

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม 2565

ISSN 2822-0560 (Print)

ISSN 2822-0609 (Online)

บทความ

กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอารมณนิยม

ศิษย์พร รอดชื่นเมือง

การยุติการตั้งครรภ: ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย
อาญามาตรา 301 และ 305

พิชญา เหลืองรัตนเจริญ

การศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัย
มาใช้แทนโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
พ.ศ. 2551

ธนิทเทพ เรียงประสิทธิ์อมรรัตน์ กุลสุจริต พิชชวรรณ นุชประยูร และอมรรัตน์ อำมาตเสนา

ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้าน
สาธารณสุข: ศึกษากรณีโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

กิตติพันธ์ จงอารี

The Doctrine of Parliamentary Sovereignty:

Its Scope and Influence on the Australian Law System

Tian-ngern Uttarachai

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า

ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2565

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



Nitipat NIDA Law Journal

Volume 11 No. 2 July - December 2022

Graduate School of Law

National Institute of Development Administration

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า

ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2565

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร. วิสาखा ภู่อารวจ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

ประภัตรา ปักกัตตั้ง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ฦ นคร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตียาศักดิ์

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

รองศาสตราจารย์ ดร.สุปรียา แก้วละเอียด

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวง

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้าเลิศ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้อำนวยการโครงการ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองจัดการ

รองศาสตราจารย์ ดร. อมรรัตน์ กุลสุจริต

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เจริญประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ประสานงานวารสาร

เขมจิรา คณนาธรรม

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

นักศึกษาผู้ช่วยโครงการวารสาร

กฤษดา รื่นสุข ธนสรณ์ พิบูลย์ ธิรดา สุวรรณรัตน์ และปิ่นอนงค์ น้อยพิน

หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Nitipat NIDA Law Journal (Peer-reviewed Journal)

Volume 11 No. 2 July - December 2022

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

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

ประเภทของของผลงานวิชาการที่จะได้รับการตีพิมพ์ คือ บทความวิชาการ บทความวิจัย ปกิณกะกฎหมาย และแนะนำหนังสือ โดยบทความวิชาการและบทความวิจัย จะได้รับการประเมินจากกองบรรณาธิการและผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 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 อตถากร ชั้น 5 เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240
โทรศัพท์:	0 2727 3662 โทรสาร: 0 2374 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 0 280 2281-3 โทรสาร 0 2809 2284
<http://www.fast-books.com> E-mail: info@fast-books.com

ราคาจำหน่ายเล่มละ 150 บาท

บทบรรณาธิการ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคมถึงธันวาคม ปี 2565 ได้รวบรวมบทความวิชาการและบทความวิจัยทางกฎหมายในหลากหลายสาขา

บทความแรก “กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม” ผู้เขียน ทิฆัมพร รอดขันเมือง นำเสนอมิติทางเลือกในการสร้างมุมมองและความคิดเชิงวิเคราะห์ทางนิติศาสตร์ผ่านนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม (Legal Emotionalism) ซึ่งมีการพัฒนาการมาอย่างยาวนานโดยนักวิชาการในโลกตะวันตก ผู้เขียนแสดงบริบท กระบวนการและคุณค่าของอารมณ์ที่สัมพันธ์กับนิติศาสตร์ทั้งในเชิงปรัชญาและกระบวนการทางกฎหมายผ่านมุมมองนักวิชาการและวรรณกรรมโลกตะวันตกที่สำคัญของนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม

บทความที่สอง “การยุติการตั้งครุฑ: ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอาญามาตรา 301 และ 305” โดย พิชญา เหลืองรัตนเจริญ เป็นบทความวิจัยซึ่งนำเสนอผลการศึกษาจากการสอบถามความเห็นผู้เข้าร่วมวิจัยเกี่ยวกับกรณีการยุติการตั้งครุฑและความรับผิดชอบทางอาญาของผู้ที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 301 และ 305 ของประมวลกฎหมายอาญา และเสนอให้มีการทบทวนความเหมาะสมของมาตรการทางกฎหมายอาญาที่ใช้ในประเทศไทยปัจจุบันโดยคำนึงถึงมุมมองของสังคมเพื่อคุ้มครองสิทธิมารดาและทารกในครรภ์อย่างแท้จริง

บทความที่สาม “การศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551” โดยคณะผู้วิจัย ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์ อมรรัตน์ กุลสุจริต พิชรวรรณ นุชประยูร และอมรรัตน์ อำมาตเสนา เป็นบทความวิจัยซึ่งนำเสนอผลการศึกษาและข้อเสนอแนะในประเด็นการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นการลงโทษให้ได้สัดส่วนและเพื่อเป็นการปฏิบัติตามหลักการมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560

บทความที่สี่ “ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข: ศึกษากรณีโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)” โดยกิตตินันท์ จงอารี เป็นบทความวิจัยซึ่ง ศึกษาปัญหาการขาดความความอิสระขององค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผ่านกรณีศึกษาโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) และเสนอข้อพิจารณาเกี่ยวกับขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายกับองค์การมหาชนด้านการสาธารณสุข

บทความสุดท้ายของวารสารฉบับนี้ “The Doctrine of Parliamentary Sovereignty: Its Scope and Influence on the Australian Law System” โดย Tian-ngern Uttarachai นำเสนอการศึกษาหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายรัฐธรรมนูญและนัยสำคัญของ

หลักการดังกล่าวในระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยเฉพาะการตีความกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา

กองบรรณาธิการยังคงมุ่งมั่นในการดำเนินภารกิจสำคัญของคณะนิติศาสตร์ในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางวิชาการและการปรับใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายเพื่อพัฒนาสังคม รวมทั้งพัฒนาคุณภาพและการดำเนินงานของวารสารให้สอดคล้องกับมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับประเทศและระดับสากล นอกจากนี้การปรับเพิ่มจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิผู้ประเมินบทความวิชาการและบทความวิจัยเป็นจำนวน 3 ท่านสำหรับแต่ละบทความที่กองบรรณาธิการรับพิจารณาไว้แล้ว โดยเริ่มตั้งแต่วารสาร ฉบับที่ 1/2565 เป็นต้นไป ในฉบับนี้วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า ได้ดำเนินการจดหมายเลข ISSN ใหม่อย่างเป็นทางการภายใต้ชื่อวารสารภาษาอังกฤษ Nitipat NIDA Law Journal เพื่อเตรียมพร้อมในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางกฎหมายสู่ระดับสากล กองบรรณาธิการวารสารขอขอบคุณทุกท่านที่ให้การสนับสนุนการทำงานของวารสารและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะติดตามและให้การสนับสนุนวารสารในฉบับต่อไป

บรรณาธิการ

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2565

บทความ	หน้า
● กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม The Conceptualization on Legal Emotionalism <i>ทิฆัมพร รอดขันเมือง</i>	1
● การยุติการตั้งครรภ์: ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอาญา มาตรา 301 และ 305 Termination of Pregnancy: Legal Abortion under Sections 301 and 305 of the Thai Penal Code <i>พิชญญา เหลืองรัตน์เจริญ</i>	35
● การศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทน โทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 The Study of the Guidelines for Applying Administrative Fine or Non-criminal (Pinai) Fine to Replace the Criminal Punishment under the Alcohol Control Act B.E. 2551 <i>ธนัทเทพ เขียวประสิทธิ์, อมรรัตน์ กุลสุจริต, พัชรวรรณ นุชประยูร, อมรรัตน์ อำมาตเสนา</i>	51
● ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข: ศึกษากรณี โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) <i>กิตตินันท์ จงอารี</i>	77
● The Doctrine of Parliamentary Sovereignty: Its Scope and Influence on the Australian Law System <i>Tian-ngern Uttarachai</i>	102
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่	130

กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม The Conceptualization on Legal Emotionalism

ทิฆัมพร รอดขุนเมือง*

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Tikumporn Rodkhunmuang

School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 10 ตุลาคม 2565; วันแก้ไขบทความ -30 พฤศจิกายน 2565; วันตอบรับบทความ 11 ธันวาคม 2565

บทคัดย่อ

อารมณ์ (Emotions) เป็นสิ่งที่ถูกกำหนดให้เป็นคู่ตรงข้ามกับเหตุผล (Reason) การศึกษาอารมณ์เริ่มกว้างขวางมากขึ้นโดยเฉพาะพัฒนาการในสาขาวิชาปรัชญาประยุกต์ ทั้งนี้ อารมณ์เป็นรากฐานที่สำคัญของการศึกษาจิตวิทยา และอารมณ์ได้รับการขยายฐานการศึกษามาสู่อารมณ์วิทยา ที่เรียกว่า สังคมวิทยาอารมณ์ (Sociology of emotion) มานุษยวิทยาอารมณ์ (Anthropology of emotion) และสาขาวิชารัฐศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอารมณ์ในการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงเป็นสาเหตุให้การศึกษาอารมณ์ในทางสังคมศาสตร์ (Social science of emotion) มีความกว้างขวางอย่างมาก อย่างไรก็ตาม การศึกษาอารมณ์ควบคู่การศึกษานิติศาสตร์ดูเหมือนจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ เพราะว่าหลักการที่สำคัญที่สุดของการศึกษานิติศาสตร์คือการศึกษาศาสตร์ของกฎหมายที่ประกอบไปกระบวนการในการสร้างความเป็นเหตุเป็นผล (Rationalization) โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการนิติบัญญัติ (Legisprudence) กระบวนการยุติธรรมอันเป็นกระบวนการที่เปรียบเสมือนตัวแทนแห่งเหตุและผลที่นำมาสู่ความยุติธรรมที่เที่ยงแท้

นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม (Legal emotionalism) เป็นการนำเสนอวิธีวิทยา (Methodology) หรือมุมมองอีกประการหนึ่งในการมองกฎหมายหรือนิติศาสตร์ที่เกิดขึ้นในโลกแห่งความเป็นจริงซึ่งโดนละเลยเพิกเฉยมาอย่างยาวนาน ทั้งที่อารมณ์ปรากฏอยู่ทั้งกระบวนการนิติบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมาย กระบวนการ

* อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ที่อยู่: สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง เลขที่ 333 หมู่ที่ 1 ตำบลท่าสุต อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100

E-mail: tikumporn.rod@mfu.ac.th

ยุคธรรมรวมถึงขั้นตอนของการพิจารณาพิพากษาคดี ดังนั้น การทำความเข้าใจกระบวนการสร้างแนวความคิดของอารมณ์ในแง่ของปรัชญา คุณค่าแห่งการศึกษาอารมณ์ ความหลากหลายของอารมณ์ที่เกิดขึ้นในสังคมมนุษย์ อิทธิพลของการศึกษาอารมณ์ในทางสังคมศาสตร์ กระบวนการในการขับเคลื่อนอารมณ์ในทางนิติปรัชญา พร้อมทั้งนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมได้พยายามเสนอคุณค่าจากการนำมุมมองทางด้านอารมณ์มาผสมผสานกับนิติศึกษา การศึกษาอารมณ์ที่ผนวกรวมกับตัวบทกฎหมาย การศึกษาอารมณ์ในกระบวนการยุติธรรมตามหลักการประจักษ์นิยม การศึกษาอารมณ์ในกระบวนการทำงานของตุลาการ รวมถึงการศึกษาอารมณ์ในปรัชญาและการปฏิบัติการของกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้หยิบยืมมาจากวิธีวิทยาการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมพยายามนำเสนอเครื่องมือในการวิเคราะห์นิติศาสตร์ตามนักวิชาการตะวันตกคนสำคัญ เช่น Martha Craven Nussbaum เป็นต้น ซึ่งเป็นผู้มุ่งมั่นต่อการศึกษาอารมณ์ในทางนิติปรัชญา อันนำมาสู่การพัฒนาเครื่องมือในการมองนิติศาสตร์รวมถึงการศึกษาอารมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมได้กลบปิดช่องว่างในการศึกษานิติศาสตร์กระแสหลักที่ยึดติดอยู่กับเหตุผลมาอย่างยาวนาน โดยนับรวมเอาความไร้เหตุผลหรือสิ่งที่เรียกว่าอารมณ์เข้ามาเป็นแกนกลางในการศึกษากฎหมาย และนำมาสู่ความยุติธรรมที่ครอบคลุมในมิติที่กว้างขวาง หลากหลายและรอบด้านมากขึ้น

คำสำคัญ: อารมณ์นิยม, กระบวนการสร้างความไร้เหตุผล, นิติศาสตร์

Abstract

Emotion is naturally indicated as a binary opposition to reason. The science of emotion is initiatively accepted as the first step of applied philosophy, however, the foundational studies concerning psychology have creatively been created and its extension into the sociology and anthropology, so-called sociology of emotion and anthropology of emotion, respectively, including political sciences and international relations. For this reason, the social science of emotion is widely expanding notwithstanding that emotion and legal studies are likely to be an impossibility of studies. Concretely, the law is truthfully and forcefully to be the science of rationalization, particularly, legisprudence, the criminal justice system that is seemingly to be a system of ultimate justice.

Legal emotionalism is inviting methodology or creative approaches to looking at the crucially existential world. But the law has long been ignoring and not counting emotional science into legal studies. Additionally, the appearance of emotion has been expressed in the legisprudence, its implementation, the criminal justice system, and also the judicial making process. Initially, the comprehensively understanding conceptualization of the philosophy of emotion, the influence of social studies of emotion, and the procedural movement of emotion in legal philosophy have creatively been investigated. Therefore, emotions and laws are increasingly pinpointing the value-added of the combination of emotion and legal science, the hybridizing emotional and legal textual analysis, the positive approach of the emotion and justice system, the emotion and the judiciary, and last but not least, the emotion and international legal studies by inviting methodology from the study of international relations.

Legal emotionalism is a crucial and creative tool for legal analysis from the westernized world academics, for example, Martha Craven Nussbaum. Importantly, she is focusing on the development of emotional legal philosophy and also her contribution to the current development of international legal philosophy and implementation. Moreover, legal emotionalism is fulfilling the knowledge gap in the mainstream of traditional legal studies that has inseparably been attached to the rationalization since its establishment of the law. So, legal emotionalism counts the irrationalization in the core of legal science, covers and widens the conceptualizing the justice from increasing angles.

Keywords: Emotionalism, Irrationalization, Legal Science

1. บทนำ

การศึกษานิติศาสตร์ (Legal studies) คือ การศึกษาด้วยทฤษฎีที่ปรากฏในประมวลกฎหมาย การบังคับใช้ รูปแบบการตีความ (Legal interpretation) การหาเหตุผลทางกฎหมายหรือที่เรียกว่า นิติตรรกศาสตร์ (Legal logics) ความพยายามศึกษาและฝึกหัดรูปแบบการเขียนบรรยายและพรรณนาถึงเหตุผลที่สมบูรณ์ที่จะทำให้กฎหมายนั้นนำมาซึ่งความยุติธรรม รวมทั้ง การทำให้การศึกษากฎหมายเป็นกระบวนการสร้างความเห็นเหตุเป็นผลที่เป็นไปตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายอันนำมาสู่บทสรุปที่เรียกว่า คำพิพากษา นอกจากนี้ คำพิพากษาดังกล่าวนั้นยังอยู่นอกเหนือไปจากเงื่อนไขทางเศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม ความเป็นมนุษย์และอารมณ์ของมนุษย์ผู้ทำหน้าที่ใช้กฎหมายโดยตรง บทความชิ้นนี้จึงริเริ่มตั้งคำถามกับกระบวนการทางด้านความรู้สึกเล็ก ๆ ของมนุษย์คือ อารมณ์ ว่าควรจะมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องมากน้อยเพียงใด ในการบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทั้งมวล

อารมณ์เป็นสิ่งที่ตรงข้ามกับความเห็นเหตุเป็นผล การศึกษาทางวิชาการนิติศาสตร์ยังคงติดอยู่กับการมองสิ่งต่าง ๆ แบบขั้วตรงข้าม (Binary opposition) เช่น ความดี ความชั่ว ความถูกต้อง ความผิดพลาด ความขาว ความดำ สูง ต่ำ เป็นต้น กระบวนการมองแบบขั้วตรงข้ามเป็นการตกผลึกอย่างเข้มข้นในการศึกษานิติศาสตร์มาอย่างยาวนาน อันเนื่องมาจากว่า การศึกษานิติศาสตร์เป็นการศึกษาเพื่อตัดสิน การให้คุณค่าต่อความถูกต้องและความผิดพลาดที่เกิดขึ้นในชีวิตมนุษย์โดยใช้เหตุผลทางนิติศาสตร์หรือที่เรียกว่า นิติตรรกศาสตร์ แต่นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมไม่ได้มุ่งต่อการอธิบายและขยายความเกี่ยวกับนิติตรรกศาสตร์แต่อย่างใด นอกจากนี้ นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมพยายามนำเอาแก่นนิติศาสตร์เพื่อหลุดออกจากกับดักขั้วตรงข้าม และเพิ่มพูนมูลค่าของการตัดสินอันนำไปสู่ความยุติธรรมอีกมุมหนึ่ง พร้อมทั้งก่อให้เกิดความยุติธรรมที่หลากหลายมากขึ้น

อารมณ์เป็นการศึกษาที่ไม่สามารถหากฎเกณฑ์มากำหนดได้ชัดเจนแต่อย่างใด การแสดงออกทางความรู้สึก การแสดงออกนอกหัวใจ และการแสดงออกทางอารมณ์ที่ดูเหมือนเพียงได้รับการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นมาในฐานะของการศึกษาจิตวิทยา เช่น การศึกษาของซิกมุนด์ ฟรอยด์ (Sigmund Freud) เป็นนักวิชาการทางด้านจิตวิเคราะห์ที่พยายามกรุยทางดวงพงโดยการใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์สมัยใหม่ (Modern scientific methodology) ผ่านกระบวนการสำรวจองค์ความรู้ทางด้านอารมณ์ด้วยระเบียบวิธีและความรู้ทางวิทยาศาสตร์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าอารมณ์ข้างในของปัจเจกบุคคล ความพยายามในการควบคุมอารมณ์และการแสดงออกทางอารมณ์ของมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็นความต้องการทางอารมณ์ หรือความต้องการทางเพศ การเปรียบเทียบของอารมณ์ศึกษาคือการเปรียบเทียบการเขียนเรื่องลามกอนาจารเป็นการแสดงออกทางอารมณ์¹ เป็นต้น ล้วนแล้วแต่เป็นเรื่องที่น่าสนใจศึกษาอย่างเป็นระบบระเบียบทางวิชาการมากขึ้น

¹ Judy Garber and Kenneth A. Dodge, 'Domains of Emotion Regulation' in Judy Garber and Kenneth A. Dodge (eds), *The Development of Emotion Regulation and Dysregulation* (Cambridge University Press 1991)

การศึกษาทางด้านจิตวิเคราะห์ถือได้ว่าเป็นงานบุกเบิกอันนำมาสู่การศึกษาอารมณ์ในฐานะความเชี่ยวชาญทางด้านสังคมศาสตร์ เช่น การศึกษาวงศาวินยาของอารมณ์ (Genealogies of emotions) อันเป็นการศึกษาอารมณ์ซึ่งส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงระบอบอารมณ์ของผู้คนในสังคมในยุคกลางจนถึงปลายสมัยใหม่² การศึกษาอิทธิพลของกลุ่มสตรีนิยมที่สัมพันธ์และส่งผลต่อการศึกษาอารมณ์³ การศึกษาเศรษฐศาสตร์แห่งอารมณ์ (The emotional economies) เพื่อแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างอาชญากรและกลุ่มผู้ก่อการร้าย⁴ รวมถึงการสร้างขอบเขตเนื้อหาของอารมณ์ศึกษาเพื่อเชื่อมโยงกับความรัก เพศสภาวะ การอพยพย้ายถิ่น การทำสงคราม ภาวะหลังสงคราม (Postwar) และพื้นที่แห่งโลกดิจิทัล⁵ เป็นต้น

นอกจากนี้ การศึกษาอารมณ์ในเชิงปรัชญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งงานศึกษาของ Martha Craven Nussbaum ที่ได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างหลากหลายของอารมณ์ในแต่ละยุค ช่วงแรกของการศึกษาจะมุ่งเน้นไปที่การศึกษาเชิงจริยศาสตร์ (Moral philosophy) เพื่ออธิบายความสัมพันธ์ระหว่างปรัชญาและวรรณกรรม เนื้อหาและสาระสำคัญของประเด็นปัญหาทางจริยธรรม การสร้างองค์ความรู้และความสนใจในเชิงจริยธรรม (Ethical issue) รวมถึงการศึกษาบทบาทของอารมณ์ในการปลดปล่อยตัวตน (Deliberation) ทั้งนี้ การศึกษาจริยศาสตร์เป็นเหมือนจุดเริ่มต้นของการศึกษาความไร้เหตุผล (Irrational) และความคลุมเครือ (Imprecise)⁶ ตัวอย่างของการศึกษาอารมณ์ในเชิงจริยศาสตร์เพื่อมุ่งอธิบายเรื่องเล่าของความรักผ่านการทำงานของวงศาวินยาของความรัก ความรักในบริบทความสัมพันธ์ของปัจเจกบุคคล รวมถึงกระบวนการสร้าง

² Ann Brooks, *Genealogies of Emotions, Intimacies, and Desire: Theories of Changes in Emotional Regimes from medieval Society to Late Modernity* (Routledge 2017) 15-31.

³ *ibid* 102-116.

⁴ Paula Loanide, *The Emotional Politics of Racism: How feelings Trump Facts in an Era of Color Blindness* (1st edn, Stanford Univ Press 2015) 27-54.

⁵ Maria Bjerg, “‘The Letter Said That My Wife Had Died’: Bigamy in Argentina in the Era of Mass Migration” in Marcelo J. Borges, Sonia Cancian, and Linda Reeder (eds), *Emotional Landscape: Love, Gender, and Migration* (University of Illinois Press 2021) 39-56; Linda Reeder, ‘The Emotions of War: Italian Emigrant Soldiers and Love of Country’ in Marcelo J. Borges, Sonia Cancian and Linda Reeder (eds), *Emotional Landscape: Love, Gender, and Migration* (University of Illinois Press 2021) 131-146; Alexander Freund, ‘Love, Sex, Feelings: Marriage and Transatlantic Migration in Postwar Germany’, in Marcelo J. Borges, Sonia Cancian and Linda Reeder (eds), *Emotional Landscape: Love, Gender, and Migration* (University of Illinois Press 2021) 184-200; Roberta Ricucci, “‘I Can Express My Feelings with Just a Tweet’: Language, Emotion, and the Digital Divide among Immigrant Families in Italy’ in Marcelo J. Borges, Sonia Cancian and Linda Reeder (eds), *Emotional Landscape: Love, Gender, and Migration* (University of Illinois Press 2021) 238-258.

⁶ Martha C. Nussbaum, *Love’s Knowledge: Essay on Philosophy and Literature* (Oxford University Press USA 1990) x-xi.

เสริมสิทธิในความโรแมนติกและรับรองปณิธานแบบเพลโต (Romantic rightness and Platonic aspiration) รวมทั้งการสั่งมูมมองความรักจากทัศนะทางจริยธรรม (Moral point of view)⁷ เป็นต้น

การศึกษาพัฒนาการของอารมณ์ในฐานะปรัชญาของ Martha Craven Nussbaum ปรากฏในงานชิ้นสำคัญ เช่น อารมณ์ความต้องการและความปรารถนาที่ปรากฏอยู่ในยุคเฮเลนนิสติก (Hellenistic age) ไม่ว่าจะเป็นความปรารถนา (Desire) ความอับอาย (Shame) ความโกรธ (Anger) ความรุนแรง (Aggression) ความทะเยอทะยาน (Passion)⁸ อารมณ์ทั้งหมดในการศึกษาตามกรอบแนวคิดในยุคเฮเลนนิสติกของ Martha Craven Nussbaum เป็นไปเพื่ออธิบายโครงสร้างความซับซ้อนของอารมณ์มนุษย์อย่างเป็นระบบ นอกจากนี้ นักปรัชญาด้านอารมณ์มีส่วนสำคัญมากที่จะต้องทำให้เกิดความกระจ่างชัดต่ออารมณ์ศึกษาที่สามารถปฏิบัติกับโลกใบนี้ได้ได้อย่างไร

การศึกษาทางจริยศาสตร์ของ Martha Craven Nussbaum⁹ ได้ขยายไปสู่การศึกษาเรื่องความเปราะบางแห่งอารมณ์ของมนุษย์ โดยการอธิบายผ่านนักปรัชญาในสมัยกรีกโบราณ ทั้งนี้ ความโชคดี (Luck) เป็นศูนย์กลางของการศึกษาครั้งนี้ ความโชคดีนี้ตามความเข้าใจของนักคิดอย่างเพลโต (Plato) แอนติโกเน (Antigone) โพรทาโกรัส (Protagoras) งานเขียนชิ้นสำคัญของเพลโตอย่างอุดมรัฐ (The Republic) และอธิบายความบ้าคลั่ง (Madness) ผ่านความเข้าใจของโสเครตีส (Socrates) ว่าความบ้าคลั่งเป็นพลังอันสำคัญและเป็นทีไปที่มาของการขับเคลื่อนให้เกิดการยกเลิกและการต่อต้านบางอย่างขึ้นและกระบวนดังกล่าวนี้แตกต่างและส่งผลกระทบต่อความโชคดีอย่างไร นอกจากนี้แล้ว Martha Craven Nussbaum ได้อธิบายให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างความน่าสงสาร (Pity) และความกลัว (Fear) ว่าเป็นองค์ประกอบที่ไร้เหตุผล (Irrational) และไร้ประโยชน์ (Useless) และมีลักษณะตรงกันข้ามกับความโชคดีอย่างสิ้นเชิง¹⁰

การศึกษารมณ์ในเชิงนิติปรัชญาของ Martha Craven Nussbaum ได้ตั้งคำถามที่สำคัญอย่างยิ่งที่แสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับอารมณ์ กล่าวคือ กฎหมายที่ปราศจากหรือไร้ซึ่งอารมณ์จะเป็นอย่างไร¹¹ บทบาทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับอารมณ์ อารมณ์ในฐานะเป็นส่วนสำคัญในการเปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานในทางสังคม ความน่าขยะแขยงกับกฎหมาย รวมถึงการโดนตัดออกจากสังคมโดยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบาทหน้าที่และความรู้สึกของจำเลย หรือกระบวนการต่อสู้ในกระบวนการ

⁷ ibid 261-364.

⁸ Martha C. Nussbaum, *The Therapy of Desire: Theory and Practice in Hellenistic Ethics* (Princeton University Press 1994) 484-505.

⁹ Martha C. Nussbaum, *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics Tragedy and Philosophy* (Cambridge University Press 2001) 23-228.

¹⁰ ibid 378-394.

¹¹ Martha C. Nussbaum, *Hiding From Humanity: Disgust, Shame and the Law*. (Princeton University Press 2004) 5-12.

ยุติธรรมของคนรักเพศเดียวกัน มลทินและการติดตริ่งไว้ซึ่งมลทินในสังคมอันเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่ก่อให้เกิดความรู้สึกรับอภัยในการมีชีวิตในสังคม และความอับอายจากกฎหมายที่นำไปสู่การฆ่าตัวตาย¹² เป็นต้น

การศึกษาอารมณ์ในกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการศึกษาตัวบทหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรและทฤษฎีทางนิติศาสตร์ อารมณ์ในกระบวนการยุติธรรมดูเหมือนจะอยู่ในส่วนที่คลุมเครือและเป็นไปไม่ได้อย่างมากสำหรับการริเริ่มศึกษานิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม อย่างไรก็ตาม อารมณ์ถือได้ว่ามีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์ หากพิจารณาในอีกมุมหนึ่งจะพบว่าระบบกฎหมายเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดพฤติกรรมของมนุษย์เช่นกัน ในทางกลับกัน อารมณ์ได้ถูกละเลยและเพิกเฉยต่อการศึกษาในทางนิติศาสตร์ นักวิชาการทางด้านอารมณ์ศึกษามองว่าความพยายามในการทำความเข้าใจอารมณ์จะเป็นส่วนสำคัญที่จะสามารถสร้างความเที่ยงธรรมได้มากขึ้น และทำให้กระบวนการยุติธรรมทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น¹³ นอกจากนี้แล้ว งานของ Susan A. Bandes เรื่อง *The Passions of Law*¹⁴ เป็นงานศึกษาที่เป็นวิชาการและเป็นระบบที่สามารถพิสูจน์ด้วยวิธีการทางวิทยาศาสตร์ในกฎหมายได้เสนอว่า อารมณ์เป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญของวิชานิติศาสตร์ ตัวบทกฎหมาย ลายลักษณ์อักษร กระบวนการทางกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมและสำคัญที่สุดคืออารมณ์ส่งผลกระทบต่อโดยตรงและเป็นองค์ประกอบที่สำคัญต่อเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษา ถึงแม้อารมณ์จะดูเสมือนหนึ่งเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก ซับซ้อนและเข้าใจได้ยาก แต่ก็ปรากฏค่อนข้างชัดเจนว่าอารมณ์เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้กฎหมายสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น อารมณ์จึงแสดงบทบาทที่สำคัญในการตีความกฎหมายและส่งผลกระทบต่อคำพิพากษา หากพิจารณา ร่วมกับหลักการร่วมสมัยในการนำอารมณ์มาวิเคราะห์และเป็นส่วนประกอบที่สำคัญในการพิพากษาคดี อารมณ์เปรียบเสมือนหนึ่งองค์ประกอบที่หนุนเสริมและสร้างสรรค์กระบวนการที่เรียกว่า พลวัตของการปฏิรูปกฎหมาย (*The dynamics of legal reform*)

งานศึกษาของ Kathryn D. Temple¹⁵ ได้ชี้ให้เห็นว่า สังคมที่สามารถใช้กฎเกณฑ์ได้ประสบความสำเร็จนั้น (*Successfully-regulated society*) นั้นเกิดมาจากการที่มนุษย์มีความปรารถนา ความอยาก และความเชื่อจากภายในว่าด้วยพฤติกรรมการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นอย่างสม่ำเสมอ เท่าเทียมและเป็นธรรม จนกระทั่งกฎหมายได้กลายมาเป็นบรรทัดฐานของสังคม เพราะว่าคนในสังคมเชื่ออย่างบริสุทธิ์ใจว่ากฎหมายจะนำมาสู่จุดหมายปลายทางแห่งความยุติธรรม พร้อมทั้งเชื่อว่าบุคคลที่มีอำนาจแห่งรัฐและมีอำนาจตามกฎหมายจะสามารถควบคุมพฤติกรรมการอยู่ร่วมกันของผู้คนในสังคมที่เป็นระเบียบอย่างจริงจัง

¹² *ibid* 19-217.

¹³ Susan A. Bandes, Jody Lyneé Madeira, Kathryn D. Temple and Emily K. White, 'Introduction' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar Publishing 2021) 1.

¹⁴ Susan A. Bandes, *The Passions of Law* (New York University Press 1999) 1-5.

¹⁵ Kathryn D. Temple, 'Why the law needs the history of emotions: William Blackstone, Agamben, and form-of-life' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar Publishing 2021) 421.

งานชิ้นสำคัญของนักนิติปรัชญาที่มีบทบาทสำคัญมากในการศึกษาอารมณ์ในทางกฎหมาย ได้พยายามขบคิดเกี่ยวกับความเชื่อมโยงของอารมณ์ โครงสร้างของกักระบบอารมณ์ที่ปรากฏในการศึกษานิติศาสตร์ อย่างเช่น ความรู้สึกผิด (Guilt) ความเมตตาและความปรานี (Mercy) ความยุติธรรม (Justice) ความสำนึกผิด (Remorse) ศักดิ์ศรี (Dignity) และความเป็นธรรม (Fairness) เป็นต้น นักคิดคนสำคัญที่พัฒนาแนวความคิดเหล่านี้ คือ Martha Craven Nussbaum ที่ได้ทำหน้าที่ผลิตงานเขียนทางวิชาการที่ทำความเข้าใจจากรากฐานทางปรัชญาของอารมณ์และอธิบายจากรากฐานที่มาทางปรัชญาโบราณในยุคเฮลเลนนิสติก (Hellenistic period) เพื่อทำความเข้าใจต่อโครงสร้างและกระบวนการทำงานของอารมณ์มนุษย์ พร้อมทั้งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าอารมณ์ต่าง ๆ ของมนุษย์ส่งผลกระทบต่อการทำงานทำความเข้าใจกระบวนการยุติธรรมและความยุติธรรมอย่างไร¹⁶

นิติศาสตร์เป็นสาขาวิชาการที่ให้คุณค่ากับการประเมินสิ่งต่าง ๆ หรือการบังคับใช้กฎหมายผ่านระบบที่เรียกว่า เหตุผล กระบวนการยุติธรรมจะอ้างระบบเหตุผลที่จะนำมาสู่คุณค่าของชีวิต อิสระภาพ เสรีภาพและการมีอยู่ของระบบทรัพย์สินของมนุษย์ อารมณ์จะเป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญและตัดทอนออกไปจากระบบนิติศาสตร์เช่นว่า พร้อมทั้งอารมณ์จะนำมาสู่การไม่ได้รับการรับรองหรือการได้รับการยอมรับไว้เป็นคุณค่าหนึ่งของการพิจารณาตัดสินสิ่งใดสิ่งหนึ่งอย่างทันทีทันใด โดยการแอบอ้างว่าอารมณ์เหล่านี้เป็น อคติ ความไม่เกี่ยวข้อง ความไร้เหตุผล ความไร้ตรรกะ ความขาดแคลนทางปัญญาและความรุนแรงทางปัญญา เพื่อจะนำหลักฐานที่เกี่ยวข้อง และเป็นการลดทอนคุณค่าของพยานหลักฐานซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการพิจารณาคดี¹⁷ ดังนั้นการสอนเรื่องอารมณ์ศึกษาจึงเริ่มถูกนำไปสอนในโรงเรียนกฎหมาย หรือคณะนิติศาสตร์จำนวนหนึ่ง กระบวนการเริ่มสอนอารมณ์ศึกษาจึงได้รับความสนใจมากขึ้น¹⁸ และจากมุมมองทางจิตวิทยาพบว่า อารมณ์ส่งผลกระทบต่อทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อการตั้งคำถามทางกฎหมาย ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายด้วย¹⁹ ดังนั้นอารมณ์ศึกษาจะเป็นรากฐานที่สำคัญที่ทำให้เข้าใจกระบวนการยุติธรรมและความยุติธรรมได้ในทางหนึ่ง

2. อารมณ์ศึกษา

อารมณ์ศึกษาได้ขยายตัวจากวงการวิทยาศาสตร์ จิตวิทยา ไปสู่วงการสังคมศาสตร์ นักวิชาการได้นิยาม อารมณ์ ไว้ว่า “อารมณ์ คือ กระบวนการในการก่อตั้ง การดำรงอยู่ หรือการทำลายความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและสภาพแวดล้อมภายในและภายนอก อารมณ์เป็นปรากฏการณ์ของการรับรู้ สภาวะของการ

¹⁶ Susan A. Bandes and others (n 13) 3.

¹⁷ ibid 5.

¹⁸ Senthoran Raj, ‘Teaching Feeling: Bringing Emotion into the Law School’ (2021) 55 *The Law Teacher* 128, 128-142. <<https://doi.org/10.1080/03069400.2020.1781456>> accessed 28 September 2022.

¹⁹ Brian H. Bornstein and Richard L. Weiner, ‘Emotion and the Law: A Field Whose Time Has Come’ in Brian H. Bornstein and Richard L. Weiner (eds), *Emotion and the Law: Psychological Perspectives* (Springer Science + Business Media 2010) 4.

กระตุ้นทางจิตวิทยา การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมและแนวโน้มของการกระทำ อารมณ์เป็นส่วนสำคัญที่ตอบสนองต่อระบบอวัยวะภายใน ในส่วนของสรีระทางชีววิทยา เช่น การตอบสนองต่อการทำงานของระบบประสาท (Nervous system) หรือระบบประสาทพาราซิมพาเทติกอันเป็นส่วนหนึ่งของระบบประสาทอัตโนมัติ (Parasympathetic nerve system) เป็นต้น”²⁰

นอกจากนี้ Carroll E. Izard และ Rogers Kobak ได้เสนอด้วยว่า อารมณ์เป็นกระบวนการที่ทำงานสัมพันธ์กันกับระบบประสาท (Neuro system) และประสบการณ์ภายใต้จิตสำนึก (Conscious-experimental level) ซึ่งการทำงานของระบบประสาทจะเกี่ยวข้องกับประสาทส่วนกลาง และฮอร์โมน (Hormones) และสารที่ทำหน้าที่สำคัญซึ่งส่งสัญญาณระหว่างระบบประสาท (Neurotransmitter) การแสดงออก อันได้แก่ การแสดงออกทางสีหน้า (Facial) เสียง (Vocal) ท่าทาง (Posture) และกริยาอาการ (Gestural) และส่วนประกอบในระดับจิตสำนึกอันมีองค์ประกอบของสภาวะอารมณ์และความรู้สึกเป็นสำคัญ (Emotional feeling states)²¹ เป็นต้น บทสรุปของนักจิตวิทยาโดยทั่วไป กล่าวคือ อารมณ์เป็นส่วนสำคัญที่ต้องได้รับการควบคุม²² พร้อมทั้งการศึกษาผลกระทบที่เกิดจากกระบวนการทางนิติเวชศาสตร์อันเนื่องมาจากอารมณ์ที่เรียกว่า ผลกระทบเชิงโปรแกรม (Informational effects) ซึ่งสามารถแบ่งออกได้เป็น ประการแรก โครงสร้างของความทรงจำ ประการที่สอง การอธิบายปัจจัยแทรกแซง และการประเมินผลกระทบเหล่านี้เอง ส่งผลต่อความผิดพลาดในการตัดสินหรือพิพากษาคดีลดน้อยลง กล่าวโดยสรุปง่าย ๆ คือ บุคคลที่มาเป็นพยานที่มาด้วยอารมณ์ที่ไม่ดีหรืออารมณ์เสียจะส่งผลต่อการพิจารณาคดีโดยตรง²³

ทั้งนี้ อารมณ์ หมายถึง การตัดสินคุณค่าทางจริยธรรม อันส่งผลกระทบต่อการประเมินคุณค่าด้วยปัญญาของความคาดหวังในปัจจุบันและประสบการณ์ในอดีต²⁴ อารมณ์มีความเป็นสากล อารมณ์สามารถแบ่งปัน และอารมณ์ยังเป็นที่ยอมรับในทุก ๆ วัฒนธรรม ทั้งนี้ อารมณ์เป็นสิ่งที่สามารถปรับเปลี่ยน ยืดหยุ่น และอารมณ์เป็นสิ่งที่สามารถสร้างความเปลี่ยนแปลงในเชิงสังคมได้ด้วย รวมถึง สังคมเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งที่สามารถสร้างอารมณ์ร่วมให้เกิดร่วมกันในสังคมเช่นเดียวกัน²⁵ นอกจากนี้ มนุษย์เผชิญกับสถานการณ์ทางด้าน

²⁰ Judy Garber and Kenneth A. Dodge (n 2) 3-4.

²¹ Carroll E. Izard and Rogers R. Kobak, ‘Emotions System Functioning and Emotional Regulation’ in Judy Garber and Kenneth A. Dodge (eds), *The Development of Emotion Regulation and Dysregulation* (Cambridge University Press 1991) 303.

²² ibid 306.

²³ Joseph P. Forgas, ‘Affect in Legal and Forensic Settings: The Cognitive Benefits of Not Being Too Happy’ in Brian H. Bornstein and Richard L. Wiener (eds), *Emotion and the Law: Psychological Perspectives* (Springer Science + Business Media 2010) 16-39.

²⁴ Clara Eroukhanoff and Bernardo Teles Fazendeiro, ‘Emotions and Time: Approaching Emotions Through a Fusion of Horizons’ in Maéva Clément and Eric Sangar (eds), *Researching Emotions in International Relations: Methodological Perspectives on the Emotional Turn* (Palgrave MacMillan 2018) 260.

²⁵ Merridee L. Bailey and Kimberley-Joy Knight, ‘Writing Histories of Law and Emotion’ (2017) 38 *The Journal of Legal History* 117, 120. <<https://doi.org/10.1080/01440365.2017.1336889>> accessed 28 September 2022.

อารมณ์จำนวนมากซึ่งมีบริบทที่แตกต่างออกไปในชีวิตประจำวัน ไม่ว่าจะเป็ นสถานการณ์ทางกฎหมาย สถานการณ์ทางการเมือง เป็นต้น

ทั้งนี้ ความสัมพันธ์ทางสังคมและความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลมีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการกำหนด กฎเกณฑ์ทางอารมณ์ และเกิดกระบวนการขัดเกลาทางสังคมของระบบอารมณ์ (The regulation and socialization of the emotion system) อารมณ์เป็นหัวใจสำคัญของแรงผลักดันทางอารมณ์และการ เปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นกับตัวมนุษย์ การศึกษาอารมณ์จึงมีความสำคัญในฐานะของการควบคุมสิ่งอื่น ๆ และคน อื่น ๆ นอกจากนี้ การศึกษาอารมณ์ในฐานะของพลังในการเปลี่ยนแปลงสังคมยังคงมีการศึกษาอยู่อย่าง ค่อนข้างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสร้างเครือข่ายที่เป็นพันธะของอารมณ์ทางสังคม (The network of socio-emotional bonds) เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาสังคมในรูปแบบต่าง ๆ²⁶ รวมถึงการนำอารมณ์ศึกษามา เป็นแกนกลางและเป็นหัวใจในการศึกษานิติศาสตร์

หากพิจารณาจากคำกล่าวของ อริสโตเติล (Aristotle) จะพบว่า อารมณ์เป็นส่วนที่ถูกผลักออกจาก กระบวนการทางเหตุผล เรื่องจากความเข้าใจของอริสโตเติลในประเด็นเรื่องนิยามความหมายของกฎหมาย กล่าวคือ กฎหมายคือเหตุผลที่ปราศจากอารมณ์ (Law is reason free from emotion) ตัวอย่างเช่น ผู้ พิพากษา คณะผู้พิพากษา ตุลาการและคณะลูกขุน คือ กลุ่มคนที่เรียกได้ว่าเป็นกลุ่มคนที่มีเหตุผล สามารถคิด เกี่ยวกับผลประโยชน์ได้เสียที่เกิดขึ้นในการเขียนคำพิพากษาจากการพิจารณาด้วยเหตุด้วยผล²⁷ อย่างไรก็ตาม อารมณ์สามารถมีส่วนเข้ามาเกี่ยวข้องในการสืบพยานและส่งผลต่อคำพิพากษาในที่สุด เช่น ความโกรธแค้นที่ เกิดจากการฆ่าคนตาย อันถือได้ว่ามีโทษหนักและอารมณ์ต่าง ๆ ที่มาเกี่ยวข้องหรือหยั่งเหยงกับคดีจะส่งผลโดย ต่อการนำไปสู่การลงโทษสูงสุด หรือโทษประหารชีวิตได้ โดยสรุปแล้วในกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถพิสูจน์ ได้เลยว่าอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมหรือกระบวนการยุติธรรมได้เมื่อไร ทำไมจึงเข้ามาเกี่ยวข้อง อารมณ์เกี่ยวข้องอย่างไร และอารมณ์ที่เกี่ยวข้องนั้นเกี่ยวกับใครบ้าง ทั้งนี้ กระบวนการทำงานของอารมณ์ใน กระบวนการยุติธรรมจะส่งผลต่อการพิพากษาคดีเมื่อไรสามารถพิจารณาได้ค่อนข้างยากพอสมควร

การศึกษาอารมณ์ในทางสังคม คือ การศึกษาความรู้สึกของปัจเจกบุคคลที่รวมกันมาเข้าเป็นกลุ่มก้อน โดยสรุปแล้ว นักวิจัยอารมณ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเชื่อร่วมกันว่าอารมณ์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้ในบริบท ทางประวัติศาสตร์ สังคมและวัฒนธรรม อารมณ์เป็นสิ่งที่ยากจะอธิบาย และยากในการนำไปปฏิบัติ รวมถึง ความยุ่งยากในการสร้างเครื่องมือมาชี้วัดและวิเคราะห์ สุดท้ายอารมณ์กลายเป็นสิ่งที่ยากที่สุดในการแยก ออกเป็นหน่วยในการวิเคราะห์หรือหน่วยในการศึกษาแบบโดด ๆ แยกออกจากปัจจัยอื่น ๆ²⁸ นอกจากนี้ อารมณ์วิทยาทางสังคม (Social emotionology) คือ อารมณ์พื้นฐานในทางสังคม กระบวนการทางสังคมที่

²⁶ Carroll E. Izard and Rogers R. Kobak (n 21) 314-319.

²⁷ Brian H. Bornstein and Richard L. Weiner (n 19) 2.

²⁸ Maéva Clément and Eric Sangar, 'Introduction: Methodological Challenges and Opportunities for the Study of Emotions' in Maéva Clément and Eric Sangar (eds), *Researching Emotions in International Relations: Methodological Perspectives on the Emotional Turn* (Palgrave MacMillan 2018) 6-7.

ส่งผลต่ออารมณ์วิทยา รวมทั้งกระบวนการที่วัฒนธรรมส่งผลกระทบต่อการแสดงอารมณ์ของผู้คนและปัจเจกชนในสังคม²⁹

อารมณ์ที่ส่งผลกระทบต่อการศึกษาสังคมมากที่สุด หากพิจารณาความเกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรม กล่าวคือ ความสำนึกผิด หรือความเสียใจอย่างมากต่อการกระทำความผิดที่ได้กระทำไป (Remorse) การศึกษาความสำนึกผิดเริ่มจากการถามคำถามอันสำคัญคือ เขาารู้สึกผิดกับสิ่งที่เขาทำลงไปหรือไม่ การสังเกตที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสำนึกผิดจึงเริ่มด้วยระเบียบวิธีการทางวิทยาศาสตร์ เพื่อทำความเข้าใจต่อกระบวนการหลังการทำผิดและปรากฏการณ์ทางสังคมที่ตามมาในเรื่องของการสำนึกผิด และการสำนึกผิดไม่สามารถพิจารณาอย่างโดด ๆ ได้เลย ต้องพิจารณาร่วมกับศาสตร์อื่น ๆ เช่น จริยศาสตร์ จิตวิทยา อาชญวิทยา และสังคมวิทยา ซึ่งจะแสดงผลการพิสูจน์ที่มีความแม่นยำมากกว่าการศึกษาเพียงความหมายและผลกระทบในเชิงอาชญวิทยาเพียงอย่างเดียว³⁰

ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการศึกษาเรื่องความสำนึกผิด พบว่า กระบวนการทางตุลาการหรือกระบวนการในทัณฑสถานได้ใช้แนวทางการศึกษาเรื่องการสำนึกผิดนั้น มีเป้าหมายเพื่อสร้างชุมชนที่เกิดขึ้นภายหลังความสำนึกผิดขึ้นมา อันได้แก่ การสร้างความรับผิดชอบโดยคิดจากฐานความผิดและการลงโทษสถานการณ์ที่จะสร้างความสำนึกผิดที่มากขึ้น ผลที่เกิดขึ้นจากผู้ที่กระทำความผิดซ้ำซากสามารถลดภาวะการกระทำความผิดนั้นได้ โดยแสดงให้เห็นถึงความรู้สึกที่แท้จริงที่จะกลับมาปฏิบัติตามบรรทัดฐานของสังคม กระบวนการในการเปลี่ยนแปลงตนเองต้องได้รับการพิจารณาควบคู่ไปด้วย³¹ ดังนั้น ความสำนึกผิดจึงเป็นส่วนสำคัญที่นำมาพิจารณาในการกฎเกณฑ์และหลักการในสังคมอีกครั้ง เช่น กรณีของการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ชาวยิว³² เป็นต้น

หากพิจารณาถึงการทำลายล้างเผ่าพันธุ์แล้ว จะพบว่า อารมณ์ที่สำคัญในการขับเคลื่อนและทำให้เกิดการทำลายล้างเผ่าพันธุ์ ได้แก่ ความโกรธเกรี้ยว (Hot anger) และเพิ่มระดับความรุนแรงของความโกรธให้เป็นความโกรธในระดับชุมชน และกลายเป็นความโกรธร่วมกันในระดับที่เรียกว่า ความโกรธสาธารณะ และกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้กระทำผ่านกระบวนการตุลาการของเยอรมันและความคิดเห็นของผู้พิพากษา³³ และกระบวนการต่าง ๆ เหล่านี้นำไปสู่การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์มนุษย์ (Homicide) ในที่สุด

นอกจากนี้ นักวิชาการทางด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ได้ให้นิยามคำว่า อารมณ์ ไว้วคือ “ภาวะที่ข้างในที่ปัจเจกบุคคลอธิบายถึงความรู้สึกและความรู้สึกเหล่านั้น มีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับสภาวะ

²⁹ Clara Eroukmanoff and Bernardo Teles Fazendeiro (n 24) 260.

³⁰ Richard Weisman, *Showing Remorse: Law and the Social Control of Emotion* (1st edn, Routledge 2014) 1-3.

³¹ *ibid* 27-39.

³² *ibid* 129-133.

³³ Susanne Pohl-Zucker, ‘Hot Anger and Just Indignation: Justificatory Strategies in Early Modern German Homicide Trails’ in Kate Gilbert and Stephen D. White (eds), *Emotion, Violence, Vengeance, and Law in the Middle Ages: Essays in Honor of William Ian Miller* (Brill 2018) 25-46.

