็นสิทธิในกองทรัพย์สิน กล่าวคือ ต้องมีราคาเงินทองในตัวเอง สิทธิบางอย่างที่ไม่เป็นราคาเงินทองในตัวเองจึงไม่อาจเป็นมรดกได้¹⁴ ดังนั้น สิทธิที่จะเป็นมรดกและตกทอดไปยังทายาทได้ ต้องเป็นสิทธิที่มีราคาและอาจถือเอาได้ หรือที่เรียกว่าทรัพย์สินในกองมรดก ซึ่งรวมทั้งวัตถุที่มีรูปร่างและวัตถุไม่มีรูปร่าง วัตถุที่มีรูปร่าง เช่น ที่ดิน บ้านเรือน รถยนต์ เงินตรา เป็นต้น ส่วนวัตถุที่ไม่มีรูปร่าง ได้แก่ สิทธิทั้งหลายซึ่งมีราคาและอาจถือเอาได้ เช่น สิทธิเรียกร้องให้ชำระหนี้ของเจ้าหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงิน ลิขสิทธิ์สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

3.1.1 ทรัพย์สิน

ทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์สินมรดกของผู้ตายต้องเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่ก่อน หรือขณะผู้ตายถึงแก่ความตาย เช่น ดอกผลของทรัพย์สินมรดกที่เกิดขึ้นภายหลังเจ้ามรดกตายไม่ใช่มรดก (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 370/2506, 678-680/2535 และ 8485/2544) ทรัพย์สินที่ระบุไว้ในพินัยกรรม ยกทรัพย์สินให้ผู้ใด ต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานต่าง ๆ ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ตาย

¹³ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1601

¹⁴ สิทธิชัย พูนเกษม, การชำระหนี้กองมรดก (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์

มหาวิทยาลัย, 2530, น. 196, สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก

<http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/10875/>

หรือไม่ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 583, 584/2535)¹⁵ ซึ่งหากเป็นอสังหาริมทรัพย์นั้นหากพิสูจน์ทางทะเบียนได้ว่า เป็นของผู้ตายก็มักจะไม่มีปัญหาในเรื่องมรดก แต่หากเป็นสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะเงิน ซึ่งเงินที่เป็นกองมรดกนี้อาจใช้หลักในการพิจารณาหลักในการจ่ายเงินประเภทนั้น ๆ ว่าตามระเบียบหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินประเภทนั้น ๆ จะจ่ายให้ผู้ตายเมื่อใด หากว่าเป็นเงินของผู้ตาย หรือเงินซึ่งผู้ตายมีสิทธิได้รับอยู่แล้วก่อนถึงแก่ความตาย ย่อมถือว่าเป็นมรดกตกทอดไปยังทายาท เช่น เงินสะสมของทางราชการที่หักออกจากเงินเดือนของข้าราชการทุกเดือน และจะจ่ายคืนเมื่อออกจากราชการ¹⁶ เงินตามโครงการผลประโยชน์เมื่อออกจากงาน¹⁷ แต่หากเป็นเงินสังฆารานุเคราะห์¹⁸ เงินรายได้จากการกรีดยางหลังจากที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตาย¹⁹ เป็นเงินที่ตกแก่ผู้ตายหรือผู้รับประโยชน์ภายหลังที่เจ้ามรดกถึงแก่ความตายโดยระบุเงื่อนไขว่าจะจ่ายเมื่อตายเงินดังกล่าวจึงเป็นเงินซึ่งผู้ตายไม่มีสิทธิได้รับอยู่ก่อนถึงแก่ความตาย จึงไม่ใช่ทรัพย์สินมรดกตกทอดแก่ทายาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600²⁰

3.1.2 สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ

1. สิทธิ หมายความว่า ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ สิทธิก็เป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งหากมีราคาและถือเอาได้ สิทธิเป็นได้ทั้งบุคคลสิทธิและทรัพย์สินสิทธิ เช่น สิทธิตามสัญญาเช่าซื้อ สิทธิในการไถ่ทรัพย์สินที่ขายฝาก สิทธิตามสัญญาซื้อขาย ภาระจำยอม สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิครอบครอง ลิขสิทธิ์ สิทธิในเครื่องหมายการค้า เป็นต้น

2. หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ตาย ก็คือหนี้ของผู้ตายนั่นเองซึ่งตกทอดไปยังทายาทด้วย แต่ไม่ได้หมายความว่าทายาทจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนหนึ่งในหนี้ทั้งหมด เมื่อผู้ตายไม่มีทรัพย์สินพอ ชำระหนี้ เพราะกรณีนี้บังคับของกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้ คือ มาตรา

¹⁵ ม.ล.เฉลิมชัย เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2556), น. 35.

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1953/2515

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1288/2535

¹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2401/2515

¹⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8485/2544

²⁰ พรชัย สุนทรพันธุ์, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), น.1-28.

1601 ทายาทไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดได้แก่ตน และ มาตรา 1734 เจ้าหนี้กองมรดกชอบแต่จะได้รับการชำระหนี้จากทรัพย์สินในกองมรดกเท่านั้น²¹

3.2 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบที่ไม่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาท

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600 ส่วนทายนั้นได้บัญญัติไว้ในเรื่องหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตาย ซึ่งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมายถือว่าการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้

3.2.1 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบตามกฎหมาย

ตามกฎหมายสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบที่ไม่ตกทอดไปยังทายาท เช่น บัญญัติไว้ในมาตรา 1447 วรรคสอง เรื่องการฟ้องเรียกค่าทดแทนเกี่ยวกับการหมั้นว่า ให้สิทธิเฉพาะคู่หมั้นซึ่งเป็นผู้เสียหายเท่านั้น จึงจะต้องเรียกค่าทดแทนตามมาตรา 1440 (1) หรือ (3) กับมาตรา 1444, 1445 และมาตรา 1446 ได้ ทายาทของผู้เสียหายจะฟ้องไม่ได้ โดยกฎหมายบัญญัติว่าสิทธิเรียกค่าทดแทนดังกล่าวนั้นไม่อาจโอนกันได้ และไม่ตกสืบไปถึงทายาท เว้นแต่สิทธินั้นจะได้รับสภาพกันไว้เป็นหนังสือ หรือผู้เสียหายได้เริ่มฟ้องคดีตามสิทธินั้นแล้ว²² หรือถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตายสิทธินั้นย่อมสิ้นไป²³ และสิทธิอาศัยนั้นก็ไม่สามารถที่จะโอนกันได้แม้ในทางมรดก²⁴ ซึ่งสิทธิเหล่านี้ตามกฎหมายแล้วล้วนแต่เป็นสิทธิหรือการเฉพาะตัวของผู้ตายทั้งสิ้น

3.2.2 สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบโดยสภาพ

สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบซึ่งโดยสภาพของตัวมันเอง ย่อมเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ในข้อนี้จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป จะวางหลักแน่นอนตายตัวไม่ได้ แต่อาจกล่าวได้ว่าเรื่องที่เกี่ยวข้องกับส่วนตัวบุคคลโดยย่อมเป็นการเฉพาะตัวของบุคคลนั้น เช่น คุณสมบัติของบุคคล อันได้แก่การได้รับอนุญาตให้ขับขีรถยนต์ การได้รับอนุญาตให้มีอาวุธปืน สิทธิการสอบแข่งขัน หรือได้รับวุฒิปดต่าง ๆ เช่น ประกาศนียบัตร ปริญญาบัตร ซึ่งจะเห็นได้ว่าการพิจารณาให้สิทธิต่าง ๆ เหล่านี้จะต้องพิจารณาคุณสมบัติของบุคคลนั้น ๆ

²¹ กิริติ กาญจนรินทร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 6 มรดก, (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2560), น.13.

²² พรชัย สุนทรพันธุ์, เรื่องเดิม, น. 16.

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418 วรรคสี่

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1408

โดยเฉพาะ เช่นเดียวกับตำแหน่งหน้าที่การงานต่าง ๆ ซึ่งโดยสภาพของตัวเองถือว่าเป็นการเฉพาะตัวที่ไม่อาจตกทอดไปยังทายาทได้²⁵ หรือแม้กระทั่งการเป็นผู้จัดการมรดกเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้ได้รับแต่งตั้งไม่สามารถเป็นแทนกันได้²⁶

4. เอกสารสิทธิ (Document of rights)

เอกสารสิทธิ ถือเป็นเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ เช่น สัญญากู้เงิน หรือหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ เป็นหลักฐานก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องบังคับคดีหากผู้กู้ไม่ชำระหนี้ หากไม่มีสัญญา หรือหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญก็ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ ทั้งสัญญาผู้กู้ก็ยังเป็นเอกสารหลักฐานในการกำหนดอัตราดอกเบี้ยที่ผู้กู้ต้องชำระตามที่กำหนดไว้ในสัญญาผู้กู้ที่ต้องเรียกดอกเบี้ยไม่เกินร้อยละ ๑๕ ต่อปี หรือในสัญญาผู้กู้อาจจะระบุว่าให้นำสังหาริมทรัพย์ใดมาประกันหนี้ ดังนั้นสัญญาผู้กู้หรือหลักฐานเป็นหนังสืออย่างหนึ่งอย่างใดลงลายมือชื่อผู้กู้เป็นสำคัญ เป็นเอกสารสิทธิ²⁷

เอกสารสิทธิ มีกำหนดความหมายเอาไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1 (9) หมายความว่า “เอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ” ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเอกสารสิทธินั้นหมายความรวมถึงสัญญาใด ๆ ที่มีผลก่อให้เกิดผูกพันหรือสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ของคู่สัญญา รวมถึงสัญญาค้ำประกันอีกด้วย เนื่องจากหนังสือสัญญาค้ำประกันถือเป็นหนังสือตราสารอย่างหนึ่ง ซึ่งหากจะใช้หนังสือสัญญาดังกล่าวฟ้องร้องผู้ค้ำประกันให้รับผิดชอบสัญญา สัญญาค้ำประกันนั้นก็จะต้องติดอากรแสตมป์จึงจะใช้ฟ้องคดีนั้นได้²⁸ ซึ่งเอกสารสิทธินี้ถือเป็นหนึ่งใน 4 ประเภทของพยานเอกสารตามกฎหมายลักษณะ

²⁵ พรชัย สุนทรพันธุ์, เรื่องเดิม, น. 18.

²⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 5273/2539

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 167/2517

²⁸ พรชัย สุนทรพันธุ์, สัญญาค้ำประกันเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทหรือไม่, *วารสารนิติศาสตร์*

พยานที่จะใช้ในการอ้างอิงเพื่อสืบพยานในชั้นศาล²⁹ อนึ่งในการฟ้องร้องบังคับคดีในทางแพ่งนั้นเอกสารที่จะนำมาฟ้องศาลได้นั้นต้องมีลักษณะเป็นตราสาร ตามประมวลรัษฎากร

4.1 หลักฐานเป็นหนังสือ (Written evidence)

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 หลักฐานเป็นหนังสือ หมายถึง เอกสารที่ลงลายมือชื่อของฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบ และมีข้อความแสดงว่าได้มีการทำนิติกรรมไว้ ประกอบกับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้น ถ้ามิได้มีหลักฐานเป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญ ท่านว่าจะฟ้องร้องให้บังคับคดีหาได้ไม่” จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาค้ำประกันที่ได้ทำเป็นหนังสือนี้ หากได้ลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันไว้แล้ว ก็สามารถฟ้องร้องให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบเมื่อลูกหนี้ผิดนัดได้ หนังสือดังกล่าวจึงเป็นเพียงหลักฐานในการค้ำประกันเป็นหนังสือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 680 วรรคสอง เท่านั้นมิใช่สัญญาค้ำประกัน แม้จะมีข้อความว่าสัญญาค้ำประกันก็ตาม เอกสารดังกล่าวจึงมิใช่ตราสารที่ต้องปิดแสตมป์บริบูรณ์ตามประมวลรัษฎากร มาตรา 104 และบัญชีอากรแสตมป์ ลักษณะ 17 ใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีนี้ได้³⁰

4.2 ตราสาร (Instrument)

ตามประมวลรัษฎากรตราสาร หมายถึง เอกสารที่ต้องเสียอากรแสตมป์ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีอัตราอากรแสตมป์³¹ ซึ่งปัจจุบันมีทั้งหมด 28 ลักษณะตราสาร เช่น ตราสารเช่าที่กับโรงเรือน เช่าทรัพย์สิน จ้างทำของ กู้ยืมเงิน ฯลฯ ซึ่งอากรแสตมป์เป็นภาษีอากรที่จัดเก็บจากการทำตราสาร ประกอบกับหากตราสารใดไม่ได้ปิดแสตมป์บริบูรณ์ จะใช้ต้นฉบับ คู่ฉบับ คู่ฉีก หรือสำเนตราสารนั้นเป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้³² ซึ่งตามประมวลรัษฎากรนั้นสัญญาค้ำประกันจะต้องติดอากรแสตมป์ตามบัญชีแนบท้าย หมวด 6 ลำดับที่ 17 ซึ่งจะต้องติดตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ โดยหากการค้ำประกันนั้นไม่ได้มีการระบุจำนวนเงินที่ค้ำประกันไว้จะต้องเสียหรือติดแสตมป์ 10 บาท ถ้าจำนวนเงินไม่เกิน

²⁹ ปัญญา สิทธิบัติ, *กฎหมายลักษณะพยาน*, พิมพ์ครั้งที่ 4, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), น.163 -232.

