

วารสารกฎหมาย

นิติพัฒน์ นิด้า

NITIPAT NIDA LAW JOURNAL

ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม-ธันวาคม 2566

ISSN 2822-0560 (Print)

ISSN 2822-0609 (Online)

บทความ

การดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติและการจัดที่พักแบบโฮมสเตย์เพื่อการ
หารายได้ในชุมชนของจังหวัดระนอง

ศุภลักษณ์ พิณจิววดล

ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูล
และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

กิตติสุรณ สังขสุวรรณ

มาตรการระหว่างประเทศกับปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
จากการทำรัฐประหาร

วันชนก ยอดยิ่ง และ ชูเกียรติ น้อยฉิม

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายฝรั่งเศส:
แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมาย
ที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine)

อภิญา แก้วกำเนิด

นโยบายและมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงทางสังคม
สำหรับสังคมสูงวัย : ศึกษากรณีการเตรียมความพร้อมในการจ้างงานผู้สูงอายุ
ในภาคเอกชน

ณานิทธิ์ สันตะพันธ์ และ พิชรพรรณ นุชประยูร

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2566
คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



Nitipat NIDA Law Journal
Volume 12 No. 2 July - December 2023
Graduate School of Law
National Institute of Development Administration
วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิด้า
ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม - ธันวาคม 2566

บรรณาธิการ

อาจารย์ ดร. วิสาखा ภู่อารว

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองบรรณาธิการ

ประภัตรา ปักกัตตั้ง

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

กองบรรณาธิการ

ศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รองศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.พินัย ณ นคร

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ศาสตราจารย์ ดร.สรารุช ปิตยาศักดิ์

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

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ผู้ประสานงานวารสาร

เขมจิรา คณนาธรรม

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

นักศึกษาผู้ช่วยโครงการวารสาร

อธิบัติ กาวีจันทร์ วรเชษฐ์ จำปา สรายุทธ หนูเผือก และกฤษดา รื่นสุข

หลักสูตรนิเทศศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิเทศศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Nitipat NIDA Law Journal (Peer-reviewed Journal)

Volume 12 No. 2 July - December 2023

วัตถุประสงค์และขอบเขตการดำเนินงานของวารสาร

วารสารกฎหมายนิติพัฒนา นิด้า (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 นิด้า มี 2 รูปแบบ กล่าวคือ เผยแพร่ในรูปแบบตัวเล่ม ซึ่งสามารถเข้าถึงได้ที่ห้องสมุด คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ หรือสั่งซื้อได้ที่ โครงการวารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ “นิติพัฒนา นิด้า” 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 นิด้า เป็นวรรณกรรมและความรับผิดชอบของผู้เขียนแต่ละท่านโดยเฉพาะ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์และกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยหรือร่วมรับผิดชอบใด 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 12 ฉบับที่ 2 เดือนกรกฎาคม - ธันวาคม ปี 2566 ได้รวบรวมบทความวิชาการและบทความวิจัยซึ่งนำเสนอแง่มุมทางกฎหมายที่เชื่อมโยงกับมิติของการพัฒนาสังคม โดยมุ่งเน้นการเปิดมุมมองเพื่อการทบทวนปรัชญา โครงสร้างทางกฎหมายและมาตรการที่มีอยู่ให้สามารถตอบโจทย์ปัญหาใหม่และปัญหาที่กำลังดำเนินอยู่อย่างต่อเนื่องในสังคมไทย มิติการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ถูกสะท้อนผ่านกระบวนการออกแบบสภาพแวดล้อมทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรมนุษย์และสิ่งแวดล้อมให้เกิดประสิทธิผลทางเศรษฐกิจควบคู่ไปกับการดูแลรักษาทรัพยากรให้มีใช้อย่างยั่งยืน บทความจากผู้เขียนในเล่มนี้ยังสะท้อนถึงบทบาทสำคัญของกฎหมายในฐานะหลักประกันทางสังคมเพื่อการอยู่ร่วมกันโดยลดความขัดแย้ง ด้วยการเคารพสิทธิพื้นฐานความเป็นมนุษย์ในสังคมที่มีความหลากหลายทั้งในเชิงความคิด อุดมคติและความต้องการ ภายใต้เงื่อนไขบริบททางวัฒนธรรมและสภาพทางกายภาพที่แตกต่างกันของบุคคล รวมถึงวิธีการทบทวนมาตรฐานแห่งความยุติธรรมนั่นเองเมื่อสภาพข้อเท็จจริงทางสังคมเปลี่ยนไปและจำเป็นต้องค้นหาหลักการใหม่เพื่อนำมาปรับใช้ในการตัดสินใจภายใต้ศาสตร์แห่งความยุติธรรม

บทความแรก “การดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติและการจัดที่พักแบบโฮมสเตย์เพื่อการหารายได้ในชุมชนของจังหวัดระนอง” โดย ศาสตราจารย์ ดร. ศุภลักษณ์ พิณีจิววล เป็นบทความวิจัยซึ่งนำเสนอข้อพิจารณาในการใช้มาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ มาตรการทางภาษี เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการดูแลรักษาทรัพยากรแหล่งน้ำโดยเฉพาะน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อน และแนวทางการวางกรอบทางกฎหมายเพื่อการส่งเสริมการหารายได้ในชุมชนโดยการบริหารจัดการที่พักแบบโฮมสเตย์ โดยคำนึงถึงความสมดุลระหว่างการดำรงชีพและวิถีชีวิตของคนในชุมชน การดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากสภาพแวดล้อมและภูมิประเทศ

บทความที่สอง “ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562” โดย ดร. กิตสุรณ สังขสุวรรณ เป็นบทความวิจัยซึ่งศึกษาการนำแนวคิดกระบวนการจัดการข้อมูลแบบวงจรชีวิตข้อมูล (Data Life Cycle) มาปรับใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งรวมถึงหน้าที่เกี่ยวกับการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูล

บทความที่สาม “มาตรการระหว่างประเทศกับปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร” โดย วันชนก ยอดยิ่ง และรองศาสตราจารย์ ดร. ชูเกียรติ น้อยฉิม เป็นบทความวิจัยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน: ศึกษากรณีการกระทำรัฐประหารและหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนการทำรัฐประหาร” ผู้วิจัยได้นำเสนอกรอบมาตรการทางกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการนำมาปรับใช้กับกรณีการทำรัฐประหารรูปแบบสมัยใหม่ รวมถึงการกระทำอื่นใดที่เป็นการสนับสนุนการกระทำแนวทางและมาตรการเพื่อกำหนดความรับผิดชอบแก่บุคคลที่เกี่ยวข้องจากผลกระทบด้านต่าง ๆ รวมถึงข้อพิจารณาว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

บทความที่สี่ “บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายฝรั่งเศส: แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอน หรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine)” โดย ดร. อภิญญา แก้วกำเนิด เป็นบทความวิชาการซึ่งนำเสนอความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบ่อเกิดของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในกรณีของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ได้แก่ La jurisprudence หรือกฎหมายที่สร้างโดยแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครอง และ

La doctrine หรือกฎหมายที่สร้างจากหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของนักวิชาการและศาล และฝ่ายปกครองของประเทศฝรั่งเศส บทความนี้นำเสนอบทบาทที่สำคัญของนักกฎหมาย ได้แก่ นักวิชาการและตุลาการศาลในการสร้างและพัฒนากฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายของศาลปกครอง และเป็นแนวทางพัฒนาปรัชญาของศาลปกครองในระบบศาลคู่ซึ่งประเทศไทยสามารถศึกษาเป็นแนวทางการพัฒนาศาลปกครองไทยได้

บทความสุดท้ายของวารสารฉบับนี้ “นโยบายและมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงทางสังคมสำหรับสังคมสูงวัย: ศึกษากรณีการเตรียมความพร้อมในการจ้างงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน” โดยอาจารย์ ดร. ฌานิทธี สันตะพันธ์ และ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. พัชรวรรณ นุชประยูร เป็นบทความวิจัยซึ่งศึกษามาตรการและกลไกทางกฎหมายที่ช่วยส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย โดยเฉพาะจากมติการจ้างแรงงานภาคเอกชน โดยคำนึงถึงสภาพสังคมไทยที่กำลังเปลี่ยนเข้าสู่สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์ เนื่องจากไม่มีการกำหนดการคุ้มครองสภาพการจ้างงานไว้เป็นการเฉพาะสำหรับผู้สูงอายุ ผู้วิจัยได้เสนอการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในส่วนนิยาม “ผู้สูงอายุ” และข้อพิจารณาเพิ่มมาตรการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ โดยคำนึงถึงเพศ ช่วงอายุ ข้อจำกัดเกี่ยวกับสภาพร่างกาย การกำหนดลักษณะงาน และสภาพการทำงานที่เหมาะสม

กองบรรณาธิการยังคงมุ่งมั่นในการดำเนินภารกิจสำคัญของคณะนิติศาสตร์ในการเผยแพร่องค์ความรู้ทางวิชาการและงานวิจัยเกี่ยวกับการปรับใช้องค์ความรู้ด้านกฎหมายเพื่อพัฒนาสังคม รวมทั้งพัฒนาคุณภาพงานวารสารกฎหมายไทย กองบรรณาธิการวารสารขอขอบคุณทุกท่านที่ให้การสนับสนุนการทำงานของวารสารและหวังเป็นอย่างยิ่งว่าผู้อ่านจะติดตามและให้การสนับสนุนวารสารในฉบับต่อไป

บรรณาธิการวารสาร

สารบัญ

วารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 12 ฉบับที่ 2 กรกฎาคม – ธันวาคม 2566

บทความ	หน้า
<ul style="list-style-type: none">● การดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติและการจัดที่พักแบบโฮมสเตย์เพื่อการหารายได้ในชุมชนของจังหวัดระนอง Maintenance of Water Resource and Promoting Community Income from Homestays in Ranong Province <i>ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล</i>	1
<ul style="list-style-type: none">● ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูล และพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 The Relationship between Data Lifecycle Management and the Personal Data Protection Act B.E. 2562 <i>กิตสุรณ สังขสุวรรณ</i>	26
<ul style="list-style-type: none">● มาตรการระหว่างประเทศกับปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร International Measures on the Legal Issues of Human Rights Protection from a Coup d'état <i>วันชนก ยอดยิ่ง และ ชูเกียรติ น้อยฉิม</i>	53
<ul style="list-style-type: none">● บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายฝรั่งเศส: แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) The Sources of Unwritten Administrative Law in French Legal System: la jurisprudence and la doctrine <i>อภิญา แก้วกำเหนิด</i>	81
<ul style="list-style-type: none">● นโยบายและมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงทางสังคมสำหรับสังคมสูงวัย: ศึกษากรณีการเตรียมความพร้อมในการจ้างงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน Policies and Measures to Improve the Law to Create Social Stability for an Aging Society: A Case Study of the Preparation for Employment of the Elderly in the Private Sector <i>มานิทธิ์ สันตะพันธุ์ และ พัชรวรรณ นุชประยูร</i>	115
คำแนะนำในการส่งบทความเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 12	141
ประกาศจริยธรรมวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ ปีที่ 12	146

การดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติและการจัดที่พักแบบโฮมสเตย์
เพื่อการหารายได้ในชุมชนของจังหวัดระนอง*

Maintenance of Water Resource and Promoting Community Income
from Homestays in Ranong Province

ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล**

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

Supalak Pinitpuvadol

Faculty of Law, Chulalongkorn University

วันที่รับบทความ 2 มิถุนายน 2566; วันแก้ไขบทความ 2 ตุลาคม 2566; วันที่รับบทความ 19 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

เนื่องจากจังหวัดระนองเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่ประกอบด้วยแหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อน ที่มีประโยชน์ต่อสุขภาพสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวได้เป็นอย่างดี ปัจจุบันการดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติใช้วิธีเดียวกันในทุกประเภท จากการศึกษาพบว่ายังไม่เหมาะสม และยังไม่เพียงพอที่จะรักษาคุณภาพแหล่งน้ำ สมควรพิจารณาปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการดูแลรักษาคุณภาพตามประเภทของแหล่งน้ำ

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง ‘การพัฒนาเมืองต้นแบบการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่เป็นมิตรกับชุมชนและสิ่งแวดล้อมแบบบูรณาการจังหวัดระนอง’ เสนอต่อมูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้าในพระบรมราชูปถัมภ์ โดยประกอบด้วยโครงการวิจัยแบ่งเป็นสองโครงการที่ได้ดำเนินการแล้วเสร็จ ได้แก่ การศึกษาวิจัยเรื่องการพัฒนาเมืองต้นแบบการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่เป็นมิตรกับชุมชนและสิ่งแวดล้อมแบบบูรณาการจังหวัดระนอง และโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง ‘การศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง’ ปี 2563-2564.

** ศาสตราจารย์ ดร. อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นิติศาสตร์บัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปริญญาชั้นสูงทางการคลังและภาษีอากร มหาวิทยาลัยปารีส 2, ปริญญาโททางการคลังและภาษีอากร ปริญญาเอกทางกฎหมาย “เกียรตินิยมดีมาก” มหาวิทยาลัยปารีส 2, ขอขอบคุณมูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้าในพระบรมราชูปถัมภ์ที่ให้การสนับสนุนโครงการ นางสาวธรรมา ภูมิเพชร, นางสาวกัญญาณัฐ สิริวรวัชร, นายทศณัพลักษณ์ โรจนพฤกษ์, นางสาวณัฐรวี แสงเทียน ผู้ช่วยวิจัย.

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เลขที่ 254 ถนนพญาไท แขวงวังใหม่ เขตปทุมวัน กรุงเทพมหานคร 10330

E-mail: supalakpp@hotmail.com

โดยเฉพาะน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อน นอกจากนั้นควรส่งเสริมการหารายได้ในชุมชนโดยการบริหารจัดการที่แพคเกจโฮมสเตย์ เนื่องจากนักท่องเที่ยวสามารถเรียนรู้และสัมผัสวิถีการดำเนินชีวิตของคนในชุมชนได้ แต่ปัจจุบันมาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองชุมชนและนักท่องเที่ยวยังขาดความชัดเจน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการโฮมสเตย์โดยคำนึงถึงความเป็นอยู่ของชุมชน สภาพแวดล้อมและภูมิประเทศ และเพื่อเป็นแนวทางเบื้องต้นจึงขยับขยายการบริหารจัดการในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อประกอบการศึกษา

คำสำคัญ: การดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติ, การดูแลรักษาคุณภาพแหล่งน้ำแร่ธรรมชาติ, การจัดทำบริการสาธารณะ, หลักความเสมอภาค, การจัดการที่แพคเกจโฮมสเตย์

Abstract

Ranong Province has many tourist attractions. There are in Ranong several natural hot springs which contain the minerals that are beneficial to health. At present, the operation and maintenance of mineral water resources is still a holistic approach which focuses on water resources in general. According to the study, it was found that it was not appropriate to maintain the quality of water resources. There is a need to improve legal measures to ensure better operation and maintenance of mineral water resources, especially hot springs and hot mineral water. In addition, income generation in the community should be promoted by managing homestay accommodation. Tourists can get learning experiences from the way of life of people in the community as well. Therefore, legal measures to protect communities and tourists are still unclear. It is thus necessary to improve legal measures regarding homestay management by taking into account the well-being of the community, terrain and local environment. This study adopted the French legal system as guidelines for legal improvement.

Keywords: Maintenance of Water Resources, Maintenance the Quality of Mineral Water Resources, Public Service, Principle of Equality, Homestay Management

1. บทนำ

เนื่องจากจังหวัดระนองเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่มีแหล่งน้ำธรรมชาตินานาชนิดรวมถึงแหล่งน้ำแร่หรือน้ำพุร้อน ที่เป็นประโยชน์ทั้งในการใช้อาบหรือแช่เพื่อสุขภาพ หรือการดื่มกิน จึงเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่สามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวและก่อให้เกิดรายได้หมุนเวียนในชุมชน การรักษาคุณภาพแหล่งน้ำธรรมชาติเพื่อให้คงอยู่อย่างยั่งยืนจึงเป็นสิ่งสำคัญ ปัจจุบันการดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติทุกประเภทใช้กระบวนการอย่างเดียวกัน ในขณะที่หลายประเทศจำแนกการดูแลรักษาตามประเภทของแหล่งน้ำธรรมชาติ จึงควรเพิ่มประสิทธิภาพในการดูแลคุณภาพน้ำตามประเภทแหล่งน้ำธรรมชาติซึ่งสามารถกระทำได้อย่างสอดคล้องกับหลักความเสมอภาคทางกฎหมายและหลักการบริการสาธารณะ นอกจากนั้นเพื่อให้เป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่เป็นมิตรต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อม ควรส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบกิจการในรูปแบบของโฮมสเตย์เพื่อเป็นการสร้างรายได้ให้ชุมชนและทำให้นักท่องเที่ยวสามารถเรียนรู้และสัมผัสวิถีการดำเนินชีวิตของคนในชุมชน สร้างความเข้าใจอันดีระหว่างชุมชนและนักท่องเที่ยวอันส่งผลถึงความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศได้พร้อมกัน

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา 2 ประการ ได้แก่ *ประการแรก* การพิจารณาปรับปรุงการดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติตามประเภทของน้ำ ผู้วิจัยจึงนำเสนอข้อมูลการสำรวจคุณภาพน้ำที่สะท้อนให้เห็นถึงผลการบริหารจัดการที่ดำเนินอยู่ในปัจจุบันและชี้ให้เห็นว่าจังหวัดระนองประกอบด้วย แหล่งน้ำแร่ น้ำพุร้อนที่มีแร่ธาตุอันเป็นประโยชน์ต่อร่างกายซึ่งควรรักษาดูแลให้คงอยู่อย่างยั่งยืน ไม่ให้เกิดการปนเปื้อนของน้ำ¹ และ *ประการที่สอง* การส่งเสริมให้มีการบริหารจัดการที่พักในรูปแบบของโฮมสเตย์เพื่อเป็นการสร้างรายได้ให้ชุมชน ผู้วิจัยจึงทำการศึกษาเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน และนำเสนอการบริหารจัดการ

¹ เนื่องจากงานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพและเป็นการศึกษาเบื้องต้นเพื่อปรับปรุงการดูแลรักษาแหล่งน้ำธรรมชาติตามประเภทของน้ำ โดยเฉพาะน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนที่ต้องรักษาไว้ บทความนี้จึงอ้างอิงผลการวิจัยที่ได้จากห้องปฏิบัติการของทีมสำรวจวิเคราะห์คุณภาพน้ำโครงการศึกษาความเหมาะสมการพัฒนาแหล่งน้ำแร่เพื่อการนันทนาการและส่งเสริมการท่องเที่ยว บริษัทปัญญา คอนซัลแตนท์ จำกัดและคณะ ฯ (PANYA GROUP professional for Infrastructure & Urban Solutions) 2563 ที่ได้ทำการรวบรวมข้อมูลธรณีวิทยา บ่อบาดาล น้ำพุร้อน และน้ำแร่ในบริเวณพื้นที่โครงการสำรวจและที่ใกล้เคียง ได้ทำการเก็บตัวอย่างน้ำจากบ่อน้ำพุร้อนค่ายรัตนรังสรรค์ (บ่อน้ำพุร้อนราชกรูด) บ่อน้ำพุร้อนพรรั้ง และบ่อน้ำพุร้อนรักษะวาริน เพื่อให้เห็นถึงแร่ธาตุที่มีอยู่ในบ่อน้ำพุร้อนของจังหวัดระนอง เพื่อได้ข้อมูลเกี่ยวกับคุณภาพน้ำอันเป็นผลจากการบริหารจัดการแหล่งน้ำ (มาตรการทางกฎหมายเฉพาะน้ำแร่ร้อน ไม่อยู่ในขอบเขตการวิจัยนี้) นอกจากนั้นขอบเขตของวิจัยนี้ เป็นการศึกษาเบื้องต้นของการบริหารจัดการโฮมสเตย์โดยเทียบเคียงกับกฎหมายเกี่ยวกับโฮมสเตย์ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาดำเนินการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับโฮมสเตย์ต่อไป (การกำหนดมาตรการทางกฎหมายไทยในการบริหารจัดการโฮมสเตย์มีได้อยู่ในขอบเขตของวิจัยนี้เนื่องจากการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับโฮมสเตย์จำเป็นต้องศึกษาวิเคราะห์อย่างลุ่มลึก ต้องคำนึงถึงสภาพแวดล้อม สภาพภูมิประเทศ และความเป็นอยู่ของชุมชนในแต่ละท้องถิ่น)

โสมสเตอร์ของประเทศฝรั่งเศสที่คำนึงถึงความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน (ผู้ให้ที่พักและนักท่องเที่ยว) ให้ ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค (นักท่องเที่ยว) เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในอนาคต

2. แนวความคิดและหลักทั่วไปเกี่ยวกับการบริหารจัดการน้ำที่นำมาใช้ในการดูแลรักษาทรัพยากรน้ำของไทย

แนวความคิดที่นำมาสู่การบริหารจัดการน้ำที่สนองตอบแนวความคิดที่เป็นสากล ได้แก่ **แนวความคิด** **เกี่ยวกับการวัดความมั่นคงของทรัพยากรน้ำ** ที่ธนาคารพัฒนาเอเชียได้เสนอและสามารถนำมาใช้ในการวัด ความมั่นคงของน้ำแห่งชาติได้ปรากฏในรายงาน “Asian water Development Outlook 2013: Measuring water security in Asia and the Pacific” โดยมีแนวคิดที่ว่า “ประเทศจะมีความมั่นคงด้านน้ำ ถ้าสามารถ จัดการทรัพยากรน้ำและการให้บริการน้ำทั้ง 5 ด้าน ได้อย่างประสบความสำเร็จ”³

ความมั่นคงทางน้ำเพื่อครัวเรือน (Household Water Security: KD 1) รัฐบาลของทุกประเทศ จำเป็นต้องจัดให้มีระบบน้ำและระบบสุขาภิบาลโดยต้องวางแผนการดำเนินงานและจัดทำงบประมาณให้ เพียงพอ เพื่อให้ประชาชนสามารถเข้าถึงการใช้ น้ำที่ถูกสุขอนามัย สอดคล้องกับที่ธนาคารพัฒนาเอเชียได้ กำหนดดัชนีชี้วัดด้านนี้ไว้สามประการ ได้แก่ *การเข้าถึงระบบประปา (Piped Water Supply)*, *การเข้าถึง สุขาภิบาลที่ดี (Improved Sanitation)* และ *การอนามัยที่ดี (Hygiene)*

ความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ (Economic Water Security: KD2) เป็นการเตรียมแผนการ บริหารจัดการน้ำที่คุ้มค่าและคำนึงถึงความยั่งยืน ความมีประสิทธิภาพให้มากขึ้นเป็นลำดับโดยแบ่งการใช้น้ำ อย่างทั่วถึงเพื่อใช้ในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม การผลิตพลังงาน

ความมั่นคงสำหรับเมือง (Urban Water Security: KD3) เนื่องจากการเป็นเมืองที่ยั่งยืนและนำ อยู่โดยเฉพาะภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกเป็นภูมิภาคเป็นเรื่องสำคัญเพราะมีการขยายตัวของเมืองเร็วที่สุดในโลกโดย มีประชากรในเมืองเติบโต 1.5% ต่อปี ทำให้เมืองในภูมิภาคนี้กลายมาเป็นตัวขับเคลื่อนที่สำคัญของเศรษฐกิจ โดยทางด้านนี้ได้กำหนดตัวชี้วัด 4 ประการ ได้แก่ อัตราของจำนวนประชากรในการเข้าถึงระบบน้ำประปา,

² “ธนาคารพัฒนาเอเชีย (Asia Development Bank : ADB) เป็นสถาบันการเงินระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นตามมติของที่ประชุม ระดับรัฐมนตรีว่าด้วยการประสานงานด้านเศรษฐกิจครั้งที่ 1 (First Ministerial Conference Asian Economic Cooperation) ADB ก่อตั้งในปี 2509 มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่กรุงมะนิลา ประเทศฟิลิปปินส์ ในปัจจุบันมีประเทศสมาชิกทั้งสิ้น 58 ประเทศ ซึ่งประเทศไทย ก็เป็นหนึ่งในสมาชิก โดยธนาคารพัฒนาเอเชียมีเป้าหมายในการดำเนินงานสนับสนุนและส่งเสริมความเจริญทางเศรษฐกิจ ลดความ ยากจน ยกกระดับสิทธิของสตรี สนับสนุนการพัฒนาคุณภาพชีวิตและการวางแผนครอบครัว และรักษาสิ่งแวดล้อม” Bangsaray, ‘ธนาคารพัฒนาเอเชีย หรือ Asia Development Bank: ADB’ (Bangsaray, 7 กุมภาพันธ์ 2561) <http://www.bangsaray.go.th/images/sub_1399993834/ADB%20%207%20Feb%20%202018.pdf> สืบค้นวันที่ 28 กันยายน 2563.

³ วราวุธ วุฒิวิชัย, ‘ความมั่นคงทางด้านน้ำ (Water Security)’ (Pirun, 4 มกราคม 2557)

<<http://pirun.ku.ac.th/~fengvww/paperpdf/108%20Water%20security.pdf>> สืบค้นวันที่ 27 กันยายน 2563.

อัตราผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (GDP) ที่ได้รับความเสียหายทางเศรษฐกิจจากการเกิดน้ำท่วมและพายุ, อัตราน้ำเสียที่ถูกรวบรวมน้ำในเขตเมือง และ สภาพของแม่น้ำลำคลอง

ความมั่นคงเพื่อสิ่งแวดล้อม (Environmental Water Security: KD4) ได้แก่ การฟื้นฟูระบบนิเวศของแม่น้ำอย่างยั่งยืนเป็นการพัฒนาและจัดการลุ่มน้ำในประเทศของตนโดยกำหนด ดัชนีชี้วัดย่อย ได้แก่ ความสมบูรณ์ของแม่น้ำ, การเปลี่ยนแปลงทางอุทกวิทยา และการกำกับดูแลสิ่งแวดล้อม

ความมั่นคงในการฟื้นตัวจากภัยพิบัติอันเนื่องมาจากน้ำ (Resilience to Water-Related Disasters: KD5) จำเป็นต้องมีการประเมินผลการดำเนินการหลังจากประสบภัยพิบัติ ว่าได้ดำเนินการบริหารจัดการน้ำเพื่อฟื้นตัวจากภัยต่างๆไม่ว่าจะเป็นภัยแล้ง พายุ และน้ำท่วม ได้ทันที่และมีประสิทธิภาพเพียงพอ

ในส่วนของจังหวัดระนองกล่าวได้ว่าดำเนินการสอดคล้องกับความมั่นคงด้านน้ำเนื่องจากได้ดำเนินการจัดการทรัพยากรน้ำและการให้บริการน้ำทั้ง 5 ด้าน แม้ว่าปัจจุบันยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการดูแลรักษาบ่อน้ำพุร้อนหรือบ่อน้ำแร่ร้อน เนื่องจากใช้มาตรการเดียวกันในการดูแลแหล่งน้ำธรรมชาติทุกประเภทโดยหน่วยงานที่แหล่งน้ำตั้งอยู่จะเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ ก็ไม่อาจกล่าวได้ว่าสวนทางกับการดำเนินการเพื่อความมั่นคงด้านน้ำ เพียงแต่หากต้องการเพิ่มกลไกเพื่อให้การดูแลรักษามีประสิทธิภาพและเหมาะสมและสอดคล้องกับด้านความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ และด้านสิ่งแวดล้อม จำเป็นต้องเตรียมแผนการกำหนดมาตรการการดูแลรักษาตามประเภทแหล่งน้ำ

ส่วนหลักทั่วไปหรือหลักสากลที่นำมาใช้ในการบริหารจัดการน้ำที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ได้แก่ หลักการปกป้องดูแลสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรน้ำ ประกอบด้วย หลักการเฝ้าระวัง (Precautionary Principle) หลักการป้องกัน (Prevention Principle) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle: PPP) หลักการพัฒนาที่ยั่งยืน (Principle of Sustainable Development)

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยได้ให้ความสำคัญกับหลักการดังกล่าวข้างต้นเนื่องจากเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับในวงวิชาการโดยทั่วไป แม้ในตำราสิ่งแวดล้อมของฝรั่งเศสก็ได้อธิบายความหมายของ **หลักการเฝ้าระวัง** ว่าเป็นหลักการที่ผสมผสานด้วยหลักปรัชญาและกฎหมายที่มุ่งหมายให้มีการวางแผนล่วงหน้าเพื่อป้องกันความเสี่ยงหรืออันตรายใดที่มีผลต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชน เมื่อความรู้ทางวิทยาศาสตร์หรือความรู้ทางด้านเทคนิคไม่อาจคาดคะเนได้อย่างแน่นอน หลักการดังกล่าวปรากฏใน La loi du 2 février 1995 (LOI BARNIER) ในช่วงต้นเป็นเพียงหลักกว้าง ๆ ไม่มีการกำหนดความหมายชี้เฉพาะจึงต้องอาศัยการตีความ แต่สิ่งที่ปรากฏชัดเจนก็คงเป็นเรื่อง การให้ความสำคัญของการเฝ้าระวังมากกว่าที่จะรอให้เกิดขึ้นแล้วจึงจะแก้ไข กล่าวคือ การเฝ้าระวังความเสี่ยงภัยที่อาจเกิดขึ้นเกินกว่าความรู้ทางวิทยาศาสตร์

จะกำหนดชี้ชัด⁴หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง “*สังคมควรหลีกเลี่ยงความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมโดยการวางแผนล่วงหน้าอย่างระมัดระวังเพื่อป้องกันกิจกรรมต่าง ๆ ที่อาจเป็นอันตรายในอนาคต*”⁵ สอดคล้องกับปฏิญญาริโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (The Rio Declaration on Environment and Development) Principle 15 *"In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation."*

สำหรับ**หลักการป้องกัน** เป็นมาตรการที่จำเป็นในการจัดการสิ่งแวดล้อมเพราะเป็นการหยุดยั้งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นเช่นการปนเปื้อนของสารไม่พึงประสงค์ในแหล่งน้ำ แม้ว่าจะมีความพยายามในการป้องกันการปนเปื้อน แต่ถึงกระนั้นจากตัวอย่างน้ำที่ทีมสำรวจเก็บจากบ้านคลองไผ่ จังหวัดระนองในช่วงเวลาทำการสำรวจพบว่า มีศักยภาพในการเป็นน้ำแร่เหล็ก แต่ยังมีกรปนเปื้อนของน้ำที่เก็บมาทดสอบ⁶

สำหรับ **หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย** สืบเนื่องจากการประชุมองค์การระหว่างประเทศเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) ปี1972 ได้เสนอให้นำหลักเศรษฐศาสตร์มาปรับใช้ในการสนับสนุนแก้ไขปัญหามลพิษสิ่งแวดล้อม โดยนำหลักผู้ใดก่อมลพิษผู้นั้นต้องรับภาระค่าใช้จ่าย เป็นมาตรการป้องกันและต่อต้านการก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม “*เป็นหลักการที่กำหนดให้ผู้ก่อมลพิษซึ่งได้สร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม ต้องรับผิดชอบในความเสียหายเช่นว่านั้น*”⁷ หลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ⁸ สำหรับประเทศไทยนั้นได้มีการรับรองหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายในส่วนที่ว่าด้วยความรับผิดชอบทางแพ่งของเจ้าของ หรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษให้ต้องรับผิดชอบในความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน รวมทั้งสิ่งแวดล้อมจากการแพร่กระจายของมลพิษจากแหล่งกำเนิดนั้น ปรากฏตามความในพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 นอกจากนี้ยังมีการให้สิทธิประโยชน์ทางภาษีแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษในการติดตั้งและ

⁴“ Encas de risqué de dommages graves ou irréversibles,l’absence de certitude absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre a plus tard l’adoption de mesures effectives, visant à prévenir la dégradation de l’environnement”

⁵ เขตไท ลังการ์พินธุ์, *กฎหมายสิ่งแวดล้อมชั้นสูง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยพายัพ 2561) 21-23.

⁶ คณะสำรวจปัญหา, ‘บทที่ 3.5 ผลการวิเคราะห์คุณภาพน้ำ’ (รายงานความก้าวหน้าฉบับสมบูรณ์โครงการศึกษาความเหมาะสมการพัฒนาแหล่งน้ำแร่เพื่อการนันทนาการและส่งเสริมการท่องเที่ยว) 3-33.

⁷ อุดมศักดิ์ สิทธิพงษ์, *กฎหมายสิ่งแวดล้อม* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2561) 35.

⁸ เขตไท ลังการ์พินธุ์ (เชิงอรรถ 5) 27-28.

ดำเนินการเพื่อลดมลพิษจากกระบวนการผลิต⁹ อีกทั้งในมาตรา 23¹⁰ ยังมีการสนับสนุนการกู้ยืมเงินเพื่อการลงทุนในกระบวนการลดมลพิษจากการผลิตในกิจการของตนซึ่งเป็นการลดต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการที่จะต้องรับผิดชอบต่อหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายเพื่อเป็นการจูงใจให้มีการผลิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมเพิ่มมากขึ้น¹¹ นอกจากนี้ยังได้กำหนดมาตรการในการป้องกัน ลด และขจัดมลพิษทางน้ำโดยการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจ และความตระหนักด้านการจัดการน้ำเสียให้แก่ประชาชนและผู้ที่เกี่ยวข้องทุกภาคส่วน ส่งเสริมให้ครัวเรือน ร้านอาหาร และอาคาร มีการติดตั้งระบบบำบัดน้ำเสียขนาดเล็ก หรือมีการติดตั้งถังดักไขมัน รวมถึงควบคุมอาคารขนาดใหญ่ให้มีการติดตั้งและเดินระบบบำบัดน้ำเสีย สนับสนุนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีระบบรวบรวมน้ำเสียให้ครอบคลุมพื้นที่ที่มีความจำเป็นและมีระบบบำบัดน้ำเสียที่เหมาะสมกับศักยภาพขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และเสริมสร้างศักยภาพในการบริหารจัดการและเร่งให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีการจัดเก็บค่าบริการบำบัดน้ำเสียเพื่อให้มีงบประมาณในการดำเนินงานอย่างเพียงพอ ควบคุม และกำกับแหล่งกำเนิดน้ำเสียที่ทราบจุดปล่อยชัดเจนมิให้เกินมาตรฐานที่กำหนด รวมทั้งควบคุมการจัดการแหล่งกำเนิดน้ำเสียที่ไม่มีจุดปล่อยที่ชัดเจน เป็นต้น

อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศไทย แม้ในช่วงต้นจะมีการนำหลักดังกล่าวมาใช้ แต่ก็ยังถือว่าได้ผลน้อยมากและยังไม่ประสบความสำเร็จเท่าที่ควร ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หลักการป้องกันและหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายเป็นหลักการคู่ขนาน เมื่อการบำบัดน้ำเสียเป็นสิ่งจำเป็นเพราะป้องกันการปนเปื้อนสารพิษในน้ำ แต่ก็ไม่ควรที่รัฐต้องแบกรับภาระ หากสนับสนุนให้ภาคเอกชนได้จัดการให้มีบ่อที่ใช้ในระบบบำบัดน้ำเสียเป็นการที่ผู้ก่อมลพิษผู้นั้นต้องรับภาระค่าใช้จ่ายแต่กำหนดมาตรการบรรเทาภาระค่าใช้จ่ายแก่เอกชนที่ก่อสร้างในรูปแบบของภาษี ย่อมเป็นวิธีการหนึ่งที่จะรักษาทรัพยากรน้ำไว้ได้ กล่าวคือ การกำหนดมาตรการบรรเทาภาระภาษี โดยสนับสนุนให้มีการสร้างบ่อสำหรับใช้ในระบบบำบัดน้ำเสียที่ใช้ประโยชน์ต่อเนื่องกับอาคารที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 ก็เป็นวิธีหนึ่งที่สะท้อนหลักการคู่ขนานทั้งหลักการป้องกันและหลักผู้ก่อมลพิษผู้นั้นต้องรับภาระค่าใช้จ่ายได้พร้อมกัน

พระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 มาตรา 8 (12) ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงกำหนดทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้นจากการจัดเก็บภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 (7) และ (8)¹² แม้กฎหมายฉบับนี้ยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นบังคับใช้

⁹ อุตมศักดิ์ สิทธิพงษ์ (เชิงอรรถ 7) 35 -36.

¹⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535

¹¹ อุตมศักดิ์ สิทธิพงษ์ (เชิงอรรถ 7) 35-36.

¹² กฎกระทรวงกำหนดทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้นจากการจัดเก็บภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 อาศัยอำนาจตามความใน มาตรา 6 วรรคหนึ่งและมาตรา 8 (12) แห่งพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 รัฐมนตรีว่าการ

ผู้วิจัยมีความเห็นว่ากฎกระทรวง (7) สะท้อนให้เห็นถึงความพยายามในการรักษาทรัพยากรน้ำและการใช้วิธีการทางภาษีเพื่อเป็นแรงจูงใจเป็นการยอมรับหลักป้องกันและหลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย กล่าวคือแทนที่จะเป็นการจัดเก็บภาษีจากผู้สร้างมลพิษ แต่ใช้วิธีการบรรเทาภาระภาษี โดยสนับสนุนให้มีการสร้างบ่อสำหรับใช้ในระบบบำบัดน้ำเสียที่ใช้ประโยชน์ต่อเนื่องจากอาคาร หรืออีกนัยหนึ่งผู้ก่อมลพิษต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการสร้างบ่อบำบัดน้ำเสียนั่นเอง

แต่สำหรับกฎกระทรวง (8) มิได้สะท้อนหลักผู้ใดก่อมลพิษผู้นั้นต้องรับภาระค่าใช้จ่าย แม้จะดูเหมือนภาครัฐจะเห็นความสำคัญของบ่อน้ำที่ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะจึงได้กำหนดยกเว้นภาษีไว้ในกฎกระทรวงกำหนดทรัพย์สินที่ได้รับยกเว้นจากการจัดเก็บภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562¹³ โดยให้บ่อน้ำที่ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะเป็นสิ่งปลูกสร้าง น่าจะเป็นเพราะเขานิยามคำว่า “สิ่งปลูกสร้าง” ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 “บุคคลอาจใช้สอยได้” ดังนั้นตามนัยดังกล่าวกรณีแอ่งน้ำหรือคันดินที่กักน้ำหากบุคคลเข้าใช้สอยร่วมกัน (เพื่อสาธารณะ) เช่น บ่อน้ำบาดาลเพื่อใช้ในการอุปโภค บริโภค การเกษตรกรรม หรือทางธุรกิจ ที่ใช้ประโยชน์ร่วมกัน รวมถึงบ่อน้ำพุร้อนด้วยย่อมอยู่ในความหมายของสิ่งปลูกสร้างที่เป็นบ่อน้ำที่ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะ¹⁴ ซึ่งในประการทำนองนี้ หากเป็นบ่อน้ำแร่หรือน้ำพุร้อนจำเป็นต้องมีมาตรการเฝ้าระวังเป็นพิเศษเพราะเป็นแหล่งอุดมด้วยแร่ธาตุที่เป็นประโยชน์ต่อร่างกาย มาตรการยกเว้นนี้ดูจะสุ่มเสี่ยงต่อการก่อให้เกิดการปนเปื้อนของน้ำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการบริโภคหรือการใช้น้ำในชีวิตประจำวันโดยเฉพาะน้ำพุร้อนอยู่ภายใต้กฎหมายรวมทั้งรับรองการใช้น้ำกล่าวคือพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. 2561 มาตรา 7 บัญญัติว่า “บุคคลมีสิทธิใช้หรือเก็บกักน้ำได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรมหรือในที่ดินของตน” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวให้สิทธิแก่บุคคลใช้หรือเก็บกักน้ำในที่ดินของตนได้ แต่หากบุคคลขาดความรู้ความเข้าใจหรือการขาดมาตรการทางกฎหมายที่สามารถกำกับการใช้หรือเก็บกักน้ำก็สามารถทำให้เกิดการปนเปื้อนของน้ำได้ ไม่ว่าจะเป็นการขุดเจาะรวมตลอดถึงการใช้ผิดประเภท เช่น ใช้น้ำแร่ซักเสื้อผ้าหรือล้างถ้วยชาม เป็นต้น

สำหรับหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน ที่เน้นว่าการพัฒนาประเทศจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับสังคม และสิ่งแวดล้อมด้วย ภายใต้แนวคิดที่ว่า การพัฒนากับสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่สามารถดำเนินการควบคู่กัน

กระทรวงการคลังออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้ “... (7) สิ่งปลูกสร้างที่เป็นบ่อสำหรับใช้ในระบบบำบัดน้ำเสียที่ใช้ประโยชน์ต่อเนื่องจากอาคาร” (8) สิ่งปลูกสร้างที่เป็นบ่อน้ำที่ใช้ประโยชน์เพื่อสาธารณะ”

¹³ เพิ่งอ้าง

¹⁴ พระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 มาตรา 5 บัญญัติว่า “สิ่งปลูกสร้าง หมายความว่า โรงเรือน อาคาร ตึก หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น ที่บุคคลอาจเข้าอยู่อาศัยหรือใช้สอยได้ หรือที่ใช้เป็นที่เก็บสินค้าหรือประกอบการอุตสาหกรรม หรือพาณิชยกรรมและให้หมายความรวมถึงห้องชุดหรือแฟลตที่บุคคลอาจเข้าอยู่อาศัยได้หรือที่มีไว้เพื่อหาผลประโยชน์ด้วย” “ห้องชุด” หมายความว่า ห้องชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดที่ได้ออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ห้องชุดแล้ว

ไปได้หลักการพัฒนายั่งยืน หมายถึง การพัฒนาที่ตอบสนองต่อความต้องการของคนในปัจจุบัน โดยไม่ขัดขวางหรือทำลายความสามารถของคนรุ่นต่อไปในอนาคตที่จะตอบสนองต่อความต้องการของตนเอง¹⁵ ประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก¹⁶ที่ได้รับรองเป้าหมายการพัฒนายั่งยืนข้อ 6 สร้างหลักประกันว่าจะมีการจัดให้มีน้ำและสุขอนามัย สำหรับทุกคน และมีการบริหารจัดการที่ยั่งยืน โดยนอกจากจะดำเนินการให้ประชาชนทุกคนสามารถเข้าถึงการมีน้ำดื่มที่ปลอดภัยและสุขาภิบาลที่พอเพียง และยังให้ความสำคัญในการพัฒนาคุณภาพน้ำและการบริหารจัดการน้ำเสีย การใช้น้ำอย่างมีประสิทธิภาพ การบริหารจัดการน้ำอย่างมีบูรณาการและการปกป้องและฟื้นฟูระบบนิเวศที่เกี่ยวกับน้ำ โดยได้มีการจัดทำแผนแม่บทการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ 20 ปี (พ.ศ. 2561 - 2580) เพื่อวางกรอบการดำเนินการด้านน้ำอย่างเป็นระบบครบวงจรเน้นการมีส่วนร่วมและความร่วมมือของภาคประชาชนในแต่ละท้องถิ่นและได้จัดทำพระราชบัญญัติน้ำ พ.ศ.2561

สำหรับจังหวัดระนองได้พยายามดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการพัฒนายั่งยืน เช่นกัน กล่าวคือวางมาตรการฟื้นฟูและพัฒนาแหล่งน้ำ ลำน้ำที่ต้นเขินโดยปรับปรุงทางระบายน้ำและขจัดสิ่งกีดขวาง รวมถึงปรับปรุงคันกันน้ำ ฝายทดน้ำ และประตูระบายน้ำให้มีประสิทธิภาพในการระบายน้ำโดยมีโครงการที่สำคัญ เช่น โครงการซ่อมแซมฝายคลองน้อย แพรกขวา ตำบล จ.ป.ร. โครงการอนุรักษ์ฟื้นฟูลำห้วยประปา ตำบลในวงเหนือ โครงการอนุรักษ์ฟื้นฟูแหล่งน้ำบ้านคอช้าง ตำบลกะเปอร์ เป็นต้น¹⁷ นอกจากนั้นจังหวัดระนองยังได้รับรองแนวความคิดเกี่ยวกับการบริหารจัดการน้ำปรากฏตามรายงานของกรมทรัพยากรน้ำบาดาล โครงการศึกษาและประเมินศักยภาพน้ำบาดาลตามมาตรการหลักการจัดการฟื้นฟู และพัฒนาทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมและชุมชนพื้นที่ประสิทธิผลพิบัติภัย พ.ศ. 2549 โดยในเขตตำบลม่วงกลางและตำบลกะเปอร์ ได้ทำการเจาะบ่อบาดาลเพื่อการบรรเทาและอนุเคราะห์ให้ความช่วยเหลือ จำนวน 4 แห่ง ทั้ง

¹⁵ สุนีย์ มัลลิกะมาลย์, การบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อม (พิมพ์ครั้งที่ 2, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2542) 23.

¹⁶ ในการประชุมขององค์การสหประชาชาติที่กรุงริโอ เดอ จาเนโร ประเทศบราซิลดังกล่าว ผู้แทนจากประเทศสมาชิกจำนวน 178 ประเทศ รวมทั้งประเทศไทย ได้ร่วมลงนามรับรองแผนปฏิบัติการ 21 (Agenda 21) ซึ่งถือว่าเป็นแผนปฏิบัติการของโลกในศตวรรษที่ 21 เพื่อร่วมกันพิทักษ์รักษาสิ่งแวดล้อม และสร้างการพัฒนายั่งยืน และเพื่อให้แผนปฏิบัติการ 21 ยังคงได้รับการสานต่อจากประเทศสมาชิก องค์การสหประชาชาติจึงได้จัดทำเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษ (Millennium Development Goals: MDGs) ซึ่งเป็นการกำหนดกรอบเวลา ในการพัฒนาให้บรรลุเป้าหมายไว้ภายใน 15 ปี (พ.ศ. 2543-2558) โดยมุ่งแก้ไขปัญหาที่สำคัญ เช่น ความยากจน การไม่รู้หนังสือ ความไม่เท่าเทียมทางเพศ โรคภัยไข้เจ็บ ความเสื่อมโทรมของสิ่งแวดล้อม เป็นต้น โปรตดู อรณิข รุ่งธิปานนท์, เอกสารวิชาการ Academic Focus ‘วาระการพัฒนายั่งยืนกับการขับเคลื่อนของไทย’ (สำนักวิชาการ สำนักงานเลขาธิการ การสภาผู้แทนราษฎร, กรกฎาคม 2561) 7. <<https://dl.parliament.go.th/backoffice/viewer2300/web/viewer.php>> สืบค้นวันที่ 27 กันยายน 2563.

¹⁷ จังหวัดระนอง, ‘แผนปฏิบัติการเพื่อการจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อมในระดับจังหวัด จังหวัดระนอง ประจำปีงบประมาณ พ.ศ.2565’ (เมษายน 2563) 93.

เป็นบ่อบาดาลเพื่อการอุปโภค ได้แก่บริเวณอุทยานแห่งชาติแหลมสน โรงเรียนบ้านสำนัก ตำบลม่วงกลวงบ้านท่ายาง ตำบลม่วงกลวง โรงเรียนอนุบาลบ้านด่าน ตำบลกะเปอร์¹⁸ นอกจากนั้นแม้ไม่ได้เป็นจังหวัดที่มีประกาศเป็นพื้นที่คุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือเขตควบคุมมลพิษ แต่ก็มีคำสั่งจะดำเนินการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมในเขตจังหวัด จึงได้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการเพื่อจัดการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในระดับจังหวัด ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2565 เสนอต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ โดยจังหวัดระนองก็เป็นจังหวัดที่ประสบกับปัญหาคุณภาพน้ำเช่นกัน เนื่องจากมีการปล่อยน้ำเสียจากชุมชนลงสู่แหล่งน้ำโดยไม่มีการบำบัด การขาดแคลนงบประมาณในการสร้างระบบบำบัดน้ำเสียรวมในชุมชน รวมถึงมีการปล่อยน้ำเสียจากกิจการทำเทียบเรือ สะพานปลา กิจการแกะล้างสัตว์น้ำ น้ำเสียจากการทำเหมืองดินขาว อีกทั้งน้ำเสียจากแหล่งกำเนิดมลพิษตามที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น¹⁹ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องรักษาคุณภาพแหล่งน้ำธรรมชาติ โดยเฉพาะแหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนให้คงมีสุขอนามัยสำหรับทุกคนและมีการบริหารจัดการที่สามารถคงคุณภาพน้ำได้อย่างยั่งยืนด้วย

3. แนวความคิดทางกฎหมายเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ หลักความเสมอภาคกับการบริหารจัดการน้ำและการวิเคราะห์คุณภาพน้ำจังหวัดระนอง

แนวคิดทางกฎหมายว่าด้วย “บริการสาธารณะ” (public service) หมายถึง “การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ตลอดจนการจัดให้มีสาธารณูปโภคต่าง ๆ”²⁰ เมื่อการบริหารจัดการน้ำเป็นการบริหารจัดการที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์จึงอยู่ในความหมายของ “บริการสาธารณะ” ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น การบริหารจัดการระดับชาติ โดยเป็นการดำเนินการของรัฐ เช่น การงบประมาณ การป้องกันประเทศ เป็นต้น และการบริหารจัดการระดับท้องถิ่น โดยเป็นการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แต่รัฐก็ยังอาจบริหารจัดการได้ เช่น การรักษาความสะอาด การสาธารณสุข²¹ การบริหารจัดการน้ำของไทยประกอบด้วยหน่วยงานสองระดับเช่นกัน สำหรับการแบ่งส่วนงานที่สำคัญ ได้แก่ หน่วยงานกลาง เป็นหน่วยงานกำกับดูแลและหน่วยงานส่วนท้องถิ่นซึ่งบริหารจัดการตามหลักการกระจายอำนาจ จากการศึกษา

¹⁸ คณะสำรวจปัญหา (เชิงอรรถ 6) 2-6.

¹⁹ จังหวัดระนอง (เชิงอรรถ 17) 75-76.

²⁰ Jean Rivero et Jean Waline, Droit administratif (seizième édition, Dalloz 1996) อ้างถึงใน ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 29, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2563).

²¹ ประยูร กาญจนดุล, คำบรรยายกฎหมายปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2549) 110-115.

กรณีแหล่งน้ำพบว่าการจัดการดูแลรักษาในส่วนนี้มีลักษณะเป็นการดูแลที่ต่างดูแลรับผิดชอบในเขตพื้นที่ของตนโดยใช้วิธีการดูแลรักษาอย่างเดียวกันในทุกประเภทแหล่งน้ำ

หน่วยงานกลาง ประกอบด้วย คณะกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการดูแลทรัพยากรน้ำ ได้แก่ คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ คณะกรรมการควบคุมมลพิษ สำนักงานทรัพยากรน้ำแห่งชาติ (สทนช.) กรมทรัพยากรน้ำ กรมชลประทาน กรมควบคุมมลพิษ

องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด (อบจ.) เทศบาล และองค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) และ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ คือ กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา²² โดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบได้มีกฎหมายกำหนดขอบเขต อำนาจหน้าที่ที่ต่างกันโดยปรากฏในกฎหมายจัดตั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายเฉพาะที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ในกรณีการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำของจังหวัดระนองนั้นได้ดำเนินการโดยหน่วยงานต่างๆ ที่มีหน้าที่ดูแลรักษาทรัพยากรน้ำตามที่กฎหมายจัดตั้งกำหนดและยังเป็นที่ไปตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2554 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2549 สำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับการจัดตั้งตามกฎหมายประกอบด้วย องค์การบริหารส่วนจังหวัด (พระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัด พ.ศ. 2540 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 5 พ.ศ. 2562) เทศบาล (พระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 14 พ.ศ.2562) องค์การบริหารส่วนตำบล (พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2537 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 6 พ.ศ.2552) เมืองพัทยา (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองพัทยา พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562) และ กรุงเทพมหานคร (พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการเมืองกรุงเทพ พ.ศ. 2528 แก้ไขเพิ่มเติมถึงฉบับที่ 6 พ.ศ.2562) นอกจากนั้นยังปรากฏอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ได้รับการกำหนดตามกฎหมายอื่นด้วย สำหรับกฎหมายอื่นที่ให้อำนาจการดูแลทรัพยากรน้ำ ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2542 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2561 ได้กำหนดให้ “เจ้าพนักงานท้องถิ่น” ได้แก่ นายกเทศมนตรี นายองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายองค์การบริหารส่วนตำบล ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร และปลัดเมืองพัทยา โดยมีอำนาจในการควบคุมและจัดมลพิษ

หน่วยงานท้องถิ่นของจังหวัดระนอง มีหน้าที่ในการดูแลรักษาแหล่งน้ำ แต่เป็นการดำเนินงานในลักษณะต่างฝ่ายต่างดูแลขาดเอกภาพ เห็นได้จากการบริหารจัดการน้ำแร่ หรือบ่อน้ำพุร้อนจะอยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานอันเป็นที่ตั้งของแหล่งน้ำ เช่น การบริหารจัดการน้ำพุร้อนพรังอยู่ภายใต้

²² ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, ‘ประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น’ (ฐานข้อมูลการเมืองการปกครอง สถาบันพระปกเกล้า) <<http://wiki.kpi.ac.th/>> สืบค้นวันที่ 27 กันยายน 2563.

