

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน 2564)

ISSN (Print) 2286-6787

ISSN (Online) 2730-2326

บทความ

บทความของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการณืโรคโควิด 19
ในประเทศไทย

นริศรา ประสิทธิ์ปานวัง

คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ว่าด้วยเรื่องสถานะของ
ลักษณะภูมิสังฐานในทะเลจีนใต้

ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง
ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

นฤตม์ พัฒนไพศาลชัย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและ
อนาจารศพ : ศึกษากรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ

เจมิญช์ ชูเลิศ

ปัญหากฎหมายการบริหารจัดการอาคารชุด

รณกฤต ไทยมี

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า
ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2564
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



NITIPAT NIDA Law Journal
Volume 10 No.1 January - June 2021
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration

วารสารกฎหมายนิติพัฒน นิต้า
ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2564

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร.อัญธิกา ณ พิบูลย์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

นางสาวประภัตรา ปักกัด้ตั้ง สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต
รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาทหลวง มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ถ้ำเลิศ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษณากร ว่องวุฒิกุล สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.วิสาชา ภู่อารวจ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

NITIPAT NIDA Law Journal (Peer-reviewed Journal)

Volume 10 No.1 January-June 2021

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า (NITIPAT NIDA Law Journal) จัดทำโดยคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นวารสารที่ตีพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ คือ ฉบับที่ 1: มกราคม - มิถุนายน และ ฉบับที่ 2: กรกฎาคม - ธันวาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะ กฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการ และผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ซึ่งบทความต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน การเผยแพร่วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ เผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่ห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หรือสั่งซื้อได้ที่ โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิต้า” และเผยแพร่ในรูปแบบออนไลน์ ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่เว็บไซต์ของ Thai Journal Online (ThaiJo)

เจ้าของ:	คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
สถานที่ติดต่อ:	อาคารบุญชนะ อตถการ ชั้น 5 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
โทรศัพท์:	02 727 3660 โทรสาร: 02 374 4731
E-mail:	nitipat_lawjournal@nida.ac.th

บทความหรือข้อความความคิดเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด ๆ

ออกแบบและพิมพ์ที่

บริษัท จรัสสินทวงศ์การพิมพ์ จำกัด เลขที่ 219,221,223,225,227,229,231,233

แขวงบางแคเหนือ เขตบางแค กรุงเทพฯ 10160

โทรศัพท์ 0-2809-2281-3 โทรสาร 0-2809-2284

<http://www.fast-books.com> E-mail: info@fast-books.com

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท

บทบรรณาธิการ

สวัสดีท่านผู้อ่านทุกท่าน วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ฉบับนี้ เป็นฉบับปีที่ 10 เล่มที่ 1/2564 (มกราคม - มิถุนายน 2564) ประกอบด้วย 5 บทความ ซึ่งมีเนื้อหาที่หลากหลาย ดังต่อไปนี้

บทความเรื่องแรก คือ เรื่อง บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการณืโรคโควิด 19 ในประเทศไทย เขียนโดย ผศ.นริศรา ประสิทธิปานวัง อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา ผู้เขียนกล่าวถึง บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในประเด็นต่าง ๆ ผ่านการบังคับใช้กฎหมายภายใน ในช่วงภาวะการณืโรคโควิด 19 ในประเทศไทย เช่น ประเด็นสิทธิด้านสุขภาพ การเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 การควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 โดยใช้มาตรการกักตัว มาตรการควบคุมการเดินทางของประชาชน รวมทั้งการออกข้อบังคับที่เข้มงวดในการรักษาระยะห่างทางสังคม ซึ่งประเทศไทยจะต้องใช้มาตรการเหล่านี้้อย่างเที่ยงธรรม โปร่งใส และไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้ได้มากที่สุด

บทความเรื่องที่สอง คือ เรื่อง คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ว่าด้วยเรื่องสถานะของลักษณะภูมิสถานฐานในทะเลจีนใต้ เขียนโดย ดร.ยศพนธ์ นิตริจโรจน์ อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง ผู้เขียนกล่าวถึง คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ในคดีข้อพิพาทระหว่างประเทศจีนและประเทศฟิลิปปินส์ในเรื่องการแย่งชิงอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิสถานฐานในทะเลจีนใต้ และได้อธิบายกลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับ ที่ใช้สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้อินทรีย์กฎหมายทะเล ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (อนุสัญญากฎหมายทะเล) ว่า รัฐภาคีรัฐหนึ่งอาจเสนอคดีต่อศาลให้วินิจฉัยชี้ขาดได้โดยไม่จำเป็นต้องรับความยินยอมจากรัฐคู่พิพาทก็ได้ แต่ในกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยซึ่งไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้อินทรีย์กฎหมายทะเล ประเทศฟิลิปปินส์ยังสามารถฟ้องประเทศจีนโดยอาศัยกลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวได้ด้วยการใช้วิธีทางเทคนิคในการตั้งข้อหาให้ศาลมีเขตอำนาจ โดยการขอให้ศาลวินิจฉัยว่าภูมิสถานฐานเหล่านั้นมีสถานะเป็นอะไร แทนการขอให้ศาลชี้ขาดว่าภูมิสถานฐานเหล่านั้นควรเป็นของใคร ซึ่งผลของคำชี้ขาดของศาลในกรณีนี้ก็ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยเหนือภูมิสถานฐานได้เช่นกัน

บทความเรื่องที่สาม คือ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เขียนโดย นายณัฐม์ พัฒนไพศาลชัย นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผู้เขียนนำเสนอปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนของกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง ซึ่งพบว่าการออกกฎกระทรวงตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นไม่สอดคล้องกับลักษณะของการอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กล่าวคือ (1) มีการกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อกรเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยที่ฝ่ายปกครองอาจไม่ได้รับการตรวจสอบโดยศาล ทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองอาจไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเท่าที่ควร (2) มีการกำหนดระยะเวลา

ในการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่เร่งรัดเกินสมควร (3) ไม่มีการกำหนดผลของการล่วงเลยระยะเวลาในการพิจารณาคำอุทธรณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งส่งผลต่อการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในชั้นต่อไป โดยผู้เขียนเสนอแนะให้ยกเลิกบทบัญญัติในกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งส่วนของระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง กำหนดผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ และกำหนดเงื่อนไขในการพิจารณาอุทธรณ์การบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพื่อคุ้มครองผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองมากขึ้น

บทความเรื่องที่ดี คือ เรื่อง ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพ ศึกษารณโรจจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ โดย นางสาวเจมิญช์ ชูเลิศ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ผู้เขียนนำเสนอปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายในส่วนของ การกระทำชำเราและอนาจารศพในกรณีผู้กระทำมีลักษณะที่เป็นโรจจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ซึ่งพบว่า ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายอาญาที่กำหนดลักษณะของความผิด กำหนดอัตราโทษ รวมถึงกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ชัดเจนและเหมาะสมกับกรณีผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรม การกระทำความผิดทางเพศต่อศพ ผู้เขียนจึงเสนอแนะแนวทางในการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ รวมทั้งเสนอมาตรการที่เหมาะสมในการเยียวยาและแก้ไขผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำอีก

บทความเรื่องสุดท้าย คือ เรื่อง ปัญหากฎหมายการบริหารจัดการอาคารชุด โดย นายธนภฤต ไทยมี นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ผู้เขียนนำเสนอปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการอาคารชุด ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้นิติบุคคลอาคารชุดต้องมีผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้จัดการเอาไว้อย่างกว้าง ๆ เท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนจึงเสนอแนะให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดเป็นพิเศษ และให้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลการบริหารจัดการอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าของร่วมในอาคารชุดมากขึ้น

คณะผู้จัดทำวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า หวังเป็นอย่างยิ่งว่า เนื้อหาสาระของวารสารฉบับนี้จะเป็นประโยชน์ต่อผู้อ่านทุกท่าน และขอขอบคุณกองบรรณาธิการ กองจัดการและผู้ทรงคุณวุฒิทุกท่านที่ให้เกียรติพิจารณาประเมินบทความ เพื่อควบคุมคุณภาพและมาตรฐานของวารสาร รวมทั้งขอขอบคุณสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า และผู้อ่านทุกท่านที่ให้ความสนใจติดตามวารสารมาโดยตลอด ทั้งนี้ ทางคณะผู้จัดทำยินดีรับข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงวารสารให้มีคุณภาพดียิ่งขึ้นต่อไป

อาจารย์ ดร.อัญจิกา ณ พิบูลย์

บรรณาธิการ

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ปีที่ 10 ฉบับที่ 1 มกราคม - มิถุนายน 2564

บทความ	หน้า
<ul style="list-style-type: none">● บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการณืโรคโควิด 19 ในประเทศไทย The Role of International Law for COVID-19 in Thailand นริชรา ประสิทธิ์ปานวัง	1
<ul style="list-style-type: none">● คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ว่าด้วยเรื่องสถานะของลักษณะภูมิสัณฐานในทะเลจีนใต้ The Arbitral Tribunal's Award on the Status of the Geographic Features in the South China Sea ยศพนธ์ นิติริจิโรจน์	16
<ul style="list-style-type: none">● ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 Legal Problems Related to Exhaustion of Administrative Remedies in Administrative Procedure Act, B.E. 2539 นรุตม์ พัฒนไพศาลชัย	28
<ul style="list-style-type: none">● ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพ : ศึกษากรณีโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ Problem about the Enforcement on the Act of Sexual Penetration and Sexual Conduct : Study in Cases of Schizophrenia, the Type of Sexual Encounter with a Corpse เจมิญช์ ชูเลิศ	52
<ul style="list-style-type: none">● ปัญหากฎหมายการบริหารจัดการอาคารชุด The Legal Problems of Condominium Management ธนกฤต ไทยมี	74
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	95
ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า	101

บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการณโรครโควิด 19 ในประเทศไทย The Role of International Law for COVID-19 in Thailand

นริษรา ประสิทธิปานวัง*

Narissara Prasittipanwang

วันที่รับบทความ 30 มิถุนายน 2563; วันแก้ไขบทความ 1 สิงหาคม 2563; วันตอบรับบทความ 11 ธันวาคม 2563

บทคัดย่อ

นับแต่มีการระบาดของโรครโควิด 19 ไปยังทั่วโลก จนกระทั่งองค์การอนามัยโลกได้ประกาศให้เป็นภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ ประเทศไทยในฐานะรัฐสมาชิกขององค์การอนามัยโลกจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัด บังคับใช้มาตรการทางกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพ ด้วยเหตุนี้กฎหมายระหว่างประเทศจึงเข้ามามีบทบาทกับภาวะการณโรครโควิด 19 ในประเทศไทย ผ่านทางมาตรการบังคับใช้กฎหมายภายใน อาทิ บทบาทการคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพ การคุ้มครองการเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรครโควิด 19 ตลอดจนด้านการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการด้านสุขภาพ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบทบาทในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน คุ้มครองให้ประชาชนได้รับสิทธิอย่างทั่วถึง ไม่เลือกปฏิบัติ มีเสรีภาพที่จะได้รับข้อมูลอย่างเป็นธรรม ยิ่งไปกว่านั้นการใช้มาตรการกักตัว การควบคุมการเดินทางของประชาชน และการออกข้อบังคับที่เข้มงวดในการรักษาระยะห่างทางสังคม ซึ่งถือเป็นหนึ่งในการควบคุมสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรครโควิด 19 ประเทศไทยจะต้องใช้มาตรการเหล่านี้อย่างเที่ยงธรรม โปร่งใส มีมาตรการควบคุมในระยะเวลาอันจำกัด และไม่เลือกปฏิบัติ เพื่อหลีกเลี่ยงและลดการกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของประชาชนให้มากที่สุด

คำสำคัญ: บทบาทกฎหมายระหว่างประเทศ, โรครโควิด 19, มาตรการทางกฎหมายภายใน

*อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพะเยา

เลขที่ 19 หมู่ 2 ตำบลแม่กา อำเภอเมือง จังหวัดพะเยา 56000

E-mail : narissara.pcpw@gmail.com

Abstract

Since the outbreak of novel coronavirus (COVID-19) which forced World Health Organisation (WHO) to announce this disease as Public Health Emergency of International Concern. As a member State, Thailand must strictly comply with the international health regulations and enforce its own legal measure in accordance with international obligations. Consequently, international law plays a vital role in addressing COVID-19 situation in Thailand through legal enforcement including the protection of the right to health, the right to information relating to COVID-19 and the protection of healthcare goods and services. Such measures aim at widely and indiscriminately protect the basic rights of people who are entitled to equally receive information. Furthermore, quarantine measures, travel restrictions and social-distancing were adopted so as to prevent the spread of COVID-19 which shall be equally applied with transparency including setting time limits and indiscrimination to avoid and mitigate adverse impacts on human rights as much as possible.

Keywords: the role of international law, COVID-19, national legal measures

1. บทนำ

เนื่องด้วยสถานการณ์การระบาดของโรคโควิด 19 (novel coronavirus 2019, 2019-nCoV)¹ ซึ่งเป็นโรคไวรัสสายพันธุ์ใหม่ พบครั้งแรกในเมืองอู่ฮั่น มณฑลหูเป่ย์ ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2019 โดยถือเป็นปัญหาสาธารณสุขระดับโลกในปัจจุบัน เนื่องจากมีการแพร่ระบาดของโรคอย่างกว้างขวางจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งทั่วโลกอย่างรวดเร็ว มีจำนวนของผู้ติดเชื้อเพิ่มขึ้นและบ่อยครั้งขึ้น มีการระบาดแผ่กว้างไปในหลายภูมิภาค เป็นเหตุให้มีผู้เสียชีวิตและผู้ติดเชื้อเป็นจำนวนมากในหลายประเทศทั่วโลก จนกระทั่งมีการยกระดับเป็นการระบาดใหญ่ทั่วโลก (pandemic) ในที่สุด

องค์การอนามัยโลก (World Health Organization, WHO) ได้ประกาศให้การระบาดของโรคโควิด 19 (novel coronavirus 2019, 2019-nCoV) เป็น “ภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ” (Public Health Emergency of International Concern หรือ PHEIC) หลังจากประชุมพิจารณาสถานการณ์ในวันที่ 30 มกราคม 2563 ณ สำนักงานใหญ่องค์การอนามัยโลก กรุงเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์² นับเป็นการประกาศ “ภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ” เป็นครั้งที่ 6 หลังจากที่ได้มีการประกาศมาแล้ว 5 ครั้ง ได้แก่ ไข้หวัดใหญ่ H1N1 ในปี ค.ศ. 2009, โปลิโอ ปี ค.ศ. 2014, อีโบล่า ในแอฟริกาตะวันตก ปี ค.ศ. 2014, ชิคา ปี ค.ศ. 2016, อีโบล่า ในประเทศคองโก ปีค.ศ. 2019 ซึ่งภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศนั้น ถือเป็นเหตุการณ์ฉุกเฉินด้านสาธารณสุขที่ก่อให้เกิดความเสี่ยงต่อการแพร่ระบาดระหว่างประเทศ และต้องอาศัยความร่วมมือจากนานาประเทศในการรับมือกับเหตุการณ์นั้น โดยภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ ต้องเข้าเงื่อนไข 2 ใน 4 ข้อดังนี้คือ (1) เป็นเหตุการณ์ที่มีผลกระทบด้านสาธารณสุขที่รุนแรง (2) เป็นเหตุการณ์ที่ผิดปกติหรือไม่คาดคิดมาก่อน (3) มีความเสี่ยงสูงที่จะแพร่ระบาดข้ามประเทศได้ หรือ (4) มีความเสี่ยงสูงที่จะต้องจำกัดการเดินทางหรือการค้าระหว่างประเทศ

การแพร่ระบาดอย่างรวดเร็วของโรคโควิด 19 นี้ ถือเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อรัฐต่าง ๆ ในสังคมระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก มีการกล่าวถึงในฐานะที่เป็นภัยคุกคามความมั่นคงของรัฐ³ เนื่องจากมีการแพร่ระบาดที่รุนแรง ซึ่งหลังจากมีการประกาศภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ ได้ 9 เดือน มีรายงานพบผู้ติดเชื้อสะสมทั่วโลกมากกว่า 40 ล้านราย และมีผู้เสียชีวิตทั่วโลกมากกว่า 1 ล้านราย⁴ ท่ามกลางสถานการณ์โรคโควิด 19 ทั่วโลก ใน 211 ประเทศนั้น อเมริกามีผู้ติดเชื้อมากที่สุดในโลก อินเดียมีผู้ติดเชื้อมาก

¹ หมายเหตุ ในบทความนี้จะใช้ชื่อว่า โรคโควิด 19 ตามประกาศชื่อและอาการสำคัญของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563 ซึ่งมีการประกาศให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 (COVID-19)) เป็นโรคติดต่ออันตรายตามพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558

² กรมสุขภาพจิต, ‘ภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ ที่ WHO เพิ่งประกาศ คืออะไร สำคัญอย่างไร’ (ประชาชาติธุรกิจ, 5 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://dmh.go.th/news-dmh/view.asp?id=30178>>

³ C. McInnes ‘National Security and Global Health Governance’ in A. Kay and O. D. Williams, *Global Health Governance* (Palgrave Macmillan 2009) 42-56.

⁴ ibid

ที่สุดในเอเชีย และเป็นประเทศที่มีผู้ติดเชื้อเพิ่มขึ้นรายวันมากที่สุดเป็นอันดับ 1⁵ สำหรับประเทศไทยมีผู้ป่วยอยู่ในอันดับที่ 138 ของโลก จำนวน 3,709 ราย⁶ ซึ่งโดยส่วนมากเป็นผู้ติดเชื้อที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรไทย แม้สถานการณ์จะยังไม่รุนแรงเท่าประเทศอื่น แต่เกิดการตื่นตัวอย่างมากในประเทศไทย เนื่องจากมีการคาดการณ์ว่าการระบาดอาจรุนแรงขึ้นในอนาคตอันใกล้ ซึ่งอาจเข้าสู่การระบาดรอบสองได้ ดังที่เกิดขึ้นแล้วในหลายประเทศ

การรับมือกับปัญหาการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 นอกจากมาตรการทางสาธารณสุขโดยตรงแล้ว มาตรการทางกฎหมายนับเป็นอีกเครื่องมือหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เพื่อควบคุมการแพร่กระจายของโรคควบคู่กับมาตรการด้านสาธารณสุข ประเทศไทยในฐานะที่เป็นหนึ่งในรัฐสมาชิกขององค์การอนามัยโลก และมีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ตลอดจนสิทธิด้านสุขภาพของประชาชนต่าง ๆ กฎหมายระหว่างประเทศจึงเข้ามามีบทบาทกับมาตรการในการควบคุมโรคโควิด 19 ในประเทศไทยด้วย ดังนั้น การรับมือกับโรคโควิด 19 ในประเทศไทยจึงจำเป็นต้องยึดมั่นกับการใช้กฎหมายและมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเป็นหัวใจหลักในการรับมือกับโรคที่กำลังระบาดอยู่ในขณะนี้ เพื่อคุ้มครองประชาชนด้านการสาธารณสุขอย่างดีที่สุด และช่วยเหลือผู้ซึ่งมีความเสี่ยงมากที่สุดที่จะได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรงจากโรคโควิด 19 นี้⁷

2. บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการโรคโควิด 19 ในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าองค์การอนามัยโลกประกาศให้โรคโควิด 19 เป็น “ภาวะฉุกเฉินด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ” ด้วยเหตุนี้เพื่อสอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องดำเนินมาตรการทางกฎหมายและมาตรฐานด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ เพื่อควบคุมโรคโควิด 19 และคุ้มครองด้านสาธารณสุขตามแนวทางขององค์การอนามัยโลกอย่างเร่งด่วน ตลอดจนมีพันธกรณีของรัฐในด้านความร่วมมือและการให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศร่วมด้วย โดยสามารถแบ่งการพิจารณาออกเป็น 5 ด้านได้แก่ บทบาทด้านการจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 บทบาทเกี่ยวกับมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทาง บทบาทเกี่ยวกับมาตรการกักตัว บทบาทการคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพ และบทบาทด้านการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการด้านสุขภาพ อันมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁵ The Standard, ‘สรุปสถานการณ์โรคโควิด 19 ระบาดทั่วโลก’ (Johns Hopkins University)

<<https://thestandard.co/coronavirus-coverage/>> สืบค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2563

⁶ ศูนย์ข้อมูล covid-19 Post, (กรมประชาสัมพันธ์) <<https://www.facebook.com/informationcovid19/>> สืบค้นวันที่ 15 ตุลาคม 2563

⁷ Amnesty, ‘Responses to Covid-19 and States Human Rights Obligations: Preliminary Observations’

(Amnesty) <<https://www.amnesty.or.th/files/3015/8527/9613/POL3019672020ENGLISH.PDF>> accessed 15 October 2021

2.1 บทบาทด้านการจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19

ในภาวะการณ์แพร่ระบาดของโรคโควิด 19 นี้ การจัดให้ประชาชนเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรค ที่ถูกต้อง ชัดเจน และโปร่งใส นับเป็นบทบาทสำคัญอย่างมาก ในการคุ้มครองสิทธิการเข้าถึงข้อมูลของประชาชน ซึ่งจะส่งผลให้ประชาชนตระหนักถึงความร้ายแรงของโรค และรับทราบวิธีการรับมือกับการแพร่ระบาดของโรคได้อย่างถูกต้องเหมาะสม กฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธินี้ไว้ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 19 (2) “บุคคลทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการแสดงออก สิทธินี้รวมถึงเสรีภาพที่จะแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ ในรูปของศิลปะ หรือโดยอาศัยสื่อประการอื่นตามที่ตนเลือก” จะเห็นได้ว่าตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง รัฐต้องจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูล โดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสวงหา รับและเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท ทั้งนี้ ไม่ว่าด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน

จากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองข้างต้น ในภาวะการณ์แพร่ระบาดของโรคโควิด 19 เช่นนี้ ประเทศไทยจำเป็นต้องหลีกเลี่ยงการจำกัดการเข้าถึงข้อมูล หรือการปกปิดข้อมูล รวมไปถึงการให้ข้อมูลเกี่ยวกับการระบาดของโรคโควิด 19 ที่ชัดเจนและถูกต้องกับประชาชน กล่าวคือ ต้องมีช่องทางให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลที่จำเป็น โปร่งใส มีสาระสำคัญเกี่ยวกับรายละเอียดและระดับของภัยคุกคามด้านสุขภาพ ความร้ายแรงของโรค ประกอบข้อมูลการเตือนภัยต่าง ๆ ไม่ปกปิดข้อเท็จจริงในการแพร่ระบาด เพื่อให้ประชาชนเข้าใจในรายละเอียดของภัยอันตรายด้านสุขภาพเกี่ยวกับการระบาดของโรคนี้อย่างชัดเจน และจำเป็นต้องจัดให้ผู้ที่มีส่วนได้เสียหรือได้รับผลกระทบทั้งหมดเห็นภาพของสถานการณ์การระบาดที่แท้จริงของโรคโควิด 19 ตลอดจนสามารถติดต่อประสานงาน เพื่อแก้ปัญหาการระบาดของโรคได้ทันที่ ทั้งนี้ ข้อมูลเหล่านี้ควรมีภาษาที่หลากหลายเพื่อให้ครอบคลุมผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการระบาดของโรคโควิด 19 สัญชาติอื่น ๆ ที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยและทั่วโลกโดยไม่คำนึงถึงพรมแดน เมื่อพิจารณาความพร้อมของประเทศไทย พบว่ามีการจัดตั้งศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด-19 (ศบค.) (Center for COVID-19 Situation Administration -CCSA) เป็นหน่วยงานกลางของประเทศ ซึ่งมีหน้าที่หลักคือ การให้ข้อมูล ประชาสัมพันธ์ข่าวสารทางช่องทางสื่อสารต่าง ๆ โดยเฉพาะ ในการนี้ รัฐต้องให้ข้อมูลและประชาสัมพันธ์อย่างโปร่งใส ไม่ปกปิดข้อมูลในทุกกรณี อย่่างไรก็ตาม แม้ช่องทางสื่อสารของประเทศไทยจะมีมากมายหลายด้าน ทั้งทางสถานีวิทยุโทรทัศน์ ทางเว็บไซต์ รวมไปถึงทางเฟซบุ๊กก็ตาม แต่ประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ห่างไกลบางแห่ง ยังไม่สามารถเข้าถึงเท่าที่ควร หรืออาจได้รับข้อมูลที่ผิด ๆ ซึ่งอาจส่งผลให้ขาดความรู้ความเข้าใจและขาดข้อมูลที่เชื่อถือได้เกี่ยวกับโรคโควิด 19 นี้ ดังนั้น รัฐควรเพิ่มช่องทางในการเข้าถึงข้อมูลในการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ไปยังองค์กรส่วนท้องถิ่นร่วมด้วย นอกจากนี้ การจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลของประชาชนนี้ แม้รัฐต้องกระทำโดยโปร่งใส ไม่ปกปิด แต่ในขณะเดียวกันการเผยแพร่ข้อมูลนี้ต้องไม่เผยแพร่ข้อมูลส่วนตัวของผู้ที่ติดเชื้ออันจะกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของผู้ติดเชื้อด้วย

2.2 บทบาทเกี่ยวกับมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทาง

สำหรับบทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับมาตรการห้ามและการควบคุมการเดินทางนั้น สามารถพิจารณาได้จากกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ข้อ 4(1) “ในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ และได้มีการประกาศนั้นอย่างเป็นทางการแล้ว รัฐสมาชิกแห่งกติกานี้อาจใช้มาตรการที่เป็นการละเมิดพันธกรณีของตนภายใต้กติกานี้ได้เพียงเท่าที่จำเป็นตามความฉุกเฉินของเหตุการณ์ ทั้งนี้ มาตรการเช่นนั้นจะต้องไม่ขัดแย้งต่อพันธกรณีอื่น ๆ ของตนภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ และไม่เป็นการเลือกปฏิบัติเพียงเหตุแห่งเชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา หรือเผ่าพันธุ์ทางสังคม” จะเห็นได้ว่า ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง แม้ในขณะที่มีภาวะฉุกเฉินสาธารณะ การจำกัดเสรีภาพในการเดินทางของประชาชนในบางสถานการณ์ รัฐจะจำกัดเสรีภาพประชาชนได้ต้องมีเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอรวมทั้งการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางนั้นต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากคำสั่งห้ามและการควบคุมการเดินทางอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการเดินทาง รวมทั้งเสรีภาพที่จะเดินทางออกจากประเทศของประชาชนด้วย ในการนี้องค์การอนามัยโลกได้ให้ความเห็นโดยทั่วไปในเชิงคัดค้านการนำมาตรการจำกัดการเดินทางของประชาชนมาใช้ สำหรับประเทศที่เกิดปัญหาการระบาดของโรคโควิด 19 เว้นแต่ในเหตุการณ์ที่จำกัดเท่านั้น ด้วยเหตุที่เป็นมาตรการที่มีความเสี่ยงที่จะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการเดินทางอันอาจขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองได้

เมื่อเกิดการระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนาเพิ่มเป็นวงกว้างมากขึ้นในประเทศไทยจนเข้าสู่การระบาดในระยะที่ 2 ซึ่งมีลักษณะการระบาดในชุมชนเป็นวงแคบอย่างต่อเนื่อง มีการระบาดจากคนสู่คนอย่างชัดเจน การบริหารจัดการ คือ ลดความรุนแรงของการระบาดอย่างต่อเนื่อง พยายามไม่ให้มีผู้ป่วยเพิ่มขึ้น ลดอัตราการตาย ป้องกันไม่นำผู้ป่วยใหม่เข้าประเทศ ซึ่งในเวลาต่อมามีการยกระดับการแจ้งเตือนเป็นระดับ 3 โดยใช้มาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางร่วมด้วย ได้แก่ การห้ามเดินทางไปราชการต่างประเทศชั่วคราวในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือ COVID-19 โดยงดการเดินทางไปประเทศกลุ่มเสี่ยงซึ่งเปลี่ยนแปลงไปตามความรุนแรงของการระบาดในช่วงเวลานั้น ๆ เช่น ในระยะเริ่มแรกงดการเดินทางไปยัง จีน ฮองกง ไต้หวัน สิงคโปร์ ญี่ปุ่น เกาหลี อิตาลี อิหร่าน^๘ ดังนั้น เมื่อประเทศไทยนำมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางมาใช้ จึงจำต้องบังคับใช้ให้สอดคล้องกับพันธกรณีในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กล่าวคือมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางนั้นต้องนำมาใช้เท่าที่จำเป็น มีการจำกัดน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้ต้องมีการใช้มาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางอย่างไม่เลือกปฏิบัติ มีความชอบธรรม และได้สัดส่วนด้วย

ตามกฎหมายระหว่างประเทศ กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องมีมาตรฐานสาธารณสุขที่ด้านเข้าออกระหว่างประเทศ กล่าวคือ รัฐจะต้องพัฒนามาตรฐานงานควบคุมโรคติดต่อระหว่างประเทศ ณ ช่องทางการเข้า

^๘ หนังสือด่วนที่สุด ที่มท.0204.1/ว 1208 เรื่องแนวปฏิบัติการเดินทางไปราชการต่างประเทศชั่วคราวในสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือ COVID-19 ถึงผู้ว่าราชการทุกจังหวัด วันที่ 29 กุมภาพันธ์ 2563

ออกระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยมีมาตรการในการควบคุมกำกับดูแล การเดินทางเข้าออกจุดผ่านแดนต่าง ๆ ทั้งทางอากาศยาน ท่าเรือ และพรมแดน ในจุดผ่านแดนที่ได้กำหนดให้มีด่านควบคุมโรคติดต่อระหว่างประเทศไว้แล้ว จำนวน 68 ช่องทาง 22 จังหวัด⁹ ถือเป็นมาตรการในการควบคุมการเดินทางโดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมโรคติดต่อที่สอดคล้องกับกฎอนามัยระหว่างประเทศดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม นอกจากช่องทางการเข้าออกระหว่างประเทศแล้ว จุดผ่านแดนที่ไม่ได้กำหนดให้มีด่านควบคุมโรคติดต่อระหว่างประเทศ อาทิ จุดผ่อนปรนทางการการค้า ช่องทางธรรมชาติ ท่าข้ามตามแนวชายแดนต่าง ๆ กลับประสบปัญหาการลักลอบข้ามแดนผ่านทางช่องทางธรรมชาติอยู่เป็นระยะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีผู้ลักลอบเข้าเมืองมากขึ้นเมื่อเกิดการระบาดของโรคโควิด 19 ในประเทศเพื่อนบ้านอย่างต่อเนื่อง ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องเพิ่มมาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ตามพื้นที่ชายแดนให้เข้มงวดอยู่เสมอ เช่น มาตรการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ในจังหวัดชายแดนที่มีพื้นที่ติดต่อกับชายแดนของเมียนมา¹⁰ เป็นต้น แต่ยิ่งไปกว่านั้นเมื่อมีการเปิดด่านพรมแดนให้มีการเดินทางเข้าออกได้ตามปกติ กลับพบว่ามีคนสัญชาติเมียนมาผู้ติดเชื้อโควิด 19 ได้ขับรถเข้าออกผ่านแดนเพื่อเข้ามาในประเทศไทย ส่งผลให้ต้องสอบสวนโรคผู้ใกล้ชิดอย่างเร่งด่วน ช่องทางนี้จึงถือเป็นช่องทางที่สุ่มเสี่ยงให้เกิดการระบาดของโรคโควิด 19 ได้มากกว่าการผ่านแดนทางอากาศยานหรือทางเรือ ด้วยเหตุนี้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจึงต้องทบทวนมาตรการในการเฝ้าคัดกรองและเฝ้าระวังการผ่านเข้าออกทางด้านพรมแดนเหล่านี้ให้เข้มงวดมากขึ้นด้วย

นอกจากมาตรการทางกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการเดินทางผ่านแดนแล้ว ประเทศไทยได้พิจารณาใช้กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของประเทศร่วมด้วย กล่าวคือได้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินวันที่ 25 มีนาคม 2563 มีผลใช้บังคับทั่วราชอาณาจักรในวันที่ 26 มีนาคม 2563 จนถึง 30 เมษายน 2563¹¹ พร้อมทั้งออกมาตรการในการควบคุม และขอความร่วมมือประชาชนให้อยู่บ้าน เพื่อลดการสัมผัสเชื้อ ตลอดจนออกข้อกำหนดซึ่งออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 2) โดยห้ามออกนอกเคหสถาน ระหว่างเวลา 22.00 นาฬิกา ถึงเวลา 04.00 นาฬิกา ของวันรุ่งขึ้น เว้นแต่มีความจำเป็นหรือเป็นผู้ปฏิบัติงานด้านการแพทย์ การธนาคาร การขนส่งสินค้าอุปโภคบริโภค ผลผลิตการเกษตร ยา เวชภัณฑ์ เครื่องมือแพทย์ หนังสือพิมพ์ การขนส่งน้ำมันเชื้อเพลิง การขนส่งพัสดุภัณฑ์ การขนส่งสินค้าเพื่อการนำเข้าหรือส่งออก การขนย้ายประชาชนไปสู่ที่เอกเทศเพื่อกักกันตามกฎหมายว่าด้วยโรคติดต่อ การเข้าออกเวรทำงานผลัดกลางคืนตามปกติ หรือการเดินทางมาจากหรือไปยังท่าอากาศยาน โดยมีเอกสารรับรองความจำเป็นหรือเอกสารเกี่ยวกับสินค้าหรือการเดินทาง และมีมาตรการป้องกันโรคตาม

⁹ ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง ด่านควบคุมโรคติดต่อระหว่างประเทศ พ.ศ. 2562 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 20 ง. หน้า 11, 27 มกราคม 2563

¹⁰ โทสรารในราชการกระทรวงมหาดไทย ค่วนที่สุด ที่ มท 0230/5064. วันที่ 27 สิงหาคม 2563

¹¹ ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 2), ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 76 ง. หน้า 1. 2 เมษายน 2563

ข้อกำหนด (ฉบับ 1)¹² ทั้งนี้มาตรการเหล่านี้ได้มีการเปลี่ยนแปลงผ่อนคลายการบังคับใช้มาตรการห้ามออกนอกเคหสถานที่ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 เมษายน 2563 เป็นต้นมา โดยยกเลิกการห้ามออกเคหสถานตั้งแต่เวลา 23.00 นาฬิกา ของวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2563 และมีมาตรการผ่อนปรนให้ประชาชนสามารถเดินทางข้ามเขตพื้นที่จังหวัดได้ เมื่อพิจารณาประกอบกับหลักการของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 4(1) ถือว่ามาตรการเหล่านี้เป็นมาตรการที่ประกาศอย่างเป็นทางการในราชกิจจานุเบกษา และออกมาเพื่อใช้บังคับในภาวะฉุกเฉินสาธารณะซึ่งคุกคามความอยู่รอดของชาติ ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

จะเห็นได้ว่า บทบาทเกี่ยวกับมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางนั้น ประเทศไทยมีมาตรการทั้งการควบคุมการเดินทางเข้าออกประเทศ มีการประกาศปิดพรมแดนส่วนใหญ่ของประเทศ และกำหนดควบคุมการเดินทางของประชาชนในประเทศในห้วงเวลาหนึ่ง การประกาศปิดพรมแดนนี้ ถือเป็นหนึ่งในวิธีการที่รัฐบาลสามารถควบคุมสถานการณ์ในประเทศไทยได้เป็นอย่างดี แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ามาตรการนี้ขาดความร่วมมือในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากยังคงมีบางประเทศที่ไม่ขานรับมาตรการดังกล่าวอย่างเคร่งครัดเท่าที่ควร เมื่อเปรียบเทียบมาตรการในการควบคุมการเดินทางของประเทศอื่นจะพบว่า หลายประเทศทั่วโลกมีมาตรการอย่างเข้มงวดในการควบคุมการระบาดของโรคโควิด 19 โดยมีการปิดพรมแดนและจำกัดการเดินทางของพลเมืองเช่นกัน เช่น จีนประกาศห้ามชาวต่างชาติส่วนใหญ่เดินทางเข้าประเทศเป็นการชั่วคราวเพื่อควบคุมจำนวนผู้ติดเชื้อโควิด 19 จากต่างประเทศ ยกเว้นเจ้าหน้าที่การทูต ตั้งแต่วันที่ 28 มีนาคม 2563 เป็นต้นไป เช่นเดียวกับมาเลเซีย สิงคโปร์ และสเปน ที่ประกาศปิดประเทศ ห้ามมีการเดินทางเข้าออกประเทศ รัฐบาลเยอรมันและฝรั่งเศสออกคำสั่งห้ามผู้โดยสารที่เดินทางจากประเทศที่ไม่อยู่ในกลุ่มเชงเกน (Schengen) ที่มีสมาชิก 26 ประเทศในยุโรป เดินทางเข้าประเทศ โดยคำสั่งห้ามนี้ไม่มีผลใช้บังคับกับผู้ถือสัญชาติประเทศในกลุ่มเขตเศรษฐกิจยุโรป (European Economic Area) พลเมืองชาวสวิสและสหราชอาณาจักรและผู้โดยสารซึ่งมีสิทธิพำนักระยะยาวในกลุ่มประเทศสมาชิกเขตเศรษฐกิจยุโรป สวิตเซอร์แลนด์ หรือสหราชอาณาจักรที่จะเดินทางกลับบ้านเกิด นอกจากนี้หลายประเทศมีมาตรการล๊อคดาวน์ประเทศ เช่น มาตรการล๊อคดาวน์ของประเทศอิตาลีทั่วประเทศ ตั้งแต่วันที่ 10 มีนาคม 2563 ขยายไปจนถึงวันที่ 12 เมษายน 2563 มาตรการล๊อคดาวน์ของสหราชอาณาจักร 3 สัปดาห์ มาตรการล๊อคดาวน์กรุงปารีส ด้วยการห้ามประชาชนออกนอกบ้านระหว่างเวลา 10.00-19.00 น. มีผลตั้งแต่วันที่ 8 เมษายน 2563 เป็นต้นไป ซึ่งนับเป็นการควบคุมการออกนอกบ้านในช่วงกลางวัน ตรงกันข้ามกับประเทศไทยที่มีมาตรการควบคุมการออกนอกเคหสถานในช่วงเวลากลางคืน

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่ควรพิจารณาคือ เมื่อประเทศไทยมีการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการควบคุมโรคอยู่แล้ว แต่ได้นำกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงของประเทศมาบังคับใช้ร่วมด้วย โดยการออกประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่สถานการณ์อันเป็นภัยต่อความมั่นคงต่อความมั่นคงปลอดภัยทางด้านสาธารณสุขของประเทศ และต่อระบบเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ โดยเป็น

¹² ข้อกำหนดออกตามความในมาตรา 9 แห่งพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 (ฉบับที่ 10), ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 138 ง. หน้า 50. 12 มิถุนายน 2563

ลักษณะกฎหมายที่ควบคุมพฤติกรรมบางอย่าง เช่น การชุมนุม การเข้าไปในสถานที่ต้องห้าม หรือการกระทำที่ก่อให้เกิดความรุนแรง อีกทั้งการประกาศขยายระยะเวลาแต่ละคราว มีการเพิ่มเติมเหตุผลในการประกาศที่ต่างกันไป กล่าวคือ คราวที่ 1 เนื่องจากโรคนี้อยู่คงระบาดรุนแรงอยู่ในหลายประเทศและยังมีการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ตลอดจนการไปมาหาสู่ข้ามจังหวัด และการไม่นำพาต่อมาตรการป้องกันโรคตามที่ทางราชการกำหนด มีโอกาสเสี่ยงต่อการแพร่เชื้อ จึงประกาศขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินคราวที่ 1 จนถึงวันที่ 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2563¹³ ในคราวที่ 2 ขยายระยะเวลาไปจนถึงวันที่ 31 มิถุนายน พ.ศ. 2563 โดยให้เหตุผลในการประกาศว่าสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคดังกล่าวทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยยังไม่สิ้นสุด เพื่อให้การแก้ไขสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐบาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ เพื่อรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัยในชีวิตของประชาชนเป็นสำคัญ¹⁴ ในคราวที่ 3 ขยายระยะเวลาออกไปจนถึงวันที่ 31 กรกฎาคม 2563 โดยให้เหตุผลในการประกาศว่ายาและวัคซีนยังอยู่ในระหว่างการศึกษาวิจัยและทดลอง มีการระบาดระลอกใหม่เกิดขึ้นอย่างรุนแรงทั่วโลก มีได้มุ้งที่จะห้ามหรือจำกัดการดำเนินกิจกรรมใด แต่มุ่งเพื่อประโยชน์ และรักษาความปลอดภัยด้านสุขภาพของประชาชนเป็นสำคัญ¹⁵ คราวที่ 4 ขยายเวลาออกไปจนถึงวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2563 โดยให้เหตุผลว่า ประชาชนจำนวนมากละเลยการปฏิบัติตามมาตรการป้องกันโรค มีการรวมกลุ่มกันโดยไม่รักษาระยะห่าง (social distancing) โดยเฉพาะในที่สาธารณะ สถานบริการ และสถานบันเทิง ประกอบกับมีคนไทยในต่างแดนและคนต่างชาติแสดงความจำนงจะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยจำนวนมาก¹⁶ คราวที่ 5 ขยายเวลาออกไปจนถึงวันที่ 31 กันยายน พ.ศ. 2563 โดยให้เหตุผลว่าการผ่อนคลายมาตรการต่าง ๆ ทำให้ประชาชนจำนวนมากขาดความระมัดระวังตัว เสียอย่างมากที่สุดที่จะเกิดการติดเชื้อแบบกลุ่มก้อน ป้องกันมิให้เกิดการระบาดระลอกใหม่ดังที่เกิดขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก¹⁷ และคราวที่ 6 ขยายเวลาออกไปจนถึงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2563 เนื่องจากสถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคในประเทศที่มีพรมแดนติดกับประเทศไทยมีความรุนแรงมากขึ้น และมีคนต่างด้าวจำนวนมากลักลอบเดินทางเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรผ่านทางช่องทางธรรมชาติ¹⁸ ซึ่งในการขยายระยะเวลาในแต่ละ

