



วารสารวิชาการ

คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๒ ธันวาคม ๒๕๕๗ - พฤษภาคม ๒๕๕๘ ISSN 2286 - 6965

Vol.5 No.2 (December 2014 - May 2015)

บทความวิจัย

ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทย

รัฐชัย วงษ์ทอง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์

ภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์

วิสุทธิ สัจฉเสวี

บทความวิชาการ

Corporate Criminal Liability on the Environmental Crime

Dr. Sahuri L, S.H., M.Hum

กฎหมายคุ้มครองสิทธิและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ค้าประกัน

ดร.มงคล เทียนประเทืองชัย

สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

ช.ชยันตร์ เพ็ชฌุไพศิษฐ์

สิทธิทางการศึกษากับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของประเทศไทย

ธนาชัย สุนทรอนันต์ชัย

อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิด

ถึงแก่ความตายตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

ศิรินทร์พร ธารมดี



วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ Huachiew Chalermprakiet Law Journal

ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๒ (ธันวาคม ๒๕๕๗ - พฤษภาคม ๒๕๕๘) ISSN 2286-6965

Vol.5 No.2 (December 2014 - May 2015)

เจ้าของ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๘ ตำบลบางโคลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ ๑๖๙๐ โทรสาร ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ที่ปรึกษากองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์พิเศษประสิทธิ์ โฉมวิไลกุล

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ เอกบุตร

ประธานหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

คณบดีคณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

หัวหน้าบรรณาธิการ

อาจารย์ภัทรพร เย็นบุตร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการ

รองศาสตราจารย์ ดร.ธวัชชัย สุวรรณพานิช

รองศาสตราจารย์มาลี สุระเชษฐ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อรรยา ลิงห์สงบ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์สุรวัธ กิจกุล

ผู้ช่วยศาสตราจารย์จักรกฤษณ์ สถาปนศิริ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์นิก สุนทรชัย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ช.ชยรินทร์ เพ็ชฌุไพศิษฎ์

อาจารย์ภัทรวดี ยั่งยืน

อาจารย์วุฒิชัย เต็งพงศธร

อาจารย์ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

มหาวิทยาลัยนเรศวร

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการและเหรียญก

นางวราภรณ์ แจ่มแจ้ง

ผู้ช่วยเลขานุการ

นางอิศรา วงษ์ดี

กำหนดการออกวารสาร

ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ (มิถุนายน - พฤศจิกายน และ ธันวาคม - พฤษภาคม)



รายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตรวจสอบความวารสารวิชาการ (Peer review)

ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญโญภาส

ศาสตราจารย์ไชยยศ เหมะรัชตะ

รองศาสตราจารย์ลาวัลย์ หอนพรัตน์

ศาสตราจารย์พิเศษธงทอง จันทรางศุ

รองศาสตราจารย์ ดร.กิจปดี ก้องเบญจमुख

รองศาสตราจารย์ทัชชฌัย ทองอุไร

สาขาวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายมหาชน

สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ





สารบัญ

บทความวิจัย

- ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อการประกอบธุรกิจโรงแรม
ในประเทศไทย ๑

รัฐชัย วงษ์ทอง และผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วราภรณ์ วนาพิทักษ์

- ภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์ ๑๙

วิสุทธิ์ สัจฉเสวี

บทความวิชาการ

- Corporate Criminal Liability on the Environmental Crime ๓๕

Dr. Sahuri L, S.H., M.Hum

- กฎหมายคุ้มครองสิทธิและให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ค้าประกัน ๕๓

ดร.มงคล เทียนประเทืองชัย

- สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส ๗๒

ช.ชยินทร์ เพ็ชฎไพศิษฐ์

- สิทธิทางการศึกษากับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของประเทศไทย ๘๑

ธนาชัย สุนทรอนันตชัย

- อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด
ถึงแก่ความตายตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ๙๗

ศิรินทร์พร ธารมัตติ



บทบรรณาธิการ

วารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ปีที่ ๕ ฉบับที่ ๒ ปีการศึกษา ๒๕๕๗ ประจำเดือนธันวาคม ๒๕๕๗-พฤษภาคม ๒๕๕๘ ซึ่งคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติได้รวบรวมบทความด้านกฎหมายที่มีคุณค่าของคณาจารย์ประจำ และผู้ทรงคุณวุฒิหรือบุคคลภายนอกผู้ประสงค์จะอาศัยเป็นเวทีเผยแพร่ความรู้ สำหรับในวารสารฉบับนี้มีบทความที่น่าสนใจ ได้แก่ Corporate Criminal Liability on the Environmental Crime ซึ่งได้รับความอนุเคราะห์จากอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแจมบี (Jambi University) ประเทศอินโดนีเซีย ภายใต้การประสานความร่วมมือเผยแพร่ผลงานวิชาการซึ่งกันและกัน โดยเฉพาะประเด็นกฎหมายสิ่งแวดล้อมอันเป็นกลจักรในการแก้ปัญหาวิกฤตของโลก และบทความวิจัยหรือบทความวิชาการอื่น ได้แก่ บทความกฎหมายคุ้มครองสิทธิและให้เป็นธรรมแก่ผู้ค้าประกัน ซึ่งเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายโดยให้สิทธิของผู้ค้าประกันมากขึ้นตามบริบทความยุติธรรมในสังคม บทความภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์ ซึ่งศึกษาวิจัยเปรียบเทียบการพิจารณาคดีทางการแพทย์หรือทฤษฎีปฏิบัติ (Medical malpractice) ของไทยกับของต่างประเทศ และพบว่าภูมิคุ้มกันของไทยอยู่ในระดับค่อนข้างต่ำ จึงส่งผลต่อนานในการปฏิบัติหน้าที่ บทความปัญหาทางกฎหมายในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนต่อการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทย ซึ่งทันสมัยสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน บทความสิทธิการรับมรดกของคู่สมรส โดยพิจารณาจากสถานะทางกฎหมายที่ส่งผลต่อสิทธิการรับมรดกของคู่สมรสตน บทความสิทธิทางการศึกษากับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของไทย มีข้อเสนอว่าควรลดจำนวนปีการให้เปล่าและเน้นการจัดการศึกษาช่วงวัยที่สำคัญคือปฐมวัยจนจบประถมศึกษา และบทความสุดท้ายเรื่องอายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตายตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

กองบรรณาธิการขอขอบพระคุณผู้ทรงคุณวุฒิคณาจารย์ที่สนับสนุนบทความมาโดยตลอด และขอขอบคุณผู้ส่งบทความมาร่วมเผยแพร่ในครั้งนี้ อนึ่ง คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญชวนผู้สนใจส่งบทความตีพิมพ์ที่วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ในฉบับต่อไป เพื่อพัฒนางานวิชาการและเผยแพร่ความรู้นิติศาสตร์ อันเป็นประโยชน์ต่อนักศึกษา คณาจารย์ และประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะจะจัดพิมพ์วารสารวิชาการเผยแพร่ปีการศึกษาละ ๒ ฉบับ โดยสามารถติดต่อได้ที่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙ หรือ ๑๖๙๐

ภัทรพร เย็นบุตร

บรรณาธิการ



ปัญหาทางกฎหมายในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ต่อการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทย Legal Problems for the Thai Hotel Business in the Realization of ASEAN Economic Community

รัฐชัย วงษ์ทอง*

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วราภรณ์ วนาพิทักษ์**

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาและอุปสรรคเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทย โดยศึกษาถึงปัญหาการจำแนกประเภทของโรงแรม การกำหนดมาตรฐานของโรงแรม และมาตรการปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรม เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบของกฎหมายของการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ต่อการประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย รวมถึงวิเคราะห์หาในการพัฒนาปรับปรุงแก้ไข กฎหมายการประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการ เพื่อประโยชน์สูงสุดของการเปิดเสรีการค้าบริการตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ และกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑ กับพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

คำสำคัญ : โรงแรม การเปิดเสรีการค้าบริการ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

Abstract

In this thesis, the researcher analyzes the legal effects of the realization of ASEAN Economic Community (AEC) on the hotel business in the Kingdom of Thailand (Thailand). The researcher also studies guidelines that have been proposed for amending Thai hotel law such that it is in consonance with the hotel law of other Association of Southeast

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

Asian Nation (ASEAN) countries and ASEAN Framework Agreement on Services. Furthermore, the researcher examines problems of categorizing the different types of hotel businesses, attempts to determine appropriate standards and measures designed to protect the hotel business by reference to Hotel Act, B.E. 2547 (2004), Foreign Business Act, B.E. 2542 (1999), ministerial regulations prescribing categories and bases on the operations of the hotel business , B.E. 2551 (2008) and other related laws.

Keywords : Hotel ASEAN Framework Agreement on Services ASEAN Economic Community

บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยได้สนับสนุนธุรกิจการท่องเที่ยว^๑ โดยให้คนต่างชาติหรือแม้แต่คนไทยในประเทศหันมาท่องเที่ยวประเทศไทยกันมากขึ้น โดยตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๔ ที่ผ่านมาจากข้อมูลสถิติการท่องเที่ยวระหว่างประเทศ ถึงแม้ว่าประเทศไทยจะประสบภาวะวิกฤต ปัญหาเรื่องการเมือง ความไม่สงบในชายแดนภาคใต้ โดยธุรกิจท่องเที่ยวมีแนวโน้ม และทิศทางที่ดีขึ้น ทำให้ธุรกิจที่พักยอมขยายตัวตามเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้ใช้บริการที่เพิ่มมากขึ้น ดังนั้นจึงต้องอาศัยกฎหมายมาเพื่อควบคุมธุรกิจที่พักตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ และกฎกระทรวง กำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑ จึงทำให้ธุรกิจที่พักของประเทศไทยแบ่งได้ ๒ ประเภทใหญ่ ๆ คือ

ประเภทแรก เป็นธุรกิจที่พัก ที่ให้บริการเป็นรายเดือนขึ้นไป เช่น บ้านเช่า หอพัก อพาร์ทเมนต์ เซอร์วิสอพาร์ทเมนต์ เกสต์เฮาส์ เป็นต้น

ประเภทที่สอง เป็นธุรกิจที่พัก ที่ให้บริการเป็นรายวัน เช่น โรงแรม เกสต์เฮาส์ โฮมสเตย์ เป็นต้น

แต่เนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว ยังไม่สามารถจำแนกประเภทของโรงแรมได้อย่างชัดเจน อีกทั้งยังเกิดช่องว่างของการหลีกเลี่ยง ลักลั่น ประกอบธุรกิจที่พักเยี่ยงโรงแรม โดยหากเปรียบเทียบการจำแนกประเภทของโรงแรม ตาม (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) ในข้อตกลงชุดที่ ๘ ซึ่งยึดถือตามของแบบ WTO แล้วนั้น ซึ่งสามารถแยกโรงแรม Hotel lodging Services (CPC 64110)^๒ ออกจากที่พักอื่น ๆ ได้ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นการง่ายในการ

^๑ ประกาศคณะกรรมการนโยบายการท่องเที่ยวแห่งชาติ เรื่อง แผนพัฒนาการท่องเที่ยวแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๔-๒๕๕๙, *ราชกิจจานุเบกษา*, ๑๒๔, พิเศษ ๖๗ ง (๑๗ มิถุนายน ๒๕๕๔).

^๒ United Nations Statistics Division, CPC prov, (23 July 2013) <[http://unstats.un.org/UNSD/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=641](http://unstats.un.org/UNSD/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=641;); Hotel lodging services>

เราจากกลางทางการค้า อีกทั้งอาเซียนได้มีกำหนดมาตรฐานธุรกิจท่องเที่ยว (ASEAN Tourism STANDARDS)^๓ ไว้ ๖ ประเภท ได้แก่ มาตรฐานโรงแรมสีเขียว (Green Hotel) มาตรฐานให้บริการอาหารและเครื่องดื่ม (Food & Beverage Services) มาตรฐานห้องน้ำสาธารณะ (Public Restroom) มาตรฐานโฮมสเตย์ (Home Stay) การท่องเที่ยวเชิงนิเวศ (Ecotourism) การท่องเที่ยวสถานที่ประวัติศาสตร์ มรดกโลก (Tourism Heritage) เพื่อส่งเสริมการเชื่อมโยงแหล่งท่องเที่ยวในอาเซียน ยกกระดับมาตรฐานการท่องเที่ยวของแต่ละประเทศในอาเซียนให้มีความใกล้เคียงกัน และมีความเป็นสากลมากขึ้น ซึ่งไม่ได้เป็นมาตรการบังคับ โดยเน้นผู้ประกอบการที่เป็นมิตรกับธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อมอย่างมีเอกลักษณ์เฉพาะตนที่สร้างคุณประโยชน์ทั้งทางบุคคล องค์กร ประเทศชาติ และประชาชน ทั้งนี้ มาตรฐานโรงแรมสีเขียว (ASEAN Green Hotel) กฎหมายโรงแรมของประเทศไทยมีความสอดคล้องกับมาตรฐานนี้แล้วหรือไม่ และกฎหมายโรงแรมประเทศในกลุ่มอาเซียน สิงคโปร์ มาเลเซีย ฯลฯ มีความพร้อมและแตกต่างกับประเทศไทยแค่ไหนอย่างไร รวมทั้งการเสรีการค้าบริการ AFAS ในข้อตกลงชุดที่ ๘ ซึ่งมาพร้อมกับการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนประเทศในด้านการประกอบธุรกิจโรงแรมเปิดเสรีให้บุคคลหรือนิติบุคคลชาวอาเซียนสามารถมาลงทุนถือหุ้นได้ในธุรกิจโรงแรมระดับ ๖ ดาวนั้น กฎหมายของประเทศไทยมีความพร้อมในเรื่องดังกล่าวนี้เพียงใด อีกทั้งมาตรการคุ้มครองรองรับ

ผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรม ที่มีอยู่เพียงพอแล้วหรือไม่

จากสภาพปัญหาของปัญหาและผลกระทบดังกล่าว จึงเห็นควรให้มีการพัฒนากฎหมายโรงแรมให้สอดคล้องกับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน และหามาตรการทางกฎหมายในการแก้ไข จัดระเบียบ วิธีการ รวมทั้งกำหนดความเหมาะสมของการเปิดเสรีการประกอบธุรกิจโรงแรม โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศ และแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ ให้ครอบคลุมถึงสถานที่พักประเภทอื่นๆ รวมทั้งแก้ไขกฎกระทรวงต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ เพื่อให้ธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย มีมาตรการทางกฎหมายจำแนกประเภท ลักษณะ หน้าที่และความรับผิดชอบอย่างชัดเจน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้กับนักท่องเที่ยว และพร้อมที่จะเข้าสู่การเปิดการค้าบริการเสรีอย่างแท้จริง เพื่อให้มีผลประโยชน์ต่อธุรกิจโรงแรมภายในประเทศที่ไม่มีความพร้อมน้อยที่สุด อันเป็นประโยชน์สูงสุดของการเปิดเสรีการค้าบริการ และบรรลุเป้าหมายหนึ่งของการเป็นประชาคมอาเซียน

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการประกอบธุรกิจโรงแรมตามกฎหมายของประเทศไทย
๒. เพื่อศึกษาการจำแนกประเภท การกำหนดมาตรฐาน เพื่อวิเคราะห์ผลกระทบทางกฎหมายของการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ต่อการประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย

^๓ ASEAN Tourism STANDARDS, (6 August 2013) <www.aseantourism.travel/documents/asean-tourism-documents>

๓. เพื่อเสนอมาตรการและแนวทางในการพัฒนาปรับปรุงแก้ไขและมาตรการป้องกันกฎหมายการประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย ให้สอดคล้องกับการเปิดเสรีการค้าบริการเพื่อประโยชน์สูงสุดของการเปิดเสรีการค้าบริการ

วิธีการศึกษา

รูปแบบการศึกษาในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ใช้ระเบียบวิธีวิจัยจากเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งทำการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาบทบัญญัติในประมวลกฎหมาย พระราชบัญญัติ และบทความทางกฎหมาย ตลอดจนข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต และรวบรวมมาศึกษาเปรียบเทียบและวิเคราะห์ เพื่อสรุปเป็นข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้สมบูรณ์ต่อไป

ผลการศึกษาวิเคราะห์

๑. ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจโรงแรม ในความพร้อมของการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

แต่เดิมการโรงแรมเกิดจากความกระตือรือร้นในการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ประกอบกับการคมนาคมที่ไม่สะดวกเหมือนในปัจจุบัน ดังนั้นการเดินทางเพื่อวัตถุประสงค์หนึ่งย่อมต้องใช้เวลานาน ดังนั้น ในระหว่างทางจะต้องมีสถานที่ให้หยุดพักแรม อาจเป็นบริเวณใกล้แหล่งน้ำ เพื่อที่จะใช้สถานที่เหล่านั้นเป็นที่พักผ่อน ฯลฯ ในส่วนของประเทศไทยโดยในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ในปี พ.ศ. ๒๔๐๕ มีหลักฐาน

ปรากฏขึ้นครั้งแรกซึ่งเป็นหนังสือชื่อ “Bangkok Calender” ของหมอบลัดเลย์ (D.B. Bradley) ว่า กรุงเทพฯในเวลานั้นมีสถานที่พักแรมถึง ๔ แห่งซึ่งเป็นของชาวต่างชาติ และได้พัฒนาเรื่อยมาโดยตรงได้เริ่มขยายตัวอย่างรวดเร็วในช่วงปี พ.ศ. ๒๔๐๕ ถึงปี พ.ศ. ๒๔๑๖ มีการก่อสร้างโรงแรมใหม่ ๆ ขึ้นเป็นจำนวนมากโดยอาศัยเงินทุนจากทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยมีการลงทุนร่วมกันระหว่างนักลงทุนชาวไทยและชาวต่างชาติ จนกระทั่งในปี พ.ศ. ๒๔๓๔ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติโรงแรมขึ้นมาบังคับใช้ โดยมีความประสงค์ที่จะให้โรงแรมมีระเบียบอันดีอันเป็นการควบคุมโรงแรมที่มีมาตั้งแต่ในอดีตหรือจะจัดตั้งใหม่เพื่อประโยชน์แก่รัฐในการเก็บภาษีอากร การควบคุมป้องกันอาชญากรรม และความเป็นระเบียบของการประกอบธุรกิจ

ในปัจจุบัน ได้มีแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (ฉบับที่ ๑๑ พ.ศ. ๒๕๕๕-๒๕๕๙) ได้กำหนดยุทธศาสตร์การปรับโครงสร้างเศรษฐกิจให้สมดุลและยั่งยืน โดยในภาคบริการนั้นให้มีการพัฒนาการท่องเที่ยวไทย เพื่อเป็นแหล่งรายได้หลักของประเทศ เป็นศูนย์กลางการท่องเที่ยวทางธรรมชาติและวัฒนธรรมของภูมิภาคบนฐานความโดดเด่นและหลากหลายของทรัพยากรธรรมชาติ วัฒนธรรม และความเป็นไทย ประกอบกับพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ และกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑

ดังนั้น นิยามคำว่า “โรงแรม” ของแต่ละประเทศนั้นมีความคล้ายหรือใกล้เคียงกัน แต่ไม่เหมือนกัน เนื่องมาจากการประกอบธุรกิจที่พักมีลักษณะการดำเนินการกิจการ และการให้บริการ

ตลอดจนกลุ่มลูกค้าที่มีความต้องการที่แตกต่างกัน จึงเกิดธุรกิจที่พึกในลักษณะอื่น หรือรวมทั้งที่มีลักษณะไม่เพียงแต่เป็นโรงแรมเท่านั้น เช่น มอเตอร์โฮเทล รีสอร์ท เกสต์เฮาส์ โรงแรมกาสิโน โรงแรมสนามบิน เป็นต้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ในการรวมตัวก่อตั้งเป็นประชาคมอาเซียน ได้มีการแบ่งประชาคมต่างๆ เป็น 3 ประชาคม ซึ่งมักเรียกกันง่าย ๆ ว่า “เสาหลัก 3 เสา” มีบทบาทสำคัญในการนำพาประชาคมอาเซียนไปสู่ความสำเร็จตามเป้าหมายที่ตั้งไว้ โดยการเปิดการค้าเสรีการบริการนั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการก้าวไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งจะเป็นการลดข้อจำกัดและขั้นตอนต่าง ๆ ต่อผู้เข้ามาประกอบธุรกิจ โดยสมาชิกอาเซียนต้องทำการลดข้อจำกัดต่าง ๆ ทั้งนี้เป็นไปตามแผนการดำเนินการ (AEC Blueprint) ภายใต้กรอบข้อตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (Asean Framework Agreement on Services: AFAS) โดยชาติสมาชิกจะทยอยเปิดตลาดด้านการค้าและการบริการให้แก่กันเป็นรอบ ๆ รอบละ 3 ปี และเปิดตลาดในระดับที่สูงขึ้น การเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนในธุรกิจโรงแรมนั้น หากไม่นับสิงคโปร์แล้ว เวียดนาม เป็นประเทศที่เปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจโรงแรมมากที่สุด รองลงมาคือกัมพูชา ในส่วนของประเทศไทยนั้นเปิดเสรีการลงทุนในโรงแรมระดับ 6 ดาวให้นักลงทุนชาติอาเซียนสามารถถือได้ร้อยละ 70 ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องมาตรฐานระดับ 6 ดาว และหน่วยงานในการประเมิน ซึ่งปัจจุบันโรงแรมบางแห่งมีมาตรฐานสูงสามารถแข่งขันกับโรงแรมระดับโลกได้ แต่ก็ยังมีความแตกต่างกันในด้านคุณภาพการบริการกับโรงแรมขนาดเล็ก โดยขณะที่โรงแรมขนาดใหญ่ได้รับความยอมรับ แต่ในทาง

กลับกันโรงแรมขนาดเล็กยังมีการร้องเรียนเรื่องคุณภาพบริการ ซึ่งส่วนหนึ่งเป็นผลมาจากการไม่มีการจัดอันดับมาตรฐานโรงแรมอย่างเป็นระบบ จึงทำให้เกิดปัญหาดังกล่าว ด้วยเหตุผลนี้เองในด้านประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน จึงได้พยายามวางหลักเกณฑ์ มาตรฐานการท่องเที่ยว ASEAN Tourism STANDARDS เพื่อยกระดับมาตรฐานการท่องเที่ยวของอาเซียน โดยมาตรฐานโรงแรมสีเขียวอาเซียน (ASEAN Green Hotel) คือมาตรฐานของโรงแรมที่ประเทศในกลุ่มสมาชิกอาเซียนตกลงร่วมกัน ในการจัดการบริหารทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม การอบรมพนักงาน การร่วมมือกับชุมชนและองค์กรส่วนท้องถิ่น การกำจัดขยะจัดการของเสีย การใช้พลังงานหรือลดการใช้พลังงานอย่างมีประสิทธิภาพ การใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพ การจัดการคุณภาพอากาศ ทั้งในร่มและกลางแจ้ง การควบคุมมลพิษทางเสียงจากการดำเนินงานโรงแรม การจัดการและบำบัดน้ำเสีย และลดการสร้างน้ำเสีย มีการจัดการสารพิษและสารเคมีโดยแสดงสัญลักษณ์ที่ชัดเจน สำหรับวัตถุดิบพืชประกอบกับการกำจัดของเสียอันตรายอย่างเหมาะสม จะได้รับรางวัลโรงแรมสีเขียว ASEAN Green Hotel Awards

๒. หลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจโรงแรม

กฎหมายการประกอบธุรกิจที่พึกในต่างประเทศ นั้น ประเทศต่างๆ ในอาเซียนได้มีขั้นตอนและการออกกฎระเบียบที่แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับสภาพภูมิประเทศ ระบบกฎหมาย ตลอดจนเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ ปัจจุบันต่าง ๆ ทั้งนอกและภายในของแต่ละประเทศ ดังนี้

๒.๑ กฎหมายการประกอบธุรกิจ โรงแรมในประเทศสิงคโปร์

การประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศสิงคโปร์ ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติโรงแรม ค.ศ. ๑๙๕๖ แก้ไขใหม่ปี ค.ศ. ๑๙๙๙ ซึ่งนิยามคำว่า “โรงแรม”^๔ ให้หมายรวมถึงห้องพัก (Boarding-House, Lodging-House, Guest-House) และอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ที่ไม่ได้เป็นของรัฐบาล และมีห้องไม่ต่ำกว่า ๔ ห้อง โดยใช้เป็นที่พักให้แก่บุคคลใด ๆ โดยมีค่าตอบแทนและมีการบริการให้ส่วนการควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศสิงคโปร์นั้น เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการออกใบอนุญาตสำหรับโรงแรม (Hotel Licensing Board)^๕ โดยอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใดที่จะใช้เป็นโรงแรม จะต้องยื่นขอจดทะเบียนตามแบบที่กำหนดเมื่อคณะกรรมการได้ทำการตรวจสอบอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวแล้วเห็นว่าจำเป็นและสมควรแล้ว ก็จะออกหนังสือรับรองการจดทะเบียนให้โดยใบอนุญาตนี้จะออกให้หลังวันที่ ๑ มกราคม และสิ้นอายุในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ของปีนั้น หาก

ฝ่าฝืนการบริหารหรือจัดการอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ ในลักษณะเป็นโรงแรม โดยไม่มีใบอนุญาต หรือ ผู้ใดซึ่งเป็นเจ้าของ หรือครอบครองอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่อยู่ในความรับผิดชอบ โดยไม่มีใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และอนุญาตให้ใช้สถานที่อื่นเป็นโรงแรม ต้องระวางโทษ โดยถ้าเป็นความผิดครั้งแรกมีโทษปรับไม่เกิน ๒,๐๐๐ เหรียญดอลลาร์สิงคโปร์^๖ ถ้าเป็นความผิดครั้งที่ ๒ หรือครั้งต่อไป ต้องระวางโทษปรับหรือจำคุกไม่เกิน ๖ เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ

๒.๒ กฎหมายการประกอบธุรกิจ โรงแรมในประเทศมาเลเซีย

การประกอบธุรกิจโรงแรมในกรุงกัวลาลัมเปอร์ประเทศมาเลเซีย ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติโรงแรมของกรุงกัวลาลัมเปอร์ประเทศมาเลเซีย ค.ศ. 2003 ซึ่งนิยามคำว่า “โรงแรม”^๗ หมายถึง สถานที่พักพิงหรือหรือที่พำนัก (Harboured or Lodged) ที่เจ้าของให้เช่า หรือได้รับผลตอบแทนใด ๆ และ ห้องและเฟอร์นิเจอร์เป็นของผู้ให้เช่า ผู้เช่าช่วงผู้ถือครองตามกฎหมาย

^๔ Attorney General's Chambers of Singapore, *Singapore Hotel Act (Chapter 127) Revised Edition 1999*, (23 July 2013) <http://statutes.agc.gov.sg/aol/home.w3p>; Section 2. “hotel” includes a boarding-house, lodging-house, guest-house and any building or premises not being a public institution and containing not less than 4 rooms or cubicles in which persons are harboured or lodged for hire or reward of any kind and where any domestic service is provided by the owner, lessee, tenant, occupier or manager for the person so harboured or lodged

^๕ *Ibid.*, Section 3.

^๖ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ๑ เหรียญ สิงคโปร์ ประมาณ ๒๔.๕๔ บาท, ค้นวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ <<http://www.bot.or.th/>>

^๗ Attorney General's Chambers of Malaysia, *LAW OF MALAYSIA Act 626 HOTELS (FEDERAL TERRITORY OF KUALA LUMPUR) ACT 2003*, (16 Aug 2012) <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%2013/Act%20626.pdf>>; Section 2 “hotel” means any premises where—

(a) persons are harboured or lodged for hire or reward of any kind; and

(b) rooms are furnished by the owner, lessee, principal tenant, occupier or manager of such premises for the domestic use of the persons so harboured or lodged, but does not include—

ผู้ครอบครองหรือจัดการ ของอาคารดังกล่าวเพื่อให้คนใช้พักพิงหรือที่พำนักภายในประเทศ แต่ไม่รวมถึง ๑) สถานที่พักพิงหรือที่พำนักดังกล่าวที่ดำเนินการโดยรัฐบาลกลางหรือรัฐบาลใด ๆ ตามกฎหมายอื่น ๒) สถานที่สำหรับดูแลสุขภาพ สถานที่สำหรับเด็ก สถานที่สำหรับดูแลคนสูงอายุของเอกชนที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย หรือดำเนินการภายใต้กฎหมาย หรือควบคุมโดยกฎหมายอื่น ๓) หอพักหรือสถาบันการศึกษาของเอกชนควบคุมภายใต้ข้อบังคับอื่น ๔) สถานที่ใด ๆ ที่ได้รับการยกเว้น สำหรับผู้เช่าและผู้ให้เช่า ซึ่งในการขอใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรมนั้น จะต้องมีความหลักฐานที่แสดงว่าผู้ยื่นคำขอมีการจดทะเบียนภายใต้พระราชบัญญัติอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว (Tourism Industry Act 1992) โดยใบอนุญาตนั้นจะมีระยะเวลาตามที่คณะกรรมการฯ กำหนดระหว่างรอการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม คณะกรรมการฯ อาจมีความเห็นชอบ ในกรณีที่ผู้ขอใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรมได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการประกอบกิจการโรงแรมแล้ว และผู้ขอใบอนุญาตมีความต้องการ ที่จะขอใบอนุญาตชั่วคราวในการประกอบกิจการโรงแรมแทนก่อน ก็ให้คณะกรรมการฯ ออกใบอนุญาตดังกล่าว

ให้แก่ผู้ขอ โดยใบอนุญาตชั่วคราวมีอายุไม่เกิน ๖ เดือน และต้องเสียค่าธรรมเนียมเป็นสองเท่า สำหรับการออกใบอนุญาตชั่วคราวดังกล่าว และถ้าคณะกรรมการฯ อนุญาตให้ออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม ก็จะส่งผลทำให้ใบอนุญาตชั่วคราวดังกล่าวสิ้นสุดลงไปด้วย ทั้งนี้ บุคคลที่ฝ่าฝืนประกอบธุรกิจโรงแรมโดยไม่มีใบอนุญาตต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๑ แสนริงกิต^๔ หรือโทษจำคุกไม่เกิน ๕ ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ในกรณีที่ยังมีฝ่าฝืนกฎหมายอย่างต่อเนื่อง ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน ๑ พันริงกิต ในแต่ละวันที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายนั้น

๒.๓ กฎหมายการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๔ ได้นิยามให้ โรงแรม หมายถึง สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ ไม่รวมถึง

๑. สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวซึ่งดำเนินการโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเพื่อการกุศล หรือการศึกษา ทั้งนี้ โดยมีใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน

(aa) any premises on which the activities mentioned in paragraphs (a) and (b) are being carried on by or on behalf of the Federal Government or the Government of any State or any statutory body established by any written law;

(bb) any private healthcare facility, child care centre or care centre the establishment or operation of which is controlled or regulated under any other written law;

(cc) any hostel established by or on behalf of any private educational institution or private higher educational institution and controlled or regulated under any other written law; or

(dd) any premises let out on landlord and tenant basis;

^๔ ธนาคารแห่งประเทศไทย, ๑ ริงกิต ประมาณ ๙.๗๖ บาท, ค้นวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ จาก <<http://www.bot.or.th/>>

๒. สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการที่พักอาศัยโดยคิดค่าบริการเป็นรายเดือนขึ้นไปเท่านั้น

๓. สถานที่พักอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เมื่อสถานที่ประกอบกิจการของเรานั้นมีสิทธิในที่ดินถูกต้องตามกฎหมาย มีอาคารที่มีใบรับรองและใบอนุญาตครบถ้วน ผู้ขออนุญาตต้องพิจารณาว่า กิจการที่เราจะทำนั้นเข้าหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรมประเภทไหน และต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ (๑) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์ (๒) มีภูมิสำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย (๓) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย (๔) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ (๕) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ (๖) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำความผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี (๗) ไม่เป็นผู้อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต (๘) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาต หรือเคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตโดยเหตุอื่นที่มีสาเหตุตาม (๖) แต่เวลาได้ล่วงพ้นมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี โดยอายุของใบอนุญาตมี

ระยะเวลา ๕ ปี ซึ่งการประกอบธุรกิจโรงแรมโดยไม่มีใบอนุญาตนั้น มีความผิดตามกฎหมายและต้องระวางโทษ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่^{๙๙}

๓. วิเคราะห์ปัญหาการจำแนกประเภทของโรงแรม และผลกระทบของการประกอบธุรกิจโรงแรม

ในปัจจุบันธุรกิจที่พักสำหรับการท่องเที่ยวมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ โดยมีที่พักหลายประเภทให้เลือกใช้ เช่น บังกะโล รีสอร์ท เกสเฮาส์ ตลอดจน โรงแรม ซึ่งปัญหาสำคัญประการหนึ่ง คือปัญหากฎหมายไทยไม่รวมที่พักทุกประเภทเป็นการประกอบกิจการโรงแรมอย่างเดียวกัน หรือจำแนกประเภทให้ชัดเจน ทำให้ยุ่งยากต่อการจำแนกประเภทว่าที่พักใดคือโรงแรมที่พักใดไม่ใช่โรงแรม ตามบทนิยามของกฎหมายกล่าวคือไม่สามารถอธิบายได้ว่า บังกะโล รีสอร์ท เกสเฮาส์ ตลอดจน โรงแรม เหมือนหรือต่างกันอย่างไร โดยถ้าเปรียบเทียบกับกรจำแนกประเภทของธุรกิจบริการเฉพาะในสาขาบริการที่พักของข้อตกลงการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) โดยอ้างอิงจากองค์การการค้าโลก (WTO) ซึ่งจะสามารถแยกโรงแรม (CPC 6411)^{๑๐๐} ออกจากโฮเต็ล (CPC 6412)^{๑๐๑} และยังจำแนกโรงแรมประเภทอื่นๆ (Other lodging Services CPC

^{๙๙} มาตรา ๑๕ ประกอบมาตรา ๕๙, พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗

^{๑๐๐} United Nations Statistics Division, above n 2.; Hotel lodging services

^{๑๐๑} Ibid.; Motel lodging services

6419) ไม่ว่าจะเป็นที่พักลักษณะแคมป์สำหรับเด็ก (CPC 64191), ที่พักสำหรับครอบครัวพักท่องเที่ยวในวันหยุดเช่นบังกะโล (CPC 64192),^{๑๒} หรือที่พักขนาดเล็กที่ให้บริการห้องพัก ให้บริการบ้านเช่า บ้านพัก กระโจม ห้องส่วนตัว (CPC 64193),^{๑๓} ที่พักประเภทสำหรับเยาวชนหรือนักเรียนซึ่งตั้งอยู่บนภูเขา (CPC 64194), ที่พักสำหรับรถคาราวานที่มาทำกิจกรรมลันทนาการ โดยเป็นการบริการสถานที่สำหรับตั้งแคมป์ หรือให้ความสะดวกต่าง ๆ กับคาราวาน (CPC 64195)^{๑๔} เป็นต้น โดยเหตุผลที่องค์การการค้าโลกจำแนกธุรกิจที่พักดังกล่าวออกจากกันนั้น ก็เพื่ออำนวยความสะดวกในการเจรจาทางการค้า และก่อให้เกิดมาตรฐานสากลในการแบ่งประเภทการบริการ ซึ่งประเทศสิงคโปร์ตามบทนิยามของกฎหมายโรงแรมสิงคโปร์^{๑๕} นั้นได้ให้นิยามความหมายของโรงแรมหมายถึงห้องพัก (Boarding-House, Lodging-House, Guest-House) และอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างใด ๆ (and any Building) โดยต้องมีมากกว่า ๔ ห้อง หรือแม้แต่วรรณตามกฎหมายของประเทศมาเลเซีย^{๑๖} ก็รวมไว้ประเภทเดียว คือ อาคาร ทำเรือที่พักพิงหรือ

ที่พำนัก (Harboured or Lodged) โดยไม่จำกัดว่าจะต้องมีห้องขึ้นต่าอย่างน้อยกี่ห้อง ซึ่งการรวมธุรกิจที่พักไว้ประเภทเดียวเช่นนี้ จะก่อให้เกิดความชัดเจนในการกำกับดูแล ก่อให้เกิดความง่ายต่อการควบคุมตามกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น หมายความว่าในมาเลเซียและสิงคโปร์นั้น บังกะโล รีสอร์ท เกสเฮาส์ ก็คือธุรกิจโรงแรมตามกฎหมาย โดยให้บริการที่พักสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ โดยได้รับค่าตอบแทนจากผู้มาใช้บริการโดยคิดเป็นรายวัน โดยหากวิเคราะห์เปรียบเทียบการรวมธุรกิจที่พักต่าง ๆ ไว้ประเภทเดียว โดยไม่มีการจำแนกหากได้ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรมตามแบบของประเทศมาเลเซียและสิงคโปร์นั้น ก็ยังไม่สอดคล้องกับการจำแนกประเภทตาม AFAS ที่มีอยู่หลายประเภท แต่ถึงอย่างไรก็ตาม หากไม่มีกฎหมายกำหนดถึงรูปแบบที่พักโรงแรมในลักษณะรูปแบบอื่นไว้เฉพาะนอกจากโรงแรมแล้ว เช่น กฎหมายว่าด้วยบังกะโล รีสอร์ท เกสเฮาส์ ฯลฯ แล้วการกำหนดให้ที่พักบางประเภทไม่เป็นโรงแรมนี้ จะทำให้การบังคับใช้ก่อให้เกิดความสับสนและทำให้กฎหมายโรงแรมไม่มีประสิทธิภาพ

^{๑๒} *Ibid.*; Lodging and related services provided by adult or family holiday camps, vacation bungalows and similar holiday homes. Included are all other services provided by such establishments in connection with the provision of lodging.

^{๑๓} *Ibid.*; Lodging and related services provided by rooming houses, boarding houses, cabins, private apartments and homes and similar lodging facilities. Most of these units provide only lodging, although some may include food serving services.

^{๑๔} *Ibid.*; Lodging and related services provided by trailer and recreational vehicle parks, campsites and similar facilities. Such services include provision of the site only or of the site and the tent or trailer situated thereon.