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 แต่การบริหารจัดการน้ำพุร้อนรักษะวารินอยู่ในความดูแลของเทศบาลเมืองระนองตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองระนอง พ.ศ. 2549 เป็นต้น นอกจากนี้ยังพบว่า การขาดอุปกรณ์ เครื่องมือเครื่องใช้ ความเชี่ยวชาญของบุคลากรในการตรวจคุณภาพแหล่งน้ำแร่ “จังหวัดระนองต้องทำหนังสือประสานขอความช่วยเหลือจากศูนย์วิทยาศาสตร์การแพทย์ที่ 11 จังหวัดสุราษฎร์ธานี ให้เป็นผู้ดำเนินการตรวจคุณภาพน้ำในแหล่งน้ำแร่ร้อน ซึ่งการที่ศูนย์วิทยาศาสตร์การแพทย์ที่ 11 จังหวัดสุราษฎร์ธานีมีใช้หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตรวจคุณภาพน้ำแร่ร้อนโดยตรง”²³

เมื่อ “น้ำแร่” และ “น้ำธรรมชาติทั่วไป” มีคุณลักษณะแตกต่างกัน กล่าวคือ น้ำแร่ คือน้ำจากแหล่งธรรมชาติที่ใสแฉะ อาบ บริโภค มักพบแร่ธาตุหลัก ได้แก่ แคลเซียม แมกนีเซียม โซเดียม โพแทสเซียม ไบคาร์บอเนต คลอไรด์ และซัลเฟต ส่วนแร่ธาตุอื่น ๆ ที่พบในปริมาณน้อย ได้แก่ ฟลูออไรด์ ลิเทียม ซีลีเนียม แมงกานีส เป็นต้น น้ำแร่ธรรมชาติที่เป็นเครื่องดื่มเพื่อบริโภคนั้น ต้องมีคุณภาพเหมาะสมที่จะบริโภคได้อย่างปลอดภัยตามมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมน้ำแร่ธรรมชาติ มาตรฐานเลขที่มอก. 2208-2547 โดยน้ำแร่ที่ดีต้องมีคุณลักษณะใส ไม่มีตะกอน ไม่มีสี ไม่มีกลิ่น มีแร่ธาตุในปริมาณที่ไม่เกินเกณฑ์มาตรฐาน ไม่พบเชื้อจุลินทรีย์ที่ทำให้เกิดโรค และมีปริมาณสารปนเปื้อน อันได้แก่ กัมมันตภาพรังสีรวมแอลฟา-เบตา และไซยาไนด์ ไม่เกินเกณฑ์มาตรฐาน ตารางแสดงปริมาณสารในน้ำแร่ธรรมชาติตาม มอก. 2208-2547²⁴ ขณะที่น้ำธรรมชาติทั่วไปก็ประกอบด้วยแร่ธาตุเพียงแต่มีปริมาณน้อยกว่าน้ำแร่ ดังนั้นความแตกต่างที่ปรากฏนี้ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่าควรที่จะกำหนดมาตรการทางกฎหมายหรือการดูแลรักษาเพื่อให้คงคุณค่าโดยวิธีการที่แตกต่างกัน ในกรณีนี้สอดคล้องกับหลักเสมอภาคทางกฎหมาย กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงแตกต่างกันย่อมกำหนดวิธีการดูแลรักษาหรือสามารถกำหนดบทบัญญัติกฎหมายที่แตกต่างกันได้

เมื่อต้องการทราบว่า การบริหารจัดการหรือการดูแลรักษาแหล่งน้ำในปัจจุบันของจังหวัดระนองสามารถรักษาคุณภาพของน้ำไว้ได้เพียงใด จำเป็นต้องศึกษาจากการวิเคราะห์คุณภาพน้ำ²⁵ และจากการสำรวจตัวอย่างน้ำที่เกิดจากน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนโดยใช้การวิเคราะห์ด้วยกระบวนการทางวิทยาศาสตร์ของทีมสำรวจ พบว่าน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนประกอบด้วยแร่ธาตุหลายชนิดที่มีคุณประโยชน์ต่อร่างกาย แต่ยังคงมีสารปนเปื้อนอยู่บ้างในระดับที่ไม่อยู่ในเกณฑ์อันตรายยังสามารถควบคุมและกำจัดได้²⁶

บ่อน้ำพุร้อนค่ายรัตนรังสรรค์ (บ่อน้ำพุร้อนราชกูด) และบ่อน้ำพุร้อนพรรั้ง พบว่าเป็นน้ำแร่ฟลูออเรต (Fluorate water) มีแร่ธาตุที่มีประโยชน์ต่อการรักษาผิวพรรณ ประกอบด้วย แคลเซียม แมกนีเซียม

²³ วรพล มาลสุขุม, ‘ถอดประกอบหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการสาธารณะเพื่อใช้เป็นมาตรฐานวัดการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อน’ (2564) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 574, 578.

²⁴ คณะสำรวจปัญหา (เชิงอรรถ 6) บทที่ 3-1.

²⁵ ข้อมูลการสำรวจคุณภาพและการวิเคราะห์แหล่งน้ำในส่วนนี้คัดจากบางส่วนของรายงานคณะสำรวจปัญหาฯ พ.ศ. 2563 (เชิงอรรถ 6) บทที่ 3 (3.5), 32-37.

²⁶ เพิ่งอ้าง.

โซเดียม โปแทสเซียม แมงกานีส ไบคาร์บอเนต ซิลิกา ฟลูออไรด์ ลิเทียม สตรอนเทียม และโบรอน แต่ปริมาณฟลูออไรด์สูงกว่ามาตรฐานน้ำแร่ธรรมชาติ ตาม มอก. 2208 – 2547 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 199 พ.ศ. 2543²⁷

บ่อน้ำพุร้อนรักษะวารินพบว่าเป็นบ่อน้ำแร่ฟลูออไรด์ (Fluorate water) โดย มีปริมาณของโซเดียม โปแทสเซียม คลอไรด์และซิลิกาที่สูงกว่าน้ำแร่บางชนิดที่ขายในท้องตลาดและมีแร่ธาตุที่มีประโยชน์ต่อการรักษาผิวหนังประกอบด้วย แคลเซียม แมกนีเซียม โซเดียม โปแทสเซียม แมงกานีส ไบคาร์บอเนต ซิลิกา ฟลูออไรด์ ลิเทียม สตรอนเทียม แต่ปริมาณของฟลูออไรด์สูงกว่ามาตรฐานน้ำแร่ธรรมชาติ ตาม มอก. 2208 – 2547 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข ฉบับที่ 199 พ.ศ. 2543²⁸

จากข้อมูลการศึกษาวิเคราะห์คุณภาพน้ำข้างต้น เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับดัชนีชี้วัดความมั่นคงของน้ำแห่งชาติ 3 ประการที่ธนาคารพัฒนาเอเชียได้กำหนดไว้ ได้แก่ การเข้าถึงระบบประปา (Piped Water Supply), การเข้าถึงสุขาภิบาลที่ดี (Improved Sanitation) และ การอนามัยที่ดี (Hygiene) ดูเหมือนว่าผลจากการเก็บตัวอย่างน้ำเพื่อตรวจสอบจาก บ่อน้ำพุร้อนค่ายรัตนรังสรรค์ (บ่อน้ำพุร้อนราชกรูด) บ่อน้ำพุร้อนพรรั้ง และบ่อน้ำพุร้อนรักษะวาริน ยังคงต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับการอนามัยที่ดี เนื่องจากยังคงมีแบคทีเรียปนเปื้อนอยู่บ้าง²⁹ จึงควรพิจารณาให้มีการดูแลรักษาที่เหมาะสมตามลักษณะของแหล่งน้ำ³⁰

4. การพัฒนาให้จังหวัดระนองเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่เป็นมิตรกับชุมชนและสิ่งแวดล้อม

ภาพรวมการท่องเที่ยวไทยเชิงสุขภาพที่เป็นมิตรกับชุมชนและสิ่งแวดล้อม

ในปี 2562 การท่องเที่ยวทั่วโลกประสบผลกระทบอย่างหนักจากปัญหาการแพร่กระจายของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา การท่องเที่ยวของไทยก็ได้รับผลกระทบเช่นกัน ในเดือนมกราคม 2561 กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาเปิดเผยสถิติว่านักท่องเที่ยวต่างชาติเข้ามาภายในประเทศไทยจำนวน 3,544,000 คน ทำให้มีรายได้จากการท่องเที่ยวรวมกว่า 3.08 ล้านล้านบาท คิดเป็นอันดับ 4 ของโลกในช่วงเวลานั้น³¹

²⁷ เฟิงอ้าง.

²⁸ เฟิงอ้าง.

²⁹ เฟิงอ้าง.

³⁰ รายละเอียดการดูแลแหล่งน้ำแร่และน้ำพุร้อน โปรตดู วรพล มาลสุขุม, 'การศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง' (โครงการศึกษาวิจัยเสนอต่อมูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้าในพระบรมราชูปถัมภ์ 2563-2564). วรพล มาลสุขุม, 'โครงสร้างทางกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และไทย' (2566) 52(2) วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 303. <<https://so05.tci-thaijo.org/index.php/tulawjournal/article/view/264148>>

³¹ 'ท่องเที่ยวไทยบูม รับนักท่องเที่ยว 38 ล้านคน กวาดรายได้ เป็นอันดับ 4 ของโลก' (BLT Bangkok, 6 กุมภาพันธ์ 2562) <<https://www.bltbangkok.com/poll/4619/>> สืบค้นวันที่ 31 สิงหาคม 2563.

ในบรรดานักท่องเที่ยวที่เพิ่มสูงขึ้นในช่วงตั้งแต่ปี 2555 เป็นกลุ่มนักท่องเที่ยวจากจีนและ ในปี 2561 นักท่องเที่ยวที่เข้ามาในไทย จำนวนมากที่สุด 3 ลำดับได้แก่ จีน อาเซียน ยุโรป ตามลำดับ ซึ่งสอดคล้องกับ สถิตินักท่องเที่ยวในปี 2560 แม้จะเริ่มมีการแพร่กระจายของเชื้อไวรัสโคโรนาในปี 2562 ก็ยังคงมีนักท่องเที่ยว เข้ามาในไทย ทำให้ยังคงมีรายได้จากนักท่องเที่ยวต่างชาติทั้งหมดมากกว่า 12% ของจีดีพี นักท่องเที่ยวที่เข้ามา ส่วนใหญ่เป็นนักท่องเที่ยวจากจีน มีจำนวนมากกว่า 1 ใน 4 (หรือ 28%) ของนักท่องเที่ยวต่างชาติทั้งหมด³² จากการสำรวจของ China Tourism Academy ยังได้ยืนยันว่า “นักท่องเที่ยวจีนส่วนใหญ่ไม่ต้องการพักใน โรงแรมระดับหรูหรามาก แต่จะเลือกโรงแรมระดับประหยัดหรือราคาปานกลางมากกว่า เพื่อสามารถนำเงินไป จับจ่ายซื้อสินค้าแบรนด์เนมได้มากขึ้น ทั้งนี้ สัดส่วนค่าใช้จ่ายในการท่องเที่ยวหลักๆ ยังคงเป็นค่าใช้จ่ายซื้อ สินค้าประมาณ 34% และค่าเดินทางประมาณ 22%”³³

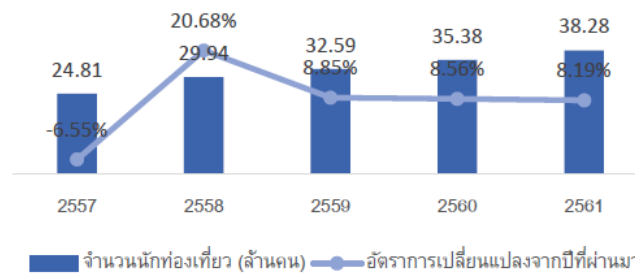
ข้อมูลของศูนย์พยากรณ์เศรษฐกิจ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทยช่วงต้นเดือนมีนาคม 2562 ระบุว่า รายได้จากการท่องเที่ยวคิดเป็นสัดส่วนมากถึงร้อยละ 20 ของมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (จีดีพี) นอกเหนือจากนักท่องเที่ยวจีนแล้ว นักท่องเที่ยวจากภูมิภาคยุโรปถือว่าเป็นท่องเที่ยวกลุ่มสำคัญที่เดินทาง มายังประเทศไทย โดยจากข้อมูลในปี 2560 พบว่ามีนักท่องเที่ยวชาวยุโรปเดินทางมาท่องเที่ยวยังประเทศไทย มากถึง 6.3 ล้านคน โดยในจำนวนนี้เป็นนักท่องเที่ยวจากเยอรมันราว 837,000 คน “ความเป็นมิตรของคน ท้องถิ่นเป็นปัจจัยที่นักท่องเที่ยวกลุ่มคุณภาพสูงชาวเยอรมันเห็นว่ามีความสำคัญต่อการเลือกจุดหมาย ท่องเที่ยวต่างประเทศมากที่สุด” รองลงมาได้แก่ วัฒนธรรมวิถีท้องถิ่น สภาพอากาศที่เหมาะสมสำหรับการ พักผ่อน ความคุ้มค่าเงิน ความสามารถที่จะจ่าย และอาหาร เครื่องดื่ม การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทยระบุว่า นักท่องเที่ยวกลุ่มนี้ มากกว่าร้อยละ 79 เดินทางไปต่างประเทศอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง โดยประเทศที่เป็น จุดหมายยอดนิยมระยะไกลได้แก่สหรัฐอเมริกา ไทย จีน ออสเตรเลีย ญี่ปุ่น และอินโดนีเซีย จุดหมาย ระยะไกลใช้เวลาพำนักเฉลี่ย 14.14 คืน³⁴

³² ‘เดือนธุรกิจโรงแรมปี’64 รายได้หดตัว 70% จากความล่าช้าของวัคซีนโควิด’ (ประชาชาติธุรกิจ, 24 กุมภาพันธ์ 2564) <<https://www.prachachat.net/tourism/news-619302>> สืบค้นวันที่ 31 สิงหาคม 2563.

³³ ‘คนจีนนิยม “ทัวร์เร่งรีบ” ทำพฤติกรรมการใช้ห้องพักโรงแรมกำลังจะเปลี่ยนแปลงไป’ (ThaiPBS, 4 กรกฎาคม 2566) <<https://news.thaipbs.or.th/content/181785>> สืบค้นวันที่ 31 สิงหาคม 2563.

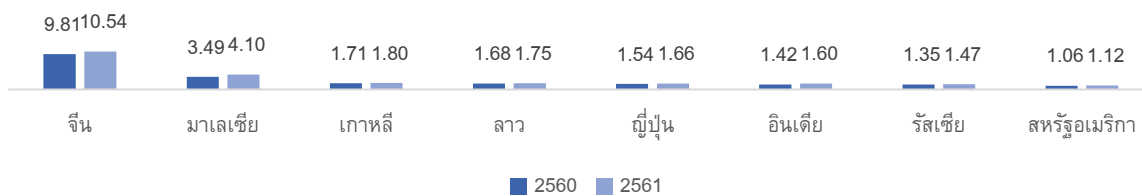
³⁴ ‘ททท. นำทัพผู้ประกอบการท่องเที่ยวร่วมงาน ITB 2019 ที่เยอรมนี ย้ำอัตลักษณ์ชุมชน เชื่อมเมืองหลักกระจายรายได้สู่ เมืองรอง’ (ผู้จัดการออนไลน์, 6 มีนาคม 2562) <<https://mgronline.com/travel/detail/9620000022930>> สืบค้นวันที่ 31 สิงหาคม 2563.

จำนวนนักท่องเที่ยวต่างชาติ ปี 2557 - 2561



ที่มา : กรมการท่องเที่ยว/อ้างอิงจากทริสต์เพื่อการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์และสิทธิการเช่าอุตสาหกรรม

จำนวนนักท่องเที่ยวต่างชาติ ปี 2560 และ 2561 (ล้านคน)



สำหรับการท่องเที่ยวจังหวัดระนองในปี 2561-2562 พบว่านักท่องเที่ยวในปี 2561 มีจำนวน 824,616 คน และ ปี 2562 จำนวน 813,558 คน³⁵ ในปี 2561 ค่าใช้จ่ายของนักท่องเที่ยวชาวไทยคิดเป็นจำนวน 2,047.42 ต่อคนต่อวัน ขณะที่ค่าใช้จ่ายของนักท่องเที่ยวต่างชาติ คิดเป็นจำนวน 2,773.65 ต่อคนต่อวัน³⁶ สำหรับแหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนที่เป็นสถานที่ท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่สำคัญและได้รับความสนใจจากนักท่องเที่ยวเพื่อลงแช่ตัว ได้แก่บ่อน้ำพุร้อนรักษะวาริน บ่อน้ำพุร้อนพรรั้ง เป็นต้น³⁷

เมื่อวิเคราะห์ผลสำรวจและสถิติการท่องเที่ยวที่ผ่านมาเห็นได้ว่า ประเทศไทย และจังหวัดระนอง เป็นแหล่งท่องเที่ยวที่นักท่องเที่ยวทั่วโลกให้ความสำคัญ โดยเฉพาะการพัฒนาเมืองต้นแบบเชิงสุขภาพ (แหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อน) ประกอบกับการได้พักอาศัยและท่องเที่ยวที่สัมผัสธรรมชาติและความเป็นอยู่ที่เรียบง่าย

³⁵ กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 'สถิตินักท่องเที่ยวภายในประเทศ ปี 2562 (จำแนกตามภูมิภาคและจังหวัด)' <<https://www.mots.go.th/news/category/618>> สืบค้นวันที่ 17 กันยายน 2566.

³⁶ สถิตินักท่องเที่ยวทั้งหมดในจังหวัดระนองปี 2564 และ 2565 มีจำนวน 165,920 คน และจำนวน 501,574 คนตามลำดับ ค่าการเปลี่ยนแปลง+202.30%. กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 'สถิตินักท่องเที่ยวชาวต่างชาติที่เดินทางเข้าประเทศไทยปี 2565 (จำนวนยอดสะสมเบื้องต้น)' (กระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬา, 23 มกราคม 2566) <<https://www.mots.go.th/news/category/659>> สืบค้นวันที่ 17 กันยายน 2566.

³⁷ โปรตุเก้ ปิ่น บุตรี, 'เที่ยวสุขภาพที่ระนอง' (MGR Online, 7 มกราคม 2561) <<https://mgronline.com/travel/detail/961000001846>> สืบค้นวันที่ 31 สิงหาคม 2563.

ของคนในท้องถิ่น การได้เข้ามาท่องเที่ยวในจังหวัดระนองย่อมทำให้นักท่องเที่ยวได้รับทั้งความรื่นรมย์และคุณประโยชน์ต่อสุขภาพ มีรายได้หมุนเวียนในชุมชน จังหวัดระนองสามารถเป็นเมืองต้นแบบเชิงสุขภาพและเป็นเมืองที่เป็นมิตรต่อชุมชนและสิ่งแวดล้อมได้ หากแหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อนได้รับการดูแลรักษาให้สะอาดทรงคุณค่า และในชุมชนมีที่พักที่ปลอดภัย มีคุณภาพดี ไว้ต้อนรับนักท่องเที่ยวเพื่อเป็นรายได้เสริม ในประการหลังนี้จะสอดคล้องกับข้อมูลศูนย์พยากรณ์เศรษฐกิจ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทยช่วงต้นเดือนมีนาคม 2562 ที่ว่า “ความเป็นมิตรของคนท้องถิ่นเป็นปัจจัยที่นักท่องเที่ยวกลุ่มคุณภาพสูงชาวเยอรมนีเห็นว่ามีสำคัญต่อการเลือกจุดหมายท่องเที่ยวต่างประเทศมากที่สุด”

สำหรับรูปแบบและวัตถุประสงค์ของจัดที่พักในชุมชนที่ควรนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ได้แก่ กิจกรรมโฮมสเตย์ เนื่องจากการจัดการเรื่องที่พักผ่อน (โฮมสเตย์) เป็นกิจการที่สร้างความสัมพันธ์และให้ความรู้แก่นักท่องเที่ยวถึงวิถีชีวิตชุมชน และสามารถสนองต่อความต้องการของนักท่องเที่ยวที่ประสงค์ที่พักราคาปานกลางหรือต้องการประหยัดค่าที่พัก แต่ยังมีข้อจำกัดทางกฎหมายที่ควรต้องศึกษาและปรับปรุงกล่าวคือปัจจุบันไม่มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับโฮมสเตย์ และต้องอาศัยการตีความบทบัญญัติที่ปรากฏในกฎหมายอื่นได้แก่ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 และกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 รวมทั้งประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 และประกาศกระทรวงการคลังและกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยออกตามความในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง และมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562³⁸

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าการกำหนดมาตรการกฎหมายเกี่ยวกับโฮมสเตย์ควรต้องคำนึงถึงความแตกต่างของที่ตั้งและสภาพแวดล้อมของแต่ละท้องถิ่นด้วย ตลอดจนความเป็นอยู่ของชุมชน จึงต้องทำการศึกษาและวิเคราะห์อย่างละเอียดต่อไป แม้ว่าการกำหนดรูปแบบและเนื้อหากฎหมายของโฮมสเตย์ไม่อยู่ในขอบเขตของวิจัยชิ้นนี้ แต่จะนำเสนอเนื้อหาสาระและสภาพปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายไทยบางประการตลอดจนกฎหมายต่างประเทศที่รับรองความปลอดภัยและส่งเสริมการดำเนินกิจการโฮมสเตย์ จึงขอยกตัวอย่างมาตรการทางกฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการจัดตั้งและการดำเนินการที่พักแบบ “โฮมสเตย์” เนื่องจากเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญ และคำนึงถึงประโยชน์และความปลอดภัยของการจัดที่พัก

³⁸ ในข้อ 2 ได้มีการกำหนดนิยาม “โฮมสเตย์” และการพิจารณาให้โฮมสเตย์อยู่ในข่ายการใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยซึ่งส่งผลให้เสียภาษีในอัตราการใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยไม่ใช้การใช้ประโยชน์อื่นนอกจากการใช้ประโยชน์ในการประกอบเกษตรกรรมหรือการใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัย

แนวทางเบื้องต้นเกี่ยวกับการดำเนินการโฮมสเตย์ตามมาตรฐานกฎหมายฝรั่งเศส

สำหรับการดำเนินการ “โฮมสเตย์” “chambre d'hôtes” ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส³⁹ เป็นกิจการที่ต้องได้รับการดูแลและต้องมีมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคจึงต้องประกอบด้วยข้อมูลของกิจการที่ดำเนินการและต้องมีการให้บริการที่มีคุณภาพรวมถึงความปลอดภัยของผู้บริโภค (ผู้พักค้างแรม) ในปี 2006 เริ่มกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย และเป็นช่วงเวลาที่นำมาตราการทางกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมาบังคับใช้ด้วย โดยกำหนดให้ การใช้ชื่อ “โฮมสเตย์” ใช้ได้เฉพาะกิจการที่ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด หากมีกิจการใดนำชื่อนี้ไปใช้เพื่อทำให้ผู้บริโภคเข้าใจผิดว่าเป็นโฮมสเตย์ตามกรอบกฎหมาย ถือว่าเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา L.120-1 a L.121-7 (Code de la consommation) เป็นการไม่ซื้อตรงและหลอกลวงซึ่งฝ่าฝืนมาตรา L.327-1 (Code du tourisme) แต่การห้ามใช้ชื่อกรณีดังกล่าวไม่ได้ห้ามการดำเนินการในลักษณะของธุรกิจที่มีจำนวนห้องพักเกินกว่า 5 ห้องพักเพียงแต่อาจไม่อาจใช้ชื่อว่าเป็นกิจการ “โฮมสเตย์ (chambre d'hôtes)” แต่อาจใช้ชื่อว่า “เกสต์เฮ้าส์” “chambres chez l'habitant” ในกรณีเกสต์เฮ้าส์ผู้เข้าพักไม่ต้องลงทะเบียน ณ ที่ทำการเขตที่ตั้งของกิจการ แต่ยังคงอยู่ในบังคับการเสียภาษีและการให้ความปลอดภัยสำหรับเจ้าของกิจการโฮมสเตย์ที่ดำเนินการเป็นปกติธุรกิจต้องลงทะเบียนการค้า ณ สำนักงานทะเบียน (RCS) และจดทะเบียนการค้า ณ ศูนย์วิสาหกิจของหอการค้า (Centre de Formalités des Entreprises de la Chambre de Commerce (CFE)) พร้อมทั้งปฏิบัติตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น การแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับราคา การออกใบรับฯ art. L. 324-4 (Code du tourisme) กำหนดให้ผู้ให้เช่าห้องพักไม่ว่าจำนวนหนึ่งห้องหรือหลายห้องต้องยื่นแบบขออนุญาตต่อสำนักงานเขตที่เป็นที่ตั้งของโฮมสเตย์มีเช่นนั้นจะถูกปรับ ตามมาตรา R. 324-16 (Code du tourisme) (แบบฟอร์ม Cerfa n° 13566*03) การยื่นแบบสามารถยื่นผ่านอีเมลหรือส่งเป็นจดหมายลงทะเบียน หรือสามารถส่งโดยใช้อินเทอร์เน็ต หากมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการดำเนินการต้องยื่นแบบใหม่ทุกครั้ง สำหรับเจ้าของบ้านหรืออาคารที่เป็นเกษตรกร หากดำเนินการโฮมสเตย์เป็นรายได้เสริม มาตรา L.311-1 (Code rural et de la pêche maritime) กำหนดให้ต้องจดทะเบียนการประกอบกิจการ ณ ศูนย์วิสาหกิจของหอการค้าเพื่อการเกษตร (Centre de Formalités des Entreprises de la Chambre d'Agriculture)

สาระสำคัญของหลักเกณฑ์การเข้าพักนั้น แม้ว่าผู้เข้าพักแรมประสงค์พักแรมเพียงคืนเดียว เจ้าของบ้านก็ไม่สามารถปฏิเสธความประสงค์ของผู้เข้าพักได้และไม่สามารถกำหนดระยะเวลาการพักอาศัยขั้นต่ำด้วยรายชื่อโฮมสเตย์นั้นต้องมีการติดประกาศ ณ ที่ทำการเขตเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด art. L. 324-4 (Code du tourisme) ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกาศราคาค่าที่พักและการออกเอกสารเกี่ยวกับการเข้าพักกำหนดให้

³⁹ French Administration, ‘Bienvenue sur le site officiel d’information et de démarches administratives’ <service-public.fr> accessed 31 August 2020.