¹³ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 1. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 98 ง. หน้า 40. 28 เมษายน 2563

¹⁴ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 2. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 117 ตอนพิเศษ 122ง. หน้า 33. 26 พฤษภาคม 2563

¹⁵ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 3. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 153ง. หน้า 27. 30 มิถุนายน 2563

¹⁶ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 4. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 173ง. หน้า 66. 30 กรกฎาคม 2563

¹⁷ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 5. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 198ง. หน้า 31. 28 สิงหาคม 2563

¹⁸ การขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน ในทุกเขตท้องที่ทั่วราชอาณาจักร คราวที่ 6. ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนพิเศษ 227ง. หน้า 78. 29 กันยายน 2563

ครั้งนั้น อาศัยเหตุผลที่แตกต่างกันตามบริบทของสังคมในขณะนั้นร่วมด้วย จึงเป็นเหตุให้เกิดข้อกังขาจากสังคมว่าจำเป็นต้องเพิ่มการขยายระยะเวลาตามประกาศฉบับนี้เพื่อควบคุมการระบาดของโคโรนาไวรัสเพิ่มเติมจากกฎหมายว่าด้วยการควบคุมโรคที่มีอยู่แล้วหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นในการประกาศขยายระยะเวลาการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินของรัฐนั้น ได้มีการขยายมากกว่า 5 คราวแม้จะมีการแบ่งระยะเวลาเป็นรอบละ 1 เดือนก็ตาม การขยายระยะเวลายังคับใช้อย่างต่อเนื่องเช่นนี้ ยังอยู่ในขอบข่ายที่ชอบธรรมโดยมีระยะเวลาจำกัดตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองอยู่หรือไม่

2.3 บทบาทเกี่ยวกับมาตรการกักตัว

การกักตัว มีชื่ออย่างเป็นทางการว่า “Quarantine” แปลว่า กักบริเวณ กักตัว โดยการกักตัวนั้นจะขึ้นอยู่กับระยะเวลาการฟักตัวของโรค ดังนั้นผู้ที่มีความเสี่ยงที่จะติดเชื้อโรคโควิด 19 จะต้องกัก หรือแยกตนเองออกจากชุมชนโดยคิดตามระยะเวลาฟักตัวของโรคเป็นเวลา 14 วัน แม้จะไม่แสดงอาการหรือมีอาการเพียงเล็กน้อยก็ตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เชื้อแพร่กระจายไปสู่ผู้อื่น หากรัฐจำเป็นต้องนำมาตราการกักตัวมาใช้ รัฐย่อมมีพันธกรณีที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ มีการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมต่อผู้ได้รับผลกระทบจากมาตรการกักตัว ต้องจัดให้มีระบบติดตามและตรวจสอบอย่างมีประสิทธิภาพ และประการสำคัญควรเคารพและคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในการมีที่อยู่อาศัย อาหาร น้ำและสุขอนามัยของผู้ถูกกักตัวอย่างเหมาะสม ด้วยเหตุนี้การใช้มาตรการกักตัวของรัฐจึงสามารถใช้ได้ในเงื่อนไขที่จำกัด สอดคล้องตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศด้วย

สำหรับประเทศไทย มีมาตรการสำหรับผู้ที่ย้ายต้องกักตัว แบ่งออกเป็น 2 กลุ่มคือ กลุ่มที่ 1 ผู้ที่มีความใกล้ชิดกับผู้ติดเชื้อหรือผู้สัมผัสที่มีความเสี่ยงสูง และ กลุ่มที่ 2 ผู้ที่เดินทางมาจากเขตติดโรคติดต่ออันตราย หรือพื้นที่ที่มีการระบาดของโรคอย่างต่อเนื่องหรือพื้นที่พบผู้ป่วย โดยได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข กำหนดท้องที่นอกราชอาณาจักรที่เป็นเขตติดโรคติดต่ออันตรายกรณีโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 ฉบับที่ 1 ได้แก่ เกาหลี จีน อิตาลี อิหร่าน และประกาศเพิ่มเติม ฉบับที่ 2 อีก 5 ประเทศ ได้แก่ มาเลเซีย กัมพูชา ลาว อินโดนีเซีย และเมียนมา ทั้งนี้ประเทศไทยได้เริ่มใช้มาตรการกักตัวผู้ที่เดินทางมาจากต่างประเทศในวันที่ 3 เมษายน พ.ศ. 2563 เป็นต้นมา ประกอบกับเมื่อกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเรื่องชื่อและอาการของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563 โดยกำหนดให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 : COVID-19) เป็นโรคติดต่ออันตรายตาม พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ปี 2558 ทำให้ประเทศไทยสามารถดำเนินการควบคุมโรคติดเชื้อโรคโควิด 19 ได้ ในฐานะที่เป็นโรคติดต่อตามพระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นกฎหมายที่อนุวัติการตามกฎอนามัยระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงสามารถอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ในการควบคุมใช้มาตรการกักตัวได้ กล่าวคือพนักงานควบคุมโรคติดต่อมีอำนาจในการสั่งให้แยกกัก กักกัน หรือคุมตัวไว้สอบสวน ดังนั้น เมื่อมีคำสั่งให้ผู้เดินทางกลับจากประเทศที่มีความเสี่ยงต้องทำการกักตัว ในเคสสถาน 14 วัน หากไม่ดำเนินการ ถือว่ามีความผิดตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 มีโทษปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท ซึ่งมาตรการ

นี้ นับเป็นมาตรการที่แทบทุกประเทศทั่วโลกขานรับและนำไปใช้เพื่อป้องกันการระบาดของโรคโควิด 19 ในเบื้องต้น

จะเห็นได้ว่าประเทศไทยใช้มาตรการกักตัวกับผู้เดินทางเข้ามาจากต่างประเทศเป็นกรณีพิเศษ โดยจะต้องแยกไปกักตัวในสถานที่ที่รัฐจัดหาไว้เป็นเวลา 14 วัน อย่างไรก็ตามมาตรการนี้มีจุดอ่อนที่ต้องเฝ้าระวังด้านการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่ถูกกักตัวซึ่งจะต้องได้รับปัจจัยในการยังชีพตามสมควร ไม่ถูกละเมิด และไม่เลือกปฏิบัติด้วย

อย่างไรก็ตาม มาตรการกักตัวนี้พบปัญหาในทางปฏิบัติจากเหตุการณ์ที่พบทหารอียิปต์และบุคคลครอบครัวของคณะทูตชาวซูดาน ที่เดินทางเข้าประเทศไทยตามเงื่อนไขพิเศษเมื่อต้นเดือนกรกฎาคม 2563 ที่ผ่านมา ติดโรคโควิด 19 โดยเฉพาะกรณีของทหารอียิปต์นั้นไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานการกักตัวตามกฎหมายของประเทศไทย ยังคงเดินทางออกไปเที่ยวห้างสรรพสินค้าและสถานที่ต่าง ๆ ในจังหวัดระยองอีกด้วย สำหรับในกรณีของคณะทูตและผู้ได้รับอนุญาตทำงาน (Work Permit) นั้น ตามพระราชกำหนดฉุกเฉิน เมื่อเข้าในราชอาณาจักรต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข เงื่อนไข และหลักเกณฑ์ที่กำหนด รวมถึงเข้ารับการกักตัวในสถานที่กักตัวของรัฐ (SQ) หรือการกักตัวในพื้นที่ควบคุมโรคแห่งรัฐทางเลือก (ASQ) หรือคุมตัวไว้สังเกตตามมาตรการควบคุมโรคตามเงื่อนไขของแต่ละประเภท ซึ่งส่วนใหญ่กรณีของคณะทูต สถานทูตประเทศนั้น ๆ จะเป็นผู้จัดหาสถานที่กักตัวให้ แต่ต้องอยู่ในเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งมักใช้พื้นที่ในสถานทูต แต่กลับพบว่าครอบครัวของคณะทูตมีการเข้าพักในคอนโดฯ แห่งหนึ่งในกรุงเทพมหานครแทน ดังนั้น ย่อมนำมาสู่การถกเถียงในสังคมตามมาว่าเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อประเทศไทยเริ่มเปิดรับนักท่องเที่ยวต่างชาติกลุ่มวีซ่าพิเศษ (Special Tourist VISA : STV) ในเดือนตุลาคม พ.ศ. 2563 ให้สามารถเข้ามาเที่ยวในประเทศไทยได้ โดยก่อนที่นักท่องเที่ยวต่างชาติ จะเดินทางเข้ามาต้องปฏิบัติตามมาตรการด้านสาธารณสุขอย่างเคร่งครัด มีการตรวจหาเชื้อโควิด 19 จากนั้นจะต้องเข้ารับการกักตัว 14 วันในพื้นที่ควบคุมโรคแห่งรัฐทางเลือก (ASQ) และพื้นที่ที่กักกันทางเลือก ระดับจังหวัด สำหรับชาวต่างชาติและชาวไทยที่มีความประสงค์ (ALSQ) เท่านั้น และเมื่อกักตัวครบตามกำหนดแล้ว จึงจะสามารถเดินทางท่องเที่ยวในประเทศต่อไปได้ ดังนั้น นอกเหนือจากการดูแลมาตรการกักตัวให้เป็นไปตามมาตรฐานสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศแล้ว รัฐต้องมีมาตรการในการควบคุมดูแลที่รัดกุม มิให้มีการฝ่าฝืน จนอาจเกิดการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ในประเทศไทยขึ้นอีก

ทั้งนี้ หากพิจารณาการกักตัวในต่างประเทศ จะพบว่า มีมาตรการในการกักตัวที่แตกต่างออกไปหลายรูปแบบ บางแห่งมีการใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัยมาช่วยอำนวยความสะดวกในการกักตัวเพิ่มเติม เช่น ในฮ่องกง ระหว่างกักตัวที่บ้าน 14 วันนั้น ต้องสวมก๊าโลเพื่อติดตามการเคลื่อนไหว อันเป็นนำเทคโนโลยีที่ทันสมัยมาควบคุมการกักตัวแทนการกักตัวให้อยู่ในบริเวณที่กำหนดเท่านั้น นับเป็นมิติใหม่ของการกักตัวที่น่าสนใจ เนื่องจากสามารถลดการกระทบสิทธิขั้นพื้นฐานในการดำรงชีพของผู้ที่ถูกกักตัวได้เป็นอย่างดี

2.4 บทบาทการคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพ

ในส่วนสิทธิด้านสุขภาพนั้น กฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับได้รับรองถึงสิทธิในการมีสุขภาพที่ดี ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนข้อ 25 บัญญัติว่า “ทุกคนมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความอยู่ดี ของตน และของครอบครัว”

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR) ข้อ 12 บัญญัติว่า “รัฐสมาชิกแห่งกติกานี้รับรองสิทธิของทุกคนที่จะมีสุขภาพกายและสุขภาพจิตตามมาตรฐานสูงสุดเท่าที่เป็นได้”

อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ข้อ 24 (1) “รัฐสมาชิกยอมรับในสิทธิของเด็กที่จะได้รับมาตรฐานสาธารณสุขที่สูงที่สุดเท่าที่จะหาได้ และสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการบำบัดรักษาความเจ็บป่วยและการฟื้นฟูสุขภาพ รัฐสมาชิกจะพยายามดำเนินการที่จะประกันว่าไม่มีเด็กคนใดถูกกีดรอนสิทธิในการรับบริการดูแลสุขภาพเช่นว่านั้น”

เมื่อพิจารณาทั้งสามอนุสัญญาข้างต้น จะเห็นได้ว่ามีบทบาทสำคัญมุ่งคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพ ให้ทุกคนมีมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพกายและใจที่ดี และมุ่งคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพสำหรับเด็กให้ได้รับมาตรฐานสาธารณสุขสูงสุดเท่าที่จะหาได้

นอกจากสามอนุสัญญาข้างต้นแล้ว ประเทศไทยมีระบบสาธารณสุขที่ปฏิบัติตามกฎอนามัยระหว่างประเทศ ค.ศ. 2005 (International Health Regulations 2005 หรือ IHR) ซึ่งถือเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่สมาชิกรองค์การอนามัยโลก (World Health Organization หรือ WHO) ร่วมกันจัดทำขึ้น มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อป้องกันควบคุมโรคและภัยสุขภาพที่เป็นภาวะฉุกเฉินทางด้านสาธารณสุขระหว่างประเทศ (Public Health Emergency of International Concern : PHEIC) ตลอดจนสร้างความร่วมมือกับประเทศสมาชิกในการร่วมมือกันตรวจจัดการระบาดของโรคหรือภัยคุกคามด้านสาธารณสุข เพื่อวางมาตรการป้องกันควบคุมโรค โดยการบังคับใช้กฎหมายของรัฐสมาชิก ต้องไม่ละเมิดสิทธิมนุษยชนและอำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ การบังคับใช้มาตรการด้านสุขภาพต้องกระทำด้วยความโปร่งใสและไม่เลือกปฏิบัติ ข้อมูลสาธารณสุขที่ประเทศสมาชิกเก็บรวบรวมจากประเทศสมาชิกอื่นหรือองค์การอนามัยโลก ซึ่งจะต้องเก็บเป็นความลับและไม่เปิดเผยชื่อ ด้วยเหตุนี้เมื่อประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การอนามัยโลก ได้รับเอากฎอนามัยระหว่างประเทศมาอนุวัติการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 และพระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2560 (ฉบับที่ 3) ทั้งนี้เมื่อกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเรื่อง ชื่อและอาการของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563 โดยกำหนดให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 : COVID-19) เป็นโรคติดต่ออันตรายตาม พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ปี 2558 ทำให้ประเทศไทยสามารถดำเนินการควบคุมโรคติดเชื้อโรคโควิด 19 ได้ ในฐานะที่เป็นโรคติดต่อตามพระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558

เมื่อพิจารณาทบทวนบทบาทของประเทศไทยในด้านนี้จึงพบว่า มีแผนการดำเนินงานที่เป็นระบบ มีมาตรการดูแลรักษาผู้ติดเชื้อและคุ้มครองป้องกันสิทธิด้านสุขภาพของผู้ที่อยู่ในประเทศไทยได้ค่อนข้างรัดกุม

2.5 บทบาทด้านการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการด้านสุขภาพ

สำหรับบทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการนั้น ครอบคลุมถึง “การป้องกัน บำบัด และควบคุมโรคระบาด โรคประจำถิ่น โรคจากการประกอบอาชีพ และโรคอื่น ๆ” ในบริบทที่มีการระบาดของโรคในวงกว้าง รวมถึงพันธกรณีของรัฐที่จะต้องประกันให้มีการดูแลเพื่อป้องกัน สินค้า บริการ และข้อมูลที่มีอยู่ โดยรวมถึงการเผยแพร่ข้อมูลที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ มีความเที่ยงตรง และมีหลักฐานสนับสนุน เพื่อให้ประชาชนทราบว่า จะป้องกันตนเองได้อย่างไร รวมทั้งประกันให้มีสินค้าเพื่อป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 อย่างเพียงพอ มีราคาที่เหมาะสมที่ทุกคนสามารถซื้อได้ ไม่ควรมีการกักตุนสินค้า ซึ่งประเทศไทยเองมีรายงานมากมายเกี่ยวกับการกักตุนสินค้าจนทำให้เกิดการขาดแคลนสินค้าเพื่อป้องกันโรคไวรัส เช่น การขาดแคลนเจลแอลกอฮอล์ล้างมือและหน้ากากอนามัยในบางพื้นที่ ในช่วงที่เริ่มมีการระบาดของโรคโควิด 19 ประกอบกับปัญหาการกักตุนสินค้าที่เพิ่มมากขึ้น ดังนั้นประเทศไทยควรต้องมีมาตรการอย่างเป็นรูปธรรม เพื่อเป็นการประกันให้ประชาชนสามารถเข้าถึงและสามารถซื้อสินค้าเหล่านี้ได้ ทั้งนี้ นอกจากการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการด้านสุขภาพสิทธิด้านสุขภาพภายในประเทศแล้ว ยังครอบคลุมถึงพันธกรณีที่ประเทศไทยต้องจัดให้มีความร่วมมือและความช่วยเหลือระหว่างประเทศ แก่ประเทศที่ไม่มีความสามารถในการรับมือกับการระบาดของโรคนี้อย่างมีประสิทธิภาพด้วย

3. สรุปผลและข้อเสนอแนะ

การระบาดของโรคโควิด 19 นับเป็นภาวะฉุกเฉินทางสาธารณสุขระหว่างประเทศ ซึ่งถือเป็นการระบาดของไวรัสครั้งใหญ่ของโลก หลายประเทศมีมาตรการเพื่อควบคุมการระบาดของโรคนี้อย่างเข้มงวดแตกต่างกันไป ไม่ว่าจะเป็นมาตรการปิดพรมแดน มาตรการควบคุมการเดินทางของพลเมือง มาตรการปิดประเทศหรือที่เรียกว่าล๊อคดาวน์ ซึ่งประเทศไทยในฐานะรัฐสมาชิกขององค์การอนามัยโลก มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามกฎอนามัยระหว่างประเทศอย่างเคร่งครัด รวมทั้งต้องบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายให้สอดคล้องกับพันธกรณีในทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างมีประสิทธิภาพด้วย ดังนั้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้เข้ามามีบทบาทกับภาวะการระบาดโรคโควิด 19 ในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ผ่านทางมาตรการบังคับใช้กฎหมายภายในมากมาย โดยแบ่งออกเป็น 5 ด้าน อันมีรายละเอียดคือ

ด้านที่ 1 บทบาทด้านการจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง รัฐต้องจัดให้มีการเข้าถึงข้อมูลโดยมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสวงหา รับ และเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารและความคิดทุกประเภท โดยไม่คำนึงถึงพรมแดน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะด้วยวาจา เป็นลายลักษณ์อักษร หรือการตีพิมพ์ ในการนี้แม้ประเทศไทยจะได้จัดตั้งศูนย์บริหารสถานการณ์โควิด-19 (Center for COVID-19 Situation Administration) เพื่อเป็นหน่วยงานหลักในการประชาสัมพันธ์ข่าวสารเกี่ยวกับโรคโควิด 19 อย่างต่อเนื่องแล้ว ควรเพิ่มเติมการเผยแพร่ข้อมูลเหล่านี้ไปยังองค์กรส่วนท้องถิ่นร่วมด้วย เพื่อเป็นการกระจายข่าวให้ประชาชนทุกภาคส่วนเข้าถึงข้อมูลได้มากขึ้น เนื่องจากบทบาทนี้ถือได้ว่าเป็นบทบาทที่มีความสำคัญในการรับมือกับภาวะการระบาดนี้เป็นอย่างมาก กล่าวคือ หากมีการวางระบบการเข้าถึงข้อมูลการแพร่ระบาดของโรคนี้อย่างโปร่งใส เป็นธรรม เผยแพร่ข้อมูลความร้ายแรงของการระบาดของโรคที่ชัดเจน ทั่วถึง

ประชาชนทุกภาคส่วน จะสามารถช่วยให้ประชาชนรับทราบแนวทางในการป้องกันตัวจากการแพร่ระบาดของโรคได้ นอกจากนี้การเผยแพร่ข้อมูลที่โปร่งใสของรัฐจะช่วยลดข้อครหาด้านการปกปิดข้อมูลผู้ติดเชื้อในประเทศได้ ส่งผลให้เป็นการสร้างความมั่นใจให้กับประชาชน ก่อให้เกิดความร่วมมือกับภาครัฐในการบังคับใช้มาตรการควบคุมการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 ได้ในระยะยาว

ด้านที่ 2 บทบาทเกี่ยวกับมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทาง ประเทศไทยได้นำมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางมาใช้อย่างสอดคล้องกับพันธกรณีในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง กล่าวคือมาตรการห้ามและควบคุมการเดินทางนั้นต้องนำมาใช้เท่าที่จำเป็น มีการจำกัดน้อยที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาการขยายระยะเวลาการบังคับใช้ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวออกไปถึง 6 คราวอย่างต่อเนื่อง แม้จะเป็นการขยายในระยะไม่เกิน 1 เดือน แต่หากรัฐยังคงขยายต่อเนื่องอย่างพร่ำเพรื่อดังที่ย่อมสุ่มเสี่ยงว่าจะละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้ รัฐควรทบทวนการออกพระราชกำหนดฉุกเฉินให้ใช้ในระยะเวลาสั้น และใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น

ด้านที่ 3 บทบาทเกี่ยวกับมาตรการกักตัว หลายประเทศมีการนำมาตรการกักตัว หรือที่เรียกว่า Quarantine มาใช้เพื่อเป็นการป้องกันการแพร่ระบาดของโรคโควิด 19 เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีมาตรการควบคุมผู้ที่เดินทางมาจากต่างประเทศซึ่งต้องเข้าสู่กระบวนการกักตัว 14 วันในสถานที่ที่ทางราชการจัดไว้ให้ และมีปัจจัยในการยังชีพตามสมควร ไม่ถูกละเมิด และไม่เลือกปฏิบัติ จึงไม่เป็นการขัดกับพันธกรณีของกฎหมายระหว่างประเทศแต่อย่างใด ซึ่งถือเป็นมาตรการในการป้องกันควบคุมโรคโควิด 19 ที่อาจจะติดมาจากผู้ที่เดินทางมาจากต่างประเทศได้เป็นอย่างดี เกิดประโยชน์ในการควบคุมการแพร่ระบาดของโรคนี้ได้ในระดับที่น่าพึงพอใจ แต่ทั้งนี้ในทางกลับกันรัฐควรเพิ่มมาตรการกักตัวผู้ที่เดินทางเข้ามาจากต่างประเทศในกรณีพิเศษ จากปัญหาที่เกิดขึ้น เช่น บุคคลในคณะทูตหรือนักท่องเที่ยวที่สามารถเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทยได้ โดยวีซ่าแบบพิเศษ หรือ Special Tourist Visa (STV) ให้มีการกักตัวเพื่อควบคุมโรคตามกระบวนการกักตัว 14 วันในสถานที่ที่เหมาะสมและรัดกุมมากยิ่งขึ้น

ด้านที่ 4 บทบาทการคุ้มครองสิทธิด้านสุขภาพ ซึ่งมุ่งเน้นมาตรฐานในการมีสุขภาพที่ดี มีสิทธิที่จะได้รับการบำบัดรักษาความเจ็บป่วยทั้งเด็กและผู้ใหญ่ ตลอดจนสร้างความร่วมมือกับประเทศสมาชิกในการร่วมมือกันตรวจจัดการระบาดของโรคหรือภัยคุกคามด้านสาธารณสุข เพื่อวางมาตรการป้องกันควบคุมโรค ทั้งนี้เมื่อกระทรวงสาธารณสุขออกประกาศเรื่อง ชื่อและอาการของโรคติดต่ออันตราย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2563 โดยกำหนดให้โรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19 (Coronavirus Disease 2019 : COVID-19) เป็นโรคติดต่ออันตรายตาม พระราชบัญญัติโรคติดต่อ ปี 2558 ทำให้ประเทศไทยสามารถดำเนินการควบคุมโรคติดเชื้อโรคโควิด 19 ในฐานะที่เป็นโรคติดต่อตามพระราชบัญญัติควบคุมโรคติดต่อ พ.ศ. 2558 บทบาทในด้านนี้สำหรับประเทศไทยจึงมีมาตรการดูแลรักษาผู้ติดเชื้อและคุ้มครองป้องกันสิทธิด้านสุขภาพของผู้ที่อยู่ในประเทศไทยได้ค่อนข้างรัดกุม

ด้านที่ 5 บทบาทด้านการดูแลและป้องกันสินค้าและบริการด้านสุขภาพ นั้น ประเทศไทยมีพันธกรณีจะต้องประกันให้มีการดูแลเพื่อป้องกัน สินค้า บริการ และข้อมูลที่มีอยู่ โดยรวมถึงการเผยแพร่ข้อมูลที่ทุกคนสามารถเข้าถึงได้ มีความเที่ยงตรง และมีหลักฐานสนับสนุน เพื่อให้ประชาชนทราบว่า จะป้องกันตนเองได้

อย่างไร รวมทั้งประกันให้มีสินค้าเพื่อป้องกันอย่างเพียงพอ มีราคาที่เหมาะสมที่ทุกคนสามารถซื้อได้ ไม่ควรมีการกักตุนสินค้า ดังที่มีรายงานมากมายเกี่ยวกับการกักตุนสินค้าจนทำให้เกิดการขาดแคลนสินค้าเพื่อป้องกันโรคไวรัส เช่น การขาดแคลนเจลแอลกอฮอล์ล้างมือและหน้ากากอนามัยในบางพื้นที่ ซึ่งตรงนี้ยังมีการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ไม่ดีนัก ปัจจุบันยังไม่สามารถควบคุมราคาหน้ากากอนามัยได้อย่างเป็นรูปธรรม และหน้ากากอนามัยทางการแพทย์ยังเป็นสิ่งที่หายากและราคาแพง ไม่เพียงพอกับประชาชนในประเทศ

คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ว่าด้วยเรื่องสถานะของลักษณะภูมิศาสตร์ในทะเลจีนใต้ The Arbitral Tribunal's Award on the Status of the Geographic Features in the South China Sea

ยศพนธ์ นิตริจโรจนะ^{*}

Yodsapon Nitiruchiro

วันที่รับบทความ 30 มิถุนายน 2563; วันที่ไขบทความ 15 ตุลาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ 15 มกราคม 2564

บทคัดย่อ

ทะเลจีนใต้เป็นทะเลที่เต็มไปด้วยภูมิศาสตร์ทางภูมิศาสตร์มากมาย ประเทศจีนได้อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิศาสตร์เหล่านั้นทั้งหมด ส่วนฟิลิปปินส์ได้อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิศาสตร์เหล่านั้นเพียงบางส่วน จนเกิดเป็นข้อพิพาทการแย่งชิงอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิศาสตร์ระหว่างสองประเทศ

อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (อนุสัญญากฎหมายทะเล) ได้สร้างกลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับ (compulsory procedure) กล่าวคือ รัฐภาคีรัฐหนึ่งอาจเสนอคดีต่อศาลให้วินิจฉัยชี้ขาดโดยไม่ต้องรับความยินยอมจากรัฐคู่พิพาทก็ได้ สำหรับข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้อนุสัญญากฎหมายทะเล ดังนั้น จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะนำกลไกดังกล่าวมาใช้กับข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์ เนื่องจากเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยนั้นไม่ใช่ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้อนุสัญญากฎหมายทะเล แต่กระนั้นก็ตาม ฟิลิปปินส์ยังสามารถฟ้องจีนโดยอาศัยกลไกระงับข้อพิพาทดังกล่าวด้วยเทคนิคการตั้งข้อหาให้ศาลมีเขตอำนาจโดยขอให้ศาลวินิจฉัยว่าภูมิศาสตร์เหล่านั้นมีสถานะเป็นอะไร แทนที่จะขอให้ศาลชี้ขาดว่าภูมิศาสตร์เหล่านั้นเป็นของใคร และหากศาลวินิจฉัยคดีตามคำฟ้องของฟิลิปปินส์แล้ว ผลของคำชี้ขาดของศาลนั้นก็ส่งผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของจีนเหนือภูมิศาสตร์เหล่านั้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

คำสำคัญ: ทะเลจีนใต้, กฎหมายทะเล, ลักษณะภูมิศาสตร์

^{*}อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ที่อยู่ : 333 หมู่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

Email : yodsapon.nit@mfu.ac.th

Abstract

The South China Sea (SCS) has numerous geographic features. China has claimed all those features, while the Philippines has claimed some. These claims over the two countries has led to the territorial dispute between them.

The dispute mechanism under the United Nations on the Law of the Sea Convention of 1982 (LOSC) constitutes a compulsory procedure, namely, a state party may file the case to a tribunal without consent of another party for the dispute concerning the interpretation or application of the LOSC. Therefore, it is not easy to apply this mechanism to solve the dispute between the two countries because the dispute between them is a territorial dispute which is not the dispute concerning the interpretation or application of the LOSC. Nevertheless, the Philippines is able to file China under this mechanism by using the technique of asking the tribunal to indicate the status of those features, not to indicate the owner over those features and after the tribunal render its award the sovereignty of China over those features will be unavoidably affected.

Keywords: the South China Sea, the law of the sea, geographic feature

บทที่ 1 เกริ่นนำ

ทะเลจีนใต้เป็นพื้นที่ทางทะเลที่มีความสำคัญในด้านต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นความสำคัญทางด้านเศรษฐกิจ การคมนาคมและความมั่นคง¹ มีขนาดพื้นที่ประมาณ 2.7-3 ล้านตารางกิโลเมตร² ประกอบด้วยหมู่เกาะสแปรตลีย์ (Spratly Islands) หมู่เกาะพาราเซล (Paracel Islands) แนวหินสกาโบโร่ (Scarborough Shoal) หมู่เกาะพราตัส (Pratas Islands) และหาดแมคเคลสฟีว (Macclesfield Bank)

ด้วยความสำคัญของทะเลจีนใต้ และรัฐที่จะมีอำนาจเหนือพื้นที่ทางทะเลได้จะต้องมีดินแดนเสียก่อน ตามหลัก the land dominates the sea³ การแย่งชิงอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานในทะเลจีนใต้จึงเกิดขึ้น

¹ ยศพนธ์ นิตริจโรจน์, 'ปัญหาหมู่เกาะสแปรตลีย์ในกฎหมายระหว่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555)

² Nien Tsu Alfred Hu, 'Semi Enclosed Troubled Waters: Anew Thinking on the Application of the 1982 UNCLOS Article 123 to the South China Sea' (2010) 41 Ocean Development & International Law 281,301.

³ Bing Bing Jia, 'The Principle of the Domination of the Land over the Sea: A Historical Perspective on the Adaptability of the Law of the Sea to New Challenges' (2014) 57 German Yearbook of International Law

โดยประเทศจีนอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานทั้งหมดในทะเลจีนใต้ ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์ที่แสดงให้เห็นว่าจีนเป็นประเทศแรกที่ค้นพบ ครอบครองและใช้ประโยชน์ภูมิฐานในทะเลจีนใต้ เวียดนามก็ได้อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานทั้งหมดในทะเลจีนใต้ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์และด้วยการสืบสิทธิจากฝรั่งเศส ฟิลิปปินส์อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานบางส่วนในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่เรียกว่ากลุ่มเกาะคาลายัน (Kalayaan Island Group: KIG) นอกจากนั้นฟิลิปปินส์ยังได้อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือ Scarborough Shoal ซึ่งตั้งอยู่ห่างจากจังหวัด Zambales ของฟิลิปปินส์⁴ มาเลเซียอ้างอำนาจอธิปไตยบางส่วนในหมู่เกาะสแปรตลีย์ บรูไนอ้างว่ามีแนวปะการังหนึ่งของหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่ตั้งอยู่ในเขต 200 ไมล์ทะเลของบรูไน⁵

ระหว่างประเทศที่เป็นคู่พิพาทในทะเลจีนใต้นี้มีเพียงฟิลิปปินส์เท่านั้นที่ได้อาศัยวิธีการศาลเพื่อระงับข้อพิพาทของตน โดยได้ยื่นฟ้องจีนต่อศาลอนุญาโตตุลาการซึ่งจัดตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก 7 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 (ศาลอนุญาโตตุลาการฯ) เมื่อปี ค.ศ. 2103 และในปี ค.ศ. 2016 ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ก็ได้ชี้ขาดให้ฟิลิปปินส์ชนะคดีไปฝ่ายเดียวโดยที่จีนมิได้เข้าร่วมต่อสู้คดี

คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ โดยเฉพาะในประเด็นสถานะทางกฎหมายของภูมิฐานในทะเลจีนใต้ถือว่ามีผลสำคัญต่ออำนาจอธิปไตยของจีนที่ได้อ้างไว้เหนือภูมิฐานเหล่านั้นอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ บทความนี้จึงมุ่งที่จะศึกษาเทคนิคการฟ้องคดีของฟิลิปปินส์ ตลอดจนผลของคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ในส่วนที่ว่าด้วยสถานะของภูมิฐานในทะเลจีนใต้

บทที่ 2 ลักษณะข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์ในทะเลจีนใต้

เมื่อพิจารณาการอ้างอำนาจอธิปไตยของจีนและฟิลิปปินส์ในทะเลจีนใต้แล้วจะเห็นได้ว่าพื้นที่พิพาททางทะเลระหว่างประเทศจีนและฟิลิปปินส์นั้นครอบคลุมเพียงบริเวณกลุ่มเกาะคาลายันและแนวหินสกาโบโรว์ มิได้ครอบคลุมทั่วทั้งทะเลจีนใต้ โดยข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์เริ่มขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1956 เมื่อนาย Thomas Cloma อ้างว่าได้ค้นพบหมู่เกาะบางส่วนของหมู่เกาะสแปรตลีย์เรียกว่ากลุ่มเกาะคาลายัน Kalayaan Island Group และรัฐบาลฟิลิปปินส์ได้ประกาศอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือกลุ่มเกาะ คาลายัน เป็นเหตุให้จีนคัดค้านโดยอ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานทั้งหมดในทะเลจีนใต้⁶

1; Case Concerning Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine). Judgment, I.C.J. Reports 2009, para 77.

⁴ Department of Foreign Affairs, 'Philippine Position on Bajo de Masinloc (Scarborough Shoal) and the Waters Within Its Vicinity' (Official Gazette of the Republic of the Philippines) <<http://www.gov.ph/2012/04/18/philippine-position-on-bajo-de-masinloc-and-the-waters-within-its-vicinity/>> accessed 13 July 2016

⁵ ยศพนธ์ นิตรุจิโรจน์ (n 1) 20-27.

⁶ จันตรี สินศุกฤกษ์, *กรณีพิพาททะเลจีนใต้* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2561) 18.

เมื่อปี ค.ศ. 1995 ทหารจีนบน Mischief Reef ได้จับกุมชาวประมงฟิลิปปินส์จนเกิดเป็นกรณีพิพาทระหว่างสองประเทศ ทำให้ทั้งสองประเทศได้เปิดเจรจาทางภาคีจนกระทั่งสามารถจัดทำข้อตกลงเกี่ยวกับ “หลักปฏิบัติ (Code of Conduct) ที่จะร่วมกันแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยสันติวิธีในรูปแบบแถลงการณ์ร่วม⁷ ต่อมาในเมื่อปี ค.ศ. 2002 เพื่อหาทางยับยั้งข้อพิพาทที่เกิดขึ้น ประเทศจีนและกลุ่มประเทศอาเซียนได้มีการประชุมและร่วมกันออกปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยทะเลจีนใต้ ค.ศ. 2002 (the 2002 ASEAN Declaration on the South China Sea: DOC) โดยตกลงว่าจะร่วมกันแก้ไขปัญหาด้วยการเจรจาและไกล่เกลี่ย⁸

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากการอ้างอำนาจอธิปไตยของจีนและฟิลิปปินส์เหนือภูมิศาสตร์ในทะเลจีนใต้ ประกอบเหตุการณ์พิพาทที่เกิดขึ้นจากอดีตถึงปัจจุบันแล้ว ย่อมเห็นได้ชัดว่ากรณีพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์นั้นเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิศาสตร์บางส่วนในหมู่เกาะสแปรตลีย์ และแนวหินสกาโบร้อ อีกทั้งยังประกอบด้วยข้อพิพาทเกี่ยวกับการกำหนดเขตทางทะเลบริเวณรอบภูมิศาสตร์เหล่านั้นอีกด้วย ซึ่งหากทั้งสองประเทศจะระงับข้อพิพาท ขั้นตอนแรกจะต้องเริ่มจากการชี้ขาดว่าประเทศใดมีอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิศาสตร์ใดให้ชัดเจนเสียก่อน จากนั้นจึงจะสามารถกำหนดขอบเขตทางทะเลในบริเวณรอบภูมิศาสตร์เหล่านั้นได้

บทที่ 3 เขตอำนาจศาลฯ ในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์

กลไกระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญากฎหมายทะเลนั้นเป็นการนำเอาวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสมัครใจและโดยบังคับมารวมเข้าไว้ด้วยกันในภาค 15 แห่งอนุสัญญาดังกล่าวซึ่งแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนที่หนึ่งว่าด้วยเรื่องการระงับข้อพิพาทภาคสมัครใจหรือที่เรียกว่าการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีดั้งเดิม (traditional methods) ส่วนที่สองว่าด้วยเรื่องการระงับข้อพิพาทภาคบังคับ และส่วนสุดท้าย เรื่องข้อจำกัดหรือข้อยกเว้นการระงับข้อพิพาทภาคบังคับ และหากแบ่งรูปแบบการระงับข้อพิพาทภายใต้ภาค 15 นี้สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 รูปแบบ ดังนี้

3.1 การระงับข้อพิพาทภาคสมัครใจ

ในส่วนที่หนึ่งของภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลนั้นกำหนดให้รัฐพิพาทมีเสรีภาพในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาท (peaceful means of their own choice) ในเวลาใดก็ได้ตามมาตรา 280⁹ แต่วิธีการระงับ

⁷ Joint Statement, ‘Republic of the Philippines-People’s Republic of China Consultations on the South China Sea and on Other Areas of Cooperation’ (scribd, 10 August 1995)

<www.scribd.com/doc/61125477/Joint-Statement-PRC-and-RP> accessed 16 August 2020;

Beijing Review, ‘Facts and Policy of the China-Philippine Dispute in the South China Sea’ (Beijing Review)

<http://www.bjreview.com/World/201607/t20160713_800062259_3.html> accessed 16 August 2020

⁸ Nguyen Hong Thao, ‘The 2002 Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea: A Note’ (2003) 34 Ocean Development & International Law 279-286.

⁹ LOSC, Art. 280

ข้อพิพาทต้องเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยสันติวิธี ไม่ว่าจะเป็วิธีการระงับข้อพิพาททางการทูต การระงับข้อพิพาทที่มีลักษณะทางกฎหมายและการระงับข้อพิพาทโดยทางสถาบันหรือองค์การระหว่างประเทศตามที่ปรากฏในมาตรา 33 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ เช่น การเจรจา การจัดเจรจา การไกล่เกลี่ย การไต่สวน และการประนีประนอม การศาลหรืออนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ตลอดจนสถาบันหรือองค์การระหว่างประเทศทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาค เมื่อรัฐพิพาทได้ตกลงเลือกวิธีที่จะใช้ในการระงับข้อพิพาทแล้ว ผลของการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทของรัฐคู่พิพาทนั้นจะปรากฏอยู่ในมาตรา 281 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล กล่าวคือ วิธีการระงับข้อพิพาทตามที่บัญญัติไว้ในภาค 15 นี้จะใช้บังคับได้ต่อเมื่อไม่สามารถระงับข้อพิพาทโดยอาศัยวิธีที่ได้ตกลงกันไว้ อีกทั้งความตกลงนั้นจะไม่ตัดโอกาสที่จะใช้วิธีการดำเนินการอย่างอื่นต่อไป¹⁰ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายมาตราดังกล่าวมิได้จำกัดว่าต้องเป็นการตกลงที่มีผลผูกพันในทางกฎหมายด้วย อีกทั้งมิได้จำกัดว่าจะต้องเลือกวิธีการใดวิธีการหนึ่งเท่านั้น และหากความตกลงระหว่างรัฐคู่พิพาทนั้นไม่ว่าจะเป็นความตกลงทั่วไป ความตกลงระดับภูมิภาคหรือทวิภาคี หรือความตกลงอื่นใดที่มีลักษณะอันจะนำไปสู่การวินิจฉัยที่มีผลบังคับ (binding decision) รัฐคู่พิพาทจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลไม่ได้ เว้นแต่ ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทตกลงกันเป็นอย่างอื่นตามมาตรา 282

นอกจากนี้ อนุสัญญาดังกล่าวยังได้กำหนดให้ฝ่ายต่าง ๆ ในข้อพิพาทดำเนินการเร่งด่วนเพื่อแลกเปลี่ยนทัศนะเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทโดยการเจรจาหรือโดยสันติวิธีอื่น ๆ ตามมาตรา 283 อีกด้วย

3.2 การระงับข้อพิพาทภาคบังคับ

การระงับข้อพิพาทภาคบังคับนั้นเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทโดยทางศาลโดยที่รัฐคู่พิพาทมิได้ให้ความยินยอม ซึ่งคำว่า “ความยินยอม” ในที่นี้มีความหมายแตกต่างจากการให้ความยินยอมผูกพันในขณะเข้าเป็นภาคีอนุสัญญากฎหมายทะเล เนื่องจากการยินยอมในขณะเข้าเป็นภาคีนั้นเป็นการยินยอมเพื่อผูกพันกลไกระงับข้อพิพาททั้งหมดตามภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล ซึ่งจะมีทั้งวิธีการระงับข้อพิพาทภาคสมัครใจและภาคบังคับ อีกทั้งการบังคับใช้วิธีการระงับข้อพิพาทต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด

“Nothing in this Part impairs the right of any States Parties to agree at any time to settle a dispute...”

¹⁰ LOSC, Art. 281

“1. If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed to seek settlement of the dispute by a peaceful means of their own choice, the procedures provided for in this Part apply only where no settlement has been reached by recourse to such means and the agreement between the parties does not exclude any further procedure.