^{๑๕} *Singapore hotel act (Chapter 127) Revised Edition 1999*, above n 4., Section 2

^{๑๖} Attorney General's Chambers of Malaysia, *LAWS OF MALAYSIA Act 626 HOTELS (FEDERAL TERRITORY OF KUALA LUMPUR) ACT 2003*, above n 7., Section 2

นอกจากปัญหาการจำแนกประเภทของ โรงแรมแล้ว ปัญหาสำคัญอีกประการหนึ่ง ก็คือ การเข้าสู่โรงแรมตามกฎหมาย หรือโรงแรมที่สร้าง ก่อนกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์ การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑ ใช้บังคับ ยังมีข้อจำกัดด้วยกฎหมายควบคุมอาคาร โดยกฎ กระทรวงฯ กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมใน เขตพื้นที่กฎหมายควบคุมอาคารใช้บังคับ ต้องมี หลักฐานแสดงว่าได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารเป็น โรงแรมหรือมีใบรับรองการตรวจสอบอาคาร ตาม กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ซึ่งต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๕๓ คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ตีความ ตามกฎกระทรวงดังกล่าว ข้อ ๙ ว่า “ใบอนุญาตให้ ใช้อาคารเป็นโรงแรม” หรือ “ใบอนุญาตเปลี่ยน การใช้อาคาร” กับ “ใบรับรองการตรวจสอบ อาคาร” มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน^{๑๓} ส่งผลทำให้ ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมในพื้นที่กฎหมาย ควบคุมอาคารใช้บังคับ จะต้องมียื่นขอใบอนุญาตให้ใช้ อาคารเป็นโรงแรมและมีใบรับรองการตรวจสอบ อาคารทั้งสองใบจึงจะสามารถขอใบอนุญาตประกอบ กิจการโรงแรมได้ จะใช้ใบรับรองการตรวจสอบ อาคารหรือใบอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรมอย่าง หนึ่งอย่างใดเพียงใบเดียวตามกฎหมายบัญญัติ ไว้ไม่ได้

๔. วิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรฐาน การประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทย เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

อาเซียนได้กำหนดแนวทางให้ธุรกิจ ท่องเที่ยว รวมทั้งธุรกิจโรงแรมเป็นมาตรฐาน เดียวกัน โดยได้สร้างมาตรฐานพื้นฐานของธุรกิจ ท่องเที่ยว ๖ ประเภท ทั้งนี้รวมถึง มาตรฐาน โรงแรมสีเขียว (ASEAN Green Hotel) เพื่อ ส่งเสริมการเชื่อมโยงแหล่งท่องเที่ยวในอาเซียน ยกระดับมาตรฐานการท่องเที่ยวของแต่ละประเทศ ในอาเซียนให้มีความใกล้เคียงกันและมีความเป็น สากลมากขึ้น โดยจะมอบเป็นรางวัลให้ ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงมีความจำเป็นต้องศึกษามาตรฐานโรงแรม ในแต่ละประเทศที่มีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันไป โดย ศึกษาเปรียบเทียบเฉพาะประเทศมาเลเซียและ สิงคโปร์ กับประเทศไทย ดังนี้

๑) การควบคุมพื้นที่การประกอบ ธุรกิจโรงแรม หากจะประกอบธุรกิจโรงแรมแล้ว กฎหมายผังเมืองในการควบคุมการพื้นที่และอาคาร ในการประกอบธุรกิจโรงแรม ทั้ง ๓ ประเทศนั้น มีความแตกต่างกัน โดยการควบคุมผังเมืองและ อาคารของการประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศ มาเลเซียในกัวลาลัมเปอร์^{๑๔} นั้น จะมีความคล้ายกับ ประเทศไทยเป็นอย่างมาก คือการใช้กฎหมาย

^{๑๓} สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการใช้ใบรับรองการตรวจสอบอาคารเป็นหลัก ฐานในการขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมเรื่องเสร็จที่ ๒๕/๒๕๕๓, <<http://www.krisdika.go.th/>>

^{๑๔} Mohd Sukuran bin Taib and Ho Chin Siong, *Planning System In Malaysia* (25 July 2013) <http://eprints.utm.my/6320/1/MohdSukuran_HCSiong_2008_PlanningSystemInMalaysia.pdf>

หลายฉบับในการควบคุมในแต่ละพื้นที่และแยกระหว่างกฎหมายผังเมืองกับกฎหมายอาคาร และให้อำนาจท้องถิ่นในการควบคุมตรวจสอบพื้นที่ที่ใช้ประกอบธุรกิจโรงแรม ซึ่งแตกต่างกับสิงคโปร์ที่ใช้กฎหมายผังเมือง^{๙๙}เป็นตัวกำหนดพื้นที่และตัวอาคาร อันก่อให้เกิดความง่ายต่อการเข้าใจและปฏิบัติตามกฎหมาย ก่อให้เกิดมาตรฐานเดียวกันในการควบคุมและตรวจสอบในการประกอบธุรกิจโรงแรม แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายผังเมืองเป็นกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะขึ้นอยู่กับลักษณะพื้นฐานทางวัฒนธรรมประวัติศาสตร์ ความเป็นมาที่แตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ถึงอย่างไรก็ตามข้อสังเกตประการหนึ่ง ประเทศสิงคโปร์มีการวางแผนพัฒนาผังเมืองมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๑ แล้วพัฒนาเรื่อยมาจนถึงปัจจุบันและวางแผนพัฒนาเมืองในอีก ๑๐ ปีข้างหน้า เช่นเดียวกับประเทศมาเลเซียที่กำลังร่างผังเมืองกรุงกัวลาลัมเปอร์ ปี ค.ศ. ๒๐๒๐ ซึ่งประเทศไทยควรมีการปรับปรุงและพัฒนา รวมทั้งการวางแผนจัดระเบียบผังเมืองของประเทศไทยในอนาคตเพื่อรองรับประชากรและการขยายตัวของธุรกิจท่องเที่ยวในอนาคต สู่การเป็นศูนย์กลางของประชาคมอาเซียนต่อไป

๒) ใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรม โดยการขออนุญาตประกอบกิจการของประเทศสิงคโปร์จะมีข้อกำหนดที่เปิดกว้างมากที่สุด เนื่องจากสิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนสูงสุดในอาเซียน ดังนั้นข้อกำหนดในคุณสมบัติของผู้ประกอบการโรงแรม

ของประเทศสิงคโปร์จะไม่เคร่งครัดมากนัก แต่ในส่วนของประเทศมาเลเซียนั้นการจะประกอบกิจการโรงแรมได้ จะต้องมิใช่ที่จัดทะเบียนภายใต้อุตสาหกรรมการท่องเที่ยวก่อน จึงจะขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรมได้ จึงถือได้ว่าเป็นระบบการกลั่นกรองและควบคุมกิจการโรงแรมของประเทศมาเลเซียที่มีการกลั่นกรองผู้ประกอบการก่อน และยังมีมาตรการการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงแรมชั่วคราว ซึ่งมีความน่าสนใจและควรนำมาปรับใช้กับผู้ประกอบการโรงแรมในประเทศไทย รวมทั้งการขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรมในไทยนั้น อาจจะต้องลดข้อจำกัดบางประการลง ที่ได้มีการกำหนดถึงคุณสมบัติผู้ขออนุญาตประกอบกิจการ เพื่อให้สอดคล้องกับการเป็นเปิดเสรีการค้าและการลงทุน และสอดคล้องกับการบรรลุพันธกิจของการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

๓) มาตรฐานห้องพัก ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ สิงคโปร์ได้กำหนดให้โรงแรมต้องมีย่าน้อยสี่ห้องจึงจะขออนุญาตจดทะเบียนได้ แต่กฎหมายควบคุมธุรกิจโรงแรมของประเทศไทยนั้นไม่ได้กำหนดถึงจำนวนห้องขั้นต่ำที่ใช้ประกอบธุรกิจ เช่นเดียวกันกับประเทศมาเลเซีย จึงเป็นการเปิดกว้างทางโอกาสให้แก่ผู้ที่อยากจะประกอบกิจการโรงแรมที่ต้อยอยู่แล้ว เพียงแต่กฎหมายโรงแรมของประเทศไทยนั้นได้กำหนดลัทธิไปจนถึงขนาดพื้นที่ใช้สอยของห้องพักที่ใช้ประกอบธุรกิจ การกำหนดดังกล่าวนี้แม้จะทำให้มีมาตรฐานของห้องพักที่เป็น

^{๙๙} ฐาปนา บุญประเสริฐ, การใช้แนวคิดเติบโตอย่างชาญฉลาด (Smart Growth) ในการวางแผนที่อยู่อาศัยในประเทศสิงคโปร์, ค้นวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ จาก <http://asiamuseum.co.th/upload/forum/singapore_smart_smooth_growth.pdf>

มาตรฐานเดียวกันตาม แต่ถึงกระนั้นก็เสมือนเป็นการกำหนดห้องพักที่ใช้ในการประกอบธุรกิจโรงแรมมีความหมายคับแคบจนเกินไป ทำให้เป็นการปิดกั้นโอกาสในการประกอบธุรกิจโรงแรมในลักษณะรูปแบบอื่นเช่น แคปซูลโฮเตลในประเทศญี่ปุ่น Capsule Value Kanda Hotel ที่มีลักษณะที่มีแค่เตียงนอนกับตู้เก็บของไว้ให้บริการเท่านั้น

๔) การควบคุมอาคารด้านสิ่งแวดล้อม

จากที่ได้ศึกษากฎหมายการควบคุมสิ่งแวดล้อมของอาคารตามกฎหมายของทั้ง ๓ ประเทศแล้ว เห็นว่า ทั้ง ๓ ประเทศมีกฎหมายกำหนดให้ทำรายงานในผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหากจะต้องประกอบธุรกิจโรงแรมเหมือนกัน อันสอดคล้องตามเจตนารมณ์ในการควบคุมสิ่งแวดล้อมของอาเซียน แต่ก็มีความแตกต่างกันที่รายละเอียดและข้อจำกัดต่าง ๆ โดยประเทศสิงคโปร์ไม่ได้กำหนดเกณฑ์ในการควบคุมสิ่งแวดล้อมในการประกอบธุรกิจโรงแรมไว้อย่างเคร่งครัด โดยกฎหมายสิ่งแวดล้อมของสิงคโปร์นั้น (Environment Pollution Control Act 1999) ได้กำหนดให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อม (Director-General of Environmental - Protection) มีอำนาจแจ้งให้ผู้ดำเนินกิจกรรมหรือโครงการที่อาจก่อให้เกิดมลพิษแก่สิ่งแวดล้อมหรือสร้างมลพิษให้เกิดขึ้นทำการศึกษาและจัดทำแผนควบคุมการเกิดมลพิษและมาตรการอื่นที่จำเป็น (Study on pollution control) ไม่ว่าโรงแรมนั้นจะมีกี่ห้องก็ตาม ซึ่งแตกต่างกับประเทศไทยและประเทศมาเลเซียที่มีข้อกำหนดเป็นกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยกำหนดไว้ต่างหากให้ต้องทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ในการประกอบธุรกิจโรงแรมตั้งแต่

๘๐ ห้องขึ้นไป ซึ่งทั้งสองประเทศก็ยังมีข้อกำหนดที่แตกต่างกันที่ข้อกำหนดพิเศษต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น โดยประเทศไทยกำหนดว่า ให้พื้นที่ใช้สอยรวมกันกว่า ๔,๐๐๐ ตารางเมตรขึ้นไป แต่มาเลเซียกำหนดครอบคลุมถึงตั้งแต่ ๕๐ เฮกเตอร์ (ประมาณ ๕๐,๐๐๐ ตารางเมตร) โดยข้อกำหนดเรื่องขนาดพื้นที่ใช้สอยดังกล่าวที่ต้องทำรายงานสิ่งแวดล้อมของมาเลเซียนั้นกำหนดไว้มีขนาดกว้างกว่าของประเทศไทยถึงกว่าสิบเท่า ดังนั้น ส่งผลให้ประเทศไทยมีเกณฑ์ในการควบคุมสิ่งแวดล้อมที่ดีกว่าประเทศมาเลเซีย แต่ไม่ตีเท่ากับสิงคโปร์เพราะสามารถกำหนดให้โรงแรมขนาดใดก็ได้ที่ต้องสงสัยว่าจะก่อให้เกิดมลพิษ ต้องทำรายงานผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และหากมองในมุมผู้ประกอบการในด้านเศรษฐกิจ การกำหนดดังกล่าวอาจเป็นการลดต้นทุนการประกอบธุรกิจโรงแรมด้วย

๕) การจัดระดับของโรงแรมโดย

วิธีการให้ดาว การจัดระดับของโรงแรมโดยวิธีการให้ดาวนั้น ทั้ง ๓ ประเทศไม่ได้มีกฎหมายกำหนดให้ต้องจัดระดับของธุรกิจโรงแรม โดยเป็นความสมัครใจของผู้ประกอบธุรกิจโรงแรมเองว่าจะจ้างเอกชนมาประเมินระดับของโรงแรมที่ประกอบธุรกิจอยู่หรือไม่ หากประเมินผ่านในระดับใดก็จะได้ใบประกาศ หรือ โลโก้สัญลักษณ์ แสดงให้เห็นว่าได้ผ่านการประเมินในระดับนั้นแล้ว เพื่อเป็นการดึงดูดนักท่องเที่ยว รวมทั้งการันตีคุณภาพการบริการ แต่ถึงอย่างไรก็ตามการจัดมาตรฐานโรงแรมในประเทศไทยนั้น ยังไม่ได้รับความนิยมเนื่องจากการจัดระดับโรงแรมของประเทศไทยไม่ได้มีกฎหมายบังคับเหมือนอย่างสิงคโปร์ ที่กำหนดให้จัดระดับธุรกิจโรงแรมที่จะทำการขออนุญาตยื่น

มาพร้อมการขออนุญาต จึงเป็นความสมัครใจที่จะทำหรือไม่ก็ได้ซึ่งต้องเสียค่าใช้จ่ายเพิ่ม อีกทั้งหลักเกณฑ์การจัดระดับของโรงแรมของประเทศไทย มีทั้งหน่วยงานภาครัฐเองหรือองค์กรที่มีความน่าเชื่อถือที่รับผิดชอบการจัดระดับ แต่ก็ไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน

๕. มาตรการปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมภายในประเทศ เมื่อเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

ปัญหาทางกฎหมายของการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นการใช้โนมิินีในการถือหุ้นประกอบธุรกิจโรงแรมแทน หรือการจำกัดสิทธิในการตัดสินใจของนิติบุคคลต่างด้าวที่จดทะเบียนในไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา ๑๑๐๘^{๑๐} และมาตรา ๑๔๔๒^{๑๑} ซึ่งทำให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยที่มีต่างด้าวถือหุ้นอยู่สามารถไปจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นไทยที่มีสัดส่วนการถือครองหุ้นมากกว่าได้ (Voting Right Limit)^{๑๒} เช่น ผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้นเพียง ๔๙% แต่มีสิทธิออกเสียง ๙๙% แต่ผู้ถือหุ้นไทย ๕๑% ถูกจำกัดสิทธิในการออกเสียงเพียง ๑% ดังนั้น อำนาจในการควบคุมกิจการจึงอยู่ในมือนักลงทุนต่างด้าว และโดยที่

การจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิเป็นข้อบังคับ ที่จะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ ซึ่งทำให้นิติบุคคลดังกล่าวไม่ใช่นิติบุคคลต่างด้าว และสามารถประกอบธุรกิจเช่นเดียวกับนิติบุคคลไทย ซึ่งไม่เข้าข้อจำกัดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ล้วนแต่เป็นส่วนหนึ่งของปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจโรงแรม อีกทั้งบุคคลหรือนิติบุคคล “ต่างด้าว” กับ บุคคลหรือนิติบุคคล “สัญชาติอาเซียน” แตกต่างกันอย่างไรรวมกฎหมาย เพราะกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่ได้บัญญัติรับรองถึงบุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติอาเซียนไว้ ทำให้การพิจารณาการให้สิทธิพิเศษตามข้อผูกพันชุดที่ ๘ จะทำให้เกิดปัญหา ยกตัวอย่างเช่น บริษัทยุโรป เงินทุนและผู้ถือหุ้นเป็นของคนสัญชาติยุโรป จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่ยุโรป แต่ไปตั้งสำนักงานใหญ่อยู่ที่สิงคโปร์ แล้วมาประกอบกิจการโรงแรมระดับ ๖ ดาวในประเทศไทย ซึ่งสามารถร่วมถือหุ้นได้ร้อยละ ๗๐ ตามข้อผูกพันชุดที่ ๘ AFAS และตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑^{๑๓} จะถือสัญชาติตามสำนักงานใหญ่คือสิงคโปร์ โดยถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติสิงคโปร์ หรือเป็นนิติบุคคลสัญชาติอาเซียน ทั้ง ๆ ที่บริษัทดังกล่าวไม่มีสัญชาติอาเซียน หรือเงินทุนก็ไม่ได้มา

^{๑๐} มาตรา ๑๑๐๘ กิจการอันพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(๔) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

^{๑๑} มาตรา ๑๔๔๒ ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้นๆเป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

^{๑๒} อีสรกุล อุณหเกตุ, *สรุปและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๔๒*, <<http://tdri.or.th/priority-research/foreignbusinessact>>

^{๑๓} มาตรา ๗, พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑ ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

จากอาเซียน ทำให้บริษัทดังกล่าวได้รับสิทธิพิเศษตามข้อผูกพัน AFAS จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการเป็นบุคคลหรือนิติบุคคล “ต่างดาว” กับ “สัญชาติอาเซียน” มีความสามารถในการเข้าสู่ตลาด (Market Access) ในการประกอบธุรกิจโรงแรมต่างกัน จึงควรมีมาตรการปกป้องผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมภายในประเทศที่ต้องเผชิญการแข่งขันเมื่อเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๑. เพิ่มเติมและแก้ไขกฎหมาย

๑.๑ เพิ่มเติมการจำแนกประเภทของธุรกิจโรงแรม

เสนอให้มีการจำแนกธุรกิจของโรงแรมประเภทอื่น ๆ โดยกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานที่ธุรกิจประเภทนั้น ๆ พึงมี โดยให้มีข้อกำหนดดลดหลั่นกันไป เช่น รีสอร์ท สามารถที่จะทำได้หากมีห้องพักตั้งแต่ ๑๐ ห้องขึ้นไปแต่ไม่เกิน ๔๐ ห้อง โดยอาจกำหนดให้อยู่ห่างจากตัวเมืองเกิน ๑๐ กิโลเมตร และอาจจะยกเว้นไม่มีข้อกำหนดเรื่องทางเดินภายในอาคารที่ไม่ต้องกว้าง ๑.๕ เมตรเหมือนอย่างโรงแรม แต่อาจจะต้องขออนุญาตประกอบกิจการทุก ๆ ๖ เดือน หรือ บังกะโล สามารถที่จะทำได้หากมีห้องพักตั้งแต่ ๔ ห้องขึ้นไปแต่ไม่เกิน ๒๐ ห้อง โดยอาจกำหนดให้อยู่ในตัวเมืองหรือสามารถเดินไปยังแหล่งท่องเที่ยวได้ และอาจจะยกเว้นไม่มีข้อกำหนดเรื่องขนาดพื้นที่ใช้สอยของห้องพัก เป็นต้น แต่อาจจะต้องขออนุญาตประกอบกิจการทุก ๆ ๓ เดือน แต่มีค่าใช้จ่ายในการขออนุญาตที่ถูกกว่าการขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรม เพื่อให้

ผู้ประกอบการกิจการสามารถที่จะเลือกประกอบกิจการได้โดยไม่บังคับว่าการให้บริการที่พักเป็นรายวันนั้นจะต้องเป็นธุรกิจโรงแรมแต่เพียงอย่างเดียว และควรยกเลิกที่พักที่ไม่เป็นโรงแรมตามกฎหมายฯ แล้วไปจำแนกธุรกิจที่พักประเภทต่าง ๆ ให้เป็นธุรกิจที่พักประเภทหนึ่ง โดยประกาศเป็นกฎกระทรวงแยกไว้ต่างหาก หรือเพิ่มเติมไว้ท้ายพระราชบัญญัติโรงแรมก็ได้ โดยเรียกว่า “โรงแรมประเภทรีสอร์ท” “โรงแรมประเภทบังกะโล” เป็นต้น เพื่อให้กฎหมายโรงแรมของประเทศไทยมีความทันสมัยเป็นสากลและเป็นส่งเสริมการท่องเที่ยวอันรองรับสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน อีกทั้งยังเป็นนำธุรกิจที่พักที่ผิดกฎหมายเข้ามาสู่ระบบของกฎหมายอีกด้วย

๑.๒ แก้กฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๙

เสนอให้แก้กฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. ๒๕๕๑ ในข้อ ๙ ที่บัญญัติว่า

“อาคารสำหรับใช้เป็นโรงแรมที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่มีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารใช้บังคับ ต้องมีหลักฐานแสดงว่าได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรม หรือ มีใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคาร ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร”

เป็น “อาคารสำหรับใช้เป็นโรงแรมที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่มีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารใช้บังคับ ต้องมีหลักฐานแสดงว่าได้รับอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรม และ มีใบรับรองการตรวจสอบสภาพอาคาร ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร”

เพื่อไม่ให้เกิดความสับสนในการขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรม กรณีที่ธุรกิจโรงแรมอยู่ในท้องที่ที่มีกฎหมายควบคุมอาคารใช้บังคับ และตรงตามเจตนารมณ์ของใบอนุญาตให้ใช้อาคารเป็นโรงแรม (อ.๑) และไปรับรองการตรวจสอบสภาพอาคาร (ร.๑) และสอดคล้องกับการตีความของคณะกรรมการการกฤษฎีกา

๒. นำมาตรฐานของการประกอบธุรกิจ ในต่างประเทศบางประการมาปรับใช้กฎหมาย โรงแรมของประเทศไทย

แม้ว่ามาตรฐานในการกำหนดควบคุมด้านต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจโรงแรมในประเทศไทยนั้น มีมาตรฐานในด้านต่าง ๆ ดีในระดับหนึ่งแล้ว เพียงแต่ควรจะนำมาตรการที่ไทยยังไม่มีมาพัฒนาปรับปรุง เพื่อให้กฎหมายอันเกี่ยวกับการควบคุมและประกอบธุรกิจโรงแรมของประเทศไทยมีความทันสมัย เพื่อให้สอดคล้องกับการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี พ.ศ. ๒๕๕๘ ดังนี้

๒.๑ ใบอนุญาตชั่วคราว

เสนอให้นำมาตรการการออกใบอนุญาตชั่วคราว ตามแนวทางของประเทศมาเลเซีย มาปรับกับประเทศไทย ในกรณีที่อาคารที่เคยใช้ประกอบกิจการโรงแรมก่อนกฎกระทรวงฯ ปี พ.ศ. ๒๕๕๑ ใช้บังคับ ที่ไม่สามารถเข้าสู่ระบบของโรงแรมตามกฎหมายได้อันเนื่องมาจากติดปัญหาเรื่องระยะร่นของอาคาร เพื่อเป็นการเยียวยาผู้ที่ประกอบธุรกิจโรงแรมเดิมที่ได้รับผลกระทบจากการที่กฎกระทรวงฯ ปี พ.ศ. ๒๕๕๑ ใช้บังคับ เป็นการชั่วคราวก่อน

๒.๒ ให้อาคารที่ใช้เป็นโรงแรมทุกประเภทมีกฎหมายให้ต้องทำโครงการเพื่อสิ่งแวดล้อมตามแต่ขนาดของธุรกิจ

เสนอให้เพิ่มเติมกฎหมายโรงแรม โดยกำหนดให้อาคารที่ใช้ประกอบธุรกิจโรงแรมทุกประเภทนั้น ต้องทำผลกระทบหรือประเมินในมาตรฐานเพื่อสิ่งแวดล้อมในทุกอาคารที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ โดยมีข้อกำหนดแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับลักษณะ ที่ตั้ง ขนาดของธุรกิจโดยยืมมาพร้อมกับการขออนุญาตประกอบกิจการโรงแรม โดยกำหนดหน่วยงานภาครัฐหรือเอกชนได้รับประเมินหรือทำโครงการเพื่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าว เนื่องจากธุรกิจโรงแรมเป็นธุรกิจที่ดำเนินการควบคู่ไปกับธรรมชาติ ดังนั้นการควบคุมสิ่งแวดล้อมจึงเป็นมาตรการสำคัญประการหนึ่งที่ต้องส่งเสริมและสนับสนุน ที่ผู้ประกอบการโรงแรมทุกประเภทต้องกระทำ หากแต่เพียงผู้ประกอบการที่มีขนาด ๘๐ ห้องขึ้นไปเท่านั้น และเพื่อการตอบสนองตามแนวทางของประชาคมอาเซียน ที่มีการผลักดันในเรื่องการรักษาสิ่งแวดล้อมตลอดมา และเป็นไปตามมาตรฐาน ASEAN Green Hotel ในมาตรฐาน ASEAN Tourism Standard ของการเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC อีกด้วย

๒.๓ ข้อจำกัดเรื่องห้องพัก

เสนอให้แก้ไขกฎกระทรวงฯ พ.ศ. ๒๕๕๑ ข้อ ๑๔ ถึง ๒๐ ให้ยกเลิกข้อกำหนดที่กำหนดให้โรงแรมประเภท ๑ ถึง ๔ ห้องพักต้องมีพื้นที่ใช้สอยไม่น้อยกว่า ๘-๑๔ ตารางเมตร เนื่องจากการกำหนดดังกล่าว เป็นการปิดกั้นรูปแบบของโรงแรมประเภทอื่น ๆ เช่น โรงแรมประเภทแคปซูล โรงแรมบนต้นไม้ ฯลฯ อีกทั้งเป็นการกำหนดที่คับแคบไม่เป็นสากล

๒.๔ เพิ่มกฎหมายในการกำหนด
บทบาทให้โรงแรมต้องจัดระดับธุรกิจ

เสนอให้กำหนดในบทบัญญัติของ
กฎหมายให้ผู้ประกอบการโรงแรมต้องมีการจัด
ระดับของโรงแรมเสนอมาพร้อมกับการขออนุญาต
ประกอบการโรงแรม โดยการจัดระดับนั้นให้เป็น
หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนก็ได้ แต่เมื่อเจ้าพนักงาน
ตามพระราชบัญญัติโรงแรมตรวจสอบแล้วไม่ตรง
ตามการจัดระดับที่ได้ยื่นขอไว้ เจ้าพนักงานสามารถ
ลดระดับของโรงแรมดังกล่าวได้ตามความเป็นจริง
การกำหนดดังกล่าวนี้เพื่อเป็นการบังคับให้ธุรกิจ
โรงแรมหลังจากนี้ต้องมีการวัดระดับให้เป็นเอกภาพ
มีมาตรฐานอันเดียวกัน

๓. เสนอมาตรการปกป้องธุรกิจโรงแรม เมื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

๓.๑ สร้างหลักเกณฑ์และตั้งหน่วยงาน
ในการจัดระดับโรงแรม เพื่อรองรับการประกอบ
ธุรกิจโรงแรม ๖ ดาว ตามข้อผูกพัน AFAS ชุดที่ ๘

เสนอให้ต้องตั้งหลักเกณฑ์ในการ
ธุรกิจโรงแรมระดับ ๖ ดาว ที่ประเทศไทยเปิดให้
บุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติอาเซียนสามารถถือ
หุ้นได้ร้อยละ ๗๐ โดยการเข้ามาร่วมหุ้นหรือร่วม
ลงทุนตามข้อผูกพัน AFAS ชุดที่ ๘ นั้น มีความ
แตกต่างกับโรงแรมระดับ ๕ ดาว ซึ่งเป็นมาตรฐาน
สากลมากน้อยแค่ไหนอย่างไร แล้วจึงกำหนดหรือ
ตั้งหน่วยงานที่รับการประเมินในธุรกิจโรงแรม
๖ ดาวดังกล่าว ไม่ว่าจะโดยภาครัฐหรือเอกชนก็
เพื่อป้องกันปัญหาการที่นักลงทุนชาติอาเซียน
ประเมินธุรกิจโรงแรมด้วยตัวเอง แล้วมาขออนุญาต
ตามข้อผูกพัน AFAS ชุดที่ ๘ ที่ไทยได้เปิดเสรี

๓.๒ การแก้ไข พระราชบัญญัติว่า
ด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑ เรื่อง
การขัดกันของสัญชาตินิติบุคคล

เสนอให้แก้ไขพระราชบัญญัติว่าด้วย
การขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๗
ที่ตีความการขัดกันของสัญชาตินิติบุคคลตาม
สำนักงานใหญ่ เพื่อให้ครอบคลุมถึง หากกรณีที่มี
การขัดกันของสัญชาตินิติบุคคลระหว่างสัญชาติ
หนึ่ง กับสัญชาติอาเซียน ผู้เขียนจึงเสนอให้แก้ไข
เพิ่มเติมกฎหมาย โดยให้การพิจารณาถึงสัญชาติ
ของนิติบุคคลที่เป็นปัญหาดังกล่าว ต้องพิจารณา
รวมไปถึงสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของ
นิติบุคคลดังกล่าวด้วย เพื่อเป็นการปกป้องและ
สงวนสิทธิประโยชน์ตามข้อผูกพัน AFAS ชุดที่ ๘
ให้แก่ประเทศสมาชิกอาเซียนโดยแท้ และป้องกัน
ไม่ให้นักลงทุนที่ไม่ใช่อาเซียนอาศัยช่องว่างตาม
ข้อผูกพันชุดที่ ๘ ประกอบ พระราชบัญญัติว่าด้วย
การขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๔๑ มาตรา ๗

๓.๓ แก้กฎกระทรวงเพื่อคุ้มครองให้
ที่ไม่เป็นโรงแรมตามกฎหมายกำหนดประเภท
และหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ.
๒๕๕๑ ทำได้เฉพาะคนไทย

ธุรกิจที่ไม่เป็นโรงแรมตามกฎหมายแต่
สามารถให้บริการที่พักแบบรายวัน ได้เยี่ยมโรงแรม
นั้น โดยเจตนารมณ์ของการยกเว้นไว้ ให้ไม่เป็น
โรงแรมดังกล่าว ก็เพื่อส่งเสริมการท่องเที่ยวในเชิง
อนุรักษ์ในท้องถิ่น อีกทั้งเพื่อประชาชนท้องถิ่น
สามารถประกอบธุรกิจให้บริการสถานที่พักขนาดเล็ก
อันเป็นกิจการที่เสริมสร้างรายได้ให้แก่ท้องถิ่น
ได้ รวมทั้งเผยแพร่และอนุรักษ์ขนบธรรมเนียม
ประเพณีและวัฒนธรรมท้องถิ่นของประเทศไทย

ดังนั้น หากไม่สามารถนำธุรกิจดังกล่าวจำแนกไว้
เป็นธุรกิจประเภทหนึ่ง ท้ายพระราชบัญญัติโรงแรม
ได้แล้วนั้น เมื่อมีการเปิดเสรีการค้าบริการและเข้า
สู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว ธุรกิจ
ในลักษณะดังกล่าวจึงเป็นธุรกิจของท้องถิ่นที่ควร
รักษาและอนุรักษ์ไว้ให้คนท้องถิ่น ซึ่งก็คือคนไทย
ตามเจตนารมณ์ของกฎกระทรวงฯ แต่เนื่องจาก
ธุรกิจดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายห้าม
ไม่ให้บุคคลหรือนิติบุคคลต่างชาติดำเนินธุรกิจ
ในลักษณะดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นควรเสนอให้กำหนด
คุณสมบัติของผู้ที่ประกอบธุรกิจที่พักเลี้ยงโรงแรม

ต้องเป็นธุรกิจที่ทำได้เฉพาะคนไทยเท่านั้น ทั้งนี้
เพื่อรักษาการท่องเที่ยวและสร้างรายได้ให้แก่
ท้องถิ่นจริง ๆ รวมทั้งรักษาขนบธรรมเนียมประเพณี
และวัฒนธรรมท้องถิ่นของคนไทยให้คงอยู่สืบไป
ไม่ใช่เป็นการที่นิติบุคคลต่างด้าวอาศัยช่องว่าง
ดังกล่าว เพื่อหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมาย
ประกอบธุรกิจที่พักในประเทศไทย อันทำให้คน
ท้องถิ่นขาดรายได้ และเป็นการทำลายขนบ
ธรรมเนียมประเพณีและวัฒนธรรมท้องถิ่นของ
ประเทศไทยในทางอ้อม ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ใน
การออกกฎกระทรวงฯ ดังกล่าว



บรรณานุกรม

รูปนา บุญประวิตร, การใช้แนวคิดเติบโตอย่างชาญฉลาด (Smart Growth) ในการวางแผนที่อยู่อาศัย
ในประเทศไทยสิงคโปร์ <http://asiamuseum.co.th/upload/forum/smart_growth.pdf>

ธนาคารแห่งประเทศไทย, ๑ ริงกิต ประมาณ ๙.๗๖ บาท, คำนวณวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ จาก <<http://www.bot.or.th/>>

ธนาคารแห่งประเทศไทย, ๑ เหรียญ สิงคโปร์ ประมาณ ๒๔.๕๔ บาท, คำนวณวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ จาก
<<http://www.bot.or.th/>>

ประกาศคณะกรรมการนโยบายการท่องเที่ยวแห่งชาติ เรื่อง แผนพัฒนาการท่องเที่ยวแห่งชาติ พ.ศ.
๒๕๕๕-๒๕๕๙, ราชกิจจานุเบกษา, ๑๒๘, พิเศษ ๖๗ ง (๑๗ มิถุนายน ๒๕๕๕).

พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. ๒๕๔๗, ราชกิจจานุเบกษา, ๑๒๑, ๗๐ ก (๑๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๗).

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการใช้ใบรับรองการ
ตรวจสอบอาคารเป็นหลักฐานในการขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมเรื่องเสร็จที่
๒๕/๒๕๕๓, <<http://www.krisdika.go.th/>>

อิสร์กุล อุณหฤต, สรุปและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒.
<<http://tdri.or.th/priority-research/foreignbusinessact>>

ASEAN Tourism STANDARDS, (6August, 2013) <www.aseantourism.travel/documents/asean-tourism-documents>

Attorney General's Chambers of Malaysia, *LAW OF MALAYSIA Act 626 HOTELS
(FEDERAL TERRITORY OF KUALA LUMPUR) ACT 2003*, (16August 2012) <<http://www.agc.gov.my/Akta/Vol.%2013/Act%20626.pdf>>

Attorney General's Chambers of Singapore, *Singapore Hotel Act (Chapter 127) Revised
Edition 1999* (16 May 2013) <<http://statutes.agc.gov.sg/aol/home.w3p>>

Mohd Sukuran bin Taib and Ho Chin Siong, *Planning System In Malaysia* (25 July 2013)
<[http://eprints.utm.my/6320/1/MohdSukuran_HCSiong2008_PlanningSystem
InMalaysia.pdf](http://eprints.utm.my/6320/1/MohdSukuran_HCSiong2008_PlanningSystemInMalaysia.pdf)>

United Nations Statistics Division, *CPC prov* (23 July 2013) <[http://unstats.un.org/UNSD/cr/
registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=641.;](http://unstats.un.org/UNSD/cr/registry/regcs.asp?Cl=9&Lg=1&Co=641.;) Hotel lodging services>





ภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์ Legal Immunity for Medical Professionals

วิสุทธิ์ สัจฉเสวี*

บทคัดย่อ

การวิจัยเรื่องภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาทบทวนถึงระบบกฎหมายของไทยที่มีอยู่ในปัจจุบันเกี่ยวกับภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้ที่มีวิชาชีพแพทย์ แนวคิดหรือทฤษฎีที่เกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของการรักษาพยาบาล ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายในต่างประเทศทั้งในระบบกฎหมายแบบซีวิลลอว์ และระบบกฎหมายแบบคอมมอนลอว์ ในประเด็นภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม นอกจากนี้ยังศึกษาเปรียบเทียบให้ครอบคลุมไปถึงการพิจารณาคดีทางการแพทย์หรือทุรเวชปฏิบัติ (Medical malpractice) ในแต่ละประเทศด้วย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยค้นคว้าจากเอกสารที่เกี่ยวกับภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์ ทั้งเอกสารปฐมภูมิและทุติยภูมิ จากตำรา บทความทางกฎหมาย แนวคำพิพากษาต่าง ๆ และจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ และทำการเปรียบเทียบโดยพิจารณาถึงสภาพทางเศรษฐกิจ สังคม การศึกษาและการเมือง ควบคู่กันไป

ภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์ในประเทศไทยอยู่ในระดับค่อนข้างต่ำและส่งผลกระทบในด้านลบต่อการปฏิบัติหน้าที่ แม้จะมีกฎหมายรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ความคุ้มครองเอาไว้ในมาตรา ๘๐ (๒) ก็ตาม ดังนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะที่เป็นรูปธรรมต่อปัญหาดังกล่าวทั้งระยะสั้นและระยะยาว เช่น การพิจารณาออกกฎหมายลูกในรูปแบบพระราชบัญญัติหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิมเพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๘๐ (๒) การพิจารณาแยกคดีทางการแพทย์ออกจากคดีผู้บริโภค การเคารพหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด การมีกฎหมายวิธีพิจารณาคดีทางการแพทย์ แยกต่างหากจากคดีทั่วไป การมีศาลชำนาญพิเศษในคดีทางการแพทย์ การกำหนดให้คดีทางการแพทย์ต้องผ่านการพิจารณาและรับรองจากคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ (Expert review Board) ก่อนจึงจะมีสิทธิยื่นฟ้องต่อศาล รวมถึงการออกมาตรการทางปกครองอื่นๆ เพิ่มเติม

คำสำคัญ : ภูมิคุ้มกันทางกฎหมาย วิชาชีพแพทย์ กฎหมายทุรเวชปฏิบัติ

* ผู้ช่วยผู้อำนวยการใหญ่ฝ่ายแพทย์ โรงพยาบาลกรุงเทพ กรุงเทพมหานคร

Abstract

The objectives of the research entitled “Legal Immunity for Medical Professionals” is to review and study the existing Thai law system involving the legal protection for medical practitioners and the ideas and theories about the legal status of the term “health care,” including a comparative study with other countries worldwide that have both civil and common law system bases. The study also reviews details of malpractice lawsuits in each country

This is a qualitative research study done by searching and collecting both primary and secondary document data from textbooks and literatures of law, guidelines from judgments and verdicts of the courts, and information from many other Web sites of local and worldwide networks according to their socio-economic, educational, and political status.

Results from the study show that the legal immunity for Thai medical practitioners is considered quite low, which can have negative effects on the overall Thailand healthcare scheme. Despite the fact that text in the Constitution’s section ๔๐ (๒), offers legal protection to medical professionals who meet the standard of care, there is no definite act or legislation to back up that kind of immunity. Therefore, the author proposes both short- and long-term measures to cope with this problem, such as legislating laws according to the Constitution’s section ๔๐ (๒), separating medical malpractice lawsuits from consumer protection laws, following the *volenti non fit injuria* principle, and legislating new procedural law for medical malpractice lawsuits apart from regular cases, or setting up a special court for that purpose. Another important proposal is setting up an “Expert Review Board” to review and certify reasonable cases before going to court. Other administrative measures are also proposed in this research.

Keywords : Legal immunity, Medical professionals, Medical malpractice lawsuits

บทนำ (Introduction)

นับตั้งแต่อดีตอันยาวนานความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วยเป็นไปในลักษณะช่วยเหลือเกื้อกูลซึ่งกันและกัน มีความเชื่อถือศรัทธาไว้วางใจและเอื้ออาทรต่อกัน ไม่มีผลประโยชน์แอบแฝง แพทย์ได้รับการปลูกฝังให้เสียสละอุทิศตัวเพื่อประโยชน์ของผู้ป่วยและผู้ป่วยก็มองว่าแพทย์เป็นเหมือนที่พึ่งในยามเจ็บไข้ได้ป่วยต่างฝ่ายต่างช่วยดูแลซึ่งกันและกัน

ต่อมาเมื่อสภาพทางเศรษฐกิจ สังคมและการเมืองเปลี่ยนแปลงไป กระบวนการการรักษาพยาบาลถูกนำมาใช้เพื่อประโยชน์ทางการเมืองทางเศรษฐกิจมากขึ้นโดยทำให้แพทย์กลายเป็นเพียงผู้มีหน้าที่ให้บริการรักษาพยาบาลโดยอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่เป็นตัวเงินเท่านั้น ถ้าการรักษาไม่ถูกใจหรือไม่ได้ตั้งใจหรือมีเหตุการณ์อันไม่พึงประสงค์ขึ้นก็จะรู้สึกไม่พอใจ และเรียกร้องเอากับแพทย์ทั้งการร้องเรียนผ่านหน่วยงานต่าง ๆ และการฟ้องร้องเป็นคดีความ

ทางด้านแพทย์ผู้ปฏิบัติเริ่มเกิดความรู้สึกว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมจากสังคม ถูกร้องเรียนหรือถูกฟ้องร้องโดยไม่เป็นธรรม เสื่อมเสียชื่อเสียง ทั้ง ๆ ที่มีเจตนาดีที่จะช่วยเหลือคนไข้ ทำให้ขาดขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติงาน เริ่มรู้สึกถึงความไม่มั่นคงในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อช่วยเหลือผู้อื่น รู้สึกว่าจะยอมเสียสละทุ่มเทเพื่อผู้อื่นไปทำไม เพราะถ้าให้การรักษาแล้วหายดีก็แค่เสมอตัวแต่ถ้า

เกิดเหตุอันไม่พึงประสงค์หรือผลการรักษาไม่เป็นที่พึงพอใจก็อาจกลายเป็นจำเลยของสังคมและอาจเป็นจำเลยในศาลด้วยซึ่งความรู้สึกเช่นนี้อาจส่งผลเสียต่อสังคมในวงกว้างได้

เนื่องจากลักษณะงานของวิชาชีพแพทย์ถือเป็นวิชาชีพ (Professional) โดยแท้และมีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อชีวิต สุขภาพและอนามัยของประชาชนทั่วไปนับตั้งแต่เกิดจนตาย ซึ่งนับว่าเป็นบทบาทมีความสำคัญมาก และการที่คน ๆ หนึ่งจะสามารถเป็นแพทย์ได้นั้นต้องผ่านการเรียนรู้อย่างหนักทั้งภาคทฤษฎีและภาคปฏิบัติเป็นระยะเวลายาวนานมากกว่า ๑๐ ปี อาจถือได้ว่ามากที่สุดในทุก ๆ สาขาวิชาชีพที่มีการเรียนการสอนกันในประเทศรวมถึงทั่วโลกด้วย

ในเมืองงานและความรับผิดชอบของผู้มีวิชาชีพแพทย์มีเดิมพันที่สูงมาก มีความท้าทายและลุ่มเสี่ยงและยังต้องการผู้ที่มีคุณลักษณะโดดเด่น มีความรู้ความสามารถและความอดสาหิริยะมากเป็นพิเศษเพื่อมารับผิดชอบในงานที่ยากและสำคัญ เช่นนี้ หากไม่สังคมจึงจะไม่ให้ความคุ้มครองและปกป้องรวมทั้งการสนับสนุนผู้ที่จะเข้ามาทำงานในลักษณะนี้ให้มีขวัญและกำลังใจที่ดีเพื่อเดินหน้าพัฒนางานในหน้าที่ให้ลุล่วงและประสบความสำเร็จตามที่คาดหวัง สามารถใช้ความรู้ความสามารถของแต่ละคนอย่างเต็มกำลังและเต็มศักยภาพโดยไม่ต้องมาพะวงกับความไม่มั่นคงทางกฎหมายของวิชาชีพ และผู้ที่จะได้รับผลพวงของความสำเร็จนั้นก็คือประชาชนส่วนใหญ่นั้นเองที่จะมีสุขภาพ

^๑ ธีรเดช วิทยานันต์, “กลุ่มเลือดสำคัญต่อชีวิตอย่างไร” (๒๕๔๙) ๒๓:๒ วารสารรามคำแหง ๑๑๗, ๑๑๗-๑๒๒.

^๒ ชูชาติ อารีจิตรานุสรณ์, “การตรวจเลือด” (๒๕๓๖) ๑:๑ วารสารศูนย์การศึกษาต่อเนื่อง มหาวิทยาลัยขอนแก่น ๓๐, ๓๐-๓๓.