ต้องติดประกาศสำหรับการคิดราคาเช่าเป็นแบบเหมาจ่ายก็ได้เป็นรายคืนก็ได้ พร้อมอาหารเช้าสำหรับผู้พักอาศัย 2 คนหรือโดยทั่วไปสามารถเข้าพักได้ในราคาระหว่าง 40-150 ยูโรหรือแม้แต่ราคา 250 ยูโร รวมอาหารเช้าต่อการพักแรมหนึ่งคืน อย่างไรก็ตามผู้พักแรมคนหนึ่งสามารถเข้าพักห้องเดียวหรือหลายห้องก็ได้

การบันทึกการเข้าพักอาศัยนั้นเป็นไปตาม Décret n° 2015-1002 du 18 août 2015 art.R211-21 เมื่อผู้พักแรมมาถึงต้องกรอกเอกสารข้อมูล กรณีมีเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปีเข้าพักด้วยสามารถกรอกในเอกสารเดียวกันกับผู้ใหญ่ได้ และเอกสารนี้ต้องเก็บรักษาไว้ระหว่างเวลา 6 เดือน หากได้รับการร้องขอจากหน่วยงานตำรวจท้องที่ที่สามารถโอนข้อมูลให้ได้ ข้อมูลที่ต้องกรอกประกอบด้วย ชื่อนามสกุล วันและเวลาเกิด สัญชาติ ภูมิลำเนาในประเทศของผู้เข้าพัก หมายเลขโทรศัพท์มือถือ และที่อยู่ในต่างประเทศ วันเข้าพักและวันที่ประสงค์ออกจากที่พัก ทั้งนี้กฎหมายกำหนดให้เจ้าของบ้านต้องติดราคาค่าบริการ ค่าห้องพัก หรือข้อความไว้ 3 แห่งได้แก่ภายนอกบ้านหรืออาคาร ภายในบ้านหรืออาคารตรงส่วนต้อนรับลูกค้า และในห้องนอน การติดประกาศดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญโดยเฉพาะรายละเอียดเกี่ยวกับราคาค่าบริการ หากละเอียดจะต้องถูกปรับ 1500 ยูโร และในกรณีที่เจ้าของกิจการเจตนาให้ข้อมูลไม่ถูกต้องถือเป็นความผิดอันมีโทษปรับตั้งแต่ 4500 ยูโร และจำคุกตั้งแต่ 6 เดือน

บทบัญญัติ Loi n° 2006-437 du 14 avril 2006 article L .324-3 และ Décret 2007-1173 du 3 août 2007 article 1er Art D 324-13. กำหนดให้กิจการโฮมสเตย์เป็นการที่เจ้าของบ้านใช้สถานที่ไม่ว่าจะเป็นบ้านหรืออาคารที่ตนอยู่อาศัยเป็นสถานที่ต้อนรับนักท่องเที่ยวที่เข้าพักโดยคิดค่าตอบแทนการเข้าพักพร้อมกับให้บริการแก่ผู้เข้าพัก โดยจำกัดจำนวนห้องพักอยู่ที่ 5 ห้องนอนและต้อนรับผู้เดินทางได้ไม่เกิน 15 คน ผู้เข้าพักต้องจดทะเบียนการเข้าพัก ณ ที่ทำการเขตที่ตั้งของโฮมสเตย์⁴⁰ นอกจากนั้นได้กำหนดขนาดของห้องพักแต่ละห้องที่ไม่รวมพื้นที่ห้องน้ำ⁴¹ ต้องมีขนาดไม่น้อยกว่า 9 ตารางเมตร ความสูงของเพดานอย่างน้อย 220 ตารางเมตร แต่โดยทั่วไปขนาดห้องที่เหมาะสมและเป็นที่ยอมรับของผู้พักแรมมักจะมีขนาดไม่ต่ำกว่า 12 ตารางเมตร และห้องพักจะต้องสามารถเชื่อมต่อกับห้องน้ำ ห้องอาบน้ำที่สะอาด ปลอดภัยและดีต่อสุขภาพ และต้องให้มีการทำความสะอาดวันต่อวันโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเพิ่ม (Décret 2007-1173 du 3 août 2007 art D 324-14) ดังนั้นการกำหนดราคาเช่าห้องพักจึงแล้วแต่เจ้าของจะกำหนดโดยต้องประกาศราคาให้ชัดเจน รวมถึงข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ และจำนวนห้องพัก จำนวนผู้เข้าพัก นอกจากนั้นเจ้าของโฮมสเตย์ยังต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎหมายโรงแรมและสถานที่พักสาธารณะ และการรับนักท่องเที่ยวผู้พักอาศัย

⁴⁰ โปรตุเกส ศุภลักษณ์ พิณจิววอล, คำอธิบายกฎหมายภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2565) 146.

⁴¹ เพิ่งอ้าง.

สำหรับการให้บริการ⁴²แก่ผู้เข้าพักนั้นเป็นการให้บริการเหมือนกับการให้บริการของโรงแรมที่พึงปฏิบัติ ได้แก่การให้บริการปูเตียงด้วยผ้าที่สะอาด มีบริหารทำความสะอาดห้องพัก เจ้าของบ้านต้องจัดให้มีอาหารเช้า ดูแลและซักล้างอุปกรณ์เครื่องใช้ภายในบ้านให้สะอาด ต้องเป็นผู้ให้การต้อนรับผู้เดินทางเพื่อให้เกิดความเป็นกันเอง ผู้เข้าพักจะอยู่อาศัยร่วมชายคาอยู่กับเจ้าของบ้านและสามารถใช้สถานที่ในบ้านได้เสมือนเป็นสมาชิกในครอบครัว แต่ทั้งนี้เจ้าของบ้านก็อาจจะสงวนไว้ซึ่งความเป็นส่วนตัวได้เช่นกันโดยเฉพาะห้องนอนส่วนตัวของเจ้าของบ้านที่ผู้เข้าพักไม่สามารถเข้าไปใช้ได้ การปฏิบัติตัวของผู้เข้าพักเป็นไปตามหลักของมารยาททั่วไปที่พึงปฏิบัติ เช่น การเคาะประตูห้องก่อนเปิดเข้าไป และควรขออนุญาตการเข้าใช้ห้องครัวทุกครั้ง ผู้เข้าพักสามารถใช้ห้องอาบน้ำและห้องนํ้าภายในบ้านพักแต่กฎหมายก็ได้ระบุว่าต้องจัดให้เป็นห้องอาบน้ำหรือห้องนํ้าส่วนตัว นอกจากนี้กฎหมายยังกำหนดเรื่องความปลอดภัยจากเพลิงไหม้ให้ต้องมีเครื่องตรวจจับควันไฟ (Décret n°2011-36 du 10 janvier 2011 art. R129-12 และ Décret n°2019-772 du 24 juillet 2019 art. R129-13) อาหารเช้าถือเป็นหนึ่งในการให้บริการที่มีลักษณะพิเศษของโฮมสเตย์ฝรั่งเศสซึ่งการคิดราคาห้องพักจะรวมค่าอาหารเช้าด้วย เจ้าของบ้านจะระบุลักษณะของอาหารเช้า และกำหนดเวลา สถานที่การรับประทานอาหารโดยจะมีการสอบถามล่วงหน้าว่าผู้พักแรมประสงค์อาหารชนิดใดก็จะจัดให้ตามความเหมาะสม แต่เนื่องจากโฮมสเตย์เป็นการให้ที่พักในครัวเรือนของเจ้าของบ้านจึงมักเป็นอาหารพื้นบ้านซึ่งไม่ต้องการจัดทำรายการอาหารให้เหมือนในภัตตาคาร แต่ในกรณีที่ผู้เข้าพักจำเป็นต้องทานอาหารพิเศษ เช่น ไม่ทานเนื้อสัตว์ เป็นต้น ก็ควรแจ้งแก่เจ้าของบ้านให้รับทราบในขณะที่ทำการจองห้องพัก โดยปกติจะเป็นการร่วมรับประทานอาหารเข้ากับเจ้าของบ้านและสมาชิกในครอบครัว แต่ก็สามารถแจ้งความประสงค์ได้หากต้องการทานอาหารเช้าเพียงลำพัง กิจกรรมโฮมสเตย์เป็นกิจการให้เช่าแบบเดียวที่อยู่ในรูปแบบของการค้าขายที่พักรวม กิจกรรมนี้ไม่มีการจัดระดับเหมือนโรงแรมที่มีการกำหนดระดับว่ากี่ดาว ทั้งนี้เพื่อเป็นจุดขายของโฮมสเตย์เจ้าของโฮมสเตย์มักจะเลือกจุดเด่นของโฮมสเตย์หรือใช้ข้อความเพื่อเชิญชวนให้คนมาพัก เช่น ยินดีต้อนรับเข้าสู่ปราสาทดอกทานตะวันฯ เจ้าของกิจการมักใช้วิธีติดต่อกับผู้สนใจเข้าพักผ่านระบบสื่อสารโดยตรง

เมื่อศึกษารูปแบบและวิธีการประกอบกิจการโฮมสเตย์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส จะพบว่ามาตรการทางกฎหมายไม่ได้กำหนดเป็นกฎหมายเฉพาะ แต่อยู่ในบังคับของกฎหมายหลายฉบับ และต้องยอมรับว่าได้กำหนดไว้อย่างชัดเจน ทั้งในเรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารจัดการ การรักษาความปลอดภัย การคุ้มครองผู้บริโภค แต่เมื่อเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของไทย⁴³ พบว่าในระบบกฎหมายไทย การประกอบกิจการ “โฮมสเตย์” ขาดความชัดเจนต้องอาศัยการตีความกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547 และกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 รวมทั้งประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 อาศัย

⁴² French Administration (เชิงอรรถ 36).

⁴³ ศุภลักษณ์ พินิจภูวดล (เชิงอรรถ 37) 141-145.

อำนาจตามความในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545 ประกาศกระทรวงการคลัง และกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยออกตามความในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง และมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562

สำหรับข้อจำกัดทางกฎหมายที่เห็นได้ชัดเจน ได้แก่ การตีความว่าโฮมสเตย์จัดอยู่ในสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม ตามกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 หมวด 1 ด้วยหรือไม่ เนื่องจากลักษณะที่ระบุไว้ขาดเนื้อความว่า “เป็นการพักรวมกับเจ้าของในชายคาเดียวกัน” เป็นต้น นอกจากนี้ยังขาดบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจัดตั้ง การดำเนินการ วัตถุประสงค์ที่ชัดเจน

พระราชบัญญัติ โรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 4 บัญญัติว่า “โรงแรม” หมายความว่า สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน ทั้งนี้ไม่รวมถึง (1) สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวซึ่งดำเนินการโดยส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์กรมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเพื่อการกุศล หรือการศึกษา ทั้งนี้โดย มิใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน (2) สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บริการที่พักอาศัยโดยคิดค่าบริการเป็นรายเดือนขึ้นไปเท่านั้น (3) พักอื่นใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁴⁴

กฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 หมวด 1 สถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรมและประเภทของโรงแรม “ข้อ 1 ให้สถานที่พักที่มีจำนวนห้องพักในอาคารเดียวกันหรือหลายอาคารรวมกันไม่เกินสี่ห้องและมีจำนวนผู้พักรวมกันทั้งหมดไม่เกินยี่สิบคนซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริม และได้แจ้งให้ นายทะเบียนทราบตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนด ไม่เป็นโรงแรมตาม (3) ของบทนิยาม คำว่า “โรงแรม” ในมาตรา 4 ข้อ 2..... หมวด 2 -หมวด 3.....”

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า โฮมสเตย์ไม่อยู่ในความหมายสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม หมวด 1 ข้อ 1 ของกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 เนื่องจากสาระในกฎกระทรวงฉบับนี้มีได้ระบุว่าเป็นสถานที่พักรวมกับเจ้าของในชายคาเดียวกันแต่อย่างใดจึงไม่อาจพิจารณาได้ว่าโฮมสเตย์อยู่ในบังคับของกฎกระทรวงฉบับนี้

⁴⁴ “ผู้ประกอบธุรกิจโรงแรม” หมายความว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรมตาม พระราชบัญญัตินี้ “ผู้พัก” หมายความว่าคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใด ที่ใช้บริการที่พักชั่วคราวของโรงแรม “ใบอนุญาต” หมายความว่า ใบอนุญาตประกอบธุรกิจโรงแรม

หากนำประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 เพื่อกำหนดความหมายและการจัดบริการในระดับมาตรฐาน 10 ด้าน พบว่าดัชนีชี้วัดมาตรฐาน 10 ด้าน ประกอบด้วย ด้านที่พัก ด้านอาหาร ด้านความปลอดภัย ด้านอสังหาริมทรัพย์ของเจ้าบ้านและสมาชิก ด้านรายการนำเที่ยว ด้านทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ด้านวัฒนธรรม ด้านการสร้างคุณค่า และมูลค่าของผลิตภัณฑ์ชุมชน ด้านการบริหารของกลุ่มโฮมสเตย์ ด้านการประชาสัมพันธ์ เช่น

ด้านที่พัก ให้บ้านที่พักมีลักษณะเป็นสัดส่วน ที่นอนสะอาด และสบายมีห้องอาบน้ำและห้องส้วมที่สะอาดมิดชิด มีมุมพักผ่อนภายในบ้านหรือในชุมชน

ด้านความปลอดภัย ให้มีการเตรียมความพร้อมเกี่ยวกับการปฐมพยาบาลเบื้องต้น และให้มีการจัดเวรยามดูแลความปลอดภัย

ด้านอาหารมีเพียงกำหนดให้มีชนิดของอาหาร และวัตถุดิบที่ใช้ประกอบอาหาร มีน้ำดื่มที่สะอาด ภาชนะที่บรรจุอาหารที่สะอาด ห้องครัว และอุปกรณ์ที่ใช้ในครัวที่ถูกต้องสุขลักษณะ

ผู้วิจัยพบว่าประกาศฯ นี้มิใช่เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการบริหารจัดการโฮมสเตย์ แต่เป็นเพียงการกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวหรือดัชนีชี้วัดมาตรฐานการบริการ มิใช่การประกาศกำหนดให้ต้องมีรายการต่างๆ รวมทั้ง การตรวจประเมินผลการพิจารณาเรื่องร้องเรียนก็เป็นเพียงผู้ใช้บริการสามารถร้องเรียนเป็นหนังสือให้ถอดถอนความเป็นมาตรฐานโฮมสเตย์ได้หากได้รับความเสียหาย⁴⁵ นอกจากนี้ในดัชนีชี้วัดนี้ไม่ปรากฏว่าจะครอบคลุมมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญโดยเฉพาะการคุ้มครองผู้บริโภคได้แก่การทำประกันภัยแก่นักท่องเที่ยวและเจ้าของที่พัก รวมถึงการให้มีป้ายระบุราคาค่าบริการที่พักราคาใช้จ่าย หรือลักษณะของอาหารเช้า และกำหนดเวลาสถานที่การรับประทานอาหาร

ประกาศกระทรวงการคลังและกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัย ออกตามความในมาตรา 6 วรรคหนึ่ง และมาตรา 37 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 โดยในข้อ 2 กำหนดความหมายของ “โฮมสเตย์” ไว้ว่า “โฮมสเตย์ หมายความว่า สถานที่พักชั่วคราวที่เจ้าของนำพื้นที่ใช้สอยภายในมาดัดแปลง เป็นห้องพักซึ่งมีจำนวนไม่เกินสี่ห้อง มีผู้พักรวมกันไม่เกิน

⁴⁵ ในข้อ 4 ของประกาศฉบับนี้ได้กำหนดนิยามของ “โฮมสเตย์” หมายความว่า “โฮมสเตย์ไทย” การท่องเที่ยวในรูปแบบหนึ่งที่นักท่องเที่ยวจะต้องพักรวมกับเจ้าของบ้านชายคาเดียวกัน โดยมีห้องพักหรือพื้นที่ใช้สอยภายในบ้านเหลือ สามารถนำมาดัดแปลงให้นักท่องเที่ยว พักได้ชั่วคราว ซึ่งมีจำนวนไม่เกิน 4 ห้อง มีผู้พักรวมกันไม่เกิน 20 คน โดยมีค่าตอบแทน และจัดบริการ สิ่งอำนวยความสะดวกตามสมควร อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริม ซึ่งเป็นไปตามบทนิยามคำว่า “โรงแรม” แห่งพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 และได้ขึ้นทะเบียนกับกรมการท่องเที่ยวตามหลักเกณฑ์ที่กรมการท่องเที่ยวกำหนด

ยี่สิบคน จัดบริการสิ่งอำนวยความสะดวก ตามสมควร และเป็นการพักรวมกับเจ้าของในชายคาเดียวกัน อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการ เพื่อหารายได้เสริม”

หากนำนิยาม “โฮมสเตย์” ที่ปรากฏในประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 และในประกาศกระทรวงการคลังและกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัย เทียบเคียงกับความหมายที่ของสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม ที่กำหนดอยู่ในกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 หมวด 1 จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างกันในความหมายซึ่งไม่อาจพิจารณาได้ว่า “สถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม” หมายถึง “โฮมสเตย์” เนื่องจากสาระสำคัญของ โฮมสเตย์ที่กำหนดในนิยามของประกาศฯ ที่กล่าวถึงทั้งสองฉบับมีสาระสำคัญอยู่ที่ “พักรวมกับเจ้าของ (บ้าน) ชายคาเดียวกัน” แต่ไม่ปรากฏสาระสำคัญนี้ในความหมายของ “สถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม” จึงเกิดข้อสงสัยว่าตามประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 ให้ขึ้นทะเบียนกับกรมการท่องเที่ยว ตามหลักเกณฑ์ที่กรมการท่องเที่ยวกำหนดมีความหมายเพียงใด เป็นเฉพาะกรณีการยื่นขอกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย หรือหมายถึงการแจ้งเป็นสถานที่พักแบบ “โฮมสเตย์” ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากการขาดบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจัดตั้ง การดำเนินงาน วัตถุประสงค์ ซึ่งมีความจำเป็นที่ต้องกำหนดกฎหมายเฉพาะหรือกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องการประกอบกิจการโฮมสเตย์ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความเหมาะสม

อย่างไรก็ตาม แม้ยังมีข้อสงสัยถึงความหมายของโฮมสเตย์และสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรมและประเภทของโรงแรม ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 หมวด 1 ข้อ 1 แต่ปัจจุบันได้มีความเข้าใจว่าสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรมที่ระบุในกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551 หมวด 1 หมายถึง โฮมสเตย์ ดังนั้นจึงปรากฏว่าแบบหนังสือรับแจ้งสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรม กับการแจ้งเป็นสถานที่พัก “โฮมสเตย์” คงใช้ร่วมกัน (แบบหนังสือแจ้งขอใบรับรองสถานที่พักที่ไม่เป็นโรงแรมตามกฎกระทรวงกำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551) ในกรุงเทพมหานครยื่นที่สำนักงานสอบสวนและนิติการ กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ในส่วนต่างจังหวัด ยื่น ณ ที่ว่าการอำเภอ

5. บทสรุป

การมีทรัพยากรน้ำที่อุดมไปด้วยแร่ธาตุที่ทรงคุณค่าต่อสุขภาพทำให้ระนองเป็นแหล่งท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่สำคัญของประเทศและของโลก โดยเฉพาะการมีบ่อน้ำแร่หรือน้ำพุร้อน และการมีสภาพธรรมชาติที่ร่มรื่นสามารถดึงดูดนักท่องเที่ยวทั้งในประเทศและต่างประเทศได้อย่างมาก จากการศึกษาพบว่ามาตรการดูแลรักษาทรัพยากรน้ำในระบบกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่สอดคล้องกับแนวความคิดและหลักสากล เพียงแต่ควรปรับปรุงการดูแลรักษาให้มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นและสอดคล้องกับแนวคิดที่ต้องคำนึงถึงประเภทของแหล่งน้ำ เนื่องจากปัจจุบันยังไม่ได้มีการจำแนกการดูแลตามประเภทของแหล่งน้ำทั่วไปกับแหล่งน้ำพุร้อน น้ำแร่ร้อน โดยหน่วยงานที่ตั้งของแหล่งน้ำเป็นผู้ดูแลและบริหารจัดการ เช่น การบริหารจัดการน้ำพุร้อนพริ้งอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 แต่การบริหารจัดการน้ำพุร้อนรักษะวารินอยู่ในความดูแลของเทศบาลเมืองระนองตามพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. 2496 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งเทศบาลเมืองระนอง จังหวัดระนอง พ.ศ. 2479 นอกจากนี้การขาดหน่วยงานของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะ เช่น กรณีการบริหารจัดการน้ำแร่ที่ต้องอาศัยการจัดการหลายขั้นตอน และอาศัยความเชี่ยวชาญเฉพาะไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบคุณภาพน้ำโดยเครื่องมือทางวิทยาศาสตร์จึงเป็นมูลเหตุสำคัญประการหนึ่งของปัญหาการดูแลรักษาแหล่งน้ำ สมควรกำหนดมาตรการที่เหมาะสม เพื่อให้เกิดความยั่งยืน รายละเอียดการดูแลแหล่งน้ำแร่และน้ำพุร้อนสามารถศึกษาได้จากโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง ‘การศึกษาเปรียบเทียบโครงสร้างทางกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการน้ำแร่ร้อนในประเทศเกาหลีใต้และในจังหวัดระนอง’ โดย ดร. วรพล มาลสุขุม เสนอต่อมูลนิธิเพื่อวิทยาลัยแพทยศาสตร์พระมงกุฎเกล้าในพระบรมราชูปถัมภ์

สำหรับการพัฒนาเมืองต้นแบบการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพที่ต้องเป็นมิตรกับชุมชนและสิ่งแวดล้อมนั้น จากข้อมูลที่ว่าความเป็นมิตรของคนท้องถิ่นเป็นปัจจัยที่นักท่องเที่ยวกลุ่มคุณภาพสูงชาวเยอรมันเห็นว่ามี ความสำคัญต่อการเลือกจุดหมายท่องเที่ยวต่างประเทศมากที่สุด การต้อนรับนักท่องเที่ยวที่เข้ามาในชุมชน หรือความเป็นมิตรของคนท้องถิ่นจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจละเลยได้ ดังนั้นการจัดที่พักที่ถูกต้องลักษณะ ปลอดภัย สร้างการเรียนรู้วัฒนธรรมท้องถิ่น และรักษาสิ่งแวดล้อม ควรประกอบด้วยกลไกทางกฎหมายที่เอื้ออำนวย ส่งเสริม สนับสนุน ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้ง การดำเนินการ การคุ้มครองผู้บริโภค และความปลอดภัยแก่ ผู้เกี่ยวข้องที่อยู่ในท้องถิ่น โดยสามารถนำรูปแบบการจัดที่พักโฮมสเตย์มาใช้เป็นเครื่องมือ แต่หากเทียบเคียง มาตรการกฎหมายโฮมสเตย์ของฝรั่งเศสแล้วจะเห็นได้ว่ามีความชัดเจน และคุ้มครองความปลอดภัยของชุมชน และนักท่องเที่ยวตลอดจนคุ้มครองผู้บริโภคใน ขณะที่มาตรการกฎหมายของไทยยังขาดความชัดเจนต้องอาศัย การตีความ หรือเทียบเคียงกฎหมายหลายฉบับเช่นพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 ประกาศกรมการท่องเที่ยว เรื่องกำหนดมาตรฐานบริการท่องเที่ยวมาตรฐานโฮมสเตย์ไทย พ.ศ. 2554 และประกาศ กระทรวงการคลังและกระทรวงมหาดไทยเรื่องหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัย ตามพระราชบัญญัติ ภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง พ.ศ. 2562 และคงต้องนำพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2521 มาใช้เพื่อเป็น

หลักประกันความปลอดภัยของสถานที่พักชั่วคราว อย่างไรก็ตามจำเป็นต้องมีการศึกษาอย่างละเอียดโดยต้องอาศัยการศึกษาข้อมูลเกี่ยวกับสภาพความเป็นอยู่ วัฒนธรรม ในแต่ละท้องถิ่นเป็นสำคัญ เพื่อกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเกี่ยวกับโฮมสเตย์ในแต่ละท้องถิ่นต่อไป

ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูลและ
พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562*
The Relationship between Data Lifecycle Management and the Personal
Data Protection Act B.E. 2562

กิตสุรณ สังขสุวรรณ**

นักวิชาการอิสระ

Kitsuron Sangsuvan

Independent Scholar

วันที่รับบทความ 12 กันยายน 2566; วันแก้ไขบทความ 16 ตุลาคม 2566; วันตอบรับบทความ 13 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

วงจรชีวิตข้อมูลถือเป็นกระบวนการจัดการบริหารข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบหนึ่งที่หน่วยงานหลาย ๆ แห่งได้นำมาปรับใช้ในปัจจุบัน วงจรชีวิตข้อมูลอาจช่วยให้หน่วยงานต่าง ๆ จัดการบริหารข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาอาจมีว่าวงจรชีวิตข้อมูลมีความสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้หรือไม่ อีกทั้งวงจรชีวิตข้อมูลสามารถสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลได้หรือไม่เพียงใด การวิจัยนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการวิเคราะห์และมุ่งหาคำตอบในประเด็นปัญหาดังกล่าว การวิจัยนี้ยังใช้วิธีการวิจัยเชิงคุณภาพโดยเก็บรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความวิชาการ รายงาน ประกาศ และบทบัญญัติกฎหมาย การวิจัยพบว่าวงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 วงจรชีวิตข้อมูลยังสามารถนำมาใช้ในการรักษาความปลอดภัยข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน

คำสำคัญ: วงจรชีวิตข้อมูล, พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562, การรักษาความปลอดภัย

* บทความวิจัยนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการวิจัยเรื่อง “ความสัมพันธ์ระหว่างการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562”

** น.บ.; น.บ.ท.; LL.M. University of Illinois Chicago School of Law, Chicago, Illinois, USA; S.J.D. Indiana University Robert H. McKinney School of Law, Indianapolis, Indiana, USA; E-mail krit.bond@yahoo.com

Abstract

Data lifecycle management is an approach to managing the flow of data. Recently, many organizations or institutions have relied on data lifecycle management. It can help organizations or institutions manage data effectively. However, a question may arise whether data lifecycle management can be used as a compliance guideline on the Personal Data Protection Act B.E. 2562. Another question may also arise whether data lifecycle management can create data security. The purpose of this research is to analyze and address those issues. Additionally, this research method is qualitative research. It collects all information from books, articles, reports, announcements, and statutes. This research has found that data lifecycle management can be used as a compliance guideline on the Personal Data Protection Act B.E. 2562. It can secure and protect personal data as well.

Keywords: Data Lifecycle Management, the Personal Data Protection Act B.E. 2562, Security

1. บทนำ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ถือเป็นกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่ในประเทศไทย ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2565 แต่การปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดยังคงถือเป็นเรื่องที่ยากลำบากสำหรับหน่วยงานต่าง ๆ¹ นอกจากนี้ การรั่วไหลของข้อมูลส่วนบุคคลหรือการล่วงละเมิดข้อมูลส่วนบุคคลยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง² ทั้งนี้เพราะหน่วยงานต่าง ๆ มักไม่ยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ หรืออาจขาดความเข้าใจในหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังนั้น เครื่องมือหรือแนวทางที่จะช่วยให้หน่วยงานต่าง ๆ ปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้อย่างถูกต้องจึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญ

วงจรชีวิตข้อมูล (Data Lifecycle) เป็นกระบวนการบริหารจัดการในรูปแบบหนึ่งที่ได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในด้านบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล³ องค์กรธุรกิจหรือหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีชื่อเสียง เช่น บริษัท International Business Machines Corporations หรือ IBM ได้ใช้วงจรชีวิตข้อมูลในการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคลของตนด้วยเช่นกัน⁴ ถึงแม้วงจรชีวิตข้อมูลจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล แต่วงจรชีวิตข้อมูลยังคงถือเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้น ประเด็นที่จำเป็นต้องศึกษาและวิจัยจึงมีอยู่ว่าวงจรชีวิตข้อมูลมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือไม่ และวงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้หรือไม่เพียงใด รวมถึงวงจรชีวิตข้อมูลสามารถสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลได้หรือไม่เพียงใด การศึกษาและวิจัยดังกล่าวยังอาจช่วยสร้างหรือพัฒนาหลักเกณฑ์ที่สำคัญของวงจรชีวิตข้อมูล

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาและพิจารณาความหมาย รูปแบบ วัตถุประสงค์ และประโยชน์ของวงจรชีวิตข้อมูล (2) ศึกษาและวิเคราะห์ว่า วงจรชีวิตข้อมูลมีความสัมพันธ์และสามารถนำมาปรับใช้กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้หรือไม่และอย่างไร (3) ศึกษาและประเมิน

¹ ศิริญา ดุสิตนานนท์, 'ปัญหาและข้อเสนอแนะในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562' (2565) 25 วารสารสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 154, 160.

<<https://ejournals.swu.ac.th/index.php/JOS/article/view/14420>> สืบค้นวันที่ 25 เมษายน 2566.