³⁰ คำพิพากษาฎีกาที่ 2547/2544

³¹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 103

³² ประมวลรัษฎากร มาตรา 118

1,000 บาท จะต้องเสียหรือติดแสตมป์ 1 บาท ถ้าจำนวนตั้งแต่ 1,000 บาท แต่ไม่เกิน 10,000 บาท จะต้องเสียหรือติดแสตมป์ 5 บาท และถ้าจำนวนเงินตั้งแต่ 10,000 บาท ขึ้นไปจะต้องเสียหรือติดแสตมป์ 10 บาท เว้นแต่ การค้ำประกันหนี้เนื่องแต่การที่รัฐบาลให้ราษฎรกู้ยืมเงินเพื่อการบริโภค หรือเกษตรกรรม หรือการค้ำประกันในหนี้อันเนื่องมาจากการที่สหกรณ์ให้สมาชิกกู้หรือยืม

5. บทวิเคราะห์การรับมรดกของทายาทของผู้ค้ำประกัน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้น ในเรื่องของความรับผิดของผู้ค้ำประกัน และการรับมรดกของทายาทผู้ตาย จะเห็นได้ว่ามีหลักเกณฑ์ ข้อยกเว้น และข้อจำกัดความรับผิดของทายาทผู้ตายเอาไว้ ดังนั้นแล้วการรับมรดกของผู้ค้ำประกันนั้นจึงควรอยู่ในกรอบความรับผิดของผู้ค้ำประกันว่า ผู้ค้ำประกันนั้นมีความรับผิดต่อเจ้าหนี้อย่างไร โดยผู้เขียนจะขอวิเคราะห์โดยอาศัย เอกสารสิทธิอันเป็นสัญญา หลักทฤษฎีและข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่กล่าวมาข้างต้น รวมถึงคำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 6023/2538 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1268/2555 ซึ่งในการวิเคราะห์จากฎีกาทั้งสองนี้ผู้เขียนได้นำหลักการวิเคราะห์มาจกบทความเรื่องสัญญาค้ำประกันเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทหรือไม่ ของท่านอาจารย์พรชัย สุนทรพันธุ์ ซึ่งเป็นอดีตอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยรามคำแหง อีกทั้งยังเป็นอดีตคณบดี และอาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ ซึ่งทายาทของผู้ค้ำประกันนั้นจะมีความรับผิดต่อเจ้าหนี้อย่างไร หรือต้องรับผิดต่อเจ้าหนี้หรือไม่ และมีสิทธิในการไล่เบี้ยหรือรับช่วงสิทธิต่อจากเจ้าหนี้มากน้อยเพียงใดนั้นดังจะได้วิเคราะห์ดังนี้

5.1 สัญญาค้ำประกันเป็นเอกสารสิทธิที่ตกทอดเป็นมรดกหรือไม่

จากที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า สัญญาที่จะฟ้องร้องบังคับคดีได้นั้นจะต้องเป็นเอกสารสิทธิ ติดอากรแสตมป์ตามประมวลรัษฎากร อันจะทำให้สัญญานั้นกลายเป็นตราสารที่ศาลจะสามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้เนื่องจากเอกสารสิทธินั้น เป็นเอกสารที่เป็นหลักฐานแห่งการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ดังนั้นแล้วจึงต้องพิจารณาเรื่องการทำสัญญาค้ำประกันก่อนว่า จะมีผลเป็นเอกสารสิทธิหรือไม่ หรือเป็นเพียงหลักฐานแห่งการก่อการผูกพันตนต่อเจ้าหนี้อันเป็นการเฉพาะตัวของผู้ค้ำประกัน โดยแยกพิจารณาได้ 2 แนวทาง คือ

5.1.1 หนังสือสัญญาค้ำประกันที่ไม่ติดอากรแสตมป์

เนื่องจากหนังสือสัญญาค้ำประกันตามกฎหมายแล้วไม่มีแบบ ดังนั้นแล้วการทำสัญญาค้ำประกันจึงทำเป็นเพียงลายลักษณ์อักษร และลงลายมือชื่อของผู้ค้ำประกันก็เป็นอันใช้บังคับได้แล้ว จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาค้ำประกันนี้ไม่จำเป็นต้องติดอากรแสตมป์ก็สามารถใช้บังคับได้ แต่ทั้งนี้การค้ำประกันด้วยตัวบุคคลนั้นหากพิจารณาตามหลักทฤษฎีนั้น โดยสภาพแล้วถือเป็นการส่วนตัวของผู้ค้ำประกันโดยเฉพาะ เนื่องจากการจะค้ำประกันได้นั้น มักจะดูที่คุณสมบัติของตัวบุคคลหรือผู้ค้ำประกันเป็นหลัก ไม่รวมถึงทรัพย์สินที่ผู้ค้ำประกันมีแต่อย่างใด ทั้งสัญญาค้ำประกันด้วยบุคคลอื่นเป็นบุคคลสิทธิซึ่งเจ้าหนี้จะต้องติดตามบังคับเอาแก่ผู้ค้ำประกันเมื่อลูกหนี้ผิดนัดไม่ชำระหนี้ ดังนั้นสัญญาค้ำประกันจึงไม่ต้องติดอากรแสตมป์ก็สามารถฟ้องร้องเรียกให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบได้ ทั้งนี้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัด

เมื่อสัญญาค้ำประกันที่ทำไว้แล้วไม่ติดอากรแสตมป์ จึงไม่ถือว่าเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิอันจะทำให้เกิดการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ โอนความรับผิดไปยังทายาทได้ ในขณะที่ผู้ค้ำประกันได้ตายไปก่อนที่ลูกหนี้จะมีการผิดนัดผู้ค้ำประกันไม่ได้อยู่ในฐานะลูกหนี้ เมื่อผู้ค้ำประกันตายไปก่อนลูกหนี้จะผิดนัดสัญญาค้ำประกันย่อมระงับไป จะโอนหรือเปลี่ยนแปลงความรับผิดตกทอดไปยังทายาทไม่ได้ อีกทั้งตามกฎหมายก็ไม่ได้มีหลักเกณฑ์หรือข้อกำหนดว่าสัญญาค้ำประกันนั้นจะมีผลต่อไปได้เมื่อผู้ค้ำประกันตาย ประกอบกับผู้ค้ำประกันก็ยังไม่มีส่วนในการที่จะต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้ในหนี้ที่ยังไม่มีการผิดนัด หน้าที่การชำระหนี้แทนลูกหนี้ของผู้ค้ำประกันจึงกล่าวได้ว่าระงับไปโดยความตายของผู้ค้ำประกัน³³

5.1.2 หนังสือสัญญาค้ำประกันที่ติดอากรแสตมป์

สัญญาค้ำประกันหากได้ติดอากรแสตมป์แล้ว ก็จะเป็นตราสารตามประมวลกฎหมายทำให้สัญญาค้ำประกันดังกล่าวเป็นเอกสารสิทธิ ที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ สามารถใช้ฟ้องร้องบังคับคดีเอากับผู้ค้ำประกันได้อย่างแน่นอน และเมื่อเอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารสิทธิ แม้ผู้ค้ำประกันได้ถึงแก่ความตายไปแล้วก็ตาม สัญญาค้ำประกันดังกล่าวก็ย่อมตกทอดไปยังทายาท ที่ต้องรับผิดชอบชำระหนี้ หน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันอันเป็นหน้าที่ผูกพันผู้ค้ำประกันที่ตายไป อันเป็นสิทธิและหน้าที่ความ

³³ เทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6023/2538

รับผิดชอบตามกฎหมายที่สามารถบังคับได้ ทั้งนี้การทำสัญญาดังกล่าวถือว่าการชำระค่าทำสัญญาอันเป็นภาระในการจัดทำนิติกรรมให้แก่รัฐไว้แล้ว สัญญาค้ำประกันที่ติดอากรแสตมป์จึงถือเป็นตราสารตามประมวลรัษฎากร อันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่ผูกพันผู้ค้ำประกันในการที่จะต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ แม้ว่าได้ตายไปก่อนที่จะผิดนัดก็ยังมีความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้อยู่ จนกว่าสัญญาประธานจะสิ้นสุดลงหรือได้มีการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญา

5.2 สิทธิและหน้าที่ความรับผิดชอบของทายาทผู้ค้ำประกัน

จากที่กล่าวมาในเรื่องของการรับมรดกของผู้ตายนั้น ทายาทจะต้องรับไปทั้งสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบที่ผู้ตายมีอยู่ต่อเจ้าหนี้ แต่ทั้งนี้ความรับผิดชอบของทายาทนั้นจะต้องไม่เกินไปกว่าที่ได้รับมรดกมา เว้นแต่สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบนั้นตามกฎหมายหรือโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้ ดังนั้นจากหัวข้อที่ผ่านมาว่า สัญญาค้ำประกันเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์หรือไม่นั้น จึงสามารถอธิบายต่อไปได้ว่าหากสัญญาค้ำประกันนี้ไม่ได้ติดอากรแสตมป์ สัญญาค้ำประกันดังกล่าวย่อมไม่ถือเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ ที่จะสามารถที่เมื่อนำสืบพยานเอกสารแล้วศาลจะพิพากษาให้ผู้ค้ำประกันหรือทายาทของผู้ค้ำประกันรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ได้ แต่ทั้งนี้สัญญาค้ำประกันนั้นไม่ตัดสิทธิเจ้าหนี้จะนำอากรมาติดและขีดฆ่าก่อนศาลขึ้นต้นจะมีคำพิพากษา³⁴ เมื่อผู้ค้ำประกันได้ถึงแก่ความตายก่อนที่ลูกหนี้ผิดนัดจะถือว่าผู้ค้ำประกันเป็นลูกหนี้ไม่ได้ และหน้าที่ในการชำระหนี้ก็ยังมิได้เกิดขึ้นแต่อย่างใด จึงไม่ทำให้สัญญาค้ำประกันเป็นมรดกที่จะตกทอดไปยังทายาทนั้นได้ ทายาทของผู้ค้ำประกันจึงไม่มีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ เนื่องจากโดยสภาพของสัญญาค้ำประกันนั้นถือเป็นบุคคลสิทธิเจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ก็ต่อเมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่ชำระหนี้ ยังไม่สามารถบังคับเอากับกองมรดกของผู้ค้ำประกันได้ ทายาทของผู้ค้ำประกันจึงไม่ต้องรับไปในสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบในขณะ (เจ้ามรดก) ผู้ค้ำประกัน ยังไม่มีความรับผิดชอบในขณะถึงแก่ความตาย

แต่หากสัญญาค้ำประกันนั้นได้มีการติดอากรแสตมป์ตามประมวลรัษฎากร สัญญานั้นก็จะเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ อันจะทำให้ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ดังเช่นเดียวกับสัญญาอื่น ๆ ที่ได้ทำตามแบบของกฎหมาย สัญญาค้ำประกันย่อมโอนไปซึ่งหน้าที่และความรับผิดชอบไปยังทายาทของผู้ค้ำประกันได้ สามารถนำมาใช้อ้างเป็น

³⁴ คำพิพากษาฎีกาที่ 3775/2546

พยานหลักฐานในชั้นพิจารณาและศาลสามารถรับฟังเป็นพยานได้ แม้ลูกหนี้จะยังไม่ได้มีการผิดนัดก่อนที่ผู้ค้ำประกันจะได้ถึงแก่ความตายก็ตาม สัญญาค้ำประกันที่ติดอากรแสตมป์นี้ก็ถือเป็น หน้าที่ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นโดยตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ ทายาทของผู้ค้ำประกันย่อมรับไปทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ด้วย เช่นเดียวกับกรณีที่เจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้อง หรือมีการฟ้องร้องบังคับคดีเรียกเอาจากผู้ค้ำประกันไปแล้ว

บรรดาทายาทของผู้ค้ำประกันนั้น การรับมรดกก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในบรรพ 6 เช่นเดียวกับทายาทในเรื่องทั่ว ๆ ไป โดยรับทุกอย่างจากกองมรดกของผู้ตายไม่ว่าจะเป็น ทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ ของเจ้ามรดกที่มีอยู่ ณ ขณะถึงแก่ความตาย ซึ่งทายาททุกคนมีส่วนเท่า ๆ กัน หากเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิเรียกร้อง หรือใช้สิทธิฟ้องร้องก็ดี เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะฟ้องเรียกให้ทายาทชำระหนี้ได้ แม้ทายาทผู้นั้นจะไม่ได้รับมรดก³⁵ ของผู้ค้ำประกันก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีแม้เจ้าหนี้จะมีสิทธิฟ้องเรียกบังคับให้ทายาทของผู้ค้ำประกันที่ได้ตายไปแล้วก็ดี ทายาทของเจ้ามรดก (ผู้ค้ำประกัน) ก็ไม่จำเป็นต้องที่จะต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดแก่ตน³⁶ หากทายาทผู้ถูกฟ้องไม่ได้รับมรดกจากกองมรดกมาเลย ก็ไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ที่ฟ้องร้องแต่ประการใด

5.3 การรับฟังพยานเอกสารในชั้นพิจารณาคดีของศาลในคดีแพ่ง

หนังสือสัญญาค้ำประกัน เป็นตราสารหรือเป็นเอกสารสิทธิ์ประเภทหนึ่ง ที่เมื่อมีการผิดเงื่อนไขหรือสัญญาของลูกหนี้ขึ้นต้น เจ้าหนี้อย่อมจะต้องฟ้องร้องบังคับคดีเอาบลูกหนี้ รวมถึงหลักประกันที่ลูกหนี้ได้มอบไว้ไว้ให้เจ้าหนี้ ผู้ค้ำประกันจึงถูกฟ้องร้องคดีไปด้วย ซึ่งจะต้องมีเอกสารลงลายมือชื่อของผู้ค้ำประกันเอาไว้จึงจะสามารถนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้วางหลักเกี่ยวกับนำสืบพยานเอกสาร วิธีการยื่นสืบพยานเอกสาร และเอกสารที่สามารถนำสืบขึ้นศาลไว้ในลักษณะที่ 5 ว่าด้วยพยานหลักฐาน แต่ทว่าพยานเอกสารที่ศาลจะสามารถรับฟังในชั้นพิจารณาได้จะต้องเป็นต้นฉบับ หรือสำเนาเอกสารที่คู่ความทั้งสองฝ่ายได้รับรองความถูกต้อง และตราสารหรือเอกสารใด ๆ ที่จะนำมาสืบในชั้นพิจารณาคดีนั้นจะต้องเป็นเอกสารหรือตราสารที่

³⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 866/2508

³⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 714/2513

ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งจะต้องพิจารณาจากแบบหรือหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายได้กำหนดเอาไว้

ตราสารหรือเอกสารสิทธิ์ที่จะสามารถใช้เป็นพยานหลักฐานในชั้นพิจารณาของศาลได้ ไม่ว่าจะเป็นต้นฉบับ คู่ฉบับ คูฉีก หรือสำเนาตราสารนั้น จะใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้ จนกว่าจะได้เสียอากรโดยปิดแสตมป์ครบจำนวน ซึ่งหนังสือสัญญาฉบับนี้นั้นอัตราจำนวนที่จะต้องเสียอากรโดยการปิดแสตมป์นั้นมีอัตรากำหนดไว้ในบัญชีอัตราอากรแสตมป์แนบท้ายประมวลรัษฎากร โดยมีอัตราการติดตั้งแต่ 1 บาท ไปจนถึงอัตราสูงสุด 10 บาท หากไม่ได้มีการปิดอากรตามอัตราดังกล่าวในหนังสือสัญญาฉบับนี้ในฉบับที่นำสืบชั้นพิจารณา จะถือว่าเอกสารดังกล่าวนี้ไม่สามารถรับฟังเป็นพยานหลักฐานได้ และถือว่าไม่มีเอกสารสิทธิ์ในการฟ้องร้องบังคับคดี แต่ทั้งนี้หากมีการติดอากรและขีดฆ่าอากรแสตมป์ก่อนที่จะศาลชั้นต้นพิพากษาจะสามารถที่จะใช้สืบพยานและบังคับคดีได้³⁷

5.4 ความรับผิดชอบของทายาทผู้ค้ำประกันตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา

5.4.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6023/2538

“จำเลยที่ 1 ได้รับอนุมัติจากทางราชการให้ลาไปศึกษาต่อต่างประเทศด้วยทุนของโจทก์และทำสัญญาให้ไว้แก่โจทก์ว่าจำเลยที่ 1 จะต้องกลับมารับราชการชดใช้ทุน หากผิดสัญญายอมชดใช้เงินทุนและเบี้ยปรับแก่โจทก์โดยมี ก. เป็นผู้ค้ำประกัน ดังนี้ เมื่อปรากฏว่า ก. ผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตายลงในระหว่างเวลาที่จำเลยที่ 1 ยังไม่ผิดสัญญาและยังไม่ผิดนัด จึงยังไม่มีหนี้ของ ก. ที่โจทก์จะเรียกให้รับผิดชอบได้ สัญญาค้ำประกันของ ก. ที่ทำไว้ต่อโจทก์ก็ย่อมไม่ตกทอดไปยังทายาท จำเลยที่ 2 ที่ 5 และที่ 6 ซึ่งเป็นทายาทของก. จึงไม่ต้องรับผิดชอบต่อโจทก์”

จากคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยในทำนองว่าผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตายลงในระหว่างที่ลูกหนี้ยังไม่ผิดสัญญาและยังไม่ผิดนัด จึงยังไม่มีหนี้ของผู้ค้ำประกันอันจะทำให้โจทก์หรือเจ้าหนี้เรียกให้รับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน สัญญาค้ำประกันที่ผู้ค้ำประกันทำไว้ต่อเจ้าหนี้หรือโจทก์นั้นจึงยังไม่ต้องตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกัน หรืออาจจะกล่าวในอีกแง่หนึ่งได้ว่า ผู้ค้ำประกันนั้นเมื่อได้ตายลงก่อนที่จะลูกหนี้จะผิดนัด ผู้ค้ำประกันจึงยังไม่มีหนี้รับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ เมื่อถึงแก่ความตายจึงถือ