อนามัยที่แข็งแกร่งซึ่งก็จะส่งผลดีต่อสังคมและประเทศชาติโดยรวมด้วยดังคำกล่าวที่มีการรณรงค์กันในต่างประเทศว่า “ช่วยแพทย์ เพื่อช่วยผู้ป่วย” (Helping Doctors help Patients)* ซึ่งหมายถึงประโยชน์ที่ได้สุดท้ายจะตกอยู่กับประชาชนส่วนใหญ่นั่นเอง

ทั้งหมดจึงเป็นที่มาของงานวิจัยชิ้นนี้ที่ต้องการศึกษาถึงภูมิคุ้มกันทางกฎหมายที่มีต่อผู้มิวิชาชีพแพทย์ของไทยเมื่อเปรียบเทียบกับการบังคับใช้กฎหมายในเชิงควบคุมและลงโทษต่อวิชาชีพและเปรียบเทียบกับในต่างประเทศในประเด็นดังกล่าวด้วย รวมถึงการเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีความสมดุลและเกิดความเป็นธรรมให้มากที่สุด

วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)

๑. เพื่อศึกษาบทพจนานุกรมถึงระบบกฎหมายไทยในการให้ความคุ้มครองหรือควบคุมลงโทษต่อผู้มิวิชาชีพแพทย์

๒. เพื่อศึกษาแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับนิติสถานะของการรักษาพยาบาล

๓. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายในต่างประเทศในประเด็นดังกล่าว

๔. เพื่อเสนอแนะแนวทาง หรือปรับปรุงระบบกฎหมายให้เกิดความสมดุลและเป็นธรรมมากขึ้น

แนวคิด ทฤษฎี กฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

กรณีผู้มิวิชาชีพที่ต้องทำงานที่มีลักษณะเสี่ยงสูงและเป็นงานที่ยากและสำคัญซึ่งเกี่ยวข้องกับชีวิต สุขภาพ และอนามัยของผู้คนโดยทั่วไปแล้ว สังคมควรจะวางระบบกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองหรือเพิ่มภูมิคุ้มกันต่อผู้มิวิชาชีพเหล่านี้ให้เกิดขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวให้เป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมให้ได้ที่สุดตามหลักการที่ว่า “ช่วยแพทย์เพื่อช่วยผู้ป่วย” น่าจะเกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าการกล่าวหาจับผิดหรือเรียกร้องผลประโยชน์ในรูปแบบต่าง ๆ จากผู้มิวิชาชีพเหล่านี้ ส่วนผู้มิวิชาชีพที่กระทำการอันขัดต่อมาตรฐานและจริยธรรมแห่งวิชาชีพอย่างชัดแจ้งนั้น องค์กรทางวิชาชีพ เช่น แพทยสภาที่มีมาตรการตามกฎหมายที่จะสอบสวนลงโทษไปตามขั้นตอนของหลัก Self-Regulated Mechanism หรือการควบคุมดูแลกันเองอยู่แล้วโดยแพทยสภাজัดเป็นหน่วยงานทางปกครองที่ได้รับมอบอำนาจทางปกครองจากรัฐให้ทำหน้าที่ดังกล่าว พอจะสรุปแนวคิดและทฤษฎีดังกล่าวได้ดังต่อไปนี้

๑. การรักษาพยาบาลจัดเป็นบริการสาธารณะ (Service Public) ชนิดหนึ่งที่ภาครัฐต้องจัดหาให้แก่ประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในกฎหมายมหาชนและในปฎิญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ (ข้อที่ ๒๕)

* Past President Amercian Medical Association

๒. แพทย์เป็นผู้ที่ใช้ความรู้ความสามารถตามหลักวิชาเพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยเท่านั้น และผู้ป่วยไม่ใช่ผู้บริโภค (Patients are not Consumer) ซึ่งมาจากบทความที่เขียนโดย Paul Krugman ซึ่งเป็นนักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล ปี ๒๐๐๘ (Nobel Prize Economist)

๓. การเจ็บป่วยนั้นเป็นมาก่อนแล้วไม่ว่าจะเจ็บป่วยทางกายหรือทางจิตใจแล้วจึงมาพบแพทย์เพื่อแก้ไขหรือรักษา เพราะคนที่ปกติดีทุกอย่างก็คงไม่มีใครคิดจะไปหาแพทย์ ดังนั้นแพทย์จึงไม่ใช่ผู้ที่ก่อให้เกิดการเจ็บป่วยเหล่านั้น จึงไม่ควรจะถูกพิจารณาว่าเป็นผู้กระทำละเมิดตามความหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ว่าด้วยการละเมิด

๔. ตามหลักวิชาการและข้อเท็จจริงทางการแพทย์ที่เหมือนกันทั่วโลกก็คือ กระบวนการรักษาพยาบาลจะจบลงด้วย ๔ แนวทาง คือ หายตาย พิการ์ หรือ ไม่หายไม่ตายแต่เรื้อรัง เพราะแพทย์ไม่สามารถช่วยชีวิตหรือรักษาทุกคนให้หายจากทุกโรคได้ วิทยาการความรู้ทางการแพทย์ที่มีอยู่ในปัจจุบันเทียบแล้วเป็นเพียงส่วนน้อยนิดของธรรมชาติของชีวิตมนุษย์และธรรมชาติของโรคภัยไข้เจ็บต่าง ๆ ที่มีอยู่รวมทั้งมีโรคอุบัติใหม่ที่เกิดขึ้นมาให้ศึกษาค้นคว้ากันแทบทุกวันไม่มีที่สิ้นสุด ซึ่งมีกำหนดไว้ในประกาศแพทยสภาเรื่องข้อเท็จจริงทางการแพทย์ข้อที่ ๒ และเป็นไปตามหลักสากลที่ว่าไม่มีอะไรที่แน่นอน ๑๐๐ เปอร์เซ็นต์ในทางการแพทย์ (Nothing is 100% in Medicine) เพราะวิชาการแพทย์ไม่ใช่วิชาที่สามารถคำนวณได้แม่นยำเหมือนวิชาคำนวณทางวิทยาศาสตร์ทั้งหลายเพราะมีตัวแปรหรือปัจจัยต่าง ๆ ที่ไม่สามารถ

ควบคุมได้เป็นจำนวนมาก ดังที่สมเด็จพระมหิตลาธิเบศรอดุลยเดชวิกรมพระบรมราชชนกซึ่งเป็นพระบิดาแห่งวงการแพทย์ไทยได้ทรงกล่าวไว้ว่า “แพทยวิทยา ผิดกับวิชาดาราศาสตร์หรือวิชาคำนวณทั้งสองนี้เป็นวิทยาศาสตร์แม่นยำ ส่วนวิชาแพทยนั้นเป็นวิชาแม่นยำบางส่วนแต่ก็เป็นทั้งวิทยาศาสตร์และศิลปศาสตร์”

๕. ถ้าแพทย์ให้การรักษายาบาลตามหลักวิชาการและเป็นไปตามมาตรฐานและจริยธรรมแห่งวิชาชีพตามที่แพทยสภากำหนดไว้แล้วแม้ผู้ป่วยจะเกิดความพิการหรือเสียชีวิตจากการรักษาพยาบาลนั้นก็สมควรถือว่าเป็นการกระทำละเมิด เพราะการช่วยเหลือผู้ป่วยแล้วช่วยไม่สำเร็จหรือประสบความสำเร็จเพียงบางส่วนย่อมแตกต่างจากการกระทำละเมิดโดยตรงต่อผู้ป่วย แม้ผลที่เกิดขึ้นจะเหมือนหรือคล้ายกันก็ตาม และกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๘๐ (๒) นโยบายด้านการสาธารณสุข ก็บัญญัติให้ความคุ้มครองไว้ว่า “.....ผู้มีหน้าที่ให้บริการดังกล่าวซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย”

๖. องค์การตามกฎหมายที่จะวินิจฉัยว่าแพทย์ให้การรักษามาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรมหรือไม่ก็คือแพทยสภาซึ่งเป็นไปตามหลัก “Self-Regulated Mechanism” หรือหลักการควบคุมดูแลกันเองในหมู่ผู้มีวิชาชีพ (Professionals) ซึ่งเป็นหลักสากลทั่วไปรวมทั้งในข้อบังคับแพทยสภาในหมวดที่ว่าด้วยจริยธรรมในพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ ก็ได้กำหนดมาตรการลงโทษตั้งแต่ว่ากล่าวตักเตือนไปจนถึงเพิกถอนใบอนุญาตประกอบวิชาชีพอยู่แล้ว

ซึ่งถือว่าเป็นความผิดทางจริยธรรม (ethic) รวมถึงยังมีกฎหมายที่กำหนดแนวทางการเยียวยาผู้ป่วยในการณีเกิดผลกระทบอันไม่พึงประสงค์ขึ้น ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๔๑ ของ พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ การวินิจฉัย “กระทำการโดยประมาท” ในทางการแพทย์โดยผู้ที่ไม่มีความรู้ความเข้าใจอย่างแท้จริงทางการแพทย์หรือพยายามใช้หลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือหลักวิญญาณมาปรับใช้กับศาสตร์ที่เฉพาะทางมาก ๆ เช่นนี้โดยไม่คำนึงถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายหรือหลักสุจริต (Good Faith) อาจส่งผลเสียต่อวิชาชีพและต่อระบบสาธารณสุขของประเทศได้ นอกจากนี้ยังมีองค์กรทางวิชาการที่อยู่ภายใต้โครงสร้างของแพทยสภาที่เป็นอิสระคือ “ราชวิทยาลัยแพทย์” ในสาขาวิชาการแพทย์ด้านต่างๆ ครบทุกสาขา (ปัจจุบันมี ๑๔ ราชวิทยาลัยฯ) ซึ่งมีองค์ประกอบที่ถือได้ว่าเป็นที่สุดทางวิชาการแพทย์ในสาขานั้นๆ แล้ว ดังนั้นจะมีองค์กรใดอีกเล่าที่จะสามารถให้ความเห็นทางวิชาการแพทย์ที่ขัดแย้งกับความเห็นของ “ราชวิทยาลัยแพทย์” และยังได้รับการยอมรับจากผู้มีวิชาชีพแพทย์ทั่วไปได้อีก

๗. การรักษาพยาบาลโดยทั่วไปย่อมได้รับความยินยอมอย่างชัดแจ้งหรือโดยปริยายจากผู้ป่วยหรือญาติอยู่แล้ว ทั้งในรูปแบบที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Informed Consent) และไม่เป็นลายลักษณ์อักษรหรือโดยปริยาย (implied consent) ก็ได้ เว้นแต่กรณีฉุกเฉินเร่งด่วนที่ไม่อาจรอความยินยอมได้ แพทย์ก็สามารถให้การรักษาเพื่อช่วยชีวิตได้ทันทีโดยมีหลักกฎหมายที่ยกเว้นความรับผิดชอบไว้ ทั้งหลักความยินยอมและหลักจำเป็นและตามพระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ รวม

ถึงประกาศแพทยสภาเกี่ยวกับสิทธิผู้ป่วย ข้อที่ ๔ หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit Injuria) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการยอมรับทั่วโลกทั้งในประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ Common Law และ Civil Law ส่วนหลักจำเป็นนั้นตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๖๗ ก็กำหนดไว้ว่าไม่ต้องรับโทษถ้า “ไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุ”

๘. ค่านิยมและศีลธรรมอันดีของสังคมเกี่ยวกับประเด็น “ความกตัญญูรู้คุณ” และ “การอุทิศตนเพื่อช่วยเหลือผู้อื่น” อาจได้รับความกระทบกระเทือน ผู้ที่มีเจตนาดีที่จะช่วยชีวิตผู้อื่น (ซึ่งสอดคล้องกับหลักการที่เป็นสากลใน Good Samaritan law) แต่ระบบกฎหมายกลับเปิดช่องให้กลายเป็นจำเลยได้ ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าแนวทางเช่นนี้น่าจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

๙. ข้อจำกัดและความขาดแคลนของระบบสาธารณสุขของประเทศย่อมส่งผลกระทบต่อคุณภาพการรักษาพยาบาลโดยตรง และการรักษาพยาบาลเป็นงานที่ต้องกระทำเป็นที่หรือเป็นสหวิชาชีพรวมทั้งต้องได้รับความร่วมมืออย่างดียิ่งจากตัวผู้ป่วยด้วย การจะโยนความรับผิดชอบเกี่ยวกับผลการรักษาไปที่ฝ่ายที่ให้การรักษาพยาบาลเพียงฝ่ายเดียวโดยไม่คำนึงถึงปัจจัยที่เกิดจากฝ่ายผู้ป่วยหรือแม้แต่ปัจจัยจากภาครัฐซึ่งรวมถึงนโยบายรัฐทางด้านสาธารณสุขและระบบกฎหมายต่าง ๆ เลยคงไม่น่าจะถูกต่อนัก ซึ่งสอดคล้องกับประกาศแพทยสภาเรื่องข้อเท็จจริงทางการแพทย์ข้อที่ ๗

๑๐. ภาวะพร่องภูมิคุ้มกันทางกฎหมายของผู้มีวิชาชีพแพทย์อาจมีผลกระทบต่อการพัฒนา

และความเจริญก้าวหน้าทางวิชาการแพทย์ได้ เพราะการเรียนรู้จากความสำเร็จในอดีตของ ทั้งตนเองและของผู้อื่นและการประชุมร่วมกัน การวิพากษ์วิจารณ์และให้ความเห็นโดยสุจริตด้วย เหตุผลทางวิชาการยังเป็นหลักการที่สำคัญในการ พัฒนาการวิชาการแพทย์ ซึ่งในปัจจุบันผู้ประกอบการ วิชาชีพไม่ค่อยกล้าที่จะกระทำการเพราะขาดความ มั่นใจในกระบวนการและกลัวผลกระทบทางกฎหมาย ที่อาจเกิดขึ้นและในปัจจุบันก็ยังไม่มีความหมายใด ๆ ที่จะมาคุ้มครองให้มีการนำความคิดเห็นทางวิชาการ ในการประชุมทางวิชาการมาเป็นประเด็นหรือ ข้อกล่าวหาหรือหลักฐานในการดำเนินคดีในศาล

วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)

๑. เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการวิจัย เอกสาร ทั้งเอกสารปฐมภูมิและทุติยภูมิ บทความ ตำรา ทั้งในและต่างประเทศ

๒. ศึกษาเปรียบเทียบแนวทางการให้ ภูมิคุ้มกันของผู้มีวิชาชีพแพทย์ ทั้งในและต่างประเทศ โดยพิจารณาถึงสภาพทางเศรษฐกิจ สังคม การศึกษา และการเมือง ควบคู่กันไป

๓. นำข้อมูลที่ได้มาวิเคราะห์ สังเคราะห์ และประมวลผล

ผลของการวิจัย (Result)

ประเทศไทยจัดเป็นประเทศที่มีภูมิคุ้มกัน ทางกฎหมายต่อวิชาชีพแพทย์ ค่อนข้างต่ำ (minimal legal immunity for the medical practitioners) สังเกตได้ว่าจะค้นหาหลักกฎหมายทั้งที่เป็นกฎหมาย สาระบัญญัติและกฎหมายวิธีสบัญญัติที่มีเนื้อหา ในเชิงให้ความคุ้มครองกับวิชาชีพแพทย์ได้น้อยมาก

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายที่มีเนื้อหาในเชิงควบคุม ลงโทษ ซึ่งแตกต่างกับในต่างประเทศ จึงสมควร เสนอให้มีการบัญญัติกฎหมายหรือมีมาตรการต่าง ๆ ที่มีลักษณะดังกล่าวเพิ่มขึ้นเพื่อประโยชน์ต่อระบบ สาธารณสุขของประเทศมากยิ่งขึ้นเพราะเราอยู่ใน ประเทศกำลังพัฒนามีความขาดแคลนในหลาย ๆ อย่าง และมีความไม่สมบูรณ์อย่างมากในระบบ สาธารณสุข จึงไม่ควรให้ปัญหาการไม่มั่นใจและ ไม่มั่นคงในการประกอบวิชาชีพเวชกรรมมาบั่นทอน ระบบให้มากขึ้นไปอีก เพราะเหตุไปลอกเลียนแบบ (เพียงบางส่วน) ของบางประเทศที่พัฒนาแล้วและมี ความพร้อมของระบบสาธารณสุขมากกว่า ตลอดจน ขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน อย่างสิ้นเชิง

จากทั้งหมดข้างต้น เราจะพบความจริง อันหนึ่งว่าบุคลากรในระบบสาธารณสุขของต่าง ประเทศถือเป็นบุคลากรที่มีคุณค่าและจำเป็นต่อ สังคม โดยบุคลากรเหล่านี้มีหน้าที่ต้องให้การรักษา พยาบาลตามสมควรกับหน้าที่และภายใต้มาตรฐาน ทางการแพทย์ แต่เนื่องจากการปฏิบัติงานของ บุคลากรเหล่านี้ มีเติมพันสูงคือชีวิต อามาย และ สุขภาพของผู้ป่วย ซึ่งในความเป็นจริงแล้วไม่ว่า จะระมัดระวังเพียงใดก็ย่อมมีโอกาสเกิดความผิด พลาดได้โดยไม่เจตนา การมีบทคุ้มครองบุคลากรที่ กระทำการภายใต้เจตนาดีและบริสุทธิ์เพื่อช่วยชีวิต เพื่อนมนุษย์ จึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้บุคลากร เหล่านี้ไม่ตกเป็นเหยื่อของระบบหรือช่องโหว่ทาง กฎหมายที่มีคนบางกลุ่มคอยจ้องหาผลประโยชน์ อยู่ แต่หากบุคลากรกระทำการโดยไม่รักษาไว้ซึ่ง มาตรฐานก็จำเป็นต้องมีบทลงโทษทางกฎหมายเพื่อ ปกป้องประชาชนผู้มารับการรักษาเช่นกัน

ข้อสรุปเกี่ยวกับภูมิคุ้มกันทางกฎหมาย ของแพทย์โดยแยกออกเป็นหมวดหมู่

มาตรการการปรับปรุงระบบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคดีทางการแพทย์โดยมีเป้าหมายเพื่อลดความถี่ (frequency) ลดโอกาส (probability) และลดความรุนแรง (severity) ของคดีทางการแพทย์ลง เป็นข้อเสนอที่ให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องร่วมกันหามาตรการการใช้กระบวนการทางนิติบัญญัติ (Legislation) และกระบวนการทางปกครอง (administrative) รวมทั้งกระบวนการคิดและทัศนคติต่าง ๆ ของสังคม (Thinking process) มาช่วยแก้ไขปัญหามา เพื่อเสริมสร้างภูมิคุ้มกันแก่ผู้มีวิชาชีพ เนื่องจากจากปัญหากฎหมายที่ล้าสมัยหรือกฎหมายที่ออกมาแล้วไม่รอบคอบก่อให้เกิดปัญหาความไม่เป็นธรรม หรือไม่สมดุลต่อวิชาชีพ หรือกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดในเรื่องนั้น ๆ มาก่อน และมีการบัญญัติหรือกล่าวถึงในประเทศต่าง ๆ ที่ประเมินว่าน่าจะเหมาะสมกับวิชาชีพเวชกรรมในประเทศเรามากกว่า โดยการเสนอร่างกฎหมายใหม่หรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเดิม หรือใช้มาตรการต่าง ๆ ทางปกครองเพิ่มเติม สาระสำคัญแบ่งเป็น ๕ หมวด ดังต่อไปนี้

หมวด ก แนวคิด ทัศนคติ ประเพณีและวัฒนธรรมและความเข้าใจในข้อเท็จจริงทางการแพทย์ของสังคม รวมทั้งแนวคำวินิจฉัยที่สำคัญของศาลในต่างประเทศ

หมวด ข ทัศนคติและปรัชญาทางกฎหมายและหลักกฎหมายทั่วไป

หมวด ค กฎหมายสารบัญญัติ

หมวด ง กฎหมายวิธีสบัญญัติ

หมวด จ มาตรการทางปกครองอื่น

- การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ

ข้อสรุปและข้อเสนอแนะที่เป็นรูปธรรม ในการเพิ่มภูมิคุ้มกันทางกฎหมายต่อผู้มี วิชาชีพแพทย์ในระบบกฎหมายไทย ปัจจุบัน

๑. ให้ความรู้และทำความเข้าใจเพื่อพัฒนาและปรับปรุงแนวคิดและทัศนคติของสังคมทุกภาคส่วนต่อวิชาชีพแพทย์ให้ตระหนักและเข้าใจในข้อเท็จจริงทางการแพทย์รวมทั้งข้อจำกัดและปัจจัยต่างๆ ที่นอกเหนือจากตัวแพทย์ที่อาจส่งผลต่อการรักษาพยาบาล รวมทั้งปัจจัยที่เกิดจากตัวผู้ป่วยเองด้วย และร่วมกันป้องกัน ระงับยับยั้งการให้ข้อมูลผิด ๆ ในเชิงลบของวิชาชีพแพทย์ต่อสังคมของคนบางกลุ่ม

๒. เสนอแนะและแลกเปลี่ยน หลักการ ทฤษฎีและปรัชญาทางกฎหมายแก่ผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่ายในแวดวงกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทุกระดับ เช่น ประเด็น Apology law, Good Samaritan law หรือ หลัก standards of medical negligent ตาม Bolam test หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit Injuria) และ informed consent

แยกความผิดทางจริยธรรม (ethic) ซึ่งควบคุมโดยสภาวิชาชีพออกต่างหากจากความผิดทางกฎหมาย (law) ซึ่งควบคุมโดยกระบวนการยุติธรรมและศาล

สื่อให้กระบวนการยุติธรรมทั้งระบบ
เข้าใจและแยกแยะความหมายของทฤษฎีปฏิบัติ
(medical malpractice) และเหตุการณ์อันไม่พึง
ประสงค์ (medical incident) ว่ามีความแตกต่างกัน
กันเพราะเหตุอันไม่พึงประสงค์ในการรักษาพยาบาล
(medical incident) อาจเกิดจากภาวะของโรคเอง
หรือเป็นเหตุสุดวิสัยที่แม้จะให้การรักษาตาม
มาตรฐานอย่างเต็มที่แล้วก็เกิดขึ้นได้ ซึ่งจะต่างกับ
ทฤษฎีปฏิบัติ (medical malpractice) ซึ่งมีสาเหตุ
จากความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงหรือให้การ
รักษาไม่ได้มาตรฐานที่ควรจะเป็น

๓. ในระยะสั้น - ระยะปานกลาง

๓.๑ เสนอกฎหมายแยกคดีทางการแพทย์
ออกจากคดีผู้บริโภคและ/หรือ

๓.๒ เสนอกฎหมายวิธีพิจารณาคดี
ทางการแพทย์และสาธารณสุข โดยมีหลักการคือ

- กำหนดให้คดีทางการแพทย์
ไม่อยู่ในบังคับของคดีผู้บริโภคและไม่เป็นคดีอาญา

- การพิจารณาพิพากษาเป็นของโจทก์
ตามหลักสากลทั่วโลก

- ค่าธรรมเนียมศาลผู้ฟ้องต้อง
รับผิดชอบตามที่กฎหมายกำหนด

- การฟ้องต้องผ่าน expert
review board เพื่อให้การรับรอง (certify) ก่อน
โดยถือเป็นมาตรการที่จำเป็นก่อนฟ้อง (pre-suit
requirement)

- กำหนดเพดานหรือจำกัดค่า
เสียหายที่จะเรียกร้อง (statutory caps or
recovery limit) ให้เป็นธรรมกับทุกฝ่ายไม่ใช่เรียก
ร้องกันตามอำเภอใจ เวลาการรักษาเสียเงินนิดเดียว

หรือบางที่ไม่เสียเลย แต่เวลามีความเสียหายกลับ
เรียกร้องเงินเป็น ๑๐๐ เป็น ๑,๐๐๐ เท่า อย่างนี้
ถือว่าไม่ยุติธรรม

- อายุความฟ้องร้องควรมีการ
กำหนดให้ชัดเจนไม่ให้ยาวจนเกินไป

- กำหนดเขตอำนาจศาลของ
คดีทางการแพทย์ใหม่ให้ชัดเจนว่าอยู่ในเขตอำนาจ
ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง โดยพิจารณาจาก
บริบททางกฎหมายทั้งหมด

- กำหนดให้ฟ้องหน่วยงานของ
รัฐกรณีแพทย์ทำงานในภาครัฐและฟ้องหน่วยงาน
หรือบริษัทที่มีฐานะเป็นตุลาการหรือนายจ้างกรณี
ทำงานภาคเอกชน โดยหน่วยงานของรัฐหรือ
ตุลาการหรือนายจ้างตามแต่กรณีมีสิทธิไต่เบี่ยงได้ตาม
หลักการในพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิด
ของเจ้าหน้าที่

๓.๓ เสนอต่อกระทรวงยุติธรรมและ
สำนักงานศาลยุติธรรมเพื่อพิจารณาจัดตั้งแผนกคดี
ทางการแพทย์ขึ้นในศาลยุติธรรมหรือจัดตั้งศาล
ชำนาญพิเศษเพื่อพิจารณาคดีทางการแพทย์ตามร่าง
พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีทางการแพทย์และ
สาธารณสุข ที่จะนำเสนอเพิ่มเติม

๓.๔ เสนอแพทยสภาตั้ง expert
review board โดยมีองค์ประกอบสองส่วนคือ
ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทางวิชาการแพทย์และผู้เชี่ยวชาญ
ทางกฎหมายการแพทย์จากหลายภาคส่วน ทำหน้าที่
รับและพิจารณาคำร้องเรียนทางการแพทย์เพื่อให้
คำรับรอง (certification) ว่าเป็นประเด็นที่มี
เหตุผลหรือมีมูลสมควรฟ้องต่อศาลหรือไม่ ตามที่
กำหนดไว้ในร่าง...พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดี
ทางการแพทย์และสาธารณสุข

๓.๕ แผนอแพทยสภาประเด็นการทำ
ประกันภัยวิชาชีพกลุ่ม (collective medical
malpractice insurance pool) โดยค่าเบี้ยประกัน
ส่วนหนึ่งมาจากการช่วยเหลือจากภาครัฐ

๓.๖ แผนรัฐบาล กระทรวง
สาธารณสุขและคณะกรรมการ ๓ กองทุน คือ
กองทุนประกันสังคม กองทุนหลักประกันสุขภาพ
และกรมบัญชีกลาง เพื่อพิจารณากรณีจัดตั้ง

- กองทุนแห่งชาติ (national
fund) พร้อมที่มาของเงินกองทุน และ

- คณะกรรมการไกล่เกลี่ยกลาง
(mediation board) รวมทั้ง อนุญาโตตุลาการ
(arbitration)

- โดยเน้นหลักการตกลงนอก
ศาล (out-of-court procedure) และ หลักการ
ชดเชยที่เหมาะสมและเป็นธรรม และไม่ต้องมีการ
พิสูจน์ความผิด (no-fault and fair and justify
compensation)

๓.๗ แผนอแพทยสภาให้ออกประกาศ
แพทยสภา ประเด็นแพทย์มีสิทธิปฏิเสธการรักษา
ผู้ป่วยที่เคยฟ้องร้องกับแพทย์ท่านอื่นหรือแม้แต่
ฟ้องร้องเพื่อนร่วมงานของตน เว้นแต่กรณีผู้ป่วย
อยู่ในภาวะฉุกเฉินเร่งด่วนหรือเป็นอันตรายต่อชีวิต
ทั้งนี้เพื่อให้เกิดผลต่อการรักษาพยาบาลและช่วย
ควบคุมการฟ้องร้องที่ไม่สมเหตุผล (frivolous
lawsuit) ได้ทางหนึ่งและไม่เป็นการข่มขืนใจ
ผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมด้วย

๓.๘ แผนอแพทยสภาออกประกาศ
แพทยสภาเรื่องชั่วโมงทำงานที่เหมาะสมของแพทย์
เพื่อคุณภาพชีวิตและลดความผิดพลาดในการทำงาน
และควรมีการติด “คำประกาศสิทธิผู้ป่วย” ไว้

ควบคู่กับ “หน้าที่ผู้ป่วย” และ “ข้อเท็จจริงทาง
การแพทย์” ในทุกสถานพยาบาล

๓.๙ การคิดนอกกรอบ

- ประเด็น Counter suits หรือ
การฟ้องกลับ

- คือการที่ผู้มิวิชาชีพแพทย์
ฟ้องตอบโต้กรณีถูกกล่าวหาหรือถูกฟ้องร้องโดย
ไม่มีมูลเหตุพื้นฐานที่มีคุณค่าพอ (without valued
ground) รวมทั้งฟ้องตัวแทนความที่ฟ้องให้ลูก
ความโดยไม่มีเหตุผลที่ต้องตามตรรกวิทยา
(without any rhyme or reason) ด้วยเช่นข้อหา
ดูหมิ่นซึ่งหน้า ดูหมิ่นเจ้าพนักงาน หมิ่นประมาท
หมิ่นประมาทโดยการโฆษณาทำให้เสียหายต่อ
ชื่อเสียงและถูกดูหมิ่นเกลียดชัง นำเข้าสู่ระบบ
คอมพิวเตอร์ด้วยข้อความอันเป็นเท็จ ทำให้เสียหาย
และถูกดูหมิ่นเกลียดชัง หรือการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต
รวมทั้งในประกาศแพทยสภาเรื่องข้อเท็จจริงทาง
การแพทย์ข้อ ๖ ก็กำหนดไว้ว่าผู้ประกอบการวิชาชีพ
เวชกรรมที่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐาน และ
จริยธรรมวิชาชีพย่อมมีสิทธิ และได้รับความ
คุ้มครองที่จะไม่ถูกกล่าวหาโดยไม่เป็นธรรม (มีสิทธิ
ทางกฎหมายที่จะปกป้องชื่อเสียงและศักดิ์ศรีของ
ตนเองได้ เช่น การฟ้องกลับ)

กรณีตัวอย่างในประเทศสหรัฐ
อเมริกา มีการสำรวจ (USA Survey) พบว่าการมี
Counter Suits จะช่วยลดความชุก (Incidence)
ของการฟ้องร้องลงไปถึง ๗๕%

๔. ในระยะปานกลาง - ระยะยาว

๔.๑ เสนอตีความว่าการรักษา
พยาบาลเป็นการบริการสาธารณะและเป็นการใช้
อำนาจฝ่ายเดียวของผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม

ตามกฎหมายวิชาชีพเวชกรรมและเป็นกระทำได้ทาง
ปกครองหรือไม่เพื่อประกอบการพิจารณาเรื่องเขต
อำนาจศาลในคดีทางการแพทย์ (เคยมีการวินิจฉัย
ของคณะกรรมการพิจารณาอำนาจหน้าที่ระหว่าง
ศาลว่าการรักษาพยาบาลเป็นการกระทำธรรมดา
ไม่ขึ้นต่อศาลปกครอง (ซึ่งยังมีประเด็นที่เห็นไม่
สอดคล้องกันอยู่) และประเด็นสำคัญอีกอย่างหนึ่ง
ก็คือ “บริการสาธารณะ” จะอยู่ภายใต้ระบบ
กฎหมายที่แตกต่างจากระบบกฎหมายเอกชนตาม
หลักการเรื่อง “ความหมายอย่างกว้างของบริการ
สาธารณะ” ที่กำหนดไว้ในกฎหมายปกครอง หรือ
แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม โดย
กำหนดให้ “การรักษาพยาบาลจัดเป็นการกระทำ
ทางปกครอง” และ “คดีทางการแพทย์พยาบาลอยู่
ในเขตอำนาจของศาลปกครอง” รวมทั้งกรณีแพทย์
ทำงานภาครัฐถ้าผู้ป่วยฟ้องร้องละเมิดจากการรักษา
พยาบาล ก็ถือเป็นการละเมิดทางปกครอง

อีกเหตุผลหนึ่งก็คือคำสั่งแพทยสภา
กรณีลงโทษหรือไม่ลงโทษแพทย์เกี่ยวกับมาตรฐาน
และจริยธรรม ผู้ที่เกี่ยวข้องก็อาจฟ้องคัดค้านคำสั่ง
ต่อศาลปกครอง ซึ่งศาลก็มักจะพิจารณาลี้กลงไป
ถึงมาตรฐานการประกอบวิชาชีพอยู่แล้ว ซึ่งทำให้
ดูเหมือนว่าคดีการแพทย์ต้องถูกพิจารณาทั้งจาก
ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ซึ่งเป็นการซ้ำซ้อนกัน

๔.๒ เสนอต่อรัฐบาล รัฐสภา เพื่อ
พิจารณาออกกฎหมายลูกในรูปแบบพระราชบัญญัติ
เพื่อให้สอดคล้องกับเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐
มาตรา ๘๐ (๒) เช่น ร่าง.....พระราชบัญญัติ
คุ้มครองผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ..ซึ่งมี
เนื้อหาหลักอยู่ที่ “.....โดยผู้มีหน้าที่ให้บริการ
(ด้านการแพทย์) ดังกล่าว ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตาม
มาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรม ย่อมได้รับความ
คุ้มครองตามกฎหมาย



บรรณานุกรม

- กฎหมายแพ่ง ลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๒)
- กระทรวงสาธารณสุข คู่มือกฎหมายและคดีทางการแพทย์ สำหรับแพทย์ (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักงานพระพุทธศาสนาแห่งชาติ, ๒๕๕๖)
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๔๘๖/๒๕๖๒
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๑๖/๒๕๔๒
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๔๙/ร.ศ.๑๒๐
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๗๘๗/๒๕๔๓
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๔/๒๕๕๘
- คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๙๕/๒๕๔๔
- จิตติ ดิงศักดิ์, ความยินยอมไม่ทำให้เป็นความผิด, วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๓ (พฤษภาคม - สิงหาคม ๒๕๒๐) หน้า ๕๒
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๗, ๒๕๕๒)
- นักสิทธิ์ ศรีสวัสดิ์, แนวคิดของนิติกรต่อความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ (วิทยาสตรมหาบัณฑิต สาขาการบริหารกฎหมายทางการแพทย์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล, ๒๕๔๒)
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง (กรุงเทพฯ: วิญญูชน พิมพ์ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๐) หน้า ๒๕ - ๓๔
- ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน <www.th.m.wikipedia.org> (๒๕๕๓)
- ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๕๙, ความผิดเกี่ยวกับความประมาท
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ ความผิดเกี่ยวกับการละเมิด
- มีชัย ฤชุพันธุ์, ถามตอบกับมีชัย <www.meechaithailand.com> (๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑)

- เพ็ญ เพ็ญนิติ, รวมคำบรรยายเนติบัณฑิตภาคหนึ่ง สมัย ๖๑ เล่มที่ ๓ (กรุงเทพฯ: กรุงเทพมหานครแพทยสภา, ๑๐๖-๑๐๗)
- “พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙” (๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๓๙)
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๓ ตอนที่ ๖๐ ก หน้า ๒๕-๒๘
- “พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒” (๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๒)
ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๖ ตอนที่ ๙๕ ก หน้า ๑-๔๐
- พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. ๒๕๒๕ และข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยจริยธรรม (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์, ๒๕๕๔)
- “พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๕๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๓๘ หน้า ๓๒-๕๑ (๒๕ กุมภาพันธ์, ๒๕๕๑)
- “พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๓๖ ก หน้า ๓๗-๖๐ (๒๐ กุมภาพันธ์, ๒๕๕๑)
- “พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๐” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๔ ตอนที่ ๑๖ ก หน้า ๑-๑๘ (๑๙ มีนาคม, ๒๕๕๐)
- “พระราชบัญญัติสถานพยาบาล พ.ศ. ๒๕๔๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๕ ตอนที่ ๑๕ ก หน้า ๓๒-๔๗ (๒๔ มีนาคม, ๒๕๔๑)
- “พระราชบัญญัติเครื่องมือแพทย์ พ.ศ. ๒๕๕๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๔๓ ก หน้า ๒๕-๖๔ (๕ มีนาคม, ๒๕๕๑)
- “พระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. ๒๕๒๓” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๙๗ ตอนที่ ๕๒ ฉบับพิเศษ หน้า ๑-๑๖ (๓ เมษายน, ๒๕๒๓)
- “พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. ๒๕๒๒” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๙๖ ตอนที่ ๖๓ ฉบับพิเศษ หน้า ๔๐-๘๒ (๒๗ เมษายน, ๒๕๒๒)
- “พระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. ๒๕๑๘” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๙๔ ตอนที่ ๓๔ ก ฉบับพิเศษ หน้า ๑๗-๒๐ (๒๕ เมษายน, ๒๕๒๐)
- “พระราชบัญญัติยา พ.ศ. ๒๕๑๐” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๘๔ ตอนที่ ๓ ก หน้า ๑-๙ (๑๐ มกราคม, ๒๕๑๐)

“พระราชบัญญัติการแพทย์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๕๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๔๔ ก หน้า ๑-๑๗
(๖ มีนาคม, ๒๕๕๑)

“พระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. ๒๕๕๑” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๓๖ ก หน้า ๓๗ - ๕๔ (๒๐
กุมภาพันธ์, ๒๕๕๑)

“พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. ๒๕๕๐” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๔ ตอนที่ ๗๒ ก
หน้า ๓๒-๓๖

“พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๕๐” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๔ ตอนที่ ๔๖ ก หน้า
๑ - ๑๖ (๑๐ กันยายน, ๒๕๕๐)

“พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. ๒๕๔๖” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๐ ตอนที่ ๙๕ ก หน้า ๑ - ๒๙
(๒ ตุลาคม, ๒๕๔๖)

“พระราชบัญญัติหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๕” ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๙ ตอนที่ ๑๑๖ ก
หน้า ๑ - ๒๘ (๑๘ พฤศจิกายน, ๒๕๔๕)

เมธี วงศ์ศิริสุวรรณ, กฎหมายกับการประกอบวิชาชีพเวชกรรม (กรุงเทพฯ: จรัสสินทวงศ์การพิมพ์, ๒๕๔๔)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ฐานข้อมูลแพทยสภา <(๒๕๕๓)

วิสัย พฤษะวัน คนไข้ กฎหมาย และแพทย์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๗)

วิสุทธิ์ ลัจฉเลวี “ถึงเวลาหรือยังที่จะลงมือแก้ไขปัญหาข้อพิพาททางการแพทย์อย่างจริงจังเสียทีก่อนที่จะ
จะสายเกินแก้” (๒๐๐๙: ๘, ๑๒) *MEDICAL PROGRESS*

ศันท์กรณ์ โสติพันธ์, ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง ลามมือใครได้ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์
ครั้งที่ ๒, ๒๕๕๒)

สุจิต ปัญญาพฤษ, การใช้สิทธิโดยสุจริต (นิติศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๑)

สุภารัตน์ พงษ์ธนะ ทูรเวชปฏิบัติในประเทศไทยกับความรับผิดชอบทางกฎหมาย (สาธรรณสุขศาสตร์
มหาบัณฑิต บริหารกฎหมายการแพทย์และสาธารณสุข บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล,
๒๕๓๘)

อภิวรรณ อินคร กระบวนการยุติธรรมเกี่ยวกับคดีทุรเวชปฏิบัติในประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะการดำเนินคดีแพ่ง (อาชญาวิทยาการบริหารงานยุติธรรมและสังคมดุสิตบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหิดล, ๒๕๔๕)

Aseel Kami , *Iraq cabinet approves draft law to protect doctors* BAGHDAD | Sun Jan 17, 2010 9:38am EST <<http://www.reuters.com/article/2010/01/17/us-iraq-doctors-idUSTRE60G17020100117>>

Bolam test มาจาก en.mWikipedia.org (2555) Code of Hammurabi 1792-1750 BC. จาก wikipedia

Consumer Protection Act and the Medical Professional. “Counter suits USA survey” โดย N. Satyanarayana, G. Vijiaya Kumer <[www.cyberlectures .indmedica.com](http://www.cyberlectures.indmedica.com)> (๒๕๕๓)

Dr. Paul Krugman ผู้ป่วยไม่ใช่ผู้บริโภค แปลจาก Patients are not Consumers โดย นายแพทย์วิสุทธิ ลัจฉลวี และ ดร. แพทย์หญิง สุกัญญา คันทาว์ฒน์ (กรุงเทพฯ, ๒๐๑๑) หนังสือ New York Times

Fabian Tassano, *The right not to receive medical treatment* Legal Notes No.19. London. <www.libertarian.co.uk>

Florida state law Section 768.28 is also known as Florida’s Waiver of sovereign immunity in tort actions;
recovery limits; limitation on attorney fees; statute of limitations; exclusions; indemnification; risk management programs.

John J McNeal. Principles of consent in medicine.website. Alfred Hospital, Melbourne. จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Informed_consent ค้นเมื่อปี ๒๕๕๓

Liability under Good Samaritan law. จาก www.aaos.org เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๓

Medical Malpracticesuit can be Emotionally Devastating to a Physician, Assetprotection law journal.com (February 2012)

Negligence in Medical Professional A Review of Apex court judgement-2005 <www.Medind.nic.in> p.35-40

S. Jafer Ali, M.A., B.L, *Protection for Medical Practitioners Guidelines by Supreme Court*
อ้างอิงจาก <www.select75.org> (๒๕๕๓)

John J McNeal. Principles of consent in medicine.website. Alfred Hospital, Melbourne.
<http://en.wikipedia.org/wiki/Informed_consent> (๒๕๕๓)

Liability under Good Samaritan law <www.aaos.org> (๓๐ มีนาคม ๒๕๕๓)

Apology law. (I'm sorry law) <www.medicaleconomicmodernmedicine.com> (๒๕ มีนาคม
๒๕๕๓)

The apex court has held "The practitioner must bring to his task a reasonable degree
of skill and knowledge, and must exercise a reasonable degree of care.) * Martin F.
D'souza *case * <(๒๕๕๓)

The Calculus of negligence and economic efficiency <(๒๕๕๓) โดย Lord Denning. ของประเทศ
อังกฤษได้วินิจฉัยไว้ว่า "ผู้ป่วยยินดีจะรับแต่ผลดีอย่างเดียวโดยไม่ยอมรับความเสี่ยงเลยนั้นย่อม
ไม่ได้" (take benefit without taking the risk)" เป็นการแสดงถึงการยอมรับข้อเท็จจริง
ทางการแพทย์อย่างแท้จริง

Wayne J. Guglielmo, M.A. Disclosures, *Patient Sues Hospital Over Bedpan Ordeal;
Malpractice Reform Medscape Business of Medicine*> Legal and Malpractice
Corner (18 Mar, 2013)

When a Doctor faces a lawsuit. Dr. Pauline W. Chen. MD. New York Time <www.well.
blogs.nytimes.com > (December 2011)





CORPORATE CRIMINAL LIABILITY ON THE ENVIRONMENTAL CRIME

*Dr. Sahuri L, S.H., M.Hum.**

Abstract

The complexity of environmental crimes today provokes a hot debate among scholars; especially, a question concerning corporate criminal liability on the environmental crime. This question aims to know whether article 116 of the Act number 32 on Environmental Protection and Management (1999) can be applied against a corporate entity who committed environmental crime or not. In some cases, it is not always easy to prove guilty elements; when it claimed that there is no intention to commit crime. Such argument is simply based on legal nature of corporate entity itself because in principle corporate entity is not natural person but juristic person. Thus, it might be difficult to prove the intention of the corporate entity in the sense of criminal law. First of all, it must be clear that the said corporate entity has an attribution to an act of environmental crime. In other word, it must have a guilty element (*schuld*) together with an intention (*dolus*) or negligence (*culpa*) in order to commit an environmental crime. Secondly, it must be proved that the said entity is an author of an act and it has no excuse reason to claim that it has no criminal liability due to its own legal nature as juristic person. Finally, it should be noted also that article 116 of the said Act does not limit the scope of application. Once, it is a case of environmental crime committed by a corporate entity; it is not correct to argue, on the basis of corporate entity as juristic person, that there is no intention to commit environmental crime.

*Lecturer S1, S2, and S3 of the faculty of law, Jambi University

Introduction

By reading article 116 of Act number 32 on Environmental Protection and Management (1999), a corporation in Indonesia may be charged for criminal liability on environmental crime as follows:

- (1) In case of environmental crime occurred and committed by, for and on behalf of a business entity, the criminal offense and penalty shall be imposed on;
 - a. The said business entity; and/or
 - b. A person who causes another person to commit crime or acting as an active instigator of the said criminal act.
- (2) In case of the environmental crime as referred to paragraph (1), being committed by a person acting on behalf or working under the conditions set forth by the said business entity, the penalty sanction shall be imposed on the instigator or leader of the criminal act without regarding whether the crime is committed individually or collectively.

It should be noted also that corporate criminal liability is usually related to the white collar crime because, in general, all corporations must be established as a legal entity and therefore must have its own legal personality.

In this regard, the white collar crime may be defined as it has been described by Marshall B. Clinard and Peter C. Yeager as the following definition: "Corporate crime is white collar crime; but is of particular type. Corporate actually can be an organized crime entity due to its own functions and complex relationships and expectations among board of directors, on one hand, and among parent corporations, corporate divisions, and subsidiaries, on the other¹"

Furthermore, Donald J. Newman, based on an idea of Sutherland, did explained the meaning of white collar crime as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of this occupation.²

For these reasons, white collar crime can be categorized into two forms of

¹ Marshall B. Clinard and Peter C. Yeager, **Corporate Crime**, (New York: The Free Press: A Division of Macmillan Publishing, Co., Inc.) Collier Macmillan Publishers, London, 1990, p.16.

² Donald j Newman, **White Collar Crime: an Overview and Analysis**, in Geist, Gilbert Geist and Robert F. Meier, (ed), **White Collar Crime, Offences in Business, Politics and the Professions**, The Free Press, New York, 1997, p.53.

business operation namely; occupational crime and corporate crime³ which means that occupational crime is a criminal offense committed by business men, chairman of labour unity, politicians, lawyers, doctors, pharmacy experts or employees who proceed with his plan or their plan to embezzle the money of the company etc., while corporate crime is a manipulation of corporate income derived from product selling or an act of deceit in the expense of vehicle reparation of the company or other company expenses.⁴

Last but not least, the definition of white collar crime may be defined by Marshall B. Clinard and Peter C. Yeager as an act committed by a corporation which was punished by the state, regardless of whether it punished under administrative, civil, or criminal law,⁵ while Shapiro explained corporate crime as an act committed by collective or individual association with different occupation. Hence, to be a corporate crime, it must be an act of an employee or of any person of the company who commits crime by violating corporate law or other laws which aims to protect the interest of corporation.