² ผู้จัดการออนไลน์, 'เปิดโปงภัยร้ายที่ซ่อนอยู่ในการละเมิดข้อมูล' (MGR ONLINE, 19 เมษายน 2566)

<<https://mgronline.com/cyberbiz/detail/9660000036411>> สืบค้นวันที่ 25 เมษายน 2566.

³ Ralph M. Stair & George W. Reynolds, *Fundamentals of Information Systems* (9th edn, Cengage Learning 2018) 139.

⁴ *ibid* 634.

ว่าวงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้หรือไม่และอย่างไร (4) สร้างหรือพัฒนาหลักเกณฑ์สำคัญของวงจรชีวิตข้อมูลด้วยหลักกฎหมายดังกล่าว และ (5) ศึกษาและวิเคราะห์ว่า วงจรชีวิตข้อมูลภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สามารถรักษาความมั่นคงปลอดภัยข้อมูลส่วนบุคคลได้หรือไม่

3. วิธีการดำเนินการวิจัย

การศึกษาและวิเคราะห์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างวงจรชีวิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือการปรับใช้วงจรชีวิตข้อมูลในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยมีเก็บรวบรวมข้อมูลจากหนังสือ บทความวิชาการ รายงาน ประกาศ บทบัญญัติกฎหมายทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ข้อมูลทั้งหมดนี้ได้ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์รูปแบบวงจรชีวิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 นอกจากนี้ ข้อมูลดังกล่าวได้ถูกนำมาใช้ในการวิเคราะห์ถึงการรักษาความปลอดภัยข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวงจรชีวิตข้อมูล

4. ผลการวิจัย

การวิจัยพบว่าวงจรชีวิตข้อมูลมีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยวงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งหากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้ใช้วงจรชีวิตข้อมูลเป็นแนวทางในการบริหารจัดการข้อมูลส่วนบุคคล ก็ย่อมมีความเป็นไปได้ที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ วงจรชีวิตข้อมูลยังอาจนำมาใช้ในการรักษาความปลอดภัยของข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน

5. อภิปรายผลการวิจัย

5.1 วงจรชีวิตข้อมูล

5.1.1 ความหมายและรูปแบบของวงจรชีวิตข้อมูล

วงจรชีวิตข้อมูล คือ กระบวนการจัดการข้อมูลผ่านวิวัฒนาการหรือรอบวงจรชีวิต โดยเริ่มต้นจากการเก็บข้อมูลจนถึงการทำลายข้อมูล⁵ การจัดการข้อมูลด้วยวงจรชีวิตข้อมูลช่วยทำให้องค์กรธุรกิจ

⁵ Roger S. Reid, Gareth Fraser-King, David Schwaderer, *Data Lifecycle: Managing Data for Strategic Advantage* (Wiley 2007) 13.

หรือผู้ควบคุมข้อมูลสามารถบริหารหรือดูแลข้อมูลได้อย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ⁶ วงจรชีวิตข้อมูลยังมีความสัมพันธ์กับการคุ้มครองความเป็นส่วนตัวของข้อมูล (Data Privacy) ที่มุ่งเน้นให้ความสำคัญคุ้มครองและปฏิบัติตามกฎหมาย รวมไปถึงการปกป้องข้อมูลต่างๆ โดยวิธีการรวบรวม ประมวลผล การเปิดเผยข้อมูล การจัดเก็บ และการลบข้อมูลนั้น ๆ นอกจากนี้ วงจรชีวิตข้อมูลมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ (1) เพื่อเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) หรือป้องกันมิให้ข้อมูลถูกเข้าถึงโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (2) เพื่อให้ข้อมูลนำมาใช้ประโยชน์ได้อย่างเหมาะสมโดยชอบด้วยกฎหมาย (Availability) และ (3) เพื่อให้ข้อมูลมีความถูกต้องและทันสมัยอยู่เสมอ (Integrity)⁷

สำหรับวงจรชีวิตข้อมูลอาจแบ่งออกเป็น 5 ระยะดังต่อไปนี้ (1) การเกิดขึ้น (Creation) (2) การเก็บรักษา (Storage) (3) การใช้งาน (Usage) (4) การเก็บแบบถาวร (Archival) และ (5) การทำลาย (Destruction)

(1) การเกิดขึ้น (Creation)

การเกิดขึ้น (Creation) คือ การเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูล⁸ การเกิดขึ้นนี้ยังถือเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญของวงจรชีวิตข้อมูล โดยองค์กรธุรกิจอาจเก็บรวบรวมข้อมูลผ่านการทำธุรกรรมหรือช่องทางต่าง ๆ เช่น การขายสินค้าให้ลูกค้า การติดต่อสื่อสารกับลูกค้า หรือ การให้บริการหลังการขาย อีกทั้งวิธีการเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูลอาจมีหลากหลายรูปแบบ เช่น กรอกแบบสอบถาม (Form) ตรวจสอบ (Survey) สอบถามจากลูกค้า (Interview) หรือ การเฝ้าติดตาม (Observation)⁹ ข้อมูลที่ได้รับจึงมักมาจากแหล่งข้อมูลดั้งเดิมหรือมาจากเจ้าของข้อมูลโดยตรง แต่อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าข้อมูลทุกชนิดจะเป็นที่ต้องการหรือต้องถูกนำมาเก็บรวบรวมไว้ เพราะข้อมูลบางประเภทอาจถูกนำมาใช้เป็นประโยชน์ ในขณะที่ข้อมูลบางประเภทอาจไม่มีความเกี่ยวข้องกัน ดังนั้น ข้อมูลที่ถูกเก็บรวบรวมคือข้อมูลที่อาจถูกนำมาใช้เป็นประโยชน์ได้¹⁰ โดยองค์กรธุรกิจจะเป็นผู้ประเมินว่าข้อมูลใดมีความจำเป็นที่จะต้องนำมาใช้ และข้อมูลใดไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำมาใช้

⁶ Nijaz Bajgoric, *Always-On Enterprise Information Systems for Business Continuity: Technologies for Reliable and Scalable Operations* (Business Science Reference 2010) 143.

⁷ Ruben Zeegers & Theo Wanders, *Privacy & Data Protection Essentials* (Van Haren 2019) 144.

⁸ Tibor Koltay, *Research Data Management and Data Literacies* (Chandos Publishing 2022) 92.

⁹ *ibid.*

¹⁰ Lisa Federer, *The Medical Library Association Guide to Data Management for Librarians* (Rowman & Littlefield 2016) 92.

(2) การเก็บรักษา (Storage)

การเก็บรักษาข้อมูลเป็นขั้นตอนที่เกิดขึ้นหลังจากการเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูล การเก็บรักษาข้อมูลในขั้นตอนนี้เป็นการทำบันทึกและเก็บรักษาข้อมูลไว้เพื่อที่จะนำไปใช้ในอนาคต¹¹ โดยข้อมูลที่ได้มาอาจถูกแปรสภาพหรือเปลี่ยนรูปแบบ และนำมาจัดเก็บไว้ในสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมและปลอดภัย องค์กรธุรกิจยังคงใช้มาตรการรักษาความปลอดภัยหรือจัดทำสำเนาเพื่อป้องกันการสูญหาย¹² นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลอาจอยู่ในรูปของชุดข้อมูล (Dataset) หรือ ระบบฐานข้อมูล (Database) สำหรับการเก็บข้อมูลในระบบฐานข้อมูล คือ การเก็บรวบรวมข้อมูลต่าง ๆ เข้าไว้ด้วยกันอย่างเป็นระบบและข้อมูลนั้นมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน¹³ ในขณะที่การเก็บข้อมูลในรูปของชุดข้อมูล คือ การนำข้อมูลที่มีคุณสมบัติเหมือนกันมาจัดเป็นชุดให้ถูกต้องตามลักษณะโครงสร้างข้อมูล¹⁴ การเก็บข้อมูลในรูปของชุดข้อมูลยังอาจอยู่ในรูปแบบของดิจิทัล เช่น คลาวด์ หรือรูปแบบของกายภาพ เช่น แฟลชไดรฟ์ แผ่นซีดี ทำสำเนาหรือบันทึกลงบนกระดาษ

(3) การใช้งาน (Usage)

การใช้ข้อมูล คือ การนำเอาข้อมูลที่ผ่านมาผ่านกระบวนการเก็บรักษามาใช้ในกิจกรรมทางธุรกิจ หรือ ก่อให้เกิดผลลัพธ์ในทางธุรกิจ¹⁵ สำหรับวิธีใช้ข้อมูลนั้นย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของข้อมูลและวัตถุประสงค์ในการใช้ข้อมูลขององค์กรธุรกิจนั้น¹⁶ แต่โดยทั่วไปนั้น ข้อมูลมักถูกใช้ในการกำหนดยุทธศาสตร์หรือทิศทางขององค์กร ตรวจสอบสินค้าหรือความต้องการของลูกค้า ประมวลผล หรือปรับปรุงสินค้าหรือการให้บริการ อีกทั้งองค์กรธุรกิจยังอาจใช้ข้อมูลในการตัดสินใจหรือประกอบกิจกรรมต่าง ๆ เช่น เบอร์โทรศัพท์ของลูกค้า ได้ถูกนำมาใช้ในการติดต่อลูกค้า การใช้ข้อมูลนี้ยังจะต้องเป็นการใช้โดยผู้ที่มีอำนาจหรือผู้ที่ทำหน้าที่ ๆ จะต้องรับผิดชอบโดยเฉพาะเท่านั้น

¹¹ Evren Eryurek et al., *Data Governance The Definitive Guide: People, Processes, and Tools to Operationalize Data Trustworthiness* (O' Reilly 2021) 88.

¹² *ibid.*

¹³ Oracle Cloud Infrastructure, What Is a Database?, (OCI) <<https://www.oracle.com/database/what-is-database/#:~:text=A%20database%20is%20an%20organized,electronically%20in%20a%20computer%20system>> accessed 26 April 2023.

¹⁴ Tech Target Contributor, Definition: data set, (Tech Target) <<https://www.techtarget.com/whatis/definition/data-set#:~:text=A%20data%20set%20is%20a,managed%20as%20a%20whole%20entity.>> accessed 26 April 2023.

¹⁵ Angelo Illumba, 'What Is Data Usage?' (WhistleOut, 27 October 2021)

<<https://www.whistleout.com/CellPhones/Guides/what-is-data-usage>> accessed 26 April 2023.

¹⁶ *ibid.*

(4) การเก็บรักษาแบบถาวร (Archival)

เมื่อวันเวลาผ่านไป ข้อมูลอาจมีความล้าหลังและไม่อาจใช้ประโยชน์ได้อีก แต่ข้อมูลเหล่านี้ยังคงมีความสำคัญและอาจถูกนำกลับมาใช้ได้ในอนาคต การเก็บรักษาข้อมูลแบบถาวรจึงมีความจำเป็นต่อองค์กรธุรกิจ โดยการเก็บข้อมูลแบบถาวร (Archival) มีความหมายคือ การเก็บรักษาข้อมูลเก่าที่ไม่อาจใช้การได้หรือข้อมูลที่ไม่ได้ถูกนำมาใช้เป็นประจำ เพื่อที่จะได้นำกลับมาใช้อีกเมื่อมีความจำเป็น หรือเพื่อรอเวลาที่จะนำมาทำลาย¹⁷ ข้อแตกต่างระหว่างการเก็บข้อมูลแบบถาวรและการเก็บรักษาข้อมูล (Storage) ในขั้นตอนที่สอง คือ การเก็บข้อมูลแบบถาวรเป็นการเก็บรักษาข้อมูลเก่าที่ได้มีการใช้งานมาแล้ว ในขณะที่การเก็บรักษาข้อมูล (Storage) ในขั้นตอนที่สองเป็นการเก็บรักษาข้อมูลที่ยังใช้งานหรือปฏิบัติการได้อยู่ นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลแบบถาวรอาจช่วยลดปริมาณข้อมูลที่มีมากจนเกินไปและลดภาระในการดูแลรักษา การเก็บรักษาข้อมูลแบบถาวรจึงช่วยให้องค์กรธุรกิจจัดการบริหารข้อมูลที่มีอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ การเก็บรักษาข้อมูลแบบถาวรยังอาจมีลักษณะเป็นการเก็บรักษาในระยะยาว การเก็บรักษาจึงควรคำนึงถึงความปลอดภัยและความสะดวกในการเข้าถึง องค์กรธุรกิจควรต้องพิจารณาว่าข้อมูลชนิดใดควรจัดเก็บรักษาแบบถาวร ระยะเวลาในการเก็บรักษา และวิธีการในการเก็บรักษา¹⁸

(5) การทำลาย (Destruction)

การทำลายข้อมูล (Destruction) คือ กระบวนการทำลายหรือลบข้อมูลที่ได้ถูกจัดเก็บรักษาไว้ในรูปแบบต่าง ๆ ออกจากการควบคุมดูแลขององค์กรธุรกิจ¹⁹ โดยข้อมูลที่ถูกทำลายมักเป็นข้อมูลที่ไม่มีความจำเป็นต่อใช้อีกต่อไปและไม่สมควรที่จะต้องเก็บรักษาไว้²⁰ เพราะการเก็บรักษาข้อมูลดังกล่าวย่อมเป็นภาระและก่อให้เกิดความเสี่ยงที่ข้อมูลนั้นจะรั่วไหลหรือถูกส่งละเมิด อีกทั้งองค์กรธุรกิจยังคงต้องรับผิดชอบข้อมูลที่อยู่ในความควบคุมของตน ดังนั้น ข้อมูลที่ถูกทำลายหรือถูกลบจึงควรเป็นข้อมูลที่ถูกเก็บรักษาแบบถาวร (Archival) และเมื่อการทำลายข้อมูลนี้ถือเป็นขั้นตอนสุดท้ายของวงจรชีวิตข้อมูล การทำลายข้อมูลในขั้นตอนนี้จึงควรเป็นการทำลายข้อมูลโดยสิ้นเชิง กล่าวคือ องค์กรธุรกิจอาจใช้วิธีการใด ๆ ที่ทำให้ข้อมูลนั้นไม่สามารถนำกลับมาใช้ประโยชน์ได้อีก บุคลากรในองค์กรธุรกิจก็ไม่สามารถเข้าถึงหรือแบ่งปันข้อมูลนั้นได้นอกจากนี้ การทำลายข้อมูลควรดำเนินการด้วยความระมัดระวังและความปลอดภัยเพื่อป้องกันมิให้ข้อมูลเกิดการรั่วไหล

¹⁷ Yunfei Du & Hammad Rauf Khan, *Data Science for Librarians* (ABD-CLIO 2020) 12.

¹⁸ *ibid.*

¹⁹ Sheng-Lung Peng, Souvik Pal & Lianfen Huang, *Principles of Internet of Things (IOT) Ecosystem: Insight Paradigm* (Springer 2020) 394.

²⁰ *ibid.*

5.1.2 ประโยชน์ของวงจรชีวิตข้อมูล

วงจรชีวิตข้อมูลอาจมีประโยชน์ต่อองค์กรธุรกิจดังต่อไปนี้

(1) การปฏิบัติตามกฎหมายและการบริหารจัดการ (Compliance and Governance): วงจรชีวิตข้อมูลมักเกี่ยวข้องกับหรืออาศัยแนวทางของบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นสำคัญ การจัดการบริหารข้อมูลบนพื้นฐานของวงจรชีวิตข้อมูลจึงช่วยให้องค์กรธุรกิจสามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้ วงจรชีวิตข้อมูลยังช่วยให้องค์กรธุรกิจจัดการบริหารข้อมูลได้อย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพ และปลอดภัย รวมถึงนำข้อมูลมาใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด โดยองค์กรธุรกิจอาจนำวงจรชีวิตข้อมูลมาพัฒนาเป็นแนวทางในการจัดการบริหารข้อมูลภายในองค์กร²¹

(2) การปรับปรุงกระบวนการ (Process Improvement): วงจรชีวิตข้อมูลถือเป็นกระบวนการจัดการข้อมูลอย่างเป็นระบบเพื่อนำข้อมูลมาใช้ให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุด วงจรชีวิตข้อมูลช่วยรักษาคุณภาพของข้อมูล และจัดการบริหารข้อมูลอย่างมีประสิทธิภาพ วงจรชีวิตข้อมูลยังช่วยให้ข้อมูลมีความถูกต้อง ทันสมัย สามารถเข้าถึงได้ง่าย น่าเชื่อถือ และนำมาใช้งานได้สะดวก หากองค์กรธุรกิจไม่ได้จัดการบริหารข้อมูลบนพื้นฐานของวงจรชีวิตข้อมูล มีความเป็นไปได้ที่องค์กรธุรกิจนั้นจะประสบกับปัญหาหรือเผชิญกับความเสียหาย อันเนื่องมาจากการจัดการบริหารข้อมูลที่ผิดพลาด วงจรชีวิตข้อมูลจึงอาจถูกนำมาใช้ในการพัฒนาหรือปรับปรุงกระบวนการจัดการบริหารข้อมูลให้มีประสิทธิภาพ²²

(3) การรักษาความปลอดภัย (Security): ปัญหาหรือความท้าทายที่องค์กรธุรกิจมักต้องเผชิญคือการรักษาความปลอดภัยของข้อมูล วงจรชีวิตข้อมูลจึงถือเป็นกระบวนการจัดการที่สำคัญเพราะช่วยลดความเสี่ยงและปกป้องคุ้มครองข้อมูลมิให้สูญหาย ถูกทำลาย หรือถูกล่วงละเมิด โดยวงจรชีวิตข้อมูลมีการกำหนดวิธีการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนอย่างเป็นระบบและมีการตรวจสอบอย่างถี่ถ้วน หากองค์กรธุรกิจดำเนินการตามวงจรชีวิตข้อมูลได้อย่างถูกต้อง ข้อมูลที่อยู่ในการควบคุมดูแลขององค์กรธุรกิจย่อมมีความปลอดภัย²³

(4) การควบคุมค่าใช้จ่าย (Controlling Costs): วงจรชีวิตข้อมูลช่วยควบคุมหรือลดค่าใช้จ่ายให้แก่องค์กรธุรกิจ ตัวอย่างเช่น ข้อมูลที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อธุรกิจหรือไม่อาจใช้ประโยชน์ได้อีกควรทำลายทิ้ง หากองค์กรธุรกิจเลือกที่จะเก็บรักษาข้อมูลเหล่านั้น องค์กรธุรกิจอาจต้องเสียค่าใช้จ่ายหรือใช้พื้นที่ในการเก็บ

²¹ Adam Marget, 'Data Lifecycle Management: Stages, Goals and Organizational Benefits (UNITRENDS)' <<https://www.unitrends.com/blog/data-lifecycle-management#:~:text=DLM%20allows%20organizations%20to%20make,quick%20recovery%20during%20%20crisis.>> accessed 26 April 2023.

²² ibid.

²³ ibid.

รักษา อีกทั้งยังต้องรับภาระและความเสี่ยงในการดูแลรับผิดชอบข้อมูลเหล่านั้น แต่หากองค์กรธุรกิจตัดสินใจทำลายข้อมูล องค์กรธุรกิจก็ไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาข้อมูลซึ่งอาจมีราคาสูงกว่าการทำลายข้อมูล²⁴

5.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการล่วงละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของข้อมูลส่วนบุคคล พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์ กลไก หรือมาตรการกำกับดูแลเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล โดยกำหนดวิธีการเก็บรวบรวม ใช้ และเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลหรือผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลไว้เป็นการเฉพาะ พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวยังกำหนดสิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล การร้องเรียนของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ความรับผิดชอบทางแพ่งของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล และโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับ

นอกจากนี้ มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้ (1) จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ และต้องทบทวน มาตรการดังกล่าวเมื่อมีความจำเป็นหรือเมื่อเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงไปเพื่อให้มีประสิทธิภาพในการรักษา ความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามมาตรฐานขั้นต่ำที่คณะกรรมการประกาศกำหนด” ต่อมาคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้กำหนดประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เรื่อง “มาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2565” โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่จัดให้มีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยที่เหมาะสม เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ ที่สำคัญ คณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลได้กำหนดความหมายของ “ความมั่นคงปลอดภัย” ไว้คือ การธำรงไว้ซึ่งความลับ (confidentiality) ความถูกต้องครบถ้วน (integrity) และสภาพพร้อมใช้งาน (availability) ของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้เพื่อป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ ดังนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องดำเนินการธำรงไว้ซึ่งความลับในข้อมูลส่วนบุคคล (confidentiality) ดำเนินการให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้องครบถ้วน (integrity) และดำเนินการให้ข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในสภาพพร้อมใช้งาน (availability)

²⁴ ibid.

5.3 วงจรชีวิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาอาจมีอยู่ว่า วงจรชีวิตข้อมูลมีความสัมพันธ์กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 หรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาปรับใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้หรือไม่เพียงใด รวมถึงวงจรชีวิตข้อมูลสามารถสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลได้หรือไม่เพียงใด

การศึกษาวิจัยพบว่า วงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ข้อกำหนดต่าง ๆ ภายใต้กฎหมายดังกล่าวยังอาจถูกพัฒนาเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของวงจรชีวิตข้อมูล โดยในแต่ละขั้นตอนของวงจรชีวิตข้อมูลจะมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ซึ่งหากการบริหารจัดการในแต่ละขั้นตอนของวงจรชีวิตข้อมูลเป็นไปตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 การการบริหารจัดการดังกล่าวย่อมถือเป็นการปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง นอกจากนี้ วงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาใช้ในการสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล โดยวัตถุประสงค์ของวงจรชีวิตข้อมูลคือ (1) การเก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) (2) การทำให้ข้อมูลอยู่ในสภาพพร้อมใช้ประโยชน์ (Availability) และ (3) การทำให้ข้อมูลมีความถูกต้องและทันสมัยอยู่เสมอ (Integrity) ดังนั้น การปฏิบัติตามขั้นตอนของวงจรชีวิตข้อมูลย่อมก่อให้เกิด “ความมั่นคงปลอดภัย” ตามความหมายของประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล เรื่อง “มาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2565”

สำหรับการใช้วงจรชีวิตข้อมูลเป็นแนวทางในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และสร้าง “ความมั่นคงปลอดภัย” อาจแบ่งการพิจารณาออกได้เป็นดังนี้

5.3.1 ผู้มีอำนาจดำเนินการหรือบริหารจัดการในวงจรชีวิตข้อมูล

เมื่อวงจรชีวิตข้อมูลถือเป็นวิธีการจัดการบริหารข้อมูลส่วนบุคคลภายในองค์กรหรือหน่วยงานต่าง ๆ ผู้ที่มีอำนาจในการจัดการแต่ละขั้นตอนและสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลต้องเป็นบุคคลตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ที่มีการจัดการและสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลได้แก่ (1) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และ (2) ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล โดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดสถานะของ “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า “บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตัดสินใจ เกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล” และ “ผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล” หมายความว่า “บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการเกี่ยวกับการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามคำสั่งหรือในนามของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ บุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งดำเนินการดังกล่าวไม่เป็นผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล” เมื่อเป็นเช่นนี้ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลหรือบุคคลอื่น ๆ ไม่ถือเป็นผู้มีอำนาจดำเนินการและสร้างความมั่นคงปลอดภัยในวงจรชีวิตข้อมูล

5.3.2 การเกิดขึ้น

โดยทั่วไป ขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) เกี่ยวข้องกับกระบวนการเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล ขั้นตอนการเกิดขึ้นจึงมักเกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งข้อมูลและการได้รับความยินยอม ขั้นตอนการเกิดขึ้นยังถือเป็นจุดเริ่มต้นของ “การรักษาความมั่นคงปลอดภัย” ซึ่งรวมถึงการรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) การทำให้ข้อมูลถูกต้องครบถ้วน (Integrity) และการทำให้ข้อมูลอยู่ในสภาพพร้อมใช้งาน (Availability) เมื่อพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดวิธีการรวบรวม หรือการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยเฉพาะ ขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ในวงจรชีวิตข้อมูลที่เป็นแนวทางปฏิบัติจำต้องถือเอาหรือเป็นไปตามบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ บทบัญญัติอันเกี่ยวกับการเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลได้ถูกกำหนดไว้ในหมวด 2 การคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ส่วนที่ 1 บททั่วไป และส่วนที่ 2 การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล โดยองค์ประกอบสำคัญของการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลตามบทบัญญัติดังกล่าวได้แก่ (1) ความยินยอม (2) การแจ้งวัตถุประสงค์ (3) การแจ้งรายละเอียด (4) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็น และ (5) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น องค์ประกอบดังกล่าวนี้จำต้องถูกกำหนดไว้ในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูลเพื่อให้การปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 เป็นไปอย่างถูกต้องครบถ้วนและมีประสิทธิภาพ

(1) ความยินยอม

ก. หลักทั่วไปของความยินยอม

ความยินยอม หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งอนุญาตหรือยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยบุคคลผู้อนุญาตหรือยินยอมให้ถูกกระทำนั้นยอมรับผลหรือภัยที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำนั้น ๆ²⁵ และเมื่อบุคคลใดให้ความยินยอมในการกระทำนั้น การกระทำที่เกิดขึ้นไม่ถือว่าเป็นการละเมิดหรือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ไม่ว่าบุคคลผู้นั้นจะได้รับความเสียหายอย่างไร ความยินยอมจึงถือเป็นหลักกฎหมายสำคัญที่ทำให้การกระทำไม่เป็นความผิดในทางแพ่งหรือไม่เป็นละเมิด²⁶ ตามหลักสุภาษิตว่า “ความยินยอมไม่ทำให้เป็นละเมิด” (That to which a man consents cannot be considered an injury) ดังนั้น ผู้กระทำจึงอาจกระทำการใด ๆ ต่อผู้ถูกกระทำได้โดยไม่ถือเป็นความผิด หากผู้ถูกกระทำได้ให้ความยินยอมต่อผู้กระทำ²⁷

²⁵ วารี นาสกุล, *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วย ละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้* (พิมพ์ครั้งที่ 11, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2540) 78.

²⁶ ไพจิตร ปุญญพันธ์, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด* (พิมพ์ครั้งที่ 8, สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ 2541) 21.