2. If the parties have also agreed on a time-limit, paragraph 1 applies only upon the expiration of that time-limit.”

ด้วย แต่ความยินยอมที่ผู้เขียนกล่าวถึงนี้ หมายถึง การยินยอมให้องค์กรศาลพิจารณาข้อพิพาทกันอยู่ในขณะนั้น การใช้วิธีการระงับข้อพิพาทภาคบังคับนี้มีเงื่อนไขหลายประการ ดังนี้

เงื่อนไขประการแรก ต้องเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเล คำว่า ข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเลนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญากฎหมายทะเลเท่านั้น หากแต่มีความหมายตลอดจนความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องเนื่องกับความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญากฎหมายทะเล¹¹ ซึ่งโดยหลักแล้วความตกลงเช่นว่านั้นจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้นำข้อพิพาทเข้าสู่การระงับได้ตามภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลด้วย นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาบางฉบับที่มีบัญญัติโดยชัดเจนว่าให้นำปัญหาข้อพิพาทเข้าสู่กลไกระงับข้อพิพาทภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลหากแต่เพียงให้นำเสนอคดีขึ้นสู่ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศเท่านั้น เช่น Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas ซึ่งได้กำหนดไว้ว่าให้รัฐภาคีต้องเสนอคดีต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศเมื่ออนุสัญญากฎหมายทะเลมีผลบังคับใช้แล้วหรืออนุญาโตตุลาการโดยความยินยอมจากรัฐพิพาททุกรัฐ¹²

เงื่อนไขประการที่สอง รัฐคู่พิพาทต้องมีข้อตกลงที่จะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทอื่น หากเป็นข้อตกลงที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย รัฐคู่พิพาทต้องใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามที่ได้ตกลงกันไว้เสียก่อน ความตกลงลักษณะนี้จะตัดสิทธิรัฐคู่พิพาทใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับต่อเมื่อได้มีการตกลงกันว่าห้ามใช้วิธีการระงับข้อพิพาทวิธีการอื่นนอกจากที่ได้ตกลงกันไว้ด้วยเท่านั้น หากไม่มีการตกลงกันไว้เช่นนี้รัฐคู่พิพาทยังสามารถตกลงใช้กลไกการระงับข้อพิพาทภาคบังคับนี้ได้ตามมาตรา 281 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹³ หากเป็นการตกลงที่มีผลผูกพันตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็ความตกลงระดับทวิภาคีหรือพหุภาคีว่าจะใช้วิธีการระงับข้อพิพาทที่มีการวินิจฉัยที่มีผลบังคับ (entails a binding decision) ย่อมส่งผลให้รัฐคู่พิพาทไม่อาจใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับได้ เว้นแต่จะได้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นตามมาตรา 282 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁴

¹¹ LOSC, Art. 288 (2)

“A court or tribunal referred to in article 287 shall also have jurisdiction over any dispute concerning the interpretation or application of an international agreement related to the purposes of this Convention, which is submitted to it in accordance with the agreement.”

¹² Agreement to Promote Compliance with International Conservation and Management Measures by Fishing Vessels on the High Seas 1993, Article IX

¹³ LOSC, Art. 288 (2) (n11)

¹⁴ LOSC, Art. 282

เงื่อนไขประการสุดท้าย รัฐคู่พิพาทได้มีการแลกเปลี่ยนทัศนะต่อกันแล้ว ซึ่งการแลกเปลี่ยนทัศนะตามบทบัญญัติมาตรา 283 นั้นมีความแตกต่างจากการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการเจรจา กล่าวคือ การแลกเปลี่ยนทัศนะมีขึ้นเพื่อให้รัฐที่ฟ้องคดีไม่นำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทภาคบังคับโดยรัฐที่ถูกฟ้องเป็นคดีไม่รู้ตัวมาก่อน แต่การเจรจานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการระงับข้อพิพาท ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลระหว่างประเทศว่าด้วยกฎหมายทะเลในคดี Land Reclamation ระหว่างมาเลเซียกับสิงคโปร์¹⁵ นอกจากนี้ Dupuy ยังเห็นว่า พันธกรณีในการแลกเปลี่ยนทัศนะนี้เป็นวิธีการที่ถูกต้องแบบเพื่ออำนวยความสะดวกต่อการเลือกกระงับข้อพิพาทของรัฐคู่พิพาท หรือให้การทำความเข้าใจในการเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทนั้นง่ายขึ้น มากกว่าที่จะเป็นวิธีการในการแก้ปัญหาข้อพิพาทโดยตรง¹⁶ ส่วนวิธีการและระยะเวลาแลกเปลี่ยนทัศนะนั้นมิได้มีกฎหมายกำหนดไว้อย่างแน่ชัด หากแต่ในทางปฏิบัติศาลมักจะไม่เคร่งครัดในเรื่องดังกล่าวมากนัก¹⁷

เมื่อเป็นไปตามเงื่อนไขทั้งสามประการแล้วข้อพิพาทนั้นจะถูกส่งไปพิจารณายังสถาบันต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 287 กล่าวคือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศ ศาลอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก 7 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล หรือ ศาลอนุญาโตตุลาการพิเศษที่จัดตั้งขึ้นตามความในภาคผนวก 8 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล¹⁸ ในกรณีที่รัฐพิพาทเลือกองค์กรกระงับ

“If the States Parties which are parties to a dispute concerning the interpretation or application of this Convention have agreed, through a general, regional or bilateral agreement or otherwise, that such dispute shall, at the request of any party to the dispute, be submitted to a procedure that entails a binding decision, that procedure shall apply in lieu of the procedures provided for in this Part, unless the parties to the dispute otherwise agree.”

¹⁵ ‘Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v Singapore) (Provisional Measures, Order of 8 October 2003) (Separate Opinion of Judge Jesus)’ (2003) ITLOS Reports, 52

¹⁶ René Jean Dupuy, Daniel Vignes and Raymond Ranjeva, *A Handbook on the New Law of the Sea 2* (Martinus Nijhoff Publishers 1991) 1345.

¹⁷ โปรตดู กฤษฎากร ว่องวุฒิภูถ, ‘ระบบการระงับข้อพิพาทภาคบังคับภายใต้อนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ถอดบทเรียนจากแนวคำพิพากษาของศาลและคณะตุลาการว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจในการพิจารณาคดี’ (งานวิจัยฉบับสมบูรณ์ ทนสนับสนุนจากคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ปีงบประมาณ 2561)

¹⁸ LOSC, Art. 287

“1. When signing, ratifying or acceding to this Convention or at any time thereafter, a State shall be free to choose, by means of a written declaration, one or more of the following means for the settlement of disputes concerning the interpretation or application of this Convention:

- (a) the International Tribunal for the Law of the Sea established in accordance with Annex IV;
- (b) the International Court of Justice

ข้อพิพาทประเภทเดียวกัน การระงับข้อพิพาทภาคบังคับจะต้องเสนอต่อองค์กรนั้นตามมาตรา 287 วรรค 4 แต่ในกรณีรัฐพิพาทไม่ได้ยอมรับวิธีดำเนินการเดียวกันหรือไม่ได้ประกาศเลือกองค์กรระงับข้อพิพาทไว้ให้ถือว่า ยอมรับการอนุญาโตตุลาการตามความในภาคผนวก 7 ตามมาตรา 287 วรรค 3 และ 5

อย่างไรก็ตาม ไซ่ว่ารัฐภาคีจะใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับต่อข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเลได้ทั้งหมด เนื่องจากยังมีข้อยกเว้นบางประการที่รัฐภาคีไม่อาจใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับต่อรัฐคู่พิพาทได้ หากรัฐคู่พิพาทได้ประกาศไม่ยอมรับเขตอำนาจศาลภาคบังคับไว้กับกรณีพิพาทบางประการ เช่น ข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดขอบเขตของเขตแดนทางทะเล หรือที่เกี่ยวข้องกับอ่าวประวัติศาสตร์หรือสิทธิทางประวัติศาสตร์ กิจกรรมทางทหาร ตลอดจนข้อพิพาทซึ่งคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติกำลังใช้อำนาจหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายโดยกฎบัตรสหประชาชาติตามมาตรา 298 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล

หากพิจารณาจากข้ออ้างของจีนและฟิลิปปินส์ดังกล่าวในบทก่อนหน้า จะพบว่าข้อที่ขัดแย้งกันระหว่างจีนและฟิลิปปินส์ ได้แก่ ประเทศใดมีอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานในทะเลจีนใต้ ซึ่งเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานในทะเลจีนใต้ ซึ่งกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการชี้ขาดว่ารัฐใดมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนใดนั้น ก็ย่อมต้องว่ากันไปตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการได้มาและเสียไปซึ่งดินแดนของรัฐไม่ใช่อนุสัญญากฎหมายทะเล เพราะไม่มีบทบัญญัติใดในอนุสัญญากฎหมายทะเลที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีพิพาทในทะเลจีนใต้ได้ นอกจากนี้จีนยังได้ประกาศไม่ยอมรับการระงับข้อพิพาทภาคบังคับตามมาตรา 298 ไว้เมื่อปี ค.ศ. 2006 อีกด้วย¹⁹

บทที่ 4 เทคนิคการตั้งข้อหาคำฟ้องของฟิลิปปินส์

แม้จะเห็น ข้อพิพาทระหว่างจีนและฟิลิปปินส์โดยเนื้อแท้เป็นเรื่องการโต้แย้งอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานในทะเลจีนใต้ ซึ่งอยู่นอกขอบเขตการบังคับใช้กลไกระงับข้อพิพาทภายใต้อนุสัญญากฎหมายทะเล ดังที่ได้ศึกษามาในบทก่อนหน้านี หากฟิลิปปินส์ฟ้องขอให้ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ชี้ขาดว่าจีนหรือฟิลิปปินส์มีอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานในทะเลจีนใต้ ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ย่อมไม่อาจรับคดีไว้พิจารณาได้ ด้วยเหตุดังกล่าว ฟิลิปปินส์จึงได้ตั้งข้อหาในการฟ้องคดีต่อจีนให้เป็นประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเลแบ่งได้เป็น 5 กลุ่ม ดังนี้

(c) an arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VII;

(d) a special arbitral tribunal constituted in accordance with Annex VIII for one or more of the categories of disputes specified therein.”

¹⁹ U.N. Oceans & Law of the Sea, ‘Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea’ (United Nations, 25 August 2006) http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_declaration_s.htm#Chinaafter <accessed 27 June 2020>

กลุ่มหนึ่ง ความชอบด้วยกฎหมายของเส้นประเก้าเส้น (nine-dash line, U-shaped line) ที่จีนประกาศอ้างสิทธิทางประวัติศาสตร์ (historic right) (คำฟ้องข้อ 1-2)

กลุ่มสอง สถานะทางกฎหมายของภูมิสัมฐาน (feature) ที่จีนอ้างสิทธิ (คำฟ้องข้อ 3-7)

กลุ่มสาม ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของจีน

กลุ่มสี่ การทำให้ข้อพิพาทเลวร้ายลงหรือขยายข้อพิพาทระหว่างรัฐพิพาท

กลุ่มห้า จีนต้องเลิกการอ้างสิทธิและกิจกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในอนาคต

ในส่วนรายละเอียดของคำฟ้องข้อ 3-7 ฟิลิปปินส์ขอให้ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ชี้ขาดว่า Scarborough Shoal เป็นโขดหิน (ข้อ 3) Mischief Reef, Second Thomas Shoal และ Subi Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำ ขณะน้ำลด (ข้อ 4) Mischief Reef และ Second Thomas เป็นส่วนหนึ่งของไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์ (ข้อ 5) Gaven Reef และ McKennan Reef รวมถึง Hughes Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำ ขณะน้ำลด ซึ่งจะถูกใช้เป็นแนวกำหนดเส้นฐานของเกาะ Namyit และ Sin Cowe (ข้อ 6) และ Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef และ Johnson Reef เป็นโขดหิน (ข้อ 7)²⁰

เมื่อวันที่ วันที่ 29 ตุลาคม 2015 ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้วินิจฉัยเขตอำนาจในชั้นพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาคำฟ้องข้อ 3, 4, 6 และ 7²¹ กล่าวคือ สถานะทางกฎหมายของ Scarborough Shoal, Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef, Gaven Reef, McKennan Reef รวมถึง Hughes Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef และ Johnson Reef แต่ขอสงวนสิทธิในการพิจารณาเขตอำนาจศาลในคำฟ้องข้อที่ 5 ไว้ชี้ขาดในชั้นพิจารณาเนื้อหาสาระแห่งคดี เนื่องจากศาลอนุญาโตตุลาการฯ จะชี้ขาดว่า Mischief Reef และ Second Thomas เป็นส่วนหนึ่งของไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์หรือไม่นั้นต้องขึ้นอยู่กับ การตัดสินใจในชั้นพิจารณาเนื้อหาสาระของภูมิสัมฐานในทะเลจีนใต้ ดังนั้น คำฟ้องข้อนี้จึงมิได้เป็นประเด็นปัญหาที่มีลักษณะเบื้องต้นเท่านั้น และต่อมาจนกระทั่งชั้นพิจารณาเนื้อหาสาระแห่งคดี ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า Mischief Reef และ Second Thomas มีสถานะเป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดซึ่งไม่สามารถมีเขตทางทะเลของตนเองได้ ศาลอนุญาโตตุลาการฯ จึงมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยว่า Mischief Reef และ Second Thomas เป็นส่วนหนึ่งของไหล่ทวีปและเขตเศรษฐกิจจำเพาะของฟิลิปปินส์หรือไม่ ศาลอนุญาโตตุลาการฯ จึงมีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดคำฟ้องข้อ 5 ของฟิลิปปินส์ด้วย²²

ต่อมาในชั้นพิจารณาเนื้อหาแห่งคดี ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้ชี้ขาด ดังนี้

²⁰ 'The Tribunal's Award on Jurisdiction and Admissibility' (29 October 2015) (hereinafter Award on Jurisdiction and Admissibility), 141-144, paras 400-404

²¹ 'Award on Jurisdiction and Admissibility', 149, para 413

²² 'The South China Sea Arbitration Award' (12 July 2016) 254- 259, paras 627-642

- (1) Scarborough Shoal มีสถานะเป็นโขดหิน
- (2) Mischief Reef, Second Thomas Shoal และ Subi Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด โดย Mischief Reef และ Second Thomas ประกอบเป็นส่วนหนึ่งของเขตเศรษฐกิจจำเพาะหรือไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์
- (3) Gaven Reef (North) เป็นโขดหินไม่ใช่พื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด
- (4) Gaven Reef (South) เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด
- (5) McKennan Reef เป็นโขดหินไม่ใช่พื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด
- (6) Hughes Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด
- (7) Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef และ Johnson Reef เป็นโขดหิน

นอกจากนั้น ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ยังได้สรุปต่อไปว่าไม่มีภูมิสถานใดในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่มีสถานะเป็นเกาะ เนื่องจากมนุษย์ไม่สามารถอยู่อาศัยหรือยังชีพทางเศรษฐกิจได้เลย²³

บทที่ 5 ผลของคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ

หากพิจารณาจากเส้นประเก้าเส้นตามแผนที่ของจีนที่ได้ประกาศใช้เมื่อปี ค.ศ. 1947 จะเห็นได้ว่าประเทศจีนได้อ้างอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิสถานทั้งหมดในทะเลจีนใต้ และได้อ้างสิทธิทางประวัติศาสตร์เหนือน่านน้ำในบริเวณรอบภูมิสถานเหล่านั้น แต่ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้ตัดสินว่าไม่มีภูมิสถานใดในหมู่เกาะสแปรตลีย์ที่จะมีสถานะเป็นเกาะ Scarborough Shoal, Gaven Reef (North), McKennan Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef และ Johnson Reef มีสถานะเป็นโขดหิน ส่วน Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef, Gaven Reef (South) และ Hughes Reef เป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลด คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ นั้น แม้อาจดูเหมือนจะเป็นเพียงแค่การกำหนดสถานะทางกฎหมายของภูมิสถานเหล่านั้น แต่หากพิจารณาอย่างละเอียดแล้วจะพบว่ามีผลทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากคำชี้ขาดนี้หลายประการ ดังนี้

ประการแรก หากพิจารณาเปรียบเทียบระหว่างการอ้างสิทธิของจีนกับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการฯ แล้วย่อมไม่อาจโต้แย้งได้เลยว่าคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ นั้นได้ทำลายอำนาจอธิปไตยที่จีนอ้างเหนือภูมิสถานในทะเลจีนใต้จนเกือบหมดสิ้น นอกจากนี้ ศาลยังเห็นว่า Mischief Reef และ Second Thomas นั้นมีสถานะเป็นพื้นดินทวีปที่จมอยู่ใต้น้ำ (submerged landmass) ซึ่งจะเห็นได้ว่าคำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ส่วนนี้ อนุญาโตตุลาการฯ มีเจตนาจะชี้ให้เห็นว่าภูมิสถานเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของเขต

²³ 'The South China Sea Arbitration Award' (n 22) 174, 259.

เศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปของฟิลิปปินส์ ซึ่งเท่ากับเป็นการยืนยันให้หนักแน่นลงไปอีกว่าจีนไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานเหล่านั้นโดยเด็ดขาด

ประการที่สอง เมื่อศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้วินิจฉัยให้ Scarborough Shoal, Gaven Reef (North), McKennan Reef, Cuarteron Reef, Fiery Cross Reef และ Johnson Reef เป็นโขดหินแล้วย่อมส่งผลทำให้เขตทางทะเลของจีนเหนือภูมิฐานนั้นลดลง กล่าวคือ เดิมที่จีนอ้างว่าภูมิฐานนั้นเป็นเกาะจีนจะมีเขตทางทะเลเช่นเดียวกับแผ่นดินใหญ่ (mainland) กล่าวคือ มีเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีป ดังที่ปรากฏในมาตรา 121 วรรคสอง แต่การที่ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ชี้ขาดว่าภูมิฐานเหล่านั้นเป็นโขดหิน ภูมิฐานเหล่านั้นจะมีเพียงทะเลอาณาเขตที่กว้างที่สุดเพียง 12 ไมล์ทะเลนับจากเส้นฐานตามมาตรา 121 วรรคสาม

ในส่วนที่ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้ชี้ขาดว่า Mischief Reef, Second Thomas Shoal, Subi Reef, Gaven Reef (South) และ Hughes Reef มีสถานะเป็นพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดนั้น ภูมิฐานเหล่านี้จะไม่มีเขตทางทะเลเป็นของตนเอง หากแต่เมื่อภูมิฐานนั้นตั้งอยู่ในทะเลอาณาเขตทั้งหมดหรือบางส่วนจึงจะสามารถใช้แนวน้ำลดของพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดนั้นเป็นจุดในการกำหนดเส้นฐานได้ ดังนั้น คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ในส่วนนี้ย่อมมีผลเท่ากับว่าเขตทางทะเลของจีนที่ได้อ้างในบริเวณรอบภูมิฐานเหล่านั้น ถูกทำลายลงเช่นกัน

ผลประการสุดท้าย สถานะของภูมิฐานนอกจากจะเป็นสิ่งที่ชี้ให้เห็นถึงอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานและเขตทางทะเลรอบภูมิฐานเหล่านั้นแล้วยังมีผลต่อการกำหนดเขตทางทะเลรอบภูมิฐานเหล่านั้นด้วย กล่าวคือ ในการกำหนดเขตทางทะเลนั้น ตามอนุสัญญากฎหมายทะเลนั้นหากเป็นกรณีทับซ้อนกันระหว่างทะเลอาณาเขต มาตรา 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลกำหนดให้ใช้หลักเส้นมัธยะ-สภาวะการณ์พิเศษ equidistance-special circumstances ส่วนกรณีทับซ้อนกันระหว่างเขตเศรษฐกิจจำเพาะและไหล่ทวีปนั้นก็ให้ใช้หลักการแก้ปัญหาอย่างเที่ยงธรรม equitable solution ตามมาตรา 74 และ 83 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเล ซึ่งทั้งสองหลักดังกล่าวนี้ต่างก็ต้องคำนึงถึงสภาวะการณ์พิเศษที่อยู่รอบชายฝั่ง เช่น รูปร่างของชายฝั่งหรือภูมิฐานเรียงรายอยู่บริเวณชายฝั่ง ดังนั้น สถานะของเกาะหรือพื้นที่เหนือน้ำขณะน้ำลดนั้นย่อมมีผลสำคัญต่อการนำมาใช้ประกอบการพิจารณาเพื่อกำหนดเขตทางทะเลอย่างยิ่ง ด้วยเหตุดังกล่าว คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ เกี่ยวกับสถานะของภูมิฐานในทะเลจีนใต้นั้นย่อมมีผลกระทบต่อข้อกำหนดเขตทางทะเลในทะเลจีนใต้อย่างยิ่ง

6. บทสรุป

การเสนอคำฟ้องของฟิลิปปินส์นั้นแสดงให้เห็นถึงมิติของการปรับใช้กลไกระงับข้อพิพาทของอนุสัญญากฎหมายทะเลได้อย่างน่าสนใจ ฟิลิปปินส์ประสงค์จะให้ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ชี้ขาดว่าจีนไม่มีอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิฐานที่อยู่ในทะเลจีนใต้ โดยเฉพาะภูมิฐานที่อยู่บริเวณใกล้เคียงกับชายฝั่งของฟิลิปปินส์ ฟิลิปปินส์ทราบว่าจีนคงไม่ยินยอมให้อำนาจตุลาการระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

หรือ ศาลกฎหมายทะเลระหว่างประเทศตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างจีนกับฟิลิปปินส์อย่างแน่นอน ฟิลิปปินส์จึงต้องใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับภายใต้ภาค 15 แห่งอนุสัญญากฎหมายทะเลเพื่อระงับข้อพิพาทในครั้งนี้

อย่างไรก็ตาม การใช้กลไกระงับข้อพิพาทภาคบังคับนั้นจะใช้ได้ต่อเมื่อเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเลเท่านั้น ส่วนข้อพิพาทระหว่างจีนกับฟิลิปปินส์นั้นเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งอำนาจอธิปไตยเหนือภูมิสำนฐานต่าง ๆ ในทะเลจีนใต้ ฟิลิปปินส์จึงได้ปรับคำฟ้องใหม่จากเดิมแทนที่จะขอให้ศาลอนุญาโตตุลาการฯ ชี้ขาดว่าภูมิสำนฐานเหล่านั้นเป็นของจีนหรือฟิลิปปินส์ เปลี่ยนเป็นภูมิสำนฐานเหล่านั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นอะไร ซึ่งจะเป็นกรณีปัญหาการตีความและการใช้ออนุสัญญากฎหมายทะเล อันนำไปสู่การที่ศาลอนุญาโตตุลาการฯ มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยคดี และเมื่อศาลอนุญาโตตุลาการฯ ได้มีคำชี้ขาดคดีตามที่ฟิลิปปินส์ได้ฟ้องแล้วย่อมส่งผลต่ออำนาจอธิปไตยของจีนเหนือภูมิสำนฐานเหล่านั้น กล่าวโดยย่อก็คือฟิลิปปินส์เพียงแค่เปลี่ยนวิธีการตั้งคำถาม แต่คำตอบของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ย่อมทำให้ฟิลิปปินส์ได้สิ่งที่ต้องการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งหากพิจารณาเพียงคำฟ้องของฟิลิปปินส์ย่อมต้องถือว่าเป็นเรื่องที่ศาลอนุญาโตตุลาการฯ มีเขตอำนาจในการวินิจฉัย แต่หากพิจารณาถึงผลที่จะเกิดขึ้นจากการชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ แล้ว ศาลอนุญาโตตุลาการฯ อาจเห็นว่าตนไม่มีเขตอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตาม
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

Legal Problems Related to Exhaustion of Administrative Remedies in
Administrative Procedure Act, B.E. 2539

นรุตม์ พัฒนไพศาลชัย*

Narut Pattanapaisanchai

วันที่รับบทความ 24 กันยายน 2563; วันแก้ไขบทความ 15 ธันวาคม 2563; วันตอบรับบทความ 1 กุมภาพันธ์ 2564

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาในทางกฎหมายของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยเริ่มศึกษาจากข้อความคิดว่าด้วยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย แนวคำวินิจฉัยของศาล รวมไปถึงบทความทางกฎหมาย ซึ่งจากการศึกษาพบว่าในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง จากการออกกฎกระทรวงตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นไม่สอดคล้องกับลักษณะรูปแบบอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 การกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่ส่งผลกระทบในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมโดยที่ฝ่ายปกครองอาจไม่ได้รับการตรวจสอบโดยศาล ทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองอาจไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพเท่าที่ควร รวมไปถึงการกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่เร่งรัดเกินสมควรสำหรับผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งอาจไม่ได้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องกฎหมายและการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ได้เท่าที่ควร การคุ้มครองคู่กรณีในระหว่างที่มีการพิจารณาอุทธรณ์กล่าวคือ การทุเลาการบังคับทางปกครองที่กำหนดไว้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง และระยะเวลาในการพิจารณาคำอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองที่ไม่ได้กำหนดผลไว้เมื่อล่วงเลยระยะเวลาตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้แล้วนั้นจะมีผลอย่างไรต่อไป ซึ่งทำให้ส่งผลต่อการนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองในชั้นต่อไปด้วย โดยจากผลการศึกษานั้นสามารถดำเนินการได้โดยการยกเลิก

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นักศึกษาปริญญาโทหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เลขที่ 2 ถนนพระจันทร์ แขวงพระบรมมหาราชวัง เขตพระนคร

กรุงเทพมหานคร 10200

E-mail : narut.pat@gmail.com

บทบัญญัติในกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งในเรื่องของระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง การกำหนดผลเมื่อครบกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ และเงื่อนไขในการพิจารณาทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ซึ่งจะช่วยให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้รับความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: คำสั่งทางปกครอง, การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง, พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

Abstract

This paper analyzes legal issues surrounding appeals of administrative orders according to the Administrative Procedure Act B.E. 2539 (1996, The Act) for which specific legal procedures are lacking, and requiring appeal within administrative departments. The research began by elucidating the fundamental concept of appeals from administrative orders and procedures for appeals from administrative orders in Thailand on legal bases. Data was gathered from legal articles and related academic research papers to analyze overall procedural issues in appealing administrative orders.

Results were that problems in processing appeals include processing appeals within administrative departments by ministerial regulations through The Act reveal inherent legislative inconsistencies with the nature of appeals, as formulated in The Act. Determining conditions preceding administrative court prosecutions affects access to justice, without which administrations may not be examined by the court. In this way, the rights and freedoms of recipients of administrative orders may go unprotected. This includes setting an unreasonable period for submitting an appeal within the administrative department for those receiving an administrative order who may not have the necessary legal expertise and access to information. Protection of the parties while the appeal is considered, for example suspending administrative enforcement, is the discretion of the administrative order officer. And the period of consideration for an undetermined administrative appeal after the period stipulated by law will have further effect, resulted in the bringing plaintiff cases to the next levels of administrative courts as well.

These findings indicate that issues occurring in Thailand may respond to analysis of appropriate solutions and problem-solving by repealing provisions in ministerial regulations from The Act and amending certain provisions, including the period for filing an appeal against an administrative order and determining results upon expiration of the period for considering the appeal. In addition, conditions for determining relief of enforcement of administrative orders may be reformed to assist recipients of administrative orders, affording them further protection by insuring that they are well informed, and their rights and freedoms more efficiently protected, with enabled access to justice and the administrative appeals process.

Keywords: Administrative orders, Administrative law, Administrative Procedure Act, B.E. 2539 (1996).

บทนำ

คำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่ง เช่นนี้แล้วเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองมีการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายได้กำหนดขอบเขตหรือมอบอำนาจให้แล้วนั้น จึงต้องมีการบัญญัติกฎหมายกำหนดขั้นตอนกระบวนการในการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองในแต่ละครั้ง อย่างไรก็ตาม ในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นก็อาจเกิดปัญหาทางกฎหมายในส่วนของเนื้อหา หรือขั้นตอนกระบวนการที่อาจไม่เป็นไปตามบทบัญญัติที่กฎหมายกำหนดไว้ได้เช่นกัน ฉะนั้นแล้วจึงมีการบัญญัติขั้นตอนอย่างหนึ่งขึ้นมาเพื่อเป็นการทบทวนตรวจสอบเบื้องต้นที่เรียกว่า “การอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครอง” โดยได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งหากผลการทบทวนตรวจสอบในเบื้องต้นยังไม่เป็นที่พึงพอใจกับผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองแล้วก็สามารถที่จะนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองในชั้นต่อไปได้ อย่างไรก็ตามหากจะมีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง มาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 นั้นได้กำหนดไว้ว่า หากกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายเรื่องใดไว้แล้ว ดังนั้นการฟ้องคดีต่อปกครองจะกระทำได้ต่อเมื่อได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการนั้นแล้ว เช่นนี้แล้วจึงต้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน จึงอาจกล่าวได้ว่า ในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้นได้กำหนดการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับที่ต้องดำเนินการก่อนจะฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ อย่างไรก็ตามไม่ใช่การบังคับให้ต้องอุทธรณ์ทุกกรณี หากผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้ต้องการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ไม่ต้องดำเนินการอุทธรณ์แต่อย่างใด ในทางปฏิบัติยังคงมีปัญหาในการนำมาใช้ในทางปฏิบัติที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์การมีอยู่ของกระบวนการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครอง ซึ่งก็ก่อให้เกิดผลกระทบในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นหลักประกันคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย ซึ่งในบทความนี้จะเป็นการศึกษาหลักการพื้นฐานของกระบวนการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครอง รวมไปถึงวิเคราะห์รวบรวมปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับของประเทศไทย เพื่อหาแนวทางการแก้ไขรวมถึงการเสนอแนะปรับเปลี่ยนบทกฎหมาย โดยศึกษาจากหนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความทางกฎหมาย รายงานการประชุมและเอกสารงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเมื่อได้ทราบและเข้าใจถึงปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่เกิดขึ้นในประเทศไทยแล้ว ก็จะสามารถนำเสนอแนวทางการปรับเปลี่ยน แก้ไขกฎหมายที่มีปัญหาในการนำมาใช้ในทางปฏิบัติหรือวิธีการใช้กฎหมายที่บัญญัติไว้ในเรื่องการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองของคำสั่งทางปกครองได้เพื่อที่จะทำให้กระบวนการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นขั้นตอนที่สามารถระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นและยับยั้งความเสียหายได้ดียิ่งขึ้น รวมไปถึงเป็นการลดจำนวนการนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองด้วย

1. ข้อความคิดว่าด้วยการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองและระบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย

1.1 วัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

สำหรับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง มีวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายที่สามารถพิจารณาออกเป็น 3 ประการ¹ ได้แก่

1.1.1 เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามกฎหมาย สำหรับสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้นได้มีการรับรองไว้ทั้งในรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้นแล้วการที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ต้องกระทำภายในขอบเขตอำนาจที่กฎหมายกำหนดไว้และไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หากการกระทำหรือการออกคำสั่งทางปกครองต่าง ๆ ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ถือได้ว่าเป็นมาตรการหนึ่งที่มีขึ้นเพื่อประโยชน์ของประชาชนที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหาย หรือได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครอง หรือคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองนั้นมีขั้นตอนที่กระชับ และเรียบง่ายกว่าวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาล รวมไปถึงการพิจารณาทบทวนคำสั่งของฝ่ายปกครองยังมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และให้ความเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องในแต่ละกรณีได้ตามความเหมาะสม ซึ่งแตกต่างจากการพิจารณาคดีของศาลที่ต้องวินิจฉัยข้อพิพาทไปตามบทกฎหมายและแนวคำพิพากษาเป็นสำคัญ²

1.1.2 เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยฝ่ายปกครองด้วยตนเอง การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงเป็นวิธีการที่ดีในการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มีโอกาสที่จะได้รับรู้ ทบทวน และแก้ไขการดำเนินการ หรือการสั่งการที่อาจเกิดข้อผิดพลาดบางประการ หรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายจากการกระทำของฝ่ายปกครองเองได้ อีกทั้งฝ่ายปกครองเองก็สามารถทบทวนในเรื่องความเหมาะสมซึ่งเป็นเรื่องดุลพินิจ รวมถึงความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนืออำนาจขององค์กรศาล หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง สำหรับการทบทวนคำสั่งทางปกครองอาจกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง หรือโดยเจ้าหน้าที่ลำดับชั้นเหนือขึ้นไป ซึ่งอาจเป็นผู้บังคับบัญชา หรือผู้ที่ควบคุมกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองก็ได้ ดังนั้นแล้วการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงจัดได้ว่าเป็นมาตรการในการตรวจสอบ และแก้ไขข้อบกพร่องของฝ่ายปกครองเพื่อให้การบริหารงานของรัฐที่เป็นฝ่ายบริหารนั้นมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และลดความผิดพลาดให้เกิดขึ้นน้อยลง

1.1.3 เพื่อลดการนำข้อพิพาทไปฟ้องคดีในชั้นศาล หากในกรณีที่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นจะใช้สิทธิโต้แย้ง ร้องเรียนต่อหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยวิธีการอุทธรณ์ภายในฝ่าย

¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 4, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 94.

² มาโนช นามเดช, 'การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองกับการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง' (รายงานการศึกษาส่วนบุคคล หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง สำนักงานศาลปกครอง, 2557)

ปกครองแล้ว นอกจากจะทำให้ฝ่ายปกครองมีโอกาสที่จะทบทวน ตรวจสอบ รับรู้ข้อผิดพลาด และแก้ไขความบกพร่องในการใช้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองของตนเอง และหากผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนพึงพอใจก็สามารถยุติข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทลงได้แล้วนั้น ถือได้ว่าเป็นการถ่วงดุลและช่วยลดจำนวนข้อพิพาทที่จะเข้าสู่ในชั้นศาลน้อยลงได้ หรือแม้แต่หากผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองยังไม่พอใจในผลคำวินิจฉัยของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองเองแล้ว และต้องการนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลนั้น ขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก็ยังมีประโยชน์ที่สามารถช่วยอำนวยความสะดวกเร็วในการพิจารณาตัดสินของศาลได้เป็นอย่างดี เพราะในขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นขั้นตอนที่ช่วยถ่วงดุลข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย รวมทั้งประเด็นข้อโต้แย้งระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น ซึ่งจะทำให้กระบวนการในชั้นศาลนั้นมีข้อมูลที่เปรียบเทียบ และสะดวกต่อองค์กรศาล หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองที่จะสามารถวินิจฉัยต่อไปได้

จากวัตถุประสงค์ของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้น มีผู้ที่มีความเกี่ยวข้องด้วยกันทั้งหมด 3 ฝ่าย³ คือ ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นจะได้รับมาตรการเยียวยาทางปกครองเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครอง ฝ่ายปกครองที่จะได้รับโอกาสรับรู้ และแก้ไขการสั่งการที่ผิดพลาดหรือความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เพื่อตรวจสอบ และแก้ไขความบกพร่องให้การบริหารงานของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ และอีกฝ่ายคือ องค์กรศาล หรือองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองที่จะทำให้ข้อพิพาทบางเรื่องระงับหรือยุติลงได้ อีกทั้งอาจทำให้ลักษณะข้อพิพาทมีความชัดเจนมากขึ้น การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจึงเป็นมาตรการอย่างหนึ่งที่จะช่วยในการบริหารงานยุติธรรมทางปกครองได้

1.2 หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง (Exhaustion of administrative remedies)

หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง เป็นหลักกฎหมายปกครองที่กำหนดเขตอำนาจขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล เพื่อแสดงความสัมพันธ์และจัดระบบเกี่ยวกับเขตอำนาจในการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยฝ่ายปกครองกับเขตอำนาจการพิจารณาทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาล โดยที่ฝ่ายปกครองนั้นสามารถตรวจสอบได้ทั้งในแง่ความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ส่วนองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลนั้นมีอำนาจตรวจสอบได้เฉพาะในแง่ความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ซึ่งเป็นการแบ่งแยกอำนาจในการตรวจสอบข้อเท็จจริง ตลพินิจโดยแท้ และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน

³ ฤทัย หงส์สิริ, 'การทบทวนคำสั่งทางปกครอง' ใน พนม เอี่ยมประยูร, *รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539* (สำนักพิมพ์วิญญูชน 2541) 109.

ของฝ่ายปกครอง มิเช่นนั้นแล้วระบบการตรวจสอบโดยองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลอาจทำลายระบบ บังคับบัญชา รวมไปถึงขั้นตอนประสิทธิภาพในการบริหารราชการ แทนที่จะเป็นการส่งเสริมการบริหารราชการ ซึ่งเป็นจุดประสงค์ของการมีองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาล⁴ และหลักความแน่นอนของนิติกรรมทาง ปกครองและหลักความมั่นคงแห่งสิทธิของประชาชน เนื่องจากหลักการดังกล่าวนี้ต้องการให้คำสั่งทางปกครอง นั้นได้รับการทบทวนตรวจสอบตามลำดับความรับผิดชอบตามสายงานบังคับบัญชาหรือคณะกรรมการที่มี ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลซึ่งมีจุดมุ่งหมาย เพื่อป้องกันไม่ให้ฝ่ายปกครองถูกแทรกแซงโดยองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลในทุกขั้นตอนของสายงาน บังคับบัญชาในฝ่ายบริหารจนเป็นการก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจแทน และหากมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ออกมาแล้ว ย่อมมีผลถึงที่สุดในฝ่ายปกครองโดยอาจเป็นการลบล้างหรือยืนยันคำสั่งทางปกครองเดิมก็ได้ ทำให้คำสั่งทาง ปกครองนั้นมีผลผูกพันใช้บังคับต่อผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองต่อไป รวมไปถึงทำให้ประชาชนได้รับทราบว่ สิทธิของตนได้รับผลกระทบหรือไม่ ซึ่งลักษณะของหลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหาย ให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครองนั้น ทำให้เกิดการแบ่งแยกระบบควบคุมตรวจสอบ คำสั่งทางปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในกรณีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง คือ 1) มีกฎหมาย กำหนดขั้นตอนบังคับให้ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อองค์กรวินิจัยคดี ปกครองหรือศาล หรือมีกฎหมายกลางกำหนดให้ต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองฝ่ายปกครอง เสียก่อน โดยต้องดำเนินการต่อฝ่ายปกครองให้เสร็จสิ้นตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนที่จะมีการยื่นฟ้อง คดีต่อองค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาล ทำให้ฝ่ายปกครองนั้นต้องมีกระบวนการวินิจฉัยอุทธรณ์คำสั่งทาง ปกครองทั้งหลักความเป็นกลาง หลักการรับฟังผู้มีส่วนได้เสีย หลักการให้เหตุผล รวมไปถึงการกำหนดขอบเขต การตรวจสอบคำสั่งทางปกครองทั้งระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์ และ 2) ห้ามไม่ให้ องค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลรับฟ้องเกี่ยวกับการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ยังไม่ได้มีการดำเนินการตาม ขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่กฎหมายกำหนดไว้เสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักการเคารพความรับผิดชอบตามระบบสายงานบังคับบัญชา และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านของฝ่าย ปกครองที่องค์กรวินิจัยคดีปกครองหรือศาลนั้นต้องเคารพขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดเสียก่อน

โดยสรุปแล้ว หลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมาย กำหนดไว้ก่อนฟ้องคดีปกครอง มีบทบาทสำคัญอยู่ 2 ประการคือ เป็นเครื่องมือในการพัฒนาหลักกฎหมาย ปกครองเกี่ยวกับการพิจารณาข้อพิพาทคำสั่งทางปกครองทั้งในชั้นฝ่ายปกครองและชั้นศาล ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง หลักความเป็นกลาง หลักการรับฟังผู้ถูกระทบสิทธิ หลักการให้เหตุผลในการพิจารณาวินิจฉัยคำอุทธรณ์ เพื่อ เป็นหลักประกันความมั่นคงแห่งสิทธิและความเชื่อใจของประชาชนที่มีการบังคับให้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งทาง

⁴ บันทึกข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ดร.อมร จันทรมบูรณ) เรื่อง หลัก Exhaustion of administrative remedies (มาตรา 20 (4) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522) (2531) 7 *วารสารกฎหมายปกครอง* 921.