Finally, once a corporate crime was committed, it should be noted that the type of corporation may be another key factor for the determination of such act. In this regard, David J. Rachman et al, as quoted by I.S. Susanto, explained that most of corporation always have 5 important characteristics as follows;

1. They are juristic person which have their own legal personality under the specific law provision.
2. They may be continued to exist for a long length of time or even for an unlimited period of time.
3. They have a right to do their business from the state.
4. They must be owned by the shareholder; and
5. Shareholder responsibility will be limited not beyond the value of their own shares.

By examining the characteristics of corporation as mentioned above, it is quite clear that the liability of each corporation will be based on the form of business organization. These may include the limited

³ Marshall B. Clinard and Peter C. Yeager, *op.cit.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

liability companies as well as other various legal entities namely union, foundation, firm and also non-corporate entities that may be subject to the liquidation requirements according to Indonesian corporate law.

As the corporate role in the era of globalization is quite imminent and has a lot of influences to the economy and politics of the nation, such as a case of Campbell Soup Company “in America controls 95% of material soup of four food companies which supply 90% of all breakfast. So does in Indonesia, there are some biggest and conglomerate companies dominate some manufactures such as wheat, certain food, automotive, transportation and other products”⁶

Due to the vast and expanding role of corporation today, it is quite necessary to regulate and control the activities of corporation under criminal law especially a criminal sanction against environmental crimes. Even though some Acts of Indonesia consider company or corporate entity as a juristic person but not natural person and therefore we may need to verify the activities of each corporation in order to know whether they are illegal or not. If it is a case of business crime, that

corporation may be guilty and may be charged as an organized crime that is to say “a crime happening in the context complex relations and hopes among directors, executive and manager council in the other side”⁷

Moreover, it is possible to claim that some acts of the company may cause direct and indirect effect against the environment and therefore the Act number 32 on Environmental Protection and Management of 1999 or so-called in Indonesia as “UUPPLH” will be an applicable law in order to determine the criminal liability of each corporate entity and find out an appropriate sanction for each offence of environmental crime committed by the said company.

Nowadays, most of the cases concerning environmental damages did not occurred only in Jakarta but also happen in other big industrial cities and other new emerging industrial areas in the whole regions of Indonesia, for instance; Ruber Waste Company Padang Sumatera (P.T. Limbah Karet Padang Sumatera Barat) case or various cases concerning mine companies (Ltd.) in East Bintan Riau archipelago province (PT Aneka Tambang

⁶ I.S. Susanto, *Corporate Crime*, Diponegoro University Press, Samarang, 1995, P.15.

⁷ *Ibid.*

(Tbk) di Bintan Timur Prop. Kepulauan Riau) including High Electric Air Channel (Saluran udara tegangan tinggi/SUTET) case in West Cirebon of Java, gold mine case in Mindano North Sulawesi where pollution damages occurred in Buyat Bay of the said area and petroleum-Kesolene exploitation case committed by Lapindo Brantas in Sidoarjo of East Java.⁸

Besides, the same environmental cases had occurred in Jambi Province as well. Jambi exploration business unit or so-called "Pertamina Limited Company" should be responsible for the environmental problems in Jambi because this company is not a small private company but a big multinational corporation operating at a big scale of exploration and exploitation of natural resources of the province. Once pollution damages had occurred on June 17 of 2000 due to the leaking pipe problem of the company caused a lot of dirty water problem in the surrounding areas, it must be presumed that the company must be liable according to the "polluter pay principle". (See verdict of the Supreme Court of Indonesia, Number: 3273K/Pdt/2001)

However, a hot debate on this issue became more and more intensified

due to the complexity of the environmental crimes today. Article 116 of the Act number 32 on Environmental Protection and Management of 1999 can be applied against the said corporate entity or not especially when it claims that there is no intention to commit crime. This argument is simply based on the legal nature of corporate entity itself because in principle corporate entity is not a natural person but a juristic person. Thus it may be difficult to prove the intention of the said entity in the sense of criminal law.

First of all, it must be clear that the said corporate entity has an attribution to an act of environmental crime. In other word, it must have a guilty element (schuld) together with an intention (dolus) or negligence (culpa) to commit environmental crime. Secondly, it must be proved that that entity is an author of an act⁹ and it has no excuse reason to claim that it has no criminal liability due to its own legal nature as a juristic person. It should be noted also that article 116 of the said Act does not limit the scope of application when it is a case of environmental crime committed by a corporate entity. Therefore it is not correct

⁸ Husin Sukanda, *Indonesian Environmental Law Enforcement*, Sinar Grafika Press, Jakarta, 2009, pp 130-133.

⁹ Roeslan Saleh, *A Reorientation in Criminal Law*, Aksara Baru Press, Jakarta, 1983, p.83.

to argue, on the basis of corporate entity as a juristic person, that there is no intention to commit environmental crime.

In this regard, that company must have a criminal liability if it is an author of an act and there are enough evidences to prove the intention or negligence of the company based on the elements of crime in each offence. However, a new question may be raised by stake holders in order to know what kind of criminal sanction shall be imposed in this case.

In 1985, Indonesia did establish an expert team for the revision of Indonesian penal law. A report of expert team was done in the same year by confirming that a corporate entity may be guilty and has a criminal liability when it commits an environmental crime. However, it must be clear that there are enough evidences to prove that the board of directors or executive board is responsible as an author of an act.

Referring to the said report, it is clear that fine sanction against the executive board may not be a good guarantee that the corporate concerned will not break the laws.¹⁰ In this regard, it may

be possible to apply article 117 of the Act number 32 as mentioned above to this matter. This means that if the executive board was charged for criminal offence as referred to article 116 (1) (b), the penalty sanction shall be imposed by imprisonment and fine weighted by one third. Besides, article 119 of the same Act shall be applied as an additional sanction in order to have a better enforcement against the offender. Article 119 stipulates as follows:

“Regarding to the penalty as referred to this law, the business entities shall be liable to an additional penalty sanction or other disciplinary measures in the form of:

- a. Seizure of profits earned from the committed crimes.
- b. Closure of business and/or related activity in whole or in part.
- c. Remedies paid for restore a situation or compensate damages in order to improve all kind of negative impacts arising from the said criminal act.
- d. Improve working conditions which may be abused labour rights by negligence.

¹⁰National Legal development Board, *The Set of Reports on the Results of Research for the Assessment: the Field of Criminal Law*, BPHN: 1980-1981, Jakarta, 1985, pp.34-37.

- e. Emplacement of company under custody for 3 years at the maximum.

However, a new problem may be arising especially if the said company refuses to pay that fine. Hence, article 30 (2) of the Indonesian Penal Code will be applied and the offender shall be punished by imprisonment although it is not severe penalty sanction.

In addition, this article aims to find out an appropriate answer to the following questions:

1. Can the formulation of norms concerning the corporate criminal liability on the environmental crime be taken into effect against the offender?
2. Can the criminal sanctions under the Act of Environmental Protection and Management be applied to the cases of environmental crime committed by corporation?

STUDY AND ANALYSIS

1. Formulation of norms concerning the corporate criminal liability on the environmental crime.

As it has been mentioned above about the formulation of norms concerning criminal sanction against a corporate who commits an environmental crime, there are 5 relevant articles of the Act number 32 shall be considered as an applicable law as hereby stipulated:

Article 116

- (1) In case of environmental crime being committed by, for and on behalf of a business entity, the criminal offense and penalty shall be imposed on:
 - a. The said business entity; and/or
 - b. Instigator or Principal of the crime
- (2) In case of the environmental crime as referred to in paragraph (1) being committed by a person acting on behalf of the said business entity in working relations including other relations, the penalty sanction shall be imposed on the instigator or leader of such environmental crime without regarding to the nature of an act whether they commit individually or collectively.

Article 117

If criminal offence was charged against the instigator or principal of such environmental crime as referred to Article 116 paragraph (1) (b), the penalty sanction shall be imposed by imprisonment and fine weighted by one third of the total sum of fine.

In principle, as described and analyzed already in Chapter II concerning corporate criminal liability, the corporate entity concerned can't act alone by itself because it is a juristic person. An act of such corporate entity must be performed by a person who can act or manage on behalf of the said corporation.

Referring to the elements of crime on corporate criminal liability, Mardjono Reksodiputro, as quoted by Tabrani, explained that there are two elements of crime that need to be examined together; firstly, an author of an act must be a person who can act or manage on behalf of the corporation and secondly, his act can be considered as a criminal act committed by the said corporation.¹¹

Moreover, Sutan Remy Sjahdeini has a good reason to argue on the basis of

his theory as mentioned in the preceding paragraphs that a corporate criminal liability will be occurred when all following elements are fulfilled;

1. The criminal act (in the form of commission or omission) must be done or instructed by a person who can act or make decision on behalf of the corporation.
2. Such criminal act was committed in connection of the intention and purpose of the said corporation which means that if an *ultra vires* act was done, it must be clear that such act must be committed in connection with the activities of the corporation.
3. Such criminal act must be committed within the framework of business activities of that corporation. If not, it can't be considered as a corporate criminal act.
4. Such criminal act must be directly or indirectly beneficial to the corporation.

¹¹Tabrani, *Corporate Criminal Liability According to Indonesian Criminal Law*, Unpublish Thesis, Faculty of Law, University of Indonesia, Jakarta, 2000, p.76.

5. Perpetrator or instigator does not have an excused or justified reason to be released from the said criminal liability.
6. For criminal act which requires *actus reus and mens rea*, both requirements must not be obtained in only person.¹²

According to the constitutive elements of corporate criminal act as described by Sutan Remy Sjahdeini in the preceding paragraphs, it seem to be logic that the remedy can be done only if the Court decided that there are enough evidences to prove all elements of an environmental crime.

However, it might be not logic to endorse automatically any legal consequence from a court's decision in civil case to a pending criminal case. In this regard, all elements of crime must be examined carefully based on the fact and discretion of the judges in each criminal case.

It should be noted also that Article 116 (2) of Act number 32 on Environmental Protection and Management (1999) requires 4 key elements of criminal environmental crime namely;

1. It must be committed by a person and not necessary to have a status as worker or employee of the corporation.
2. Such person has given an order to commit crime or acting as a principal, leader or instigator of environmental crime.
3. Such criminal act must be involved in the scope of business activity of the corporation.
4. It is possible that such criminal act may be committed individually or collectively by the offender.

In this regard, Act number 32 of 1999 is not only based on legal theory concerning formulation of crime but also based on functional concept of corporate entity in which it may be a key point to determine whether environmental crime was committed by such corporate entity or not.

By examining the first and second criteria of article 116 (2) as mentioned above, it is clear that the first criteria of this article is based on legal theory concerning formulation of crime while the

¹²Sutan Remy Sjahdeini, *Criminal Corporate Liability*, Grafiti Press, Jakarta, 2006, pp.118-122.

second criteria is based on functional concept of corporate entity. Thus, it is not correct to argue that such corporate entity shall be guilty if such criminal act was committed by an *ultra vires* act because such act was committed outside and beyond the scope and function of the said corporation.

Referring to a famous pollution case in Jambi province of Indonesia (case concerning crude oil leakage from pipeline of Patamia UBEP corporation, dated June 17, 2000), The Supreme Court of Indonesia decided that the exploitation of crude oil in this area, by Patamia Corp., caused a problem of oil leakage pollution to the victims who are people in the said area. Therefore Mrs. Herdi Simanjuntak and other victims shall have a legitimate right to sue Patamia Corp or not is a primary question in this case. The Court did examine all evidences according to the criteria of article 116 (2) and emphasizing on 3 issues as follows;

1. Does the Court have enough evidences to prove the elements of environmental crime? In this regard, the Court need to verify at the beginning whether such act was done by an order of a personnel of Pertamina Corp who

can make decision on behalf of the corporation or not.

2. Is the exploration of crude oil turn benefits to Pertamina Corp?
3. Is there any evidence to prove that crude oil leakage from the pipeline is a negligence act of Pertamina Corp?

The Court, finally, decided that the Court has enough evidences to prove the elements of environmental crime in this case and therefore Pertamina Corp is guilty according to the Penal law of Indonesia. Certainly, if the Court has no reliable evidence to support in this case it might be difficult to punish the said corporation.

CRIMINAL SANCTION SYSTEM UNDER ACT NUMBER 32 (1999)

With reference to Article 116 (1) (a) of Act number 32 (1999), penalty sanction can be imposed directly to business entities and/or instigator or principal of the relevant crime based on the functional concept of corporate entity.

In addition, other enforcement measures can be imposed as well to the offender who committed an environmental crime under article 119 of the same Act. These may include the following

enforcement measures or so-called "administrative sanction";

- a. Seizure of profits earned from the crime.
- b. Closure of business site and/or activity place of such corporate entity.
- c. Improvement of all kind of impacts arising from the crime.
- d. Setup appropriate requirements for business management of such corporate entity.
- e. Apply custody sanction against such corporate entity not more than 3 years.

Once administrative sanction were enforced by the court verdict especially in this particular case against the corporate entity, then Article 120 of the same Act shall be applied as an applicable law and all kind of enforcement measures shall be implemented according to the terms and conditions of this Article as set out below;

- (1) In executing the provision of Article 119 (a), (b), (c) and (d), Prosecutors shall coordinate with the relevant environmental protection institutions in order to implement enforcement measures.

- (2) In executing the provision of Article 119 (e), the government of Indonesia shall be authorized to manage the corporate entity according to the nature and conditions of custody sanction as decided by Court's verdict.

Indonesian administrative law today recognizes administrative sanctions and classifies them into 4 categories as follows;

- a. *bestuurdwang* (governmental coercion)
- b. review administrative decision such as review license, payment or subsidy etc.,
- c. impose administrative fine and
- d. administrative confiscation or appropriation

It should be noted also that the difference between administrative sanction and criminal sanction derived from the different purposes of sanction of both laws. In general, administrative sanction of Indonesian administrative law aims to impose misdemeanor sanction against the offender while criminal sanction of Indonesian criminal law aims to impose criminal sentence to the offender who commits more serious crime than misdemeanor. Furthermore, administrative sanction may be considered as an

obligation of reparation and must be enforced by state officer but not by court procedure because, in a case of criminal procedural law, the procedure always take time with long process starting from investigation, prosecution and court trial to court verdict and implementation or enforcement process. For this reason, Article 10 of Indonesian Criminal Code does provide two types of criminal sanction namely basic punishment and additional punishment.

In this regard, basic punishment is a criminal punishment for those who committed a crime and the court may impose a capital punishment, imprisonment, light imprisonment or fine depending on the severity of crime that they committed and in some particular cases it may be possible to have a replacement of punishment according to the Act number 20 of 1946.

In addition, it may be possible that Indonesian criminal court may impose an additional punishment to the perpetrator by deprivation of certain rights, forfeiture of specific property and publication of court verdict.

It should be noted also that Act number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management doesn't provide any kind of difference between basic punishment and additional punishment because the main purpose of this law aims to solve a problem of corporate environmental crime rather than to classify a category of crime and punishment.

For these reasons, it may be necessary to classify difference categories of environmental crime and punishment especially in case of corporate environmental crime in order to have an appropriate model of criminal sanction under Indonesian laws.¹³ For example, fine punishment may be not so efficient when it was imposed by the court to a corporate entity who violates environmental crime because it might be impossible to convert fine punishment to light imprisonment due to the impossibility of imprisonment nature against corporate entity.¹⁴ In this regard, the judge may impose not just only a fine as a basic punishment but it might be possible also to adjudge and declare another type of an additional punishment or treatment as a facultative method of the

¹³Barda Nawawi Arief, *Anthology of Criminal Law Policy*, Citara Aditya Bakti Press, Bandung, 1996, pp.167-168.

¹⁴Muladi and Barda Nawawi Arief, *The Theories and Criminal Law Policy*, Alumnus Press, Bandung, 1992, p.133.

judge in order to find out an appropriate criminal sanction and measure in each case.

Therefore, fine may be imposed first as a priority of criminal sanction against a corporate entity who violate environmental crime as suggested by Mulyadi dan Barda Nawadi Arief and if the said corporate entity did not pay or cannot pay fine then the court may impose an additional punishment according to the outcome of research concerning priority of punishment or treatment to the said corporate entity.¹⁵

In brief, it seem that an appropriate criminal sanction against corporate entity who violates environmental crime should be a fine rather than an imprisonment. However, an additional sanction may be applied as an additional method in order to solve a problem of unpaid fine by corporate entity. At present, Article 18 of Act number 31 of 1999 concerning Eradication of Criminal Acts of Corporation provided already a basic punishment and additional punishment for the case of environmental crime committed by corporation. In this particular case, the best type of criminal

sanction that can be enforced against the said corporation shall be a forfeiture of corporate property or a closure of the company for a certain period of time or deprivation of certain rights of the company such as a sanction in the form of withdrawal of license of business.¹⁶

In this regard, criminal sanctions against corporation are quite similar to imprisonment sentence in a common crime case against a criminal who is natural person because it does deprive freedom of corporation as well and therefore it is quite logic to compare a light penalty sanction under Article 30 and 31 of Indonesian Criminal Code to an order of closing company in a certain period of time (provisional closure of the company) especially when the said company refused to pay fine or unable to pay fine according to the court's verdict. The Court shall determine an appropriate additional sanction and convert fine into a closing period of time against the said company according to the discretion of the Court in each particular case which may be differed from case by case basis or it might be possible to withdraw a license of the said

¹⁵Barda Nawawi Arief, *The Problems of Law Enforcement and Criminal Policy Solving*, Citra Aditya Bakti Press, Bandung, 2002, p.19.

¹⁶*Ibid.*

company if that company resists or rejects the verdict.

However, it is a duty of the Court to keep awareness on negative impacts and must look at side effects of each applicable sanction against the company because not only the offender company shall be punished but also workers, shareholders and consumers of the company shall be punished more or less as well by enforcing such sanction. Thus the sentencing negative impacts must be avoided¹⁷. Furthermore, the Court must compare the negative impacts with the purposes of criminal sanction and determine which one will be the best solution in each particular case.

In order to find out the best solution, Herbert L. Parker suggested that it is important that the Court need to compare two kinds of sanction namely criminal punishment and safety treatment measure¹⁸. Thus it may be possible that the Court may impose a sufficient compen-

sation for the victims of a corporate criminal act and/or make an order to control the conduct of the corporation in order to ensure that the said offender corporation will never commit an environmental crime again¹⁹. In consequence, all safety measure treatments as hereby fixed by the Court will be the best guarantee for the benefits and prosperity of the nation. Furthermore, it is quite clear that the objectives of corporate criminal sanction are so different from the objectives of general punishments in common crimes. Nickel Walker explained that the objectives of criminal sanctions in general may be classified into 5 categories as follows²⁰;

1. To protect offenders and suspected person against all kind of unofficial retaliation.
2. To reduce a mal conduct or prohibited conduct under criminal law.
3. To reduce all kind of suffering and damages arising from criminal acts.

¹⁷Philipus Mandiri Hadjon, (ed), **Introduction to Indonesian Administrative Law**, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1994, p.247. See also Muladi and Barda Nawawi Arief, **The Theories and Criminal Law Policy**, Alumnus Press, Bandung, 1992, p.133.

¹⁸Herbert L. Parker, **The Limits of the Criminal Sanction**, Stanford University Press, Stanford, 1968, pp.23-26.

¹⁹Muladi and Barda Nawawi Arief, *op.cit.*

²⁰Nigel Walker, **Sentencing in a Rational Society**, Pelican Book, 1972 in Herschel Princ, Herschel, **Criminal Behaviour**, Tavistock Publication, London, 1982, pp.17-36.

4. To ensure that the offender alone will be punished appropriately by the court's verdict.
5. To show society's abhorrence of crime.

In order to impose an appropriate sanction to the offender in response to his own act, the Court needs to consider the objective of sanction in various aspects for instance; based on consideration point (d) of Act number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management stipulates in term of environmental protection as follows; "the decreasing environmental quality has threaten the continuation of human life and other creatures so that all stakeholders need seriously and consistently to protect and manage environment". In addition, consideration point (e) of the same Act does emphasize the objective to reduce global warming effects from various kinds of business activities by stating the following term

"...that since the global warming has caused climate changes which worsen more and more an environment quality, therefore, it is quite necessary to have all

kind of appropriate measures in order to protect and manage environment".

For these reasons, the Court may impose an order to revoke business license of the company or close temporally or permanently the company together with other basic criminal sanction such as fine punishment as it deem to be necessary and appropriate for such violation of the said Act.

Referring to Henry v. Bali dan Lawrence Friedman case, the Court decided that fine punishment is an appropriate sanction because it can discourage and reduce motives to commit a corporate environmental crime.²¹ However, Mardjono Reksodiputro suggested that the Court should impose an expensive fine to the corporate offender. If not it might be inefficient to prevent a repetition of such criminal act. It should be noted also that fine punishment will have no impact under Indonesian Labour Law to the workers' salary but it may have a negative impact to the dividend and may cause some negative aspects in term of business activities of the company. Some shareholders may dissatisfy with the negative image of the company and may force the executive board to

²¹Mardjono Reksodiputro, *The Progress of Economic Development and Crime*, Justice Service Center for Law and Devotion, Indonesia University Press, Jakarta, 1997, pp.120-121.

change business policy or management policy into a friendly manner of environmental protection.

In this regard, fine punishment may be considered as an appropriate sanction especially for the case of violation of environmental laws by small company or small corporate entity. In contrary, it might be inefficient to tackle with the problem of corporate criminal act done by big corporation or big company because the said corporation has a lot of money and assets so that fine punishment is not a big problem for the corporation. Hence, Mardjono suggested imposing other criminal sanction against the corporate offender if an expensive fine punishment is not an appropriate sanction. In this situation, the Court may need to impose some supplement measures such as guidance or standard which requires that such corporation needs to follow if not penalty sanction will be enforced against the chief executive officer (CEO) or executive board of such corporation.

CONCLUSION

In general, corporate liability for the violation of environmental law in Indonesia became more and more important issue and it is quite necessary to impose an appropriate criminal sanction and/or other

appropriate measures in order to prevent and punish the offender. In this regard, corporate offender cannot deny its own responsibility on the basis of ultra vires act or unintentional act because such act was done on behalf of the company even though corporation is not natural person but juristic person. The doctrine of corporate criminal liability under Article 116 of Act number 32 of 2009 on Environmental Protection and Management became right now a well-known legal doctrine in Indonesia.

Fine punishment or expensive fine punishment can be enforced by Court's verdict as a basic punishment under Article 30 of Indonesian Penal Code. If the said corporation refused to pay fine, then it can be changed into 6 imprisonments for 6 months against the Chief Executive Officer (CEO) or executive board of such corporation. In addition, the Court may impose other administrative sanctions against corporate offender as well even though it is not obliged to do so. Therefore, the Court needs to find out an appropriate sanction in each particular case of corporate environmental crime and to examine the objective of criminal sanction in each case which shall be the best solution for environmental protection and preservation.

Bibliography

1. Books :

- Arief, Barda Nawawi, **Anthology of Criminal Law Policy**, Citara Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- _____. **The Problem of Law Enforcement and Criminal Policy Solving**, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002.
- Clinard, Marshall.B and Yeager, Peter C, **Corporate Crime**, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc. Collier Macmillan Publishers, London, 1990.
- Husin, Sukanda, **Indonesian Enviromental Law Enforcement**, Sinar Grafika Press, Jakarta, 2009.
- L. Packer, Herbert, **The Limits of the Criminal Sanction**, Stanford Univercity Press, Stanford, California, 1968.
- Mandiri Hadjon, Philipus (ed), **Introduction to the Indonesian Administrative Law**, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 1994.
- Muladi and Arief, Barda Nawawi Arief, **The Theories and Criminal Law Policy**, Alumnus Press, Bandung, 1992).
- _____. **The Sentencing Implementation in The Field of Law Economic**, Law Faculty UNKRIS, Jakarta, 1989.
- Reksodiputro, Mardjono, **The Progress of Economic Development and Crime**, Justice Service Center for Law and Devotion, Indonesia University, Jakarta, 1997.
- Remy Sjahdeini, Sutan, **Criminal corporate Liability**, Grafiti Press, Jakarta, 2006.
- Saleh, Roeslan, **A Reorientation in Criminal Law**, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- Susanto, I.S, **Corporate Crime**, Diponegoro Unicersity, Semarang, 1995.

2. Chapter In Edited Books :

Ball, Harry. V and M. Fiedman, Lawrence, **The Use of Criminal Sancsion in The Enforcement of Ecomoiic Legislation: A Sociological View**, in Gels, Gilbert and Meiser, Robert F (ed) **White Collar Crime: Offenses in Business, Politics and Professions**, The Free Press, A Division of Macmillan Publishing Co., Inc, New York, 1997.

Newman, Donal J, **White Collar Crime: an Overview and Analysis**, in Geist, Gilbert Geist and Robert F. Meier, (ed), **White Collar Crime, Offences in Business, Politics and the Professions**, The Free Press, New York, 1997.

Walker, Nigel, **Sentencing in a Rational Society**, Pelican Book, 1972 in Herschel Princ, Herschel, **Criminal Behaviour**, Tavistock Publication, London, 1982.

3. Theses / Dissertation :

Lasmadi, Sahuri, **Corporate Criminal Liability In The Perspective of Indonesian Criminal Policy**, Doctor of Criminal Law, Air Langga University, 2003.

Tabrani, **Corporate Criminal Liability According to Indonesian Criminal Law**, Unpublish Thesis, Faculty of Law, University of Indonesia, Jakarta, 2000.

4. Conference Proceedings :

Arief, Barda Nawawi, **The Policy of over coming Corruption in Indonesia**, Some Notes of The draft Changging of Act Number 31/1999 (Paper Presented at the Workshop on National Law and Criminology, Prigen Surya Hotel Pasuruan East Java, 13-19 January 2002).

National Legal Development Board, **The Set of Reports on The Results of Research for The Assessment The Field of Criminal Law**, BPHN: 1980-1981, Jakarta, 1985.

5. Domestic Laws :

The Environmental Act, 2009

6. Subsequent References :

A copy of the Verdict the Supreme Court of Indonesia number: 3273K/Pdt/2001.



กฎหมายคุ้มครองสิทธิและให้ความเป็นธรรม แก่ผู้ค้ำประกัน

ดร.มงคล เทียนประเทืองชัย*

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์สองประการ คือ ๑. เพื่อศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและสร้างความเป็นธรรมแก่ผู้ค้ำประกัน ๒. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบในทางปฏิบัติของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ในส่วนของการค้ำประกัน

จากการศึกษาวิเคราะห์ตามวัตถุประสงค์ข้อ ๑. พบว่า ในด้านตัวบทบัญญัติของกฎหมายที่แก้ไขใหม่ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ นี้ส่วนใหญ่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ค้ำประกันดีขึ้นกว่าเดิม กล่าวคือ ลดสิทธิของเจ้าหนี้ให้เหลือน้อยลง แต่ในขณะเดียวกันก็เพิ่มสิทธิของผู้ค้ำประกันให้มากขึ้น (เช่น สิทธิที่เกี่ยวกับอำนาจการต่อรอง เป็นต้น) จนเกือบจะเท่าเทียมกันหรือเสมอภาคกัน ซึ่งเป็นการสร้างความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมให้มากยิ่งขึ้น

แต่เมื่อศึกษาวิเคราะห์ตามวัตถุประสงค์ข้อที่ ๒ กลับพบว่า บทบัญญัติบางมาตราหรือบางส่วนตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ นี้ ยังไม่ชัดเจนหรือยังไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น ปัญหาลูกหนี้อาจจะเข้าถึงสินเชื่อได้ยากขึ้น (เจ้าหนี้เงินกู้เคร่งครัดปล่อยสินเชื่อได้ยากขึ้น) ปัญหาผู้ค้ำประกันอาจจะต้องเป็นลูกหนี้ร่วมในสัญญาประธาณ และปัญหาจากการต้องบอกกล่าวล่วงหน้าก่อน ๖๐ วัน เป็นต้น

คำสำคัญ : คุ้มครองผู้ค้ำประกัน, สิทธิของผู้ค้ำประกัน, ความเป็นธรรม

Abstract

This article is consisted of 2 objectives. The first one is to study the provisions of the law that protects the rights and fairness to the Surety. The second one is to study the practical impact of the Civil and Commercial Code Amendment Act (No. 20) Act 2557 in the part of Suretyship.

*ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

From the study, it is found that the Provisions of the amended Act to amend the Civil and Commercial Code (No. 20) Act 2557. This Law is mainly to protect the rights and fairness to the Surety more than. It is reduce the rights of creditors to low. But at the same time increase the rights of the Surety (Such as Bargaining power Guaranteed contracts, etc.) and almost equal. This is creates fairness or justice to Surety.

But, The Practice is found that the provisions of Section or in part by the Civil and Commercial Code Amendment Act (No. 20) Act 2557. it is not clear whether or not appropriate. It is many problems in practice. So, The debtor may be more difficult to access credit (The Creditors are strict lending more difficult), The Surety may be in the debtor's principle Contract. And the issue of advance notice before 60 days are problems in practice.

Keywords : Protect to Surety, Rights to Surety, Justice to Surety

บทนำ

“เนื้อไม้ได้กิน หนั่งไม้ได้รองนั่ง กระดุกแขวนคอ” ดูเหมือนจะเป็นคำกล่าวที่สื่อถึงบุคคลที่เป็นผู้ค้ำประกันได้ชัดเจนและเจ็บปวด นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๕๗) เพราะผู้ค้ำประกันนั้นส่วนใหญ่ไม่ได้รับประโยชน์จากสัญญาประทาน แต่ต้องมารับผิดชอบตามสัญญาอุปกรณ์ กล่าวคือเขาเป็นเพียงบุคคลภายนอกที่ยอมตนเข้ามาผูกพันต่อเจ้าหนี้ในการที่จะชำระหนี้แทนลูกหนี้ (ที่เขาค้ำประกันด้วยความเห็นใจหรือความเกรงใจหรือด้วยเหตุผลบางอย่าง) ซึ่งในทางกฎหมายก็เห็นใจเพราะจากการตีความจากบทบัญญัติต่าง ๆ ที่พยายามบัญญัติให้การคุ้มครองอยู่เสมอมา เช่น มาตรา ๖๔๑ มาตรา ๖๔๔ มาตรา ๖๔๕ มาตรา ๖๔๖ มาตรา ๖๔๗ มาตรา ๖๔๘ มาตรา ๖๔๙ มาตรา ๗๐๐ และ มาตรา ๗๐๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในปัจจุบัน เป็นต้น แต่จากข้อเท็จจริงใน

ทางปฏิบัติหาเพียงพอไม่ ยังปรากฏว่า เจ้าหนี้ส่วนใหญ่ เช่น สถาบันการเงิน หรือผู้ประกอบการอาชีพให้กู้ยืม มักอาศัยอำนาจต่อรองที่สูงกว่า หรือความได้เปรียบในทางการเงินกำหนดข้อตกลงอันเป็นการยกเว้นสิทธิของผู้ค้ำประกันที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบเป็นลูกหนี้ชั้นต้น กรณีเช่นนี้ จึงส่งผลให้ผู้ค้ำประกันซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปไม่ได้รับความคุ้มครองตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งต้องกลายเป็นผู้ถูกฟ้องให้ล้มละลายอีกจำนวนมาก ดังนั้นรัฐจึงเห็นเป็นการสมควรให้มีการแก้ไขกฎหมายบางฉบับบางมาตรา เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ค้ำประกันและผู้จำนองที่มิใช่ลูกหนี้ชั้นต้นให้มากขึ้น คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอน ๓๗ ก เมื่อวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๗ ให้มีผลใช้บังคับเมื่อพ้น

สิทธิที่กฎหมายให้ความคุ้มครองของ
ผู้ค้าประกัน

อีกฝ่ายหนึ่งก็ต้องมีหน้าที่ เปรียบเสมือนเหรียญที่มี
ทั้งหัวและก้อยอยู่ในอันเดียวกัน ซึ่งในที่นี้จะขอ
กล่าวรวม ๆ กันไป และขอกล่าวเฉพาะในส่วนของผู้
ค้าประกัน คือ สิทธิของผู้ค้าประกันและหน้าที่
ของเจ้าหนี้เท่านั้น (ส่วนการคุ้มครองสิทธิและ
การสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้
ชั้นต้นนั้น ถ้ามีโอกาสที่เหมาะสมก็จะได้กล่าวต่อไป
ในอนาคต)

การค้าประกันเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่เจ้าหนี้อีกทางหนึ่ง ถ้าลูกหนี้ไม่สามารถชำระหนี้ได้ (ไม่ว่าจะกรณีใด ๆ ก็ตาม) เจ้าหนี้สามารถจะได้รับชำระหนี้จากอีกบุคคลอีกคนหนึ่ง (หรือหลายคน) ในกรณีค้าประกันหลายคนหรือมีผู้รับเงื่อนไขที่เรียกว่า ผู้ค้าประกัน

ค้ำประกัน (SURETYSHIP) คือ สัญญา
ซึ่งบุคคลภายนอกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ค้ำประกัน
ผูกพันตนต่อเจ้าหนี้คนหนึ่ง เพื่อชำระหนี้ในเมื่อ
ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ นั้น (มาตรา ๖๘๐ วรรคแรก)



ตัวอย่างที่ 1

หนึ่ง ทำสัญญากู้ยืมเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท จากสอง มีกำหนดเวลาชำระคืน ๑ ปี โดยมีสาม ทำสัญญาตกลงกับสองว่า ถ้าครบกำหนดชำระแล้ว หนึ่งผิดนัดไม่ชำระเงินที่กู้ยืมไปคืน สามจะชำระเงินดังกล่าวคืนให้แก่สองเอง เช่นนี้ นายสาม คือผู้ค้ำประกัน สัญญาที่สามตกลงกับสองว่า จะชำระเงินแทนหนึ่ง นั่นคือ สัญญาค้ำประกัน

ตัวอย่างที่ 2

เอก สมัครเข้าทำงานกับ บริษัท โท จำกัด โดยมี ตรี ซึ่งเป็นข้าราชการ ทำสัญญาตกลงไว้กับ บริษัทโท จำกัด ว่า ถ้าหากเอก ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทแล้วไม่ชำระ ตรีจะเป็นคนชำระแทน เช่นนี้ ตรีคือผู้ค้ำประกัน สัญญาที่ตรีทำกับ บริษัทนั้นคือ สัญญาค้ำประกัน

เมื่อสัญญาค้ำประกันเกิดขึ้นอย่างสมบูรณ์แล้ว จึงก่อให้เกิดหนี้ระหว่างเจ้าหนี้กับผู้ค้ำประกัน ทำให้เจ้าหนีรมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ค้ำประกันในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัด ผู้ค้ำประกันจึงมีหน้าที่ต้องชำระหนี้แทนลูกหนี้ ซึ่งหนี้ (ทั้งหนี้การกระทำ หนี้การงดเว้น การกระทำ และหนี้การส่งมอบ) ที่สามารถทำสัญญาค้ำประกันได้นั้น คือหนี้ที่เกิดจากลูกหนี้เข้าทำสัญญากับเจ้าหนี้ จะเป็นหนี้ทางแพ่งอะไรก็ได้ เช่น หนี้เงินกู้ หนี้เช่าซื้อ หนี้ซื้อขาย หนี้จ้างแรงงาน หนี้ทุน การศึกษา หนี้ค่าสินค้า และหนี้การจ้างทำของ เป็นต้น ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๖๘๑ เดิมบัญญัติไว้ว่า “อันค้ำประกันนั้น จะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์

หนี้นี้นอนาคตหรือหนี้มี่เงื่อนไข จะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ก็ประกันได้

หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้ เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้น ก็อาจจะมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้ ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน” ซึ่งข้อความเหล่านี้ถูกเลิกโดยมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๓ ให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๖๘๑ อันค้ำประกันนั้นจะมีได้แต่เฉพาะเพื่อหนี้อันสมบูรณ์

หนี้นี้นอนาคตหรือหนี้มี่เงื่อนไขจะประกันไว้เพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริงก็ประกันได้ แต่ต้องระบุนิติบุคคลในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกันและระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน เว้นแต่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตามมาตรา ๖๙๙ จะไม่ระบุนระยะเวลาดังกล่าวก็ได้

สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และผู้ค้ำประกันย่อมรับผิดชอบเฉพาะหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น

หนี้อันเกิดแต่สัญญาซึ่งไม่ผูกพันลูกหนี้ เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถนั้นก็อาจจะมีประกันอย่างสมบูรณ์ได้

ถ้าหากว่าผู้ค้ำประกันรู้เหตุสำคัญผิดหรือไร้ความสามารถนั้นในขณะที่เข้าทำสัญญาผูกพันตน”

จากมาตรานี้ พอตีความได้ว่า การค้ำประกันอาจแบ่งได้ ๒ ประเภท คือ การค้ำประกันแบบไม่จำกัดความรับผิด และการค้ำประกันแบบจำกัดความรับผิด โดยก่อนการแก้ไขนั้นเน้นทั้งสองประเภทอย่างเท่า ๆ กัน กล่าวคือ การทำสัญญาค้ำประกันจะระบุขอบเขตความรับผิดชอบไว้ก็ได้ โดยจะจำกัดจำนวนเงินหรือระยะเวลาของการรับผิดชอบไว้ก็ได้ ซึ่งแล้วแต่จะตกลงกัน (ค้ำประกันแบบจำกัดความรับผิด) แต่ถ้าไม่ระบุขอบเขตความรับผิดชอบ (คือจำนวนเงินหรือระยะเวลา) ไว้ถือว่ารับผิดชอบเท่ากับจำนวนหนี้ที่ลูกหนี้ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ (ค้ำประกันแบบไม่จำกัดความรับผิด คือรับผิดทั้งต้น ดอกเบี้ย และค่าเสียหายที่ลูกหนี้มีต่อเจ้าหนี้) แต่เมื่อแก้ไขแล้ว ดูเหมือนว่า จะเน้นการค้ำประกันแบบจำกัดความรับผิดชอบมากกว่าแบบไม่จำกัดความรับผิด กล่าวคือ ถ้าหนี้ที่เกิดขึ้นสมบูรณ์แล้ว ตามมาตรา ๖๘๑ วรรค ก ก็จำกัดเท่ากับหนี้ (อาจรวมดอกเบี้ยและค่าเสียหายด้วย) หรือจะตกลงกันจำกัดต่ำกว่าหนี้ก็ได้ แต่ถ้าหนี้ในอนาคตหรือหนี้ที่มีเงื่อนไขเพื่อเหตุการณ์ซึ่งหนี้นั้นอาจเป็นผลได้จริง ถ้าจะมีการค้ำประกันต้องระบุดูประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกันลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า กฎหมายใหม่มีการจำกัดขอบเขตความรับผิดให้เหลือน้อยลงกว่ากฎหมายเดิมมากขึ้น ซึ่งในทางปฏิบัติฝ่ายเจ้าหนี้ก็จะเห็นว่ากฎหมายใหม่นี้ไปทำให้เขามีสิทธิอันน้อยลง จึงมีการปรับตัวเพื่อรักษาประโยชน์ของตนอันอาจก่อให้เกิดปัญหาอื่นตามมา

การที่กฎหมาย (มาตรา ๖๘๐ มาตรา ๖๘๑ และมาตรา ๖๘๖) บัญญัติไว้ ทำให้เห็นว่า เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ไม่ชำระหนี้เมื่อใด เจ้าหนี้ก็มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ได้เมื่อนั้น เช่น ดำกู้เงินจากชาวเป็นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท กำหนดใช้คืนในวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ โดยมีฟ้าเป็นผู้ค้ำประกัน ครั้นเมื่อถึงวันที่ ๓๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ ดำไม่ชำระหนี้ ชาวมีสิทธิเรียกให้นายฟ้าชำระหนี้แทนได้ทันที แต่เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ ๑๑ หมวด ๒ และหมวด ๓ ทำให้เห็นว่า ผู้ค้ำประกันก็มีสิทธิต่าง ๆ แยกเป็น ๒ กรณีใหญ่ คือ สิทธิก่อนการชำระหนี้ และ สิทธิของผลภายหลังชำระหนี้

กรณีแรก คือ สิทธิของผู้ค้ำประกันก่อนการชำระหนี้ (มาตรา ๖๘๖ ถึงมาตรา ๖๙๒)

๑) สิทธิบ้ายเบียงให้เจ้าหนี้ไปบังคับเอา กับลูกหนี้ก่อน

(๑) เมื่อเจ้าหนี้ทวงให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ผู้ค้ำประกัน (มีสิทธิ) จะขอให้เรียกลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนก็ได้ เว้นแต่ลูกหนี้จะถูกศาลพิพากษาให้เป็นคนล้มละลายเสียแล้ว หรือไม่ปรากฏว่าลูกหนี้ไปอยู่แห่งใดในพระราชอาณาเขต (มาตรา ๖๘๘ มาตรา ๖๘๙) และเว้นแต่ทำสัญญาค้ำประกันยกเว้นมาตรา ๖๘๘ และมาตรา ๖๘๙ ไว้ก็จะเป็นลูกหนี้ร่วม เป็นผลให้บ้ายเบียงไม่ได้ ซึ่งจะเห็นว่าถึงจะมีกฎหมายคุ้มครองสิทธิ แต่ก็ยังมีช่องทางให้ตกลงยกเว้นกันได้ ซึ่งเป็นประเด็นสำคัญที่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ค้ำประกันจำนวนไม่น้อย

(๒) แม้ว่า เจ้าหนี้จะได้เรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อนแล้วจึงมาเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ ซึ่งทำให้ผู้ค้ำประกันไม่สามารถใช้สิทธิตามข้อ (๑) ดังกล่าวได้ก็ตาม ถ้าผู้ค้ำประกันพิสูจน์ได้ว่า

- ก. ลูกหนี้นั้นมีทางชำระได้ และ
- ข. การที่จะชำระหนี้้นั้นไม่เป็นการยาก

ตัวอย่าง เจ้าหนี้ต้องไปบังคับให้ลูกหนี้ชำระหนี้ก่อน เช่น นายดำได้กู้ยืมเงินจากนายขาวเป็นจำนวนเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท โดยมีนายเขียวเป็นผู้ค้ำประกัน ต่อมา นายดำผิดนัดไม่ชำระหนี้ นายขาวจึงได้ทวงถามจากนายดำ นายดำก็ทำเพิกเฉย นายขาวจึงทวงเงินจากนายเขียวผู้ค้ำประกันให้ชำระหนี้แทน ถ้านายเขียวพิสูจน์ได้ว่า นายดำมีเงินฝากธนาคารอยู่เป็นเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท นายขาวต้องฟ้องให้นายดำชำระเงินก่อน

ตามตัวอย่าง (กฎหมาย มาตรา ๖๔๙) ที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่า ผู้ค้ำประกันต้องรับภาระหน้าที่ในการพิสูจน์ เพื่อป้ายเบี่ยงให้เจ้าหนี้ไปเรียกจากลูกหนี้ก่อน ตามมาตรา ๖๔๘ **ทำให้เห็นถึงช่องทางความไม่เป็นธรรมอีกประการหนึ่ง**