²⁷ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 3776/2547 การที่จำเลยที่ 1 นำเช็คซึ่งระบุชื่อโจทก์เป็นผู้รับเงิน และเป็นเช็คมีข้อความระหว่างเส้นขีดคร่อมว่า A/C PAYEE ONLY ไปเข้าบัญชีบริษัท ก. เป็นการกระทำตามคำสั่งของจำเลยร่วมซึ่งเป็นกรรมการผู้มี

นอกจากนี้ การให้ความยินยอมของผู้ถูกระทำถือเป็นการยอมรับในความเสียหายหรือผลของการละเมิดที่เกิดขึ้น จึงถือไม่ได้ว่าผู้ถูกระทำได้รับความเสียหายนั้น²⁸

ความยินยอมได้ถือเป็นหลักสำคัญในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล อีกทั้งยังถูกกำหนดให้อยู่ในบททั่วไปของการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน โดยมาตรา 19 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะกระทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ให้ความยินยอมไว้ก่อนหรือในขณะนั้น...” บทบัญญัติดังกล่าวนี้มีความหมายชัดเจนว่า การเก็บรวบรวมหรือการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยที่ไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ ความยินยอมต้องกระทำขึ้นก่อนหรือในขณะที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอมไม่อาจเกิดขึ้นภายหลังจากที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อเป็นเช่นนี้ การได้รับความยินยอมจึงควรถือเป็นหลักเกณฑ์ หรือองค์ประกอบสำคัญในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในระหว่างที่อยู่ในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล

ข. การขอความยินยอม

การขอความยินยอม คือ การที่ผู้กระทำแสดงเจตจำนงหรือขออนุญาตต่อผู้ถูกระทำในอันที่จะกระทำการใด ๆ ต่อผู้ถูกระทำ สำหรับวิธีการขอความยินยอมนั้นได้ถูกกำหนดไว้โดยเฉพาะในมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยชัดแจ้งเท่านั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจขอความยินยอมได้โดยปริยาย อีกทั้งการขอความยินยอมต้องเป็นการแสดงออกหรือสื่อสารด้วยลายลักษณ์อักษรในรูปแบบของหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์²⁹ แต่หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถใช้วิธีการดังกล่าวได้ ผู้ควบคุม

อำนาจกระทำการแทนโจทก์ นำเช็คพิพาทเข้าบัญชีเพื่อชำระหนี้ให้แก่บริษัท ก. เจ้าหนี้โจทก์ การกระทำของจำเลยร่วมเป็นการกระทำในขอบอำนาจของกรรมการโจทก์ มีผลผูกพันโจทก์ นอกจากนี้โจทก์และบริษัท ก. ต่างก็มีกรรมการชุดเดียวกันรวม 5 คน หากกรรมการอื่นอีก 4 คน เห็นว่าจำเลยร่วมนำเช็คพิพาทไปเข้าบัญชีบริษัท ก. เป็นการไม่ถูกต้อง ก็ย่อมสามารถใช้สิทธิในฐานะเป็นกรรมการผู้มีอำนาจของบริษัท ก. สั่งให้โอนเงินตามเช็คพิพาทคืนให้แก่โจทก์ได้อยู่แล้ว การกระทำของจำเลยที่ 1 ที่ 2 และจำเลยร่วมจึงไม่เป็นละเมิดต่อโจทก์

²⁸ ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 673/2510 การที่โจทก์ทำให้อำนาจฟ้องเพื่อทดลองศาลอาคมซึ่งตนเชื่อถือและอวดอ้างว่าตนอยู่คงนั้น เป็นการที่โจทก์ให้ยอมหรือสมัครใจให้จำเลยทำต่อร่างกาย เป็นการยอมรับผลเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตนเองตามกฎหมาย จึงถือไม่ได้ว่าโจทก์ได้รับความเสียหาย โจทก์จึงฟ้องจำเลยให้รับผิดชอบชำระค่าเสียหายแก่โจทก์ไม่ได้

²⁹ มาตรา 19 วรรค 2 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “การขอความยินยอมต้องทำโดยชัดแจ้ง เป็นหนังสือหรือทำโดยผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์ เว้นแต่โดยสภาพไม่อาจขอความยินยอมด้วยวิธีการดังกล่าวได้”

ข้อมูลส่วนบุคคลก็อาจเลือกใช้วิธีการอื่น ๆ เช่น บอกกล่าวหรือขอความยินยอมด้วยวาจา การขอความยินยอมยังต้องแจ้งหรือระบุวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล เนื้อหาในการขอความยินยอมต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้เกิดความสับสนหรือเข้าใจผิด และยังต้องทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเข้าถึงและเข้าใจเนื้อหาในการขอความยินยอมได้โดยง่าย ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องใช้ภาษาที่อ่านง่าย และไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม³⁰ นอกจากนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีอิสระในการให้ความยินยอม อีกทั้งในขณะที่เข้าทำสัญญาหรือให้บริการใด ๆ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจกำหนดเงื่อนไขในการให้ความยินยอมสำหรับข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็น หรือเกี่ยวข้องกับการเข้าทำสัญญาหรือการให้บริการนั้น ๆ³¹

การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลดังที่ได้กล่าวมานี้ ควรถูกนำมาปรับใช้เป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำต้องขอความยินยอมให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดในระหว่างที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลหรืออยู่ในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล แต่อย่างไรก็ตาม การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยที่ไม่ได้ขอความยินยอมให้ถูกต้องตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อาจส่งผลในทางกฎหมายต่อการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล โดยมาตรา 19 วรรค 7 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “การขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในหมวดนี้ ไม่มีผลผูกพันเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และไม่ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลได้” ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่าการขอความยินยอมที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายย่อมไม่มีผลผูกพันเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และส่งผลให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้ในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล

³⁰ มาตรา 19 วรรค 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลไปด้วย และการขอความยินยอมนั้น ต้องแยกส่วนออกจากข้อความอื่นอย่างชัดเจน มีแบบหรือข้อความที่เข้าถึงได้ง่ายและเข้าใจได้ รวมทั้งใช้ภาษาที่อ่านง่าย และไม่เป็นการหลอกลวงหรือทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเข้าใจผิดในวัตถุประสงค์ดังกล่าว ทั้งนี้ คณะกรรมการจะให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามแบบและข้อความที่คณะกรรมการประกาศกำหนดก็ได้”

³¹ มาตรา 19 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ในการขอความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม ทั้งนี้ ในการเข้าทำสัญญา ซึ่งรวมถึงการให้บริการใด ๆ ต้องไม่มีเงื่อนไขในการให้ความยินยอมเพื่อเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่ไม่มีความจำเป็นหรือเกี่ยวข้องสำหรับการเข้าทำสัญญาซึ่งรวมถึงการให้บริการนั้น ๆ”

ค. การได้รับความยินยอม

การให้ความยินยอมถือเป็นการแสดงเจตนาหรือแสดงออกด้วยวิธีการใดวิธีการหนึ่ง โดยการให้ความยินยอมอาจเป็นการกระทำโดยชัดแจ้ง เช่น บอกรับด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร หรือการให้ความยินยอมโดยปริยาย เช่น แสดงพฤติกรรมอันเป็นที่คาดหมายได้ว่าผู้กระทำได้ให้ความยินยอมในการกระทำนั้น แม้แต่การนิ่งก็ยังอาจถือเป็นการให้ความยินยอมได้เช่นกัน หากเป็นการนิ่งเฉยซึ่งตามพฤติกรรมนั้นสามัญชนทั่วไปเข้าใจว่าเป็นการให้ความยินยอม พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ไม่ได้กำหนดวิธีการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเสมือนดังเช่นการขอความยินยอมของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลที่จะต้องกระทำโดยชัดแจ้ง เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจให้ความยินยอมแก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้ แต่อย่างไรก็ตาม ข้อมูลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) มีลักษณะเป็นข้อมูลลับของบุคคล (Confidential Information) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำเป็นต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใด ซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปไว้ว่า การเก็บรวบรวมข้อมูลที่มีความอ่อนไหวจำเป็นต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจรับความยินยอมโดยปริยายจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ มาตรา 19 วรรค 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังได้กำหนดให้ “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องคำนึงอย่างถึงที่สุดในความเป็นอิสระของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในการให้ความยินยอม...” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ การให้ความยินยอมต้องเป็นการกระทำด้วยอำนาจการตัดสินใจของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ที่ปราศจากการถูกกลั่นแกล้ง หลอกลวง ช่มชู้ หรือสำคัญผิด อีกทั้งความยินยอมนั้นต้องไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดี³²

การได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลนี้ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่สำคัญในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล เพราะหากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้รับความยินยอมที่ถูกต้องจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ไม่สามารถเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้ ขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูลก็ไม่อาจเริ่มต้นขึ้นได้ สำหรับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับ

³² ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1403/2508 “ความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายให้ผู้ใดกระทำการที่กฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าความยินยอมนั้นไม่ขัดต่อความสำนึกในศีลธรรมอันดีและมีอยู่ในขณะกระทำการอันกฎหมายบัญญัติว่า เป็นความผิดแล้ว ความยินยอมนั้นเป็นข้อยกเว้นมิให้การกระทำเป็นความผิดได้”

ความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากการหลอกลวง ช่มชู้ หรือทำให้สำคัญผิด หากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยมีเหตุดังกล่าว การเก็บรวบรวมข้อมูลในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูลถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ง. ข้อยกเว้นในการได้รับความยินยอม

ในบางกรณี ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากมีเหตุตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562³³ นอกจากนี้ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ยังกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความอ่อนไหว (Sensitive Data) ได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล³⁴

³³ มาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลโดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ (1) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่เกี่ยวกับการจัดทำเอกสารประวัติศาสตร์หรือจดหมายเหตุ เพื่อประโยชน์สาธารณะ หรือที่เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยหรือสถิติซึ่งได้จัดให้มีมาตรการปกป้องที่เหมาะสม เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (2) เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคล (3) เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นคู่สัญญาหรือ เพื่อใช้ในการดำเนินการตามคำขอของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนเข้าทำสัญญานั้น (4) เป็นการจำเป็นเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินภารกิจเพื่อประโยชน์สาธารณะของผู้ควบคุม ข้อมูลส่วนบุคคล หรือปฏิบัติหน้าที่ในการใช้อำนาจรัฐที่ได้มอบให้แก่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (5) เป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือของบุคคลหรือนิติบุคคลอื่นที่ไม่ใช่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ประโยชน์ดังกล่าวมีความสำคัญ น้อยกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานในข้อมูลส่วนบุคคลของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และ (6) เป็นการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล”

³⁴ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเกี่ยวกับเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง ความเชื่อในลัทธิ ศาสนาหรือปรัชญา พฤติกรรมทางเพศ ประวัติอาชญากรรม ข้อมูลสุขภาพ ความพิการ ข้อมูลสหภาพแรงงาน ข้อมูลพันธุกรรม ข้อมูลชีวภาพ หรือข้อมูลอื่นใด ซึ่งกระทบต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลในทำนองเดียวกันตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด โดยไม่ได้รับความยินยอมโดยชัดแจ้งจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่ (1) เพื่อป้องกันหรือระงับอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย หรือสุขภาพของบุคคลซึ่งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม (2) เป็นการดำเนินกิจกรรมโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีการคุ้มครองที่เหมาะสมของมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการเมือง ศาสนา ปรัชญา หรือสหภาพแรงงาน ให้แก่สมาชิก ผู้ซึ่งเคยเป็นสมาชิก หรือผู้ซึ่งมีการติดต่ออย่างสม่ำเสมอกับมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กร ที่ไม่แสวงหากำไรตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวโดยไม่ได้เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นออกไปภายนอกมูลนิธิ สมาคม หรือองค์กรที่ไม่แสวงหากำไรนั้น (3) เป็นข้อมูลที่เปิดเผยต่อสาธารณะด้วยความยินยอมโดยชัดแจ้งของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (4) เป็นการจำเป็นเพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตามหรือการใช้สิทธิ เรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย (5) เป็นการจำเป็นในการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ (ก) เวชศาสตร์ป้องกัน

เหตุที่ทำให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 24 และ 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สามารถนำมาใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยทันทีเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด

(2) การแจ้งวัตถุประสงค์

นอกเหนือจากการขอความยินยอมโดยชัดแจ้ง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยมาตรา 21 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องทำการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูล ส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ก่อนหรือในขณะที่เก็บรวบรวม” และมาตรา 21 วรรค 2 บัญญัติว่า “การเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้ ตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่ (1) ได้แจ้งวัตถุประสงค์ใหม่นั้นให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบและได้รับความยินยอมก่อน เก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยแล้ว (2) บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้กระทำได้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ การแจ้งวัตถุประสงค์แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติที่สำคัญอีกประการหนึ่งในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุม

หรืออาชีพเวชศาสตร์ การประเมินความสามารถในการทำงานของ ลูกจ้าง การวินิจฉัยโรคทางการแพทย์ การให้บริการด้านสุขภาพหรือด้านสังคม การรักษาทางการแพทย์ การจัดการด้านสุขภาพ หรือระบบและการให้บริการด้านสังคมสงเคราะห์ ทั้งนี้ ในกรณีที่มิใช่การปฏิบัติ ตามกฎหมายและข้อมูลส่วนบุคคลนั้นอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ หรือผู้มีหน้าที่ รักษาข้อมูลส่วนบุคคลนั้นไว้เป็นความลับตามกฎหมาย ต้องเป็นการปฏิบัติตามสัญญาระหว่างเจ้าของ ข้อมูลส่วนบุคคลกับผู้ประกอบวิชาชีพทางการแพทย์ (ข) ประโยชน์สาธารณะด้านการสาธารณสุข เช่น การป้องกันด้านสุขภาพจากโรคติดต่อ อันตรายหรือโรคระบาดที่อาจติดต่อหรือแพร่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือการควบคุมมาตรฐานหรือคุณภาพ ของยา เวชภัณฑ์ หรือเครื่องมือแพทย์ ซึ่งได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมและเจาะจงเพื่อคุ้มครองสิทธิ และเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยเฉพาะการรักษาความลับของข้อมูลส่วนบุคคลตามหน้าที่หรือ ตามจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (ค) การคุ้มครองแรงงาน การประกันสังคม หลักประกันสุขภาพแห่งชาติ สวัสดิการเกี่ยวกับ การรักษาพยาบาลของผู้มีสิทธิตามกฎหมาย การคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ หรือการคุ้มครองทางสังคม ซึ่งการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นสิ่งจำเป็นในการปฏิบัติ ตามสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูล ส่วนบุคคลหรือเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อ คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (ง) การศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ หรือ สถิติ หรือประโยชน์สาธารณะอื่น ทั้งนี้ ต้องกระทำเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวเพียงเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และได้จัดให้มี มาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล ตามที่คณะกรรมการ ประกาศ กำหนด และ (จ) ประโยชน์สาธารณะที่สำคัญ โดยได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครอง สิทธิขั้นพื้นฐานและประโยชน์ ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล”

ข้อมูลส่วนบุคคลต้องเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลตามที่ได้แจ้งไว้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การแจ้งวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจึงต้องกระทำต่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเท่านั้น การแจ้งวัตถุประสงค์ยังต้องเกิดขึ้นก่อนหรือในขณะที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจดำเนินการด้วยวิธีการใด ๆ ที่ทำให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลรับทราบถึงวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้น ทั้งนี้อาจเป็นการแจ้งด้วยวาจาหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษร สำหรับวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องไม่เป็นวัตถุประสงค์ที่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ที่สำคัญ ถึงแม้มาตรา 21 วรรค 1 จะไม่ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่าเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องให้ความยินยอมในวัตถุประสงค์ที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้แจ้งไว้ แต่เมื่อการแจ้งวัตถุประสงค์เป็นสิ่งที่จะต้องดำเนินการควบคู่ไปกับการขอความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลถูกใช้เป็นองค์ประกอบ หรือมูลเหตุในการพิจารณาหรือตัดสินใจของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลว่าจะให้ความยินยอมหรือไม่ การแจ้งวัตถุประสงค์ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงมีความเกี่ยวข้องพันกับการให้ความยินยอมของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ มาตรา 21 วรรค 2 ได้กำหนดการได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลที่แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์เดิมที่ได้แจ้งไว้ได้ก็ต่อเมื่อผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลแจ้งวัตถุประสงค์ใหม่ให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบ และได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อนที่จะดำเนินการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผย ดังนั้นจึงอาจสรุปได้ว่า การแจ้งวัตถุประสงค์ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลควรต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

(3) การแจ้งรายละเอียด

มาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องแจ้งให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบก่อนหรือในขณะที่เก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลถึงรายละเอียดดังต่อไปนี้ (1) วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมเพื่อนำข้อมูลส่วนบุคคลไปใช้หรือเปิดเผย ซึ่งรวมถึงวัตถุประสงค์ตามที่มาตรา 24 ให้อำนาจในการเก็บรวบรวมได้โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (2) แจ้งให้ทราบถึงกรณีที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายหรือสัญญาหรือมีความจำเป็นต้องให้ข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อเข้าทำสัญญา รวมทั้งแจ้งถึงผลกระทบที่เป็นไปได้จากการไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคล (3) ข้อมูลส่วนบุคคลที่จะมีการเก็บรวบรวมและระยะเวลาในการเก็บรวบรวมไว้ ทั้งนี้ ในกรณีที่ไม่สามารถกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้ชัดเจน ให้กำหนดระยะเวลาที่อาจคาดหมายได้ตามมาตรฐานของการเก็บรวบรวม (4) ประเภทของบุคคลหรือหน่วยงานซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมอาจจะถูกเปิดเผย (5) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล สถานที่ติดต่อ และวิธีการติดต่อในกรณีที่มิได้ตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล ให้แจ้งข้อมูล สถานที่ติดต่อ และวิธีการ

ติดต่อของตัวแทนหรือเจ้าหน้าที่คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลด้วย (6) สิทธิของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลตาม มาตรา 19 วรรค 5 มาตรา 30 วรรค 1 มาตรา 31 วรรค 1 มาตรา 32 วรรค 1 มาตรา 33 วรรค 1 มาตรา 34 วรรค 1 มาตรา 36 วรรค 1 และมาตรา 73 วรรค 1

การแจ้งรายละเอียดแก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นแนวทางปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องแจ้งรายละเอียดตามมาตรา 23 แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แต่อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ทราบถึงรายละเอียดนั้นอยู่แล้ว ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่จำเป็นต้องแจ้งรายละเอียดดังกล่าวให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบ นอกจากนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่จำเป็นต้องแจ้งรายละเอียดที่ไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 23 ให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล แม้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจะเรียกร้องให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการแจ้งรายละเอียดนั้นก็ตาม

(4) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็น

วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลมีประสิทธิภาพและปลอดภัย คือ การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็น เพราะการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่มากเกินไปหรือเกินความจำเป็นย่อมส่งผลกระทบต่อ การดูแลรักษา และอาจก่อให้เกิดปัญหาการสูญหายหรือการรั่วไหลของข้อมูล มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงได้บัญญัติว่า “การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ให้เก็บรวบรวมได้เท่าที่จำเป็นภายใต้วัตถุประสงค์อันชอบด้วยกฎหมายของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล”

การเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็นนี้ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็นจะต้องใช้ ตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดหรือที่ได้แจ้งไว้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล อีกทั้งดุลพินิจในการกำหนดถึงความจำเป็นในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลควรเป็นของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ไม่ใช่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้กำหนดแต่อย่างใด นอกจากนี้ การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็นช่วยสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน เนื่องจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลย่อมสามารถควบคุมดูแลข้อมูลส่วนบุคคลได้อย่างทั่วถึง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลยังสามารถ (1) เก็บรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) (2) ทำให้ข้อมูลอยู่ในสภาพพร้อมใช้ประโยชน์ (Availability) และ (3) ทำให้ข้อมูลมีความถูกต้องและทันสมัย (Integrity) ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(5) การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล

มาตรา 25 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทำการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่จากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง” แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 25 ตอนท้ายได้กำหนดข้อยกเว้นให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ได้มาจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง ในกรณีที่

“(1) ได้แจ้งถึงการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบโดยไม่ชักช้า แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เก็บรวบรวมและได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือ (2) เป็นการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26” นอกจากนี้ มาตรา 25 วรรค 2 ยังได้บัญญัติว่า “ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการแจ้งวัตถุประสงค์ใหม่ตามมาตรา 21 และการแจ้งรายละเอียดตามมาตรา 23 มาใช้บังคับกับการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลที่ต้องได้รับความยินยอมตามวรรคหนึ่งโดยอนุโลม เว้นแต่กรณีดังต่อไปนี้ (1) เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลทราบวัตถุประสงค์ใหม่หรือรายละเอียดนั้นอยู่แล้ว (2) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลพิสูจน์ได้ว่าการแจ้งวัตถุประสงค์ใหม่หรือรายละเอียดดังกล่าว ไม่สามารถทำได้หรือจะเป็นอุปสรรคต่อการใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อให้ บรรลุวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการศึกษาวิจัยทางวิทยาศาสตร์ ประวัติศาสตร์ หรือสถิติ ในกรณีนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องจัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ และประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (3) การใช้หรือการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลต้องกระทำโดยเร่งด่วนตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งได้จัดให้มีมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล (4) เมื่อผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเป็นผู้ซึ่งล่วงรู้หรือได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคลจากหน้าที่ หรือจากการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพ และต้องรักษาวัตถุประสงค์ใหม่หรือรายละเอียดบางประการตามมาตรา 23 ไว้เป็นความลับตามที่กฎหมายกำหนด”

ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องเก็บข้อมูลส่วนบุคคลจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรง การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลจึงควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลอาจเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลจากแหล่งอื่นที่ไม่ได้มาจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงได้ หากมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลก่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล เพราะการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะดังกล่าวช่วยสร้างความถูกต้องในเนื้อหาสาระของตัวข้อมูล (Integrity)

5.3.3 การเก็บรักษา (Storage)

การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูล คือ การบันทึกและสงวนรักษาข้อมูล เพื่อที่จะนำไปใช้ในอนาคต การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูลยังมีความเกี่ยวข้องกับ การรักษาความปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล³⁵ โดยการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) มักมีความเกี่ยวพันกับการทำให้ข้อมูลอยู่ในสภาพพร้อมใช้งาน (Availability) และการทำให้ข้อมูลมีความถูกต้องครบถ้วน (Integrity) อีกทั้งการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลอาจช่วยป้องกันมิให้ข้อมูลส่วนบุคคลสูญหายหรือ

³⁵ Alexander Thomasian, *Storage Systems: Organization, Performance, Coding, Reliability and Their Data Processing* (Morgan Kaufmann 2021) 177.

ถูกทำลายโดยสิ้นเชิง นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลยังสามารถดำเนินการได้หลากหลายรูปแบบ ซึ่งก็แล้วแต่ประเภทของธุรกิจ ประเภทของข้อมูล และแนวนโยบายขององค์กรธุรกิจนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงอาจมีวิธีการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลที่มีความแตกต่างกันออกไป

แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะไม่ได้มีบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยตรงก็ตาม แต่พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 มีบทบัญญัติที่สามารถนำมาพิจารณาหรือปรับใช้ได้กับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล ดังนั้น บทบัญญัติในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 สามารถนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูลได้ดังต่อไปนี้

(1) การจัดทำสำเนา

การทำสำเนา คือ การจัดทำเอกสารให้เหมือนกับต้นฉบับ โดยอาจจัดทำจากต้นฉบับ สำเนาฉบับ หรือจากสำเนาอีกชั้นหนึ่ง การทำสำเนายังมีความหมายรวมถึง การทำสำเนาข้อมูลที่ถูกจัดเก็บไว้ในสื่อต่าง ๆ ให้มีขึ้นหลายชุดเพื่อให้เกิดความสะดวกในการจัดเก็บรักษา การทำสำเนาได้ถูกกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยมาตรา 30 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอเข้าถึงและขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตน ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล หรือขอให้เปิดเผยถึงการได้มาซึ่งข้อมูลส่วนบุคคล ดังกล่าวที่ตนไม่ได้ให้ความยินยอม” จากบทบัญญัตินี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลและมอบสำเนาดังกล่าวให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเสมอ กฎหมายเพียงกำหนดให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิที่จะขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ต้องทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลและมอบสำเนาดังกล่าวให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ

การทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในกระบวนการเก็บรักษา (Storage) ของวงจรชีวิตข้อมูล สำหรับแนวทางการทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 30 วรรค 1 อาจแบ่งออกเป็น 2 กรณีคือ (1) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลได้ดำเนินการทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลไว้โดยปกติทั่วไปหรือตามแนวทางการเก็บรักษาข้อมูล และเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ใช้สิทธิขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลที่เกี่ยวข้องกับตนจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล และ (2) ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่ได้ดำเนินการทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลไว้ แต่เมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ใช้สิทธิขอรับสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลจากผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำต้องทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลและส่งมอบสำเนาดังกล่าวให้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีดังกล่าวนี้จึงถือเป็นส่วนหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ซึ่งเป็นผลจากการที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใช้สิทธิขอรับสำเนา นอกจากนี้ การทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลยังช่วยก่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูล

ส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคลช่วยให้ข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในสภาพพร้อมนำมาใช้งาน (Availability) ทั้งนี้เพราะการทำสำเนาช่วยป้องกันมิให้ข้อมูลสูญสิ้นไปและไม่สามารถนำกลับมาใช้งานได้ อีก หรือช่วยแก้ไขหรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการที่ข้อมูลได้สูญหายหรือถูกทำลาย โดยนำสำเนาข้อมูลกลับมาใช้งานได้ตามปกติ

(2) การทำบันทึกรายการ

พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้มีการทำบันทึกข้อมูลส่วนบุคคล โดยมาตรา 39 วรรค 1 บัญญัติว่า “ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลทำบันทึกรายการ อย่างน้อยดังต่อไปนี้ เพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลและสำนักงานสามารถตรวจสอบได้ โดยจะบันทึกเป็นหนังสือหรือระบบอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ (1) ข้อมูลส่วนบุคคลที่มีการเก็บรวบรวม (2) วัตถุประสงค์ของการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคล แต่ละประเภท (3) ข้อมูลเกี่ยวกับผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล (4) ระยะเวลาการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (5) สิทธิและวิธีการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งเงื่อนไขเกี่ยวกับบุคคลที่มีสิทธิเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคล และเงื่อนไขในการเข้าถึงข้อมูลส่วนบุคคลนั้น (6) การใช้หรือเปิดเผยตามมาตรา 27 วรรคสาม (7) การปฏิเสธคำขอหรือการคัดค้านตามมาตรา 30 วรรคสาม มาตรา 31 วรรคสาม มาตรา 32 วรรคสาม และมาตรา 36 วรรคหนึ่ง และ (8) คำอธิบายเกี่ยวกับมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยตามมาตรา 37 (1)” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ในการทำบันทึกรายการเพื่อให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถตรวจสอบ และเตรียมความพร้อมเพื่อการใช้งาน

การทำบันทึกข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติในกระบวนการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ของวงจรชีวิตข้อมูล³⁶ โดยข้อมูลส่วนบุคคลอาจถูกเก็บบันทึกไว้ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น บันทึกลงในกระดาษ หรือ บันทึกลงในระบบอิเล็กทรอนิกส์³⁷ การทำบันทึกข้อมูลส่วนบุคคลในวงจรชีวิตข้อมูล ช่วยสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล โดยการทำบันทึกข้อมูลส่วนบุคคลอาจช่วยป้องกันไม่ให้ข้อมูลส่วนบุคคลสูญหาย และอาจถูกนำมาใช้เป็นแหล่งสืบค้นในภายหลังหรือเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เป็นทางการ การทำบันทึกยังช่วยก่อให้เกิดความโปร่งใสในการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลและทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้องครบถ้วน (Integrity)

(3) การเก็บเป็นความลับ

สาระสำคัญของการการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูล คือ การเก็บหรือสงวนรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) ซึ่งหมายความว่า ข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องมีความปลอดภัยและไม่ถูกนำไปใช้โดยผู้ที่ไม่ได้อำนาจ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงมีหน้าที่ ๆ สำคัญคือ

³⁶ David M. Bliesner, *Laboratory Control System Operations in A GMP Environment* (Wiley 2020) 213.