ปกครองภายในฝ่ายปกครองก่อน รวมไปถึงหลักการไม่ให้รับเรื่องที่ยังไม่อุทธรณ์ฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนด การแยกการตรวจสอบส่วนข้อเท็จจริงและดุลพินิจโดยแท้ที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง ออกจากการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของศาล โดยมีความยุติธรรมตามหลักความเป็นกลางและอิสระขององค์กรตรวจสอบ และอีกประการคือ เป็นเครื่องมือในการกรองข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับฝ่ายปกครองก่อนที่จะมีการนำข้อพิพาทมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง โดยเป็นการกำหนดลำดับและขอบเขตในการควบคุมตรวจสอบคำสั่งทางปกครองที่ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นต้นไว้ก่อน ซึ่งเป็นขั้นตอนที่อาจสามารถระงับข้อพิพาทและถ่วงการฟ้องคดีก่อนขึ้นสู่ศาลได้

1.3 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครอง

สำหรับการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นเป็นขั้นตอนในการโต้แย้ง หรือคัดค้านการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่เป็นการออกคำสั่งทางปกครองตามกฎหมาย เพื่อระงับข้อพิพาท และความเสียหายในเบื้องต้นโดยอาจไม่ต้องนำข้อพิพาทนั้นไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองในที่สุด

1.3.1 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในชั้นภายในฝ่ายปกครองตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในขั้นตอนของการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นจะอาจเป็นขั้นตอนที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ว่าจะต้องดำเนินการก่อนหรือไม่ หากไม่ได้มีการกำหนดไว้แล้ว ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองอาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ทันที แต่ถ้าหากมีกฎหมายได้กำหนดเป็นขั้นตอนไว้แล้ว ซึ่งอาจมีได้ทั้งการกำหนดขั้นตอนเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะของแต่ละเรื่อง หรือกรณีกฎหมายกำหนดเรื่องผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ในเรื่องนั้น ๆ หรือกรณีกฎหมายกำหนดให้ขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนจะนำคดีฟ้องต่อศาลได้หรือไม่ ซึ่งสามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

(1) กรณีกฎหมายกำหนดวิธีการหรือขั้นตอน ในแง่ของบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้กำหนดเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้น สามารถพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 2 อย่าง คือ 1) การอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะในกรณีที่มีการกำหนดขั้นตอน หรือรูปแบบของการอุทธรณ์ไว้โดยตรง ซึ่งกฎหมายนั้นอาจกำหนดเป็นการอุทธรณ์แบบบังคับ หรือไม่บังคับก็ได้ และ 2) การอุทธรณ์ตามหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งหมายถึงกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะ แต่เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ถือว่าฝ่ายปกครองนั้นสามารถที่จะทบทวน ตรวจสอบ เปลี่ยนแปลง และแก้ไขคำสั่งทางปกครองให้ถูกต้องตามกฎหมายได้ หรือเรียกอีกอย่างคือ การร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง ดังนั้นแล้วจึงเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการที่จะพิจารณาว่าจะรับคำร้องเรียนหรือคำอุทธรณ์ไว้หรือไม่ก็ได้ และอาจถือได้ว่าเป็นการอุทธรณ์แบบไม่บังคับหรือแบบเพื่อเลือก

(2) กรณีกฎหมายกำหนดผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ โดยที่กฎหมายของแต่ละฉบับนั้นมีการกำหนดให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้นต้องยื่นอุทธรณ์ต่อใคร หรือกำหนดให้ใครเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาโดยเฉพาะ ซึ่งผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองอาจจะต้องทำการยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่

ผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ที่มีอำนาจในการกำกับดูแลเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรืออาจจะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการต่าง ๆ ซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มอาจเป็นการจัดตั้งขึ้นมาตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายในแต่ละฉบับจะมีการกำหนด

(3) กรณีกฎหมายกำหนดเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี เป็นกรณีที่หากผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองจะนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลได้นั้น ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายได้กำหนดไว้หรือไม่ ซึ่งขั้นตอนดังกล่าวก็คือการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง โดยสามารถแบ่งออกได้ 2 กรณี ดังนี้

(3.1) ระบบอุทธรณ์แบบเพื่อเลือก หรือระบบอุทธรณ์แบบไม่บังคับเป็นกรณีตามกฎหมายนั้นไม่ได้กำหนดบังคับว่า จะต้องยื่นอุทธรณ์ต่อฝ่ายปกครองก่อน หากผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นต้องการที่จะนำข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาในชั้นศาลแล้วนั้น หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติในลักษณะที่อาจเป็นทางเลือกให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้น มีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าจะใช้สิทธิในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนแล้วค่อยนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาลภายหลัง หรืออาจจะนำข้อพิพาทไปฟ้องต่อศาลโดยตรงได้⁵ โดยไม่จำเป็นต้องอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน

(3.2) ระบบอุทธรณ์แบบบังคับเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดบังคับว่าเป็นขั้นตอนที่ต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อน หากผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นจะนำข้อพิพาทไปสู่ชั้นศาลต่อไป หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นเงื่อนไขบังคับก่อน ตามหลักการดำเนินการเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายให้ครบขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก่อนฟ้องคดี (Exhaustion of administrative remedies)⁶ ที่ให้โอกาสในการทบทวนตรวจสอบคำสั่งทางปกครองอีกครั้งของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง หรือผู้บังคับบัญชา ก่อนที่จะมีการฟ้องคดีต่อศาล และเพื่อไม่ให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครองหรือศาลที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการเข้ามาแทรกแซงในเรื่องที่เป็นการเฉพาะเรื่องทางปกครองซึ่งอยู่ในส่วนของอำนาจบริหารก่อนด้วย รวมไปถึงฝ่ายปกครองเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้มากกว่าองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองอีกด้วย โดยอาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการทั่วไปที่เรียกว่า กฎหมายกลางก็ได้

1.4 การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันนั้น ได้กำหนดไว้ในอำนาจการพิจารณาของศาลปกครองโดยมีการกำหนดให้ต้องดำเนินการอุทธรณ์ต่อฝ่าย

⁵ บรรเจิด สิงคะเนติ (n 1) 94.

⁶ มาโนช นามเดช (n 2) 8.

ปกครองก่อน หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นระบบอุทธรณ์แบบบังคับ⁷ ตามมาตรา 42 วรรคสอง⁸ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนจะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หากมีกฎหมายเฉพาะได้กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหากพิจารณาการอุทธรณ์ตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ไว้แล้วสามารถแยกออกเป็น 3 ลักษณะ คือ การอุทธรณ์ต่อผู้บังคับบัญชาตามสายงานเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง การอุทธรณ์ต่อผู้มีอำนาจกำกับดูแลของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง และการอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการตามที่กำหนดไว้ หรือถึงแม้จะไม่มีการกำหนดไว้เป็นกฎหมายเฉพาะก็ยังมีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง⁹ที่กำหนดให้ต้องมีการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อนที่จะนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเสียก่อน โดยนัยตามมาตรามาตรา 42 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จึงทำให้เกิดระบบอุทธรณ์แบบบังคับขึ้นมาโดยสภาพ ส่วนผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น เนื่องจากเป็นการอุทธรณ์ลักษณะพิจารณาสองชั้น ดังนั้นแล้วผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์คือ เจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ชั้นเหนือขึ้นไปตามลำดับชั้น อย่างไรก็ตาม มีข้อยกเว้นที่ไม่ต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในชั้นภายในฝ่ายปกครองด้วยกัน 3 กรณีคือ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยรัฐมนตรี ตามมาตรา 44 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, คำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการต่าง ๆ ตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และคำสั่งทางปกครองที่กฎหมายเฉพาะบัญญัติให้สามารถดำเนินการฟ้องต่อศาลโดยตรงได้เลย

สำหรับเรื่องระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ในชั้นของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองเป็นผู้พิจารณานั้น หากเห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงและมีคำสั่งใหม่ได้โดยภายใน 30 วันนับแต่ได้รับคำอุทธรณ์ แต่หากไม่เห็นด้วยก็ต้องรายงานความเห็นพร้อมเหตุผลไปยังเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ชั้นเหนือขึ้นไปภายใน 30 วันเช่นกัน โดยที่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องพิจารณาให้เสร็จภายใน 30 วันนับแต่ได้รับรายงาน แต่ถ้ามีเหตุจำเป็นไม่สามารถพิจารณาให้แล้วเสร็จได้ ก็ให้มีหนังสือแจ้งไปยังผู้อุทธรณ์ก่อนครบกำหนดระยะเวลา โดยสามารถขยายระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ออกไปได้อีกไม่เกิน 30 วัน รวมเป็นจำนวนทั้งสิ้นไม่เกิน

⁷ บรรเจิด สิงคะเนติ (ก 1) 94-95.

⁸ มาตรา 42 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายในเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ การฟ้องคดีปกครองในเรื่องนั้นจะกระทำได้อีกเมื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการดังกล่าว และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือ มิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด”

⁹ บรรเจิด สิงคะเนติ (ก 1) 104.

90 วัน อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้กำหนดผลว่าหากเจ้าหน้าที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่สามารถพิจารณาแล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้วจะมีผลอย่างไรต่อไป ทำให้แม้จะมีการพิจารณาแล้วเสร็จล่วงเลยระยะเวลาที่กำหนดแล้วก็ไม่ทำให้ผลการพิจารณาอุทธรณ์นั้นไม่ชอบกฎหมายแต่อย่างใด และในเรื่องการขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองในชั้นพิจารณาอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้น ซึ่งในมาตรา 63/2 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้นได้มีการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น มีอำนาจสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ โดยที่วัตถุประสงค์ของการทุเลาการบังคับทางปกครองนั้นก็เพื่อชะลอหรือระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองไว้ก่อนเป็นการชั่วคราว ในระหว่างที่มีการพิจารณาอุทธรณ์เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ที่อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น ๆ เพราะถ้าหากยังมีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองอยู่ตลอดในช่วงการพิจารณาอุทธรณ์แล้วนั้น โดยที่ต่อมามีผลปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือต้องมีการยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในภายหลัง ก็จะทำให้ต้องมีการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเนื่องมาจากการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งอาจจะเยียวยาได้ยากขึ้นหรือไม่ทันทั่วถึง แต่การยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไม่ได้เป็นการทุเลาการบังคับโดยทันที ตามมาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ต้องเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองมีการสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อีกทั้งในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ได้บัญญัติไว้ว่า คำสั่งทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับต่อบุคคลตั้งแต่วันที่ผู้รับได้รับแจ้งเป็นต้นไป โดยที่คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่ได้มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลโดยเงื่อนไขเวลาหรือโดยเหตุอื่น ดังนั้นแล้วแม้จะไต่ยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไปแล้วก็ตามไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองเช่นกัน เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทุเลาการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งนั้นเอง¹⁰

2. ผลการศึกษาปัญหาการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

2.1 ปัญหาในกระบวนการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

เนื่องด้วยกระบวนการอุทธรณ์มีการกำหนดไว้ในลักษณะรูปแบบอุทธรณ์สองชั้นสำหรับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว อย่างไรก็ตามก็ตีกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในข้อ 2 (15) นั้นได้กำหนดให้การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ให้เป็นอำนาจ

¹⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์, 'วิธีพิจารณาคดีปกครอง' (2544) 2 วารสารวิชาการศาลปกครอง 36.

ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นเอง ในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่มีผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุม ซึ่งสามารถพิจารณาได้ว่า การบัญญัติข้อกำหนดในลักษณะดังกล่าวนั้นไม่เป็นไปตามบทบัญญัติ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทของกฎกระทรวงฉบับนี้ ซึ่งในกรณีที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแล เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดิน ประธาน รัฐสภา เมื่อพิจารณาตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้ว ในกรณีคำสั่งทางปกครองใดที่ออกโดยรัฐมนตรีนั้น หากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายใน ฝ่ายปกครองไว้โดยเฉพาะแล้วนั้นก็สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่าย ปกครองก่อน กรณีดังกล่าวนี้จึงสามารถนำมาปรับใช้โดยการใช้อกฎหมายโดยเทียบเคียง (บท) กฎหมาย ที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง¹¹ กับคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีผู้บังคับบัญชาหรือกำกับดูแล นั้นได้ หากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดขั้นตอนไว้โดยเฉพาะแล้ว โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติตาม กฎกระทรวงดังกล่าวแต่อย่างใด และนอกจากนั้นบทบัญญัติในกฎกระทรวงดังกล่าวนี้ก็อาจทำให้ระบบอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์และไม่เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากการให้ยื่น อุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองต่อผู้ทำคำสั่งทางปกครองเดิม ไม่ได้เป็นการพิจารณาอุทธรณ์โดยผู้บังคับบัญชา ที่มีอำนาจเหนือขึ้นไปอีกชั้นหนึ่ง ก็มีโอกาสที่จะเป็นการยืนยันตามคำสั่งเดิมเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุดในกรณีคำสั่งของผู้ตรวจการแผ่นดินที่ไม่รับเรื่องร้องเรียนไว้ พิจารณา โดยศาลปกครองได้มีการวินิจฉัยไว้ว่า คำสั่งนั้นไม่ได้มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจกระทำการโดยคณะ บุคคลหรือรูปแบบคณะกรรมการที่ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ออกโดย คณะกรรมการตามมาตรา 48 ประกอบกับมาตรา 87 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ผู้ฟ้องจึงต้องอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต่อผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นผู้พิจารณาอุทธรณ์คำสั่งตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ประกอบกับข้อ 2 (15) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่อยังไม่ได้ยื่นอุทธรณ์ดังกล่าว จึงถือว่าผู้ฟ้องยังไม่ได้ดำเนินการแก้ไขความ เดือดร้อนเสียหายตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายได้กำหนด อันเป็นเงื่อนไขในการฟ้องคดี ตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ศาลจึงไม่อาจ รับคำฟ้องไว้พิจารณาได้¹² จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวนี้ จึงเห็นได้ว่าศาลปกครอง มีความเห็นว่า ในเมื่อมีกฎหมายกำหนดขั้นตอนไว้ชัดเจนแล้ว ก็ให้มีการปรับใช้อกฎหมายไปตามที่กำหนดไว้ ซึ่งแตกต่างจากคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ได้ให้ความเห็นตอบข้อหารือในเรื่องเสร็จที่

¹¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'การใช้อกฎหมายโดยเทียบเคียงกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง: หลักทั่วไปและการปรับใช้อกฎหมายปกครอง' ใน วิษณุ วรรณุญ, *รวมบทความวิชาการ ในโอกาส 60 ปี วิษณุ วรรณุญ* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2560) 199-200.

¹² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 259/2557

1476/2558 ในเรื่อง การอุทธรณ์คำสั่งของประธานรัฐสภาที่ถือว่าเป็นการออกคำสั่งทางปกครองของผู้ที่มีอำนาจสูงสุดตามกฎหมายเช่นเดียวกับรัฐมนตรี จึงไม่อยู่ในบังคับให้ต้องอุทธรณ์ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยอธิบายว่าด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวนี้เพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองโดยผู้บังคับบัญชา แต่หากเป็นการออกคำสั่งทางปกครองโดยรัฐมนตรี กฎหมายไม่ต้องการให้มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง เนื่องจากเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการออกคำสั่งทางปกครองแล้วจึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย เช่นนี้แล้วในกรณีประธานรัฐสภาจะมีลักษณะเทียบเคียงได้กับรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของหน่วยงานและไม่มีผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปที่จะพิจารณาอุทธรณ์ได้ตามรูปแบบการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองวิธีพิจารณาแบบสองชั้นแล้วจึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย ดังนั้นแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเป็นการใช้วิธีการตีความตามตัวอักษรที่กฎหมายได้กำหนดไว้ ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์กับระบบอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ต้องการให้มีการทบทวนคำสั่งทางปกครองโดยผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง อีกทั้งตามหลักความเป็นกลางที่ซึ่งผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์นั้นไม่ควรเป็นผู้ที่ออกคำสั่งทางปกครองแต่แรกเพราะเป็นผู้ที่เคยพิจารณามาแล้วในครั้งแรก ซึ่งความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจึงดูเป็นการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถึงแม้ว่าถ้อยคำบทบัญญัติจะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนก็ตาม เพราะหากตีความในลักษณะดังกล่าวนี้จะทำให้เกิดแนวทางการปฏิบัติที่สามารถนำไปใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ไม่มีผู้บังคับบัญชาได้อีกด้วย และก็จะทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการกำหนดข้อ 2 (15) ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างใด

2.2 ปัญหาการกำหนดเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง

การกำหนดให้เป็นเงื่อนไขบังคับก่อนจะนำมาฟ้องคดีปกครองนั้นก็อาจนำมาสู่ปัญหาในเรื่องของการเป็นขั้นตอนที่เป็นกีดกันอย่างหนึ่งที่กีดกันการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลได้เช่นกัน กล่าวคือ การอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองในลักษณะที่บังคับให้ยื่นอุทธรณ์ก่อนจะฟ้องคดีนั้นอาจเป็นขั้นตอนที่ทำให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหารนั้นไม่ถูกตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยฝ่ายตุลาการซึ่งก็คือ ศาลปกครองได้ อีกทั้งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าการดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนนำมาฟ้องต่อศาลนั้นเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยของประชาชนซึ่งศาลสามารถหยิบขึ้นมาวินิจฉัยเองได้¹³ ตามข้อ 92 ของระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ซึ่งหากผู้ฟ้องคดียังไม่ได้ดำเนินการเยียวยาเบื้องต้นภายในฝ่ายปกครองโดยการยื่นอุทธรณ์แล้วนั้น

¹³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 365/2550 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.40/2552

ศาลสามารถหยิบยกขึ้นมาปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่พิจารณาเนื้อหาแห่งคดีแต่อย่างใด ซึ่งเกิดปัญหาที่ว่าในชั้นศาลนั้นได้ปฏิเสธการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองจากเหตุความบกพร่องในการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นในชั้นฝ่ายปกครอง อาจกล่าวได้ว่าศาลได้ให้ความสำคัญไปกับระบบการแก้ไขเยียวยาเบื้องต้นซึ่งเป็นการตัดโอกาสที่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นจะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยศาลอย่างสิ้นเชิงอีกด้วย ดังนั้นหากมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือต้องการโต้แย้งคำสั่งทางปกครองแล้วนั้น ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง หรือผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองอาจมีเหตุผลสมควรที่จะสามารถนำข้อพิพาทมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ในท้ายที่สุดก็เป็นได้ หากมองในอีกมุมหนึ่งนั้นการกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองซึ่งเป็นเงื่อนไขบังคับที่ต้องดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนก่อนฟ้องคดีปกครองจะสามารถช่วยลดจำนวนข้อพิพาทที่จะเข้าสู่ชั้นศาลได้ก็ตาม แต่การควบคุมตรวจสอบฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกอย่างศาลปกครอง หรือมาตรการเยียวยาคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นก็จะต้องลดทอนลงไปด้วยเช่นกัน และถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่กำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่นั้นสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายในภายหลังได้ไม่ว่าจะพ้นขั้นตอนการอุทธรณ์หรือให้โต้แย้งตามกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายกลางแล้วก็ตาม รวมไปถึงการขอให้พิจารณาใหม่ด้วยซึ่งสามารถนำมาใช้ได้กับสำหรับกรณีของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นแล้วไม่ได้ดำเนินการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองจนหมดสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ตาม แต่ยังคงถือว่าเป็นการตรวจสอบหรือใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเช่นเดิม ไม่ได้เป็นการทบทวนตรวจสอบโดยองค์กรภายนอกที่เป็นการใช้อำนาจตุลาการโดยศาลปกครองแต่อย่างใด อีกทั้งไม่ใช่ทุกกรณีที่ฝ่ายปกครองนั้นจะดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือดำเนินการพิจารณาใหม่เสมอไป ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกับการขอให้พิจารณาใหม่นั้นก็มีบทบัญญัติที่ต้องดำเนินการเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย และในท้ายที่สุดแม้จะมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมแล้วออกคำสั่งทางปกครองใหม่ หรือมีการพิจารณาใหม่จนมีการออกคำสั่งทางปกครองใหม่มาแล้วก็ตาม คำสั่งทางปกครองใหม่นั้นก็อาจมีปัญหาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายอีกได้ ซึ่งคำสั่งทางปกครองใหม่นั้นก็จะกลับเข้าสู่การยื่นอุทธรณ์ใหม่อีกครั้งหนึ่งเช่นเดิมก่อนจึงจะสามารถยื่นฟ้องคดีปกครองได้

2.3 ปัญหาระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง

สำหรับเรื่องของระยะเวลาในการยื่นคำอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองนั้น หากกฎหมายเฉพาะนั้นไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะแล้วนั้น ระยะเวลาจึงต้องพิจารณาเป็นไปตามกฎหมายกลางคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ได้มีการกำหนดให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองต้องดำเนินการยื่นคำอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลา 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง โดยในระยะเวลาดังกล่าวนั้น หากพิจารณาในทางปฏิบัติที่ว่าผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ โดยการจัดทำคำอุทธรณ์ที่ต้องประกอบด้วย

ทั้งข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายเพื่อการโต้แย้งนั้นให้มีอย่างครบถ้วน ซึ่งจากจำนวนระยะเวลาในการรวบรวม และจัดทำคำอุทธรณ์นั้นอาจจะไม่เพียงพอหรือเป็นการกำหนดระยะเวลาที่เร่งรัดเกินสมควรสำหรับผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองที่อาจไม่ได้เป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางด้านกฎหมาย รวมไปถึงการค้นหาหรือการเข้าถึงข้อมูลต่าง ๆ ได้อย่างครบถ้วน เมื่อดูจากระยะเวลาที่กฎหมายได้กำหนดไว้ซึ่งอาจส่งผลให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นยื่นอุทธรณ์ไม่ทันที่กฎหมายกำหนดไว้ และมีผลกระทบในการที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ หรือถึงแม้จะสามารถยื่นอุทธรณ์ทันตามกำหนดระยะเวลา แต่คำอุทธรณ์ที่ยื่นไปนั้นก็อาจมีข้อมูลที่ ไม่ครบถ้วนเพียงพอได้ซึ่งอาจส่งผลในการพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นฝ่ายปกครองด้วย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องนั้นที่กำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไว้โดยเฉพาะมีจำนวน ระยะเวลาที่แตกต่างกันออกไป แต่โดยจากที่พบเป็นส่วนใหญ่จะกำหนดจำนวนระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ ภายในฝ่ายปกครองอยู่ที่ระยะเวลา 30 วัน ยกอย่างเช่น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551, พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 และ พระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2558 เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามยังมีกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่กำหนด ระยะเวลาในการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่สั้นกว่า 15 วันด้วย ยกตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติการจัดซื้อ จัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ที่กำหนดระยะเวลาเพียง 7 วัน หรือพระราชบัญญัติคุ้มครอง ผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ที่กำหนดระยะเวลาเพียง 10 วัน เป็นต้น และถึงแม้จะมีหลักเกณฑ์ที่ประกันความเป็น ธรรมหรือมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการต่ำกว่าหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่ในเรื่องของระยะเวลาอุทธรณ์นั้นถูกยกเว้น ไม่ใช่บังคับกับหลักเกณฑ์ดังกล่าว เช่นนี้แล้ว กฎหมายเฉพาะจึงสามารถกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ได้แม้จะมีระยะเวลาน้อยกว่า 15 วันก็ตาม อย่างไรก็ตาม โดยภาพรวมของการกำหนดระยะเวลายื่นคำอุทธรณ์ในกฎหมายเฉพาะนั้นสามารถแบ่งออกเป็นระยะเวลาการ ยื่นคำอุทธรณ์ที่มีทั้งระยะเวลามากกว่า 15 วัน และน้อยกว่า 15 วัน โดยส่วนใหญ่ที่พบนั้นจะมีระยะเวลาอยู่ที่ 30 วัน อย่างไรก็ตามในการกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองที่สั้นนั้นก็มิใช่เหตุผลของ แต่ละเรื่องแต่ละประเภทของคำสั่งทางปกครองเรื่องนั้น ๆ ไป ซึ่งระยะเวลาที่สั้นนั้นก็มิใช่ข้อดีในแง่ที่ว่า ทำให้ ขั้นตอนการพิจารณาอุทธรณ์นั้นมีการเริ่มต้นดำเนินการพิจารณาได้รวดเร็วยิ่งขึ้น ทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง ที่ยังไม่พอใจกับผลวินิจฉัยอุทธรณ์ สามารถยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ในชั้นต่อไป แต่ข้อเสียคือ ระยะเวลา ที่สั้นก็อาจทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่สามารถรวบรวมข้อเท็จจริงและการให้เหตุผลได้ทันต่อ กำหนดระยะเวลานั้น ๆ ถึงกระนั้นแล้วสำหรับการกำหนดระยะเวลาเพียง 15 วันตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่นำมาใช้กับคำสั่งทางปกครองในกรณีที่ไม่มีการกำหนดไว้ นั้น หากเป็นกรณีที่เกิดข้อพิพาทตามคำสั่งทางปกครองที่ไม่ได้มีความซับซ้อนหรือไม่ต้องใช้เวลาในการเตรียมยื่น อุทธรณ์เป็นเวลานานนั้นก็อาจเป็นระยะเวลาที่พอเหมาะพอควรก็ได้ แต่ถ้าหากเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจาก คำสั่งทางปกครองที่มีข้อเท็จจริงที่มากและซับซ้อนโดยต้องใช้ระยะเวลาในการรวบรวมข้อมูลนั้นก็อาจสร้าง

ความยุ่งยากให้กับผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองในการเตรียมคำอุทธรณ์ได้เช่นกัน อีกทั้งหากพิจารณาระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กำหนดไว้นั้นคือ ให้พิจารณาให้แล้วเสร็จไม่เกิน 30 วันในชั้นแรกที่พิจารณาโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น จะเห็นได้ว่าแม้เป็นการพิจารณาอุทธรณ์ในชั้นแรกก็มีการกำหนดระยะเวลาที่นานกว่ากรณีของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองที่จะยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเสียอีก ดังนั้นแล้วพิจารณาได้ว่าในเรื่องระยะเวลาการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองเป็นส่วนที่สำคัญอย่างหนึ่งเหมือนกันเนื่องจากต้องมีความสอดคล้องกับลักษณะการอุทธรณ์ที่มีรูปแบบบังคับเพราะมีผลกระทบต่อสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง โดยหากเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีที่กำหนดให้ประชาชนที่ได้รับคำสั่งต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองก่อน¹⁴ เช่นกัน ได้กำหนดให้ต้องยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองแล้วนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณากับประเทศไทยที่มีการกำหนดไว้เป็นจำนวน 15 วันในกฎหมายกลางอย่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แล้วนั้นถือว่าให้ระยเวลาน้อยกว่าพอสมควร

มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่น่าสนใจอยู่คือ แม้จะมีการยื่นหนังสืออุทธรณ์คำสั่งนั้นเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากฝ่ายปกครองได้มีการรับหนังสืออุทธรณ์และมีการพิจารณาเนื้อหาอุทธรณ์รวมถึงได้มีการแจ้งผลการวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ผู้อุทธรณ์ทราบแล้วนั้น ก็ต้องถือว่าได้มีการดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว จึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้¹⁵ ในขณะที่เดียวกันฝ่ายปกครองก็ชอบที่จะปฏิเสธไม่รับหนังสืออุทธรณ์ไว้ดำเนินการตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่นนี้จะถือว่าผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้ดำเนินการให้มีการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายตามขั้นตอนหรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดและไม่สามารถใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้นแล้วจากแนวคำวินิจฉัยจึงพิจารณาได้ว่า แม้จะมีกำหนดระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ไว้แล้ว แต่ถ้าหากฝ่ายปกครองรับหนังสืออุทธรณ์ที่ยื่นล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาไว้และมีการพิจารณาอุทธรณ์ก็ถือว่ามีการดำเนินการยื่นอุทธรณ์เรียบร้อยแล้ว เช่นนี้แล้วอาจพิจารณาได้ว่า จำนวนระยะเวลาที่กฎหมายกลางอย่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้สำหรับผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองจะยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นมีระยะเวลาที่สั้นกว่าที่จะเพียงพอต่อการเตรียมหนังสือ

¹⁴ มานิตย์ วงศ์เสรี, 'การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน' ใน *เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองของประเทศเยอรมนีในเชิงเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย* (สำนักงานศาลปกครอง 23-24 กรกฎาคม 2552) 1.

¹⁵ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 130/2553

ยื่นอุทธรณ์หรือในการยื่นอุทธรณ์ ซึ่งอาจเป็นอีกปัจจัยให้ศาลปกครองนั้นจึงต้องพิจารณาถึงการให้คุ้มครองสิทธิของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในชั้นศาลต่อไปด้วย กล่าวคือ ถ้าหากฝ่ายปกครองได้มีการรับหนังสืออุทธรณ์และมีการดำเนินการพิจารณาอุทธรณ์ แม้จะเป็นการยื่นอุทธรณ์ที่พ้นกำหนดระยะเวลา รวมไปถึงผลของการวินิจฉัยคำอุทธรณ์นั้นจะเป็นการยกอุทธรณ์แล้วก็ตาม ก็ทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองในชั้นต่อไปได้

2.4 ปัญหาการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคหลังจากการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

หลังจากที่ผู้ได้รับคำสั่งทางปกครองได้ทำการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือผลของคำสั่งทางปกครองนั้นยังมีผลบังคับอยู่หรือระงับการบังคับเป็นการชั่วคราว ซึ่งจะเป็นในเรื่องของการทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครอง โดยในประเทศไทยได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 อยู่ในมาตรา 63/2 วรรคหนึ่ง ซึ่งกำหนดไว้ว่า เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะสั่งให้ทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งไว้ก่อนได้ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้เมื่อผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้มีการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแล้ว ผลบังคับของคำสั่งทางปกครองหลังจากยื่นอุทธรณ์ไปแล้วเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็คือ การยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นไม่เป็นเหตุให้ทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งเท่านั้น เช่นนี้แล้วจึงสามารถพิจารณาได้ว่า การทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ที่จะสั่งทูลเกล้าฯ ถวายหรือไม่ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าประเทศไทยนั้นมีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ แต่การอุทธรณ์นั้นไม่เป็นเหตุให้ทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครอง เหมือนกับประเทศฝรั่งเศสที่กำหนดว่า ในการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครองนั้นไม่มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เพราะใช้ข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าคำสั่งทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงประโยชน์ของสาธารณะเป็นหลัก ยกเว้นกฎหมายจะบัญญัติไว้โดยเฉพาะเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนเป็นกรณีพิเศษ อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสนั้นการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไม่ได้มีลักษณะเป็นการบังคับที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีปกครอง ซึ่งแตกต่างไปจากประเทศเยอรมนีที่มีการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองแบบบังคับ โดยเรื่องการทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครองนั้นมีการบัญญัติมาตรา 43 วรรคหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (VwVfG) โดยผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถที่จะโต้แย้งหรือคัดค้านคำสั่งทางปกครองนั้นได้โดยการอุทธรณ์โต้แย้งต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้น การโต้แย้งหรือคัดค้านของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองมีผลให้การบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นต้องถูกเลื่อนออกไป หรือเรียกได้ว่าเป็นการทูลเกล้าฯ ถวาย¹⁶ ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่สามารถที่จะดำเนินการ

¹⁶ ธันยพร พึ่งพุ่มแก้ว, 'การทูลเกล้าฯ ถวายคำสั่งทางปกครอง' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2555)

เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เพื่อการคุ้มครองในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง จากการที่กฎหมายกำหนดในลักษณะนี้นั้นก็เนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครอง และเป็นการก่อกำเนิดให้แก่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง เช่นนี้แล้วเพื่อคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการใช้อำนาจของรัฐ และเพื่อไม่ให้ผู้นั้นได้รับความเสียหายจนไม่สามารถเยียวยาได้ทันทั่วทั้งที่ อีกทั้งยังเป็นการควบคุมการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครองอีกด้วย ทั้งนี้มีข้อยกเว้นในกรณีเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะโดยต้องมีน้ำหนักมากกว่าการคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่เป็นผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หรือผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้พิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์มหาชนกับประโยชน์เอกชนเป็นกรณี ๆ ไป

ในกรณีประเทศไทย ตามบทบัญญัติเรื่องการทูลเกล้าฯ บังคับตามคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็มีข้อสังเกตเพิ่มเติมคือ บทบัญญัติการทูลเกล้าฯ บังคับทางปกครองนั้นจัดอยู่ในหมวดการบังคับทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการบังคับได้เองโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แต่โดยสภาพคำสั่งทางปกครองสามารถจำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท¹⁷ คือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลกฎหมายโดยตรง หนึ่งคือ คำสั่งทางปกครองที่มีผลทันทีโดยไม่ต้องดำเนินการใด ๆ ต่ออีก กับคำสั่งทางปกครองที่ต้องการผลทางกายภาพ ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครองที่สั่งให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด หากมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามแล้วฝ่ายปกครองก็จะออกมาตรการบังคับทางปกครองจากคำสั่งทางปกครองทั้งสองประเภทนั้นอาจกล่าวได้ว่า คำสั่งทางปกครองทั้งหมดอาจไม่ได้เป็นฐานในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองเสมอไป เพราะคำสั่งทางปกครองในบางคำสั่งนั้นอาจไม่จำเป็นต้องมีการบังคับทางปกครองก็ได้ เช่น คำสั่งที่เป็นการก่อตั้งสิทธิหรือยืนยันสิทธิ เพราะมีผลโดยตรงในทางกฎหมายทันทีในขณะเดียวกันเมื่อพิจารณาเกี่ยวกับเรื่องการบังคับทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็สามารถแยกประเภทของการบังคับทางปกครอง¹⁸ นั้นออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การบังคับทางปกครองของกรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ตามมาตรา 63/7 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และการบังคับทางปกครองกรณีคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ตามมาตรา 63/21 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่นนี้แล้วจึงทำให้มีความเห็นในทางวิชาการว่า หากการออกคำสั่งทางปกครองมีลักษณะที่มีผลโดยตรง

¹⁷ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, *กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง* (จรัสการพิมพ์ 2540) 331

¹⁸ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครองภาคทั่วไป* (นิติราษฎร์ 2554) 325-326.

ทางกฎหมายโดยไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น แล้วก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการทูลเกล้าฯการบังคับตามคำสั่งทางปกครองด้วยเช่นกัน¹⁹

มีข้อสังเกตบางประการสำหรับคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงทางกฎหมายก็อาจจะสามารถที่จะมีการทูลเกล้าฯการบังคับทางปกครองได้เช่นกัน ด้วยเหตุที่ว่า การทูลเกล้าฯการบังคับทางปกครองนั้นเป็นวิธีการระงับการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่งเพื่อยับยั้งไม่ให้เกิดความเสียหายหรือการเยียวยาที่อาจเป็นไปได้ยากจากผลการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้น เช่น คำสั่งปลดออกจากราชการ แม้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงทางกฎหมายเลยก็ตาม แต่ถ้าหากมีการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครอง และมีการทูลเกล้าฯการบังคับทางปกครองได้นั้นผลก็คือ ระเบียบการให้ออกจากราชการตามคำสั่งทางปกครองนั้นไว้ก่อน ทั้งนี้ก็เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้นั้นได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองที่อาจได้รับความเสียหายและเยียวยาได้ยาก อย่างไรก็ตามอาจต้องพิจารณาควบคู่ไปกับประโยชน์สาธารณะหรือความเสียหายที่สาธารณะจะได้รับ ด้วยจึงอาจกล่าวได้ว่า การทูลเกล้าฯการบังคับตามคำสั่งทางปกครองก็สามารถที่จะนำมาใช้กับกรณีคำสั่งทางปกครองที่มีผลโดยตรงทางกฎหมายได้เช่นกัน หากคำสั่งดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่ผลของคำสั่งส่งกระทบต่อสิทธิของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองโดยตรง แต่ก็ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่อาจได้รับความเสียหายและสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งมีบทบัญญัติในกฎหมายเฉพาะได้กำหนดไว้ในลักษณะที่ห้ามไม่ให้มีการกระทำใด ๆ ในขณะที่มีการพิจารณาอุทธรณ์อยู่เช่นกันในมาตรา 52 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยกำหนดให้ทั้งผู้อุทธรณ์หรือเจ้าพนักงานห้ามกระทำการใดต่ออาคารที่เป็นมูลกรณีแห่งการอุทธรณ์ เว้นแต่อาคารนั้นจะเป็นภัยอันตรายต่อบุคคลหรือทรัพย์สินหรือมีลักษณะที่ไม่อาจรอดได้ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นการทูลเกล้าฯการบังคับตามคำสั่งทางปกครองอย่างหนึ่ง เนื่องจากได้มีการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไปแล้วและอยู่ในระหว่างการพิจารณาอยู่นั้น เจ้าพนักงานก็ไม่สามารถกระทำการใด ๆ ได้ในระหว่างนั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าในคำสั่งทางปกครองบางประเภทนั้นอาจมีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้โดยตรงได้ หากการดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองในขณะที่มีการพิจารณาอุทธรณ์อาจเกิดความเสียหายที่เยียวยาได้ยากยิ่งขึ้นดังเช่นกรณีเกี่ยวกับอาคารตามที่ได้ยกตัวอย่างมาในข้างต้นนี้

เรื่องพิจารณาต่อมาคือ ระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์นั้น หากเป็นกรณีที่ไม่มีความหมายเฉพาะกำหนดระยะเวลาไว้แล้ว ก็จะเป็นไปตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่ได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ไว้ รวมทั้งสิ้นไม่เกิน 90 วัน โดยแบ่งออกเป็นขั้นของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองมีระยะเวลาพิจารณาให้แล้วเสร็จไม่เกิน 30 วัน ถ้าหากไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ก็ส่งให้กับผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์ในขั้นต่อไป และในขั้นของ

¹⁹ นภาอุษา ทวีลาต, 'การทูลเกล้าฯการบังคับทางปกครอง : กรณีคำสั่งปลดออกจากราชการ' (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) <<http://www.krisdika.go.th>> สืบค้นวันที่ 1 พฤษภาคม 2563

ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาคำอุทธรณ์นั้น มีระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน ซึ่งหากไม่สามารถพิจารณาเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้แล้วก็สามารถแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนด โดยขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ได้อีกไม่เกิน 30 วัน เมื่อรวมจำนวนระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ทั้งหมดแล้วนั้น ถือได้ว่ามีระยะเวลาในการพิจารณาที่นานอยู่พอสมควร ซึ่งเกิดข้อพิจารณาคือ หากเจ้าหน้าที่ผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองหรือผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้น ไม่ได้มีผลวินิจฉัยอุทธรณ์ออกมาภายในกรอบระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ดังกล่าวแล้วจะมีผลเป็นอย่างไร เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดผลไว้ อาจกล่าวได้ว่าระยะเวลาที่กำหนดไว้นั้นอาจเป็นเพียงระยะเวลาเร่งรัดเท่านั้น จึงอาจทำให้เกิดปัญหาในเรื่องของการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองได้ ซึ่งมีเหตุอันสมควรที่จะมีบทบัญญัติในเรื่องผลทางกฎหมายเพื่อให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นต้องยื่นฟ้องภายในระยะเวลาที่กำหนดหลังจากพ้นระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะแล้วก็มีบางฉบับที่ไม่ได้มีการบัญญัติในเรื่องของผลของการไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้พิจารณาอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนดด้วยเช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น กรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับวินัยหรืองานบริหารบุคคล ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ในมาตรา 118 ได้กำหนดระยะเวลาการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมไว้ แต่ไม่ได้กำหนดผลของกรณีหากคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมไม่สามารถดำเนินการพิจารณาแล้วเสร็จภายในกำหนดได้ อาจส่งผลให้ผู้ที่ถูกลงโทษนั้นรอผลการพิจารณาอุทธรณ์จนไม่ได้รับการเลื่อนตำแหน่ง เงินเดือน และค่าตอบแทน เป็นต้น ซึ่งการจะให้มีการเยียวยาในภายหลังอาจเป็นเรื่องที่ยากขึ้น และถ้าหากว่าผู้ที่ถูกลงโทษนั้นได้เกษียณราชการไปแล้ว การเยียวยาก็ในลักษณะดังกล่าวก็แทบเป็นไปไม่ได้ ยกทั้งการพิจารณาอุทธรณ์อาจยืดเยื้อออกไปอีกโดยที่กฎหมายนั้นไม่ได้กำหนดผลใด ๆ ไว้เลย และอีกกรณีตัวอย่างคือ การพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ต้องแล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องเรียน โดยในกรณีที่มีเหตุจำเป็นให้ขยายเวลาออกไปได้ แต่ให้แสดงเหตุผลและรวมเวลาทั้งหมดแล้วต้องไม่เกิน 60 วัน ตามมาตรา 37 วรรคสาม ประกอบมาตรา 13 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ไม่ได้มีการกำหนดผลของการที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ออกมาภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดว่าจะมีผลเป็นอย่างไร เช่นกัน และยังมีบทบัญญัติในลักษณะที่การพิจารณาอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นโดยไม่ชักช้าของคณะกรรมการเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 ซึ่งไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาพิจารณาไว้ด้วย จึงต้องนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่เป็นกฎหมายกลางกำหนดมาตรฐานในการปฏิบัติราชการมาใช้บังคับ โดยกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 60 วันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ และหากมีเหตุจำเป็นไม่อาจพิจารณาแล้วเสร็จภายในกำหนดผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบก่อนครบกำหนด 60 วัน โดยขยายออกไปอีก

ไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ครบกำหนด 60 วัน ดังนั้นแล้วในกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดทั้งระยะเวลาในการพิจารณาและผลของการไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในกำหนดระยะเวลาด้วยว่าต้องดำเนินการต่อไปอย่างไร ย่อมส่งผลต่อผู้ที่ขอจดทะเบียนหรือผู้คัดค้านที่จะฟ้องคดีนั้นอาจรอลงผลของคำวินิจฉัยต่อไปเรื่อย ๆ เนื่องจากมีบทบัญญัติที่กำหนดไว้ว่า การจะฟ้องคดีได้นั้นต้องทำการยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการเครื่องหมายการค้าแล้วเท่านั้น เป็นอีกกรณีที่ทำให้เห็นประเด็นปัญหาว่าการไม่ได้กำหนดผลของการไม่มีคำวินิจฉัยภายในระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ไว้นั้นอาจส่งผลต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวโดยอาจไม่ได้รับการเยียวยาความเสียหายได้ทันท่วงทีจนทำให้เกิดความเสียหายที่มากเกินไปจนสมควรอีกด้วย ถึงแม้ว่ามาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้การฟ้องคดีปกครองสามารถกระทำได้เมื่อไม่ได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด กล่าวคือหากฝ่ายปกครองไม่ได้มีการพิจารณาอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด และไม่ได้มีการแจ้งเหตุจำเป็นต้องขยายระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์ให้ผู้ยื่นอุทธรณ์ได้ทราบก่อนครบกำหนดแล้ว ซึ่งถือว่าวันที่ครบกำหนด 90 วันนั้นเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายครบตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้และสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีได้โดยวันถัดจากวันครบกำหนดนั้นเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้วก็ตาม แต่สำหรับผู้ที่ยื่นอุทธรณ์ไม่ใช่ทุกคนนั้นจะทราบถึงการดำเนินการต่อไปได้ อีกทั้งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็ไม่ได้กล่าวถึงผลของการไม่ได้มีการวินิจฉัยคำอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย อาจส่งผลให้ผู้ที่ยื่นอุทธรณ์นั้นจะทราบถึงการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ยากขึ้น