³⁷ เปรียบเทียบกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3775/2546

ไม่ได้ว่าความรับผิดที่เกิดขึ้นหลังจากที่ได้ตายไปแล้วนั้น จะตกทอดไปยังทายาทตามหลักกฎหมายของการรับมรดกของทายาทได้ อนึ่ง สัญญาค้ำประกันนั้นถือว่าเป็นบุคคลสิทธิ อันเป็นคุณสมบัติหรือการเฉพาะตัวของบุคคลนั้น ๆ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดเจ้าหนี้ชอบที่จะต้องบอกกล่าวและเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนได้

5.4.2 คำพิพากษาฎีกาที่ 1268/2555

“ค้ำประกันเป็นสัญญาที่ผู้ค้ำประกันยอมผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เพื่อชำระหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันหาได้มีหนี้ที่จะต้องปฏิบัติต่อเจ้าหนี้โดยอาศัยความสามารถหรือคุณสมบัติบางอย่างซึ่งต้องกระทำการเฉพาะตัวไม่ ผู้ค้ำประกันมีความผูกพันต้องชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ในเมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้อันเป็นความผูกพันในทางทรัพย์สินเท่านั้น ด้วยเหตุนี้เมื่อ พ. ทำสัญญาค้ำประกันการชำระหนี้เงินกู้ของจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นหนี้อันสมบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 681 วรรคหนึ่ง แม้ขณะที่ พ. ถึงแก่ความตาย จำเลยที่ 1 ผู้กู้ยังไม่ผิดสัญญาหรือผิดนัดก็ตาม สัญญาค้ำประกันก็หาได้ระงับไปเพราะความตายของ พ. ไม่ สิทธิหน้าที่และความรับผิดต่าง ๆ ตามสัญญาค้ำประกันที่ พ. ทำกับโจทก์จึงเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทตาม มาตรา 1599 วรรคหนึ่ง และมาตรา 1600”

จากคำพิพากษาดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ศาลได้มีการวินิจฉัยในทำนองว่าสัญญาค้ำประกันนั้น เป็นสัญญาที่ผู้ค้ำประกันผูกพันตนต่อเจ้าหนี้เมื่อลูกหนี้ไม่ชำระหนี้หรือผิดนัดชำระหนี้ โดยไม่ได้อาศัยความสามารถหรือคุณสมบัติบางอย่างซึ่งกระทำการเฉพาะตัวของผู้ค้ำประกัน แต่เป็นหนี้ผูกพันในทางทรัพย์สินเท่านั้น สัญญาค้ำประกันเป็นหนี้อันสมบูรณ์เมื่อผู้ค้ำประกันตายก่อนที่ลูกหนี้จะผิดนัดไม่ชำระหนี้ สิทธิและหน้าที่ตามสัญญาค้ำประกันจึงตกทอดไปยังทายาทตามกฎหมาย

จากคำพิพากษาฎีกาทั้งสองดังกล่าวข้างต้น อาจสามารถวิเคราะห์ได้ว่า สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์ ที่ทำขึ้นเพื่อเป็นประกันของลูกหนี้ อันเป็นการนำตัวบุคคลไปเป็นประกันหนี้ เจ้าหนี้จะมองถึงตัวบุคคลที่เป็นผู้ค้ำประกันเป็นหลักกว่ามีความน่าเชื่อถือหรือไม่ แสดงให้เห็นถึงการคำนึงถึงคุณสมบัติเฉพาะบุคคลเป็นหลัก เมื่อผู้ค้ำประกันถึงแก่ความตายในระหว่างที่ความรับผิดของผู้ค้ำประกันยังไม่เกิด หน้าที่และความรับผิดตามสัญญาค้ำประกันดังกล่าวไม่ควรจะตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกัน ซึ่งเมื่อความรับผิดของผู้ค้ำประกันเกิดภายหลังผู้ค้ำประกันตายอันเป็นระยะเวลาในภายหลังที่สัญญาค้ำ

ประกันฉบับไปแล้ว ทายาทของผู้ค้ำประกันจึงไม่ต้องมีความรับผิดชอบใด ๆ ต่อเจ้าหนี้อีกต่อไป³⁸

อย่างไรก็ดีแนวคำพิพากษานั้นโดยทั่วไปจะเป็นแนวทางหลักในการตีความกฎหมาย ซึ่งหากมีความวินิจฉัยที่ต่างไปจากแนวคำพิพากษาที่ต่างไปจากเดิม มักจะเรียกว่ากลับแนวคำพิพากษา หรือบรรทัดฐานในการวินิจฉัยข้อกฎหมาย อีกทั้งในแต่ละคดีแน่นอนว่าอาจจะต้องอาศัยข้อเท็จจริงและวิธีการสืบพยานที่แตกต่างกัน แต่ในคำพิพากษาทั้งสองนั้นศาลฎีกาได้โปรดมีคำวินิจฉัยในส่วนของสัญญาค้ำประกัน อันถือว่าเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ ซึ่งวินิจฉัยแตกต่างกัน ด้วยความเคารพต่อคำพิพากษาศาลฎีกาทั้งสองข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าในประเทศไทยของเรานั้นถือเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายแบบซีวิลลอว์ อันเป็นการใช้กฎหมายโดยยึดหลักกฎหมายเป็นหลัก จึงควรที่จะต้องหาหลักและวิธีการนำมาใช้วิเคราะห์ให้เป็นที่ยอมรับได้มากกว่าการตีความหมายของสัญญาดังเช่นนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าไม่ควรตีความถึงว่าโดยลักษณะของสัญญาค้ำประกัน ควรจะค้ำประกันว่าสัญญาค้ำประกันนั้น ถือเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่จะตกทอดไปยังทายาทให้รับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกันนั้นหรือไม่ หากว่าสัญญาค้ำประกันนั้นได้ติดอากรแสตมป์ตามประมวลกฎหมายรัชฎาภิบาล อันถือเป็นการเสียภาษีในการทำสัญญาแล้ว ก็ให้ถือว่าสัญญาค้ำประกันนั้นเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ อันจะมีลักษณะทำให้สามารถ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ที่จะโอนหรือตกทอดไปยังทายาทได้ ทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ แต่หากสัญญานี้ไม่ได้ติดอากรแสตมป์ก็ให้ถือว่าสัญญานี้เป็นเพียงหลักฐานที่จะใช้ฟ้องร้องบังคับคดีเอากับผู้ค้ำประกันได้โดยตรง หากผู้ค้ำประกันได้ตายไปก่อนที่ลูกหนี้ไม่ชำระหรือผิดนัดชำระหนี้ ถือว่าสัญญานี้ระงับไปพร้อมกับความตายของผู้ค้ำประกัน ไม่ตกทอดไปยังทายาท แต่ทั้งนี้หากเจ้าหนี้ได้ใช้สิทธิในการฟ้องร้องคดีไปแล้วก่อนผู้ค้ำประกันตาย ก็ไม่ตัดสิทธิในเรื่องของมรดกคดีความที่จะสามารถเรียกทายาทจำเลยเข้ามาเป็นคู่ความในคดีได้

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสามารถสรุปได้ว่า สัญญาค้ำประกันเป็นสัญญาอุปกรณ์อันเป็นสัญญาที่บุคคลภายนอกเข้าผูกพันตนต่อเจ้าหนี้ในหนี้ที่ตนไม่ได้เป็นผู้ก่อขึ้น ซึ่งมีหน้าที่ชำระหนี้ต่อเมื่อลูกหนี้ชั้นต้นหรือลูกหนี้ในหนี้สัญญาประธานไม่ชำระหนี้เท่านั้น

³⁸ พรชัย สุนทรพันธุ์, เรื่องเดิม, น.44.

หากยังไม่มีกรณีพิพาทหรือยังชำระหนี้ตามปกติ ผู้ค้ำประกันก็ยังไม่ได้ว่ามีหน้าที่ชำระต่อเจ้าหนี้ตราบเท่าที่ลูกหนี้ชั้นต้นยังไม่มีกรณีพิพาทหรือไม่ชำระหนี้ ตลอดจนสัญญาค้ำประกันนั้น ถือเป็นบุคคลสิทธิอันเจ้าหนี้จะต้องเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดหรือไม่ชำระหนี้

สัญญาค้ำประกันต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ค้ำประกันเป็นสำคัญจึงจะสามารถใช้ฟ้องร้องบังคับคดีได้ และเนื่องจากว่าสัญญาค้ำประกันนั้นหากทำเป็นหนังสือนั้นย่อมถือเป็นตราสารชนิดอื่น อันเป็นเอกสารสิทธิ์แห่งการ ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ดังนั้นแล้วหากจะนำสัญญาค้ำประกันฟ้องร้องบังคับคดีจะต้องมีการติดต่อการแสดมภ์ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงจะถือว่าเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลได้

เมื่อผู้ค้ำประกันได้ถึงแก่ความตายไปก่อนที่ลูกหนี้ผิดนัด หากสัญญาค้ำประกันไม่ได้ติดต่อการแสดมภ์ก็จะเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่จะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีเอาภัยทายาทของผู้ค้ำประกันได้ เนื่องจากสัญญาค้ำประกันนั้นถือตัวบุคคลเป็นสำคัญ เมื่อหนี้ประธานยังไม่ถือเป็นลูกหนี้ผิดนัด เมื่อนั้นผู้ค้ำประกันก็ยังไม่ตกเป็นลูกหนี้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าเมื่อผู้ค้ำประกันได้ตายไปก่อนที่ลูกหนี้ผิดนัดสัญญาค้ำประกันอันเป็นบุคคลสิทธิ ประกอบกับไม่ได้เป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์แล้ว สัญญาค้ำประกันนั้นจึงระงับไปหน้าที่และความรับผิดชอบไม่เป็นมรดกอันจะตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกัน แต่ในทางกลับกันหากสัญญาค้ำประกันดังกล่าว มีการติดต่อการแสดมภ์ไว้แล้วจะถือว่าสัญญาค้ำประกันนั้นเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่จะนำมาฟ้องร้องบังคับคดีได้ และเอกสารสิทธิ์ดังกล่าวก็ถือเป็นเอกสารในการก่อ โอน เปลี่ยนแปลง สงวนหรือระงับไปซึ่งสิทธิ สัญญาค้ำประกันนี้จึงเป็นหน้าที่ของผู้ค้ำประกันโดยตรงที่จะรับผิดชอบในสัญญาดังกล่าว แม้ผู้ค้ำประกันจะได้ถึงแก่ความตายไปแล้ว หน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะผู้ค้ำประกันย่อมตกทอดไปยังทายาทเช่นเดียวกับตราสารชนิดอื่น ๆ

ดังนั้น หากสัญญาค้ำประกันไม่ได้ติดต่อการแสดมภ์ สัญญาค้ำประกันฉบับนั้นก็จะถือว่าไม่เป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์อันจะทำให้ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ ที่จะตกทอดไปยังทายาทของผู้ค้ำประกันได้หากว่าผู้ค้ำประกันได้ถึงแก่ความตายไปก่อนที่ลูกหนี้จะผิดนัดก็ด้วยจากสัญญาค้ำประกันถือเป็นบุคคลสิทธิอันเป็นการ

เฉพาะตัวของคู่ค้าประกันโดยเฉพาะ หนึ่งที่จะตกทอดไปยังทายาทของคู่ค้าประกันในกรณีที่เป็นสัญญาคู่ประกันที่ไม่ได้มีการติดอากรแสตมป์นี้ จะต้องเป็นกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดไปแล้ว และมีการเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ก่อนผู้ค้าประกันถึงแก่ความตาย แต่หากสัญญาคู่ประกันได้มีการติดอากรแสตมป์ตามประมวลรัษฎากรอันเป็นการเสียภาษีในการทำสัญญา สัญญาคู่ประกันนี้จึงถือเป็นตราสารอันเป็นเอกสารสิทธิ์ที่จะตกทอดไปยังทายาทของคู่ค้าประกันได้ แม้ผู้ค้าประกันได้ถึงแก่ความตายไปแล้วบรรดาสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ก็ย่อมโอนไปยังทายาทของผู้ค้าประกันได้ อนึ่ง ทายาทผู้ค้าประกันก็ไม่ต้องรับผิดชอบหนี้สินไม่เกินไปกว่าที่ตนได้รับไปจากกองมรดกของผู้ค้าประกัน ซึ่งเป็นไปตามหลักประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1600

ดังนั้นผู้เขียนจึงเสนอ

1. ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องแบบของหนังสือสัญญาคู่ประกันให้ชัดเจน เนื่องจากการแบ่งแยกสัญญาคู่ประกันที่เป็นตราสารกับหนังสือคู่ประกันที่เป็นหลักฐานในการฟ้องร้องคดีตามมาตรา 680 นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่ศาลฎีกาได้พิจารณาและวางหลักการตีความเอาไว้ ทำให้ในอนาคตก็อาจจะมีการกลับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา จนขาดความชัดเจนในการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องดังกล่าว

2. เนื่องจากสัญญาคู่ประกันเป็นสัญญาฝ่ายเดียวอันเป็นบุคคลสิทธิ เป็นกรณีค้าประกันด้วยตัวบุคคลมิใช่ประกันหนี้ด้วยทรัพย์สินเช่นเดียวกับ สัญญาจำนอง หรือจำนำ ซึ่งเป็นหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ค้าประกันโดยเฉพาะ ไม่ควรโอนตกทอดไปยังทายาทในขณะที่ลูกหนี้ชั้นต้นยังไม่ได้ผิดนัด หรือมีการฟ้องร้องคดี จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของการสิ้นสุดของสัญญาคู่ประกัน เมื่อผู้ค้าประกันถึงแก่ความตายก่อนลูกหนี้ชั้นต้นผิดนัด และให้เป็นหน้าที่ลูกหนี้ที่จะหาหลักประกันอื่นมาประกันหนี้ต่อไป

3. ในประมวลรัษฎากรมาตรา 118 ควรมีการแก้ไขในเรื่องของการไม่ติดอากรแสตมป์จะใช้เป็นพยานหลักฐานในคดีแพ่งไม่ได้ แต่ควรกำหนดว่า “ตราสารใดที่ไม่ได้ติดอากรตามบัญชีอัตราอากรแสตมป์ ตราสารนั้นถือว่าไม่บริบูรณ์ ” ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความสอดคล้องกันและบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดความชัดเจนในการตีความกฎหมาย

4. เนื่องจากบทความนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์จากหลักกฎหมาย และคำพิพากษาของ

ศาลฎีกา ประกอบแนวความคิดของผู้เขียนเท่านั้น หากมีข้อผิดพลาดก็ขออภัยมา ณ ที่นี้ด้วย หากผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้อ่านท่านใดมีคำแนะนำอันจะทำให้เกิดประโยชน์ในงานวิชาการต่อไปขอโปรดชี้แนะ หรือเพิ่มเติม ผู้เขียนพร้อมรับคำชี้แนะเพื่อพัฒนางานเขียนด้านวิชาการในเรื่องนี้ต่อไป

บรรณานุกรม

- ธนาคารแห่งประเทศไทย. (2562). ข้อมูลสถิติเงินให้กู้ยืมแก่ภาคครัวเรือน. สืบค้นเมื่อวันที่ 6 มกราคม 2563, จาก https://www.bot.or.th/App/BTWS_STAT/statistics/BOTWEBSTAT.aspx?reportID=775&language=TH
- ปัญญา ฅนอมรอด. (2562). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ยืม คำประกัน จำนอง จำนว. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : บริษัท กรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด.
- ปัญญา สิทธิบดี. (2547). กฎหมายลักษณะพยาน. พิมพ์ครั้งที่ 4. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- ปทุมณลลิตา ต่วนสวัสดิ์. (2549). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการรับช่วงสิทธิโดยผู้ให้หลักประกัน (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สืบค้นวันที่ 9 มกราคม 2563, จาก <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/57228/>
- พรชัย สุนทรพันธุ์. (2542). กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- พรชัย สุนทรพันธุ์. (2558). สัญญาค้ำประกันเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทหรือไม่. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ, 6 (2). สืบค้นวันที่ 9 มกราคม 2562, จาก <http://www.assumptionjournal.au.edu/index.php/LawJournal/article/view/2375/>
- ม.ล.เฉลิมชัย เกษมสันต์. (2556). คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย มรดก. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.