รวมถึงการเปลี่ยนแปลงทางชีวภาพ การรับรู้ พฤติกรรม นอกจากนี้แล้ว ผลกระทบและอารมณ์สามารถเป็นเงื่อนไขที่สำคัญและสร้างผลกระทบต่อการสร้างกรอบแนวความคิดเพื่อประเมินคุณค่าทางอารมณ์ของสังคมโลกได้ด้วย” ข้อท้าทายเชิงวิวิธวิทยาในการศึกษาอารมณ์กับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ รูปแบบขององค์ความรู้เกี่ยวกับอารมณ์ที่นักวิจัยต้องการผลิตขึ้นมา การพัฒนาองค์ความรู้ในฐานะขององค์ความรู้จากภายใน การปรับเปลี่ยนวิธีและจารีตการศึกษา รวมถึงการหยิบยืมวิวิธวิทยาจากสาขาวิชาอื่น ๆ หรือการปรับการศึกษาวิจัยเป็นแบบสหสาขาวิชา การนิยามเชิงปฏิบัติการของอารมณ์ศึกษาจากปรากฏการณ์ทางอารมณ์ไปสู่การสร้างกรอบแนวความคิดทางการวิจัย การกำหนดขนาดของเนื้อหาในการวิจัย รวมถึงขอบเขตของการวิจัยด้านอารมณ์ศึกษาและความอ่อนไหวทางอารมณ์ (Emotional sensitivity)³⁴ ถึงแม้ กรอบแนวความคิดดั้งเดิมที่ใช้เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์อารมณ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก เพราะว่าเป็นประเด็นที่มีความอ่อนไหวซึ่งตรงกันข้ามกับการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกระแสหลักที่เน้นการศึกษาความมั่นคง นักความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้สร้างเครื่องมือในการทำวิจัยขึ้นมาเพื่อนำเสนอทางเลือกอื่น ๆ เพื่อเพิ่มทฤษฎีและวิวิธวิทยาในการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ สำนักประจักษ์นิยม สำนักการตีความจารีตการปฏิบัติที่ผสมผสานระหว่างการวิจัยเชิงคุณภาพและการวิจัยเชิงปริมาณ เป็นต้น และนำเครื่องมือดังกล่าวมาใช้ในการวิเคราะห์ จะพบว่า อารมณ์ที่เกิดขึ้นจากปัจเจกชนและอารมณ์รวมหมู่ มีส่วนสำคัญอันส่งผลกระทบต่อผลกระทบทางการเมืองและรวมถึงการกระทำทางการเมืองระหว่างประเทศอย่างยิ่ง³⁵

กระบวนการในการหยิบยืมวิวิธวิทยาจากสาขาวิชาอื่น ๆ เป็นอีกความพยายามในทางวิชาการอีกรูปแบบหนึ่ง อันสามารถนำมาปรับใช้ในสาขาวิชาที่มีความตื่นตัวในการวิเคราะห์ การเลือกหน่วยในการวิเคราะห์ และการเลือกกลุ่มตัวอย่างที่นำมาใช้ในการวิเคราะห์ พร้อมทั้งแก้ไขจุดบกพร่องต่อวิวิธวิทยาแบบเก่าๆ ที่มีความตีบตันในทางวิชาการ ดังนั้น การหยิบยืมวิวิธวิทยาจากสาขาวิชาอื่น ๆ อาจเป็นหนทางที่จะนำมาซึ่งทางออกจากความมีเดมและความอึดอัดของสาขาวิชานั้น ๆ เฉกเช่นที่สาขาวิชานิติศาสตร์กำลังเผชิญอยู่ วิวิธวิทยาที่สาขาวิชาอื่น ๆ ได้คิดค้นและทดลองใช้อันมีความน่าสนใจในการหยิบยืมมาทดลองศึกษา เช่น ทศนวิเคราะห์หรือการวิเคราะห์เชิงทัศนภาพ (Visual analysis) ชาติพันธุ์วรรณา (Ethnography) การวิเคราะห์ในบริบทเชิงสังคมประวัติศาสตร์ (Historical-Sociological Analysis) การใช้เครื่องมือในการวิเคราะห์จิตวิทยา (Psychoanalysis) การผสมผสานอารมณ์ (Mixed emotions) หรือการใช้อารมณ์สาธารณะ (Public moods) เป็นต้น³⁶ ทั้งนี้ วิวิธวิทยาเฉพาะที่ใช้ในการศึกษาอารมณ์ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ อันได้แก่ การวิเคราะห์เชิงจิตวิทยาของปรากฏการณ์วิทยา (Psychoanalytical phenomenology) การตีความทางรัฐศาสตร์ (Interpretative political science) การวิเคราะห์อัตชีวประวัติ (Biographical analysis) การวิเคราะห์เนื้อหาเชิงเปรียบเทียบ (Comparative content analysis) การสังเกตอย่างมีส่วนร่วม (Participant

³⁴ Maéva Clément and Eric Sangar (n 28) 8.

³⁵ ibid 16.

³⁶ ibid 8-10.

observation) ชาติพันธุ์วรรณาอัตโนมิติ (Autoethnography) การวิเคราะห์การสัมภาษณ์ (Interview analysis) วาทกรรมวิเคราะห์ของฟูโกต์ (Foucauldian discourse analysis) สังคมวิทยาของประวัติศาสตร์ (Historical sociology) การวิเคราะห์เรื่องเล่าผ่านความช่วยเหลือทางคอมพิวเตอร์ (Computer-assisted narrative analysis) การวิเคราะห์หลายรูปแบบ (Multimodal analysis) การวิเคราะห์เชิงทัศนศาสตร์ (Visual analysis) และการวิเคราะห์วาทกรรมทางอารมณ์ (Emotional discourse analysis) วิธีวิทยาเหล่านี้สามารถใช้เป็นเครื่องมือในการวิเคราะห์ตัวบทกฎหมายและวิชานิติศาสตร์ได้อย่างรอบด้านพอสมควร

เมื่อผนวกรวมวิธีวิทยาจากสาขาวิชาอื่น ๆ รวมกับอารมณ์ต่าง ๆ ที่ได้รับการศึกษาในฐานะของอารมณ์ศึกษา พบว่า มีอารมณ์อีกจำนวนมากที่ควรได้รับการยกขึ้นมาเป็นหน่วยในการวิเคราะห์ อันได้แก่ ความรู้สึกผิด (Guilt) ความเข้าอกเข้าใจ (Empathy) ความโหม่นนัส (Depression) ความยินดี (Pleasure) ความสุข (Enjoyment) ความโกรธ (Anger) ความหลงใหล (Passion) ความเวทนา (Compassion) ความสุขุม (Discreetly)³⁷ ความอับอาย (Shameful) ความเห็นแก่ตัว (Selfish) ความเศร้าสลด (Grief) ความน่าสงสาร (Pity) หนี (Fleeing) ความแค้น (Resentment) ความผืนแปร (Range) ความอาฆาต (Vengeance) ความเข้มงวดกวดขัน (Austerity) ความพยาบาท (Mercy) และความก้าวร้าว (Offensive)³⁸ ความกล้าหาญ (Courageous) ความไวเนื้อเชื่อใจ (Trust) สมรรณ (Empathy) ความสิ้นหวัง (Hopelessness) ความหวาดผวา (Horror) ความพึงพอใจ (Satisfaction) การยกย่องสรรเสริญ (Praise) การปลอบโยน (Condolence)³⁹ เป็นต้น

ดังนั้น การศึกษาอารมณ์อันมีรากฐานการศึกษาแนววิทยาศาสตร์ของจิตและวิทยาศาสตร์ทางกฎหมายอันส่งผลต่อแนวทางในการศึกษาอารมณ์ในรูปแบบที่หลากหลายมากขึ้น กล่าวคือ การศึกษาอารมณ์ในลักษณะของสหสาขาวิชา (Multidisciplinary approaches) ซึ่งหมายความถึง ความหลากหลายของสาขาวิชาที่มาเกี่ยวข้องกับการศึกษาไม่ว่าจะเป็น จิตวิทยา กฎหมาย ชีววิทยาที่ต้องอาศัยหลักการทางวิทยาศาสตร์ในการหาผลการทดลอง สรุปลแล้ว การศึกษาบทบาทของอารมณ์ศึกษาไม่สามารถที่จะสร้างคำอธิบายได้ด้วยนักวิจัยเพียงคนเดียว หากแต่ต้องพึ่งพานักวิจัยที่ตีรับการฝึกฝนและมีความเข้าใจมากกว่าหนึ่งสาขาวิชาเข้ามาทำวิจัยเกี่ยวกับอารมณ์⁴⁰ การนำเอาอารมณ์และวิธีวิทยาต่าง ๆ เข้ามาเป็นฐานในการวิเคราะห์และศึกษานิติศาสตร์จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง

³⁷ Carroll E. Izard and Rogers R. Kobak (n 21) 303.

³⁸ Gabi Schlag, 'Moving Images and the Politics of Pity: A Multilevel Approach to the Interpretation of Images and Emotions' in Maéva Clément and Eric Sangar (eds), *Researching Emotions in International Relations: Methodological Perspectives on the Emotional Turn* (Palgrave MacMillan 2018) 216-244.

³⁹ *ibid* 256-272.

⁴⁰ Brian H. Bornstein and Richard L. Weiner (n 19) 5-6.

3. คุณค่าของอารมณ์ในนิติศึกษา

นักวิชาการกฎหมายสมัยใหม่และนักประวัติศาสตร์กฎหมายได้ริเริ่มตั้งคำถามที่มีความสำคัญต่อพัฒนาการทางอารมณ์และกฎหมาย เพื่อแสดงให้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างนิติศาสตร์ร่วมกับศาสตร์อื่น ๆ เช่น วิทยาศาสตร์แห่งความรู้ (Cognitive science) สังคมศาสตร์ (Social science) และมนุษยศึกษา (Human science) เป็นต้น การพยายามสร้างคุณค่าและอารมณ์ในวิชานิติศึกษาเป็นประกอบสร้างองค์ความรู้แบบสหสาขาวิชาขึ้นในวงการนิติศึกษา ทั้งนี้ นักวิชาการนิติศาสตร์กลุ่มแรกที่เริ่มทำการศึกษาค้นคว้า ได้ศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างนิติศึกษาและอารมณ์ศึกษาผ่านมุมมองทางประวัติศาสตร์ การสร้างข้อถกเถียงทางประวัติศาสตร์กฎหมายอันมีอารมณ์ เหตุผลและกฎหมายเป็นศูนย์กลางของการสร้างข้อโต้แย้ง รวมทั้งชี้ให้เห็นว่าอารมณ์ทำงานอย่างไร อารมณ์ทำหน้าที่เพิ่มพูนความเข้าใจต่อคุณค่าทางกฎหมายอย่างไร อารมณ์ลดทอนคุณค่าทางกฎหมายอย่างไร อารมณ์ทำงานอย่างไรในกระบวนการทางกฎหมาย และสุดท้ายอารมณ์ทำงานอย่างไรในกระบวนการตัดสินพิจารณาคดี⁴¹ และรูปแบบความสัมพันธ์เหล่านี้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ชนิดใหม่ขึ้น เรียกว่า ประวัติศาสตร์แห่งอารมณ์ในนิติศึกษา

เมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์ของการศึกษาอารมณ์ที่ปรากฏในกฎหมายจะพบว่า งานศึกษาของ Kathryn D. Temple เรื่อง *Loving Justice: Legal Emotions in William Blackstone's England*⁴² ได้ชี้ให้เห็น ความเชื่อมโยงระหว่างอารมณ์และกฎหมายในห้วงเวลาประวัติศาสตร์ของอังกฤษ อันได้แก่ ความปรารถนาที่ปรากฏในกฎหมายครอบครัว ความรู้สึกแปลกประหลาดที่ปรากฏในกฎหมายลักษณะทรัพย์สินของ ความอับอายที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหมิ่นประมาท ความรุนแรงและความหวาดกลัวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายลักษณะอาญา อารมณ์เหล่านี้แสดงให้เห็นทั้งคุณค่าของอารมณ์ต่อการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษ อย่างเป็นระบบ พร้อมทั้งมีการอธิบายรากที่มาทางประวัติศาสตร์ของอารมณ์เหล่านี้ที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติทางกฎหมายด้วย ถึงแม้ในที่สุดแล้ว จะนำมาสู่บทสรุปที่เรียกได้ว่าเป็นความไร้ตรรกะในทางนิติศาสตร์ อย่างไรก็ตาม รูปแบบของอารมณ์เหล่านี้ได้กำหนดสิ่งที่ Giorgio Agamben เรียกว่า รูปแบบแห่งชีวิต (Form-of-life) อันเกิดมาจากการผสมผสานระหว่างอารมณ์ตามธรรมชาติ ร่างกายทางชีววิทยาของมนุษย์และการรับรู้ทางกฎหมายอันเป็นส่วนผสมที่สมบูรณ์แบบในการกำหนดรูปแบบชีวิตของปัจเจกชนที่เชื่อมโยงกับสังคม⁴³ รวมถึง

⁴¹ Merridee L. Bailey and Kimberly-Joy Knight, 'Writing Histories of Law and Emotion' (2017) 38 *The Journal of Legal History* 117, 117-118. <<https://doi.org/10.1080/01440365.2017.1336889>> accessed 28 September 2022.

⁴² Kathryn D. Temple, *Loving Justice: Legal Emotions in William Blackstone's England* (New York University Press 2019) 4-35.

⁴³ Kathryn D. Temple (n 15) 424.

การศึกษาประวัติศาสตร์ของอารมณ์ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ได้รับการศึกษาเอาไว้ในศตวรรษที่ 18⁴⁴ เป็นต้น

เมื่อพิจารณามาตรฐานของกฎหมายผ่านอารมณ์ศึกษานั้นจะพบว่า “กฎหมายมีสองมาตรฐาน” สามารถอธิบายได้ผ่านมุมมองของนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม คือ การมีสองมาตรฐานในการปฏิบัติต่ออารมณ์ในทางกฎหมาย ประการที่หนึ่ง การที่กฎหมายอธิบายอย่างชัดเจนว่าได้ให้ความชอบธรรมในการนำอารมณ์มาเป็นส่วนสำคัญในการปรับใช้หรือตีความตัวบทกฎหมาย ประการที่สอง กฎหมายปฏิเสธอารมณ์ที่เกี่ยวข้องและไม่ได้ให้ความสำคัญกับการนำเอาอารมณ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี ตัวอย่างเช่น การวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันได้แก่ อาชญากรรมการสร้างความเกลียดชัง (Hate crimes) และ อาชญากรรมแห่งความหลงใหล (Crimes of passion) หรือรางวัลสำหรับความเสียหายทางด้านจิตใจ (Awarding emotional damage) ความทุกข์ทรมานทางด้านจิตใจ (Mental suffering) และความรับผิดชอบ ข้อหาดังกล่าวข้างต้นนำมาสู่บทลงโทษทางกฎหมายที่ตามมาไม่ว่าจะเป็นค่าชดเชยความเสียหาย หรือการลงโทษอย่างหนัก เป็นต้น⁴⁵ ผลที่ปรากฏในบทลงโทษล้วนสะท้อนให้เห็นลำดับความรุนแรงของอารมณ์ที่มีส่วนสำคัญในการพิจารณาคดีด้วยทางหนึ่ง

คำถามที่สำคัญของ Martha Craven Nussbaum ต่อการศึกษาปรัชญาของอารมณ์ทางนิติศาสตร์ กล่าวคือ กฎหมายจะดำรงอยู่อย่างไรหากกฎหมายปราศจากอารมณ์ความรู้สึก โดย Martha Craven Nussbaum ได้เสนอวิธีสำหรับการทำความเข้าใจหลักการดั้งเดิมของนิติศาสตร์และการศึกษากฎหมาย คือ อารมณ์เป็นสิ่งที่ไร้เหตุผลอย่างถึงที่สุดและเป็นไปไม่ได้เลยที่จะนำเอาอารมณ์มาร่วมพิจารณาในการสร้างกฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งขึ้นในสังคม เพราะว่ากฎหมายเกิดขึ้นมาจากกระบวนการในการสร้างเหตุผลไม่ได้มาจากความรู้สึก อย่างไรก็ตาม การพยายามนำเอาอารมณ์มาสร้างคำอธิบายในทางนิติศาสตร์ เกิดขึ้นมาเนื่องจากอารมณ์เป็นจุดอ่อนหรือส่วนสำคัญที่แสดงออกถึงความอ่อนแอของมนุษย์ และความอ่อนแอเหล่านี้ที่ส่งผลก่อให้เกิดการละเมิดต่อกฎหมายและการก่ออาชญากรรมขึ้น เช่น ความกลัวเกิดจากการจดจำลักษณะบางอย่างที่ประกอบไปด้วยความเลวร้าย⁴⁶ เป็นต้น

อารมณ์ในการศึกษากระบวนการยุติธรรมทางอาญาเป็นสิ่งที่ได้รับการละเลยเพิกเฉยเสมอมา แต่งานศึกษาของ Susan A. Bandes ได้ชี้ให้เห็นความใกล้ชิดอย่างสนิทแนบแน่นของอารมณ์ที่มีส่วนเกี่ยวข้องโดยตรงกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา พร้อมทั้งเสนอว่าบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเองที่ส่งผลและมีอำนาจอันยิ่งใหญ่ในการสร้างและการกำหนดความคาดหวังในทางอารมณ์ อย่างน้อยก็เป็นการลงโทษที่จะได้รับกฎหมายอาญา เช่น อารมณ์โกรธที่ส่งผลอันเกิดจากการกระทำของจำเลยหรือความ

⁴⁴ Amy Milka and David Lemmings, ‘Lawyerization, Providence, and Emotion in the Eighteenth-Century Criminal Trial’ in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar Publishing 2021) 374-390. <<https://doi.org/10.4337/9781788119085.00039>> accessed 28 September 2022.

⁴⁵ Brian H. Bornstein and Richard L. Wiener, ‘Introduction to the Special Issue on Emotion in Legal Judgment and Decision Making’ (2006) 30 *Law, Human and Behavior* 115, 115-118.

⁴⁶ Martha C. Nussbaum (n 11) 6-7.

โกรธที่เกิดจากการกระทำของเหยื่อในคดีอาญาเอง เป็นต้น⁴⁷ นอกจากนี้ อารมณ์ที่ปรากฏในหลักฐานที่มีรูปภาพ มีเสียง มีการเคลื่อนไหว (Visual evidence)⁴⁸ เป็นตัวอย่างที่ชัดเจนอย่างยิ่งที่อารมณ์ส่งผลกระทบต่อหรือมีอิทธิพลต่อการพิจารณาพิพากษาคดี

ข้อท้าทายที่เกิดขึ้นเนื่องจากความพยายามของนักนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม คือ ความท้าทายที่มีต่อความคิดในรูปแบบจารีตนิยมที่ติดกับตักอยู่ที่ความเป็นเหตุผลนิยม (Rationalism) ความพยายามในการสร้างความตระหนักรู้เรื่องอารมณ์ให้กับนักนิติศาสตร์แนวจารีตนิยม โดยพยายามสร้างความเชื่อมโยงผ่านหลักฐานเชิงประจักษ์ระหว่างพัฒนาการทางวิทยาศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งจิตวิทยา และความก้าวหน้าของสังคมศาสตร์ทางด้านอารมณ์ เพื่อจะแสดงให้เห็นว่า การนำเอาคุณค่าของอารมณ์มาร่วมพิจารณาอย่างเป็นระบบและมีความเป็นมาตรฐานทางวิชาการ อารมณ์อาจจะทำหน้าที่เพิ่มคุณค่าของการสร้างมาตรฐานของเหตุผลในรูปแบบหนึ่ง พร้อมทั้งเผยให้เห็นข้อจำกัดของระบบคิดแบบเหตุผลนิยมและการนำการวิเคราะห์เชิงพฤติกรรมศาสตร์และเศรษฐศาสตร์ทางอารมณ์มาร่วมกันวิเคราะห์ด้วย⁴⁹ ดังนั้น การพิจารณาอารมณ์ร่วมด้วยเป็นสิ่งที่จะต้องเพิ่มพูนความเข้าใจต่อประสบการณ์ของมนุษย์ที่มากขึ้น และหนุนเสริมให้กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีมูลค่าและคุณค่ามากกว่าที่เป็นอยู่

อารมณ์ต่าง ๆ ที่มีส่วนสำคัญในการศึกษานิติศาสตร์ โดยเฉพาะต่อการพิจารณากระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการบังคับใช้กฎหมายอาญาและวิธีพิจารณาความอาญา อันได้แก่ อารมณ์โกรธ (Anger)⁵⁰ อารมณ์ขยะแขยง (Disgust)⁵¹ ความกลัวและความโกรธแค้น (Fear and resentment)⁵² ความเห็นอกเห็นใจ (Empathy)⁵³ อารมณ์เหล่านี้ได้รับการศึกษาอย่างเชื่อมโยงเพื่อชี้ให้เห็นถึงความสัมพันธ์ที่เกี่ยวข้องกับนิติศาสตร์อย่างสนิทแนบแน่น

⁴⁷ Susan A. Bandes and others (n 13) 5-6.

⁴⁸ Neal Feigenson, 'Emotional Dimension of Visual Evidence' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 312-326.
<<https://doi.org/10.4337/9781788119085.00034>> accessed 29 September 2022.

⁴⁹ Susan A. Bandes and others (n 13) 10.

⁵⁰ Amia Srinivasan, 'The Aptness of Anger' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 119-123.

⁵¹ Carlton Patrick, 'When Souls Shudder: A Brief History of Disgust and Law' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 80-93.

⁵² Nicole Mansfield Wright, 'Copping an Attitude: Slang and the Neglected Racial History of Fear and Resentment Toward Law Enforcement and Legal Authority' in Susan A. Bandes, (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 391-406.

⁵³ Susan A. Bandes, 'Empathy, Narrative, and Victim Impact Assessments' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 514-533.

กระบวนการให้คุณค่ากับอารมณ์ศึกษาในวงวิชาการนิติศาสตร์อันมีหลักฐานเชิงประจักษ์ ซึ่งมีจุดมุ่งหมายไปที่กฎหมายอาญา วิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการยุติธรรม อารมณ์ต่าง ๆ มีการปะทะสังสรรค์และการปฏิสัมพันธ์อย่างชัดเจน นับตั้งแต่สถานที่เกิดเหตุ การสืบสวนสอบสวน กระบวนการในชั้นตำรวจ การดำเนินการในชั้นอัยการ และในชั้นพิจารณาคดีในศาล ล้วนสะท้อนความรุนแรงในเชิงอารมณ์ในคดีอาญาที่มีความแตกต่างกันออกไปขึ้นอยู่กับกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดี สถานที่เกิดเหตุและสถานที่ที่ใช้ในการดำเนินการ โทษทางอาญาและการผลิตซ้ำของหลักฐานหลาย ๆ รอบได้เช่นเดียวกัน หากมาย้อนพินิจอีกครั้งในกระบวนการขับเคลื่อนในเชิงปรัชญาเพื่อสะท้อนไปสู่การนำอารมณ์มาเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณาเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น ๆ ศาสตร์ทางด้านนิติปรัชญาจึงมีส่วนสำคัญยิ่งในการร่วมพินิจมุมมองเหล่านั้น

4. ขบวนการขับเคลื่อนอารมณ์ในทางนิติปรัชญา

นิติปรัชญาเป็นสาขาวิชาย่อยสาขาแรกในสาขาวิชานิติศาสตร์ที่ทำงานอย่างเข้มแข็ง เพื่อชี้ให้เห็นความสัมพันธ์และคลี่คลายให้เห็นถึงความจำเป็นในการศึกษาและทำความเข้าใจเกี่ยวกับอารมณ์ของมนุษย์ที่เชื่อมโยงกับการศึกษานิติศาสตร์ และกระบวนการในทางนิติปรัชญาแสดงให้เห็นถึงขั้นตอน และการพยายามตั้งคำถามต่อการรับรู้ การสร้างความรู้และความเข้าใจของนักวิชาการนิติศาสตร์อันมีต่อพัฒนาการของอารมณ์ศึกษา ว่ามีความเกี่ยวข้องและเชื่อมโยงมากน้อยเพียงใด พร้อมทั้งได้ริเริ่มสร้างประเด็นข้อถกเถียงว่าด้วยการนำเข้าและการปรับใช้อารมณ์ศึกษามาสร้างหรือเพิ่มมูลค่าให้ต่อวงการวิชาการนิติศาสตร์อย่างไร

นักนิติปรัชญาจึงเป็นกลุ่มนักวิชาการทางนิติศาสตร์กลุ่มแรกๆ ที่ให้ความสนใจในการนำเอาอารมณ์มาร่วมพิจารณาในการศึกษานิติศาสตร์อย่างเป็นระบบ ข้อถกเถียงที่เกิดขึ้นในการศึกษานิติศาสตร์กับอารมณ์ถือได้ว่าเป็นการสร้างพื้นที่ในการศึกษาขึ้นมาใหม่พอสมควร ดังนั้นในช่วงแรกของการศึกษาอารมณ์ในพื้นที่ทางนิติตรรกศาสตร์ไม่เปิดพื้นที่ให้การถกเถียงในเรื่องของอารมณ์ เพราะความเข้าใจของนักกฎหมายส่วนใหญ่เข้าใจว่า การศึกษานิติศาสตร์เป็นการศึกษาในเชิงเหตุผลและกระบวนการในการให้เหตุผล ดังนั้น พื้นที่ของอารมณ์จึงถูกจำกัดลง นอกจากนี้ เหตุผลและอารมณ์ในทางปรัชญา ยังได้รับการมองแบบเป็นคู่ตรงกันข้ามเสมอมา และการมองแบบคู่ตรงกันนี้เองทำให้การมองออกจากความเป็นมนุษย์ เนื่องจากมนุษย์เป็นกลุ่มคนที่ประกอบไปด้วยเหตุผลและอารมณ์ควบคู่กันไป นอกจากนี้ การศึกษานิติศาสตร์ยังคงยอมรับเฉพาะกระบวนการสร้างเหตุผลในทางการพิจารณาคดี และขจัดการนำเอาอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมาย ซึ่งในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นทางออกที่เหมาะสมสำหรับนักนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยม คือการนำเอาอารมณ์มาเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษานิติศาสตร์⁵⁴

การตั้งคำถามทางกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องกับอารมณ์อันถือได้ว่าเป็นคำถามในเชิงญาณวิทยาที่ยากที่จะหาคำตอบได้ หรือคำตอบที่ได้เป็นแค่ความว่างเปล่าเท่านั้น หากคำถามในเชิงญาณวิทยาทางกฎหมายที่

⁵⁴ Terry A. Maroney, 'Lay Conceptions of emotion in law' in Susan A. Bandes and others (eds), *Research Handbook on Law and Emotion* (Edward Elgar 2021) 15.

ก่อให้เกิดความไม่เที่ยงตรงและแน่นอนในทางกฎหมายอันเป็นสาเหตุให้เกิดความแปลกประหลาดหรือลักษณะเฉพาะขึ้นในการบังคับใช้หรือการตีความทางกฎหมาย (Legal idiosyncratic) การประเมินกฎหมายที่เกี่ยวข้องจึงมีความสำคัญมากในการทำความเข้าใจต่อความเชื่อและคุณค่าที่เกิดจากการบังคับกฎหมายผ่านอารมณ์⁵⁵ ดังนั้น การประเมินคุณค่าทางอารมณ์ที่มาเกี่ยวข้องกับกฎหมายอยู่อย่างสม่ำเสมอ อันจะนำมาสู่ข้อเท็จจริงที่ถูกต้องในการทำงานทางกฎหมายหรือนิติศาสตร์ได้ ซึ่งแนวความคิดทางอารมณ์สามารถตรวจสอบด้วยกระบวนการเชิงประจักษ์ผ่านการสังเกตของมนุษย์ ประสบการณ์ของมนุษย์

กระบวนการสร้างอารมณ์ให้ชอบด้วยกฎหมาย (The Legalization of emotion) เป็นกระบวนการที่สามารถเกิดขึ้นในสังคมปัจจุบันได้ กล่าวคือ การสร้างเครือข่ายความสัมพันธ์ทางด้านอารมณ์เพื่อควบคุมการกำหนดวิถีชีวิต การสร้างความสัมพันธ์ของผู้คนผ่านการทำสัญญา การสร้างความสัมพันธ์ทางครอบครัวที่มีอารมณ์อันเป็นส่วนสำคัญของวัฒนธรรมและปัจเจกบุคคลผ่านโครงสร้างของสังคม เช่น สัญญาเป็นรูปแบบของวาทกรรมของความผูกพันของปัจเจกบุคคล โดยทนายความมีหน้าที่ในการยกร่างสัญญาเพื่อกำหนดและควบคุมกฎหมายในทางอารมณ์และควบคุมพฤติกรรมของลูกค้าของตนเอง ดังนั้น ทนายความจึงทำหน้าที่เป็นเสมือนหนึ่งคู่มือในการขัดเกลาอารมณ์ในทางสังคมเพื่อสร้างวัฒนธรรมทางอารมณ์รูปแบบหนึ่งขึ้นมา ตัวอย่างเช่น การกำหนดและควบคุมอารมณ์โดยการกำหนดความหมายของสถานการณ์หนึ่ง ๆ ขึ้นมา⁵⁶ การเตรียมลูกความในการขึ้นศาล การเตรียมการเพื่อการว่าความ การกำหนดบทบาทของลูกความต่อหน้าองค์กรคณะผู้พิพากษา เป็นต้น

การศึกษาวิจัยที่เกี่ยวข้องกับบทบาทของอารมณ์ในกฎหมายได้รับความสนใจทั้งในระบบการศึกษา นิติศาสตร์และการวิจัยทางวิชาการนิติศาสตร์ ทั้งนี้ นิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมสามารถอธิบายผ่านมุมมองทางด้านการวิจัยได้ทั้งสิ้น 6 มุมมอง อันได้แก่ การศึกษาโดยใช้อารมณ์เป็นศูนย์กลาง (Emotional-centric) การศึกษาโดยใช้ปรากฏการณ์ทางด้านอารมณ์ (Emotional phenomena) ทฤษฎีทางอารมณ์ (Emotional theory) หลักการทางกฎหมาย (Legal doctrine) ทฤษฎีทางกฎหมาย (Legal theory) และผู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย (Legal actor)⁵⁷ เป็นต้น และความยุ่งยากของอารมณ์ในเชื้อเชิญเข้ามาสู่การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์คือ ประเด็นด้านความอ่อนไหวในการศึกษา ซึ่งมีความต้องการวิธีวิทยาที่มีความเฉพาะเจาะจง การกำหนดขอบเขตการศึกษาที่มีความชัดเจน การกำหนดหน่วยในการวิเคราะห์ ความแม่นยำและความน่าเชื่อถือของข้อมูลในการศึกษา กล่าวโดยสรุป การศึกษาวิจัยทางนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมมีความจำเป็นที่จะต้องค่อย ๆ เปลี่ยนแปลงวิธีวิทยาในการวิจัยจากงานวิจัยนิติศาสตร์กระแสหลัก เพื่อเพิ่มทางเลือกอย่างค่อยเป็นค่อยไปให้วงการนิติศาสตร์

⁵⁵ ibid 16.

⁵⁶ Hillary L. Berk, 'The Legalization of Emotion: Managing Risk by Managing Feelings in Contracts for Surrogate Labour' (2015) 49 Law and Society Review 143, 143-150.

⁵⁷ Leif Dahlberg, 'Emotional Tropes in the Courtroom: On Representation of Affect and Emotion in Legal Court Proceedings' (2009) 3 Law and Humanities 175, 177.

นอกจากนี้แล้ว งานศึกษาของ Julia Haenni⁵⁸ ได้อธิบายความสำคัญระหว่างอารมณ์และกฎหมายไว้อย่างน่าสนใจผ่านงานปรัชญาของ Immanuel Kant ผ่านปรัชญาว่าด้วยปรากฏการณ์วิทยา (Phenomenological approaches) และญาณวิทยาแบบคานท์ (Kantian epistemology) ซึ่งวิธีวิทยาทั้งสองแสดงให้เห็นถึงบทบาทของอารมณ์ของผู้คนในการประยุกต์ใช้กฎหมาย กล่าวคือ ปรากฏการณ์วิทยาอันส่งผลสำคัญอย่างยิ่งต่อการบังคับใช้กฎหมายและการพิจารณาพิพากษาคดี และญาณวิทยาแบบคานท์ได้ชี้ประเด็นไปที่ปรัชญาวิเคราะห์ของการรับรู้ การรับรู้ตามความหมายคานท์นั้นหมายความว่าความถึงอารมณ์ที่แต่ละคนใช้ในการประเมินสถานการณ์ใดสถานการณ์หนึ่งในชีวิตประจำวัน อันส่งผลโดยตรงต่อการเลือกที่จะปฏิบัติตามหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หากพิจารณาการรับรู้ดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขของความยุติธรรมอันจะส่งผลต่อการรับรู้ความยุติธรรมและการตีความกฎหมายในที่สุด ดังนั้น อารมณ์แห่งความยุติธรรมเกิดจากการตีความกฎหมายซึ่งมีความแตกต่างกันออกไปแต่ละคน เพราะว่าความรู้สึกแห่งความยุติธรรมนั้นจะเกิดจากการรับรู้ข้อมูลซึ่งประกอบกับความรู้สึกภายในของแต่ละคน

ทั้งนี้ งานของ Julia Haenni พยายามตอบคำถามสำคัญ ได้แก่ ความรู้สึกภายในเกี่ยวกับความยุติธรรมและปรากฏการณ์ของอารมณ์ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายหรือไม่ ทั้งนี้ การสร้างวิธีวิทยาในการทำความเข้าใจกฎหมายถือได้ว่าเป็นสิ่งที่มีความจำเป็นต่อการเข้าใจปรากฏการณ์ทางอารมณ์และดำเนินการผ่านประสบการณ์ก่อน (Prior experience) ของแต่ละคน⁵⁹ และหากใช้ปรากฏการณ์วิทยาในการประเมินคุณค่าของคำพิพากษา จะพบว่า ปัจจัยที่สำคัญของการตัดสินคดีหรือคำพิพากษาไม่ได้เป็นเพียงการบังคับใช้บทบัญญัติทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวเท่านั้น แต่เป็นการปะทะประสานกันระหว่างปัจจัยทางด้านเหตุผลและปัจจัยทางด้านอารมณ์ที่เกิดจากจริยธรรมที่อยู่ภายใน รวมถึงหลักการและเหตุผลของคำพิพากษาที่มีมาก่อน

หากพิจารณาอารมณ์ศึกษากับการศึกษาทางนิติปรัชญาโดยเฉพาะปรัชญาว่าด้วยการศึกษากฎหมายอาญา ไม่สามารถหลีกเลี่ยงจากงานศึกษาชิ้นสำคัญของ Martha Craven Nussbaum ที่เขียนร่วมกับ Dan M. Kahan โดยแสดงให้เห็นการพัฒนาแนวความคิดสำคัญสองอย่างที่เกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมายอาญาที่สืบเนื่องจากอารมณ์ของมนุษย์⁶⁰ และงานของ Martha Craven Nussbaum อีกจำนวนหนึ่งที่แสดงให้เห็นพัฒนาการของศึกษาปรัชญาของอารมณ์ เช่น ความรัก (Love)⁶¹ ความต้องการ (Desire)⁶² ความโชค

⁵⁸ Julia Haenni, 'Emotion and Law: How Pre-rational Cognition Influences Judgment' (2012) 13 German Law Journal 369, 369-370.

⁵⁹ ibid 379-380.

⁶⁰ Dan M. Kahan and Martha C. Nussbaum, 'Two Conceptions of Emotion in Criminal Law' (1996) 96 Columbia Law Review 269, 269-374.

⁶¹ Martha C. Nussbaum (n 6) 1-23.

⁶² Martha C. Nussbaum (n 8) 1-5.

(Luck)⁶³ ความเศร้าโศก (Grief)⁶⁴ ความกรุณา (Compassion)⁶⁵ ความละอาย (Shame)⁶⁶ ความกลัว (Fear)⁶⁷ เป็นต้น

นอกจากนี้ การพัฒนางานศึกษาทางด้านอารมณ์ของ Martha Craven Nussbaum ได้พัฒนาความสัมพันธ์อันแนบแน่นระหว่างกฎหมายกับความละอาย (Shame) ทั้งนี้ การอธิบายความสัมพันธ์กับความละอายในบริบททางกฎหมาย เรื่องการอธิบายพลังของความละอายที่ส่งผลต่อการกระทำต่าง ๆ ในชีวิตของมนุษย์ และความอับอายดังกล่าวได้กำกับพฤติกรรมของมนุษย์สำหรับพฤติกรรมในชีวิตประจำวัน และความละอายแสดงบทบาทที่สำคัญในกฎหมาย ตัวอย่างเช่น การกระทำที่ผิดกฎหมาย ผลจากการกระทำที่ผิดกฎหมายและบทลงโทษที่เป็นผลลัพธ์ในการลงโทษตามกฎหมาย เหนือเช่นการลงโทษตามกฎหมายอาญาและการสร้างความกลัวในบทลงโทษจากกฎหมายอาญา⁶⁸ พร้อมทั้งความน่าขยะแขยง (Disgust) ของบทลงโทษที่เกิดจากการทำความผิดทางอาญาและความโกรธของเหยื่อ (Anger) ที่เกิดจากการกระทำของอาชญากร⁶⁹ เป็นต้น

ทั้งนี้ ความสำคัญของอารมณ์ในการตัดสินคุณค่าของมนุษย์ คือ อารมณ์เป็นขบวนการเคลื่อนไหวที่ไร้เหตุผล อารมณ์เป็นเครื่องมือในการรับรู้สิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นบนโลก⁷⁰ กล่าวคือ อารมณ์เป็นการรับรู้ที่สำคัญในการขับเคลื่อนสังคมของมนุษย์ ตัวอย่างที่สำคัญ ได้แก่ การที่มนุษย์เผชิญกับอารมณ์ที่หลากหลายในสังคมได้อันเนื่องมาจากประวัติศาสตร์และประสบการณ์ส่วนบุคคลรวมถึงบรรทัดฐานทางสังคม ตัวอย่างเช่น ความเศร้าโศกที่เกิดขึ้นกับมนุษย์เกิดมาจากการสูญเสียพ่อแม่ และอารมณ์เศร้าโศกเป็นสิ่งที่มีความเป็นสากล เป็นต้น การประกอบสร้างทางสังคมของอารมณ์จึงเป็นส่วนขยายมาจากส่วนเล็ก ๆ ของปัจเจกชนในสังคม⁷¹ อันได้แก่ ความกรุณา (Compassion) อันหมายถึง ความรู้สึกเจ็บปวดเล็กน้อย ๆ น้อย ๆ อันเป็นผลมาจากความทุกข์ทรมานของคนอื่น พร้อมทั้งความกรุณายังมีรากฐานมาจากความเต็มเปี่ยมไปด้วยความยุติธรรม (Justly) และความอ้อมแอ้มแห่งความเป็นมนุษย์ (Humanely)⁷² และความกรุณาเชื่อมโยงกับอารมณ์อื่น ๆ อีกเช่น ความเข้าอกเข้าใจ (Empathy) และความเอื้อเฟื้อ (Altruism) เป็นต้น

⁶³ Martha C. Nussbaum (n 9) 1-8.

⁶⁴ Martha C. Nussbaum, *Upheavals of Thought: The Intelligence of Emotions* (Cambridge University Press 2001) 139-173.

⁶⁵ *ibid* 297-456.

⁶⁶ Martha C. Nussbaum (n 11) 105-127.

⁶⁷ Martha C. Nussbaum, 'The New Religious Intolerance: Overcoming the Politics of Fear in an Anxious Age' (Harvard University Press 2012) 101-133.

⁶⁸ Nussbaum M.C (n 12) 72-75.

⁶⁹ *ibid* 128-130.

⁷⁰ Martha C. Nussbaum (n 64) 24-25.

⁷¹ *ibid* 140-145.

⁷² *ibid* 304-308.

เมื่อเริ่มพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างความเข้าใจกับความกรุณาแล้ว จะพบว่า ความกรุณาจะแตกต่างจากความเข้าใจและเป็นการประกอบสร้างจินตนาการจากความทุกข์ทรมานของคนอื่น กล่าวคือ บุคคลที่มีความเข้าใจคนอื่นจะเป็นบุคคลที่จะสามารถเยียวยาความรู้สึกของคนที่ได้เผชิญกับความทุกข์ทรมาน ตัวอย่างเช่น การที่ลูกขุนจะไม่สามารถเข้าใจประสบการณ์อันเลวร้ายของอาชญากรโดยปราศจากความกรุณา⁷³ เป็นต้น ความเอื้อเฟื้อเป็นอีกอารมณ์ที่สำคัญซึ่ง Martha Craven Nussbaum ได้พัฒนาแนวความคิดขึ้นมาโดยเชื่อมโยงเข้ากับความกรุณา และความกรุณาเป็นอารมณ์ที่สำคัญในการขับเคลื่อนความเอื้อเฟื้อในอีกทางหนึ่ง⁷⁴

หลักการที่สำคัญที่สุดในเชิงนิติปรัชญา คือ ความยุติธรรม (Justice) ทั้งนี้ Martha Craven Nussbaum ได้อธิบายความสัมพันธ์ระหว่างความยุติธรรมและอารมณ์รัก กล่าวคือ ความพยายามอธิบายความรักเชื่อมโยงกับพื้นที่สาธารณะ (Public space) การริเริ่มคำอธิบายจากความรักของพ่อแม่ที่มีต่อลูก ความรักที่มีต่อมิตรสหาย (The politics of friendship) การเมืองของความรักที่ปรากฏในพื้นที่สาธารณะ (Romantic love in public culture) เช่น การแสดงออกซึ่งความรักต่อการแสดงนโยบายสาธารณะของตัวแทนทางการเมืองของตนเอง รูปแบบของความรักในพื้นที่สาธารณะซึ่งส่งผลต่อการลดพฤติกรรมความเห็นแก่ตัวและการเพิ่มความร่วมมือของคนในสังคม⁷⁵

Martha Craven Nussbaum ได้มุ่งมั่นต่อการขยายขอบเขตและพื้นที่ของความรู้นิติปรัชญาแห่งอารมณ์อย่างแข็งขันและกว้างขวางมากขึ้น วิธีการศึกษาเน้นไปที่การศึกษาอารมณ์ในแต่ละยุคของปรัชญา ไม่ว่าจะเป็นยุคเฮเลนนิสติก การศึกษาอารมณ์ในยุคของนักคิดโรมัน กรีก รวมถึงการศึกษาคุณค่าทางปรัชญาของแนวคิดที่ว่าด้วยอารมณ์สมัยใหม่ขึ้น ผ่านการวิเคราะห์ด้วยอารมณ์และมุมมองแบบสตรีนิยม แสดงให้เห็นความลุ่มลึกของการศึกษาที่ได้รับการฝึกฝน เรียนรู้และอบรมผ่านวิธีคิดแบบชายเป็นใหญ่ นอกจากนี้ งานศึกษาอารมณ์ในเชิงนิติปรัชญาได้ชี้ให้เห็นคุณค่าของการตีความอารมณ์ที่ปรากฏในกฎหมายที่แตกต่างกันออกไปของเพศสภาพต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ตาม งานศึกษาทางด้านนิติปรัชญาแห่งอารมณ์ในแบบสตรีนิยมของ Martha Craven Nussbaum ยังขาดมุมมองและความสนใจที่จะศึกษาต่อตุลาการและตุลาการศึกษาศึกษา

5. อารมณ์ กับตุลาการศึกษาศึกษา

ตุลาการศึกษาศึกษา (Judicial studies หรือ Study of the judiciaries) เป็นอีกส่วนหนึ่งที่สำคัญมากในการพัฒนาการศึกษานิติศาสตร์ เพราะที่ไม่สามารถปฏิเสธอิทธิพลของวงการตุลาการที่มีต่อการศึกษาศึกษา

⁷³ Martha C. Nussbaum (n 64) 327-331.

⁷⁴ *ibid* 338-339.

⁷⁵ Martha C. Nussbaum, *Political Emotions: Why Love Matters for Justice* (Harvard University Press 2013) 378-382.

นิติศาสตร์ไปได้เลย ทั้งนี้ ตุลาการศึกษายังเป็นข้อจำกัดของการศึกษานิติศาสตร์ การเข้าถึงข้อมูลภายในของวงการตุลาการดูจะเป็นเรื่องที่ยุ้งยากและมีข้อจำกัดมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการศึกษาอารมณ์ที่เกิดขึ้นภายในวงการตุลาการหรือกลุ่มผู้พิพากษาที่โลกวิชาการตะวันตก เรียกว่า พฤติกรรมของตุลาการ (Judicial behavior) ดูเหมือนจะเป็นไปได้ว่ายากยิ่ง

อย่างไรก็ตาม การพิจารณาอารมณ์ที่เกิดในห้องพิจารณาคดีดูจะเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในการตั้งต้นสำหรับการศึกษาวินิจฉัยว่าด้วยอารมณ์ในวงการตุลาการและกระบวนการยุติธรรม เพราะว่าการเข้าไปสู่ห้องพิจารณาคดีของทั้งสองฝ่ายทั้งที่เป็นฝ่ายโจทก์และจำเลย จะพบว่าห้องพิจารณาคดีไม่ได้กำหนดตายตัวว่าที่นั่งฝั่งไหนเป็นของโจทก์และที่นั่งฝั่งไหนเป็นของจำเลย และส่วนไหนเป็นที่นั่งของทนายและส่วนไหนเป็นที่นั่งของอัยการ แต่โครงสร้างส่วนหนึ่งที่ชัดเจนที่สุดในห้องพิจารณาคดีคือในส่วนของผู้พิพากษาที่ต้องนั่งในบัลลังก์ส่วนหน้าและในบางประเทศมีการนั่งในตำแหน่งที่สูงกว่าปกติ และส่วนของผู้เข้าฟังการพิจารณาคดีเป็นส่วนที่โดนจำกัดไว้ อย่างชัดเจนว่ามีความจำเป็นที่จะต้องนั่งอยู่หลังโต๊ะสืบพยาน⁷⁶ บรรยากาศทั้งหมดที่กล่าวมาล้วนส่งผลต่ออารมณ์ของทุกคนที่มีส่วนร่วมในการดำเนินการพิจารณาคดีไม่มากก็น้อย

จากเหตุผลข้างต้น อารมณ์จึงกลายเป็นศูนย์กลางของการศึกษาและเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของกระบวนการวิธีพิจารณาคดีความสมัยใหม่⁷⁷ โดยเฉพาะอารมณ์ศึกษาในกระบวนการตุลาการได้รับการศึกษาขึ้นอย่างกว้างขวางและลึกซึ้ง ตัวอย่างเช่น การศึกษาบริบทของบริเวณศาลและขนาดของศาลที่ส่งผลกระทบต่อสภาพอารมณ์ของบุคคลที่เดินทางมายังศาล หรือขนาดของห้องพิจารณาคดีที่ส่งผลต่อสภาวะแวดล้อมและสภาพอารมณ์ของกลุ่มคนที่ต้องก้าวเข้ามาในห้องพิจารณาคดี เพราะว่าห้องพิจารณาคดีสร้างขึ้นมาเป็นการเฉพาะเพื่อการระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในสังคม ดังนั้น โครงสร้างของห้องจึงมีความแตกต่างไปจากห้องปกติ พร้อมทั้งมีการกำหนดกฎเกณฑ์ในการเข้าไปอยู่ในห้องพิจารณาคดีที่เป็นพิเศษที่แตกต่างไปจากกฎเกณฑ์ปกติที่เราใช้ชีวิตกันอยู่ในสังคม

งานศึกษาของ Neal Feigenson ได้เริ่มคำอธิบายที่น่าสนใจไว้ คือ คำพิพากษาเป็นภารกิจที่สำคัญยิ่งที่เรียกร้องให้เป็นความรับผิดชอบในทางกฎหมาย (Legal responsibility) ทั้งนี้ การตัดสินใจของปัจเจกชนเกิดจากผลผลิตของมนุษย์ในสองส่วนที่สำคัญด้วยกัน ได้แก่ ระบบการรับรู้ (Cognitive system) และระบบการไตร่ตรอง (Reflexive system) โดยที่ทั้งสองระบบทำงานดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ระบบการรับรู้จะทำงานแบบอัตโนมัติ ไม่มีความพยายามใด ๆ และส่งผลกระทบอย่างมหาศาล และระบบการไตร่ตรองเป็นระบบที่สามารถควบคุมได้ เต็มไปด้วยความพยายาม และมีการให้เหตุผลในเชิงบรรทัดฐาน ดังนั้น คำพิพากษาในทางกฎหมาย

⁷⁶ Leif Dahlberg (n 57) 181-182.

⁷⁷ *ibid* 175.

ก็ไม่เป็นข้อยกเว้นสำหรับความคิดของมนุษย์ทั้งสองระบบในการตัดสินและประเมินคุณค่า⁷⁸ หากแต่อารมณ์ของผู้คนส่งผลกระทบต่อตัดสินคดีหรือคำพิพากษาหรือไม่

นอกจากนี้ Neal Feigenson ได้ศึกษาอารมณ์ที่ส่งผลกระทบต่อห้องพิจารณาคดี เพราะว่าการที่บุคคลเดินทางมายังห้องพิจารณาคดีก่อให้เกิดอารมณ์ที่ผสมผสานเต็มไปหมด ได้แก่ ความกังวล (Anxiety) ความกดดัน (Stress) ตัวอย่างเช่น การปรากฏตัวของทนายความในการฆ่าคนตาย การเผชิญหน้าระหว่างจำเลยและครอบครัวของเหยื่อผู้ตาย อารมณ์ที่ตอบสนองจากผู้พิพากษาและการตอบสนองจากคณะลูกขุน การเล่าเรื่องที่เกิดขึ้นในศาลอีกครั้ง การฆ่าซ้ำแล้วซ้ำอีกผ่านเรื่องเล่าในห้องพิจารณาคดี พยานและหลักฐานของการฆ่าเหยื่อ⁷⁹ เป็นต้น ทั้งหมดที่กล่าวมาแล้วล้วนแต่ทำให้เกิดอารมณ์ขึ้นได้ในห้องพิจารณาคดี แต่การเฝ้าสังเกตอารมณ์ที่เกิดขึ้นไม่ได้รับการศึกษาอย่างชัดเจนเท่าที่ควร

การศึกษาครั้งนี้ได้บทสรุปที่สำคัญทั้งสิ้น 3 ประการ ได้แก่ ประการแรก กล่าวคือ อารมณ์และความรู้สึกเป็นแหล่งที่มาของและส่งผลกระทบต่อทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อการพิพากษาคดีไม่ว่าทางใดก็ทางหนึ่ง ไม่ว่าจะเป็นการสร้างอคติในการพิพากษาคดี การประเมินพยานหลักฐานที่เต็มไปด้วยความรู้สึก อารมณ์ที่ตอบสนองต่อคดีที่มีความแตกต่างกันไปทั้งในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนและความซับซ้อนในการพิจารณาพิพากษาคดี ประการที่สอง อารมณ์ของผู้ตัดสินคดีหรือความรู้สึกของผู้พิพากษาส่งผลโดยตรงต่อคำพิพากษา โดยมีเงื่อนไขและความเกี่ยวข้องกับธรรมชาติและลักษณะของคดีเป็นสำคัญ รวมถึงการนำเอาอารมณ์มาเป็นมาตรฐานในการพิพากษาคดี และประการสุดท้าย ระบบกฎหมายพยายามจะจำกัดการใช้อารมณ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อให้คำพิพากษาเกิดจากระบวนการแห่งความเป็นเหตุเป็นผลที่แท้จริง แต่ก็ไม่สามารถนำเอาอารมณ์แห่งการตัดสินและอคติบางอย่างในการเลือกใช้กฎหมายออกจากตุลาการหรือผู้พิพากษาได้ ดังนั้น การลดอิทธิพลของอารมณ์ที่มีผลต่อคำพิพากษาสามารถทำได้ด้วยการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดในการรับคดีหรือการรับคำฟ้อง รวมถึงการออกคู่มือในการกำหนดและจำกัดการใช้อารมณ์ในการพิจารณาพิพากษาคดี⁸⁰ เป็นต้น

งานของ Terry A. Maroney ได้อ้างถึงงานชิ้นสำคัญของ Thomas Hobbes เรื่อง Leviathan โดยกล่าวถึงการเป็นผู้พิพากษาที่ดีว่าต้องเป็นกลุ่มที่ปราศจากความเกลียดชัง ปราศจากความหวาดกลัว ปราศจากความรักและปราศจากความเมตตา ทั้งนี้ Terry A. Maroney ได้โต้แย้งว่าในความเป็นจริงแล้วผู้พิพากษาที่ดีนั้นจำเป็นต้องมีความระมัดระวังอย่างสูง และต้องระมัดระวังซึ่งการแสดงออกทางอารมณ์อย่างยิ่ง เพื่อแสดงความเคารพต่ออาชีพผู้พิพากษาเอง พร้อมทั้งความแม่นยำกลายเป็นส่วนประกอบหนึ่งที่สำคัญที่จะเป็นเครื่องชี้วัดว่าการนำอารมณ์และความรู้สึกเข้ามาสู่กฎหมายเป็นสิ่งที่สามารถทำได้อย่างแนบสนิท⁸¹

⁷⁸ Neal Feigenson, 'Emotional Influences on Judgments of Legal Blame: How They Happen, Whether They Should, and What to Do About It' in Brian H. Bornstein and Richard L. Wiener (eds), *Emotion and the Law: Psychological Perspectives* (Springer 2010) 45.

⁷⁹ *ibid* 55-56.

⁸⁰ *ibid* 89-90.

⁸¹ Terry A. Maroney (n 54) 19-20.

