



### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับวัตถุมงคลในพุทธศาสนา

### ส่วนที่ 1. รัฐควรเข้าแทรกแซงในเรื่องนี้อย่างไร

จากสภาพปัญหาหลายประการที่เกิดขึ้นจากธุรกิจการค้าวัตถุมงคลตามที่ได้กล่าวถึงในบทที่ 1 นับเป็นปัญหาใหม่ และแทบจะเรียกได้ว่าเป็นเจเพาะในสังคมไทย เพราะความแพร่หลายของการค้าวัตถุมงคลเกิดขึ้นเป็นอย่างมากเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น รวมทั้งผลกระทบต่อความรู้สึกของคนไทยส่วนใหญ่ที่เป็นชาวพุทธต่อการกระทำที่ไม่เหมาะสมอันเกิดจากการค้า และการเผยแพร่วัตถุมงคลเพื่อประสงค์ทางการค้าได้ทวีความรุนแรงมากขึ้นทุกขณะ จนอาจกล่าวได้ว่าเพราะผลประโยชน์ทางการค้าของคนเพียงกลุ่มเดียว ทำให้ภาพพจน์ของศาสนาพุทธอันเป็นศาสนาประจำชาติของคนไทยทุกคนเกิดความเสื่อมเสีย ในขณะที่เดียวกันมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่เดิมก็ไม่สามารถใช้แก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้ทุกส่วน เนื่องจากปัญหาหลายอย่างที่เกิดขึ้นเป็นสิ่งใหม่ที่มีลักษณะของปัญหาเป็นการเฉพาะ การแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. โบราณสถาน โบราณวัตถุ ฯ เพื่อให้สามารถบังคับใช้ครอบคลุมไปถึงวัตถุมงคลด้วยก็ไม่อาจแก้ไขปัญหาได้ เนื่องจากเจตนารมณ์ของกฎหมายและข้อบัญญัติต่าง ๆ แตกต่างไปจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น โดย พ.ร.บ. โบราณสถาน ฯ เกิดขึ้นเพื่อการอนุรักษ์และคุ้มครองคุณค่าทางประวัติศาสตร์ และโบราณคดีของประเทศ ที่มีต่อวัตถุ แต่ในส่วนของกฎหมายที่เหมาะสมกับการกำกับดูแลเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับวัตถุมงคลให้สอดคล้องกับสภาพปัญหาควรต้องมีเจตนารมณ์ที่สามารถส่งเสริมการค้า การหมุนเวียนเปลี่ยนมือในฐานะที่เป็นหลักทรัพย์ และการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจ และเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญเพื่อการศาสนาและสาธารณประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกันต้องมีการกำกับดูแลพฤติกรรมทางการค้าให้ยังคงความรู้สึกเคารพนับถือ และศรัทธาในพุทธศาสนา ตลอดจนเป็นการปฏิบัติที่

เหมาะสมต่อรูปเคารพทางศาสนา มิใช่เป็นเพียงวัตถุทางการค้า เช่นสินค้าอื่น ๆ  
 ดังนั้น จึงเป็นการสมควรที่รัฐจะต้องมีมาตรการทางกฎหมายโดยเฉพาะในเรื่องนี้  
 เพื่อจะได้สอดคล้อง และตรงกับความต้องการในการแก้ไขและกำกัควบคุมสภาพปัญหา  
 ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน รวมถึงการวางแนวทางและกำหนดขอบเขตของธุรกิจการค้า  
 วัตถุมงคลต่อไปในอนาคตด้วย จึงจะเป็นการแก้ไขสภาพปัญหาอย่างเป็นรูปธรรม

เนื่องจากกฎหมายทุกฉบับมิใช่จะสามารถออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องหนึ่ง  
 เรื่องใดตามที่เกิดปัญหาได้ตามอำเภอใจ หากแต่จำเป็นจะต้องพิจารณาถึงอำนาจใน  
 การออกกฎหมายและการลงโทษของรัฐ วัตถุประสงค์ จุดมุ่งหมาย และขอบเขตของ  
 กฎหมายโดยถี่ถ้วน ดังนั้น ในส่วนต่อไปนี้จะได้กล่าวถึงแนวความคิดและทฤษฎีต่าง ๆ  
 ที่อยู่เบื้องหลัง และจำต้องคำนึงถึงในการออกกฎหมายเพื่อการนี้ ดังต่อไปนี้

#### 1.1 วัตถุประสงค์และหน้าที่ของกฎหมาย

กฎหมายเป็นสิ่งสำคัญที่กำหนดพฤติกรรมของคนในสังคม เนื่องจากปัจจุบัน  
 เกือบไม่มีกิจกรรมใด ๆ ของมนุษย์ที่ไม่มีกฎหมายครอบคลุมอยู่ ในป็นหนึ่งรัฐบาลออก  
 กฎหมายหลายร้อยฉบับในบางประเทศรัฐบาลออกกฎหมายปีละ 600 กว่าเรื่อง ไม่  
 ว่าประชาชนจะชื่นชอบหรือไม่ ตราบใดที่ต้องการได้รับรองว่าเป็นพลเมืองของรัฐ  
 ก็จะต้องยอมรับและเชื่อฟังกฎหมาย<sup>1</sup>

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
 จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>1</sup> วิชา มหาคุณ, กฎหมายและสังคม: การศึกษากฎหมายในทางสังคมวิทยา,  
วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 8 ฉบับที่ 1 (มิถุนายน  
 2526), หน้า 29-32.

กฎหมายได้หยั่งรากลงทุกส่วนในสังคม กฎหมายมีหลายหน้าที่ หน้าที่บางอย่างก็คาบเกี่ยวกัน ซึ่งนักวิชาการต่างเน้นถึงหน้าที่อันแตกต่างกันและร่วมกัน เพื่อให้เกิดความเข้าใจในบทบาทของกฎหมายในสังคม ดังจะเห็นได้จากหน้าที่พื้นฐานสามประการซึ่งโดยทั่วไปแล้วเป็นหน้าที่อันสำคัญของกฎหมาย ได้แก่หน้าที่ควบคุมทางสังคม หน้าที่ระงับข้อโต้เถียง และหน้าที่เป็นวิศวกรสังคม

การควบคุมทางสังคม (Social Control) ในสังคมเล็ก ๆ ซึ่งสมาชิกเป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน แบบอย่างความประพฤติทางสังคมโน้มเอียงไปในทางเดียวกันโดยมีจารีตประเพณีช่วยสนับสนุนอย่างแข็งแกร่ง การควบคุมทางสังคมในสังคมเช่นนี้ย่อมขึ้นอยู่กับการควบคุมตนเอง และแม้ว่าจะมีการควบคุมจากภายนอกแต่นาน ๆ ครั้งจึงจะมีการลงโทษตามแบบแผน การควบคุมทางสังคมจึงดำเนินไปอย่างไม่เป็นแบบแผน เช่น การชูปินินทา, การหัวเราะเยาะ หรือการดูถูกเหยียดหยาม

แม้แต่ในสังคมที่สลับซับซ้อนซึ่งมีสมาชิกที่ผิดแผกแตกต่างกัน การควบคุมทางสังคมส่วนใหญ่ ก็ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดเขตปกครองระหว่างชาติที่มีการแลกเปลี่ยนแบบแผนความประพฤติซึ่งกันและกัน ความประพฤติของแต่ละบุคคลที่ปฏิบัติตรงกันมากที่สุด ก็จะได้รับการยอมรับในสังคม และเช่นเดียวกับในสังคมแบบง่าย ๆ ความกลัวที่จะไม่ได้รับการยอมรับจากครอบครัว เพื่อนฝูง และเพื่อนบ้านก็มีส่วนช่วยรักษาความประพฤติอันเหมาะสมเอาไว้ได้อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างกันอย่างมากของประชากร การขาดการสื่อสารโดยตรงระหว่างส่วนต่าง ๆ การขาดค่านิยมที่คนคติ และมาตรฐานความประพฤติ ตลอดจนการต่อสู้แข่งขันระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน ได้นำมาซึ่งความต้องการกลไกที่มีแบบแผนเพื่อการควบคุมทางสังคมเพิ่มขึ้น การควบคุมทางสังคมที่มีแบบแผนได้สร้างขึ้นโดย<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Jame F. Davis, "Law as a Types of Social Control", Society and the Law : New Meanings for an Old Profession (New York : The Free Press of Glencoe, 1962), p. 43.

- (ก) กฎเกณฑ์ความประพฤติที่แน่นอน
  - (ข) การใช้บทลงโทษที่ได้รับการวางแผนเพื่อสนับสนุนกฎเกณฑ์นั้น และ
  - (ค) การสร้างแบบแผนเพื่อตีความและบังคับการให้เป็นไปตามกฎเกณฑ์นั้น
- ซึ่งจะต้องมีการสร้างขึ้นบ่อยครั้ง

ในสังคมสมัยใหม่มีวิธีการควบคุมสังคมหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นแบบแผนและไม่เป็นแบบแผน กฎหมายได้รับการพิจารณาว่าเป็นรูปแบบหนึ่งของการควบคุมทางสังคม ดังที่ รอสโก เพาว์น (Roscoe Pound) กล่าวว่า "ข้าพเจ้าคิดถึงกฎหมายในแง่ของรูปแบบที่เชี่ยวชาญอย่างสูงของการควบคุมทางสังคม ในสังคมซึ่งมีองค์กรทางการเมืองที่ได้รับการพัฒนาแล้ว เป็นการควบคุมทางสังคมโดยผ่านการปรับใช้อำนาจของสังคมนั้น ๆ อย่างเป็นระบบและเป็นคำสั่ง"<sup>3</sup>

แต่เป็นที่แน่นอนว่า กฎหมายไม่ใช่กลไกที่เป็นแบบแผนการควบคุมทางสังคมเพียงอย่างเดียว ยังมีกลไกที่เป็นแบบแผนอย่างอื่นอีก เช่นการบรรจุคนที่มีศรัทธาอย่างแรงกล้าเข้าทำงาน การส่งเสริมสนับสนุน การลดตำแหน่งหรือขั้นให้ต่ำลง เป็นต้น ซึ่งได้นำมาใช้ในงานอุตสาหกรรม สถาบันการศึกษา รัฐบาล ธุรกิจและกลุ่มเอกชนต่าง ๆ<sup>4</sup>

การระงับข้อโต้เถียง (Dispute Settlement) ดังที่ คาร์ล เอ็น ลีเวลลิน (Karl N. Llewellyn) ได้กล่าวไว้ว่า "กฎหมายจัดการเกี่ยวกับอะไรบ้าง? มันเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ว่าสังคมเต็มไปด้วยข้อโต้เถียง ข้อโต้เถียงที่เป็นจริงและเป็นไปได้ ข้อโต้เถียงที่ตกลงกันได้กับข้อโต้เถียงที่ได้รับการปกป้อง ทั้งสองอย่างนี้ทำให้มีการเรียกร้องขอความช่วยเหลือจากกฎหมาย และทำให้

<sup>3</sup> Roscoe Pound, In My Philosophy of Law (St. Paul, Minnesota : West Publishing Company, 1941), p. 249.

<sup>4</sup> Philip Selznik, Law Society and Industrial Justice (New York : Rusell Sage Foundation, 1969)

กฎหมายต้องเข้ามาจัดการการกระทำบางสิ่งบางอย่างที่เกี่ยวกับข้อโต้เถียง การกระทำที่เป็นไปอย่างมีเหตุผล คือการจัดการของกฎหมาย" <sup>5</sup>

ขณะที่สมาชิกของสังคมได้มองกฎหมายว่าเป็นการเยียวยาแก้ไขความทุกข์ โศกและได้มีการฟ้องคดีเพิ่มมากขึ้น ก็ได้มีการยอมรับว่ากฎหมายนั้นเป็นการแก้ปัญหา ความขัดแย้งในรูปของคำสั่ง <sup>6</sup> ในการดำเนินชีวิตทั้งหมดของประชาชนนั้นได้มีศาล เป็นผู้รับเรื่องราวซึ่งครั้งหนึ่งได้เคยรับด้วยกลไกที่ไม่มีแบบแผนและมีใช้ในทาง กฎหมาย เช่น การประนีประนอมหรือการทำความตกลง ควรสังเกตว่ากฎหมาย เพียงแต่จัดการเกี่ยวกับการไม่ตกลงกัน ซึ่งจะต้องแปลข้อโต้เถียงนั้นในทางกฎหมาย หรือความเป็นคู่ปรปักษ์กันระหว่างคู่กรณีลดน้อยลง ในบางกรณีศาลอาจเพียงแต่ปรับ ภาวข้ออนให้ชัดเจน แต่บ่อยครั้งก็ไม่ชัดเจนพอที่จะแก้ปัญหาได้

วิศวกรรมทางสังคม (Social Engineering) นักวิชาการเป็นจำนวนมาก เห็นว่าหน้าที่สำคัญยิ่งของกฎหมายในสังคมสมัยใหม่ก็คือเป็นวิศวกรรมสังคม ความ มุ่งหมาย การวางแผนและการเปลี่ยนแปลงสังคมเป็นการริเริ่ม, ชี้นำ และสนับสนุน โดยกฎหมาย รอสโก เพาว์น (Roscoe Pound) กล่าวไว้ว่า "เพื่อที่จะให้เข้าใจ ความหมายของกฎหมายปัจจุบันนี้ ข้าพเจ้าขอให้คิดถึงกฎหมายในแง่ของสถาบันทาง สังคม เพื่อที่จะทำให้เป็นไปตามความต้องการของสังคมการเรียกร้องและความ ต้องการนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับความคงอยู่ของสังคมอารยะ โดยให้ได้รับผลมาก

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>5</sup> Karl N. Llewellyn, The Bramble Bush (New York : Oceana Publication, 1960), p. 2.

<sup>6</sup> Harry C. Bredemier, Law as an Integrative Mechanism, Law and Sociology : Exploratory Essays (New York : Free Press, 1962), p. 74.

เท่าที่เราต้องการด้วยการสูญเสียที่น้อยที่สุด ความต้องการดังว่านั้นอาจจะเป็นผลขึ้น โดยคำสั่งเกี่ยวกับความประพฤติของมนุษย์ ซึ่งผ่านทางสังคมที่มีองค์กรทางการเมือง สำหรับความมุ่งหมายในปัจจุบันนี้ หากได้มองเข้าไปในประวัติศาสตร์ของกฎหมาย ก็จะพบว่ามีการบันทึกว่าได้มีการทำให้มนุษย์ได้รับความพอใจจากความต้องการ หรือ การเรียกร้อง หรือความปราถนาโดยผ่านทาง การควบคุมทางสังคม มีการรวบรวม และให้หลักประกันแก่ผลประโยชน์ทางสังคมอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น มีการกำจัด ความสูญเปล่า และทำให้ความแตกต่างในความสุขของมนุษย์หมดสิ้นไปอย่างสมบูรณ์ และมีประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องยิ่งขึ้น กล่าวโดยสรุป กฎหมายเป็นวิศวกรสังคมที่มี ประสิทธิภาพอย่างต่อเนื่องมากขึ้น”<sup>7</sup>

กฎหมายได้รับการพิจารณาว่าเป็นสิ่งที่สังคมปราถนาและจำเป็น แม้ว่า นักสังคมวิทยาบางคนจะไม่เห็นด้วยก็ตาม กฎหมายก็ยังคงถูกใช้ เป็นวิธีการของ วิศวกรสังคมอยู่บ่อยครั้ง เช่น กิจกรรมเกี่ยวกับการบริหารด้านอาหารและยา ซึ่งกำหนดสีและส่วนประกอบที่ใช้กับอาหาร กิจกรรมเกี่ยวกับการป้องกันสิ่งแวดล้อม ซึ่งทำให้เกิดกฎหมายป้องกันมลภาวะ ทั้งหมดนี้ล้วนแล้วแต่ เป็นหน้าที่ของกฎหมาย ในรูปแบบของวิศวกรสังคมทั้งสิ้น

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายมีอำนาจบังคับทันทีที่ผ่านขั้นตอนและกระบวนการ ต่างๆ และมีการประกาศใช้โดยรัฐบาลผู้มีอำนาจทางการเมืองให้ประชาชนยอมรับ และปฏิบัติตาม ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่ากฎหมายที่คนยอมเชื่อฟังนั้นจะเป็นกฎหมาย ที่ดีที่สุดต้องเป็นธรรมเสมอไป ประชาชนอาจจำเป็นต้องยอมรับเพราะเกรงกลัว อำนาจของรัฐบาลก็เป็นได้

---

<sup>7</sup> Steven Vago, Law and Society (New Jersey :Prentice Hall, 1981), p. 19.

แท้ที่จริงแล้ว แนวความคิดเกี่ยวกับกฎหมายมีอยู่ 3 ด้านด้วยกันคือ กฎหมายในแง่ของข้อบังคับที่เป็นทางการ ซึ่งไม่มีอะไรนอกเหนือไปจากประกาศของรัฐบาล ซึ่งมีอำนาจในการใช้บังคับและลงโทษผู้ฝ่าฝืนข้อบังคับ ในประการที่สอง ได้แก่ กฎหมายในแง่ของการเมือง ซึ่งหมายความว่าถึงแม้การออกกฎข้อบังคับมีผลต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากผู้ที่จะได้รับผลจากการใช้ข้อบังคับนั้น และในประการสุดท้ายได้แก่กฎหมายในแง่ของจริยธรรมหรือศีลธรรม ซึ่งหมายความว่า การออกกฎข้อบังคับควรได้รับการยอมรับ เชื่อฟัง เพราะข้อบังคับนั้นถูกต้องทางศีลธรรม กฎหมายในแง่ของข้อบังคับที่เป็นทางการไม่จำเป็นต้องถูกต้องทางศีลธรรมเสมอไป และในทำนองเดียวกันกฎหมายในแง่ของการเมือง ก็ไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกับกฎหมายพิจารณาจากแง่ของศีลธรรมทุกกรณีไป ดังนั้น นักคิดบางคนเช่น แฮโรล ลาสกี (Harold Laski) จึงให้ความเห็นว่า การที่เราจะยอมรับ เชื่อฟังกฎหมายนั้น จะเป็นด้วยสาเหตุแต่เพียงว่ากฎหมายนั้นเป็นกฎหมายไม่ได้ แต่เรายอมรับ เชื่อฟังกฎหมายนั้น ก็เพราะเราเห็นว่าถูกต้องตามความสำนึกทางศีลธรรมของเรา ความเห็นนี้นับว่ามีความสำคัญ เพราะตราบไต่ที่คนเราไม่มีความสำนึกทางศีลธรรมที่จะเห็นยวรั้งการกระทำของเราไว้แล้ว แม้จะมีกฎหมายห้ามอยู่ แต่เราก็อาจล่วงละเมิดได้ จึงไม่น่าแปลกใจที่ในสมัยโบราณนั้นผู้ปกครองได้พยายามสั่งสอนประชาชนให้ยึดมั่นในศีลธรรม พร้อม ๆ ไปด้วยการมีกฎหมายและการลงโทษ ในระหว่างศีลธรรมและกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ศีลธรรมก็มีอิทธิพลต่อพฤติกรรมของคน ยืนยงคงทนกว่าความเกรงกลัวจากการถูกลงโทษโดยกฎหมาย รากฐานของกฎหมายที่จะใช้การได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึงมีที่มาจากความสำนึกในศีลธรรมของคน อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายมีผลเป็นกฎหมายเพราะคนเราได้ให้ความยินยอม หลังจากที่ ได้มีความสำนึกทางศีลธรรมแล้วเท่านั้น

ปัจจุบันมนุษย์ไม่ได้อยู่ตามลำพังอย่างโดดเดี่ยว แต่อยู่รวมกันกับเพื่อนร่วมสังคม การมีชีวิตร่วมกันในชุมชนจึงเป็นสภาวะที่ก่อให้เกิดการกำหนดขอบเขตการใช้เจตนารมณ์ของแต่ละบุคคล ซึ่งผู้ที่จะจำกัดการใช้เจตนารมณ์อิสระของบุคคลได้คือ รัฐบาล ซึ่งเป็นองค์กรของสังคมที่มีเครื่องมือในการควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคม ดังนั้น ประวัติความเป็นมาของแนวคิดเรื่องเสรีภาพ จึงเป็นความพยายามของมนุษย์

ที่จะเรียนรู้การป้องกันการแทรกแซงของรัฐบาลในการใช้เจตนาarmiอย่าง เป็นอิสระ  
ของเขา

แนวความคิดเรื่องเสรีภาพมี 2 แนวทางด้วยกันคือ การมองเสรีภาพใน  
ด้านลบและการมองเสรีภาพในด้านบวก

การมองเสรีภาพในด้านลบนั้น ถือว่าเสรีภาพได้แก่ความสามารถของ  
บุคคลที่จะกระทำการใด ๆ โดยปราศจากเครื่องเหนี่ยวรั้งจากบุคคลอื่น แนวความ  
คิดนี้มีอิทธิพลต่อการร่างรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ ซึ่งใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ  
เป็นเครื่องจำกัดการใช้อำนาจของรัฐเข้าแทรกแซงการใช้เสรีภาพส่วนบุคคล แนว  
ทางนี้ย้ำความสนใจอยู่ที่การกำหนดว่าการกระทำอย่างใดของรัฐบาลเป็นการทำลาย  
เสรีภาพส่วนบุคคล ดังนั้นเสรีภาพจึงมีความหมายในแง่ลบ คือเสรีภาพในฐานะที่เป็น  
ข้อห้าม นักคิดบางคนมีความเห็นว่าเสรีภาพได้แก่อำนาจที่จะเลือกทำอะไรก็ได้  
ตามเจตนาarmi การมีทางเลือกนี้เป็นการมองเสรีภาพในด้านบวก แม้ว่าคน ๆ หนึ่ง  
อาจมีเจตนาarmiอันเป็นอิสระ แต่ถ้าเขาไม่มีทางเลือกที่จะใช้เจตนาarmiนั้น จะ  
เรียกว่าเขามีเสรีภาพหาได้ไม่ ดังนั้น ประชาชนบางคนเช่น จอห์น ดิวอี้ จึงให้ความ  
เห็นว่า อิสระจากข้อจำกัดนั้นเป็นเพียงเงื่อนไขแรกเท่านั้น เงื่อนไขต่อไปได้แก่  
การมีอำนาจอย่างแท้จริงที่จะมีทางเลือก เสรีภาพ จึงไม่ได้มีความหมายในทางลบ  
อย่างเดียว (คือการไม่ถูกจำกัดอิสระ) แต่มีความหมายในทางบวกด้วยคือต้องมี  
อำนาจและความสามารถในทางปฏิบัติอีกด้วย

เมื่อเป็นเช่นนี้ การพิจารณาว่าผู้ใดมีเสรีภาพหรือไม่ มีมากน้อยอย่างไร  
จึงอาจวัดได้ด้วยระดับของอำนาจในการกระทำตามเจตนาarmi การขาดอำนาจนี้คือ  
การขาดเสรีภาพ ดังนั้น บุคคลสองคนอาจอยู่ภายใต้การปกครองที่เราได้รับหลัก  
ประกันทางเสรีภาพเหมือนกัน แต่คนหนึ่งมีเสรีภาพในขณะที่อีกคนหนึ่งขาดเสรีภาพ  
ก็ได้ เพราะเขามีอำนาจในการกระทำตามเจตนาarmiต่างกัน เสรีภาพจึงมีลักษณะ  
สองด้านคือ การมีเจตนาarmiอันเป็นอิสระปราศจากข้อจำกัด และการมีความ  
สามารถหรืออำนาจที่จะกระทำตามเจตนาarmiนั้น ความขัดแย้งระหว่างการใช้  
เสรีภาพ จึงเป็นความขัดแย้งระหว่างการใช้อำนาจที่จะบรรลุถึงเจตนาarmiของ  
แต่ละบุคคลในสังคม



## 1.2 อำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมาย

ปรัชญาเมธีทางรัฐศาสตร์นับตั้งแต่สมัยกรีกมาจนถึงปัจจุบัน ได้ให้ความสนใจในปัญหาเกี่ยวกับอำนาจและการใช้อำนาจของผู้ปกครองเป็นอย่างมาก แนวความคิดที่อธิบายแหล่งของอำนาจ การใช้อำนาจ มีส่วนสัมพันธ์กับแนวความคิดเกี่ยวกับจุดมุ่งหมายของคนที่มารวมกันอยู่เป็นสังคม โดยมีรัฐและรัฐบาลเป็นองค์กรทางการเมือง รัฐมีหน้าที่อย่างไร รัฐหรือรัฐบาลสามารถใช้อำนาจได้กว้างขวางเพียงใด และการใช้อำนาจนั้นผู้ปกครองอ้างสิทธิอะไร เป็นคำถามที่นักรัฐศาสตร์ได้ถกเถียงกันเพื่อพยายามหาคำตอบมาเป็นเวลาช้านานแล้ว