มรกต ศรีจรูณรัตน์. (2547). *กฎหมายลักษณะคำประกัน จำนอง จำน่า*. พิมพ์ครั้งที่ 1.

กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สิทธิชัย พูนเกษม. (2530). การชำระหนี้กองมรดก (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก <http://cuir.car.chula.ac.th/handle/123456789/10875/>

The Justice Group. *เจาะประเด็น หลัก - ฎีกา แพงและพาณิชย์ทันสมัย เล่ม 2*.

กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัด พิมพ์อักษร.

**องค์กรอาชญากรรมในความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด
เกี่ยวกับยาเสพติด**
**Organized Crime in Conspiracy to Commit an Offense
Related to Drug**

ธารินทร์ กุลปรียะวัฒน์¹, ประเสริฐ ดันศรีวรรัตน์², คุณากร วรวิทย์รัตนกุล³

Tarin Kulpreeyawat, Prasert Tansriworarat, Kunagon Worawitratanakul

(Received: April 16, 2020, 2020, revised: May 12, 2020, accepted: May 26, 2020)

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นการทบทวนวรรณกรรมเพื่อศึกษาองค์ประกอบของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดและการบังคับใช้ หลักสำคัญของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด คือ การตกลงร่วมกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิด ในความผิดฐานสมคบแม้ยังมิได้มีการลงมือกระทำความผิดตามที่ได้สมคบกันไว้ก็ถือว่ามีความผิดสำเร็จแล้ว ลักษณะพิเศษของความผิดฐานสมคบนี้แตกต่างจากความผิดฐานสนับสนุนซึ่งต้องมีการกระทำความผิดที่สนับสนุนด้วย มิฉะนั้นก็ไม่มีความผิดฐานสนับสนุน ส่วนความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อหากข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้จัดหาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อให้แก่ผู้ซื้อ จำเลย

¹ อาจารย์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยภาคกลาง นครสวรรค์ 60000, อีเมล: tarin56@hotmail.com

Lecturer, Faculty of Law, University of Central Thailand, Nakonsawan 60000, Email: tarin56@hotmail.com

² อาจารย์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยภาคกลาง นครสวรรค์ 60000, อีเมล: ptansri@yahoo.com

Lecturer, Faculty of Law, University of Central Thailand, Nakonsawan 60000, Email: ptansri@yahoo.com

³ อาจารย์, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยภาคกลาง นครสวรรค์ 60000, อีเมล: kunagon_j@hotmail.com

Lecturer, Faculty of Law, University of Central Thailand, Nakonsawan 60000, Email: kunagon_j@hotmail.com

มิได้มีส่วนรู้เห็นในการซื้อขายยาเสพติดแต่อย่างใด คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548 วินิจฉัยขยายความผิดฐานสมคบว่าใกล้เคียงต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นและเลยขั้นตอนของการเตรียมการแล้ว จึงถือเป็นความผิดฐานร่วมกันพยายามจำหน่ายยาเสพติด ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561 วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพราะจำเลยมิได้มีส่วนรู้เห็นในการขายยาเสพติดเลย เมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยร่วมกันจำหน่ายยาเสพติด แต่ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ถือว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงในฟ้องในข้อสาระสำคัญ จึงพิพากษายกฟ้อง บทความนี้ขอให้ข้อเสนอแนะว่า ในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน แต่โจทก์ประสงค์จะฟ้องจำเลยคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวว่า ร่วมกระทำความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด ฟ้องโจทก์ควรมีการบรรยายฟ้องถึงการกระทำความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดด้วย

คำสำคัญ: ความผิดฐานสมคบ, ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด, องค์กรอาชญากรรม

Abstract

This literature review aimed to study the components of conspiracy to commit an offense related to drug and its enforcement. The agreement of two or more persons to commit an offense is a conspiracy offense, no matter whether an offense that was intended to conspire is a success or a failure. In contrast, aiding and abetting requires the committing of an offense that was intended to aid and abet, but otherwise there is no aiding and abetting. In the conspiracy offense for example is a defendant providing drugs to be sold or distributed. In this case, the defendant was not physically involved in the sales of drugs, but he was a conspirator. The Supreme Court decision no.5487/2548 ruled that the case was close to a successful offense and beyond making preparations for committing an offense, so the defendant was guilty of jointly selling drugs. Whereas the Supreme Court decision no.8049/2561 ruled that the case was a conspiracy to commit a drug-related

offense. The plaintiff however sued the defendants for jointly selling drugs. With the facts from the hearing contradicting the facts in the lawsuit description in essence, the case was dismissed. This article would like to give a suggestion that if there are many offenders getting involved in a drug case, but the prosecution would like to prosecute only one of them as a drug dealer. The lawsuit should include offense of conspiracy to commit drug-related offense as well.

Keywords: conspiracy, offense related to drug, organized crime

1. บทนำ

ปัจจุบันการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดได้อาศัยความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและข้อจำกัดของกฎหมายที่มีอยู่เดิมมาใช้ในการกระทำความผิดมากขึ้น รวมทั้งมีการนำเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดไปใช้เป็นประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก ดังนั้น เพื่อให้การปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จำเป็นต้องมีการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดดังกล่าว โดยเฉพาะ รัฐจึงได้ตรากฎหมาย คือ พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ขึ้น⁴ เมื่อพิจารณาสถิติการจับกุมคดียาเสพติดภาพรวมทั่วประเทศ ประจำปีงบประมาณ 2560 - 2562 ข้อมูลสถิติย้อนหลัง 3 ปี ก็พบว่า ในปีงบประมาณ 2560 มีจำนวนคดียาเสพติด 261,112 คดี และจำนวนผู้ต้องหา 287,238 คน ในปีงบประมาณ 2561 มีจำนวนคดียาเสพติด 331,941 คดี และจำนวนผู้ต้องหา 357,585 คน ในปีงบประมาณ 2562 มีจำนวนคดียาเสพติด 363,769 คดี และจำนวนผู้ต้องหา 385,771 คน ข้อมูลสถิติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่ายังมีการจับกุมปราบปรามยาเสพติด

⁴ อนุชาติ คงมัลย์, พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 และคำพิพากษาศาลฎีกา, สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก http://www.ago.go.th/articles_58/article_020758.pdf

ติดมากขึ้น จำนวนคดียาเสพติดและจำนวนผู้ต้องหาที่ยังกลับเพิ่มจำนวนมากตามไปด้วย⁵ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 ก็เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามของเจ้าหน้าที่ให้สามารถดำเนินการกับขบวนการค้ายาเสพติดได้มากขึ้นกว่าเดิม เพราะได้เพิ่มเติมฐานความผิดที่เป็นลักษณะพิเศษ คือ ความผิดฐานสมคบตามมาตรา 8 ในช่วงที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังไม่ออกใช้บังคับ ผู้สืบสวนก็ต้องรอว่าเมื่อใดจะสามารถจับกุมผู้กระทำความผิดได้พร้อมของกลาง ส่วนพยานหลักฐานที่รวบรวมมาก็แทบจะไม่ได้ใช้ประโยชน์อะไร เพราะต้องรอจับกุมตัวการใหญ่ได้พร้อมของกลางเท่านั้น พระราชบัญญัตินี้จึงออกมาเพื่ออุดช่องว่างและอาศัยพยานหลักฐานต่างๆ ก็เพียงพอที่จะนำตัวการที่อยู่เบื้องหลังมาลงโทษได้ดีกว่าพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 เพียงอย่างเดียว⁶ จึงมีความจำเป็นที่ต้องทำความเข้าใจความผิดฐานสมคบให้ชัดเจนว่ามีองค์ประกอบความผิดอย่างไร เพราะความผิดฐานสมคบเป็นการที่บุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงกันกระทำความผิด ความตกลงใจที่จะกระทำความผิดเป็นเรื่องที่อยู่ในใจของแต่ละคน การที่จะทราบว่าคุณสองคนตกลงใจที่จะกระทำความผิดก็ต้องอาศัย “การกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก” ของบุคคลทั้งสองนั้น จึงจะสามารถนำมาเป็นพยานหลักฐานเพื่อลงโทษความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดได้

บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์ ประการแรก เพื่อศึกษาที่มาและองค์ประกอบของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ประการที่สอง เพื่อศึกษาความแตกต่างระหว่างความผิดฐานสมคบกับความผิดฐานสนับสนุน ประการที่สาม เพื่อศึกษาคำพิพากษาในความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ซื้อขายยาเสพติด ประการที่สี่ เพื่อศึกษาคำ

⁵ สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม, “รายงานผลการดำเนินงานป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติดประจำปีงบประมาณ 2562”, น. 25, สืบค้นวันที่ 1 พฤษภาคม 2563, จาก <https://www.oncb.go.th/EBookLibrary/.pdf>

⁶ อภิรักษ์ นักไร่, ข้อแตกต่างข้อหาสมคบและสนับสนุน พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534, สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก https://drugevil.blogspot.com/2013/10/blog-post_5852.html

พิพากษาในความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติด ประการที่ห้า เพื่อศึกษาคำพิพากษาในความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อ

2. ที่มาของความผิดฐานสมคบ

ความผิดฐานตกลงสมคบกันเพื่อกระทำความผิดมีวิวัฒนาการมาจากระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law System) หลักการสำคัญของการตกลงสมคบกันกระทำความผิด คือ การรู้เห็นเป็นใจหรือตกลงร่วมกัน (Agreement) โดยบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำการอันเป็นความผิดต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ไม่ว่าจะกระทำโดยวิธีการใดก็ตาม การบัญญัติให้การตกลงสมคบกันกระทำความผิดเป็นความผิดอาญา มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น ซึ่งในกลุ่มประเทศในระบบกฎหมายจารีตประเพณี เห็นว่า การตกลงกันกระทำความผิดเป็นการกระทำที่เพียงพอของขั้นตอนการเตรียมการกระทำความผิดที่กฎหมายจะต้องเข้าไปแทรกแซงยับยั้งมิให้มีการกระทำผิดเกิดขึ้น ซึ่งเทียบเคียงได้กับการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผล (Proximate Act) ที่ถือว่าเป็นการกระทำที่เป็นความผิดฐานพยายามกระทำความผิด การบัญญัติให้ความผิดฐานสมคบเป็นการห้ามมิให้มีการตกลงกันกระทำความผิด อันเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น และเป็นการยับยั้งมิให้บุคคลใดกล้าเข้าร่วมตกลงสมคบกับบุคคลอื่นเพื่อกระทำความผิด ไม่ว่าจะมีการคบคิดกันหรือสมคบกันมาก่อนแล้วหรือไม่ เพราะการปล่อยให้บุคคลรวมตัวกัน สมคบหรือคบคิดกันจนเพิ่มเป็นจำนวนมากขึ้น ย่อมจะกลายเป็นกลุ่มบุคคลที่ใหญ่ขึ้นและเป็นองค์กรอาชญากรรมอันเป็นอันตรายต่อสังคม การนำหลักการตกลงสมคบกัน (Conspiracy) มาใช้กับกลุ่มอาชญากรรมหรือองค์กรอาชญากรรม ทำให้เกิดความสับสนที่จะนำผู้กระทำผิดที่เป็นสมาชิกองค์กรอาชญากรรมเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมเพื่อลงโทษได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการพิสูจน์ความผิดมีเพียงแค่ว่าได้มีการตกลงกันกระทำความผิด ซึ่งง่ายกว่าการพิสูจน์ความผิดหลังจากที่มีการลงมือกระทำความผิดแล้วว่า มีผู้ใดเป็นผู้ลงมือกระทำความผิด ทฤษฎีหลักการตกลงสมคบกันกระทำความผิด จึงสามารถพิสูจน์ความผิดและดำเนินคดีกับผู้สมคบได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าความผิดฐานอื่น ซึ่งโดยปกติจะต้องมีการลงมือกระทำความผิดเสียก่อน มิฉะนั้นไม่สามารถจับกุมดำเนินคดีได้ แนวคิดทฤษฎีสมคบกันกระทำความผิดจึงยึดหลักการตกลงกันกระทำความผิดเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ดังนั้น แม้มีเพียงแค่การตกลงกันโดยยังมิได้มี

การลงมือกระทำความผิดก็ถือว่าความผิดสำเร็จเกิดขึ้นแล้วในขั้นตอนของการตกลงใจร่วมกัน (Resolution) อันเป็นขั้นตอนก่อนขึ้นการเตรียมการกระทำความผิด⁷

ศุภกิจ จรูญโรจน์ และนิตินันท์ บุรณเจริณรักษ์ ได้อ้างถึงต้นแบบของความผิดฐานสมคบว่ามีที่มาจากบทที่ 18 ประมวลกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 371 ดังนี้

18 U.S. Code § 371. Conspiracy to commit offense or to defraud United States

“If two or more persons conspire either to commit any offense against the United States, or to defraud the United States, or any agency thereof in any manner or for any purpose, and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy, each shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

If, however, the offense, the commission of which is the object of the conspiracy, is a misdemeanor only, the punishment for such conspiracy shall not exceed the maximum punishment provided for such misdemeanor.”⁸

ผู้เขียนขออนุญาตแปลบทบัญญัติความผิดฐานสมคบดังกล่าวข้างต้นเป็นภาษาไทย ดังนี้

“หากบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปสมคบกันกระทำความผิดต่อประเทศสหรัฐอเมริกา หรือฉ้อโกงประเทศสหรัฐอเมริกา หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวในพฤติการณ์ใด หรือเพื่อวัตถุประสงค์ใด และคนใดคนหนึ่งของบุคคลเหล่านั้นได้ลงมือกระทำเพื่อให้เกิดผลตาม

⁷ อุทัย อาทิวา, *หลักและทฤษฎี: ความผิดอาญาและโทษ*, (กรุงเทพมหานคร: ท่างหุ้นส่วนจำกัด วี.เจ.พรินตัง, 2561), น. 239.