การศึกษาอารมณ์ของผู้พิพากษาหรือเรียกว่า “พิพากษารมณ” (Judicial emotions)⁸² เป็นสิ่งที่สามารถพบเจอได้ตลอดเวลาในชั้นของการพิจารณาคดี พร้อมทั้งวิธีในการศึกษาเชิงประจักษ์ที่มีความชัดเจนมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อไรและใครที่นำเอาอารมณ์มาเกี่ยวข้องกับคำพิพากษาดูเหมือนเป็นคำถามที่จะยากต่อการหาคำตอบในวงการตุลาการ และความพยายามในการตอบคำถามทั้งสองประการนี้ คำตอบที่จะได้ว่าอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้องเมื่อไรนั้น ห้องพิพากษาคดีหรือห้องพิจารณาคดีน่าจะเป็นคำตอบที่เหมาะสมและเป็นไปได้สำหรับการศึกษาเชิงประจักษ์ เฉกเช่นเดียวกัน หากพิจารณาหาคำตอบสำหรับคำถามที่ว่าใครเป็นคนหรือกลุ่มคนที่น่าพาเอาอารมณ์เข้ามามีส่วนสำคัญต่อการพิพากษาคดี คำตอบที่ได้น่าจะเป็นองค์คณะผู้พิพากษา คณะลูกขุน หรือพยานบุคคล⁸³ เป็นต้น

นอกจากประจักษ์พยานที่ได้อธิบายในข้างต้นแล้ว ประเด็นเรื่องชายขอบของสังคมจะเป็นเรื่องที่น่าสนใจซึ่งความสำคัญในเรื่องอารมณ์ในห้องพิจารณาคดีหรือกระบวนการพิจารณาคดีได้ เช่น ประเด็นเรื่องชาติพันธุ์ คนกลุ่มน้อยหรือชนกลุ่มน้อย เรื่องเพศและเรื่องเพศสภาวะ ประเด็นทางชนชั้นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางเศรษฐกิจและประเด็นทางสังคม เรื่องราวต่าง ๆ เหล่านี้จะเป็นเรื่องเล่าในศาลที่นำมาสู่การอธิบายหรือบรรยายผ่านอารมณ์และความรู้สึกระหว่างการพิจารณาคดี⁸⁴ แต่การศึกษาเรื่องเล่าต่าง ๆ เหล่านี้ไม่ค่อยได้รับความสนใจเท่าที่ควรในการศึกษาวิจัย การทำวิจัยเรื่องราวและเรื่องเล่าของอารมณ์เหล่านี้ในกระบวนการพิจารณาคดีอันจะนำมาเพื่อพิสูจน์ว่าเรื่องเล่าแห่งอารมณ์เหล่านี้ส่งผลต่อการพิพากษาคดีหรือไม่ อย่างไร และงานศึกษาเช่นนี้ควรเพิ่มขึ้นในฐานะของการพัฒนางานที่ต้องการหลักฐานเชิงประจักษ์มากยิ่งขึ้น

หลักการ กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางกฎหมายไม่ได้เปิดพื้นที่ให้กับคำอธิบายทางด้านอารมณ์ไว้เท่าที่ควร เพราะวาทะฐานของการสร้างคำพิพากษา หรือวาทะและธรรมเนียมในการเขียนอธิบายคำพิพากษาเป็นสิ่งที่ย้ำให้เห็นเพียงเห็นผลและความไร้อคติ ผู้พิพากษาที่ทำงานได้อย่างมีมาตรฐานจะทำหน้าที่ในการตัดสินและพิพากษาคดีโดยปราศจากอารมณ์ รวมถึงการไม่คำนึงถึงพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับอารมณ์ เช่น พยานหลักฐานในรูปแบบสมัยใหม่ที่เต็มไปด้วยอารมณ์ วิดีโอบันทึกภาพและเสียง⁸⁵ เป็นต้น รวมถึงการ

⁸² งานชิ้นนี้มีการแปลภาษาไทยที่สอดคล้องกับงานของกฤษณ์เพชร โสมณวัตรและสายชล สัตยานุรักษ์, ‘พิพากษารมณ: ระบอบกฎหมายแห่งความรู้สึกราคาญของชนชั้นกลางไทย’ (หนังสือประมวลบทความในการประชุมวิชาการนิติสังคมศาสตร์ระดับชาติหัวข้อ ‘จินตนาการใหม่ ภูมิทัศน์นิติศาสตร์ไทย’ ณ โรงแรมฟูราม่า จังหวัดเชียงใหม่, 20 พฤศจิกายน 2563) 12-24. โดยคำว่า “พิพากษารมณ” มีความพ้องกันในภาษาไทย แต่หากพิจารณาที่ไปที่มาในภาษาอังกฤษแล้วอาจจะเห็นความแตกต่างของการใช้คำบ้างเล็กน้อย เนื่องจากในบทความชิ้นนี้ใช้คำว่า พิกษารมณตามคำภาษาอังกฤษคือ Judicial emotions แต่หากพิจารณาพิพากษารมณของกฤษณ์เพชรและสายชลจะพบว่า มาจากภาษาอังกฤษคำว่า Judicialization of emotion ทั้งนี้ Judicial emotions ในงานชิ้นนี้ได้ชี้ให้เห็นการใช้อารมณ์และการตัดทอนอารมณ์ของการพิพากษาและคำพิพากษา ซึ่งมีความแตกต่างเล็กน้อยจากการประกอบสร้างอารมณ์ซึ่งเกิดจากการพัฒนาการอ่านคำพิพากษาฎีกาของไทยจำนวนมากอันเป็นส่วนที่ถูกละเลยในงานเขียนนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมชิ้นนี้

⁸³ Brian H. Bornstein and Richard L. Wiener (n 19) 3.

⁸⁴ Leif Dahlberg (n 57) 191.

⁸⁵ Neal Feigenson (n 78) 63-64.

ถ่ายทอดเรื่องตลกในห้องพิจารณาคดีเป็นส่วนหนึ่งที่น่าสนใจของผู้พิพากษา คณะลูกขุนและทนายความ ห่างออกไปจากประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁸⁶ ดังนั้น จะเห็นการปะทะสังสรรค์ของอารมณ์ จำนวนมากในห้องพิจารณาคดีที่เกี่ยวข้องกับคดีโดยตรงและหันเหความสนใจของผู้คนที่อยู่ในศาลไปจาก ข้อเท็จจริงในคดี

อนาคตของการศึกษาอารมณ์ในกฎหมายสามารถศึกษาได้ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบในบริบททาง ประวัติศาสตร์ของศาล ระบบของศาล การปฏิบัติของฝ่ายตุลาการ (Judicial practice)⁸⁷ ซึ่งทำให้เกิดข้อ ค้นพบ และนำข้อค้นพบนั้นมาอธิบายความเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นในวงการตุลาการ รวมถึงการนำเอาอารมณ์ มากำหนดกฎเกณฑ์และสร้างโครงสร้างความยุติธรรมขึ้นมาใหม่ นอกจากนี้ การนำวิธีการศึกษาในเชิงชาติพันธุ์ วรรณา (Ethnography) เพื่อทำการศึกษาประเด็นอารมณ์ที่โดยใช้ห้องพิจารณาคดี⁸⁸ รวมถึงการพิจารณา บทบาทของผู้ฟังในห้องพิจารณาคดีในฐานะของผู้ชมละคร จะพบว่า บทบาทของผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดในคดีจะ เป็นผู้แสดงอันยิ่งใหญ่ในโรงละครแห่งหนึ่ง (Theatre)⁸⁹ อันจะส่งผลสำคัญอย่างยิ่งที่จะพิสูจน์ว่าอารมณ์ส่งผล อย่างไรต่อคำพิพากษา หรือเพื่อเป็นการสรุปว่าเรื่องเล่าแห่งอารมณ์ในห้องพิจารณาคดีจะเป็นหนทางการ เยียวยาผู้พิพากษาในคดีทางหนึ่งก็ได้ ดังนั้น หากสรุปการศึกษากระบวนการทั้งหมดที่เกิดขึ้นในห้องพิจารณาคดีไม่ว่า จะเป็นผู้พิพากษา โจทก์ จำเลย และบุคคลที่เกี่ยวข้องในคดีก็ล้วนแล้วแต่เป็นผู้ฟังหรือผู้ชมการแสดงบทบาท ของละครทางกฎหมายเท่านั้น (Legal drama in the courtroom)⁹⁰ อันเป็นส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการ พิจารณาคดีทางกฎหมายตามกฎหมายวิธีพิจารณาความทั้งหลายที่เกี่ยวข้อง

นักวิชาการหลังสมัยใหม่จำนวนหนึ่งได้พยายามเสนอแนะและแนวทางการแก้ไขต่อการศึกษาประเด็น ด้านอารมณ์ต่อวงการตุลาการศึกษาไว้ กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงกระบวนการพิจารณาคดีหรือกระบวนการ ทางกฎหมายทั้งหมด เพื่อให้กระบวนการต่าง ๆ สามารถปรับตัวให้เข้าสภาพความเป็นจริงในสังคม และเพื่อทำ ความเข้าใจของวงการตุลาการเองเช่นกัน ทั้งนี้ การนำมุมมองต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความเข้าใจวงการ ตุลาการที่มากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นสำนักสังคมนิยมทางกฎหมาย (The legal realist school) สำนักการศึกษา กฎหมายเชิงวิพากษ์ (The critical legal school) สำนักนิทอรรถปริวรรตศาสตร์ (The legal hermeneutics' school) เพื่อเพิ่มเติมการอธิบายและการทำความเข้าใจต่อวาทกรรมทางกฎหมาย (Legal discourse) การให้ ความสนใจต่อการนำเรื่องเล่าเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาคดี (The role of narrative in the legal process) การศึกษาพฤติกรรมของผู้พิพากษาที่ส่งผลต่อกระบวนการพิจารณาและคำพิพากษา (Judicial

⁸⁶ Leif Dahlberg (n 57) 193.

⁸⁷ Merridee L. Bailey and Kimberley-Joy Knight (n 25) 128.

⁸⁸ Leif Dahlberg (n 57) 191.

⁸⁹ ibid 195.

⁹⁰ ibid 195-198.

behavior) ข้อเสนอแนะต่าง ๆ ข้างต้นล้วนแล้วแต่จะส่งผลสำคัญอย่างยิ่งต่อการเปลี่ยนแปลงวิธีการปฏิบัติ และวิธีพิจารณาคดีในกระบวนการยุติธรรม⁹¹

หากพิจารณาจากหลักการด้านอรรถประโยชน์นิยม (Utilitarianism) จะพบว่า การทำให้มนุษย์รู้สึกว่าจะได้รับความยุติธรรมนั้นเกิดขึ้นมาจากการที่มนุษย์คนหนึ่งได้รับการปกป้อง โดยเฉพาะการได้รับการปกป้องจากกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมจนก่อให้เกิดความรู้สึกพอใจจากกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมนั้น⁹² การสร้างพื้นที่และคำอธิบายทางกฎหมายในฐานะของการสร้างหลักการและกระบวนการแห่งความสมเหตุสมผล คือ การสร้างความน่าเชื่อถือของพยานหลักฐานและการคำนวณประโยชน์ในข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายให้เป็นไปตามหลักการแห่งความยุติธรรม เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างข้อเท็จจริงและความเป็นหนึ่งเดียวในการตีความและบังคับใช้กฎหมายซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการได้รับการยอมรับในคำพิพากษา⁹³ รวมถึงการจำกัดอาวมณ์ที่จะตามมาเนื่องจากการตัดสินคดีเหล่านั้น

การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างอาวมณ์กับกระบวนการตุลาการดูเหมือนจะเป็นข้อจำกัดอย่างยิ่งต่อการทำความเข้าใจพฤติกรรมของตุลาการ และอาวมณ์ที่ปรากฏอยู่ในห้องพิจารณาคดี ดังนั้น วิธีวิทยาที่จะสามารถอธิบายและชี้ให้เห็นความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นในโลกของตุลาการจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง เพื่อใช้เป็นหลักฐานเชิงประจักษ์ในการพิสูจน์ว่ากระบวนการตุลาการมีความเป็นกลาง ปราศจากอคติ และเที่ยงธรรมอย่างแท้จริง หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วมีเงื่อนไขหรือปัจจัยอื่นใดอีกที่จะต้องนำรวมคิดหรือพิจารณา ร่วมกับการพิพากษาเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมตามกฎหมาย

6. อาวมณ์ในการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศ

หากพิจารณาการศึกษาอาวมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศไม่สามารถหลีกเลี่ยงจากการศึกษาการเมืองและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้เลย เพราะว่ากฎหมายระหว่างประเทศเป็นเครื่องมือในการดำเนินความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนั้น การศึกษาอาวมณ์เริ่มมาจากการศึกษาในฐานะของวิธีวิทยาในสาขาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและขยายความสนใจและวิธีวิทยามาสู่สาขาวิชากฎหมายระหว่างประเทศ

⁹¹ นักวิชาการที่เป็นรากฐานแนวคิดที่สำคัญต่อแนวความคิดต่าง ๆ ในวงการตุลาการศึกษาคือ Hans-Georg Gadamer. (1960). *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Akademie.; Roberto Unger. (1975). *Knowledge and Politics*. Free Press.; Ronald W. Dworkin. (1986). *Law's Empire*. Hart Publishing; Robert Burns. (1995). *A Theory of the Trial*. Princeton University Press.; Bruno Latour. (2002). *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'Etat*. Editions Découverte.; Paul Riceur. (2005). *Le Juste, la justice et son échec*. Editions L'Herne.

⁹² Martha C. Nussbaum (n 11) 278-279.

⁹³ Lief Dahlberg (n 57) 200.

การศึกษาอารมณ์เป็นเรื่องที่เริ่มได้รับความสนใจในการทำวิจัยในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งส่งผลต่อกระบวนการทัศน์ในการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอย่างไม่มีวันหวนกลับ อารมณ์กลายเป็นจุดเริ่มต้นของการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในยุคหลังสมัยใหม่ ได้แก่ การศึกษาความกลัวในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (Fear in international relations) ความเห็นใจซึ่งกันและกันในการสร้างแนวความคิดเสรีนิยมใหม่ (Mutual sympathy in neoliberalism) ความภูมิใจในการได้รับการยอมรับในการดำเนินกิจการระหว่างประเทศ (International pride in international affair) การสร้างมิตรภาพในความขัดแย้งระหว่างประเทศ (Friendship in international conflict) การสร้างความเกลียดชังในสงครามกลางเมือง (Hatred in civil war) เป็นต้น⁹⁴

ปัญหาและอุปสรรคที่เกิดขึ้นในการศึกษาอารมณ์ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ คือ การไม่ได้รับการยอมรับและความไม่ชอบธรรมในเชิงวิธีวิทยาและกระบวนการในการศึกษาที่เป็นปัญหามาอย่างยาวนาน จนกระทั่งอารมณ์กลายเป็นส่วนหนึ่งและสำคัญมากในการเมืองโลกอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ รวมถึงการนำอารมณ์เข้ามาสู่การสร้างประเด็นข้อถกเถียงในแวดวงวิชาการความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ พร้อมทั้งการนำอารมณ์มาเป็นศูนย์กลางในการศึกษาการเมืองระหว่างประเทศ การสร้างเครื่องมือในการวิเคราะห์และตัดสินใจทางการเมืองระหว่างประเทศที่เรียกว่า จิตวิทยาการเมืองระหว่างประเทศวิเคราะห์ (International political-psychological analysis) ซึ่งทำให้การศึกษาบทบาทการเมืองระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศแบบดั้งเดิมโดนลดทอนคุณค่าและความสำคัญลงไป⁹⁵

อารมณ์เป็นแนวความคิดในการวิเคราะห์หรือหน่วยในการวิเคราะห์ในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันถือได้ว่าเป็นการสร้างทั้งความท้าทายและความสับสนในทางทฤษฎีและการปฏิบัติอย่างมาก ทั้งนี้ อารมณ์สามารถแบ่งแยกย่อยเป็นหน่วยในการศึกษาได้เป็นผลกระทบ (Affect) อารมณ์ (Emotion) และความรู้สึก (Feeling)⁹⁶ อันเป็นการศึกษาในรูปแบบที่มีความอ่อนไหวค่อนข้างมากและไม่ได้รับการยอมรับในเรื่องความชอบธรรมและคุณค่าของวิธีวิทยาในการศึกษาสังคมศาสตร์ นอกจากนี้ ความทับซ้อนที่เป็นเรื่องยุ่งยากอีกประการหนึ่ง คือ การทับซ้อนในเรื่องความหมายและขอบเขตของคำที่ใช้เป็นเครื่องมือในการศึกษา อันได้แก่ อารมณ์ (Emotions) กิเลสตัณหา (Passions) ความรู้สึก (Feelings) และสภาพอารมณ์ (Sentiments) ทั้งในทางความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ⁹⁷

การวิเคราะห์วาทกรรมทางอารมณ์ (Emotional discourse analysis) ซึ่งเป็นหน่วยในการวิเคราะห์คำประกาศอย่างเป็นทางการ (Official statements) เอกสารทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา อนุสัญญา ข้อตกลงระหว่างประเทศ เป็นต้น ดังนั้น ภาษาของกฎหมายระหว่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

⁹⁴ Clément M. and Sanger E. (n 28) 3-4.

⁹⁵ ibid 3-4.

⁹⁶ ibid 5.

⁹⁷ Simpson G, 'The Sentimental Life of International Law' (2015) 3 London Review of International Law 3, 5.

ที่แสดงออกทางอารมณ์อย่างชัดเจน ได้แก่ การทำลายล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide) การก่อการร้าย (Terrorist) รัฐอันธพาล (Rouge state) นอกกฎหมาย (Outlaw) การทารุณกรรมหมู่ (Massacre) เป็นต้น คำเหล่านี้ล้วนเป็นคำที่แสดงไปในทางอารมณ์โกรธ ความพยายาม ความเกลียดชัง ซึ่งในเป็นภาษาที่สะท้อนออกมาในทางลบ ส่วนภาษาที่มีความหวัง ได้แก่ สันติภาพ (Peaceful) อิสระภาพ (Freedom) การมีภาวะเหนือมนุษย์ (Hero) ความรับผิดชอบ (Responsible) ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความสนุกสนาน ความรื่นเริง และความเห็นอกเห็นใจในคำเหล่านี้ โดยกรณีของการศึกษาการวิเคราะห์วาทกรรมทางอารมณ์ผ่านการศึกษากฎหมาย การปฏิบัติการทางด้านกระบวนการยุติธรรม และข้อโต้แย้งระหว่างคู่ความในคดี ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความหวาดกลัว

กรอบการศึกษาอารมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศเป็นการวางรากฐานการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศกับอารมณ์หรือสภาพหรือสภาวะแห่งอารมณ์ คำกล่าวที่สำคัญต่อการทำความเข้าใจในการศึกษาขอบเขตหรือพรมแดนใหม่ในทางกฎหมายระหว่างประเทศมาจากคำกล่าวของ Phillip Allot ในหนังสือชื่อ Eunomia ที่กล่าวไว้ว่า “พวกเราสร้างโลกมนุษย์ขึ้น รวมถึงสถาบันและกฎเกณฑ์ที่กำกับดูแลมนุษย์ผ่านพลังความคิดของมนุษย์นี้เอง ถ้าพวกเราขบคิดว่าจะเกิดอะไรขึ้น พวกเราก็จะสร้างมันขึ้นมาใหม่ด้วยแนวคิดแบบใหม่”⁹⁸ หากทำความเข้าใจความรู้สึกนึกคิดของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น จะพบว่า กฎหมายระหว่างประเทศเป็นการแสดงออกถึงความเชี่ยวชาญทางด้านการใช้ภาษา การเข้าร่วมวัฒนธรรมที่หลากหลาย และการรวมกลุ่มของผู้คนที่เข้ามาร่วมกันว่า “นักกฎหมายระหว่างประเทศ” โดยมีหน้าที่หลักในการทำให้ภาษากฎหมายระหว่างประเทศสามารถสร้างความรู้สึกที่ดีงามและเจริญอกงามแก่ผู้คนบนโลก ถ้อยคำของกฎหมายระหว่างประเทศสามารถทำให้เราในฐานะของนักกฎหมายระหว่างประเทศได้รับรู้ถึงโลกที่แตกต่างอย่างเป็นหนึ่งเดียวกัน หน้าที่อันสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศคือการสร้างโลกผ่านการใช้ภาษาที่ดีงามกว่าที่เป็นอยู่ อีกนัยหนึ่ง กฎหมายระหว่างประเทศก็สะท้อนให้เห็นการใช้ประโยชน์ร่วมกัน ความรู้สึกร่วมกันของคนบนโลก ภาษากฎหมายระหว่างประเทศที่สะท้อนออกถึงความเป็นสากลคืออารมณ์ร่วมกันของกลุ่มคนต่าง ๆ ในชุมชนและสังคมระหว่างประเทศ⁹⁹

แนวความคิดว่าด้วยกฎหมายระหว่างประเทศมีความสัมพันธ์กับอารมณ์อย่างไรนั้น นักวิชาการกฎหมายระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นความสำคัญของการศึกษาเช่นนี้ออกเป็น 2 ประการด้วยกัน ประการแรก กล่าวคือ อารมณ์เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้กฎหมายระหว่างประเทศเกิดความต่างพร้อมและกีดกร่อนไปสู่จุดที่เสื่อมทราม ประการที่สอง กล่าวคือ อารมณ์เป็นส่วนที่หนุนเสริม ให้ข้อมูล ให้คุณค่าและพัฒนากฎหมายให้เจริญก้าวหน้ามากยิ่งขึ้น พร้อมทั้ง ความสำคัญของบทบาทของอารมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศเริ่มมีมากขึ้นในส่วนของการตัดสินใจในการบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศและการบังคับใช้กฎหมายระหว่าง

⁹⁸ ibid 7.

⁹⁹ ibid 8-11.

ประเทศ¹⁰⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายระหว่างประเทศในยุคหลังสมัยใหม่ที่มีความซับซ้อน ความยุ่งยากและต้องการกลุ่มคนที่เข้ามามีส่วนร่วมในการบัญญัติกฎหมายระหว่างประเทศที่มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น

หากพิจารณาตัวอย่างงานศึกษาทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบ อารมณ์ที่ได้รับการศึกษาจำนวนหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ความเอื้อเฟื้อ ความกังวลใจ ความโกรธ ความแค้นและความขุ่นเคือง อดิ เป็นต้น อันได้แก่ งานศึกษาของ Jason Rudall เรื่อง ความเอื้อเฟื้อในทางกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰¹ ได้เสนอคำอธิบายทั่วไปที่เกี่ยวข้องและเชื่อมโยงกับความเอื้อเฟื้อที่ปรากฏหลักทางทฤษฎีการที่แน่นอนในทางกฎหมายระหว่างประเทศ วิธีการสร้างความเอื้อเฟื้อในกฎหมายระหว่างประเทศ ความร่วมมือ การปกป้องและการพัฒนาเพื่อความเป็นอื่นและคนอื่น ๆ อันเป็นเนื้อหาที่เป็นแก่นแกนและสาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ พร้อมทั้งได้นำเสนอวิธีการสร้างรูปแบบของความเอื้อเฟื้อที่มีความหลากหลาย ตัวอย่างที่ชัดเจนในงานเขียนของ Jason Rudall ได้เสนอ ความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมเพื่อความ เป็นอื่นหรือคนอื่น ๆ (Environmental justice for the other) จะเห็นได้ว่า ความเอื้อเฟื้อเป็นรากฐานที่สำคัญของอารมณ์มนุษย์ และเป็นงานรากฐานทางทฤษฎีที่สำคัญที่ชี้ให้เห็นคุณค่าของอารมณ์ในการศึกษาโครงสร้างในกฎหมายระหว่างประเทศ

กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศสะท้อนให้เห็นถึงจุดร่วมกันของอารมณ์ที่ทำงานเพื่อทำความเข้าใจ เพื่อสนับสนุน และเพื่อส่งเสริมกลุ่มคนที่มีความเปราะบางในทางกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นกติการะหว่างประเทศ อนุสัญญาทางด้านสิทธิมนุษยชนที่ให้ความสำคัญกับกลุ่มสตรี เด็ก ผู้พิการ แรงงาน กลุ่มปวงชนชาติพันธุ์ กลุ่มชนเผ่า กลุ่มเชื้อชาติ กลุ่มศาสนา และกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นต้น การให้ความสำคัญกับกลุ่มคนดังกล่าวได้แสดงให้เห็นอารมณ์ร่วมกันของกลุ่มคนเหล่านี้ที่ต้องได้รับการปกป้องโดยรัฐ และอารมณ์ที่เป็นจุดยึดโยงกับคนกลุ่มเปราะบางเหล่านี้ ก็คือ ความรู้สึกเห็นอกเห็นใจ (Sympathy) และความรู้สึกรัก (Affection)¹⁰² ดังนั้น ภาษาแห่งอารมณ์รักเหล่านี้แสดงออกมาให้เห็นถึงคุณค่าของกลุ่มคนต่างๆ ผ่านความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มคนต่าง ๆ ด้วยกัน กับรัฐและองค์กรต่าง ๆ ที่เป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนขบวนการสิทธิมนุษยชน

งานศึกษาทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศของนักวิชาการอย่างเช่น Martti Koskenniemi และ Päivi Leino ได้กล่าวอย่างชัดเจนว่า การกระจายตัวของกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นการเพิ่มขึ้นของกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นลายลักษณ์อักษร การขยายตัวของศาลระดับระหว่างประเทศ รวมถึงศาลชำนาญพิเศษระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดความกังวลใจในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศขึ้น ถึงแม้เป้าหมายหลักจะไม่ได้อยู่ที่อารมณ์แต่อย่างใด แต่ผลลัพธ์สุดท้ายที่เกิดขึ้นก่อให้เกิดความกังวลใจร่วมกันใน

¹⁰⁰ Popovski V, 'Emotions and International Law' in Ariffin Yohan, Coicaud J-M and Popovski V (eds) *Emotions in International Politics: Beyond Mainstream International Relations* (Cambridge University Press 2016) 185-192.

¹⁰¹ Jason Rudall, *Altruism in International Law* (Cambridge University Press 2021) 17-234.

¹⁰² Simpson G (n 97) 23.

ระดับระหว่างประเทศ หรืออย่างน้อยก็เกิดขึ้นกับนักวิชาการทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰³ ทั้งนี้ทางออกที่เหมาะสมสำหรับการแก้ไขปัญหาคือการกระจายตัวของแหล่งที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศและตุลาการในทางระหว่างประเทศ ก็คือ การยอมรับโลกพหุนิยมทางกฎหมาย (Legal pluralism)

งานศึกษาของ Josh Pallas¹⁰⁴ เรื่อง อารมณ์ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ พบความสำคัญของอารมณ์ที่มีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างศาลอาญาระหว่างประเทศกับการเมืองระหว่างประเทศ เนื่องจากสองทศวรรษที่ผ่านมาตั้งแต่มีการตั้งศาลอาญาระหว่างประเทศขึ้นเพื่อดำเนินคดีเกี่ยวกับอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ อาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์และอาชญากรรมการรุกราน ซึ่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาระหว่างประเทศเป็นไปเพื่อนำความยุติธรรมมาสู่ผู้ที่เป็นเหยื่อจากเหตุการณ์ต่าง ๆ ที่ได้กล่าวมา ดังนั้น ศาลอาญาระหว่างประเทศจึงเปิดโอกาสให้แก่อารมณ์ได้ทำหน้าที่ในการวิเคราะห์กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการส่วนของการไต่สวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ เพื่อก่อให้เกิดความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่าน (Transitional justice) ทั้งนี้ความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านนั้นจะส่งผลอย่างยิ่งต่อเหยื่อผู้เคราะห์ร้ายจากการก่ออาชญากรรมเหล่านี้

การวิเคราะห์อารมณ์ในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศเกิดขึ้นเนื่องมาจากความสัมพันธ์อันแนบแน่นของสองสาขาวิชา อันได้แก่ จิตวิทยา (Psychology) และอาชญาวิทยา (Criminology) เพราะความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านมีเป้าหมายที่สำคัญคือการฟื้นฟู เยียวยาผู้เสียหาย นำเอาความปกติกลับสู่สังคมที่แตกสลายมาอย่างยาวนาน ดังนั้น การทำงานทางด้านอารมณ์เพื่อให้เกิดความยุติธรรมในระยะเปลี่ยนผ่านในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ อันได้แก่ อารมณ์โกรธ (Anger) ความอับอาย (Shame) และความชุนเคือง (Outrage) เพื่อลดอารมณ์เหล่านี้ในสังคมจนกระทั่งทำให้อารมณ์เหล่านี้หายไปจึงสามารถทำให้สังคมสามารถเดินต่อไปได้

อารมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศได้นำเสนอการทำความเข้าใจกับอารมณ์ที่เกิดขึ้นกับการปรับใช้หลักการของกฎหมายอาญาระหว่างประเทศทั้งในห้องพิจารณาคดีของศาลอาญาระหว่างประเทศ และผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นในทางการเมืองระหว่างประเทศ รวมทั้งอารมณ์ศึกษาอันส่งผลต่อการทำงานในเชิงการปฏิบัติการของศาลอาญาระหว่างประเทศด้วย เช่น การส่งผลต่อการตีความกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ การส่งผลต่อการนำสืบข้อเท็จจริงและการไต่สวนข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในทางกฎหมายอาญาระหว่างประเทศ เป็นต้น

นอกจากความเกี่ยวข้องของอารมณ์ในกฎหมายอาญาระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศก็เป็นส่วนหนึ่งที่สำคัญมากที่ต้องพิจารณาร่วมกับอารมณ์ศึกษา ดังเช่นงานศึกษาของ Naz C. Modirzadeh ได้ชี้ให้เห็นความสำคัญของการทำงานของอารมณ์ในการทำสงคราม เพราะว่าทุกครั้งที่มีการ

¹⁰³ Koskeniemi M., and Leino P, 'Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties' (2002) 15 *Leiden Journal of International Law* 553, 553-556.

¹⁰⁴ Pallas J, 'Emotions in International Criminal Law: Reckoning with the Unknown' in Cullen H., Kastner P. and Richmond S. (eds), *The Politics of International Criminal Law* (Brill 2020) 230-254.

เกิดขึ้นของสงครามส่งผลให้เกิดอารมณ์ร่วมกันบางอย่างของโลกใบนี้ และอารมณ์ดังกล่าวยังเชื่อมต่อกันอย่างรวดเร็วและรุนแรงด้วย งานของ Naz ได้ทำการศึกษาผ่านสงครามเวียดนาม (Vietnam war) และสงครามการก่อการร้าย (War on terrorism) สงครามทั้งสองครั้งก่อให้เกิดความทุกข์ทรมานอย่างแสนสาหัส พร้อมทั้งสะท้อนให้เห็นถึงอารมณ์ร่วมกันของวิกฤตการณ์ (The sense of crisis) และความต้องการอันเร่งด่วนในการช่วยเหลือ Naz ทำการสรุปว่าสงครามทั้งสองครั้งก่อให้เกิดอารมณ์ร่วมกันคือความเจ็บปวด ความทุกข์ทรมาน ความโกรธแค้น ซึ่งคำที่แสดงอารมณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ ซึ่งอารมณ์ต่าง ๆ เหล่านี้ปรากฏอย่างชัดเจนในกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ¹⁰⁵

นอกจากนี้แล้ว ศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่หลักในการดำเนินการให้เกิดความยุติธรรมขึ้นแก่เหยื่อ ผู้เสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมรุนแรงในทางระหว่างประเทศ ซึ่งกระบวนการในศาลอาญาระหว่างประเทศจะต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความพึงพอใจและเยียวยาอารมณ์อันขุ่นมัวของเหยื่อและผู้เสียหายที่เกิดจากอาชญากรรมสงคราม อาชญากรรมต่อมวลมนุษยชาติ อาชญากรรมการทำลายล้างเผ่าพันธุ์อันส่งผลกระทบกระเทือนต่ออารมณ์ของมวลมนุษยชาติ ศาลอาญาระหว่างประเทศมีหน้าที่ดำเนินการให้เกิดข้อเท็จจริงอันเป็นที่ประจักษ์ และทำหน้าที่คลี่คลายอารมณ์ของเหยื่อและนำข้อเท็จจริงมาเปิดเผยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับเหยื่อและผู้เสียหายในคดี¹⁰⁶ หากพิจารณาในอีกแง่มุมหนึ่งของอารมณ์ จะพบว่า ความน่าขยะแขยงของอาชญากรรมกลายมาเป็นส่วนสำคัญขององค์ประกอบความผิดในการกระทำอาชญากรรมระหว่างประเทศ และความน่าละอายที่เกิดขึ้นจากการกระทำอาชญากรรมกลายมาเป็นเครื่องมือในการลงโทษอาชญากรรมระหว่างประเทศ

งานศึกษาเรื่อง อคติในกฎหมายระหว่างประเทศ¹⁰⁷ ดูเสมือนหนึ่งจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับอะไรมากมายกับอารมณ์ศึกษา แต่เป็นส่วนสำคัญที่เกิดจากความรับรู้และประสบการณ์ก่อนทำให้เกิดอคติขึ้นในระหว่างการประยุกต์ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ และอคติเองที่ส่งผลโดยตรงต่อการรับรู้กฎเกณฑ์ในทางระหว่างประเทศ การบังคับใช้หลักเกณฑ์ทางระหว่างประเทศดังกล่าว รวมถึงผลลัพธ์ที่เกิดขึ้นจากกระบวนการทางตุลาการระหว่างประเทศ และการรับรู้ที่ก่อให้เกิดอคติเองที่ส่งผลแบบอัตโนมัติผ่านอคติในทางสังคม อคติในทางอารมณ์ โดยวิธีการศึกษาผ่านอคติผ่านกลุ่มคนต่าง ๆ ที่มีความหลากหลายซึ่งกลุ่มคนดังกล่าวได้รับผลกระทบทั้งโดยตรงและโดยอ้อมจากการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศ ภาษาของกฎหมายระหว่างประเทศที่ผ่านการรับรู้ของกลุ่มคนที่หลากหลายเหล่านี้ยังส่งผลโดยตรงต่อการปฏิบัติการของอคติในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศผ่านสถาบันทางกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะป็นรัฐภาคีสมาชิกและปัจเจกบุคคลที่ส่งผลต่อกระบวนการทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International legal process)

¹⁰⁵ Modirzadeh N.Z, 'Cut These Words: Passion and International Law of War Scholarship' (2020) 61 Harvard International Law Journal 1, 1-13.

¹⁰⁶ Popovski V. (n 100) 186-192.

¹⁰⁷ Fikfak V., Peat D. and Zee E, 'Bias in International Law' (2022) 23 German Law Journal 272, 281-297.

นอกจากนี้ อิทธิพลที่สำคัญต่อการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่สัมพันธ์กับอาชญมนศึกษานั้น มาจากงานศึกษาทางนิติปรัชญาของ Martha Craven Nussbaum เฉกเช่นที่ปรากฏในงานของ Anne Saab¹⁰⁸ ที่ได้ชี้ให้เห็นความสำคัญของตัวกระทำในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่แสดงออกทางอาชญมนที่แตกต่างกันออกไป และกฎหมายระหว่างประเทศจำนวนหนึ่งที่มีความสัมพันธ์กับอาชญมนของมนุษย์อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันได้แก่ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการป้องกันการก่อการร้าย กฎหมายว่าด้วยการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ กฎหมายสุขภาพโลก กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความปลอดภัยด้านอาหาร เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้ล้วนมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ รวมถึงการเข้าไปนำเอาอาชญมนของมนุษย์มาส่วนเกี่ยวข้องด้วยเช่นเดียวกัน

กฎเกณฑ์การควบคุมความปลอดภัยทางอาหารระหว่างประเทศที่ก่อกำเนิดมาจากอาชญมนกังวลร่วมกันของคนบนโลก ตัวอย่างเช่น ความกลัวและความกังวลในการกำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยความปลอดภัยในทางระหว่างประเทศ เกิดจากความกังวลในการแพร่กระจายของอาหารไม่ปลอดภัยไปทั่วโลก ส่งผลให้เกิดโรคระบาดอันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงพันธุกรรมและการนำฮอร์โมนบางชนิดใส่เข้าไปในพืชและสัตว์มากเกินไปอันส่งผลต่อการทำลายระบบความปลอดภัยของอาหารบนโลกใบนี้ ความกังวลดังกล่าวนำมาซึ่งความพยายามในการกำหนดกฎเกณฑ์ ทั้งนี้ กฎเกณฑ์ดังกล่าวทำหน้าที่ในการควบคุมผลิตภัณฑ์อาหารทั้งจากพืชและจากสัตว์ให้เป็นไปตามหลักการและมาตรฐานทางวิทยาศาสตร์ การกำหนดค่าความเสี่ยงของอาหาร การประเมินความเสี่ยงของสารพิษในอาหารเหล่านั้น เป็นต้น พร้อมทั้งกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาทไว้ที่องค์การการค้าโลก (World Trade Organization)

กฎหมายสุขภาพระหว่างประเทศมีหน้าที่ในการดำเนินนโยบายระดับโลกเพื่อต่อสู้กับการแพร่กระจายของโรคระบาด โรคติดเชื้อ และโรคต่าง ๆ ตามฤดูกาลและภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งปรากฏการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อโคโรนาไวรัส หรือโควิด 2019 ที่ระบาดและทำลายกิจกรรมอันเป็นปกติของมนุษย์ลงไปอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้ กฎหมายสุขภาพระหว่างประเทศไม่ได้มีอำนาจทางกฎหมายโดยตรงเพื่อตรวจจับเชื้อโรค แต่มีอำนาจในการสร้างระบบสุขภาพและมาตรการเพื่อรองรับการแพร่ระบาดอย่างฉับพลัน อย่างไรก็ตาม อาชญมนได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการขับเคลื่อนมาตรการต่าง ๆ เพื่อลดการแพร่ระบาด กล่าวคือ ความอับอายและมลทิน กลายเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการชะลอการแพร่ระบาดของเชื้อโรค เช่น มาตรการที่มีความรุนแรงกระทบถึงอาชญมนของมนุษย์ อันได้แก่ การห้ามเดินทาง การปิดสถานศึกษา การหยุดดำเนินกิจกรรมทางธุรกิจ การสร้างจุดตรวจหรือหน่วยในการป้องกันการแพร่ระบาดของเชื้อโรคอย่างเข้มงวด เป็นต้น จะพบว่า กฎหมายสุขภาพระหว่างประเทศและนโยบายระดับโลกว่าด้วยสุขภาพทำงานได้ด้วยหลักการและข้อเท็จจริงทางวิทยาศาสตร์แต่ยังต้องการการขับเคลื่อนด้วยอาชญมนด้วย เพื่อให้การป้องกันประสบความสำเร็จ

¹⁰⁸ Saab A, 'Emotions and International Law' (2021) 10 European Society of International Law Reflections 1, 1-10.

จากการศึกษาอารมณีกฎหมายระหว่างประเทศ จะพบว่า อารมณีส่งผลต่อการปฏิบัติกฎหมายระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี ผู้พิพากษาของศาลระหว่างประเทศ และคณะกรรมการต่าง ๆ ในทางระหว่างประเทศยังมีข้อจำกัดในการศึกษาอารมณของกลุ่มคนที่ส่งผลกระทบต่อระบบระหว่างประเทศอยู่พอสมควร

7. บทสรุป

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับอารมณ์ได้รับความสนใจและเริ่มเป็นประเด็นถกเถียงกันในทางวิชาการมาในระยะเวลาหนึ่ง ถึงแม้ว่านักคิดคนสำคัญอย่าง Immanuel Kant จะเสนอการพิจารณาข้อคิดอันสำคัญไว้ว่า อารมณ์เป็นอาการป่วยทางด้านจิตใจของผู้คน (Emotions as illnesses of mind) และอารมณ์ยังทำลายการตัดสินใจอย่างเป็นเหตุเป็นผลของผู้คนลง อย่างไรก็ดี อารมณ์เป็นส่วนสำคัญและเป็นแรงขับเคลื่อนมนุษย์ที่เกิดจากธรรมชาติ อารมณ์ส่งผลโดยตรงต่อพฤติกรรมของมนุษย์ ในขณะที่กฎหมายเป็นหลักในการขับเคลื่อนสังคม การจัดระเบียบแบบแผนของผู้คนในสังคมและการควบคุมจัดการพฤติกรรมของมนุษย์ จากกรอบของการศึกษาอารมณและหน้าที่ของกฎหมายได้ชี้ให้เห็นจุดร่วมกันที่สำคัญ คือ การแสดงออกซึ่งพฤติกรรมของมนุษย์อันมาจากสาเหตุสำคัญก็คือ อารมณ์และกฎหมาย

พฤติกรรมของมนุษย์ได้รับการกำหนดด้วยอารมณ์ไม่ว่าจะทางตรงหรือทางอ้อม กฎหมายทำหน้าที่กำหนดขอบเขตของพฤติกรรมมนุษย์ นั่นหมายความว่า กฎหมายได้จำกัดพลังในการขับเคลื่อนของมนุษย์ตามธรรมชาติ เพื่อสนับสนุนพฤติกรรมและความประพฤติที่ได้รับการรับรองว่าสมเหตุสมผลและมีเหตุผล ในขณะเดียวกัน กฎหมายก็จำกัดพฤติกรรมที่ไม่สมเหตุสมผลหรือไร้เหตุผลของมนุษย์ จึงนำมาสู่คำถามที่สำคัญอย่างยิ่งว่า อารมณ์ต่าง ๆ ของมนุษย์กำลังทำลายกระบวนการคิดอย่างมีเหตุผลหรือสมเหตุสมผลหรือไม่ กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอารมณ์นิยมไม่ได้มุ่งหมายที่จะตอบคำถามนี้แต่อย่างใด แต่ทำเพื่อคลี่คลายให้เห็นถึงวิธีการศึกษาและทำความเข้าใจความสัมพันธ์ที่มีอยู่จริงของวงการนิติศาสตร์และวงการอารมณ์ศึกษา

อารมณ์มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งต่อการศึกษาและการทำความเข้าใจวงการนิติศาสตร์สมัยใหม่ นอกจากนี้ ความพยายามทำความเข้าใจอารมณ์ผ่านวิธีวิทยาการศึกษาวิทยาศาสตร์จะเป็นสิ่งที่สามารถนับเอาอารมณ์มาเป็นแนวทางสำคัญในการทำความเข้าใจกฎหมาย กระบวนการยุติธรรม และกฎหมายสมัยใหม่อย่างกฎหมายระหว่างประเทศได้ พร้อมทั้งทำความเข้าใจความยุติธรรมในรูปแบบที่แตกต่างออกไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างอารมณีกฎหมายภายใน เช่น กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและกระบวนการยุติธรรมอันมีหลักฐานเชิงประจักษ์อยู่มากพอสมควร เป็นต้น การขยายหน่วยในการศึกษาไปสู่การศึกษากฎหมายภายในฉบับอื่น ๆ หรือสาขาวิชาอื่น ๆ ที่มีความสัมพันธ์กับอารมณ์มีแนวโน้มที่จะมีการศึกษาวิจัยมากขึ้น

การศึกษาอารมณในงานศึกษากฎหมายระหว่างประเทศเปรียบเสมือนการขยายอาณาบริเวณของการศึกษาอย่างรวดเร็ว ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่าง

ประเทศ กฎหมายอาญาระหว่างประเทศ กฎหมายสุขภาพระหว่างประเทศ กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยอาหารปลอดภัย การศึกษาประวัติศาสตร์และปรัชญาของกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น จะพบว่า การศึกษาอารมณ์ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นผลลัพธ์ที่ชัดเจนของอารมณ์แบบรวมหมู่ (Collective emotion) หรืออารมณ์สาธารณะ (Public emotions) ที่ส่งผลโดยตรงต่อการศึกษาและวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไม่มีที่สิ้นสุด

นักนิติศาสตร์ควรเริ่มต้นศึกษาอารมณ์ที่ทำงานในกระบวนการต่าง ๆ และปฏิบัติการต่าง ๆ ทางกฎหมายอย่างจริงจัง เพื่อเผยให้เห็นความยุติธรรมที่มีรูปแบบที่แตกต่างออกไปจากความเข้าใจเดิมบนตรรกะแห่งความสมเหตุสมผลและเป็นเหตุเป็นผลตามที่ได้รับการฝึกฝนกันมาอย่างยาวนาน

การยุติการตั้งครรภ์: ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอาญามาตรา 301และ 305*
Termination of Pregnancy: Legal Abortion under Sections 301 and 305 of the
Thai Penal Code

พิชญา เหลืองรัตนเจริญ**

คณะสังคมศาสตร์และการพัฒนาท้องถิ่น มหาวิทยาลัยราชภัฏพิบูลสงคราม

Pitchaya Luangrattanacharoen

Faculty of Social Sciences and Local Development, Pibulsongkram Rajabhat University

วันที่รับบทความ 24 พฤษภาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 25 พฤศจิกายน 2565; วันตอบรับบทความ 15 ธันวาคม 2565

บทคัดย่อ

ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญาในส่วนของความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยยินยอมให้หญิงสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้หากอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ซึ่งมีได้มีการกำหนดเงื่อนไขที่ชัดเจนไว้ในมาตรา 301 ประกอบกับมาตรา 305 มีเพียงการบัญญัติเหตุในการยกเว้นความรับผิดชอบของแพทย์เพิ่มเติมเท่านั้น โดยใช้วิธีการวิจัยศึกษาจากเอกสารที่เกี่ยวข้องและเก็บรวบรวมจากแบบสอบถามจำนวน 50 ชุด จากผลการวิจัยพบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าการยุติการตั้งครรภ์ด้วยเหตุจำเป็นไม่ว่ากรณีใดอาทิ ปัญหาทางด้านเศรษฐกิจหรือสังคม ย่อมไม่เป็นการละเมิดสิทธิของทารกในครรภ์มารดาถึงแม้จะผิดศีลธรรมก็ตาม เมื่อจำเป็นย่อมสามารถทำได้ และหากหญิงมีความผิดฐานทำให้แท้งลูก ชายที่ทำให้ทารกในครรภ์เกิดย่อมต้องร่วมรับผิดชอบด้วย ดังนั้นจึงต้องนำกฎหมายในเรื่องดังกล่าวกลับมาทบทวนสร้างมาตรการให้เกิดการคุ้มครองสิทธิทั้งแม่และทารกในครรภ์อย่างแท้จริง

คำสำคัญ: กฎหมาย ยุติการตั้งครรภ์ ทำแท้ง

* บทความนี้ผู้เขียนได้เรียบเรียงจากรายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “การยุติการตั้งครรภ์ : ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายอาญามาตรา 301และ 305” ซึ่งได้รับการสนับสนุนการวิจัยจากคณะสังคมศาสตร์และการพัฒนาท้องถิ่น ประจำปี พ.ศ.2564 ผู้เขียนขอขอบคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.กัมปนาท วงษ์วัฒนพงษ์ และท่านอาจารย์ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นงลักษณ์ อานี

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำ คณะสังคมศาสตร์และการพัฒนาท้องถิ่น มหาวิทยาลัยราชภัฏพิบูลสงคราม

Email: p-ya.l@hotmail.com

Abstract

As of now, Section 305 and Section 301 of the Thai Criminal Code have been amended to make it legal for women to terminate their pregnancies if their gestational age is not more than twelve weeks. However, these provisions do not clearly stipulate the conditions of such termination except the grounds for excluding physician liability. Through a research study based on relevant documents and data collected from questionnaires answered by fifty participants, the result demonstrates the view that most termination of pregnancies based on necessary reasons does not violate the fetus rights notwithstanding moral fault of the mother. Additionally, to the extent of necessity, such termination should be allowed even though it is against human dignity. Moreover, if a woman is found guilty from termination of her pregnancy, a man who impregnated the woman should be held jointly liable for the offense. Therefore, the revisions of these provisions must be done to actually protect the fetus and mother rights.

Keywords: Law, Termination of Pregnancy, Abortion

1. บทนำ

ปัจจุบันในประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา ฉบับที่ 28 พ.ศ. 2564 เสนอโดยคณะรัฐมนตรีซึ่งได้มีการแก้ไข 2 มาตรา กล่าวคือให้ยกเลิกความในมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ.2560 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน “หญิงที่ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ” ส่วนมาตรา 305 ให้ยกเลิกและใช้ความต่อไปนี้แทน “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยื่นยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยื่นยันที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงมีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ยื่นยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น”

การแก้ไขบทบัญญัติดังกล่าวอยู่ภายใต้เหตุผลที่ว่า การคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ต้องให้เกิดความสมดุลกัน โดยอาจต้องนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา การปฏิเสธสิทธิของหญิงโดยปราศจากการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่เหมาะสมดังเช่นมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิม เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของหญิงเกินความจำเป็น ประกอบกับรัฐมีหน้าที่กำหนดให้มีมาตรการส่งเสริมให้บุคคลใช้สิทธิและเสรีภาพ โดยจัดให้มีมาตรการในการยุติการตั้งครรภ์¹ ที่ปลอดภัย ถูกต้องตามกฎหมาย ไม่กระทบต่อการใช้สิทธิของหญิง และในขณะเดียวกันก็ต้องเข้าไปดูแลและคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มิให้ถูกระทบสิทธิในการมีชีวิตด้วยเช่นกัน บทบัญญัติมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาเดิมจึงกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายของหญิงเกินความจำเป็น ไม่

¹คำว่า “ยุติการตั้งครรภ์” (Termination of Pregnancy) กับ “การทำแท้ง” (Abortion) ตามนัยที่ใช้ในบทความนี้ มีความหมายไม่เหมือนกัน เพราะการทำแท้งเป็นสิ่งที่กฎหมายกำหนดให้เป็นความผิดและต้องรับโทษ ส่วนการยุติการตั้งครรภ์เป็นการกระทำที่กฎหมายกำหนดให้ไม่มีความผิดและไม่ต้องรับโทษหากกระทำการตามที่กฎหมายกำหนด

เป็นไปตามหลักแห่งความได้สัดส่วน²ระหว่างหญิงที่ตั้งครรภ์กับทารกในครรภ์ และเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³ นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ให้ข้อเสนอแนะด้วยว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก โดยกำหนดอายุครรภ์สำหรับความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกตามมาตรา 301 รวมทั้งเพิ่มเหตุยกเว้นความผิดฐานทำให้แท้งลูกตามมาตรา 305 ให้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยและข้อเสนอแนะของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว⁴

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญาฉบับที่ 28 พ.ศ. 2564 มีสาระสำคัญที่แตกต่างจากกฎหมายเดิมดังต่อไปนี้

ประการแรก ในส่วนของอายุครรภ์มาตรา 301 เดิมได้มีการกำหนดคุ้มครองสิทธิเด็กที่อยู่ในครรภ์ไม่ให้ถูกกำจัดทุกช่วงระยะเวลาจนกว่าจะมีสภาพบุคคล แต่ตามมาตรา 301 ซึ่งแก้ไขใหม่ได้มีการกำหนดคุ้มครอง

² หลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจำเป็นต้องคำนึงถึงการกระทำที่เป็นความผิดและเมื่อมีบทกำหนดโทษจะต้องเหมาะสมได้สัดส่วนกับความผิดนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการสำคัญเพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและมีขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในการสร้างสมดุลระหว่างการใช้อำนาจรัฐกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดังนั้นความเหมาะสมของมาตรการหรือกฎหมายใดที่ใช้บังคับควรมีความจำเป็นหรืออย่างน้อยควรที่จะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุด ทั้งยังต้องชั่งน้ำหนักถึงประโยชน์ที่เกิดขึ้นต่อสาธารณะชนว่ามีความคุ้มค่ามากกว่าผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการไปกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

กิติมา แก้วนระ, ‘หลักความได้สัดส่วนกับบทกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้กระทำความผิดในคดีอาชญากรรมให้โทษศึกษากรณี: แอมเฟตามีน’ (2559) 2 วารสารนิติศาสตร์ปริทัศน์ พนมยงค์, 218.