เมื่อ จอห์น ออสติน (John Austin) นักปรัชญากฎหมายชาวอังกฤษ ผู้มีชื่อเสียง กล่าวถึงความหมายของกฎหมายว่า หมายถึง คำสั่ง คำบัญชาของรัฐาธิปัตย์ที่สั่งแก่บุคคลทั้งหลาย ผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามผู้นั้นต้องรับโทษ ย่อมเป็นที่แน่นอนว่าออสตินกำลังเพ่งเล็งความหมายของกฎหมาย โดยพิจารณาจากทัศนคติของกฎหมายอาญา อันจะทำให้หน้าเอาทฤษฎีนี้ไปปรับใช้กับกรณีของกฎหมายแพ่ง กฎหมายตามแบบพิธี หรือกฎหมายที่ออกมาโดยอาศัยขั้นตอนหรือกระบวนการในการตรากฎหมายและกฎหมายระหว่างประเทศได้ยาก เว้นแต่จะอาศัยการตีความขยายความหรือปรับให้เข้ากันไปได้ สิ่งที่ออสตินเน้นมากในการเล่นทฤษฎีนี้ก็คือ "อำนาจอธิปไตย" (Sovereign's Power) หรือที่เรียกเสียใหม่ว่าอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) นั่นเอง

คำอธิบายของออสตินเป็นเรื่องของการออกกฎหมาย หรืออธิบายให้ทราบว่าใครหรืออะไรคือแหล่งที่มีอำนาจในการออกกฎหมายเช่นนี้ เรียกกันในเวลานี้ว่าเป็นอำนาจอธิปไตยหนึ่ง การกล่าวถึงอำนาจอธิปไตยเป็นการกล่าวในเชิงการเมืองให้เห็นเป็นรูปธรรมและเป็นการพิจารณาในทางรัฐศาสตร์ ในแง่นี้จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายอาญาเกี่ยวข้องกับอำนาจอธิปไตย คือมีที่มาจากอำนาจอธิปไตยนั่นเอง อำนาจอธิปไตยที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม หรือที่เรียกกันว่า "Police Power" ซึ่งในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญถือว่าเป็นส่วนของอำนาจอธิปไตย หรือเป็นอำนาจที่ฝ่ายบริหาร (ไม่ใช่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายตุลาการ)

เป็นผู้ใช้ รัฐบาลย่อมมีอำนาจดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมมิให้มีโจรผู้ร้าย มิให้มีอาชญากรรม และดูแลให้ประชาชนรู้สึกอบอุ่นใจ ปลอดภัยในชีวิตร่างกายและทรัพย์สิน กฎหมายอาญาเป็นเครื่องมือที่สำคัญที่สุดของอำนาจรัฐในข้อนี้ เพราะกฎหมายอาญาจะกำหนดการกระทำหรือพฤติกรรมที่กฎหมายต้องการบังคับให้ทำ หรือห้ามมิให้กระทำอย่างเด่นชัด และการฝ่าฝืนย่อมต้องได้รับโทษที่แน่นอน และมีระดับความรุนแรงมากน้อยอย่างชัดเจน ในแง่กฎหมายอาญาทำหน้าที่ตอบสนองอำนาจรัฐได้ดีกว่ากฎหมายใด ๆ โดยเฉพาะกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้ ยังอาจกลายเป็นที่มาของความผิดทางแพ่ง (civil wrongs) หรือการกระทำอันเป็นละเมิดในทางแพ่งให้สามารถเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนกันในทางแพ่งได้ต่อไปอีกด้วย<sup>๕</sup>

มีคำถามต่อไปว่า การรักษากฎหมาย การรักษาความสงบเท่านั้นหรือซึ่งเป็นสิ่งที่พึงประสงค์ มีอะไรอีกหรือไม่ที่เป็นประโยชน์ต่อการปกครอง รัฐมีจุดหมายอื่นใดนอกเหนือไปจากการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือไม่

เซ็นต์ ออกุสติน ได้ให้คำตอบอย่างชัดเจนโดยเขียนไว้ในหนังสือ The City of God ว่า "...ถ้าไม่มีความยุติธรรมเสียแล้ว อาณาจักรจะเป็นอะไรเล่า ถ้าไม่ใช่ฝูงโจรใหญ่ ๆ และฝูงโจรจะเป็นอะไรเล่า ถ้าไม่ใช่อาณาจักรเล็ก ๆ..."

จากความคิดนี้ จะเห็นได้ว่าความมีระเบียบเรียบร้อยอันเกิดจากการมีกฎข้อบังคับมีบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎข้อบังคับนั้น ยังไม่เพียงพอต่อการมีรัฐ เพราะแม้แต่ฝูงโจรก็มีกฎมีความเป็นระเบียบในหมู่โจร มีหัวหน้าโจรเป็นผู้ควบคุมพฤติกรรม

ศูนย์วิจัยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>๕</sup> อมราวดี อังคสุวรรณ, กฎหมายอาญาและอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2531), หน้า 112.

ของเหล่าโจรเช่นกัน การสร้างความเป็นระเบียบเรียบร้อยและความสงบในสังคม จึงเป็นเพียงเป้าหมายของรัฐที่มีความสำคัญเพียงระดับหนึ่งเท่านั้น คือการดำรงรักษาชีวิตและทรัพย์สินของคนในสังคม เป้าหมายที่สูงไปกว่านั้นก็คือ การที่รัฐและรัฐบาลจะทำให้ประชาชนเห็นว่า กฎข้อบังคับและความเป็นระเบียบเรียบร้อยนั้น สอดคล้องกับสิ่งที่เขายอมรับว่า ยุติธรรม หรือ เป็นธรรม ด้วย

ดังนั้นอำนาจและการใช้อำนาจ จึงเกี่ยวพันกับความยุติธรรมอย่างแท้จริง การที่รัฐบาลจะมีอำนาจ (power) เพื่อก่อให้เกิดความสามารถในการให้ความคุ้มครองป้องกันคนในสังคมได้นั้น รัฐจะต้องมีกำลัง (force) เสียก่อน เพื่อใช้บังคับพฤติกรรมเบี่ยงเบนของคน อย่างไรก็ตาม ลำพังกำลังเพียงอย่างเดียว นั้น ไม่อาจสร้างความเป็นระเบียบในสังคม (order) ได้ แต่ต้องมีอำนาจ (power) ด้วย อำนาจในที่นี้ ได้แก่การมีกำลังบวกกับการที่ประชาชนให้ความยินยอมในการใช้กำลังนั้นเพื่อประโยชน์ร่วมของคนในสังคม

สังคมที่เป็นระเบียบเรียบร้อย มีความมั่นคงแห่งชาติ อาจไม่ใช่สังคมที่มีความยุติธรรมและรัฐบาลที่มีอำนาจเพราะได้รับความยินยอม (consent) จากประชาชน ก็ไม่จำเป็นว่าจะต้องเป็นรัฐบาลที่ก่อให้เกิดความยุติธรรมได้เสมอไป ดังนั้นอำนาจอย่างเดียวจึงไม่สามารถสร้างความเป็นธรรมได้ แต่จะต้องมีการใช้อำนาจนั้นอย่างเป็นธรรมด้วย โดยสรุปแล้วการใช้อำนาจอย่างเป็นธรรม เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการรักษาลิทธิ เสรีภาพของผู้ได้ปกครองไว้อย่างมั่นคง

การประกันเสรีภาพที่สำคัญอย่างหนึ่ง ได้แก่การมีกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจ มิใช่ปล่อยให้มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

อำนาจและเสรีภาพถูกจำกัดโดยกฎหมายซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดการใช้อำนาจ ถ้าไม่มีกฎหมาย อิสระภาพก็จะมี ความมุ่งหมายของกฎหมายจึงไม่ใช่การล้มล้างหรือจำกัดอิสรภาพโดยไม่ให้มีอะไรหลงเหลืออยู่เลย แต่เป็นไปเพื่อดำรงรักษาและส่งเสริมอิสรภาพของคนในสังคม ด้วยการสร้างหลักเกณฑ์ที่กำหนดพฤติกรรมของ

บุคคลที่อยู่ร่วมกัน เพื่อความสงบสุขของสังคม<sup>๙</sup>

### 1.3 ขอบเขตและข้อจำกัดในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐ

เมื่อได้คำตอบต่อคำถามที่ว่า "กฎหมายคืออะไร" ว่า "กฎหมายคือคำสั่งของรัฐาธิปัตย์เมื่อไม่ปฏิบัติตามย่อมได้รับโทษ และกฎหมายเป็นคุณละเรื่องกับศีลธรรมและความยุติธรรม" ในเมื่อรัฐาธิปัตย์คือผู้มีอำนาจในบ้านเมืองแล้ว กฎหมายก็จะกลายเป็นสิ่งที่ผู้มีอำนาจได้สั่ง จะสั่งตามอำเภอใจอย่างไรก็เป็นกฎหมายทั้งสิ้น เช่นนั้นหรือ? <sup>๑๐</sup>

หากคำตอบต่อคำถามข้างต้นว่ามีได้เป็นเช่นนั้น ดังนั้นจะต้องมีบางสิ่งบางอย่างที่อยู่เบื้องหลังการนิติบัญญัติ ซึ่งถือเป็นทฤษฎีที่กำหนดขอบเขตและความชอบธรรมในการออกกฎหมายของรัฐ

ปัญหาว่า พฤติกรรมชนิดใดที่สมควรถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญานอกเหนือไปจากคำตอบอันที่พอจะรู้กันดีอยู่แล้ว เช่นการฆ่าคนตาย การทำร้ายร่างกาย การลักทรัพย์และอื่น ๆ อีกมากที่ควรจะถูกควบคุมโดยกฎหมายอาญา แต่การจะพิจารณาว่ากฎหมายอาญาควรมีขอบเขตแค่นี้ได้อย่างไรนั้น ได้มีการพยายามก่อตั้งหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นเพื่อกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาให้ชัดเจนขึ้นภายใต้

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>๙</sup> ชัยอนันต์ สมุทวณิช, กฎหมายกับการใช้อำนาจ: ข้อสังเกตบางประการ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (2523), หน้า 393-401.

<sup>๑๐</sup> ปรีดี เกษมทรัพย์ ชัยอนันต์ สมุทวณิช และรองพล เจริญพันธ์, อำนาจความชอบธรรม และขอบเขตของรัฐในการบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 3 (2523), หน้า 379-380.

"หลักเกณฑ์ว่าด้วยการจำกัด" (Limiting Principles) ซึ่งหลักเกณฑ์นี้กล่าวว่าไม่ควรนำเอากฎหมายอาญามาใช้เพื่อวัตถุประสงค์บางประการ หรือในสถานการณ์บางประเภท ดังนี้<sup>11</sup>

(1) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้าม ที่มีจุดประสงค์เพียงเพื่อให้บุคคลเชื่อฟัง และผลของการไม่เชื่อฟังก็คือผลร้ายของการแก้แค้นตอบแทนเท่านั้น หลักเกณฑ์ประการนี้มีผู้นำคือ เบคคาเรีย (Beccaria) ในหนังสือเรื่อง อาชญากรรมและการลงโทษ (Crimes and Punishments 1764) ซึ่งเริ่มต้นมองการลงโทษว่า ทำอย่างไรจึงจะได้ผลประโยชน์จากการลงโทษนั้น หรือที่เราเรียกว่าอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) เบคคาเรียเสนอว่า "การป้องกันอาชญากรรมย่อมดีกว่าการลงโทษผู้กระทำผิด" ข้อเสนอของเบคคาเรียข้อนี้เป็นข้อสรุปที่นำอรรถประโยชน์นิยมทั้งหลาย เช่น เบนธัม มิลล์ และบารอนเนส วูทตัน ยึดถือในเวลาต่อมา เบนธัมได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของการจำกัดขึ้นอีกสามประการ ในหนังสือเรื่องหลักเกณฑ์แห่งศีลธรรมและการนิติบัญญัติเบื้องต้น (Introduction to the Principles of Morals and Legislation 1789) ว่า

(2) กฎหมายอาญาไม่ควรที่จะนำมาใช้เพื่อลงโทษพฤติกรรมที่ปราศจากพิษภัย

หลักเกณฑ์ของเบนธัมประการนี้ หมายความว่า ถ้าการกระทำนั้นมิได้มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวแล้ว การใช้กฎหมายอาญาลงโทษการกระทำนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นการไม่สมควรอย่างยิ่ง แต่หลักเกณฑ์ข้อนี้ยังมีข้อบกพร่องอยู่มากเพราะเหตุว่า

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>11</sup> ไนเจล วอล์คเกอร์, ขอบเขตของกฎหมายอาญา, แปลโดย อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ และพรทิพย์ เพ็ชรศิริ, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 9 ฉบับที่ 3 (2520) หน้า 103-119.

ปัญหาที่ตามมาก็คือจะตัดสินได้อย่างไรว่าพฤติกรรมเช่นนั้นมิใช่ภัยหรือยัง ข้อเสนอของเบนจัมปรการที่สองคือ

(3) ไม่ควรใช้กฎหมายอาญา เพื่อเป็นวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ที่สามารถทำให้บรรลุดังซึ่งวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันนั้น ด้วยวิธีอื่นที่ทำให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่า ตัวอย่างของหลักเกณฑ์ข้อนี้ก็คือ ถ้าเราสามารถตักเตือนบุคคลไม่ให้กระทำผิดได้แทนที่จะใช้วิธีการลงโทษเพื่อขู่ให้เขากลับแล้ว เราจะต้องใช้วิธีการตักเตือน หลักเกณฑ์ของเบนจัมปรการนี้มีข้อบกพร่องอยู่เพราะว่าการป้องปรามนั้น แตกต่างไปจากการตักเตือนเป็นอันมาก แต่เราอาจเปลี่ยนคำพูดของเบนจัมเสียใหม่ได้ดังนี้

ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ ถ้ามีวิธีการอื่นที่สามารถลดจำนวนครั้งของการกระทำนั้น ลงมาได้เท่าเทียมหรือเกือบเท่าเทียมกับการใช้กฎหมายอาญา แต่ก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาน้อยกว่าการใช้กฎหมายอาญา ข้อเสนอข้อที่สามของเบนจัมคือ

(4) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เมื่อผลร้ายที่เกิดจากการกระทำผิดนั้นน้อยกว่าผลร้ายที่เกิดจากการลงโทษ

ในกรณีเช่นนี้เมื่อนำผลได้และผลเสียมาชั่งน้ำหนักดูแล้ว จะเห็นว่าการลงโทษตามกฎหมายอาญานั้นได้ประโยชน์น้อยกว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นจากข้อเสนอของเบนจัมปรการนี้ก็คือ เราไม่สามารถจะวัดได้ว่าผลร้ายอันเกิดจากการกระทำผิดและผลร้ายอันเกิดจากการลงโทษนั้น ประการไหนจะมากกว่ากัน และผลร้ายที่นำมาวัดนั้น ยังเกิดต่อบุคคลที่แก่ต่างกันไปอีกด้วย ข้อบกพร่องที่สำคัญของข้อเสนอนี้ก็คือบุคคลทั้งหลายนั้นมีจิตใจที่แตกต่างกันออกไปมากมาย และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่จะขอให้บุคคลเลือกระหว่างความชั่วร้ายสองประการที่ไม่อาจเปรียบเทียบกันได้แล้ว ข้อเสนอข้อนี้จะมีข้อบกพร่องอยู่มาก จึงอาจให้คำจำกัดความของหลักเกณฑ์นี้เสียใหม่ ว่า

กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้าม ซึ่งทำให้เกิดผลพลอยได้อันอาจก่อให้เกิดผลร้ายมากกว่าพฤติกรรมที่กฎหมายอาญาต้องการจะกำจัด

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดเจนของหลักเกณฑ์นี้ คือเรื่องกัญชา การห้ามมิให้มีการเสพกัญชานั้น อาจทำให้เกิดตลาดมืด อันเป็นเหตุให้ผู้ที่ต้องการเสพกัญชาเข้าไปคบหา

สมาคมกับอาชญากร และอาจทำให้ผู้ที่ต้องการเสพเพียงกัญชา ดิทยา เสพติดชนิดที่ร้ายแรงกว่ากัญชาได้ ผลร้ายของการเสวกัญชานั้น ถ้าพิจารณาแล้วย่อมน้อยกว่าผลพลอยได้ที่เกิดจากการห้ามเสวกัญชา เป็นต้น แต่หลักเกณฑ์นี้ก็ยังมีได้ช่วยให้หลักเกณฑ์เดิมของ เบนจัมสมบรูณ์ขึ้นแต่ประการใด เพียงแต่อาจเกิดความกระจ่างขึ้นบ้างในกรณีที่พฤติกรรมที่ต้องห้ามนั้น มีผลร้ายน้อยกว่าผลพลอยได้จากการห้ามพฤติกรรมชนิดนั้นอย่างไม่ต้องสงสัย แม้กระนั้นอาจมีผู้โต้แย้งได้ว่าการเสพยาเสพติดบางชนิดก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาเป็นอย่างยิ่ง แต่ความทุกข์เวทนานั้นจะเกิดเฉพาะตัวผู้เสพเท่านั้น และผู้เสวก็น่าจะมีอิสระเสรีภาพอย่างเต็มที่ที่จะก่อให้เกิดความทุกข์เวทนาดังกล่าวนั้นให้แก่ตัวเอง หรืออาจควั่นเสี้ยวซึ่งการกระทำนั้นก็ได้ เบนจัมเรียกพฤติกรรมประเภทนี้ว่า "ความผิดที่ก่อให้เกิดแก่ตนเอง" (self-regarding offenses) ซึ่งจะก่อให้เกิดพิษภัยก็เฉพาะแต่ตัวบุคคลผู้กระทำความผิดนั้นเอง เบนจัมเห็นว่าการลงโทษพฤติกรรมประเภทนี้ย่อมไม่ก่อให้เกิดประโยชน์อะไรขึ้น แต่ผู้ที่นำเอาหลักเกณฑ์นี้มาพัฒนาจนเป็นทฤษฎีที่ยอมรับกันคือ จอห์น สจิวต มิลล์ (John Stuart Mill) มิลล์ได้พัฒนาหลักการนี้ขึ้นในบทความว่าด้วยเสรีภาพ (On Liberty 1859) ซึ่งได้กล่าวไว้ว่า "วัตถุประสงค์ของบทความนี้เพื่อที่จะเสนอหลักเกณฑ์ที่ง่ายลึกลับหลักเกณฑ์หนึ่ง ซึ่งเหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการที่สังคมจะควบคุมบุคคลในสังคมด้วยวิธีการต่าง ๆ ไม่ว่าวิธีการที่สังคมนั้นใช้อยู่จะเป็นวิธีการใช้กำลังในรูปของโทษตามกฎหมาย หรือการขู่บังคับทางศีลธรรมโดยประชามติ หลักเกณฑ์นี้เป็นหลักเกณฑ์ที่มีเป้าหมายเพื่อคุ้มครองมนุษยชาติ ไม่ว่าจะ เป็นรายบุคคลหรือโดยส่วนรวมจากการถูกข่มขู่ซึ่งเสรีภาพ โดยการกระทำของบุคคลในสังคมนั้น ในสังคมที่เจริญแล้ว การใช้กำลังอำนาจเหนือสมาชิกในสังคมของตน จะถือเป็นการถูกต้องก็ต่อเมื่อมีจุดประสงค์ที่จะป้องกันภัยอันตรายอันเกิดแต่บุคคลอื่นในสังคมนั้น ภัยอันตรายที่จะเกิดแก่ตนเอง โดยมีได้มีบุคคลอื่นเป็นผู้ก่อให้เกิดไม่ว่าจะเป็นทางกายภาพหรือทางจริยธรรมแล้วย่อมไม่เป็นข้ออ้างที่เพียงพอสำหรับการจำกัดเสรีภาพในการกระทำของมนุษย์"

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกฎหมายอาญาของมิลล์นี้ ยึดหลักอิสรภาพและเสรีภาพของบุคคลเป็นสำคัญ การที่รัฐจะเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการกระทำของบุคคลได้นั้น การ

กระทำดังกล่าวต้องก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่สังคมและผู้อื่น ถ้าเป็นเพียงเพื่อให้บุคคลประกอบกรรมดีแล้วกฎหมายไม่ควรเข้าไปยุ่งเกี่ยว หลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องกฎหมายอาญาโดยมิลล์มีลักษณะเป็นดังนี้

(๕) ไม่ควรนำกฎหมายอาญามาใช้ เพื่อจุดประสงค์ที่จะบังคับให้บุคคลประพฤติปฏิบัติตามแนวทางที่จะก่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ผู้ปฏิบัตินั้นเอง

มิลล์ยึดหลักว่า อิสรภาพของบุคคลย่อมอยู่เหนือสิ่งอื่นใด แม้ว่าการกระทำของบุคคลจะผิดศีลธรรมหรือไม่ก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นมีได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนให้แก่บุคคลอื่นเว้นแต่ตัวผู้กระทำเองแล้วรัฐก็ไม่สมควรที่จะเข้ามายุ่งเกี่ยว มิลล์นั้นมิได้คำนึงถึงเลยว่าการกระทำดังกล่าวจะถือว่าผิดศีลธรรมหรือไม่ เพราะแม้ว่าการกระทำดังกล่าวนั้นจะถือว่าผิดศีลธรรม แต่รัฐก็ไม่สมควรนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือ เพราะมิลล์เห็นว่าถ้าสังคมไม่สามารถอบรมสั่งสอนให้สมาชิกของตนประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่ถูกที่ควร เช่น ไม่ดื่มเหล้า เสพยาเสพติดและเล่นการพนัน สังคมนั้นก็ไม่ควรแก้ไขความล้มเหลวของตนเองด้วยการลงโทษบุคคลเมื่อเขาเติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้ว

ข้อเสนอของมิลล์นี้มีข้อบกพร่องที่มองว่า สังคมสามารถที่จะควบคุมอบรมสั่งสอนบุคคลในสังคมให้เจริญเติบโตในทางที่ดีได้ และถือว่าถ้าได้มีการพยายามทำให้ดีด้วยวิธีการที่ดีที่สุดและล้มเหลวเสียแล้ว ก็ไม่ควรให้มีการพยายามด้วยวิธีการอื่นอีก จึงเป็นการล้าสมัยที่หลักเกณฑ์นี้มองข้ามไปว่า กฎหมายนั้นเป็นวิธีการ และอาจจะเป็นเพียงวิธีการเดียวเท่านั้นที่จะบังคับบุคคลที่ติดเหล้า ติดยาเสพติด หรือนักการพนัน ให้เข้ารับการรักษายาบาลหรือฝึกอบรมวิชาชีพ (ในขณะที่มิลล์เขียนบทความเรื่องนี้ เป็นยุคของการใช้โทษอาญาเพื่อป้องปรามการกระทำผิด และคงไม่ได้คิดถึงเรื่องการแก้ไขผู้กระทำความผิดไว้ด้วย)

ตามที่เบคคาเรีย เบนธัม และมิลล์ได้วางหลักตามที่กล่าวไว้ นั้น เป็นการพยายามที่จะจำกัดลงไปว่า กฎหมายอาญานั้นไม่ควรนำมาใช้ในกรณีใดบ้าง อาจเรียกได้ว่าเป็นการหาข้อจำกัดทางศีลธรรม แต่ยังมีปรัชญาเมธีอื่นที่มองเรื่องนี้ในแงุ่มุมที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือในแง่ของการบังคับใช้กฎหมายอาญา ด้วยเหตุที่ว่ากฎหมายอาญานั้นมีบทบาทในการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลในสังคมหนึ่ง มากน้อย



แตกต่างออกไปจากอีกสังคมหนึ่ง มองเตสกีเอร์ (Montesquieu) กล่าวไว้ในหนังสือเรื่อง เจตนารมณ์ของกฎหมาย (The Spirit of the Laws) ว่า "แม้กระนั้นในสังคมทุก ๆ สังคม ย่อมมีขอบเขตของพฤติกรรมบางอย่างที่กฎหมายอาญาไม่อาจควบคุมได้ และการพยายามใช้กฎหมายอาญาเพื่อควบคุมพฤติกรรมเช่นนั้น จะไม่เกิดประโยชน์อันใดเลย" ฟิตเจมส์ สตีเฟน (Fitzjames Stephen) ในหนังสือเรื่อง เสรีภาพ ความเสมอภาค ภราดรภาพ (Liberty, Equality, Fraternity 1874) ก็มีความเห็นว่าการลงโทษพฤติกรรมที่มหาชนเห็นว่าเป็นธรรมดา โดยมีได้คิดจะคัดค้านแต่ประการใดนั้น เท่ากับเป็นการหลอกลวงและยั่วยุให้เกิดผลสะท้อนอันไม่พึงปรารถนาซึ่งหลักเกณฑ์นี้อาจนำมาสรุปได้ว่า

(6) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมไว้ซึ่งข้อห้ามที่ไม่ได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจังจากมติมหาชน

ถึงแม้ว่าหลักนี้ จะมีจุดอ่อนอยู่ที่ความยากลำบากในการหยั่งประชามติในสังคม แต่จุดสำคัญของหลักการของสตีเฟนนั้นอยู่ที่การยอมรับว่าในทางปฏิบัติกฎหมายอาญาย่อมมีขอบเขตจำกัด เบนฮัมและมิลล์มองข้ามจุดสำคัญจุดนี้ไป สตีเฟนแตกต่างจากเบนฮัมและมิลล์เพราะสตีเฟนเป็นนักกฎหมายและผู้พิพากษา จึงเห็นว่าปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของกฎหมายอาญานี้ไม่ควรเป็นเรื่องที่จะใช้หลักปรัชญาทางศีลธรรมเป็นเครื่องตัดสินแต่ควรจะเป็นเรื่องทางปฏิบัติมากกว่า แม้ว่าจะมีผู้โต้แย้งสตีเฟนอยู่มากก็ตาม แต่ข้อเสนอนี้ก็นับว่ามีประโยชน์สรุปได้ว่าหลักเกณฑ์นี้เป็นหลักที่มองในด้านความเป็นไปได้ในการปฏิบัติ และก็เป็นจริง ที่ในทางปฏิบัติแล้วกฎหมายอาญาย่อมมีข้อจำกัดของตัวเอง

ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า หลักว่าด้วยการปฏิบัตินี้มีความแตกต่างไปจากในอดีต เพราะเหตุว่าข้อจำกัดของกฎหมายอาญาอาจขึ้นอยู่กับภาวะทางเศรษฐกิจ ตัวอย่างเช่น รัฐอาจไม่มีงบประมาณเพียงพอที่จะจัดหาองค์การและบุคลากรที่จะมาบังคับใช้กฎหมายอาญาบางประเภทได้ หรือขีดจำกัดนั้นอาจเนื่องจากประชาชนไม่ให้ความร่วมมือในการแจ้งความหรือบางกรณีเกิดจากการที่ตำรวจหรืออัยการไม่สามารถฟ้องคดีได้เพราะขาดพยานหลักฐานเนื่องจากขาดความร่วมมือจากพยานหรือผู้เสียหาย อย่างเช่นความผิดฐานทำให้แท้งลูก เป็นต้น

นอกจากนี้ ในการควบคุมให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายอาญาบางเรื่องที่ได้ถือว่าเป็นเรื่องเล็กน้อยนั้น ย่อมทำให้เกิดผลเสียเป็นอย่างมาก เพราะถ้ารัฐทำให้บุคคลเป็นจำนวนมาก ต้องถูกควบคุมโดยเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายเสียแล้ว เจ้าหน้าที่ก็จะไม่ได้รับความร่วมมือจากบุคคลจำพวกนั้นในการบังคับใช้กฎหมายอาญาในเรื่องที่มีความสำคัญกว่า และในบางครั้งตำรวจเองก็ไม่ส่งคดีที่จุกจิกเล็กน้อยขึ้นฟ้อง เพราะการบังคับกฎหมายอาญาอย่างเด็ดขาดจนเกินไป ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจถูกกีดกันออกจากสังคมโดยทั่วไปได้ ดังนั้นเราอาจได้ข้อสรุปที่เป็นเหตุผลรองรับหลักเกณฑ์นี้ได้อีกประการหนึ่งว่า

(7) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามที่บังคับใช้ไม่ได้

คำว่าบังคับใช้ไม่ได้นั้นเป็นความหมายที่กว้าง ซึ่งอาจให้คำจำกัดความได้ก็คือ ถ้าหาข้อพิสูจน์ว่าผู้กระทำความผิดตามกฎหมายนั้นได้กระทำความผิดจริง ได้ยากหรือมีอัตราส่วนน้อยกว่าความผิดที่ได้กระทำลงจริง ๆ เช่น มีบุคคลกระทำความผิดฐานทำให้แท้งลูก 100 ราย แต่เจ้าหน้าที่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ได้ว่าการกระทำผิดจริงเพียง 1 ราย ดังนั้นกฎหมายอาญาก็ไม่ควรรวมเอาความผิดชนิดนี้ไว้ตามความเป็นจริงแล้วหลักเกณฑ์นี้ควรจะหมายความว่า

(8) กฎหมายอาญาไม่ควรรวมเอาไว้ซึ่งข้อห้ามบางประการ ซึ่งเมื่อมีการละเมิดข้อห้ามนั้นแล้ว ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าการกระทำความผิดเกิดขึ้นจริง

หลักเกณฑ์นี้หมายความว่า ผู้กระทำความผิดตามบทบัญญัตินั้นเป็นจำนวนมากที่รอดพ้นจากการบังคับใช้กฎหมายอาญา ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องยกเอาเหตุผลเช่นนี้มา กีดกันบทบัญญัติของกฎหมายอาญา เพราะบทบัญญัติเช่นนี้ย่อมทำให้เกิดการเสื่อมความนิยมในกฎหมายอาญาทั้งปวง

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ขาดความรัดกุมเพราะถ้าจะอ้างว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญาบางบทที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ จะทำให้ประมวลกฎหมายอาญาทั้งประมวลนั้นเสื่อมความนิยมไปทั้งหมดก็หาไม่ จากประวัติของประมวลกฎหมายอาญาทั้งหลายเราอาจเห็นได้ว่าบทบัญญัติบางบทของประมวลกฎหมายอาญาเหล่านั้น บางครั้งแล้วไม่มีประโยชน์ในด้านการบังคับใช้เลย แต่ก็ยังไม่พบหลักฐานว่าบทบัญญัติที่บังคับใช้ไม่ได้นั้นทำให้บุคคลไม่เคารพบทบัญญัติอื่น ๆ ที่ยังคงใช้บังคับได้อยู่

อย่างไรก็ดี หลักเกณฑ์ข้อนี้เหมาะสมที่จะเป็นเพียงข้อควรระวังในการฟ้องคดีเกี่ยวกับกฎหมายที่ไม่สามารถบังคับใช้ได้ แต่ไม่ควรเป็นข้ออ้างในการกีดกันออกไปซึ่งบทบัญญัติบางบทของกฎหมายอาญา เพราะเหตุว่ากฎหมายนั้นมีอิทธิพลเหนือการกระทำของบุคคล มิใช่แต่เพียงว่าการที่ถูกลงโทษตามกฎหมายนั้นเท่านั้นที่ชี้ให้เห็นว่าผลของการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายจะเป็นอย่างไร บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นชี้ให้เห็นถึงการที่สังคมหนึ่งเห็นว่าการกระทำเช่นนั้นเกิดขึ้น อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายอาญานี้ ช่วยในการวางมาตรฐานของการประพฤติในสังคมหนึ่งได้ แม้ว่าไม่เคยมีบุคคลใดได้รับการลงโทษจากการละเมิดบทบัญญัตินั้นก็ตาม

#### 1.4 โทษและทฤษฎีการลงโทษ

ทฤษฎีการลงโทษในกฎหมายอาญา มีอยู่หลายประการเช่นเป็นการป้องกัน (Prevention) , เป็นการรักษาและแก้ไขผู้กระทำผิด (Rehabilitation) , เป็นการป้องกันสังคม (Deterrence) หรือเป็นการทดแทนความผิด (Retribution) นักกฎหมายอาญายามคิดทฤษฎีต่าง ๆ ขึ้นมาเพื่ออธิบายว่าทำไมเราจึงควรลงโทษผู้กระทำผิดและการลงโทษผู้กระทำผิดควรมีจุดมุ่งหมายอย่างไร

ในที่นี้จะได้เริ่มกล่าวถึงตั้งแต่แนวความคิดต่าง ๆ อันเป็นที่มาของทฤษฎีการลงโทษและการนำเอาทฤษฎีการลงโทษมาใช้ในการนิติบัญญัติ

สำนักความคิดในกฎหมายอาญา ที่มีอิทธิพลต่อทฤษฎีการลงโทษที่สำคัญคือสำนักคลาสสิก (Classical school) ในสำนักนี้ได้เกิดทฤษฎีการลงโทษขึ้นมา 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีทดแทนความผิด (Retributive theory) และทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory)

สำนักนี้เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 18 มุ่งศึกษาอาชญากรรมในลักษณะที่เป็นการกระทำผิดกฎหมาย โดยพิจารณาความหมายของอาชญากรรมในแง่กฎหมายเพียงด้านเดียว ไม่ได้นำปัจจัยอื่น เช่นสิ่งแวดล้อมและพฤติกรรมมนุษย์เข้ามาพิจารณาด้วย สำนักนี้มีรากฐานความเชื่อว่า มนุษย์มีเจตจำนงเสรี (Free will) ที่จะเลือกกระทำความดีหรือไม่กระทำความดีก็ได้ตามความต้องการของตน เจตจำนงเสรีนี้เกิดจากตัวมนุษย์เอง ไม่ได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของสิ่งอื่น ซึ่งความเชื่อใน

เรื่องนี้ได้ก่อให้เกิดทฤษฎีการลงโทษขึ้น 2 ทฤษฎี คือ

(1) ทฤษฎีทดแทนความผิด (Retributive theory)<sup>12</sup> ซึ่งเห็นว่าคนเรามีเจตจำนงคือสละที่จะเลือกกระทำการต่าง ๆ ได้โดยเสรี ทฤษฎีทดแทนความผิดนี้จึงเห็นว่าเหตุที่ทำให้ต้องลงโทษผู้กระทำความผิด ก็เพราะเขาเลือกที่จะกระทำความผิดนั่นเอง การลงโทษจึงควรกระทำเพื่อทดแทนความผิดที่เขาได้กระทำไป

ในประมวลกฎหมายอาญาเดิมนั้น ทฤษฎีการลงโทษของกฎหมายอาญาใช้ระบบที่เรียกกันว่า "ระบบแก้แค้นตอบแทน (Retribution)" ซึ่งก็คือการลงโทษตามทฤษฎีทดแทนความผิด โดยมาตรฐานการวัดอัตราส่วนของโทษจากความผิดของผู้กระทำ ทฤษฎีนี้กล่าวกันว่าเป็นทฤษฎีที่เริ่มต้นมาจากความสำนึกของมนุษย์ ที่จะตอบสนองต่อการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นทฤษฎีที่ยังมีความทารุณโหดร้ายและป่าเถื่อนอยู่ แต่การสรุปเช่นนี้โดยไม่ดูถึงประโยชน์และข้อดีของทฤษฎีนี้เลยก็ไม่เป็นการสมควร และความเข้าใจที่ว่าทฤษฎีนี้เป็นเรื่องความเชื่อของบุคคลในสมัยก่อนอย่างเดียวก็นับไม่เป็นการถูกต้องนักเพราะในปัจจุบันนี้ก็ยังมีทฤษฎีดังกล่าวนี้อยู่ในกฎหมายอาญาของหลายประเทศ นอกจากนี้ ในปัจจุบันทฤษฎีแก้แค้นตอบแทนนั้นมีได้หมายความว่าเพียงแต่ "ตาต่อตา ฟันต่อฟัน" เท่านั้น แต่หมายถึงการที่จะกำหนดกฎเกณฑ์เพื่อให้การลงโทษนั้นทำได้แต่พอเหมาะสมเพราะเมื่อบุคคลได้กระทำการอันสมควรตามองค์ประกอบของตัวกฎหมายแล้ว และพอจะกล่าวได้ว่าบุคคลนั้นได้กระทำการที่ผิดกฎหมาย ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า บุคคลผู้นั้นสมควรหรือไม่ที่จะถูกกล่าวโทษ เมื่อเห็นสมควรแล้วจึงจะพิจารณาต่อไปอีกว่า ความสมควรที่จะกล่าวโทษ

<sup>12</sup> สหชน รัตนไพจิตร, ทฤษฎีการลงโทษ: การนิติบัญญัติ วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (2524), หน้า 74-82.

นี้มีความสูงต่ำอย่างไร ผู้ที่นิยมทฤษฎีนี้เห็นว่าทฤษฎีความสมควรที่จะถูกกล่าวโทษนี้เป็นทฤษฎีที่เหมาะสมและมีความเมตตากรุณาที่สุดสำหรับทฤษฎีการลงโทษทั้งหลาย ทั้งนี้เพราะความรู้ของมนุษย์ในทางวิทยาศาสตร์ปัจจุบันทำให้เรามีความเข้าใจว่า คนที่กระทำผิดนั้นมีสมควรที่จะถูกกล่าวโทษเสมอไป ซึ่งถ้าพิจารณาในทางวิทยาศาสตร์แล้ว คนที่กระทำผิดมักจะมีสาเหตุบางประการทำให้เขาปฏิบัติเช่นนั้น ดูจากความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ของมนุษย์ จะเห็นได้ว่าเป็นไปได้ยากที่บุคคลจะมีความสมควรที่จะถูกกล่าวโทษไปทั้งหมด เพราะความตั้งใจกระทำหรือเจตนาของบุคคลผู้กระทำย่อมจะเกิดจากสาเหตุอื่น ๆ หลายประการด้วยกัน<sup>13</sup> ดังนั้น การที่เรากล่าวว่าเป็นเรื่องที่ยากจะตัดสินว่าเป็นเหตุลดโทษ หรือจะกล่าวได้ว่าเป็นการที่ทำให้ความสมควรถูกกล่าวโทษของบุคคลนั้นลดลงนั่นเอง นอกจากนี้แล้วทฤษฎีนี้ยังมีส่วนที่ทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกสำนึกว่า สิ่งที่ได้รับเป็นโทษที่ควรจะได้รับจากการกระทำผิด ย่อมจะมีความรู้สึกผิดและยินดีที่จะรับโทษทัณฑ์ตามคามผิดที่ได้กระทำลง เช่นเดียวกับคนที่บุคคลอื่นเห็นว่าบุคคลนั้นสมควรถูกลงโทษให้ได้สัดส่วนกับความผิดที่ได้กระทำลง

สรุปแล้วทฤษฎีทดแทนความผิด ย่อมมีผลทั้งในด้านความกรุณาปราณี และที่เรียกได้ว่าเป็นการแก้แค้นตอบแทนอันทำให้สังคมส่วนใหญ่พอใจ ตลอดจนตัวผู้กระทำความผิดก็ยินดีที่จะรับโทษตามสัดส่วนของความผิดที่ตนได้กระทำลง นอกจากนี้ยังมีผลในทางป้องกันสังคมอีกด้วย เพราะว่าการใช้วิธีการลงโทษแบบนี้ย่อมมีผลทั้งในทางทำให้ผู้กระทำความผิดรู้สึกตัว และทำให้บุคคลภายนอกเกรงกลัวต่อโทษนั้นด้วย

<sup>13</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบว่าด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 3 ฉบับที่ 1 (มกราคม 2320), หน้า 43-46.

เหตุผลที่ว่าทำไมจึงควรลงโทษเพื่อทดแทนความผิดนั้น เนื่องจากว่า นักทฤษฎีนี้คิดว่าในโลกนี้มีความยุติธรรมอยู่จริง การกระทำความผิดเป็นการละเมิดความยุติธรรม จึงต้องลงโทษเพื่อทดแทนความยุติธรรมที่สูญเสียไปให้กลับคืนมา เช่น

เอ็มมานูเอล เค็นท์ (Immanuel Kant) เห็นว่า "เหตุที่ต้องลงโทษผู้กระทำความผิดก็เพื่อรักษาความยุติธรรมของโลกเอาไว้ คนที่กระทำผิดกฎหมายไม่ได้เพียงแต่ทำผิดกฎหมายอย่างเดียวแต่ทำผิดกฎศีลธรรมของโลกด้วย มนุษย์เป็นสัตว์ศีลธรรมจึงต้องรับผิดชอบการกระทำของตน"<sup>14</sup>

ฮีกเกิล (Hegel) เห็นว่า "ต้องลงโทษเพื่อทดแทนความผิด เพื่อจะได้นำความถูกต้องกลับคืนมา การกระทำผิดเป็นการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้อง การลงโทษเพื่อทดแทนความผิดจึงเป็นปฏิกิริยาของสังคมที่ไม่ยอมรับการปฏิเสธสิ่งที่ถูกต้อง เหตุที่ต้องลงโทษเพื่อทดแทนความผิด เพราะว่ามันุษย์ต้องมีความรับผิดชอบทางศีลธรรมต่อการกระทำของเขา"<sup>15</sup>

แนวความคิดที่ว่าต้องลงโทษเพื่อทดแทนความผิดนี้ ก่อให้เกิดผล 2 ประการคือ

(1.1) การลงโทษต้องใช้กับผู้กระทำความผิดโดยไม่มีข้อยกเว้น

เมื่อคนกระทำความผิดเป็นการฝ่าฝืนความยุติธรรมแล้ว ดังนั้น จึงต้องลงโทษผู้กระทำความผิดทุกคนโดยไม่มีข้อยกเว้น เพื่อชดเชยความยุติธรรมที่เสียไปไม่ว่าลงโทษแล้วจะเกิดผลดีหรือไม่ก็ตาม

<sup>14</sup> Immanuel Kant, "Justice and Punishment", in Philosophical Perspective on Punishment, ed. Gertwe Ezorsky. p. 105-106.

<sup>15</sup> D.J.B Hawkin, "Punishment and Moral Responsibility", in Theory of Punishment. ed. Stanley E Grupp p. 16-18.

แนวความคิดที่ว่าต้องลงโทษเพื่อทดแทนความผิดนี้ ก่อให้เกิดผล 2

ประการคือ

เค็นท์ได้ยกตัวอย่างว่า "ในกรณีคนที่อาศัยอยู่บนเกาะได้ตัดสินใจที่จะแยกย้ายกันออกจากเกาะกระจายไปทั่วโลก ฆาตกรคนสุดท้ายที่อยู่ในคุกที่จะต้องถูกประหารชีวิตก็ควรถูกประหารเสียก่อน นี่เป็นสิ่งที่ควรทำเพื่อที่ว่าทุกคนจะได้ตระหนักถึงค่าของการกระทำของเขาและความผิดของการฆ่าคนจะได้ไม่ตกอยู่กับคนส่วนใหญ่ เพราะไม่เช่นนั้นอาจมองได้ว่า คนทั้งหมดในเกาะมีส่วนช่วยในการกระทำความผิดของผู้ที่อยู่ในคุกด้วย ในฐานะฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ของความยุติธรรม" จะเห็นได้ว่าในกรณีนี้การลงโทษฆาตกรนั้นไม่มีประโยชน์อะไรเลย เพราะฆาตกรไม่มีโอกาสที่จะกระทำผิดได้อีก

(1.2) ปริมาณการลงโทษต้องเหมาะสมกับความผิด

เมื่อจุดประสงค์ของการลงโทษอยู่ที่การทดแทนความผิดที่เขาได้กระทำไป ดังนั้นการลงโทษจึงต้องเหมาะสมกับความผิดที่เขาได้กระทำ โดยกระทำความผิดไปเท่าใดควรได้รับโทษเท่านั้น จะลงโทษเกินกว่าความผิดไม่ได้ และจะลงโทษน้อยกว่าความผิดก็ไม่ได้เช่นกัน

หน้าที่ของนักนิติบัญญัติตามทฤษฎีทดแทนความผิด จึงต้องกำหนดอัตราโทษสำหรับความผิดแต่ละฐาน ให้มีทั้งโทษขั้นสูงและขั้นต่ำ เพื่อที่จะให้ศาลใช้ดุลพินิจตัดสินความผิดของผู้กระทำความผิดในแต่ละกรณี ได้อย่างเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำ นอกจากนี้อัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำจะต้องกว้างพอสมควร เพื่อเปิดโอกาสแก่ศาลมากยิ่งขึ้นในการใช้ดุลพินิจ

(2) ทฤษฎีอรรถประโยชน์ (Utilitarian theory) ซึ่งมีรากฐานจากความเชื่อที่ว่าคนเรามีเจตจำนงคือสละที่จะเลือกกระทำสิ่งต่าง ๆ ได้ เช่นเดียวกับทฤษฎีทดแทนความผิดแต่แตกต่างกันที่จุดมุ่งหมายในการลงโทษ กล่าวคือทฤษฎีทดแทนความผิดเห็นว่าต้องลงโทษเพื่อทดแทนความผิดที่ได้กระทำไป และจำนวนโทษต้องเหมาะสมกับความผิดในขณะที่ ทฤษฎีอรรถประโยชน์เห็นว่าจะต้องลงโทษเพื่อความมุ่งหมายในการป้องกันสังคม และจำนวนโทษต้องมากพอที่จะป้องกันสังคมได้ ความคิดนี้เกิดขึ้นมาในประเทศอังกฤษในศตวรรษที่ 19 ผู้นำในด้านความคิดนี้คือ

เจอเรมี เบนธัม (Jeremy Bentham) , จอห์น มิลล์ (John Mill) และ  
 จอห์น สจิวท มิลล์ (John Stuart Mill) โดยมีแนวความคิดของทฤษฎีนี้อยู่  
 5 ประการ คือ

(2.1) มนุษย์ขึ้นอยู่กับอิทธิพลสองประการคือ ความเจ็บปวด (Pain)  
 และความพอใจ (Pleasure) มนุษย์จะหลีกเลี่ยงความเจ็บปวดและแสวงหาสิ่งที่  
 ตนพอใจ

เบนธัม กล่าวว่า "ธรรมชาติได้ทำให้มนุษย์อยู่ภายใต้การควบคุมของนาย  
 เห็นหัวสองคน คือความเจ็บปวดและความพอใจ นายสองคนนี้เท่านั้นที่จะกำหนดว่า  
 เราควรทำอะไร เช่นเดียวกับที่กำหนดว่าเราน่าจะไม่ควรทำอะไร"<sup>16</sup>

(2.2) สิ่งที่ดีที่ถูกต้องของมนุษย์ก็คือสิ่งที่นำความพอใจและนำความสุขมา  
 สู่มนุษย์ ความคิดในข้อนี้ เบนธัมเรียกว่า หลักแห่งประโยชน์ (Principle of  
 Utility)

ตามหลักนี้ถือว่า ถ้าการกระทำก่อให้เกิดความพอใจเป็นความสุข ก็เป็น  
 การกระทำที่ถูกต้อง ถ้าการกระทำก่อให้เกิดความเจ็บปวดหรือความสุขลดน้อยลงไป  
 ก็เป็นการกระทำที่ไม่ถูกต้อง นั่นคือเป็นหลักที่ถือว่า ความดีหรือความเลวของการ  
 กระทำขึ้นอยู่กับว่าผลของการกระทำนั้นก่อให้เกิดความสุขหรือความทุกข์แก่มนุษย์

(2.3) หลักแห่งประโยชน์ในข้อ 2.2 ใช้ได้ทั้งปัจเจกชนและสังคม  
 กล่าวคือถ้าการกระทำกระทบแต่เพียงบุคคลเดียว ก็สามารถวัดความดีความเลวของ  
 การกระทำนั้น โดยพิจารณาว่าเป็นการนำความสุขมาสู่บุคคลนั้นหรือไม่เป็นการส่วนตัว

<sup>16</sup> Jeremy Bentham, the Principle of Utility, in  
A Fragment on Governmeny and An Introduction to the Principle  
 of Morals and Legislation. ed. Wilfrid Harrison p.125



แต่ถ้าผลของการกระทำความผิดนั้นกระทบถึงคนหลายฝ่ายหรือสังคมแล้ว ความดีที่สุดคือการกระทำที่ก่อให้เกิดความสุขมากที่สุดแก่คนจำนวนมากที่สุด (the greatest happiness of greatest number)

(2.4) ในการบัญญัติกฎหมายให้พิจารณาว่ากฎหมายนั้นทำให้ความสุขของสังคมเพิ่มขึ้นหรือไม่ ถ้าเพิ่มขึ้นก็ควรออกกฎหมายนั้น กฎหมายที่มีพื้นฐานบนหลักประโยชน์ จะทำหน้าที่ห้ามการกระทำของปัจเจกชนที่มีผลประโยชน์หรือความสุขซึ่งไม่สอดคล้องกับผลประโยชน์ของสังคม วิธีการก็คือทำให้ปัจเจกชนรู้สึกว่ ถ้าทำการขัดกฎหมายก็จะถูกลงโทษ ซึ่งนำความเจ็บปวดมาสู่ตนเอง เช่นนี้แล้ว ปัจเจกชนก็จะปฏิบัติเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัวที่ไม่ขัดกับผลประโยชน์ของสังคม ผลประโยชน์ทั้งหมดและความสุขของสังคมก็จะเกิดขึ้น

(2.5) ความชอบธรรมในการลงโทษ อยู่ที่ผลดีที่การลงโทษก่อให้เกิดขึ้น การลงโทษจึงควรมีจุดมุ่งหมาย เพื่อป้องกันสังคมให้พ้นจากผลร้ายของอาชญากรรม ซึ่งการป้องกันสังคมนั้นอาจแบ่งได้เป็น 2 อย่าง คือ

การป้องกันเฉพาะ (Particular deterrence) เป็นการป้องกันตัวผู้กระทำความผิดไม่ให้กลับมากระทำความผิดซ้ำอีก ทำให้ผู้กระทำความผิดหมดโอกาสที่จะกลับมากระทำความผิด เช่นการลงโทษจำคุก ในระหว่างนั้นจะไม่มีโอกาสกลับมากระทำความผิดอีก

การป้องกันทั่วไป (General deterrence) เป็นการป้องกันไม่ให้บุคคลทั่วไปกระทำความผิด การป้องกันทั่วไปนี้เป็นความมุ่งหมายสำคัญของทฤษฎีอัตราประโยชน์ ที่เป็นเช่นนี้เพราะ

ก. เป็นการขู่ให้กลัวการลงโทษ ตามหลักของทฤษฎีอัตราประโยชน์แล้วคนเราสามารถชั่งผลได้ผลเสียระหว่างความสุขกับความทุกข์ได้ ถ้าเกิดว่ากฎหมายที่ออกมาสร้างความทุกข์มากแล้ว เขาก็จะไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมายนั้น เป็นการขู่ให้เขากลัวโทษหรือความทุกข์และไม่กล้ากระทำความผิด ในสมัยก่อนการขู่ให้กลัวการลงโทษจะเน้นที่ตัวการลงโทษ โดยการลงโทษให้ประจักษ์แก่สายตาประชาชน เช่นเชี่ยนตีในที่ชุมนุมชน แต่ต่อมาได้เปลี่ยนไปเป็นการขู่โดยการประกาศให้ทราบโทษล่วงหน้า ซึ่งตามแบบอย่างในสมัยปัจจุบันแล้ว น่าเชื่อว่าการป้องปราม

อาจมีผลได้ ถ้านำมาใช้โดยคำนึงถึงความกลัวของผู้ที่จะกระทำความผิดต่อกรที่จะถูกจับได้เพื่อนำไปลงโทษ แทนที่จะใช้ความกลัวต่อตัวโทษนั่นเองเป็นหลักสำคัญ ดังนั้นพอที่จะเห็นได้ว่า องค์มติของกฎหมายอาญาในปัจจุบันนี้ เปลี่ยนแปลงไปจากสมัยดั้งเดิมในสาระสำคัญพอสมควร โดยถูกขยายดัดแปลงให้เหมาะสมกับสภาวะการณ์และความเจริญก้าวหน้าของมนุษย์ในปัจจุบัน

ข. เป็นการสร้างนิสัยให้แก่ประชาชน เมื่อประชาชนไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมายเพราะกลัวโทษตามข้อ ก. แล้ว นาน ๆ เข้าก็จะกลายเป็นความเคยชินไม่ฝ่าฝืนอีกเป็นนิสัย<sup>1</sup>

ปริมาณโทษของทฤษฎีอัตราประโยชน์ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าจะกระทำความผิดมากน้อยเท่าใด แต่อยู่ที่ว่าปริมาณโทษจะต้องเพียงพอที่จะทำให้สามารถบรรลุผลในการป้องกันได้ โดยวิธีคำนวณว่า ความผิดฐานนี้ถ้าได้กระทำความผิดไป เขาควรจะได้รับความสุขเท่าไร และถ้าเรากำหนดโทษขึ้นจำนวนเท่าไรจึงพอจะเป็นความทุกข์มายับยั้งความสุขนั้นได้ ดังนั้นปริมาณโทษตามความคิดของทฤษฎีนี้ จึงอยู่ที่ว่าเพียงพอที่จะป้องกันสังคมได้ และต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นในการบรรลุผลเพื่อป้องกันด้วย ไม่ใช่กำหนดโทษสูงมากขึ้นเท่าไรก็ได้ตามความพอใจ ซึ่งอาจสรุปหลักเกณฑ์การกำหนดปริมาณโทษตามทฤษฎีนี้ ได้ว่า

- ปริมาณโทษต้องมากพอที่จะให้บรรลุผลในการป้องกันการกระทำผิด
  - ปริมาณโทษต้องไม่มากเกินไปกว่าที่จำเป็นในการบรรลุผลในการป้องกัน
- (3) ทฤษฎีการแก้ไขผู้กระทำผิด (Rehabilitation)<sup>17</sup> ทฤษฎีนี้มิใช่

<sup>17</sup> อภิรัตน์ เพ็ชรศิริ, ร่างประมวลกฎหมายอาญาเปรียบเทียบกับด้วยโทษและทฤษฎีการลงโทษ, หน้า 47-48.