อย่างไรก็ดีก็พบว่า มีกฎหมายเฉพาะที่มีการกำหนดผลหรือการปฏิบัติเมื่อผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ไม่ได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ออกมาในระยะเวลาที่กำหนดไว้ เช่นพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 50 ว่า หากพ้นกำหนดเวลาพิจารณาอุทธรณ์แล้วยังไม่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรี สามารถฟ้องคดีต่อศาลได้ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลา ซึ่งเป็นการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า ถ้าหากผู้ที่ยื่นอุทธรณ์ยังไม่ได้รับคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้วก็สามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลได้ทันที และในพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ก็ได้กำหนดไว้ในมาตรา 119 วรรคสี่และวรรคห้าเช่นกัน ในกรณีที่พ้นกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์แล้ว หากยังไม่แล้วเสร็จ ให้ยุติเรื่องและแจ้งไปยังผู้อุทธรณ์ทราบ ซึ่งเมื่อมีการยุติเรื่องแล้ว ผู้อุทธรณ์มีสิทธิฟ้องต่อศาลในขั้นต่อไปได้ทันที จะเห็นได้ว่าหากมีการกำหนดผลหรือวิธีการในกรณีที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่สามารถพิจารณาคำอุทธรณ์แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวไว้ก็จะทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ทันทีที่ล่วงเลยระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ตามที่กำหนดเอาไว้ ซึ่งทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นได้ดำเนินการใช้สิทธิในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป เช่นนี้แล้วกฎหมายกลางอย่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็มีเหตุอันสมควรที่จะมีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวนี้ด้วยเช่นกัน

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาในข้างต้นที่พบปัญหาต่าง ๆ ในกระบวนการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นยังมีความเห็นว่ถึงแม้จะพบปัญหาอยู่หลายประการในเรื่องการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในฝ่ายปกครองก็ตามแต่การมีขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นยังคงมีความสำคัญในเรื่องการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายปกครองเพียงแต่ต้องดำเนินการปรับปรุงกระบวนการให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น กล่าวคือยังคงกำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หากไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดยกเว้นหรือเป็นไปตามข้อยกเว้นนั้น เนื่องจากการอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองยังคงเป็นกระบวนการที่สำคัญในการช่วยถ่วงดุลและคัดกรองจำนวนข้อพิพาทที่จะเข้าสู่การพิจารณาในชั้นศาลปกครองได้อย่างไรก็ตามในกระบวนการตามกฎหมายกลางคือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 นั้น ต้องให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ไม่เป็นขั้นตอนที่ขัดขวางการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมในชั้นศาลของผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครอง หรือไม่เป็นขั้นตอนที่ทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่ได้รับความคุ้มครองเท่าที่ควรจะได้รับ ซึ่งสามารถแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนปัญหาที่พบคือ การแก้ไขเพิ่มเติมในเรื่องของกฎกระทรวง ฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2540) ซึ่งออกตามความในตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยยกเลิกข้อ 2 (15) ในกรณีที่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองไม่เห็นด้วยกับคำอุทธรณ์ ให้เป็นอำนาจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั่นเอง ซึ่งเป็นการกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ที่ขัดกับรูปแบบการพิจารณาอุทธรณ์สองชั้นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่ควรมีการกำหนดขั้นตอนการอุทธรณ์ที่สอดคล้องไปในแนวทางเดียวกัน เช่นนี้แล้วจึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคแรกแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ในส่วนของ “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี...” แก้ไขเพิ่มเติมเป็น “ภายใต้บังคับมาตรา 48 ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดที่ไม่ได้ออกโดยผู้ทำคำสั่งทางปกครองซึ่งไม่มีผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุม...” เพื่อให้การปรับใช้กฎหมายในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นไม่มีผู้บังคับบัญชา ผู้กำกับดูแล หรือผู้ควบคุมแล้วนั้น ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะนำข้อพิพาทฟ้องไปยังศาลปกครองได้ทันทีและสอดคล้องกับรูปแบบการพิจารณาอุทธรณ์สองชั้น

ต่อมาในเรื่องระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งได้กำหนดจำนวนระยะเวลาไว้ทั้งสิ้น 15 วัน ซึ่งอาจทำให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองนั้นไม่สามารถรวบรวมข้อเท็จจริงและจัดทำคำอุทธรณ์ได้ทันและส่งผลให้เสียสิทธิในการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองในชั้นต่อไปได้ เนื่องจากลักษณะการอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองของประเทศไทยเป็นรูปแบบบังคับให้ต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองก่อนจึงสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่นนี้แล้วเห็นสมควรที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ออกไปอีกเป็นจำนวนที่มากกว่า 15 วัน เพื่อให้ผู้ที่ได้รับคำสั่งทางปกครองได้มีระยะเวลามากขึ้น ซึ่งอาจจะกำหนดเป็นระยะเวลา 30 วันเทียบเท่ากับ

ระยะเวลาที่ประเทศเยอรมนีได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความปกครองในชั้นศาลปกครองที่จะต้องยื่นอุทธรณ์คำสั่งภายในฝ่ายปกครองก่อน โดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นภายใน 1 เดือนนับแต่ได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครอง ต่อมาในเรื่องผลของการพิจารณาอุทธรณ์ที่เกินตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากระยะเวลาในการพิจารณาอุทธรณ์ตามมาตรา 45 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 รวมกำหนดไว้ทั้งสิ้นไม่เกิน 90 วัน ซึ่งเมื่อล่วงเลยระยะเวลาดังกล่าวกฎหมายฉบับดังกล่าวนี้ไม่ได้กำหนดผลใด ๆ ไว้ว่ามีผลทางกฎหมายอย่างไรต่อไป ถึงแม้ในมาตรา 42 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้สามารถฟ้องคดีปกครองได้ เมื่อไม่ได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด กล่าวคือฝ่ายปกครองนั้นไม่ได้มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่นนี้แล้วในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงสมควรมีการบัญญัติไว้ ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 45 โดยการบัญญัติไว้ในลักษณะที่หากพ้นกำหนดระยะเวลาพิจารณาอุทธรณ์แล้ว แต่ยังไม่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์จากผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์แล้ว สามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายใน 90 วันนับแต่วันที่ครบกำหนดพิจารณาคำอุทธรณ์ โดยที่ผู้ที่มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์นั้นต้องทำการแจ้งไปยังผู้อุทธรณ์ทราบด้วย

และในเรื่องการคุ้มครองสิทธิหลังจากการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองก็เป็นสิ่งที่สำคัญเช่นกัน ซึ่งในเรื่องของการทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง หลังจากยื่นอุทธรณ์ในชั้นภายในฝ่ายปกครองแล้วนั้น ตามมาตรา 63/2 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ได้กำหนดไว้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครอง ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ หรือผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองสามารถที่จะสั่งให้ทะเลาะการบังคับไว้ก่อนได้ แต่อย่างไรก็ตามผลบังคับตามคำสั่งทางปกครองหลังจากยื่นอุทธรณ์ไปแล้วนั้นเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ก็คือ การยื่นอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองนั้นไม่เป็นเหตุให้ทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่จะมีการสั่งให้ทะเลาะการบังคับเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติในส่วนของการทะเลาะการบังคับนั้นควรมีการบัญญัติไว้เพิ่มเติมในมาตรา 44 นอกเหนือไปจากมาตรา 63/2 วรรคหนึ่ง ในพระราชบัญญัติเดียวกัน เนื่องจากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวอยู่ในหมวดการบังคับทางปกครองซึ่งเป็นมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองในการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้เพื่อให้การทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นอยู่ในหมวดคำสั่งทางปกครอง ส่วนของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เพื่อเกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น จึงสมควรแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 44 วรรคสาม ในพระราชบัญญัติเดียวกันในลักษณะที่การอุทธรณ์นั้นเป็นเหตุให้ทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่คำสั่งทางปกครองนั้นมีลักษณะเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะมากกว่าสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือแก้ไขเพิ่มเติมในลักษณะที่ยังคงอยู่ว่า การอุทธรณ์นั้นไม่เป็นเหตุให้ทะเลาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่มีการสั่งให้ทะเลาะการบังคับโดยผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์ โดยคำนึงถึงการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยการกำหนดชัดเจนว่าในการ

พิจารณาว่าจะทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นต้องพิจารณาในหลักดุลยภาพระหว่างประโยชน์
สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพ
: ศึกษากรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ*

Problem about the Enforcement on the Act of Sexual Penetration and
Sexual Conduct : Study in Cases of Schizophrenia, the Type of
Sexual Encounter with a Corpse

เจมีญ์ ชูเลิศ**

Jaymin Choolert

วันที่รับบทความ 20 กรกฎาคม 2563; วันแก้ไขบทความ 18 ตุลาคม 2563; วันตอบรับบทความ 11 ธันวาคม 2563

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงปัญหาและผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีผู้กระทำมีลักษณะที่เป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพโดยศึกษาถึงการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ ได้แก่ ลักษณะและความหมายของผู้กระทำการกระทำและวัตถุประสงค์แห่งการกระทำให้สอดคล้องกับลักษณะพฤติกรรมผู้กระทำความผิดกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ เพื่อการนำมาตราการบังคับทางอาญาไม่ว่าจะเป็นการบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ยังไม่ชัดเจนครอบคลุมและเหมาะสมต่อการเยียวยาผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรมกระทำความผิดทางเพศต่อศพเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขเยียวยาบำบัดผู้กระทำผิด รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี ตลอดจนหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่นำมาเป็นเงื่อนไขการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ เพื่อปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นว่ามีความเหมาะสมมากน้อยเพียงใด มีมาตรการอย่างไรในการเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิดรวมถึงผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำอีก โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศและนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างมีประสิทธิภาพ

คำสำคัญ: ชำเราศพ, อนาจารศพ, เพศสัมพันธ์กับศพ, การกระทำทางเพศต่อศพ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

E-mail : jaymin.cho@stu.nida.ac.th

Abstract

This article aims to study the problems and impacts of law enforcement on the act of misconduct and indecent acts in cases of schizophrenia, the type of sexual encounter with a corpse by studying the provision of Sexual penetration and Sexual conduct, the nature and meaning of the perpetrator. Acts and objects of action are in line with the behavior of the offender, the type of schizophrenia, the sex with the corpse. To implement criminal enforcement measures, whether it is mandatory sentencing and enforcement of safety procedures that are not yet clear, comprehensive and appropriate for the treatment of offenders who commit sexual offences against corpses to find ways to remedy the perpetrators, including the concept of sexual misconduct. The theory, as well as the criteria adopted as a condition of the provision of misdemeanor and indecent corpses. to justify the fact that it is appropriate and what are the measures to correct the offender and the re-offending deterrent effect. It is a way of studying and comparing it to international law and adopting an appropriate provision that will effectively apply to the perpetrators of crimes and indecent assaults.

Keywords: corpse, indecent acts, sexual conduct, sexual contact, sexual penetration, sexual intercourse, sexual deviation, sex with corpse, sex to corpse

1. บทนำ

ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558 ซึ่งได้เพิ่มเติมลักษณะ 13 ของภาค 2 ภาคความผิดอันเป็นลักษณะความผิดเกี่ยวกับศพ ในมาตรา 366/1 ถึงมาตรา 366/4 ซึ่งเป็นเรื่องการกระทำชำเราศพ การอนาจารศพ การทำให้เสียหายซึ่งศพและการกระทำอันเป็นการดูหมิ่นเหยียดหยามศพ เหตุผลในการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับศพเพื่อคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย คุ้มครองสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียงของผู้ตาย รวมทั้งเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย และคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ ชื่อเสียง ตลอดจนความเป็นอยู่ส่วนตัว¹ นอกจากนี้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอันยอมความได้ กล่าวคือ ความผิดในลักษณะ 13 นี้จึงไม่ใช่ความผิดต่อส่วนตัว แต่ถือเป็นความผิดต่อแผ่นดิน รัฐจึงเป็นผู้เสียหาย ฉะนั้น บุคคลใดที่พบเห็นการกระทำ หรือผู้ซึ่งมีหน้าที่ดูแลสถานที่จัดเก็บศพ ก็สามารถกล่าวโทษ (แจ้งความ) ต่อพนักงานสอบสวน เพื่อให้ดำเนินคดีได้ และแม้ไม่มีผู้ใดมากล่าวโทษ พนักงานสอบสวนก็มีอำนาจสอบสวนได้เอง ต่อมาวันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2562 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 โดยปรับปรุงบทนิยาม คำว่า “กระทำชำเรา”² โดยตัดบทนิยามคำว่า “การกระทำชำเรา” ที่กำหนดอยู่ในมาตรา 276 วรรคสอง และมาตรา 277 วรรคสอง และนำมากำหนดไว้ในมาตรา 1 (18) เพื่อจะไม่ต้องบัญญัติบทนิยาม “การกระทำชำเรา” ซ้ำกันในหลายมาตรา ไม่ว่าจะเป็นในบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศและบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับศพในประมวลกฎหมายอาญาให้ชัดเจนและสอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติในมาตรา 366/1

อย่างไรก็ตาม การกระทำชำเราหรืออนาจารศพอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณี เช่น กรณีที่ไม่ได้มีเจตนาที่จะกระทำชำเราหรืออนาจารศพมาตั้งแต่แรก เพียงแต่บุคคลที่ตนเจตนาจะข่มขืนกระทำชำเราหรืออนาจารนั้นได้เสียชีวิตไปก่อนแล้ว หรือกรณีที่มิได้เจตนากระทำชำเราหรืออนาจารศพโดยกระทำด้วยเหตุที่มีภาวะผิดปกติทางเพศเป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ซึ่งจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของโรคทางจิตเวชศาสตร์ที่เรียกว่า Necrophilia หมายถึง ผู้ที่มีความต้องการทางเพศกับศพและเสพสังวาสหรือกระทำทางเพศกับผู้ที่เสียชีวิตไปแล้ว กรณีนี้ถือว่าเป็นโรคจิตเวชกลุ่มหนึ่งซึ่งมีความผิดปกติทางเพศเป็นอาการสำคัญที่เรียกว่าโรค “กามวิตถาร” หรือ “กามวิปริต” โรคนี้ได้ถูกจัดไว้ตามระบบการจำแนกโรคขององค์การอนามัยโลก

¹ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, ‘เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ...’ (กำหนดบทนิยามคำว่า “เจ้าพนักงาน” ความผิดเกี่ยวกับศพ ความผิดเกี่ยวกับการคุกคามและการแก้ไขอัตรโทษ ปรับสำหรับความผิดหลุโทษ, บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 19/2557, (30 ตุลาคม 2557).

² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 มาตรา 3 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น (18) (ของ มาตรา 1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา (18) “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำโดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”

ICD-10³ (International Statistical Classification of Diseases And Related Health Problems 10th Revision-1992) ว่าเป็นความผิดปกติของความพึงพอใจทางเพศ (Disorders of Sexual Preference) หรือในระบบอเมริกันตามการจำแนกของสมาคมจิตแพทย์อเมริกัน⁴ (American Psychiatric Association: APA) เรียกว่า “Paraphilia” ลักษณะอาการสำคัญของผู้ป่วยกลุ่มนี้ คือ การมีความรู้สึกหรือมีอาการตื่นเต้นทางเพศ ด้วยวิธีการซึ่งผิดธรรมชาติและเป็นอันตรายต่อสังคม นอกจากนั้น ผู้ป่วยยังมีความคิดหมกมุ่นอยู่กับการได้รับความสุขทางเพศกับศพ ผู้ป่วยส่วนใหญ่มักจะไปค้นหาศพตามสุสานหรือบางรายใช้วิธีการขโมยศพเพื่อตอบสนองความต้องการทางเพศของตนในรูปแบบของการสัมผัสหรือล้วงล้ำส่วนใดส่วนหนึ่งของศพ หรืออาจถึงขั้นมีความผิดปกติรุนแรงจนอาจทำการฆ่าผู้อื่นเพื่อสนองอารมณ์เร่ร่อนทางเพศหากไม่ได้รับการบำบัดรักษา เยียวยาแก้ไขจิตใจและพฤติกรรมความผิดปกติดังกล่าว⁵

จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายไทยจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยให้ความสำคัญกับศพหรือคนตายมากขึ้น แต่บทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและกระทำอนาจารศพของประเทศไทยนั้นยังมีประเด็นที่น่าสังเกตหลายประการ เนื่องจากผู้กระทำชำเราและอนาจารศพมีความผิดปกติทางด้านสภาพจิตใจของผู้กระทำเพียงแต่มีการกระทำเพื่อสนองความใคร่มาเกี่ยวข้อง บุคคลเหล่านั้นจึงเกิดความอับอายที่จะเข้ารับการบำบัดรักษาด้วยตนเองเนื่องจากสังคมมองว่าพฤติกรรมดังกล่าวเป็นเพียงพฤติกรรมความผิดปกติทางเพศหรือเป็นพฤติกรรมที่มีลักษณะเบี่ยงเบนทางเพศซึ่งเป็นเรื่องน่ารังเกียจอันตรายและเป็นเพียงความแตกต่างทางด้านรสนิยมเท่านั้น⁶ โดยไม่ได้มองว่าเป็นอาการป่วยของสภาพจิตใจ ส่งผลให้ผู้กระทำดังกล่าวเหล่านั้นไม่ได้รับการบำบัดดูแลรักษาที่เหมาะสมส่งผลให้เกิดปัญหาและผลกระทบของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีผู้กระทำมีลักษณะที่เป็นโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ มาตรการบังคับทางอาญาได้แก่ การบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ยังไม่ชัดเจนครอบคลุมและเหมาะสมต่อการเยียวยาผู้กระทำความผิดที่มีพฤติกรรม การกระทำความผิดทางเพศ ปัญหาดังกล่าวเป็นเหตุให้แนวทางในการเยียวยาแก้ไขผู้กระทำความผิดรวมถึงผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำถูกมองข้ามไป ดังนั้นบทบัญญัติกฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพอย่างไรจึงจะเหมาะสมที่จะนำมาบังคับใช้กับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนปัจจัยใดที่ส่งผลให้เกิดพฤติกรรมกระทำชำเราและอนาจารศพอันเป็นการกระทำรบกวนต่อสิทธิของบุคคลในครอบครัว เกียรติยศ และชื่อเสียง ตลอดจนศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย เพื่อทำความเข้าใจ

³ ICD, ‘F65 .- Disorders of sexual preference’ (ICD code, 2020) < <https://www.icd-code.de/icd/code/F65-.html>> accessed 20 January 2020

⁴ American Psychiatric Association, ‘ICD vs. DSM’ (American Psychiatric Association, October, 2009) <<https://bit.ly/2VsoHXq>> accessed 25 January 2019

⁵ สมภพ เรืองตระกูล, *ความผิดปกติทางเพศ* (เรือนแก้วการพิมพ์ 2546) 78.

⁶ ประธาน วัฒนาวณิชย์, ‘อาชญากรรมทางเพศ: กฎหมายกับพฤติกรรมศาสตร์’ (2528) 13 *วารสารนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์* 2, 8-11.

ในการบังคับใช้กฎหมายอาญาที่สอดคล้องกับพฤติกรรมกระทำชำเราและอนาจารศพอย่างเหมาะสมและก่อให้เกิดความยุติธรรมในสังคม⁷

2. การบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพในประเทศไทย

ในปัจจุบัน กฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดในลักษณะของโรคจิตเภทประเภทชอมีเพศสัมพันธ์กับศพ ได้แก่ บทบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ ดังนี้

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยการใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไปเกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/2 “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

สำหรับการกระทำความผิดดังกล่าว กฎหมายได้บัญญัติเป็นสองฐานความผิดอันเป็นการเน้นบทบาทการลงโทษตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำเพื่อให้เกิดความเหมาะสมต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้นสำหรับผู้กระทำซึ่งได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพและเป็นการแสดงออกถึงการเคารพและให้เกียรติผู้ตาย ดังนั้นเมื่อผู้กระทำได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพและศาลพิพากษาว่าผู้กระทำได้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 366/1 หรือมาตรา 366/2 ผลของการพิพากษาว่าได้กระทำความผิดดังกล่าว ได้แก่

1) ผู้กระทำได้ต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับในความผิดฐานกระทำชำเราศพตามมาตรา 366/1 หรือจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับในความผิดฐานกระทำอนาจารศพตามมาตรา 366/2 ส่วนการใช้สิ่งอื่นใดสอดใส่เข้าไปในอวัยวะเพศหรือทวารหนักของผู้อื่นจะไม่ใช่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราอีกต่อไป แต่ได้กำหนดให้เป็นความผิดฐานอนาจารในลักษณะร้ายแรงที่ผู้กระทำได้ต้องได้รับโทษหนักขึ้น

2) ศาลอาจกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติระหว่างที่ศาลมีคำสั่งรอกำหนดโทษหรือรอกำหนดโทษโดยเข้าเงื่อนไขตามมาตรา 56⁸ ซึ่งหากศาลได้คำนึงถึงอายุ ประวัติ ความประพฤติ สถิติปัญหา การศึกษาอบรม สุขภาพ ภาวะแห่งจิต นิสัย อาชีพ และสิ่งแวดล้อมของผู้นั้น หรือสภาพความผิด หรือการรู้สึกความผิด และพยายามบรรเทาผลร้ายที่เกิดขึ้น หรือเหตุอื่นอันควรปรานีแล้ว โดยศาลจะพิจารณาว่าจะกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติแก่ผู้กระทำความผิดข้อเดียวหรือหลายข้อหรือไม่กำหนดเลยก็ได้

3) ศาลอาจกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัย ได้แก่ การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง⁹ มาใช้กับผู้กระทำความผิด

⁷ สุวิทนา อารีพรรค, *ความผิดปกติต่างจิต* (จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2524) 1.

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56

⁹ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 39

โดยมีพฤติกรรมที่อาจก่ออันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นหรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดขึ้นอีกในอนาคต โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ละวิธีจะพิจารณาจากลักษณะของผู้กระทำความผิด

3. วิเคราะห์สภาพปัญหา

เนื่องจากปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพนั้นมีหลายประการ ผู้เขียนจึงขออธิบายสภาพปัญหาออกเป็น 3 หัวข้อตามลำดับความสำคัญตั้งปัญหาเล็กจนถึงปัญหาหลักโดยแต่ละหัวข้อนั้นมีความสอดคล้องและเกี่ยวเนื่องกัน ได้แก่ การกำหนดความผิดอาญากับความสอดคล้องของพฤติกรรมผู้กระทำ คำนียามและความหมายของผู้มีกระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน กับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย และมาตรการบังคับทางอาญา

3.1 การกำหนดความผิดอาญากับความสอดคล้องของพฤติกรรมผู้กระทำ

พฤติกรรมของผู้กระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพนั้นค่อนข้างมีหลากหลายประเภทและหลากหลายพฤติกรรมที่แตกต่างกัน การที่กฎหมายบัญญัติให้ลักษณะการกระทำมีค่าจำกัดความในเรื่องของการกระทำไว้จำกัดเฉพาะการกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้นอาจไม่เหมาะสมในการปรับใช้ระหว่างข้อเท็จจริงและบทบัญญัติกฎหมาย ได้แก่

1) กรณีผู้กระทำที่มีอวัยวะเพศหญิงได้มีเพศสัมพันธ์กับศพ¹⁰ กรณีเช่นนี้ย่อมไม่มีความผิดฐานกระทำชำเราศพ เพียงแต่มีความผิดฐานกระทำอนาจารศพ เพราะการกระทำไม่ครบองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำชำเราศพ ได้แก่ “การใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ” เนื่องจากอวัยวะเพศหญิงไม่สามารถกระทำโดยการล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพได้ ดังนั้นการที่ผู้กระทำที่มีอวัยวะเพศหญิงได้มีเพศสัมพันธ์กับศพและมีความผิดเพียงฐานกระทำอนาจารศพ และ

2) กรณีผู้กระทำมีเพศสัมพันธ์กับศพโดยการใช้ “วัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง” ล่วงล้ำเข้าไปในทวารหนักหรือช่องปากของศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ก็ไม่อาจตีความว่าเป็นการกระทำชำเราศพได้ตามถ้อยคำในตัวบทอันเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดฐานกระทำชำเราศพมีเพียงการตีความให้เป็นความผิดฐานกระทำอนาจารศพเท่านั้น

จากทั้งสองกรณีที่ว่ากล่าวมาแล้วนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายใหม่ได้กำหนดคานียามของการกระทำชำเราใหม่โดยให้สอดคล้องกับการกระทำชำเราตามธรรมชาติ ดังนี้ “กระทำชำเรา หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” ซึ่งสิ่งที่แตกต่างไปจากเดิมคือ “การใช้สิ่งอื่นใดหรืออวัยวะอื่นใดของผู้กระทำสอดใส่อวัยวะเพศหรือ

¹⁰ Carla Valentine, ‘Dead Inside: Female Necrophilia UK Law and the Penetration Paradox’ (ACADEMIA, 2018) <<https://bit.ly/2lfc529>> accessed 19 December 2019

ทวารหนักของผู้เสียหายเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ” โดยถูกเปลี่ยนไปให้เป็นเหตุเพิ่มโทษของการกระทำอนาจาร ดังนั้น การที่ผู้กระทำใช้นิ้วสอดใส่อวัยวะเพศของผู้เสียหายหรือการใช้สิ่งอื่นใดก็ตาม เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6336/2557 วินิจฉัยว่า “การกระทำของจำเลยที่ใช้ปากอมอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 จากนั้นจับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 ใส่เข้าไปในทวารหนักของจำเลยถือได้ว่าเป็นการใช้สิ่งอื่นใดกระทำกับอวัยวะเพศของผู้เสียหายที่ 3 มาตรา 277 วรรคสอง การกระทำของจำเลยจึงเป็นความผิดฐานกระทำชำเรา” จากเดิมผู้กระทำเคยมีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา (rape) แต่ปัจจุบันผู้กระทำจะมีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) ซึ่งเป็นการกระทำอนาจารที่มีเหตุเพิ่มโทษ แต่เมื่อพิจารณาตามกฎหมายเดิม ความหมายของการกระทำชำเราตามกฎหมายเดิมนั้นมีความสอดคล้องกับหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หลักการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศ¹¹ ในขณะที่กฎหมายใหม่ในความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) แม้จะมีการกำหนดโทษเท่ากับความผิดฐานกระทำชำเรา แต่ในแง่ของความเสียหายที่เกิดจากมุมมองของสังคมและผู้เสียหาย การถูกกระทำรุนแรงดังกล่าวกลับเป็นเพียงความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำ (sexual assault by penetration) อาจเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมกันของหลักการเคารพศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพราะในแง่ของสังคมนั้น ย่อมประณามข้อหา “กระทำชำเรา” มากกว่าข้อหา “อนาจาร” ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เจตนาอันแท้จริงของผู้กระทำที่มีความผิดฐานกระทำอนาจารโดยการล่วงล้ำนั้น ไม่ได้มีเจตนาเพียงแค่กระทำอนาจารไม่ว่าลักษณะของการกระทำจะมีการล่วงล้ำหรือไม่ แต่ผู้กระทำมีเจตนาที่จะกระทำชำเราผู้เสียหายหรือศพอย่างแน่แท้ เพียงแต่เป็นการกระทำที่มีลักษณะแตกต่างไปจากการกระทำชำเราตามธรรมชาติเท่านั้น

3.2 คำนิยามและความหมายของผู้มีกระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน กับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

การพิจารณาความหมายของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ตลอดจนความหมายทางการแพทย์และความหมายทางกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีความผิดปกติทางจิตจะพบว่าการจำแนกโรคในทางการแพทย์นั้นมีความละเอียดมากเป็นการแบ่งกลุ่มผู้ป่วยจิตเวชเป็นกลุ่ม ๆ เพื่อให้เกิดความถูกต้องในการรักษาโรค แต่หากผู้ป่วยจิตเวชเหล่านี้กระทำความผิดอาญา การใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อลงโทษหรือยกเว้นจะต้องพิจารณาให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายซึ่งหากวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวจะพบว่าการจำแนกโรคทางจิตเวชในทางการแพทย์จะครอบคลุมในลักษณะกว้าง กล่าวคือ¹² ผู้ที่มีปัญญาอ่อน (mental retardation) ผู้ที่เป็นโรคจิต (psychosis) โรควิตกกังวล (neurotic) ผู้ที่มีความผิดปกติทางเพศ (Sexual deviation) ผู้ที่ติด

¹¹ ศิวดี เกิดเจริญ, ‘ผลกระทบจากการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำชำเราตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 19) พ.ศ. 2550 ต่อความผิดฐานอนาจาร’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2552)

¹² แสงว บัญเฉลิมวิภาส, *นิติเวชศาสตร์และกฎหมายการแพทย์*, (พิมพ์ครั้งที่ 2 สำนักพิมพ์วิญญูชน 2556) 105-106.

ยาเสพติดหรือผู้ที่มีบุคลิกภาพผิดปกติ (personality disorder) ล้วนถือได้ว่าเป็นผู้ป่วยซึ่งควรจะได้รับ การรักษา แต่หากมองในแง่ของกฎหมาย กฎหมายจะไม่ลงโทษหรือยกเว้นโทษให้ในความผิดปกติบางประเภท เท่านั้นโดยถือหลักว่าความเจ็บป่วยหรือความผิดปกติทางจิตจะต้องถึงขนาดที่กระทำโดยไม่รู้ผิดชอบหรือ ไม่สามารถบังคับตนเองได้เท่านั้นกฎหมายจึงจะยกโทษให้เพราะโดยหลักทั่วไปเมื่อคนทำผิดก็ต้องถูกลงโทษ การที่จะไม่ลงโทษหรือลดโทษให้ผู้ใดจะต้องมีเหตุผลพิเศษและเหตุผลพิเศษในกรณีที่มีความผิดปกติทางจิตนี้ บุคคลนั้นจะต้องมีความผิดปกติถึงขนาดไม่รู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ในขณะที่กระทำนั้น ด้วยเหตุนี้ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตบางอย่างเช่นผู้ที่เป็นโรคจิตกึ่งวกลผู้ที่มีบุคลิกภาพผิดปกติผู้ที่มีความ ผิดปกติทางเพศหรือผู้ที่ติดยาเสพติดจึงไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการยกเว้นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 65 เว้นแต่ผู้กระทำซ้ำเราหรืออนาจารศพจะมีความผิดปกติอย่างอื่น เช่น มีอาการของโรคจิตถึงขนาด ไม่สามารถรู้ผิดชอบหรือไม่สามารถบังคับตนเองได้เป็นอย่างดี เหตุผลที่กฎหมายไม่ยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ บุคคลเหล่านี้ก็เพราะว่าบุคคลเหล่านี้ยังมีความรู้ผิดชอบหรือสามารถบังคับตนเองได้อยู่แม้ว่าจะมีความผิดปกติ ในทางจิตใจที่จะชักนำให้ทำอะไรต่างไปจากคนธรรมดาได้ง่ายแต่สิ่งจูงใจนั้นก็ไม่ถึงขนาดทำให้ความรู้ผิดชอบ และความสามารถบังคับสูญเสียไปความผิดปกติทางจิตที่กฎหมายกำหนดเป็นเหตุยกเว้นโทษไว้ในมาตรา 65 ไม่ว่าจะเป็นเพราะจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน

หากพิจารณาจากการจำแนกโรคทางจิตเวชในปัจจุบันจะไม่พบคำว่า “จิตบกพร่อง” แต่หากพิจารณา ความหมายที่กล่าวมาแล้วหมายถึงผู้ที่สมองไม่เจริญเติบโตตามวัยหรือบกพร่องมาแต่กำเนิดหรือเสื่อมลงเพราะ ความชรา “จิตบกพร่อง” จึงหมายถึง คนปัญญาอ่อนตามการจัดแบ่งกลุ่มของโรคทางจิตเวช (ICD 10) นั่นเอง คำว่า “โรคจิต” นั้น คำอธิบายในทางกฎหมายและความเข้าใจทางการแพทย์ดูจะใกล้เคียงกันซึ่งคำว่า “โรคจิต” จัดอยู่ในกลุ่มที่ 3 โรคจิตเภทพฤติกรรมแบบจิตเภทและความหลงผิดตามการจัดแบ่งกลุ่มของโรคทางจิตเวช (ICD 10) ส่วนคำว่า “จิตฟั่นเฟือน” ไม่มีใช้ในทางจิตเวชศาสตร์และยังคงมีความเห็นที่แตกต่างกันอยู่มาก โดยฝ่ายหนึ่งมีความเห็นว่าควรหมายถึงผู้ที่มีความหลงผิดประสาทหลอนและแปลผิด แต่อีกฝ่ายเห็นว่า หมายถึงภาวะแปรปรวนทางจิตใจซึ่งหมายความครอบคลุมถึงโรคทางจิตเวชได้หลายกลุ่มเช่นโรค ประสาทบุคลิกภาพผิดปกติในการควบคุมตนเองหรือกลุ่มอาการทางจิตเนื่องจากสมองพิการ เป็นต้น ผู้เขียน มีความเห็นว่าควรตัดคำว่า “จิตฟั่นเฟือน” ออกไปเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนั้น แนวคำพิพากษาศาลฎีกาได้อธิบายถึงอาการของจำเลยโดยไม่ได้ระบุถึงอาการดังกล่าวว่าหมายถึง โรคทางจิตเวชชนิดใดแต่มีกล่าวไปอย่างรวม ๆ ในการให้เหตุผลในคำพิพากษาว่าจำเลยเป็นโรคจิตหรือจิต ฟั่นเฟือน ส่วนการทำความเข้าใจของจิตแพทย์ในฐานะพยานผู้เชี่ยวชาญที่เสนอต่อศาลนั้นการวินิจฉัยทางคลินิก จะยึดตามการวินิจฉัยขององค์การอนามัยโลกฉบับ ICD-10¹³ โดยจะมีการตั้งคณะผู้ตรวจวินิจฉัยและ บำบัดรักษาทางนิติจิตเวชซึ่งประกอบไปด้วยจิตแพทย์พยาบาล นักจิตวิเคราะห์และนักอาชีวบำบัด ซึ่งในการ ตรวจวินิจฉัยบำบัดรักษาทางนิติจิตเวชจะทำการสอบประวัติผู้กระทำผิดดูประวัติการรักษา พฤติการณ์แห่งคดี ขณะที่กระทำความผิดโดยอิงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จากนั้นจะจัดการประชุมเพื่อวินิจฉัยทางนิติจิตเวช

¹³ American Psychiatric Association, 'ICD vs. DSM' (n 5)

และรายงานผลการวินิจฉัย ในขณะที่ศาลจะฟังข้อเท็จจริงว่าผู้กระทำความผิดเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตหรือไม่นั้นศาลจะพิจารณาจากประวัติการกระทำผิดในครั้งก่อน ๆ ความเสียใจก่อนกระทำความผิด กริยาอาการของผู้กระทำผิดก่อนการกระทำความผิดผู้กระทำความผิดมีเรื่องโกรธเคืองกับผู้ถูกกระทำมาก่อนหรือไม่ จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าบุคคลใดมีความผิดปกติทางจิตหรือไม่ ในทางทฤษฎีจิตแพทย์และศาลจะใช้หลักเกณฑ์เดียวกัน แต่ในทางปฏิบัติแนวคำพิพากษาของศาลมักจะไม่เดินตามความเห็นของจิตแพทย์ กรณีเช่นนี้ผู้เขียนมีความเห็นว่าแนวทางการใช้ดุลพินิจของศาลในเรื่องของการให้เหตุผลเกี่ยวกับความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำความผิดค่อนข้างมีหลายแนวทางและไม่สอดคล้องกับแนวทางการวินิจฉัยของแพทย์ เพียงแต่รักษาขอบเขตในการใช้อำนาจในการรักษากฎหมายก็เป็นได้ ปัญหาดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการให้ความคุ้มครองผู้ป่วยจิตเวชหลายประการทำให้ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตอีกเป็นจำนวนมากที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการที่ชัดเจนในเรื่องดังกล่าว

3.3 มาตรการบังคับทางอาญา

แนวทางการนำมาตราการบังคับทางอาญาที่มาใช้สำหรับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ นอกจากการบังคับโทษจำคุกหรือปรับจะมีมาตรการใดที่อาจแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพได้ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายอาญาแล้วอาจพบว่าวิธีการเลี้ยงโทษจำคุกระยะสั้น ได้แก่ การรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษโดยกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติบางประการที่อาจบรรลุดุลประสงคของกฎหมายอาญาได้¹⁴ นอกจากนั้นการนำมาตราการเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ก็มีแนวทางที่อาจช่วยเหลือผู้กระทำความผิดได้เช่นกัน แต่ขอบเขตของกฎหมายอาญาดังกล่าวนั้นค่อนข้างมีจำกัด ส่งผลให้การบรรลุดุลประสงคของการลงโทษนั้นไกลความเป็นจริงออกไป ผู้เขียนจึงได้อธิบายปัญหาในหัวข้อการบังคับโทษและการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย ดังต่อไปนี้

1) การบังคับโทษ

ในเรื่องของโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพนั้นความผิดหลักที่ผู้กระทำจะได้รับการบังคับโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดเหตุยกเว้นโทษหรือเหตุลดโทษไว้ในตัวบทกฎหมายแต่อย่างใดและผู้กระทำที่ได้กระทำชำเราหรืออนาจารศพนั้นก็ไม่เข้าข่ายที่จะต้องได้รับยกเว้นโทษหรือลดโทษให้ตามมาตรา 65 ตามที่ได้กล่าวกันมาแล้ว ดังนั้นการกระทำครอบงำประกอบความผิดตามโครงสร้างความรับผิดทางอาญา ผู้กระทำต้องรับโทษตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

จะเห็นได้ว่าผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพอาจไม่ได้รับการบำบัดรักษาอย่างเหมาะสมและอาจนำไปสู่การกระทำความผิดซ้ำอีกในอนาคตอันเนื่องมาจากความผิดปกติทางจิตหรือความผิดปกติทางเพศ ทั้งนี้ทั้งนั้น กฎหมายก็ได้กำหนดให้มีการรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษอันเป็นประโยชน์แก่ผู้กระทำความผิดโดยเงื่อนไขที่ว่า กรณีผู้กระทำความผิดซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับและในคดีนั้นศาลจะลงโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปีไม่ว่าจะลงโทษปรับด้วยหรือไม่ก็ตามหรือลงโทษปรับ

¹⁴ เกียรติชจร วัจนะสวัสดิ์, *กฎหมายอาญาคความผิด เล่ม 2* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์จรรีราชการพิมพ์ 2550) 74-75.

ถ้าปรากฏว่าผู้นั้นไม่เคยรับโทษจำคุกมาก่อน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อนแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดลหุโทษ หรือเป็นโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือเคยรับโทษจำคุกมาก่อน แต่พ้นโทษจำคุกมาแล้วเกินกว่า 5 ปี แล้วมากระทำความผิดอีก โดยความผิดในครั้งหลังเป็นความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ โดยศาลอาจกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความประพฤติที่เหมาะสมและสอดคล้องกับการแก้ไขพฤติกรรมของผู้กระทำ ซึ่งเงื่อนไขคุ้มครองประพฤตีสําหรับผู้กระทำซ้ำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ ได้แก่ การให้ผู้กระทำได้รับการบำบัดรักษาความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจหรืออาการป่วยทางจิตเวชของจำเลยให้หายตามมาตรา 56 (4) โดยอาจกำหนดเงื่อนไขอื่น ๆ ตามที่ศาลเห็นสมควรเพื่อแก้ไขฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้จำเลยกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดขึ้นอีกตามมาตรา 56 (5) ประกอบด้วย เช่นนี้ยิ่งถือว่ากฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้กระทำความผิดทางเพศได้รับการบำบัดรักษาความบกพร่องทางร่างกายหรือจิตใจตลอดจนเงื่อนไขอื่น ๆ เพื่อฟื้นฟูหรือป้องกันมิให้ผู้กระทำความผิดกระทำหรือมีโอกากระทำความผิดขึ้นอีก โดยศาลจะใช้ดุลพินิจในการกำหนดระยะเวลาหรืออาจแก้ไขเพิ่มเติมหรือเพิกถอนคำสั่งได้โดยชอบ แต่มาตรการเหล่านี้ก็ถือเป็นเพียงวิธีการหลีกเลี่ยงการลงโทษจำคุกระยะสั้นโดยมีเงื่อนไขว่าผู้กระทำต้องกระทำความผิดครั้งแรกหรือเคยกระทำความผิดมาก่อนแต่เป็นโทษที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษเท่านั้น อีกทั้งยังเป็นมาตรการที่เกิดจากดุลพินิจของศาล ผู้เขียนมีความเห็นว่า ด้วยข้อจำกัดของมาตรการเสริมทางอาญาตามมาตรา 56 ดังกล่าวไม่อาจยับยั้งการกระทำของผู้มีความผิดปกติทางเพศซึ่งมีพฤติกรรมในลักษณะที่ต้องการมีเพศสัมพันธ์กับศพได้ครอบคลุมและเหมาะสมโดยเฉพาะผู้กระทำซ้ำเราหรืออนาจารศพที่ได้เคยกระทำความผิดมาแล้ว

2) การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ในกระบวนการหลังพ้นโทษศาลอาจนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ซึ่งมีทั้งมาตรการที่คุ้มครองสังคมให้ปลอดภัยจากการก่อเหตุร้าย ได้แก่ การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บน คุมตัวไว้ในสถานพยาบาล และการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างมาใช้กับผู้กระทำความผิดโดยมีพฤติกรรมที่อาจก่ออันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นหรือเป็นกรณีที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้วแต่มีแนวโน้มที่จะกระทำผิดขึ้นอีกในอนาคต โดยวิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ละวิธีจะพิจารณาจากลักษณะของผู้กระทำความผิด โดยมาตรการบำบัดแก้ไขซึ่งต้องกระทำควบคู่กับการสืบค้นบำบัดผู้กระทำความผิดเพื่อให้สังคมมีความปลอดภัยจากอันตรายซึ่งเกิดจากผู้กระทำ¹⁵ การจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยวิธีการใดจึงจะเหมาะสมนั้นขึ้นอยู่กับสภาพของบุคคลที่จะไปกระทำความผิดและความสามารถที่จะแก้ไขตนเองด้วย ซึ่งวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่เหมาะสมกับการแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำซ้ำเราและ อนาจารศพ ได้แก่ การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48¹⁶ เป็นการบังคับใช้โดยวิธีการควบคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลในกรณีศาลมีคำสั่งให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยสั่งคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลเพื่อการบำบัดรักษาให้หายเป็นปกติก่อนที่จะออกมาสู่สังคม กรณีถ้าศาลเห็นว่าการปล่อยตัวผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิต

¹⁵ ทวีเกียรติ มินะภนิษฐ, คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 12, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2553) 244.