<<https://grad.dpu.ac.th/upload/content/files/%E0%B8%9B%E0%B8%B5%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%20%20%E0%B8%89%E0%B8%9A%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%20%20%E0%B9%80%E0%B8%94%E0%B8%B7%E0%B8%AD%E0%B8%99%E0%B8%AA%E0%B8%B4%E0%B8%87%E0%B8%AB%E0%B8%B2%E0%B8%84%E0%B8%A1-%E0%B8%9E%E0%B8%A4%E0%B8%A8%E0%B8%88%E0%B8%B4%E0%B8%81%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%99%202559/vol5-1-11.pdf>> สืบค้นวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2565.

³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2564 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

⁴ ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 วินิจฉัยว่า บทบัญญัติความผิดฐานหญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก ตามมาตรา 301 แห่งประมวลกฎหมายอาญาขัดหรือแย้งต่อมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ให้ข้อเสนอแนะด้วยว่าประมวลกฎหมายอาญาและกฎหมายที่เกี่ยวข้องเรื่องการทำแท้งสมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

‘แก้ไขกฎหมายทำแท้ง ความเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญในรอบ 60 ปีที่หลายฝ่ายยังมีข้อกังวล’ (BBC News, 7 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-55940721>> สืบค้นวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2565.

สิทธิเด็กที่อยู่ในครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์จนกว่าจะมีสภาพบุคคล⁵ นอกจากนั้นในมาตราดังกล่าวยังมีความแตกต่างในเรื่องโทษที่จะต้องรับผิด กล่าวคือ มาตรา 301 เดิมได้มีการกำหนดอัตราโทษไว้เป็นการจำคุกไม่เกิน 3 ปี แต่มาตรา 301 ซึ่งแก้ไขใหม่ให้ลงโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน

ประการที่สอง ตามมาตรา 305 เดิมได้ระบุถึงตัวผู้ที่จะทำแท้งให้หญิงได้จะต้องเป็นแพทย์ แต่ตามมาตรา 305 ซึ่งแก้ไขใหม่ได้มีการเพิ่มเติมนอกจากจะเป็นผู้ประกอบการวิชาชีพเวชกรรมแล้ว ยังต้องมีหลักเกณฑ์ของแพทยสภากำหนดถึงเงื่อนไขการทำแท้งไว้ด้วยจึงจะสามารถกระทำการยุติการตั้งครรภ์ได้โดยไม่มีคามผิด ส่วนเงื่อนไขของการทำแท้งเดิมได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนให้ทำแท้งได้เพียงสองกรณี กล่าวคือ กรณีเหตุด้านสุขภาพของหญิงกับกรณีที่หญิงมีครรภ์เนื่องจากเป็นผู้ถูกกระทำอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276, 277, 282, 283, 284 ในส่วนเหตุด้านสุขภาพหญิง กฎหมายใหม่ได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเป็นเพียงกรณีเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิง และยังคงคุ้มครองไปยังเด็กที่จะเกิดมาด้วยหากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมามีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง นอกจากนั้นยังมีการเพิ่มเติมในส่วนของหญิงสมัครใจยุติการตั้งครรภ์เองในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ ส่วนในกรณีอายุครรภ์เกิน 12 สัปดาห์แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ หากยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด⁶โดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

หลักเกณฑ์ตามข้อบังคับคณะกรรมการแพทยสภาเกี่ยวกับการทำแท้ง⁷ ซึ่งกำหนดตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ “ยุติการตั้งครรภ์” ทางแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564 โดยมีสาระสำคัญสรุป ในข้อ 4 ให้ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมสามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตามหลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 (1) แห่งประมวลกฎหมายอาญา เป็นกรณีที่จำเป็นต้องกระทำเนื่องจาก (ก) ปัญหาสุขภาพทางกายของหญิงตั้งครรภ์ หรือ (ข) ปัญหาสุขภาพทางจิตของหญิงตั้งครรภ์ ซึ่งจะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

⁵ ปัจจุบันการทำแท้งถือว่าเป็นความผิดเมื่อกระทำต่อทารกในครรภ์ที่มีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์จนถึงระยะเวลาคลอดและอยู่รอดเป็นทารกแต่กรณีดังกล่าว

⁶ ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305 (5) ซึ่งให้ดำเนินการตามข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564

⁷ ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2564

(2) การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 (2) แห่งประมวลกฎหมายอาญามีหลักเกณฑ์ ดังนี้ (ก) ทารกที่คลอดออกมามีความเสี่ยงอย่างมากที่จะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพ อย่างร้ายแรง เช่น มีความพิการอย่างรุนแรง เป็นโรคทางพันธุกรรมอย่างร้ายแรง หรือทุพพลภาพประการอื่น อย่างร้ายแรง (ข) มีการให้คำปรึกษาแนะนำทางพันธุศาสตร์ (genetic Counseling) แก่หญิงตั้งครรภ์ (ค) มีการบันทึกผลการตรวจ การให้คำปรึกษาหรือคำแนะนำทางพันธุศาสตร์ และข้อบ่งชี้ ไว้ในเวชระเบียน (ง) จะต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมที่มีใช้ผู้กระทำการ ยุติการตั้งครรภ์อย่างน้อยหนึ่งคน

(3) การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 (3) แห่งประมวลกฎหมายอาญา หญิงต้องยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนตั้งครรรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยหญิงอาจให้ข้อเท็จจริงประกอบการยืนยันดังกล่าวได้

(4) การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 (5) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ตามมาตรฐานการประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือแนะนำส่งต่อตามระบบของสถานพยาบาลโดยไม่ชักช้า

(5) การยุติการตั้งครรภ์ตามมาตรา 305 (5) แห่งประมวลกฎหมายอาญาต้องมีเอกสารแสดงว่าได้รับการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม และผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนด ในกรณีที่ต้องส่งต่อให้แนะนำส่งต่อ ตามระบบของสถานพยาบาลโดยไม่ชักช้า

ข้อ 5 การยุติการตั้งครรภ์ในหญิงที่อยู่ในสภาวะที่เกี่ยวกับความผิดปกติทางร่างกายหรือจิตใจที่ไม่สามารถตัดสินใจได้ด้วยตนเองต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายหรือผู้ปกครองดูแล

ในกรณีที่ไม่มีผู้ที่จะให้ความยินยอมแทนได้ตามวรรคหนึ่ง หรือมีแต่บุคคลดังกล่าวไม่ให้ความยินยอม โดยไม่มีเหตุอันสมควรหรือมีผลประโยชน์ขัดกันกับหญิง ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจทำการยุติการตั้งครรภ์ให้หญิงได้หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของหญิงนั้น

ข้อ 6 การวินิจฉัยอายุครรภ์ของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมให้เป็นไปตามมาตรฐาน การประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ข้อ 7 การยุติการตั้งครรภ์ตามข้อบังคับนี้ให้กระทำในสถานพยาบาลของรัฐและสถานพยาบาลเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาล

การเปลี่ยนแปลงกฎหมายซึ่งบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการทำแท้งใหม่ภายใต้เจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองสิทธิของหญิงและผู้ที่เกี่ยวข้อง กำหนดให้สามารถทำแท้งได้โดยชอบด้วยกฎหมายแต่อายุครรภ์ต้องไม่เกิน 12 สัปดาห์จากแต่เดิมไม่สามารถจะกระทำได้ เพราะคุณธรรมทางกฎหมายที่ต้องคุ้มครองคือทารกในครรภ์ที่มีสิทธิที่จะถือกำเนิด บุคคลใดไม่มีสิทธิในการยุติการถือกำเนิดนั้น หลักการดังกล่าวได้ถูกลบล้างโดยแนวความคิดที่ว่าคุ้มครองแต่ชีวิตของทารกโดยไม่คำนึงถึงสิทธิหญิงที่ตั้งครรภ์เป็นการขัดรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย...” อย่างไรก็ตาม สิทธิในการยุติการตั้งครรภ์ตามบทบัญญัติมาตรา 301 ที่ได้มีการแก้ไขใหม่ ถึงแม้ว่าจะเป็น การคุ้มครองสิทธิให้แก่หญิงที่ตั้งครรภ์ซึ่งควรจะต้องคำนึงถึงก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ก็ตาม แต่การอนุญาตให้มีการยุติการตั้งครรภ์หรือทำแท้งโดยชอบด้วย

กฎหมายมิได้คำนึงถึงแต่เพียงมิติที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเท่านั้น หากพิจารณาอย่างแท้จริงในประเด็นดังกล่าวสะท้อนถึงปัญหาสังคมบางประการ อาทิ การตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม การไม่มีการคุมกำเนิดที่ตีพอ ซึ่งนำมาสู่ปัญหาสุขภาพของหญิง และถึงแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะไม่ผิดกฎหมายแต่ก็ยังคงผิดศีลธรรมและเป็นเพียงการแก้ปัญหาคือปลายเหตุเท่านั้น

ในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2560 ที่ สน.คันทนา ยาว พ.ต.อ.สิงห์ สิงห์เดช ผกก.สน.คันทนา ยาว เปิดเผยความคืบหน้ากรณีคลิปหญิง น.ส.บี (นามสมมุติ) นำเด็กทารกไปทิ้งถังขยะหน้าอาคาร 25 โครงการเอื้ออาทรปัญญารามอินทรา ถนนปัญญารามอินทรา แขวงบางชัน เขตคลองสามวา ภายหลังจากที่เจ้าหน้าที่ได้รวบรวมพยานหลักฐานทั้งหมด พบว่าเด็กทารกที่คลอดออกมาเสียชีวิตขณะอยู่ในครรภ์ จึงแจ้งข้อหาตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ทำแท้งลูก โทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับ 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่หากทางนิติเวชพิสูจน์ได้ว่าเด็กตายนอกครรภ์ ข้อหาจะหนักขึ้น คือฆ่าคนตายโดยไตร่ตรองไว้ก่อน และอำพรางซ่อนเร้นศพ ต้องรอผลการชันสูตรศพก่อน⁸

ต่อมาในวันที่ 13 ก.พ. 2564 เจ้าหน้าที่โรงพยาบาลได้รับผู้ป่วยรายหนึ่งที่มีอาการตกเลือดอย่างรุนแรง หลังใช้ยาเหน็บเพื่อทำแท้งจนทารกได้ทะลักหลุดออกมาเสียชีวิต และได้นำศพทารกยัดใส่ไว้ในกล่องพลาสติกภายในห้องนอนที่บ้านแห่งหนึ่งในพื้นที่ ต.นาทุ้ง อ.เมือง จ.ชุมพร ต่อมาเจ้าหน้าที่จึงได้เปิดดูพบศพทารกเพศชายถูกห่อด้วยผ้าขนหนูจึงได้นำออกมาทำการชันสูตร เบื้องต้นพบว่าทารกอยู่ในสภาพสมบูรณ์มีอวัยวะครบ 32 ที่บริเวณหน้าท้องมีสายสะดือยาวกว่า 50 เซนติเมตร สภาพเพิ่งถูกตัดด้วยของมีคม คาดอายุครรภ์กำหนดใกล้คลอดแล้ว ซึ่งทางแพทย์จึงได้นำศพของทารกไปชันสูตรที่โรงพยาบาลชุมพรเขตรอุดมศักดิ์อย่างละเอียดอีกครั้ง ส่วนการแจ้งข้อหาดำเนินคดีเจ้าหน้าที่ตำรวจต้องรอผลชันสูตรจากทางแพทย์อย่างละเอียดว่าทารกเสียชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์หรือเสียชีวิตหลังจากใช้ยาเหน็บทำคลอดออกมาแล้ว และจะต้องนำเอาหลักฐานยาที่พบในห้องให้ฝ่ายวิทยาการแพทย์ตรวจยืนยันให้แน่ชัด จึงจะแจ้งข้อกล่าวหาและดำเนินคดีตามกฎหมายต่อไป⁹

จากข้อเท็จจริงในข้างต้นจะเห็นได้ว่าการกระทำความผิดฐานทำแท้งยังคงมีการลงมือกระทำความผิดฐานดังกล่าวปรากฏตามหน้าหนังสือพิมพ์อยู่เสมอ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าอัตราโทษจำคุกกลับลดลงอันเป็นผลมาจากการแก้ไขกฎหมายใหม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากข่าวในวันที่ 22 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2560 ที่ กรณีทิ้งเด็กทารกที่คลอดออกมาเสียชีวิตขณะอยู่ในครรภ์ โดยสน.คันทนา ยาวดำเนินคดีฐานทำแท้ง อัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายดังกล่าวโดยมีผลบังคับใช้ในวันที่ 28 พฤษภาคม 2562 ส่งผลให้คดีที่เกิดขึ้นในวันที่ 13 ก.พ. 2564 ซึ่งเป็นกรณีทารกเสียชีวิตตั้งแต่อยู่ในครรภ์

⁸ ‘รอผลนิติเวช รพ.ตำรวจ ก่อนแจ้งข้อหาแม่วัยใส ฐานทำแท้ง หลังรีดลูกทิ้งถังขยะ’ (มติชนออนไลน์, 22 กุมภาพันธ์ 2560)

<https://www.matichon.co.th/local/crime/news_472349> สืบค้นวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2564

⁹ ‘สลด! รับวันวาเลนไทน์ สาว 17 ปี ใช้ยาเหน็บทำแท้งจนลูกทะลัก ส่วนตัวเองตกเลือดปางตาย’ (ผู้จัดการออนไลน์, 14 กุมภาพันธ์ 2560) <<https://mgronline.com/south/detail/9640000014644>> สืบค้นวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2564.

หรือเสียชีวิตหลังจากใช้ยาเหน็บทำคลอดออกอันถือได้ว่ายังไม่มีความผิดปกติฐานทำแท้งที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ดีการกำหนดเงื่อนไขและความผิดทางกฎหมายที่ไม่ชัดเจนย่อมส่งผลกระทบต่อบุคคลซึ่งลงมือทำแท้งให้แก่หญิง อาทิกกรณีแพทย์ผู้ร้องซึ่งเคยเป็นผู้อำนวยการโรงพยาบาล และแพทย์ในเครือข่ายแพทย์อาสาเพื่อยุติการตั้งครรภ์ทางการแพทย์ตามกฎหมาย ได้ถูกดำเนินคดีความผิดฐานทำแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมต่อมาได้ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญว่า ประมวลกฎหมายอาญาฐานทำแท้งลูกขัดกับรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 วินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 ขัดกับรัฐธรรมนูญมาตรา 28 มาตราเดียว ไม่ขัดกับมาตรา 27 โดยให้เหตุผลว่า หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์มารดาแต่เพียงอย่างเดียวโดยไม่คำนึงถึงสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีก่อนทารก เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของหญิงตามธรรมชาติ และมาตรา 305 ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญเพราะเป็นเพียงกำหนดเงื่อนไขสำหรับการยกเว้นความผิดและมุ่งคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของหญิง¹⁰

ปัญหาของผู้ให้บริการกับผู้รับบริการเพื่อยุติการตั้งครรภ์¹¹ยังคงขาดความชัดเจนในประเด็นของการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้ผู้ที่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายมิได้รับการคุ้มครองสิทธิ เกิดความกังวลและไม่สามารถดำเนินงานได้ เพราะเกรงว่าจะถูกดำเนินคดีในทางกฎหมายโดยที่ตนเองมิได้เป็นผู้กระทำความผิด ส่วนเรื่องสุขภาพกายและสุขภาพจิตใจ เป็นหน้าที่ของแพทย์สภาเป็นองค์กรวิชาชีพที่สามารถกำหนดแนวทางในส่วนของวิชาชีพให้สามารถปฏิบัติได้ปลอดภัยและถูกกฎหมาย เพราะผู้ที่ทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายคือหมอมตามนโยบายของกระทรวงสาธารณสุข สำนักงานหลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาดังนั้นหากกฎหมายให้การรับรองว่าแพทย์สามารถที่จะทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ย่อมมีความปลอดภัยต่อตัวหญิงและลดปัญหาเรื่องการทำแท้งเถื่อนได้อีกทางหนึ่ง นอกจากการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วยังมีนโยบายการคุมกำเนิดฟรีซึ่งเป็นนโยบายของหน่วยงานภาครัฐเช่นกัน ซึ่งได้มีการกำหนดแนวทางไว้ให้หญิงอายุต่ำกว่า 20 ปี หรืออายุเกินกว่า 20 ปี แต่เคยมีการทำแท้งมาแล้วสามารถมารับบริการคุมกำเนิดได้ฟรีจากหน่วยงานภาครัฐ อันเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุได้อย่างแท้จริง¹² จากแนวนโยบายดังกล่าว

¹⁰ ดู ‘คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๔/๒๕๖๓ วันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ พุทธศักราช ๒๕๖๓’ (วุฒิสภา, สิงหาคม 2563)

<https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/7con/con95.pdf>

สืบค้นวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2564. ‘มติศาล รธน.ชี้ ป.อาญา ม.301 ปมหญิงทำแท้งผิด ก.ม. ขัดรัฐธรรมนูญ’ ฐานเศรษฐกิจ (19 กุมภาพันธ์ 2563) <<https://www.thansettakij.com/politics/422144%20>> สืบค้นวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2564.

¹¹ Ployrung Sibplang, ‘ทำแท้งไม่ใช่ความผิด: คุยเรื่องกฎหมายจำกัดสิทธิผู้หญิงกับเพจ “คุยกับผู้หญิงที่ทำแท้ง”’ (The Matter, 21 มิถุนายน 2563) <<https://thematter.co/social/why-we-should-stop-abortion-laws/115393>> สืบค้นวันที่ 14 มกราคม 2564.

¹² ศุภวารรณ คงสุวรรณและปรางชญา ภัทรนรากุล, ‘ทำแท้งไม่ใช่อาชญากรรม: สสำรวจเส้นทางและอุปสรรคของสิทธิการทำแท้ง’ (The 101.World, 22 กรกฎาคม 2563) <<https://www.the101.world/safe-legal-abortion/>> สืบค้นวันที่ 14 มกราคม 2564.

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการกำหนดอายุของหญิงไว้ที่ 20 ปี ซึ่งสอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19 ที่กำหนดไว้ว่า บุคคลจะบรรลุนิติภาวะเมื่ออายุ 20 ปีบริบูรณ์ ดังนั้น เด็กที่อายุต่ำกว่า 20 ปี สามารถทำแท้งได้โดยไม่มีเงื่อนไขกล่าวคือไม่จำเป็นต้องเคยทำแท้งมาก่อนก็สามารถเข้ารับบริการได้ แต่เมื่อบรรลุนิติภาวะแล้ว ในทางกฎหมายถือว่ามิวฒุนิติภาวะเพียงพอจึงได้มีเงื่อนไขกำหนดว่าต้องเคยมีการทำแท้งมาก่อนจึงจะสามารถเข้ารับบริการดังกล่าวได้

ผู้เขียนเห็นว่าการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการยุติการตั้งครรภ์ไม่ใช่การแก้ปัญหาที่สอดคล้องเหมาะสมกับสังคมในปัจจุบันที่แท้จริง อันสืบเนื่องมาจากเมืองไทยเป็นเมืองพุทธและสังคมไทยได้มีการสั่งสมแนวความคิดว่าการทำแท้งนั้นเป็นบาป อันเป็นการสนับสนุนให้การทำแท้งนั้นยังคงเป็นความผิด และบุคคลที่กระทำต้องรับโทษ การแก้ไขปัญหาค่าแท้งควรที่จะพิจารณาในส่วนของผู้หญิงที่ประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ ซึ่งหนึ่งในนั้นเกิดจากการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อม กฎหมายเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์เป็นเพียงทางออกหรือวิธีแก้ไขปัญหารูปแบบหนึ่งเท่านั้นหากอาจแก้ไขปัญหาลดได้อย่างแท้จริงและยั่งยืนไม่ เพราะการยุติการตั้งครรภ์ในแต่ละครั้งย่อมกระทบถึงสุขภาพและร่างกายของหญิงที่ตั้งครรภ์ ดังนั้นหากตระหนักถึงวิธีการแก้ปัญหาย่างแท้จริงที่ต้นเหตุ ย่อมต้องสร้างจิตสำนึกและความรับผิดชอบโดยไม่ให้เกิดการตั้งครรภ์ที่ไม่พร้อมซึ่งปัจจุบันจะใช้วิธีการคุมกำเนิดอันเป็นการแก้ไขปัญหาค่าแท้งที่ต้นเหตุอย่างยั่งยืน

2. วัตถุประสงค์และเป้าหมายของการวิจัย

2.1 ศึกษาแนวคิดทฤษฎีในการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301และมาตรา 305

2.2 ศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301และมาตรา 305

2.3 ศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิตามเงื่อนไขเกี่ยวกับการยุติการตั้งครรภ์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301และมาตรา 305 ให้มีความชัดเจนเพื่อประโยชน์สูงสุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอย่างแท้จริง

3. วิธีการดำเนินการวิจัย

วิจัยครั้งนี้เป็นทั้งการวิจัยเชิงปริมาณ (Quantitative Research) และการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) รวมตลอดไปถึงการศึกษาในเชิงเอกสาร (Documentary Research) โดยค้นคว้ารวบรวมข้อมูลจากเอกสาร อินเทอร์เน็ตและแบบสอบถาม ซึ่งในส่วนของแบบสอบถามจะแบ่งรายละเอียดออกเป็น 2 ตอนอันประกอบไปด้วย ตอนที่ 1 ข้อมูลทั่วไปของผู้ตอบแบบสอบถาม และตอนที่ 2 ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมาย

4. ผลการวิจัย

4.1 ข้อมูลทั่วไปของผู้ตอบแบบสอบถาม

ข้อมูลทั่วไปของผู้ตอบแบบสอบถามแบ่งออกเป็นข้อมูลเรื่องเพศ ช่วงอายุ อาชีพ สถานภาพสมรส ระดับการศึกษา

เพศของผู้ตอบแบบสอบถาม ส่วนใหญ่เป็นเพศหญิง จำนวน 26 คน คิดเป็นร้อยละ 52 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และเป็นเพศชายจำนวน 24 คน คิดเป็นร้อยละ 48 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

อายุของผู้ตอบแบบสอบถาม ช่วงอายุต่ำกว่า 20 ปี จำนวน 16 คนคิดเป็นร้อยละ 32 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 20-25 จำนวน 17 คนคิดเป็นร้อยละ 34 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 26-30 จำนวน 4 คนคิดเป็นร้อยละ 8 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 31-35 จำนวน 3 คนคิดเป็นร้อยละ 6 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 36 - 40 จำนวน 3 คนคิดเป็นร้อยละ 6 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 41 - 45 จำนวน 2 คนคิดเป็นร้อยละ 4 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ช่วงอายุ 46 - 50 จำนวน 2 คนคิดเป็นร้อยละ 4 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด มากกว่า 50 ปีขึ้นไป จำนวน 3 คนคิดเป็นร้อยละ 6 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

อาชีพของผู้ตอบแบบสอบถาม ส่วนใหญ่มีอาชีพรับราชการ จำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด รองลงมาคือไม่มีอาชีพ จำนวน 21 คน คิดเป็นร้อยละ 42 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และตอบว่ามีอาชีพอิสระน้อยที่สุด จำนวน 4 คน คิดเป็นร้อยละ 8 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

สถานภาพของผู้ตอบแบบสอบถาม ส่วนใหญ่มีสถานภาพโสด จำนวน 40 คน คิดเป็นร้อยละ 80 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด รองลงมาคือมีสถานภาพสมรส จำนวน 9 คน คิดเป็นร้อยละ 18 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และตอบว่ามีสถานภาพหม้ายน้อยที่สุด จำนวน 1 คน คิดเป็นร้อยละ 2 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

ที่อยู่ของผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีที่อยู่ในจังหวัดพิษณุโลก จำนวน 31 คน คิดเป็นร้อยละ 62 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด รองลงมาคือมีที่อยู่ในจังหวัดเพชรบูรณ์กับพิจิตรมีจำนวน 6 คน คิดเป็นร้อยละ 12 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และมีที่อยู่ในจังหวัดกรุงธนน้อยที่สุด จำนวน 1 คน คิดเป็นร้อยละ 2 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

ระดับการศึกษาของผู้ตอบแบบสอบถาม ส่วนใหญ่มีระดับการศึกษาต่ำกว่าปริญญาตรี จำนวน 37 คน คิดเป็นร้อยละ 74 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด รองลงมาคือมีระดับการศึกษาระดับปริญญาตรี จำนวน 8 คน คิดเป็นร้อยละ 16 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และตอบว่ามีระดับการศึกษาอยู่ในระดับปริญญาโทน้อยที่สุด จำนวน 5 คน คิดเป็นร้อยละ 10 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

4.2 ข้อมูลความเห็นของผู้ตอบแบบสอบถามเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้ง

ข้อมูลเกี่ยวกับกฎหมาย ประกอบไปด้วยข้อคำถาม 12 ข้อ ซึ่งได้ผลการวิจัยดังนี้

คำถามข้อ 1 ท่านคิดว่าการทำแท้งผิดศีลธรรมหรือไม่

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การกระทำแท้งเป็นเรื่องผิดศีลธรรม จำนวน 42 คน คิดเป็นร้อยละ 84 และเห็นว่าการทำแท้งไม่ผิดศีลธรรมจำนวน 8 คน คิดเป็นร้อยละ 16

คำถามข้อ 2 การมีกฎหมายให้ทำแท้งได้เมื่ออายุครรภ์ไม่ถึง 12 สัปดาห์ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การมีกฎหมายให้ทำแท้งได้เมื่ออายุครรภ์ไม่ถึง 12 สัปดาห์ท่านเห็นด้วยหรือไม่ มีผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการที่กฎหมายกำหนดให้สามารถทำแท้งได้เมื่ออายุครรภ์ไม่ถึง 12 สัปดาห์ จำนวน 37 คน คิดเป็นร้อยละ 74 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และมีผู้ไม่เห็นด้วยจำนวน 13 คน คิดเป็นร้อยละ 26 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ในส่วนที่เห็นด้วยให้เหตุผลว่าทารกในครรภ์ยังไม่มีสภาพบุคคลส่วนที่ไม่เห็นด้วยให้เหตุผลว่าผิดศีลธรรม

คำถามข้อ 3 การกำหนดให้หญิงต้องรับผิดหากทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การที่กำหนดให้หญิงต้องรับผิดหากทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการที่กฎหมายกำหนดให้รับโทษเมื่อทำแท้งจำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมดและไม่เห็นด้วยจำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 4 การที่กฎหมายมีการกำหนดให้แพทย์สามารถทำแท้งให้หญิงได้ในกรณีหญิงมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การที่กฎหมายมีการกำหนดให้แพทย์สามารถทำแท้งให้หญิงได้ในกรณีหญิงมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ มีผู้เห็นด้วยจำนวน 42 คน คิดเป็นร้อยละ 84 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 8 คน คิดเป็นร้อยละ 16 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 5 การที่กฎหมายกำหนดให้แพทย์สามารถทำแท้งให้หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ซึ่งยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจ และรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทย์สภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้แพทย์สามารถทำแท้งให้หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ แต่ไม่เกิน 20 สัปดาห์ซึ่งยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจ และรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทย์สภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่า

ด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น มีผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 34 คน คิดเป็นร้อยละ 68 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมดและไม่เห็นด้วยจำนวน 16 คน คิดเป็นร้อยละ 32 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 6 แนวความคิดที่ว่าการมีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้เป็นการเพิ่มสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้หากไม่รบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า แนวความคิดที่ว่าการมีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้เป็นการเพิ่มสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำได้หากไม่รบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น ผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 37 คน คิดเป็นร้อยละ 74 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมดและไม่เห็นด้วยจำนวน 13 คน คิดเป็นร้อยละ 26 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 7 แนวความคิดที่ว่าการยุติการตั้งครรภ์ตามที่กฎหมายกำหนด (ไม่เกิน 12 สัปดาห์) เป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่สมดุลกัน โดยนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า แนวความคิดที่ว่าการยุติการตั้งครรภ์ตามที่กฎหมายกำหนด (ไม่เกิน 12 สัปดาห์) เป็นการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์และสิทธิของหญิงตั้งครรภ์ที่สมดุลกัน โดยนำช่วงระยะเวลาการตั้งครรภ์มาเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณา มีผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 34 คน คิดเป็นร้อยละ 68 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 16 คน คิดเป็นร้อยละ 32 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 8 การที่กฎหมายอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิของทารกในครรภ์มารดา ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด) ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การที่กฎหมายอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้เป็นการละเมิดต่อสิทธิของทารกในครรภ์มารดา มีผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 20 คน คิดเป็นร้อยละ 40 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 30 คน คิดเป็นร้อยละ 60 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 9 หากกฎหมายอนุญาตให้มีการทำแท้งเฉพาะกรณีสุขภาพของหญิง สุขภาพของเด็กและถูกข่มขืน ถือเป็น การละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า หากกฎหมายอนุญาตให้มีการทำแท้งเฉพาะกรณีสุขภาพของหญิง สุขภาพของเด็กและถูกข่มขืน ถือเป็น การละเมิดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิง มีผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 21 คน คิดเป็นร้อยละ 42 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 29 คน คิดเป็นร้อยละ 58 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 10 เมื่อหญิงทำแท้งไม่ว่ากรณีใด ๆ (กรณีสมัครใจทำแท้งเองหรือให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก) หากหญิงต้องรับผิดชอบกฎหมายควรมีการกำหนดเอาผิดกับชายที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ด้วย ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า เมื่อหญิงทำแท้งไม่ว่ากรณีใดๆ (กรณีสมัครใจทำแท้งเองหรือให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก) หากหญิงต้องรับผิดชอบกฎหมายควรมีการกำหนดเอาผิดกับชายที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ด้วย ผู้ที่เห็นด้วยจำนวน 47 คน คิดเป็นร้อยละ 94 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 3 คน คิดเป็นร้อยละ 6 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 11 การที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เป็นวิธีการแก้ปัญหาที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคมไทย ท่านเห็นด้วยหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้เป็นวิธีการแก้ปัญหาที่เหมาะสมสอดคล้องกับสภาพสังคมไทย มีผู้เห็นด้วยจำนวน 43 คน คิดเป็นร้อยละ 86 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 7 คน คิดเป็นร้อยละ 14 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

คำถามข้อ 12 ปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 หญิงทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หากมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ไม่ต้องรับโทษ ท่านคิดว่าเหมาะสมหรือไม่ เพราะเหตุใด

ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า ปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 หญิงทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หากมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ไม่ต้องรับโทษ มีผู้เห็นว่าเหมาะสมจำนวน 29 คน คิดเป็นร้อยละ 58 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เหมาะสมจำนวน 21 คน คิดเป็นร้อยละ 42 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด

5. อภิปรายผลการวิจัย

ในประเด็นความสัมพันธ์ระหว่างการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายหรือการยุติการตั้งครรภ์กับมุมมองทางศีลธรรม ผลจากการสำรวจความเห็นในคำถามที่ว่า *ท่านคิดว่าการทำแท้งผิดศีลธรรมหรือไม่* ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยว่าการทำแท้งเป็นเรื่องผิดศีลธรรมจำนวน 42 คน คิดเป็นร้อยละ 84 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และเห็นว่าการทำแท้งไม่ผิดศีลธรรมจำนวน 8 คน คิดเป็นร้อยละ 16 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด เมื่อพิจารณาประกอบกับความเห็นจากผลสำรวจในคำถามที่ว่า *การกำหนดให้หญิงต้องรับผิดชอบหากทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ท่านเห็นด้วยหรือไม่* ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการที่กฎหมายกำหนดให้รับโทษเมื่อทำแท้งจำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด และไม่เห็นด้วยจำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ผลการวิจัยดังกล่าวบ่งชี้ว่าผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่าการทำแท้งผิดศีลธรรมคิดเป็นร้อยละ 84 แต่ในเรื่องอัตราโทษกลับมีผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับอัตราโทษที่กฎหมายกำหนดไว้มีจำนวนร้อยละ 50 เท่ากัน โดยเมื่อผิดศีลธรรมย่อมต้องได้รับโทษซึ่งเป็นไปตามทฤษฎีการลงโทษให้ได้สัดส่วน¹³ นอกจากนี้ตามหลักศาสนาทุกศาสนาถือว่าการทำลายชีวิตผู้อื่นถือว่าเป็นบาป ทุกคนควรมีศีลธรรมอันดีในอันที่จะไม่เบียดเบียน

¹³ ปราโมทย์ เสริมศีลธรรม, *หลักเกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สถาบันพระปกเกล้า 2564) 14-18. ดู n2

ชีวิตของผู้อื่น ซึ่งประเทศที่เคร่งศาสนาจะห้ามการทำแท้ง¹⁴ เพราะถือว่าเป็นบาป อย่างไรก็ตาม ในแต่ละศาสนายังมีระดับความบาปมากหรือน้อยซึ่งแล้วแต่สิ่งที่เรากระทำต่อนั้นเป็นอะไร เช่น การกินเนื้อสัตว์ที่ตายแล้ว ถือว่าบาปน้อยกว่าการฆ่าสัตว์ การฆ่ายุงบาปน้อยกว่าการฆ่ามนุษย์ แต่ศาสนาพุทธเป็นศาสนาที่ประชาชนชาวไทยนับถือมากที่สุด ได้มีการกล่าวว่า การฆ่าคนตายต้องประกอบด้วยเจตนา พระพุทธศาสนาแยกเรื่องศีลธรรมเป็นคนละส่วนกับเรื่องกฎหมาย ดังนั้นการยอมให้กฎหมายขัดกับศีลธรรมในทางพุทธศาสนาได้หากว่ามีความจำเป็นเพียงพอ มิได้หมายความว่าคนทำแท้งไม่ผิดศีลธรรม การฆ่าทารกในครรภ์เป็นบาปเสมอ ไม่ว่าจะฆ่าเพราะเหตุใดก็ตาม แต่การฆ่าเพราะความจำเป็นถือว่าไม่มีความผิดตามกฎหมายหากมีการยกเว้นไว้¹⁵ แต่ในทางศีลธรรมยังถือว่าผิดศีลข้อหนึ่ง¹⁶ ในทางกฎหมายสิทธิในการยุติการตั้งครรภ์เป็นทางเลือกของหญิงที่ตั้งครรภ์ เมื่อเลือกแล้วต้องยอมรับผลของการกระทำของตน

ส่วนการทำแท้งไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 จากการยุติการตั้งครรภ์มิได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้อย่างเฉพาะเจาะจงตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 อันนำมาสู่การแก้ไขปัญหาให้กับสังคม โดยมีผู้ตอบแบบสอบถามที่เห็นด้วยว่าปัจจุบันตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 หญิงทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หากมีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ไม่ต้องรับโทษเหมาะสมจำนวน 29 คน คิดเป็นร้อยละ 58 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด โดยให้เหตุผลว่าการตั้งครรภ์ใน 12 สัปดาห์แรกเป็นระยะเวลาในการให้หญิงทบทวนการทำแท้งอันเป็นสิทธิของหญิง ซึ่งเป็นการเฉพาะตัว ประกอบกับเด็กยังเป็นเพียงก้อนเนื้อและระยะเวลายังไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อตัวหญิง การทำแท้งเป็นเจตนาของหญิงที่จะกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของตน อันเป็นทางเลือกหนึ่งของการแก้ไขปัญหา เพื่อตอบสนองการแก้ไขปัญหาต่อสุขภาพของหญิง เด็ก เศรษฐกิจและสังคม โดยช่วงระยะเวลาดังกล่าวยังรวมตลอดไปถึงปัญหาทางสภาพจิตใจของผู้ตั้งครรภ์ด้วย ประกอบกับมีผู้ตอบแบบสอบถามว่าเป็นวิธีการแก้ไขปัญหาที่เหมาะสมกับสังคมไทยจำนวน 43 คน คิดเป็นร้อยละ 86 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด ซึ่งให้เหตุผลว่าเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า โดยเฉพาะในส่วนของการทำงานโดยไม่พร้อม ลดปัญหาครอบครัว เด็กถูกทอดทิ้งขาดคุณภาพชีวิต ลดปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น ลดปัญหาเด็กเร่ร่อน ท้องโดยพลั้งพลาด นอกจากนั้นปัญหาใหญ่อีกประการหนึ่งคือปัญหาทางเศรษฐกิจซึ่งเป็นเรื่องค่าใช้จ่ายที่จะส่งผลถึงคุณภาพชีวิตของเด็กและจะเป็นปัญหาในอนาคตต่อไป

¹⁴ ตัวอย่าง ศาสนาอิสลามประเทศอินโดนีเซีย ประชาคมสังคมและวัฒนธรรมอาเซียน, 'ตราสารทางกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนเกี่ยวกับการทำแท้ง' (สำนักงานกฤษฎีกา, 3 กรกฎาคม 2017) <<https://lawforasean.krisdika.go.th/Content/View?Id=248&Type=1>> สืบค้นวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2564. ศาสนาอิสลามในประเทศอินเดีย ดูประกอบ มโน เลหาวิช, 'กฎหมายทำแท้งในประเทศไทยเป็นธรรมหรือไม่?' (ไทยพับลิก้า, 18 กุมภาพันธ์ 2021) <<https://thaipublica.org/2021/02/mano-laohavanich05/>>

¹⁵ ศิริพร รุ่งรัตน์รัชชัย, 'การทำแท้ง: ศึกษาปัญหาทางกฎหมายกรณีที่มีมารดามีปัญหาทางจิต' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2557) 102-105.

¹⁶ ศีลข้อหนึ่ง ปาณาติปาตา เวรมณีสิกขาปทํ สมมติยามิ มีความมุ่งหมายเพื่อมิให้มีการฆ่าสัตว์โดยเจตนา ดูประกอบ มโน เลหาวิช (n14).

ในประเด็นการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับอัตราโทษในความผิดฐานทำแท้งซึ่งได้มีการกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 301 เมื่อหญิงทำแท้งหรือยอมให้ผู้อื่นทำแท้งเมื่ออายุครรภ์เกินกว่า 12 สัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน ปรับไม่เกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ มีผู้ตอบแบบสอบถามที่ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดอัตราโทษดังกล่าวจำนวน 25 คน คิดเป็นร้อยละ 50 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด โดยให้เหตุผลว่าอัตราโทษที่กำหนดไว้จำคุกไม่เกิน 6 เดือนปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับเป็นการกำหนดอัตราโทษที่น้อยเกินไปและไม่มีการบังคับโทษอย่างแท้จริง ส่งผลให้ไม่สามารถยับยั้งผู้กระทำความผิด ซึ่งการทำแท้งเท่ากับเป็นการฆ่าโดยเจตนา จึงควรมีการเพิ่มโทษให้หนักขึ้น เป็นจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ เพื่อเป็นการยับยั้งผู้กระทำความผิดไม่ให้เกิดซ้ำและเกิดความเกรงกลัวที่จะรับโทษ นอกจากนี้ยังมีผู้ตอบแบบสอบถามในส่วนหากหญิงทำแท้งไม่ว่ากรณีใดๆ กรณีสมัครใจทำแท้งเองหรือให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูก หากหญิงต้องรับผิดในทางกฎหมายควรมีการกำหนดเอาผิดกับชายที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ด้วย มีผู้เห็นด้วยจำนวน 47 คน คิดเป็นร้อยละ 94 ของผู้ตอบแบบสอบถาม ภายใต้เหตุผลที่ว่า เด็กปฏิสนธิได้ไม่ใช่เฉพาะแต่ตัวหญิงเท่านั้นจะต้องมีชายร่วมอยู่ด้วย ความไม่พร้อมทำให้เกิดความผิดพลาด ไม่ใช่เฉพาะความผิดแต่เพียงหญิง แต่ชายย่อมต้องร่วมรับผิดชอบในการทำให้เกิดทารกนั้นด้วย อันนำมาสู่ความเท่าเทียมกันในการรับผิดชอบ อย่างไรก็ตามการจะเอาผิดกับชายได้นั้นควรจะเป็นกรณีที่ชายประสงค์ให้หญิงทำแท้งหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้หญิงแท้งลูก รวมตลอดไปถึงกรณีที่ขาดจิตสำนึกการรับผิดชอบในตัวเด็กเช่นการรับเป็นพ่อจนเกิดภาวะให้หญิงต้องตัดสินใจทำแท้ง อันเป็นการผลักภาระให้แต่หญิงเพียงฝ่ายเดียว หากมีการกำหนดให้ชายต้องร่วมรับผิดชอบกับหญิงอันเป็นการเพิ่มขึ้นตอนในการตัดสินใจที่จะลงมือกระทำความผิดซึ่งอาจจะใช้เป็นมาตรการในการลดอาชญากรรมอันเกี่ยวกับการทำแท้งได้อีกทางหนึ่ง

นอกจากนั้นในส่วนของการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมายกับการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของหญิงที่ตั้งครรภ์พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่ ร้อยละ 74 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมดเห็นด้วยกับแนวความคิดที่ว่าควรมีกฎหมายอนุญาตให้สามารถทำแท้งได้เป็นการเพิ่มสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของหญิงซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติอันเป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพจะกระทำได้ หากไม่รบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น ภายใต้เหตุผลที่ว่าการทำแท้งเป็นสิทธิเฉพาะตัวของหญิง แม้ต้องการยุติการตั้งครรภ์โดยไม่พร้อมย่อมเป็นเรื่องของหญิงเป็นการเฉพาะตัว และการกระทำดังกล่าวก็มีได้ทำให้บุคคลใดได้รับความเสียหาย ดังนั้นเมื่อหญิงประสงค์จะยุติการตั้งครรภ์ด้วยใจสมัครและต้องเป็นผู้ที่รับผลจากการกระทำของตน ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็ตามด้านครอบครัวหรือสังคม หญิงจึงควรมีอำนาจในการตัดสินใจที่จะทำแท้งได้โดยมิต้องถูกบังคับให้ต้องตกเป็นแม่โดยไม่พร้อม จึงจะเป็นการรับรองและคุ้มครองสิทธิของหญิงอย่างแท้จริง ประกอบกับผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่ (ร้อยละ 60 ของผู้ตอบแบบสอบถามทั้งหมด) เห็นว่าการทำแท้งไม่ได้เป็นการละเมิดสิทธิของทารกในครรภ์

6. สรุปผลการวิจัย

การยุติการตั้งครรภ์ถึงแม้จะเป็นการแก้ปัญหาให้กับผู้ที่ตั้งครรภ์รวมไปถึงสังคมก็ตาม ซึ่งได้มีการแก้ไขกฎหมายให้สามารถยุติการตั้งครรภ์ได้ทุกกรณีแต่ต้องอยู่ในช่วงระยะเวลาอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์แต่มีได้กำหนดเงื่อนไขหรือจำนวนครั้งในการยุติการตั้งครรภ์ไว้ กำหนดเพียงหากเป็นความประสงค์ของผู้ตั้งครรภ์เท่านั้น แต่เป็นที่น่าสังเกตว่ามีได้มีการกำหนดเงื่อนไข อาทิ ระยะเวลาในการยุติการตั้งครรภ์ในครั้งต่อไป หรือจำนวนครั้งในการยุติการตั้งครรภ์ ส่วนบุคคลที่สามารถดำเนินการยุติการตั้งครรภ์หรือผู้ลงมือยุติการตั้งครรภ์ ให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาผู้กระทำไม่มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 305(4) ซึ่งกฎหมายเล็งเห็นถึงความปลอดภัยของผู้ตั้งครรภ์ หากคำนึงถึงสุขภาพของผู้ตั้งครรภ์อย่างแท้จริงควรมีการกำหนดเงื่อนไขการยุติการตั้งครรภ์ให้มีความชัดเจน เพื่อลดปัญหาความบาดเจ็บเนื่องจากการยุติการตั้งครรภ์และยังเป็นการคุ้มครองสิทธิทั้งผู้ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายเปิดช่องให้มีการยุติการตั้งครรภ์ได้เพื่อลดปัญหา แต่วิธีการดังกล่าวมิใช่เป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุ การแก้ไขปัญหาดังกล่าวจึงควรจะใช้วิธีการคุมกำเนิดซึ่งมิได้มีผลกระทบต่อตัวหญิง หากแต่การเปิดช่องให้มีการยุติการตั้งครรภ์เป็นการสนับสนุนให้มีเพศสัมพันธ์โดยมิต้องคำนึงถึงการคุมกำเนิด ดังนั้นจึงควรนำกฎหมายอาญามาตรา 301 กลับมาทบทวนเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิให้แก่ผู้ตั้งครรภ์ ทารกในครรภ์ และสังคมอย่างแท้จริง จึงควรมีการกำหนดเงื่อนไขในการยุติการตั้งครรภ์ในกรณีอายุครรภ์ไม่เกิน 12 สัปดาห์ อาทิ เพิ่มเงื่อนไขในส่วนของระยะเวลาการยุติการตั้งครรภ์ในครั้งถัดไป กล่าวคือ ในประเทศสาธารณรัฐเช็ก ผู้หญิงจะยุติการตั้งครรภ์ครั้งถัดไปต้องมีระยะเวลาเกินกว่า 6 เดือนจากการยุติการตั้งครรภ์ในครั้งแรก เว้นแต่ครอบครัวนี้มีลูกมาแล้ว 2 คน หรืออายุอย่างน้อย 35 ปี เป็นต้น¹⁷ นอกจากนั้นควรมีการลงโทษกับชายที่ทำให้หญิงตั้งครรภ์ หากหญิงที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้บุคคลอื่นทำให้ตนแท้งลูกแล้วเป็นความผิด อันเป็นการเพิ่มขึ้นตอนในการทบทวนเมื่อจะทำแท้งและลดความเหลื่อมล้ำในทางกฎหมาย ที่กำหนดโทษแก่หญิงเพียงฝ่ายเดียวที่ทำให้ตนแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก

¹⁷ ปชาบดี ดั่งดี, 'การทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบเงื่อนไขประกอบการทำแท้งในต่างประเทศ' (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2556) 133-140.

การศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญา
ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

The Study of the Guidelines for Applying Administrative Fine or Non-criminal
(Pinai) Fine to Replace the Criminal Punishment under the Alcohol Control
Act B.E. 2551*

ธนัทเทพ เตียรประสิทธิ์[†]

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Tanatthep Tianprasit

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

อมรรัตน์ กุลสุจริต[‡]

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Amornrat Kulsudjarit

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

พัชรวรรณ นุชประยูร[§]

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Bajrawan Nuchprayool

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

อมรรัตน์ อำมาตเสนา^{**}

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์

Amornrat Ammartsena

School of Law, Walailak University

วันที่รับบทความ 28 ตุลาคม 2565; วันแก้ไขบทความ 30 พฤศจิกายน 2565; วันตอบรับบทความ 21 ธันวาคม 2565

* บทความนี้คัดมาจากรายงานฉบับสมบูรณ์ (Final Report) โครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “ศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551” ได้รับทุนสนับสนุนการวิจัยจากสำนักงานคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ กรมควบคุมโรค กระทรวงสาธารณสุข

[†] อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, Doctor of Philosophy (Ph.D.) in Law (Criminal Law and Criminal Justice), School of Law, University of Aberdeen, United Kingdom

[‡] รองศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ผู้ช่วยอธิการบดีฝ่ายกฎหมาย สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรติคุณนิยมติมาก) Université Paul Cézanne - Aix Marseille III, สาธารณรัฐฝรั่งเศส

[§] ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรติคุณสูงสุด) Université Paul Cézanne - Aix Marseille III, สาธารณรัฐฝรั่งเศส

^{**} อาจารย์ประจำ สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

บทคัดย่อ

เครื่องตี้มแอลกอฮอล์เป็นสินค้าที่แม้ว่าจะไม่ถือเป็นยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ แต่ก็ยังเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคและอาจก่อให้เกิดปัญหาทางสังคม จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเพื่อกำกับควบคุม โดยในปัจจุบัน กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเครื่องแอลกอฮอล์นั้นคือพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมุ่งควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสี่ด้านหลัก ได้แก่ ด้านการควบคุมผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์เกี่ยวกับบรรจุกัญจน์ ด้านการจำหน่าย ด้านการบริโภคและด้านการโฆษณา โดยมีการใช้โทษทางอาญา ได้แก่ โทษจำคุกและโทษปรับเป็นเครื่องมือในการควบคุมในด้านต่าง ๆ ที่กล่าวมา

อย่างไรก็ดี เมื่อเปรียบเทียบโทษที่นำมาใช้ของประเทศไทยกับสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศสจะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นเข้าข่ายเป็นประเทศที่มีการบังคับโทษทางอาญาที่ไม่ได้สัดส่วนกับความรุนแรงของการกระทำความผิด เมื่อเปรียบเทียบกับทั้งสองประเทศข้างต้น ซึ่งถึงแม้จะมีการใช้โทษทางอาญาเช่นกัน แต่โทษที่ใช้จะเน้นเป็นโทษปรับมากกว่า ซึ่งต่างจากประเทศไทย ดังจะเห็นได้ว่าเกือบทุกฐานความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่ได้ศึกษาในวิจัยชิ้นนี้นั้นล้วนแต่มีโทษจำคุก

ดังนั้น งานวิจัยชิ้นนี้จึงเสนอให้มีการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นการลงโทษให้ได้สัดส่วนและเพื่อเป็นการปฏิบัติตามหลักในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ต่อไป

คำสำคัญ: การควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์, โทษปรับเป็นพินัย, โทษทางปกครอง, กฎหมายอาญาเพื่อ, พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

Abstract

Although alcoholic beverage is not considered as drugs under the narcotics laws of Thailand, it is harmful to consumers and can cause social problems. Therefore, there must be a law to regulate them. At present, Thai's law relating to alcoholic beverage control is the Alcohol Control Act B.E. 2551 (2008), which aims to regulate alcohol in four main areas: the control of alcoholic beverage producers or importers on products' labelling; the sales of alcoholic beverage; the consumption of alcoholic beverage and the advertising of alcoholic beverage. Currently, criminal penalties, imprisonment and fines, are used as a means to control in the aforementioned areas.

However, when comparing the penalties applied by Thailand and the United Kingdom (England and Wales) and the French Republic, Thailand is suffering from a state of overcriminalisation. While United Kingdom (England and Wales) and the French Republic also use criminal penalties to control alcoholic beverage, but the punishment are mostly fines, which is different from Thailand. As it can be seen that all offences under the Alcohol Control Act B.E. 2551 studied in this research are subject to imprisonment.

Therefore, this research suggests that administrative measures or non-criminal (pinai) fines should be used instead of criminal penalties for offences under the Alcohol Control Act B.E. 2551 to justify the punishment and compliance with Constitution of Thailand B.E.2560 Section 77.