⁸ ศุภกิจ จรูญโรจน์ และนิตินันท์ บุรณเจริณรักษ์, การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด, *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์*, ปีที่ 8 (2), น. 30, สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal/article/view/231841>

วัตถุประสงค์ของการสมคนั้น บุคคลนั้นต้องระวางโทษปรับตามข้อหานี้หรือต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตาม หากข้อหาที่เป็นวัตถุประสงค์ของการสมคนั้นเป็นเพียงความผิดลหุโทษ โทษสำหรับความผิดฐานสมคบดังกล่าวจะไม่มากกว่าโทษขั้นสูงที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลหุโทษนั้น”

ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกามีคดีความผิดฐานสมคบที่ศาลฟังว่าพยานหลักฐานไม่เพียงพอที่จะถือว่าจำเลยมีความผิดฐานสมคบ ตัวอย่างเช่น คดี *United States v. Burgos* 703 F. 3d 1 (1st cir. 2012) คดีนี้จำเลยเป็นเจ้าของพนักงานตำรวจ อัยการโจทก์ฟ้องว่า จำเลยรู้ว่าร้านซ่อมรถแห่งหนึ่งในเขตท้องที่ความรับผิดชอบของจำเลยซึ่งพี่ชายของจำเลยทำงานเป็นช่างซ่อมรถอยู่ด้วยนั้นเป็นสถานที่แหล่งค้ายาเสพติด จำเลยได้เคยนำรถของจำเลยมาใช้บริการซ่อมรถที่ร้านซ่อมรถแห่งนี้ด้วย จำเลยยังรู้อีกด้วยว่าหน่วยปราบปรามยาเสพติดกำลังเฝ้าติดตามดูความเคลื่อนไหวการค้ายาเสพติดของร้านซ่อมรถแห่งนี้อยู่ จำเลยได้บอกกับเจ้าของร้านซ่อมรถแห่งนี้ว่า “ร้านของคุณกำลังถูกเฝ้าติดตามอยู่นะ” ศาล First Circuit ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาว่า พยานหลักฐานเพียงเท่านี้ยังไม่เพียงพอที่จะพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดฐานมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย⁹

ขอยกตัวอย่างคดีที่ศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ยกฟ้องในข้อหาสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดอีกคดีหนึ่ง ได้แก่ คดี *United States v. Gaskins* 690 F. 3d 569 (D.C. Cir. 2012) คดีนี้จำเลยถูกฟ้องในข้อหาสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ข้อเท็จจริงในคดีนี้รับฟังได้ว่า จำเลยได้ซื้อตัวเครื่องบินสำหรับผู้กระทำความผิดฐานสมคบคนอื่นคนหนึ่ง แต่ไม่มีพยานหลักฐานใดๆ ที่จะพิสูจน์อย่างหนักแน่นเลยว่าจำเลยรู้ถึงวัตถุประสงค์ของการเดินทางของผู้กระทำความผิดฐานสมคบอีกคนหนึ่งนั้น

⁹ Casetext, *conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence*, Retrieved May 8, 2020, from <https://casetext.com/analysis/conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence>

พยานหลักฐานเพียงแต่มีการซื้อตัวเครื่องบินเท่านั้นยังไม่เพียงพอที่จะพิสูจน์ว่า จำเลยเป็นสมาชิกของการสมคบกันจำหน่ายยาเสพติดปริมาณมากที่ถูกฟ้องที่ศาลนี้¹⁰

3. องค์ประกอบของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด

ประเด็นสำคัญของพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ที่มักจะขึ้นสู่การพิจารณาวินิจฉัยของศาลฎีกา มีดังนี้

1. นิยามศัพท์ของคำว่า “ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด” ตามความในมาตรา 3 ดังนี้

“มาตรา 3 ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด หมายความว่า การผลิต นำเข้า ส่งออก จำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งยาเสพติด แลให้หมายความรวมถึง การสมคบ สนับสนุน ช่วยเหลือ หรือพยายามกระทำความผิดดังกล่าวด้วย”

2. ส่วนความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด เป็นไปตามความในมาตรา 8 ดังนี้

“มาตรา 8 ผู้ใดสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ผู้นั้นสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันตามวรรคหนึ่ง ผู้สมคบกันนั้นต้องระวางโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น”

กลุ่มทนายความไทยลอร์คอนซัล ได้อธิบายหลักการของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 ไว้ดังนี้

“1. ต้องมีการตกลงกัน ตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตาม มาตรา 8 วรรค 1 การที่จะถือว่ามีข้อตกลงกันต้องมีการกระทำการอันเป็นการแสดงออกให้เห็นว่ามีการตกลงกันทำผิดจริง (overact) ซึ่งอาจจะเป็นการกระทำผิดที่ผิดกฎหมายหรือไม่ก็ได้ เช่น การนัดพบ มีการพูดคุยกัน การโทรศัพท์หากัน และการกระทำที่แสดงออกไปจำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งของความผิด

2. การพิจารณาว่ามีการตกลงกระทำความผิดหรือไม่เป็นเรื่องของพยานหลักฐาน อัยการโจทก์ต้องนำเสนอให้ศาลเห็น ความเชื่อมโยง หรือความเกี่ยวพันของการสมคบกัน

¹⁰ Casetext, ibid.

และแม้ผู้ร่วมกระทำผิดไม่รู้จักกันทั้งหมด เมื่อรู้ถึงการกระทำของคนอื่น หรือการกระทำของคนที่ร่วมกระบวนกร มีการกระทำต่างกรรมต่างวาระกัน แต่หากมีผลประโยชน์ร่วมกันในผลของงานก็ถือเป็นการตกลงกันแล้ว

3. พยานหลักฐานที่จะแสดงว่ามีการกระทำอันเป็นการตกลงสมคบคิดกัน มักเป็นพยานแวดล้อมกรณีที่บ่งชี้ว่าการกระทำที่แสดงออกมา เป็นการตกลงสมคบคิดกระทำผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั่นเอง ซึ่งมีใช้พยานหลักฐานในลักษณะเดียวกับคดียาเสพติดทั่วไป

4. พยานหลักฐานที่จะแสดงว่ามีการตกลงสมคบกัน มีดังนี้ หลักฐานแสดงความสัมพันธ์ทางการเงิน หลักฐานแสดงการติดต่อเข้าพัก รายงานการสืบสวนพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด หนังสือร้องเรียน ประวัติเกี่ยวข้องกับยาเสพติด คำขัดทอดของผู้กระทำความผิด แผนผังแสดงบทบาทหน้าที่ และความสัมพันธ์ที่มีการติดต่อเชื่อมโยงกัน ภาพถ่ายการสืบสวนหรือการตรวจสอบการใช้โทรศัพท์

5. ถ้ามีการกระทำความผิดเนื่องจากที่ได้มีการสมคบกันตามมาตรา 8 วรรค 1 ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษตาม มาตรา 8 วรรค 2”¹¹

ปรากฏพิพม์ โพธิ์แก้วรวงกุล ได้อธิบายการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาไว้ว่า

“การลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาสามารถแบ่งขั้นตอนในระหว่างการทำผิดก่อนที่จะนำไปสู่ความผิดสำเร็จออกได้เป็น 4 ขั้นตอน ได้แก่

- 1) ขั้นตอนการคิดว่าจะกระทำความผิด
- 2) ขั้นตอนการตกลงใจว่าจะกระทำความผิด
- 3) ขั้นตอนการเตรียมการเพื่อกระทำความผิด
- 4) ขั้นตอนการลงมือกระทำความผิด”¹²

¹¹ ไทยลอร์คอนซัล, “เรื่องที่ 8-1 สมคบ (Conspiracy) โดยตกลงกันตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ในคดียาเสพติด ต้องรับโทษอย่างไร”, สืบค้นวันที่ 8 พฤษภาคม 2563, จาก <http://www.thailawconsult.com/crime0801.html>

¹² ปรากฏพิพม์ โพธิ์แก้วรวงกุล, (2550), การนำเอามาตรการสมคบกันกระทำความผิดมาใช้กับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2550, น. 138, สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก <https://www.car.chula.ac.th/display7.php?bib=b1781812>

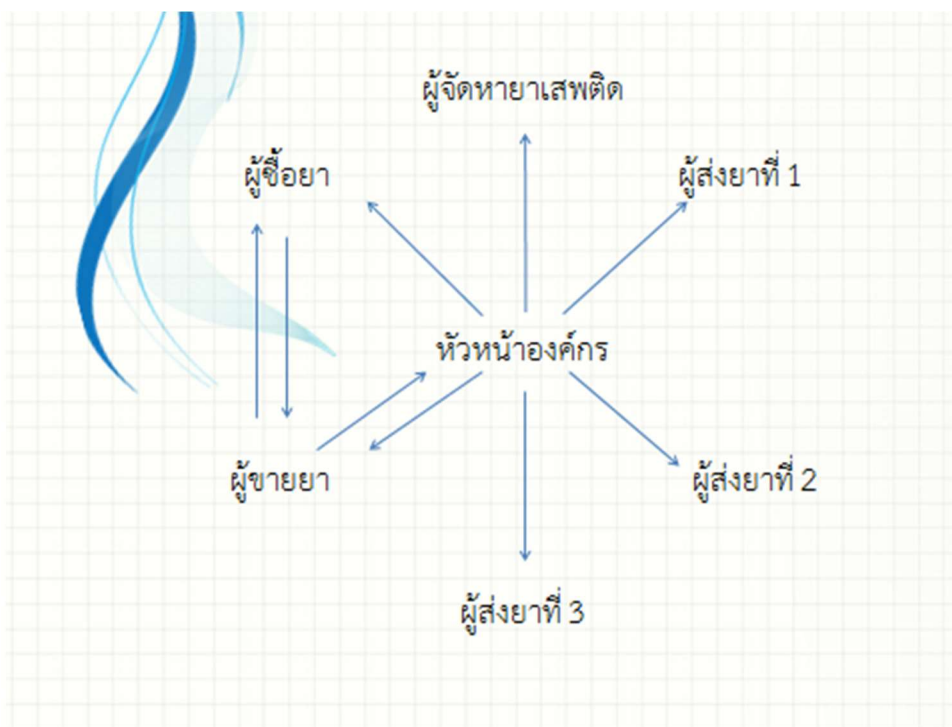
โดยหลักการลงโทษบุคคลผู้กระทำความผิดในทางอาญา ตามทฤษฎีกฎหมายอาญามีหลักว่า ในการที่จะลงโทษบุคคลใดๆ ได้ จะต้องปรากฏว่าการกระทำนั้นอยู่ใน “ชั้นลงมือกระทำความผิด” คือได้มีการดำเนินกระบวนการในการกระทำความผิดที่ผ่านขั้นตอนของการคิดที่จะกระทำ การตกลงใจ การตระเตรียมการ จนมาถึงชั้นลงมือกระทำความผิดแล้ว¹³ มิฉะนั้นไม่สามารถจับกุมและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ แต่ในทฤษฎีหลักการสมคบกันกระทำความผิดได้ยึดหลักการตกลงกันระหว่างผู้ร่วมสมคบกันกระทำความผิด เป็นหลักเกณฑ์ในการกระทำความผิด ยังมีได้ลงมือกระทำความผิด ถือได้ว่ามีความผิดสำเร็จทันทีในความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด ซึ่งเป็นการเหมาะสมเป็นอย่างสูงในการบังคับใช้กับการประกอบอาชญากรรมในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมซึ่งมีสมาชิกจำนวนมาก มีโครงสร้างการควบคุมเป็นการเป็นลำดับขั้น มีความรวดเร็วและวางแผนรูปแบบในการกระทำที่ซับซ้อน ซึ่งสามารถหลีกเลี่ยงจากการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายโดยปกติ¹⁴

ความผิดฐานสมคบนี้ถูกนำมาใช้กับความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งเป็นอาชญากรรมในรูปแบบองค์กรที่ผู้เป็นหัวหน้าองค์กรไม่ยอมเข้าใกล้ยาเสพติดเด็ดขาด เพราะกลัวถูกจับกุมได้พร้อมยาเสพติดของกลาง แต่จะวางแผนสั่งการให้มีผู้จัดหายาเสพติด ผู้จัดส่งยาเสพติดกันหลายทอดและผู้ขายยาเสพติดให้ดำเนินการแทน ปรากฏตามภาพทฤษฎีสมคบแบบคัมล่อ

¹³ ปรากฏพิชัย โพธิ์แก้วรวงกุล, เรื่องเดียวกัน, น. 139.

¹⁴ ธัญญิตย์ ต้นไพศาล, (2551), ปัญหาการนำหลักการสมคบกันกระทำความผิดมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, น. 112, สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก <https://cuir.car.chula.ac.th/xmlui/handle/123456789/57158>

ภาพที่ 1
ทฤษฎีสมคบแบบดุมล้อ¹⁵



ณุมพร พัฒนพงศธร อธิบายการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกในความสัมพันธ์สมคบไว้ว่า

“ความสัมพันธ์ตามมาตรา 8 ต้องเป็นการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกว่า มีการกระทำความผิดจริง อาจเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายหรือไม่ก็ได้ เช่น การนัดพบ การพูดคุยกัน มีการโทรศัพท์หากัน และการกระทำที่แสดงออกนี้ไม่จำเป็นต้องเป็นส่วนหนึ่งของความผิด การพิจารณาว่า มีการตกลงกระทำความผิดหรือไม่ เป็นเรื่องของพยานหลักฐาน อัยการโจทก์ต้องนำสืบให้ศาลเห็นความเชื่อมโยงหรือความเกี่ยวพันของการสมคบกัน และแม้ผู้ร่วมกระทำผิดไม่รู้จักกันทั้งหมด เมื่อรู้ถึงการกระทำของคนอื่นหรือการกระทำของคนที่ร่วมกระบวนกร แม้มีการกระทำต่างกรรมต่างวาระกัน แต่หากมี

¹⁵ ธรรมนูญ ตันไพศาล, เรื่องเดียวกัน, น. 90.

ผลประโยชน์ร่วมกันในผลของงาน ก็ถือเป็นการตกลงกันแล้ว พยานหลักฐานที่แสดงว่ามี การตกลงสมคบกันมักเป็นพยานพหุเหตุแวดล้อมกรณี มีดังนี้ หลักฐานแสดงความสัมพันธ์ ทางการเงิน หลักฐานแสดงการติดต่อเข้าพัก รายงานการสืบสวนพฤติการณ์ของผู้กระทำความผิด หนังสือร้องเรียน ประวัติเกี่ยวข้องกับยาเสพติด คำขัดทอดของผู้กระทำความผิด แผนผังแสดงบทบาทหน้าที่และความสัมพันธ์ที่มีการติดต่อเชื่อมโยงกัน ภาพถ่ายการ สืบสวนหรือการตรวจสอบการใช้โทรศัพท์”¹⁶

4. ความผิดฐานสมคบกับความผิดฐานสนับสนุน

ความผิดฐานสนับสนุนเป็นความผิดอาญาทั่วไปที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมาย อาญา มาตรา 86 ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 86 “ผู้ใดกระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการ ช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวก ในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ผู้กระทำความผิดจะมีได้รู้ถึงการ ช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้นั้น เป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิด ต้องระวางโทษสอง ในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้ สำหรับความผิดที่สนับสนุนนั้น”

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์ ได้ให้คำอธิบายความผิดฐานสนับสนุนไว้ว่า

“ตามมาตรา 86 สามารถแยกองค์ประกอบหลักได้ดังนี้

1. ต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หมายถึง มีการกระทำความผิดที่กฎหมาย บัญญัติเป็นความผิด เช่น เข้าชั้นพยายามตามมาตรา 80 (หรือเตรียมในบางกรณี) เป็นต้นไป หากไม่มีการกระทำความผิด ก็ไม่มีผู้สนับสนุน ตัวอย่าง ก. ให้ ข. ยืมปืนของ ก. ไปใช้ในการฆ่า ค. ซึ่งเป็นศัตรูของ ข. ข. เดินถือปืนไปถึงบ้านของ ค. เห็น ค. กำลังเล่นอยู่กับลูก ข. เกิดสงสารจึงไม่ลงมือยิง ค. เช่นนี้ ถือว่า ข. มิได้กระทำความผิดฐานฆ่า ค. แต่อย่างใด ก. จึงไม่เป็นผู้สนับสนุน จะถือว่าพยายามสนับสนุนก็ได้เพราะสนับสนุนไม่มีพยายาม

¹⁶ อนุพร พัฒนพงศธร, สมคบ, สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก <https://www.thailawconsult.com/crime0801.html>

2. กระทำด้วยประการใดๆ อันเป็นการช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิดที่ได้เกิดขึ้นนั้น ...”¹⁷

ข้อแตกต่างประการสำคัญ คือ ความผิดฐานสนับสนุนต้องมีการกระทำความผิดเกิดขึ้น หากไม่มีการกระทำความผิด ก็ไม่มีความผิดฐานสนับสนุนเกิดขึ้นได้

ส่วนความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด ถือว่าเป็นความผิดฐานหนึ่งแยกต่างหากจากความผิดที่ประสงค์จะลงมือกระทำความผิด เช่น มีการสมคบกันเพื่อจะไปหลอกลวงและชักชวน จะมีความผิดฐานหนึ่งแยกออกจากความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด¹⁸

ความผิดฐานสมคบมีความใกล้เคียงกับความผิดฐานสนับสนุนเป็นอย่างมาก เพราะต่างก็เป็นการตกลงร่วมกันที่จะกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเหมือนกัน แต่เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลฎีกาปี 2561 ทั้งสองฎีกาข้างล่างนี้แล้วก็ได้ข้อสรุปว่า หากจำเลยอยู่ร่วมด้วยในการกระทำความผิดด้วยถือว่าเป็นผู้สนับสนุน

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7100/2561

“การที่จำเลยรับฝากเมทแอมเฟตามีนของกลางไว้จาก ส. ด้วยการซุกซ่อนไว้ในเสื้อยกทรงของจำเลยในขณะที่จำเลยกับพวกขับรถผ่านด่านตรวจเพื่อช่วยเหลือ ส. ให้นำเมทแอมเฟตามีนของกลางให้รอดพ้นจากการตรวจค้นของเจ้าพนักงานตำรวจโดยไม่ถูกจับกุม เป็นการช่วยเหลือเพื่อให้ความสะดวกแก่ ส. ในการมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย จำเลยจึงมีความผิดฐานเป็นผู้สนับสนุน ส. ให้กระทำความผิดฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย”

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7947/2561

“ณ. ให้ ท. เก็บรักษาเมทแอมเฟตามีนไว้เพื่อรอคำสั่งให้นำไปส่งต่อ จำเลยเป็นคนรักของ ณ. และนั่งรถมากับ ณ. เวลามาส่งเมทแอมเฟตามีนให้ ท. บ่อยครั้ง ว. และ ช. ไปรับเมทแอมเฟตามีนจาก ท. ไปส่งให้ลูกค้าตามคำสั่งของ ณ. ผู้ว่าจ้าง และรับเมทแอมเฟตามีนบางส่วนไปจำหน่ายเอง ณ. สั่งให้ ช. โอนเงินค่าเมทแอมเฟตามีนเข้าบัญชีเงินฝากทั้ง

¹⁷ เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2540), น. 456.