เรื่องใหม่แต่อย่างใด เป็นทฤษฎีที่เคยใช้อยู่ในศาสนาคริสต์นิกายออร์ทอดอกซ์ เช่น การไถ่บาป การสารภาพบาปเพื่อให้ผู้กระทำผิดมีโอกาสเริ่มต้นชีวิตใหม่ แต่สมัยปัจจุบันนี้ ได้มีการทำให้ทฤษฎีนี้มีความเป็นวิทยาศาสตร์มากขึ้น และเป็นทฤษฎีที่มีความจำเป็นทฤษฎีหนึ่ง

ผู้ให้คำจำกัดความในเรื่องการแก้ไขผู้กระทำผิดเป็นคนแรกคือศาสตราจารย์ เอเลน<sup>18</sup> ซึ่งสรุปได้ว่าทฤษฎีการแก้ไขผู้กระทำผิดนี้ เป็นการรวมเอาแนวความคิดหลายแนวความคิดไว้ด้วยกัน แต่มีสิ่งที่เห็นพ้องกันว่า พฤติกรรมของมนุษย์นั้นเป็นผลของเหตุที่สืบเนื่องมาจากอดีต เหตุเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของสภาพทางธรรมชาติของมนุษย์ ด้วยประการนี้จึงเป็นหน้าที่ของนักสังคมศาสตร์ที่จะต้องค้นคว้าหาคำอธิบายว่า เหตุผลเหล่านี้มีความเป็นมาอย่างไร ความรู้ที่ได้รับจากการศึกษาพฤติกรรมอันสืบเนื่องมาจากอดีต จะทำให้สามารถใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ทำนายพฤติกรรมของมนุษย์ได้ ลักษณะที่เด่นชัดของทฤษฎีนี้ก็คือ วิธีการทั้งหลายที่ใช้ปฏิบัติต่อผู้ต้องโทษนี้ จะต้องมึสภาพเป็นตัวบำบัดการกระทำผิด วิธีการเหล่านี้จะกำหนดให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมของผู้ต้องโทษเพื่อความ สุข ความพึงพอใจ และเพื่อป้องกันสังคมจากอาชญากรรมอันจะบังมีขึ้น

ในการนิติบัญญัติเราจะต้องนำทั้งสองทฤษฎี เข้ามาใช้ด้วยกัน คือการกำหนดอัตราโทษขั้นสูงควรจะสูงพอที่จะป้องกันสังคมโดยการขู่ให้คนกลัวโทษได้ ตามทฤษฎีอรรถประโยชน์ แต่ในขณะเดียวกัน จะมีแต่โทษขั้นสูงอย่างเดียวไม่ได้ การนิติบัญญัติจะต้องให้มีโทษขั้นต่ำด้วย และอัตราโทษขั้นสูงและขั้นต่ำก็ควรกว้างพอที่

<sup>18</sup> Allen, "Criminal Justice Legal Values and Rehabilitative Ideal" 50 J. Crim, L.C. & P.S. (1959) p.226.

จะให้ศาลใช้ดุลพินิจได้ตามทฤษฎีทดแทนความผิด เราจะยึดถือทฤษฎีหนึ่งทฤษฎีใดโดยเฉพาะไม่ได้

นอกจากนี้ปัญหาก็อาจจะเกิดขึ้นได้อีกว่า นักนิติบัญญัติจะกำหนดโทษนั้น แค่ไหนเพียงไรจึงจะเพียงพอที่จะป้องกันสังคมได้ หรือแค่ไหนเพียงไรที่จะพอเหมาะสมกับความผิด นักทฤษฎีทั้งสองฝ่ายไม่ได้กล่าวไว้อย่างแน่ชัดเพราะว่าการกำหนดโทษนั้น ไม่มีมาตรฐานวัดได้อย่างแน่นอน ไม่มีเครื่องมือใดที่จะชี้ชัดลงไปได้ว่า โทษเท่านี้จึงจะป้องกันสังคมได้ และแค่ไหนที่จะพอเหมาะสมกับความผิด อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าเราจะไม่มีการวัด แต่เราก็อาจจะนำสิ่งต่าง ๆ เข้ามาประกอบในการพิจารณาได้ 2 ประการ คือ <sup>19</sup>

(ก) จากการศึกษาของสังคมวิทยากฎหมาย (Sociology of Law) ซึ่งเป็นการศึกษาถึงผลกระทบของกฎหมายที่มีต่อสังคม โดยศึกษากฎหมายในฐานะที่เป็นข้อเท็จจริงในสังคมว่ากฎหมายฉบับนั้นออกมาแล้ว มีผลอย่างไรต่อสังคม เช่น เมื่อมีกฎหมายเกี่ยวกับความผิดทางเพศออกมา นักสังคมวิทยาภาษาก็จะศึกษาว่ามีผลกระทบต่อสังคมอย่างไร กฎหมายฉบับนี้ควรแก้ไขหรือไม่ ควรเพิ่มโทษหรือไม่ และแค่ไหนจึงควรจะป้องกันสังคมได้

2. จากความสัมพันธ์ของความผิดต่าง ๆ อัตราโทษที่กำหนดในความผิดต่าง ๆ นั้น ควรจะมีความสัมพันธ์กับความผิด ความผิดที่รุนแรงมากควรจะมีอัตราโทษสูงกว่าความผิดที่รุนแรงน้อย และอัตราโทษควรจะสัมพันธ์กัน เช่น ความผิดฐานฆ่าคนตายมีความรุนแรงมากกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ ดังนั้นอัตราโทษในความผิด

<sup>19</sup> Johan Andenaes . "General Preventions An Broader View of Deterrence", in Contemporary Punishment, eds. Gerber and Me Auany, p. 109.

ฐานฆ่าคนตามจึงควรสูงกว่าความผิดฐานลักทรัพย์ ถึงแม้ว่าความผิดฐานลักทรัพย์จะมีแนวโน้มสูงขึ้นมาเท่าไรก็ตาม เราจะเพิ่มอัตราโทษในความผิดฐานลักทรัพย์ให้เท่ากับความผิดฐานฆ่าคนตายไม่ได้ ความผิดแต่ละฐานจะมีความสัมพันธ์กัน เป็นอัตราส่วนต่อกัน

### 1.5 รูปแบบของกฎหมายที่มีโทษทางอาญาและกฎหมายลำดับรอง

แนวความคิดและทฤษฎีที่อยู่เบื้องหลังกฎหมายอาญาตามที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว ซึ่งได้ก่อให้เกิดรูปแบบของกฎหมายอาญาในลักษณะหนึ่งซึ่งเป็นที่นิยมโดยทั่วไป แต่ปัจจุบันยังมีกฎหมายอาญาบางฉบับบางเรื่อง ที่มีลักษณะของรูปแบบแตกต่างกันออกไป แต่ยังคงตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดและทฤษฎีอย่างเดียวกัน เพียงแต่แตกต่างกันในวัตถุประสงค์ของการบังคับใช้ โดยอาจแยกบทบัญญัติในทำนองข้อห้ามหรือข้อบังคับไว้ส่วนหนึ่ง แล้วกำหนดให้การฝ่าฝืนบทบัญญัตินั้นเป็นความผิดและมีโทษแยกไว้อีกส่วนหนึ่งก็ได้ ซึ่งส่วนใหญ่จะแยกไว้ส่วนท้ายของกฎหมายเป็นอีกส่วนหนึ่งต่างหาก เรียกว่า "บทกำหนดโทษ" กฎหมายประเภทนี้ส่วนใหญ่จะเป็นกฎหมายในทางปกครอง (administrative law) ซึ่งออกมาเพื่อประโยชน์ในการปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน หรือการวางแนวทาง ให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐตามที่ได้ตั้งไว้มากกว่าจะเป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีในสังคม

แต่ไม่ว่ากรณีจะเป็นประการใดก็ตาม กฎหมายทั้งหลายที่มีโทษทางอาญาปรากฏอยู่ เช่นนี้เรียกได้ว่าเป็นกฎหมายอาญา ในกรณีที่เป็นพระราชบัญญัติอาจเรียกให้ชัดว่า พระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา

ในทางปฏิบัติเวลาร่างกฎหมาย การกระทำใดที่ควรกำหนดเป็นความผิด และมีการฝ่าฝืนบ่อยครั้งจนกระทบกระเทือนต่อสวัสดิภาพและความเป็นอยู่ของประชาชน ตลอดจนกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รัฐมักรวมเอาความผิดเหล่านี้มาไว้ในที่เดียวกัน แล้วบัญญัติเป็นประมวลกฎหมายอาญา (criminal code) ขึ้นเป็นเอกเทศ ซึ่งจะเป็นคู่มือรักษาความสงบเรียบร้อยในชีวิตประจำวันในสังคมได้ดีที่สุด อาชญากรรมโดยทั่วไปที่เรารู้จัก ก็คือการฝ่าฝืนกฎหมายประเภทนี้เอง ด้วยเหตุนี้เมื่อคนส่วนใหญ่พูดถึงกฎหมายอาญา ก็มักนึกถึงแต่

ประมวลกฎหมายอาญา แต่ความจริงกฎหมายอาญามีความหมายมากกว่าประมวลกฎหมายอาญามากนัก เพราะยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่มีโทษทางอาญาอีกมากมายหลายฉบับซึ่งไม่ใช่ประมวลกฎหมายอาญา เพราะไม่ได้มีสถานะลักษณะและรูปแบบเป็นประมวลกฎหมายอย่างที่เข้าใจกัน หากแต่ด้วยที่มีโทษทางอาญากำกับอยู่ด้วยมากบ้างน้อยบ้าง แม้ในวัตถุประสงค์หนึ่งจะเป็นกฎหมายในทางปกครองหรือในเหตุผลและที่มาจะเป็นกฎหมายเศรษฐกิจ กฎหมายการศึกษา กฎหมายสังคม กฎหมายศาสนา กฎหมายธุรกิจ การคลัง ฯลฯ แต่ด้วยเหตุที่มีโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืน ซึ่งบางครั้งอาจวางระวางโทษถึงประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต กฎหมายเหล่านี้ย่อมมีสภาพเป็นกฎหมายอาญาด้วย เมื่อกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือประมวลกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายอาญาแต่กฎหมายอาญาอาจไม่ใช่ประมวลกฎหมายอาญาก็ได้ เมื่อกล่าวถึงกฎหมายอาญาจึงควรเข้าใจให้กว้างออกไปเช่นนี้<sup>20</sup>

กฎหมายที่มีโทษทางอาญาในลักษณะดังกล่าวข้างต้น มักมีส่วนที่เป็นรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องที่มีเจตนารมณ์ในการบังคับใช้ค่อนข้างมาก ดังนั้นส่วนที่มีความสำคัญของกฎหมายในลักษณะนี้จึงมักจะอยู่ที่การร่างกฎหมายลำดับรอง ซึ่งในปัจจุบันกระทรวงต่าง ๆ ได้รับผิดชอบกฎหมายที่มีศักดิ์เป็นพระราชบัญญัติฉบับสืบฉบับด้วยกัน พระราชบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงนั้น ๆ ออกกฎหมายลำดับรองเพื่อที่จะกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับเรื่องนั้น ๆ เพิ่มเติม หรือกำหนดวันที่ใช้บังคับ หรือสถานที่ใช้บังคับกฎหมายแม่บทได้ โดยที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ เหล่านั้นจะเพียงกำหนดแนวทางในการออกกฎหมายลำดับรองเท่านั้น

<sup>20</sup> อมราวดี อังคสุวรรณ, กฎหมายอาญาและอำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม, หน้า 109-110.

การร่างกฎหมายลำดับรอง<sup>21</sup> มีข้อจำกัดที่ผู้ร่างควรระมัดระวังอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ

1. ความสมบูรณ์และบังคับใช้ของกฎหมายลำดับรอง (The Validity of Subordinate Legislation) โดยกฎหมายลำดับรองอาจถูกคัดค้านว่าไม่สมบูรณ์ ไม่มีผลบังคับใช้ โดยเหตุที่ไม่ได้ออกโดยกระบวนการตามที่กฎหมายแม่บทได้กำหนดไว้ (Procedural Ultra Vires) หรือเนื้อหาของกฎหมายลำดับรองนั้น ได้กำหนดสิ่งที่ยอยู่นอกขอบเขตของกฎหมายแม่บท (Substantive Ultra Vires) ดังนั้น ผู้ร่างควรจะต้องระมัดระวังเพื่อป้องกันมิให้กฎหมายลำดับรองนั้น ๆ ขบพร่องจนไม่สามารถบังคับได้

2. การตีความกฎหมายลำดับรอง (The Construction of Subordinate Legislation) ในการตีความกฎหมายลำดับรองต้องตีความภายในเจตนารมณ์และขอบเขตของบทบัญญัติกฎหมายแม่บทว่ากฎหมายแม่บทให้อำนาจออกกฎหมายลำดับรองภายในเจตนารมณ์หนึ่งเจตนารมณ์ใด ดังเช่นเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หากกฎหมายลำดับรองได้ออกโดยมีวัตถุประสงค์อื่น กฎหมายลำดับรองนั้นถือว่าออกนอกขอบเขตที่กฎหมายแม่บทให้อำนาจไว้ แต่ถ้ากรณีกฎหมายลำดับรองไม่ได้ระบุว่าออกภายใต้วัตถุประสงค์ใด กฎหมายลำดับรองจะถูกต้องความว่ามีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกันกับที่กฎหมายแม่บทได้ระบุไว้ โดยทั่วไปหลักที่ใช้ในการตีความกฎหมายลำดับรองใช้หลักเดียวกับที่ใช้ในการตีความพระราชบัญญัตินั่นเอง ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น ผู้ร่างกฎหมายลำดับรองจึงต้องศึกษากฎหมายแม่บททั้งฉบับ ทั้งนี้เพื่อให้ภาษาและ

<sup>21</sup> วัฒนาวัด แจ่มแจ้ง. การร่างกฎหมายลำดับรอง. วารสารอัยการ ปีที่ 9 ฉบับที่ 97 (มกราคม 2529), หน้า 29-39.

เนื้อหาของกฎหมายลำดับรองสอดคล้องกับกฎหมายแม่บท เว้นแต่เป็นอย่างอื่น แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าถ้อยคำที่ใช้ในกฎหมายลำดับรองไม่ควรให้ความหมายแตกต่างไปจากกฎหมายแม่บท เนื่องจากการใช้ถ้อยคำเดียวกันแต่มีความหมายแตกต่างกันจะก่อให้เกิดความคลุมเครือไม่ชัดเจนได้

1.6 แนวทางของกฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับศิลปวัตถุและโบราณวัตถุ เมื่อได้กล่าวถึงแนวทางและวัตถุประสงค์ รวมทั้งขอบเขตและรูปแบบของกฎหมายโดยทั่วไปแล้ว ควรจะได้กล่าวถึงแนวความคิดของต่างประเทศอันเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับศิลปวัตถุและโบราณวัตถุ เนื่องจากแนวความคิดดังกล่าว ถือได้ว่ามีส่วนใกล้เคียงและอาจเทียบเคียงได้กับแนวความคิดและวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลวัตถุทางศิลปในพุทธศาสนาได้

ในต่างประเทศส่วนใหญ่ได้แบ่งแยกตลาดการค้าศิลปวัตถุและโบราณวัตถุออกเป็นสองส่วนคือ ตลาดศิลปะ (art market) และตลาดค้าของเก่า (antique market) โดยที่ตลาดศิลปะจะมีการค้าขายอย่างคล่องสะพัดมากกว่า ในขณะที่ตลาดค้าของเก่านั้นผู้สะสมมักจะสะสมของเก่าที่สมบูรณ์มากกว่าส่วนใดส่วนหนึ่งของวัตถุจึงแยกผู้สะสมออกเป็นสองส่วนเช่นกัน

นอกจากนี้ยังมีนักสะสมอีกประเภท ที่สะสมทั้งศิลปวัตถุและโบราณวัตถุ นักสะสมประเภทนี้จะสะสมของที่เป็นทั้งศิลปวัตถุและโบราณวัตถุในชั้นเดียวกัน ราคาของวัตถุประเภทนี้จึงมักจะสูงเป็นพิเศษเพราะวัตถุชิ้นเดียวกันมีคุณค่าทั้งทางด้านศิลปะและโบราณคดี ผู้ที่จะเป็นนักสะสมประเภทหลังได้นั้นมีน้อยกว่าน้อย เพราะต้องมีความรู้ดีเข้าใจทั้งศิลปะและโบราณคดีที่สำคัญที่สุดคือต้องมีฐานะดีด้วย นักสะสมที่มีชื่อเสียงโด่งดังเหล่านี้ยกตัวอย่างเช่น Courtland. Getty, Rockefeller, Widener, Mellon เป็นต้น ทรัพย์สินทางวัฒนธรรม (cultural Property) เป็นการรวมเอาทรัพย์สินที่ใช้ศึกษาชาติพันธุ์วิทยา (ethnological object) และทรัพย์สินที่เป็นหลักฐานทางประวัติศาสตร์ (historical object) มาร่วมพิจารณาการกำหนดค่านิยม (value) ของทรัพย์สินทางวัฒนธรรมด้วย เหตุที่ทรัพย์สินเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสั่งสมทางวัฒนธรรมเช่นเดียวกับศิลปวัตถุ (art object)



และโบราณวัตถุ (archaeological object) เพื่อทราบถึงการกำหนดค่านิยม นำมาพิจารณาร่วมกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ นอกจากนี้ การชี้เฉพาะกำหนดค่านิยม ยังมีประโยชน์ในการวัดประเมินผลว่า กฎหมายที่มีอยู่นั้นสอดคล้องหรือขัดแย้งกับ ค่านิยมหลักและวัตถุประสงค์ของหลักกฎหมาย ว่าด้วยการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุ หรือไม่

โลกทรรศน์ของนักวิชาการในแต่ละสาขาย่อมแตกต่างกันออกไป ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ การสั่งสอนและกระบวนการเรียนรู้ที่มีลักษณะเฉพาะของแต่ละสาขาวิชา การมองโลกและการมองประเด็นที่เกี่ยวกับสมบัติทางวัฒนธรรมของแต่ละสาขาวิชาจึงไม่เหมือนกัน หรือแม้ในบางกรณีเหมือนกัน ก็ให้ลำดับความสำคัญไว้แตกต่างกัน (prioritization) นักโบราณคดี มักจะเน้นศึกษาที่โบราณวัตถุ ในฐานะเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการค้นคว้าหาความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในอดีต โบราณวัตถุและ ศิลปวัตถุจึงไม่แตกต่างกันเท่าใดนักในสายตาของนักโบราณคดี โบราณวัตถุแม้ว่าจะมี คุณค่าทางศิลปะต่ำ แต่ก็มีความหมายต่อนักโบราณคดีมาก กฎหมายที่นักโบราณคดี ต้องการจึงจะใช้ประยุกต์โดยไม่เลือกคุณค่าทางความงามของสิ่งต่าง ๆ นักโบราณคดีมักจะต้องการให้หลักฐานต่าง ๆ ที่ยังมีได้ขุดค้นคงอยู่อย่างนั้น ณ ที่เดิม สภาพเดิม ไม่ยอมให้มีการเคลื่อนย้ายอย่างใดจนกว่าจะได้มีการศึกษาอย่างจริงจัง และทำ หลักฐานรายละเอียดเพื่อให้ทราบถึงความสัมพันธ์ของวัตถุสิ่งนั้น ๆ กับสภาพแวดล้อม ทางโบราณคดีร่วมสมัย นักโบราณคดีมักจะคัดค้านการขุดค้นโบราณวัตถุเพื่อประโยชน์ ทางด้านอื่น เช่นการขุดค้นซากปรักหักพังของกำแพงเมืองเพื่อจะตัดถนนผ่าน หรือ การขุดค้นซากเมืองเก่าเพื่อรวบรวมของเก่าไว้ในพิพิธภัณฑ์จะได้สร้างเมืองใหม่เข้ามาแทนที่ ดังที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน เป็นต้น

นักชาติพันธุ์วิทยา (ethnologist) ก็มองปัญหาแตกต่างออกไป การศึกษาค้นคว้าขุดค้นวัตถุ เป็นสิ่งสำคัญมากทุกขั้นตอน มิใช่แค่เพียงตัววัตถุเท่านั้นที่มีความสำคัญ ลักษณะการวางอยู่ การจัดตั้ง สิ่งแวดล้อม สามารถเป็นข้อสันนิษฐานทางวิชาการได้เป็นอย่างดี ในขณะที่เดียวกันผู้รักศิลปะมักจะละเอียดรายละเอียดต่าง ๆ เหล่านี้ไป คงมุ่งเน้นที่ความสวยงาม (aesthetic quality) ของวัตถุมากกว่า ประวัติศาสตร์หรือความสัมพันธ์ของวัตถุและสิ่งแวดล้อมอื่น จนเป็นเหตุให้มีการขุดค้น

ทำลายโบราณวัตถุโบราณสถานมากมายหลายแห่งทั่วโลก<sup>22</sup> ผู้รักในศิลปะเหล่านี้ มักจะให้ความสำคัญกับคุณค่าของศิลปะบางอย่างที่เรียกว่า art for art's sake ผู้รักศิลปะย่อมเล็งเห็นคุณค่าของศิลปะในฐานะที่ยกสภาพชีวิตให้ดีขึ้น สร้างสรรค์ความงามให้ประดับสังคม ศิลปะจึงเปรียบเสมือนสมบัติมีค่าของมนุษยชาติ ที่ต้องพิทักษ์รักษาเอาไว้มิให้สูญหายทำลายไม่ว่าด้วยเหตุใดก็ตาม คุณค่าของโบราณวัตถุแต่ละชิ้น ในสายตาของผู้รักศิลปะจึงต่างกับนักโบราณคดีที่เห็นทุกชิ้นมีความสัมพันธ์กัน และมีค่าเท่า ๆ กัน ดังนั้น การสงวนรักษาในสายตาของนักสะสมศิลปะจึงมุ่งเน้นที่ศิลปวัตถุก่อน

การที่กล่าวมากว้าง ๆ เช่นนี้ดูไม่น่าจะมีปัญหาที่เกิดขึ้นจากโลกทัศน์ที่แตกต่างกันเท่าใดนัก แต่แท้ที่จริงแล้วมีปัญหามาก เพราะทุกคนมักจะสรุปเอาจากสมมุติฐานเบื้องต้นว่า ค่าใช้จ่ายในการบังคับ (enforcement cost) เป็นศูนย์ หรือมีค่านั้นก็สรุปจากสมมุติฐานที่ว่าสังคมมีทรัพยากรอย่างไม่จำกัด (unlimited resource) แต่ในประเทคโลกที่สามเช่นประเทศไทยจะมีปัญหา เพราะประเทศด้อยพัฒนามักมีทรัพยากรจำกัด และค่าใช้จ่ายในการบังคับมักจะสูงมาก ดังนั้น การตัดสินใจ จึงมักจะต้องใช้โลกทัศน์ใดเพียงอันเดียวเป็นหลักในการจัดสรรทรัพยากร (allocations of resource) ด้วยเหตุนี้ เราจึงมักจะใช้วิธีการจัดเข้าลำดับ (prioritization) เสียก่อน กฎหมายที่เน้นการคุ้มครองโบราณวัตถุโบราณสถาน

ศูนย์วิทยทรัพยากร

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>22</sup> Phalon, You Want it, I'll Get It for You, FORBES, April 16, 1979 ; Schumacher, Peru's Rich Antiquities Crumbling in Museums, NY TIMES Aug. 15, 1983, C at 14 col. 1; B. Burnham, Art Theft : Its Scope, Its Impact and Its Control, 1978.