Keywords: alcoholic beverage control, non-criminal (pinai) fines, administrative measures, overcriminalisation, Alcohol Control Act B.E. 2551

1. บทนำ

เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า เครื่องดื่มแอลกอฮอล์แม้ว่าจะไม่ถือเป็นยาเสพติดตามกฎหมายว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ แต่เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก็ไม่ใช่เครื่องดื่มที่จะบริโภคได้โดยไม่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ดื่ม โดยเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ก่อให้เกิดโรคทั้งทางตรงและทางอ้อมต่อผู้ดื่มมากมาย อาทิ โรคตับแข็ง โรคทางจิตประสาท หรือ โรคมะเร็งต่างๆ นอกจากนี้การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่มีควมรับผิดชอบยังส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมอีกด้วย อาทิ ปัญหาอาชญากรรม ความรุนแรงในครอบครัว อุบัติเหตุบนท้องถนน¹

จากผลกระทบดังกล่าวทำให้ประเทศไทยมีการเริ่มต้นในการกำหนดนโยบายเพื่อควบคุมปัญหาจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์มาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2493² โดยกฎหมายหลักปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นคือพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551³

ในปัจจุบัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดหลักการทบทวนความเหมาะสมของกฎหมาย และหลักเกณฑ์การกำหนดโทษทางอาญาไว้ในมาตรา 77 ความว่า

“รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่างๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่างๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบอบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่มีจำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”⁴

โดยมาตราดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้ประเทศไทยสามารถแก้ปัญหาการกำหนดระวางโทษทางอาญาที่ไม่สัมพันธ์กับความร้ายแรงของสภาพความผิดและการบังคับใช้โทษทางอาญาที่ไม่จำเป็น อย่างมีความเหมาะสม และเพื่อให้เจตนารมณ์ของมาตราดังกล่าวมีผลสัมฤทธิ์ในทางปฏิบัติ ในปี พ.ศ. 2562 จึงมีการตรา

¹ กรมอนามัย, ‘โทษ พิษ ภัยของสุรา และผลกระทบต่อสุขภาพทั้งต่อตนเองและผู้ใกล้ชิด’ (15 กรกฎาคม 2562)

<https://multimedia.anamai.moph.go.th/ebooks/hp-ebook_13_mini-2/> สืบค้นวันที่ 30 พฤศจิกายน 2565.

² พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493.

³ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551.

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77.

“พระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562” ขึ้นเพื่อเป็นกรอบและหลักเกณฑ์ให้หน่วยงานรัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น ไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร ดังความปรากฏในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติที่กำหนดให้ฝ่ายนิติบัญญัติใช้โทษอาญากับความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น อันเป็นการเน้นย้ำหลักเกณฑ์ตาม บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 วรรคสาม ซึ่งเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ว่าหากความผิดใดจะนำโทษอาญามาใช้บังคับเป็นบทลงโทษ ความผิดดังกล่าวจะต้องเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรง ส่งผลให้หน่วยงานรัฐมีหน้าที่ที่จะต้อง พิจารณาทบทวน ปรับปรุง แก้ไขและยกเลิกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับสภาพสังคม

นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ประเทศไทยยังมีแนวคิดในการใช้มาตรการลงโทษทางเลือกนอกจากโทษทางอาญาอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการใช้โทษทางปกครองแทนโทษทางอาญา⁵ และล่าสุดได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 เมื่อวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2565⁶ ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติที่มีความสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 และเป็นการสร้างระบบกฎหมายขึ้นมาใช้สำหรับการฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ร้ายแรงแทนโทษทางอาญาที่สามารถเปรียบเทียบได้โดยไม่ให้ถือเป็นโทษทางอาญา⁷

ดังนั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 เป็นพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา บทความวิจัยนี้จึงมุ่งศึกษามาตรการทางกฎหมายที่สามารถทดแทนโทษทางอาญาที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันโดยมุ่งศึกษาถึงความจำเป็นของการมีโทษทางอาญาตามกฎหมายนี้ รวมถึงวิเคราะห์โทษทางอาญาที่มีอยู่ตามกฎหมายฉบับนี้ว่าได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่ และวิเคราะห์ถึงความเป็นไปได้ในการนำมาตรการลงโทษทางเลือก ได้แก่ โทษปรับทางปกครองและการปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาปรับใช้ในกฎหมายดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ผ่านวิธีการศึกษา แนวคิด ทฤษฎี ข้อเท็จจริงประกอบข้อมูลกฎหมายและศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในการกำหนดมาตรการลงโทษของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่เกี่ยวข้องในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาทบทวน ปรับปรุงแก้ไขบทลงโทษทางอาญาในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต่อไป

2. หลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางกฎหมายและการกำหนดโทษเพื่อควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่าโทษทางอาญาถูกนำมาใช้เป็นหลักในการในการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์

⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘ทำไมต้องปรับเป็นพินัย’

<<http://web.krisdika.go.th/pdfPage.jsp?type=act&actCode=13778>> สืบค้นวันที่ 30 พฤศจิกายน 2565.

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 โดยให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดสองร้อยสี่สิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น 5).

ภายใต้พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ดังนั้น เพื่อให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 มาตรา 77 จึงมีความจำเป็นที่ต้องศึกษาถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำหนดโทษเพื่อควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ว่ามีความจำเป็นและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดหรือไม่

2.1 หลักการเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา

หลักการสำคัญของการกำหนดความผิดและโทษทางอาญานั้น ได้ถูกวางหลักไว้ ในมาตรา 2 ของประมวลกฎหมายอาญา ว่า “บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้น ต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย...”⁸

โดยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 บัญญัติลักษณะโทษในทางอาญาไว้ 5 สถานด้วยกันคือ (1) ประหารชีวิต (2) จำคุก (3) กักขัง (4) ปรับ (5) ริบทรัพย์สิน⁹

โดยแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญา มีวิวัฒนาการเรื่อยมา โดยในระยะแรก โทษทางอาญาถูกใช้เพื่อแก้แค้นทดแทน เพื่อช่มขวัญยับยั้ง เพื่อตัดผู้กระทำความผิดออกจากสังคม เพื่อป้องกันอาชญากรรม ในภายหลังจึงเริ่มมีแนวคิดเรื่องการลงโทษเพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิดให้กลับคืนสู่สังคมได้ด้วย¹⁰

ในส่วนของแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดความผิดทางอาญา ศาสตราจารย์ เฮอร์เบิร์ต แอล แพ็กเกอร์ (Herbert L. Packer) เห็นว่า มาตรการทางอาญาเป็นมาตรการที่มีภาระค่าใช้จ่ายในกระบวนการยุติธรรมที่มีราคาแพง มาตรการทางอาญาจึงควรนำมาใช้เมื่อมีผู้กระทำความผิดอย่างชั่วร้ายและเป็นไปเพื่อป้องกันอาชญากรรม เนื่องจากรัฐต้องเคารพเจตจำนงอิสระของประชาชนในรัฐ การควบคุมพฤติกรรมหรือการกระทำของประชาชนควรทำอย่างจำกัดเฉพาะการควบคุมการกระทำโดยไม่ไปก้าวล่วงควบคุมลักษณะหรือสถานะของบุคคลแต่ละบุคคล¹¹ นอกจากนี้ศาสตราจารย์ ไนเจล วอล์คเกอร์ ได้เสนอหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายอาญาว่ากฎหมายอาญาควรบังคับใช้ในกรณีใดบ้าง เช่น รัฐควรใช้กฎหมายอาญาเท่าที่จำเป็นและเป็นมาตรการสุดท้าย (last resort)¹²

โดยพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ก็ได้กำหนดฐานความผิดทางอาญาและโทษไว้ในหลายมาตรา เช่น ผู้ขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยการฝ่าฝืนตามที่กฎหมายบัญญัติมาตรา 27 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นต้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ส่วนใหญ่เป็นโทษอาญาประเภทจำคุกและปรับ

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2.

⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18.

¹⁰ อัจฉริยา ชูตินันท์, *อาชญาวิทยาและทัณฑวิทยา* (วิญญูชน 2563) 225-231.

¹¹ See Herbert L. Packer, *The limits of criminal sanction* (Stanford University Press 1968).

¹² See Nigel Walker, *Punishment, Danger and Stigma: The morality of criminal justice* (Barnes and Nobles book 1980).

2.2 หลักการเกี่ยวกับการลงโทษทางปกครอง

“โทษทางปกครอง” หมายถึง มาตรการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มุ่งลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย กฎระเบียบ¹³ โดยโทษที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจใช้บังคับแก่ประชาชนตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ คำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ฝ่าฝืนหน้าที่ตามกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครองที่องค์กรฝ่ายปกครองทำขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมีเนื้อหาเป็นการลงโทษการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การลงโทษทางปกครองจึงมีลักษณะเด่น 3 ประการ คือ เป็นมาตรการที่มีมูลเหตุมาจากการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย มีวัตถุประสงค์เพื่อลงโทษการกระทำผิด และใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครอง¹⁴

แต่เดิมโทษทางปกครองมักมีขอบเขตจำกัดอยู่เฉพาะบุคคลที่ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กับฝ่ายปกครองไว้ก่อนหน้า และเป็นโทษที่ระงับสิทธิตามกฎหมาย เช่น ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการต่าง ๆ หากไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย ฝ่ายปกครองย่อมมีอำนาจลงโทษโดยสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต กฎหมายไทยได้กำหนดมาตรการทำนองนี้มานานแล้ว แม้จะไม่ได้ระบุว่าเป็นโทษทางปกครอง แต่ปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับกันว่าเป็น โทษทางปกครอง¹⁵ หรือมาตรการลงโทษทางปกครอง¹⁶ อย่างหนึ่ง ส่วนโทษทางปกครองอื่น ๆ ที่ระงับสิทธิของบุคคล เช่น การเพิกถอนการรับรอง การสั่งห้ามประกอบกิจการหรือสั่งปิดสถานประกอบกิจการ การลบชื่อออกจากทะเบียนผู้ประกอบการ ฯลฯ โทษทางปกครองอีกประเภทหนึ่งคือ โทษที่บังคับเอากับทรัพย์สิน (sanctions patrimoniales) โดยมาตรการที่ใช้กันมาก คือ โทษปรับทางปกครอง โดยในกฎหมายไทยฉบับต่างๆ ที่ระยะหลังมักจะระบุว่าการปรับที่กำหนดไว้เป็นโทษปรับทางปกครอง หรือค่าปรับทางปกครอง มิใช่ค่าปรับทางอาญา¹⁷

การใช้โทษทางปกครองมักเป็นผลสืบเนื่องมาจากเหตุปัจจัยสองประการ ประการแรก การตระหนักถึงปัญหากฎหมายอาญาเพื่อหรือการมีความผิดทางอาญามากเกินความจำเป็นทำให้ผู้ตรากฎหมายลด – เลิกโทษอาญา และนำโทษทางปกครองมาใช้แทนโทษอาญา สำหรับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง

¹³ Cornu G., *Vocabulaire juridique*, (4e édition mise à jour, P.U.F 2003) 813.

¹⁴ Bombois T. et Déom D., ‘La définition de la sanction administrative’, in Andersen R., Déom D. et Renders D., *Les sanctions administratives* (Bruxelles 2007) 26 et s.

¹⁵ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความรับผิดทางอาญากรณีผู้รับใบอนุญาต ไม่ปฏิบัติตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 29 และมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 (เรื่องเสร็จที่ 834/2551): การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎกระทรวง ข้อกำหนด หรือ เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต เป็น “โทษทางปกครอง”

¹⁶ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง การควบคุมผู้ดำเนินธุรกิจจัดส่ง คนหางานไปทำงานในต่างประเทศตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ. 2528 (กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน 2548) 193.

¹⁷ เพลินตา ตั้งรังสรรค์, ‘หลักเกณฑ์การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้กระทำหรือละเว้นการกระทำ’

<https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/4seminar/s98.pdf>

สืบค้นวันที่ 30 พฤศจิกายน 2565.

และประการที่สอง การที่รัฐเข้าแทรกแซงและควบคุมกิจการต่าง ๆ มากขึ้นเรื่อย ๆ ได้นำมาซึ่งการวางกฎระเบียบทางปกครองและบทกำหนดโทษทางปกครองซึ่งมีข้อได้เปรียบเหนือโทษอาญาตรงที่มีกระบวนการพิจารณาที่เรียบง่ายรวดเร็ว ทำให้การลงโทษเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งยังเหมาะสมกับการกระทำ ความผิดในเรื่องทางเทคนิคซึ่งศาลอาจจะไม่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญเทียบเท่าองค์กรฝ่ายปกครองที่กำลังดูแลเรื่องนั้น ๆ¹⁸

2.3 หลักการเกี่ยวกับการปรับเป็นพินัย

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นว่า ในปัจจุบันประเทศไทยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565

โดยการปรับเป็นพินัย คือ การสั่งให้ผู้กระทำความผิดทางพินัยต้องชำระค่าปรับเป็นพินัยไม่เกินที่กฎหมายกำหนด โดยความผิดทางพินัย คือ การกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย¹⁹

ทั้งนี้ ความผิดทางพินัยตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้น คือความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวตามกฎหมายในบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่ด้วยกันรวม 204 ฉบับ โดยเป็นบัญชี 1 จำนวน 168 ฉบับ บัญชี 2 รวม 33 ฉบับ และบัญชี 3 รวม 3 ฉบับ เช่น พระราชบัญญัติขนส่งทางบก พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติการบัญชี พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติการเล่นแชร์ พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติกำลังพลสำรอง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติเงินตรา พ.ศ. 2501 พระราชบัญญัติล้มละลาย พ.ศ. 2483 และรวมถึงพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 ด้วย ที่อยู่ในบัญชี 1²⁰

2.4 วิเคราะห์เปรียบเทียบโทษทางอาญา โทษทางปกครองและการปรับเป็นพินัย

จากข้อมูลข้างต้น สามารถสรุปได้ว่ามาตรการบังคับแต่ละประเภทนั้นมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกันออกไป ดังต่อไปนี้

กรณีโทษทางอาญา แม้โทษทางอาญาจะมีข้อดีหลายประการ อาทิ ง่ายต่อการออกกฎหมายและการบังคับใช้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่รัฐและประชาชนมีความคุ้นเคยกับมาตรการดังกล่าวอยู่แล้ว เนื่องจากเป็นมาตรการที่ใช้มายาวนาน อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบัน โทษทางอาญาก็ถูกมองว่ามีข้อดีอยู่หลายประการ เช่น เป็นโทษที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลมากที่สุดเมื่อเทียบกับโทษอื่น ทำให้กฎหมายอาญาขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้กับพฤติกรรมที่เป็นภัยคุกคามอย่างแท้จริง ทำให้เกิดปัญหาต่างๆใน

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (น 5).

¹⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 3.

²⁰ บัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565.

กระบวนการยุติธรรม เช่น ต้นทุน ทรัพยากรที่ไม่เพียงพอ ปริมาณคดีที่เข้าสู่ระบบ นักโทษที่เข้าสู่เรือนจำที่มากเกินไป อัตราที่สามารถรับไหว รวมไปถึงการรับผิดชอบทางอาญาที่ไม่เหมาะสม ทำให้ผู้กระทำความผิดที่รับโทษอาญา โดยที่ไม่สมควรได้รับจะได้รับผลกระทบไปถึงการประกอบอาชีพหรือการดำรงชีพในหลายเรื่องเนื่องจากมีประวัติอาชญากรติดตัว (criminal record)²¹ ทำให้มีการพูดถึงการใช้มาตรการทางเลือกแทนการลงโทษทางอาญา ซึ่งรวมถึงโทษทางปกครองและการปรับเป็นพินัย

สำหรับกรณีโทษทางปกครอง โทษทางปกครองนั้นมีความคล้ายกับโทษทางอาญา โดยเฉพาะการมีลักษณะเป็นการบังคับ (sanction) แต่ไม่ได้เป็นการบังคับต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพโดยตรง เช่นเดียวกับโทษทางอาญา เพราะเป็นการปรับ การให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ และโทษทางปกครองก็ไม่มีลักษณะเป็นการประนาม (condemn) ผู้กระทำความผิดโดยตรงเช่นเดียวกับโทษทางอาญา และที่สำคัญที่สุด ไม่มีการบันทึกประวัติอาชญากรรมเช่นเดียวกับโทษทางอาญา ในส่วนของข้อด้อยนั้น เนื่องจากโทษทางปกครองนั้นมิได้มีสภาพบังคับที่รุนแรงเช่นโทษทางอาญา จึงอาจทำให้ผู้กระทำความผิดบางรายไม่เกรงกลัวโทษทางปกครองได้

ในส่วนของการปรับเป็นพินัย ข้อดีของการปรับเป็นพินัย ได้แก่ การไม่ถูกบันทึกประวัติอาชญากรรม การปรับเพียงอย่างเดียว โดยไม่มีการกักขังระหว่างพิจารณาคดีจึงไม่ต้องเป็นภาระในการประกันตัว การสามารถผ่อนชำระค่าปรับหรือ เลือกรับงานบริการสังคมแทนได้ นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจศาลในการพิจารณาลดค่าปรับ หรือเพียงตัดเดือนโดยไม่ต้องปรับได้ หากเป็นการทำผิดเพราะความยากจน โดยศาลจะคำนึงถึงพฤติกรรมการกระทำความผิดและสถานะทางเศรษฐกิจด้วยเสมอ²² อย่างไรก็ดี ความผิดทางพินัยตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินั้น มีเฉพาะความผิดอาญาที่มีโทษปรับสถานเดียวเท่านั้น ทำให้การปรับเป็นพินัยไม่สามารถใช้บังคับกับความผิดอาญาส่วนใหญ่ได้ เนื่องจาก มักมีการกำหนดโทษจำคุกอยู่ด้วย เช่น พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2551 นั้น มีเพียงความผิดตาม มาตรา 34(3) และมาตรา 36 เท่านั้นที่สามารถปรับเป็นพินัยได้ เพราะความผิดฐานอื่น ๆ มีอัตราโทษจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ยังไม่รวมถึงความผิดลหุโทษบางฐานที่มีแต่โทษปรับสถานเดียวตามประมวลกฎหมายอาญาด้วย เนื่องจากไม่ได้เป็นกฎหมายตามบัญชีแนบท้าย

ดังนั้น การจะเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายใดในการลงโทษผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเลือกใช้ให้ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิดที่ได้กระทำ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป

3. การกำหนดโทษกฎหมายเพื่อควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

²¹ อภิวัฒน์ สุดสาว, ‘การกำหนดโทษอาญาตามบทบัญญัติมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย’

<https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/8think/think59.pdf>

สืบค้นวันที่ 30 พฤศจิกายน 2565.

²² พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาตรา 9.

ดังที่กล่าวมาข้างต้นว่าพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 เป็นพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญา โดยการกำหนดความผิดและโทษในพระราชบัญญัตินี้แบ่งออกได้เป็นสี่ประเภทหลัก ได้แก่ การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเกี่ยวกับบรรจุก้นท์ การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้จำหน่าย การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้บริโภคและการกำหนดโทษเกี่ยวกับการโฆษณา โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเกี่ยวกับบรรจุก้นท์

มาตรา 26 ได้กำหนดให้ผู้ผลิตหรือนำเข้าต้องจัดให้มีบรรจุก้นท์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตและนำเข้า ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ฯลฯ ตามที่คณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติและประกาศในราชกิจจานุเบกษา ผู้ฝ่าฝืนจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²³

บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือผู้นำเข้าเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ต้องจัดให้มีบรรจุก้นท์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ผลิตหรือนำเข้า ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ประกาศกำหนด

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ.2493 กำหนดให้ผู้ผลิตสุราต้องได้รับอนุญาตให้มีการผลิตสุรา และมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการผลิตสุราแต่ละประเภทในกฎกระทรวงการอนุญาตผลิตสุรา²⁴

จากการศึกษาพบว่า แม้กฎหมายดังกล่าวจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการควบคุมการผลิต แต่ไม่ได้มีการกำหนดให้ครอบคลุมถึงทุกลักษณะของการผลิตเพื่อควบคุมให้มีมาตรฐาน จากการศึกษาพบว่ากระบวนการในการควบคุมตรวจสอบกระทำผิดได้ยาก และพบการหลีกเลี่ยงกฎหมายอยู่บ่อยครั้ง ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรกำหนดมาตรการทางสารบัญญัติโดยพิจารณาระดับการผลิต ปริมาณ รวมทั้งมาตรการในการควบคุม โดยอาจพิจารณาปรับจากการขออนุญาต เป็นมาตรการในการจัดแจ้งในกรณีที่มีการผลิตเพื่อบริโภคตามที่กฎหมายกำหนด และพิจารณากำหนดโทษที่เหมาะสม (กรณีความผิดกระทำโดยบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล)

3.2 การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้จำหน่าย

พระราชบัญญัตินี้กำหนดสถานที่หรือบริเวณที่ห้ามจำหน่ายแอลกอฮอล์ไว้ในมาตรา 27²⁵ คือ

- วัด หรือสถานที่ปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา
- สถานบริการสาธารณสุขของรัฐ สถานพยาบาล ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลและร้านขายยา

ตามกฎหมายว่าด้วยยา

²³ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26.

²⁴ เช่น กฎกระทรวงการผลิตสุรา พ.ศ. 2565

²⁵ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 27.

- สถานที่ราชการ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นร้านค้าหรือสโมสร
- หอพักตามกฎหมายว่าด้วยหอพัก
- สถานศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ
- สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิงตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง หรือร้านค้าในบริเวณสถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง
- สวนสาธารณะของทางราชการที่จัดไว้เพื่อการพักผ่อนของประชาชนโดยทั่วไป
- สถานที่อื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติ

โดยระวางโทษนั้นถูกกำหนดในมาตรา 39 โดยมีระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ²⁶

ปัจจุบันได้มีการออกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีประกาศกำหนดสถานที่ห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพิ่มเติม ได้แก่

1. ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง ห้ามขายหรือห้ามบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในพื้นที่ประกอบกิจการโรงงาน พ.ศ. 2555
2. ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง กำหนดสถานที่หรือบริเวณห้ามขายหรือบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในรัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ พ.ศ. 2555
3. ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง กำหนดสถานที่หรือบริเวณห้ามขายหรือบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสวนสาธารณะของรัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ พ.ศ. 2556

นอกจากนี้แล้วกฎหมายยังกำหนดด้วยว่า ห้ามมิให้ผู้ใดจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวันหรือเวลาที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด เว้นแต่เป็นการจำหน่ายของผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือตัวแทนของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าไปยังผู้จำหน่ายที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยสุรา หากผู้ใดฝ่าฝืนจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่องกำหนดวันห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2552 โดยห้ามมิให้ผู้ใดขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวันสำคัญทางพุทธศาสนา 4 วันคือ วันมาฆบูชา วันวิสาขบูชา วันอาสาฬหบูชา และวันเข้าพรรษา

ทั้งนี้ มาตรา 29 กฎหมายได้ห้ามมิให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์หรือบุคคลที่มีอาการเมามึนจนครองสติไม่ได้²⁷ หากฝ่าฝืนจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁸ ซึ่งวิธีการต้องห้ามในการจำหน่ายกำหนดไว้ในมาตรา 30 คือ การใช้เครื่องขยายอัตโนมัติ การเร่งขาย การลดราคาเพื่อประโยชน์ในการส่งเสริมการขาย การให้หรือเสนอให้สิทธิ

²⁶ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 39.

²⁷ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 29.

²⁸ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 40.

ในการเข้าชมการแข่งขัน การแสดง การให้บริการการชิงโชค การชิงรางวัล หรือสิทธิประโยชน์อื่นใด เป็นการตอบแทนแก่ผู้ซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือแก่ผู้นำหีบห่อหรือสลากหรือสิ่งอื่นใดเกี่ยวกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ มาแลกเปลี่ยนหรือแลกซื้อ รวมถึงการแจก แถม ให้ หรือแลกเปลี่ยนกับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือกับสินค้าอื่น หรือให้บริการอย่างอื่นแล้วแต่กรณีหรือแจกจ่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในลักษณะเป็นตัวอย่างของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ หรือเป็นการจูงใจสาธารณชนให้บริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขการขาย ในลักษณะที่เป็นการบังคับซื้อเครื่องตี้มแอลกอฮอล์โดยทางตรงหรือทางอ้อม หรือโดยวิธีหรือลักษณะอื่นใด ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์แห่งชาติ²⁹ ผู้ที่ฝ่าฝืนด้วยการใช้เครื่องขายอัตโนมัติจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2 หมื่นบาท หรือทั้งจำ ทั้งปรับ³⁰

3.3 การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้บริโภค

มาตรา 31 ได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณ ดังต่อไปนี้³¹

- วัด หรือสถานที่ปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา เว้นแต่เป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมทางศาสนา เช่น พิธีศีลมหาสนิทของศาสนาคริสต์
- สถานบริการสาธารณสุขของรัฐ สถานพยาบาล ตามกฎหมายว่าด้วยสถานพยาบาลและร้านขายยา ตามกฎหมายว่าด้วยยา ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักส่วนบุคคล
- สถานที่ราชการ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักส่วนบุคคลหรือสโมสร หรือการจัดเลี้ยงตามประเพณี โดยการจัดเลี้ยงตามประเพณีต้องมีองค์ประกอบ 2 ประการคือ การจัดเลี้ยงให้มีการเลี้ยงอาหารโดยไม่มีการซื้อขาย และเป็นประเพณีที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดร่วมกันมาจนกลายเป็นคุณค่าที่ยอมรับกันในสังคมทั่วไป
- สถานศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ ยกเว้นบริเวณที่จัดไว้เป็นที่พักส่วนบุคคล หรือสโมสรหรือการจัดเลี้ยงตามประเพณี หรือสถานศึกษาที่สอนการผสมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์และได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ
- สถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิงตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง หรือร้านค้าในบริเวณสถานบริการน้ำมันเชื้อเพลิง
- สวนสาธารณะของทางราชการที่จัดไว้เพื่อการพักผ่อนของประชาชนโดยทั่วไป
- สถานที่อื่นที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์แห่งชาติ

โดยผู้ฝ่าฝืนจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ³²

²⁹ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 30.

³⁰ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 40.

³¹ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 31.

³² พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 42.

3.4 การกำหนดโทษเกี่ยวกับการโฆษณา

โดยในส่วนของ การโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ มาตรา 32 ของพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ใด โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์หรือแสดงชื่อหรือเครื่องหมายของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อันเป็นการอวดอ้างสรรพคุณหรือชักจูงใจให้ผู้อื่นโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ทุกประเภท การโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ใด ๆ จะกระทำได้เฉพาะการให้ข้อมูลข่าวสาร และความรู้เชิงสร้างสรรค์แก่สังคมโดยไม่มีการปรากฏภาพของสินค้าหรือบรรจุภัณฑ์ของเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้น เว้นแต่เป็นการปรากฏของภาพสัญลักษณ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ หรือสัญลักษณ์ของบริษัทผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์นั้นเท่านั้น ทั้งนี้จะเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง อย่างไรก็ตาม กฎหมายก็ได้บัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับข้อยกเว้นไว้ด้วยว่า ข้อความที่กล่าวมาทั้งในวรรค 1 และวรรค 2 ข้างต้น ห้ามมิให้ใช้บังคับกับการโฆษณาที่มีต้นกำเนิดนอกราชอาณาจักรใด ๆ ทั้งสิ้น³³ ผู้ที่ฝ่าฝืนจะถูกระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 5 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากโทษดังกล่าวแล้ว ผู้ฝ่าฝืนยังต้องถูกระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกิน 5 หมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง³⁴

3.5 วิเคราะห์การกำหนดโทษกฎหมายเพื่อควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่าทุกบทบัญญัติที่ได้ทำการศึกษามีบทลงโทษที่เป็นโทษทางอาญาในทุกฐานความผิด ซึ่งเมื่อพิจารณาความผิดทั้งสี่ด้านข้างต้น กล่าวคือ การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์ การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้จำหน่าย การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้บริโภคและการกำหนดโทษเกี่ยวกับการโฆษณา จะเห็นได้ว่าทั้งสี่ด้านนั้นมุ่งคุ้มครองไม่เพียงแต่สังคมส่วนรวมแต่ยังมุ่งคุ้มครองถึงปัจเจกชนที่ได้รับผลกระทบจากเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในด้านต่าง ๆ ข้างต้นด้วย ผู้วิจัยจึงเห็นด้วยกับการคงฐานความผิดดังกล่าวไว้ อย่างไรก็ตาม ยังคงมีประเด็นที่ต้องศึกษาถึงความเหมาะสมของการกำหนดโทษหรือมาตรการการบังคับโทษอยู่ว่าได้สัดส่วนหรือไม่ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงจะทำการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศในประเด็นดังกล่าว ในหัวข้อต่อไป

4. กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

4.1 การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าเกี่ยวกับบรรจุภัณฑ์

ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) The Food Labelling Regulations 1996 Part II มาตรา 4 (2) (h) (i) (j) (k) กำหนดให้เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต้องมีรายละเอียดฉลากตามที่กำหนด โดยผู้ขาย

³³ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 32.

³⁴ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2565 มาตรา 43.

อาหารใด ๆ ที่ไม่ได้ทำเครื่องหมายหรือติดฉลากตามบทบัญญัติของส่วนที่ II³⁵ จะมีความผิดตามมาตรา 44 (a) ซึ่งต้องระวางโทษไม่เกินระดับ 5 ของ Standard Scale (อัตราในปัจจุบันคือ ปรับไม่จำกัดจำนวนเงิน)³⁶ ในส่วนของผลิตภัณฑ์นั้น Alcoholic Liquor Duties Act 1979 กำหนดความผิดฐานผลิตสุราโดยไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดตามมาตรา 12³⁷ โดยระวางโทษนั้นถูกกำหนดไว้ในมาตรา 25 โดยโทษที่บังคับใช้มีเพียงการปรับ ริบทรัพย์สินและทำลายทรัพย์สินที่ใช้กระทำความผิดและทรัพย์สินที่เป็นความผิด³⁸

ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส กำหนดให้ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าต้องติดฉลากบนบรรจุภัณฑ์รวมถึงชื่อและที่อยู่ของผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า ชื่อของเครื่องดื่มและลักษณะการบริโภค โดยรายละเอียดของเงื่อนไขในการติดข้อความนี้กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 2006 ที่ใช้บังคับตามมาตรา L.3322-3 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข ระบุว่าบรรจุภัณฑ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต้องมีโลโก้หรือข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเตือนสติถึงความเสียหายที่เกิดจากการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระหว่างตั้งครรภ์ ข้อความดังต่อไปนี้ “การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในระหว่างตั้งครรภ์แม้ในปริมาณเล็กน้อยก็สามารถส่งผลกระทบต่อสุขภาพของเด็กได้” โดยมาตรการนี้ใช้กับ “บรรจุภัณฑ์เครื่องดื่ม” ทุกประเภทที่ขายในท้องตลาดหรือแจกจ่ายโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย โดยข้อความเกี่ยวกับสุขภาพ (ข้อความหรือโลโก้) จะต้องปรากฏบนบรรจุภัณฑ์ เครื่องดื่มทั้งหมดเพื่อให้มองเห็นได้ชัดเจน เข้าใจได้ชัดเจน และมีลักษณะถาวรที่ไม่อาจลบได้ โดยโทษนั้นอยู่ใน R. 3351-1 CSP ซึ่งมีอัตราโทษปรับระดับ Contravention 2° classe (การปรับไม่เกิน 150 ยูโร)

4.2 การกำหนดโทษด้านการจำหน่าย

ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) The Licensing Act 2003 กำหนดความผิดและโทษเกี่ยวกับผู้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้ในกรณีดังกล่าวดังต่อไปนี้

มาตรา 137 ความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่มีใบอนุญาต โดยมาตรานี้กฎหมายมุ่งเอาผิดกับบุคคลที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยไม่มีใบอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งรวมถึงกรณีที่ทำผิดเงื่อนไขตามใบอนุญาตด้วย โดยผู้กระทำผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน ปรับไม่เกิน 20,000 ปอนด์ หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ (4) ของมาตรานี้ยังให้อำนาจศาลในการริบเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นเหตุและภาระใด ๆ ที่บรรจุแอลกอฮอล์และทำลายหรือจัดการในลักษณะอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรของผู้กระทำความผิดตามมาตรา³⁹

มาตรา 138 ความผิดฐานครอบครองเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ไว้เพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต โดยมาตรานี้กฎหมายมุ่งเอาผิดกับบุคคลที่เจตนาครอบครองไว้เพื่อจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งรวมถึงกรณีที่ทำผิดเงื่อนไขตามใบอนุญาตด้วย โดยผู้กระทำผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินระดับ 2 ของ Standard Scale

³⁵ The Food Labelling Regulations 1996 Part II Section 4(2).

³⁶ The Food Labelling Regulations 1996 Section 44(a).

³⁷ Alcoholic Liquor Duties Act 1979 Section 12.

³⁸ Alcoholic Liquor Duties Act 1979 Section 25.

³⁹ The Licensing Act 2003 Section 137.

(อัตราในปัจจุบันคือ 500 ปอนด์) นอกจากนี้ (5) ของมาตรานี้ยังให้อำนาจศาลในการริบเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่เป็นเหตุและภาชนะใดๆที่บรรจุแอลกอฮอล์และทำลายหรือจัดการในลักษณะอื่นตามที่ศาลเห็นสมควรของผู้กระทำความผิดตามมาตรา⁴⁰

มาตรา 141 ความผิดฐานขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับผู้มีเมมา โดยกฎหมายมาตรานี้มุ่งเอาผิดกับบุคคลที่ขาย หรือ พยายามขาย หรือ อนุญาตให้ขาย เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ให้กับผู้มีเมมา โดยบุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา⁴¹ต้องระวางโทษระดับ 3 ของ Standard Scale (อัตราในปัจจุบันคือ 1,000 ปอนด์)⁴¹

มาตรา 146 ความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับเด็ก โดยมาตรานี้มุ่งเอาผิดต่อ ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี และสโมสร (club) ที่มีการจัดหาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยสโมสรหรือในนามของสโมสรให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยบุคคลที่กระทำความผิดตามมาตรา⁴²ต้องระวางโทษไม่เกินระดับ 5 ของ Standard Scale (อัตราในปัจจุบันคือ ปรับไม่จำกัดจำนวนเงิน)⁴²

มาตรา 147 ความผิดฐานยินยอมให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับเด็ก นอกเหนือจากความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับเด็กที่อายุต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดในมาตรา 146 แล้ว มาตรา 147 ยังกำหนดความผิดฐานยินยอมให้จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีอีกด้วย โดยผู้ที่กระทำความผิดฐานนี้ต้องเป็นผู้ที่ทำงานในสถานที่เดียวกับบุคคลกระทำความผิดตามมาตรา 146 โดยไม่คำนึงว่าบุคคลนั้นจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ โดยบุคคลนั้นมีอำนาจตามกฎหมายที่จะห้ามการจำหน่ายได้แต่มีได้ห้าม โดยผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินระดับ 5 ของ Standard Scale ระดับ (ปรับไม่จำกัดจำนวนเงิน)⁴³

มาตรา 147A ความผิดฐานกระทำความผิดซ้ำในความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับเด็ก เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการฝ่าฝืนกระทำความผิดซ้ำในความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับเด็ก โดยมาตรา 147A จึงกำหนดความผิดและโทษสำหรับการกระทำความผิดซ้ำในการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แก่เด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี โดยหากเป็นการกระทำในลักษณะที่กระทำซ้ำอย่างน้อยสองครั้งภายในระยะเวลาสามเดือนติดต่อกัน โดยต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 ปอนด์ ใน (9) ของมาตรานี้ยังได้กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอาจสั่งให้แก้ไขมาตรา 147A (8) เพื่อเพิ่มค่าปรับสูงสุดสำหรับเวลาที่กำหนดไว้ในอนุมาตรานี้ก็ได้⁴⁴

มาตรา 147B คำสั่งพักใช้ใบอนุญาตที่เกี่ยวข้องกับความผิดตามมาตรา 147A (Order suspending a license in respect of offence under section 147A) โดยศาลอาจสั่งให้ใบอนุญาตที่อนุญาตให้ขายโดยการขายปลีกเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่นั้น ถูกระงับไว้ได้เป็นไม่เกินสามเดือน⁴⁵

⁴⁰ The Licensing Act 2003 Section 138.

⁴¹ The Licensing Act 2003 Section 141.

⁴² The Licensing Act 2003 Section 146.

⁴³ The Licensing Act 2003 Section 147.

⁴⁴ The Licensing Act 2003 Section 147A.

⁴⁵ The Licensing Act 2003 Section 147B.

ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส มาตรา L.3353-3 ประมวลกฎหมายสาธารณสุข กำหนดห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ การแจกจ่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้กับผู้เยาว์ หรือจำหน่ายในที่สาธารณะ มีโทษทางอาญาจากการฝ่าฝืนกฎหมายประเภท Délit โดยกำหนดโทษปรับ 7,500 ยูโร⁴⁶ และสำหรับความผิดนี้จะประกอบด้วยหลายฐานความผิดร่วมกัน เช่น การสั่งปิดสถานที่ขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และในกรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำจะมีโทษปรับในอัตราที่เพิ่มขึ้นเป็น 2 เท่า รวมทั้งมีโทษจำคุก Amende forfaitaire ซึ่งมีโทษปรับ 300 ยูโร

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ขายได้ยินยอมให้ผู้เยาว์ดื่มเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จนมีสภาพมึนเมาหรือมีลักษณะการบริโภคแอลกอฮอล์เป็นนิจ มาตรา L.3353-4 ประมวลกฎหมายสาธารณสุขและมาตรา 227-19 ประมวลกฎหมายอาญากำหนดโทษทางอาญาจากการฝ่าฝืนเป็นโทษประเภท Délit โดยกำหนดโทษจำคุก 2 ปี และโทษปรับ 45,000 ยูโร⁴⁷

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายสาธารณสุขได้กำหนดการห้ามขายแอลกอฮอล์ในสถานที่เปิด (les open bars) การห้ามเปิดบาร์เปิด (open bars) (มาตรา L.3322-9 วรรคสาม และมาตรา L.3351-6-2 ประมวลกฎหมายสาธารณสุข)⁴⁸ โดยมีโทษทางอาญาจากการฝ่าฝืนกฎหมายประเภท Délit : โทษปรับ 7500 ยูโร และการควบคุมการจำหน่ายแอลกอฮอล์ในรูปแบบโปรแกรมส่งเสริมการขายหรือ les happy hours ซึ่งมีเงื่อนไขในการให้ส่วนลดสำหรับเครื่องดื่มที่ไม่มีแอลกอฮอล์ (les boissons non alcoolisées) ด้วย เช่นเดียวกับการห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในเครื่องขายของอัตโนมัติ (มาตรา L.3322-8 และมาตรา L.3351-6 ประมวลกฎหมายสาธารณสุข)⁴⁹ โดยมีโทษทางอาญาจากการฝ่าฝืนกฎหมายประเภท Délit : โทษปรับ 3,750 ยูโร

4.3 การกำหนดโทษด้านการบริโภค

ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในที่สาธารณะนั้นมิได้มีกฎหมายห้ามโดยตรง แต่การกระทำดังกล่าวอาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ ทั้งนี้ สภาเมือง (councils) สามารถออกคำสั่งคุ้มครองพื้นที่สาธารณะเพื่อจำกัดการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในที่สาธารณะได้เพื่อป้องกันพฤติกรรมต่อต้านสังคม ทั้งนี้ การไม่หยุดบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เมื่อถูกสั่งให้หยุดหรือการไม่ยอมส่งมอบเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในพื้นที่ควบคุมการดื่มนั้นยังถือเป็นความผิดอีกด้วย โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการควบคุมตัวบุคคลที่มีพฤติกรรมดังกล่าวออกจากพื้นที่อีกด้วย หากไม่ปฏิบัติตามจะถือเป็นความผิดฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งให้ออกจากพื้นที่ นอกจากนี้ พฤติกรรมดังกล่าวอาจเป็นความผิดตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น การเมาและไม่เป็นระเบียบในที่สาธารณะ และการเมาบนทางหลวงหรือที่สาธารณะอื่น ๆ โดยความผิดฐานมึนเมาและไม่ปฏิบัติตามระเบียบในที่สาธารณะ มีอัตราโทษปรับครั้งที่ 90 ปอนด์ และการมึนเมา

⁴⁶ Code of Public Health L.3353-3.

⁴⁷ Code of Public Health L.3353-4.

⁴⁸ Code of Public Health L.3322-9 และ L.3351-6-2.

⁴⁹ Code of Public Health L.3322-8 และ L.3351-6.

บนทางหลวงหรือในที่สาธารณะ มีอัตราโทษค่าปรับครั้งที่ 60 ปอนด์⁵⁰ ในส่วนของการบริโภค The Licensing Act 2003 ยังได้กำหนดความผิดฐานเด็กบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ไว้ในมาตรา 150 โดยเฉพาะอีกด้วย โดยจะเป็นความผิดเมื่อบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี บริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยเจตนาในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ แต่ทั้งนี้ไม่มีข้อยกเว้น หากเป็นกรณี บุคคลนั้นมีอายุ 16 หรือ 17 ปี และเครื่องดื่มแอลกอฮอล์บริโภคคือเบียร์ ไวน์ หรือไซเดอร์และการบริโภคนั้นอยู่ที่โต๊ะอาหารในสถานที่ที่เกี่ยวข้องและบุคคลดังกล่าวมาพร้อมกับผู้ที่มีอายุ 18 ปีขึ้นไปในมื้ออาหารนั้น โดยหากฝ่าฝืนจะต้องโทษปรับไม่เกินระดับ 3 ของ standard scale (อัตราในปัจจุบันคือ 1,000 ปอนด์)⁵¹

ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในที่สาธารณะนั้นสามารถกระทำได้ ไม่เป็นความผิด อย่างไรก็ตาม การเมาสุราในที่สาธารณะ เป็นความผิดที่มีโทษตามมาตรา L 3341-1 และ R 3353-1 ของประมวลกฎหมายสาธารณสุข โดย L.3341-1 บัญญัติว่าบุคคลที่พบในสภาพเมาสุราตามท้องถนน ทางเดิน จัตุรัส ร้านกาแฟ คาบาเร่ต์ หรือสถานที่สาธารณะอื่น ๆ ตามมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจจะถูกพาตัวไปยังสถานีตำรวจที่ใกล้ที่สุดหรือพาไปยังห้องพักเพื่อความปลอดภัย (เรียกอีกอย่างว่า “ห้องเก็บอาการ”) โดยจะให้อยู่จนกว่าอาการเมาสุราจะดีขึ้นหรือมีสติกลับมาเป็นปกติ⁵² สำหรับโทษนั้น ถูกกำหนดอยู่ใน R.3353-1 บัญญัติว่า การอยู่ในสภาพเมาสุราอย่างเห็นได้ชัดในสถานที่ตาม L. 3341-1 จะถูกลงโทษเปรียบเทียบปรับสำหรับความผิดโทษระดับ 2 (ไม่เกิน 150 ยูโร ตามมาตรา 131-13 ของ ประมวลกฎหมายอาญา)⁵³ โดยกรณีดังกล่าวสามารถดำเนินการได้ใน 2 มาตรการ คือ การลงโทษปรับหรือการนำไปกักตัวไว้ จนกว่าจะอาการเมาสุราจะดีขึ้นตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

4.4 การกำหนดโทษด้านการโฆษณา

โดยในปัจจุบันสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) ไม่ได้มีกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในลักษณะที่เป็นบทบัญญัติกำหนดฐานความผิดและโทษ อย่างไรก็ตามก็มีการออกประมวลข้อกำหนด (code) ที่บังคับใช้โดยหน่วยงานมาตรฐานการโฆษณา (Advertising Standards Authority) ซึ่งเป็นการควบคุมกันเองในวิชาชีพ (self-regulation) ที่กำหนดว่าการโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต้องไม่มุ่งไปที่ผู้ที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หรือมีสิ่งใดที่น่าจะดึงดูดพวกเขาโดยสะท้อนถึงวัฒนธรรมของเยาวชน บุคคลใดก็ตามที่แสดงโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ต้องมีอายุ 25 ปีขึ้นไป นอกจากนี้ยังมีการควบคุมที่เข้มงวดเกี่ยวกับการวางโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ และขณะนี้โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ถูกห้ามไม่ให้ปรากฏในและรอบ

⁵⁰ House of Commons Library, ‘Alcohol: drinking in the street’ (Briefing Paper Number 5117, 4 September 2019).

⁵¹ The Licensing Act 2003 Section 150.

⁵² Code of public health L.3341-1.

⁵³ Santé publique France, ‘La réglementation de la Consommation’ (Santé publique France, 2022).

<<https://www.alcool-info-service.fr/alcool/loi/alcool-reglementer-consommation>> accessed 28 September 2022.

โปรแกรมที่กำหนดเป้าหมายไปที่ผู้ชมที่อายุต่ำกว่า 18 ปีและโปรแกรมที่น่าจะดึงดูดโดยเฉพาะกลุ่มอายุนี้ เช่น การห้ามโฆษณาแอลกอฮอล์ในช่วงโปรแกรมการ์ตูนหรือหนังสือสำหรับเด็ก เป็นต้น⁵⁴ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า ก็มีความพยายามจากผู้เชี่ยวชาญเรื่องแอลกอฮอล์ให้มีการแบนการโฆษณาแอลกอฮอล์เช่นกัน โดยอ้างว่าการควบคุมกันเองในวิชาชีพนั้นมักจะถูกละเมิดหรือมีการกระทำที่หมิ่นเหม่ต่อการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวเสมอ เช่น การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในมหรรรรมกีฬาต่าง ๆ ที่ผู้เชี่ยวชาญมองว่าเป็นการหมิ่นเหม่ต่อละเมิดกฎเกณฑ์ของชุมชน⁵⁵

ในส่วนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส การโฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการผลิตและการขายสามารถกระทำได้ แต่ได้รับการควบคุมอย่างเข้มงวดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา L.3323-1 ถึง L.3323-6 แห่งประมวลกฎหมายสาธารณสุข โดยอนุญาตให้โฆษณาเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ได้ตามเงื่อนไขดังนี้⁵⁶

- การเขียน การพิมพ์ การโฆษณาในสื่อสิ่งพิมพ์ ยกเว้นสิ่งพิมพ์สำหรับเยาวชน
- โดยวิธีการกระจายเสียงผ่านทางวิทยุในช่วงเวลาที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐ
 - ในรูปแบบโปสเตอร์และเครื่องหมายตลอดจนโปสเตอร์และวัตถุภายในร้านค้าที่จำหน่ายภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากสภาแห่งรัฐ
 - ในลักษณะการจัดส่งโดยผู้ผลิต ผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ค้า ตัวแทนจำหน่ายหรือผู้ดูแลสินค้า ข้อความหนังสือเวียนทางการค้า แคตตาล็อก และโบรชัวร์ โดยเอกสารเหล่านี้มีเฉพาะข้อมูล และเงื่อนไขของการขายสินค้า หรือโดยปรากฏบนพื้นผิวของยานพาหนะที่ใช้สำหรับจัดส่งเครื่องดื่ม แต่การปรากฏภาพหรือข้อความจะต้องมีรายละเอียดของสินค้า ชื่อและที่อยู่ของผู้ผลิต ตัวแทน หรือผู้รับฝาก
 - เพื่อเป็นการโฆษณาสนับสนุนเทศกาล งานแสดงสินค้าท้องถิ่น (fêtes et foires traditionnelles) ซึ่งเกี่ยวกับเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ท้องถิ่น (boissons alcooliques locales)
 - เพื่อประโยชน์ของการจัดแสดงในพิพิธภัณฑ์ มหาวิทยาลัย หรือหลักสูตรที่มีลักษณะเป็นจารีตประเพณี ตลอดจนเพื่อสนับสนุนการนำเสนอ และการทดสอบรสชาติภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา
 - การประชาสัมพันธ์ในรูปแบบของการเสนอ โดยไม่มีค่าใช้จ่าย สำหรับวัตถุประสงค์เฉพาะสำหรับการบริโภคเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์อย่างเคร่งครัด โดยผู้ผลิตและผู้ผลิตเครื่องดื่มเหล่านี้มีเครื่องหมายระบุชื่อเพื่อการค้าแบบขายตรง สินค้าให้กับผู้บริโภคและผู้จัดจำหน่ายหรือระหว่างการประชุมชมสถานที่ผลิต
 - สำหรับการสื่อสารในช่องทางออนไลน์ (les services de communications en ligne) ยกเว้นบริการซึ่งมีลักษณะการนำเสนอหรือวัตถุประสงค์สำหรับเยาวชน เช่นเดียวกับบริการที่เผยแพร่โดยสมาคมกีฬา

⁵⁴ ASA, 'Codes and rulings' (ASA, 2022) <<https://www.asa.org.uk/codes-and-rulings.html>> accessed 28 September 2022.

⁵⁵ Damien Gayle, 'Public health experts call for ban on alcohol advertising in UK' (The Guardian, 2017). <<https://www.theguardian.com/society/2017/jan/10/public-health-experts-call-ban-alcohol-advertising-uk>> accessed 28 September 2022.

⁵⁶ Code of public health L.3323-1 to L.3323-6.

สมาคมและสหพันธ์ หรือสื่ออาชีพตามความหมายของประมวลกฎหมายกึ่งา ทั้งนี้มีเงื่อนไขว่าการโฆษณาชวนเชื่อหรือโฆษณาต้องไม่ล่วงล้ำหรือแทรกแซงการดำเนินงานของหน่วยงานข้างต้น ตามที่บัญญัติในมาตรา 97 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2009 เกี่ยวกับการปฏิรูปโรงพยาบาล ผู้ป่วย สุขภาพ และเรื่องที่เกี่ยวข้อง

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดห้ามดำเนินการสนับสนุนใด ๆ เพื่อการโฆษณาชวนเชื่อ หรือการโฆษณาไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อสนับสนุนให้บุคคลบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ โดยในสื่อที่ได้รับอนุญาตทั้งหมด การโฆษณาต้องมีข้อความด้านสุขภาพที่ระบุว่า “การดื่มแอลกอฮอล์เป็นอันตรายต่อสุขภาพ” (*l’abus d’alcool est dangereux pour la santé.*)

โดยการฝ่าฝืนนั้นต้องระวางโทษในอัตรา Délit ซึ่งเป็นการปรับไม่น้อยกว่า 3,750 ยูโร

4.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมแอลกอฮอล์ของประเทศไทย สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศส

4.5.1 การกำหนดโทษเกี่ยวกับผู้ผลิตหรือนำเข้าเกี่ยวกับบรรจุกัญท์

เมื่อวิเคราะห์จากอัตราโทษของทั้งสามประเทศแล้ว จะเห็นได้ว่าบทกำหนดโทษของไทยมีความรุนแรงที่สุด เนื่องจากมีการลงโทษผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามด้วยโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁷ ในขณะที่สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีเพียงโทษปรับเท่านั้น โดยที่สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) สามารถลงโทษปรับได้โดยไม่มีอัตราขั้นสูง ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีโทษปรับเพียงเล็กน้อยเท่านั้น หากวิเคราะห์แล้วจะเห็นว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 26 มุ่งที่จะให้ผู้ผลิตหรือนำเข้าจัดให้มีบรรจุกัญท์ ฉลาด พร้อมทั้งข้อความเตือนให้เหมาะสม ดังนั้น หากอยากให้ผู้ทำหน้าที่ตามกฎหมายนี้ปฏิบัติตาม การนำโทษทางปกครอง เช่น การห้ามจำหน่ายเครื่องดื่มดังกล่าวจนกว่าจะมีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายดูจะเป็นทางเลือกที่เหมาะสมมากกว่า

4.5.2 การกำหนดโทษด้านจำหน่าย

จากการศึกษาพบว่า ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศสไม่มีการห้ามจำหน่ายตามสถานที่ที่กำหนดหรือวันเวลาตามกฎหมายเช่นประเทศไทย

อย่างไรก็ดี ทั้งสามประเทศได้กำหนดให้การจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่เด็กเป็นความผิดเหมือนกัน โดยในประเทศไทย ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁸ ส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) มีเพียงโทษปรับไม่มีอัตราขั้นสูง และส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็มีเพียงโทษปรับเช่นกัน แต่ของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) กำหนดให้การกระทำความผิดซ้ำปรับมากขึ้นกว่าและอาจถูกยึดใบอนุญาตจำหน่ายได้ ส่วนสาธารณรัฐฝรั่งเศสนั้น กรณีกระทำ

⁵⁷ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 38.