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48

หรือจิตฟั่นเฟือน ซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 จะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชน ศาลจะสั่งให้ส่งไปคุมตัวไว้ในสถานพยาบาลก็ได้และคำสั่งนี้ศาลจะเพิกถอนเสียเมื่อใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม พฤติกรรมของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพนั้น ไม่เข้าข่ายตามความหมายของลักษณะจิตบกพร่อง ไร้จิต หรือจิตฟั่นเฟือนตามมาตรา 65 ส่งผลให้ไม่อาจบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48 ที่จะส่งตัวผู้กระทำความผิดไปบำบัดรักษาในสถานพยาบาลได้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยประเภทนี้จึงใช้ได้เพียงบางกรณีเท่านั้น วิธีการเพื่อความปลอดภัยอีกอย่างที่ศาลอาจสั่งให้นำมาใช้เพื่อกำหนดขอบเขตการกระทำความผิด ได้แก่ การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดมักจะอาศัยโอกาสการกระทำชำเราหรืออนาจารศพจากการงานที่เขาประกอบเป็นอาชีพ เช่น อาชีพเกี่ยวกับการจัดการศพ เป็นต้น การที่ศาลสั่งห้ามบุคคลใดบุคคลหนึ่งประกอบอาชีพอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้นั้นอาศัยการประกอบอาชีพดังกล่าวเพื่อกระทำความผิด ซึ่งศาลมีอำนาจสั่งได้ 2 กรณี คือ ห้ามประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น โดยมีกำหนดเวลาไม่เกิน 5 ปี นับแต่วันพ้นโทษ อย่างไรก็ตามวิธีการนี้อาจไม่ได้ผลในการแก้ไขเยียวยาความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำชำเราและอนาจารศพกรณีไร้จิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพได้เท่าที่ควร เพียงแต่เป็นการแก้ไขต้นเหตุได้เท่านั้น

4. การบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพในต่างประเทศ

ความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพที่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ความผิดเกี่ยวกับศพ หมวดความผิดอันมีลักษณะความผิดไม่ร้ายแรงแห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offence Act 2003)¹⁷ ประเทศสหรัฐอเมริกาว่า 40 มลรัฐที่ได้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำไม่เหมาะสมทางเพศต่อศพ

นอกจากนั้น ประเทศที่ไม่ได้มีบทกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น ประเทศเยอรมัน ความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของคนตาย (Disturb The Peace of The Death) แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศเยอรมัน กำหนดความผิดเกี่ยวกับศพ หมวด 11 ว่าด้วยอาชญากรรมเกี่ยวกับศาสนาและปรัชญาแห่งชีวิต (Crimes Which Relate to Religion and Philosophy) ประเทศฝรั่งเศส ความผิดฐานละเมิดต่อความเคารพสำหรับคนตาย (Violentions of Respect for The Dead) แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศฝรั่งเศส (French Penal Code) หมวด 5 ว่าด้วยการกระทำความผิดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และประเทศอิตาลี ความผิดฐานลบหลู่ศพหรือเจ้าของศพ กระทำให้ศพเสียโฉม ฉีกขาด กระทำทารุณโหดร้ายหรือหยาบโหล่นต่อศพ แห่งประมวลกฎหมายอาญาประเทศอิตาลี หมวด 2 ว่าด้วยอาชญากรรมอันเป็นปรปักษ์ต่อคนตาย เป็นต้น ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายอาญาในส่วนที่เป็นความผิดเกี่ยวกับศพที่ผู้เขียนมีความเห็นว่าอาจเข้าข่ายความผิดดังกล่าวมาทำการศึกษาและวิเคราะห์เพิ่มเติมด้วย

¹⁷ Home Office Communication Directorate, 'Setting the Boundaries Reforming the Law on Sex Offences Volume I' (Home Office Building a Safe, Just and Tolerant Society, July 2000) 144-145.

4.1 การกำหนดความผิด

การกำหนดความผิดสามารถจำแนกออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเรา หรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะและการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ

4.1.1 การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ

การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ คือ การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพไว้เป็นฐานความผิดที่ชัดเจน ประกอบด้วยลักษณะของการกระทำซึ่งเป็นการกระทำชำเราศพและลักษณะของการกระทำอนาจารศพ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Alaska มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และมลรัฐ Florida อย่างไรก็ตาม คำนิยามหรือคำจำกัดความ การกระทำชำเราหรืออนาจารศพไว้ในตัวบทโดยตรง มีเพียงประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และ มลรัฐ Florida ที่อธิบายไว้เท่านั้น

4.1.2 การบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ

การบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ คือ การบัญญัติความผิดที่สามารถพิจารณาขอบเขตลักษณะการกระทำชำเราและอนาจารศพให้เป็นความผิดได้ด้วยการตีความตามบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรอย่างกว้าง ซึ่งกฎหมายจะกำหนดให้เป็นความผิดฐานล่วงละเมิดศพหรือรบกวนความสงบสุขของศพหรือสถานที่ฝังศพ หรือการกระทำหยาบโลนไม่ว่าด้วยวิธีใดต่อศพ โดยไม่มีบทบัญญัติเฉพาะสำหรับการมีเพศสัมพันธ์กับคนตาย แต่ห้ามมิให้มีการใช้ศพที่ผิดศีลธรรม การมีเพศสัมพันธ์กับศพอาจส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของสมาชิกครอบครัวเช่นกัน ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio มลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี

4.2 การนำมาตรการทางอาญามาใช้บังคับ

เมื่อผู้กระทำถูกพิพากษาว่าได้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพหรือการกระทำล่วงละเมิดทางเพศต่อศพตามกฎหมายอาญาที่ได้บัญญัติไว้ในแต่ละประเทศที่ได้กล่าวกันมาแล้วนั้นและผู้กระทำความผิดต้องได้รับโทษจำคุกหรือปรับตามความรับผิดที่ศาลได้พิพากษาพิพากษา สิ่งที่ต้องพิจารณาคือโทษที่จะใช้ลงแก่ผู้กระทำนั้นจะเข้าโครงสร้างความรับผิดอาญาหรือไม่ หรือหากไม่เข้าโครงสร้างความรับผิดอาญา แต่ศาลพิจารณาแล้วว่าผู้กระทำเข้าข่ายที่จะสามารถลดโทษได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับลักษณะของผู้กระทำที่ใช้บังคับในประเทศนั้น ๆ การพิจารณาและพิพากษาคดีในต่างประเทศมีวิธีพิจารณาที่แตกต่างกันเนื่องจากระบบกฎหมายที่แต่ละประเทศเลือกใช้นั้นมีหลักในการพิจารณาตามระบบกฎหมาย แบ่งออกเป็น 2 ระบบ คือ ระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์ โดยในประเทศที่ใช้ระบบคอมมอนลอว์อาจมีการใช้ลูกขุนร่วมพิจารณากับผู้พิพากษาโดยลูกขุนจะวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยกระทำความผิดหรือไม่ ส่วนผู้พิพากษาจะเป็น

ผู้กำหนดโทษที่จะลงแก่จำเลย ส่วนในระบบซีวิลลอว์ ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่ในการพิจารณาและพิพากษาคดี โดยในคำพิพากษาจะวินิจฉัยชี้ขาดว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ หากจำเลยกระทำความผิดก็จะกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ด้วย

4.2.1 การบังคับโทษ

1) โทษ

ประเทศอังกฤษที่กำหนดแนวทางการปรับใช้กฎหมายไว้ในบทบัญญัติฐานความผิด โดยกำหนดในมาตรา 70 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำผิดทางเพศ ค.ศ. 2003 (Sexual Offences Act 2003)¹⁸ เพื่อสร้างขอบเขตการใช้ดุลพินิจของศาลอันเป็นการบัญญัติวิธีการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบของผู้กระทำซ้ำเราไว้ 2 แนวทาง ได้แก่ การให้ศาลพิจารณาพิพากษาลงโทษแก่ผู้กระทำตามความหนักเบาของอัตราโทษ รวมถึงการกำหนดเหตุเพิ่มโทษซึ่งโทษที่ผู้กระทำจะต้องรับโทษหนักขึ้นกรณีเป็นการกระทำผิดซ้ำหรือกระทำผิดโดยมีเหตุฉกรรจ์ แต่หากกรณีที่ผู้กระทำจะไม่ต้องรับโทษหนักขึ้นโดยมีเหตุลดโทษตามที่ศาลเห็นสมควรหรือกรณีที่การกระทำผิดไม่ประกอบด้วยเหตุฉกรรจ์ เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติขอบเขตของการลงโทษด้วยการบัญญัติให้อำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำได้โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี ศาลอาจกำหนดวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งใน 2 วิธี ได้แก่ การให้บำเพ็ญประโยชน์ต่อสังคมหรือการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำ ความผิดโดยไม่เป็นการตัดอำนาจศาลในการใช้ดุลพินิจการนำโทษปรับเป็นจำนวนเงินมาใช้ลงแก่ผู้กระทำได้อีกด้วย

ในส่วนของกฎหมายอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีการบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดและกำหนดโทษสำหรับความผิดนั้น ๆ ในมาตราเดียวกันแต่ละมลรัฐได้กำหนดบทลงโทษสำหรับความผิดฐานกระทำอนาจารหรือชำเราศพไว้ คือ โทษจำคุก โทษปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ โดยอัตราโทษนั้นก็จะมี ความแตกต่างกันไปตามการบัญญัติกฎหมายของแต่ละมลรัฐ¹⁹ ประเภทความผิดอาญาออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ ความผิดมัยโทษ (Misdemeanor) หรือเป็นความผิดฉกรรจ์ (Felony) อัตราโทษจึงขึ้นอยู่กับความร้ายแรงของความผิด กฎหมายอาญาของสหรัฐอเมริกามีการแบ่งรูปแบบของการลงโทษให้มีความหลากหลายเหมาะสมกับผู้กระทำความผิดแต่ละประเภทโดยมุ่งแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดเป็นสำคัญ ซึ่งบางรัฐอาจจำแนกประเภทความผิดเล็กน้อยซึ่งจะไม่มีโทษจำคุก เรียกว่า Infaction, Violation หรือ Petty

¹⁸ Sentencing Council, 'Sexual Offences Act 2003 Part 5: Other Offences' (SGC, 1 April 2014) <<https://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Sexual-offences-definitive-guideline-Web.pdf>> accessed 28 October 2019

¹⁹ Felicia Anyogu and Carol Arinze-Umobi, 'Morbid Defilement: A Case for Specific Statutory Recognition in Nigeria' (2015) 10 Journal of Resourcefulness and Distinction, 5.

Offense²⁰ มีกฎหมายบัญญัติถึงการให้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำต่อศพและบัญญัติถึงกรณีกระทำอนาจารศพ ยกเว้นความผิดแก่การกระทำอันเป็นการกระทำตามปกติที่จำเป็นในการเก็บรักษา, ตรีเตรียม, ข้าราชการหรือการดองศพตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ การแพทย์และวิทยาศาสตร์ศพ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายบัญญัติถึงการให้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายกระทำต่อศพและบัญญัติถึงกรณีกระทำอนาจารศพ ยกเว้นความผิดแก่การกระทำอันเป็นการกระทำตามปกติที่จำเป็นในการเก็บรักษา, ตรีเตรียม, ข้าราชการหรือการดองศพตามมาตรฐานของการปฏิบัติในธุรกิจของงานศพ การแพทย์และวิทยาศาสตร์ศพ

การบังคับโทษในประเทศเยอรมัน มีระบบการลงโทษจำกัดอยู่แค่การจำคุกและการปรับเท่านั้น ส่วนเหตุยกเว้นในประเทศเยอรมันไม่ได้กำหนดไว้ในความผิดฐานรบกวนความสงบสุขของศพแต่อย่างใด แต่น่าจะพิจารณาตามกรณีและข้อเท็จจริงเป็นกรณีไป โดยได้อนุญาตให้มีการจำคุกตลอดชีวิตได้ แต่จะกระทำได้เพียงแต่อาชญากรรมที่ร้ายแรง การลงโทษจะเป็นไปตามโครงสร้างความรับผิดชอบในแบบของระบบกฎหมายซิวิลลอว์²¹ ได้แก่ มีการกระทำครอบงำประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติ หากผู้กระทำได้กระทำความผิดซึ่งครอบงำประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายในผู้กระทำซึ่งเป็นการรบกวนความสงบสุขของคนตาย²² ที่ไม่อาจพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิดโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้ ก็ถือว่ามีความผิด และหากการกระทำความผิดของบุคคลผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพได้รับการตรวจพิสูจน์แล้วว่าเป็นผู้มีความบกพร่องทางจิตที่ไม่อาจบังคับตนเองได้ก็จัดว่าเป็นผู้กระทำความผิดที่ปราศจากความชั่วซึ่งกฎหมายก็จะยกเว้นโทษให้

2) วิธีการเลี้ยงโทษจำคุก

ประเทศอังกฤษ Criminal Justice Act 2003 การกำหนดความผิดให้เป็นไปในทางที่จะสามารถเหยียดแก้ไขพฤติกรรมของบุคคลผู้กระทำชำเราศพเพื่อการป้องกันสังคมและลดอาชญากรรม²³ การลงโทษแบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ ได้แก่ การลงโทษในเรือนจำและการลงโทษในชุมชน กล่าวคือ กฎหมายอาญาของประเทศอังกฤษได้กำหนดให้มีการใช้ “มาตรการลงโทษในชุมชน” (Community Orders) กำหนดให้ผู้กระทำ ความผิดทำงานบริการแก่สังคมและชุมชน เป็นการให้อำนาจศาลมีคำสั่งให้ผู้กระทำได้รับการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมโดยใช้วิธีการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรมและจิตใจผู้กระทำความผิด คือ ให้ทำงานบริการแก่สังคมหรือชุมชนเพื่อชดเชยปัญหาโทษล้นคุก ซึ่งนักโทษเหล่านั้นจะต้องเป็นนักโทษผู้กระทำความผิดอาญาประเภทลหุโทษหรือความผิดเล็กน้อยที่ต้องรับโทษจำคุกในระยะสั้น (The Adversary Council on The Penal System) เลือกแนวทางแก้ไขที่เหมาะสมและได้ประสิทธิภาพแทนการลงโทษจำคุกผู้ต้องหาในเรือนจำ และวิธีการที่เป็นส่วนหนึ่งก็คือการกำหนด “มาตรการลงโทษในชุมชน” (Community Orders)²⁴

²⁰ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ, ‘ศึกษาความเป็นไปได้ในการกำหนดชั้นโทษและการนำไปปรับใช้ในประมวลกฎหมายอาญา’ (2549) 53 ตุลาคม, 115.

²¹ สุภัสสรี เทพหัตถิน ณ อยุธยา, ‘โครงสร้างความผิดอาญา: ศึกษากระบวนการคิดของกฎหมายอาญาเยอรมันเพื่อปรับใช้กับกฎหมายอาญาไทย’ (2556) 32 วารสารธรรมศาสตร์, 56-57.

²² German Criminal Code. (Strafgesetzbuch, StGB), Section 168 Disturbing the Peace of the Dead.

²³ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 18

²⁴ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 19.

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีมาตรการที่ศาลกำหนดโดยให้มีสภาพบังคับทางอาญาที่มีการนำมาใช้มากพอกับการจำคุกเช่นเดียวกัน คือ “การคุมประพฤติ” กล่าวคือ ในการกำหนดโทษ เมื่อศาลได้พิจารณาดีพิพากษาความผิดแล้วมีการกำหนดโทษจำคุกและรอการลงโทษ กรณีนี้จะมีการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติด้วยก็ได้ แต่การคุมประพฤติในกฎหมายอาญาของประเทศไทยคือมาตรการที่ศาลกำหนดได้โดยไม่จำเป็นต้องระวางโทษจำคุกก่อน กรณีนี้จึงเปรียบได้กับการรอการกำหนดโทษ ซึ่งการคุมประพฤติก็เป็นสภาพบังคับที่ใช้มากพอ ๆ กับการจำคุกเช่นกัน มาตรการบังคับทางอาญาซึ่งนำมาใช้แทนโทษจำคุกนั้นจะมีความสัมพันธ์กับรูปแบบการลงโทษมาตรการหนึ่งซึ่งนำมาใช้แทนโทษทางอาญาในประเทศไทยคือ การนำ “มาตรการบริการสังคม” มาใช้²⁵

ประเทศเยอรมันได้กำหนดกฎหมายในเรื่องการกักขังระยะสั้นไว้ด้วย พร้อมทั้งกำหนดบทบัญญัติย่อยพิเศษเกี่ยวกับการคุมประพฤติการปล่อยตัวไว้ เพื่อลดการลงโทษในรูปแบบดังกล่าว โดยศาลอาจมีคำสั่งให้คุมประพฤติผู้กระทำความผิดได้ ทั้งนี้จำกัดอยู่แต่เพียงการลงโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี และอาจได้รับการปล่อยตัวโดยมีเงื่อนไขคุมประพฤติในกรณีที่ได้รับโทษไปแล้ว 2 ใน 3 หรืออาจได้รับการปล่อยตัวภายใต้เงื่อนไขพิเศษในกรณีที่ได้รับโทษไปแล้ว 1 ใน 2

4.2.2 การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย

ผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขบมีเพศสัมพันธ์กับศพ พบว่าผู้กระทำมีความผิดปกติทางจิตประเภทหนึ่งที่เกิดจากความตึงเครียดหรือการมีเพศสัมพันธ์หรือกระทำการอื่นใดเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ การบังคับโทษอาจไม่ทำให้ผู้กระทำได้รับการเยียวยาอย่างถูกต้อง แต่วิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ศาลสั่งให้ผู้กระทำความผิดได้รับการบำบัดรักษาตัวทางจิตเวชเท่านั้นที่จะเป็นวิธีการที่ตรงตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษ ประเทศอังกฤษจึงมีมาตรการสั่งบำบัดรักษาโรคจิต (Mental Health Treatment)²⁶ ตามกฎหมายอาญาของอังกฤษเมื่อมีคดีอาญาซึ่งผู้กระทำความผิดมีความผิดปกติทางจิตและหลังจากที่ศาลได้พิพากษาว่าได้กระทำความผิด ศาลจะไม่แยกการกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยออกจากกัน แต่กฎหมายอาญาของอังกฤษให้อำนาจศาลเลือกใช้มาตรการทางอาญาได้ตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำความผิดและสภาพจิตใจของผู้กระทำรวมถึงการป้องกันสังคมและลดปัญหาอาชญากรรม โดยหลักเกณฑ์การลงโทษถูกกำหนดขึ้นโดย Criminal Justice Act 2003 ให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องเข้ารับการบำบัดรักษาอาการทางจิต (Mental Health Treatment Requirement) ภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ตามรายงานของจิตแพทย์ที่ได้ขึ้นทะเบียนไว้กับสมาคมจิตแพทย์ของอังกฤษ (A Chartered Psychologist) เพื่อบำบัดแก้ไขเยียวยาฟื้นฟูสภาพจิตใจเหล่านั้น ทั้งนี้ กฎหมายก็ให้อำนาจศาลในการพิจารณากรณีผู้กระทำความผิดและถูกตัดสินลงโทษจำคุกมีความผิดปกติทางจิต ศาลก็จะสั่ง

²⁵ นรงค์ ใจหาญ และคณะ (n 20) 23.

²⁶ Mental Health Act 1983 Part II Compulsory Admission to Hospital and Guardianship General provisions as to applications and recommendations Article 12. General provisions as to medical recommendations.

ให้คุมตัวจำเลยไว้ในแผนการลงโทษจำคุกโดยรับฟังความเห็นจากแพทย์ผู้เชี่ยวชาญจากหลักฐานเป็นหนังสือ หรืออาจจากแพทย์ที่ขึ้นทะเบียน 2 คน ซึ่งต้องถึงขนาดที่สมควรถูกควบคุมตัว โดยจะได้รับการคุ้มครองไว้เพื่อรอการพิจารณาเท่านั้น นอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำซ้ำเราศพไม่ได้มีความผิดปกติถึงขนาดที่จะต้องถูกส่งตัวไปบำบัดรักษาอาการทางจิต แนวทางการปรับใช้กฎหมายอาญาความผิดฐานกระทำซ้ำเราศพได้กล่าวถึงความ เป็นโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ โดยให้ถือว่าเป็นผู้กระทำ ความผิดทางเพศอย่างหนึ่ง ผู้กระทำ ความผิดดังกล่าวนอกจากมาตรการสั่งบำบัดรักษาโรคจิต (Mental Health Treatment) ยังมีมาตรการ มาตรการสั่งให้เข้าโปรแกรม (Programme Requirement) ได้แก่ โปรแกรมการบำบัดรักษาผู้กระทำความผิดทาง เพศ กล่าวคือ หลังจากผู้กระทำความผิดทางเพศถูกศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดและกำหนดโทษที่จะลง แก่ผู้กระทำแล้ว ในประเทศอังกฤษยังมีระบบการบำบัดรักษาที่เป็นการบำบัดรักษาเยียวยาแก้ไขผู้กระทำ ความผิดให้กลับคืนสู่สังคมโดยการพิจารณาดีของศาลและมีคำสั่งให้มีการปฏิบัติหรือดำเนินการเพื่อลดอัตรา ความเสี่ยงของผู้กระทำความผิดทางเพศ

ในส่วนของมาตรการบังคับทางอาญาประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งรูปแบบการลงโทษที่มีความ หลากหลาย มีการจำแนกประเภทและการพิจารณาความผิดที่เหมาะสมกับผู้กระทำแต่ละประเภทเพื่อมุ่งแก้ไข และฟื้นฟูผู้กระทำความผิด มาตรการบังคับทางอาญาซึ่งนำมาใช้แทนโทษจำคุกนั้นจะมีความสัมพันธ์กับรูปแบบ การลงโทษมาตรการหนึ่งซึ่งนำมาใช้แทนโทษทางอาญาในประเทศ สหรัฐอเมริกา คือ การนำ “มาตรการบริการ สังคม” มาใช้สำหรับผู้กระทำซ้ำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ เมื่อศาลพิพากษาว่าได้กระทำความผิดตามบทบัญญัติกฎหมายแต่ละมลรัฐ การพิจารณาดีและพิพากษา ว่าได้กระทำความผิด ส่วนใหญ่แล้วศาลจะพิพากษาลงโทษจำคุกจำเลยพร้อมกับการนำมาตรการแก้ไขฟื้นฟู ผู้กระทำความผิดมาใช้พิจารณาและมีคำสั่งให้จำเลยได้ปฏิบัติ กล่าวคือ ศาลจะสั่งให้มีการกำหนดโทษจำคุก พร้อมกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามลักษณะอาการความผิดปกติทางจิตของผู้กระทำ โดยศาลกำหนด ลงโทษจำคุก และในระหว่างที่รอคำพิพากษา ศาลจะออกคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการเพื่อความปลอดภัยให้จำเลย ปฏิบัติตาม ได้แก่ การห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง การกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของคำสั่งศาลในการใช้มาตรการ เสริมทางอาญาและการกำหนดให้หน่วยงานทางการแพทย์มีส่วนร่วมในมาตรการเสริมทางอาญาด้วย²⁷

ประเทศเยอรมันมีมาตรการฟื้นฟูแก้ไขและความปลอดภัย อันเป็นรูปแบบของการบังคับใช้โทษ อย่างหนึ่ง มาตรการดังกล่าวได้แยกออกเป็น 2 ประการ คือ มาตรการ กักขัง ซึ่งได้แก่ การนำตัวไปไว้ในโรงพยาบาล โดยมาตรการนี้ใช้บังคับต่อผู้กระทำความผิดที่มีปัญหาทางจิตรุนแรง²⁸ มาตรการบังคับทาง อาญาของผู้กระทำซ้ำเราหรืออนาจารศพตามความผิดฐานรบกวนความสงบสุข ของคนตาย มาตรา 168 แห่ง ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน กรณีเมื่อพบว่าการกระทำความผิดดังกล่าวเกิดจากความผิดปกติทางจิตของ ผู้กระทำ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันว่าด้วยมาตรการเพื่อการฟื้นฟูและการป้องกัน

²⁷ ณรงค์ ใจหาญ และคณะ (ก 20) 23-24.

²⁸ กานดา ปานดำ, ‘การบังคับโทษปรับ: ศึกษารณับังคับให้ทำงานแทนค่าปรับ’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท มหาวิทยาลัยธุรกิจ บัณฑิตย 2556)

ซึ่งหลักเกณฑ์การส่งจำเลยซึ่งป่วยทางจิตไปบังคับรักษายังโรงพยาบาลโรจิต 1) ผู้กระทำความผิดขณะที่ขาดความสามารถในการกระทำความผิดอาญา (เนื่องจากมีความผิดปกติทางจิตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 20) หรือในขณะที่ความสามารถในการกระทำความผิดอาญามีจำกัด (เนื่องจากสภาวะแห่งจิตตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 21) 2) ศาลจะสั่งให้ส่งตัวผู้นั้นไปบังคับรักษายังสถานบำบัดรักษาผู้ป่วยโรจิตถ้าผลการประเมินเกี่ยวกับตัวผู้นั้นและความผิดที่ผู้นั้นกระทำให้เป็นที่คาดหมายได้ว่าผู้นั้นจะกระทำความผิดอาญาร้ายแรงเนื่องจากสภาพแห่งจิตและผู้นั้นมีความเป็นอันตรายต่อสังคม”²⁹

จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วย มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Nevada มลรัฐ Alaska มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ Illinois มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington มลรัฐ Florida มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio และมลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี พบว่าการบัญญัติความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพนั้นมีความคล้ายคลึงกัน ส่วนมาตรการทางอาญามีการบัญญัติที่แตกต่างกันออกไปตามแนวการบังคับใช้กฎหมายของแต่ละประเทศ ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดความผิด แบ่งออกเป็น การบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะ โดยอาจมีการกำหนดคำจำกัดความหรือคำนิยามการกระทำชำเราและอนาจารศพไว้ในตัวบทหรืออาจไม่ได้กำหนดคำจำกัดความหรือคำนิยามไว้ด้วยก็ได้ ซึ่งได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Georgia มลรัฐ Rhode Island มลรัฐ Alaska มลรัฐ Nevada มลรัฐ Arizona มลรัฐ Indiana มลรัฐ New Jersey มลรัฐ California มลรัฐ Washington และมลรัฐ Florida และการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ ได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐ Colorado มลรัฐ Arkansas มลรัฐ Ohio มลรัฐ Tennessee ประเทศเยอรมัน ประเทศฝรั่งเศสและประเทศอิตาลี ซึ่งการแบ่งประเภทการกำหนดความผิดดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยประเทศที่มีการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพไว้เป็นบทเฉพาะนั้นจะมีการบังคับใช้กฎหมายที่มีการกำหนดขอบเขตของความผิดและกำหนดโทษตามความร้ายแรงของลักษณะการกระทำระหว่างการกระทำชำเราศพและอนาจารศพ ส่วนประเทศที่มีการบัญญัติความผิดที่มีบริบทเกี่ยวข้องกับการกระทำชำเราและอนาจารศพ จะให้ความสำคัญกับการตีความอย่างกว้างเพื่อให้พฤติกรรมมีความหลากหลายครอบคลุมกับพฤติกรรมการกระทำความผิดต่อศพซึ่งกรณีนี้ลักษณะการกระทำจะรวมถึงการดูหมิ่นศพ การทำให้เสียหายซึ่งศพ และการกระทำอื่น ๆ ที่แสดงออกถึงการไม่เคารพศพ เป็นต้น

2) แนวทางการใช้กฎหมายของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายอาญาความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพในแนวของการยอมรับความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำที่เป็นโรจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ ขณะที่ประเทศเยอรมันไม่ได้ระบุชัดเจนในเรื่องของผู้กระทำกรณีโรจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ แต่แนวทางการตีความของผู้กระทำที่มีความ

²⁹ ซิงชัย ตรีประสิทธิ์, ‘มาตรการทางกฎหมายในการบังคับรักษาผู้ป่วยทางจิต’ (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546)

ผิดปกติจะพิจารณารวมถึงผู้กระทำที่มีความผิดปกติทางเพศซึ่งเป็นผู้มีความผิดปกติทางจิตที่เกิดจากความบกพร่องทางร่างกายด้วย ซึ่งทั้งสามประเทศมีมุมมองทางด้านกฎหมายสอดคล้องไปกับแนวทางของจิตแพทย์ และข้อมูลรายงานทางจิตของผู้กระทำจากจิตแพทย์

3) การบังคับโทษในประเทศอังกฤษ มีการกำหนดความรับผิดของผู้กระทำไว้ในตัวบทบัญญัติอย่างชัดเจนซึ่งเป็นแนวทางการลงโทษที่สร้างขอบเขตให้แก่การใช้ดุลพินิจของศาล โดยบัญญัติเหตุเพิ่มโทษซึ่งเป็นเหตุลดโทษไว้ เหตุลดโทษเป็นไปตามที่ศาลเห็นสมควร ส่วนเหตุยกเว้นโทษไม่ได้กำหนดไว้เนื่องจากมีการบัญญัติถึงเจตนาพิเศษไว้ในตัวบทแล้ว ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดแนวทางการลงโทษหรือความรับผิดไว้ละเอียดอย่างประเทศอังกฤษ แต่มีเหตุยกเว้นความผิดให้แก่การกระทำของแพทย์และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานเกี่ยวกับศพ ดังนั้น ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีในรูปแบบของการลงโทษจำคุกควบคู่กับกับการบังคับใช้มาตรการบำบัดรักษาให้เหมาะสมกับพฤติกรรมของผู้กระทำ โดยให้อำนาจศาลสั่งให้ผู้กระทำต้องได้รับการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมแทนการลงโทษจำคุกระยะสั้น เงื่อนไขคุมประพฤติของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นมาตรการที่ศาลสามารถกำหนดได้โดยไม่ต้องมีการระวางโทษจำคุกก่อนต่างกับประเทศเยอรมันที่จะกำหนดมาตรการกักขังระยะสั้นและศาลอาจมีคำสั่งให้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติแก่ผู้กระทำความผิด กรณีต้องเข้าหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดด้วย

4) การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากการยอมรับความผิดปกติทางเพศกรณีโรคจิตเภทประเภทขบถมีเพศสัมพันธ์กับศพ ทำให้ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคำพิพากษาให้ผู้กระทำรับโทษจำคุกควบคู่กับมาตรการฟื้นฟูสภาพจิตใจของผู้กระทำความผิด โดยประเทศอังกฤษจะใช้มาตรการการสั่งบำบัดรักษาอาการทางจิตหรือมาตรการการสั่งให้เข้าโปรแกรมสำหรับผู้กระทำความผิดทางเพศ กรณีดังกล่าวหมายถึงกรณีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ความผิดปกติถึงขนาดต้องสั่งให้บำบัดรักษาในสถานพยาบาล ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกามีแนวคำพิพากษาในการลงโทษจำคุกควบคู่กับมีคำสั่งให้ผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพห้ามประกอบอาชีพบางอย่างและกำหนดระยะเวลาการใช้มาตรการเสริมทางอาญา รวมถึงการกำหนดให้หน่วยงานทางการแพทย์มีส่วนร่วมในมาตรการเสริมทางอาญาด้วย ประเทศเยอรมันมีมาตรการฟื้นฟูแก้ไขและความปลอดภัยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้กระทำที่มีความผิดปกติค่อนข้างรุนแรง ซึ่งการพิจารณาผู้กระทำความผิดจะพิจารณาอย่างละเอียดโดยมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามบทบัญญัติกฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันในเรื่องการนำตัวผู้กระทำความผิดส่งไปบำบัดรักษาในสถานพยาบาล แต่การบังคับใช้กฎหมายในส่วนนี้ กฎหมายอาญาเยอรมันนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยโดยการบังคับรักษาจำเลยควบคู่กับการลงโทษและใช้วิธีการสับเปลี่ยนแทนที่กันระหว่างการบังคับโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือทั้งสองอย่างก่อนหรือหลังกันได้ แล้วแต่กรณี โดยพิจารณาว่าวิธีใดจะเป็นการแก้ไขพฤติกรรมของจำเลยได้ง่ายกว่ากัน

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

คงปฏิเสธไม่ได้ว่าการกระทำของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพซึ่งมีความผิดปกติทางจิตในลักษณะพฤติกรรมความผิดปกติทางเพศนั้นจะต้องได้รับการบำบัดรักษา เจตนาของพวกเขาไม่ได้เกิดจากสภาพจิตใจชั่วร้ายเป็นองค์ประกอบหลักของการกระทำ แม้ในทางกฎหมายอาญาจะไม่ลดโทษหรือยกเว้นโทษให้ก็ตาม แต่โดยเนื้อหาของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพก็ไม่ได้กระทำความผิดโดยมีจิตใจชั่วร้ายเป็นองค์ประกอบหลักของการกระทำ อีกทั้งการกระทำความผิดต่อศพยังเป็นการกระทำที่มีลักษณะไม่รุนแรงก้าวร้าวและเป็นการก่อกวนอันตรายให้แก่บุคคลอื่นโดยตรงเพียงแต่เป็นการกระทำที่ขัดต่อความรู้สึกหรือศีลธรรมจรรยาของสังคมและขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ตาย แต่อย่างไรก็ตาม อาชญากรรมที่มีลักษณะของวัตถุแห่งการกระทำที่ไม่มีชีวิต ไม่มีสภาพจิตใจที่จะกระทบกระเทือนต่อความรู้สึกเมื่อถูกกระทำเช่นนี้ ก็เปรียบเสมือนว่าเป็นอาชญากรรมที่ไม่มีมีความรุนแรงต่อเหยื่อที่ถูกกระทำ จนบางครั้งมีคนเรียกการกระทำในลักษณะเช่นนี้ว่า “อาชญากรรมไร้เหยื่อ” ทั้งนี้ นอกจากการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดแล้ว ยังต้องมีมาตรการทางกฎหมายอาญาที่ถือว่าเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งในการเยียวยาแก้ไขพฤติกรรมและสภาพจิตใจซึ่งมีความผิดปกติหลังจากที่ผู้กระทำผิดรับโทษแล้ว หากการบัญญัติความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำได้รับโทษทางอาญาโดยไม่มีมาตรการใด ๆ แก้ไขเยียวยาผู้กระทำซึ่งมีความผิดปกติทางเพศ กรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพอย่างชัดเจนและเหมาะสม การแก้ไขปัญหานี้ เป็นเพียงการแก้ไขปัญหาที่ปลายเหตุโดยปราศจากการแก้ไขที่ต้นเหตุ นั่นคืออาการทางจิต ซึ่งทำให้การแสวงหาความสุขทางเพศของบุคคลเหล่านั้นผิดแผกแตกต่างจากบุคคลทั่วไป ไม่อาจแสวงหาความสุขทางเพศจากบุคคลที่มีชีวิตแต่กลับมีความสุขทางเพศกับศพ บุคคลเหล่านี้จึงต้องได้รับการบำบัดรักษาเพื่อเป็นผลยับยั้งการกระทำความผิดซ้ำอีกเมื่อได้รับโทษแล้ว เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดดังกล่าวเหล่านี้เมื่อลงโทษแล้วอาจจะไม่บรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษหรือไม่มีมาตรการทางอาญาที่เหมาะสมหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ชัดเจน

การบัญญัติให้พฤติกรรมของผู้กระทำที่มีลักษณะเป็นโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพซึ่งไม่สอดคล้องกับการแก้ไขเยียวยาผู้กระทำผิดที่มีความผิดปกติทางจิตได้ เหล่านี้ล้วนแต่ไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์กฎหมายที่แท้จริง ทำให้อาจเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญา การขาดมาตรการที่เหมาะสมและวิธีการเพื่อความปลอดภัยสำหรับผู้มีพฤติกรรมเบี่ยงเบนทางเพศอย่างชัดเจนและครอบคลุมเพื่อบำบัดเยียวยาแก้ไขป้องกันการกระทำความผิดซ้ำ ส่งผลให้กฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการกระทำความผิดและแก้ไขผู้กระทำไม่ให้กระทำความผิดซ้ำเพื่อให้กลับคืนสู่สังคมได้อย่างปกติก็อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นว่า มาตรการบังคับทางอาญาดังกล่าวยังไม่สามารถบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดซึ่งกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างเหมาะสมและสอดคล้องกับหลักการป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดก่ออันตรายต่อสังคมขึ้นอีกในอนาคตอันเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย จึงอาจยังไม่สามารถแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้อย่างเป็นรูปธรรมตามวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎหมายอาญา ดังนั้น จากการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย การกักกัน การห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บนและการห้ามประกอบอาชีพบางอย่าง ซึ่งนำมาใช้บังคับกับผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเรา

และอนาจารศพที่มีความผิดปกติทางจิตไม่สามารถยับยั้งหรือทุเลาอาการทางจิตนั้นได้ซ้ำยังอาจก่อให้เกิดอาการเรื้อรังนำไปสู่ความผิดปกติร้ายแรงที่เป็นภัยอันตรายต่อสังคม อย่างไรก็ตามกฎหมายยังได้กำหนดให้มีมาตรการบำบัดผู้มีความผิดปกติตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 48 ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลสามารถมีดุลพินิจในการสั่งให้ผู้กระทำความผิดที่มีความผิดปกติทางจิตที่หากปล่อยตัวอาจจะเป็นการไม่ปลอดภัยแก่ประชาชนได้ กรณีเช่นนี้จะบังคับใช้ได้ก็ต่อเมื่อเป็นผู้กระทำจะต้องมีจิตบกพร่อง โรคจิต หรือจิตฟั่นเฟือนซึ่งไม่ต้องรับโทษหรือได้รับการลดโทษตามมาตรา 65 เท่านั้น ไม่รวมถึงกรณีของผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพเนื่องจากลักษณะของผู้กระทำดังกล่าวเป็นเพียงผู้มีความผิดปกติทางเพศอันเป็นความผิดปกติทางจิตที่ไม่ร้ายแรงตามค่านิยมของผู้มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ดังนั้น การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 12 จึงยังไม่สามารถแก้ไขเยียวยาผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพได้ตามวัตถุประสงค์ของการใช้บังคับกฎหมายอาญา

สำหรับกฎหมายอาญาของไทย แม้ว่าความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพและมาตรการทางอาญาจะบัญญัติในแนวทางที่มีความคล้ายคลึงกับบทบัญญัติต่างประเทศ แต่เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วจะพบว่า ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวกับความสอดคล้องกับหลักอาชญาวิทยานั้น ไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ของการบัญญัติกฎหมายอาญาได้ ซึ่งจะพิจารณาตามลำดับดังต่อไปนี้

1) ปัญหาการกำหนดความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพ คือ การกำหนดคำจำกัดความหรือคำอธิบายความหมายของคำว่ากระทำชำเราให้ลักษณะของการกระทำเป็นการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนักหรือช่องปากของศพ เป็นการให้คำจำกัดความของการกระทำชำเราไว้อย่างแคบส่งผลให้ไม่สอดคล้องกับลักษณะของพฤติกรรมกรรมมีเพศสัมพันธ์กับศพ ตามการจำแนกประเภทของผู้กระทำที่เป็นโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพ รวมถึงวัตถุอื่นใดที่ใช้กระทำชำเราศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำก็ไม่เป็นความผิดฐานกระทำชำเราศพ ตามมาตรา 366/1 แม้ว่าความร้ายแรงของลักษณะของการกระทำจะเท่ากับการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพก็ตาม นอกจากนั้นผู้กระทำบางประเภทยังได้กระทำให้เสียหายซึ่งศพเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ ซึ่งจะเข้าองค์ประกอบความผิดของมาตรา 366/3 ซึ่งไม่สอดคล้องกับลักษณะของโรคจิตเภทประเภทขอมมีเพศสัมพันธ์กับศพเช่นเดียวกัน

2) ปัญหาค่านิยมและความหมายของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือนกับการบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญาของไทยได้บัญญัติให้การกระทำของผู้กระทำที่มีจิตบกพร่อง โรคจิตหรือจิตฟั่นเฟือน ตามมาตรา 65 เท่านั้นที่เข้าหลักเกณฑ์การบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 48 ได้ ทำให้การบำบัดรักษาความผิดปกติทางจิตที่กฎหมายไทยให้เหตุผลไม่ตรงกับความหมายทางการแพทย์ การส่งตัวผู้กระทำความผิดฐานกระทำชำเราหรืออนาจารศพซึ่งมีความผิดปกติทางจิตที่สมควรได้รับการบำบัดรักษามีโอกาสที่ศาลจะไม่สั่งให้ผู้นั้นได้รับการบำบัดรักษาเนื่องจากเงื่อนไขในบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว

3) ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการบังคับทางอาญา ในเรื่องของการบังคับโทษตามความผิดฐานกระทำชำเราและอนาจารศพของไทย ศาลจะสั่งลงโทษผู้กระทำให้จำคุกหรือปรับตามฐานความผิดที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

โดยการลงโทษจำคุกหรือปรับไม่อาจทำให้แก้ไขเยียวยาพฤติกรรมของผู้กระทำและไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษตามหลักทฤษฎีการลงโทษทางอาญาได้ แม้ว่ากฎหมายอาญาจะมีแนวทางให้ศาลสามารถรอกการกำหนดโทษหรือรอกการลงโทษและกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติด้วยวิธีการทางจิตของผู้กระทำซึ่งเป็นวิธีที่สามารถแก้ไขปัญหาคความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำได้ แต่ด้วยเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของกฎหมายมาตรา 56 ทำให้ผู้กระทำความผิดซ้ำหรือผู้กระทำความผิดติดนิสัยไม่ได้รับการรักษาอาการทางจิตแต่อย่างใดหรือกรณีศาลมีดุลพินิจกำหนดเงื่อนไขคุมประพฤติเป็นอย่างอื่นแทนการรักษาอาการทางจิต เช่นนี้ก็ไม่สามารถทำให้ความมุ่งหมายของการลงโทษทางอาญาได้บรรลุวัตถุประสงค์ได้ ในส่วนของวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่ศาลอาจใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้ผู้กระทำชำระหรืออนาจารศพด้วยวิธีการกักกันห้ามเข้าเขตกำหนด การเรียกประกันทัณฑ์บนและการห้ามประกอบอาชีพบางอย่างก็อาจแก้ไขปัญหาคได้เพียงต้นเหตุเท่านั้น เพราะไม่ใช่แนวทางการรักษาอาการทางจิตที่มีความผิดปกติทางเพศของผู้กระทำ ไม่อาจทุเลาหรือยับยั้งอาการทางจิตได้ ซ้ำยังก่อให้เกิดอาการเรื้อรังที่อาจนำไปสู่ความผิดปกติร้ายแรงทำให้สังคมเกิดความไม่ปลอดภัยอีกด้วย

ปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและอนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ มีทางที่จะแก้ไขได้ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1) กฎหมายอาญาของไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำชำเราตามมาตรา 366/1 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยใช้อวัยวะเพศของตนล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ ต้องระวางโทษ...”