มักจะไม่ค่อยประสบผลสำเร็จเท่ากับกฎหมายที่ส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม เพราะการกระจายภาระ (berden sharing) แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายที่สนับสนุนการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุ มักจะกำหนดให้ภาคสาธารณะเป็นผู้รับภาระในการบังคับใช้และการบริหารงานยุติธรรม ในขณะที่กฎหมายส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมมักจะผลักภาระด้านการบังคับและการบริหารงานยุติธรรม ไปลงแก่ภาคเอกชนและตลาด นอกจากนี้ความไม่มีประสิทธิภาพของกฎหมายระบบใดระบบหนึ่ง ก็ทำให้มีผลแตกต่างกันไป

กฎหมายประเภทแรกนั้น เน้นที่การรักษาสถานภาพเก่าที่เป็นอยู่ก่อน (status quo ante) หากเกิดความไม่มีประสิทธิภาพในระบบ หมายถึงความเปลี่ยนแปลงในทางลบ มีผลร้ายต่อระบบการสงวนรักษาโบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ แต่ในกฎหมายประเภทหลังนั้น แม้จะเกิดความไม่มีประสิทธิภาพขึ้นบ้างก็เกิดขึ้นตามสภาวะของตลาดซึ่งสามารถปรับตัวให้คืนสู่สภาวะสมดุลได้เร็ว นอกจากนี้การที่ให้ภาคเอกชนหรือตลาดเป็นผู้รับภาระด้านการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ก็ยังมีผลให้เกิดการร่วมรับภาระกับรัฐขึ้นด้วย การที่ระบบส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมไม่มีประสิทธิภาพจึงไม่เกิดผลทางลบกับสังคมมากนัก กฎหมายในโลกทรรศน์เช่นนี้จึงไม่เน้นที่การรักษาสถานภาพเก่า แต่เน้นที่พลวัตของกระบวนการสังคมทางวัฒนธรรม

ค่านิยมในการสงวนรักษาศิลปะวัตถุ ให้นำจากการถูกทำลายหรือเสียหาย เป็นค่านิยมหลักของผู้รักศิลปะทั้งหลาย การที่รัฐอนุญาตให้มีการค้าขายของเก่าและศิลปวัตถุต้องคำนึงถึงค่านิยมนี้เป็นสำคัญ กฎหมายที่มีผลเป็นการส่งเสริมให้เกิดการทำลายหรือทำให้เสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่นการตัดแบ่ง (mutilation) ย่อมไม่พึงประสงค์ ปัญหาของหลักกฎหมายตามค่านิยมเช่นนี้คือ มักจะมุ่งรักษาไว้เฉพาะศิลปวัตถุที่หายากหรือทรงคุณค่าเป็นพิเศษ โดยคำนึงถึงคุณค่าทางศิลปะของวัตถุชิ้นนั้นเป็นสำคัญมากกว่าค่านิยมอื่น ผู้ที่รักศิลปะมักจะยึดค่านิยมนี้เป็นใหญ่ ผลสำคัญที่ตามมาคือ นักสะสมศิลปวัตถุจึงมักจะคัดค้านความคิดที่ว่าศิลปวัตถุชิ้นใดชิ้นหนึ่งต้องอยู่ภายในประเทศใดประเทศหนึ่งเคลื่อนย้ายไม่ได้ ตรงกันข้าม ค่านิยมที่ถือว่าการสงวนรักษาศิลปะวัตถุเป็นค่านิยมหลัก กลับส่งเสริมแนวความคิดที่ปล่อยให้มีการค้าขายเสรีในศิลปวัตถุ แนวคิดเช่นนี้ผลักดันให้เกิด "ตลาดเสรีระหว่างประเทศของศิลปวัตถุ" (international art market) กฎหมายที่ยึดตามค่านิยม

เหล่านี้คือ กฎหมายเกี่ยวกับการประมูลขายทอดตลาด (auctions) ซึ่งกฎหมายนี้ ในต่างประเทศนั้นสลับซับซ้อนมาก และมีหลักกฎหมายแตกต่างออกไปจากของ ประเทศไทย ที่สำคัญที่สุดคือ กฎหมายว่าด้วยการประมูลขายทอดตลาดของ ต่างประเทศพัฒนาขึ้นมาจากจารีตประเพณีและการปฏิบัติติดต่อกัน ด้วยเหตุนี้จึงมีการ ขายทอดตลาดหลายประเภทเพื่อรองรับการซื้อขายต่าง ๆ เช่น English auction, first-price sealed bid auction, second price sealed bid auction, Dutch auction เป็นต้น <sup>23</sup>

กฎหมายที่เน้นค่านิยมแบบนี้โดยนัยกลับ นอกจากจะส่งเสริมการค้าเสรีใน ตลาดศิลปะแล้วยังมีผลให้เกิดการทำลาย ทำให้เสียหาย ซึ่งศิลปวัตถุไพ่นทะเล นักกฎหมายและนักคิดหลายท่านที่ยึดติดกับค่านิยมเช่นนี้ จึงให้ความสำคัญกับการ สงวนรักษาศิลปวัตถุเป็นพิเศษ หากประเทศเจ้าของคนใดไม่เห็นคุณค่าของศิลปวัตถุ ก็ควรจะต้องปล่อยให้หลุดมือไปยังคนที่เห็นคุณค่ามากกว่า เพื่อจะได้มีการเก็บรักษา เอาไว้ ยิ่งเห็นคุณค่ามากเท่าใดก็ยิ่งต้องหวงกันเอาไว้เป็นเจ้าของ และดูแลบำรุง รักษาไว้โดยเต็มกำลัง นักกฎหมายและนักคิดฝ่ายนี้จึงเถียงว่า การปล่อยให้มิตลาด การค้าศิลปะอย่างเสรี (free market of international trading art) เป็นของดี เพราะตลาดจะช่วยแบ่งภาระการสงวนรักษาศิลปวัตถุ โดยให้ตกแก่ผู้ ที่เห็นคุณค่ามากที่สุด ศิลปวัตถุจึงควรที่จะโยกย้ายถ่ายเทข้ามพรมแดนไปในที่ต่าง ๆ ได้ นอกจากนี้ยังมีข้อเถียงอีกว่าตลาดการค้าศิลปะได้ช่วยรักษาศิลปวัตถุไว้แล้วหลายชิ้น

ศูนย์วิทยทรัพยากร  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>23</sup> Myerson, The Basic Theory of Optimal Auctions, in Auctions, Bidding, and Contracting : Uses and Theory, Engelbrecht-Wiggans, Schubik & Stark, eds., 1983 ; Ricley & Samuelson, Optimal Auctions and Competitive Bidding, 50 ECONOMETRICA 1089 (1982).

รักษาศิลปวัตถุไว้แล้วหลายชิ้น เช่น เอลกิล มาเบิล ( Elgin Marbles ) หากไม่ได้อยู่ที่ประเทศอังกฤษ ปัจจุบันคงถูกทำลายทิ้งในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง หรือไม่ก็ถูกฝนกรด ( acid rain ) ทำลายหมด<sup>24</sup>

มาถึงจุดนี้คงเห็นได้ชัดเจนว่า การค้าศิลปวัตถุกับการสงวนรักษาศิลปวัตถุ นั้น มีความสัมพันธ์ต่อกันมากเพียงใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อให้การค้านั้นเป็นไปโดยเสรี ปัญหาที่ยังถกเถียงกันไม่สิ้นก็คือ กรณีของศิลปวัตถุที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ หรือส่วนควบ เช่น อนุสาวรีย์ รูปปั้นขนาดใหญ่ ปราสาทหิน บางครั้งการโยกย้ายก็อาจเป็นผลดี เช่น จะต้องมีการสร้างเขื่อนอัสวาลในประเทศอียิปต์ เป็นต้น มักจะปรากฏเสมอ ๆ ในประเทศโลกที่สามว่า โบราณวัตถุได้สูญหายไปจากที่ที่ควรอยู่ ทั้ง ๆ ที่มีขนาดใหญ่มาก ไม่น่าจะเคลื่อนย้ายได้ การเคลื่อนย้ายนั้น บางครั้งก็ต้องลักลอบนำออกไปเป็นชิ้นเล็ก ๆ โดยการตัดแบ่งโบราณวัตถุเหล่านั้น เพื่อนำไปประกอบใหม่ กล่าวโดยสรุป การค้าศิลปวัตถุ และการสงวนรักษาศิลปวัตถุ จึงมีผลพลอยได้เป็นการส่งเสริมให้มีการนำออก ( export ) ซึ่งศิลปวัตถุ

มนุษย์เราสงวนรักษาศิลปวัตถุไว้ก็เพื่อให้ตนเองและอนุชนรุ่นหลัง ได้มีโอกาสชื่นชมและศึกษาถึงวัฒนธรรมของคนรุ่นอื่น ๆ การเผยแพร่จึงเป็นค่านิยมที่สำคัญในการกำหนดการเคลื่อนย้ายของศิลปวัตถุ โดยนัยนี้ผู้รักศิลปะจึงมักจะอ้างเหตุผลของการเผยแพร่ ( visibility and accessibility ) เป็นสิ่งสนับสนุนตลาดการค้าเสรีในศิลปวัตถุ ศิลปวัตถุที่ถูกทิ้งรกร้างในป่าเขาตามทฤษฎีของการอนุรักษ์โบราณวัตถุของนักโบราณคดีย่อมขัดแย้งกับค่านิยมในการในการศึกษา และ

<sup>24</sup> Sir Harold Nicolson, quoted in T. Vrettos, *A Shadow of Magnitude : The Acquisition of the Elgin Marbles*, 1974.

เผยแพร่วัตถุ นักนิยมศิลปะจึงมักพูดเสมอว่า ศิลปวัตถุมีค่าเพิ่มมากขึ้นเมื่อมีผู้  
 เข้าใจและประทับใจในศิลปะนั้น การปล่อยให้ศิลปวัตถุถูกทิ้งร้างกลางป่าเขาย่อม  
 ไม่ถูกต้อง จึงไม่น่าแปลกใจที่ศิลปวัตถุจากประเทศโลกที่สามไปปรากฏอยู่ในพิพิธภัณฑ์  
 ของประเทศพัฒนาแล้ว โดยที่ไม่สามารถเรียกคืนได้เพราะมีกฎหมายคุ้มครองไว้เช่น  
 ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีกฎหมายกำหนดว่า ศิลปวัตถุ โบราณวัตถุ ที่ตั้งโชว์ ใน  
 พิพิธภัณฑ์สาธารณะ ( public museum ) โดยสงบเปิดเผยเป็นเวลาห้าปี โดย  
 ไม่มีผู้ใดคัดค้านย่อมเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ไปยังพิพิธภัณฑ์นั้น วัตถุประสงค์อีกประการหนึ่ง  
 ของค่านิยมนี้ก็คือการศึกษาเชิง (cross-cultural study) ทำให้มนุษยชาติ  
 เข้าใจกันและกันได้ดียิ่งขึ้น เพราะศิลปวัตถุเปรียบเหมือนตัวแทนของมนุษย์เผ่าพันธุ์  
 ต่าง ๆ การให้มีการค้าขายศิลปวัตถุย่อมเป็นการเผยแพร่ประเทศเจ้าของด้วย  
 หลักกฎหมายที่ตอบสนองต่อค่านิยมนี้จึงมักจะได้รับ การกล่าวอ้างไปพร้อมกับกฎหมายที่  
 ตอบสนองค่านิยมแรก แต่ก็มีนักกฎหมายฝ่ายโลกที่สามโต้แย้งว่า ค่านิยมเช่นนี้  
 ไม่ใช่ค่านิยมที่เป็นเอกเทศจากค่านิยมอื่นเป็นเพียงค่านิยมรอง การให้มีการเผยแพร่  
 จะทำได้ดีที่สุกก็คือ เมื่อทรัพย์สินทางวัฒนธรรมเหล่านั้นอยู่ในมือรัฐ เพราะหากให้  
 เอกชนสามารถหวงกันเป็นเจ้าของได้ ค่านิยมนี้จะกลายเป็นเครื่องมือของผู้เห็น  
 แก่ตัวใช้กฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์หรือความต้องการส่วนตัว การเผยแพร่และ  
 การศึกษา จะประสบผลสูงสุดเมื่อได้มีการขุดค้นศิลปโบราณวัตถุอย่างถูกต้องและทำ  
 อย่างถูกหลักวิชาการ ไม่ควรปล่อยให้ การขุดค้นเป็นไปโดยเสรี<sup>25</sup> กระนั้นก็ตინกสะสม  
 ศิลปวัตถุก็คัดค้านเรื่องการถือครองโดยรัฐ ด้วยเหตุผลที่ว่า การปล่อยให้มีการถือ

<sup>25</sup> Alsop, Art History and Art Collecting , 1978 ;

Pruslin, *infra*, note 88.

ครองโดยเสรีเป็นแรงจูงใจให้มีการบำรุงสงวนรักษาและยังส่งเสริมศิลปะ เอกชนก็มีส่วนและมีความรับผิดชอบในสำนักทางศิลปะเช่นเดียวกับรัฐ นอกจากนี้การถือครองโดยเสรียังสอดคล้องกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย คุณค่าของศิลปะขึ้นอยู่กับสาธารณะชนทั่วไป หากปล่อยให้ตกอยู่ในมือของรัฐก็หมดความหมาย ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลของเรื่องอยู่เองที่ศิลปะควรได้รับการตัดสินของประชาชน

ค่านิยมในการรักษาไว้ซึ่งศิลปโบราณวัตถุ เพื่อหลักฐานทางโบราณคดี (archaeological evidence) มักจะได้รับการพิจารณาไปกับค่านิยมที่เน้นการเก็บรักษาศิลปโบราณวัตถุเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา การที่ปล่อยให้มีการค้าเสรีในศิลปโบราณวัตถุย่อมขัดต่อค่านิยมนี้ ด้วยเหตุที่การค้าเสรีทางศิลปโบราณวัตถุเน้นที่คุณค่าทางความงามของศิลปวัตถุเป็นสำคัญจึงมักจะละเลยข้อมูลหรือหลักฐานอื่น ๆ ที่ประกอบ เป็นเหตุให้ศิลปวัตถุต้องเสียดุลลักษณะในการบ่งชี้ไป หรือทำให้หลักฐานทางโบราณคดีต้องสูญหายทำลายไป ในบางกรณี หลักฐานทางโบราณคดีก็กลายเป็นสิ่งที่ทำให้ศิลปวัตถุต้องด้อยค่าทางศิลปะลงไป การขุดค้นศิลปวัตถุโบราณวัตถุ ในสายตาของนักโบราณคดี จึงเป็นการขุดค้นที่มีวัตถุประสงค์ทางการศึกษาเป็นสำคัญ ในขั้นแรกค่านิยมเช่นนี้ มีผลให้การขุดค้นตามกฎหมายต้องเป็นไปอย่างระมัดระวัง ไม่ทำลายส่วนหนึ่งส่วนใดของวัตถุ และต้องมีการลงบันทึกรายละเอียดของวัตถุแต่ละชิ้น ศิลปวัตถุโบราณวัตถุชิ้นใด ที่ผู้ขุดค้นยังไม่มีความสามารถในการสงวนรักษา หรือยังไม่มีวิทยาการทันสมัยพอที่จะให้ขุดค้นขึ้นมาได้ก็จะให้อยู่ที่เดิมมิให้ขุดค้นขึ้นมา ความคิดเช่นนี้วนทางกับนักนิยมศิลปะที่ต้องการให้มีการขุดค้นขึ้นมาโดยเร็ว อันจะเป็นการเผยแพร่ให้กับสาธารณะด้วย ค่านิยมนี้จึงมักจะขัดกับค่านิยมที่จะให้ศิลปะวัตถุเป็นที่ประจักษ์เข้าถึงแก่สาธารณะชน (visibility and accessibility) นักโบราณคดีจึงมักจะยืนยันให้สร้างค่านิยมตามลำดับขั้นขึ้น ระหว่างค่านิยมต่าง ๆ โดยให้ค่านิยมในการขุดค้น เพื่อรักษาหลักฐานทางโบราณคดีเป็นค่านิยมหลัก และมีค่านิยมอื่นเป็นค่านิยมรองคอยส่งเสริมค่านิยมหลัก ดังนั้น การขุดค้นขึ้นมาเผยแพร่ในสายตาของนักโบราณคดี และนักกฎหมายหลายท่านในประเทศโลกที่สาม จึงต้องขึ้นอยู่กับความสามารถในการอนุรักษ์สงวนรักษาศิลปวัตถุชิ้นนั้น ๆ เพื่อเก็บรักษาไว้เป็นหลักฐานทางโบราณคดี อนึ่งกฎหมายในประเทศโลกที่สามบางประเทศ

มีลักษณะเข้มงวดมาก กล่าวคือไม่อนุญาตให้ผู้หนึ่งผู้ใดไม่มีความรู้ความสามารถทางโบราณคดีทำการขุดค้นเป็นอันขาด การขุดค้นจะทำได้เฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยได้รับความยินยอมเห็นชอบของรัฐก่อนเท่านั้น <sup>26</sup>

แต่ก็มีผู้โต้แย้งว่าการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุไว้ เพื่อเป็นหลักฐานทางโบราณคดี ไม่จำเป็นต้องกระทำโดยการห้ามส่งออกเท่านั้น ยังมีวิธีอื่นที่จะใช้เพื่อให้สมานและประสานค่านิยมอื่น ๆ เช่น ค่านิยมทางการศึกษาและการแลกเปลี่ยนทางการศึกษาระหว่างประเทศ การส่งเสริมให้ตลาดภายในมีการซื้อขายศิลปวัตถุอย่างถูกกฎหมายและการอนุญาตให้มีการซื้อขายศิลปวัตถุอย่างเสรี จะทำให้ตลาดการค้าศิลปวัตถุระหว่างประเทศอ่อนแอลงไป กฎหมายที่ส่งเสริมการค้าศิลปวัตถุอย่างเสรี จึงมีส่วนช่วยในการส่งเสริมการสงวนรักษาศิลปะโบราณวัตถุ และขจัดตลาดมืด (black market) หรือ illicit market ต่าง ๆ ออกไป การที่กฎหมายส่งเสริมการค้าเสรีของศิลปวัตถุ จึงทำให้ขาดแรงดลใจที่จะคดโกง หากกฎหมาย

---

<sup>26</sup> Legislation Against Bulldozering in New Mexico, 30 ARCHAEOLOGY 277, 1977 ; Levig Archaeology, Education and India Castle Church, 69 Bull NY St. Archaeological A. 42, 1977 ; Fishman & Metzger, Protecting America's Cultural and Historical Patrimony, 4 Syracuse J. Int'l. L. & Com. 57, 1976 ; Legal Protection of America's Archaeological Heritage, 22 Ariz. L. Rev. 675, 1980.



ปล่อยให้มีการค้าเสรีก็จะลงค่าขนส่งลงไป ตลาดภายในก็จะกั้นมิให้มีการไหลของ ศิลปะโบราณวัตถุออกนอกประเทศ อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงมีข้อโต้แย้งที่สำคัญอยู่อีกว่า การปล่อยให้มิตลาดเสรีดังกล่าว จะมีผลให้กลไกทางการตลาดและตลาดเป็นสิ่งที่ กำหนดทิศทางการไหลเวียนของศิลปะโบราณวัตถุ โดยตลาดจะแบ่งออกเป็นตลาดศิลปะ วัตถุ และตลาดค้าของเก่า ผู้ที่ซื้อขายอยู่ในตลาดศิลปะวัตถุมักจะมีฐานะดีกว่าและมีจำนวนมากกว่าผู้ที่ซื้อขายอยู่ในตลาดค้าของเก่า หากดำเนินนโยบายให้กฎหมาย เปิดกว้างดังกล่าว จะกลายเป็นการทำลายหลักฐานที่สำคัญทางโบราณคดีไปเพื่อ ประโยชน์ของนักสะสมศิลปะวัตถุ นอกจากนี้การจะแบ่งแยกตลาดให้ออกเป็นสอง ตลาดและแยกกฎหมายออกเป็นสองระบบ คือ กฎหมายสำหรับศิลปะวัตถุระบบหนึ่ง และกฎหมายสำหรับโบราณวัตถุอีกระบบหนึ่ง ก็จะมีปัญหาในทางปฏิบัติและปัญหาใน ทางทฤษฎี เพราะกฎหมายที่เน้นเรื่องศิลปะวัตถุย่อมใช้บรรทัดฐานในการพิจารณาการ กระทำ อย่างหนึ่ง ในขณะที่กฎหมายที่เน้นการสงวนรักษาโบราณวัตถุก็มีบรรทัดฐาน อีกอย่าง ทั้งสองระบบนี้มักจะซ้ำซ้อนกัน ปัญหามักจะเกิดในบริเวณที่คลุมเครือ หรือในกรณีที่วัตถุใดวัตถุหนึ่งเป็นทั้งศิลปะวัตถุและโบราณวัตถุซึ่งวัตถุประเภทนี้จะเป็นที่ ต้องการมากของทั้งสองฝ่าย นักสะสมศิลปะวัตถุก็นักโบราณคดีก็ตี ย่อมต้องการ ให้วัตถุชิ้นนั้นตอบสนองต่อโลกทรรศน์และค่านิยมที่ใช้ วัตถุประเภทนี้จึงมักมีราคาแพง เป็นพิเศษ อนึ่งมีข้อน่าคิดว่าหากปล่อยให้มีการแบ่งแยกตลาดและระบบกฎหมาย ดังกล่าวไม่มีผลบังคับอย่างแท้จริง เพราะวัตถุเหล่านี้จะตกอยู่ในครอบครองของ นักนิยมศิลปะที่มีอำนาจการซื้อสูง ปัญหาใหญ่อีกประการหนึ่งของระบบกฎหมายทั้งสอง ก็คือ แต่ละระบบใช้การมองคุณค่าแตกต่างกันในการพิจารณาวัตถุแต่ละชิ้น ดังนั้นการ ประเมินค่าของวัตถุจึงไม่แน่นอน และเทียบเคียงกันไม่ได้ การปล่อยให้มิตสองระบบ และแต่ละระบบแทรกแซงกันไปมาได้ จึงเท่ากับเป็นการออกกฎหมายสนับสนุนให้คน ทำลายศิลปะโบราณวัตถุเพิ่มมากขึ้นนั่นเอง และที่สำคัญที่สุดคือ เป็นการทำให้ตลาด ต้องหักล้างค่านิยมต่าง ๆ อยู่ตลอดเวลา ตลาดการค้าศิลปะวัตถุและโบราณวัตถุต้อง เลือkc่านิยมใดเหนืออีกค่านิยมเสมอ ไม่เป็นประโยชน์ต่อกระบวนการสั่งสมทาง วัฒนธรรมเลย แต่การค้าเสรีในศิลปะจะมีผลดีประการหนึ่งที่ละเลยเสียมิได้คือ สังคมย่อมได้ประโยชน์ทางอ้อมจากการนำเข้าสู่ศิลปะโบราณวัตถุ การได้พบเห็น

และถ่ายทอดวัฒนธรรมจากชาติอื่น ย่อมช่วยเพิ่มคุณค่าให้กับวัฒนธรรมเจ้าของบ้าน แต่การถ่ายทอดศิลปวัฒนธรรมนั้นต่างจากการ"รับ" หรือการ"ให้" ทรัพย์สิน อันเป็น รูปธรรมอื่น เพราะกระบวนการส่งสมทางวัฒนธรรมย่อมมีวิธีการกลั่นกรองด้วยตัวเอง แต่ละวัฒนธรรม แต่ละเชื้อชาติก็แตกต่างกันไป การให้มีการถ่ายเทไหลเวียนของ ศิลปโบราณวัตถุย่อมสร้าง เสริมและเพิ่มคุณค่าให้กับมรดกทางวัฒนธรรมของชาติผู้รับ เป็นอย่างยิ่ง<sup>27</sup>

## ส่วนที่ 2. ความจำเป็นของรัฐในกรณีนี้

ดังได้กล่าวถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2534 มาตรา 27 ซึ่งได้กำหนดการประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อไว้ การที่รัฐจะออกกฎหมายเพื่อกำหนดขอบและขอบเขตของการปฏิบัติใด ๆ เกี่ยวกับวัตถุมงคลซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของความเชื่อในพุทธศาสนา จะมีอำนาจกระทำได้หรือไม่

คำตอบในเรื่องนี้ก็มีลักษณะเช่นเดียวกันกับเหตุผลที่ใช้ในการออกกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในกรณีอื่น ๆ คือรัฐจะมีอำนาจกระทำต่อเมื่อกฎหมายนั้น เป็นมาตรการในการรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของชนในชาติ และเพื่อเป็นการลดความขัดแย้งของการอยู่ร่วมกันในสังคมให้เกิดความสงบสุข ดังนั้น หากแนวทางของกฎหมายที่รัฐประสงค์จะบังคับใช้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว รัฐย่อมมีอำนาจโดยชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้

<sup>27</sup> สุธรรม อยู่ในธรรม , กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการสงวนรักษาศิลปโบราณวัตถุ, วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 (ตุลาคม 2531) , หน้า 6-13.