¹⁸ ธีรณิตย์ ต้นไพศาล, เรื่องเดิม, น. 112.

สองบัญชีของจำเลย ในแต่ละวันมีการนำเงินเข้าฝากหลายจำนวนแล้วถอนเงินออกจากบัญชีโดยตลอด จำเลยมอบบัตรเอทีเอ็มให้ ณ. นำไปใช้เบิกถอนเงินจากบัญชีเงินฝากดังกล่าว พฤติการณ์ดังกล่าวฟังได้ว่า จำเลยรู้เห็นเป็นใจให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือ ณ. ในการซื้อขายเมทแอมเฟตามีนของ ว. และ ช. โดยใช้บัญชีเงินฝากดังกล่าวชำระเงินค่าเมทแอมเฟตามีนให้แก่ ณ. อันเป็นการสนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดก่อนหรือขณะกระทำความผิด”

5. ความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ซื้อขายยาเสพติด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2025/2556

“การที่ ล. และ น. สามีภริยากันติดต่อซื้อขายยาเสพติดให้โทษกับจำเลยที่ 1 โดยใช้โทรศัพท์และ ล. กับ น. ตกลงว่าจ้างให้ ก. กับ จ. ลำเลียงยาเสพติดให้โทษไปจากจังหวัดเชียงรายเพื่อส่งมอบให้ อ. ผู้มารับช่วงลำเลียงต่อที่กรุงเทพมหานคร โดย อ. ไม่เคยรู้จัก ก. กับ จ. มาก่อน แต่จะติดต่อกันทางโทรศัพท์ หลังจาก อ. ได้รับยาเสพติดให้โทษจาก ก. กับ จ. แล้ว ก็จะลำเลียงต่อไปยังอำเภอหาดใหญ่เพื่อส่งมอบให้แก่จำเลยที่ 1 ผู้ซื้ออีกทอดหนึ่ง ลักษณะการตกลงกันเพื่อให้มีการขายและส่งมอบยาเสพติดให้โทษเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการคบคิดร่วมกัน อันเป็นความผิดฐานสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไป เพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานเป็นผู้สมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ.มาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 และข้อเท็จจริงได้ความว่าในที่สุดได้มีการส่งมอบยาเสพติดให้โทษของกลางให้แก่จำเลยที่ 1 รับไว้ในครอบครองแล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นความผิดฐานร่วมกันมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและความผิดฐานเป็นผู้สมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 8 วรรคสอง อีกด้วย แต่การกระทำความผิดทั้งสองข้อหา มีเจตนาเดียวกัน คือ เจตนาเพียงเพื่อต้องการมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายเท่านั้น การกระทำของจำเลยที่ 1 จึงเป็นการกระทำความผิดเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ต้องลงโทษฐานร่วมกันมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายซึ่งเป็นกฎหมายบทที่มีโทษหนักที่สุดตาม ป.อ. มาตรา 90”

เมื่อวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้แล้วเห็นว่า จำเลยที่ 1 ถูกจับพร้อมยาเสพติดของกลาง จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดฐานร่วมกันมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายบทหนึ่ง ส่วนความผิดฐานสมคบนั้น ศาลฎีกาถือเอาลักษณะการตกลงกันเพื่อให้มีการขายและส่งมอบยาเสพติดให้แก่จำเลยที่ 1 เช่นนี้ จำเลยที่ 1 จึงมีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตาม มาตรา 8 วรรคสอง อีกบทหนึ่งด้วย

6. ความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1659/2547

“ผลของการเฝ้าสังเกตและติดตามจำเลยทั้งสี่เป็นเวลาหลายเดือนและรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบทุกระยะ โดยบันทึกข้อมูลที่รายงานนั้นไว้ในเครื่องคอมพิวเตอร์ของสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามยาเสพติด เจ้าพนักงานจึงทราบว่าผู้รับซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยทั้งสี่เป็นผู้ใดบ้างและอยู่ที่ใด จนกระทั่งเจ้าพนักงานสามารถติดตามจับกุมบุคคลหลายคนซึ่งซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยทั้งสี่ได้ ประกอบกับบัญชีเงินฝากในธนาคารของจำเลยที่ 2 เคลื่อนไหวด้วยจำนวนเงินสูง การที่จำเลยทั้งสี่นัดส่งมอบเงินและยาเสพติดให้โทษกันที่ร้านอาหารตามวันเวลาที่เกิดเหตุและเจ้าพนักงานติดตามไปตรวจค้นและจับกุมจำเลยที่ 1 ถึงที่ 3 ได้ที่ร้านอาหารดังกล่าว และจับกุมจำเลยที่ 4 ได้ที่ด่านเก็บเงินบางปะอิน เจ้าพนักงานค้นพบเงินสดจำนวนมากซึ่งรวมกันเป็นเงิน 26,181,320 บาท ทั้งยังพบเอกสารหลายแผ่นมีข้อความและตัวเลขแสดงถึงการซื้อขายเมทแอมเฟตามีน ประกอบกับในชั้นสอบสวนจำเลยทั้งสี่ให้การรับสารภาพว่าได้ร่วมกันตกลงซื้อขายเมทแอมเฟตามีนจริง จึงฟังได้ว่าจำเลยที่ 1 ได้ขายเมทแอมเฟตามีนให้จำเลยที่ 2 และที่ 4 โดยจำเลยที่ 3 ร่วมกับจำเลยที่ 2 และที่ 4 ในการรับซื้อเมทแอมเฟตามีน การกระทำของจำเลยทั้งสี่จึงเป็นการร่วมกันสมคบโดยตกลงกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตาม พ.ร.บ.มาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดฯ มาตรา 8”

เมื่อวิเคราะห์จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้แล้วเห็นว่า คดีนี้ไม่พบยาเสพติดของกลางในการจับกุมจำเลยทั้งสี่เนื่องจากจำเลยทั้งสี่ได้ส่งมอบยาเสพติดให้ผู้ซื้อไปแล้ว จึงลงโทษจำเลยทั้งสี่ในความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดให้โทษไม่ได้ พยานหลักฐานตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้เป็นพยานพหุติเหตุแวดล้อมกรณีอันถือเป็นการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอกในความผิดฐานสมคบ คือ บัญชีเงินฝากในธนาคารของจำเลยที่ 2 เคลื่อนไหวด้วย

จำนวนเงินสูงกว่า 26 ล้านบาท ประกอบกับจำเลยทั้งสองได้ให้การรับสารภาพ จึงลงโทษจำเลยทั้งสองได้เพียงในความผิดฐานร่วมกันสมคบโดยตกลงกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตาม พ.ร.บ.มาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด มาตรา 8 ได้เท่านั้น

7. ความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อ

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548

“จำเลยทั้งสองสมคบกันเป็นตัวการร่วมกับพวกกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยร่วมกันมีเฮโรอีนของกลางไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ทั้งเฮโรอีนของกลางมีน้ำหนักสารบริสุทธิ์ถึง 6,000 กรัม ซึ่งเกินกว่า 20 กรัม จึงต้องด้วยข้อสันนิษฐานของกฎหมายโดยเด็ดขาดที่ถือว่า เป็นการมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอีกด้วย ส่วนความผิดฐานสมคบเป็นตัวการร่วมกับพวกจำหน่ายเฮโรอีนนั้น จำเลยทั้งสองกับพวกส่งเฮโรอีนจำนวนดังกล่าวไปให้แก่ อ. โดยมีเจตนาเพื่อที่จะให้ อ. ส่งมอบเฮโรอีนแก่ลูกค้าผู้ซื้อต่อไป ดังนั้น ระหว่างจำเลยทั้งสองกับ อ. ต้องถือว่าเป็นการส่งมอบเฮโรอีนของกลางระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกันเองซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำหน่าย จำเลยทั้งสองจึงไม่มีความผิดฐานร่วมกันจำหน่ายเฮโรอีน แต่การที่จำเลยทั้งสองร่วมกันส่งเฮโรอีนของกลางไปยังบริษัทบริษัทหนึ่งที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อส่งมอบให้แก่ อ. เพื่อจะจัดส่งให้แก่ลูกค้าต่อไปนั้น แสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาร่วมกันจำหน่ายเฮโรอีน และการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการส่งมอบเฮโรอีนใกล้ชิดต่อความสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เลวขั้นเตรียมการแล้ว จำเลยทั้งสองจึงมีความผิดฐานร่วมกันพยายามจำหน่ายเฮโรอีนจำนวนเดียวกับที่ร่วมกันมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายนั้นอีกฐานหนึ่งด้วย แต่ความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดฐานร่วมกันมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย และความผิดฐานร่วมกันพยายามจำหน่ายเฮโรอีนเป็นการกระทำอันเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษในความผิดฐานร่วมกันมีเฮโรอีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ซึ่งเป็นบทที่มีโทษหนักที่สุดตาม ป.อ. มาตรา ผู้เขียนขอยกคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561 ซึ่งมีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันมาเปรียบเทียบ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561

“อ. และ พ. ร่วมกันซื้อเมทแอมเฟตามีนจากจำเลยแล้วนำไปเสพและจำหน่ายให้แก่ลูกค้า เมื่อ อ. และ พ. ได้เงินค่าเมทแอมเฟตามีนจากลูกค้าแล้วจะโอนเงินเข้าบัญชีธนาคารของจำเลยเพื่อชำระค่าเมทแอมเฟตามีน ลักษณะการตกลงกันเพื่อให้มีการขายและส่งมอบเมทแอมเฟตามีนกันเช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการคบคิดร่วมกันอันเป็นความผิดฐานสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดแล้ว การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ.มาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.2534 และข้อเท็จจริงได้ความว่า ในที่สุดได้มีการส่งมอบเมทแอมเฟตามีนของกลางให้แก่ อ. และ พ. รับไว้ในครอบครองแล้ว ถือว่าได้มีการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกันแล้วอันเป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ตามมาตรา 8 วรรคสอง อีกด้วย เมื่อโจทก์บรรยายฟ้องว่า จำเลยกับ อ. และ พ. สมคบกันเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด โดยตกลงกันเพื่อจัดหาลูกค้าล่ำเลียง เก็บรักษา ตกลงราคา ซื้อขาย ส่งมอบ และรับเงินค่าเมทแอมเฟตามีน โดยจำเลยเป็นผู้จัดหาเมทแอมเฟตามีน 50 เม็ด มาส่งมอบให้ อ. นำไปจำหน่ายให้แก่ลูกค้าโดยตกลงว่าจะให้ อ. ชำระเงินค่าเมทแอมเฟตามีนผ่านทางบัญชีเงินฝากธนาคารของจำเลยหลังจากนำเมทแอมเฟตามีนไปจำหน่ายให้แก่ลูกค้าได้แล้ว วันที่ 16 ธันวาคม 2558 เวลากลางวัน อ. และ พ. ร่วมกันมีเมทแอมเฟตามีนซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเมทแอมเฟตามีนที่สั่งซื้อมาจากจำเลย 17 เม็ด คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 0.305 กรัม ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ดังนั้นจำเลยจึงมีความผิดฐานสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปมีเมทแอมเฟตามีน 17 เม็ด คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 0.305 กรัม ไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายและฐานมีเมทแอมเฟตามีนดังกล่าวไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย การกระทำของจำเลยจึงเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท แต่ละบทมีอัตราโทษเท่ากัน ให้ลงโทษฐานมีเมทแอมเฟตามีนไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายเพียงบทเดียว ตาม ป.อ. มาตรา 90

โจทก์บรรยายฟ้องว่า อ. และ พ. ร่วมกันนำเมทแอมเฟตามีน 10 เม็ดหรือหน่วยการใช้น้ำหนัก 0.970 กรัม คำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ 0.196 กรัม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเมทแอมเฟตามีนที่จำเลยนำมาส่งมอบให้ไปจำหน่ายให้แก่สายลับผู้ล่อซื้อในราคา 2,000 บาท นั้น แต่ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่ อ. และ พ. อันเป็น

การจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนระหว่างจำเลยกับ อ. และ พ. ด้วยกันเอง ไม่เกี่ยวกับสายลับ ทั้งทางนำสืบของโจทก์ไม่ปรากฏความเชื่อมโยงว่าจำเลยมีส่วนร่วมรู้เห็นในการที่ อ. และ พ. ร่วมกันจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับผู้ล่อซื้อแต่อย่างใด ดังนั้น ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณาจึงแตกต่างกับข้อเท็จจริงที่กล่าวในฟ้องในข้อสาระสำคัญ ศาลต้องยกฟ้องในความผิดดังกล่าวตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคสอง ประกอบ พ.ร.บ.วิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 มาตรา 3 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานสมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อร่วมกันจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนและได้มีการกระทำความผิดฐานร่วมกันจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกัน”

ผู้เขียนขอวิเคราะห์เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548 กับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561 ดังนี้

1. สำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548 มีประเด็นที่ได้วิเคราะห์ ดังนี้

คดีนี้จำเลยทั้งสองมีเฮโรอินของกลางมีน้ำหนักสารบริสุทธิ์ถึง 6,000 กรัม ศาลฎีกาจึงพิพากษาว่าจำเลยทั้งสองมีความผิดฐานร่วมกันมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย

1.1 ศาลฎีกาคดีนี้ได้วางหลักไว้ว่า “...ระหว่างจำเลยทั้งสองกับ อ. ต้องถือว่าเป็นการส่งมอบยาเสพติดของกลางระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกันเองซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายยาเสพติด จำเลยทั้งสองจึงไม่มีความผิดฐานร่วมกันจำหน่ายเฮโรอิน” แต่มีความผิดฐานสมคบ

1.2 ด้วยความเคารพ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คำพิพากษาศาลฎีกาฉบับนี้ได้ตีความขยายความผิดฐานสมคบออกไปจนกลายเป็นความผิดฐานพยายามจำหน่ายยาเสพติดด้วยข้อความที่ว่า “...แต่การที่จำเลยทั้งสองร่วมกันส่งเฮโรอินของกลางไปยังบริษัทบริษัทหนึ่งที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อส่งมอบให้แก่ อ. เพื่อจะจัดส่งให้แก่ลูกค้าต่อไปนั้นแสดงว่าจำเลยทั้งสองมีเจตนาร่วมกันจำหน่ายเฮโรอิน และการกระทำของจำเลยทั้งสองเป็นขั้นตอนสุดท้ายของการดำเนินการส่งมอบเฮโรอินใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้น ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่เลวขั้นเตรียมการแล้ว จำเลยทั้งสองจึงมีความผิดฐานร่วมกันพยายามจำหน่ายเฮโรอิน”

2. ส่วนสำหรับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561 มีประเด็นที่ได้วิเคราะห์ดังนี้

2.1 คดีนี้โจทก์ฟ้องว่า จำเลยร่วมกับ อ. และ พ. จำหน่ายยาเสพติดให้แก่สายลับผู้ ล่อซื้อ กล่าวคือ ฟ้องว่าจำเลยมีความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด

2.2 ศาลฎีกาคดีนี้ได้วินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดฐานสมคบ โดยวินิจฉัยว่า “ทาง พิเคราะห์ได้ความว่าจำเลยจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่ อ. และ พ. อันเป็นการจำหน่าย เมทแอมเฟตามีนระหว่างจำเลยกับ อ. และ พ. ด้วยกันเอง ไม่เกี่ยวกับสายลับ ทั้งทางนำ สืบของโจทก์ไม่ปรากฏความเชื่อมโยงว่าจำเลยมีส่วนร่วมรู้เห็นในการที่ อ. และ พ. ร่วมกัน จำหน่ายเมทแอมเฟตามีนให้แก่สายลับผู้ล่อซื้อแต่อย่างใด” ซึ่งยึดตามแนวคำพิพากษาศาล ฎีกาที่ 5487/2548 ที่วินิจฉัยไว้ว่า “การส่งมอบยาเสพติดของกลางระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกันเองซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายยาเสพติด” ในข้อ 1.2

2.3 ศาลฎีกาคดีนี้ได้ตีความขยายความผิดฐานสมคบออกไปจนกลายเป็น ความผิดฐานพยายามจำหน่ายยาเสพติดเหมือนกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548 ที่ ผู้เขียนได้วิเคราะห์ไว้ในข้อ 1.3 เพราะฉะนั้นศาลฎีกาคดีนี้ก็คงพิพากษาลงโทษจำเลยใน ความผิดฐานพยายามจำหน่ายยาเสพติดแล้ว แต่ศาลฎีกาคดีนี้ยึดตามหลักกฎหมายที่ว่า “ข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในการพิจารณาจึงแตกต่างกับข้อเท็จจริงที่กล่าวในฟ้องในข้อ สาระสำคัญ ศาลต้องยกฟ้องในความผิดดังกล่าวตาม ป.วิ.อ. มาตรา 192 วรรคสอง ประกอบ พ.ร.บ.วิธีพิจารณาคดียาเสพติด พ.ศ.2550 มาตรา 3 จำเลยจึงไม่มีความผิดฐาน สมคบโดยการตกลงกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อร่วมกันจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนและได้มี การกระทำความผิดฐานร่วมกันจำหน่ายเมทแอมเฟตามีนเพราะเหตุที่ได้มีการสมคบกัน”

2.4 ข้อผิดพลาดในคดีนี้อยู่ที่การบรรยายฟ้องโจทก์ กล่าวคือ ในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน แต่โจทก์ฟ้องจำเลยคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวว่าร่วมกระทำความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด ฟ้องโจทก์ควรมีการบรรยายฟ้องถึงการกระทำความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 8 ของ พ.ร.บ.มาตรการฯ ไว้พร้อมทั้งระบุ ข้อหาในคำขอท้ายฟ้องด้วย เชื่อว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาจะให้ความเห็นว่า เป็นการจำหน่ายยาเสพติดระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกันเองซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายยาเสพติด มิฉะนั้น ศาลอาจถือว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวในฟ้องในข้อสาระสำคัญ จึงพิพากษายกฟ้อง

8. บทสรุป

หลักสำคัญของความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิด คือ การตกลงร่วมกันของบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปเพื่อกระทำความผิด การบัญญัติให้การตกลงกันกระทำความผิดเป็นความผิดอาญานั้นแตกต่างกับแนวคิดพื้นฐานของการลงโทษทางอาญา ซึ่งต้องมีการลงมือกระทำความผิดเสียก่อน จึงจะสามารถจับกุมและดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดได้ แต่ในความผิดฐานสมคบแม้ยังมิได้มีการลงมือกระทำความผิดตามที่ได้ตกลงสมคบกันไว้ก็ถือว่ามีความผิดสำเร็จแล้ว หลักความผิดสำเร็จทันทีที่ได้สมคบกันนี้แตกต่างกับความผิดฐานสนับสนุนที่ต้องมีการกระทำความผิดที่ตกลงสนับสนุนเกิดขึ้นด้วย มิฉะนั้นก็จะเป็นความผิดฐานสนับสนุน หลักความผิดสำเร็จทันทีที่ได้สมคบกันนี้ถูกนำมาใช้กับความผิดที่เป็นอันตรายต่อสังคม เช่น ความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งเป็นอาชญากรรมในรูปแบบองค์กรที่ผู้เป็นหัวหน้าองค์กรไม่ยอมเข้าใกล้ยาเสพติดเด็ดขาดเพราะกลัวถูกจับได้พร้อมยาเสพติดของกลาง แต่จะวางแผนสั่งการให้มีผู้จัดหายาเสพติด ผู้จัดส่งยาเสพติด ผู้ขายยาเสพติดให้ดำเนินการแทน โดยพยานหลักฐานในการพิสูจน์ว่ามีการสมคบกันกระทำความผิดก็จะเป็นการกระทำที่ปรากฏออกมาภายนอก ได้แก่ การโอนเงินเข้าบัญชีธนาคาร การนัดพบสั่งการกันทางไลน์ การติดต่อสื่อสารกันทางโทรศัพท์ เป็นต้น ส่วนความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ซื้อยาเสพติดหรือเป็นผู้ขายยาเสพติด เมื่อความผิดที่สมคบได้กระทำลง จำเลยก็มีความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดบทหนึ่ง และมีความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติดหรือมียาเสพติดไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่ายอีกบทหนึ่งตามพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 8 วรรคสอง แต่เมื่อยาเสพติดของกลางเป็นจำนวนเดียวกัน กฎหมายถือว่า การกระทำของจำเลยเป็นกรรมเดียวเป็นความผิดต่อกฎหมายหลายบท ให้ลงโทษบทหนักตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 90 ส่วนความผิดฐานสมคบในกรณีจำเลยเป็นผู้ขายยาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าจำเลยเป็นผู้จัดหายาเสพติดให้ผู้อื่นไปขายต่อให้แก่ผู้ซื้อ จำเลยมิได้มีส่วนรู้เห็นในการซื้อขายยาเสพติดแต่อย่างใด มีคำพิพากษาศาลฎีกา 2 ฎีกา วินิจฉัยแตกต่างกัน กล่าวคือ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5487/2548 วินิจฉัยขยายความผิดฐานสมคบว่าใกล้ชิดต่อความผิดสำเร็จที่จะเกิดขึ้นและเลยขั้นตอนของการเตรียมการแล้ว จึงถือเป็นความผิดฐานร่วมกันพยายาม

จำหน่ายยาเสพติด ส่วนคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8049/2561 วินิจฉัยว่าเป็นความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด เพราะจำเลยมิได้มีส่วนรู้เห็นในการขายยาเสพติดเลย เมื่อโจทก์ฟ้องว่าจำเลยร่วมกันจำหน่ายยาเสพติด แต่ทางพิจารณาได้ความว่าจำเลยสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ถือว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงในฟ้องในข้อสาระสำคัญ จึงพิพากษายกฟ้อง

9. ข้อเสนอแนะ

ในคดีที่มีผู้กระทำความผิดหลายคน แต่โจทก์ประสงค์จะฟ้องจำเลยคนใดคนหนึ่งเพียงคนเดียวว่าร่วมกระทำความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด ฟ้องโจทก์ควรมีการบรรยายฟ้องถึงการกระทำความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดตามมาตรา 8 ของ พ.ร.บ.มาตรการฯ ไว้พร้อมทั้งระบุข้อหาในคำขอท้ายฟ้องด้วย เพื่อว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาจะได้ความเพียงพอ เป็นการจำหน่ายยาเสพติดระหว่างผู้กระทำความผิดด้วยกันเองซึ่งไม่ถือว่าเป็นการจำหน่ายยาเสพติด มิฉะนั้น ศาลอาจถือว่าข้อเท็จจริงในทางพิจารณาแตกต่างกับข้อเท็จจริงดังที่กล่าวในฟ้องในข้อสาระสำคัญ จึงพิพากษายกฟ้อง

บรรณานุกรม

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. (2540). *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*. พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

ณุมาร พฒนพงศธร. (2562). *สมคบ*. สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563,

จาก <https://www.thailawconsult.com/crime0801.html>

ไทย์ลอร์คอนซัล. (2563). *เรื่องที่ 8-1 สมคบ (Conspiracy) โดยตกลงกันตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ในคดียาเสพติดต้องรับโทษอย่างไร*. สืบค้นวันที่ 8 พฤษภาคม 2563,

จาก <http://www.thailawconsult.com/crime0801.html>

ธัญนิตย์ ต้นไพศาล. (2551). *ปัญหาการนำหลักการสมคบกันกระทำความผิดมาใช้ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติด*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สืบค้นวันที่ 11

มกราคม 2563, จาก

<https://cuir.car.chula.ac.th/xmlui/handle/123456789/57158>

- ปรางทิพย์ โพธิ์แก้วรวงกุล. (2550). *การนำเอามาตรการสมคบกันกระทำความผิดมาใช้กับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ.2542*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก <https://www.car.chula.ac.th/display7.php?bib=b1781812>
- ศุภกิจ จรูญโรจน์ และนิตินันท์ บุรณเจริณรักษ์. (2562). การตกลงสมคบกันระหว่างบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเพื่อกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด. *วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์*. ปีที่ 8 (2). 18-36. สืบค้นวันที่ 25 มกราคม 2563, จาก <https://www.tci-thaijo.org/index.php/lawjournal/article/view/231841>
- สำนักงานป้องกันและปราบปรามยาเสพติด กระทรวงยุติธรรม. “รายงานผลการดำเนินงานป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติดประจำปีงบประมาณ 2562”. สืบค้นวันที่ 1 พฤษภาคม 2563, จาก <https://www.oncb.go.th/EBookLibrary/.pdf>
- อนุชาติ คงมัลย์. (2558). *พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 และคำพิพากษาศาลฎีกา*. สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก http://www.ago.go.th/articles_58/article_020758.pdf
- อภิรักษ์ นักรั. (2556). *ข้อแตกต่างข้อหาสมคบและสนับสนุน พระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปราม ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ.๒๕๓๔*. สืบค้นวันที่ 11 มกราคม 2563, จาก https://drugevil.blogspot.com/2013/10/blog-post_5852.html
- อุทัย อาทิวะ. (2561). *หลักและทฤษฎี: ความผิดอาญาและโทษ*. กรุงเทพมหานคร: ห้างหุ้นส่วนจำกัด วี. เจ.พรินต์.
- Casetext. (2020). *conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence*. Retrieved May 8, 2020, from <https://casetext.com/analysis/conspiracy-drug-cases-insufficient-evidence>

คำแนะนำผู้เขียนบทความ

การเตรียมต้นฉบับบทความ

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เปิดกว้างรับพิจารณาบทความวิชาการบทความวิจัยและอื่นๆ โดยให้ผู้เขียนศึกษาวิธีการจัดส่งบทความในเว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> และเตรียมต้นฉบับบทความดังนี้

1. บทความวิจัยหรือบทความวิชาการ ควรมีจำนวนหน้าระหว่าง 15-25 หน้า
 2. จัดพิมพ์ลงในกระดาษ A4 ระยะห่างจากขอบกระดาษทั้งด้านบน ด้านล่าง ด้านซ้ายและด้านขวา 2.54 เซนติเมตร หรือ 1 นิ้ว ใช้แบบอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 Point ดังที่ปรากฏตัวอย่างใน Template
 3. องค์ประกอบหลักของบทความมีดังนี้
 - 1) ชื่อเรื่อง ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 2) ชื่อ-นามสกุล ตำแหน่งในงาน ตำแหน่งทางวิชาการ หน่วยงานที่สังกัด ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 3) บทคัดย่อไม่เกิน 250 คำ และคำสำคัญไม่เกิน 3 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - 4) เนื้อหาบทความ
 - 5) เชิงอรรถและบรรณานุกรม รวมถึงบรรณานุกรมภาษาไทยที่แปลเป็นภาษาอังกฤษ
 4. บทความวิจัยมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา วัตถุประสงค์ สมมติฐาน ขอบเขตการวิจัย ระเบียบวิธีการวิจัย ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ บรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ผลการวิจัย สรุปผลและข้อเสนอแนะ กิตติกรรมประกาศ (หากมี)
 5. บทความวิชาการมีเนื้อหาประกอบด้วยหัวข้อบทนำ เนื้อหา สรุปผลและข้อเสนอแนะโดยผู้เขียนสามารถกำหนดชื่อหัวข้อและจำนวนหัวข้อได้ตามความเหมาะสม
 6. หากมีการใช้ตารางหรือรูปภาพ นอกจากใช้ขนาดตัวอักษร 14 Point แล้ว ให้มีการอ้างอิงแหล่งที่มาตามรูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถด้วย
 7. ให้ใช้รูปแบบการอ้างอิงแบบเชิงอรรถและบรรณานุกรมตามที่กำหนด
 8. เอกสารที่ถูกรวบรวมในเชิงอรรถทุกรายการจะต้องนำมาเขียนในบรรณานุกรมด้วย
- ทั้งนี้กองบรรณาธิการมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับพิจารณาบทความในกรณีที่บทความดังกล่าวไม่ได้จัดเตรียมต้นฉบับบทความตามหลักเกณฑ์ที่กองบรรณาธิการกำหนด

ขั้นตอนการส่งต้นฉบับ

1. ผู้เขียนจัดส่งบทความ (Submission) ผ่านระบบวารสารออนไลน์ของวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ ที่เว็บไซต์ <https://so06.tci-thaijo.org/index.php/SLJ> เท่านั้น
2. หากท่านมีข้อสงสัยเพิ่มเติมสามารถสอบถามได้ที่คุณจันทิรา จันทรโชติ โทร. 0-7428-2520 ในวันและเวลาราชการ หรืออีเมล juntira.j@psu.ac.th

ลิขสิทธิ์ในบทความและสิทธิในการเผยแพร่หรือทำซ้ำ

ลิขสิทธิ์ในบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่ในวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์เป็นของผู้เขียนวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์มีสิทธิในการเผยแพร่ ทำซ้ำหรือรวบรวมบทความที่ตีพิมพ์เผยแพร่แล้ว ความคิดเห็นใด ๆ ของผู้เขียนในบทความ กองบรรณาธิการวารสารไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย ทั้งนี้กองบรรณาธิการวารสารไม่สงวนสิทธิในการคัดลอกแต่ให้อ้างอิงแหล่งที่มาด้วย