(๓) ในกรณีที่เจ้าหนี้มีทรัพย์สินของลูกหนี้ยึดถือไว้เป็นประกัน เมื่อผู้ค้ำประกันร้องขอเจ้าหนี้จะต้องเอาทรัพย์สินไปชำระหนี้เสียก่อน หากไม่พอชำระหนี้จึงเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ส่วนที่เหลือได้ (มาตรา ๖๔๐) เช่น นายทองกู้เงินจากนายเงินเป็นจำนวน ๑๐๐,๐๐๐ บาท โดยนำแหวนเป็นประกันให้แก่นายเงินไว้ด้วย (จ่านา) ซึ่งแหวนมีมูลค่า ๕๐,๐๐๐ บาท และให้นายสมชายค้ำประกันด้วย ต่อมานายทองไม่ชำระหนี้ นายเงินจะต้องบังคับจากแหวนก่อน คือ นำแหวนไปขายทอด

ตลาดเพื่อเอาเงินมาชำระหนี้ก่อน ถ้าได้เงินไม่พอชำระหนี้จึงจะเรียกให้นายสมชายชำระหนี้ส่วนที่เหลืออีกได้

(๔) เจ้าหนี้ขยายกำหนดชำระหนี้ให้แก่ลูกหนี้ โดยผู้ค้ำประกันไม่ได้ยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร ผู้ค้ำประกันเป็นอันหลุดพ้น

(๕) หนี้ประธานขาดอายุความ เป็นเหตุให้ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นด้วย (มาตรา ๖๙๒)

ข้อยกเว้น (ตามกฎหมายเดิม) แต่ถ้าผู้ค้ำประกันระบุไว้ในสัญญาค้ำประกันว่า จะร่วมรับผิดชอบลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วมแล้ว ผู้ค้ำประกันก็ไม่สามารถจะใช้สิทธิตามข้อ (๑)-(๓) ดังกล่าวได้ กล่าวคือ เจ้าหนี้สามารถบังคับให้ผู้ค้ำประกันเพียงคนเดียวชำระหนี้ให้แก่ตน โดยจะไม่บังคับเอาจากลูกหนี้ก่อนก็ได้ เช่น นายสมใจกู้เงินจากธนาคารเป็นจำนวนเงิน ๑๐๐,๐๐๐ บาท โดยมีนายประสงค์เป็นผู้ค้ำประกันโดยในสัญญาค้ำประกันระบุว่า นายประสงค์จะรับผิดชอบในหนี้ของนายสมใจในฐานะลูกหนี้ร่วมกับนายสมใจ ต่อมานายสมใจผิดนัดไม่ชำระหนี้ ธนาคารมีสิทธิเรียกให้นายประสงค์เพียงคนเดียวหรือร่วมกันกับนายสมใจทั้งสองคนให้ชำระหนี้จำนวน ๑๐๐,๐๐๐ บาทได้ทันที โดยไม่ต้องไปเรียกให้นายสมใจชำระหนี้ก่อนแล้วจึงเรียกให้นายประสงค์ชำระหนี้ก็ได้ ซึ่งจะเห็นว่าถึงแม้จะมีกฎหมายให้สิทธิแก่ผู้ค้ำประกันที่จะป้ายเบี่ยงได้ แต่เจ้าหนี้ส่วนใหญ่ก็สามารถอาศัยช่องทางต่าง ๆ ในการตกลงยกเว้น เช่น อำนาจการต่อรองที่สูงกว่าของเจ้าหนี้ทำให้ผู้ค้ำประกันส่วนใหญ่ต้องยอมเสียเปรียบ ถ้าความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมคือความเท่าเทียมกัน (ซึ่งในทางกฎหมายส่วนใหญ่

จะเน้นความยุติธรรมตามแนวคิดนี้ ส่วนแนวคิดเรื่องความแตกต่างอย่างมีเหตุผลตามความเหมาะสม ไม่ว่าจะเหมาะสมตามความสามารถหรือเหมาะสมตามสิทธิหน้าที่ ฯลฯ จะเป็นแนวคิดรองหรือข้อยกเว้น) ก็จะเห็นว่าเกิดความไม่เป็นธรรมหรือไม่ยุติธรรม

๒) สิทธิของผู้ค้าประกันในการถือเอาประโยชน์แห่งเงินเวลา

ลูกหนี้ไม่ได้ผิคนัด แต่ไม่สามารถถือเอาประโยชน์แห่งเงินเวลาได้ ต้องชำระหนี้ก่อนกำหนด เช่น ลูกหนี้ทำลายหรือทำให้ลดน้อยถอยลงซึ่งหลักประกัน หรือไม่ให้ประกันในเมื่อจำเป็นต้องให้เป็นต้น ซึ่งทำให้เจ้าหนี้มีสิทธิที่จะเรียกให้ลูกหนี้ชำระหนี้ได้ก่อนเวลาที่กำหนด เช่นนี้ แต่จะเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ไม่ได้ (มาตรา ๖๔๗)

กรณีที่สอง คือ สิทธิของผู้ค้าประกันภายหลังผู้ค้าประกันชำระหนี้ (มาตรา ๖๔๓ ถึง มาตรา ๖๔๗)

เมื่อผู้ค้าประกันชำระหนี้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้ไปแล้ว ผู้ค้าประกันมีสิทธิดังต่อไปนี้

๑) มีสิทธิรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ไปไต่เบี่ยเอาเงินที่ตนชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้แทนลูกหนี้ไป จากลูกหนี้เท่าจำนวนที่ตนได้ชดใช้แทนลูกหนี้ไปแล้ว (ต้น ดอกเบี่ย และค่าเสียหาย) ตามมาตรา ๖๔๓ วรรคแรกบัญญัติไว้ เช่น นายจันทร์กู้เงินนายอังคาร ๑๐๐,๐๐๐ บาท โดยมีนายดำเป็นผู้ค้าประกัน ต่อมาเมื่อถึงกำหนดเวลาชำระหนี้เงินกู้ นายจันทร์ไม่ยอมจ่าย นายดำจึงชำระหนี้แทนนายจันทร์จำนวน ๑๐๐,๐๐๐ บาท ให้แก่นายอังคาร ดังนั้น นายดำจึงมีสิทธิเรียกเงินดังกล่าวคือจากนายจันทร์ได้

๒) มีสิทธิไต่เบี่ยเอากับผู้ค้าประกันรายอื่น ๆ เพราะผู้ค้าประกันหลายคนค้าประกันลูกหนี้รายเดียวกัน ถือเป็นลูกหนี้ร่วม เว้นแต่ตกลงเป็นอย่างอื่น

๓) มีสิทธิรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ที่มีต่อลูกหนี้ ถ้าเจ้าหนี้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินของลูกหนี้ (มาตรา ๖๔๓ วรรคสอง) เช่น ลูกหนี้นำแหวนเพชรมาจำนำประกันการชำระหนี้ด้วย เป็นต้น เมื่อผู้ค้าประกันได้ชำระหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ไปแล้ว ผู้ค้าประกันย่อมรับช่วงสิทธิดังกล่าวด้วย ตัวอย่างเช่น นายดำกู้เงินจากนายขาวเป็นเงิน ๑,๐๐๐,๐๐๐ บาท โดยนำที่ดินราคา ๕๐๐,๐๐๐ บาท ไปจดทะเบียนจำนองเป็นประกันการชำระหนี้ดังกล่าว และยังมีนายทองเป็นผู้ค้าประกันในหนี้จำนวนดังกล่าว ต่อมา เมื่อถึงกำหนดชำระหนี้เงินกู้ยืม นายดำไม่ยอมจ่าย นายทองจึงชำระหนี้ให้นายขาวแทนนายดำตามสัญญาค้าประกัน เช่นนี้นายทองจึงมีสิทธิไต่เบี่ยเงินจำนวนดังกล่าวคืนจากนายดำ และยังมีช่วงสิทธิจำนองในที่ดินของนายดำดังกล่าวจากนายขาวด้วย

๔) สิทธิที่จะเรียกร้องให้เจ้าหนี้รับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหนี้ทำให้ผู้ค้าประกันไม่อาจรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้ได้

๕) รับผิดหรือชำระหนี้ไม่เกินที่ตกลงค้าประกันไว้ (ที่เหลือลูกหนี้รับผิดชอบ)

๖) สิทธิที่จะยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ต่อสู่เจ้าหนี้ (มาตรา ๖๔๔) เช่น หนี้ขาดอายุความ เป็นต้น

สิทธิของผู้ค้าประกันที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ในทางกลับกันก็เป็นหน้าที่ของเจ้าหนี้ แต่เจ้าหนี้จำนวนไม่น้อยก็มักจะอาศัยอำนาจการต่อรองที่

เหนือกว่า เอาเปรียบทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม โดยเฉพาะผู้ค้าประกัน ซึ่งโดยปกติ ผู้ค้าประกันก็มีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายอยู่แล้วหลายประการ เช่น

๑) หน้าที่ต้องรับผิดชอบชำระหนี้แทนลูกหนี้ เมื่อลูกหนี้ผิดนัดการชำระหนี้ (มาตรา ๖๔๐ วรรคแรก)

๒) หน้าที่ต้องไม่บอกเลิกค้าประกันโดยเจ้าหนี้ไม่ยินยอม ยกเว้นการค้าประกันที่เป็นคราวเป็นงวด (มาตรา ๖๔๙ วรรคแรก)

๓) หน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบกับผู้ค้าประกันรายอื่นที่ค้าประกันลูกหนี้รายเดียวกัน ยกเว้นแต่ตกลงเป็นอย่างอื่น

๔) หน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้รับเรือน (ผู้ค้าประกันของผู้ค้าประกัน) เมื่อผู้รับเรือนชำระหนี้แทนไป

ถึงแม้จะมีบางกรณีที่ทำให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบที่มีต่อเจ้าหนี้ตามสัญญาการค้าประกัน เช่น

ก. ถ้าหนี้ที่ตนค้าประกันนั้นได้กำหนดวันชำระหนี้ไว้แน่นอน แล้วต่อมาเจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้แล้ว ผู้ค้าประกันเป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ (มาตรา ๗๐๐) เช่น นายดำกู้เงินจากนายขาวกำหนดชำระคืนภายใน ๑ ปี โดยมีนายฟ้าเป็นผู้ค้าประกัน ต่อมานายขาวขยายเวลาการชำระหนี้จาก ๑ ปี เป็น ๒ ปี โดยนายฟ้าไม่ได้ยินยอมด้วย นายฟ้าเป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบตามสัญญาการค้าประกัน แต่ถ้านายฟ้ายินยอมด้วยในการผ่อนเวลาดังกล่าวก็ยังคงต้องรับผิดชอบตามสัญญาการค้าประกันอยู่

ข. เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระแล้ว ผู้ค้าประกันขอชำระหนี้แทนลูกหนี้ ถ้าเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้าประกันก็เป็นอันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ (มาตรา ๗๐๑) เช่น นายดำกู้เงินจากนายขาวกำหนดชำระคืนในวันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๕๗ โดยมีนายฟ้าเป็นผู้ค้าประกัน ครั้นถึงกำหนดแล้วนายดำไม่ชำระหนี้ นายฟ้าจึงนำเงินไปชำระแทน แต่นายขาวไม่ยอมรับ โดยไม่มีเหตุที่จะอ้างกฎหมายได้ นายฟ้าเป็นอันหลุดพ้นความรับผิดชอบตามสัญญาการค้าประกัน

แต่เมื่อพิจารณาโดยรวมแล้วจะพบว่าสิทธิของผู้ค้าประกันที่กฎหมายบัญญัติให้ความคุ้มครองไว้นั้น ในทางปฏิบัติยังไม่สามารถเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะมักจะถูกอำนาจต่อรองที่เหนือกว่าของฝ่ายเจ้าหนี้ ให้มีการตกลงยกเว้น เช่น สิทธิการการชำระหนี้ที่ผู้ค้าประกันมี โดยสามารถขายเบี่ยงให้เจ้าหนี้ไปเรียกลูกหนี้ให้ชำระหนี้ก่อน ตามมาตรา ๖๔๘ มาตรา ๖๔๙ และมาตรา ๖๕๐ มักจะถูกยกเว้น โดยให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกันกับลูกหนี้ หรือให้เป็นลูกหนี้ร่วม เป็นเหตุให้ผู้ค้าประกันไม่สามารถขายเบี่ยงได้ (มาตรา ๖๕๑) และยังเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ค้าประกันบางรายต้องล้มละลายไปก็มี ด้วยเหตุนี้รัฐจึงมีการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อคุ้มครองสิทธิและสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ค้าประกันและผู้จำนองที่มีใช้ลูกหนี้ชั้นต้น โดยออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๐ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๗ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๗๗ ก. เมื่อวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน ๒๕๕๗

โดยมีมาตรา ๒ บัญญัติไว้ว่า “พระราชบัญญัตินี้ ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นเกล้าวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา” ซึ่งจะมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๔ เป็นต้นไป

โดยมีสาระสำคัญในการแก้ไข นอกจากมาตรา ๖๔๑ ที่กล่าวมาตอนต้น แล้ว ยังมีอีกดังต่อไปนี้

มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๖๔๑/๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๖๔๑/๑ ข้อตกลงใดที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ข้อความนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา ๖๔๕/๑ ของหมวด ๑ บทเบ็ดเสร็จทั่วไปของลักษณะ ๑๑ คำประกัน ของบรรพ ๓ เอกเทศสัญญา แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๖๔๕/๑ บรรดาข้อตกลงเกี่ยวกับการค้าประกันที่แตกต่างไปจากมาตรา ๖๔๑ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา ๖๔๔ มาตรา ๖๔๘ และมาตรา ๖๔๙ เป็นโมฆะ”

มาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๖๘๖

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา ๖๘๖ เมื่อลูกหนี้ผิดนัด ให้เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ค้าประกันภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดเจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้ก่อนที่หนังสือบอกกล่าวจะไปถึงผู้ค้าประกันมิได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้าประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ

ในกรณีที่เจ้าหนี้มิได้มีหนังสือบอกกล่าวภายในกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง ให้ผู้ค้าประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปสรรคแห่งหนี้รายนั้น บรรดาที่เกิดขึ้นภายหลังจากพ้นกำหนดเวลาตามวรรคหนึ่ง

เมื่อเจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้าประกันชำระหนี้หรือผู้ค้าประกันมีสิทธิชำระหนี้ได้ตามวรรคหนึ่ง ผู้ค้าประกันอาจชำระหนี้ทั้งหมดหรือใช้สิทธิชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้ก่อนการผิดนัดชำระหนี้ ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบได้ และให้นำความในมาตรา ๗๐๑ วรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในระหว่างที่ผู้ค้าประกันชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามวรรคสาม เจ้าหนี้จะเรียกดอกเบี้ยเพิ่มขึ้นเพราะเหตุที่ลูกหนี้ผิดนัดในระหว่างนั้นมิได้

การชำระหนี้ของผู้ค้าประกันตามมาตรานี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ค้าประกันตามมาตรา ๖๙๓”

มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๖๙๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน คือ

“มาตรา ๖๙๑ ในกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการใด ๆ อันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกัน รวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดแล้วก็ดี ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดดังกล่าวไม่ครบถ้วนแต่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นแล้วก็ดี ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ตามที่ได้ลดดังกล่าวแต่ผู้ค้ำประกันได้ชำระหนี้ตามที่ได้ลดนั้นแล้วก็ดี ทั้งนี้ไม่ว่าจะล่วงหน้ากำหนดเวลาชำระหนี้ตามที่ได้ลดดังกล่าวแล้วหรือไม่ก็ตาม ให้ผู้ค้ำประกันเป็นอันหลุดพ้นจากการค้ำประกัน

ข้อตกลงใดที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ค้ำประกันให้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ”

มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ให้ยกเลิกความในมาตรา ๗๐๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน คือ

“มาตรา ๗๐๐ ถ้าค้ำประกันหนี้อื่นจะต้องชำระ ณ เวลาที่กำหนดแน่นอนและเจ้าหนี้นยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ ผู้ค้ำประกันยอมหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ผู้ค้ำประกันจะได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลานั้น

ข้อตกลงที่ผู้ค้ำประกันทำไว้ล่วงหน้าก่อนเจ้าหนี้นผ่อนเวลาอันมีผลเป็นการยินยอมให้เจ้าหนี้นผ่อนเวลา ข้อตกลงนั้นใช้บังคับมิได้”

มาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ บัญญัติไว้ว่า “บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เว้นแต่กรณีที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

มาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่ลูกหนี้ผิดนัดนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ สิทธิและหน้าที่ของเจ้าหนี้และผู้ค้ำประกัน ให้เป็นไปตามมาตรา ๖๘๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้”

มาตรา ๒๐ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการใด ๆ นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ อันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกัน รวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ให้ผู้ค้ำประกันเป็นอันหลุดพ้นจากการค้ำประกันตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๑ วรรคหนึ่งแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่แก้ไขใหม่ทีกล่าวมานี้ ทำให้เห็นถึงสิทธิของผู้ค้ำประกันที่เปลี่ยนแปลงไปหลายประการ ดังจะเปรียบเทียบใน

ประเด็นสำคัญให้เห็นดังต่อไปนี้

สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายเดิม (ก่อนการแก้ไข ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)	สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายใหม่ (ภายหลังการแก้ไขแล้ว ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)
ประเด็น การทำสัญญาค้ำประกัน ๑. มีสิทธิจำกัดความรับผิดชอบได้ (โดยกำหนดจำนวนเงิน หรือระยะเวลา ที่ตกลงกันให้รับผิดชอบ) แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกันเป็นพิเศษจึงจะถือว่าทำสัญญาค้ำประกันแบบไม่จำกัดความรับผิดชอบ (ต้น ดอกเบี้ย และค่าเสียหาย ของหนี้ประธาน) (มาตรา ๖๔๑ วรรคแรก) ๒. มีสิทธิทำสัญญาค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้ที่มีเงื่อนไข ทั้งแบบจำกัดหรือไม่จำกัดความรับผิดชอบ อย่างไม่เคร่งครัด (มาตรา ๖๔๑ วรรคสอง) ๓. มีสิทธิทำสัญญาค้ำประกันหนี้ที่ไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถ ได้ โดยถ้าผู้ค้าประกันรู้เหตุนั้นในขณะที่ทำสัญญา ก็ผูกพันผู้ค้าประกันได้ (มาตรา ๖๔๑ วรรคสาม)	ประเด็น การทำสัญญาค้ำประกัน ๑. มีสิทธิจำกัดความรับผิดชอบได้ (โดยกำหนดจำนวนเงิน หรือระยะเวลา ที่ตกลงกันให้รับผิดชอบ) แต่ถ้าไม่ได้ตกลงกัน ให้ถือว่าทำสัญญาค้ำประกันแบบไม่จำกัดความรับผิดชอบ (ต้น ดอกเบี้ย และค่าเสียหาย ของหนี้ประธาน)(มาตรา ๖๔๑ วรรคแรก) ๒. มีสิทธิทำสัญญาค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้ที่มีเงื่อนไข (โดยเคร่งครัด) แต่ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน เว้นแต่เป็นการค้ำประกันเพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราวตามมาตรา ๖๔๙ จะไม่ระบุระยะเวลาดังกล่าวก็ได้ (มาตรา ๖๔๑ วรรคสอง) ๓. มีสิทธิทำสัญญาค้ำประกันหนี้ที่ไม่ผูกพันลูกหนี้เพราะทำด้วยความสำคัญผิดหรือเพราะเป็นผู้ไร้ความสามารถ ก็อาจประกันได้ ถ้าผู้ค้าประกันรู้เหตุนั้นในขณะที่ทำสัญญา (มาตรา ๖๔๑ วรรคสาม)

สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายเดิม (ก่อนการแก้ไขปี พ.ศ. ๒๕๕๗)	สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายใหม่ (ภายหลังการแก้ไขแล้ว ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)
ประเด็น สิทธิก่อนการชำระหนี้ ๑. สิทธิในการขายเบี่ยง ตามมาตรา ๖๔๔ และมาตรา ๖๔๕ นั้น สามารถทำสัญญาตกลงยกเว้นกันได้ โดยตกลงให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วมก็ใช้ได้ ๒. สิทธิตามมาตรา ๖๔๑ มาตรา ๖๔๔ มาตรา ๖๔๗ และมาตรา ๖๔๙ อาจจะตกลงยกเว้นหรือแตกต่างไปจากบทบัญญัติได้ ๓. เมื่อลูกหนี้ผิดนัดแล้ว เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้าประกันรับผิดชอบได้ ถ้ามีข้อตกลงให้รับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วมจะเรียกจากผู้ค้าประกันก่อนก็ได้ โดยผู้ค้าประกันไม่มีสิทธิเรียกให้มีหนังสือบอกกล่าวก่อน	ประเด็น สิทธิก่อนการชำระหนี้ ๑. สิทธิในการทำสัญญาค้ำประกัน ในเรื่อง ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ค้าประกันต้องรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ (ใช้ไม่ได้) (มาตรา ๖๔๑/๑) ๒. สิทธิตามมาตรา ๖๔๕/๑ ที่บัญญัติให้ว่า บรรดาข้อตกลงเกี่ยวกับการค้ำประกันที่แตกต่างไปจากมาตรา ๖๔๑ วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา ๖๔๔ มาตรา ๖๔๗ และมาตรา ๖๔๙ เป็นโมฆะ ๓. สิทธิได้รับหนังสือบอกกล่าวก่อนการบังคับหลักประกันนับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และสิทธิที่จะไม่ถูกบังคับให้ชำระหนี้แทนลูกหนี้ก่อนได้รับหนังสือบอกกล่าว แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้าประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ (มาตรา ๖๔๖ วรรคหนึ่งใหม่) ถ้าไม่มีหนังสือบอกกล่าว มีสิทธิหลุดพ้นความรับผิดในดอกเบี้ยและค่าสินไหมทดแทน ตลอดจนค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น บรรดาที่เกิดขึ้นภายหลังพ้นกำหนดหลักประกัน

สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายเดิม (ก่อนการแก้ไขปี พ.ศ. ๒๕๕๗)	สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายใหม่ (ภายหลังการแก้ไขแล้ว ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)
ประเด็น สิทธิผลภายหลังการชำระหนี้แทนลูกหนี้ ๑. สิทธิในการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อไปไล่เบี้ยเอากับลูกหนี้ ในหนี้ที่ตนชำระแทนไป (ต้น ดอกเบี้ย และค่าเสียหาย) (มาตรา ๖๙๓) ๒. ไล่เบี้ยเอากับผู้ค้าประกันอื่นที่ผู้ค้าประกันหนี้รายเดียวกับตน (ตามส่วนที่เขาต้องรับผิดชอบ)	๔. มีสิทธิชำระหนี้ทั้งหมดหรือใช้สิทธิตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้ก่อนการผิदनัดชำระหนี้ เฉพาะในส่วนที่ตนต้องรับผิดชอบ และมีสิทธิตามมาตรา ๗๐๑ ด้วย ประเด็น สิทธิผลภายหลังการชำระหนี้แทนลูกหนี้ ๑. สิทธิในการรับช่วงสิทธิของเจ้าหนี้เพื่อไปไล่เบี้ยเอากับลูกหนี้ ในหนี้ที่ตนชำระแทนไป (ต้น ดอกเบี้ย และค่าเสียหาย) (มาตรา ๖๙๓) ๒. ไล่เบี้ยเอากับผู้ค้าประกันอื่นที่ผู้ค้าประกันหนี้รายเดียวกับตน (ตามส่วนที่เขาต้องรับผิดชอบ) ๓. สิทธิที่ไม่ต้องเสียดอกเบี้ยเพิ่ม ในระหว่างที่ผู้ค้าประกันชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ของลูกหนี้ตามมาตรา ๖๘๖ วรรคสาม (มาตรา ๖๘๖ วรรคสี่) ๔. การชำระหนี้ของผู้ค้าประกันตามมาตรา ๖๘๖ นี้ ไม่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้ค้าประกันตามมาตรา ๖๙๓ คือสิทธิผลภายหลังการชำระหนี้ (มาตรา ๖๘๖ วรรคห้า)

สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายเดิม (ก่อนการแก้ไขปี พ.ศ. ๒๕๕๗)	สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายใหม่ (ภายหลังการแก้ไขแล้ว ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)
	๕. สิทธิตามมาตรา ๖๙๑ ใหม่ คือ ในกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการใด ๆ อันมีผลเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มี การค้าประกันรวมทั้งดอกเบี้ย ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์หนี้รายนั้น ถ้าลูกหนี้ได้ชำระหนี้ตามที่ได้อัดแล้วก็ดี ลูกหนี้ชำระหนี้ตามที่ได้อัดดังกล่าวไม่ครบถ้วนแต่ผู้ค้าประกันได้ ชำระหนี้ส่วนที่เหลือนั้นแล้วก็ดี ลูกหนี้ไม่ชำระหนี้ ตามที่ได้อัดดังกล่าวแต่ผู้ค้าประกันได้ชำระหนี้ตามที่ ได้อัดนั้นแล้วก็ดี ทั้งนี้ไม่ว่าจะล่วงเลยกำหนดเวลา ชำระหนี้ตามที่ได้อัดดังกล่าวแล้วหรือไม่ก็ตาม ให้ ผู้ค้าประกันเป็นอันหลุดพ้นจากการค้าประกัน (มาตรา ๖๙๑ วรรคแรก ใหม่) ๖. ข้อตกลงใดที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ค้า ประกันให้มากกว่าที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๖๙๑ วรรค หนึ่ง ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา ๖๙๑ วรรคสอง)

สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายเดิม (ก่อนการแก้ไขปี พ.ศ. ๒๕๕๗)	สิทธิของผู้ค้าประกันตามกฎหมายใหม่ (ภายหลังการแก้ไขแล้ว ปี พ.ศ. ๒๕๕๗)
ประเด็น ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน ๑. หนี้ประธานระงับ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิหลุดพ้นความรับผิด (มาตรา ๖๙๘) ๒. สิทธิบอกเลิกในกรณีที่ค้ำประกันหนี้เพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว (มาตรา ๖๙๙) ๓. สิทธิหลุดพ้นความรับผิด ในกรณีเจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ โดยผู้ค้ำประกันไม่ยินยอม(มาตรา ๗๐๐) ๔. ผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้ตั้งแต่เมื่อหนี้ครบกำหนด แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นความรับผิด (มาตรา ๗๐๑)	ประเด็น ความระงับสิ้นไปแห่งการค้ำประกัน ๑. หนี้ประธานระงับ ผู้ค้ำประกันมีสิทธิหลุดพ้นความรับผิด (มาตรา ๖๙๘) ๒. สิทธิบอกเลิกในกรณีที่ค้ำประกันหนี้เพื่อกิจการเนื่องกันไปหลายคราว (มาตรา ๖๙๙) ๓. สิทธิหลุดพ้นความรับผิด ในกรณีเจ้าหนี้ผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ โดยผู้ค้ำประกันไม่ยินยอม (มาตรา ๗๐๐) ๔. ข้อตกลงที่ผู้ค้ำประกันทำไว้ล่วงหน้าก่อนเจ้าหนี้ผ่อนเวลาอันมีผลเป็นการยินยอมให้เจ้าหนี้ผ่อนเวลา ข้อตกลงนั้นใช้บังคับมิได้ (มาตรา ๗๐๐ วรรคสอง) ๕. ผู้ค้ำประกันขอชำระหนี้ตั้งแต่เมื่อหนี้ครบกำหนด แต่เจ้าหนี้ไม่ยอมรับโดยไม่มีเหตุผลทางกฎหมาย ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นความรับผิด (มาตรา ๗๐๑)

จากการเปรียบเทียบนี้ทำให้สามารถวิเคราะห์ได้ว่า การแก้ไขกฎหมายใหม่ในครั้งนี้อย่างน้อยก็ทำให้สิทธิบางอย่างหรือหลายอย่างของผู้ค้ำประกันได้รับการคุ้มครองมากขึ้น แต่ในทางกลับกันก็ทำให้สิทธิของเจ้าหนี้ลดน้อยลงไปบางประการหรือหลายประการ พร้อมกันนั้นก็ทำให้เจ้าหนี้มีหน้าที่เพิ่มมากขึ้น อันอาจนำไปสู่ปัญหาในทางปฏิบัติในหลาย ๆ ขั้นตอน ซึ่งในที่นี้ขอสรุปนามากล่าว ๔ ขั้นตอน คือ

๑. ปัญหาในขั้นตอนของการทำสัญญาค้ำประกัน

การแก้ไขกฎหมายค้ำประกัน ในบางมาตราและบางส่วนใหม่ คือ

๑.๑ สัญญาค้ำประกันหนี้ในอนาคตหรือหนี้มีเงื่อนไข ต้องระบุวัตถุประสงค์ในการก่อหนี้ รายที่ค้ำประกัน ลักษณะของมูลหนี้ จำนวนเงินสูงสุดที่ค้ำประกัน และระยะเวลาในการก่อหนี้ที่จะค้ำประกัน (มาตรา ๖๘๑ วรรคสอง)

๑.๒ สัญญาค้ำประกันต้องระบุหนี้หรือสัญญาที่ค้ำประกันไว้โดยชัดแจ้ง และผู้ค้ำประกันย่อมรับผิดชอบหนี้หรือสัญญาที่ระบุไว้เท่านั้น (มาตรา ๖๘๑ วรรคสาม)

๑.๓ ข้อตกลงที่ทำให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบลูกหนี้ร่วม ข้อตกลงที่กำหนดให้ผู้ค้ำประกันต้องรับผิดชอบ ลูกหนี้ร่วมหรือในฐานะเป็นลูกหนี้ร่วม เป็นโมฆะ (มาตรา ๖๘๑/๑)

๑.๔ ข้อตกลงเกี่ยวกับการค้ำประกันที่แตกต่างไปจาก มาตรา ๖๘๑ วรรคแรก วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา ๖๘๔ (ผู้ค้ำประกันยกข้อต่อสู้ของลูกหนี้ที่มีต่อเจ้าหนี้) มาตรา ๖๘๘ (ผู้ค้ำประกันหลุดพ้นจากความรับผิดชอบเมื่อหนี้ของลูกหนี้ระงับ) และมาตรา ๖๘๙ (การบอกเลิกการค้ำประกันเพื่อกิจการต่อเนื่องไปหลายคราว) เป็นโมฆะ (มาตรา ๖๘๕/๑)

ทำให้มีผลกระทบต่อทางปฏิบัติในขั้นตอนของการทำสัญญาค้ำประกัน ทั้ง ๔ หัวข้อที่กล่าวมานี้ ถึงแม้มาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๓ บัญญัติไม่ให้มีผลย้อนหลัง กล่าวคือ บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ (ทั้ง ๒๔ มาตรา) ไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาที่ได้ทำไว้ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ เว้นแต่กรณีที่พระราชบัญญัตินี้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น (เช่น มาตรา ๖๘๑) แต่การปรับโครงสร้างหนี้ที่มีอยู่ก่อนพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หลังจากพระราชบัญญัตินี้บังคับใช้แล้ว ผู้ค้ำประกันอาจไม่ยอมเป็นผู้ค้ำประกันต่อไป อันจะทำให้การปรับโครงสร้างหนี้ใหม่ไม่สำเร็จ และในการทำสัญญาค้ำประกันกันใหม่ เจ้าหนี้อาจให้ผู้ที่จะมาทำสัญญาค้ำประกัน

(สัญญาอุปกรณ์) หนี้ของลูกหนี้นั้น เข้าทำสัญญาประกันโดยเป็นลูกหนี้ร่วมในสัญญาประกันร่วมกัน ซึ่งเป็นเหตุให้ลูกหนี้เข้าถึงสินเชื่อยากขึ้น หรือไม่ก็ต้องใช้หลักทรัพย์มาเป็นหลักประกันมากขึ้น

๒. ขั้นตอนก่อนการชำระหนี้

ก่อนการชำระหนี้ผู้ค้ำประกันมีสิทธิบายเบี่ยงให้เจ้าหนี้เรียกชำระเข้ากับลูกหนี้ก่อนเป็นต้น เพราะประเด็นการตกลงเข้าทำสัญญาค้ำประกันนั้นถึงกฎหมายเดิมจะให้สิทธิไว้ แต่ผู้ค้ำประกันก็มีอำนาจต่อรองน้อย เนื่องจากต้องระมัดระวังจะไปกระทบต่อสัญญาประกันระหว่างลูกหนี้กับเจ้าหนี้ กล่าวคือ ถ้าผู้ค้ำประกันไม่ตกลงยินยอมรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือเป็นลูกหนี้ร่วม เจ้าหนี้ก็อาจจะไม่ยอมทำสัญญาประกันกับลูกหนี้ เป็นเหตุให้ลูกหนี้เสียประโยชน์ ดังนั้นผู้ค้ำประกันจึงต้องจำใจทำไปและมีผลบังคับตามกฎหมาย แต่พอแก้ไขแล้วทำให้เห็นว่า ข้อความที่ตกลงให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วมนั้นใช้ไม่ได้ (คือเป็นโมฆะ) ทำให้อำนาจต่อรองเริ่มมาใกล้เคียงกันมากขึ้น ถึงจะยังไม่เท่าเทียมกันเสียทีเดียวก็ตาม เพราะความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมทางกฎหมายเอกชนส่วนใหญ่ยึดหลักความเท่าเทียมกันในอำนาจต่อรอง (สิทธิเสรีภาพ) ดังนั้นในกรณีนี้จึงถือได้ว่าเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ค้ำประกันได้ในระดับหนึ่ง แต่อาจเกิดปัญหาต่าง ๆ ในทางปฏิบัติตามมา เช่น ปัญหาลูกหนี้เข้าถึงสินเชื่อยากขึ้น และผู้ค้ำประกันต้องทำสัญญาร่วมเป็นลูกหนี้ชั้นต้น เป็นต้น เนื่องจากกฎหมายใหม่เมื่อพิจารณาฝ่ายเจ้าหนี้จะพบว่าสิทธิบางอย่างหายไป เช่น สิทธิการตกลงให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือรับผิดชอบในฐานะลูกหนี้

ร่วม เป็นต้น ซึ่งอาจทำให้ฝ่ายเจ้าหนี้เคร่งครัดในการปล่อยสินเชื้อมากขึ้น พร้อมทั้งต้องหาวิธีการคุ้มครองสิทธิของตนโดยวิธีการอื่น ๆ เช่น ให้ผู้ที่จะทำสัญญาค้ำประกันนั้นเข้าทำสัญญาเป็นลูกหนี้ร่วมในสัญญาประธาณ เป็นต้น

นอกจากนั้นเมื่อลูกหนี้ผิดนัด ให้เจ้าหนี้มีหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ค้ำประกันภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่ลูกหนี้ผิดนัด และเจ้าหนี้จะเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ก่อนที่หนังสือบอกกล่าวจะไปถึงผู้ค้ำประกันไม่ได้ แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ค้ำประกันที่จะชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ (มาตรา ๖๘๖ วรรคแรก) แต่หากเจ้าหนี้มีได้มีหนังสือบอกกล่าวภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ผู้ค้ำประกันจะหลุดพ้นจากความรับผิดในดอกเบี้ย และค่าสินไหมทดแทน และค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ซึ่งเกิดขึ้นภายหลังจากพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว (มาตรา ๖๘๖ วรรคสอง) ปัญหาทางปฏิบัติก็คือว่า ถ้าการผิดนัดเป็นงวด ๆ ในสัญญาเดียวกันต้องบอกเป็นหนังสือทุกครั้งหรือไม่ ถ้าไม่ส่งหนังสือบอกกล่าวก่อน ๖๐ วัน ผู้ค้ำประกันไม่ต้องรับผิดชอบดอกเบี้ยนั้น อาจจะเป็นผลเสียแก่หน่วยงานของรัฐได้ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐเป็นเจ้าหนี้

ในกรณีที่เจ้าหนี้มีสิทธิเรียกให้ผู้ค้ำประกันชำระหนี้หรือผู้ค้ำประกันมีสิทธิชำระหนี้ตามมาตรา ๖๘๖ วรรคแรก ผู้ค้ำประกันอาจชำระหนี้ทั้งหมดหรือใช้สิทธิชำระหนี้ตามเงื่อนไขและวิธีการในการชำระหนี้ที่ลูกหนี้มีอยู่กับเจ้าหนี้ก่อนการผิดนัดชำระหนี้ เฉพาะในส่วนที่ตนต้องรับผิดก็ได้ หากเจ้าหนี้ไม่ยอมรับชำระหนี้ ผู้ค้ำประกันก็หลุดพ้นจากความรับผิดในหนี้นั้น (มาตรา ๖๘๖ วรรค

สาม) และในระหว่างที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้ตามกรณีดังกล่าวนี้ เจ้าหนี้จะเรียกดอกเบี้ยเพิ่มขึ้น เพราะเหตุที่ลูกหนี้ผิดนัดในระหว่างนั้นมิได้ (มาตรา ๖๘๖ วรรคสี่) ปัญหาก็คือเจ้าหนี้อาจเร่งฟ้องเร็วขึ้น ข้อดีก็คือเสียดอกเบี้ยน้อย แต่ก็อาจถูกบังคับคดีเร็วขึ้น

๓. ขั้นตอนภายหลังการชำระหนี้

สิทธิของผู้ค้ำประกันภายหลังการที่ผู้ค้ำประกันชำระหนี้แทนลูกหนี้ไปแล้ว คือ

๓.๑ การชำระหนี้ของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๘๖ นี้ ไม่ตัดสิทธิไล่เบี้ยและสิทธิอื่น ๆ ของผู้ค้ำประกันตามมาตรา ๖๙๓ (มาตรา ๖๘๖ วรรคท้าย)

๓.๒ หากเจ้าหนี้กระทำการใด ๆ อันเป็นการลดจำนวนหนี้ที่มีการค้ำประกัน ลดดอกเบี้ย ลดค่าสินไหมทดแทน หรือลดค่าภาระติดพันอันเป็นอุปกรณ์แห่งหนี้รายนั้น ถ้ามีการชำระหนี้ตามที่ได้ลดครบถ้วนแล้ว ไม่ว่าจะชำระโดยลูกหนี้หรือผู้ค้ำประกัน (มาตรา ๖๙๑ วรรคแรก) หากมีข้อตกลงใด ที่มีผลเป็นการเพิ่มภาระแก่ผู้ค้ำประกันให้มากกว่าที่กำหนดนี้ ข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะ (มาตรา ๖๙๑ วรรคท้าย) ซึ่งใช้กับกรณีที่เจ้าหนี้กระทำการใด ๆ ดังกล่าวนี้นี้ หลังวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับด้วย แม้จะได้ทำสัญญาค้ำประกันก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับก็ตาม จากการแก้ไขในประเด็นนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น เจ้าหนี้ อาจจะไม่ยอมลดหนี้หรือลดหนี้ยากขึ้น

๔. ขั้นตอนการระงับสิ้นไปแห่งสัญญาค้ำประกัน

หากเจ้าหนี้ยอมผ่อนเวลาให้แก่ลูกหนี้ในสัญญาค้ำประกันที่มีกำหนดเวลาชำระหนี้ที่แน่นอน ผู้ค้ำประกันย่อมหลุดพ้นจากความรับผิด เว้นแต่ผู้ค้ำประกันจะได้ตกลงด้วยในการผ่อนเวลานั้น (มาตรา ๗๐๐ วรรคแรก) ข้อตกลงที่ผู้ค้ำประกันทำไว้ล่วงหน้าอันมีผลเป็นการยินยอมให้เจ้าหนี้ผ่อนเวลา ข้อตกลงนั้นใช้บังคับไม่ได้ (มาตรา ๗๐๐ วรรคท้าย) ซึ่งจากการแก้ไขในประเด็นนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาทางปฏิบัติ เช่น ทำให้การผ่อนระยะเวลาทำได้ยากขึ้น เป็นต้น

นอกจากนั้น ตั้งแต่วันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๔ เป็นต้นไป แบบฟอร์มของสัญญาค้ำประกันที่ผู้เป็นเจ้าหนี้ร่างเอาไว้ จำเป็นต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงใหม่ ไม่ให้มีข้อความที่ระบุให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วม หรือข้อความใดในทำนองนี้ เพราะถ้ามีข้อความเช่นนี้ ใช้ไม่ได้คือตกเป็นโมฆะ ส่วนที่ทำสัญญาค้ำประกันกันมาก่อนแล้วนั้นก็ยังคงใช้ได้ (มาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๓)

สรุป สิทธิของผู้ค้ำประกันตามที่กฎหมายเดิมให้การรับรองและคุ้มครองไว้นั้น ในทางปฏิบัติ

ใช้ไม่ค่อยได้ผลตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เพราะเหตุว่า เจ้าหนี้ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจต่อรองที่สูงกว่า มักจะใช้สิทธิของตนไปจำกัดสิทธิของผู้ค้ำประกัน ทำให้การใช้สิทธิของผู้ค้ำประกันในกรณีนี้ใช้ไม่ได้ หรือใช้ได้น้อยลง โดยการบีบบังคับทางใดทางหนึ่ง ให้ผู้ค้ำประกันจำต้องยอมตกลงรับผิดชอบอย่างเดียว กับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วม ทั้งที่ผู้ค้ำประกันไม่ได้รับประโยชน์ (เนื้อไม่ได้กิน หนังไม่ได้อนั่ง) แต่กลับต้องรับผิดชอบ (เอากระดูกมาแขวนคอ) เหมือนกับเป็นลูกหนี้ชั้นต้น ครั้นเมื่อแก้ไขกฎหมายใหม่ที่บัญญัติให้ข้อตกลงให้ผู้ค้ำประกันรับผิดชอบอย่างเดียวกับลูกหนี้หรือในฐานะลูกหนี้ร่วมนั้นเป็นโมฆะ จึงถือเป็นการสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้ค้ำประกัน ให้ดีขึ้นอีกระดับหนึ่ง แต่ก็ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในขั้นตอนทำสัญญาค้ำประกัน ขั้นตอนก่อนการชำระหนี้ ขั้นตอนภายหลังการชำระหนี้ และขั้นตอนการระงับสิ้นไปของสัญญาค้ำประกัน ซึ่งคงต้องร่วมมือร่วมใจกันแก้ไขต่อไป แต่อย่างน้อย ณ วันนี้ก็ถือได้ว่าสิทธิของผู้ค้ำประกันก็ได้รับการคุ้มครองให้ดีขึ้นมาอีกระดับหนึ่ง เพิ่มความเท่าเทียมกันขึ้นมาได้อีกระดับหนึ่ง ก็ได้แต่หวังว่าจะเกิดความเป็นธรรมหรือความยุติธรรมมากขึ้นในอนาคต



เอกสารอ้างอิง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ เอกเทศสัญญา ลักษณะ ๑๑ คำประกัน โดยมีพระราชกฤษฎีกา ให้ใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ ๑ เมษายน พ.ศ. ๒๔๗๒.

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๒๐) พ.ศ. ๒๕๕๗ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๓๑ ตอนที่ ๗๗ ก. เมื่อวันที่ ๑๓ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๗.