⁵⁸ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 40.

เป็นนิจอาจได้รับโทษจำคุกและโทษปรับอัตราสูงขึ้น ในส่วนนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าในประเทศไทย เนื่องจากการจำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ให้แก่เด็กเป็นเรื่องกระทบต่อสังคมอย่างยิ่งจึงมีความจำเป็นที่จะต้องคงโทษจำคุกไว้เพื่อข่มขู่ ยับยั้งผู้กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ในกรณีการกระทำผิดซ้ำ อาจมีการนำมาตรการแบบของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) หรือของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้เพิ่มในส่วนของการปรับ

ในกรณีของการส่งเสริมการขาย สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการห้ามขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ในเครื่องขายของอัตโนมัติ โดยหากฝ่าฝืนจะมีโทษปรับ ในส่วนของประเทศไทยนั้น กรณีนี้ มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี ปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁵⁹ ซึ่งกรณีนี้ประเทศไทยมีโทษหนักกว่า อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีอาจยังมีความจำเป็นที่จะต้องคงโทษจำคุกไว้เพื่อข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิด เนื่องจากเครื่องขายของอัตโนมัตินั้นอาจไม่สามารถคัดกรองผู้ซื้อได้มีประสิทธิภาพเท่าผู้ชายที่เป็นมนุษย์ เพราะเด็กสามารถเข้าถึงการซื้อได้โดยง่ายกว่า

ส่วนกรณีของการส่งเสริมการขาย ตามมาตรา 30 (2)-(6) ที่ต้องระวางโทษ ตาม มาตรา 41 พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่มีระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ไม่รุนแรงเท่ากับกรณีตามมาตรา 29 และ 30(1) อีกทั้งการจำคุกกระยะสั้นย่อมเกิดผลเสียมากกว่าผลดี ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นควรให้ยกเลิกโทษในส่วนจำคุกและให้คงไว้เพียงโทษปรับ ซึ่งเมื่อมีโทษปรับแต่เพียงสถานเดียวในอนาคตก็อาจเปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถใช้ดุลยพินิจในการที่อาจจะเปลี่ยนโทษดังกล่าวเป็นการปรับเป็นพินัยได้ซึ่งจะเกิดผลดีกับผู้กระทำความผิดและสังคมมากกว่า

4.5.3 การกำหนดโทษทางด้านการบริโภค

จากมาตรการทางกฎหมายข้างต้นเกี่ยวกับการควบคุมการบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์จะเห็นได้ว่าทุกประเทศให้สิทธิบุคคลที่จะบริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้ทราบเท่าที่ไม่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อสังคมและผู้อื่น โดยรัฐจะกำหนดพื้นที่บางพื้นที่เป็นที่พื้นที่สาธารณะในการห้ามไม่ให้บริโภคเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ได้ในสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศสหากมีการฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวข้องผู้กระทำความผิดจะต้องโทษปรับเพียงอย่างเดียว ซึ่งในกรณีดังกล่าว ตามกฎหมายไทยถือว่ามีโทษสูงกว่า ในกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเนื่องจากความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 นั้นมีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วย⁶⁰ ดังนั้น เนื่องจากเป็นการจำคุกกระยะสั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรให้ยกเลิกโทษในส่วนจำคุกและให้คงไว้เพียงโทษปรับ ซึ่งเมื่อมีโทษปรับแต่เพียงสถานเดียวก็เปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจตามกฎหมายสามารถใช้ดุลยพินิจในการที่อาจจะเปลี่ยนโทษดังกล่าวเป็นการปรับเป็นพินัยได้ซึ่งจะเกิดผลดีกับผู้กระทำความผิดและสังคมมากกว่า เนื่องจากไม่ใช่การกระทำความผิดที่ร้ายแรง ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าในสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) นั้นมีการกำหนดความผิดและโทษสำหรับการบริโภค

⁵⁹ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 42.

⁶⁰ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 42.

เครื่องตี้มแอลกอฮอล์ของเด็กในสถานที่จำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ด้วย โดยมีอัตราโทษปรับไม่เกิน 1,000 ปอนด์ สถานเดียว⁶¹ ต่างจากประเทศไทยและสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่ไม่ได้มีการกำหนดความผิดฐานดังกล่าวไว้

4.5.4 การกำหนดโทษทางด้านโฆษณา

จากการเปรียบเทียบมาตรการการควบคุมการโฆษณาเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ของทั้งสามประเทศ อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ประเทศไทยมีการควบคุมที่เข้มงวดที่สุด เนื่องจากมีอัตราโทษสูง⁶² ในขณะที่สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) จะมีการควบคุมที่ไม่เป็นทางการที่สุดเนื่องจากใช้สภาวิชาชีพในการตรวจสอบควบคุม ในขณะที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีกฎหมายที่ควบคุมการโฆษณาที่เป็นการประนีประนอมของความ ต้องการของรัฐในการที่จะควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์และสิทธิของผู้ประกอบการผลิตเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ โดยเฉพาะกรณีผลิตภัณฑ์ในประเทศ และมีเพียงโทษปรับเท่านั้น ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ดูแล้วมาตรการของแต่ละประเทศนั้นมีข้อดีข้อเสียที่แตกต่างกันออกไป เมื่อเปรียบเทียบแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า ในประเทศไทยการควบคุมอย่างเข้มงวดอาจจะส่งผลดีในทางทฤษฎี หากแต่ในทางปฏิบัติ หากผู้บังคับใช้กฎหมายไม่เข้มแข็งอาจจะเกิดปัญหาในทางปฏิบัติ รวมทั้งปัญหาการตีความ ปัญหาการบังคับใช้ หรือปัญหาทุจริตคอร์รัปชันได้ การใช้โทษปรับที่แม้จะมีอัตราสูงในมุมมองของบุคคลธรรมดาแต่สำหรับนิติบุคคลขนาดใหญ่แล้วอาจจะเป็นเพียงการสูญเสียกำไรไปเล็กน้อยก็ได้ อีกทั้งอาจมีคำถามถึงความได้สัดส่วนในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการการค้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ด้วย ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) มีข้อดีคือมีความยืดหยุ่นสูงในการตีความการโฆษณาที่ต้องควบคุม ไม่มีโทษทางอาญาเนื่องจากไม่ได้บัญญัติให้เป็นความผิด ซึ่งเป็นการควบคุมอีกรูปแบบหนึ่งที่อาศัยความสุจริตของผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง ในทางกลับกัน ข้อเสียของมาตรการดังกล่าวคือขาดสภาพบังคับตามกฎหมายอย่างเป็นทางการที่ชัดเจน อีกทั้งการที่ไม่มีโทษกำหนดไว้ ไม่สามารถห้ามไม่ให้ฝ่าฝืนได้ จึงอาจมีผู้ตั้งใจจะไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของสมาคมวิชาชีพที่ควบคุมดังกล่าว ดังนั้น รูปแบบการควบคุมการโฆษณาของสาธารณรัฐฝรั่งเศสจึงอาจมีความน่าสนใจในการเพื่อปรับปรุงแก้ไขการโฆษณาของประเทศไทยต่อไป

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ผลการวิจัยสรุปได้ว่าบทเรียนและประสบการณ์ของต่างประเทศที่ได้ทำการศึกษาในงานวิจัยฉบับนี้ ได้แก่ สหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) และสาธารณรัฐฝรั่งเศส ที่นำมาเปรียบเทียบกับประเทศไทย จะพบประเด็นที่เหมือนกัน กล่าวคือแต่ละประเทศก็จะมีกลไกที่เป็นรายละเอียดที่แตกต่างกันไปตามรูปแบบของตนเอง โดยส่วนใหญ่ในภาพรวมยังใช้โทษทางอาญา กรณีสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีการกำหนดโทษจำคุกแต่ก็

⁶¹ The Licensing Act 2003 Section 150.

⁶² พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 มาตรา 43.

สำหรับบางฐานความผิดที่มีความร้ายแรงเท่านั้น ในส่วนของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) เน้นที่โทษปรับเท่านั้น และโทษสถานหนักคือการปรับโดยไม่มีอัตราขั้นสูง ซึ่งหากวิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าประเทศไทยนั้นเป็นประเทศที่มีการกำหนดอัตราโทษที่ยังอาจไม่เหมาะสมและไม่ได้สัดส่วนกับความร้ายแรงของความผิด ดังจะเห็นได้ว่าทุกฐานความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ที่ได้ศึกษาในงานวิจัยฉบับนี้ล้วนแต่มีโทษจำคุก บางฐานความผิดบัญญัติให้มีโทษปรับแล้วก็จะพ่วงด้วยโทษจำคุกเสมอ โดยมีเพียงโทษตามมาตรา 44 วรรคสองและวรรคสามเท่านั้นที่มีโทษปรับสถานเดียว

ดังนั้น พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 อาจใช้กระบวนการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายที่กำหนดเป็นหลักการที่จะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 มาตรา 77 ประกอบกับพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 เป็นวาระในการทบทวนเนื้อหาที่เกี่ยวกับบทกำหนดโทษในพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 อันจะเป็นการการปฏิรูปโทษทางอาญาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 77 ไปในคราวเดียวกัน เพื่อนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และที่สำคัญเพื่อให้มีการกำหนดโทษที่เหมาะสมกับฐานความผิดต่างๆ และสามารถบังคับใช้ได้อย่างแท้จริง

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาวิเคราะห์แนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ผู้วิจัยมีข้อเสนอในการดำเนินการเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวแบ่งเป็นการดำเนินการตามมาตรการระยะสั้นและระยะยาวดังนี้

5.2.1 การดำเนินการตามมาตรการระยะสั้น

5.2.1.1 กรณีนำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษอาญา

สำหรับแนวทางการใช้กฎหมายปรับเป็นพินัยเป็นกฎหมายกลางนั้นได้มีบัญชีแนบท้ายกฎหมายกำหนดรายชื่อกฎหมายต่างๆ ที่บัญญัติฐานความผิดที่มีโทษทางอาญาเอาไว้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 ได้กำหนดให้นำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนโทษปรับทางอาญาในกฎหมายตามรายชื่อบัญชีแนบท้ายเฉพาะกับฐานความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียวเท่านั้น ทั้งนี้ พระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายหนึ่งที่อยู่ในบัญชีแนบท้ายกฎหมายปรับเป็นพินัยด้วย ตามบัญชีแนบท้ายที่ 1 ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีข้อเสนอที่รองรับกรณีเมื่อมีการประกาศบังคับใช้กฎหมายปรับเป็นพินัยแล้ว จะส่งผลกระทบต่อฐานความผิดที่ระวางโทษปรับสถานเดียวตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ซึ่งมีเพียง 2 ประการดังนี้

1. นำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนบทกำหนดโทษปรับทางอาญาตามมาตรา 44 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้แก่ กรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ฯ มีหนังสือเรียกบุคคลใดมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสารหรือวัตถุ

ใดมาเพื่อประกอบการพิจารณา ตามมาตรา 34 (3) หากผู้นั้นไม่ยอมมาให้ถ้อยคำหรือไม่ยอมให้ถ้อยคำโดยไม่มีเหตุอันสมควรต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมส่งเอกสารหรือวัตถุอื่นใดมาเพื่อประกอบการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อถูกเรียกให้ส่ง ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว

2. นำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนบทกำหนดโทษปรับทางอาญาตามมาตรา 44 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ได้แก่ กรณีมีบุคคลที่เกี่ยวข้องไม่อำนวยความสะดวกตามสมควรแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ฯ ตามมาตรา 36 ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 34 (เข้าไปในสถานที่ทำการหรือสถานที่ผลิต นำเข้า หรือขายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ สถานที่เก็บเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ รวมถึงเข้าตรวจสอบยานพาหนะ ยึดหรืออายัดเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ของผู้ผลิต ผู้นำเข้า หรือผู้ขายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ฯ ตลอดจนการเรียกบุคคลมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดมาเพื่อประกอบการพิจารณา) ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองพันบาท ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษปรับสถานเดียว

5.2.1.2 กรณีส่งต่อข้อมูลไปยังหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับโทษทางปกครองเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการควบคุมผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

ในประเด็นนี้ผู้วิจัยมีข้อเสนอให้คณะกรรมการควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ส่งต่อข้อมูลการกระทำ ความผิดของผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 26 ได้แก่ หน้าที่ที่ผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ต้องจัดให้มีบรรจุกัญท์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ผลิตหรือนำเข้า ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่คณะกรรมการควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ประกาศ กำหนด (ประกาศคณะกรรมการควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ เรื่องหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับฉลากของเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ.2558) ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้มีการระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเกี่ยวกับกรณีนี้หากมีการนำโทษทางปกครองมาใช้กับผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ที่ฝ่าฝืนไม่ทำตามเงื่อนไขของกฎหมายเกี่ยวกับบรรจุกัญท์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนสำหรับเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ อาทิ การปิดสถานที่จำหน่ายหรือพักใบอนุญาตจำหน่ายชั่วคราวซึ่งเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ จนกว่าจะมีการแก้ไขบรรจุกัญท์ ฉลาก พร้อมทั้งข้อความคำเตือนให้ถูกต้องตามกฎหมาย น่าจะมีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตาม อำนาจในการสั่งห้ามจำหน่ายดังกล่าวไม่ได้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้รักษาการหรือคณะกรรมการต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ดังนั้น คณะกรรมการควบคุมเครื่องตี้มแอลกอฮอล์อาจส่งเรื่องการฝ่าฝืนตามมาตรา 26 ของผู้ผลิตหรือนำเข้าเครื่องตี้มแอลกอฮอล์นี้ไปยังหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจสั่งห้ามจำหน่ายเครื่องตี้มแอลกอฮอล์หรือที่กำกับดูแลในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อดำเนินการในขอบข่ายอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานเหล่านั้นต่อไป

5.2.2 การดำเนินการตามมาตรการระยะยาว

5.2.2.1 ด้านการจำหน่าย

ด้านการจำหน่ายผู้วิจัยมีข้อเสนอ ดังนี้

1. กรณีความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่ที่กฎหมายห้ามตามมาตรา 27 หรือในวันเวลาที่รัฐมนตรีผู้รักษาการตามกฎหมายโดยคำแนะนำของคณะกรรมการนโยบายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์แห่งชาติประกาศกำหนดห้ามตามมาตรา 28 สำหรับการกระทำการฝ่าฝืนครั้งแรก ควรแก้ไขให้โทษให้เป็นระวางโทษสถานเบาโดยการให้โทษปรับทางอาญาแต่เพียงอย่างเดียว ซึ่งจะทำให้สามารถนำการปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาใช้บังคับได้ แต่หากมีการกระทำผิดซ้ำอาจลงโทษปรับในอัตราที่สูงขึ้น นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้หากมีการนำโทษทางปกครองมาใช้กับผู้ฝ่าฝืนที่กระทำความผิดซ้ำ โดยการปิดสถานที่จำหน่ายหรือเพิกถอนใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพกว่าการนำผู้กระทำผิดไปจำคุกตามระวางโทษเดิม ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อาจส่งต่อข้อมูลการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา 27 และมาตรา 28 ดังกล่าวไปยังหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจปิดสถานที่จำหน่ายหรือเพิกถอนใบอนุญาตจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อดำเนินการในขอบข่ายอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานเหล่านั้นต่อไป

2. กรณีความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่เด็กหรือบุคคลซึ่งมีนเมาจนครองสติไม่ได้ตามมาตรา 29 ผู้วิจัยเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องคงโทษจำคุกไว้เพื่อข่มขู่ ยับยั้งผู้กระทำความผิด เพราะเป็นกรณีที่ฉันทามติของสังคมมีความเห็นไปในแนวทางเดียวกันว่าเป็นเรื่องที่ร้ายแรง โดยเฉพาะกรณีจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ให้แก่เด็ก และกรณีหากมีการกระทำผิดซ้ำ อาจนำมาตราการแบบของสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) หรือของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาประยุกต์ใช้เพิ่มในส่วนขอโทษปรับทางอาญาให้สูงขึ้นเพื่อให้ผู้กระทำผิดสำนึกและเกิดความหลาบจำ

3. กรณีความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยใช้เครื่องขายอัตโนมัติ ตามมาตรา 30 (1) ผู้วิจัยเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องคงโทษจำคุกไว้เพื่อข่มขู่ ยับยั้งผู้กระทำความผิด เนื่องจากเครื่องขายของอัตโนมัตินั้นอาจไม่สามารถคัดกรองผู้ซื้อได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าผู้ขายที่เป็นมนุษย์ เพราะกรณีนี้เด็กสามารถเข้าถึงการซื้อได้ง่ายกว่า

4. กรณีความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์โดยวิธีการต่าง ๆ อาทิ การเร่งขาย การส่งเสริมการขาย การเสนอสิทธิประโยชน์ในการจูงใจ ฯลฯ ตามมาตรา 30 (2) – (6) ผู้วิจัยเห็นควรให้ยกเลิกโทษในส่วนขอระวางโทษจำคุก คงเหลือแต่โทษปรับทางอาญาสถานเดียว ซึ่งจะเกิดผลดีกับผู้กระทำผิดและสังคมมากกว่า และจะทำให้สามารถนำการปรับเป็นพินัยตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. 2565 มาใช้บังคับได้

5. การกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 ในความผิดฐานจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ผู้วิจัยเห็นว่าควรแยกระหว่างการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อการบริโภค ณ จุดจำหน่าย และการจำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อนำกลับไปบริโภคที่บ้านหรือที่อื่น (Take away)

ควรมีโทษที่แตกต่างกัน และควรกำหนดใบอนุญาตเป็น 2 ลักษณะ เนื่องจากลักษณะของการขายและการบริโภคมีความแตกต่างกัน ซึ่งส่งผลต่อการกำหนดมาตรการและกลไกในการควบคุมการปฏิบัติตามเงื่อนไขใบอนุญาต ซึ่งใบอนุญาตขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ณ สถานที่ที่ได้รับใบอนุญาต ส่วนใหญ่เป็นร้านอาหาร โรงแรมหรือสถานบริการ ซึ่งการจำหน่ายและการบริโภคในระบบจำกัดพื้นที่ซึ่งจะควบคุมได้ชัดเจนกว่าและมีความเกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการร้านอาหารหรือโรงแรมหรือสถานบริการที่มีใบอนุญาตเฉพาะ แตกต่างกับการจำหน่ายเพื่อนำไปบริโภคที่อื่น ดังนั้น เพื่อการบังคับตามมาตรการที่มีประสิทธิภาพ จึงเห็นควรให้แยกใบอนุญาต และมีบทกำหนดโทษสำหรับการจำหน่ายทั้งสองรูปแบบนี้ในลักษณะที่แตกต่างกัน

5.2.2.2 ด้านการบริโภค

กรณีความผิดฐานการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณที่กฎหมายห้ามตามมาตรา 31 กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า เป็นเพียงการบริโภคที่ไม่ได้มีความชั่วร้ายมากในการกระทำและเป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง ซึ่งมีระวางโทษเดิมเป็นการจำคุกกระยะสั้น จึงเห็นควรให้ยกเลิกโทษในส่วนของการจำคุก เนื่องจากเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วน โดยให้คงไว้แต่โทษปรับทางอาญาที่อาจพิจารณาอัตราที่เหมาะสมใหม่ ซึ่งจะทำให้สามารถอาจนำการปรับเป็นพินัยมาใช้แทนในกรณีนี้ได้และเนื่องจากพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.2565 ได้กำหนดหลักการในเรื่องการงดเว้นไม่บันทึกประวัติอาชญากรรมของผู้กระทำความผิด จึงน่าจะเกิดผลดีกับผู้กระทำความผิดและสังคมมากกว่า ทั้งนี้มีข้อสังเกตว่าในสหราชอาณาจักร (อังกฤษและเวลส์) นั้นมีการกำหนดความผิดและโทษสำหรับการบริโภคเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ของเด็กในสถานที่จำหน่ายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ด้วย โดยมีอัตราโทษปรับไม่เกิน 1,000 ปอนด์ สถานเดียว ต่างจากประเทศไทยที่ไม่ได้มีการกำหนดความผิดฐานดังกล่าวไว้ ในกรณีนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าไม่ควรให้มีการลงโทษเด็ก แต่อาจมีการนำมาตรการสำหรับเด็ก ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 74 ประเภทสถานเบามาใช้แทน เช่น การว่ากล่าวตักเตือนเด็กหรือผู้ปกครอง

5.2.2.3 ด้านการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์

กรณีความผิดฐานการโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่ฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรา 32 ซึ่งมีระวางโทษสูงตามมาตรา 43 ได้แก่ จำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ นอกจากนี้ยังกำหนดให้กระทำความผิดยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าระวางโทษสูงนี้อาจใช้กับผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคล ส่วนกรณีบุคคลธรรมดาควรพิจารณาบทกำหนดโทษที่เหมาะสมและได้สัดส่วน โดยคำนึงถึงสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลกับบุคคลธรรมดาจะมีความแตกต่างกัน นอกจากนี้ อาจมีมาตรการในกรณีที่มีการกระทำความผิดซ้ำ โดยการกำหนดโทษที่สูงขึ้นเพื่อให้สำนึกและหลาบจำ โดยต้องแยกกรณีโทษของผู้กระทำความผิดที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลด้วยเช่นเดียวกัน

สำหรับกรณีตามมาตรา 32 วรรคสอง ที่กฎหมายกำหนดว่าหากเป็นการฝ่าฝืนโดยผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีนี้หากมีการนำโทษทางปกครองมาใช้กับผู้ผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ที่กระทำ

ความผิดซ้ำในเรื่องโฆษณาหรือประชาสัมพันธ์ โดยการเพิกถอนใบอนุญาตการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์จะเป็นวิธีการที่มีประสิทธิภาพกว่าการนำผู้กระทำผิดไปจำคุกตามระวางโทษเดิม ทั้งนี้ โดยคณะกรรมการควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์อาจส่งต่อข้อมูลการกระทำความผิดซ้ำตามมาตรา 32 วรรคสอง ดังกล่าวไปยังหน่วยงานรัฐที่มีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตการผลิตเครื่องดื่มแอลกอฮอล์เพื่อดำเนินการในขอบข่ายอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานเหล่านั้นต่อไป

5.2.2.4 ข้อเสนอแนะด้านกลไกหนุนเสริมอื่น ๆ

1. ผู้วิจัยเห็นควรนำความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลมาใช้ ซึ่งมีหลักการที่ให้ผู้บริหารนิติบุคคลเป็นผู้ได้รับโทษทางอาญาในส่วนของโทษจำคุกแทนนิติบุคคลที่มีการกระทำฝ่าฝืนพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551

2. ผู้วิจัยเห็นว่า การควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยต้องอาศัยความร่วมมือที่เป็นเอกภาพระหว่างหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงและที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ โดยเริ่มตั้งแต่ต้นน้ำจนถึงปลายน้ำ ได้แก่ หน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้องกับการอนุมัติ อนุญาตการผลิต การนำเข้า การจำหน่าย การโฆษณา การบริโภค การควบคุมและตรวจสอบ รวมถึงภาคประชาสังคมที่ควรจะเข้ามาสนับสนุนในเรื่องนี้ โดยจะต้องมีการบูรณาการในการทำงานร่วมกันของทุกภาคส่วนที่กล่าวมาอย่างใกล้ชิดและจริงจัง ภายใต้การกำหนดยุทธศาสตร์และกลไกในการขับเคลื่อนที่ชัดเจนและเป็นระบบ ตลอดจนฐานข้อมูลที่เชื่อมโยงและเข้าถึงระหว่างกันได้ ก็จะทำให้การควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข:
ศึกษากรณีโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

Legal Problems in Procurement of Public Organizations Public Health:
A Case Study of Ban Phaeo Hospital (Public Organization)*

กิตตินันท์ จงอารี**

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Kittinun Jongaree

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

วันที่รับบทความ 10 มิถุนายน 2565; วันที่แก้ไขบทความ 22 พฤศจิกายน 2565; วันที่ตอบรับบทความ 21 ธันวาคม 2565

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ ศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชน หลักกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างในกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น กฎหมายการพัสดุ ภาครัฐของประเทศไทยในหลักการทั่วไป สภาพปัญหาความอิสระขององค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560”) วิเคราะห์ปัญหาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ในส่วนของขอบเขตการบังคับใช้กับองค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุขผ่านกรณีศึกษา โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) และเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วน ของขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายกับองค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข

เพื่อแก้ไขปัญหาเรื่องสภาพความอิสระคล่องตัวขององค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขที่สูญเสียไป เนื่องจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์ข้อมูลของ โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ตามระเบียบวิธีวิจัยทางนิติศาสตร์โดยพบว่าโรงพยาบาลของรัฐที่

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิชาการค้นคว้าอิสระเรื่องปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข: ศึกษากรณีโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

E-mail: Kittinun_100@hotmail.com

ต้องการเปลี่ยนสภาพองค์กรไปเป็นองค์การมหาชนก็เพื่อความยืดหยุ่นคล่องตัวทั้งในเชิงของการบริหารงานบุคคล การบริหารงบประมาณ ด้วยสายงานการบริหารที่สั้นกระชับ ต่างจากโรงพยาบาลทั่วไป แต่เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 นำมาบังคับใช้แก่องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขด้วย จึงก่อให้เกิดปัญหาขาดความคล่องตัว และนำไปสู่การวิเคราะห์ปัญหาในประเด็นเชิงเนื้อหากฎหมาย และปัญหาการขาดหลักเกณฑ์ในการจัดหาพัสดุทางการแพทย์ จึงเกิดข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหานั้นที่เหมาะสมด้วยกลไกทางกฎหมาย

คำสำคัญ: การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, องค์การมหาชนด้านสาธารณสุข, การกระจายอำนาจเชิงภารกิจ

Abstract

This research study aims to understand the concept of government procurement by public organizations, government procurement laws of foreign countries (the USA, Japan) and Thai government procurement law in terms of its general principles and problems concerning the organization's lack of flexibility in compliance with the Government Procurement and Supplies Administration Act B.E. 2560 (2017) (hereinafter referred to as "Thai Government Procurement Act B.E. 2560"). Through a case study of Ban Phaeo Hospital Public Organization, the researcher analyzed the problem concerning the scope of application of the Thai Government Procurement Act B.E. 2560 to public health organization, and further suggested ways to amend the current law when applying to public health organizations.

Focusing on the problem of the lack of flexibility and mobility of public health organizations which result from the strict application of the Government Procurement Act, B.E. 2560, this study uses the information of Ban Phaeo Hospital (Public Organization) as the basis for research. The findings suggest that government hospitals converting status to public organizations occur for added flexibility and mobility in terms of personnel and budget management with fewer administrative processes. However, when the Government Procurement Act, B.E. 2560 is also applicable to public health organizations, they lose benefits from such administrative flexibility. Investigating the data, three issues emerge which are: legal content problems; the problem of the lack of guidelines for the provision of medical supplies; the lack of knowledge on appropriate context for the procurement of public health organizations. Three recommendations were made in this work. They are: the determination of the scope of enforcement of the Public Procurement and Supplies Management Act B.E. 2560 (2017) with Public Health Organizations, the issuance of a specific ministerial regulation on the procurement of public health supplies, and the inspection of public health organizations.

Keywords: government procurement, public health organization, mission-oriented decentralization

1. บทนำ

เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560”) พบปัญหา อาทิ ปัญหาด้านการบริหารงานพัสดุทั้งระบบ ปัญหาด้านระบบการบันทึกข้อมูลในระบบสารสนเทศเพื่อการจัดซื้อจัดจ้างด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic Government Procurement: e-GP) ปัญหาด้านความพร้อมของบุคลากร ปัญหาด้านการตรวจสอบจากหน่วยตรวจสอบภายในและหน่วยตรวจสอบภายนอก ปัญหาเรื่องการเร่งก่อนนี้ผู้กผัน และปัญหาข้อกฎหมาย¹

สำหรับปัญหาข้อกฎหมายที่ผู้ศึกษาให้ความสนใจศึกษา ได้แก่ ปัญหาในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขซึ่งเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์กฎหมายก่อตั้งองค์การมหาชนแล้วพบว่ากฎหมายก่อตั้งองค์การมหาชนมีเจตนารมณ์ให้องค์การมหาชนมีความอิสระในการดำเนินกิจการตามความเหมาะสมภายใต้การกำกับดูแลโดยมีเป้าหมายที่ชัดเจน โดยให้องค์การมหาชนอยู่ภายใต้ระบบการประเมินผลขององค์การมหาชนตามที่คณะกรรมการพัฒนาและส่งเสริมองค์การมหาชน (กพม.) กำหนด ตัวอย่างเช่น เดิมที่โรงพยาบาลบ้านแพ้วซึ่งก่อตั้งจากพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 มีข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ให้อำนาจแก่โรงพยาบาลในการจัดซื้อจัดจ้างให้ได้มาซึ่งพัสดุ ครุภัณฑ์ วัสดุได้เอง โดยอาจเป็นครุภัณฑ์ที่อยู่นอกเหนือบัญชีมาตรฐานครุภัณฑ์ของสำนักงานงบประมาณก็ได้ เพราะแหล่งงบประมาณเป็นเงินรายได้ของโรงพยาบาลเอง จึงไม่จำเป็นต้องอยู่บนพื้นฐานของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535² ทั้งนี้ เพื่อความยืดหยุ่นและคล่องตัวในการจัดซื้อจัดจ้างตอบสนองภารกิจของโรงพยาบาลในช่วงเวลาที่มีโรคระบาดและจำเป็นต้องใช้ยาชนิดใดมากเป็นพิเศษ ผู้อำนวยการโรงพยาบาลสามารถสั่งซื้อในจำนวนที่ต้องการโดยไม่จำกัดวงเงิน รวมทั้งกรณีที่ต้องมีการซื้อเป็นรายงวดเพื่อไม่ให้ยาเสื่อมคุณภาพ หรือกรณีมีส่วนลดตามปริมาณที่สามารถสั่งซื้อเพื่อให้ได้ราคาที่มีส่วนลดเพื่อประโยชน์

¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ (สปร.), ‘รายงานผลการศึกษานโยบายสมบูรณ (Final Report) ที่ปรึกษาโครงการศึกษาและพัฒนาระบบการบริหารงานภาครัฐ กรณีการบริหารงานพัสดุภาครัฐของประเทศไทย’ ฐ. <<http://web.krisdika.go.th/data/news/news13361.pdf>> สืบค้นวันที่ 8 พฤศจิกายน 2564.

² ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ข้อ 8 บัญญัติว่า “การจัดหาพัสดุให้กระทำได้ 4 วิธี คือ

- (1) วิธีตกลงราคา ให้ใช้กับการจัดหาพัสดุที่มีวงเงินไม่เกินสามแสนบาทต่อครั้ง และให้ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่พัสดุ
- (2) วิธีสอบราคา ให้ใช้กับการจัดหาพัสดุที่มีวงเงินมากกว่าสามแสนบาทต่อครั้ง และให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดหาพัสดุ
- (3) วิธีพิเศษ ให้ใช้กับการจัดหาพัสดุที่ไม่สามารถสอบราคาได้โดยไม่จำกัดวงเงิน ในกรณีที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดหาพัสดุ
- (4) การจ้างให้ทำการศึกษาหรือการจ้างที่มีลักษณะทำนองเดียวกับการจ้างให้ทำวิจัย ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

สูงสุดของโรงพยาบาลซึ่งตามระเบียบที่ใช้กับส่วนราชการทั่วไปไม่สามารถกระทำได้³ แต่เมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และออกระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งมีขอบเขตบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐมากขึ้น รวมถึงการบังคับใช้กับองค์การมหาชนด้วย⁴ และตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 กำหนดให้มีองค์กรกลุ่มได้แก่ คณะกรรมการต่าง ๆ ขึ้นเป็นจำนวนมาก เช่น คณะกรรมการนโยบายจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ คณะกรรมการราคากลางและขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการ คณะกรรมการความร่วมมือป้องกันการทุจริต คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และร้องเรียน โดยจะเห็นได้ว่ามีองค์กรกลุ่มในรูปแบบคณะกรรมการต่าง ๆ นั้น มีจำนวนมาก ทั้งยังเป็นแนวปฏิบัติที่แตกต่างไปจากเดิมอย่างชัดเจน ซึ่งเจ้าหน้าที่ขององค์การมหาชนที่มาจากการบรรจุแต่งตั้งแตกต่างจากระบบของส่วนราชการ แต่ต้องมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเหมือนกับบุคลากรของส่วนราชการ ทำให้ขาดความเข้าใจในเรื่องกฎหมาย ระเบียบ กฎกระทรวง และแนวปฏิบัติที่เกิดจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นไปในรูปแบบแนวปฏิบัติของส่วนราชการได้อย่างครบถ้วน เนื่องจากบริบทขององค์การมหาชนในเรื่องอื่น ๆ เช่น การบริหารงานบุคคล นโยบายและยุทธศาสตร์ต่าง ๆ จะมีกฎระเบียบเป็นของหน่วยงานเอง และบางกรณีที่มีข้อสงสัยในการปฏิบัติงานก็ต้องส่งเรื่องไปขอคำปรึกษาต่อคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐซึ่งใช้ระยะเวลานานกว่าจะได้ทราบถึงแนวปฏิบัติอันส่งผลโดยตรงต่อองค์การมหาชนในเชิงปฏิบัติที่ก่อให้เกิดความล่าช้า ขาดความยืดหยุ่นและความคล่องตัว ไม่สามารถตอบสนองต่อภารกิจขององค์กรตามกฎหมายก่อตั้งได้ดังเจตนารมณ์กฎหมายก่อตั้งองค์การมหาชน

เมื่อพิจารณาจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 แล้วพบว่า หากองค์การมหาชนประสงค์จะออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุใช้เองก็ยังคงติดขัดด้วยเงื่อนไขในมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วยซึ่งท้ายที่สุดก็ยากที่จะดำเนินการได้เอง ด้วยเหตุผลปัญหากฎหมายดังกล่าวที่ส่งผลต่อปัญหาในเชิงปฏิบัติและเจตนารมณ์ความมีอิสระขององค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข ผู้ศึกษาจึงสนใจที่จะทำการศึกษาถึงต้นแบบกฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อสินค้า จ้างเหมาก่อสร้างและจัดหาบริการ (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services) รวมทั้งกฎหมายพัสดุของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น ที่มีการวางหลักการทั่วไปของการพัสดุภาครัฐ และในส่วนของข้อกำหนดขอบเขตการใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายพัสดุของภาครัฐ รวมทั้งการกำกับดูแล เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายพัสดุของประเทศไทย โดยจะศึกษากรณีของ

³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และสถาบันที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพในราชการ (สปร.) (น1) 4-132.

⁴ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4 วรรค 15 บัญญัติว่า

“หน่วยงานของรัฐ หมายความว่า ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์กรอิสระ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยธุรการของศาล มหาวิทยาลัย ในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐ และหน่วยงานอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง”

โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) เป็นสำคัญ เพื่อนำไปสู่แนวทางเสนอแก้ไขปัญหากฎหมายพัสดุของไทยในส่วนของความอิสระขององค์การมหาชนในการจัดซื้อจัดจ้างดังกล่าว

2. การจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขและโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

การจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขในประเทศไทยซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะต่างจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจมีเจตนารมณ์ในการก่อตั้งเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นคล่องตัว ภารกิจหลักเพื่อการจัดทำบริการสาธารณะแบบไม่แสวงหากำไร ซึ่งการจัดซื้อจัดจ้างบางกรณีจำเป็นต้องอาศัยความรวดเร็วเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากต้องตอบสนองให้ทันต่อสถานการณ์ที่เกิดขึ้น เช่น การจัดหาวัคซีนโดยสถาบันวัคซีนแห่งชาติ การจัดซื้อเครื่องมือแพทย์เฉพาะกิจเพื่อช่วยเหลือผู้ป่วยจากโรคระบาดหรือการที่โรงพยาบาลต่าง ๆ รวบรวมข้อมูลความจำเป็นต้องส่งไปยังองค์การเภสัชกรรม เพื่อให้องค์การเภสัชกรรมจัดซื้อยาในจำนวนมาก ซึ่งจะได้ในราคาที่ถูกลงกว่ากรณีของแยกกันซื้อเฉพาะราย

2.1 ลักษณะทั่วไปขององค์การมหาชน

องค์การมหาชน คือ หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ส่วนราชการและไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ เกิดจากแนวคิดในการจัดทำบริการสาธารณะที่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจไม่สามารถดำเนินการได้ เนื่องจากข้อติดขัดด้านกฎหมายและเจตนารมณ์ขององค์กร ซึ่งจะเป็นบริการสาธารณะที่แตกต่างไปจากสิ่งที่จะต้องจัดทำโดยส่วนราชการ เช่น การปกครอง การรักษาความสงบภายในรัฐ พิธีการทูตระหว่างประเทศ หรือบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐวิสาหกิจที่มุ่งแสวงหากำไร เช่น การไปรษณีย์ การทำอากาศยาน กิจการพลังงานเชื้อเพลิง เป็นต้น แต่เนื่องจากกิจการบางอย่าง ต้องการความยืดหยุ่นคล่องตัวจากกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ แต่การที่จะไปตั้งเป็นหน่วยงานในรูปแบบของรัฐวิสาหกิจก็จะไม่สอดคล้อง เพราะไม่ต้องการแสวงหากำไร ดังเช่น กิจการของรัฐด้านการสาธารณสุข ดังนั้น เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นคล่องตัวเป็นไปตามเจตนารมณ์ จึงเกิดการก่อตั้งองค์การมหาชนที่มีภารกิจด้านสาธารณสุขขึ้น⁵

2.1.1 ความเป็นมาขององค์การมหาชน

การจัดองค์กรของรัฐตามหลักการรวมอำนาจและการกระจายอำนาจนั้น พบปัญหาความไม่คล่องตัวและติดขัดด้วยปัญหาข้อกฎหมาย การทับซ้อนอำนาจหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐ ความขัดแย้งในการดำเนินงาน เพื่อลดปัญหาทั้งหลาย จึงมีแนวคิดบริหารจัดการรูปแบบใหม่ ให้มีความคล่องตัว มีการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรบุคคลและบุคลากรให้เกิดประสิทธิภาพอย่างสูงสุด และเป็นการบูรณาการการทำงานกับภาคส่วน

⁵ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 16 แก้ไขเพิ่มเติม, วิทยุชน 2553) 221-225.

ต่าง ๆ จึงมีการออกกฎหมายให้ฝ่ายบริหารสามารถตั้งหน่วยงานของบริหารเป็นองค์การมหาชนได้⁶ ซึ่งมีปัจจัยสนับสนุนการก่อตั้งองค์การมหาชน 3 ปัจจัยหลัก ได้แก่ ปัจจัยแรก เกิดภาวะวิกฤตเศรษฐกิจไปทั่วโลกรวมทั้งประเทศไทยด้วย จึงต้องการความร่วมมือแก้ไขปัญหาบ้านเมือง การดำเนินการตามรูปแบบขององค์กรแบบเดิมเป็นไปได้ยาก ปัจจัยที่สอง รัฐธรรมนูญธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 วางนโยบายแห่งรัฐให้เกิดการปฏิรูปการเมืองและการปกครองประเทศ โดยบัญญัติให้มีหน่วยงานของรัฐมากกว่ารัฐธรรมนูญทุกฉบับในอดีตที่ผ่านมา ปัจจัยที่สาม เกิดการเปลี่ยนแปลงทางวิทยาการ วิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีอย่างรวดเร็ว การปฏิบัติงานแบบเดิมนอกจากจะไม่สามารถแข่งขันกับเวทีโลกได้แล้ว ยังจะถูกทอดทิ้งไว้ให้เป็นประเทศล้าหลังอีกด้วย⁷

2.1.2 สถานะทางกฎหมายขององค์การมหาชน

องค์การมหาชน หมายถึง องค์กรที่อยู่กึ่งกลางระหว่างส่วนราชการของรัฐกับรัฐวิสาหกิจ โดยเป็นนิติบุคคลแยกออกจากส่วนราชการของรัฐ และไม่ใช่นิติบุคคลเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจทั่ว ๆ ไป⁸

องค์การมหาชนที่เกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 เป็นระบบโครงสร้างองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ที่คู่ขนานไปกับส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจที่เป็นองค์กรจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่มีอยู่ก่อนแล้ว การกำหนดแนวทางการก่อตั้งองค์การมหาชนโดยการตราพระราชกฤษฎีกาส่งผลให้องค์การมหาชนมีสถานะทางกฎหมายเป็นหน่วยงานของรัฐที่เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่อยู่นอกระบบราชการซึ่งการที่กฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นเฉพาะรายองค์กรมีลำดับศักดิ์เป็นเพียงพระราชกฤษฎีกาก็ได้สร้างข้อจำกัดประการสำคัญสำหรับการตรากฎหมายจัดตั้งองค์การมหาชน กล่าวคือ องค์การมหาชนที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่อาจก่อให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในทางนิติฐานะหรือไปกระทบกระเทือนต่อองค์การมหาชนที่เกิดขึ้นอยู่ก่อนแล้วก่อนมีการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ ความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 ได้รับรองหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับสถานะขององค์การมหาชนไว้อย่างชัดเจนถึงการเป็น “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน” อีกทั้งในมาตรา 45 ยังรับรองหลักการในเรื่องทรัพย์สินขององค์การมหาชนไว้อย่างชัดเจน โดยให้ “ทรัพย์สินของ

⁶ชาญชัย แสวงศักดิ์, หน่วยงานของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ: องค์การมหาชนและหน่วยบริการรูปแบบพิเศษ (พิมพ์ครั้งที่ 2 แก้ไขปรับปรุง, นิติธรรม 2549) 304-305.

⁷สุรพล นิติไกรพจน์, องค์การมหาชน: แนวคิดรูปแบบและวิธีการบริหารงาน (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน ก.พ. 2542) 8-11.

⁸ สุรพล นิติไกรพจน์, มหาวิทยาลัยไทยในรูปแบบขององค์การมหาชน: กรณีตัวอย่างของมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2535) 436. <<https://dl.parliament.go.th/handle/lirt/301193>> สืบค้นวันที่ 8 พฤศจิกายน 2564.

องค์การมหาชนเป็นทรัพย์สินของรัฐ” รวมทั้งหลักการคุ้มครองทรัพย์สินขององค์การมหาชนในมาตรา 15 “ทรัพย์สินขององค์การมหาชนไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี”⁹

2.2 การจัดซื้อจัดจ้างในองค์การมหาชนด้านสาธารณสุขของประเทศไทย

ก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขซึ่งถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐประเภทหนึ่งสามารถออกระเบียบขึ้นใช้ได้เอง เนื่องจากองค์การมหาชนไม่ได้อยู่ภายใต้ขอบเขตการบังคับใช้ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 แต่นำระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 มาบังคับใช้โดยอนุโลมในส่วนของการจัดซื้อจัดจ้างจากแหล่งงบประมาณเงินแผ่นดินเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม องค์การมหาชนก็ยังนำเอากฎกระทรวง หนังสือสั่งการ คำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุ (กพพ.) คำวินิจฉัยของคณะกรรมการว่าด้วยการพัสดุด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ (กพพ.อ.) และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ มาใช้เป็นแหล่งอ้างอิงสำหรับการเลือกหลักเกณฑ์และวิธีการปฏิบัติให้เหมาะสมกับการจัดซื้อจัดจ้างแต่ละครั้ง

องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติส่งผลให้สามารถออกระเบียบหรือข้อบังคับใช้เองได้ ฉะนั้น องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขที่มีอยู่ทั้งหมดของประเทศไทยจึงออกข้อบังคับหรือระเบียบการพัสดุขึ้นใช้เอง แต่ในทางปฏิบัติเพื่อความปลอดภัยในการปฏิบัติงานและหลีกเลี่ยงการถูกตรวจสอบจากหน่วยงานภายนอกคือ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขก็มักจะออกระเบียบหรือข้อบังคับให้เป็นไปตามแนวทางของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 จะมีรายละเอียดแตกต่างกันในส่วนของผู้มีอำนาจสั่งการ กรอบวงเงินตามวิธีการจัดซื้อจัดจ้างแต่ละวิธี ที่มุ่งเน้นให้เกิดความสะดวกรวดเร็วและเอื้อประโยชน์ต่อการปฏิบัติภารกิจขององค์การมหาชนที่ต้องการความยืดหยุ่นคล่องตัวตามบริบทขององค์กรและเจตนารมณ์ของกฎหมายก่อตั้ง รวมทั้งการบริหารจัดการภารกิจให้ทันทั่วทั้งคือการรักษาชีวิตร่างกาย ของประชาชนไว้ด้วยการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุที่ทันสมัยตอบโจทย์เทคนิคทางการแพทย์

การบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 โดยมีหลักการสำคัญและกระบวนการสำคัญในการจัดซื้อจัดจ้างซึ่งใช้บังคับกับหน่วยงานของรัฐเกือบทั้งหมดส่งผลให้หน่วยงานของรัฐส่วนใหญ่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว รวมถึงองค์การมหาชนด้วย ดังนั้น องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขของประเทศไทยขาดความอิสระคล่องตัวซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการก่อตั้ง ดังจะเห็นได้จากกรณีที่ผ่านมาองค์การมหาชน ได้ส่งเรื่องไปขอคำวินิจฉัยจากคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการ

⁹ สุรพล นิติไกรพจน์, *องค์การมหาชน: แนวคิดรูปแบบและวิธีการบริหารงาน* (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักงาน กพพ. 2542) 16-18.

บริหารพัสดุภาครัฐวินิจัยในประเด็นคำถาม เช่น การซื้อประกันภัยรับผิดต่อบุคคลภายนอกให้แก่แพทย์พยาบาล ถือเป็น การจัดหาพัสดุที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้อำนาจของหน่วยงานเอง ในทางปฏิบัติ หน่วยงานต้องรอให้คณะกรรมการวินิจัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐตอบกลับข้อหารือก่อนซึ่งส่งผลให้เกิดความล่าช้าและความยุ่งยากในการปฏิบัติงานตามมา อีกทั้งการที่จะออกข้อบังคับเพื่อใช้ดำเนินการเองก็ยังคงติดขัดด้วยเงื่อนไขแห่งพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ปัจจัยสำคัญอีกประการหนึ่งที่ทำให้ประเทศไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐซึ่งเป็นมาตรฐานกลางใช้บังคับได้กับทุกหน่วยงานคือ ภาครัฐมีนโยบายที่ต้องการพัฒนาให้รูปแบบการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยมีมาตรฐานเดียวกันและสอดคล้องกับแนวปฏิบัติที่เป็นสากลเช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ กรมบัญชีกลางจึงได้เสนอ “ร่างพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ” จนมีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้มีพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดหลักการสำคัญในการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานรัฐทุกประเภท ซึ่งหมายความว่ารวมถึงองค์การมหาชนที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขด้วย ดังนั้น องค์การมหาชนที่เกี่ยวกับการสาธารณสุขจึงมีหลักการสำคัญ 4 ประการ ในการจัดซื้อจัดจ้างตามกฎหมายดังกล่าวที่ต้องยึดถือปฏิบัติในทุกขั้นตอนของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ได้แก่ หลักความคุ้มค่าในการใช้จ่ายเงิน (Value for Money) หลักความโปร่งใส (Transparency) หลักความมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล (Efficiency and Effectiveness) และหลักความรับผิดชอบต่อผลสำเร็จของงาน (Accountability)

2.3 การจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดขอบเขตของหน่วยงานของรัฐไว้อย่างกว้างขวาง ได้แก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภา หน่วยงานอิสระของรัฐบาล และหน่วยงานอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง¹⁰ และยังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติตามแนวทางของพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบและประกาศที่ออกตามความพระราชบัญญัติด้วย¹¹

ราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคกับราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ องค์การมหาชน องค์การอิสระ องค์การตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานธุรการของศาล มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานสังกัดรัฐสภาหรือในกำกับของรัฐสภาและหน่วยงานอิสระของรัฐ

¹⁰ พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 4.

¹¹ พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6.

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 จะมีวัตถุประสงค์ เป้าหมายและภารกิจที่แตกต่างกัน ระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุเดิมขององค์กรเหล่านี้จึงมีความแตกต่างกันตามภารกิจ ความคล่องตัวและสภาวะการแข่งขันของตลาด โดยมีการควบคุมกำกับดูแลตามกฎหมายจัดตั้งของตนเองเพื่อให้เกิดผลสัมฤทธิ์ต่อภารกิจ ความมีประสิทธิภาพและเกิดความคุ้มค่าต่อหน่วยงาน

การที่พระราชบัญญัติซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันนี้บังคับใช้โดยครอบคลุมถึงหน่วยงานของรัฐทุกประเภทนั้นไม่สอดคล้องกับหลักการบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทย ส่งผลให้ราชการส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ และองค์กรอิสระต่าง ๆ ไม่สามารถจัดหาพัสดุให้ทันต่อความต้องการและทันต่อสถานการณ์ องค์การมหาชนจึงไม่สามารถจัดหาพัสดุได้ทันต่อบริบทขององค์กร

จากหลักการดังกล่าวมีตัวอย่างให้เห็นเป็นต้นว่า เดิมองค์การมหาชน ปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุขององค์การมหาชนเอง โดยอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2549 เป็นแนวทาง แต่ระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุขององค์การมหาชนมีข้อกำหนดที่เป็นหลักเกณฑ์และแนวทางน้อยกว่า ส่วนวิธีการปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้างมีการกำหนดให้เหมาะสมกับคุณลักษณะเฉพาะ เทคนิค หรือคุณภาพของพัสดุ และคุณสมบัติของผู้ผลิต ผู้จำหน่าย หรือผู้ให้บริการ และมีการพัฒนาตามพัฒนาการของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ ตลอดมา เพื่อลดความเสี่ยงต่อความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายซึ่งมีบทลงโทษคือการจำคุก แต่มีความยืดหยุ่นมากกว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ เพื่อให้ตอบสนองต่อความคล่องตัวในการจัดซื้อจัดจ้างตามเจตนารมณ์ของกฎหมายก่อตั้งองค์การมหาชน

ในการศึกษาการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข กรณีศึกษาโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ผู้ศึกษาได้ทำการศึกษาใน 2 ส่วน ได้แก่ ข้อมูลทั่วไปของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) และกระบวนการในการจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ทั้งนี้ ข้อมูลปัญหาในการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาได้รับความอนุเคราะห์จากการสัมภาษณ์ผู้บริหารของโรงพยาบาลบ้านแพ้วที่รับผิดชอบในการจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลโดยตรง¹²

2.3.1 ข้อมูลทั่วไปของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

ข้อมูลจากสัมภาษณ์พบว่าโรงพยาบาลบ้านแพ้ว ก่อตั้งเมื่อปี พ.ศ. 2508 โดยได้รับการบริจาคที่ดินจากชาวบ้านในสมัยนั้น มีขนาดพื้นที่ 9 ไร่ 1 งาน 80 ตารางวา โดยมีนายแพทย์สุมน แก้วปิ่นทอง เป็นผู้อำนวยการคนแรก และมีการพัฒนาให้เป็นโรงพยาบาลชุมชน โรงพยาบาลอำเภอ ตามลำดับ จนกระทั่งถึงจุดเปลี่ยนแปลงสำคัญคือเมื่อนายแพทย์วิฑิต อรรถเวชกุล ได้เริ่มต้นดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการโรงพยาบาลในปี

¹² สัมภาษณ์, นุชนารถ กลับบ้านเกาะ, รองผู้อำนวยการด้านบริหาร, โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (19 ตุลาคม 2564).