แก้ไขเป็น “ผู้ใดกระทำเพื่อสนองความใคร่ของตนโดยใช้อวัยวะเพศของตนหรือใช้วัตถุอื่นใดล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของศพ”

2) กฎหมายอาญาของไทยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำอนาจารศพตามมาตรา 366/2 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ ต้องระวางโทษ...”

แก้ไขเป็น “ผู้ใดกระทำอนาจารแก่ศพ เว้นแต่ได้กระทำตามปกติที่จำเป็นในการรักษา ตรีเตรียมชำระล้างหรือการดองศพหรือกระทำการอื่นใดอันเป็นไปตามมาตรฐานการปฏิบัติเกี่ยวกับศพ ต้องระวางโทษ...”

3) ให้ศาลมีอำนาจตรวจผู้กระทำความผิดนั้นว่าเป็นผู้มีความผิดปกติทางเพศที่เป็นโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพและมีแนวโน้มที่จะกระทำความผิดซ้ำรวมถึงกักขังนตรายต่อผู้อื่นอีกหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นให้แพทย์เสนอความเห็นว่าคุณคคดังกล่าวจำเป็นต้องได้รับการรักษาในสถานพยาบาลหรือรับการรักษาโดยวิธีอื่นอย่างไร ให้ศาลมีคำสั่งไปตามรายงานของแพทย์ โดยให้มีอำนาจในการสั่งให้ใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย กรณีส่งตัวผู้กระทำไปบำบัดรักษาอาการทางจิตหรืออาการทางเพศ โดยรับฟังความเห็นของแพทย์เฉพาะทางเกี่ยวกับผู้กระทำความผิดทางเพศโดยตรง ตลอดจนการกำหนดระยะเวลาในการรักษาและรายงานต่อศาล

4) ให้ศาลกำหนดโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพตามลักษณะความร้ายแรงของการกระทำโดยใช้ดุลพินิจในการพิจารณาความรู้ผิดชอบของผู้กระทำหรือการที่

ผู้กระทำมีความผิดปกติทางจิตที่ไม่สามารถบังคับตนเองได้ตามมาตรา 65 วรรคสอง ศาลจะลงโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงใดก็ได้

5) ให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการอย่างใดอย่างหนึ่งกรณีโทษจำคุกกระยะสั้นเพื่อหลีกเลี่ยงปัญหา นักโทษล้นคุก เช่น การให้บำเพ็ญประโยชน์หรือการทำงานบริการสังคมเพื่อเป็นการแก้ไขฟื้นฟูพฤติกรรม ร่วมกับการฟื้นฟูจิตใจของผู้กระทำ

ให้ศาลมีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้กระทำชำเราหรืออนาจารศพกรณีโรคจิตเภทประเภทขอบมีเพศสัมพันธ์กับศพให้เข้ารับการรักษากับจิตแพทย์เกี่ยวกับความผิดปกติทางเพศโดยตรง รวมถึงมีการทำ รายงานต่อศาลตลอดระยะเวลาที่ได้รับการรักษา

ปัญหากฎหมายการบริหารจัดการอาคารชุด*

The Legal Problems of Condominium Management

ธนภุต ไทยมี**

Thanakrit Thaimee

วันที่รับบทความ 14 กันยายน 2563; วันแก้ไขบทความ 1 ธันวาคม 2563; วันตอบรับบทความ 4 กุมภาพันธ์ 2564

บทคัดย่อ

นิติบุคคลอาคารชุด มีขึ้นได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 โดยให้มีฐานะเป็นนิติบุคคล และยังสามารถกำหนดให้นิติบุคคลอาคารชุดมีผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดหนึ่งคน ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้จัดการให้นิติบุคคลนั้นแต่งตั้งบุคคลธรรมดาคนหนึ่งเป็นผู้ดำเนินการแทนนิติบุคคลในฐานะผู้จัดการ ซึ่งการที่กฎหมายกำหนดให้นิติบุคคลอาคารชุดมีผู้แทนในการบริหารจัดการและแสดงเจตนาแทนนิติบุคคลอาคารชุด โดยกำหนดคุณสมบัติของผู้จัดการเอาไว้ในกรณีเป็นบุคคลธรรมดานั้นได้กำหนดไว้อย่างกว้าง ๆ โดยเน้นไปในเรื่องไม่เป็นบุคคลล้มละลายและไม่เคยมีประวัติทุจริตหรือไม่มีหนี้ค้างชำระเกี่ยวกับค่าส่วนกลางนิติบุคคล ส่วนในเรื่องความรู้ความสามารถหรือคุณวุฒิ กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเอาไว้ว่าควรมีวุฒิการศึกษาชั้นต่ำอย่างไรหรือจะต้องมีประกาศนียบัตรหรือผ่านการรับรองการฝึกอบรมในด้านใดโดยเฉพาะ ทั้ง ๆ ที่ตำแหน่งผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดถือเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญในการบริหารจัดการอาคารชุด ซึ่งเป็นการบริหารจัดการรายได้ ค่าใช้จ่าย และบริหารจัดการเรื่องใด ๆ อันเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของร่วมในอาคารชุด เมื่อบุคคลหรือนิติบุคคลที่ถูกรับเลือกเข้ามาบริหารอาคารชุดหรือเข้ามาเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ไม่มีความรู้ ความสามารถ หรือประสบการณ์เฉพาะด้านเกี่ยวกับอาคารชุด เข้ามาบริหารหรือดำเนินการแทนเจ้าของร่วมจึงมีความเป็นไปได้ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุด นิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมในอาคารชุด และในบางครั้งก็ดำเนินการโดยไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานหรือวิธีการที่ถูกต้อง ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายเป็นอย่างมากต่อเจ้าของร่วมและนิติบุคคลอาคารชุด ดังนั้น จึงควรต้องดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติอาคารชุดโดยกำหนดคุณสมบัติพิเศษเกี่ยวกับบุคคลที่จะเข้า

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่ : คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ

มาบริหารอาคารชุดและผู้ที่จะเข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดเป็นพิเศษ และจัดให้มีองค์กรเพื่อทำหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองและป้องกันความเสียหายของนิติบุคคลอาคารชุดและเจ้าของร่วมในอาคารชุด

คำสำคัญ : การบริหารจัดการอาคารชุด, ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด, นิติบุคคลอาคารชุด

ABSTRACT

A condominium juristic person can be established by a virtue of the Condominium Act B.E. 2522. The Act stipulates that a condominium juristic person must have a condominium juristic person manager who can be either a natural person or a juristic person. In the case where juristic person manager is a juristic person, such juristic person shall appoint a natural person to act on behalf of the juristic person as the manager. The law stipulates that the condominium juristic person has a representative for the management and shows its intent on behalf of the condominium juristic person. In the case where juristic person manager is a natural person, the law broadly defines his qualifications, emphasizing that he must not be bankrupt and has never had a history of fraud or owed common fee debt to the juristic person. However, Thai law does not establish a minimum qualification, diploma or training qualification in any particular area of such person although the condominium juristic person manager is a very important position in the condominium management who handles income and expenses and benefits of condominium co-owners. If the condominium juristic person manager does not have knowledge, competence or specialized experience in the condominium, there is a possibility that damage may occur to the condominium, the condominium juristic person and co-owners in the condominium. And if corrective actions are not in accordance with the correct standards or methods, serious damage may occur to them. Therefore, the Amendment Act should be carried out with special qualifications relating to the person to be condominium juristic person manager and provide an organization to control and supervise the condominium management and the condominium juristic person manager to protect and prevent damage to the condominium juristic person and the condominium co-owners.

Keyword: condominium management, condominium juristic person manager, condominium juristic person

บทนำ

โดยปัจจุบันวิถีชีวิตของคนในสังคมไทยได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมเป็นอย่างมาก วิถีชีวิตและการพักอาศัยของประชาชนในปัจจุบันได้เปลี่ยนไปจากสังคมเมืองแบบเดิมในอดีต โดยเฉพาะวิถีชีวิตของการอยู่อาศัยของผู้คนในสังคมเมืองปัจจุบัน ได้เปลี่ยนวิถีชีวิตการอยู่อาศัยจากบ้านเป็นหลังหรือการอยู่อาศัยเป็นครอบครัวใหญ่มาเป็นการอยู่อาศัยในห้องชุดหรือคอนโดมิเนียม (Condominium) เป็นจำนวนมาก โดยปัจจัยสำคัญในปัจจุบันที่ทำให้คอนโดมิเนียมได้รับความนิยมเป็นอย่างมาก เนื่องจากราคาที่ดินได้มีการปรับตัวสูงขึ้น โดยเฉพาะบริเวณตัวเมืองหรือบริเวณใกล้สิ่งสาธารณูปโภคหรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นรถไฟฟ้า รถสาธารณะ ห้างสรรพสินค้า โรงพยาบาล สำนักงานต่าง ๆ ต่างกระจุกตัวอยู่ในตัวเมืองเป็นจำนวนมาก สภาพปัญหาการจราจรที่แออัดในเมืองไม่สะดวกต่อการเดินทาง ประกอบทั้งสังคมปัจจุบันมีความเร่งรีบในการดำเนินชีวิต อาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม (Condominium) จึงเป็นที่นิยมของคนในสังคมปัจจุบัน เนื่องด้วยการมีที่อยู่อาศัยใกล้หรืออยู่ในตัวเมือง ทำให้เกิดความสะดวกในการเดินทางและสามารถประหยัดระยะเวลาในการเดินทาง และอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม (Condominium) อยู่ในราคาที่คนวัยทำงานและชนชั้นกลางสามารถซื้ออยู่อาศัยได้ จึงทำให้ในปัจจุบันเกิดการพัฒนาอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมจำนวนมาก แต่ปัญหาที่ตามมาของอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมที่มีอยู่เป็นจำนวนมากในปัจจุบัน ก็คือการบริหารอาคารชุดที่ไม่มีประสิทธิภาพ ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุด นิติบุคคลอาคารชุด รวมถึงผู้อยู่อาศัยในอาคารชุด เนื่องจากผู้ที่เข้ามาดำเนินการบริหารอาคารชุด รวมถึงผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไม่ได้มีความรู้ความสามารถเฉพาะด้านหรือได้ผ่านการอบรมหรือมีคุณสมบัติพิเศษใด ๆ เพียงแค่ได้รับเลือกจากเจ้าของร่วมที่อยู่อาศัยในอาคารชุดก็สามารถเข้ามาบริหารหรือดำเนินการแทนเจ้าของร่วมในอาคารชุดได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ที่ได้ทำการแก้ไขครั้งสุดท้ายเมื่อปี พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์หรือคุณสมบัติใด ๆ เกี่ยวกับผู้ที่เข้ามาบริหารอาคารชุด และผู้ที่เข้ามาเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไว้เป็นพิเศษ

เมื่อบุคคลหรือนิติบุคคลที่ถูกรับเลือกเข้ามาบริหารอาคารชุดหรือเข้ามาเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไม่มีความรู้ ความสามารถ หรือประสบการณ์เฉพาะด้านเกี่ยวกับอาคารชุด เข้ามาบริหารหรือดำเนินการแทนเจ้าของร่วมจึงมีความเป็นไปได้ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุด นิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมในอาคารชุด ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นงานระบบต่าง ๆ ของอาคารชุด ซึ่งได้แก่ เรื่องของระบบไฟฟ้า ประปา ระบบระบายอากาศ ระบบป้องกันต่าง ๆ ของอาคารชุด โดยเมื่อเกิดปัญหาขัดข้องก็ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ เนื่องจากไม่มีความรู้ความสามารถ และในบางครั้งก็ดำเนินการแก้ไขโดยไม่ได้เป็นไปตามมาตรฐานหรือวิธีการที่ถูกต้อง หรือการดำเนินการใด ๆ ที่ต้องดำเนินการตามพระราชบัญญัติอาคารชุดกำหนด เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินต่าง ๆ ของนิติบุคคลอาคารชุดที่ต้องใช้มติของการประชุมเจ้าของร่วมในการดำเนินการ หากผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไม่ดำเนินการตามวิธีการที่ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดย่อมทำให้เกิดความเสียหาย และนอกจากการที่ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ ข้อกำหนด พระราชบัญญัติอาคารชุดแล้ว ยังต้องมีการเตรียมการป้องกันอัคคีภัยในอาคารสูง การวางแผนงบประมาณด้านบุคลากร มีความรอบรู้เกี่ยวกับเทคนิคและระบบต่าง ๆ ของอาคารชุด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องไฟฟ้า ประปา

การดูแลบำรุงรักษาอุปกรณ์ต่าง ๆ ของอาคารชุด ซึ่งการดำเนินการบริหารอาคารชุดโดยไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุดนิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมเป็นอันมาก¹

ดังนั้น จึงควรต้องดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติอาคารชุด โดยกำหนดคุณสมบัติพิเศษเกี่ยวกับบุคคลที่จะเข้ามาบริหารอาคารชุดและผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และจัดให้มีองค์กรเพื่อทำหน้าที่ควบคุมและกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองและป้องกันความเสียหายของนิติบุคคลอาคารชุดและเจ้าของร่วมในอาคารชุด

1. ความสำคัญของการบริหารจัดการอาคารชุดและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการบริหารอาคารชุด

ปัจจุบันการบริหารจัดการอาคารชุดจำนวนมากไม่ได้ดำเนินการโดยผู้เชี่ยวชาญและไม่ใช้การบริหารจัดการโดยผู้ประกอบการวิชาชีพ ทั้งนี้การบริหารจัดการอาคารชุดหากดำเนินการบริหารอาคารชุดโดยไม่ใช่ผู้ประกอบการวิชาชีพ ไม่มีความรู้ และไม่มีประสบการณ์ย่อมมีความเสี่ยงสูงที่จะเกิดความเสียหายต่อนิติบุคคลอาคารชุดและเจ้าของร่วมรวมถึงบุคคลภายนอกด้วย ทั้งนี้ ในประเทศไทยได้มีคดีพิพาทขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับการที่นิติบุคคลอาคารชุดต้องทำการรับผิดชอบความเสียหายที่เกิดจากการบริหารอาคารชุดไม่มีประสิทธิภาพ ทำการปล่อยปละละเลยการดูแลทรัพย์สินส่วนกลาง การไม่ดูแลงานระบบต่าง ๆ ของอาคารชุดให้อยู่ในสภาพที่ดีพร้อมใช้งาน อาทิเช่น งานระบบไฟฟ้า งานระบบประปา งานระบบสุขาภิบาลต่าง ๆ ในอาคารชุดเป็นต้น โดยขอยกตัวอย่างกรณีที่ศาลฎีกาได้มีคำพิพากษาให้นิติบุคคลอาคารชุดรับผิดชอบจากการบริหารอาคารชุดโดยผู้ที่ไม่มีความรู้ ไม่มีประสบการณ์ ไม่มีผู้เชี่ยวชาญ และไม่มีความเป็นมืออาชีพในการบริหารอาคารชุดโดยได้กระทำผิดกฎหมาย หรือไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนตามที่กฎหมายหรือพระราชบัญญัติอาคารชุดกำหนดไว้

บุคคลที่จะเข้ามาดำเนินการบริหารอาคารชุด โดยบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการบริหารอาคารชุดหลัก ๆ ได้แก่

1. คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด
2. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด
3. บุคคลหรือนิติบุคคลที่รับจ้างเข้ามาบริหารอาคารชุด

เมื่อเจ้าของร่วมในอาคารชุดได้ทำการเลือกคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด² เข้ามาเป็นตัวแทนเจ้าของร่วมในการบริหารนิติบุคคลอาคารชุดแล้ว คณะกรรมการก็จะดำเนินการคัดเลือกและจัดจ้างบุคคลที่จะเข้ามาบริหารจัดการอาคารชุด โดยบุคคลที่คณะกรรมการคัดเลือกเข้ามาบริหารงานอาคารชุดนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ โดยส่วนมากผู้ที่เข้ามาบริหารงานอาคารชุดจะเป็นนิติบุคคลเป็นหลัก ซึ่งก็คือบริษัทที่รับจ้างบริหารอาคารทั่วไป

¹ สมยศ แสงสุวรรณ, *การบริหารงานอาคารชุด* (วิวัฒน์ 2542) 101-102.

² มาตรา 35 และ มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

บุคคลหรือนิติบุคคลที่คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดคัดเลือกกว่าจ้างให้เข้ามาบริหารอาคารชุดนั้น เป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญและมีส่วนร่วมในการบริหารอาคารชุดเป็นอย่างมาก เนื่องจากงานบริหารจัดการอาคารชุดเป็นสิ่งละเอียดอ่อน และเป็นงานที่ต้องติดตอสื่อสารกับเจ้าของร่วมในอาคารชุดรวมถึงบุคคลภายนอก และต้องดูแลทรัพย์สินของนิติบุคคลอาคารชุดและเจ้าของร่วมด้วย ดังนั้นการบริหารจัดการอาคารชุดจึงย่อมต้องส่งผลกระทบต่อชีวิตและทรัพย์สินของผู้พักอาศัยในอาคารชุดจำนวนมาก ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดและผู้บริหารอาคารชุดจึงควรมีคุณสมบัติในเบื้องต้นต่อไปนี้³

1.“ความรู้” (Knowledge) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุด ควรมีความรู้ที่เกี่ยวกับอาคารชุดทุกด้านโดยเฉพาะกฎหมาย เช่น พระราชบัญญัติอาคารชุด พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร เป็นต้น และควรมีความรู้เกี่ยวกับงานด้านการเงินบัญชีในเบื้องต้น ความรู้ในการจัดการหรืองานการบริหาร เพื่อนำมาใช้ในการบริหารจัดการอาคารชุดและนิติบุคคลอาคารชุด

2. “ประสบการณ์” (Experience) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีประสบการณ์ในการบริหารอาคารชุดและนิติบุคคลอาคารชุดอย่างน้อย ๆ มาแล้ว 2-3 ปีขึ้นไป เนื่องจากงานบริหารอาคารชุดเป็นงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบสูง ทั้งนี้ประสบการณ์จะเป็นสิ่งที่สำคัญมากสำหรับผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดเพราะต้องใช้เวลามากกว่าจะได้ความรู้และประสบการณ์มาช่วยแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ในอาคารชุดได้ สามารถนำประสบการณ์และความรู้นั้นมาประยุกต์ ใช้ในการบริหารอาคารชุดได้

3.“ความคิดริเริ่ม” (Initiative) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีความคิดริเริ่มเพื่อใช้ในการบริหารจัดการอาคารชุด เพราะจะเป็นส่วนที่ทำให้การบริหารจัดการอาคารชุดประสบความสำเร็จ

4.“ความรับผิดชอบในงาน” (Responsibility) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดต้องมีความรับผิดชอบในงานและตรงต่อเวลา เพราะการเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดต้องมีความรับผิดชอบต่อเจ้าของร่วมในอาคารชุด และต้องมีความรับผิดชอบ พร้อมทั้งจะเผชิญปัญหาต่าง ๆ และพยายามแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับอาคารชุดหรือเจ้าของร่วมให้เรียบร้อยไม่ละทิ้งปัญหาและก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุดและเจ้าของร่วมในอาคารชุด

5.“ความรู้ในภาษาต่างประเทศ” (Foreign Language) ซึ่งในปัจจุบันแล้วนับได้ว่าภาษามีส่วนสำคัญมากในการติดตอสื่อสาร ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดจึงควรมีความรู้ในภาษาต่างประเทศด้วยเพราะมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากในอาคารชุดอาคารชุดหนึ่งนั้นมีเจ้าของร่วมหลายเชื้อชาติ เนื่องจากพระราชบัญญัติอาคารชุดให้สิทธิกับบุคคลต่างชาติเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ห้องชุดได้ ดังนั้น ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุด จึงควรมีความรู้ในภาษาต่างประเทศเพื่อติดตอสื่อสารกับเจ้าของร่วมในอาคารชุด และสามารถดำเนินการแก้ไขปัญหาให้เจ้าของร่วมในอาคารชุดได้อย่างมีประสิทธิภาพ

³ ประสงค์ แสงพยับ, *การบริหารคอนโดมิเนียม* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2532) 73-75.

6. “ความรู้เกี่ยวกับเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์” ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีความรู้เกี่ยวกับเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์โดยเฉพาะคอมพิวเตอร์ ตลอดจนโปรแกรมดูแลควบคุมด้านบัญชีการเงินและดูแลรักษาความปลอดภัยเพื่อใช้ในการบริหารอาคารชุดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อช่วยอำนวยความสะดวกรวดเร็วในการดำเนินการต่าง ๆ ในอาคารชุด

7. “ความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจ” (Trust & Honest) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตและความไว้วางใจซึ่งเป็นสิ่งผู้บริหารอาคารชุดที่ดีต้องให้กับอาคารชุดและเจ้าของร่วมในอาคารชุดที่ดูแลรับผิดชอบตลอดเวลาเพราะผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุด มีหน้าที่ดูแลเรื่องการเงินและค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ของอาคารชุดด้วย จึงต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตเป็นอย่างสูง

8. “มนุษยสัมพันธ์ที่ดี” (Good Relationship) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีมนุษยสัมพันธ์ที่ดี เพราะมีหน้าที่รับผิดชอบและหน้าที่บริการต่อเจ้าของร่วมในอาคารชุด และการมีมนุษยสัมพันธ์ที่ดีทั้งต่ออาคารชุดและผู้พักอาศัยทุกราย ตลอดจนคนที่เกี่ยวข้อง ทั้งภายนอกและภายในย่อมเป็นสิ่งที่ดีสำหรับการบริหารคอนโดฯ เป็นอย่างมาก

9. “บุคลิกที่ดี” (Good Personality) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีบุคลิกที่ดีทั้งนี้บุคลิกภาพเป็นสิ่งที่สามารถฝึกฝนหรือพัฒนาเสริมแต่ง และเรียนรู้ได้ และหากผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดมีบุคลิกที่ดีก็จะได้รับความน่าเชื่อถือและการให้เกียรติจากเจ้าของร่วมในอาคารชุด

10. “ความเป็นนักบริการ” (Service Mind) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดควรมีความเป็นนักบริการซื่อสัตย์อยู่ในสายเลือดอยู่ตลอดเวลา ถ้ามองว่าต้องทำถึงขั้นไหน มีผู้เชี่ยวชาญอีกท่านอธิบายว่า “ไม่มีขอบเขตสิ้นสุด” แต่การให้บริการที่ถือเป็นสุดยอด “ต้องให้บริการเกินกว่าที่ผู้พักอาศัยในคอนโดฯ คาดหมาย” หรือมุ่งหวังไว้

โดยหน้าที่ของบุคคลหรือนิติบุคคลที่รับจ้างเข้ามาบริหารอาคารชุดจึงมีหน้าที่อันเป็นไปตามกฎหมายกำหนด ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้

1) หน้าที่การบำรุงรักษาและซ่อมแซม (Maintenance and Repairs) การบำรุงรักษาอาคารและทรัพย์สินส่วนกลางให้อยู่ในสภาพที่ดีเสมอการซ่อมแซมส่วนที่ชำรุดหรือใช้งานไม่ได้ทั้งทรัพย์สินส่วนกลางและทรัพย์สินส่วนบุคคล (เจ้าของต้องออกค่าใช้จ่ายเอง)

2) หน้าที่การรักษาความปลอดภัย (Security Protection) การป้องกันการโจรกรรม การป้องกันอัคคีภัยป้องกันเหตุต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่ออาคารชุดและเจ้าของร่วมในอาคารชุด⁴

3) หน้าที่ดูแลรักษาความสะอาด (Cleaning) ภายในอาคารและภายนอกอาคารของอาคารชุด

4) หน้าที่ทำการประกันภัยอาคารและทรัพย์สินต่าง ๆ ในอาคารชุด (Insurance) รวมทั้งการจัดทำประกันภัยอัคคีภัย (Fire Insurance) การจัดทำประกันการสูญหายของทรัพย์สินจากการโจรกรรม (Theft

⁴ มาตรา 36(3) แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

Insurance) และรวมถึงการจัดทำประกันความเสียหายจากอุบัติเหตุอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่ออาคารชุดและเจ้าร่วมในอาคารชุด

5) หน้าที่การบริหารและการจัดการประโยชน์ในทรัพย์สิน (Income Producing) และหน้าที่ในการให้บริการอำนวยความสะดวกต่าง ๆ แก่ผู้อยู่อาศัย โดยมุ่งแสวงหารายได้ให้แก่นิติบุคคลอาคารชุด เช่น ค่าที่จอดรถ ค่าเช่าพื้นที่ทรัพย์สินส่วนกลาง ค่าเช่าการติดตั้งป้ายโฆษณาต่าง ๆ ในพื้นที่อาคารชุด เป็นต้น รวมถึงการเป็นตัวแทนหรือนายหน้าในการติดต่อซื้อขาย หรือเช่าห้องชุดในอาคารชุด

6) หน้าที่ในการจัดเก็บค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (Expense Collection) ค่าใช้จ่ายส่วนกลาง ค่าใช้จ่ายประจำเดือนในการบริหารทรัพย์สินส่วนกลาง⁵ ค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายส่วนบุคคลอื่น ๆ และทำการออกหนังสือทวงถาม ติดตามหนี้สินต่าง ๆ⁶ ของนิติบุคคลอาคารชุด

7) หน้าที่ในการจัดทำบัญชีการเงินและการรายงาน (Accounting and Reporting) การจัดทำงบประมาณรายจ่ายระยะยาวและงบประมาณประจำปีการจัดทำบัญชีรายรับรายจ่ายการจัดทำงบการเงินและงบดุลประจำปี และการจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานด้านต่าง ๆ⁷

8) หน้าที่ในการดำเนินการจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกและบริการต่าง ๆ (Servicing) บริการด้านกีฬาบริการด้านบันเทิงบริการด้านร้านค้า อาคาร เครื่องดื่มบริการสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ ในอาคารชุด

9) หน้าที่ในการสร้างสัมพันธ์ภาพระหว่างผู้อยู่อาศัย (Resident Relations) เช่น การจัดงานรื่นเริงตามประเพณี และการส่งเสริมการพบปะสังสรรค์หรือนันทนาการแก่ผู้อยู่อาศัย

10) หน้าที่ในการแก้ไขปัญหาข้อร้องทุกข์ (Complaint Handling) การรับเรื่องราวร้องเรียนร้องทุกข์ ทั้งนี้ต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาข้อร้องเรียนต่าง ๆ โดยรวดเร็ว

11) หน้าที่ในการประชาสัมพันธ์ (Public Relations) การแจ้งข่าวสารต่าง ๆ โดยใช้สื่อที่เหมาะสม และการเสริมสร้างสัมพันธภาพที่ดีระหว่างผู้อยู่อาศัยและผู้บริหารชุมชน

การบริหารงานอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม นั้น เป็นงานที่ประกอบด้วยงานการบริหาร ทั้งนี้หากเปรียบเทียบกับธุรกิจอื่น ๆ ก็จะมีส่วนคล้ายคลึงกัน เช่น การบริหารโรงแรม ทั้งนี้จะมีหน่วยงานการบริหารหลาย ๆ ส่วน ไม่ว่าจะเป็นงานเกี่ยวกับบัญชี การติดต่อบุคคลทุกฝ่าย ทั้งภายในองค์กรและบุคคลภายนอก ทั้งยังมีงานเอกสารอื่น ๆ อันสำคัญ งานซ่อมบำรุง งานด้านเลขานุการ งานด้านติดตามทวงถามหนี้สิน งานด้านกฎหมาย การบริหารอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม จึงเป็นงานที่ต้องการผู้ที่มีความรู้และเป็นผู้วางแผนที่ดี มีการแบ่งงานและการบริหารงานไม่ซ้ำซ้อน เป็นสัดส่วนชัดเจน มีขั้นตอนการบริหารจัดการและการแก้ไขปัญหาอย่างเป็นขั้นเป็นตอน มีการประเมินผลงาน มีการปรับปรุงแก้ไขการทำงานอยู่ตลอดเวลา

จากการศึกษาเกี่ยวกับความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการบริหารอาคารชุดโดยไม่ใช้ผู้ประกอบการวิชาชีพ และผู้บริหารอาคารชุดที่ไม่มีความรู้ ไม่มีประสบการณ์ มักจะเกิดปัญหาต่าง ๆ โดยสรุปได้ดังนี้

⁵ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

⁶ มาตรา 36(6) แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

⁷ มาตรา 36(5) แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

1. ไม่มีการจัดทำงบประมาณรายรับรายจ่ายของนิติบุคคลอาคารชุด
 2. ไม่ทำการจัดประชุมใหญ่เจ้าของร่วมตามที่กฎหมายกำหนด
 3. ไม่ทำการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายส่วนกลางตามที่กฎหมายกำหนด ทำให้นิติบุคคลขาดสภาพคล่องทางการเงิน
 4. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอาคารชุดกำหนด
 5. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดไม่มีความสามารถในการบริหารจัดการการเงิน บัญชี ของนิติบุคคลอาคารชุดได้
 6. นิติบุคคลอาคารชุดไม่จัดทำบดุลและจัดส่งสำนักงานที่ดินตามที่กฎหมายกำหนด
 7. ไม่นำมติการเปลี่ยนแปลงกรรมการ ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด รวมถึงการแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับนิติบุคคลอาคารชุดไปทำการจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดิน
 8. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดไม่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง
 9. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด หรือผู้บริหารอาคารชุดมีการทุจริตยกยอกเงินของนิติบุคคลอาคารชุด
 10. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด มีคุณสมบัติไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด
 11. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดไม่สามารถไม่สามารถจัดประชุมและให้ทำเจ้าของร่วมเข้าร่วมประชุมใหญ่ของนิติบุคคลอาคารชุดได้
 12. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดดำเนินการให้บุคคลอื่นใช้พื้นที่ส่วนกลางโดยไม่ได้รับมติจากที่ประชุมเจ้าของร่วม
 13. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดไม่ปฏิบัติตามการในการดำเนินการป้องกันการโจรกรรม ลักขโมย ในอาคารชุด
 14. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด คณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และผู้บริหารอาคารชุดปล่อยอาคารชุดชำรุดทรุดโทรม การดูแล รักษา และซ่อมอาคารชุดไม่ถูกต้องตามมาตรฐาน
- ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การบริหารอาคารชุดจึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการอาคารชุด มีความรู้พื้นฐานในเรื่องที่เกี่ยวข้องในการบริหารอาคารชุด เช่น เรื่อง สิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับอาคารชุด ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของร่วม นิติบุคคลอาคารชุด รวมถึงสิทธิและหน้าที่ของผู้บริหารอาคารชุดเอง เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับเจ้าของห้องชุด กับทั้ง ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นกับบุคคลภายนอกและสังคม โดยควรที่จะกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของผู้ที่จะมาบริหาร หรือผู้แทนอาคารชุด มิใช่ให้ใครก็ได้มาบริหารอาคารชุดโดยไม่กำหนดความรู้ความสามารถขั้นพื้นฐานที่ควร จักต้องมีในการบริหารอาคารชุด ทั้งยังควรจะต้องเป็นผู้ที่ผ่านการอบรมในเรื่องจริยธรรมในการบริหารจัดการอาคารชุดโดยตรงอีกด้วย

2. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดของประเทศไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการบริหารห้องชุดของประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดที่ทำหน้าที่บริหารอาคารชุดเท่านั้น โดยพระราชบัญญัติอาคารชุดของประเทศไทย ไม่ได้มีข้อกำหนดหรือมาตรการทางกฎหมาย เกี่ยวกับคุณสมบัติพิเศษและกฎเกณฑ์ใด ๆ สำหรับบุคคลที่จะเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดที่จะมาบริหารอาคารชุด เช่น วุฒิการศึกษา การผ่านการอบรม หรือมีใบอนุญาต และไม่ได้มีองค์กriterใดมาควบคุมกำกับดูแลในเรื่องดังกล่าว ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดเพียงแต่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม หรือได้รับเลือกจากคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดก็สามารถเข้ามาบริหารจัดการดูแลอาคารชุดนั้น ๆ ได้ ซึ่งพิจารณาปัญหาทางกฎหมาย 2 ประการ ดังนี้

2.1 ข้อกำหนดคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด

ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด เพียงแค่ได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วมและมีคุณสมบัติ โดยไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ระบุไว้พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ก็สามารถเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ ซึ่งโดยปกติแล้วจะมีบริษัทรับจ้างบริหารอาคารชุดมาทำการบริหารงานให้กับนิติบุคคลอาคารชุด โดยอาจได้รับเลือกจากที่ประชุมใหญ่เจ้าของร่วม หรืออาจได้รับเลือกจากคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุดให้เข้ามารับจ้างบริหารงานในอาคารชุดและนิติบุคคลอาคารชุด โดยบริษัทรับจ้างบริหารอาคารเหล่านี้ อาจไม่ได้เป็นบริษัทที่มีความรู้ มีประสบการณ์ และมีความเชี่ยวชาญในการบริหารอาคารชุด จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ตามมา เพราะหากอาคารชุดนั้นบริหารโดยบริษัทรับจ้างบริหารอาคารที่ไม่ได้เป็นบริษัทที่มีความรู้ มีประสบการณ์ และมีความเชี่ยวชาญในการบริหารอาคารชุด ความเสียหายอย่างใหญ่หลวงก็จะเกิดขึ้นกับอาคารชุด นิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมในอาคารชุดนั้น

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่ได้กำหนดมาตรการ กฎเกณฑ์หรือคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดหรือผู้ที่จะเข้ามาบริหารอาคารชุดไว้เป็นกรณีพิเศษแต่อย่างใด เพียงแค่กำหนดที่มาและคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไว้คร่าว ๆ เท่านั้น โดยระบุว่าให้นิติบุคคลอาคารชุดมีผู้จัดการคนหนึ่งซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลก็ได้ ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้จัดการ ให้นิติบุคคลแต่งตั้งบุคคลธรรมดาคนหนึ่งเป็นผู้ดำเนินการแทนนิติบุคคลในฐานะผู้จัดการ⁸ และได้ระบุถึงคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด⁹ ไว้เพียงว่า ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์ และต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม คือ

- 1) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
- 2) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- 3) ไม่เคยถูกไล่ออก ปลดออก หรือให้ออกจากราชการ องค์กรหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชน

ฐานทุจริตต่อหน้าที่

⁸ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

⁹ มาตรา 35/1 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

4) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

5) ไม่เคยถูกถอดถอนจากการเป็นผู้จัดการเพราะเหตุทุจริต หรือมีความประพฤติเสื่อมเสียหรือบกพร่องในศีลธรรมอันดี

6) ไม่มีหนี้ค้ำชำระค่าใช้จ่ายตามมาตรา 18 ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

ทั้งนี้ ผู้จัดการคนแรกเป็นบุคคลที่ระบุไว้ในขณะจดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุด ดังนั้นโดยข้อเท็จจริงส่วนใหญ่จึงเป็นคนของผู้ประกอบการเมื่อผู้จัดการคนแรกพ้นจากตำแหน่ง การแต่งตั้งให้เป็นไปตามมติที่ประชุมใหญ่ของเจ้าของร่วม¹⁰ คือ ได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวนคะแนนเสียงของเจ้าของร่วมทั้งหมด ส่วนบุคคลที่จะเข้ามาบริหารอาคารชุดหรือเข้ามาบริหารงานของนิติบุคคลพระราชบัญญัติอาคารชุดไม่ได้ระบุหรือกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้บุคคลใด ๆ จึงมีสิทธิเข้ามาบริหารอาคารชุดได้โดยไม่ต้องมีความรู้ ความเชี่ยวชาญในการบริหารนิติบุคคลอาคารชุดแต่อย่างใด

เมื่อพระราชบัญญัติอาคารชุด ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติเงื่อนไข หลักเกณฑ์ใด ๆ ไว้พิเศษ สำหรับผู้ที่จะเข้ามาเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ที่ผ่านมาก็ยังมีปัญหาเกี่ยวกับผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด หรือบุคคลที่เข้ามาบริหารอาคารชุดที่ไม่มีคุณภาพไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญในการบริหารนิติบุคคลอาคารชุดได้ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อนิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมในอาคารชุด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้าไม่ถูกต้องตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่นิติบุคคลอาคารชุดต้องปฏิบัติตาม ก็มักจะไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น การดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินต่าง ๆ ของนิติบุคคลอาคารชุดต้องเข้มติของการประชุมเจ้าของร่วมในการดำเนินการ ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดก็ไม่มีการดำเนินการที่ถูกต้อง นอกจากการจะต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบ ข้อกฎหมาย พระราชบัญญัติอาคารชุดแล้ว ยังต้องมีการเตรียมการป้องกันอัคคีภัยในอาคารสูง วางแผนงบประมาณด้านบุคลากร ความรอบรู้เกี่ยวกับเทคนิคและระบบต่าง ๆ ของอาคารชุด ไม่ว่าจะเป็นไฟฟ้า ประปา การดูแลบำรุงรักษาอุปกรณ์ต่าง ๆ ของอาคารชุด ซึ่งการดำเนินการบริหารอาคารชุดโดยไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุดนิติบุคคลอาคารชุด และเจ้าของร่วมเป็นอันมาก

2.2 องค์กรในการกำกับดูแล

ในเรื่องของหน่วยงานที่กำกับดูแลการบริหารจัดการอาคารชุดนั้น ประเทศไทยมิได้มีองค์กรหรือหน่วยงานที่กำกับดูแลในเรื่องการบริหารอาคารชุดโดยตรง มีเฉพาะพนักงานเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ในการรับจดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุด ออกหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด และรับคำขอจดทะเบียนแต่งตั้งและเปลี่ยนแปลงผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดและคณะกรรมการนิติบุคคลอาคารชุด และตรวจสอบการปฏิบัติการที่ไม่ถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติเท่านั้น ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ได้แก่ อธิบดีกรมที่ดิน หรือรองอธิบดีกรมที่ดินที่อธิบดีกรมที่ดินมอบหมายเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ในเขต

¹⁰ มาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

กรุงเทพมหานคร ในต่างจังหวัด ได้แก่ ผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรองผู้ว่าราชการจังหวัดตามที่ผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย รวมถึงเจ้าพนักงานตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497¹¹

หากมีการกำหนดให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องผ่านการอบรมและได้รับใบอนุญาต จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ต้องจัดให้มือสมัครใจสมัครหนึ่งขึ้นมาเพื่อกำกับดูแล หรือควบคุมมาตรฐานหรือหลักเกณฑ์สำหรับผู้ที่จะดำเนินการบริหารอาคารชุด รวมถึงผู้ที่จะเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด โดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นนี้อาจจัดตั้งโดยหน่วยงานของรัฐ โดยอาจให้กรมที่ดินเป็นผู้ดำเนินการในเบื้องต้น เนื่องจากการอาคารชุด นิติบุคคลอาคารชุด และผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด เกี่ยวข้องกับกรมที่ดินนับแต่จดทะเบียนเป็นอาคารชุด จดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุด จดทะเบียนข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุดจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงกรรมการ เป็นต้น โดยอาจมีการตั้งคณะกรรมการกำกับการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดขึ้นมา โดยอาจมีตัวแทนขององค์กรต่าง ๆ อาทิ กรมที่ดิน กรมธนารักษ์ สมาคมอาคารชุดไทย สมาคมบริหารทรัพย์สินแห่งประเทศไทย สภาสถาปนิก สภาวิศวกร สภานายความ เป็นต้น เพราะองค์กรต่าง ๆ เหล่านี้เกี่ยวข้องกับอาคารชุดแทบทั้งหมด

ทั้งนี้ ในเรื่องเกี่ยวกับแนวคิดการพัฒนามาตรฐานการบริหารอาคารชุดนั้น ได้มีสมาคมบริหารทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ซึ่งได้ก่อตั้งขึ้นและได้รับใบอนุญาตประมาณเดือนสิงหาคม 2538 โดยวัตถุประสงค์ของสมาคมฯ เพื่อยกระดับวิชาชีพการบริหารทรัพย์สิน เพื่อเผยแพร่ความรู้ในการบริหารทรัพย์สิน การบริหารอาคารชุด การบริหารบ้านจัดสรร การบริหารชุมชน หรือวิชาการอื่นใดที่เกี่ยวข้อง และทั้งนี้สมาคมบริหารทรัพย์สินแห่งประเทศไทย ยังเปิดทำการอบรมและให้ความรู้แก่บุคคลที่มีความประสงค์จะเป็นบริหารอาคารชุด รวมถึงบุคคลที่จะประกอบวิชาชีพเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด แต่ทั้งนี้ยังไม่มีกฎหมายใดบังคับว่าผู้ที่จะเป็นผู้บริหารอาคาร หรือผู้ที่จะเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ต้องผ่านการอบรมและได้ใบอนุญาตประกอบวิชาชีพจากสมาคมก่อนถึงจะเป็นผู้บริหารอาคารชุด หรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้

การที่บุคคลใดจะเข้ามาทำการอบรมการเป็นผู้บริหารอาคารหรือเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดกับสมาคมบริหารทรัพย์สินแห่งประเทศไทยก็อาศัยความสมัครใจ ทั้งนี้เนื่องจากปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับหรือให้อำนาจสมาคมบริหารทรัพย์สินในการกำกับดูแลและกำหนดมาตรฐานการบริหารอาคารชุด การที่บุคคลใดจะเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้นั้น ปัจจุบันมีเพียงพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 กำหนดคุณสมบัติไว้ในเบื้องต้นเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องมีคุณสมบัติพิเศษใด ๆ หรือต้องผ่านการอบรมหรือต้องมีใบประกอบวิชาชีพก่อนถึงจะเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ และไม่ได้มีกฎหมายให้อำนาจองค์กรใดเป็นพิเศษให้มีอำนาจสมาคมบริหารทรัพย์สินแห่งประเทศไทยควบคุมหรือกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดหรือการเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด

¹¹ ตามคำสั่งกระทรวงมหาดไทย ที่ 198/2551 เรื่องแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการอาคารชุดในต่างประเทศ

3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดในประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาได้มีการตราพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 “Condominium Management Services Act, 2015” โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้จัดตั้งองค์กรซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดขึ้นมา เรียกว่า “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ”¹² และกฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดให้ผู้ที่จะเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้จะต้องผ่านการอบรมและได้รับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพการบริหารจัดการอาคารชุดก่อนถึงจะเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อดูแลปกป้องผู้บริโภคที่เป็นเจ้าของคอนโดมิเนียมหรือห้องชุดในการบริหารจัดการอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และเพื่อเสริมสร้างความเป็นมืออาชีพและมาตรฐานในการบริหารอาคารชุดให้เป็นมาตรฐานสากล และยังเป็นองค์กรที่คอยตรวจสอบดูแล และสามารถกำหนดบทลงโทษแก่ผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ อีกทั้งการก่อตั้งองค์กรนี้ขึ้นมาก็เพื่อเป็นที่มั่นใจให้กับเจ้าของห้องชุดและบริษัทที่ลงทุนในอาคารชุดว่าจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายจากการบริหารอาคารชุดโดยผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดที่ได้รับใบอนุญาตการบริหารอาคารชุดจากหน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ นอกจากนี้ CMRAO ยังเป็นผู้มีหน้าที่ออกใบอนุญาตประเภทต่าง ๆ สำหรับผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด โดยใบอนุญาตแต่ละประเภทจะกำหนดคุณสมบัติเฉพาะ และยังมีข้อกำหนดการสมัคร เงื่อนไขและข้อผูกพันของผู้ที่จะเป็นผู้บริหารนิติบุคคลอาคารชุดแต่ละประเภทไว้โดยเฉพาะ โดยพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าบุคคลใดที่ไม่มีใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด ที่ออกโดย “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” จะไม่สามารถดำเนินการบริหารอาคารชุดหรือเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้¹³

3.1.1 ข้อกำหนดในการได้รับใบอนุญาตของผู้จัดการคอนโดมิเนียม

โดยพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 ได้บัญญัติว่า บุคคลหรือนิติบุคคลที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งหมายรวมถึงบุคคลที่ไม่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้บริหารคอนโดมิเนียมหรือผู้จัดการคอนโดมิเนียม หากบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาตนั้นทำหน้าที่ใด ๆ ของผู้บริหารหรือผู้จัดการคอนโดมิเนียม

¹² The Condominium Management Regulatory Authority of Ontario หรือ (CMRAO)

¹³ Section 34(1) of Condominium Management Services Act 2015.