มหาวิทยาลัยการราชวิทยาลัย, พระไตรปิฎกภาษาไทย ฉบับมหาวิทยาลัยการราชวิทยาลัย (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยการราชวิทยาลัย, ๒๕๓๙)

Rawls, John, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1971)





สิทธิการรับมรดกของคู่สมรส

ช.ชยรินทร์ เพ็ชฌัญไชย*^{*}

บทคัดย่อ

สิทธิการรับมรดกของคู่สมรสในนี้จะกล่าวถึงสิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่ยังมีชีวิตอยู่ ว่ามีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้ในฐานะใด ถ้าเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิรับมรดกได้ในฐานะทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๙ หากเป็นคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมย่อมไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย แต่สามารถขอแบ่งทรัพย์สินที่หาได้ร่วมกันในขณะที่ยังมีชีวิตอยู่ได้ในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกันคนละครึ่ง นอกจากนี้แล้วคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นทายาทในฐานะผู้รับพินัยกรรมได้ เมื่อคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้แสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเผื่อตายในเรื่องทรัพย์สินของตนไว้แล้ว กรณีก็จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๔๖

คำสำคัญ : คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย, คู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมาย, พินัยกรรม, ทายาทโดยธรรม, สิ้นส่วนตัว, สิ้นสมรส

Abstract

The core theme of this article is dealt with determining how and whether the rights to the succession of living legal and illegal spouses can be functioned under the Thai Civil and Commercial Code. From the discussion, it becomes clear that Section 1629 under the Code endorses the legal spouses to be as statutory heir and those are entitled to inherit; in contrast, the illegal spouses are not provided such legal status but the illegal spouses can have the right to claim all equal share of their properties earned during they

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

are alive and live together as the de facto spouses. Although the illegal spouses are not the statutory heir, both living legal and illegal spouses are, under Section 1646 under the Code, recognized as lawful heir by will of de cejus.*

Keywords : lawful spouses, unlawful spouses, will, statutory Heirs, personal property, marriage property

บทนำ

เมื่อคู่สมรสถึงแก่ความตาย คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะมีสิทธิในมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายเพียงใด มีข้อพิจารณาดังนี้

ประการแรก ต้องพิจารณาก่อนว่าคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีฐานะทางกฎหมายอย่างไร หากมีการจดทะเบียนก็มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมมีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้ แต่ถ้าไม่ได้จดทะเบียนสมรสถือว่าเป็นคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมไม่มีสิทธิรับมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้

ประการที่สอง พิจารณาต่อว่าคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายมีการแสดงเจตนาโดยพินัยกรรมกำหนดการเพื่อให้เรื่องทรัพย์สินไว้อย่างไรหรือไม่ หากว่ามีการทำพินัยกรรมไว้อาจทำให้การมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิในการรับมรดกดังที่กล่าวมาในประการแรกเปลี่ยนแปลงไปได้ เมื่อปรากฏว่าคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้แสดงเจตนาโดยพินัยกรรม

กำหนดการเพื่อตายในเรื่องทรัพย์สินอันเป็นมรดกมิให้คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายได้รับมรดกของตนในฐานะทายาทโดยธรรม หรือจะยกทรัพย์สินอันเป็นมรดกให้แก่คู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมาย แม้ไม่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมก็ได้ ถ้าเป็นดังนี้ คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายล้นสิทธิในการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรมโดยถูกตัดมิให้รับมรดก ส่วนคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายกลับมีฐานะเป็นทายาทในฐานะผู้รับพินัยกรรม ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๒๕๔/๒๕๓๓ แม้ผู้ร้องเป็นทายาทโดยธรรมของผู้ตายและเป็นผู้ไม่ต้องห้ามกฎหมาย แต่เมื่อผู้ตายได้ทำพินัยกรรมจำหน่ายทรัพย์มรดกทั้งหมดให้ผู้คัดค้านแล้ว ถือได้ว่าผู้ร้องเป็นผู้ถูกตัดมิให้รับมรดกตามป.พ.พ.มาตรา ๑๖๐๔ ผู้ร้องจึงไม่มีสิทธิร้องต่อศาลขอให้ตั้งผู้ร้องเป็นผู้จัดการมรดกของผู้ตาย

ประการที่สาม หากไม่มีการทำพินัยกรรมไว้ หรือทำพินัยกรรมไว้แต่ไม่มีผลบังคับได้ หรือมีทรัพย์สินนอกพินัยกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่ง

* de cejus is a latin term which means "from whom" This term used to designate the person by, through, from, or under whom another claims. (See Black's Law Dictionary Free Online, Legal Dictionary 2nd Ed.)

และพาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๐^๓ ให้ปันทรัพย์มรดกแก่ทายาทโดยธรรมซึ่งได้แก่ คู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและญาติ ๖ ลำดับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๙^๔ โดยคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิรับมรดกภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๓๕^๕

ส่วนคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่มีสิทธิได้รับมรดกเพราะมิได้มีฐานะเป็นทายาทโดย

ธรรม แต่ทั้งนี้ก็ได้ไม่ได้เสียสิทธิไปเสียทีเดียวยังสามารถเรียกร้องทรัพย์สินของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายให้แบ่งแก่ตนได้ หากพิสูจน์ได้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันในขณะที่ชีวิตอยู่ถือว่าทรัพย์สินดังกล่าวทั้งคู่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๑๓๕๖^๖ และมาตรา ๑๓๖๔^๗ ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

^๓ มาตรา ๑๖๒๐ ถ้าผู้ใดตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้หรือทำพินัยกรรมไว้แต่ไม่มีผลบังคับได้ ให้ปันทรัพย์มรดกทั้งหมดแก่ทายาทโดยธรรมของผู้ตายนั้นตามกฎหมาย

ถ้าผู้ใดตายโดยไม่ได้ทำพินัยกรรมไว้ แต่พินัยกรรมนั้นจำหน่ายทรัพย์หรือมีผลบังคับได้แต่เพียงบางส่วนแห่งทรัพย์มรดก ให้ปันส่วนที่มีจำหน่ายโดยพินัยกรรม หรือส่วนที่พินัยกรรมไม่มีผลบังคับได้แก่ทายาทโดยธรรมตามกฎหมาย

^๔ มาตรา ๑๖๒๙ ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา ๑๖๓๐ วรรค ๒ แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (๑) ผู้สืบสันดาน
- (๒) บิดามารดา
- (๓) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (๔) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (๕) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (๖) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา ๑๖๓๕

^๕ มาตรา ๑๖๓๕ ลำดับและส่วนแบ่งของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ในการรับมรดกของผู้ตายนั้น ให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(๑) ถ้ามีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๑) ซึ่งยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้น มีสิทธิได้ส่วนแบ่งเสมือนหนึ่งว่าตนเป็นทายาทชั้นบุตร

(๒) ถ้ามีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๓) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือถ้าไม่มีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๑) แต่มีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๒) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

(๓) ถ้ามีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๔) หรือ (๖) และทายาทนั้นยังมีชีวิตอยู่ หรือมีผู้รับมรดกแทนที่ หรือมีทายาทตามมาตรา ๑๖๒๙ (๕) แล้วแต่กรณี คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ มีสิทธิได้มรดกสองส่วนในสาม

(๔) ถ้าไม่มีทายาทดังที่ระบุไว้ในมาตรา ๑๖๒๙ คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นมีสิทธิได้รับมรดกทั้งหมด

^๖ มาตรา ๑๓๕๖ ถ้าทรัพย์สินเป็นของบุคคลหลายคนรวมกัน ท่านให้ใช้บทบัญญัติในหมวดนี้บังคับ เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

^๗ มาตรา ๑๓๖๔ การแบ่งทรัพย์สินพึงกระทำโดยแบ่งทรัพย์สินนั้นเองระหว่างเจ้าของรวม หรือโดยขายทรัพย์สินแล้วเอาเงินที่ขายได้แบ่งกัน

ถ้าเจ้าของรวมไม่ตกลงกันว่าแบ่งทรัพย์สินอย่างไรไซ้ เมื่อเจ้าของรวมคนหนึ่งคนใดขอ ศาลอาจสั่งให้เอาทรัพย์สินนั้น ออกแบ่ง ถ้าส่วนที่แบ่งให้ไม่เท่ากันไซ้ จะสั่งให้ทดแทนกันเป็นเงินก็ได้ ถ้าการแบ่งเช่นว่านี้ไม่อาจทำได้หรือจะเสียหายมากนักก็ ศาลจะสั่งให้ขายโดยประมูลราคากันระหว่างเจ้าของรวมหรือขายทอดตลาดก็ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๑/๒๕๑๐ ชายหญิงที่อยู่กินฉันสามีภริยาโดยไม่ได้จดทะเบียนสมรส หากมีสิทธิได้รับมรดกซึ่งกันและกัน แต่อาจขอให้แบ่งทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นเจ้าของร่วมได้ตาม มาตรา ๑๓๕๖ และมาตรา ๑๓๖๔

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๖๒๐/๒๕๔๓ ฉ. อยู่กินกันฉันสามีภริยากับ ช. โดยไม่ได้จดทะเบียนสมรสและได้ร่วมกันทำมาหากินโดยการปล่อยเงินกู้ ชื่อชายที่ดินและเป็นนายหน้าขายที่ดิน เงินในบัญชีเงินฝากประจำเป็นทรัพย์สินที่ ช. และ ฉ. ทำมาหากินได้ร่วมกันในระหว่างอยู่กินฉันสามีภริยา ช. และ ฉ. จึงต่างมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันในเงินดังกล่าวและต้องแบ่งให้คนละเท่า ๆ กัน โดยเป็นทรัพย์สินมรดกของ ช. กึ่งหนึ่ง และเป็นทรัพย์สินมรดกของ ฉ. กึ่งหนึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๒๗/๒๕๓๕ ที่ดินแปลงที่ น. ได้มาระหว่างอยู่กินเป็นสามีภริยากับ ส. ก่อนจดทะเบียนสมรสกันยอมมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันคนละส่วน เมื่อ น.ตายก่อน ส. ส่วนที่เป็นของ น. จึงเป็นมรดกตกได้แก่จำเลยที่ ๑ บิดาของ น. ซึ่งเป็นทายาทโดยธรรม และ ส.คนละกึ่งหนึ่งตาม ป.พ.พ.มาตรา ๑๖๓๕ (๒) ส. จึงมีส่วนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าว ๓ ใน ๔ ส่วน

ประการที่สี่ พิจารณาวามีเจ้าหนี้กองมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายหรือไม่ เพราะ

หากมีเจ้าหนี้กองมรดก ๆ มีสิทธิบังคับชำระหนี้เต็มจำนวนจากกองมรดกได้ในกรณีที่ยังไม่ได้แบ่งมรดก แต่หากแบ่งมรดกแล้ว เจ้าหนี้กองมรดกอาจเรียกให้ทายาทคนใดคนหนึ่งชำระหนี้ได้เพียงไม่เกินทรัพย์สินมรดกที่ทายาทคนนั้นได้รับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๓๘^๗ ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๖๑๓/๒๕๒๕ ทรัพย์สินมรดกยังมีได้แบ่งปันระหว่างทายาท เจ้าหนี้กองมรดกอาจบังคับชำระหนี้เต็มจำนวนจากกองมรดกได้ เมื่อจำเลยชำระหนี้ที่กองมรดกจะต้องชำระไป ก็ต้องหักจากกองมรดกใช้ให้จำเลยก่อน ส่วนที่เหลือจึงจะแบ่งให้ทายาทได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๕๑/๒๕๓๑ เจ้าหนี้ฟ้องเรียกหนี้จากทายาทให้ชำระหนี้ ทายาทต่อสู้เป็น ๓ ประการคือ เป็นทายาทแต่ไม่ได้รับมรดก และถึงอย่างไรก็ตามเจ้ามรดกไม่มีมรดกเลย หรือถ้าเจ้ามรดกจะมีมรดก ก็ไม่เคยครอบครองทรัพย์สินมรดก ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าไม่เป็นประเด็น เพราะเมื่อเป็นทายาทแล้วก็ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าหนี้ แต่จะรับผิดชอบอย่างไรมีมาตรา ๑๖๐๑ บัญญัติ ไว้แล้วว่าไม่ต้องรับผิดชอบเกินกว่าทรัพย์สินมรดกที่ตกทอดได้แก่ตน เพราะฉะนั้นในกรณีที่เจ้าหนี้กองมรดกฟ้องให้ทายาทชำระหนี้ของกองมรดก ทายาทคงสู้ได้ข้อเดียวเท่านั้นว่าตนไม่ได้เป็นทายาท

^๗ มาตรา ๑๓๓๔ ก่อนแบ่งมรดก เจ้าหนี้กองมรดกจะบังคับชำระหนี้เต็มจำนวนจากกองมรดกก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ทายาทคนหนึ่ง ๆ อาจเรียกให้ชำระหนี้จากทรัพย์สินมรดกของเจ้ามรดก หรือให้เอาเป็นประกันก็ได้จนถึงเวลาแบ่งมรดก

เมื่อแบ่งมรดกแล้ว เจ้าหนี้อาจเรียกให้ทายาทคนใดคนหนึ่งชำระหนี้ได้เพียงไม่เกินทรัพย์สินมรดกที่ทายาทคนนั้นได้รับไป ในกรณีเช่นนี้ ทายาทคนใดซึ่งได้ชำระหนี้แก่เจ้าหนี้กองมรดกเกินกว่าส่วนที่ตนจะต้องเฉลี่ยใช้หนี้ ทายาทคนนั้นมียกเลิกหนี้จากทายาทคนอื่นได้

ประการที่ห้า พิจารณาว่าคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายเป็นผู้เสียสิทธิมิให้รับมรดกหรือไม่ ได้แก่ โดยถูกจำกัดมิให้รับมรดก โดยถูกตัดมิให้รับมรดก โดยสละมรดก หรือโดยไม่ได้ถือเอาทรัพย์สินมรดกหรือฟ้องเรียกมรดกเสียภายในกำหนดอายุความ หากเข้ากรณีหนึ่งกรณีใดคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย คู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ก็จะเสียสิทธิในการรับมรดกได้ ทั้งในฐานะของทายาทโดยธรรมหรือผู้รับพินัยกรรม ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๑๖๔/๒๕๓๒ จำเลยเป็นภริยา อ. ไม่มีบุตรด้วยกัน เมื่อ อ.ตาย ศาลมีคำสั่งตั้งจำเลยเป็นผู้จัดการมรดกของ อ. จำเลยจึงได้จดทะเบียนโอนที่ดินมรดกของ อ. มาเป็นของจำเลยในฐานะผู้จัดการมรดก ต่อมาจำเลยไปขอรับมรดกของ อ. ในฐานะทายาท โดยให้ถ้อยคำต่อเจ้าพนักงานที่ดินและรับรองบัญชีเครือญาติว่าจำเลยเป็นทายาทของ อ. ทายาทนอกจากนี้ไม่มี ทั้งที่จำเลยก็ทราบดีว่า อ. มีโอรสเป็นบุตรบุญธรรมเป็นทายาทอีกคนหนึ่ง เป็นเหตุให้เจ้าพนักงานที่ดินจดทะเบียนโอนที่ดินมรดกของ อ. ให้แก่

จำเลยผู้เดียว ส่วนทรัพย์สินมรดกอื่น ๆ จำเลยก็ปฏิเสธมาโดยตลอดว่าไม่ใช่ของ อ. ถือได้ว่าจำเลยได้ยกย้ายหรือปิดบังทรัพย์สินมรดกมากกว่าส่วนที่ตนจะได้ด้วยฉ้อฉล หรือรู้ว่าจะจนทำให้เสื่อมประโยชน์ของทายาทอื่น จึงต้องถูกจำกัดมิให้รับมรดก

ทรัพย์สินอันเป็นมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย

เมื่อคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายถึงแก่ความตาย ทรัพย์สินของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย ประกอบด้วย สิ้นส่วนตัวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๑^๔ และสินสมรสตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๔๗๔^๕

สิ้นส่วนตัวนั้นตกทอดเป็นมรดกแก่ทายาททั้งหมด ส่วนสินสมรสจะต้องนำมาแบ่งส่วนเท่า ๆ กันกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ เฉพาะสินสมรสของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายเท่านั้นเป็นมรดก ในการแบ่งทรัพย์สินระหว่างสามีภริยานำบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วย การหย่าโดยความยินยอมทั้งสองฝ่ายมาใช้บังคับ และอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายลักษณะ

^๔ มาตรา ๑๔๗๑ สิ้นส่วนตัวได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งมีอยู่ก่อนสมรส

(๒) ที่เป็นเครื่องใช้สอยส่วนตัว เครื่องแต่งกาย หรือเครื่องประดับกายตามควรแก่ฐานะ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่จำเป็นในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพของคู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

(๓) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยการรับมรดกหรือโดยการให้โดยเสนหา

(๔) ที่เป็นของหมั้น

^๕ มาตรา ๑๔๗๔ สินสมรสได้แก่ทรัพย์สิน

(๑) ที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรส

(๒) ที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งได้มาระหว่างสมรสโดยพินัยกรรมหรือโดยการให้เป็นหนังสือเมื่อพินัยกรรมหรือหนังสือยกให้ระบุว่าเป็นสินสมรส

(๓) ที่เป็นดอกผลของสินส่วนตัว

ถ้ากรณีนี้ที่สงสัยว่าทรัพย์สินอย่างหนึ่งเป็นสินสมรสหรือไม่ใช่ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นสินสมรส

ครอบครัวยุเกี่ยวกับการหย่าตาม ประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๖๒๕^{๙๐} อันมีบทบัญญัติ
เพิ่มเติมให้บริบูรณ์ในมาตรา ๑๖๓๗^{๙๑} และมาตรา
๑๖๓๘^{๙๒} และโดยเฉพาะต้องอยู่ในบังคับแห่งมาตรา
๑๕๓๓^{๙๓} และมาตรา ๑๕๓๔^{๙๔} โดยพิจารณาว่า
ทรัพย์สินส่วนใดเป็นสินส่วนตัวและส่วนใดเป็นสิน
สมรส จัดให้มีการแบ่งสินสมรสแก่ชายและหญิง
เท่า ๆ กัน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
มาตรา ๑๕๓๓ หลังแบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้ตายกับ
คู่สมรสแล้ว ทรัพย์สินของผู้ตายจึงตกเป็นมรดก
ที่จะแบ่งปันให้แก่ทายาทต่อไป ซึ่งทรัพย์สินของ
ผู้ตายที่เป็นมรดกนี้ ได้แก่ สินส่วนตัวทั้งหมด และ

สินสมรสเฉพาะส่วนของผู้ตาย เช่น นายหนึ่งและ
นางสองเป็นคู่สมรส ต่อมานายหนึ่งตายโดยมีสิน
ส่วนตัว ๕๐๐,๐๐๐ บาท และสินสมรส ๑,๐๐๐,๐๐ บาท
ดังนี้ต้องแบ่งสินสมรสให้แก่ภรรยาหนึ่งและนางสอง
คนละครึ่งตามมาตรา ๑๕๓๓ คือ คนละ ๕๐๐,๐๐๐ บาท
สรุป นายหนึ่งมีมรดกทั้งสิ้น ๑,๐๐๐,๐๐๐ บาท จาก
สินส่วนตัวและสินสมรสในส่วนของนายหนึ่ง เป็นต้น
ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๔๓๐/๒๕๔๒
เมื่อไม่ได้ความชัดว่า ส. ได้ที่ดินพิพาทมาก่อนสมรส
หรือได้มาในระหว่างสมรสกับ ล. จึงต้องด้วยข้อ
สันนิษฐานของกฎหมายที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า

^{๙๐} มาตรา ๑๖๒๕ ถ้าผู้ตายเป็นผู้สมรสแล้ว การคิดส่วนแบ่งและการปันทรัพย์สินระหว่างผู้ตายกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นให้เป็นไป
ดังนี้

(๑) ในเรื่องส่วนแบ่งในทรัพย์สินระหว่างสามีภริยาให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการหย่าโดย
ยินยอมทั้งสองฝ่าย อันมีบทบัญญัติเพิ่มเติมให้บริบูรณ์ในมาตรา ๑๖๓๗ และ ๑๖๓๘ และโดยเฉพาะต้องอยู่ในบังคับแห่งมาตรา
๑๕๑๓ ถึง ๑๕๑๗ แห่งประมวลกฎหมายนี้ แต่การคิดส่วนแบ่งนั้นมีผลตั้งแต่วันที่การสมรสได้สิ้นไปด้วยเหตุความตายนั้น

(๒) ในเรื่องส่วนแบ่งในทรัพย์สินมรดกของผู้ตาย ให้อยู่ในบังคับของบทบัญญัติแห่งบรรพนี้ นอกจากมาตรา ๑๖๓๗ และ
๑๖๓๘

^{๙๑} มาตรา ๑๖๓๗ ถ้าคู่สมรสฝ่ายใดที่ยังมีชีวิตอยู่เป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาประกันชีวิต คู่สมรสฝ่ายนั้นมีสิทธิรับจำนวนเงินทั้งหมด
ที่ได้ตกลงไว้กับผู้รับประกันภัย แต่จำต้องเอาจำนวนเบี้ยประกันภัย เพียงเท่าที่พิสูจน์ได้ว่าสูงกว่าจำนวนเงินที่ผู้ตายจะพึงส่งใช้เป็น
เบี้ยประกันภัยได้ ตามรายได้หรือฐานของตนโดยปกติไปชดใช้สินเดิมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสินสมรสแล้วแต่กรณี

ถึงอย่างไรก็ดี จำนวนเงินเบี้ยประกันภัยซึ่งจะพึงส่งคืนตามบทบัญญัติข้างต้นนั้นรวมทั้งสิ้นต้องไม่เกินจำนวนเงินที่ผู้รับ
ประกันภัยได้ชำระให้

^{๙๒} มาตรา ๑๖๓๘ เมื่อคู่สมรสทั้งสองฝ่ายได้ลงทุนออกเงินในการทำสัญญา และตามสัญญานั้นทั้งสองฝ่ายจะต้องได้รับเงินปีในขณะที่
ยังมีชีวิตอยู่ร่วมกัน และเมื่อฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตาย ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่จะต้องได้รับเงินปีต่อไปตลอดอายุ ฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ จำต้อง
ชดใช้สินเดิมของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือสินสมรสแล้วแต่กรณี สุดแต่ว่าได้เอาเงินสินเดิม หรือสินสมรสไปใช้ในการลงทุนนั้น เงินที่จะต้อง
ชดใช้สินเดิมหรือสินสมรสตั้งแต่วัน ให้ชดใช้เท่าจำนวนเงินซึ่งผู้จ่ายเงินรายปีจะเรียกให้ใช้เพิ่มขึ้นเป็นพิเศษ เพื่อผู้จ่ายจะได้จ่ายเงิน
รายปีให้แก่คู่สมรสฝ่ายที่ยังมีชีวิตอยู่ต่อไป

^{๙๓} มาตรา ๑๕๓๓ เมื่อหย่ากันให้แบ่งสินสมรสให้ชายและหญิงได้ส่วนเท่ากัน

^{๙๔} มาตรา ๑๕๓๔ สินสมรสที่คู่สมรสฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจำหนายไปเพื่อประโยชน์ตนฝ่ายเดียวก็ดี จำหนายไปโดยเจตนาทำให้คู่สมรสอีก
ฝ่ายหนึ่งเสียหายก็ดี จำหนายไปโดยมิได้รับความยินยอมของคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่กฎหมายบังคับว่าการจำหนายนั้นจะต้อง
ได้รับความยินยอมของอีกฝ่ายหนึ่งด้วยก็ดี จงใจทำลายให้สูญหายไปก็ดี ให้ถือเสมือนว่าทรัพย์สินนั้นยังคงมีอยู่เพื่อจัดแบ่งสินสมรส
ตามมาตรา ๑๕๓๓ และถ้าคู่สมรสอีกฝ่ายหนึ่งได้รับส่วนแบ่งสินสมรสไม่ครบตามจำนวนที่ควรจะได้ ให้คู่สมรสฝ่ายที่ได้จำหนายหรือ
จงใจทำลายสินสมรสนั้นชดใช้จากสินสมรสส่วนของตนหรือสินส่วนตัว

เป็นสินสมรสตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๔๗๔ วรรคท้าย เมื่อ ส. ตายที่ดินพิพาทซึ่งเป็นสินสมรสย่อมตกเป็นของ ล. กิ่งหนึ่งตาม ป.พ.พ. มาตรา ๑๖๒๕ (๑) ประกอบมาตรา ๑๕๓๓ อีกกิ่งหนึ่งเป็นมรดกตกแก่ ล. กับโจทก์ คนละส่วนเท่า ๆ กันตามมาตรา ๑๖๒๕ (๑) ประกอบด้วยมาตรา ๑๖๓๕ (๑)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๔๗๑๔/๒๕๔๒ ป.พ.พ.มาตรา ๑๖๒๕ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการแบ่งทรัพย์สินระหว่างผู้ตายกับคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ เพื่อแยกเป็นมรดกของผู้ตายกับทรัพย์สินของคู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่ แล้วนำมรดกของผู้ตายมาแบ่งปันให้แก่ทายาทเท่านั้น หาใช่เป็นการกำหนดให้ต้องนำมรดกของผู้ตายมาชดใช้สินสมรสของคู่สมรสของผู้ตาย โจทก์จึงไม่มีสิทธิใด ๆ ในเงินกองทุนเลี้ยงชีพ

ส่วนกรณีที่เป็นคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายไม่มีฐานะเป็นทายาทโดยธรรมของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย ไม่มีสิทธิเรียกร้องในทรัพย์สินอันเป็นมรดกของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย แต่มีสิทธิขอแบ่งทรัพย์สินของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตายได้ หากว่ามีข้อเท็จจริงว่าทำมาหาได้ร่วมกันในขณะมีชีวิตอยู่โดยถือว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินนั้นร่วมกันแบ่งคนละครึ่งเท่า ๆ กัน ศาลฎีกามีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๐๓/๒๕๔๘ หญิงชายแต่งงานอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิได้จดทะเบียนสมรส ซึ่งถือว่าไม่เป็นสามีภริยากันตามกฎหมายนั้น ตามปกติย่อมแสดงว่าถือเจตนาที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน ไม่ว่าจะเป็น

ได้มาโดยทุนทรัพย์ หรือแรงงานของฝ่ายใด โดยถือว่าต่างมีสิทธิเป็นเจ้าของคนละครึ่ง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๕๖๑/๒๕๑๐ ผู้ตายมีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายอยู่ก่อน ต่อมาภริยาได้แยกร้างไปอยู่ต่างหากโดยมิได้หย่าขาดจากกัน โจทก์กับผู้ตายจึงมาอยู่กินด้วยกันฉันสามีภริยาโดยมิชอบด้วยกฎหมาย โจทก์กับผู้ตายได้ช่วยกันทำมาหากิน โดยภริยาเก่ามิได้มาร่วมปะปนด้วย โจทก์ได้นำทรัพย์สินของโจทก์มาให้ผู้ตายหาดอกผลและได้ทำการค้าขายช่วยผู้ตายเก็บค่าเช่า ดังนี้ ถือได้ว่าผู้ตายและโจทก์ทำมาหาได้ร่วมกัน จึงเป็นเจ้าของรวมและมีส่วนเท่ากัน เมื่อผู้ตายตายภริยาเก่าจึงไม่มีสิทธิในทรัพย์สินส่วนที่เป็นของภริยาใหม่แต่อย่างใด

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๓๕๖/๒๕๔๖ ก่อนที่โจทก์จดทะเบียนสมรสกับจำเลยนั้น ต่างฝ่ายต่างมีคู่สมรสซึ่งจดทะเบียนสมรสโดยชอบอยู่แล้ว การสมรสระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงเป็นโมฆะ จำเลยประกอบกิจการค้ายาสมุนไพรก่อนจดทะเบียนสมรสกับโจทก์ ซึ่งในการประกอบธุรกิจดังกล่าว โจทก์ไม่มีข้อตกลงใด ๆ กับจำเลยในเรื่องการแบ่งปันผลกำไร ไม่มีการตกลงแบ่งแยกหน้าที่ในการดำเนินธุรกิจ ทั้งตัวโจทก์และบุคคลในครอบครัวของโจทก์ไม่มีเจตนาประกอบกิจการค้าสมุนไพรกับจำเลยแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อทรัพย์สินต่าง ๆ ที่โจทก์มาขอแบ่งโจทก์อ้างว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการประกอบกิจการค้ายาสมุนไพร แต่โจทก์นำสืบไม่ได้ว่ามีส่วนร่วมในการทำมาหากินได้ดังกล่าวเช่นนี้ โจทก์จึงย่อมไม่มีสิทธิขอแบ่งทรัพย์สินเหล่านั้นจากจำเลยได้

บทสรุป

สิทธิในการรับมรดกของคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายและคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายที่ยังมีชีวิตอยู่ กรณีที่เป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิรับมรดกได้ในฐานะของทายาทโดยธรรมและในสถานะของผู้รับพินัยกรรม ส่วนคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีสิทธิรับมรดกได้ในฐานะ

ของผู้รับพินัยกรรมเท่านั้นและหากไม่มีพินัยกรรมอาจมีสิทธิขอแบ่งทรัพย์สินอันเป็นมรดกของคู่สมรสโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ ในกรณีที่สามารถพิสูจน์ได้ว่าทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกันในระหว่างที่มีชีวิตอยู่ถือว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกัน ส่วนทรัพย์มรดก ได้แก่ สินส่วนตัวทั้งหมดของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย และสินสมรสเฉพาะในส่วนของคู่สมรสที่ถึงแก่ความตาย



บรรณานุกรม

- กิริติ กาญจนรินทร์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๔)
- เฉลิมชัย เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย มรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินติ้ง ประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๕, ๒๕๕๓)
- ไชยยศ เหมะรัชตะ, ปัญหากฎหมายชาวบ้าน เล่ม ๒ มรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๓๕)
- โชค จารจินดา, คำบรรยายกฎหมายลักษณะมรดก (กรุงเทพมหานคร : ห้างหุ้นส่วนจำกัดแสงจันทร์ การพิมพ์, ๒๕๓๐)
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง ๓ : ครอบครัว-มรดก หน่วยที่ ๑๔ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๓๔)
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย มรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๘)
- ประกาศน์ อวยชัย, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก พร้อมด้วยย่อข้อกฎหมายจากคำพิพากษาศาลฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๘ ถึง พ.ศ. ๒๕๒๘ (กรุงเทพมหานคร : กรุงเทพมหานครการพิมพ์, ๒๕๒๙)
- ประสพสุข บุญเดช, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วยครอบครัว (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๑๙, ๒๕๕๔)

พลประสิทธิ์ ฤทธิรักษา, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง ๓ : ครอบครัว-มรดก หน่วยที่ ๘ - ๙ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๓๔)

พรชัย สุนทรพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ๒๕๕๓)

พินิจ ณ นคร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะมรดก (กรุงเทพมหานคร : บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๕)

พิพัฒน์ จักรางกูร, คำพิพากษาศาลฎีกา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ มรดก (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เจริญสนิทวงศ์, ๒๕๒๔)

เพริบ หุตางกูร, คำบรรยายกฎหมายลักษณะมรดก (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๑)

ไพโรจน์ กัมพลศิริ, กฎหมายลักษณะมรดก รวมหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกา ของศาสตราจารย์จิตติ ดิงศรัทีย (กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม, ๒๕๓๙)

รัชฎา เอกบุตร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๕ ว่าด้วย ครอบครัว : บิดามารดากับบุตร (กรุงเทพมหานคร : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๒)

สโภช สุขารมณ์, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายแพ่ง ๓ : ครอบครัว-มรดก หน่วยที่ ๑๓ (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๓๔)

สหัส สิงหวิริยะ, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๖ ว่าด้วย มรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, ๒๕๔๕)

เสนีย์ ปราโมช, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยครอบครัวมรดก (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๐๔)

เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดก (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๖๖)

อัมพร ณ ตะกั่วทุ่ง, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มรดก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, ๒๕๔๖)

Andrew Borkowski, *Textbook on Succession*. 2th Edition (Great Britain : Oxford University Press, 2002)

Kerridge, Roger, *The Law of Succession*. 12th Edition (London : Sweet & Maxwell, 2009)

Parry, Sir D.H., *The Law of Succession*. 6th Edition (London : Sweet & Maxwell, 1972)



สิทธิทางการศึกษากับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า ของประเทศไทย

ธนาชัย สุนทรอนันตชัย*

บทคัดย่อ

บทความเรื่องนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสิทธิทางการศึกษากับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของประเทศไทย โดยการศึกษาผู้เขียนพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในอดีตนั้นมิได้กำหนดให้การได้รับการศึกษาแบบให้เปล่าของบุคคลเป็นสิทธิเสรีภาพ แต่กำหนดในรูปแบบของแนวนโยบายแห่งรัฐ จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงได้มีการบัญญัติให้เป็นสิทธิทางการศึกษา โดยกำหนดให้บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย อันมีความสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศที่ไทยเป็นภาคี และในเวลาต่อมาจึงได้มีการนำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ สืบเนื่องมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ จวบจนปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมามีการดำเนินนโยบายของรัฐเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้นเกิดปัญหาหลายประการ ทั้งในด้านงบประมาณที่ไม่เพียงพอ คุณภาพของการศึกษาที่แย่ง การจัดการศึกษาที่ไม่ได้ให้เปล่าอย่างแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นควรให้การกำหนดสิทธิในการได้รับการศึกษาแบบให้เปล่าของบุคคลนั้นลดจำนวนปีลงเหลือไม่น้อยกว่าเก้าปี และเน้นไปที่การจัดการศึกษาตั้งแต่ระดับปฐมวัยจนจบระดับประถมศึกษา ซึ่งเป็นช่วงวัยที่มีความสำคัญต่อการสร้างพัฒนาการสำหรับเด็ก ตลอดจนเพื่อให้รัฐสามารถพัฒนาคุณภาพของการจัดการศึกษาให้เป็นไปอย่างทั่วถึง และไม่เก็บค่าใช้จ่ายได้สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมาย

คำสำคัญ : สิทธิ การศึกษา รัฐธรรมนูญ

Abstract

This article intends to study the right to education and the free-of charge education in Thailand. It is found that instead of the educational right, the former constitution of the Kingdom of Thailand was laid down the state policies for this point of

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

view. Yet, the matter of fact, being the party of the convention, the legal concept would be changed by the constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2540 (1997) to confirm that the government must support Thai people for an equally thorough and quality basic education without charge and not less than twelve years. After that, this law policy was regulated by the National Education Act, B.E. 2542(1999) and the constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007). It is obvious that, however, Thailand faces insufficiency budget, poor quality of education and untruly free education. Therefore, it should play an important role to subsidize the free-of-charge at least 9 years and focus on the pre-primary and primary schools. This is because of appropriate development of children that the government could hand in glove with every part of Thailand.

บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ถือเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทยได้อย่างกว้างขวาง อันรวมถึงสิทธิทางการศึกษาด้วย โดยเฉพาะการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าในการจัดการศึกษาระดับการศึกษาขั้นพื้นฐาน จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งแม้ว่าจะได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. ๒๕๕๗ ก็ยังบัญญัติให้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และความเสมอภาคที่ประชาชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้^๑ จึงนับได้ว่า สิทธิทาง

การศึกษาที่เคยได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังคงดำรงอยู่ต่อไป

ความเบื้องต้นเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษา

ก่อนจะพิจารณาในประเด็นเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษา ในเบื้องต้นผู้เขียนขอทำความเข้าใจเกี่ยวกับความหมายของคำว่า “สิทธิ” ก่อน ซึ่งมีนักวิชาการทางกฎหมายหลายท่านที่ได้ให้ความหมายของคำดังกล่าวไว้ ยกตัวอย่างเช่น

รองศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศวตพิชญ์ ได้อธิบายไว้ว่า “สิทธิ คือ อำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลในอันที่จะกระทำการเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินหรือบุคคลอื่น (เช่น สิทธิทางหนี้ กรรมสิทธิ์ ฯลฯ) เป็นต้นว่าอำนาจที่กฎหมายรับรองให้แก่บุคคลคนหนึ่ง ในอันที่จะเรียกร้องให้ผู้อื่นอีกคนหนึ่งหรือ

^๑ มาตรา ๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗

หลายคนกระทำการบางอย่างบางประการ ให้เกิดประโยชน์แก่ตน หรือให้ละเว้นกระทำการอย่างใดอย่างใดอย่างหนึ่ง”^{๑๒} ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า สิทธิได้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่บุคคลอื่นด้วย

ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ได้ให้ความหมายของคำว่า “สิทธิตามรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายมหาชน และแตกต่างจาก “สิทธิ” ตามความหมายทั่วไป โดยสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นหมายถึง “อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายสูงสุดได้บัญญัติให้การรับรองคุ้มครองแก่ปัจเจกบุคคลในอันที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใด การให้อำนาจแก่ปัจเจกบุคคลดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องที่จะไม่ให้บุคคลใดแทรกแซงในสิทธิตามรัฐธรรมนูญของตนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเรียกร้องต่อองค์กรของรัฐมิให้แทรกแซงในขอบเขตสิทธิของตน ในบางกรณีการรับรองดังกล่าวได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องให้รัฐดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง สิทธิตามรัฐธรรมนูญ ยังหมายรวมถึง การให้ประกันทางหลักการ ซึ่งหมายถึงการมุ่งคุ้มครองต่อสถาบันในทางกฎหมายเรื่องใดเรื่องหนึ่ง เช่น มุ่งคุ้มครอง “กรรมสิทธิ์” หรือ “เสรีภาพทางวิชาการ” เป็นต้น ดังนั้น สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกบุคคลกับรัฐ และสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติ”^{๑๓}

จากความเห็นของนักวิชาการทางกฎหมายข้างต้น หากพิจารณาลักษณะสำคัญของคำว่า “สิทธิ” สามารถสรุปได้ว่า

(๑) สิทธิเป็นอำนาจที่กฎหมายรับรองคุ้มครองให้ โดยเฉพาะสิทธิตามกฎหมายมหาชนที่จะถูกบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ

(๒) สิทธิเป็นการเรียกร้องให้บุคคลอื่นมีหน้าที่ต้องกระทำการหรือละเว้นการกระทำการ โดยเฉพาะหากเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญแล้วจะเป็นการเรียกร้องให้รัฐหรือองค์กรของรัฐมีหน้าที่ที่ต้องไม่แทรกแซงสิทธิของบุคคลที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หรือต้องดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นมีผลในทางปฏิบัติ สิทธิตามรัฐธรรมนูญจึงเป็นสิทธิที่ผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายที่จะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครอง

สำหรับ “สิทธิทางการศึกษา” แล้ว ในทางทฤษฎีถือว่าเป็นสิทธิที่ประชาชนสามารถเรียกร้องเอาจากรัฐ (status positives) กล่าวคือ สิทธิทางการศึกษาจะไม่อาจบรรลุความมุ่งหมายได้หากปราศจากการเข้ามาดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งจากฝ่ายรัฐ เป็นสิทธิประเภทที่เรียกร้องที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากรัฐ หรือรัฐจะต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดสิทธินั้นแก่ประชาชน อันเป็นการสร้างหน้าที่ให้แก่รัฐ เพราะในทางปฏิบัติแล้ว สิทธิทางการศึกษาจะเกิดขึ้นไม่ได้อย่างสมบูรณ์เลยหากรัฐไม่มีการจัดหาและระดม

^{๑๒} วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รายงานการวิจัย สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ(ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ อย่างเหมาะสม), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๓๘), หน้า ๑๖.

^{๑๓} บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, ๒๕๕๒), หน้า ๔๔-๔๙.

ทรัพยากรต่าง ๆ ที่จำเป็นและเกี่ยวข้องต่อการจัดการศึกษาภายในรัฐ ในอีกแง่มุมหนึ่ง สิทธิทางการศึกษาเป็นสิทธิที่รัฐแต่ละรัฐจะกำหนดให้เฉพาะพลเมืองของรัฐตนหรือผู้มีสัญชาติของรัฐเท่านั้นที่จะมีสิทธิดังกล่าว ดังนั้น เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญในแต่ละรัฐแล้วก็จะบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิทางการศึกษาให้กับพลเมืองของตนที่มีความแตกต่างกันไป

สิทธิทางการศึกษาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นับตั้งแต่ปีพ.ศ.