³⁷ *ibid.*

การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นความลับหรือการไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลอื่น นอกจากนี้ มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล...เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เว้นแต่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้โดยได้รับยกเว้น ไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลอื่นที่ไม่ใช่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลด้วยวิธีการใด ๆ แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดข้อยกเว้นไว้ให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลให้แก่บุคคลอื่นได้ หากได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้โดยที่ได้รับยกเว้น ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26 ดังนั้น การเก็บหรือสงวนรักษาข้อมูลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูล เพราะการกระทำดังกล่าวสามารถสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล

5.3.4 การใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage)

การใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage) คือ การที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลนำเอาข้อมูลส่วนบุคคลที่ผ่านกระบวนการเก็บรักษามาใช้ตามวัตถุประสงค์และให้เกิดประโยชน์แก่องค์กรหรือหน่วยงานของตน พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้มีบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลไว้ โดยเฉพาะ โดยมาตรา 27 วรรค 1 ได้บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลใช้หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล โดยไม่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล...” ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดวิธีการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลไว้แต่อย่างใด ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจึงสามารถใช้ข้อมูลส่วนบุคคลได้ในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อให้กิจการบรรลุวัตถุประสงค์หรือเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่องค์กรหรือหน่วยงานของตน แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถใช้ข้อมูลส่วนบุคคลได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลยังจะต้องไม่เป็นการใช้ที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังนั้น การได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage) ในวงจรชีวิตข้อมูล

(1) การได้รับความยินยอม

การได้รับความยินยอมในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ควรมีความหมายและวิธีการเดียวกันกับการได้รับความยินยอมตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ทั้งนี้เพราะมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของการได้มาซึ่งความยินยอมสำหรับการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล ความยินยอมตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงควรเป็นพื้นฐานและมีความสัมพันธ์กับความยินยอมในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล

ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ดังนั้น การได้มาซึ่งความยินยอมตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จึงควรปรับใช้ได้กับความยินยอมในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

(2) ข้อยกเว้นในการได้รับความยินยอม

มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับการได้รับความยินยอมในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลไว้ในตอนท้ายของบทบัญญัติดังกล่าว โดยตอนท้ายของมาตรา 27 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “...เว้นแต่เป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่เก็บรวบรวมได้โดยได้รับยกเว้น ไม่ต้องขอความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26” ซึ่งจากข้อความดังกล่าวนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถใช้ข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล หากข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเป็นข้อมูลส่วนบุคคลที่สามารถเก็บรวบรวมได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมตามมาตรา 24 หรือมาตรา 26

(3) การใช้ตามวัตถุประสงค์

การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจะต้องเป็นการใช้ตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้ยังช่วยสร้างความมั่นคงปลอดภัยและความถูกต้องครบถ้วน แม้มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 จะไม่ได้บัญญัติถึงวัตถุประสงค์ของการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลไว้ก็ตาม แต่มาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลไว้ก่อนหรือในขณะที่เก็บรวบรวม ดังนั้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล และการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้ยังควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติสำหรับการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage) ในวงจรชีวิตข้อมูล

5.3.5 การเก็บรักษาข้อมูลแบบถาวร (Archival)

การเก็บข้อมูลแบบถาวร (Archival) คือ การนำข้อมูลเก่าที่ไม่ใช้งานมาเก็บรักษาไว้ เพื่อที่จะได้นำกลับมาใช้อีกเมื่อมีความจำเป็น หรือเพื่อรอเวลาที่จะนำมาทำลาย แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ไม่ได้บัญญัติถึงวิธีการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ไว้ แต่หากพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 37 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ประกอบกับประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล “เรื่อง มาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2565” ก็อาจพบว่าการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) สามารถรักษาความมั่นคงปลอดภัย เพราะการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) อาจช่วยป้องกันการสูญหาย เข้าถึง ใช้ เปลี่ยนแปลง หรือ แก้ไขข้อมูลส่วนบุคคลโดยปราศจากอำนาจหรือโดยมิชอบ รวมถึงช่วยเก็บรักษา

ข้อมูลส่วนบุคคลไว้เป็นความลับ (Confidentiality) ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกต้องครบถ้วน (Integrity) และทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลอยู่ในสภาพพร้อมใช้งาน (Availability) เมื่อเป็นเช่นนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลก็ควรเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ในวงจรชีวิตข้อมูล

นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวรมีความเกี่ยวข้องกับการทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้องครบถ้วนและทันสมัย (Integrity) ซึ่งในกรณีดังกล่าวนี้ มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องดำเนินการให้ข้อมูลส่วนบุคคลนั้นถูกต้อง เป็นปัจจุบัน สมบูรณ์ และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ควรถูกนำมาปรับใช้กับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวรด้วยเช่นกัน โดยในระหว่างการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำต้องปรับปรุงหรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความทันสมัย ถูกต้อง เป็นปัจจุบัน สมบูรณ์ และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด ดังนั้น การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวรจึงควรมีความหมายรวมถึง การปรับปรุงหรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้อง เป็นปัจจุบัน สมบูรณ์ และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด อีกทั้งการปรับปรุงหรือการดำเนินการดังกล่าวนี้ยังควรถือเป็น หลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติ สำหรับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ในวงจรชีวิตข้อมูล

5.2.6 การทำลายข้อมูล (Destruction)

การทำลายข้อมูล (Destruction) คือ การกระทำด้วยประการใด ๆ ที่ทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลที่ถูกจัดเก็บรักษาหรืออยู่ในความครอบครองของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถนำกลับมาใช้งานได้อีก³⁸ การทำลายข้อมูลยังอาจถือเป็นมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน³⁹ เพราะเมื่อข้อมูลส่วนบุคคลถูกทำลายย่อมไม่สามารถนำกลับมาใช้ประโยชน์หรือไม่ปรากฏอีกต่อไป บุคคลภายนอกก็ย่อมไม่สามารถใช้ เข้าถึง ล่วงละเมิด หรือนำข้อมูลส่วนบุคคลนั้นเปิดเผยต่อบุคคลภายนอกได้อีก นอกจากนี้ การทำลายข้อมูลยังอาจถือเป็นการสร้างความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ (Confidentiality)

สำหรับการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลไว้ออกเป็น 3 กรณีคือ

³⁸ Joanna Lyn Grama, *Legal and Privacy Issues in Information Security* (3rd edn, Jones & Bartlett Learning 2022) 374.

³⁹ Robert F. Smallwood, *Information Governance for Healthcare Professionals: A Practical Approach* (CRC Press 2018) 126.

(1) การทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ

การทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ คือการที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลใช้สิทธิของตนตามที่กฎหมายกำหนดร้องขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลของตน ทั้งนี้ มาตรา 33 วรรค 1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 บัญญัติว่า “เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมีสิทธิขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการลบ หรือทำลาย หรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลเป็นข้อมูลที่ไม่สามารถระบุตัวบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ ในกรณีดังต่อไปนี้ (1) เมื่อข้อมูลส่วนบุคคลหมดความจำเป็นในการเก็บรักษาไว้ตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล (2) เมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลถอนความยินยอมในการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลนั้นได้ต่อไป (3) เมื่อเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลคัดค้านการเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคล ตามมาตรา 32 (1) และผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่อาจปฏิเสธคำขอตามมาตรา 32 (1) (ก) หรือ (ข) ได้ หรือเป็นการคัดค้านตามมาตรา 32 (2) และ (4) เมื่อข้อมูลส่วนบุคคลได้ถูกเก็บรวบรวม ใช้ หรือเปิดเผยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในหมวดนี้”

จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลสามารถขอให้ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลของตนได้ตามเหตุที่กฎหมายบัญญัติไว้ และการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 33 วรรค 1 นี้ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล (Destruction) ในวงจรชีวิตข้อมูล

(2) การทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเอง

การทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเอง คือการที่ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลตามหน้าที่ของตน โดยที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลมิได้ร้องขอ ทั้งนี้ มาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้บัญญัติว่า “ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลมีหน้าที่ดังต่อไปนี้... (3) จัดให้มีระบบการตรวจสอบเพื่อดำเนินการลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการเก็บรักษา หรือที่ไม่เกี่ยวข้องหรือเกินความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น หรือตามที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ หรือที่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลได้ถอนความยินยอม...” จากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลสามารถลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลด้วยตนเองโดยที่ไม่จำเป็นต้องรอให้เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอ หากข้อมูลส่วนบุคคลนั้นพ้นกำหนดระยะเวลาการเก็บรักษา หรือไม่เกี่ยวข้องหรือเกินความจำเป็นตามวัตถุประสงค์ในการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่สามารถลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลได้โดยทันที ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลต้องมีระบบการตรวจสอบที่เหมาะสมเสียก่อนที่จะดำเนินการ เมื่อเป็นเช่นนี้ การทำลาย

ข้อมูลส่วนบุคคลตามมาตรา 37 (3) นี้ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล (Destruction) ในวงจรชีวิตข้อมูล

(3) ข้อยกเว้นการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล

มาตรา 33 และ 37 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดข้อยกเว้นในการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล โดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลไม่จำเป็นต้องลบหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลในกรณีที่ (1) การเก็บรักษามีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ในการใช้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (2) การเก็บรักษามีไว้เพื่อวัตถุประสงค์ตามมาตรา 24 (1) หรือ (4) หรือ มาตรา 26 (5) (ก) หรือ (ข) และ (3) การใช้เพื่อการก่อตั้งสิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย การปฏิบัติตามหรือการใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือการยกขึ้นต่อสู้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมาย หรือเพื่อการปฏิบัติตามกฎหมาย ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ ข้อยกเว้นในการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 และ 37 ควรถือเป็นหลักเกณฑ์หรือแนวทางปฏิบัติสำหรับการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล (Destruction) ในวงจรชีวิตข้อมูล

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

วงจรชีวิตข้อมูลมีความสัมพันธ์และสามารถนำมาปรับใช้ควบคู่กับพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยวงจรชีวิตข้อมูลสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 อีกทั้งข้อกำหนดต่าง ๆ ในกฎหมายยังอาจสร้างหรือพัฒนาเป็นหลักเกณฑ์สำคัญของวงจรชีวิตข้อมูล นอกจากนี้ วงจรชีวิตข้อมูลยังก่อให้เกิดความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลด้วยเช่นกัน ในเบื้องต้น ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลและผู้ประมวลผลข้อมูลส่วนบุคคล คือ ผู้ที่มีอำนาจบริหารจัดการในแต่ละขั้นตอนของวงจรชีวิตข้อมูลและปฏิบัติตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูลนั้น ความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล การแจ้งวัตถุประสงค์ การแจ้งรายละเอียด การเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเท่าที่จำเป็น และการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลโดยตรงจากเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลถือเป็นองค์ประกอบสำคัญของการเก็บรวบรวมข้อมูลส่วนบุคคลตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 โดยองค์ประกอบดังกล่าวนี้ควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติในขั้นตอนการเกิดขึ้น (Creation) ของวงจรชีวิตข้อมูล สำหรับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูล พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมส่วนบุคคลดำเนินการทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคล ทำบันทึกรายการ และเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นความลับ ดังนั้นการทำสำเนาข้อมูลส่วนบุคคล การทำบันทึกรายการ และการเก็บข้อมูลส่วนบุคคลเป็นความลับจึงควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติในกระบวนการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ของวงจรชีวิตข้อมูล นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคล (Storage) ในวงจรชีวิตข้อมูลยังมีความเกี่ยวข้องกับการทำให้ข้อมูลอยู่ในสภาพพร้อมใช้งาน (Availability) และการทำให้ข้อมูลมีความถูกต้องครบถ้วน (Integrity)

สำหรับการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage) ในวงจรกิจิตข้อมูล พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ได้กำหนดให้ผู้ควบคุมส่วนบุคคลดำเนินการขอความยินยอมและใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้แก่เจ้าของข้อมูลส่วนบุคคล เมื่อเป็นเช่นนี้ การขอความยินยอมและการใช้ข้อมูลส่วนบุคคลตามวัตถุประสงค์ที่ได้แจ้งไว้ควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการใช้ข้อมูลส่วนบุคคล (Usage) ในวงจรกิจิตข้อมูล สำหรับการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ในวงจรกิจิตข้อมูล ผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลจำเป็นต้องมีมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยตามมาตรา 37 (1) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 และประกาศคณะกรรมการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล “เรื่อง มาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยของผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2565” ซึ่งการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ก็ควรถือเป็นมาตรการรักษาความมั่นคงปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคล นอกจากนี้ การเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ควรมีความหมายรวมถึง การปรับปรุงหรือทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้อง เป็นปัจจุบัน สมบูรณ์ และไม่ก่อให้เกิดความเข้าใจผิด การปรับปรุงหรือดำเนินการข้อมูลส่วนบุคคลในลักษณะดังกล่าวจึงควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติในการเก็บรักษาข้อมูลส่วนบุคคลแบบถาวร (Archival) ของวงจรกิจิตข้อมูล อีกทั้งยังถือเป็นการทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลมีความถูกต้องครบถ้วนและทันสมัย (Integrity) สำหรับการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล (Destruction) ในวงจรกิจิตข้อมูล พระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 กำหนดให้มีการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยเจ้าของข้อมูลส่วนบุคคลร้องขอหรือทำลายข้อมูลส่วนบุคคลโดยผู้ควบคุมข้อมูลส่วนบุคคลเอง การทำลายข้อมูลส่วนบุคคลดังกล่าวจึงควรนำมาปรับใช้เป็นแนวทางปฏิบัติในการทำลายข้อมูลส่วนบุคคล (Destruction) ในวงจรกิจิตข้อมูล อีกทั้งการทำลายข้อมูลส่วนบุคคลยังช่วยทำให้ข้อมูลส่วนบุคคลถูกเก็บรักษาไว้เป็นความลับ (Confidentiality)

แม้การวิจัยพบว่าวงจรกิจิตข้อมูลสามารถถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือหรือแนวทางในการปฏิบัติ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 แต่การศึกษาและวิจัยในความสัมพันธ์ระหว่างวงจรกิจิตข้อมูลและพระราชบัญญัติคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562 ในประเด็นอื่น ๆ ควรดำเนินการต่อไป เช่น การศึกษาและวิจัยถึงความเป็นไปได้หรือความจำเป็นในการแก้ไขกฎหมายอันเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคล เพื่อให้สอดคล้องกับการบริหารจัดการด้วยวงจรกิจิตข้อมูล หรือการนำเอาวงจรกิจิตข้อมูลมาใช้เป็นมาตรการรักษาความปลอดภัยในข้อมูลส่วนบุคคลในรูปแบบใหม่ นอกจากนี้ การศึกษาและวิจัยในวงจรกิจิตข้อมูลไม่ควรจำกัดหรือเชื่อมโยงกับกฎหมายแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น เพราะวงจรกิจิตข้อมูลถือเป็นวิธีบริหารจัดการที่มีประโยชน์ และควรนำมาศึกษาเพิ่มเติมหรือประยุกต์ใช้ในศาสตร์อื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง วงจรกิจิตข้อมูลควรถูกนำมาศึกษาและวิจัยในศาสตร์ด้านบริหารธุรกิจหรือเศรษฐศาสตร์

มาตรการระหว่างประเทศกับปัญหาทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน
จากการทำรัฐประหาร*

International Measures on the Legal Issues of Human Rights
Protection from a Coup d'état

วันชนก ยอดยิ่ง[†]

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Wanchanok Yordying

School of Law, Mae Fah Luang University

ชูเกียรติ น้อยฉิม[‡]

สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Chukeat Noichim

School of Law, Mae Fah Luang University

วันที่รับบทความ 12 เมษายน 2566; วันแก้ไขบทความ 29 กันยายน 2566; วันที่รับบทความ 22 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

จากการศึกษาวิจัยพบว่าในอดีตการรัฐประหารเป็นเพียงการยึดอำนาจจากรัฐบาล หรือเปลี่ยนตัวผู้นำเท่านั้น โครงสร้างการปกครองตลอดจนเศรษฐกิจสังคมยังคงเดิมหรืออาจแย่ลงกว่าเดิม แต่ปัจจุบันการรัฐประหารและหรือการกระทำอื่นใดที่เป็นการสนับสนุนการกระทำรัฐประหารถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง

* บทความวิจัยฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท เรื่อง “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน: ศึกษากรณีการกระทำรัฐประหารและหรือการกระทำอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการสนับสนุนการกระทำรัฐประหาร” หลักสูตรนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง รองศาสตราจารย์ ดร.ชูเกียรติ น้อยฉิม เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา

[†] นักศึกษาปริญญาโท สำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

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

E-mail: 6451601261@lamduan.mfu.ac.th

[‡] รองศาสตราจารย์ ดร., อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

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

E-mail chukeat.nio@mfu.ac.th

นอกจากจะเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพของมนุษย์แล้วยังสะท้อนให้เห็นถึงคุณภาพและมาตรฐานต่าง ๆ ของประเทศที่ตกต่ำลงไปด้วย ซึ่งงานวิจัยฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ที่จะศึกษาเพื่อหาแนวทางและมาตรการที่จะทำให้กลุ่มผู้ทำรัฐประหารที่ซึ่งไม่มีความรับผิดชอบใด ๆ จากการละเมิดสิทธิมนุษยชน เนื่องจากเมื่อมีการทำรัฐประหารในแต่ละครั้งสำเร็จแล้วนั้น ต่อมาบุคคลและ/หรือกลุ่มบุคคลผู้ทำรัฐประหารเหล่านั้นก็จะใช้ทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศมาบังคับปรับใช้เพื่อให้ตัวเองได้ประโยชน์ เช่น ทำการขอนิรโทษกรรมภายในประเทศให้กับตนเอง ทำการสืบทอดอำนาจของตนเองผ่านสัญลักษณ์การเลือกตั้ง (ที่ไม่ชอบธรรม) และเพื่อให้ได้รับการรับรองรัฐบาลจากประเทศต่าง ๆ ที่สร้างเงื่อนไขของการรับรองรัฐบาลที่เป็นประชาธิปไตยก็ต่อเมื่อมาจากเลือกตั้ง จึงนับว่าเป็นวงจรอุบาทว์ของการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงมาโดยตลอดและไม่สิ้นสุดนั้น ดังนั้นเพื่อที่จะนำเอากลุ่มที่ทำการรัฐประหารมารับผิดชอบต่อสิ่งที่ได้กระทำขึ้น และ/หรือป้องกันมิให้เกิดการรัฐประหารขึ้นอีก เห็นควรที่จะ (1) สร้างมาตรการการกำหนดให้การรับรองรัฐบาลใหม่นั้นต้องเป็นรัฐบาลที่มาจากเลือกตั้งตามวิถีประชาธิปไตยและเคารพหลักนิติธรรมเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และ (2) แก้ไขเพิ่มเติมให้ “การกระทำรัฐประหารและ/หรือการสนับสนุนการกระทำรัฐประหารนั้นถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง” ลงในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน

คำสำคัญ : สิทธิมนุษยชน, รัฐประหาร, การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

Abstract

The research study found that in the past, coups were only about seizing state power or changing leaders from the government. The governance structure and socio-economic situation remain unchanged and may even worsen. Currently, a coup and/or any support for a coup is considered a gross Violation of Human Rights. In addition to violating human rights and freedoms, it also reflects a decline in national quality and standards. The purpose of this study is to find guidelines and measures for irresponsible coup groups that violate human rights. When each coup was successful thereafter the individuals and/or groups of people who executes those coups will use both domestic and international law to apply it for their own benefit. For example, applying for a domestic amnesty for oneself and inheriting one's power through an election symbol (unfair) to obtaining certification from governments of various countries, which have created the conditions for certifying democratic governments only after elections. Therefore, it is considered a vicious circle of serious human rights violations all along and never ends. Therefore, in order to bring the coup d'etat to responsibility for what has been done and/or prevent the occurrence of another coup d'etat, it is appropriate to (1) develop measures to prove that the new government must be a democratically elected government that respects the rule of law to protect human Rights and (2) amendment the act of "A coup and/or support for a coup is a gross Violation of Human Rights " in the International human rights instruments.

Keywords: human rights, the coup d'état, human rights protection

1. บทนำ

สิทธิตามธรรมชาติเป็นสิ่งที่มิติดตัวมาแต่กำเนิด¹ ของมนุษย์ทั้งหลาย โดยแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาตินี้มีที่มาจากกฎหมายธรรมชาติ (*Natural Law*) ซึ่งมาจากความคิดที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาเท่าเทียมกัน และมนุษย์มีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ที่ถือว่าเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้และจะล่วงละเมิดมิได้เช่นกัน² แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิตามธรรมชาตินี้ถือได้ว่าเป็นแนวความคิดริเริ่มที่สำคัญยิ่งที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน (*Human Rights*) อันมีวิวัฒนาการมาจากความคิดของนักคิดนักปราชญ์ตั้งแต่ยุคกรีกและโรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ช่วงยุคสมัยกลางที่ได้ก่อกำเนิดความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ที่นำแนวคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยในแต่ละยุค (*ยุคจักรวรรดิกฎหมายใหม่ ยุคแห่งการวิเคราะห์วิจารณ์ และยุคแห่งการสังเคราะห์ความคิดและสรุปผล*) มานำเสนอ³ เพื่อให้ประชาชนทั้งหลายได้เรียนรู้และตื่นตัวต่อการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของคนจากยุคหนึ่งไปสู่อีกยุคหนึ่งอย่างรวดเร็ว จนกระทั่งเกิดเหตุการณ์สำคัญต่าง ๆ⁴ ทำให้ประชาคมโลกได้ตระหนักถึงความสำคัญของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ซึ่งถือเป็นความสำเร็จที่เป็นรูปธรรมของปรัชญาสิทธิมนุษยชนที่มุ่งจะคุ้มครองมนุษย์ทุกคนให้เกิดความเสมอภาคและการนำไปสู่การจัดทำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนขึ้นในปัจจุบัน⁵

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าประชาคมโลกได้จัดทำกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนขึ้นเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายในประเทศและป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้นแล้วก็ตาม แต่ในทางข้อเท็จจริงปรากฏว่ายังคงมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอยู่ เช่น จากการกระทำรัฐประหาร (*the Coup d'état*) ที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน โดยการกระทำรัฐประหารนี้ถือได้ว่าเป็นตัวการสำคัญและเป็นต้นตอของการละเมิดสิทธิมนุษยชน (*สิทธิเสรีภาพและสิทธิทางการเมือง*) อย่างร้ายแรงต่อประชาชนส่วนใหญ่

¹ สมชาย กษิติประดิษฐ์, *สิทธิมนุษยชน HUMAN RIGHTS* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2547) 3.

² United Nations, 'WHAT ARE HUMAN RIGHT' <<https://www.ohchr.org/en/what-are-human-rights>> accessed 15 September 2022.

³ ปรีดี เกษมทรัพย์, *นิติปรัชญา* (พิมพ์ครั้งที่ 15, สำนักพิมพ์วิญญูชน 2560) 183-185.

⁴ เหตุการณ์สำคัญเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ได้แก่

1. มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา (*Magna Carta*) เมื่อวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1215
2. การประกาศอิสรภาพอเมริกา เมื่อวันที่ 4 กรกฎาคม ค.ศ. 1776 และ
3. คำประกาศว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมืองของฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789

⁵ สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, 'ปรัชญาและพัฒนาการสิทธิมนุษยชน' <<https://bit.ly/3QS2Ggo>> สืบค้นวันที่ 17 กันยายน 2565.

ในประเทศต่าง ๆ ที่ได้กระทำการรัฐประหารและถือเป็นวงจรรูปาทวี (ชั่วร้าย) ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนมาอย่างยาวนานและไม่มีท่าทีว่าจะสิ้นสุดลงแต่อย่างใดในอนาคตอันใกล้ ด้วยเหตุนี้ สังคมโลกควรตระหนักถึงการให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรัฐประหารขึ้น โดยควรเร่งหาแนวทางที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการแก้ไขปัญหาได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยเร็ว

2. สิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร

2.1 ความสำคัญของสิทธิมนุษยชน

ในอดีต มนุษย์ต่างต้องดิ้นรนเพื่อให้มีชีวิตอยู่รอดจากภัยต่าง ๆ⁶ อันเนื่องมาจากเกิดความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นระหว่างมนุษย์ด้วยกันเอง เพราะ ณ ขณะนั้นมนุษย์ต่างมีความรุนแรงป่าเถื่อนไม่มีมนุษยธรรมจึงได้มีการพัฒนาโดยการนำเอาแนวความคิดเรื่องสิทธิตามธรรมชาติของกฎหมายธรรมชาติมาปรับใช้ เพื่ออธิบายให้เห็นว่ามนุษย์ทั้งหลายที่เกิดขึ้นมาด้วยความเท่าเทียมกันและมนุษย์ทุกคนมีสิทธิบางประการที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ ความคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาตินี้ถือได้ว่าเป็นความคิดริเริ่มอันสำคัญยิ่งของสิทธิมนุษยชน (*Human Rights*) ที่ได้ถูกพัฒนามาอย่างต่อเนื่อง โดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ยุคสมัยหลัก ดังนี้

(1) ยุคสมัยกรีก-โรมันโบราณ

ยุคกรีกโบราณตอนต้นผู้คนต่างนับถืออำนาจเหนือธรรมชาติ โดยการอ้างถึงอำนาจของผีสูงเทวดาเทพเจ้าทั้งหลาย หรือเรียกอีกอย่างว่าเป็นยุคก่อนปรัชญา (*Pre-Philosophy Age*)⁷ และยุคนี้ได้มีการนำความคิดที่ถูกพัฒนาโดย Xenophanes และ Anaxagorus (570-480 ก่อนคริสต์กาล) ที่มีการตั้งทฤษฎีลบล้างศรัทธาของชาวกรีกโบราณที่มีต่อพระเจ้า และเชื่อมั่นในเหตุผลสติปัญญาความเป็นมนุษย์ยิ่งกว่าการผูกตนไว้กับความเคารพและความศรัทธาในอำนาจเหนือธรรมชาติที่ไม่มีตัวตนและปราศจากเหตุผล เพราะแท้จริงแล้วตัวมนุษย์ในฐานะปัจเจกบุคคลนั้นแหละที่เป็นเครื่องวัดสรรพสิ่ง⁸ โดยต่อมาเป็นยุคแห่งการศึกษาธรรมชาติของมนุษย์ในแบบของโซฟิสต์ (*Sophist*) ที่มี โซลอน (*Solon*) ไพธาโกรัส (*Pythagorus*) และโปรทาโกรัส (*Protagorus*) เป็นนักคิดคนสำคัญที่ได้กล่าวว่า “กฎหมายเป็นเพียงสิ่งที่มนุษย์หรือกลุ่มบุคคลที่มีอำนาจสร้างขึ้น เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสังคมหรือของตนเอง” อย่างไรก็ตาม นักปราชญ์ที่ตอบโต้กลุ่มโซฟิสต์ คือ โซคราตีส (*Socrates*) พลาโต (*Plato*) และอริสโตเติล (*Aristotle*) โดยโซคราตีส (*Socrates*) ได้กล่าวถึงหลักการปกครองของรัฐ เมื่อรัฐ

⁶ สมชาย กษิติประดิษฐ์ (เชิงจรด 1) 5.