มาตรการทางกฎหมายเพื่อการแก้ไขสภาพปัญหาเกี่ยวกับวัตถุมงคลในพุทธศาสนาที่จำเป็นจะต้องกำหนดขึ้น มีอยู่หลายมาตรการ แตกต่างกันไปตามลักษณะของสภาพปัญหา แต่มาตรการทั้งหมดก็ตั้งอยู่บนพื้นฐานของแนวความคิดอันถือเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างเดียวกัน คือเพื่อเป็นการจำกัดควบคุมการปฏิบัติต่อวัตถุมงคลในพุทธศาสนาให้เป็นที่ไปด้วยความเหมาะสม มีภาพพจน์ของการปฏิบัติที่ปรากฏแก่บุคคลทั่วไปในแนวทางเดียวกันคือความเคารพศรัทธา และเป็นการส่งเสริมคุณค่าของวัตถุมงคลในเชิงธุรกิจ เพื่อเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญในการบำรุงศาสนาและการกุศลสาธารณะ

การปฏิบัติที่ฝ่าฝืนต่อความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับนี้ น่าจะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี รวมทั้งการอยู่ร่วมกันอย่างสงบสุขในสังคม แต่มาตรฐานของความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีซึ่งใช้เป็นข้ออ้างในการออกกฎหมายของบุคคลแต่ละฝ่ายย่อมรู้สึกแตกต่างกันออกไป ดังนั้น จึงควรรับฟังความคิดเห็นของทุกฝ่ายที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องวัตถุมงคลเสียก่อน ดังต่อไปนี้

จากการสัมภาษณ์ทัศนะจากผู้เกี่ยวข้องสามฝ่ายคือ พระสงฆ์ฝ่ายมหาเถรสมาคม ,ข้าราชการกรมการศาสนา และผู้มีอาชีพค้าวัตถุมงคล เกี่ยวกับความจำเป็นในการใช้มาตรการทางกฎหมายเข้ากำกับดูแลการจัดสร้าง การค้า และการโฆษณาวัตถุมงคล ได้รับข้อสรุป ดังนี้

(ก) จากการสัมภาษณ์สมเด็จพระพุทธชินวงศ์<sup>21</sup> เจ้าคณะใหญ่หนตะวันออก กรรมการมหาเถรสมาคม เจ้าอาวาสวัดเบญจมบพิตรดุสิตวนาราม กรุงเทพฯ ได้ให้ทัศนะว่า

<sup>21</sup> สมเด็จพระพุทธชินวงศ์. เจ้าคณะใหญ่หนตะวันออก กรรมการมหาเถรสมาคม เจ้าอาวาสวัดเบญจมบพิตรดุสิตวนาราม กรุงเทพมหานคร. สัมภาษณ์, 11 มีนาคม 2538.

การกำหนดวางกฎระเบียบเกี่ยวกับการพทุฒนาการนี้ อยู่ที่ทางฝ่ายราชการ บ้านเมืองจะกำหนดขึ้นมา ฝ่ายสงฆ์ไปทำอะไรไม่ได้ ไม่มีอำนาจ ตอนนี้ทราบว่าเรื่อง อยู่ที่กรมการศาสนาถึงกระทรวงศึกษาธิการกำลังดำเนินการกันอยู่ คณะสงฆ์ก็ได้แต่เพียงให้คำแนะนำ

เป็นการดีที่มีการตื่นตัวในเรื่องนี้ เพราะบางครั้งมีการหลอกลวงประชาชน กันมากไปอย่างเช่นพิธีการพทุฒนาการเชกอ้างว่ามีอาจารย์เป็นร้อยรูปไปร่วมพิธีลงรูปใน หน้าหนังสือพิมพ์ความจริงอาจารย์เหล่านั้นไม่ได้ไปทำพิธีก็มี เป็นการหลอกลวง ประชาชน จริง ๆ แล้วเป็นเรื่องที่ฆราวาสเขาทำกัน โดยยืมมือพระ ดูเวลาเขา ประกาศรับจอง ผู้รับจองก็เป็นฆราวาสทั้งนั้น แต่หนัก ๆ เข้าคนเขาก็คงจะเบื่อกัน ไปเอง เพราะเรื่องนี้ไม่ใช่พระพทุฒนาการ เป็นเรื่องของความขลังความศักดิ์สิทธิ์ ไปลงโฆษณาว่ากันไปเอง ไม่เกี่ยวกับพระพทุฒนาการ

ทางบ้านเมืองสมควรที่จะกำหนดขอบเขตเพื่อควบคุม แต่การจะควบคุมในเรื่องไหนอย่างไร เพียงใดก็แล้วแต่จะกำหนด ปัญหาสำคัญคือฆราวาสเข้าไปเกี่ยวข้องกับยืมชื่อวัดเอามาทำ ทางที่คืบหน้าจะเก็บภาษีรายได้จากจำนวนการสร้างและราคาจำหน่าย ตรวจสอบดูทำเท่าใดก็เก็บภาษีเงินได้เท่านั้น ถ้าวัดทำแจกจ่ายก็อีกเรื่องหนึ่ง เพราะไม่ได้เป็นการค้าขาย

(ข) จากการสัมภาษณ์ คุณจรรยา หนูคง<sup>๒๙</sup> เลขาธิการมหาเถรสมาคม กรมการศาสนา กระทรวงศึกษาธิการ ได้ให้ทัศนะว่า

ศูนย์วิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>๒๙</sup> จรรยา หนูคง. เลขาธิการมหาเถรสมาคม กรมการศาสนา กระทรวงศึกษาธิการ. สัมภาษณ์, 21 มีนาคม 2538.

จากการประชุมคณะกรรมการศาสนาและศิลปวัฒนธรรมเกี่ยวกับเรื่อง พุทธพาณิชย์ ซึ่งที่ประชุมมีมติมอบหมายให้กรมการศาสนาดำเนินการหามาตรการที่เหมาะสมเพื่อควบคุมการสร้าง การโฆษณาและการจำหน่ายวัตถุมงคล ปัจจุบันอยู่ระหว่างการดำเนินการให้เป็นไปตามมติดังกล่าว โดยในเบื้องต้นกรมการศาสนา กระทรวงศึกษาธิการ ได้แต่งตั้งคณะกรรมการร่างระเบียบมหาเถรสมาคมว่าด้วยการสร้างวัตถุมงคล ซึ่งก็ได้มีการประชุมกันไปแล้วและมีมติให้ตั้งคณะกรรมการจัดทำร่างระเบียบเสนอ ขณะนี้ระเบียบดังกล่าวยังอยู่ระหว่างการพิจารณา กลั่นกรองของคณะกรรมการ

การประชุมของคณะกรรมการได้มีการพิจารณาร่างระเบียบไปแล้วเป็นบางส่วนซึ่งก็ยังคงต้องผ่านการให้ความเห็นชอบจากคณะกรรมการอีกครั้งหนึ่ง โดยมาตรการที่ปรากฏในร่างระเบียบเบื้องต้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้

(1) ได้กำหนดนิยามสิ่งที่อยู่ในความควบคุมของระเบียบว่า

"วัตถุมงคล" หมายถึง สิ่งของที่สร้างขึ้นตามความเชื่อที่ว่าสามารถทำให้ผู้บูชา มีความเป็นศิริมงคลและความเจริญรุ่งเรืองแก่ชีวิต เช่น พระพุทธรูป และ เหรียญ รูปเหมือน เป็นต้น

"เครื่องรางของขลัง" หมายถึง สิ่งของที่เชื่อถือว่าสามารถป้องกันอันตราย ยิงไม่ออก ฟันไม่เข้า เช่น ตะกรุด ผ้ายันต์ เป็นต้น

(2) ให้มีคณะกรรมการควบคุมการจัดสร้างวัตถุมงคลขึ้นคณะหนึ่ง ซึ่ง สมเด็จพระสังฆราชทรงแต่งตั้งตามมติมหาเถรสมาคม

(3) การขออนุญาตจัดสร้างวัตถุมงคลต้องขออนุญาตโดยทำเป็นหนังสือต่อ เจ้าคณะสงฆ์ผู้ปกครองตามลำดับจนถึงเจ้าคณะใหญ่ เพื่อส่งเรื่องให้คณะกรรมการควบคุมการจัดสร้างวัตถุมงคลพิจารณาอนุมัติ

(4) การขออนุญาตต้องแจ้งรายละเอียด วัตถุประสงค์ในการจัดสร้าง จำนวนที่สร้าง และการนำเงินที่ได้จากการบริจาคไปใช้จ่ายเพื่อวัตถุประสงค์ใด

(5) ห้ามการจัดสร้างเครื่องรางของขลังในลักษณะต่าง ๆ ซึ่งระบุไว้ในระเบียบ

(6) การประชาสัมพันธ์เกี่ยวกับการจัดสร้าง หรือการเชิญชวนให้ผู้สนใจเข้าวัดอุ้มงคลต้องขออนุญาตตามลำดับชั้นเช่นเดียวกับข้อ (3) โดยต้องแจ้งแหล่งที่ใช้ประชาสัมพันธ์ระยะเวลา และงบประมาณในการประชาสัมพันธ์

(7) มาตรการในการควบคุม ใช้วิธีการให้รายงานผลในเรื่องเกี่ยวกับการจัดสร้างและรายรับรายจ่าย ต่าง ๆ โดยกำหนดเวลาที่จะต้องรายงานไว้เป็นระยะ

(8) การฝ่าฝืนระเบียบกำหนดบทลงโทษไว้ โดยในครั้งแรกให้มีการตักเตือน หลังจากนั้นให้มีการลงโทษตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505

เหตุผลในการใช้ระเบียบนี้ เกี่ยวกับการสร้างวัดอุ้มงคลเพื่อการพาณิชย์ ทำให้ภาพพจน์ของพระสงฆ์และวัดถูกตีเตียนจากมหาชนทั่วไป ไม่น่าเลื่อมใส เลื่อมเสียต่อพระพุทธศาสนา แต่ในขั้นนี้เป็นเพียงระเบียบของมหาเถรสมาคม จึงใช้บังคับได้กับวัด และพระภิกษุสงฆ์เท่านั้น สำหรับแนวความคิดที่จะมีมาตรการควบคุมที่เป็นพระราชบัญญัติ สามารถใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่วไปได้นั้น เป็นส่วนหนึ่งของแผนงานที่กรมการศาสนาจะต้องดำเนินการในขั้นต่อไป แต่ขณะนี้ยังอยู่ระหว่างการศึกษาลู่ทางความเป็นไปได้ และสภาพการณ์ทางด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้า ซึ่งกรมการศาสนา ยังขาดข้อมูลในส่วนนี้สำหรับนำมาพิจารณากำหนดมาตรการ ทางกฎหมายที่เหมาะสมต่อไปในอนาคต

สำหรับมาตรการทางกฎหมายที่ควรจะเป็นไปได้ในเรื่องการจัดสร้าง การโฆษณาและการควบคุมทางการค้า ที่ใช้บังคับกับบุคคลโดยทั่ว ๆ ไป ในลักษณะของพระราชบัญญัติก็ควรจะเป็นไปในรูปแบบคล้าย ๆ กัน คือการขออนุญาตจัดสร้าง ขออนุญาตโฆษณา และจดทะเบียนทางการค้า แต่รายละเอียดของการควบคุมในขั้นตอนต่าง ๆ คงต้องมีการศึกษาในเรื่องนี้ก่อนจึงจะสามารถตอบคำถามได้

(ค) จากการสัมภาษณ์ คุณธนกุล อารังค์ศรีสกุล<sup>๓๐</sup> ผู้ค้าวัดอุ้มงคล ซึ่งมีชื่อ

<sup>๓๐</sup> ธนกุล อารังค์ศรีสกุล. สัมภาษณ์, 12 มีนาคม 2538.

ในวงการผู้ค้าวัตถุมงคลว่า ฮวด บ้านสร้าง เจ้าของศูนย์พระเครื่องในตลาดนัดสวนจตุจักร และห้างสรรพสินค้าบางลำภู สาขาแกมวงศ์วาน ผู้เขียนบทความในนิตยสารเขียนพระ, นักเลงพระ และคณะพระเครื่อง ได้ให้ทัศนะว่า

ทำอาชีพนี้มานานกว่า 20 ปีแล้ว แต่เดิมไม่เห็นมีส่วนราชการใดให้ความสนใจเลยปัจจุบันคงเป็นเพราะว่าคนทั่วไปให้ความสนใจมากขึ้น วงการกว้างมากขึ้น มีการจัดสร้างพระขึ้นใหม่ ๆ มาก มีรายได้จากจุดนี้มาก แต่ก็มีกำไรโฆษณาในลักษณะที่ไม่สมควร และการค้าการจัดสร้างแบบที่ขาดความรับผิดชอบต่อประชาชน ก็เป็นการสมควรที่ทางราชการจะเข้ามาควบคุม

อาจสรุปความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ได้ว่าการที่รัฐเข้ากำกับดูแลในเรื่องต่าง ๆ เกี่ยวกับวัตถุมงคลโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย เป็นเรื่องที่สมควรจะกระทำ เพราะทุกฝ่ายต่างก็ตระหนักถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ว่าเป็นการสมควรที่รัฐจะต้องเข้าแทรกแซงเพื่อให้เกิดความสงบสุขของการอยู่ร่วมกันในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เรื่องนี้เป็นนโยบายประการหนึ่งของรัฐบาลอยู่แล้ว และทางฝ่ายกรมการศาสนา กระทรวงศึกษาธิการ ก็ได้ดำเนินการเบื้องต้นในบางส่วนเพื่อเป็นการจำกัดควบคุมในเรื่องนี้ และเป็นแนวทางในการออกกฎหมายเพื่อการควบคุมในขั้นต่อไป

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลในเรื่องวัตถุมงคล เป็นเรื่องที่ได้รับการสนับสนุนอย่างจริงจัง และสอดคล้องกับความคิดเห็นของมหาชน แม้ว่าบุคคลนั้นจะเป็นฝ่ายที่ต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการก็ตาม นอกจากนี้แล้วจุดมุ่งหมายของกฎหมายยังเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแล ในเรื่องการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมต่อสิ่งเคารพอันเป็นสัญลักษณ์ของพระพุทธศาสนา แม้ว่าการกระทำที่ไม่เหมาะสมต่าง ๆ จะไม่ถึงกับเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น เหตุผลที่ให้อำนาจแก่รัฐในการเข้าแทรกแซงในเรื่องนี้ จึงเป็นเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งเพื่อการอยู่ร่วมกันโดยสงบสุขในสังคม

แต่ถึงแม้ว่ารัฐจะมีอำนาจโดยชอบธรรมในการเข้าแทรกแซงด้วยการออก

กฎหมายเพื่อบังคับใช้ในเรื่องนี้ได้ก็ตาม แต่จะสามารถออกกฎหมายจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้เพียงใด ยังต้องขึ้นอยู่กับข้อจำกัดอีกบางประการ การจะพิจารณาว่ามาตรการและหลักเกณฑ์อย่างไรอาจนำมาใช้บังคับได้หรือไม่ สามารถกระทำได้โดยการกำหนดวิธีการแก้ไขสภาพปัญหาในส่วนที่ก่อให้เกิดปัญหาโดยตรง แล้ววิเคราะห์มาตรการนั้นว่าจะสอดคล้องกับ ทฤษฎีทางกฎหมาย สภาพสังคมตามความเป็นจริง ความสามารถในการจัดการของรัฐ และมาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่แล้ว หรือไม่ โดยจัดแบ่งตามลักษณะสภาพปัญหาแต่ละเรื่อง ได้ดังนี้

#### (1) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ตามที่ได้กล่าวถึงแนวความคิดที่มีต่อศิลปวัตถุและโบราณวัตถุในต่างประเทศ ซึ่งแบ่งแยกออกเป็นสองส่วน ตามพื้นฐานความสนใจว่าจะพิจารณาจากแง่มุมใด อาจแบ่งได้เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับการอนุรักษ์สงวนรักษา และแนวความคิดเกี่ยวกับตลาดการค้าเสรี ซึ่งต่างก็มีข้อดีข้อเสียแตกต่างกันออกไป เมื่อพิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ ของประเทศไทย จะเห็นได้ชัดเจนว่าตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดเกี่ยวกับการอนุรักษ์ สงวนรักษา ศิลปวัตถุและโบราณวัตถุอย่างแท้จริงเพียงแนวความคิดเดียว ตามลักษณะกฎหมายของประเทศในโลกที่สาม ซึ่งเน้นการประหยัดทรัพยากร และค่าใช้จ่ายในการบังคับเป็นหลัก โดยมีค่านิยมในการรักษาไว้ซึ่งศิลปโบราณวัตถุเพื่อหลักฐานทางโบราณคดี และเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา จึงมีลักษณะที่เข้มงวดในการถือครองและการส่งออก แต่ก็ยังมีบางส่วนที่เปิดให้มีการถือครองได้เป็นค่านิยมรองลงไป ศิลปโบราณวัตถุที่มีมากเกินความจำเป็น

ในขณะเดียวกัน วัตถุประสงค์เป็นสิ่งที่มีความนิยมในประเทศลักษณะเช่นเดียวกันกับค่านิยมในตลาดศิลปวัตถุต่างประเทศแม้ว่าจะเป็นไปโดยไม่รู้ตัว แต่ลักษณะของการสงวนรักษา และการรับภาระในการส่งเสริม ในฐานะที่เป็นทรัพย์สินทางวัฒนธรรม ได้ติดอยู่กับภาคเอกชนและตลาด ตามลักษณะของความสัมพันธ์ระหว่างการค้าเสรีและการสงวนรักษาศิลปวัตถุ โดยสิ่งที่มีความนิยมสูงจะติดอยู่กับบุคคลที่เห็นคุณค่ามากกว่า เพื่อจะได้มีการดูแลบำรุงรักษาโดยเต็มกำลัง ในขณะเดียวกัน



ส่วนใหญ่แล้วมิได้ถูกห้ามการส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ จึงมีลักษณะของการค้าเสรีอยู่อย่างเต็มที่

อย่างไรก็ตาม การปล่อยให้มิตลาดเสรีดังกล่าวได้มีผลให้ตลาดแบ่งออกเป็นตลาดวัตถุมงคล และตลาดค้าของเก่า ผู้ที่ซื้อขายอยู่ในตลาดวัตถุมงคลมีจำนวนมากกว่าผู้ที่ซื้อขายอยู่ในตลาดค้าของเก่า ซึ่งมีกฎหมายควบคุมอยู่แล้ว ปัญหาอยู่ที่วัตถุมงคลบางประเภทที่เป็นศิลปวัตถุหรือโบราณวัตถุอยู่ด้วย หากมีกฎหมายว่าด้วยวัตถุมงคลแล้ว ศิลปะโบราณวัตถุประเภทนี้จะตกอยู่ภายใต้กฎหมายทั้งสองระบบที่แตกต่างกัน วัตถุประสงค์กัน ก็จะมีปัญหาในทางปฏิบัติ และปัญหาในทางทฤษฎี เพราะกฎหมายที่เน้นเรื่องวัตถุมงคลย่อมใช้บรรทัดฐานในการพิจารณาการกระทำอย่างหนึ่ง ในขณะที่กฎหมายที่เน้นการสงวนรักษาโบราณวัตถุก็มีบรรทัดฐานอีกอย่าง ทั้งสองระบบนี้จะซ้ำซ้อนกัน และแต่ละระบบใช้การมองคุณค่าแตกต่างกันในการพิจารณาวัตถุแต่ละชิ้น ดังนั้นการประเมินค่าของวัตถุจึงไม่แน่นอนและเทียบเคียงกันไม่ได้ การจะมีกฎหมายทั้งสองระบบ แต่ละระบบจะต้องไม่สามารถแทรกแซงกันไปมาได้

ในกรณีนี้ จำเป็นต้องเลือกให้ค่านิยมเกี่ยวกับการสงวนรักษาศิลปโบราณวัตถุเหนือกว่าค่านิยมในด้านการค้าเสรี เพื่อประโยชน์ทางด้านหลักฐานทางโบราณคดี และเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา

ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยวัตถุมงคล จะต้องกำหนดนิยามของวัตถุมงคลให้แยกต่างหากจากโบราณวัตถุ และศิลปวัตถุ เว้นแต่โบราณวัตถุ หรือศิลปวัตถุนั้น มีคุณค่าทางโบราณคดีหรือการศึกษาน้อยและได้รับการยกเว้นให้นำสู่ตลาดการค้าเสรีได้ จึงจะอยู่ในความหมายของวัตถุมงคล

## (2) การจัดสร้างวัตถุมงคล

จากสภาพปัญหาคือ ไม่มีมาตรการควบคุมการจัดสร้างวัตถุมงคลโดยวัดหรือบุคคลต่าง ๆ เป็นเหตุให้

- ก. บุคคลทั่วไปสามารถจัดสร้างได้ ลำบากแก่การกำกับดูแล
- ข. การที่ผู้จัดสร้างหรือโรงงานผลิต จัดทำเกินกว่าจำนวนที่ได้แจ้งให้ประชาชนทราบ การแอบอ้างถึงพิธีการจัดสร้าง วัตถุประสงค์ในการจัดสร้างหรือวัตถุที่ใช้เป็นส่วนผสมวัตถุมงคล

ค. การที่พระสงฆ์จัดสร้างวัตถุมงคลด้วยรูปแบบที่ไม่เหมาะสม หรือ เป็นของศาสนาหรือความเชื่อในลัทธิอื่นนอกจากพุทธศาสนา

จากสภาพปัญหาเกี่ยวกับการจัดสร้างวัตถุมงคลทางพุทธศาสนาขึ้นใหม่ อาจ กำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาดังโดย

- กำหนดตัวผู้จัดสร้างให้เฉพาะวัดวาอารามที่เป็นนิติบุคคล หรือเฉพาะ พระสงฆ์เท่านั้นที่ดำเนินการจัดสร้างวัตถุมงคลทางพุทธศาสนาได้ เพื่อมิให้เอกชน ที่เป็นฆราวาสเป็นผู้ดำเนินการจัดสร้างวัตถุมงคลขึ้นเองเช่นในปัจจุบัน เนื่องจาก เป็นเหตุให้เกิดการกระทำที่ไม่เหมาะสมและยากต่อการตรวจสอบควบคุม

- กำหนดให้การจัดสร้างวัตถุมงคลเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชนโดยทั่วไป ต้องได้รับอนุญาตจัดสร้างจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน โดยต้องระบุจำนวนการสร้าง รูปแบบ พิธีการ ราคาจำหน่าย วัตถุประสงค์ และการใช้จ่ายเงินรายได้ ให้ชัดเจน เพื่อจะได้สามารถกำกับดูแลให้เป็นไปตามที่ระบุไว้ในการขออนุญาต

- ห้ามภิกษุสงฆ์จัดสร้างหรือเข้าร่วมพิธีการจัดสร้าง รูปเคารพหรือ สิ่งเคารพอย่างอื่น ที่ไม่ใช่วัตถุมงคล