๒๔๗๕ - พ.ศ. ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญถือเป็นกฎหมายสูงสุดที่องค์กรที่ใช้อำนาจมหาชนทั้งหลายจักต้องปฏิบัติ ดังนั้น หากรัฐธรรมนูญได้มีการบัญญัติรับรองคุ้มครองสิทธิของประชาชนเรื่องใดไว้แล้ว นั้นหมายความว่า รัฐต้องให้ความสำคัญ และมีการกิจกรรมที่ต้องดำเนินการให้สิทธินั้นเกิดขึ้นจริงตามความมุ่งหมายของแต่ละเรื่อง ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับแรกนับตั้งแต่ประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงการปกครอง จนถึงปีพ.ศ. ๒๕๓๔ ในประเด็นเกี่ยวกับการบัญญัติแนวคิดเรื่องสิทธิ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิทางการศึกษาแล้ว ผู้เขียนพบว่ามิมีข้อสังเกตหลายประการกล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง มีรัฐธรรมนูญจำนวน ๗ ฉบับ ที่ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิทางการศึกษาได้เลย ได้แก่ พระราชบัญญัติธรรมนูญปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๐๒ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช

๒๕๑๕ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๙ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช ๒๕๒๐ และธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๓๔ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๔๙

ประการที่สอง มีรัฐธรรมนูญจำนวน ๙ ฉบับที่บัญญัติให้การศึกษาอบรมเป็น “เสรีภาพ” ของบุคคล โดยผู้เขียนสามารถแยกออกได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ

กลุ่มที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญบัญญัติให้ “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการศึกษาอบรม ทั้งนี้ ภายใต้บังคับแห่งบทกฎหมาย” จำนวน ๔ ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๘๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๔๙๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๗๕ แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช ๒๔๙๕

กลุ่มที่สอง รัฐธรรมนูญ จำนวน ๕ ฉบับ ที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับ “เสรีภาพทางด้านศึกษา” ขยายเพิ่มเติมจากกลุ่มที่หนึ่ง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

รัฐธรรมนูญ	บทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๒	มาตรา ๓๖ บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการศึกษาอบรม เมื่อการศึกษอบรมนั้นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาอบรม และไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรสถานศึกษา สถานศึกษาของรัฐและของเทศบาล ต้องให้ความเสมอภาคแก่บุคคลในการเข้ารับการ ศึกษาอบรมตามความสามารถของบุคคลนั้น ๆ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๑	มาตรา ๓๔ บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการศึกษาอบรม เมื่อการศึกษอบรมนั้นไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาอบรม และไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรสถานศึกษา
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗	มาตรา ๔๑ บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการศึกษาอบรม เมื่อไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสถานศึกษา
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑	มาตรา ๓๕ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการศึกษาอบรม เมื่อไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสถานศึกษา
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔	มาตรา ๓๔ บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการศึกษาอบรม เมื่อไม่ขัดต่อหน้าที่ของพลเมืองตามรัฐธรรมนูญ และไม่ขัดต่อกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสถานศึกษา

จากข้างต้น จะเห็นได้ว่ากลุ่มของรัฐธรรมนูญตามตาราง ได้บัญญัติแนวคิดในการกำหนดให้การศึกษาอบรมเป็นลักษณะของ “เสรีภาพ” มิใช่ “สิทธิ” ซึ่งนัยยะของความเป็นเสรีภาพนั้น หมายถึงอิสระในการที่บุคคลคนหนึ่งจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามความประสงค์ของตน โดยไม่ตกอยู่ภายใต้การบังคับของบุคคลอื่นหรือแม้กระทั่งรัฐ ดังนั้น บุคคลอื่นหรือรัฐนั้นต้องไม่กระทำการอันเป็นการลดทอนเสรีภาพที่บุคคลนั้นพึงมี อันแตกต่างจากลักษณะของ “สิทธิ” ที่เป็นการเรียกร้องให้บุคคลอื่นหรือรัฐต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นประโยชน์ต่อบุคคล

ผู้ทรงสิทธินั้น อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ ได้มีการกำหนดเพิ่มเติมให้บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นมูลฐาน ตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ อันเป็นการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้เพื่อให้บุคคลมีสิทธิทางการศึกษาอย่างเสมอภาคกัน นอกจากนั้นแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๒ ยังบัญญัติให้สถานศึกษาของรัฐและของเทศบาล ต้องให้ความเสมอภาคแก่บุคคลในการเข้ารับการศึกษอบรมตามความสามารถของบุคคลนั้น ๆ

ประการที่สาม ผู้เขียนพบว่ารัฐธรรมนูญหลายฉบับที่มีได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของบุคคลในการได้รับการศึกษาแบบให้เปล่าไว้ แต่กลับมีการกำหนดหลักการจัดการศึกษาแบบให้เปล่านี้ไว้ในลักษณะของแนวนโยบายแห่งรัฐ^๕ ได้แก่ มาตรา ๖๔ วรรคแรก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒^๖ มาตรา ๖๐ วรรคแรก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๑๑^๗ มาตรา ๗๓ วรรคแรก ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๓^๘ มาตรา ๖๐ วรรคสี่ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑^๙ และ มาตรา ๖๖ วรรคสาม ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔^{๑๐}

ประการที่สี่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ถือเป็นรัฐธรรมนูญที่มีการบัญญัติแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษา โดยเฉพาะการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าไว้ โดยปรากฏในมาตรา ๔๓ กล่าวคือ

“มาตรา ๔๓ บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

การจัดการศึกษาอบรมของรัฐต้องคำนึงถึงการมีส่วนร่วมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและเอกชน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

การจัดการศึกษาอบรมขององค์กรวิชาชีพและเอกชนภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

จากบทบัญญัติข้างต้น จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้ปรับเปลี่ยนแนวคิดจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ที่กำหนดให้การศึกษาอบรมเป็น “เสรีภาพ” โดยมีการปรับเปลี่ยนให้เป็นลักษณะของ “สิทธิ” ตลอดจนได้ปรับเปลี่ยนแนวคิดจากจัดการศึกษาที่ไม่เก็บค่าใช้จ่าย จากแต่เดิมที่เป็นบัญญัติไว้เป็นเพียงแนวนโยบายแห่งรัฐ ได้กลายเป็นการรับรองคุ้มครองในลักษณะของ “สิทธิ” แทน อันเป็นการผูกพันให้

^๕ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดเป็นแนวนโยบายแห่งรัฐ ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ ถือเป็นเพียงแนวทางสำหรับการตรากฎหมายและการบริหารราชการตามนโยบายที่กำหนดไว้ แต่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิในการฟ้องร้องต่อรัฐ

^๖ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒

มาตรา ๖๔ วรรคแรก การศึกษาอบรมขั้นประถมศึกษาในสถานศึกษาของรัฐและของเทศบาล จะต้องจัดให้โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน

^๗ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๑๑

มาตรา ๖๐ วรรคแรก การศึกษาอบรมขั้นประถมศึกษาในสถานศึกษาของรัฐ จะต้องจัดให้โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน

^๘ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๓

มาตรา ๗๓ วรรคแรก การศึกษาอบรมภาคบังคับในสถานศึกษาของรัฐ และของท้องถิ่น จะต้องจัดให้โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน

^๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑

มาตรา ๖๐ วรรคสี่ การศึกษาอบรมภาคบังคับในสถานศึกษาของรัฐ จะต้องจัดให้โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียน

^{๑๐} รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔

มาตรา ๖๖ วรรคสาม การศึกษาอบรมภาคบังคับในสถานศึกษาของรัฐ จะต้องจัดให้โดยไม่เก็บค่าเล่าเรียนและโดยทั่วถึงอย่างมีประสิทธิภาพ

องค์กรผู้ใช้อำนาจอรัฐทั้งหลายจะต้องให้ความเคารพ ปกป้อง และคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ดังนั้นรัฐและองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดการศึกษา ต้องดำเนินการให้ประชาชนคนไทยทุกคนได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานภายใต้หลักความเสมอภาคเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ๑๒ ปี อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ และที่สำคัญต้องเป็นลักษณะการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าหรือไม่เก็บค่าใช้จ่ายนั่นเอง

จากบทบัญญัติของสิทธิทางการศึกษาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ข้างต้น ก็ได้สืบเนื่องมาถึงบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ในมาตรา ๔๙ ซึ่งพบว่ามีบทบัญญัติในเรื่องสิทธิทางการศึกษาที่ไม่เก็บค่าใช้จ่ายหรือการศึกษาแบบให้เปล่าที่มีความคล้ายคลึงกัน นอกจากนั้นแล้ว ยังได้เน้นถึงหลักการของการจัดการศึกษาให้กับผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ หรือผู้อยู่ในสภาวะยากลำบากที่ต้องมีสิทธิการศึกษาที่ไม่เก็บค่าใช้จ่ายหรือการศึกษาแบบให้เปล่าเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป รวมทั้งยังต้องได้รับการสนับสนุนจากรัฐเพื่อได้รับการศึกษาอย่างเท่าเทียมด้วย กล่าวคือ

“มาตรา ๔๙ บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับการศึกษา ไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐจะต้อง

จัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพ โดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ หรือผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก ต้องได้รับสิทธิตามวรรคหนึ่ง และการสนับสนุนจากรัฐเพื่อให้ได้รับการศึกษาโดยทัดเทียมกับบุคคลอื่น

การจัดการศึกษาอบรมขององค์กรวิชาชีพ หรือเอกชน การศึกษาทางเลือกของประชาชน การเรียนรู้ด้วยตนเอง และการเรียนรู้ตลอดชีวิต ย่อมได้รับความคุ้มครองและส่งเสริมที่เหมาะสมจากรัฐ”

สิทธิทางการศึกษาตามพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒

พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ถือเป็นกฎหมายแม่บททางการศึกษาของประเทศไทย ที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิทางการศึกษาไว้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ โดยเฉพาะการบัญญัติแนวคิดการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าไว้ในมาตรา ๑๐^{๑๐} โดยมีสาระสำคัญที่กำหนดให้การจัดการศึกษานั้นต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้อง

^{๑๐} พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

มาตรา ๑๐ การจัดการศึกษา ต้องจัดให้บุคคลมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการรับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าสิบสองปีที่รัฐต้องจัดให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย

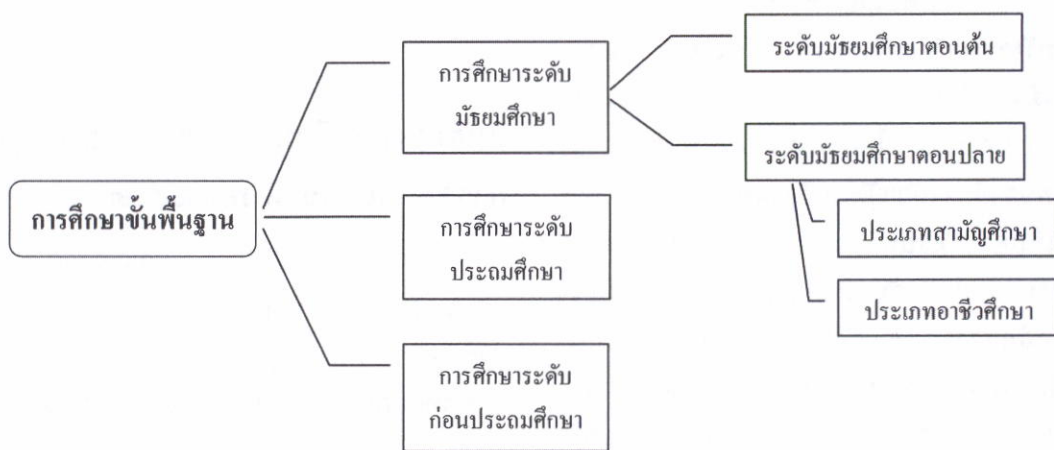
การจัดการศึกษาสำหรับบุคคลซึ่งมีความบกพร่องทางร่างกาย จิตใจ สติปัญญา อารมณ์ สังคม การสื่อสาร และการเรียนรู้ หรือมีร่างกายพิการหรือทุพพลภาพ หรือบุคคลซึ่งไม่สามารถพึ่งตนเองได้หรือไม่มีผู้ดูแลหรือด้อยโอกาส ต้องจัดให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิและโอกาสได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเป็นพิเศษ

การศึกษาสำหรับคนพิการในวรรคสอง ให้จัดตั้งแตแรกเกิดหรือพบความพิการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และให้บุคคลดังกล่าวมีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

การจัดการศึกษาสำหรับบุคคลซึ่งมีความสามารถพิเศษ ต้องจัดด้วยรูปแบบที่เหมาะสมโดยคำนึงถึงความสามารถของบุคคลนั้น

ให้อย่างทั่วถึงและมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย
 ทั้งนี้ หากจะพิจารณาถึงความหมายของการศึกษา
 ขั้นพื้นฐาน ก็ปรากฏความหมายในมาตรา ๑๖^{๑๑}
 แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒
 ประกอบกับข้อ ๑ และข้อ ๒ กฎกระทรวงว่าด้วย
 การแบ่งระดับและประเภทของการศึกษาขั้นพื้นฐาน
 พ.ศ. ๒๕๔๖ ที่ได้กำหนดให้การศึกษาขั้นพื้นฐานแบ่ง
 ออกเป็น ๓ ระดับ^{๑๒} คือ การศึกษาระดับก่อน

ประถมศึกษา การศึกษาระดับประถมศึกษา และ
 การศึกษาระดับมัธยมศึกษา ทั้งนี้ การศึกษาระดับ
 มัธยมศึกษายังแบ่งออกเป็น ๒ ระดับ คือ การ
 ศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนต้น และการศึกษา
 ระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย โดยการศึกษาในระดับ
 มัธยมศึกษาตอนปลาย ยังแบ่งได้ออกเป็น ๒ ประเภท
 คือ ประเภทสามัญศึกษา และประเภทอาชีวศึกษา



^{๑๑} พระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ

มาตรา ๑๖ การศึกษาในระบบมีสองระดับ คือ การศึกษาขั้นพื้นฐาน และการศึกษาระดับอุดมศึกษา

การศึกษาขั้นพื้นฐานประกอบด้วย การศึกษาซึ่งจัดไม่น้อยกว่าสิบสองปีก่อนระดับอุดมศึกษา การแบ่งระดับและประเภท
 ของการศึกษาขั้นพื้นฐาน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

การศึกษาระดับอุดมศึกษาแบ่งเป็นสองระดับ คือ ระดับต่ำกว่าปริญญา และระดับปริญญา

การแบ่งระดับหรือการเทียบระดับการศึกษานอกระบบหรือการศึกษาตามอัธยาศัย ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๑๒} กฎกระทรวงว่าด้วยการแบ่งระดับและประเภทของการศึกษาขั้นพื้นฐาน พ.ศ. ๒๕๔๖

ข้อ ๑ การศึกษาในระบบที่เป็นการศึกษาขั้นพื้นฐานให้แบ่งออกเป็นสามระดับ ดังนี้

(๑) การศึกษาระดับก่อนประถมศึกษา โดยปกติเป็นการจัดการศึกษาให้แก่เด็กที่มีอายุสามปีถึงหกปี เพื่อเป็นการวาง
 รากฐานชีวิตและการเตรียมความพร้อมของเด็กทั้งร่างกายและจิตใจ สติปัญญา อารมณ์ บุคลิกภาพ และการอยู่ร่วมในสังคม

(๒) การศึกษาระดับประถมศึกษา เป็นการศึกษาที่มุ่งวางรากฐานเพื่อให้ผู้เรียนได้พัฒนาคุณลักษณะที่พึงประสงค์ ทั้งใน
 ด้านคุณธรรม จริยธรรม ความรู้และความสามารถขั้นพื้นฐาน โดยปกติใช้เวลาเรียนหกปี

(๓) การศึกษาระดับมัธยมศึกษา แบ่งเป็นสองระดับ ดังนี้

(ก) การศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนต้น เป็นการศึกษาที่มุ่งให้ผู้เรียนได้พัฒนาคุณลักษณะที่พึงประสงค์ในด้านต่าง ๆ
 ต่อจากระดับประถมศึกษา เพื่อให้รู้ความต้องการ ความสนใจ และความถนัดของตนเองทั้งในด้านวิชาการและวิชาชีพ ตลอดจน
 ความสามารถในการประกอบกิจการงานและอาชีพตามควรแก่วัย โดยปกติใช้เวลาเรียนสามปี

นอกจากนั้นแล้ว มาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ยังได้กำหนดให้การจัดการศึกษาสำหรับบุคคลซึ่งมีความบกพร่องบางประการ หรือมีร่างกายพิการ หรือทุพพลภาพ หรือผู้ที่ไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ หรือไม่มีผู้ดูแล หรือด้อยโอกาส ต้องจัดให้ได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานเป็นพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาสำหรับคนพิการ ให้จัดตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการโดยไม่เสียค่าใช้จ่าย และบุคคลกลุ่มนี้มีสิทธิได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการ และความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา อันสอดคล้องกับพระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑ ในมาตรา ๕(๑)^{๙๓} ที่กำหนดให้คนพิการมีสิทธิในการได้รับการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการจนตลอดชีวิต ตลอดจนได้รับเทคโนโลยีสิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษาด้วย

อย่างไรก็ตาม ในการจัดการศึกษา จะพบคำว่า “การศึกษาภาคบังคับ” ซึ่งมีความแตกต่างจาก “การศึกษาขั้นพื้นฐาน” โดยการศึกษาภาค

บังคับเป็นการกำหนดให้เด็กซึ่งมีอายุย่างเข้าปีที่เจ็ดต้องเข้ารับการศึกษาศึกษาในสถานศึกษาขั้นพื้นฐานจนอายุย่างเข้าปีที่สิบหก เว้นแต่สอบได้ชั้นปีที่เก้าของการศึกษาศึกษาภาคบังคับ (เทียบได้กับระดับมัธยมศึกษาปีที่ ๓) โดยถือเป็นหน้าที่ของบิดา มารดา หรือผู้ปกครองที่มีหน้าที่จัดให้บุตรหรือบุคคลซึ่งอยู่ในความดูแลและให้ได้รับการศึกษาศึกษาภาคบังคับ ภายใต้พระราชบัญญัติการศึกษาศึกษาภาคบังคับ พ.ศ. ๒๕๔๕ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เด็กไทยทุกคนต้องเข้ารับการศึกษาศึกษาภาคบังคับตั้งแต่ระดับประถมศึกษาปีที่ ๑ ถึงระดับมัธยมศึกษาปีที่ ๓ เป็นระยะเวลา ๙ ปี โดยในช่วงเวลาของการศึกษาศึกษาภาคบังคับถือเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาขั้นพื้นฐานที่รัฐต้องจัดแบบให้เปล่า และรัฐยังต้องเพิ่มการจัดการศึกษาระบบให้เปล่าอีกอย่างน้อย ๓ ปี ซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องจัดในระดับก่อนประถมศึกษาหรือระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย

กล่าวโดยสรุป การจัดการศึกษาระบบให้เปล่าหรือไม่เสียค่าใช้จ่ายตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ ได้กำหนดหลักการให้รัฐต้องจัดให้บุคคลทุกคนมีสิทธิและโอกาสเสมอกันในการเข้า

(ข) การศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย เป็นการศึกษาที่มุ่งส่งเสริมให้ผู้เรียนได้ศึกษาตามความถนัดและความสนใจ เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับการศึกษาต่อหรือการประกอบอาชีพ รวมทั้งการพัฒนาคุณธรรม จริยธรรมและทักษะทางสังคมที่จำเป็น โดยปกติใช้เวลาเรียนสามปี

ข้อ ๒ การศึกษาระดับมัธยมศึกษาตอนปลายตามข้อ ๑ (๓) (ข) แบ่งเป็นสองประเภท ดังนี้

(๑) ประเภทสามัญศึกษา เป็นการจัดการศึกษาเพื่อพัฒนาผู้เรียนตามความถนัดความสนใจ ศักยภาพ และความสามารถพิเศษเฉพาะด้าน เพื่อเป็นพื้นฐานสำหรับการศึกษาต่อในระดับอุดมศึกษา

(๒) ประเภทอาชีวศึกษา เป็นการจัดการศึกษาเพื่อพัฒนาความรู้และทักษะในการประกอบอาชีพให้เป็นการกำลังแรงงานที่มีฝีมือ หรือศึกษาต่อในระดับอาชีพขั้นสูงต่อไป

^{๙๓} พระราชบัญญัติการจัดการศึกษาสำหรับคนพิการ พ.ศ. ๒๕๕๑

มาตรา ๕ คนพิการมีสิทธิทางการศึกษา ดังนี้

(๑) ได้รับการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการจนตลอดชีวิต พร้อมทั้งได้รับเทคโนโลยี สิ่งอำนวยความสะดวก สื่อ บริการและความช่วยเหลืออื่นใดทางการศึกษา...

รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน เป็นระยะเวลาอย่างน้อย ๑๒ ปี ที่เป็นไปอย่างทั่วถึง มีคุณภาพ และที่สำคัญคือไม่เก็บค่าใช้จ่าย นอกจากนั้นแล้ว กรณีของคนที่พิการนั้น กฎหมายยังบัญญัติเพิ่มเติมให้รัฐต้องจัดการศึกษาโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายนับตั้งแต่แรกเกิดหรือพบความพิการตลอดชีวิต อันเป็นการเลือกปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความเสมอภาค เนื่องจากสภาพของเรื่องที่ต่างกัน ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติได้บัญญัติหลักการสอดคล้องกับสิทธิทางการศึกษาดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศ

สิทธิทางการศึกษากับการศึกษาแบบให้เปล่าภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

หากพิจารณาถึงกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี ผู้เขียนพบว่ามีกฎหมายระหว่างประเทศ ๒ ฉบับที่สำคัญที่มีการกล่าวถึงการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า ได้แก่ ข้อ ๑๓(๒)

ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (International Convention on Economic, Social and Cultural Rights)^{๙๔} และข้อ ๒๘(๑) ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child)^{๙๕} ซึ่งจะกำหนดหลักการของการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าไว้ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง การจัดการศึกษาในระดับประถมศึกษาต้องเป็นการศึกษาภาคบังคับและเป็นการจัดแบบให้เปล่า

ประการที่สอง การจัดการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาไม่ว่าจะเป็นการศึกษาสายสามัญ หรือสายอาชีพ ต้องได้รับการสนับสนุนให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิได้รับโดยวิธีการที่เปิดกว้าง แพร่หลายเหมาะสม และมีการดำเนินมาตรการที่เหมาะสม เช่น นำการจัดการศึกษาแบบให้เปล่ามาใช้อย่างค่อยเป็นค่อยไป การเสนอให้ความช่วยเหลือทางการเงินในกรณีที่จำเป็น เป็นต้น

^{๙๔} กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

ข้อ ๑๓ (๒) รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองว่า เพื่อที่จะทำให้สิทธินี้เป็นจริงโดยบริบูรณ์

(ก) การศึกษาขั้นประถมจะต้องเป็นการศึกษาภาคบังคับและจัดให้ทุกคนแบบให้เปล่า

(ข) จะต้องจัดการศึกษาขั้นมัธยมในรูปแบบต่าง ๆ รวมทั้งการศึกษามัธยมทางเทคนิคศึกษาและอาชีวศึกษาให้มีขึ้นโดยทั่วไป และให้ทุกคนมีสิทธิได้รับโดยวิธีการที่เหมาะสมทุกทาง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการนำการศึกษาแบบให้เปล่ามาใช้ อย่างค่อยเป็นค่อยไป

(ค) ทุกคนจะต้องสามารถได้รับการศึกษาขั้นอุดมศึกษาอย่างเท่าเทียมกันบนพื้นฐานของความสามารถ โดยวิธีการที่เหมาะสมทุกทาง และโดยเฉพาะอย่างยิ่งโดยการนำการศึกษาแบบให้เปล่ามาใช้ อย่างค่อยเป็นค่อยไป

(ง) การศึกษาขั้นพื้นฐานจะต้องได้รับการสนับสนุนหรือส่งเสริมให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้สำหรับผู้ที่ไม่ได้รับหรือเรียนไม่ครบตามช่วงระยะเวลาทั้งหมดของการศึกษาขั้นประถม

(จ) จะต้องดำเนินการพัฒนาระบบโรงเรียนทุกระดับอย่างแข็งขัน ให้มีระบบทุนการศึกษาที่เพียงพอ และปรับปรุงสภาพของวัสดุประกอบการสอนของครูอย่างต่อเนื่อง

^{๙๕} อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

ข้อ ๒๘ (๑) รัฐภาคียอมรับสิทธิของเด็กที่จะได้รับการศึกษา และเพื่อที่จะให้สิทธินี้บังเกิดผลตามลำดับ และบนพื้นฐานของโอกาสที่เท่าเทียมกัน รัฐภาคีจะ

ประการที่สาม การจัดการศึกษาระดับสูงหรือระดับอุดมศึกษา เป็นเรื่องของความเท่าเทียมกันบนพื้นฐานของความสามารถ โดยการเปิดกว้างด้วยวิธีการที่เหมาะสมทุกทาง ทั้งนี้ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ยังกำหนดหลักการให้นำการศึกษาแบบให้เปล่ามาใช้้อย่างค่อยเป็นค่อยไป

นอกจากนั้นแล้ว ในข้อ ๑๔ ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม^{๙๐} ยังได้กำหนดให้รัฐภาคี ซึ่งในเวลาที่เขาเป็นภาคียังไม่สามารถจัดให้มีการศึกษาระดับประถมศึกษาภาคบังคับแบบให้เปล่าได้ ต้องรับที่จะหาแนวทางและจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกติกานี้ภายในระยะเวลา ๒ ปี และกำหนดหลักการในการจัดการศึกษาภาคบังคับแบบให้เปล่าสำหรับทุกคน โดยมีกำหนดระยะเวลาที่เป็นไปอย่างสมเหตุสมผล

จากกฎหมายระหว่างประเทศทั้ง ๒ ฉบับ จึงกล่าวได้ว่า ประเทศไทยมีความผูกพันที่จะต้องจัดการศึกษาแบบให้เปล่าหรือไม่เสียค่าใช้จ่ายอย่างน้อยในระดับประถมศึกษาซึ่งต้องเป็นการ

ศึกษาภาคบังคับด้วย โดยอาจจะขยายการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าหรือไม่เสียค่าใช้จ่ายไปสู่การจัดการศึกษาระดับมัธยมศึกษา ทั้งสายสามัญและสายอาชีพ รวมถึงการจัดการศึกษาในระดับอุดมศึกษาก็ได้ โดยดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไป ซึ่งหากพิจารณาบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็จะเห็นได้ว่าประเทศไทยได้มีการดำเนินการจัดการศึกษาที่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีไว้แล้ว

ตัวอย่างสิทธิทางการศึกษาในการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของต่างประเทศ

จากบทบัญญัติในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม และอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่กำหนดแนวคิดการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าข้างต้น ในหลายประเทศจึงมีการบัญญัติกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว อาทิ ประเทศฟินแลนด์ ประเทศสิงคโปร์ เป็นต้น

(ก) จัดการศึกษาระดับประถมเป็นภาคบังคับที่เด็กทุกคนสามารถเรียนได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่าย

(ข) สนับสนุนการพัฒนาของการศึกษาระดับมัธยมในรูปแบบต่างๆ รวมถึงการศึกษาสายสามัญและสายอาชีพ จัดการศึกษาให้แพร่หลายและเปิดกว้างแก่เด็กทุกคน และดำเนินการมาตรการที่เหมาะสม เช่น การนำมาใช้ซึ่งการศึกษาแบบให้เปล่า และการเสนอให้ความช่วยเหลือทางการเงินในกรณีจำเป็น

(ค) ทำให้การศึกษาในระดับสูงเปิดกว้างแก่ทุกคนบนพื้นฐานของความสามารถ โดยทุกวิธีการที่เหมาะสม

(ง) ทำให้ข้อมูลข่าวสาร และการแนะแนวทางการศึกษาและอาชีพ เป็นที่แพร่หลาย และเปิดกว้างแก่เด็กทุกคน

(จ) ดำเนินมาตรการเพื่อสนับสนุนการเข้าเรียนอย่างสม่ำเสมอ และลดอัตราการออกจากโรงเรียนกลางคัน

^{๙๐} ข้อ ๑๔ รัฐภาคีแต่ละรัฐแห่งกติกานี้ ซึ่งในเวลาที่เขาเป็นภาคียังไม่สามารถจัดให้มีการประถมศึกษาภาคบังคับแบบให้เปล่าในเขตเมืองและเขตอื่นๆ ภายใต้เขตอำนาจของตนรับที่จะหาทางและจัดทำแผนปฏิบัติการ โดยละเอียดเพื่อทำให้เกิดความคืบหน้าในการปฏิบัติตามกติกานี้ ภายในเวลา ๒ ปี และกำหนดไว้ในแผนภายในระยะเวลาที่สมเหตุสมผล ซึ่งหลักการในการจัดการศึกษาภาคบังคับแบบให้เปล่าสำหรับทุกคน”

ประเทศฟินแลนด์ เป็นประเทศที่ได้ชื่อว่าการจัดการศึกษาที่ดีที่สุดประเทศหนึ่งของโลก จากการเก็บข้อมูลของกลุ่มองค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD) โดยหากพิจารณาตามรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟินแลนด์พบว่า ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษาของบุคคลไว้ในมาตรา ๑๖^{๙๗} กล่าวคือ

“มาตรา ๑๖ สิทธิทางการศึกษา

บุคคลย่อมมีสิทธิในการศึกษาขั้นพื้นฐานโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใด ๆ บทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ในการรับการศึกษามีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติ

หน่วยงานของรัฐจะรับประกันทุกคนให้มีโอกาสได้รับบริการด้านการศึกษาอย่างเท่าเทียมกันตามความสามารถและความจำเป็นเฉพาะด้านรวมถึงโอกาสในการพัฒนาตนเองโดยไม่ถูกขัดขวางด้วยความยากลำบากทางเศรษฐกิจ

เสรีภาพในด้านวิทยาศาสตร์ ศิลปะ และการได้รับการศึกษาที่สูงขึ้นได้รับการประกัน”

ทั้งนี้ การศึกษาขั้นพื้นฐานของประเทศฟินแลนด์ถือเป็นการศึกษาระดับบังคับซึ่งรัฐได้จัดให้

โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายสำหรับเด็กตั้งแต่อายุ ๗ ปีขึ้นไป (เทียบเท่าระดับประถมศึกษา) จนครบ ๙ ปีตามหลักสูตรการศึกษาขั้นพื้นฐาน^{๙๘} ดังที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการศึกษาขั้นพื้นฐาน (Basic Act)

ประเทศสิงคโปร์ เป็นประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มีคุณภาพทางด้านการจัดการศึกษาที่ดีที่สุดในภูมิภาคนี้ ได้กำหนดให้การศึกษาภาคบังคับเริ่มตั้งแต่ชั้นประถมศึกษาปีที่ ๑-๖^{๙๙} ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการศึกษาภาคบังคับ (Compulsory Education Act) และสำหรับการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าจะจัดให้กับเด็กอายุตั้งแต่ ๗ ปีขึ้นไป ในระดับชั้นประถมศึกษาปีที่ ๑ จนครบหลักสูตรประถมศึกษา แต่ไม่เกินอายุ ๑๕ ปี ดังนั้น การศึกษาแบบให้เปล่าจึงจัดให้เฉพาะสำหรับการศึกษาระดับบังคับนั่นเอง

นอกจากนั้นแล้ว ยังมีอีกหลายประเทศที่มีแนวคิดการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า เช่น ประเทศมาเลเซียกำหนดการศึกษาแบบให้เปล่าไว้ที่ ๑๑ ปี ประเทศเยอรมนีกำหนดการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าตั้งแต่ระดับประถม ศึกษาถึงปริญญาเอก เป็นต้น^{๑๐๐}

^{๙๗} สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ระบบรัฐสภาสาธารณรัฐฟินแลนด์, (๒๐ Apr ๒๐๑๕), ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์วุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, < http://library.senate.go.th/document/Ext๒๕๕๒/๒๕๕๒๐๓๖_๐๐๐๒.PDF >

^{๙๘} Ministry of Education and Culture: Finland, basic education in Finland, (๒๐ Apr ๒๐๑๕), Ministry of Education and Culture: Finland, < <http://www.minedu.fi/OPM/Koulutus/perusopetus/?lang=en> >

^{๙๙} Ministry of Education: Singapore, Primary Education, (๒๐ Apr ๒๐๑๕), Ministry of Education: Singapore, <<http://www.moe.gov.sg/education/primary/>>

^{๑๐๐} กิตติยา เอ็ฟฟานส์ และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาการจัดการศึกษาตามนโยบายเรียนดี เรียนฟรี ๑๕ ปี, (๒๕ Apr ๒๐๑๕), สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน, <http://www.ombudsman.go.th/๑๐/documents/public/๒๕รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์.pdf>

อีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจคือ การจัดการศึกษาแบบให้เปล่านั้น นอกจากจะพิจารณาถึงระยะเวลาของการจัดการศึกษาแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาคือ รัฐได้สนับสนุนค่าใช้จ่ายสำหรับการจัดการศึกษาในด้านใดบ้าง โดยในประเด็นนี้ได้เคยมีการศึกษาวิจัยของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน^{๒๑} ซึ่งพบว่าในแต่ละประเทศได้กำหนดรายการของค่าใช้จ่ายที่รัฐจะสนับสนุนไว้แตกต่างกัน เช่น ประเทศอังกฤษจะให้ฟรีทุกรายการ ยกเว้นชุดนักเรียน ค่าอาหาร และค่าเดินทางไปโรงเรียน ทั้งนี้ โรงเรียนอาจเรียกเก็บค่าใช้จ่ายในบางรายการ เช่น กิจกรรมว่ายน้ำ ทัศนศึกษา เป็นต้น แต่ก็ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของผู้ปกครองว่าจะจ่ายหรือไม่ก็ได้ *ประเทศสิงคโปร์* ยกเว้นค่าธรรมเนียม ค่าบำรุงการศึกษาขั้นมาตรฐาน ค่าบำรุงการศึกษาขั้นที่สอง และสำหรับโรงเรียนเอกชน ต้องเสียค่าบำรุงโรงเรียนเอกชนด้วย ประเทศมาเลเซีย มีประกาศของกระทรวงศึกษาธิการ (พ.ศ. ๒๕๕๑) ระบุไว้ว่าฟรีทุกรายการ แต่พบปัญหาว่าไม่สามารถดำเนินการได้จริง เพราะมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ แฝงอยู่ จึงเป็นเพียงนโยบายประชานิยมเท่านั้น เป็นต้น

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า การจัดการศึกษาแบบให้เปล่าของแต่ละประเทศนั้น มีความแตกต่างกันไปทั้งในแง่ของระยะเวลา และค่าใช้จ่ายที่รัฐจะสนับสนุนเพื่อให้ประชาชนได้เรียนฟรี และแม้ว่ารัฐจะกำหนดระยะเวลาให้มีการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าไว้มากเพียงใดก็ตาม แต่ก็ต้องพิจารณาถึงรายการค่าใช้จ่ายที่รัฐให้การสนับสนุนด้วย เพื่อให้เป็นการจัดบริการสาธารณะทางการศึกษาแบบให้เปล่าอย่างแท้จริง

^{๒๑} เพิ่งอ้าง.

ปัญหาของการดำเนินนโยบายการศึกษาแบบให้เปล่าของประเทศไทย

สำหรับประเทศไทยแล้ว นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้มีการบัญญัติไว้ซึ่งสิทธิทางการศึกษาโดยเฉพาะการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า และได้มีการออกพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อให้มีการสอดรับกันนั้น ภาครัฐก็ได้มีการดำเนินนโยบายในการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าให้เป็นไปตามกฎหมาย โดยเฉพาะในปีพ.ศ. ๒๕๕๑ ได้มีการประกาศนโยบายเรียนฟรี ๑๕ ปีอย่างมีคุณภาพ โดยจัดการศึกษาแบบให้เปล่าตั้งแต่ระดับอนุบาลจนถึงระดับมัธยมศึกษาตอนปลายหรือระดับประกาศนียบัตรวิชาชีพ (ปวช.) ครอบคลุมค่าใช้จ่ายใน ๕ รายการ ได้แก่ (๑) ค่าเล่าเรียน/อุดหนุนรายหัวปกติ (๒) หนังสือเรียนแบบกลุ่มสาระ (๓) อุปกรณ์การเรียน (๔) เครื่องแบบนักเรียน และ (๕) กิจกรรมพัฒนาหลักสูตร โดยในแต่ละรายการนั้นมีการจัดสรรงบประมาณเป็นจำนวนเงินไม่เท่ากัน

อย่างไรก็ตาม การดำเนินนโยบายของภาครัฐในทางปฏิบัติกลับพบปัญหาว่าการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า ไม่ได้มีลักษณะของการให้เปล่าอย่างแท้จริง ดังจะเห็นได้จากผลการวิจัยและความคิดเห็นจากหลายภาคส่วน ตัวอย่างเช่น

(๑) งานวิจัยของสำนักงานเลขาธิการสภาการศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ โดยรองศาสตราจารย์วิทยากร เชียงกูล ได้มีการวิจัยสภาวะการศึกษาไทย ปี ๒๕๕๐/๒๕๕๑ เกี่ยวกับ

ปัญหาความเสมอภาคและคุณภาพของการศึกษาไทย พบว่า ประเทศไทยมีความไม่เสมอภาคในการได้รับบริการทางการศึกษา สถานศึกษาขนาดเล็กในเขตที่ยากจนโดยเฉพาะในชนบทจะได้รับการจัดสรรงบประมาณน้อยกว่า ครูอาจารย์ตามวุฒิน้อยกว่า ทำให้นักเรียนมีสัมฤทธิ์ทางการศึกษาโดยเฉลี่ยต่ำกว่าสถานศึกษาขนาดกลางและขนาดใหญ่ในกรุงเทพฯ และเมืองใหญ่ และแม้รัฐบาลจะลงทุนทางการศึกษาที่สัดส่วนต้องประมาณของทั้งประเทศสูง และจัดสรรกระจายโรงเรียนไปให้ทั่วประเทศและส่งเสริมการศึกษาฟรีหรือไม่เก็บค่าเล่าเรียนหรือเก็บต่ำในโรงเรียนระดับประถมศึกษาและมัธยมศึกษา แต่ค่าใช้จ่ายอื่น ๆ เช่น ค่าเดินทาง ค่ากินอยู่ ค่าหนังสือ ค่าอุปกรณ์การเรียน ค่าเครื่องแต่งตัว และค่าเสียโอกาสในการทำงานสำหรับเด็กระดับมัธยมศึกษาที่สูงกว่าที่คนจนจำนวนหนึ่งจะรับได้ ทำให้ลูกหลานคนจนออกกลางคัน และเรียนได้ไม่ถึง ๑๒ ปี คือไม่จบชั้น ม.๖ เป็นสัดส่วนที่สูง

(๒) งานวิจัยของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน โดยนาวาตรีหญิง ดร.กิตติยา เอ็ฟฟานส และคณะ ที่ดำเนินการวิจัยปัญหาการจัดการศึกษาตามนโยบายเรียนดี เรียนฟรี ๑๕ ปี พบว่านโยบายไม่สอดคล้องกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ไม่สามารถนำไปปฏิบัติจริงได้ งบประมาณไม่สอดคล้องกับสภาพความต้องการจำเป็น การใช้ฐานคิดการกำหนดค่าใช้จ่ายของโรงเรียนขนาดกลางที่มีค่าใช้จ่ายต่ำสุดเมื่อเทียบกับโรงเรียนขนาดอื่น ๆ มา

เป็นตัวแทนการจัดสรรงบประมาณให้กับโรงเรียนขนาด โรงเรียนขนาดใหญ่ และโรงเรียนขนาดใหญ่พิเศษ ซึ่งโรงเรียนขนาดแตกต่างกันมีค่าใช้จ่ายแตกต่างกัน

(๓) ความเห็นของศาสตราจารย์ ศิริราชา วงศารยางกูร จากเอกสารการประชุมการปฏิรูปการศึกษาชาติทั้งระบบ ครั้งที่ ๒/๒๕๕๔ จัดโดยสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้ให้ข้อมูลและความเห็นว่า การศึกษาภาคบังคับของไทยควรอยู่ที่ ๙ ปี ตามกฎหมายที่มีอยู่ เนื่องจากหากจัดให้มากกว่านั้น จะเป็นภาระของรัฐ เนื่องจากต้องใช้เงินมากเกินไปของประเทศไทยที่จะให้ฟรี โดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายใด ๆ ปัจจุบันงบประมาณจัดการศึกษาของไทยสูงมาก คิดเป็นร้อยละ ๒๐ ของงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งก็ใกล้เคียงกับตัวเลขค่าใช้จ่ายจริงของการศึกษา ๙ ปี และที่ผ่านมา การจัดการศึกษาให้เรียนฟรี ๑๒ ปี โดยไม่เก็บค่าใช้จ่ายเลยนั้น ไม่มีหลักประกันว่า นักเรียนที่เรียนในระบบ ๑๒ ปี จะเก่งกว่าเรียนในระบบ ๙ ปี เนื่องจากคุณภาพของนักเรียนไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนปีที่เรียน คุณภาพของนักเรียนย่อมขึ้นอยู่กับครูที่สอน และเนื้อหาสาระมากกว่าจำนวนปีที่ถูกบังคับให้เรียน^{๒๐}

จากข้างต้นจึงเห็นได้ว่า แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องจะกำหนดให้การจัดการศึกษาแบบให้เปล่าต้องครอบคลุมทั่วระยะเวลาอย่างน้อย ๑๒ ปีก็ตาม แต่ต้องคำนึงความมี “คุณภาพ” ของการจัดการศึกษา

^{๒๐} ศิริราชา วงศารยางกูร, “เนื้อหาสาระของหลักสูตรในระบบการศึกษาใหม่” (เอกสารการประชุมการปฏิรูปการศึกษาชาติทั้งระบบ ครั้งที่ ๒/๒๕๕๔, ผู้ตรวจการแผ่นดิน, ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๓), หน้า ๑.

ด้วย ทั้งในแง่ของรายการค่าใช้จ่ายที่สนับสนุน รวมถึงการจัดการศึกษาซึ่งต้องให้ผู้เรียนมีคุณภาพ ตามนโยบายและวัตถุประสงค์ของการจัดการศึกษา ด้วย มิฉะนั้น กฎหมายที่บัญญัติก็จะเพียงหลักการ ที่ไม่สามารถนำไปบังคับใช้ให้เกิดผลทางปฏิบัติได้

บทสรุป

แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิทางการศึกษา โดยเฉพาะการจัดการศึกษาแบบให้เปล่า นั้น ปรากฏชัด ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ โดยแต่เดิมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กล่าวถึงในลักษณะของของเสรีภาพของการ ศึกษาอบรม และแนวนโยบายแห่งรัฐในการจัดการ ศึกษา จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ จึงได้เปลี่ยนเป็นลักษณะของ “สิทธิ” ในการที่รัฐต้องจัดการศึกษาขั้นพื้นฐานแบบ ให้เปล่าไม่น้อยกว่า ๑๒ ปี และในเวลาต่อมา ก็มี การออกพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการข้างต้น สืบเนื่องจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ตลอดจนการออกนโยบายเรียนฟรี ๑๕ ปีของรัฐบาล

กฎหมาย และแนวโยบายการจัดการ ศึกษาแบบให้เปล่าของประเทศไทยนั้น นับว่ามี ความก้าวหน้ากว่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ กำหนดให้การจัดการศึกษาแบบให้เปล่าต้องจัด อย่างน้อยในระดับประถมศึกษา ตลอดจนมีความ ก้าวหน้ากว่าหลายประเทศ อย่างไรก็ตาม ในทาง ปฏิบัติแล้ว การปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย ข้างต้น ไม่สามารถทำให้เกิดขึ้นจริง และทำให้ การจัดการศึกษามี “คุณภาพ” ได้ ทั้ง ๆ ที่ภาครัฐ ต้องสูญเสียงบประมาณในการจัดการศึกษาเป็น จำนวนมาก ผู้เขียนจึงเห็นว่าร่างรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่นั้น ควรลดจำนวนปี ของการจัดการศึกษาแบบให้เปล่าลง เพื่อให้มี งบประมาณที่เพียงพอให้เกิดการจัดการศึกษาแบบ ให้เปล่าอย่างแท้จริง โดยบัญญัติให้บุคคลมีสิทธิ ได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐานไม่น้อยกว่าเก้าปี และ กำหนดให้ชัดว่าเป็นการศึกษาระดับก่อนประถม ศึกษา (การศึกษาปฐมวัย) จนถึงการศึกษาในระดับ มัธยมศึกษาตอนต้น เพื่อให้การจัดการศึกษา สามารถดำเนินการได้ในทางปฏิบัติ มีงบประมาณ ที่จัดสรรอย่างเพียงพอ และให้ความสำคัญการจัด การศึกษาให้แก่เด็กเล็กอันจะเป็นรากฐานที่สำคัญ แก่การสร้างเด็กซึ่งเป็นอนาคตของชาติต่อไป



บรรณานุกรม

- กระทรวงการต่างประเทศ. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม. (ออนไลน์), ๒๕๕๘. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/icescrt.pdf>
- _____. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก. (ออนไลน์), ๒๕๕๘. แหล่งที่มา: <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>
- กิตติยา เอ็ฟฟานส และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ปัญหาการจัดการศึกษาตามนโยบายเรียนดี เรียนฟรี ๑๕ ปี, (25 Apr 2015), สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน, <http://www.ombudsman.go.th/10/documents/public/2รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์.pdf>
- บรรเจิด สิงคะเนติ. หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๒.
- ศรียา วังการยางกูร, “เนื้อหาสาระของหลักสูตรในระบบการศึกษาใหม่” (เอกสารการประชุมการปฏิรูปการศึกษาชาติทั้งระบบ ครั้งที่ ๒/๒๕๕๘, ผู้ตรวจการแผ่นดิน, ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๗).
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ระบบรัฐสภาสาธารณรัฐฟินแลนด์, (20 Apr 2015), ห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์วุฒิสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, < http://library.senate.go.th/document/Ext2552/2552076_0002.PDF>
- Ministry of Education: Singapore, *Primary Education*, (20 Apr 2015), Ministry of Education: Singapore, <http://www.moe.gov.sg/education/primary/>
- Ministry of Education and Culture: Finland, *basic education in Finland*, (20 Apr 2015), Ministry of Education and Culture: Finland, < <http://www.minedu.fi/OPM/Koulutus/perusopetus/?lang=en> >
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รายงานการวิจัย สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ (ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม), (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, ๒๕๓๘).





อายุความในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

On the prescription regarding the exercising of the
right to claim for compensation in the case where the
authority committing wrongful act decease according
to the Authority's Liability Act B.E. 2539

ศิรินทร์พร ธารมัติ*

บทคัดย่อ

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๐ วรรคสอง มิได้กล่าวถึงอายุความในการฟ้องคดีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตายเอาไว้ว่าผู้เสียหายจะต้องฟ้องกองมรดกหรือฟ้องทายาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นภายในกำหนดอายุความตามกฎหมายฉบับใด ดังนั้นจึงต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องอายุความมรดกในมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้ โดยหน่วยงานของรัฐต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นโดยการฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ทายาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นชำระค่าสินไหมทดแทนภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายได้รู้หรือควรรู้ถึงความตายของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น ทั้งนี้ตามนัยมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แต่ทั้งนี้หากหน่วยงานของรัฐไม่รู้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย หน่วยงานของรัฐที่เสียหายก็ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐเมื่อพ้นกำหนด ๑๐ ปีนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดตายตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคท้ายได้

คำสำคัญ : อายุความ สิทธิเรียกร้องค่าสินไหม เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดถึงแก่ความตาย

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

Abstract

The Act of the Authority's Liability of Wrongful Act B.E. 2539 Section 10 Paragraph Two does not mention about the prescription on legal proceeding against the authority's liability on wrongful act in the case which the Authority committing wrongful act deceases in respect of the injured person would have to institute a legal proceeding on the estate or the heir of such an Authority within the prescription according to which law. Therefore, it's necessary to bring up the principle of law in respect of the prescription of the estate in Section 1754 Paragraph Three of the Civil & Commercial Procedure as a nearly law for application whereby the governmental public office must exercise the right to claim for the compensation from the heir of such a governmental authority by the institution of legal proceeding for the court of law to adjudge or give order to the heir of such a government authority to repay the compensation within 1 year from the date which the governmental public office perceiving or should have perceived about such a governmental authority's death, all this, according to the sense of Section 1754 Paragraph Three, but all this, if the governmental public office is not of knowledge that such an authority committing wrongful act deceases then in such a case the governmental public office is unable to exercise the right to claim for compensation from the heir of the governmental public office authority committing wrongful act against the public office after the period of 10 years is lapsed from the date which the governmental authority committing wrongful act decease as per Section 1754 in the Last Paragraph.

Keyword : Prescription/right to claim for compensation/the Authority Committing Wrongful Act deceases.

บทนำ

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ฉบับนี้ได้ก่อให้เกิดคุณูปการแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะได้เปลี่ยนแปลงหลักความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดในผลทางละเมิดจากการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจหรือ

ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้นและให้แบ่งแยกความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคนมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งสิทธิที่หน่วยงานของรัฐจะไล่เบี้ยต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ชดใช้ค่าเสียหายคืนแก่หน่วยงานของรัฐนั้นก็ให้พิจารณาตามความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดและความเป็นธรรมแต่ละกรณีเป็นเกณฑ์ โดยมีให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนของความเสียหาย

อนึ่งการให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็เพื่อเป็นการควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และยังมีวิธีในการบริหารงานบุคคลและดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้นจึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบละเมิดจากการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัวหรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละคนมิให้นำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐอีกด้วย

โดยพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้ให้คำนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่นไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็นกรรมการหรือฐานะอื่นใด^๑

รองศาสตราจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ได้ให้คำอธิบายไว้ว่า “เจ้าหน้าที่” ตามพระราชบัญญัตินี้ หมายความว่า บุคลากรทุกประเภทที่ทำงานให้กับรัฐ ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างหรือจะเป็นกรรมการและไม่จะเป็นการแต่งตั้งในฐานะใด

จากบทบัญญัติดังกล่าวขอบเขตของคำว่า “เจ้าหน้าที่” ได้แก่บุคลากรของรัฐ ๔ ประเภท ดังนี้

๑) ข้าราชการ ได้แก่ ผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐซึ่งได้รับการบรรจุ และแต่งตั้งให้รับราชการโดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ

๒) พนักงาน ได้แก่ ผู้ที่ปฏิบัติงานในรัฐวิสาหกิจหรือในหน่วยงานอื่นของรัฐที่ไม่ใช่ประเภทกระทรวง ทบวง กรม เช่น พนักงานธนาคารแห่งประเทศไทย พนักงานสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เป็นต้น

๓) ลูกจ้าง ได้แก่ ผู้ปฏิบัติงานในฐานะลูกจ้างในส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ หน่วยงานอื่นของรัฐโดยได้รับเงินเดือนประเภทลูกจ้าง ซึ่งอาจเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราวก็ได้^๒

๔) ผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ได้แก่ ผู้ปฏิบัติงานที่ไม่มีฐานะเป็นข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้าง ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยมีกฎหมายรับรองโดยอาจได้รับการแต่งตั้งในฐานะกรรมการ

ซึ่งตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้แบ่งการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็น ๒ กรณี คือ กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก และกรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อหน่วย

^๑ มาตรา ๔ พระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่

^๒ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๘๔๙/๒๕๔๒ และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ ๘๔๕/๒๕๔๓ การพิจารณาว่าลูกจ้างคนใดเป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่ ต้องพิจารณาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับลูกจ้างในโดยหากลูกจ้างได้รับการบรรจุแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็นงานประจำและต่อเนื่อง ลูกจ้างในลักษณะดังกล่าวจะมีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ ส่วนลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานในลักษณะเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่ว่ามีสัญญาจ้างหรือไม่ก็ตาม นิติสัมพันธ์ของลูกจ้างดังกล่าวหน่วยงานของรัฐย่อมเป็นไปตามข้อตกลงในสัญญา รวมทั้งความรับผิดชอบละเมิดซึ่งต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

งานของรัฐ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิด ในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าการกระทำละเมิดดังกล่าว จะเกิดผลโดยตรงต่อบุคคลภายนอกและหน่วยงาน ของรัฐได้ชัดใช้คำสินไหมทดแทนแก่บุคคลภายนอก ไปแล้ว หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิด ในการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ หน่วยงานของรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นอยู่ใน ลังักัดหรือต่อหน่วยงานอื่นของรัฐ หากการกระทำ ดังกล่าวเป็นการกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ^๓ เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและหน่วยงานของรัฐ ไม่อาจเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ทำละเมิด ชดใช้คำสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐหรือ ไม่มีสิทธิไล่เบี้ยเจ้าหน้าที่ของรัฐนั่นเอง แต่หากการ กระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำ ด้วยความจงใจ^๔ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ของ รัฐผู้ทำละเมิดชดใช้คำสินไหมทดแทนแก่หน่วยงาน ของรัฐได้ เมื่อหน่วยงานของรัฐได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำละเมิดของ เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่และเป็นการ

กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้าย แรง^๕ ในกรณีเช่นนี้เจ้าหน้าที่จะต้องรับผิดชอบและ หน่วยงานของรัฐมีสิทธิไล่เบี้ยเอากับเจ้าหน้าที่ได้ แต่หน่วยงานของรัฐจะมีสิทธิไล่เบี้ยได้มากน้อย เพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาถึงระดับความร้ายแรง แห่งการกระทำและความเป็นธรรมในแต่ละกรณี เป็นเกณฑ์โดยเจ้าหน้าที่อาจจะไม่ต้องถูกไล่เบี้ย จนเต็มจำนวนของความเสียหายก็ได้ และถ้าการ ละเมิดนั้นเกิดจากความผิดหรือความบกพร่องของ หน่วยงานของรัฐ หรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ก็ต้องหักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย จะให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบชดใช้คำสินไหมทดแทน ในส่วนนี้ไม่ได้

มีประเด็นปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า อายุ ความการฟ้องคดีในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ต้อง รับผิดชอบชดใช้คำสินไหมทดแทนนั้นถึงแก่ความตาย สิทธิเรียกร้องคำสินไหมทดแทนจากทายาทของ เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอยู่ภายใต้บังคับอายุความตาม กฎหมายฉบับใด และการนับอายุความในการฟ้อง คดีขอให้ชดใช้คำสินไหมทดแทนนั้นเริ่มนับแต่เมื่อใด

^๓ การกระทำด้วยความประมาทเลินเล่อ หมายความว่า การกระทำโดยปราศจากความระมัดระวังซึ่งบุคคลในภาวะเช่นนั้นจักต้องมี ตามวิสัยและพฤติการณ์ และผู้กระทำอาจใช้ความระมัดระวังเช่นนั้นได้ แต่หาได้ใช้เพียงพอก็ไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กระทำโดย ปราศจากความระมัดระวังรอบคอบตามสมควรแก่กรณีที่ยุญชนจะพึงใช้ในเหตุการณ์เช่นนั้น

^๔ การกระทำด้วยความจงใจ หมายถึง การกระทำโดยประสงค์ต่อผลคือความเสียหาย ถ้าไม่ประสงค์ต่อผลคือความเสียหายเช่นนั้น แล้ว แม้จะเล็งเห็นผลที่ไม่ใช่จงใจกระทำ อาจเป็นเพียงประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงอีกส่วนหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ถ้าการเล็งเห็นผล นั้นไม่ใช่ประเภท “อาจจะเกิด” หรือ “น่าจะเกิด” แต่เป็นประเภทที่เห็นชัดว่า “จะต้องเกิด” หรือ “ควรจะเกิด” ก็น่าจะถือได้ว่าเป็น การกระทำโดยประสงค์ต่อผลเช่นกัน

^๕ มาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐ ต้องรับผิดชอบชดใช้คำสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ให้หน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด ชดใช้คำสินไหมทดแทนดังกล่าวแก่หน่วยงานของรัฐได้ ถ้าเจ้าหน้าที่ได้กระทำการนั้นไปด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง”

^๖ มาตรา ๘ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “ถ้าการละเมิดเกิดจากความ ผิดหรือความบกพร่องของหน่วยงานของรัฐหรือระบบการดำเนินงานส่วนรวม ให้หักส่วนแห่งความรับผิดชอบดังกล่าวออกด้วย”

โดยหลักแล้วกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้อง
รับผิดชอบใช้คำสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของ
รัฐนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้สิทธิเรียกร้อง
คำสินไหมจากเจ้าหน้าที่ภายในอายุความ ๒ ปีนับแต่
วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัว
เจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้คำสินไหมทดแทน และ
กรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้อง
รับผิดชอบ แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่า
ต้องรับผิดชอบ ให้สิทธิเรียกร้องคำสินไหมทดแทนนั้นมิ
กำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของ
รัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตาม
มาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับ
ผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ แม้ต่อมา
เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ต้องรับผิดชอบได้ถึงแก่ความตาย
บรรดาทรัพย์สินตลอดถึงสิทธิหน้าที่และความรับ
ผิดต่าง ๆ ซึ่งเป็นกองมรดกของผู้ตายย่อมตกทอด
แก่ทายาท ทั้งนี้ตามมาตรา ๑๖๐๐^๓ ประกอบ
มาตรา ๑๕๙^๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ในมูล
ละเมิดจึงต้องเรียกให้ทายาทรับผิดชอบในหนี้อันเกิดแต่
มูลละเมิดที่เป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทดังกล่าว
ซึ่งข้อ ๒๔ แห่งระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วย
หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทาง
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้กำหนดเป็น
แนวทางปฏิบัติให้หน่วยงานของรัฐส่งเรื่องให้
พนักงานอัยการฟ้องทายาทหรือผู้จัดการมรดกของ

เจ้าหน้าที่โดยระมัดระวังอย่าให้ขาดอายุความ
มรดก ฉะนั้นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ต้องรับผิดชอบถึงแก่
ความตาย สิทธิเรียกร้องคำสินไหมทดแทนจึงอยู่ใน
บังคับอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่
อันมีต่อลูกหนี้ที่ถึงแก่ความตายตามที่บัญญัติไว้
ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา
๑๙๓/๒๓ และมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม

อย่างไรก็ตามโดยที่พระราชบัญญัติความ
รับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ มิได้
บัญญัติอายุความในการฟ้องกองมรดกของเจ้าหน้าที่
ผู้กระทำละเมิดไว้ ดังนั้นในกรณีการใช้สิทธิเรียกร้อง
คำสินไหมทดแทนในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิด
ในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๑๐ จึงต้องนำหลัก
กฎหมายอายุความมรดกในมาตรา ๑๗๕๔ วรรค
สาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใน
ฐานะกฎหมายใกล้เคียงมาปรับใช้ ซึ่งการใช้สิทธิ
เรียกร้องของหน่วยงานของรัฐจากกองมรดกของ
เจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องชดใช้คำสินไหมทดแทนนั้น
เป็นการฟ้องคดีโดยใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา ๑๐
วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทาง
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ จะบัญญัติไว้
เป็นการเฉพาะว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น
ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐไม่ว่าจะเป็น
การกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่หรือมิใช่
การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ก็ตาม สิทธิเรียกร้อง
คำสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้มิกำหนดอายุ

^๓ มาตรา ๑๖๐๐ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของ
ผู้ตายได้แก่ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่และความรับผิดต่างๆ เว้นแต่ตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้ว
เป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้”

^๔ มาตรา ๑๕๙ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลนั้นตกทอดแก่ทายาท ทายาทอาจ
เสียไปซึ่งสิทธิในมรดกได้แต่โดยบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

ความ ๒ ปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหาย
รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จะต้อง
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และกรณีที่หน่วยงานของ
รัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้องรับผิดชอบ แต่กระทรวง
การคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่าต้องรับผิดชอบ ให้สิทธิ
เรียกค่าสินไหมทดแทนนั้นกำหนดอายุความ
๑ ปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งตามความ
เห็นของกระทรวงการคลังก็ตาม

นอกจากนี้มาตรา ๑๙๓/๒๓ เป็นบทบัญญัติ
เกี่ยวกับการขยายอายุความเพราะเจ้าหน้าที่หรือ
ลูกหนี้ถึงแก่ความตาย โดยบัญญัติว่า “อายุความ
สิทธิเรียกร้องอันเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่ผู้ตาย ถ้า
จะครบกำหนดภายใน ๑ ปีนับแต่วันตาย อายุความ
นั้นยังไม่ครบกำหนดจนกว่าจะครบ ๑ ปีนับแต่วัน
ตาย” โดยกรณีที่ผู้ตายเป็นลูกหนี้ การขยายอายุ
ความย่อมมีความมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่มีเวลาพอ
สมควรที่จะสืบหาตัวบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบใช้หนี้
ต่อไป ซึ่งเวลาพอสมควรนี้กฎหมายกำหนดไว้ ๑ ปี
นับแต่วันที่ลูกหนี้ตาย สำหรับหนี้ในมูลละเมิดตาม
มาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับ
ผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนด
ให้สิทธิเรียกร้องมีอายุความ ๒ ปีนับแต่วันที่รู้ถึง
การละเมิดและรู้ตัวผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน
หากปรากฏว่าในวันที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้รับผิดชอบถึงแก่
ความตายนั้นอายุความ ๒ ปี ได้เริ่มนับแล้วและ
เหลืออายุความสั้นกว่า ๑ ปี ย่อมเป็นกรณีที่อายุ
ความสิทธิเรียกร้องอันเป็นโทษแก่ผู้ตายจะครบ
กำหนดภายใน ๑ ปี นับแต่วันตาย เพราะฉะนั้น
หน่วยงานของรัฐจึงต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหม
ทดแทนจากทายาทของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายใน
๑ ปีนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ตาย หรือหน่วยงานของรัฐ

ในฐานะเจ้าหน้าที่ต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหม
ทดแทนจากทายาทเจ้าหน้าที่ภายใน ๑ ปีนับแต่
หน่วยงานของรัฐในฐานะเจ้าหน้าที่ได้รู้หรือควรรู้ถึง
ความตายของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นซึ่งการฟ้อง
เรียกค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ใน
กรณีนี้ไม่จำเป็นต้องรู้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นเป็น
ผู้กระทำการละเมิดและผู้จะต้องชดใช้ค่าสินไหม
ทดแทน เพียงแต่หน่วยงานของรัฐรู้ว่าเจ้าหน้าที่
ของรัฐผู้นั้นตายลงอายุความก็เริ่มนับแล้ว

ส่วนมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม เป็นบท
บัญญัติเกี่ยวกับการย่นอายุความเพราะเหตุลูกหนี้
ถึงแก่ความตาย โดยบัญญัติว่า ภายใต้บังคับ
มาตรา ๑๙๓/๒๓ ถ้าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันมี
ต่อเจ้ามรดกมีกำหนดอายุความยาวกว่าหนึ่งปี มิให้
เจ้าหนี้ฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อ
เจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก
ซึ่งการย่นอายุความมีความมุ่งหมายเพื่อให้เจ้าหนี้
ให้สิทธิเรียกร้องให้เสร็จสิ้นไปในเวลาอันสมควร
เพื่อให้ทายาทผู้รับมรดกจะได้จัดการเกี่ยวกับทรัพย์
สินและสละงานหนี้สินของผู้ตายไปให้เสร็จสิ้นใน
คราวเดียวกัน ดังนั้นกรณีที่หนี้ในมูลละเมิดตาม
มาตรา ๑๐ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติความรับ
ผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ กำหนดให้
สิทธิเรียกร้องมีอายุความ ๒ ปีนับแต่วันที่รู้ถึง
การละเมิดและรู้ตัวผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน
ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำการละเมิดได้ถึงแก่
ความตายและขณะนั้นอายุความ ๒ ปียังไม่เริ่มนับ
เนื่องจากหน่วยงานของรัฐยังไม่รู้ว่าเจ้าหน้าที่จะ
ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ หรืออายุ
ความ ๒ ปี ได้เริ่มนับแล้วและเหลืออายุความยาว
กว่า ๑ ปีเพราะฉะนั้นหน่วยงานของรัฐจึงต้องใช้

สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของ
เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดภายใน ๑ ปีนับแต่เมื่อได้รู้
หรือควรรู้ถึงความตายของเจ้าหน้าที่

จึงเห็นได้ว่าอายุความตามมาตรา ๑๐
วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทาง
ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นเรื่องเกี่ยว
กับอายุความการฟ้องคดี การนับอายุความตาม
พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่
พ.ศ. ๒๕๓๙ จะต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้มีอำนาจ
ฟ้องคดีรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ดังนั้นจึงถือเอาวันที่
หัวหน้าหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล
รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ต้องชดใช้
ค่าสินไหมทดแทนเป็นวันเริ่มนับอายุความ ซึ่ง
หัวหน้าหน่วยงานของรัฐอาจรู้ได้ ๒ ทางคือ รู้ตาม
ข้อเท็จจริงที่ปรากฏ และรู้จากการรายงานของคณะ
กรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด
ดังนั้นหน่วยงานของรัฐต้องใช้สิทธิเรียกร้องบังคับ
เอาจากกองมรดกของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำ
ละเมิดภายในกำหนดอายุความตามมาตรา ๑๗๕๔
วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
โดยที่อายุความฟ้องทายาทตามที่บัญญัติไว้ใน
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๕๔
วรรคสามบัญญัติขึ้นโดยคำนึงถึงข้อความจริงที่ว่า

การที่บุคคลจะฟ้องคดีผู้หนึ่งผู้ใดนั้น ก็ต้องประกอบ
ด้วยองค์ประกอบ ๒ ประการ คือรู้ถึงเหตุหรือสิทธิ
แห่งการฟ้องคดีและตัวผู้จะถูกฟ้องคดี เช่นเดียวกับ
มาตรา ๔๔๔^๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและ
พาณิชย์ หรือมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.
๒๕๔๒ เพียงแต่มาตรา ๑๗๕๔ นี้ไม่ได้บัญญัติ
ถึงตัวผู้ถูกฟ้องคดีเช่นเดียวกับมาตรา ๕๑^{๑๐} แห่ง
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดี
ปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ก็เป็นที่ต้องเข้าใจเอา
เองว่าการฟ้องคดีตามบทบัญญัติทั้งสองนี้ต้องรู้ถึง
เหตุแห่งการฟ้องคดีและตัวผู้จะถูกฟ้องคดีเสียก่อน
ทั้งสองประการ มิฉะนั้นจะกำหนดอายุความไว้หนึ่ง
ปีหรือสิบปีหรือก็สิบปีก็ไม่มีประโยชน์แต่อย่างใด
เพราะไม่มีทางที่จะฟ้องคดีใครได้ เช่นเดียวกับสิทธิ
ของเจ้าหน้าที่ในการฟ้องทายาท ตามมาตรา ๑๗๕๔
วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
ขณะรู้การตายของเจ้ามรดกแต่ยังไม่รู้สิทธิเรียก
ร้องของเขาที่มีต่อเจ้ามรดกก่อนตายเขาจะฟ้อง
ทายาทของลูกหนี้ตามวรรคสามนี้ได้อย่างไร หรือ
ถ้ามารู้ภายหลังเมื่อรู้ถึงการตายของลูกหนี้หรือ
เจ้ามรดกเกินกว่าหนึ่งปีแล้วก็ฟ้องไม่ได้ ถ้าอย่างนั้น
มาตรา ๑๗๕๔ วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง
และพาณิชย์ ที่กำหนดมิให้ฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนด

^๙ มาตรา ๔๔๔ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า “สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความ
เมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการ ละเมิดและรู้ตัวผู้จะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันที่ละเมิด
แต่ถ้าเรียกร้องค่าเสียหายในมูลอันเป็นความผิด มิใช่ตามกฎหมาย ลักษณะอาญา และมีกำหนดอายุความทางอาญายาวกว่าที่กล่าว
มา นั้นไซ้ ท่านให้อายุความที่ยาวกว่านั้นมาบังคับ”

^{๑๐} มาตรา ๕๑ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “การฟ้องคดีตาม มาตรา ๙
วรรคหนึ่ง (๓) หรือ (๔) ให้ ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่ เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่ง
การฟ้องคดี”

สิบปีนับแต่เจ้ามรดกตายก็ไม่มีประโยชน์อะไร
ดังนั้นถ้าจะตีความในสมเจตนารมณ์ของกฎหมายที่
บัญญัติวรรคสี่ขึ้นมารองรับสิทธิของเจ้าหนี้ที่ไม่อาจ
ฟ้องคดีทนายทได้ภายในกำหนดอายุความ ๑ ปี
นับแต่วันรู้เหตุแห่งการตายของเจ้ามรดกก็ต้อง
ตีความให้เจ้าหนี้สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ภายใน
กำหนด ๑๐ ปีนับแต่วันตายของเจ้ามรดก เช่น
เดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๔๘ แห่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๑ และมาตรา
๕๒^{๙๙} แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วย

และหากพิจารณาพระราชบัญญัติความ
รับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็น
กฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับจะเห็นว่าสิทธิเรียกร้อง
ค่าสินไหมทดแทนนั้น ไม่ได้จำกัดสิทธิหรือระยะ
เวลาไว้ว่าหน่วยงานของรัฐจะต้องรู้ถึงการละเมิด
และรู้ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จะต้องชดใช้ค่าสินไหม
ทดแทนเมื่อใด เพียงแต่พระราชบัญญัติความรับผิด
ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๑๐
วรรคสอง กำหนดไว้เพียงว่าหน่วยงานของรัฐจะ
ต้องสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่
ผู้กระทำความผิดภายในกำหนดอายุความสองปี
นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัว
เจ้าหน้าที่ผู้จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และ
กรณีที่หน่วยงานของรัฐเห็นว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ต้อง
รับผิด แต่กระทรวงการคลังตรวจสอบแล้วเห็นว่า

ต้องรับผิด ให้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนนั้น
มีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงาน
ของรัฐมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง
ดังนั้นการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะเกิด
เมื่อใดจึงไม่ใช่สาระสำคัญที่จะนำมาพิจารณาในการ
ใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทน สาระสำคัญอยู่
ที่ว่าหน่วยงานของรัฐรู้ถึงการกระทำละเมิดและ
รู้ตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จะต้องชดใช้ค่าสินไหม
เมื่อใด แต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จะต้อง
ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนถึงแก่ความตาย หน่วยงาน
ของรัฐที่เสียหายไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหม
ทดแทนจากทนายทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นโดย
การอาศัยอำนาจตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติ
ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙
คือการออกคำสั่งให้ทนายทของเจ้าหน้าที่ของรัฐ
ผู้นั้นชำระค่าสินไหมทดแทนได้ หน่วยงานของรัฐ
จะต้องใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจาก
ทนายทของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นโดยการฟ้องขอให้
ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ทนายทของเจ้าหน้าที่
ของรัฐผู้นั้นชำระค่าสินไหมทดแทนภายใน ๑ ปี
นับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายได้รู้หรือควร
ได้รู้ถึงความตายของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้น ทั้งนี้
ตามนัยมาตรา ๑๓๕๔ วรรคสาม แห่งประมวล
กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งในกรณีนี้ได้มีคำ
พิพากษากฎีกาได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานว่ากรณีที่
ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๓๕๔
วรรคสาม บัญญัติมิให้เจ้าหนี้ฟ้องร้องเมื่อพ้น

^{๙๙} มาตรา ๕๒ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์ สาธารณะหรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้
การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาล ปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม
หรือมีเหตุจำเป็น อันโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีคำขอศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้”

กำหนด ๑ ปีนับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึง การตายของเจ้ามรดกนั้น หมายถึงกรณีที่เจ้าหนี้ ทราบแล้วว่าตนมีสิทธิเรียกร้องต่อเจ้ามรดก แม้ อายุความตามสิทธิเรียกร้องนั้นยาวกว่า ๑ ปี เจ้าหนี้ ก็ต้องฟ้องร้องภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้รู้ หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก แต่ถ้า เจ้าหนี้ยังไม่ทราบว่าตนมีสิทธิเรียกร้องต่อเจ้ามรดก ในขณะที่เจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของ เจ้ามรดกนั้น อายุความ ๑ ปีก็ยังไม่เริ่มนับ (คำสั่ง ศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๙๑/๒๕๕๑) แต่เนื่องจาก เป็นที่เห็นได้จากความในบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวนี้เองเห็นว่า บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีเจตนารมณ์ที่จะให้นับอายุความให้สิทธิเรียกร้อง ของเจ้าหนี้ที่มีต่อเจ้ามรดกที่มีกำหนดยาวกว่า ๑ ปีให้เหลือเพียง ๑ ปีนับแต่วันที่เจ้าหนี้ได้รู้หรือ ควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก มิได้มีเจตนาที่ จะขยายอายุความใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่มี ต่อเจ้ามรดกให้ยาวออกไปเกินกว่าที่กฎหมาย กำหนด ดังนั้นไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม หน่วยงานของรัฐที่เสียหายก็ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของเจ้าหนี้ที่ของรัฐ ผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐเมื่อพ้นกำหนด ๑๐ ปีนับแต่วันที่เจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้กระทำละเมิด ตายซึ่งเป็นอายุความที่ยาวที่สุดที่กฎหมายกำหนด ให้ผู้เสียหายใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจาก ผู้ที่กระทำละเมิดตนได้

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กรณีที่เจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้ต้องรับผิดชอบถึงความตาย บรรดาทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความ รับผิดชอบต่าง ๆ ซึ่งเป็นกองมรดกของผู้ตายย่อมตกแก่

ทายาท หน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นเจ้าหนี้ในมูลละเมิด จึงต้องเรียกให้ทายาทรับผิดชอบในหนี้ที่เกิดจากมูล ละเมิดที่เป็นมรดกตกทอดไปยังทายาทดังกล่าว ซึ่ง สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจึงตกอยู่ภายใน บังคับอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ อันมีต่อลูกหนี้ที่ถึงแก่ความตายที่บัญญัติไว้ใน มาตรา ๑๙๓/๒๓ และมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อายุความดังกล่าวเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับ อายุความการฟ้องคดี การนับอายุความตาม พระราชบัญญัตินี้ จะต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่ผู้มี อำนาจฟ้องรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหนี้ที่ของ รัฐผู้ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน จึงถือเอาวันที่ หัวหน้าหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคล รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้ต้องชดใช้ ค่าสินไหมทดแทนเป็นวันเริ่มนับอายุความ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องบังคับเอา จากกองมรดกของเจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้กระทำละเมิด ภายในกำหนดอายุความตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรค สาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะฉะนั้นหน่วยงานของรัฐต้องใช้สิทธิเรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของเจ้าหนี้ที่ของรัฐ ผู้เสียหายนั้นโดยการฟ้องขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ ทายาทของเจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้เสียหายชำระค่าสินไหม ทดแทนภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐที่ เสียหายได้รู้หรือควรรู้ถึงความตายของเจ้าหนี้ที่ ของรัฐผู้เสียหาย ทั้งนี้ตามนัยมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แต่ทั้งนี้หากหน่วยงานของรัฐไม่รู้ว่าเจ้าหนี้ที่ของ รัฐผู้กระทำละเมิดตาย หน่วยงานของรัฐที่เสียหาย ก็ไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจาก ทายาทของเจ้าหนี้ที่ของรัฐผู้กระทำละเมิดต่อ

หน่วยงานของรัฐเมื่อพ้นกำหนด ๑๐ ปีนับแต่วันที่
เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำความผิดตายตามมาตรา
๑๗๕๔ วรรคท้าย และโดยที่พระราชบัญญัติความ
รับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ มิได้
บัญญัติอายุความในการฟ้องคดีมรดกในกรณีการใช้
สิทธิเรียกร้องตามมาตรา ๑๐วรรคสองเอาไว้ ด้วย
เหตุนี้จึงต้องนำเอาหลักกฎหมายอายุความมรดก
มาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ในฐานะกฎหมายใกล้เคียงมาใช้

บังคับ นอกจากนี้การที่นำหลักประมวลกฎหมาย
แพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม มาใช้
บังคับก็เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์
ที่จะให้นายอายุความให้ใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่
อันมีต่อเจ้ามรดกที่มีกำหนดยาวกว่า ๑ ปีให้เหลือ
เพียง ๑ ปีนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้รู้หรือควรได้รู้ถึง
ความตายของเจ้ามรดก มิได้มีเจตนาที่จะขยาย
อายุความใช้สิทธิเรียกร้องของเจ้าหน้าที่อันมีต่อเจ้า
มรดกให้ยาวออกไปเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด



บรรณานุกรม

ไพจิตร ปุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด (กรุงเทพมหานคร:
นิติบรรณการ, พิมพ์ครั้งที่ ๑๓, ๒๕๕๓)

ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดของ
รัฐโดยปราศจากความผิด (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๗, ๒๕๕๔)

เฉลิมชัย เกษมสันต์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยมรดก (กรุงเทพมหานคร: สำนัก
อบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, พิมพ์ครั้งที่ ๔, ๒๕๕๒)

มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของ
เจ้าหน้าที่ (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์)



คำแนะนำในการส่งต้นฉบับวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ ขอเชิญท่านที่สนใจส่งบทความเผยแพร่ในวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ โดยบทความของท่านต้องไม่เคยพิมพ์เผยแพร่หรืออยู่ระหว่างการรอพิจารณาจากวารสารอื่น และกองบรรณาธิการขอสงวนสิทธิ์ ในการตรวจทานแก้ไขต้นฉบับตามเกณฑ์

ประเภทของเนื้อหา แบ่งออกเป็น

1. บทความทางวิชาการ พร้อมบทความย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ รวมทั้งคำสำคัญ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
2. รายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ เรื่องละประมาณ 10 หน้า กระดาษ A4
3. สรุปการอภิปราย สัมมนา บทความพิเศษ ในหัวข้อที่น่าสนใจ ประมาณ 5 หน้า กระดาษ A4

การเตรียมต้นฉบับ

- ☆ ต้องพิมพ์ด้วย Microsoft Word ตัวอักษร Angsana New ขนาดตัวอักษร 15 point ถ้ามีตัวเลขต้องพิมพ์เป็นเลขไทย ใช้กระดาษ A4
- ☆ ชื่อเรื่องพิมพ์ไว้หน้าแรกตรงกลางหน้ากระดาษ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ) ชื่อผู้เขียนอยู่ใต้ชื่อเรื่องเยื้องลงมาทางขวามือ ตำแหน่งทางวิชาการ และสถานที่ทำงานของผู้เขียนพิมพ์ไว้เป็นเชิงอรรถในหน้าแรก
- ☆ บทความที่เป็นรายงานการวิจัยหรือวิทยานิพนธ์ ควรเขียนเรียงลำดับดังนี้
 - ชื่อเรื่อง (Title)
 - ชื่อผู้ทำงานวิจัย (Author)
 - บทคัดย่อ (Abstract) ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ
 - คำสำคัญ (Key word) ระบุคำสำคัญหรือวลีสั้น ๆ เพียง 2 – 5 คำ
 - บทนำ (Introduction)
 - วัตถุประสงค์ของการวิจัย (Objective)
 - วิธีดำเนินงานวิจัย (Method)
 - ผลของการวิจัย (Result)
 - การอภิปรายผล (Discussion) และข้อเสนอแนะ

การส่งต้นฉบับ

1. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์

ส่งต้นฉบับ 1 ชุด และสำเนา 1 ชุด พร้อมแผ่นซีดี ที่กองบรรณาธิการ วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ เลขที่ 18/18 ถนนบางนา-ตราด ตำบลบางโฉลง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ 10540

2. การส่งต้นฉบับทางไปรษณีย์อิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) ส่งต้นฉบับมายัง faclaw120hcu@gmail.com

การอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote)

1. หนังสือ/ตำรา (Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(สถานที่พิมพ์: สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้า.
ตัวอย่าง	ประสิทธิ์ โฆวิโลกุล,	คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล	(กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543)	183.
	Malcome N Shaw,	<i>International Law</i>	(London: Cambridge University Press, 2008)	578.

2. บทความวารสาร (Journal Articles)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อเรื่อง”	(ปีที่พิมพ์)	ปีที่ฉบับที่	ชื่อวารสาร	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	ศนันท์กรณ โสทธิพันธุ์,	“หลักความสำคัญผิด”	(2553)	39:4	วารสารนิติศาสตร์	788,	797.
	Christopher C. Miller,	“To The Moon & Beyond: The United States and The Future of International Space Law”	(2011)	35:1	<i>Suffolk Transnational Law Review</i>	101,	113.

3. บทความในหนังสือ (Chapter in Edited Books)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	“ชื่อบทความ”	ใน	ชื่อบรรณาธิการ หรือผู้รวบรวม,	ชื่อหนังสือ	(สถานที่พิมพ์ : สำนักพิมพ์, ครั้งที่พิมพ์, ปีที่พิมพ์)	หน้าเริ่มต้น บทความ,	หน้า.
ตัวอย่าง	พะยอม แก้ว กำเนิด,	“ความหมาย ของวัฒนธรรม”	ใน	ฉัตรชัย ศุกร กาญจน์ (บรรณาธิการ),	ห้องสมุด วัฒนธรรม	(นครศรีธรรมราช : ศูนย์วัฒนธรรม ภาคใต้, 2525)	1,	4.
	Richard J. McNeil	“International Parks for Peace”	In	Jim Thorsell (ed.),	<i>Parks on the Borderline: Experience in Transfrontier Conservation</i>	(Gland, Switzerland and Cambridge, UK: IUCN, 1990)	23,	35.

4. วิทยานิพนธ์ (Theses)

รูปแบบ	ชื่อผู้แต่ง,	ชื่อเรื่อง	(หลักสูตร, สถาบัน, ปี)	หน้า.
ตัวอย่าง	นิก สุนทรชัย,	มาตรการทางกฎหมายในการเรียกคืนทรัพย์สินทางวัฒนธรรม	(นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534)	53.
	Chloe Sage Castro,	<i>Over the Moon: Lunar Heritage Protection</i>	(Master of Fine Arts Thesis, Savannah College of Art and Design, 2011)	44.

5. เอกสารประกอบการประชุม (Conference Proceedings)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	“ชื่อเรื่อง”	(นำเสนอที่ ชื่อการประชุม, สถานที่, ว/ด/ป)	หน้า.
ตัวอย่าง	Anne Orford	“Roman Law and the Godly Imperium in England’s New Worlds”	(Paper presented at the Workshop on the Theo-Political Renaissance, Department of English, Cornell University, 25 April 2008)	12.

6. เว็บไซต์ (Website/Electronic Materials)

รูปแบบ	ชื่อผู้เขียน,	ชื่อเอกสาร	(ว/ด/ป ที่เข้าถึงข้อมูล)	ชื่อเว็บไซต์	<URL>.
ตัวอย่าง	Apichai Sunchindah,	<i>The ASEAN Approach to Regional Environmental Management</i>	(24 Aug 2013)	ASEAN Environment Cooperation	< http://www.aseansec.org/2838.htm >.

7. กฎหมายภายใน (Domestic Laws)

รูปแบบ	เลขมาตรา,	ชื่อกฎหมาย
ตัวอย่าง	มาตรา 15,	พระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔
	Section 17,	<i>Land and Environment Court Act 1979</i>

8. ตราสารระหว่างประเทศ (Treaties, Conventions, Protocol)

รูปแบบ	ชื่อตราสาร,	วันที่เปิดลงนาม,	Treaty Series	(วันเริ่มต้นมีผลผูกพัน) (Enter into Force)	มาตรา.
ตัวอย่าง	United Nations Convention on the Law of the Sea,	opened for signature 10 December 1982,	21 ILM 1261	(entered into force 16 November 1994)	art 2.

หลักการอ้างอิงเอกสารที่เคยอ้างมาแล้ว (Subsequent References)

1. กรณีการใช้ “เพ่งอ้างอิง” หรือ “Ibid” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า เช่น
 - 21 ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยบุคคล (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2543) 183.
 - 22 เพ่งอ้างอิง, 184.
 - 18 Eric Barendt, *Freedom of Speech* (Oxford University Press, 2nd ed, 2005) 163.
 - 19 Ibid.
2. กรณีการใช้ “อ้างแล้ว” หรือ “Above n” กรณีอ้างอิงเอกสารเดิมที่อยู่ก่อนหน้า แต่มีเอกสารอื่นมาค้น เช่น
 - 9 Catharine MacMillan, *Mistakes in Contract Law* (Hart Publishing, 2010) 38.
 -
 - 20 Catharine MacMillan, above n 9.

การอ้างอิงบรรณานุกรม (Bibliography)

มีหลักการเขียนดังนี้

- (1) รูปแบบเดียวกับ กรณีการอ้างอิงเชิงอรรถ (Footnote) ขึ้นอยู่กับประเภทของแหล่งอ้างอิง
- (2) ตัดหน้าเอกสารที่อ้างอิงออก และไม่ใส่จุด full stop (.) กรณีเอกสารที่อ้างเป็นบทความ (Journal Articles) ให้ตัดแต่เลขหน้าที่อ้างอิงออก ให้ใส่หน้าเริ่มต้นบทความเอาไว้
- (3) กรณีผู้แต่งเป็นชาวต่างชาติ ให้สลับที่ ชื่อแรก และ นามสกุล โดยค้นด้วย comma (,) เช่น Christopher C. Miller เปลี่ยนเป็น Miller, Christopher C.
- (4) การเรียงลำดับเอกสาร ให้เรียงตามอักษรตัวแรกของชื่อผู้เขียน จาก ก-ฮ หรือ A-Z



ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....
ที่อยู่ เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย.....
ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....
จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย..... ถนน.....
ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....
รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่.....

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

และโปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสาร หมายเลข ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๕
หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
๑๔/๑๔ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๔ ต.บางโหลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐-๗๙ ต่อ ๑๖๔๙ ๑๖๕๐





ใบสมัครสมาชิก วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เรียน กองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก.

ชื่อ-สกุล.....
ที่อยู่ เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย.....
ถนน..... ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต.....
จังหวัด..... รหัสไปรษณีย์.....
โทรศัพท์..... โทรสาร..... E-mail address.....

มีความประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มฉก. เป็นรายปี (ปีละ ๒ ฉบับ ๓๐๐ บาท)

ที่อยู่ในการจัดส่งวารสาร

เลขที่..... หมู่ที่..... ซอย..... ถนน.....
ตำบล/แขวง..... อำเภอ/เขต..... จังหวัด.....
รหัสไปรษณีย์.....

เงื่อนไขการชำระเงิน

☐ ธนาณัติ / ตัวแลกเงิน สั่งจ่ายในนาม “มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ”

☐ เช็คขีดคร่อม สั่งจ่ายในนาม มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ธนาคาร..... สาขา.....

เลขที่..... ลงวันที่.....

☐ อื่นๆ โปรดระบุ

และโปรดส่งสำเนาการชำระเงินและใบสมัครสมาชิก ทางโทรสาร หมายเลข ๐-๒๓๑๒-๖๔๑๙
หรือ ส่งกองบรรณาธิการวารสารวิชาการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
๑๔/๑๔ ถนนบางนา-ตราด กม.๑๔ ต.บางโหลง อ.บางพลี จ.สมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

สอบถามรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ สำนักงานเลขานุการคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ
โทรศัพท์ ๐-๒๓๑๒-๖๓๐๐-๗๙ ต่อ ๑๖๔๙ ๑๖๕๐



คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

ได้รับการรับรองหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต

จาก

สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา

เมื่อวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๒

และ

สำนักฝึกอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความ

เมื่อวันที่ ๓๐ มกราคม ๒๕๕๒



คณะนิติศาสตร์

มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

เลขที่ ๑๘/๑๘ ถนนบางนา-ตราด กิโลเมตรที่ ๑๘ ตำบลบางโจลง

อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ๑๐๕๔๐

E-mail : faclaw120hcu@gmail.com

ศูนย์แนะนำกฎหมายสำหรับประชาชน

โทร. ๐-๒๓๓๑๒-๖๓๐๐ ต่อ ๑๖๘๙, ๑๖๙๐