รูปแบบการอ้างอิงและบรรณานุกรม

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ใช้รูปแบบการอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษและบรรณานุกรมดังต่อไปนี้

1. การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษ (footnote)

การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 12 พอยต์ โดยให้พิมพ์ไว้ส่วนล่างของแต่ละหน้าที่อ้างอิงตามระบบการแทรกเชิงอรรถในโปรแกรม Microsoft Word และห่างจากขอบซ้ายของกระดาษ 1.25 เซนติเมตร ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงเชิงอรรถท้ายหน้ากระดาษดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง), ครั้งที่พิมพ์, (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.
	อรรณู ธรรมโน, <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> , พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน), 2548), น. 45. Arthur Cecil Pigou, <i>The economics of welfare</i> , 4 th ed., (London : Macmillan, 1952), p. 65. Adrian F. Muller and Thomas Sterner, <i>Environmental taxation in practice</i> , (England : Ashgate, 2006), pp. 56-57.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (เดือนปีที่พิมพ์), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง , แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษี

	อุบลราชธานี, 5 (2) (2560), น. 63. Gilbert E. Metcalf and David Weisbach, The design of a carbon tax, <i>Harvard Environmental Law Review</i>, 33 (58) (2009), pp. 33-43.
3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์) เลขหน้า.
	สุเมธ ศิริคุณโชติ, การคลังยุคทุนนิยม, ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ), <i>อาจารย์บุชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i>, (กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 259. Janet E. Milne and Mikael Skou Andersen, Introduction to environmental taxation concepts and research, In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i>, (Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2012), pp. 15-32.
4. หนังสือพิมพ์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อหนังสือพิมพ์ (ตัวเอียง) (วันเดือนปีที่พิมพ์), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก, <i>กรุงเทพธุรกิจ</i> (3 พฤษภาคม 2561), น. 9. Saadia Gardezi, Voting patterns in Punjab, <i>The Nation-Lahore</i> (2018, June 16), p. 6.
5. วิทยานิพนธ์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อวิทยานิพนธ์, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือปริญญาตรี หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือปริญญาเอก), (ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557), น. 89. Thinnavut Phoombanchoed, Tax policy for financing education expenses, (Master's thesis, Thammasat University, 2013), p. 40.
6. รายงานการวิจัย	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง, การจัดเก็บภาษีของพลาสติกเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตราภาษี (รายงานผลการวิจัย), (สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, 2560), น. 55-56. Sarayut Wutthayaphon and Avirut Charnchai Kittikon, <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report), Bangkok : Central Tax Court, 2010), p. 35.
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ), ชื่อการประชุม (ตัวเอียง), (สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ปีที่พิมพ์), เลขหน้า.

	จิตตภา สารพัตติก ไชยปัญญา, การอธิบายเรื่อง “สมาส” ในตำราไวยากรณ์ไทย, ใน สุชาติ พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ), <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i>, (ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา, 2559), น. 160. Nguyen Thai-Nghe, Tomas Horvath and Lars Schmidt-Thieme, Factorization Models for Forecasting Student Performance, In Mykola Pechenizkiy (Ed.) <i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i>, Eindhoven : Eindhoven University of Technology, 2011), p. 11.
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ (ตัวเอียง), สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	เอนก เหล่าธรรมทัศน์, <i>พรรคการเมืองกับความรู้จักสามัคคี</i>, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/ CNN Wire Staff, <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i>, Retrieved May 3, 2011, from http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อบทความ, ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่) (ปีที่พิมพ์), เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	อริศรา เหล็กคำ, กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเงื่อนไขในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง, <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1) (2560), น. 7-38, สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน, 2561 จาก https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160 Justin T. Buckingham, Lavonia Smith LeBeau, and William M. P. Klein., The performance versus ability distinction following social comparison feedback, <i>Current Research in Social Psychology: An electronic journal</i>, 63 (4) (2011), Retrieved June 23, 2011, from http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html
10. วิทยานิพนธ์จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง, ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือวิทยานิพนธ์ปริญญาตรีบัณฑิต) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา, ปีที่พิมพ์, เลขหน้า, สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	วีระพงศ์ วงศ์แสนศรี, (2556), วิเคราะห์โทษปรับความผิดลัทธิในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2556, น. 29, สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก http://tdc.thailis.or.th/tdc/ Daniel C. Oshi, Rural women and the financing of health care in Nigeria (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies, 2009, p.78, Retrieved September, 17 2015, from http://libopac.ait.ac.th/, p. 78.

11. กฎหมาย	ชื่อกฎหมาย ปี พ.ศ. ที่ประกาศใช้, เลขมาตรา/เลขข้อ
	พระราชบัญญัติจัดสรรรายได้ประเภทภาษีมูลค่าเพิ่มและภาษีธุรกิจเฉพาะให้แก่งานการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2534, มาตรา 27 Human Rights Act 1998, Section 10
12. การอ้างอิงเอกสารซ้ำและไม่มีเอกสารอื่นมาคั่น	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดียวกัน, เลขหน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดียวกัน, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Ibid, p.65
13. การอ้างอิงเอกสารซ้ำแต่มีเอกสารอื่นมาคั่น	ชื่อผู้แต่ง, เรื่องเดิม, หน้า.
	จุมพต สายสุนทร, เรื่องเดิม, น. 89. Arthur Cecil Pigou, Op. cit., p.65

2. บรรณานุกรม

การอ้างอิงบรรณานุกรมให้ใช้ตัวอักษร TH Sarabun New ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตามที่กำหนดในแบบ Template โดยเรียงลำดับตามตัวอักษรเริ่มต้นจากภาษาไทยและภาษาอังกฤษในลำดับถัดมา ซึ่งมีหลักเกณฑ์การอ้างอิงบรรณานุกรมดังต่อไปนี้

ประเภท	รูปแบบ
1. หนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง). ครั้งที่พิมพ์. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	อริญ ธรรมโน. (2548). <i>ความรู้ทั่วไปทางการคลัง</i> . พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: บริษัทอมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง จำกัด (มหาชน). Pigou, Arthur Cecil. (1952). <i>The economics of welfare</i> . 4 th ed.. London: Macmillan. Muller, Adrian F., and Sterner, Thomas. (2006). <i>Environmental taxation in practice</i> . Aldershot, England: Ashgate.
2. บทความวารสาร	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อวารสาร (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่), เลขหน้าที่.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). แนวทางการกำหนดฐานภาษี ผู้เสียภาษี และอัตราภาษีตามกฎหมายภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับประเทศไทย. <i>วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี</i> , ปีที่ 5 (2), 63-88. Metcalf, Gilbert E., and Weisbach, David. (2009). The design of a carbon tax. <i>Harvard Environmental Law Review</i> , 33 (58), 33-43.

3. บทความในหนังสือ	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อผู้แต่ง (บรรณาธิการ), ชื่อหนังสือ (ตัวเอียง) (ครั้งที่พิมพ์), เลขหน้า. สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	สุเมธ ศิริคุณโชติ. (2561). การคลังยุคหุ่นยนต์. ใน สุปรียา แก้วละเอียด (บรรณาธิการ). <i>อาจารย์บูชา 80 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ปรีชา สุวรรณทัต</i>. น. 259. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Milne, Janet E., and Andersen, Mikael Skou. (2012). Introduction to environmental taxation concepts and research. In J. E. Milne and M. S. Andersen (Eds.), <i>Handbook of Research on Environmental Taxation</i>, pp. 15-32. Cheltenham : Edward Elgar Publishing.
4. หนังสือพิมพ์	ชื่อผู้แต่ง. (วันเดือนปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ชื่อหนังสือพิมพ์ (ตัวเอียง), เลขหน้า.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (3 พฤษภาคม 2561). มาตรการทางเลือกในการแก้ไขปัญหาขยะพลาสติก. <i>กรุงเทพธุรกิจ</i>, น. 9. Gardezi, Saadia. (2018, June 16). Voting patterns in Punjab. <i>The Nation-Lahore</i>. p. 6.
5. วิทยานิพนธ์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อวิทยานิพนธ์. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทหรือปริญญาตรี หรือวิทยานิพนธ์ปริญญาเอก) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา).
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2557). ระบบภาษีสิ่งแวดล้อมสำหรับประเทศไทย ศึกษาแนวทางการใช้มาตรการกฎหมายภาษีคาร์บอน. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์). Thinnavut Phoombanchoed. (2013). Tax policy for financing education expenses. (Master's thesis, Thammasat University).
6. รายงานการวิจัย	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (ตัวเอียง) (รายงานผลการวิจัย). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	กฤษรัตน์ ศรีสว่าง. (2560). การจัดเก็บภาษีสิ่งแวดล้อมเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ศึกษากรณีผู้เสียภาษีฐานภาษีและอัตราภาษี (รายงานผลการวิจัย). สงขลา : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์. Sarayut Wutthayaphon and Avirut Charnchai Kittikon. (2010). <i>Court panel system in the Central Tax Court</i> (Research report). Bangkok : Central Tax Court.
7. เอกสารการประชุมวิชาการ (proceedings)	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อบทความ. ใน ชื่อบรรณาธิการ (บรรณาธิการ). ชื่อการประชุม ครั้งที่ (ตัวเอียง) (เลขหน้า). สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์.
	จิตตภา สารพัฒน์ ไชยปัญญา. (2559). การอธิบายเรื่อง “สมาส” ในตำราไวยากรณ์ไทย. ใน สุชาติ พงศ์กิตติวิบูลย์ (บรรณาธิการ). <i>การประชุมวิชาการเวทีวิจัยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ครั้งที่ 10 ประจำปี 2559</i> (หน้า 160). ชลบุรี : คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา. Thai-Nghe, N., Horvath, T. and Schmidt-Thieme, L.. (2011). Factorization Models for Forecasting Student Performance. In Mykola Pechenizkiy (Ed.).

	<i>International Conference on Educational Data Mining (EDM) 2011</i> (p. 11). Eindhoven : Eindhoven University of Technology, p. 11.
8. ข้อมูลจากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). <i>ข้อบทความ</i> (ตัวเอียง). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	เอนก เหล่าธรรมทัศน์. (2561). <i>พรรคการเมืองกับความรู้จักสามัคคี</i>. สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน 2561, จาก https://thaipublica.org/2018/06/aneklaothamatas05-2/ CNN Wire Staff. (2011). <i>How U.S. forces killed Osama bin Laden</i>. Retrieved May 3, 2011, from http://www.cnn.com/2011/WORLD/asiapcf/05/02/bin.laden.raid/index.html
9. บทความวารสารอิเล็กทรอนิกส์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). <i>ข้อบทความ</i>. <i>ชื่อวารสาร</i> (ตัวเอียง), ปีที่ (ฉบับที่). สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	อริศรา เหล็กคำ. (2560). กฎหมายระหว่างประเทศกับการใช้ประโยชน์จากน้ำในแม่น้ำระหว่างประเทศ: ศึกษาการสร้างเงื่อนไขในลุ่มแม่น้ำโขงสายหลักตอนล่าง. <i>วารสารนิติสังคมศาสตร์</i>, 10 (1). สืบค้นวันที่ 16 มิถุนายน, 2561 จาก https://www.tci-thaijo.org/index.php/CMUJLSS/article/view/92160 Buckingham, Justin T., LeBeau, Lavonia Smith, and Klein, William M.P.. (2011). The performance versus ability distinction following social comparison feedback. <i>Current Research in Social Psychology: An electronic journal</i>, 63 (4). Retrieved June 23, 2011, from http://www.uiowa.edu/grpproc/crisp/crisp.html
10. วิทยานิพนธ์จากเว็บไซต์	ชื่อผู้แต่ง. (ปีที่พิมพ์). ชื่อเรื่อง (วิทยานิพนธ์ปริญามหาบัณฑิต หรือวิทยานิพนธ์ปริญาดุษฎีบัณฑิต) ชื่อมหาวิทยาลัย/สถาบันการศึกษา. สืบค้นวัน เดือน ปี, จาก Url
	วีระพงศ์ วงศ์แสนศรี. (2556). วิเคราะห์โทษปรับความผิดลหุโทษในประมวลกฎหมายอาญา (วิทยานิพนธ์ปริญยานิติศาสตรมหาบัณฑิต) มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. สืบค้นวันที่ 27 มีนาคม 2561, จาก http://tdc.thailis.or.th/tdc/ Oshi, Daniel C.. (2009). <i>Rural women and the financing of health care in Nigeria</i> (Doctoral dissertation) Institute of Social Studies. Retrieved September, 17 2015, from http://libopac.ait.ac.th/

**แบบเสนอบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์เผยแพร่
ในวารสารกฎหมายสงขลานครินทร์**

1. ประเภทบทความ

☐ บทความวิชาการ ☐ บทความวิจัย ☐ บทความหนังสือ ☐ อื่น ๆ.....

2. ชื่อเรื่อง

ภาษาไทย

ภาษาอังกฤษ

3. ชื่อ – สกุลผู้เสนอผลงาน (ผู้เขียนหลัก)

ภาษาไทย

ภาษาอังกฤษ

4. ข้อมูลผู้เสนอผลงาน (ผู้เขียนหลัก)

คุณวุฒิการศึกษาสูงสุด

ตำแหน่ง

หน่วยงาน

ที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้

โทรศัพท์มือถือ

อีเมล

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า เป็นผู้นิพนธ์บทความรวมถึงเป็นบทความที่ยังไม่ได้รับการตีพิมพ์และ
เผยแพร่ในแหล่งใดมาก่อน หรือไม่ได้อยู่ในระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ของวารสารอื่นใด พร้อมทั้ง
ยินดีปฏิบัติตามบทาและหน้าที่ของผู้นิพนธ์อย่างเคร่งครัด

ลงชื่อ.....ผู้เสนอผลงาน

(.....)

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

วารสารกฎหมายสงขลานครินทร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
ตุ้ ปณ.56 ต.คองหส์ อ.หาดใหญ่ จ.สงขลา 90112 โทร. 0-7428-2520

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์โดยสัญญาอื่นอันมิใช่สัญญาซื้อขาย

Acquisition of Ownership of Movable Things by A Contract Other Than Sale

- โอมาร์มุกตาร์ นำ Omarmuktar Nam -

การเลือกตั้งท้องถิ่นกับปัญหาการจำกัดสิทธิผู้สมัครรับเลือกตั้งในการบริจาคเงินแก่วัด ศาสนสถาน
Local Elections and the Problem of Limiting the Rights of Candidates of Local Elections
Who Donate Money to Temples and Religious Places

- เอกพงษ์ สารน้อย Egkapon Samnoi -

การตรวจสอบคำสั่งไม่ฟ้องของพนักงานอัยการโดยองค์กรภายนอก : ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง
Examination of Non-prosecution Orders by Public Prosecutors by External Organizations:
Court of Justice and Administrative Court

- ประเสริฐ สิทธิฉนวนพล Prasert Sitthinawaphol -

การรับมรดกของทายาทตามสัญญาค้ำประกัน

Inheritance of the successor according to the Suretyship

- อัศวพล ทองกลาง Aukkarapon Thonglang -

องค์การอาชญากรรมในความผิดฐานสมคบกันกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด
Organized Crime in Conspiracy to Commit an Offense Related to Drug

- ธารินทร์ กุลปริยะวัฒน์ Tarin Kulpreeyawat -

- ประเสริฐ ตันศรีวรรัตน์ Prasert Tansriworarat -

- คุณากร วรวิทย์รัตนกุล Kunagon Worawitratanakul -