ปัญหาของการกำหนดตัวผู้จัดสร้างวัตถุมงคล ให้จำกัดแต่เฉพาะพระสงฆ์ หรือวัดที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้นตามข้อแรก ต้องมองไปถึงว่า การจัดสร้างวัตถุมงคล โดยฆราวาส จะถือเป็นการปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อในทางศาสนาหรือไม่ ซึ่ง ในเรื่องการจัดสร้างวัตถุมงคลมีความเชื่อแต่เดิมว่า ถือเป็นการสร้างบุญกุศลเพื่อ สืบต่ออายุของพระพุทธรูป และฆราวาสสามารถจัดพิธีการสร้างขึ้นได้เอง เพียง แต่ในขั้นตอนการทำพิธีกรรมตามความเชื่อเท่านั้นที่เป็นหน้าที่ของพระสงฆ์ ดังนั้น การจำกัดสิทธิในเรื่องนี้ของบุคคลทั่วไปน่าจะถือ เป็นการห้ามปฏิบัติพิธีกรรมตามความ เชื่อในศาสนา ซึ่งกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ให้การประกันสิทธิไว้ จึงไม่อาจกำหนดบังคับ ในส่วนนี้ได้ เนื่องจากเหตุผลของการจำกัดสิทธิไม่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดี แต่เป็นเพียงเพื่อความสะดวกของการกำกับดูแลการจัดสร้างเท่านั้น ในกรณีนี้จึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจใช้มาตรการทางกฎหมายกำหนดบังคับได้

ในส่วนเรื่องการขอรับอนุญาตจัดสร้างตามข้อ (2) เป็นเรื่องที่ยังสามารถจัดสร้างวัตถุมงคลตามความเชื่อในทางศาสนาได้ แต่ต้องผ่านการกำกับดูแลจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในเรื่องรูปแบบของวัตถุมงคล, พิธีการจัดสร้าง, จำนวนการสร้าง, โรงงานที่รับว่าจ้างให้ทำการผลิต, ราคาจำหน่ายและการใช้จ่ายเงินที่ได้จากการจำหน่าย ทั้งนี้เพื่อเป็นการแก้ไขสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ปัญหาว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้สมควรถูกควบคุมโดยกฎหมายที่มีโทษทางอาญาหรือไม่ จะเห็นได้ว่าการกระทำที่อาจถือได้ว่าเป็นการหลอกลวงประชาชนโดยทั่วไปโดยอาศัยความเชื่อถือศรัทธาในศาสนาเป็นพฤติกรรมที่มีความชั่วร้ายอยู่ในตัวแล้ว และไม่มียุติธรรมอื่นที่จะทำให้สามารถบรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์ในการจำกัดควบคุมการกระทำเช่นนี้ได้ด้วยวิธีอื่น เพียงแต่จะต้องกำหนดมาตรฐานการพิจารณาอนุญาตไว้ให้ชัดเจน เพื่อให้บุคคลโดยทั่วไปยังสามารถใช้สิทธินี้ได้ภายใต้ข้อจำกัดบางประการ เพื่อให้สามารถทำการควบคุมในด้านรูปแบบของวัตถุมงคลที่เหมาะสม จำนวนการสร้างที่แน่ชัด ไม่มีส่วนที่จัดสร้างเกินจากที่ขอรับอนุญาตเพื่อจำหน่ายในภายหลัง พิธีการจัดสร้างที่ถูกต้องตามรูปแบบที่สืบทอดกันต่อ ๆ มาและเพื่อติดตามผลการนำเงินรายได้ไปใช้จ่าย ว่าเป็นไปตามที่ได้ระบุในเจตนาการขออนุญาตหรือไม่ รวมทั้ง เพื่อจะได้มีบันทึกหลักฐานการจัดสร้างที่ชัดเจนของวัตถุมงคลทุกชนิดสืบทอดต่อไปด้วย หากปรากฏว่าการขอรับอนุญาตจัดสร้างมีรายละเอียดเรื่องใด ๆ ซึ่งระบุมาในการขอรับอนุญาต ไม่เป็นการเหมาะสมหรือสมควร ควรให้ผู้มีอำนาจสั่งให้แก้ไขส่วนหนึ่งส่วนใดเพื่อให้เป็นไปด้วยความเหมาะสมและอนุญาตให้จัดสร้างก็ได้

นอกจากนี้แล้วยังควรเปิดช่องของกฎหมายไว้ เพื่อให้บุคคลบางประเภทสามารถจัดสร้างวัตถุมงคล โดยไม่จำเป็นต้องขอรับอนุญาตจัดสร้างตามกฎหมายนี้ก่อน เนื่องจากอาจเป็นการไม่เหมาะสมที่จะต้องให้ขอรับอนุญาตในการจัดสร้างวัตถุมงคล เช่น สมเด็จพระสังฆราช พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เป็นต้น โดยระบุตำแหน่งของผู้สมควรได้รับการยกเว้นนี้ไว้เป็นการเฉพาะในกฎกระทรวง

ในเรื่องการให้ตุลย์พิจารณาพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตแก่ผู้มีอำนาจของหน่วยงานที่กำกับดูแลนี้ เพื่อมิให้การพิจารณาสั่งไม่อนุญาตให้จัดสร้างวัตถุมงคล เป็นการห้ามปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อในศาสนาโดยปราศจากเหตุผล อันเป็นการขัดต่อ

แนวทางของกฎหมายฉบับนี้ การควบคุมดุลยพินิจในการพิจารณาล้างอนุญาตการจัดสร้าง จึงควรกำหนดให้ชัดเจนในกฎกระทรวง โดยอาจพิจารณาล้างไม่อนุญาตได้เฉพาะกรณี ที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อย หรือขัดต่อมาตรฐานทางศีลธรรมเท่านั้น เช่น รูปแบบหรือพิธีการจัดสร้างวัตถุมงคลไม่ใช่ลักษณะของพุทธศาสนา หรือ วัตถุประสงค์ ไม่เป็นการสาธารณกุศล ส่วนจำนวนการสร้างและราคาจำหน่ายอาจให้อำนาจ พิจารณาได้แต่เพียงการทักท้วงเกี่ยวกับความเหมาะสมเท่านั้น เป็นต้น

ส่วนในข้อสุดท้ายเมื่อการจัดสร้างวัตถุมงคลต้องได้รับการอนุญาตทางด้าน รูปแบบให้มีความเหมาะสมแล้ว ก็ควรต้องห้ามมิให้บุคคลจัดสร้างหรือร่วมในการจัด สร้างรูปเคารพหรือสิ่งเคารพในศาสนาหรือความเชื่ออย่างอื่น เพราะไม่มีมาตรการ ในการจำกัดควบคุม หรือกำกับดูแลในเรื่องนั้นไว้ ย่อมจะเป็นทางให้มีการจัดสร้าง สิ่งที่มีรูปแบบไม่เหมาะสมโดยประสงฆ์ในพุทธศาสนาอันเป็นการไม่สมควร ข้อกำหนด ในส่วนนี้ไม่น่าจะถือเป็นการจำกัดสิทธิเกินกว่าความจำเป็น เพราะการห้ามประสงฆ์ ปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่ออย่างอื่นนอกจากในศาสนาพุทธแล้ว ก็เป็นเรื่องที่น่าจะ กระทบทำได้

จากการสัมภาษณ์ นายธนกุล อารงค์ศรีสกุล<sup>๓๑</sup> ได้ให้ความเห็นในเรื่องนี้ ว่า เรื่องการควบคุมการจัดสร้างเกี่ยวกับรายละเอียดให้ตรงกับความเป็นจริง เป็น เรื่องที่ดี เพราะคนจะให้ความเชื่อถือกับพิธีการสร้างพระมากยิ่งขึ้น การประกาศว่า จะจัดสร้างอย่างไร เข้าพิธีอย่างไร นำรายได้ไปใช้จ่ายอะไร แล้วไม่จำเป็นต้อง ทำตามนั้น เพราะไม่มีใครทำอะไรได้ ก็จะหมดไป

ความคิดเห็นในส่วนนี้ก็เป็นการสนับสนุนเหตุผลในการจำกัดควบคุมเสรีภาพ ในการจัดสร้างวัตถุมงคล เพราะเป็นการกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไป ในลักษณะที่ เป็นการหลอกลวง เพียงแต่ยังไม่ถึงกับเป็นความผิดทางการค้า จึงสมควรกำหนด การขออนุญาตจัดสร้างแต่เฉพาะกรณีที่กระทำเพื่อการค้าเท่านั้น

<sup>๓๑</sup> ธนกุล อารงค์ศรีสกุล. สัมภาษณ์, 12 มีนาคม 2538.

## (๓) การปลอมวัตถุมงคล

สภาพปัญหาในส่วนที่เกี่ยวกับการปลอมแปลงวัตถุมงคล

อาจสรุปได้สอง

ประการคือ

- ก. ไม่มีมาตรการควบคุมการสร้างวัตถุมงคลปลอมหรือแปลงมูลค่า
- ข. ไม่มีมาตรการควบคุมจำหน่ายวัตถุมงคลปลอม

เนื่องจากวัตถุมงคลที่มีคุณค่าในทางพาณิชย์สูง ส่วนใหญ่มิได้เป็นโบราณวัตถุหรือเป็นโบราณวัตถุที่มีได้ อยู่ในความควบคุมตาม พ.ร.บ. โบราณสถาน ฯ จึงปรากฏว่าได้มีการทำสิ่งเทียมกันมาหลายยุคสมัย เพื่อนำออกจำหน่ายแก่ประชาชนที่แสวงหาโดยขาดความรู้ที่แท้จริง นับเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดผลเสียหายต่อเศรษฐกิจโดยรวม เนื่องจากวัตถุมงคลแท้ เป็นสิ่งที่มีราคาทางพาณิชย์ในตัวเอง อาจจำหน่ายให้กับผู้ค้าเมื่อใดก็ได้ จึงมีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ชนิดหนึ่งที่มีราคาเพิ่มสูงขึ้นตลอดเวลา เพราะมีจำนวนการสร้างคงที่ แต่มีจำนวนผู้แสวงหาเพิ่มมากขึ้นตามสัดส่วนของการขยายตัวทางธุรกิจ แต่วัตถุมงคลปลอมไม่ว่าจะเก็บรักษาไว้นานเท่าใดก็ยังไม่มียุทธศาสตร์ในตัวเอง เป็นเหตุให้ประชาชนผู้บริโภคที่ซื้อไปไม่สามารถใช้คุณค่าในฐานะที่เป็นหลักทรัพย์นี้ได้ ในลักษณะเช่นเดียวกับการขายของปลอมในลักษณะอื่น ๆ

อย่างไรก็ตามวัตถุมงคลเหล่านี้ ปัจจุบันยังสามารถแยกสิ่งที่เป็นจริงออกได้ในกลุ่มผู้เชี่ยวชาญซึ่งมีประสบการณ์และสืบทอดความรู้กันต่อ ๆ มา จึงยังคงมีการซื้อขายวัตถุมงคลกันได้ในราคาสูง แต่ในส่วนของผู้ที่ไม่มีความรู้แล้วคงอาศัยเพียงความเชื่อถือในตัวบุคคลผู้ขายหรือคำรับประกันเป็นการเฉพาะตัว ซึ่งก็อาจเป็นเหตุให้ถูกหลอกลวงและต้องสูญเสียทรัพย์สินได้

มาตรการที่อาจแก้ไขสภาพปัญหาในเรื่องนี้ได้ จะต้องมียุทธศาสตร์ที่เป็นการรับรองโดยกำหนดให้ชัดเจนเสียก่อนว่าสิ่งใดเป็นของจริง จึงจะสามารถแยกส่วนที่เป็นของปลอมหรือแปลงออก แล้วกำหนดวิธีการควบคุมได้ ซึ่งลักษณะของมาตรการดังกล่าว ควรเป็นไปในลักษณะของการขึ้นทะเบียน เช่นเดียวกับโบราณวัตถุหรือศิลปวัตถุ ซึ่งอาจกำหนดรูปแบบของมาตรการได้ดังนี้

- ประกาศกำหนดรายชื่อวัตถุมงคลแต่ละชนิดที่มีราคาสูง และสมควรจะได้มีการจัดขึ้นทะเบียนในราชกิจจานุเบกษา พร้อมทั้งตั้งผู้เชี่ยวชาญที่มีความรู้ในด้าน

วัตถุมงคลนั้นเป็นกรรมกรตรวรับขึ้นทะเบียน โดยกำหนดจำนวนผู้เช่าบูชาที่ต้องให้ความเห็นชอบในการขึ้นทะเบียนไว้ในจำนวนที่เหมาะสม

- เจนพาณิชย์ที่มีอาชีพทางการจำหน่ายวัตถุมงคลเท่านั้น ที่ถูกบังคับให้ต้องนำวัตถุมงคลที่มีการประกาศรายชื่อไว้มาขึ้นทะเบียน จึงจะสามารถนำออกวางจำหน่ายหรือโฆษณาประกาศแก่ประชาชนโดยทั่วไปได้

- วัตถุมงคลใดที่ได้ขึ้นทะเบียนแล้ว การโอนเปลี่ยนผู้ถือกรรมสิทธิ์ไม่ว่าในทางใด ควรจะต้องเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนด้วย

- ห้ามการทำเทียม วัตถุมงคลชนิดใดได้มีการประกาศรับขึ้นทะเบียนไว้แล้ว ไม่ว่าจะเพื่อการจำหน่ายหรือไม่ก็ตาม เมื่อได้มีการห้ามการทำเทียมแล้วย่อมสามารถที่จะห้ามการจำหน่ายและตรวจยึดบรรดาสິงเทียมวัตถุมงคลได้

ปัญหาการขึ้นทะเบียนวัตถุมงคลเป็นเรื่องที่มีปัญหาค่อนข้างมากเพราะวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลโดยใช้มาตรการทางอาญาในเรื่องนี้ นั้น แม้จะมีพื้นฐานจากความถูกต้องตามหลักความยุติธรรม ที่ไม่ควรปล่อยให้มีการปลอมแปลงและการหลอกลวงจำหน่ายวัตถุมงคลกันได้โดยเสรีก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกฎหมายอาญาย่อมมีขอบเขตจำกัด ขอบเขตของกฎหมายอาญานี้คือเรื่องความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติด้วยเหตุต่าง ๆ ดังนี้

- การจัดขึ้นทะเบียนวัตถุมงคลที่มีเป็นจำนวนมากในแต่ละประเภท มีข้อจำกัดทางเศรษฐศาสตร์ เกี่ยวด้วยค่าใช้จ่ายในการบังคับ โดยรัฐจะต้องใช้งบประมาณจำนวนมากเพื่อที่จะจัดหาลงค์กรและบุคคลากรที่จะมาบังคับใช้กฎหมาย

- ข้อจำกัดในเรื่องการควบคุมดุลพินิจ ที่จะกำหนดความสำคัญของวัตถุมงคลแต่ละประเภทซึ่งจะต้องประกาศรับขึ้นทะเบียนตามลำดับก่อนหลัง อันอาจจะเป็นการแทรกแซงความเคลื่อนไหวทางการกำหนดราคาของวัตถุมงคลในตลาด

- ข้อจำกัดในเรื่องความรู้ของบุคคลากรของรัฐในเรื่องนี้ ซึ่งจะทำให้ไม่สามารถตรวจสอบควบคุมในเรื่องการตรวรับขึ้นทะเบียนของผู้เช่าบูชาได้ จนกระทั่งองค์กรของรัฐอาจถูกใช้เป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์ทางการค้า

- เมื่อปฏิบัติตามมาตรการการควบคุมด้วยวิธีการตรวจสอบทาง  
 ทะเบียนเป็นราย ๆ ไปนั้น เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายอาญาในเรื่องนี้ ย่อมทำให้  
 เกิดผลเสีย เพราะรัฐจะต้องควบคุมบุคคลเป็นจำนวนมาก โดยใช้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับ  
 ใช้กฎหมายจำนวนมากในเรื่องเล็กน้อย และเจ้าหน้าที่ก็จะไม่ได้รับความร่วมมือใน  
 การบังคับใช้กฎหมายอาญาล้วนนี้ในเรื่องที่มีความสำคัญว่า เช่นการขึ้นทะเบียนการ  
 ค้าและการตั้งวางจำหน่าย เพราะเมื่อไม่สามารถแสดงทะเบียนวัตถุมงคลได้ซึ่งต้อง  
 มีโทษทางอาญาอยู่แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องทำส่วนอื่นให้ถูกต้อง แต่ใช้วิธีการหลบเลี่ยง  
 เจ้าหน้าที่จะสะดวกกว่า

จากการสัมภาษณ์ นายจรวัย หนุง<sup>๓๒</sup> ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการขึ้น  
 ทะเบียนวัตถุมงคลว่า ในเรื่องการสร้างวัตถุมงคลปลอมและการหลอกลวงจำหน่าย  
 วัตถุมงคลปลอม ขณะนี้ยังไม่มีข้อสรุปว่าจะสามารถดำเนินการควบคุมได้อย่างไร  
 มาตรการทางด้านการจัดทำทะเบียนวัตถุมงคลก็อาจเป็นเรื่องที่สามารถแก้ไขปัญหาก็ได้  
 แต่ก็ต้องใช้บุคคลากรอีกเป็นจำนวนมากเพื่อรับผิดชอบในเรื่องนี้ซึ่งขณะนี้ส่วนราชการ  
 คงไม่สามารถเพิ่มจำนวนบุคคลากรได้ตามนโยบายของรัฐบาล รวมทั้งยังอาจเกิด  
 ปัญหาอื่น ๆ ตามมาอีก เช่นการขาดความรู้ที่จะควบคุมตรวจสอบการปฏิบัติงานผู้  
 เชี่ยวชาญที่ทำหน้าที่ตรวจรับขึ้นทะเบียน ทำให้ไม่สามารถควบคุมในส่วนนี้ได้ เป็นต้น  
 แต่อย่างไรก็ดีสำหรับในเรื่องนี้ทางสำนักพุทธมณฑล ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดกรม  
 การศาสนา ก็ได้มีการจัดงานประกวดการอนุรักษ์พระบูชาและพระเครื่องเป็นประจำ  
 ทุกปี ซึ่งก็ได้มีการเก็บข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาและการตัดสินพระเครื่อง รวมทั้ง  
 การจัดทำทะเบียนในลักษณะของใบประกาศนียบัตรพระเครื่อง แต่ก็ยังไม่มีข้อสรุปใด

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>๓๒</sup> จรวัย หนุง. เลขาธิการมหาเถรสมาคม กรมการศาสนา  
 กระทรวงศึกษาธิการ. สัมภาษณ์, 21 มีนาคม 2538.

ที่สามารถนำมาพัฒนาใช้เป็นมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการปลอมแปลงและการจำหน่ายวัตถุมงคลปลอมได้แต่อย่างใด อาจกล่าวได้ว่า ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการจัดสร้าง และการโฆษณาวัตถุมงคล ที่อยู่ระหว่างการร่างระเบียบมหาเถรสมาคมขณะนี้ เป็นมาตรการควบคุมเพียงมาตรการเดียวที่เป็นรูปธรรม ซึ่งก็สามารถใช้บังคับได้กับวัด และพระภิกษุสงฆ์เท่านั้น ส่วนเรื่องการควบคุมทางการค้า และการปลอมแปลงวัตถุมงคลยังไม่มีมาตรการใด ๆ ที่จะนำมาใช้ควบคุมในส่วนนี้ได้ ในขณะนี้

และจากการสัมภาษณ์ นายชุนกุล ชำรงค์ศรีสกุล<sup>๓๓</sup> ได้ให้ความเห็นในอีกมุมมองหนึ่งว่า เรื่องการควบคุมทางการค้า ถ้าเพียงแต่จดทะเบียนร้านค้าก็คงสามารถปฏิบัติได้ไม่ยากลำบากอะไร แต่ถ้าหากให้ถึงกับต้องขึ้นทะเบียนพระเครื่องด้วย คงจะไม่ไหวเพราะน่าจะมีปัญหามาก ทุกวันนี้การรับประกันพระเครื่องเป็นการส่วนตัวก็น่าจะเพียงพอแล้ว เวลาลูกค้าที่มาเข้าพระเครื่องราคาหลักแสนหลักล้าน ก็ต้องมีความเชื่อถือกันเป็นทุนเดิมอยู่แล้ว ถ้าขึ้นทะเบียนได้จะไปหาเข้าพระเครื่องราคาสูง ๆ จากใครมาจำหน่ายได้ เพราะทุกคนก็รู้ราคากันอยู่ เวลาขายก็อยากได้เต็มตามราคาทั้งนั้น

จากทัศนะของผู้เกี่ยวข้องทั้งสองคนข้างต้น อาจกล่าวได้ว่าการขึ้นทะเบียนวัตถุมงคลมีปัญหาที่ไม่อาจดำเนินการได้อยู่สองส่วน คือปัญหาด้านบุคลากรของหน่วยงานที่รองรับ และปัญหาด้านมติมหาชนที่สนับสนุนในส่วนนี้ ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดของกฎหมาย อันทำให้ไม่อาจใช้บังคับได้

นอกจากข้อจำกัดต่าง ๆ ที่ได้กล่าวแล้ว หากจะมองย้อนกลับไปถึงมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ทั้งที่มีอยู่แล้ว และที่ควรจะมีในเรื่องนี้ เป็นไปได้ว่า น่าจะมีวิธีการที่นำไปสู่จุดประสงค์ ที่สามารถทำให้บรรลุถึงซึ่งวัตถุประสงค์ในการแก้ไขสภาพปัญหาได้บางประการ ด้วยวิธีการอื่นที่มีข้อจำกัดและความยุ่งยากน้อยกว่า ถึงแม้ว่าจะไม่สามารถแก้ไขสภาพปัญหาได้ทั้งหมดก็ตาม ซึ่งได้แก่

<sup>๓๓</sup> ชุนกุล ชำรงค์ศรีสกุล. สัมภาษณ์, 12 มีนาคม 2538.