พ.ศ. 2530 ซึ่งได้มีแนวคิดในการพัฒนาโรงพยาบาลให้มีการรักษาขั้นสูงในโรคเฉพาะทางแบบเดียวกับเอกชนชั้นนำ ในอัตราค่าใช้จ่ายแบบรัฐบาล ซึ่งมีการรักษาที่แตกต่างจากโรงพยาบาลของรัฐทั่วไป ทั้งในแง่ของเครื่องมือการตรวจ แพทย์เฉพาะทาง ยาที่ใช้รักษาที่อยู่นอกเหนือบัญชียาหลักพื้นฐานแห่งชาติ ประชาชนสามารถเลือกเข้ารับการรักษาได้โดยตรง โดยไม่ต้องส่งตัวเหมือนเช่นโรงพยาบาลของรัฐทั่วไป ที่ต้องส่งตัวผู้ป่วยตามลำดับขั้นตอนที่ล่าช้า ซึ่งเรื่องสุขภาพของประชาชนเป็นเรื่องสำคัญและรอช้าไม่ได้ รวมทั้งประชาชนก็จะสามารถเลือกขอรับยาคุณภาพดีในราคาที่ถูกลงกว่าโรงพยาบาลของเอกชนได้ด้วย ทั้งนี้ หากเป็นการเข้ารับการรักษาพยาบาลตามสิทธิการรักษาที่ภาครัฐจัดให้ จะได้รับยาตามสิทธิการรักษานั้น ๆ เช่น สิทธิประกันสังคมก็จะเป็นยาตัวเทียบเท่า สิทธิข้าราชการจะเป็นยาตัวต้นฉบับ โดยแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐจะไม่สามารถสั่งจ่ายยาผิดประเภทของสิทธิการรักษาได้ มิฉะนั้นแพทย์ก็จะมีคามผิดในการปฏิบัติหน้าที่ด้วย แต่อย่างไรก็ดี ยังคงติดขัดในปัญหาเรื่องของข้อกฎหมาย และข้อจำกัดที่กระทรวงสาธารณสุขกำหนดจำนวนของบุคลากรทางการแพทย์ให้สอดคล้องกับขนาดของโรงพยาบาล โรงพยาบาลบ้านแพ้วในช่วงเวลานั้นก็ต้องปฏิบัติตาม เนื่องจากเป็นโรงพยาบาลของรัฐที่อยู่ในสายบังคับบัญชา จึงทำได้เพียงการไปเชิญอาจารย์แพทย์จากโรงเรียนแพทย์มารักษาแบบครึ่งครว (Part Time) ต่อมาในช่วง พ.ศ. 2540 ประเทศได้ประสบปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจต้มยำกุ้ง Asian Development Bank (ADB) ได้มีเงื่อนไขให้ประเทศไทยมีองค์กรภาครัฐรูปแบบใหม่ เพื่อลดภาระค่าใช้จ่ายภาครัฐ จึงได้มีการปรับปรุงโครงสร้างองค์กรภาครัฐครั้งใหญ่ หนึ่งในนั้นคือการถือกำเนิดองค์กรมหาชน ซึ่งได้เปิดรับสมัครโรงพยาบาลรัฐทั่วไปที่ต้องการเปลี่ยนแปลงเป็นองค์กรมหาชน โดยมีโรงพยาบาลขอสมัครเพื่อเปลี่ยนสถานภาพไปเป็นองค์กรมหาชนทั้งสิ้น 7 แห่ง แต่ปรากฏว่าโรงพยาบาลอื่น ๆ มีขนาดใหญ่ และมีโครงสร้างซับซ้อน บางแห่งก็เป็นโรงเรียนแพทย์ด้วย ซึ่งไปเกี่ยวข้องกับจัดการการเรียนการสอนอีก ทำที่สุดมีโรงพยาบาลบ้านแพ้วแห่งเดียวเท่านั้น ที่ได้เปลี่ยนแปลงไปเป็นองค์กรมหาชน ซึ่งเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญที่โรงพยาบาลสามารถกำหนดกรอบอัตราและค่าจ้างบุคลากรได้เอง ส่งผลให้สามารถจ้างแพทย์ที่เชี่ยวชาญเฉพาะทางในงบประมาณที่มากกว่าอัตราของข้าราชการ และสร้างแรงจูงใจด้วยอัตราค่าตอบแทนพิเศษในแต่ละกรณีการรักษาด้วย รวมทั้งสามารถออกกฎเกณฑ์การบริหารงานได้เอง เนื่องจากมีพระราชบัญญัติองค์กรมหาชนให้อำนาจไว้ และจุดเด่น คือ สายบังคับบัญชาที่สั้นลง เนื่องจากคณะกรรมการบริหารของโรงพยาบาลก็มาจากผู้บริหารในกระทรวงสาธารณสุขโดยตำแหน่งด้วย เช่น ปลัดกระทรวงสาธารณสุข นายแพทย์สาธารณสุข ผู้ว่าราชการจังหวัด ที่เป็นลำดับชั้นบังคับบัญชาอยู่แต่เดิม ก็มาอยู่ในรูปแบบคณะกรรมการบริหารโรงพยาบาลที่อยู่ในระนาบเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ก็ยังคงได้รับงบประมาณอุดหนุนบางส่วนจากทางภาครัฐ ซึ่งในการชี้แจงเพื่อขอของบประมาณรายจ่ายประจำปีจะต้องชี้แจงอย่างละเอียดรอบด้าน เนื่องจากโรงพยาบาลมีกรอบอัตราค่าจ้างที่แตกต่างจากโรงพยาบาลรัฐทั่วไป ส่งผลให้ผู้มีอำนาจพิจารณางบประมาณเกิดข้อคำถามตามมาหลายประการ

2.3.2 การจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ช่วงก่อนการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

ข้อมูลจากการสัมภาษณ์พบว่า ช่วงก่อนที่โรงพยาบาลบ้านแพ้วจะเปลี่ยนแปลงเป็นโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ทางโรงพยาบาลต้องปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 เนื่องจากถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐในบังคับบัญชาของส่วนราชการ ซึ่งมีข้อยุ่งยากในเชิงปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่พัสดุ และใช้ระยะเวลารอพัสดุที่ยาวนาน ไม่ทันต่อการใช้งานจริง แต่เมื่อมีการเปลี่ยนเป็นองค์การมหาชนแล้ว เพื่อให้เกิดความยืดหยุ่นคล่องตัวในเชิงปฏิบัติ ทางโรงพยาบาลจึงมีการออกข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ส่งผลให้โรงพยาบาลสามารถจัดหาพัสดุได้ทันทีเมื่อคณะกรรมการบริหารได้อนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ไม่ต้องจัดทำแผนการจัดซื้อจัดจ้าง ไม่ต้องมีการกำหนดขอบเขตและคุณสมบัติ ซึ่งกระชั้นระยะเวลาในการจัดหาพัสดุได้เป็นอย่างดี¹³ ซึ่งอาจสรุปข้อมูลเป็น 2 ส่วน ได้แก่ สารสำคัญของข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 และกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุตามข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544

2.3.2.1 สารสำคัญของข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544

ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 เป็นไปตามความเห็นชอบของคณะกรรมการบริหารโรงพยาบาลบ้านแพ้ว ในคราวประชุมครั้งที่ 5/2544 เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2544 โดยมีมุ่งใช้บังคับสำหรับการดำเนินการพัสดุด้วยงบประมาณของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว ยกเว้นที่ได้มาตามระเบียบอื่นหรือตามวัตถุประสงค์ของผู้บริจาคที่ได้วางหลักเกณฑ์หรือวิธีการได้มาซึ่งพัสดุโดยเฉพาะ ซึ่งการจัดหาพัสดุสามารถกระทำได้ 4 วิธีการ ได้แก่ วิธีการตกลงราคา ใช้กับการจัดหาพัสดุที่มีวงเงินไม่เกินสามแสนบาทต่อครั้ง วิธีสอบราคา ใช้กับการจัดหาพัสดุที่มีวงเงินเกินกว่าสามแสนบาทต่อครั้ง วิธีพิเศษ ใช้กับการจัดหาพัสดุที่ไม่สามารถสอบราคาได้ โดยไม่จำกัดวงเงิน ในกรณีที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ และการจ้างให้ทำการวิจัยหรือการจ้างที่มีลักษณะทำนองเดียวกันกับการจ้างให้ทำการวิจัย ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ผู้อำนวยการกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

สำหรับการตรวจรับพัสดุ ให้ดำเนินการโดยคณะกรรมการตรวจรับพัสดุ จำนวนไม่น้อยกว่าสามคน ซึ่งต้องไม่ใช่กรรมการจัดหาพัสดุ การควบคุมพัสดุก็นำไปตามมาตรฐานการควบคุมเบิกจ่ายพัสดุทั่วไป

2.3.2.2 กระบวนการได้มาซึ่งพัสดุตามข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544

ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 กำหนดกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุ ไว้ในใจความที่ว่า เมื่อผู้ปฏิบัติงานประสงค์จะขอให้มีการจัดหาพัสดุเพื่อใช้งาน ก็ให้แสดงความ

¹³ ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ข้อ 8.

จ้างต่อเจ้าหน้าที่พัสดุ โดยเสนอบันทึกข้อความตามแบบที่ผู้อำนวยการกำหนด แสดงเหตุผลความจำเป็น และวัตถุประสงค์การใช้งาน รายละเอียดของพัสดุที่จัดหา เสนอต่อผู้อำนวยการเพื่อขออนุมัติ และดำเนินการได้ในทันที¹⁴ โดยมีผู้รับผิดชอบในการจัดหาพัสดุ ได้แก่ วิธีตกลงราคาดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่พัสดุ วิธีสอบราคาดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดหาพัสดุ วิธีพิเศษดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดหาพัสดุ

2.3.3 การจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ช่วงหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

จากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งเกิดจากหลักคิดที่ว่า หน่วยงานของรัฐมีอัตราการทุจริตการจัดซื้อจัดจ้างค่อนข้างสูง เพื่อให้เกิดการควบคุมตรวจสอบอย่างรอบด้าน จึงมีการออกพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งบังคับใช้กับองค์การมหาชนด้วย ส่งผลให้เกิดข้อยุ่งยากในการดำเนินการ และได้พัสดุล่าช้ามาก แต่อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ ได้มีการกำหนดเกณฑ์การคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคาด้วยเกณฑ์คุณภาพไว้ชัดเจนกว่าก่อนหน้านี้ แต่ในทางปฏิบัติแล้วโรงพยาบาลก็จะใช้เกณฑ์ราคาต่ำสุดในการตัดสินผู้ชนะการเสนอราคา เนื่องจากมีความปลอดภัยในเชิงการถูกตรวจสอบจากหน่วยงานตรวจสอบภายนอกมากกว่า จากการสัมภาษณ์อาจจำแนกประเด็นได้ ดังนี้

2.3.3.1 ขั้นตอนการจัดทำขอบเขตและคุณสมบัติ (TOR)

การจัดทำขอบเขตและคุณสมบัติ (TOR) มีความล่าช้า เนื่องจากต้องมีการตรวจสอบและแก้ไขไปมาระหว่างเจ้าหน้าที่พัสดุกับฝ่ายกฎหมาย เจ้าหน้าที่ขาดความมั่นใจในการกำหนดเรื่องคุณสมบัติว่าอาจจะเป็นการ Lock Spec หรือไม่ เนื่องจากพัสดุทางการแพทย์มีลักษณะเฉพาะตัว อีกทั้งต้องมีการประกาศให้มีการวิจารณ์ TOR ด้วย ซึ่งต้องใช้ระยะเวลานาน ซึ่งแต่เดิมก่อนการบังคับใช้กฎหมายพัสดุนี้ ไม่จำเป็นต้องดำเนินการในประเด็นเหล่านี้

2.3.3.2 ขั้นตอนการขออนุมัติจัดซื้อหรือจัดจ้าง

เนื่องจากการกำหนดขอบเขตและคุณสมบัติ กับการจัดซื้อหรือจัดจ้าง ดำเนินการโดยคณะกรรมการต่างชุดกันพบปัญหา การกำหนดคุณสมบัติของผู้เสนอราคาไม่ชัดเจน ต้องตีความ ซึ่งอาจถูกทักท้วงเกิดข้อโต้แย้ง ทั้งยังพบปัญหาเรื่องของคุณภาพเวชภัณฑ์ที่ไม่ได้มีความแตกต่างจากโรงพยาบาลของรัฐทั่วไป

2.3.3.3 การกำหนดเกณฑ์การพิจารณาคัดเลือกและน้ำหนักของเกณฑ์

เดิมกำหนดให้ดำเนินการโดยคำนึงถึงคุณภาพ ประสิทธิภาพในการใช้งาน และราคาที่เหมาะสม ไม่จำเป็นต้องเป็นราคาต่ำสุด¹⁵ แต่พระราชบัญญัติกำหนดให้โรงพยาบาลประกาศเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณา

¹⁴ ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ข้อ 7.

¹⁵ ข้อบังคับโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ข้อ 9.

คัดเลือกและน้ำหนักของแต่ละเกณฑ์ให้ชัดเจน แต่ไม่มีการกำหนดแนวทาง วิธีปฏิบัติ แบบ ตัวอย่าง หรือแนวทาง ในการกำหนดน้ำหนักของแต่ละเกณฑ์ไว้แต่อย่างใด¹⁶

2.3.3.4 การตรวจรับพัสดุ

กฎหมายกำหนดให้การตรวจรับพัสดุต้องดำเนินการโดยรูปแบบคณะกรรมการ และต้องตรวจรับในวันที่ส่งมอบ โดยต่อมาได้มีการออกกฎกระทรวงให้การตรวจรับวงเงินไม่เกิน 100,000 บาท กระทำโดยกรรมการตรวจรับพัสดุเพียงคนเดียวได้ แต่ในความเป็นจริงแล้วพัสดุทางการแพทย์มีราคาสูงมาก ซึ่งส่วนใหญ่จะเกินวงเงิน 100,000 บาท โดยต้องตั้งบุคลากรที่เชี่ยวชาญเรื่องคุณสมบัติเป็นกรรมการตรวจรับพัสดุด้วย ส่งผลให้เกิดความล่าช้า เนื่องจากกรรมการตรวจรับพัสดุมักจะว่างไม่ตรงกัน

จากการสัมภาษณ์ผู้บริหารโรงพยาบาล¹⁷ พบว่า การดำเนินงานของโรงพยาบาล ในช่วงก่อนปี พ.ศ. 2560 สำนักนายกรัฐมนตรีได้มีการออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและให้นิยามบังคับใช้ถึงองค์การมหาชนด้วย เช่น การประกวดราคาอิเล็กทรอนิกส์ (e-Auction) ซึ่งเป็นการบ่งบอกเป็นนัยว่า ต่อไปการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนจะต้องกลับไปสู่ระบบเดิม ทั้งนี้ มาจากมุมมองที่เห็นว่า องค์การมหาชนมีงบประมาณรายได้เป็นของตนเอง ถ้ายังไม่เข้าไปสู่ระบบของส่วนกลาง องค์การมหาชนก็จะตัดสินใจจัดหาพัสดุได้ตามอำเภอใจ ซึ่งอาจไม่เหมาะสมกับการดำเนินงานในบริบทของโรงพยาบาลที่มุ่งเน้นการรักษาโรคเป็นหลัก

ทั้งนี้ มุมมองของนักตรวจสอบเงินแผ่นดินก็ได้แสดงให้เห็นถึงสภาพปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายพัสดุกกลางที่มีขอบเขตไปถึงองค์กรของรัฐเกือบทุกประเภทซึ่งแต่ละประเภทยังมีบริบทการภายในองค์กรที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญซึ่งส่งผลให้หน่วยงานของรัฐเหล่านั้นสูญเสียความเป็นอิสระและไม่สามารถดำเนินงานให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของหน่วยงานได้ มุมมองดังกล่าวเห็นว่าหลักคิดในการออกกฎหมายนั้นควรเกิดจากหลักคิดอย่างรอบด้านไม่ใช่เกิดจากมุมมองที่สันนิษฐานไว้ก่อนว่าหน่วยงานอิสระของรัฐอาจมีการทุจริตค่อนข้างมาก องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขก็ควรมีความอิสระในการจัดซื้อจัดจ้างโดยต้องมีกลไกควบคุมตรวจสอบภายในที่เข้มแข็ง เช่น มีหน่วยงานตรวจสอบภายในที่เป็นอิสระจากฝ่ายบริหารทั้งปวง การจ้างนักตรวจสอบจากภายนอกเข้าร่วมตรวจสอบหรือแม้แต่การขอให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเข้าตรวจสอบเป็นครั้งคราว นอกเหนือจากการเปิดรอบการตรวจสอบประจำปีได้อีกด้วย¹⁸

3. วิเคราะห์ปัญหาการใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุข

พัสดุเป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการดำเนินงานของหน่วยงานรัฐให้บรรลุภารกิจของหน่วยงานพัสดุนั้นมีหลากหลายชนิดและการได้มาซึ่งพัสดุก็นมีหลากหลายวิธีการเช่นกันไม่ว่าจะเป็นการซื้อ

¹⁶ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 65 วรรคสาม.

¹⁷ สัมภาษณ์, นุชนารถ กลับบ้านเกาะ, รองผู้อำนวยการด้านบริหาร, โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (19 ตุลาคม 2564).

¹⁸ สัมภาษณ์, พิศิษฐ์ สีสาวชิโรภาส, อดีตผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน, สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน (7 พฤศจิกายน 2564).

การจ้าง การเช่า การจ้างเหมาบริการ การจ้างทำของ การแลกเปลี่ยน แต่ประเด็นสำคัญคือ พัสดแต่ละประเภทมีวัตถุประสงค์และความจำเป็นเร่งด่วนในการใช้งานที่แตกต่างกันไป รวมถึงเรื่องของความมั่นคงของประเทศด้วย เช่น การซื้อพัสดทางการทหารที่เป็นราชการลับไม่ต้องตกอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เนื่องจากอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศเพราะว่ากฎหมายพัสดุกำหนดให้การจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐต้องโปร่งใส ตรวจสอบได้ เกิดประสิทธิภาพ ไม่เลือกปฏิบัติ แต่พัสดทางการทหารเป็นเรื่องที่ต้องทำเป็นความลับ ไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลการจัดซื้อจัดจ้างต่อสาธารณชนได้ เนื่องจากส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ แต่อย่างไรก็ดี การจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุข ซึ่งมีลักษณะเฉพาะตัวที่ต้องการความรวดเร็วควบคู่ไปกับประสิทธิภาพของพัสดุทางการแพทย์ที่เป็นเชิงวิทยาศาสตร์ ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญในการวิเคราะห์และสังเคราะห์ข้อมูล จึงจะตกผลึกกลายเป็นข้อกำหนดคุณสมบัติในการจัดหาพัสดุทางการแพทย์ ซึ่งมีลักษณะเฉพาะแตกต่างจากพัสดุทั่ว ๆ ไป ก็ยังคงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เดียวกันกับการจัดหาพัสดุประเภทอื่น ๆ เช่น พัสดทางการศึกษา พัสดการก่อสร้าง เส้นทางคมนาคม พัสดเครื่องปรับอากาศ ซึ่งมีลักษณะที่ไม่ซับซ้อน มีหน่วยงานกลางกำหนดคุณสมบัติและราคากลางไว้แล้ว หน่วยงานจัดซื้อจัดจ้างจึงพิจารณาจากบัญชีรายละเอียดที่หน่วยงานนั้น ๆ กำหนดไว้ก็เพียงพอแล้ว แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้บังคับใช้ถึงการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขไว้ด้วย การจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขก็ต้องดำเนินการไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ดังนั้น การวิเคราะห์ถึงปัญหาการใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขอาจแบ่งศึกษาวิเคราะห์โดยนำฐานขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขซึ่งเป็นประเด็นในการศึกษาค้นคว้ามาเป็นพื้นฐานในการศึกษาวิเคราะห์ โดยแบ่งการศึกษาวิเคราะห์เป็น 2 ส่วน ได้แก่ ปัญหาด้านเนื้อหากฎหมาย และปัญหาด้านกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุ

3.1.1 ปัญหาด้านเนื้อหากฎหมายพัสดุที่มีผลต่อองค์การมหาชน

เดิมทีก่อนมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 องค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขถือปฏิบัติตามระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุขององค์การมหาชน ซึ่งออกโดยองค์การมหาชนนั่นเองโดยอาจอาศัยการอ้างอิงหลักเกณฑ์วิธีการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี พ.ศ. 2535 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุดังด้วยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2559 เป็นเรื่องแต่ละองค์การจะพิจารณานำมาใช้ แต่อย่างไรก็ตาม ระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขก็ยังมีบริบทในการจัดหาที่รวดเร็ว ยืดหยุ่นและตอบสนองต่อการใช้งาน จึงกำหนดวิธีการปฏิบัติในการจัดซื้อจัดจ้าง มีการกำหนดให้เหมาะสมกับคุณลักษณะ เทคนิค หรือคุณภาพของพัสดุ และคุณสมบัติของผู้ขาย ผู้จำหน่าย ผู้ให้บริการ ซึ่งกล่าวได้ว่ามีความยืดหยุ่นมากกว่าระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี เพื่อความคล่องตัวที่มีวัตถุประสงค์พิเศษแตกต่างไปจากส่วนราชการทั่วไป ตัวอย่างเช่น การจัดซื้อยาและเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ซึ่งมีวงเงินไม่เกินสามแสนบาทต่อครั้ง ตามข้อบังคับเดิมให้เจ้าหน้าที่พัสดุสามารถดำเนินการโดยวิธีตกลงราคาภายใต้วงเงินไม่เกินสามแสน

บาทต่อครั้ง ดำเนินการโดยคณะกรรมการจัดหาพัสดุด้วยวิธีสอบราคา แต่ถ้าไม่สามารถดำเนินการโดยวิธีการสอบราคาได้ ก็สามารถดำเนินการโดยวิธีพิเศษได้โดยไม่จำกัดวงเงิน นอกจากนี้ ในช่วงเวลาใดที่มีโรคระบาดทำให้โรงพยาบาลมีความต้องการใช้ยาชนิดใดมากเป็นพิเศษ ตามข้อบังคับเดิม ผู้อำนวยการโรงพยาบาลก็สามารถสั่งซื้อยาในจำนวนที่ตอบสนองต่อความต้องการของโรงพยาบาลได้โดยไม่จำกัดวงเงิน รวมทั้งกรณีที่ต้องการทยอยซื้อยาเพื่อไม่ให้ยาเสื่อมคุณภาพ เนื่องจากยาบางประเภทไม่สามารถซื้อมากักตุนเก็บไว้เป็นระยะเวลานานได้ด้วยข้อจำกัดด้านสถานที่เก็บรักษาที่ต้องมีอุณหภูมิจำเพาะ หรือข้อจำกัดด้านอายุของยาที่มีระยะเวลาไม่ยาวนานและเพื่อให้ได้ราคาที่มีส่วนลดเป็นประโยชน์สูงสุดของโรงพยาบาลก็เป็นส่วนหนึ่งในเกณฑ์การพิจารณาจัดซื้อจัดจ้างด้วย

ต่อมาเมื่อมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ปรากฏว่า กฎหมายฉบับนี้ส่งผลให้องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขไม่สามารถทำการจัดหาพัสดุได้อย่างคล่องตัวเหมือนดังตัวอย่างที่ได้กล่าวไว้ก่อนหน้านี้ เนื่องจากไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เฉพาะในการจัดหาพัสดุทางการแพทย์ไว้ และเมื่อค้นคว้าไปยังกฎหมายลำดับรองก็ไม่ปรากฏว่ามีกฎกระทรวงที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปในกรณีของการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขไว้เป็นการเฉพาะ หากมีแต่เพียง หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ด่วนที่สุด ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว 115 ลงวันที่ 27 มีนาคม 2563 เรื่อง การดำเนินการกรณีการจัดซื้อยา เวชภัณฑ์ที่มีใช้ยา หรืออุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือการจัดจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุสำหรับการป้องกัน ควบคุม หรือรักษาโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 หรือโรคโควิด 19¹⁹ ที่เป็นการวินิจฉัยกรณีปัญหาข้อติดขัดล่าช้าในการจัดซื้อยา เวชภัณฑ์ที่ไม่ใช่ยา หรืออุปกรณ์ทางการแพทย์ ในสถานการณ์แพร่ระบาดของโรคโควิด-19 เพียงเรื่องเดียวเท่านั้น ซึ่งก็ไม่ใช่เรื่องที่จะบังคับใช้กับการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขในบริบททั่วไป

นอกจากนี้ แม้แต่กรณีการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อดำเนินงานตามพันธกิจของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการเสริมสร้างสุขภาพซึ่งส่วนใหญ่เป็นการจ้างผลิตสื่อ จ้างจัดกิจกรรมและการจ้างประชาสัมพันธ์เผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการเสริมสร้างสุขภาพนั้น โดยทั่วไปองค์กรมีความจำเป็นต้องคัดเลือกผู้ดำเนินการมืออาชีพที่ประสบความสำเร็จในการแจกจ่ายเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ให้เข้าถึงประชากรกลุ่มเป้าหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยผู้ประกอบอาชีพเหล่านี้มักจะมีการกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ใช้บริการต้องปฏิบัติตาม เช่น ต้องวางเงินมัดจำไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของมูลค่าการทำสัญญาครั้งนั้น กรณีดังกล่าวจึงไม่เหมาะสมที่จะต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้กับส่วนราชการทั่วไป และแม้ว่าระเบียบของสำนักงานกองทุนสนับสนุนเสริมสร้างสุขภาพเปิดโอกาสให้คัดเลือกคุณสมบัติเบื้องต้นเฉพาะผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีผลงาน

¹⁹ กรมบัญชีกลาง, หนังสือคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ด่วนที่สุด ที่ กค (กวจ) 0405.2/ว 115 (27 มีนาคม 2563) <<http://www.gprocurement.go.th/wps/wcm/connect/3e6a6370-8e82-4ab3-8856-fb5bde014624/%E0%B8%A7115.pdf?MOD=AJPERES&ContentCache=NONE&CACHE=NONE&CACHEID=ROOTWORKSPACE-3e6a6370-8e82-4ab3-8856-fb5bde014624-n4qUvwZ>> สืบค้นวันที่ 19 ตุลาคม 2564.

เชิงประจักษ์ มีประสบการณ์โดยตรง มีเครื่องมือและโรงงานในการพิจารณาเข้าเป็นคู่สัญญากับองค์กรได้ แต่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่เปิดช่องให้ทำได้

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีลักษณะเนื้อหาทำให้องค์กรมหาชนด้านสาธารณสุข รวมทั้งโรงพยาบาลของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐอื่น ๆ ซึ่งมีหน้าที่จัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขต้องปฏิบัติตาม คำสั่งของคณะกรรมการนโยบายการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ แนวปฏิบัติของคณะกรรมการวินิจฉัยปัญหาการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์และข้อร้องเรียนที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติมีจำนวนหลายเรื่องและเป็นแนวทางที่แตกต่างออกไปสำหรับแต่ละองค์กร ไม่สอดคล้องกับบริบทการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขที่มีบริบทเฉพาะ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาก็ไม่พบว่ามีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขเป็นการเฉพาะ

เมื่อพิจารณาไปถึงกรณีที่หน่วยงานด้านสาธารณสุขต้องการจะออกระเบียบหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุว่าสามารถทำได้หรือไม่ ผู้ศึกษาก็พบว่าไม่สามารถออกระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุขึ้นใช้เป็นของหน่วยงานได้ เนื่องจากกฎหมายไม่เปิดช่องไว้ให้ โดยไม่ได้กำหนดให้องค์กรมหาชน เป็นหน่วยงานที่สามารถออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุขึ้นใช้เองได้ ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบาย เนื่องจากไม่เข้าเงื่อนไขที่สามารถออกระเบียบขึ้นใช้เองได้ เพราะกฎหมายไม่ได้กำหนดให้องค์กรมหาชนเป็นหน่วยงานที่สามารถออกระเบียบได้เอง (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสอง และวรรคสี่)²⁰ ในทางเดียวกัน โรงพยาบาลของรัฐที่อยู่ในสังกัดส่วนราชการยังไม่สามารถดำเนินการออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุได้เองเป็นแน่นอน เนื่องจากเป็นหน่วยงานในลักษณะของการบังคับบัญชาแบบควบคุมบังคับบัญชา

จากกรณีที่องค์กรมหาชนไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นหน่วยงานของรัฐที่สามารถออกระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุได้เอง จึงต้องพิจารณาต่อไปว่า กรณีนี้เข้าเงื่อนไขในการยกเว้นที่ไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 หรือไม่ ก็ปรากฏว่าไม่สามารถขอยกเว้นที่จะไม่ต้องอยู่ในบังคับของการใช้พระราชบัญญัติได้ เนื่องจากไม่อยู่ในเงื่อนไขข้อยกเว้นที่เป็นในเชิงการใช้งบประมาณจากแหล่งอื่น อาทิ เงิน

²⁰ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสอง และวรรคสี่ บัญญัติว่า

“เพื่อให้การดำเนินงานของรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ หรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ หรือหน่วยงานของรัฐอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงเกิดความยืดหยุ่นและมีความคล่องตัว หากรัฐวิสาหกิจ มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐนั้น ประสงค์จะจัดให้มีระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุนั้นขึ้นใช้เองทั้งหมดหรือบางส่วน ก็ให้กระทำได้ โดยต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐตามแนวทางของพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ในต่างประเทศที่หน่วยงานของรัฐหรือส่วนงานของหน่วยงานของรัฐตั้งอยู่มีกฎหมาย ธรรมเนียมปฏิบัติ หรือจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่นของต่างประเทศนั้นเป็นการเฉพาะหรือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อบัญญัติตามวรรคสองและวรรคสาม ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการนโยบาย และให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

บริจาคเพียงอย่างเดียว การปฏิบัติภารกิจวิจัย ความมั่นคงทางการทหาร (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 7)²¹

ปัญหาสองประเด็นข้างต้นคือ กรณีที่ไม่สามารถออกระเบียบและข้อบังคับเกี่ยวกับการพัสดุเพื่อบังคับใช้ขึ้นเองได้ และกรณีที่ไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่กฎหมายยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตาม ก็พิจารณาถึงแนวทางที่จะสามารถออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุขึ้นบังคับใช้เอง ก็พบว่าต้องขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังใช้อำนาจออกเป็นกฎกระทรวง เพื่อกำหนดให้เป็นหน่วยงานตามกฎกระทรวงเสียก่อน (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 5)²² แต่อย่างไรก็ดี หากกำหนดเป็นหน่วยงานที่สามารถออกระเบียบหรือข้อบังคับใช้ได้เองแล้ว ก็ยังจะต้องออกระเบียบที่สอดคล้องกับหลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้าง ซึ่งก็มีปัญหาต่อไปอีกว่า หลักเกณฑ์ตามแนวทางของพระราชบัญญัติมีความหมายว่าอย่างไร มีขอบเขตเพียงใดแค่นั้น ซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะผ่านการพิจารณาให้ความเห็นชอบได้ (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสอง)²³

การที่พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ไม่เปิดช่องให้องค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขสามารถออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างได้ ผู้ศึกษาจึงได้ดำเนินการศึกษาค้นคว้าไปถึงกฎ ได้แก่ กฎกระทรวงที่เกี่ยวข้อง ก็ปรากฏว่ายังไม่มีกฎกระทรวงในประเด็นนี้ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น ปัญหาเงื่อนไขที่องค์การมหาชนต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นการปฏิเสธหลักความยืดหยุ่นคล่องตัวขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในการก่อเกิดองค์การมหาชนทุกประเภท

²¹ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 7 วรรคแรก บัญญัติว่า

“พระราชบัญญัตินี้มิให้ใช้บังคับแก่

- (1) การจัดซื้อจัดจ้างของรัฐวิสาหกิจที่เกี่ยวกับการพาณิชย์โดยตรง
- (2) การจัดซื้อจัดจ้างยุทธโศปกรณ์และบริการที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติโดยรัฐบาลต่อรัฐบาล หรือโดยการจัดซื้อจัดจ้างจากต่างประเทศที่กฎหมายของประเทศนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
- (3) การจัดซื้อจัดจ้างเพื่อการวิจัยและพัฒนา เพื่อการให้บริการทางวิชาการของสถาบันอุดมศึกษาหรือการจ้างที่ปรึกษา ทั้งนี้ ที่ไม่สามารถดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ได้
- (4) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น
- (5) การจัดซื้อจัดจ้างโดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือจากรัฐบาลต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ สถาบันการเงินระหว่างประเทศ องค์การต่างประเทศทั้งในระดับรัฐบาลและที่มิใช่ระดับรัฐบาล มูลนิธิหรือเอกชนต่างประเทศ ที่สัญญาหรือข้อกำหนดในการให้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยใช้เงินกู้หรือเงินช่วยเหลือนั้นร่วมกับเงินงบประมาณ ซึ่งจำนวนเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือที่ใช้นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการนโยบายประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา
- (6) การจัดซื้อจัดจ้างของสถาบันอุดมศึกษาหรือสถานพยาบาลที่เป็นหน่วยงานของรัฐโดยใช้เงินบริจาครวมทั้งดอกผลของเงินบริจาค โดยไม่ใช้เงินบริจาค่นั้นร่วมกับเงินงบประมาณ...”

²² พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 5.

²³ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 6 วรรคสองและวรรคสี่.

แต่เมื่อศึกษากฎหมายของประเทศอื่นๆ ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่นและประเทศอเมริกา ผู้ศึกษาพบว่าทั้งสองประเทศมีกฎหมายพัสดุกกลางใช้บังคับในระดับพื้นที่ทั่วประเทศก็จริง หากแต่ไม่ได้บังคับกับทุกหน่วยงานของรัฐ กรณีกฎหมายพัสดุกกลางของประเทศอเมริกา Federal Acquisition Regulation บังคับใช้กับรัฐส่วนกลาง โดยไม่ลงลึกถึงระดับมลรัฐที่มีลักษณะการบริหารภายในที่แตกต่างกันไป และก็จะมามีประมวลกฎหมายพัสดุเฉพาะเรื่อง เช่น เรื่องการทหาร เรื่องโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ แต่กรณีประเทศไทยกลับใช้กฎหมายพัสดุกกลางกับทุกเรื่อง โดยมีข้อยกเว้นเพียงไม่กี่เรื่องเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าการบริการสาธารณสุขด้านการสาธารณสุขของประเทศไทยส่วนใหญ่จะดำเนินการโดยโรงพยาบาลเอกชนซึ่งมีค่ารักษาที่สูงมาก แต่เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่จะมีประกันสุขภาพซึ่งรองรับการรักษาพยาบาลดังกล่าวจึงไม่เกิดปัญหาในการเข้าถึงการรักษาพยาบาลเท่าไรนัก หรือแม้แต่ประเทศญี่ปุ่นก็คงบังคับใช้กฎหมายพัสดุ Account Law ระบุชื่อเต็มและทางการ กับการจัดหาพัสดุของรัฐบาลกลางเท่านั้น โดยไม่ลงไปบังคับใช้ในส่วนรัฐบาลท้องถิ่นที่มีการกระจายอำนาจทางปกครองเชิงท้องถิ่น ซึ่งรัฐบาลท้องถิ่นสามารถออกข้อบังคับหรือระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุใช้บังคับกับบริบทภายในของท้องถิ่นได้เอง แต่ในประเทศไทยประชาชนส่วนใหญ่ยังคงต้องพึ่งพาสวัสดิการรักษายาบาลจากรัฐอยู่ ดังนั้น การจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขที่มีประสิทธิภาพและความรวดเร็วจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่ง แต่ด้วยข้อจำกัดของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 โรงพยาบาลของรัฐรูปแบบทั่วไปหรือแม้แต่โรงพยาบาลของรัฐที่เป็นองค์การมหาชนแล้วก็ตามก็ไม่สามารถจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขได้ตามบริบททางการแพทย์ ซึ่งเป็นข้อสังเกตว่าโรงพยาบาลของรัฐมักจะใช้วิธีเปิดรับบริจาคเงิน เพื่อหารายได้จัดซื้อจัดหาพัสดุทางการแพทย์ หรือการก่อสร้างศูนย์การรักษาสสมัยใหม่ เนื่องจากการใช้เงินบริจาคแล้วไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ส่งผลให้สามารถจัดหาพัสดุที่มีเทคนิคเฉพาะ มีนวัตกรรมรักษาสสมัยใหม่ที่อยู่นอกเหนือบัญชีครุภัณฑ์พัสดุทางการแพทย์ที่จัดทำขึ้นโดยสำนักงบประมาณได้ ตัวอย่างเช่น โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) เปิดรับบริจาคเพื่อจัดสร้าง “ศูนย์ผ่าตัดหัวใจ ทรวงอกและหลอดเลือด” พร้อมซื้ออุปกรณ์ทางการแพทย์เพื่อให้ผู้ป่วยได้เข้าถึงการรักษา และลดการรอคอยผ่าตัดหัวใจ ดังที่ปรากฏตามสื่อต่าง ๆ ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เนื้อหาของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีความเข้มงวด รัดกุม ไม่เปิดช่องให้จัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขเป็นการเฉพาะ

3.2 ปัญหาด้านกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุ

เมื่อได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงเนื้อหาของพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พบว่า ผู้กพันให้การจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขต้องเป็นไปตาม จึงต้องศึกษาวิเคราะห์ถึงกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุว่าตอบสนองต่อบริบทด้านสาธารณสุขหรือไม่อย่างไร ซึ่งหากพิจารณาปัญหาด้านกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้ว ผู้ศึกษาพบปัญหาสำคัญ คือ การที่นำเอาหลักเกณฑ์จัดหาพัสดุที่เข้มงวดรัดกุมไปใช้กับทุกเรื่อง รวมถึงเรื่องการบังคับใช้กับการจัดซื้อจัดหา เวชภัณฑ์ ครุภัณฑ์ ทางารแพทย์ที่ต้องอาศัยความเร่งด่วนและมีประสิทธิภาพสูงเป็น

สำคัญ เนื่องจากส่งผลต่อสุขภาพของประชาชนโดยตรงอีกด้วย แม้พัสดุประเภทเดียวกัน ในเชิงเทคนิค การแพทย์แล้วย่อมพบว่ามียาของการรักษาที่แตกต่างกัน เช่น ยารักษาอาการปวดต่างยี่ห้อกัน แม้จะมีองค์ประกอบทางเคมีที่เหมือนกัน แต่แน่นอนว่าวิธีการปรุงยาและวัตถุดิบที่นำมาใช้ปรุงยาย่อมมีความแตกต่างกันไป

สำหรับปัญหาด้านกระบวนการได้มาซึ่งพัสดุตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษาขอแยกประเด็นการศึกษาวิเคราะห์เป็นประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.2.1 ประเด็นการจัดทำร่างขอบเขตงานและคุณสมบัติ (TOR)

พระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 กำหนดให้แต่งตั้งผู้รับผิดชอบจัดทำร่างขอบเขตของงาน และคุณสมบัติ (TOR) ของพัสดุที่จะทำการจัดหา โดยให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐกำหนดองค์ประกอบระยะเวลาในการพิจารณา การประชุมของคณะกรรมการกำหนดรายละเอียดและราคากลาง ตามความจำเป็นและความเหมาะสมเป็นเรื่องใหม่²⁴ ไม่ปรากฏอยู่ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 มาก่อน ซึ่งส่งผลให้มีแบบ ไม่มีตัวอย่าง ในการจัดทำร่างขอบเขตของงานหรือรายละเอียดเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อ ส่งผลให้ผู้ปฏิบัติงานขาดความมั่นใจในการจัดหาพัสดุ และเนื่องจากพัสดุทางการแพทย์ อาทิ ยา เวชภัณฑ์ทางการแพทย์ ครุภัณฑ์ทางการแพทย์ล้วนแต่มีลักษณะเฉพาะเจาะจงซึ่งอาจไม่สามารถเปรียบเทียบราคากันได้บางกรณี หรือไม่อาจเปิดให้มีการประกวดราคาทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ ลักษณะที่มีความเฉพาะเจาะจงนี้ส่งผลให้การจัดทำรายละเอียดและราคากลางที่มุ่งให้เกิดประโยชน์สูงสุดในการรักษาอาจกลายเป็นการกำหนดคุณสมบัติจำกัดเฉพาะราย (Lock Spec) ไปโดยปริยาย และเมื่อพิจารณาต่อไปว่าพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มีบทลงโทษแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องถึงขั้นจำคุกนั้น อาจทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กล้าเสี่ยง จึงต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 กำหนดไว้เป็นมาตรฐานขั้นต่ำก็เพียงพอ ซึ่งก็ทำให้ได้พัสดุด้านสาธารณสุขที่ไม่ตอบโจทย์ต่อผลลัพธ์การรักษาที่มุ่งหวัง

3.2.2 ประเด็นการเลือกวิธีการจัดหาพัสดุ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้พิจารณาเงื่อนไขและวิธีการที่กำหนดไว้ ซึ่งมีหลากหลายวิธีการ พร้อมทั้งให้เหตุผลประกอบการเลือกวิธีการนั้น ให้ต้องตรงตามคุณลักษณะเฉพาะของพัสดุที่จะซื้อหรือลักษณะของการจ้างงาน ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 54-68 แต่มีข้อพิจารณาสำคัญคือ ในมาตรา 56 กำหนดไว้ว่า ให้หน่วยงานของรัฐเลือกใช้วิธีประกาศเชิญชวนทั่วไปก่อน หากไม่ได้พัสดุตามวิธีประกาศเชิญชวนแล้ว จึงพิจารณาใช้วิธีการคัดเลือก วิธีเฉพาะเจาะจง ตามลำดับต่อไป แต่ก็มีบางกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือกหรือวิธีเฉพาะเจาะจงได้เลย โดยในกรณีที่เป็นเร่งด่วนต้องใช้พัสดุ เดิมหน่วยงานที่เป็นองค์การมหาชน สามารถใช้วิธีพิเศษตาม

²⁴ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 21.

ระเบียบหรือข้อบังคับของตนเองได้เลย คือ วิธีการที่ทำสัญญากับผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตรงตามเกณฑ์ที่ได้ โดยตรงเลย แต่ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 กำหนดให้ใช้วิธีการคัดเลือก ซึ่งต้องส่งหนังสือไปเชิญชวนผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติจำนวน 3 ราย เพื่อให้เสนอราคา ซึ่งต้องใช้ระยะเวลาตลอดกระบวนการไม่น้อยกว่า 30 วัน ส่งผลให้เกิดความล่าช้า ได้พัสดุไม่ทันการใช้งาน เนื่องจากพัสดุทางการแพทย์ บางรายการไม่สามารถเก็บรักษาเป็นระยะเวลานานได้ จะต้องสั่งซื้อเป็นครั้งคราวและต้องใช้ให้หมดในระยะเวลาสั้นอีกด้วย

3.2.3 การกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกและน้ำหนักของเกณฑ์

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ประกาศหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการพิจารณาคัดเลือก โดยกำหนดค่าน้ำหนักของแต่ละเกณฑ์ไว้ในประกาศเชิญชวนหรือหนังสือเชิญนั้น โดยจะต้องกำหนดน้ำหนักของแต่ละเกณฑ์ไว้ให้ชัดเจนตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 มาตรา 65 วรรคสาม แต่ก็ไม่ปรากฏการกำหนดแนวทาง วิธีปฏิบัติหรือตัวอย่างเอาไว้สำหรับกรณีพัสดุด้านสาธารณสุขซึ่งมีลักษณะเฉพาะและต้องพิจารณาคุณภาพมากกว่าราคา แต่อย่างไรก็ดี หน่วยงานปฏิบัติมักกังวลเรื่องบทลงโทษที่รุนแรงถึงขั้นจำคุก และการเรียกคืนเงินงบประมาณโดยหน่วยงานตรวจสอบทางใช้จ่ายงบประมาณ จึงเลือกใช้เกณฑ์ราคาต่ำสุดในการพิจารณาคัดเลือกผู้ชนะการเสนอราคา แต่เมื่อมองผลลัพธ์ที่จะเกิดขึ้นกับผู้ป่วยที่เป็นประชาชนแล้ว จะเห็นว่าการที่ผู้ป่วยมุ่งไปที่โรงพยาบาลที่เป็นองค์การมหาชนก็เพื่อที่จะได้รับการรักษาชั้นสูงหรือชั้นตติยภูมิ ในขณะที่เดียวกันก็เสียค่าใช้จ่ายในการรักษาที่ไม่สูงเท่ากับโรงพยาบาลเอกชน

3.2.4 การเผยแพร่แผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปี

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐ ต้องทำและเผยแพร่แผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีสู่สาธารณะ ทั้งในระบบอินเทอร์เน็ต และปิดประกาศในหน่วยงาน มิฉะนั้นจะไม่สามารถดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างได้²⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาไปถึงกรณีที่หน่วยงานไม่ได้ตั้งงบประมาณไว้ แต่เมื่อเกิดเหตุการณ์ภัยสาธารณะหรือโรคระบาด ซึ่งจำเป็นต้องใช้พัสดุทางการแพทย์เป็นการเร่งด่วน จึงต้องมีการขอโอนงบประมาณรายจ่ายประจำปี เมื่อโอนงบประมาณเรียบร้อยแล้วและยังต้องจัดทำและเผยแพร่แผนการจัดซื้อจัดจ้างประจำปีก่อนที่จะเริ่มกระบวนการจัดหาพัสดุก็นี่ยังเป็นการเพิ่มระยะเวลาในการจัดหาให้ยาวนานมากยิ่งขึ้นอีก

²⁵ ระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ข้อ 11.

3.2.5 การอุทธรณ์ผลการพิจารณา

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 กำหนดให้มีการอุทธรณ์ผลการพิจารณาได้ภายในเจ็ดวันทำการ นับแต่วันประกาศผลการจัดซื้อจัดจ้างในระบบ โดยหน่วยงานของรัฐจะลงนามสัญญาได้ก็ต่อเมื่อพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์แล้วเท่านั้น จึงเป็นการเพิ่มระยะเวลาให้แก่การจัดหาพัสดุด้านสาธารณสุขนอกเหนือจากระยะเวลาที่ใช้ในการดำเนินการทั้งหลายก่อนหน้าด้วย ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า การบริหารจัดการด้านการสาธารณสุขซึ่งมีความเกี่ยวข้องกับชีวิต ร่างกาย ของประชาชน ซึ่งไม่อาจจะรอนานได้ ส่งผลให้เกิดข้อขัดขัดในการจัดการปัญหาด้านสาธารณสุขที่มีข้อเร่งด่วน

4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างกรณีศึกษาโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

จากการศึกษาสภาพปัญหาของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ในประเด็นเกี่ยวกับการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 แล้วนั้น ผู้ศึกษาขอวิเคราะห์สภาพปัญหาออกเป็น 3 ประการ ได้แก่

ประการแรก โรงพยาบาลบ้านแพ้วควรมีระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุเป็นอย่างไร ซึ่งจากการศึกษาถึงวัตถุประสงค์ในการเปลี่ยนสถานภาพจากโรงพยาบาลในบังคับบัญชาของรัฐ เป็นโรงพยาบาลในกำกับของรัฐ รูปแบบองค์การมหาชน ก็พบว่า เป็นไปเพื่อให้เกิดความยืดหยุ่น สามารถกำหนดกรอบอัตรากำลังของบุคลากรในการปฏิบัติงานได้ สามารถจัดหาครุภัณฑ์ที่อยู่นอกเหนือบัญชีมาตรฐานครุภัณฑ์ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ เนื่องจากครุภัณฑ์บางรายการมีคุณสมบัติเฉพาะ เช่น เครื่องสแกนคอมพิวเตอร์ชั้นสูง ชนิดภาพละเอียดสูง ซึ่งอาจเป็นครุภัณฑ์ที่อยู่นอกเหนือบัญชีครุภัณฑ์ ดังนั้น โรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) จึงควรที่จะสามารถออกระเบียบเกี่ยวกับการจัดหาพัสดุประเภทครุภัณฑ์ และเวชภัณฑ์เฉพาะเจาะจง ที่อยู่นอกเหนือบัญชีมาตรฐานครุภัณฑ์และเวชภัณฑ์ยาเหล่านี้ได้

ประการที่สอง หากโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) สามารถออกระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุนั้น บังคับใช้เองแล้ว ตัวระเบียบควรมีเนื้อหาที่สอดคล้องไปตามหลักการสำคัญแห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ทุกประการ เพียงแต่กำหนดกรอบวงเงินในการจัดซื้อจัดจ้างแต่ละวิธีการให้สอดคล้องกับบริบทของโรงพยาบาล และสภาพราคาของครุภัณฑ์และเวชภัณฑ์ทางการแพทย์ เช่น กรณีกฎกระทรวงที่ให้อำนาจภาพรวมหน่วยงานของรัฐในการจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงได้ ในกรอบงบประมาณไม่เกิน 500,000 บาท²⁶ ซึ่งโรงพยาบาลบ้านแพ้วสามารถกำหนดกรอบวงเงินในวิธีเฉพาะเจาะจงให้สูงกว่ากรอบวงเงินดังกล่าวได้

²⁶ กฎกระทรวง กำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560.