บทลงโทษ คือ ปรับไม่เกิน 50,000 ดอลลาร์ และจำคุก 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นบุคคล หรือปรับไม่เกิน 250,000 ดอลลาร์ ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล¹⁴

3.1.2 ข้อกำหนดเกี่ยวกับองค์กรที่กำกับดูแล

โดยในประเทศแคนาดามีการดำเนินการจัดตั้งองค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ไว้โดยเฉพาะโดยใช้ชื่อว่า “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ”¹⁵ ซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 โดย “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” ก่อตั้งขึ้นมาเมื่อปี 2015 มีวัตถุประสงค์ในการช่วยดำเนินการดูแลผู้บริโภครหรือเจ้าของห้องชุดในอุตสาหกรรมอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมที่เจริญเติบโตอย่างรวดเร็ว ได้รับความคุ้มครองจากการบริหารอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ซึ่งได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการอิสระขึ้นมาหนึ่งชุด โดยคณะกรรมการที่ถูกแต่งตั้งขึ้นมาดังกล่าวเป็นผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม และยังเป็นผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายอาคารชุดและอุตสาหกรรมอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการหน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 โดยอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานกำกับดูแลการจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ มีดังนี้

1. ดำเนินการอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดแก่ผู้ที่จะเป็นผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดก่อนได้รับใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด
2. ดำเนินการออกใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด ให้กับผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด รวมถึงมีอำนาจระงับ เพิกถอนใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุดดังกล่าวด้วย
3. จัดระบบการตรวจสอบใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด ของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดออนไลน์สำหรับบุคคลทั่วไปที่ต้องการตรวจสอบใบอนุญาตของผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด รวมถึงให้ข้อมูลเกี่ยวกับการการพัก การเพิกถอนใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด ของผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด
4. ดำเนินการส่งเสริมและบังคับให้ผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดปฏิบัติตามพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 และตามข้อกำหนดในการออกใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด
5. ดำเนินการตรวจสอบ สอบสวนข้อร้องเรียนต่าง ๆ เกี่ยวกับผู้ที่ได้รับใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด

¹⁴ Section 68(3) of Condominium Management Services Act 2015.

¹⁵ The Condominium Management Regulatory Authority of Ontario หรือ (CMRAO)

6. พิจารณาลงโทษทางวินัยใด ๆ ในการกระทำผิดของผู้ที่ได้รับใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด

7. ส่งเสริมความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย กฎระเบียบใหม่ ๆ สำหรับการบริหารจัดการอาคารชุดให้แก่ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดในฮ่องกง

รัฐบาลฮ่องกงได้ตรากฎหมายการบริหารจัดการทรัพย์สินขึ้นมาเมื่อปี 2016 หรือ ปี พ.ศ. 2559 เรียกว่า “พระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” หรือเรียกว่า “Cap. 626 Property Management Service Ordinance” การออกกฎหมายฉบับดังกล่าวก็เพื่อจัดตั้งให้มืองค์หรือหน่วยงานที่ทำการควบคุมการให้บริการด้านการจัดการทรัพย์สิน โดยหมายรวมถึงการบริหารจัดการอาคารชุดด้วย โดยกฎหมายดังกล่าวได้ให้หน่วยงานดังกล่าวแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาหนึ่งชุดโดยให้มีอำนาจในการกำกับดูแลการบริหารจัดการทรัพย์สินของผู้บริหารทรัพย์สินรวมถึงผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดด้วย ทั้งนี้กฎหมายฉบับดังกล่าวยังกำหนดให้ผู้บริหารจัดการทรัพย์สินรวมถึงผู้บริหารจัดการอาคารชุดต้องมีใบอนุญาตจากหน่วยที่ได้จัดตั้งขึ้นมาตามกฎหมายฉบับนี้ถึงจะมีสิทธิในการบริหารจัดการทรัพย์สิน รวมถึงอาคารชุดได้ โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวมีฐานะเป็นนิติบุคคล¹⁶ โดยให้มีหน้าที่กำกับดูแลและกำหนดมาตรฐานการบริหารทรัพย์สิน บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด หน่วยงานที่ตั้งขึ้นมาเรียกว่า “หน่วยงานบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์”¹⁷ โดยหน่วยงานดังกล่าวเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ควบคุมการจัดการทรัพย์สินโดยให้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลที่จะมาเป็นผู้บริหารทรัพย์สิน และทั้งนี้หน่วยงานดังกล่าวได้มีเป้าหมายเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมอุตสาหกรรมการบริหารจัดการทรัพย์สินและผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สิน รวมถึงการบริหารจัดการอาคารชุด ให้มีคุณภาพและให้ได้มาตรฐานวิชาชีพบริหารจัดการทรัพย์สิน เพื่อให้ผู้บริหารจัดการทรัพย์สินมีความเป็นมืออาชีพในการบริหารจัดการทรัพย์สินตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด

3.2.1 ข้อกำหนดในการได้รับใบอนุญาตของผู้จัดการคอนโดมิเนียม

ตามพระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์ ได้กำหนดไว้ว่า “ห้ามบุคคลใดที่ไม่มีใบอนุญาตทำหน้าที่เป็นผู้บริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์...” ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวผู้ที่จะเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดจะต้องผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบ และได้รับใบอนุญาตบริหารจัดการทรัพย์สินก่อน ถึงจะมีสิทธิดำเนินการเป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สินรวมถึงผู้บริหารจัดการอาคารชุดได้

¹⁶ Section 42 of Cap. 626 Property Management Service Ordinance

¹⁷ Property Management Services Authority หรือ “PMSA”

และบัญญัติห้ามไม่ให้ผู้ที่ไม่มีใบอนุญาตบริหารทรัพย์สิน อ้างว่ามีใบอนุญาตหรือทำหน้าที่บริหารทรัพย์สิน ผู้ใดฝ่าฝืน มีโทษปรับไม่เกิน 500,000 ดอลลาร์ฮ่องกง และจำคุก 2 ปี¹⁸

3.2.2 ข้อกำหนดเกี่ยวกับองค์กรที่กำกับดูแล

ตามพระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์ ได้กำหนดจัดตั้ง “หน่วยงานบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” Property Management Services Authority หรือเรียกว่า “PMSA” โดยหน่วยงานดังกล่าวมีบทบาทสำคัญที่ใช้อำนาจหน้าที่ในการควบคุมและกำกับดูแลผู้บริหารทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงการกำหนดมาตรฐานการบริหารอาคารชุด ที่อยู่อาศัยและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด โดยอำนาจและหน้าที่ของ “หน่วยงานบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” ตาม “พระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

1. อำนาจในการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้บริหารทรัพย์สินที่อยู่อาศัยรวมถึงผู้บริหารจัดการอาคารชุด
2. หน้าที่เผยแพร่และเปิดเผยข้อมูลผู้ที่ได้รับใบอนุญาตผู้บริหารทรัพย์สินที่อยู่อาศัยรวมถึงผู้บริหารจัดการอาคารชุด
3. หน้าที่ในการกำกับดูแลและควบคุมการให้บริการบริหารจัดการทรัพย์สินที่อยู่อาศัยของผู้บริหารทรัพย์สินที่อยู่อาศัยรวมถึงอาคาร
4. หน้าที่ส่งเสริมสนับสนุนในการให้ความรู้และอบรมผู้บริหารทรัพย์สินรวมถึงผู้บริหารอาคารชุด ให้มีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญในการบริหารจัดการทรัพย์สินตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด
5. อำนาจในการดำเนินการตรวจสอบและสอบสวนในการดำเนินการของผู้ที่ได้รับใบอนุญาตที่ถูกร้องเรียน
6. อำนาจในการลงโทษผู้ที่ได้รับใบอนุญาตที่ได้กระทำความผิด หรือดำเนินการไม่เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุด ทำให้ทราบว่าในประเทศแคนาดา และฮ่องกงได้มีกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดโดยเฉพาะ ซึ่งเกิดจากข้อเท็จจริงที่ว่าการบริหารอาคารชุดนั้นจำเป็นต้องใช้ผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์ในการบริหารอาคารชุด จึงมีการจ้างบุคคลหรือบริษัทให้บริการบริหารอาคารชุด

¹⁸ Section 6 (4) of Cap. 626 Property Management Service Ordinance

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

บทสรุป

การขยายตัวอย่างรวดเร็วของอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมในปัจจุบันทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดมืออาชีพ ที่มีความรู้ความสามารถในการบริหารอาคารชุด หากเปรียบเทียบจำนวนอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมที่มีอยู่ในปัจจุบันกับผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดมืออาชีพ ถือว่าประเทศไทยยังขาดแคลนผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดมืออาชีพเป็นอย่างมาก ประกอบทั้งกฎหมายปัจจุบันก็ไม่ได้กำหนดคุณสมบัติพิเศษหรือเงื่อนไขใดไว้เป็นการเฉพาะ ทำให้บุคคลใดก็สามารถเข้ามาดำเนินการบริหารอาคารชุดหรือเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ แม้บุคคลนั้นจะไม่มีความรู้ ความสามารถเกี่ยวกับการบริหารอาคารชุดนั้นก็ตาม ซึ่งทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ในอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมเป็นอย่างมาก และได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่ออาคารชุดรวมถึงเจ้าของร่วมที่เป็นเจ้าของห้องชุดในอาคารชุดต่าง ๆ อย่างมากมาย ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในการดำเนินกิจการของนิติบุคคลอาคารชุด ปัญหาการแสวงหาประโยชน์จากนิติบุคคลอาคารชุดโดยทุจริต เป็นต้น ทั้งนี้พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่ได้กำหนดให้ผู้บริหารอาคารชุดรวมถึงผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องได้รับใบอนุญาต โดยมีองค์กรหรือหน่วยงานเข้ามาควบคุมหรือกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดให้มีมาตรฐานไว้โดยเฉพาะจึงก่อให้เกิดความเสียหายต่าง ๆ ต่ออาคารชุดและเจ้าของร่วม

จากการที่ประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดที่จะมาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการอาคารชุดต้องมีคุณสมบัติพิเศษโดยต้องผ่านการอบรมตามหลักสูตรที่กำหนดและได้รับใบอนุญาต โดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการบริหารอาคารชุดเหมือนเช่นในประเทศแคนาดาและฮ่องกง ทำให้ไม่มีองค์กรที่ดูแลปกป้องผู้บริโภคที่เป็นเจ้าของห้องชุด ในการบริหารจัดการอาคารชุดของผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ไม่มีองค์กรที่คอยควบคุมและกำกับดูแลผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ในการออกใบอนุญาตหรือฝึกอบรมผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้จัดการอาคารชุด เพื่อเสริมสร้างความเป็นมืออาชีพและมาตรฐานในการบริหารอาคารชุดให้เป็นมาตรฐานสากล เพื่อสร้างมั่นใจให้กับเจ้าของห้องชุดและบริษัทที่ลงทุนในอาคารชุดที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จากการบริหารอาคารชุดโดยผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ซึ่งทำให้เกิดปัญหาจากการบริหารอาคารชุดของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด โดยไม่มีความรู้และประสบการณ์ จึงทำให้เกิดความเสียหายทั้งในด้านของทรัพย์สินส่วนกลาง ความเสียหายที่เป็นตัวเงิน รวมทั้งการเกิดคดีความ ซึ่งล้วนแต่กระทบถึงค่าใช้จ่ายของนิติบุคคลอาคารชุดอันมีขึ้นจากการเก็บเงินค่าใช้จ่ายส่วนกลางของเจ้าของร่วมหรือเจ้าของห้องชุดนั่นเอง

โดยหากมีการกำหนดให้ผู้บริหารอาคารชุดต้องผ่านการฝึกอบรมและผ่านการทดสอบก่อนได้รับใบอนุญาตหรือใบประกอบวิชาชีพ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีความรู้หรือองค์ความรู้เฉพาะ ที่จะเข้ามาวางกฎเกณฑ์และมาตรการต่าง ๆ ในการฝึกอบรมและทดสอบก่อนได้รับใบอนุญาต ตลอดจนกำกับดูแลการปฏิบัติและดำเนินการในฐานะผู้ได้รับอนุญาตให้ถูกต้องตามหลักกฎหมายและจริยธรรม หรือจรรยาบรรณในอาชีพหรือวิชาชีพของตน โดยศึกษาเปรียบเทียบการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลการบริหารอาคารชุดของประเทศแคนาดาและฮ่องกง

โดยประเทศแคนาดาได้มีการตราพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 “Condominium Management Services Act, 2015” โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้จัดตั้งองค์กรซึ่งมีฐานะเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลการบริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดขึ้นมา เรียกว่า “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” (The Condominium Management Regulatory Authority of Ontario) หรือ (CMRAO) โดยพระราชบัญญัติบริการบริหารจัดการคอนโดมิเนียม 2015 ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่า บุคคลใดที่ไม่มีใบอนุญาตการให้บริการบริหารจัดการอาคารชุด ที่ออกโดย “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” จะไม่สามารถดำเนินการบริหารอาคารชุดหรือเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้ “หน่วยงานกำกับดูแลการบริหารจัดการคอนโดมิเนียมแห่งออนแทรีโอ” เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นมาเพื่อดูแลปกป้องผู้บริโภคที่เป็นเจ้าของคอนโดมิเนียมหรือห้องชุดในการบริหารจัดการอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมของผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และเพื่อเสริมสร้างความเป็นมืออาชีพและมาตรฐานในการบริหารอาคารชุดให้เป็นมาตรฐานสากล และยังเป็นองค์กรที่คอยตรวจสอบดูแล และสามารถกำหนดบทลงโทษแก่ผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้

ส่วนรัฐบาลฮ่องกงนั้น ได้มีการตรากฎหมายการบริหารจัดการทรัพย์สิน “พระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” หรือเรียกว่า “Cap. 626 Property Management Service Ordinance” โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวกำหนดให้หน่วยงานดังกล่าวมีฐานะเป็นนิติบุคคล เรียกว่า “หน่วยงานบริการการจัดการอสังหาริมทรัพย์” Property Management Services Authority หรือเรียกว่า “PMSA” ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ควบคุมการจัดการทรัพย์สินโดยให้มีอำนาจในการออกใบอนุญาตให้แก่บุคคลที่จะมาเป็นผู้บริหารทรัพย์สิน โดยมีเป้าหมายเพื่อสนับสนุนและส่งเสริมอุตสาหกรรมบริการจัดการทรัพย์สินและผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สิน รวมถึงการบริหารจัดการอาคารชุด ให้มีคุณภาพและให้ได้มาตรฐานวิชาชีพบริหารจัดการทรัพย์สิน เพื่อให้ผู้บริหารจัดการทรัพย์สินมีความเป็นมืออาชีพในการบริหารจัดการทรัพย์สินตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามพระราชกฤษฎีกาบริการการจัดการ ได้กำหนดไว้ว่า “ห้ามบุคคลใดที่ไม่มีใบอนุญาตทำหน้าที่เป็นผู้บริหารจัดการอสังหาริมทรัพย์...” ซึ่งตามกฎหมายดังกล่าวผู้ที่จะเป็นผู้บริหารอาคารชุด หรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดได้จะต้องผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบ และได้รับใบอนุญาตบริหารจัดการทรัพย์สินก่อน ถึงจะมีสิทธิดำเนินการเป็นผู้บริหารจัดการทรัพย์สิน รวมถึงผู้บริหารจัดการอาคารชุดได้

สำหรับประเทศไทยได้มีแนวคิดในการพัฒนามาตรฐานวิชาชีพผู้บริหารทรัพย์สินหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดโดยการยกระดับมาตรฐานให้เป็นไปตามหลักสากล ซึ่งเป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ (องค์การมหาชน) พ.ศ. 2554 โดยได้มีการส่งเสริมกลุ่มอาชีพ หรือกลุ่มวิชาชีพเพื่อทำให้มีมาตรฐานวิชาชีพต่าง ๆ ให้มีมาตรฐานสากล รวมถึงการรับรองสมรรถนะของบุคคลตามมาตรฐาน ซึ่งรวมถึงวิชาชีพเกี่ยวกับการบริหารทรัพย์สิน โดยสมาคมบริหารทรัพย์สินได้เข้าร่วมการจัดทำมาตรฐานวิชาชีพในปี 2557 สำหรับบุคลากรในวิชาชีพบริหารทรัพย์สินที่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องเข้าสู่กระบวนการยกระดับ ได้แก่

- (1) ช่าง
- (2) ผู้จัดการอาคาร หรือ หม้อบ้าน
- (3) ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด หรือผู้จัดการหมู่บ้านจัดสรร โดยจะแบ่งเป็นระดับชำนาญการ และระดับผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งผู้ปฏิบัติหน้าที่ในวิชาชีพบริหารทรัพย์สินเหล่านี้จะต้องผ่านการอบรมและสอบให้ได้ประกาศนียบัตร (Certificate) โดยสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ TPQI (Thailand Professional Qualification Institute) ร่วมกับสถาบันวิจัยแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จัดทำมาตรฐานอาชีพและคุณวุฒิวิชาชีพ สาขาบริหารทรัพย์สินของประเทศไทยให้พัฒนาสู่มาตรฐานระดับสากล สำหรับผู้ที่ประสงค์ที่จะเข้ารับการอบรมและสอบเพื่อได้ประกาศนียบัตรสาขาวิชาชีพบริหารทรัพย์สิน จะต้องมีความสมบูรณ์ คือ อายุไม่ต่ำกว่า 25 ปีบริบูรณ์ ในตำแหน่งผู้จัดการอาคารและผู้จัดการนิติบุคคลการศึกษาต้องไม่ต่ำกว่าระดับปริญญาตรี และมีประสบการณ์ในสายการบริหารนิติบุคคลอาคารชุดไม่ต่ำกว่า 3 ปี เป็นต้น แต่เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นเพียงการสนับสนุนให้มีการพัฒนามาตรฐานทางวิชาชีพต่าง ๆ ไม่ได้บังคับให้บุคคลในวิชาชีพนั้นต้องเข้ารับการฝึกอบรมและต้องผ่านการทดสอบเพื่อให้ได้มาตรฐานแต่อย่างใด ใบรับรองหรือ Certificate จึงเป็นเพียงโปรไฟล์ของผู้มีอาชีพเป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดในการเสนองานหรือสมัครงานเท่านั้น

ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษากฎหมายประเทศแคนาดาและฮ่องกงซึ่งมีกฎหมายกำหนดให้ผู้ให้บริการบริหารอาคารชุดจะต้องมีใบอนุญาต โดยผ่านการอบรมและผ่านการทดสอบจากองค์กรที่มีอำนาจในการออกใบอนุญาตและมีอำนาจในการควบคุมกำกับดูแลให้ผู้ได้รับใบอนุญาตปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้นไม่ได้มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการให้บริการบริหารอาคารชุด อย่างไรก็ตามในสภาพความเป็นจริงนั้นผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดมักเป็นบุคคลหรือบริษัทที่ให้บริการบริหารอาคารชุดเป็นส่วนมาก เนื่องจากการบริหารอาคารชุดทั้งในเรื่องการเก็บค่าส่วนกลาง การบริหารและจัดการสาธารณูปโภค และการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายนั้นต้องอาศัยผู้ที่มีความรู้และประสบการณ์ แต่กลับไม่มีกฎหมายในการกำหนดมาตรฐานในวิชาชีพดังกล่าว ผู้เขียนจึงเห็นว่าประเทศไทยควรจะนำแนวทางการกำหนดให้ผู้บริหารอาคารรวมถึงผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องมีใบอนุญาตเหมือนประเทศแคนาดามาใช้โดยแก้ไขพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 รวมถึงการบัญญัติจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานซึ่งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมดูแล จึงเห็นควรมีการพัฒนากฎหมายในประเด็น ดังนี้

4.1 ข้อกำหนดให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องผ่านการอบรมและได้รับใบอนุญาต

โดยแก้ไขเพิ่มพระราชบัญญัติอาคารชุดในส่วนของผู้จัดการอาคารชุด และเพิ่มเติมมาตราในพระราชบัญญัติอาคารชุดโดยอาจกำหนดเงื่อนไขในการเป็นผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด หรือผู้ที่ทำการบริหารอาคารชุด ต้องผ่านการอบรมตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด และอาจต้องได้รับใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพจากองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อกำกับดูแลและกำหนดมาตรฐานการบริหารอาคารชุด

ซึ่งหากประเทศไทยกำหนดให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดจะต้องได้รับอนุญาตเสียก่อน จึงจำเป็นต้องมีบทบัญญัติกฎหมายระบุเรื่องดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ รวมถึงการกำหนดบทลงโทษเพื่อบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งจกต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติที่ระบุให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดจะต้องมีใบอนุญาตนั้น ควรจะเพิ่มเติมแก้ไขในกฎหมายเกี่ยวกับอาคารชุดที่มีอยู่เดิม ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ในบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด และเพิ่มเติมบทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืน โดยพิจารณาถึงข้อข้อเสียดังนี้

การเพิ่มเติมในกฎหมายที่มีอยู่เดิม โดยทำการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 35/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ดังนี้

“มาตรา 35/1 ผู้จัดการต้องเป็นผู้ได้รับใบอนุญาต และต้องมีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบห้าปีบริบูรณ์ และต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้ . . .”

โดยแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4 บทนิยาม ดังนี้

“ผู้ได้รับใบอนุญาต” หมายความว่า ผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการอาคารชุดที่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

เพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวด 8 บทกำหนดโทษ ดังนี้

“มาตรา 74 ห้ามมิให้ผู้ใดเป็นผู้บริหารหรือผู้จัดการเว้นแต่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้บริหารอาคารชุดหรือผู้จัดการอาคารชุด ผู้ใดฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุก.....ปี หรือปรับไม่เกิน....บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีผู้ฝ่าฝืนเป็นนิติบุคคลซึ่งแต่งตั้งให้ผู้ที่ไม่มีใบอนุญาตเป็นผู้ดำเนินการแทน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน.....บาท

โดยรายละเอียดของการขอใบอนุญาต ประเภทใบอนุญาต รวมทั้งองค์กรหรือหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการจัดอบรมและออกใบอนุญาตดังกล่าว ให้เป็นไปตามพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจของพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 หรือเป็นไปตามคำสั่งของรัฐมนตรีที่มีอำนาจตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

แนวทางการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่มีอยู่เดิม มีข้อดี คือ การเพิ่มเติมแก้ไขเรื่องที่สำคัญเข้าไปในตัวบทกฎหมายเดิม จะทำให้ง่ายต่อการใช้กฎหมายของผู้ปฏิบัติตามกฎหมายและผู้ที่มิอำนาจบังคับใช้กฎหมาย แต่มีข้อเสีย คือ จะทำให้มีการกำหนดรายละเอียดของเรื่องนี้ในกฎหมายลำดับรองหลายฉบับ

4.2 มีบทบัญญัติกำหนดให้มีองค์กรกำกับดูแล

หากมีการกำหนดให้ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดต้องผ่านการอบรมและได้รับใบอนุญาต ทั้งนี้ควรให้มีบทบัญญัติให้จัดตั้ง “หน่วยงานกำกับดูแลการดำเนินการบริหารอาคารชุด” เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแล จัดทำมาตรฐาน จัดการฝึกอบรมให้เป็นไปตามมาตรฐาน จัดการทดสอบและออกใบอนุญาตดำเนินการบริหารอาคารชุด รวมทั้งควบคุมให้ผู้ได้รับใบอนุญาตปฏิบัติตามกฎหมาย โดยรับข้อร้องเรียนจากบุคคลทั่วไป และมีอำนาจลงโทษผู้ได้รับใบอนุญาตหากได้กระทำผิดกฎหมายหรือผิดจริยธรรม โดยอาจจะขอร่วมมือกับ สถาบันคุณวุฒิวิชาชีพ หรือ TPQI (Thailand Professional Qualification Institute) ซึ่งได้ดำเนินการจัดทำมาตรฐานอาชีพ

และคุณวุฒิวิชาชีพ หน่วยสมรรถนะ สาขาบริหารทรัพย์สิน เพื่อสนับสนุนให้ผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดของประเทศไทยให้พัฒนาสู่มาตรฐานระดับสากล โดยกำหนดให้การอบรมวิชาชีพด้านการบริหารทรัพย์สินต้องผ่านการอบรมวิชาเบื้องต้น เช่น ระเบียบข้อกฎหมายการบริหารจัดการนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรและอาคารชุด การบำรุงรักษางานระบบและป้องกันอัคคีภัย การจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรและอาคารชุด การสร้างมูลค่าและคุณภาพชีวิตเพิ่ม การบริหารงบประมาณและบัญชีการเงิน การให้บริการและการประชาสัมพันธ์ การประกันภัย และจริยธรรมจรรยาบรรณธรรมภิบาลในวิชาชีพ อันได้ดำเนินการมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2557 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าจักเป็นการดีหากมีการร่วมมือกับสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพและมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ซึ่งเป็นมหาลัยชั้นนำในการจัดทำหลักสูตรอบรมและทำการทดสอบเพื่อให้ได้ใบรับรอง (Certificate) โดยมีกฎหมายเข้าไปรองรับการจัดการอบรมและออกใบรับรอง และนำใบรับรองจากสถาบันคุณวุฒิวิชาชีพนั้นมาขอให้ “หน่วยงานกำกับดูแลการดำเนินการบริหารอาคารชุด” ออกใบอนุญาตสำหรับดำเนินการบริหารอาคารชุด

โดยมีบทบัญญัติให้หน่วยงานที่กำกับดูแลมีอำนาจหน้าที่ อย่างน้อยในเรื่องต่อไปนี้

- (1) อบรมและออกใบอนุญาตบริหารอาคารชุด
- (2) เผยแพร่และเปิดเผยข้อมูลผู้ได้รับใบอนุญาตบริหารอาคารชุด สำหรับบุคคลทั่วไปเพื่อการตรวจสอบ
- (4) ตรวจสอบและสอบสวนข้อร้องเรียนเกี่ยวกับผู้ได้รับใบอนุญาตบริหารอาคารชุด
- (5) พิจารณาลงโทษผู้ที่ได้รับใบอนุญาตที่ได้กระทำความผิด หรือดำเนินการไม่เป็นไปตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับอาคารชุด
- (6) ส่งเสริมสนับสนุนและอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย และกฎระเบียบให้ผู้บริหารอาคารชุดและผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุด ให้มีความรู้ความสามารถและความเชี่ยวชาญในการบริหารอาคารชุด

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

เพื่อสนับสนุนนักศึกษา อาจารย์ ข้าราชการ และนักวิชาการทั่วไปในการนำเสนอและเผยแพร่ผลงานวิชาการทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงศาสตร์อื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายกับการพัฒนา สังคมวิทยา กฎหมาย นิติเศรษฐศาสตร์ และนิติปรัชญา เป็นต้น

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากร ทั้งภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ราย 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/.... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/.... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

1.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของการเขียน รูปแบบการอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

1.2 จัดพิมพ์บทความด้วยโปรแกรม Microsoft Word โดยใช้ขนาดกระดาษ A4 แบบหน้าเดียว ความยาวไม่เกิน 25 หน้า เว้นระยะห่างจากขอบบน 1 นิ้ว ขอบซ้าย 1 นิ้ว ขอบขวา 1 นิ้ว และขอบล่าง 1 นิ้ว ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK เว้นวรรคบรรทัดเดียว (Single-line spacing) โดยผู้เขียนสามารถใช้แบบฟอร์มของวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th/journal

1.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

1.3.2 ชื่อ นามสกุล ผู้เขียน (Author) และสังกัด/หน่วยงาน

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวเอียง ในส่วนของชื่อสถานที่ทำงาน หน่วยงาน หรือที่อยู่ที่สามารถติดต่อได้ให้พิมพ์ไว้ในเชิงบรรทัดแรกของบทความ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์

1.3.3 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

1.3.4 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

1.3.5 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

1.3.6 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

1.3.7 บทสรุป ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

4. รูปแบบการอ้างอิง (เชิงบรรณ)

วิธีการอ้างอิงประยุกต์จากแบบ The Oxford Standard for Citation of Legal Authorities (OSCOLA) (ที่มา: https://www.law.ox.ac.uk/sites/files/oxlaw/oscola_4th_edn_hart_2012.pdf) ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 14 พอยต์ ยกตัวอย่างดังต่อไปนี้

หนังสือ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง./ชื่อหนังสือ/(พิมพ์ครั้งที่./สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/หน้าที่อ้างอิง.

บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมฝ่ายปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 123.

ภาษาอังกฤษ

author./title/(additional information,/edition, publisher/year)หน้าที่อ้างอิง.

Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd edn, OUP 2004) 317.

บทความ**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งบทความ, 'ชื่อบทความ'/(ปีที่พิมพ์)/ฉบับที่/ชื่อวารสาร/หน้าแรกของบทความ,/หน้าที่อ้างอิง (ถ้ามี).

มนตรี เกิดมีมูล, 'ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน' (2560) 57 วารสารพัฒนาบริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author, 'title'/(year)/volume/journal name or abbreviation/first page of article, /referred page(s).

Alison L Young, 'In Defence of Due Deference' (2009) 72 MLR 554, 556-557.

บทความจากหนังสือรวบรวมบทความ**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งบทความ, 'ชื่อบทความ' /ใน/ชื่อผู้รวบรวมบทความ, ชื่อหนังสือ/(พิมพ์ครั้งที่,/สำนักพิมพ์/ปีที่พิมพ์)/หน้าที่อ้างอิง.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่ไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน' ใน พิพัฒนา กระจ่างจันทร์, ยุคมีดของประวัติศาสตร์ไทย หลังบายน พุทธเถรวาท การเข้ามาของคนไทย (สำนักพิมพ์มติชน 2559) 123.

ภาษาอังกฤษ

author, 'title' /in editor (ed), /book title/(additional information, /publisher/year)/ referred page(s).

Justine Pila, 'The Value of Authorship in the Digital Environment' in William H Dutton and Paul W Jeffreys (eds), *World Wide Research: Reshaping the Sciences and Humanities in the Century of Information* (MIT Press 2010) 23.

วิทยานิพนธ์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่งวิทยานิพนธ์, / 'ชื่อวิทยานิพนธ์' / (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท-เอก, / ชื่อมหาวิทยาลัย/ปีที่สำเร็จการศึกษา)

นัทมน คงเจริญ, 'การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ข้างในประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2538)

ภาษาอังกฤษ

Author, / 'title' / (type of thesis, / university / year of completion)

Javan Herberg, 'Injunctive Relief for Wrongful Termination of Employment'
(DPhil thesis, University of Oxford 1989)

เว็บไซต์**ภาษาไทย**

ชื่อผู้แต่ง, / 'ชื่อข้อความที่อ้าง' / (แหล่งที่มา, วันเดือนปี ที่ลงบทความ) / <ชื่อเว็บไซต์> / สืบค้นวันที่

ปรีชา สุวรรณทัต, 'Government Shutdown / การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐฯ' (แนวหน้า, 9 กุมภาพันธ์ 2561) <<http://www.naewna.com/politic/columnist/33994>>
สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author, / 'title' / (source / date of publication on the website) <web address> the date of most recent access

Sarah Cole, 'Virtual Friend Fires Employee' (Naked Law, 1 May 2009)
<www.nakedlaw.com/2009/05/index.html> accessed 19 November 2009

หนังสือพิมพ์

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่ง/‘ชื่อบทความในหนังสือพิมพ์’ ชื่อหนังสือพิมพ์ (เมืองที่พิมพ์, วันที่เผยแพร่) <ชื่อเว็บไซต์>/สืบค้นวันที่

สุจิตต์ วงษ์เทศ, ‘พลังสร้างสรรค์ ถูกทำให้ฟ่อ ด้วยพลังของความเป็นไทย’ หนังสือพิมพ์มติชน,
(กรุงเทพมหานคร, 21 พฤษภาคม 2561) <https://www.matichon.co.th/article/news_969609>
สืบค้นวันที่ 18 มิถุนายน 2561

ภาษาอังกฤษ

Author/‘title’/(the name of the newspaper/date of publication on the website) <web address>
the date of most recent access

Jane Croft, ‘Supreme Court Warns on Quality’ Financial Times (London, 1 July 2010) 3

การอ้างซ้ำ

1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็งอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/เพ็งอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/เพ็งอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ ibid

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

3/ibid

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

3/ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง/(n/เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) หน้าที่อ้างอิง

มนตรี เกิดมีมูล (n 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

Author' surname,/the title of the work (n footnote which is first cited)

35 Ashworth, 'Testing Fidelity to Legal Values' (n 27) 635-37.

5. วิธีการส่งบทความเพื่อตีพิมพ์

ผู้เขียนสามารถส่งบทความผ่านระบบ ThaiJO (Thai Journal Online)
www.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/index ในรูปแบบของไฟล์ Word

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องผ่านการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิตั้งน้อย 2 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด



ใบสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า

ชื่อผู้สั่งซื้อ/สมาชิก.....
 จัดส่งวารสารที่ บ้านเลขที่.....ซอย.....ถนน.....
 แขวง.....เขต.....จังหวัด.....
 รหัสไปรษณีย์.....E-mail.....
 โทรศัพท์.....มือถือ.....

ขอสั่งซื้อ/สมัครสมาชิกวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า ดังนี้

- สมัครสมาชิก/ต่ออายุสมาชิกวารสาร (ปีละ 300 บาท/2 ฉบับ) เป็นเงิน.....บาท
- กำหนดเวลา.....ปี
- เริ่มฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.ถึงฉบับที่.....เดือน.....พ.ศ.....
- ซื้อวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า รวมเป็นเงิน.....บาท
- ฉบับที่ 1 เดือนมกราคม - มิถุนายน 2564 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม
- ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม 2564 ราคาเล่มละ 150 บาท จำนวน.....เล่ม

โดยชำระเงิน:

- เงินสด
- โอนเงินเข้าบัญชี โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิต้า”
 ธนาคารกรุงเทพ เลขที่ 944-0-10841-4 สาขา สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กรุณาแนบเอกสารการโอนเงินและส่งกลับมาที่

กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า
 คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
 โทรศัพท์ 0 2727 3660 โทรสาร 0 2374 4731
 E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

- ข้าพเจ้ายินยอมให้กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์เก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของข้าพเจ้า เพื่อวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวข้องกับการสั่งซื้อ/สมัครสมาชิก วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้านี้เท่านั้น ทั้งนี้ ข้าพเจ้าเข้าใจดีว่า สามารถถอนความยินยอมเสียเมื่อใดก็ได้ โดยส่งข้อความไปยัง nitipat_lawjournal@nida.ac.th

ลงชื่อ.....
 (.....)
/...../.....

บทความ

บทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศกับภาวะการณืโรคโควิด 19
ในประเทศไทย

นริศรา ประสิทธิ์ปานวัง

คำชี้ขาดของศาลอนุญาโตตุลาการฯ ว่าด้วยเรื่องสถานะของ
ลักษณะภูมิสิณฐานในทะเลจีนใต้

ยศพนธ์ นิตฺรุจิโรจนี

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอุทธรณืคำสั่งทางปกครอง
ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

นฤตม์ พัฒนไพศาลชัย

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายอาญาว่าด้วยการกระทำชำเราและ
อนาจารศพ : ศึกษากรณีโรคจิตเภทประเภทชอบมีเพศสัมพันธ์กับศพ

เจมิณชฺ์ ชูเลิศ

ปัญหากฎหมายการบริหารจัดการอาคารชุด

รณกฤต ไทยมี



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Tel: 02-727-3660 Fax: 02-374-4731

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: law.nida.ac.th/journal