- การใช้มาตรการตามกฎหมายอาญาในความผิดฐาน ฉ้อโกง และการหลอกลวงทางการค้า กับผู้ที่ค้าวัตถุมงคลปลอมหรือแปลงให้มีมูลค่าสูงขึ้นกว่าความเป็นจริง
- การใช้มาตรการตามกฎหมายแพ่ง เกี่ยวกับการซื้อขาย เพื่อบรรเทาความเสียหายแก่ผู้ที่ถูกหลอกลวงขายวัตถุมงคลปลอม หรือแปลงให้มีมูลค่าสูงขึ้นกว่าความเป็นจริง
- กรณีการใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่แล้วดังกล่าวข้างต้น อาจกระทำได้เมื่อมีการควบคุมทางทะเบียนการค้า เพื่อสามารถติดตามตัวผู้ค้าได้โดยง่าย
- เมื่อมีมาตรการกำกับดูแลการจัดสร้างวัตถุมงคลตามข้อ (2) แล้ว การสร้างวัตถุมงคลปลอมเพื่อการจำหน่าย จะมีบทลงโทษฐานเป็นการจัดสร้างโดยไม่ได้รับอนุญาตอยู่แล้ว

#### (4) การค้า

การขาดมาตรการควบคุมในทางการค้าและควบคุมผู้ค้า อาจสรุปสภาพปัญหาได้ดังนี้

- ก. การที่ผู้ค้าขาดความรับผิดชอบต่อผู้บริโภค ทั้งทางด้านการให้ข้อมูลและความรับผิดชอบต่อวัตถุมงคลที่จำหน่าย
- ข. ไม่สามารถตรวจสอบควบคุมการจำหน่ายวัตถุมงคล ที่รับไว้จากการกระทำความผิดอาญาได้
- ค. การจัดวางจำหน่ายวัตถุมงคล เป็นไปโดยไม่เหมาะสม
- ง. ไม่มีมาตรการในการกำกับดูแลการจัดงานประกวดการอนุรักษ์พระเครื่องและพระบูชา

จากสภาพปัญหาดังกล่าว อาจกำหนดแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาได้ ดังนี้

- กำหนดให้ผู้ประสงค์จะทำการค้าวัตถุมงคล ต้องได้รับใบอนุญาตจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้องก่อน เพื่อสามารถทราบถึงจำนวนสถานที่ตั้งและรายชื่อของผู้ประกอบการทางด้านนี้ได้ โดยมีรายละเอียดการขออนุญาต ดังนี้

1. กำหนดระบุตัวผู้มีอำนาจอนุญาตและกรณีมีคำสั่งไม่อนุญาตด้วย ซึ่งในที่นี้ควรกำหนดให้อธิบดีกรมการศาสนาเป็นผู้มีอำนาจดังกล่าว

2. ใบอนุญาตควรมีอายุ 1 ปี เพื่อสามารถตรวจสอบจำนวนผู้ค้าที่ยังคงประกอบกิจการอยู่ในปัจจุบันได้

3. ให้ผู้ค้าที่ได้รับใบอนุญาตแล้วแสดงใบอนุญาตไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่ายในสถานที่ทำการค้า

4. ให้ผู้ค้าที่ได้รับอนุญาตทำบัญชีการค้า และบัญชีอื่น ๆ ในเรื่องที่ต้องมีการกำกับดูแล โดยให้เก็บรักษาไว้ในสถานที่ทำการค้าเพื่อความสะดวกในการตรวจสอบ

- การที่ผู้ค้ารับซื้อวัตถุมงคลจากผู้ที่น่ามาขาย ควรตรวจสอบควบคุมเฉพาะรายการที่มีความสำคัญ โดยให้ผู้ค้าจัดทำบัญชีการรับซื้อไว้พร้อมทั้งหลักฐานที่แสดงถึงชื่อและที่อยู่ของผู้นำมาขาย ในการรับซื้อที่เป็นจำนวนเงินสูงพอสมควรที่อาจไม่ใช่กรณีตามปกติธรรมดา ซึ่งอาจกำหนดในเบื้องต้นให้เป็นเงินเกินกว่าห้าพันบาท หรือเมื่อรับซื้อพร้อมทองรูปพรรณ

หากได้ปฏิบัติเช่นนี้แล้ว ควรจะต้องสันนิษฐานว่าผู้ค้าได้รับซื้อวัตถุมงคลไว้โดยสุจริตเว้นแต่จะสามารถพิสูจน์ให้เห็นเป็นอย่างอื่น ดังนั้นถึงแม้ว่าวัตถุมงคลที่มีผู้นำมาขายจะเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน ตามประมวลกฎหมายอาญา ก็ควรต้องให้ความคุ้มครองต่อผู้ค้า โดยถือว่าเป็นการรับไว้โดยไม่รู้ว่าเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด และไม่จำเป็นต้องคืนให้กับเจ้าของที่แท้จริง เว้นแต่จะได้รับการชดใช้ราคา

- ในการตั้งวางจำหน่ายวัตถุมงคลโดยทั่วไปในทุกกรณี ไม่ว่าจะเป็นผู้ค้าที่ต้องได้รับอนุญาตหรือไม่ก็ตาม ควรต้องถูกควบคุมให้ตั้งวางแสดงวัตถุมงคลบนที่รองรับซึ่งมีระยะสูงจากพื้นที่ตั้งวางในระดับหนึ่ง ซึ่งควรกำหนดในกฎกระทรวง เพื่อความสะดวกในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามความเหมาะสม และการวางจำหน่ายวัตถุมงคลดังกล่าวควรตั้งแสดงเป็นการเฉพาะไม่รวมอยู่กับสิ่งอื่น ๆ ที่ไม่เหมาะสม เช่น เครื่องมือเครื่องใช้เครื่องประดับ หรือวัตถุที่เคารพในศาสนาอื่นบางประเภท เช่น เครื่องรางของขลัง เนื่องจากส่วนใหญ่จะมีรูปลักษณะที่ไม่สมควรนำมาวางจำหน่ายร่วมกับวัตถุมงคล โดยควรยกเว้นให้แต่เฉพาะวัตถุที่เกี่ยวข้องด้วยการเก็บรักษาวัตถุมงคลหรือเครื่องบูชาตามความเชื่อในศาสนา

- กำหนดให้การจัดแสดงวัตถุมงคลเพื่อเรียกเก็บค่าเข้าชม และการจัดงานประกวดวัตถุมงคล ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลในลักษณะเช่นเดียวกับการค้า

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดรูปแบบในทางการค้าและการจัดแสดงวัตถุมงคล ถือได้ว่าเป็นเรื่องสำคัญ เนื่องจากเป็นภาพพจน์ของคนไทยในการปฏิบัติต่อสิ่งที่เคารพในศาสนาและเป็นรูปแบบที่พบเห็นได้โดยทั่วไป ทั้งมาตรการทางกฎหมายในส่วนนี้ก็ได้ใช้บังคับกับประชาชนโดยทั่ว ๆ ไปเว้นแต่ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการค้าวัตถุมงคล การเข้ากำกับดูแลในส่วนนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามีเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน การเข้ากำกับดูแลในส่วนนี้ จึงอาจกล่าวได้ว่ามีเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งความจำเป็นทางด้านบุคคลากร และค่าใช้จ่ายในการบังคับ ก็มีได้มากจนเกินความจำเป็น เพราะมีแต่เพียงการควบคุมทางทะเบียนเกี่ยวกับการอนุญาตการค้า และการตรวจตราร้านค้า หรืองานแสดงวัตถุมงคลเท่านั้น จึงยังไม่ถึงขนาดที่จะเป็นข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมาย และการเข้ากำกับดูแลในลักษณะเช่นนี้ ก็เพื่อเป็นการกำหนดมาตรฐานในทางสังคมเกี่ยวกับการให้ความเคารพต่อวัตถุมงคลในระดับหนึ่ง ซึ่งแตกต่างไปจากสินค้าโดยทั่วไป

จากการสัมภาษณ์ นายธนกุล อารงค์ศรีสกุล<sup>๓๔</sup> ได้ให้ความเห็นในเรื่องการควบคุมทางการค้าว่า การควบคุมโดยการจดทะเบียนร้านค้า เป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่สร้างความลำบากแก่ผู้ค้าจนเกินสมควร ส่วนเรื่องการควบคุมการตั้งวางจำหน่ายให้เหมาะสม เป็นเรื่องที่สมควรและทางราชการน่าจะทำมานานแล้ว ทุกวันนี้ปัญหาเรื่องนี้เกิดจากผู้ค้าจรรยาที่ตั้งวางจำหน่ายโดยไม่เหมาะสม แต่ที่เป็นปัญหาใหม่ขึ้นมาเพราะผู้ค้าประเภทนี้ตั้งวางอยู่ทั่วไปในสถานที่สำคัญต่าง ๆ ทำให้พบเห็นได้ง่าย และเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม

จากความเห็นของผู้ที่ต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการโดยบทบัญญัติในลักษณะเช่นนี้ แสดงให้เห็นว่าสามารถใช้มาตรการทางกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ได้ โดยความเห็นชอบของบุคคลผู้ต้องถูกจำกัดสิทธินี้เอง

<sup>๓๔</sup> ธนกุล อารงค์ศรีสกุล. สัมภาษณ์, 12 มีนาคม 2538.

## (5) การโฆษณาและสิ่งพิมพ์

ดังได้กล่าวถึงความสำคัญของนิตยสารเกี่ยวกับวัตถุมงคล และการโฆษณา วัตถุมงคลไว้ในสภาพปัญหาแล้ว ซึ่งทั้งสองกรณีปัจจุบันนับได้ว่าเป็นส่วนที่มีความสำคัญ เกี่ยวข้องกับการค้าวัตถุมงคลเป็นอย่างยิ่ง จึงมีจำนวนที่เพิ่มมากขึ้น ทั้งรายชื่อ นิตยสาร และปริมาณการโฆษณาในสิ่งพิมพ์หลาย ๆ ประเภทโดยที่ไม่มีมีการกำกับดูแล บางครั้งจึงมีการใช้เป็นเครื่องมือในการหลอกลวงผู้บริโภคให้หลงเชื่อเพื่อผลประโยชน์ ของผู้เขียนบทความ หรือผู้ลงโฆษณา หรืออาจมีการให้ข้อมูลความรู้ที่ผิด ๆ โดยขาด ความรับผิดชอบ ซึ่งอาจสรุปสภาพปัญหาต่าง ๆ ได้ดังนี้

- บทความในสิ่งพิมพ์มีการบิดเบือนข้อเท็จจริง
- การโฆษณาเพื่อการจำหน่ายวัตถุมงคลกระทำโดยไม่เหมาะสม เช่น
  - ก. การโฆษณาโดยอวดอวดกรรมคุณธรรม อวดอ้างคุณวิเศษ หรืออ้าง

อกุณิหารสิ่งที่ไม่สามารถพิสูจน์ได้

ข. การโฆษณาไม่ตรงกับความเป็นจริงในเรื่องตัวบุคคลผู้เป็นประธาน ในการจัดสร้าง หรือสถานที่ในการจัดสร้าง หรือการลงภาพประกอบเพื่อชวนให้เกิด การเข้าใจที่ผิดจากความจริง

ค. การโฆษณาโดยแอบอ้างนามของพระภิกษุที่มีชื่อเสียง ว่ามีส่วน เกี่ยวข้องกับการปลุกเสกอธิษฐานจิตวัตถุมงคลที่โฆษณา ทั้งที่ไม่มีมีการกระทำดังกล่าว

ง. การโฆษณาจำหน่ายพระกรุ หรือพระเก่าอายุหลายสิบหลายร้อยปี ทั้งที่ไม่เป็นความจริง

จากสภาพปัญหาดังกล่าว อาจกำหนดแนวทางการแก้ไขสภาพปัญหาได้ ดังนี้

- การโฆษณาวัตถุมงคลที่จัดสร้างขึ้นโดยได้รับอนุญาตตามข้อ (2) แล้ว ต้องจัดส่งข้อความที่ประสงค์จะใช้ในการโฆษณาให้หน่วยราชการที่กำกับดูแลตรวจสอบ ก่อน ว่าใช้ถ้อยคำหรือภาพประกอบเหมาะสมหรือไม่ และตรงกับที่ได้ขอรับอนุญาต จัดสร้างไว้หรือไม่ ซึ่งควรให้อำนาจกับอธิบดีกรมการศาสนา หรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ในการพิจารณาสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ใช้ข้อความหรือรูปภาพโฆษณา หรือมีคำสั่ง ให้แก้ไขส่วนหนึ่งส่วนใดก็ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหาย ในการลงพิมพ์โฆษณา

- วัตถุมงคลที่ไม่ถือเป็นโบราณวัตถุ หรือศิลปวัตถุ ที่ซ่อนหรือฝังไว้ในสถานที่ทางศาสนา และได้มีการค้นพบในภายหลัง หากประสงค์จะนำออกจำหน่ายแก่ประชาชนเป็นการทั่วไปด้วยการลงพิมพ์โฆษณา จะต้องแจ้งให้แก่ส่วนราชการที่กำกับดูแลทราบ เพื่อตรวจสอบประวัติของวัตถุมงคลว่าเป็นความจริงตามที่กล่าวอ้างหรือไม่

- สิ่งพิมพ์ที่มีชื่อของส่วนราชการ ที่ได้ลงพิมพ์เรื่องเกี่ยวกับวัตถุมงคล ไม่ว่าจะทั้งฉบับหรือส่วนหนึ่งส่วนใดเมื่อได้รับอนุญาตให้ตีพิมพ์ตามกฎหมายการพิมพ์แล้วจะต้องแจ้งชื่อสิ่งพิมพ์ให้หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลทราบ พร้อมทั้งต้องจัดส่งสิ่งพิมพ์มายังที่ทำการของส่วนราชการที่มีหน้าที่กำกับดูแลในเรื่องนี้ทุกฉบับที่ตีพิมพ์

- กำหนดให้สิ่งพิมพ์จำเป็นต้องมีแหล่งข้อมูลอ้างอิง เฉพาะเมื่อกล่าวถึงเรื่องพุทธประวัติ ประวัตินพระสงฆ์ ประวัตินวัดหรือสถานที่ ประวัตินวัตถุมงคล หรือเมื่อกล่าวอ้างว่ามีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นในช่วงเวลาใด โดยระบุชื่ออ้างอิงนั้นไว้ให้ชัดเจนในบทความหรือโฆษณา

- หากปรากฏในภายหลังจากการตรวจบทความว่า การลงพิมพ์บทความใดในลักษณะดังกล่าวไม่ตรงกับแหล่งข้อมูลอ้างอิง หรือคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงควรให้หน่วยงานที่กำกับดูแล มีอำนาจสั่งให้สิ่งพิมพ์ลงพิมพ์แก้ไขข้อความส่วนที่คลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ทั้งนี้ควรจะต้องแจ้งข้อความที่ส่งแก้ไขนั้นให้บรรณาธิการ ผู้พิมพ์ หรือผู้โฆษณาของสิ่งพิมพ์นั้นได้ทราบก่อน กำหนดที่สิ่งพิมพ์ฉบับที่ลงพิมพ์แก้ไขข้อความจะออกวางจำหน่ายไม่น้อยกว่าสามสิบวัน

เหตุผลในการเข้ากำกับดูแล ในเรื่องสิ่งพิมพ์และการโฆษณาวัตถุมงคลก็เป็นเช่นเดียวกันกับเหตุในการเข้ากำกับดูแลการค้า กล่าวคือ เป็นเรื่องที่ปรากฏต่อสาธารณะชนในฐานะที่เป็นภาพพจน์ของการปฏิบัติต่อสิ่งที่เคารพในศาสนา ซึ่งสามารถพบเห็นได้โดยง่าย และมาตรการทางกฎหมายในส่วนนี้ก็มิได้ใช้บังคับกับประชาชนหรือสิ่งพิมพ์ โดยทั่ว ๆ ไป แต่ได้จำกัดขอบเขตการกำกับดูแลไว้สำหรับสิ่งพิมพ์ที่ลงพิมพ์หรือลงโฆษณาเกี่ยวกับวัตถุมงคลซึ่งมีชื่อของทางราชการเท่านั้น ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นเหตุผลเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนเช่นกัน

ปัญหาบางส่วนจะอยู่ที่ ขีดความสามารถของเจ้าหน้าที่ซึ่งทำหน้าที่ตรวจสอบสิ่งพิมพ์ จะต้องมีความรู้ในเรื่องนี้มากพอสมควร แต่เปรียบเทียบจากปริมาณงานที่มีจำนวนไม่มากนัก เพราะในส่วนของงานตรวจสอบโฆษณาเพียงแต่ตรวจสอบเปรียบเทียบว่า ได้ลงพิมพ์ถูกต้องตามที่ได้ขออนุญาตไว้ก่อนแล้วหรือไม่เท่านั้น เมื่อใช้เวลาไม่นาน เจ้าหน้าที่จะเกิดประสบการณ์ในการทำงานและสามารถปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

ความมุ่งหมายของการกำกับดูแลในส่วนนี้ นอกจากเพื่อให้การลงพิมพ์โฆษณาวัตถุมงคลเป็นไปด้วยความเหมาะสมและตรงต่อความเป็นจริงแล้ว สิ่งพิมพ์ที่ลงพิมพ์เรื่องเกี่ยวกับวัตถุมงคล จะต้องสามารถระบุแหล่งที่มาของข้อมูลที่อ้างอิงได้ เช่นจากสิ่งพิมพ์ทางวิชาการหรือจากบทสัมภาษณ์บุคคล เพื่อให้ประชาชนผู้อ่านสามารถพิจารณาได้ว่าสมควรให้ความเชื่อถือหรือเป็นเรื่องที่น่าจะมีมูลเป็นความจริงในระดับใด โดยจำกัดให้สิ่งพิมพ์จำเป็นต้องมีแหล่งข้อมูลอ้างอิง เฉพาะเมื่อกล่าวถึงเรื่อง พุทธประวัติ ประวัติพระสงฆ์ ประวัติวัดหรือสถานที่ ประวัติวัตถุมงคล หรือเมื่อกล่าวอ้างว่ามีเหตุการณ์อย่างหนึ่งอย่างใดเกิดขึ้นในช่วงเวลาใด ซึ่งทั้งหมดเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงทางประวัติศาสตร์ และการจัดบันทึกประวัติศาสตร์ในอนาคต โดยหากปรากฏในภายหลังจากการตรวจพบความว่าการลงพิมพ์บทความใดในลักษณะดังกล่าวไม่ตรงกับแหล่งข้อมูลอ้างอิง หรือคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริง ก็ควรให้ส่วนราชการที่กำกับดูแลสั่งให้สิ่งพิมพ์ลงพิมพ์แก้ไขข้อความที่คลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงได้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด

จากการสัมภาษณ์ นายธนกุล อารงค์ศรีสกุล<sup>๓๕</sup> ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องในฐานะเป็นผู้เขียนบทความในสิ่งพิมพ์เกี่ยวกับวัตถุมงคลหลายฉบับ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับ

<sup>๓๕</sup> ธนกุล อารงค์ศรีสกุล. สัมภาษณ์, 12 มีนาคม 2538.

เรื่องการควบคุมโฆษณาและสิ่งพิมพ์ว่า การควบคุมการโฆษณาจำหน่ายพระเครื่อง เป็นเรื่องที่น่าจะทำเพราะทุกวันนี้ไม่มีการควบคุม ก็เลยต้องแข่งกันโฆษณาเพื่อให้ประชาชนเกิดความสนใจ ลงข้อความอะไรก็ได้เพราะไม่ผิดอะไรไม่ต้องรับผิดชอบว่าเป็นความจริงหรือไม่ เช่นเดียวกับบทความในสิ่งพิมพ์ก็จะเขียนอะไร ตรงไหน ก็เขียนได้ทั้งนั้น อย่างเช่นเขียนเรื่องพระกรุบ้านกร่างสุพรรณบุรีว่าเป็นพระเครื่องที่สมเด็จพระนเรศวรสร้าง ก็เขียนขึ้นมาไม่ต้องมีหลักฐานอะไร จนทุกวันนี้คนก็เชื่อกันอย่างนั้น แล้วหนังสือเกี่ยวกับพระเครื่องเขียนอะไรลงไป คนอ่านก็เชื่อถือมาก เพราะไม่สามารถหาความรู้ในเรื่องเหล่านี้ได้จากแหล่งอื่น ๆ

สรุปแล้วก็ค่อนข้างเห็นด้วยเป็นส่วนใหญ่ ที่จะมีการกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับวัตถุมงคลในเรื่องต่าง ๆ ทำนองนี้ เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนโดยทั่วไป และเพื่อภาพพจน์ของศาสนาที่อาจเสื่อมเสีย เพราะการลงพิมพ์โฆษณาเรื่องวัตถุมงคลกันตามอำเภอใจ

#### (6) อัตราโทษ

ในส่วนที่เกี่ยวกับการกำหนดอัตราโทษของผู้ฝ่าฝืนกฎหมายนี้ การกำหนดอัตราโทษควรคำนึงถึงผลความร้ายแรงของการกระทำความผิดเป็นหลัก เนื่องจากโดยส่วนใหญ่เป็นความผิดที่เกี่ยวกับการค้า ซึ่งผู้ฝ่าฝืนกฎหมายกระทำไปเพื่อผลประโยชน์ทางการค้า ดังนั้นปริมาณโทษในระดับโทษจำคุกไม่เกินกว่าความผิดหลักโทษก็มากพอที่จะให้บรรลุผลในการป้องกันการกระทำความผิดโดยการขู่ให้คนกลัวโทษได้ ในขณะที่เดียวกันโทษปรับที่มีอัตราค่าปรับเป็นจำนวนเงินสูง ก็เป็นเรื่องที่เหมาะสมกับความผิดเกี่ยวกับการค้าเพื่อบรรลุผลในการป้องกัน นอกจากนี้อัตราโทษ ควรจะมีความสัมพันธ์กับความผิด ความผิดที่มีลักษณะรุนแรงและเกิดผลกระทบต่อความรู้สึกของประชาชนส่วนใหญ่ เช่นการหลอกลวงประชาชนเกี่ยวกับการจัดสร้างวัตถุมงคล ควรจะมีอัตราโทษสูงกว่าความผิดที่เป็นเรื่องเล็กน้อยเช่นเรื่องทางทะเบียนการค้า

สำหรับในขั้นนี้จะแยกกลุ่มของความผิดที่มีลักษณะความร้ายแรงเช่นเดียวกันหรือเป็นความผิดชนิดเดียวกันไว้ รวมทั้งมาตรการพิเศษอื่น ๆ เพื่อการแก้ไขสิ่งที่ได้กระทำโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมายให้ถูกต้องก่อน ในกรณีที่ยังไม่มีความจำเป็นต้องใช้

โทษอาญา เข้าบังคับ ส่วนการวางอัตราโทษว่าการกระทำความผิดใดควรมีโทษจำคุกหรือไม่ หรือควรกำหนดโทษปรับสำหรับฐานความผิดนั้นในอัตราเท่าใด เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากสภาพความเสียหาย และผลกระทบที่เกิดจากการกระทำความผิด โดยใช้มาตรฐานของสังคมในช่วงเวลาที่จะมีการบังคับใช้กฎหมาย จึงยังไม่สมควรกำหนดอัตราโทษลงให้แน่ชัดในขณะนี้

สำหรับฐานความผิดที่ต้องกำหนดโทษ และมาตรการทางกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายสามารถบังคับใช้ได้ตามเจตนารมย์ มีดังนี้

1. กำหนดบทลงโทษผู้ที่จัดสร้างวัตถุมงคลเพื่อจำหน่ายแก่ประชาชนทั่วไปโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือจัดสร้างหรือจำหน่ายวัตถุมงคลโดยไม่ตรงกับที่ได้รับอนุญาต
2. กำหนดบทลงโทษผู้จัดแสดงวัตถุมงคลเพื่อเรียกเก็บค่าเข้าชมหรือจัดงานประกวดวัตถุมงคล โดยไม่ได้รับอนุญาต
3. กำหนดบทลงโทษผู้ทำการค้าวัตถุมงคล โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือโดยไม่ต่อใบอนุญาตประจำปี
4. ให้นักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจให้คำตักเตือนผู้ค้าวัตถุมงคลที่ฝ่าฝืนไม่แสดงใบอนุญาตไว้ในสถานที่ทำการค้า หรือไม่เก็บรักษานัญชีรายการวัตถุมงคลที่ขึ้นทะเบียนไว้ หรือบัญชีการรับซื้อวัตถุมงคลในกรณีต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในสถานที่ทำการค้า หรือตั้งวางแสดงหรือจำหน่ายวัตถุมงคลต่ำกว่าระยะที่กำหนดหรือรวมกับสิ่งอื่น ๆ โดยกำหนดบทลงโทษหากตรวจพบว่าไม่ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในคำเตือนนั้น
5. กำหนดบทลงโทษผู้โฆษณา ที่โฆษณาวัตถุมงคลที่จัดสร้างหรือค้นพบเพื่อการจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต
6. กำหนดบทลงโทษบรรณาธิการ ผู้พิมพ์ หรือผู้โฆษณาสิ่งพิมพ์ ที่ลงพิมพ์ข้อความเกี่ยวกับเรื่องพุทธประวัติ ประวัตินพระสงฆ์ วัด สถานที่ วัตถุมงคลหรือเหตุการณ์ใด ๆ โดยไม่มีหรือไม่ระบุข้ออ้างอิงไว้ให้ชัดเจน หรือไม่ลงพิมพ์แก้ไขข้อความส่วนที่คลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงตามที่อธิบดีกรมการศาสนามีคำสั่ง ภายในระยะเวลาที่กำหนด



7. กำหนดบทลงโทษบรรณาธิการ ผู้พิมพ์ หรือผู้โฆษณา สิ่งพิมพ์ ที่ลงพิมพ์เรื่องเกี่ยวกับวัตถุมงคลไม่ว่าทั้งฉบับหรือส่วนหนึ่งส่วนใด แล้วไม่แจ้งชื่อสิ่งพิมพ์ให้อธิบดีกรมการศาสนาทราบ หรือไม่ดำเนินการจัดส่งสิ่งพิมพ์มาเพื่อรับการตรวจภายหลังจากที่ตีพิมพ์แล้ว

(7) องค์กร

กฎหมายทุกฉบับ จำเป็นจะต้องกำหนดองค์กรที่จะรองรับในการปฏิบัติให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงจะสามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องด้วยวัตถุมงคลนี้เป็นเรื่องที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรง และบางส่วนอยู่ในความรับผิดชอบของกรมการศาสนา กระทรวงศึกษาธิการ จึงเป็นเหตุผลที่ได้กำหนดให้กรมการศาสนา เป็นหน่วยงานที่สมควรเป็นองค์กรในการบังคับใช้กฎหมายนี้

เมื่อได้กำหนดให้กรมการศาสนาเป็นองค์กรเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้นอธิบดีกรมการศาสนา ย่อมเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่จากข้าราชการในสังกัดกรมการศาสนา เพื่อตรวจดูว่าได้มีการปฏิบัติฝ่าฝืนต่อกฎหมายในเรื่องใดหรือไม่ ควรกำหนดให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในการเข้าไปในสถานที่ผลิต สถานที่จัดสร้าง หรือสถานที่ทำการค้าวัตถุมงคลในระหว่างเวลาทำการ และในกรณีที่พบการกระทำความผิดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามิได้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายนี้ควรให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจยึดหรืออายัดวัตถุมงคลเพื่อนำไปตรวจสอบและเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีได้ ส่วนการดำเนินคดีตามกฎหมาย ยังควรให้เป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเริ่มคดีตามคำร้องทุกข์กล่าวโทษของพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ได้รับมอบหมาย

ส่วนการตรวจบัญชีการค้าและบัญชีการรับซื้อวัตถุมงคล ตามที่ได้กล่าวไว้แล้ว ซึ่งถือเป็นความลับในทางการค้า พนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะมีอำนาจตรวจดูควรได้รับมอบหมายจากอธิบดีมาเป็นการเฉพาะ จึงจะมีอำนาจในการตรวจดูได้

เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ที่ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายนี้จึงควรกำหนดให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา ในการปฏิบัติตามหน้าที่