ประการที่สาม หากโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) มีการออกระเบียบเกี่ยวกับการพัสดุขึ้นใช้เองแล้ว มีประเด็นที่ต้องพึงระวัง คือ เรื่องของความโปร่งใส แต่อย่างไรก็ดี การที่มีคณะกรรมการบริหารโรงพยาบาลซึ่งเป็นกรรมการโดยตำแหน่งและผู้ทรงคุณวุฒิเฉพาะด้านที่ล้วนเป็นผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะย่อมสามารถควบคุมกำกับดูแลถึงเรื่องความโปร่งใสและประสิทธิภาพในการดำเนินการได้อีกส่วนหนึ่ง? ทั้งนี้ หน่วยงานตรวจสอบภายในที่เข้มแข็งก็จะมีส่วนสำคัญในการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นด้วย

จากบริบทขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขข้างต้นสะท้อนให้เห็นว่า องค์การมหาชนด้านสาธารณสุขเกิดขึ้นเพื่อดำเนินการที่ส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจไม่สามารถดำเนินการได้ เพื่อการรักษาในระดับสูง และแตกต่างจากโรงพยาบาลของรัฐที่เป็นโรงเรียนแพทย์ทั่วไป เนื่องจากการเข้ารับการรักษาตามสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเกิดจากการส่งตัวตามขั้นตอน ดังนั้น บริบทความเหมาะสมในการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขจึงควรเป็นบริบทที่มีความยืดหยุ่นทั้งในแง่ของเนื้อหากฎหมายจัดซื้อจัดจ้างและในแง่ของกระบวนการจัดซื้อจัดจ้าง ที่รวดเร็ว คล่องตัวภายใต้บริบทการตรวจสอบที่เข้มแข็งของหน่วยงานตรวจสอบภายใน ซึ่งทำหน้าที่ได้โดยปราศจากการแทรกแซงจากหน่วยงานฝ่ายบริหารขององค์การ? ร่วมกับการจ้างหน่วยงานตรวจสอบภายนอกเข้ามาตรวจสอบร่วมด้วยเป็นครั้งคราว เช่น สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน นักตรวจสอบบัญชีภาคเอกชน เป็นต้น

5. บทสรุป

ผู้ศึกษามุ่งศึกษาถึงสภาพปัญหาความอิสระคล่องตัวขององค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขที่สูญเสียไปเนื่องจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ตัวอย่างกรณีศึกษาโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) จากเดิมที่มีข้อบังคับของโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2544 ซึ่งโรงพยาบาลทำข้อบังคับขึ้นเอง แต่เมื่อพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 บังคับใช้ก็เป็นอันยกเลิกข้อบังคับฯ ของโรงพยาบาลบ้านแพ้วไปโดยปริยาย ซึ่ง พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ มีนัยความแตกต่างของเนื้อหาและกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ มีขั้นตอนที่ซับซ้อน ยุ่งยาก ทั้งในแง่การดำเนินการ และในแง่ระยะเวลาของการได้มาซึ่งพัสดุ การศึกษานี้จึงมุ่งหวังถึงการศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชน การศึกษากฎหมายพัสดุภาครัฐของต่างประเทศในหลักการทั่วไป และการกำหนดขอบเขตการบังคับใช้กับหน่วยงานของรัฐ การศึกษากฎหมายพัสดุของประเทศไทยในหลักการทั่วไป สภาพปัญหาขององค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เกิดการวิเคราะห์ปัญหาพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ในส่วนของขอบเขตการบังคับใช้กับองค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข และเกิดข้อเสนอแนะในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายกับองค์การมหาชนเกี่ยวกับการสาธารณสุข

จากการศึกษาทั้งเชิงทฤษฎีกฎหมายทั่วไป ระบบการจ้างซื้อจัดจ้างภาพรวมของประเทศญี่ปุ่นและประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว และเมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาตามกรณีศึกษาการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข กรณีศึกษาโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) จะพบว่า กรณีที่โรงพยาบาลของรัฐต้องการเปลี่ยนสภาพองค์กรไปเป็นองค์การมหาชนก็เพื่อให้มีความยืดหยุ่นคล่องตัว ทั้งในเชิงของการบริหารงานบุคคล การบริหารงบประมาณ ด้วยสายงานการบริหารที่สิ้นกระชั้น ต่างจากโรงพยาบาลทั่วไป ซึ่งได้มีการสัมภาษณ์ผู้บริหารที่เกี่ยวข้องกับการจัดซื้อจัดจ้างของโรงพยาบาลโดยตรง พบว่า ภาครัฐมีแนวทางในการบังคับใช้หลักเกณฑ์การจัดซื้อจัดจ้างกับองค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขมาบ้างแล้ว ด้วยการออกหนังสือเวียนแนวปฏิบัติเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐด้วยวิธีการอิเล็กทรอนิกส์ ก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐเสียอีก ซึ่งสิ่งเหล่านี้ทำให้เกิดข้อติดขัดในการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้ได้มาซึ่งพัสดุที่เกี่ยวข้องกับการสาธารณสุขภาครัฐ เนื่องจากเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับชีวิตร่างกายของประชาชนที่ไม่อาจรอช้าได้

6. ข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เกิดขึ้นเพราะกฎหมายเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่มีในประเทศไทยมีอยู่อย่างกระจัดกระจาย ประกอบกับประเทศไทยต้องการเข้าร่วมเป็นประเทศภาคีสมาชิกในเวทีการค้าระหว่างประเทศ จึงต้องปรับกฎหมายให้สอดคล้องตามมาตรฐานสากลที่กำหนดขึ้น แต่เมื่อบังคับใช้กฎหมายแล้ว ปรากฏว่า พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ได้บังคับใช้กับองค์การมหาชนด้านสาธารณสุขด้วย ส่งผลให้องค์การมหาชนสูญเสียความอิสระคล่องตัวในการบริหารจัดการ อย่างไรก็ตาม เพื่อให้ระบบการจัดซื้อจัดจ้างของประเทศไทยเป็นไปตามมาตรฐานที่เวทีการค้าระหว่างประเทศกำหนด จึงเห็นควรให้บังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างฯ พ.ศ. 2560 ต่อไป โดยผู้ศึกษาเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหการจัดซื้อจัดจ้างด้านการสาธารณสุขไว้ ดังนี้

6.1 กำหนดให้องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐที่สามารถขอยกเว้นการไม่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ พ.ศ. 2560 หรือให้มีการออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนได้ โดยกำหนดให้มีความแตกต่างกันในลักษณะที่มีความเฉพาะขององค์การมหาชนแต่ละด้าน เช่น องค์การมหาชนด้านสาธารณสุข องค์การมหาชนด้านการศึกษา องค์การมหาชนด้านการส่งเสริมศิลปวัฒนธรรม ตามลักษณะเฉพาะขององค์การมหาชนแต่ละด้าน ซึ่งอาจมีความแตกต่างกันได้ตามบริบทการดำเนินงาน เนื่องจากองค์การมหาชนมีความจำเป็นในการดำเนินภารกิจของรัฐที่เร่งด่วน ยืดหยุ่น และคล่องตัว

6.2 สำหรับองค์การมหาชนด้านสาธารณสุข ซึ่งรวมถึงโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน) ควรออกกฎกระทรวงที่เกี่ยวกับการการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านการสาธารณสุขไว้เป็นการเฉพาะ ไม่รวมกับกฎกระทรวงในข้อเสนอแนะก่อนหน้านี้ โดยมีสาระสำคัญ คือ การกำหนดวิธีการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุเกี่ยวกับการสาธารณสุข ให้สามารถจัดซื้อจัดจ้างด้วยวิธีการเฉพาะเจาะจงในวงเงินที่สูงกว่าการจัดซื้อจัดจ้าง

ภาครัฐทั่วไป เนื่องจากรากฐานของรัฐด้านการสาธารณสุข เป็นภารกิจที่มีความจำเป็นเร่งด่วน เกี่ยวกับชีวิตร่างกายของประชาชน ทั้งนี้ ในปัจจุบันมีกฎกระทรวงกำหนดวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างพัสดุโดยวิธีเฉพาะเจาะจง วงเงินการจัดซื้อจัดจ้างที่ไม่ทำข้อตกลงเป็นหนังสือ และวงเงินการจัดซื้อจัดจ้างในการแต่งตั้งผู้ตรวจรับพัสดุ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นกฎกระทรวงสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐทุกประเภท ไว้ที่วงเงินไม่เกิน 500,000 บาท สามารถจัดซื้อจัดจ้างโดยวิธีเฉพาะเจาะจงได้เลย ทั้งนี้ กฎกระทรวงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข ต้องมีการพิจารณากำหนดวงเงินโดยคำนึงข้อพิจารณา ได้แก่ วงเงินที่เป็นมาตรฐานราคาของพัสดุประเภทนั้น ๆ ขนาดของสถานพยาบาล โดยกำหนดให้มีการทบทวนกฎกระทรวงทุก 3 ปี เพื่อให้เกิดความคล่องตัวและสอดคล้องกับสถานการณ์

6.3 เมื่อมีการออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนโดยทั่วไป และกฎกระทรวงเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขแล้ว ควรมีคณะกรรมการกำกับติดตามการดำเนินงาน โดยโรงพยาบาลของรัฐทั่วไปที่อยู่ในสายบังคับบัญชา อาจเป็นคณะกรรมการที่มีองค์ประกอบมาจากกรมต่าง ๆ ในสังกัดกระทรวงสาธารณสุข ส่วนการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุข จะถูกควบคุมกำกับดูแลโดยคณะกรรมการบริหารองค์การมหาชนอยู่แล้ว เพียงแต่ควรเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่หน่วยงานตรวจสอบภายใน ทั้งในแง่ขององค์ความรู้ และในแง่โครงสร้างของหน่วยงานตรวจสอบภายในที่ต้องเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร รวมทั้งออกกฎเกณฑ์การตรวจสอบประจำปีโดยหน่วยงานตรวจสอบภายนอก เช่น สำนักตรวจสอบบัญชีเอกชน เพื่อให้มีการตรวจสอบซึ่งกันและกัน แต่ในขณะเดียวกัน กิจการด้านการสาธารณสุข และองค์การมหาชนด้านการสาธารณสุข ก็สามารถดำเนินภารกิจของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ ตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนและบริบทขององค์การมหาชนด้านสาธารณสุขด้วย

The Doctrine of Parliamentary Sovereignty: Its Scope and Influence on the Australian Law System

หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา: ขอบเขตและอิทธิพลในระบบกฎหมาย
ออสเตรเลีย

*Tian-ngern Uttarachai**

The Office of the Administrative Courts of Thailand

Received 24 October 2022; Revised 23 December 2022; Accepted 23 December 2022

Abstract

This article conducts a study on the theory of parliamentary sovereignty which is a basic principle in the constitutional law of the former countries of the British Empire. This principle establishes that parliament has absolute sovereignty and is superior to the executive and judiciary. Therefore, Parliament has unrestrained legislative authority, and the Court cannot question the constitutionality of parliamentary acts. Australia being a British colony has undoubtedly been affected by this concept. However, Australia gained a written constitution from the Imperial Parliament; consequently, it is impossible to apply traditional parliamentary sovereignty in Australia. It has been demonstrated that the Commonwealth parliament's powers are constrained because it was founded by the federal constitution and was granted legislative authority according to the Constitution. The states' legislative powers are restricted by the Commonwealth Constitution, the state constitutions, and some of the Commonwealth's powers. Thus, neither the Commonwealth nor the state parliaments in Australia have the legislative supremacy to enact or alter laws without restriction.

* Administrative Case Official, Bureau of Research and Legal Studies, the Office of the Administrative Courts, Bachelor of Laws (LL.B., Second Class Honor), Chulalongkorn University, Master of Laws (LL.M.) in Public Law, Chulalongkorn University, Master of Laws (LL.M), University of Melbourne, Australia.

E-mail: t.uttarachai@gmail.com

Regardless of the fact that parliaments in Australia are not truly sovereign, parliamentary sovereignty has continued to have a significant impact on the Australian legal system, particularly as it relates to legal interpretation and statutory human rights protection.

Keywords: Doctrine of Parliamentary Sovereignty, Constitutional Law, Australian Constitution, Legislative Power

บทคัดย่อ

บทความนี้ได้ศึกษาถึงหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายรัฐธรรมนูญของหลายประเทศที่เคยเป็นส่วนหนึ่งของจักรวรรดิอังกฤษ หลักการดังกล่าวมีแนวคิดที่ว่ารัฐสภามีอำนาจอธิปไตยที่สมบูรณ์สูงสุด เหนือกว่าอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ ดังนั้น รัฐสภาจึงมีอำนาจในการตรากฎหมายอย่างไม่มีข้อจำกัด และองค์กรตุลาการไม่อาจตรวจสอบความชอบธรรมด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาได้ ประเทศออสเตรเลียซึ่งเป็นหนึ่งในประเทศอาณานิคมของอังกฤษย่อมได้รับอิทธิพลจากแนวคิดนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม ประเทศออสเตรเลียมีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งตราขึ้นโดยรัฐสภาอิมพีเรียล (รัฐสภาของจักรวรรดิอังกฤษ) ดังนั้น จึงเป็นไปได้ที่จะใช้รูปแบบดั้งเดิมของหลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภาในประเทศออสเตรเลีย โดยจะเห็นได้ว่าเนื่องจากรัฐสภาได้รับการจัดตั้งจากรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐและยังได้รับอำนาจทางนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ อำนาจรัฐสภาของเครือรัฐออสเตรเลียจึงต้องถูกจำกัดตามรัฐธรรมนูญ ส่วนอำนาจทางนิติบัญญัติของรัฐสภาในระดับมลรัฐก็ย่อมถูกจำกัดโดยรัฐธรรมนูญในระดับสหพันธรัฐ รัฐธรรมนูญในระดับมลรัฐ และอำนาจบางส่วนของเครือรัฐออสเตรเลียอีกด้วย ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็กรัฐสภาระดับสหพันธรัฐ หรือรัฐสภาระดับมลรัฐในประเทศออสเตรเลียต่างก็ไม่มีอำนาจทางนิติบัญญัติในการตรากฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอย่างไม่มีข้อจำกัด อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่ารัฐสภาในประเทศออสเตรเลียจะไม่ใช้ผู้มีอำนาจอธิปไตยสูงสุด แต่หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภายังส่งผลอย่างมีนัยสำคัญต่อระบบกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการตีความกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา

คำสำคัญ: หลักการอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐสภา, กฎหมายรัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญแห่งประเทศออสเตรเลีย, อำนาจนิติบัญญัติ

1. Introduction

In a country with a codified constitution or a largely written constitution,¹ generally, the constitution will set the rules to govern the state. The primary power of the constitution comes from the people within the country; the constitution, thus, is the supreme legal power in the state. If there is any legislation created that runs counter to the constitution, it will be declared null and void by the Supreme Court. In other words, the constitution is legally sovereign.² By contrast, the British constitution has gradually developed over the centuries and has never been committed to writing like the constitutions of other countries.³ Although the UK lacks a codified constitution or a largely written constitution, the crucially core concept of ‘the doctrine of parliamentary sovereignty’ plays a significant role as the central principle of the country’s constitutional arrangement.⁴

The doctrine of parliamentary sovereignty is a fundamental principle found in the constitutional law of some parliamentary democracies.⁵ This rule that establishes that parliament is sovereign, or supreme, is a product of British constitutional history and derives

¹ A fundamental classification of a constitution is codification or non-codification. A codified constitution is one that includes most of its rules and principles in a single large written document, which is the sole source of constitutional law in a state, for example, the Constitution of the United States. An uncoded constitution, on the other hand, is one that is not contained in a single document and consists of several different sources, which may be written or unwritten. This uncoded constitution can be broadly divided into two categories: first, a partially written and wholly uncoded constitution, and second, a largely written constitution. For the first form, the constitution can be found in unwritten traditions and conventions and written statutes. The mentioned form of constitution is unique to British and New Zealand. This is in contrast to the second form, in which most, but not all, of the constitution is written in a single or few documents.

² Hilaire Barnett, *Understanding Public Law* (Routledge-Cavendish 2010) 50.

³ Ibid.

⁴ Graeme Broadbent, *Public Law Directions* (Oxford University Press 2009) 50.

⁵ Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom* (2nd edn, Hart Publishing 2011) 26.

from the common law. The principle of parliamentary supremacy holds that the legislature has absolute sovereignty and is superior to the executive and the judiciary. Parliament, therefore, has the right to legislate without restriction and the Court cannot challenge the validity of acts of parliament.⁶

Moreover, the doctrine of parliamentary sovereignty has also influenced many of the constitutional systems of the countries in the former British Empire, in which the operational context was entirely different.⁷ Australia, a former British colony, was certainly influenced by the concept of parliamentary sovereignty despite of the presence its largely written constitution.⁸ However, because of the country's distinctive political structure and institutions, the implications of parliamentary sovereignty in Australia are different from the UK. This paper will examine to what extent the doctrine of parliamentary sovereignty is manifested in Australian law.

Before studying the doctrine of parliamentary sovereignty in Australian law, it is first necessary to understand the definition, and practical roles, of the doctrine of parliamentary sovereignty. Secondly, it needs to be determined how the English common law influenced

⁶ Broadbent (n 2) 50.

⁷ Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy* (Oxford University Press 1999) 1.

⁸ In Australia, most constitutional principles and core political ideas and regulations are written in a single document, the Commonwealth of Australia's Constitution. However, the presence of constitutionally significant statutes, namely the Statute of Westminster 1931 (as adopted by the Commonwealth in the Statute of Westminster Adoption Act 1942) and the Australia Act 1986, indicates that Australia's constitution is not contained in a single constitutional document. In this article, the author will, therefore, refer to the Australian constitution as a written constitution rather than a codified constitution.

Australian law. After that, the paper will delve into an explanation of the scope and influence of parliamentary sovereignty in the Australian legal system.

2. What is the Doctrine of Parliamentary Sovereignty?

2.1 Defining Parliamentary Sovereignty: Dicey's Conception

The tradition of defining and explaining sovereignty was explained by Albert Venn Dicey in his *Introduction to the Study of the Constitution*, 1885.

“The principle of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.”⁹

From the above statement, the definition of the doctrine of parliamentary sovereignty can be split into three principles, as follows:

2.1.1 Parliament May Enact Laws on Any Subject Matter

This principle is the very keystone of the law of the British constitution that states that Parliament has the right to make or unmake any law whatsoever; moreover, no person or organization is recognized under English law to have the right to revoke or set aside the legislation made by Parliament.¹⁰ In this sense, it implies that parliamentary sovereignty holds that Parliament, consisting of the House of Commons, the House of Lords, and the

⁹ A.V. Dicey, *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution* (Macmillan 1915) 36, quoted in Cheryl Saunders and Anna Dziejic, 'Parliamentary Sovereignty and Written Constitutions in Comparative Perspective' in A Welikala (ed), *The Sri Lankan Republic at 40: Reflections on Constitutional History, Theory and Practice* (Centre for Policy Alternatives 2012) 479.

¹⁰ Peter Leyland, *The Constitution of the United Kingdom* (2nd edn, Hart Publishing 2011) 47.

Sovereign, has unlimited legislative competence to pass or repeal any law.¹¹ Parliament holds this absolute authority because, in the absence of a codified constitution, it represents all of the people and acts as a law-maker, and thus it assumes a role of special importance.¹² Blackstone mentioned that ‘Parliament can do everything that is not naturally impossible.’¹³

However, it has been commented that, in practice, Parliament cannot actually enact any law since there are many pressures to restrain its sovereignty. For example, if an act passed by Parliament is not proper, it will incite public condemnation and the threat of civil disobedience.¹⁴

2.1.2 Parliament Cannot Be Restricted by a Previous Parliament or Restrict a Future Parliament

The justification for the second rule comes from the basic concept of sovereignty in that sovereignty is ultimate and unlimited power. Hence, Parliament cannot be restricted by either an earlier or later parliament; if Parliament could be restricted by another, then the restricted parliament would not actually be ‘sovereign’.¹⁵ From this statement, it can be said that a crucial aspect of the sovereignty of Parliament is that it can change the legislation passed by preceding parliaments. In other words, any pre-existing law can be replaced by an act passed by a subsequent parliament.¹⁶ Furthermore, Parliament also cannot bind its

¹¹ Nick Howard, *Beginning Constitutional Law* (Routledge 2013) 68.

¹² Leyland (n 8) 47.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Saunders and Dziedzic (n 7) 479.

¹⁵ Barnett (n 1) 52.

¹⁶ Leyland (n 8) 48.

successors or any future parliament.¹⁷ The fact that the later parliament can legislate without the limited provision from the previous parliament demonstrates the complete sovereignty of parliament.¹⁸

2.1.3 No Body May Question the Validity of an Act of Parliament

In the third rule, the sovereignty of parliament means that once a bill has passed through its stages of consideration in Parliament, and has been granted royal assent, it becomes a valid Act of Parliament.¹⁹ Moreover, there is no other body that has the power to challenge the validity of an act made by Parliament. This principle is clearly illustrated in the *Bill of Rights of 1689*, in Article 9 which states: ‘proceedings in Parliament ought not to be impeached or questioned in any court or place out of Parliament.’²⁰ Furthermore, *British Railways Broad v Pickin* was a distinguished case that emphasizes this principle.²¹ In this case, Lord Morris affirmed that ‘When an enactment is passed there is finality unless and until it is amended or repealed by parliament.’²² It can be seen from this case that the court cannot question how the statute is passed. However, in *Jackson v Attorney General*,²³ it was held that the court had jurisdiction to consider whether the disputed Act was a valid Act of Parliament. Even if the court had determined that the statute was not valid; it would not have been able to override this Act of Parliament. From this case, it can be said that the Act

¹⁷ Howard (n 9) 68.

¹⁸ Barnett (n 1) 52.

¹⁹ Ibid 52.

²⁰ Leyland (n 8) 49.

²¹ *British Railways Broad v Pickin* [1974] AC 765.

²² Leyland (n 8) 50.

²³ *Jackson v Attorney-General* [2005] All ER (D) 136.

would remain in force, but that the court had the power to ascertain the validity of the disputed legislation.²⁴

2.2 Express Repeal and Implied Repeal

From the second principle mentioned above, it can be observed that since Parliament is truly sovereign, it can pass legislation to repeal earlier statutes either wholly or in part. An Act of Parliament can be repealed expressly or impliedly. In an expressed repeal, a later statute will declare explicitly that the whole or a part of a previous statute is being amended or repealed by the provision stated in the latter statute.²⁵ Sometimes, Parliament passes legislation that conflicts with an earlier act. The courts will preliminarily attempt to interpret both acts together to ascertain their compatibility.²⁶ However, if they cannot be reconciled then the two statutes are divergent and the doctrine of implied repeal will apply to this condition. According to the implied repeal concept, the latter legislation will always prevail over the former even though this is not expressly declared in the latter act.²⁷ These points may be demonstrated by a seminal case, *Ellen Street Estates v Minister of Health*.²⁸ In this case, Maughan LJ mentioned that ‘it is impossible for the Parliament to enact that in a subsequent statute dealing with the same subject - matter there can be no implied repeal.’²⁹

²⁴ Leyland (n 8) 50.

²⁵ Ibid 51.

²⁶ Broadbent (n 3) 51.

²⁷ Ibid.

²⁸ *Ellen Street Estates v Minister of Health* [1934] 1 KB 590.

²⁹ Ibid 597, quoted in Leyland (n 8) 52.

2.3 Practical Limitations of Parliament's Powers

In theory, Parliament can enact whatever legislation that it wishes, including the repeal of any previous statutes, and Dicey also noted that there is an absence of legal limitations on Parliament's capacity to legislate.³⁰ However, there are some explicitly practical limitations on the legislative authority of Parliament, as follows:

2.3.1 The Effectiveness of Law

The legislation passed by Parliament must be acceptable to the people. If an act is not obeyed or recognized by anyone as law, then the act will be ineffective. Thus, Parliament needs to enact proper legislation. For example, if the parliament legislates that dogs can only be taken for walks lawfully at 2 a.m.,³¹ then this provision in the Act will certainly be unacceptable; people will be against it and also refuse to obey it, thus making such an act ineffective. Therefore, it can be said that Parliament cannot enact any practically ineffective legislation.

2.3.2 Grants of Independence and Devolution of Law-Making Powers

Lord Denning MR mentioned that 'freedom once given cannot be taken away.' This concept applies to formally dependent territories.³² To illustrate, once the Westminster Parliament passed the *Zimbabwe Independence Act 1979*, no longer could Parliament revoke the grant of sovereignty to Zimbabwe, which was an independent country. Moreover, in the case that the UK Parliament confers law-making powers to the parliaments of the individual nations of the UK, namely Northern Ireland, Scotland, and Wales, in theory, the UK

³⁰ Broadbent (n 3) 52.

³¹ Ibid 57.

³² Ibid.

Parliament could cancel the powers conferred with the approval of the people in those nations.³³

2.3.3 International Obligation

When countries enter into international society by making agreements or treaties, it conduces that the countries hold an obligation either to do something or avoid doing something. Thus, Parliament should not breach or damage international relationships by passing any act that conflicts with international law.³⁴ There is a judicial presumption that

³³ Ibid 58.

³⁴ For example, the European Convention on Human Rights (ECHR) provisions are implemented into British law by the Human Rights Act of 1998 (HRA). This resulted in significant revisions to the UK's constitutional legislation, and the HRA granted courts unprecedented powers. On the one hand, others argue that the HRA is not destructive to parliamentary sovereignty. The justification for parliamentary sovereignty remains unchanged, which is based on the democratic mandate of Parliament. Parliament, elected by the electorate and hence responsible and accountable to the electorate, should be the highest authority in the nation. Ultimately, in the HRA, courts have no official authority to strike down laws. Therefore, parliamentary supremacy remains. On the other hand, experts consider that the HRA, directly and indirectly, restricts Parliament's sovereignty. Parliamentary sovereignty post-HRA is simply not the same as pre-HRA, and an appreciation of this is imperative for the success of the new institutional human rights compact. Three aspects of the HRA confine parliamentary sovereignty: Firstly, the Government and Parliament are no longer free to enact any legislation without first considering its effect on ECHR under section 19(1). Second, the interpretive obligation imposed on courts by section 3 assures judicial supervision of exercises of parliamentary sovereignty for human rights concerns. Judges have been granted the authority to interpret legislative language adopted by the Parliament in order to prevent inconsistency between legislative words and the ECHR. It is fair to conclude that judges have been granted broad and substantial authority over the ultimate interpretation of legislative words. Thirdly, judicial declarations of incompatibility may indirectly affect parliamentary and governmental decisions over whether or not to respond. Confronted with a declaration of incompatibility, public opinion may exert pressure to alter a law. (see Julie Debeljak, *The Human Rights Act 1998 (UK): The Preservation of Parliamentary Supremacy in the Context of Rights Protection*, 9 AUSTRALIAN JOURNAL OF HUMAN RIGHTS 183 (2003).

judges will interpret domestic law by its compatibility with international law.³⁵

2.3.4 The Judiciary

It cannot be denied that the work of judges through the development of the common law or the interpretation of legislation does not affect, in practice, acts of Parliament. Parliament usually allows a judicial decision to stand and this judicial decision is also an essential source of law, whether it is extending, restricting, or modifying a statute. For example, at the time of *R v R*,³⁶ husbands were granted immunity from the law of rape in relation to their wives. The House of Lords (Judicial Committee) overturned that immunity. Subsequently, Parliament approved this decision by amending the definition of rape in the *Criminal Justice and Public Order Act 1994*.³⁷ Moreover, as seen above in the case *Jackson v Attorney General*, the court stated unanimously that it was within the court's jurisdiction to determine whether the disputed legislation was a valid Act of Parliament.³⁸ From the *Jackson* case, thus, it can be said that the courts have affirmed the highly controversial suggestion that a primary statute *in extremis* might be challenged by the courts.³⁹

³⁵ Broadbent (n 3) 58-9.

³⁶ *R v R* [1992] 3 WLR 767.

³⁷ Broadbent (n 3) 59-60.

³⁸ Leyland (n 8) 50.

³⁹ *Ibid* 49.

3. The Influence of English Common Law on Australian Law

3.1 An English Influence on the Australian Constitution

After their loss of the American colonies in 1783, the British looked for a new destination for their penal colonies. In 1787, the Imperial Parliament (Imp)⁴⁰ passed the *New South Wales Act 1787* to establish a new colony in the area of New South Wales on the east coast of Australia. It was decided that the statutory and common law of England would be used as the legislation of the colony and that this convict colony would also be subject to imperial acts. Then, other colonies were settled separately around Australia, namely in Tasmania, Brisbane, Melbourne, Perth, and Adelaide, respectively.⁴¹ In the earliest stages, each colony established its own constitution based on the English model; however, unlike England's, the colonies' constitutions were written. Afterward, there was a strong public push for federation. Consequently, a federation of the colonies led to the drafting of constitutional conventions, which required the approval of the people of the Australian colonies. Eventually, after a series of referendums held over the period 1898-1900, the Imperial Parliament passed the *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* (Imp) for the creation of the new Dominion.⁴²

It can be seen that even though the Constitution had been approved by referendum in all of the Australian states, it still had to be passed as an Act of the Imperial Parliament. Finally, Australia was conferred with legal independence from the Imperial Parliament by the

⁴⁰ The English Parliament that exercise power over its colonies and empires.

⁴¹ Andrew J. Cannon, *Lessons from the Australian Constitution*, Worlds of Law : Foundations and Intersections (Lit-verlag 2008) 1-3.

⁴² Ibid 4-6.

Australia Act 1986 which was passed both by the Imperial Parliament and the Australian Parliament.⁴³ Thus, it was expressed by the fact that in the first instance, the Australian Constitution had to be passed by the Imperial Parliament, that the Constitution could theoretically be amended or repealed by the British parliament. The *Australia Act 1986*, which was the legislation that removed the residual imperial authority from Australia, still had to be approved by the Imperial Parliament. Consequently, the British parliament, in the form of the Imperial Parliament, had a significant influence on the formation of the Australian Constitution.

3.2 Parliamentary Sovereignty in the Former British Colonies

From the above statement, there have been immense English influences on the Australian Constitution, which is the supreme law of Australia. Furthermore, the English common law was imported as the law of Australia as well. The doctrine of parliamentary sovereignty, which is itself a feature of English common law, was also applied in varying degrees in all of Britain's colonies during the colonial or independence periods. Before independence, each colony acquired the authority to self-govern; therefore, written constitutions were required to create the institutional framework that self-governance needed. Even after independence, a written constitution was still essential because it was the document that confirmed that the new country held independent sovereignty.⁴⁴

However, by definition, it was impossible to harmonize the traditional form of parliamentary sovereignty with written constitutions. On the other hand, there was an

⁴³ Ibid 7-8.

⁴⁴ Saunders and Dziedzic (n 7) 481-2.

attempt to implement a possible measure of parliamentary sovereignty with the independent country. Moreover, it was argued that parliamentary sovereignty was assumed to underpin the process of the Australian Dominion's move toward independence and to release it from the authority of the British parliament.⁴⁵ This notion was expressed by two important acts of the British parliament, which were the *Colonial Laws Validity Act 1865* (CLVA) and the *Statute of Westminster 1931*. These two Acts combined worked to progressively release the Dominion from the primacy of the British parliament, which eventually led to Australia becoming a fully independent country.

The CLVA conferred the power to the colonial legislatures to amend their own constituent legislation, as stated in Section 5 of the Act that 'Every colonial legislature shall have...full power to make laws respecting the constitution, power, and procedure of its legislature'.⁴⁶ Then, the *Statute of Westminster 1931* cancelled the CLVA in its application to the parliaments of Dominions. It provided that no law made by the parliament of a Dominion shall be void or inoperative on the ground that it is repugnant to the existing or future law of England and also granted the power to the Dominion parliaments to repeal or amend any such legislation that is part of the law of the Dominion.⁴⁷ Thus, it can be seen that the two statutes above demonstrate that generally, the Dominion parliaments had the power to enact or repeal any laws in their countries; and this is certainly one of the principles of parliamentary sovereignty. It should be noted that such provisions in these

⁴⁵ Ibid 482-3.

⁴⁶ However, the provision from this Act also required that 'such laws shall have been passed in such manner and form as shall from time to time be required by any Act of Parliament, letter patent, order in council, or colonial law...'.⁴⁷

⁴⁷ The *statute of Westminster 1931* (Imp), s 2 was not applied to the Australian States.

statutes had the effect of allowing the Dominions to govern themselves more liberally. Hence, it can be said that parliamentary sovereignty supported the process of granting independence to Dominions.

4. The Doctrine of Parliamentary Sovereignty in Australian Law

Australia, one of the British Empire's former colonies, certainly inherited the British constitutional concept of the doctrine of parliamentary sovereignty and integrated it into its legal system. However, parliamentary sovereignty could not be reconciled with its written constitution which was established on both a federal and state level. Thus, it is impossible to apply this doctrine in its full English sense in Australia.⁴⁸ It has been argued that the doctrine of parliamentary sovereignty has left a subtle mark on the Commonwealth's Constitution, yet it has held a greater influence on the states' constitutions.⁴⁹ The scope of the application of parliamentary sovereignty will be explained below.

4.1 The Scope of the Doctrine of Parliamentary Sovereignty

In Australia, there was a significant distribution of legislative power between the Commonwealth and the states, with limitations being placed on the sovereignty of Parliament as a consequence.⁵⁰ Furthermore, it has been argued that the idea of parliamentary sovereignty in Australia must be explained in the context of the strict limits

⁴⁸ David Clark, *Principles of Australian Public Law* (LexisNexis Butterworths, 2nd ed, 2007) 18 [1.28].

⁴⁹ Saunders and Dziedzic (n 7) 485.

⁵⁰ Tony Blackshield and George Williams, *Blackshield and Williams Australian Constitutional Law and Theory : Commentary and Materials* (The Federation Press, 5th ed, 2010) 384-5.

and boundaries that were introduced by the Commonwealth Constitution, and to some extent, by the state constitutions.⁵¹

4.1.1 The Scope in the Commonwealth Constitution

The *Commonwealth of Australia Constitution Act 1900* divides legislative power between the Commonwealth parliament and the state parliaments. For the Commonwealth parliament, the federal Constitution confers legislative power to the 39 heads of power listed in section 51. Nevertheless, it can be said that the federal Constitution circumscribes the Commonwealth legislature by confining such lists of legislative power. Furthermore, the authority of the Commonwealth parliament to amend the Commonwealth Constitution is bounded by section 128 of the federal Constitution. Thus, in order to alter the Constitution, the distinctive procedure prescribed in section 128 must be followed, which further restricts the legislative capacity of the Commonwealth parliament.⁵²

The limitations of the legislative power of the Australian state parliaments prescribed in the Commonwealth Constitution can be seen. At the earlier stage, the British parliament provided each colony with the legislative authority stated in the Colonial Laws Validity Act 1865, section 5. This Act expressed clearly that each colonial legislature had the full power to enact laws respecting their own constitutions, powers, and procedures. When the federal Constitution was enforced, the state legislatures' powers were saved by sections 106 and 107 of the federal Constitution. Section 107 expressed explicitly that with the exception of

⁵¹ Ibid 89.

⁵² Clark (n 45) 18 [1.28].

the power granted exclusively to the Commonwealth parliament, the states' legislative powers were to continue.⁵³

The Commonwealth Constitution, however, also restricts the state parliaments' capacities. For example, when there is a concurrent area in which the law-making power may be exercised by both the federation and the state, the statutes on both the state and Commonwealth levels could be enforced. Yet, if any conflicts arise from the presence of such laws, the Commonwealth legislation will prevail over the state law.⁵⁴ Hence, it can be seen that the state's legislative power is restricted when the federation has concurrent legislative power.

Furthermore, some provisions of the Constitution indicate expressly that the federal legislature has exclusive authority over the certain subject matter; examples of which are mentioned in sections 52 and 92. Thus, it can be implied that the state cannot enact any legislation in these areas. Such provisions can be considered as setting the bounds of the states' law-making powers.⁵⁵

As mentioned above, the concept of parliamentary sovereignty can be explained in terms of the ability of Parliament to restrict legislative powers. It can be seen that the Commonwealth Constitution provides the proviso to limit both Commonwealth and state parliaments. Thus, from the content found in the Commonwealth Constitution, it can be argued that the primary legislative bodies in Australia are not truly sovereign.

⁵³ Blackshield and Williams (n 47) 426.

⁵⁴ *The Constitution of Commonwealth of Australia Act 1900*, S 109.

⁵⁵ Blackshield and Williams (n 47) 426.

4.1.2 The Scope in the State Constitutions

Regarding the Australian states, apart from the limitations imposed on the state legislative powers as provided by the federal Constitution (as mentioned above), the state parliaments' powers of alteration and of repeal with respect to any such laws have continued to be enforced.⁵⁶ However, it can be seen from the Australian state constitutions that the state legislatures have not had the absolute authority to enact or amend any laws without limitation; there are still provisions to do so. The rigid limits and boundaries of the legislative power set by the Australian state constitutions can be discussed from two perspectives: first, '*Peace, Welfare and Good Government,*' and second, '*Manner and Form Requirement.*' These two points are considered to be the constitutional entrenchment of respective legislative procedures.⁵⁷

Regarding '*Peace, Welfare, and Good Government,*' it can be described that generally, the state constitution grants legislative power to the parliament of that state. To illustrate, the *Constitution Act 1902* (NSW) section 5 provides that the legislature shall, subject to the provisions of the Commonwealth of Australia Constitution Act, have the power to make laws for the peace, welfare, and good government of New South Wales in all cases whatsoever.

Even though the grant of legislative authority in some other state constitutions may differ in wording, they have the same effect in offering legislative power. Nevertheless, for all

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid 428.

states, the ‘peace, welfare and good government’ formula is now set according to section 2(1) of the *Australia Act 1986*.⁵⁸

There is an assumption that, in offering legislative power, the formula ‘peace, welfare, and good government’ might be judicially interpreted as a limitation on parliamentary sovereignty. To determine whether such disputed legislation follows this formula, the court will consider whether the disputed statute is really intended for the *peace*, for the *welfare*, or for the *good government* of NSW. The disputed legislation would be unconstitutional if the answer to these questions were ‘no’.⁵⁹ In *Building Construction Employees and Builders’ Laborers Federation v Minister for Industrial Relations (NSW)*,⁶⁰ Street CJ said that ‘...[L]aws inimical to, or which do not serve, the peace, welfare, and good government of our parliamentary democracy...will be struck down by the courts as unconstitutional.’⁶¹

When comes to the ‘Manner and Form Requirement’, there is a restrictive legislative procedure that stipulates that if the enactment of a law does not follow a particular law-making process, the law shall be invalid. It has been argued that this phrasing of the ‘Manner and Form Requirement’ has challenged the conception of parliamentary sovereignty, as introduced by Dicey because the state parliaments can limit the power of future parliaments.⁶²

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ *Building Construction Employees and Builders’ Laborers Federation v Minister for Industrial Relations (NSW)* 7 NSWLR 372.

⁶¹ Ibid 387.

⁶² Blackshield and Williams (n 47) 440.

This phrase is derived from the *Colonial Laws Validity Act 1865*, which imposed the provision that the law of the colonies must be passed in such a manner and form as may from time to time be required by any imperial or colonial legislation in force at that time.⁶³ In order to understand the manner and form clearly, it is useful to consider a case that appeared in New South Wales, which was *Attorney General for New South Wales v Trethowan*.⁶⁴

In this case, the government of NSW anticipated that an incumbent government led by a rival party would pass a statute revoking the legislative council. Thus, the *Constitution of New South Wales 1902* was amended in 1929 by the addition of section 7A which stated that if there was an attempt to enact any bill that had the intention of abolishing the legislative council, that bill would have to be passed by a special procedure requiring it to be approved by both the lower and upper houses with a two-thirds majority. It would also have to be approved by a referendum of the people. Furthermore, section 7A also included a proviso to prevent the new government from repealing section 7A itself, by stating that the same procedure must be followed if the 1929 Constitution Act were to be repealed.⁶⁵ Afterward, the new government was elected and it decided to revoke the legislative council by drafting a bill that ignored the provision set in the 1929 Constitution Act. In the process of acquiring the governor's royal assent, it was argued that the bill had not been passed according to the constitutional legislative process, so royal assent should not be granted.

⁶³ the *Colonial Laws Validity Act 1865* (Imp), s 5.

⁶⁴ *Attorney General for New South Wales v Trethowan* [1932] AC 526.

⁶⁵ Broadbent (n 3) 55.

Both the Australian High Court and the Privy Council held that section 5 of the *Colonial Laws Validity Act 1865* allowed a colonial legislature to enact or amend any law; however, the enactment process had to follow the procedural requirement that was legally in force at the time. In this case, therefore, the New South Wales Parliament was required to follow the entrenched procedures provided in the 1929 Constitution Act. The state parliament did not possess the sovereignty to ignore it. It can be seen that the new government failed to follow the legislative procedural requirement, meaning that such a bill would not be given royal assent.⁶⁶

A similar proviso to section 5 of the *Colonial Laws Validity Act 1865* was enacted in section 6 of the *Australia Act 1986*. Thereby, when any question regarding the power of Parliament to legislate the Act arises, the courts appear to accept the constitutional entrenchment of legislative procedure found in the *Australia Act 1986*. This has the effect that state parliaments do not have full power to make or alter their statutes without unconstrained limitations.⁶⁷ Moreover, it can be said that the 'Manner and Form Requirement' in the *Australia Act 1986*, section 6, is the provision that confers the capacity of the parliament to bind its successor, which is inconsistent with Dicey's definition of parliamentary sovereignty.⁶⁸

From the aforementioned statement, it appears that the concept of parliamentary sovereignty in Australian states has to be explained in terms of the limitation of the

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Gerard Carney, 'An Overview of Manner and Form in Australia' (1989) 5 *QLD. University of Technology Law Journey* 69, 95.

legislatures' powers. As is apparent from what has been said, the state constitutions also encircle the limitations of the legislative authority of their parliaments. Thus, the state parliament is not sovereign and these kinds of restrictions are not consistent with parliamentary sovereignty.

4.2 The Influence of the Doctrine of Parliamentary Sovereignty

As previously discussed, the Australian parliament's absolute legislative power is denied. However, parliamentary sovereignty is not without influence.⁶⁹ In particular, parliamentary sovereignty determines the contours of legal interpretation. For example, when a question arises before the court regarding the legislative competence of the state parliament, the Privy Council held, in the opinion in *R v Burah*,⁷⁰ that each colonial parliament has plenary power of legislation that is the same as the Imperial Parliament itself. Thus, to construe how the provision of the *State Constitution Act* confers legislative power to the state parliament, the principles that are exercised in England as part of the rule of parliamentary sovereignty have to be applied.⁷¹

Parliamentary sovereignty continues to influence the interpretation of Australian constitutional law.⁷² In *Kable v Director of Public Prosecutions (NSW)*, Dawson J mentioned that the doctrine of parliamentary supremacy is the basic principle of English common law,

⁶⁹ Patrick Keyzer and Jennifer Clake Peter Hanks, *Australian Constitutional Law: Materials and Commentary* (LexisNexis Butterworths, 7th ed, 2004) 312 [5.4.7].

⁷⁰ *R v Burah* (1878) 3 App Cas 889.

⁷¹ Keyzer, Hanks and Clake, above n 66, 312-3 [5.4.7].

⁷² Julie Taylor, 'Human Rights Protection in Australia: Interpretation Provisions and Parliamentary Supremacy' (2004) 32 *Federal Law Review* 57, 58.

which was inherited by Australian law, therefore the court should give effect to it accordingly.⁷³ In *Kartinyeri v Commonwealth*,⁷⁴ Brennan CJ and McHugh L cited the traditional explanation of parliamentary sovereignty in relation to the Commonwealth Parliament, when referencing its legislative power to make or repeal laws.⁷⁵

Moreover, it was suggested that the decision to exclude a bill of rights from the Commonwealth Constitution in 1901 can reinforce the assumption related to parliamentary sovereignty that rights are protected properly by Parliament and the common law.⁷⁶ Furthermore, there was the introduction of legislative rights instruments in a form that was designed to preserve parliamentary sovereignty; this instrument is known as the ‘interpretation provisions.’⁷⁷ In Australia, several bills have applied interpretation provisions to protect human rights. An example law passed by the Commonwealth Parliament is the *Human Rights Act 2004* (ACT). This lays down the provisions for interpretation in section 30 by stating that ‘So far as it is possible to do so consistently with its purpose, a Territory law must be interpreted in a way that is compatible with human rights.’

Section 30 suggests that the courts should interpret territory law, insofar as it is possible, in a manner that is compatible with human rights law. It has been argued that the interpretation provisions are consistent with the concept of parliamentary sovereignty because they involve the legislature making an instrument for the court regarding how the

⁷³ *Kable v Direction of Public Prosecutions (NSW)* (1996) 189 CLR 51, 74.

⁷⁴ *Kartinyeri v Commonwealth* (1998) 195 CLR 337.

⁷⁵ Taylor (n 69) 59.

⁷⁶ Saunders and Dziedzic (n 7) 489.

⁷⁷ Ibid.

laws are meant to be interpreted, while at the same time, they also retain the power for Parliament to override the interpretation of the court.⁷⁸

However, there is also the controversial argument that states that the interpretation provisions go against the doctrine of implied repeal, which is one of the concepts of parliamentary sovereignty because the interpretation provisions imply that only an expressed repeal from parliament can abolish a previous human rights statute. Or, in other words, the interpretation provisions exclude the implied repeal of human rights statutes. Yet, this argument can be resolved by using the principle of statutory interpretation which states that ‘there is the assumption that Parliament does not generally intend to repeal statutory human rights protection except by the clearest of words.’⁷⁹

From the previous principle, it can be said that only clear and unambiguous statements are required to abrogate human rights. Thus, interpretation provisions are not necessary to exclude an implied repeal of human rights legislation because it naturally requires a clear indication from the Act if Parliament wants to revoke a human rights statute. This assumption also supports the proposition that interpretation provisions that protect human rights are not inconsistent with parliamentary sovereignty.⁸⁰ Moreover, the interpretation provisions are not like the manner and form provisions because they do not bind a successor parliament; future parliaments are free to repeal them expressly through legislation.⁸¹

⁷⁸ Taylor (n 69) 72.

⁷⁹ Ibid 73.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid 75.

It can clearly be seen that the ‘interpretation provisions’ enacted in a human rights statute would be consistent with the parliamentary sovereignty because they would expressly allow Parliament to repeal the statutory protection of human rights or the interpretation provisions themselves. Finally, from the above explanation, it can be seen explicitly that parliamentary sovereignty has thus influenced statutory interpretation and human rights protection in Australia.

5. Conclusion

In the UK, there is an absence of a codified constitution or a largely written constitution; however, the doctrine of parliamentary sovereignty, created through judicial acceptance under English common law, is the core principle of its constitutional apparatus. Parliamentary sovereignty was likewise implemented to differing degrees in all former British Dominions; undoubtedly, this doctrine has also impacted Australia, as one of Britain's colonies. However, because Australia acquired a written constitution from the Imperial Parliament, it is impossible to apply the complete notion of parliamentary sovereignty in Australia, according to Dicey's definition.

As was mentioned, Commonwealth and state parliaments in Australia do not have true parliamentary sovereignty. It has been demonstrated that the Commonwealth parliament's powers are limited because it was established by the federal constitution and was granted legislative power as prescribed by the Constitution. The states' legislative powers are restricted by the Commonwealth Constitution, the state constitutions, and some of the Commonwealth's powers. Thus, neither the Commonwealth nor the state parliaments

in Australia have the necessary legislative supremacy to enact or amend laws without limitation. Nonetheless, although the parliaments in Australia are not fully sovereign, parliamentary sovereignty has continued to influence the Australian legal system, particularly in how it applies to legal interpretation and statutory human rights protection.

คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

1. วัตถุประสงค์

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า (Nitipat NIDA Law Journal) มีวัตถุประสงค์เพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ ผลงานทางวิชาการและผลงานวิจัยทางด้านนิติศาสตร์ รวมถึงกฎหมายเพื่อการพัฒนา สังคมวิทยากฎหมาย นิติ เศรษฐศาสตร์ นิติปรัชญาและสาขาอื่นที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย และเพื่อพัฒนาคุณภาพงานตีพิมพ์วารสารให้เป็นไปตามมาตรฐานซึ่งเป็นที่ยอมรับในระดับประเทศและระดับสากล

2. กำหนดการตีพิมพ์

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิต้า เป็นวารสารวิชาการซึ่งตีพิมพ์ผลงานวิชาการ ที่เขียนขึ้นโดยบุคลากรทั้ง ภายในและภายนอกมหาวิทยาลัย โดยจัดพิมพ์ปีละ 2 ฉบับ ทุก 6 เดือน ดังนี้

ฉบับที่ 1/.... เดือนมกราคม - มิถุนายน

ฉบับที่ 2/.... เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม

3. คำแนะนำสำหรับผู้เขียน

3.1 ใช้รูปแบบการเขียนและภาษาที่เหมาะสมกับลักษณะของบทความทางวิชาการอันเป็นที่ยอมรับ โดยทั่วไป ไม่มีการคัดลอกผลงานของผู้อื่น และมีการตรวจทานต้นฉบับทั้งในส่วนของรูปแบบการเขียน รูปแบบ การอ้างอิง การสะกดคำ และไวยากรณ์แล้วเป็นอย่างดี

3.2 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) โดยผู้เขียนสามารถใช้แบบฟอร์มของวารสาร กฎหมายนิติพัฒนา นิต้า ซึ่งสามารถดาวน์โหลดได้ที่ law.nida.ac.th/journal

3.3 องค์ประกอบของบทความต้องมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

3.3.1 ชื่อเรื่อง (Title)

ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 18 พอยต์ ตัวหนา

3.3.2 บทคัดย่อ (Abstract)

ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ โดยอธิบายเป็นเรียงความย่อหน้าเดียวที่มีใจความครบถ้วน

อันประกอบด้วย วัตถุประสงค์ ความสำคัญของบทความ และบทสรุป

ชื่อหัวข้อของบทคัดย่อ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา

โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทคัดย่อ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Abstract”

3.3.3 คำสำคัญ (Keyword)

จำนวน 3-5 คำ ทั้งภาษาไทยและภาษาอังกฤษ

ชื่อหัวข้อของคำสำคัญ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “คำสำคัญ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Keywords”

3.3.4 บทนำ (Introduction)

ชื่อหัวข้อของบทนำ ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์ ตัวหนา โดยภาษาไทยใช้คำว่า “บทนำ” และภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Introduction”

3.3.5 เนื้อหา ใช้ตัวอักษร TH SarabunPSK ขนาดตัวอักษร 16 พอยต์

3.3.6 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) เลขหน้าที่อ้างอิง.

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

ภาษาอังกฤษ

author, *title* (additional information, edition, publisher year) page number.

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

บทความ

ภาษาไทย

ชื่อผู้แต่งบทความ, ‘ชื่อบทความ’ (ปีที่พิมพ์) ฉบับที่ ชื่อวารสาร หน้าแรกของบทความ, เลขหน้าที่อ้างอิง.

มนตรี เกิดมีมูล, ‘ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน’ (2560) 57 วารสารพัฒนา บริหารศาสตร์ 152, 158-159.

ภาษาอังกฤษ

author, 'title'(year) Volume No. Journal's Name or Abbreviation first page, 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) เลขหน้าอ้างอิงถึง.

สุจิตต์ วงษ์เทศ, 'ประวัติศาสตร์ไทยเป็นส่วนหนึ่งที่แยกไม่ได้ของประวัติศาสตร์สุวรรณภูมิในอาเซียน' ใน พิพัฒน์ กระแจะจันทร์, *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, 'การใช้กฎหมายเพื่อการอนุรักษ์ช้างในประเทศไทย' (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 วัน เดือน ปี.

ปรีชา สุวรรณทัต, 'Government Shutdown /การเมืองเรื่องการงบประมาณของสหรัฐ' (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> accessed Day Month Year.

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 ถูกทำให้ฝ่อ 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) accessed 3 July 2019.

การอ้างซ้ำ

1. ในกรณีที่ไม่มีเชิงอรรถอื่นมาก่อน

1.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้ เพ็ญอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

เพ็ญอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

เพ็ญอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ *ibid.*

(ก) กรณีอ้างอิงหน้าเดียวกัน

Ibid.

(ข) กรณีหน้าที่อ้างอิงถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง (น เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) เลขหน้าที่อ้างอิงถึง.

มนตรี เกิดมีมูล (น 19) 155.

2.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้

Author' surname, 'work title' (n first cited footnote) page number.

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 โดยทำตามคำแนะนำก่อนส่งบทความเกี่ยวกับการไม่ระบุตัวตนของผู้เขียนตามระบบ Thaijo

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องได้รับการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded การพิจารณาตีพิมพ์บทความขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด

บทความ

กระบวนการสร้างแบบความคิดว่าด้วยนิติศาสตร์แนวอาณานิยม
กัษมพร รอดขันเมือง

การยุติการตั้งครุฑ: ศึกษากรณีการทำแท้งโดยชอบด้วยกฎหมาย
อาญามาตรา 301 และ 305

ปิชญา เหลืองรัตนเจริญ

การศึกษาแนวทางในการนำโทษปรับทางปกครองหรือโทษปรับเป็นพินัย
มาใช้แทนโทษอาญาตามพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์
พ.ศ. 2551

*รณัทเทพ เรียงประสิทธิ์ อมรรัตน์ กุลสุจริต พิชรพรรณ นุชประยูร
และอมรรัตน์ อำมาตเสนา*

ปัญหากฎหมายในการจัดซื้อจัดจ้างขององค์การมหาชนด้าน
สาธารณสุข: ศึกษากรณีโรงพยาบาลบ้านแพ้ว (องค์การมหาชน)

กิตตินันท์ จงอารี

The Doctrine of Parliamentary Sovereignty:
Its Scope and Influence on the Australian Law System

Tian-ngern Uttarachai



กองบรรณาธิการวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240

Tel: 0 2727 3662

Fax: 0 2374 4731

E-mail: nitipat_lawjournal@nida.ac.th

Website: law.nida.ac.th/journal