⁷ ปรีดี เกษมทรัพย์, *เอกสารประกอบการศึกษาวิชานิติปรัชญา ชั้นปริญญาตรี ภาคสอง: บทนำทางประวัติศาสตร์* (สำนักพิมพ์มิตรนราการพิมพ์ 2526) 73.

⁸ จริญญา โฆษณานันท์, *สิทธิมนุษยชนไร้พรมแดน ปรัชญา กฎหมาย และความเป็นจริงทางสังคม* (สำนักพิมพ์นิติธรรม 2545) 123-128.

เป็นผู้ออกกฎหมายก็ควรที่จะควบคุมการใช้กฎหมายให้เกิดความยุติธรรมเพื่อประโยชน์สุขแก่ประชาชน ดังนั้นประชาชนควรที่จะเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย⁹ ต่อมาได้มีการปฏิบัติทางความคิดและปรัชญาของชาวกรีก¹⁰ นำโดยนักปรัชญาเมธีคนสำคัญเช่น พลาโต (Plato) และ อริสโตเติล (Aristotle) โดยพลาโตได้เสนอแนวคิดทางการเมืองการปกครองที่ถูกตั้งและเป็นธรรมต่อสังคมที่เรียกว่า “แนวคิดอูตมรัฐ” (Republic) ที่ถือสติปัญญาเป็นใหญ่¹¹ แต่ในขณะที่แนวความคิดของอริสโตเติลนั้นมองว่าจะต้องมีข้อแตกต่างกันในแง่คุณสมบัติ นิสัยใจคอ ศิลปวิทยาการ ความสามารถและอาชีพ และรัฐควรที่จะหาวิธีการจัดให้บุคคลที่มีความแตกต่างกันเหล่านั้นได้อยู่ร่วมกันอย่างสันติสุข¹² และแนวคิดดังกล่าวนี้ได้ถูกพัฒนาเป็นสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) จนกระทั่งเข้าสู่ยุคแห่งสังคมนิยม หรือเรียกว่า ยุคจริยธรรม (Ethical Period) ในแง่ปรัชญาชีวิต โดยมีสำนักสโตอิก (Stoicism) ได้กล่าวถึงลัทธิสากลนิยม (Cosmopolitanism)¹³ ที่มีความเชื่อว่ามนุษย์ทุกคนล้วนมีเหตุผลจึงมีศักดิ์ศรีและความเสมอภาคเท่าเทียมกัน โดยต่อมามีนักปรัชญานามว่า ชิเซโรได้มีการกล่าวถึง “กฎหมายที่แท้จริงคือเหตุผลที่ถูกต้อง” (True law is right reason)¹⁴ เพื่อตอกย้ำถึงความเป็นมนุษย์ในยุคสมัยนั้น

(2) ยุคกลาง

เมื่อจักรวรรดิโรมันล่มสลายก็ย่างเข้าสู่ยุคกลางตอนต้นหรือเรียกว่า ยุคมืด (Dark Ages) โดยคริสต์ศาสนา “โรมันคาทอลิก” ได้แผ่ขยายอิทธิพลเข้ามามีอำนาจในที่สุด นั่นคือการมีความเชื่อที่ว่าอำนาจสูงสุดเป็นของพระเจ้า (Supremacy of God) โดยได้มีการตั้งให้นักบุญปีเตอร์ (Saint Peter) เป็นผู้ตั้งศาสนจักรขึ้นมา และมอบอำนาจให้แก่พระสันตะปาปา (Pope) แต่ก็มี การสืบทอดความคิดที่ผิดเรื่อยมา¹⁵ จนกระทั่งนักบวช (นักปราชญ์) ในศาสนาคริสต์ คือ นักบุญออกัสติน (Saint Augustine, 354-430St.) และ นักบุญโทมัส อไควนัส (Saint Thomas Aquinas, 1226-1274) ได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการผสมผสานคำสอนทางศาสนาเข้ากับปรัชญา โดยนำเอาปรัชญาของเพลโต (Plato) และอริสโตเติล (Aristotle) มาปรับใช้กับคำสอนทางเทววิทยาของศาสนาคริสต์

⁹ พระประเสริฐ เตชโก, ‘ปรัชญาการเมืองยุคคลาสสิก’ (2564) 10 วารสารมหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย สังคมศาสตร์ปริทรรศน์ 364, 364-372. <<https://so03.tci-thaijo.org/index.php/jsr/article/download/249996/169594>> สืบค้นวันที่ 12 มกราคม 2566.

¹⁰ Frank Thilly, A History of Philosophy, 3rd edn (Henry Holt and company 1957) 74ff.

¹¹ ประภาส แก้วเกตุพงษ์, ‘ศึกษาแนวคิดปรัชญาทางการเมืองของเพลโต’ (2564) 4 วารสารวิชาการวิทยาลัยบริหารศาสตร์ 183, 187.

¹² ปรีดี เกษมทรัพย์ (เชิงอรรด 7) 136.

¹³ เฟิ่งอ้าง 145.

¹⁴ สมยศ เชื้อไทย, นิติปรัชญา (พิมพ์ครั้งที่ 19, บริษัทสำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด 2559) 96.

¹⁵ อนันต์ อริยะชัยพาณิชย์, ‘หลักสิทธิมนุษยชน เรื่อง มุมมองหลักสิทธิมนุษยชนในสังคมไทย’

<https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1397> สืบค้นวันที่ 12 มกราคม 2566.

จนกระทั่งพัฒนาแนวความคิดทางการเมืองและกฎหมายจนเป็นปรัชญา (Scholastic) ล้มล้างความคิดที่ผิดมาตั้งแต่สมัยยุคกลางตอนต้น อธิบายถึงรัฐถือเป็นสถาบันทางสังคมของมนุษย์ที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ รัฐจึงไม่ใช่สิ่งชั่วคราวอีกต่อไป แต่สังคมจะต้องมีการปกครอง และ มีการออกกฎหมายมาควบคุมและวางกฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์¹⁶ ต่อมา เมื่อศาสนจักรเสื่อมอำนาจลง กษัตริย์เริ่มเข้ามามีบทบาททางการเมืองและใช้อำนาจอย่างไม่ชอบธรรมต่อประชาชนในช่วงยุคกลางตอนปลายจึงเกิดเหตุการณ์ที่ประชาชนลุกฮือขึ้นต่อต้านที่เรียกว่า เหตุการณ์ “มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา” (Magna Carta)

ยุคกลางตอนปลาย

เหตุการณ์ “มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา” (Magna Carta) เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1215 สาเหตุเนื่องมาจากเกิดข้อขัดแย้งระหว่างพระสันตปาปากับพระเจ้าจอห์น (John) กษัตริย์แห่งอังกฤษ ซึ่งพระองค์ทรงใช้อำนาจในการปกครองอย่างไม่เป็นธรรม ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน กระทั่งพวกขุนนางและนักบวชได้ลุกขึ้นต่อต้านและบังคับให้พระเจ้าจอห์นลงพระนามเพื่อประกาศใช้กฎหมาย “The Great Charter” หรือ มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา ซึ่งถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการทางด้านประชาธิปไตยที่ประชาชนได้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยผ่านทางรัฐสภา และพลเมืองทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย¹⁷ ซึ่งนับว่าเป็นเอกสารต้นแบบชิ้นแรกทางประวัติศาสตร์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน¹⁸

(3) ยุคสมัยใหม่

การเข้าสู่ยุคฟื้นฟูศิลปวิทยา (Renaissance)¹⁹ ก่อให้เกิดความคิดที่กลับมาให้การยกย่องความมีเหตุผล (Rationality) นอกจากนี้ การกำเนิดของสิทธิมนุษยชนในนามสิทธิธรรมชาติ (ปรัชญากฎหมายธรรมชาติหรือตรรกะธรรมชาติ) อันมีสภาพเป็นแนวคิดแบบฆราวาส (Secular Natural Law) นำโดยนักปราชญ์นามว่า ฮิวโก โกรเชียส (Hugo Grotius, 1583-1645)²⁰ ได้รับยกย่องว่าเป็นผู้จุดตั้งทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติออกจากความมืดมิดที่จมอยู่หลายศตวรรษ ซึ่งถือเป็นผู้ก่อตั้งกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ โดยอาศัยเหตุผลในตัวมนุษย์

¹⁶ เฟ็งอ้าง.

¹⁷ BBC NEWS, ‘มหากฎบัตรแมกนาคาร์ตา: แด่ศตวรรษของพัฒนาประชาธิปไตยของสหราชอาณาจักร’ <<https://www.bbc.com/thai/international-40165903>> สืบค้นวันที่ 12 มกราคม 2566.

¹⁸ British library, ‘What is Magna Carta’ <<https://www.bl.uk/magna-carta>> accessed 18 January 2023.

¹⁹ Jacob Burckhardt., *The Civilization of the Renaissance in Italy* (Basel/Schweighauser'sche Verlagsbuchhandlung 1990).

²⁰ จริญญา โฆษณานันท์ (เชิงอรธร 8) 109.

(Right reason)²¹ และได้ก่อกำเนิดแนวคิด “เหตุผลของรัฐ” นำไปสู่หลักความคิดเรื่องอำนาจอธิปไตย (โดยมีนักปราชญ์ในยุคนี้หลายท่านได้แก่ ฌอง โบแดง โทมัส ฮอบส์ จอห์น ล็อก มอนเตสกีเอร์ โกรเชียส ฌองซัค รุสโซ²² และอิมมานูเอล คานต์) ที่ก่อกำเนิดความคิดทางกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ในแต่ละยุคที่สำคัญขึ้น²³

(4) ยุคสมัยปัจจุบัน

ช่วงปลายสงครามโลกครั้งที่ 2 บรรดาผู้นำ 50 ประเทศในโลกได้ร่วมลงนามในกฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) จัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945 และเพื่อยืนยันความศรัทธาในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ศักดิ์ศรี และคุณค่าของมนุษย์ และ

²¹ โดยเชื่อว่ามนุษย์สามารถใช้เหตุผล ที่เป็นปัจจัยสำคัญในการค้นหาจริยธรรมได้ ซึ่งทำให้ผู้คนกล้าที่จะคิดวิพากษ์วิจารณ์สิ่งต่างๆ ด้วยเหตุผลกล้าที่จะโต้แย้งในสิ่งความเชื่อเก่าแก่ที่ไม่มีเหตุผลที่ตกทอดกันมาตั้งแต่สมัยกลาง เพราะแต่เดิมมนุษย์ให้การนับถือพระเจ้าที่ไม่มีตัวตน

²² ปรีดี เกษมทรัพย์ (เชิงอรธ 7) 183-185.

²³ ความคิดทางกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ในแต่ละยุคที่สำคัญขึ้น ประกอบด้วย

(ก) ยุคจัดระบบกฎหมายใหม่: โทมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes, 1588-1679) ที่ได้อธิบายถึงอำนาจอธิปไตยต่อจากความคิด ฌอง โบแดง ว่าอำนาจอธิปไตยของรัฐเกิดขึ้นจากการที่ราษฎรเข้ามาร่วมกันทำสัญญาขึ้นไว้ เพราะเหตุนี้ประชาชนจึงต้องเชื่อฟังกฎหมายของรัฐที่เรียกว่า “ทฤษฎีสัญญาสมาคมภักดี” (Pactum Subjectiones)

(ข) ยุคแห่งการวิเคราะห์วิจารณ์: ยุคนี้อาศัยหลักเหตุผลตามธรรมชาติ เพื่อทำการวิพากษ์วิจารณ์การกระทำที่ไม่ชอบด้วยเหตุผลของผู้ถืออำนาจปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ โดยนักปราชญ์นามว่า จอห์น ล็อก เป็นผู้มีบทบาทสูงสุดในการพัฒนาทฤษฎีสิทธิธรรมชาติขึ้นมาเพื่อใช้เป็นอาวุธทางความคิดในการต่อสู้ทางการเมือง ล้มล้างอำนาจของกษัตริย์ในอังกฤษซึ่งยึดเยื้อมานับแต่เกิดสงครามกลางเมืองในปี ค.ศ.1640 จนถึงการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ซึ่งต่อมา มอนเตสกีเอร์ (Montesquieu, 1689-1755) ได้อธิบายต่อถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Power)

ทั้งนี้ ในช่วงของยุคแห่งการวิเคราะห์วิจารณ์นี้เองก็นำมาสู่ยุคแห่งภูมิปัญญา” (Enlightenment) โดยมีนักปรัชญา 2 ท่าน คือ ฌอง ซัค รุสโซ และ อิมมานูเอล คานต์ ซึ่งถือได้ว่าเป็นยุคแห่งพัฒนาการของหลักการสิทธิมนุษยชนพื้นฐาน 2 ประการคือ เรื่องเสรีภาพและความเสมอภาคในแง่ของ “ตัวตนเชิงอภิปรัชญาที่มีอิสระเสรี” (Independent Metaphysical entity) ทั้งนี้แนวคิดของ ฌอง ซัค รุสโซ นั้นมีผลทำให้เกิดเหตุการณ์การปฏิวัติฝรั่งเศส ด้วยคำว่าเสรีภาพ เสมอภาค ภราดรภาพและสิทธิมนุษยชน นั่นคือ คำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 ถือเป็นต้นแบบของการรับรองสิทธิมนุษยชนที่มีอิทธิพลในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประเทศต่างๆ ในสากลโลก

(ค) ยุคแห่งการสังเคราะห์ความคิดและสรุปผล: เป็นยุคที่มีการนำความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติที่ได้แยกแยะวิเคราะห์รายละเอียดต่าง ๆ แล้วมาบัญญัติเป็นกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) ในลักษณะของกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่ยึดโยงอยู่บนหลักการของเหตุผล หลักแห่งสิทธิเสรีภาพ และหลักความเสมอภาค โดยนักปราชญ์ผู้บุกเบิกความคิดกฎหมายธรรมชาติสมัยใหม่ที่สำคัญคือ ฮิวโก โกรเชียส (Hugo Grotius) ที่อธิบายถึงหลักการแห่งเหตุผลตามธรรมชาติของ อริสโตเติล (Aristotle) นั่นคือสภาวะที่สอดคล้องกับธรรมชาติของการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างมีเหตุผล สิ่งใดขัดแย้งรบกวนความสงบในสังคมสิ่งนั้นย่อมไม่ถูกต้องและไม่เป็นธรรม

สิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี โดยองค์การสหประชาชาติได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการด้านสิทธิมนุษยชน (Committee on Human Rights) ขึ้น ส่งผลให้เกิดปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948²⁴ และ ปัจจุบันได้มีตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ภายใต้องค์การสหประชาชาติทั้งสิ้น 9 ฉบับที่ถือว่าเป็น “สนธิสัญญาระหว่างประเทศหลักทางด้านสิทธิมนุษยชน” (Core international human rights treaties)²⁵ ที่ถือได้ว่าเป็นต้นแบบของการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ที่ซึ่งกำหนดภาระผูกพันของรัฐภาคีในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หลักการดังกล่าวได้ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของรัฐสมาชิกของสหประชาชาติ²⁶ นับว่าเป็นการคุ้มครองตามหลักสากลที่ประเทศทั่วโลกให้การยอมรับ เพื่อนำไปพัฒนากฎหมายภายในประเทศเกี่ยวกับส่งเสริมคุ้มครองสิทธิมนุษยชน²⁷ สำหรับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค เช่น สหภาพยุโรป (European Union) หรือ อาเซียน (ASEAN) นั้น พบว่าหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาคนั้นยึดถือเอาหลักปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมาเป็นแบบจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางกฎหมายระหว่างประเทศ

²⁴ มูลนิธิโครงการสารานุกรมไทยสำหรับเยาวชน, ‘ประวัติความเป็นมาของขบวนการสิทธิมนุษยชน’

<<https://www.saranukromthai.or.th/sub/book/book.php?book=32&chap=4&page=chap4.htm>> สืบค้นวันที่ 19 กันยายน 2565.

²⁵ สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ภายใต้สหประชาชาติ มีทั้งสิ้น 9 ฉบับ ประกอบด้วย

1. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR);
2. กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights หรือ ICESCR);
3. อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติต่อสตรีในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women หรือ CEDAW);
4. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child หรือ CRC);
5. อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination หรือ CERD);
6. อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment หรือ CAT);
7. อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิคนพิการ (Convention on the Rights of Persons with Disabilities หรือ CRPD);
8. อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance หรือ CED);
9. อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานโยกย้ายถิ่นฐานและสมาชิกในครอบครัว (Convention on the Protection of the Rights of Migrants Workers and Member of their Families หรือ CMW)

²⁶ Marco Sutto, ‘Human Rights evolution, a brief history’ (2019) 3 The COESPU MAGAZINE 18.

<<https://www.coespu.org/articles/human-rights-evolution-brief-history>> accessed 18 September 2022.

²⁷ วุฒิ ลิปตพลลภ, ‘หลักสิทธิมนุษยชนกับประชาคมอาเซียน’ (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล, การอบรมหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 3 วิทยาลัยรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ)

<https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1517> สืบค้นวันที่ 17 กันยายน 2565.

3. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

3.1 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากล

ปัจจุบันกฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลประกอบด้วย 1. ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*Universal Declaration of Human Rights*) มีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องสิทธิมนุษยชนของทุกคนในทุกแห่งหนที่นานาประเทศได้เห็นพ้องกันว่าสิทธิและเสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการปกป้องเพื่อให้มนุษย์สามารถมีชีวิตอยู่ได้อย่างเสรี เท่าเทียม และมีศักดิ์ศรี²⁸ และ 2. ตราสารระหว่างประเทศทั้งสิ้น 9 ฉบับ เพื่อเป็นการกล่าวอ้างถึง สิทธิ²⁹ ถึงแม้ว่าปฏิญญาฉบับนี้จะไม่ใช่สนธิสัญญาระหว่างประเทศแต่ก็ถือเป็นกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่สุด ซึ่งประเทศต่างๆ จำต้องให้การเคารพต่อหลักการสิทธิมนุษยชนที่ได้ตราไว้ในปฏิญญาฯ ฉบับนี้

3.2 กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับภูมิภาค

(1) สหภาพยุโรป ได้มีการจัดตั้งคณะมนตรีแห่งยุโรป (*The Council of Europe*) ได้ก่อตั้งขึ้นในเดือนสิงหาคม ปี 1949³⁰ โดยมีการออกอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนของยุโรป (*European Convention on Human Rights*) ในปี ค.ศ.1950³¹ และวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนชาวยุโรปให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด³²

(2) สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (*Association of South East Asian Nations*) หรือ อาเซียน (*ASEAN*) ได้มีการจัดทำตราสารที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ประกอบด้วย 1.กฎบัตรอาเซียน (*ASEAN Charter*)³³ ได้ให้ความสำคัญในการเสริมสร้างประชาธิปไตยให้เข้มแข็ง ด้วยการสนับสนุนการปกครอง

²⁸ Amnesty International Thailand, ‘ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน’ <<https://bit.ly/3ZYTugm>> สืบค้นวันที่ 23 มกราคม 2566.

²⁹ สิทธิพลเมือง (Civil Rights) สิทธิทางการเมือง (Political Rights) สิทธิทางเศรษฐกิจ (Economic Rights) สิทธิทางสังคม (Social Rights) สิทธิทางวัฒนธรรม (Cultural Rights) และ คุณค่าสากลแห่งสิทธิมนุษยชน (Core Values) คือ การไม่เลือกปฏิบัติ (Non Discrimination) หลักความยุติธรรม (Justice) หลักความเสมอภาคเท่าเทียม (Equity) หลักเสรีภาพ (Freedom) หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human dignity) หลักไม่ใช้ความรุนแรง (Nonviolence)

³⁰ Lammy Betten and Nicholas Grief, *EU law and human rights* (Longman 1998) 27.

³¹ ‘Council of Europe’ <www.coe.int> accessed 18 September 2022.

³² เนตรนภา พุทธสุวรรณ, การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนยุโรปตามอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950 (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550) 43.

³³ กฎบัตรอาเซียน ก่อตั้งขึ้น เมื่อ วันที่ 15 ธันวาคม พ.ศ. 2551 ที่ประชุมรัฐมนตรีต่างประเทศของสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ จัดขึ้นที่สำนักงานเลขาธิการอาเซียนในจาการ์ตาประเทศอินโดนีเซีย และได้ประกาศใช้กฎบัตรอาเซียนอย่างเป็นทางการ ส่งผลให้การดำเนินงานของอาเซียน เป็นไปภายใต้กฎหมายเดียวกัน ประกอบด้วยบทบัญญัติ 13 หมวด 55 ข้อ เพื่อให้

ที่เคารพในหลักกฎหมายตามหลักการประชาธิปไตย และการมีรัฐบาลภายใต้รัฐธรรมนูญ³⁴ ทั้งนี้ วัตถุประสงค์บางข้อของกฎบัตรฯ นี้จะเกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนด้วย เพื่อต้องการให้อาเซียนเป็นองค์กรที่มีประสิทธิภาพ มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง และให้มีการจัดตั้งกลไกสิทธิมนุษยชนของอาเซียนขึ้นเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของประชาชน³⁵ และ 2.ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Human Rights Declaration) จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยืนยันถึงความมุ่งมั่นที่จะคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรอาเซียน โดยให้สอดคล้องกับคำมั่นที่มีต่อกฎบัตรสหประชาชาติและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

4. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร

4.1 สภาพปัญหาในอดีตเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชน

การละเมิดสิทธิมนุษยชนนั้นมีมาตั้งแต่สมัยโบราณ ยุคกรีก โรมัน ตัวอย่างเช่น

1. การค้าทาส (ถึงแม้ว่าสถาบันทาสได้เคยเป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายบ้านเมืองและกฎหมายธรรมชาติในอดีต แต่เมื่อมีการค้าทาสขึ้นและเป็นสิ่งที่ขัดต่อหลักกฎหมายธรรมชาติ ที่กำหนดว่ามนุษย์ทุกคนย่อมเสมอภาคกันและมนุษย์ไม่อาจเป็นทรัพย์สินของมนุษย์ด้วยกันได้ เรื่องทาสนี้ถือเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญในทางประวัติศาสตร์ ความคิดทางกฎหมาย³⁶ จนในที่สุดได้มีการพัฒนาหลักการห้ามนำคนลงเป็นทาส ที่นานาประเทศเริ่มตระหนักถึงเรื่องความเป็นมนุษย์และความเท่าเทียมกันซึ่งเป็นเหตุที่ทำให้เกิดการต่อต้านการค้าทาสขึ้น จนกระทั่งปัจจุบันการค้าทาสนั้นถูกคุ้มครองและถือเป็นสิ่งต้องห้ามตามหลักสิทธิมนุษยชน³⁷)

2. การไม่เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและการแบ่งแยกสีผิว (จุดเริ่มต้นการแบ่งแยกสีผิวเกิดขึ้นในแอฟริกาใต้ ณ หนะนั้นการแบ่งแยกสีผิวคือการการแยกเผ่าพันธุ์³⁸ เพียงเพราะคนผิวขาวพยายามที่จะรักษาคนผิวสีให้ต่ำหรือ

อาเซียนทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น เสริมสร้างกลไกการติดตามความตกลงต่างๆ ให้มีผลเป็นรูปธรรม และผลักดันอาเซียนให้เป็นประชาคมเพื่อประชาชนอย่างแท้จริง

³⁴ Article 2(h) Adherence to the rule of law, good governance, the principles of democracy and constitutional government.

³⁵ ศูนย์ประสานงานเครือข่ายประชาคมอาเซียนด้านสาธารณสุข, 'กฎบัตรอาเซียน (ASEAN CHARTER) หรือธรรมนูญอาเซียน' <<https://www.nno.moph.go.th/ahnc/index.php/th/asean-data/slogan/item/117-asean-charter.html>> สืบค้นวันที่ 23 มกราคม 2565.

³⁶ สมยศ เชื้อไทย (เชิงอรรถ 14) 99.

³⁷ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ, 'ILO คืออะไร ILO ทำอะไร' <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--asia/--robangkok/documents/publication/wcms_098257> สืบค้นวันที่ 8 กันยายน 2565.

³⁸ Tryman & Mwamba discussing separate development as grand apartheid, versus petty apartheid, which is simple segregation.

ด้อยกว่า³⁹ ต่อมาในปี ค.ศ.1966 สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติประณามการแบ่งแยกสีผิว⁴⁰ เพราะถือเป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนในแอฟริกาใต้ภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติจึงมีมติเกี่ยวกับนโยบายการแบ่งแยกสีผิวของ รัฐบาลแอฟริกาใต้ที่รับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ.1987⁴¹ การต่อสู้มาตั้งแต่ปี ค.ศ.1966 จนประสบความสำเร็จและถือเป็นหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศในปี ค.ศ.2019) หรือ

3. หลักการห้ามก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติ (ต้นกำเนิดมาจากอนุสัญญากรุงเฮกฉบับที่ 4 ปี ค.ศ. 1907⁴² เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1915 เมื่อรัฐบาลฝรั่งเศสบริเตนใหญ่และรัสเซียออกแถลงการณ์ร่วม ประณามการสังหารหมู่ของรัฐบาลออตโตมันของประชากรอาร์เมเนียในตุรกีว่าที่ถือว่าเป็น อาชญากรรมต่อ อารยธรรมและมนุษยชาติ หรือ อาชญากรรมระหว่างประเทศ⁴³ ซึ่งสมาชิกทุกคนของรัฐบาลตุรกีจะต้องรับผิดชอบ ร่วมกับตัวแทนที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสังหารหมู่" ตั้งแต่นั้นมาหลักความคิดของอาชญากรรมต่อมนุษยชาติได้ พัฒนาจนถึง ปี ค.ศ. 2002 ได้ประสบความสำเร็จในการห้ามก่ออาชญากรรมต่อมนุษยชาติระหว่างประเทศได้รับการ ประมวลไว้อย่างชัดเจนในข้อตกลงพหุภาคีหลายฉบับและได้รับการยอมรับครั้งแรกโดยกฎบัตรของ ศาลทหารระหว่างประเทศที่นูแรมเบิร์ก (กฎบัตรนูแรมเบิร์ก)⁴⁴ จนถือเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และผ่านเขตอำนาจศาลของศาลระหว่างประเทศ คือศาลอาญาระหว่างประเทศในปัจจุบัน)⁴⁵ เป็นต้น

³⁹ Some commentators have referred to this as “horizontal” separation, which means that the races were divided such that whites were above Blacks, as opposed to vertical separation, which means that the races were alongside each other.

⁴⁰ Myres S. McDougal, *Harold D Lasswell, and Lung-chu Chen, Human Rights and World Public Order* (2nd edn, Oxford University Press 2018) 521-560.

⁴¹ The General Assembly passed Resolution 42/23C, entitled “Comprehensive and mandatory sanctions against the racist regime of South Africa,” which reaffirmed that apartheid is a crime against humanity. Resolutions on the Policies of Apartheid of the Government of South Africa Adopted by the United Nations General Assembly in 1987.

⁴² Convention Respecting the Laws and Customs of War on Land, Annex to the Convention Regulations Respecting the Laws and Customs of War on Land (18 October 1907).

⁴³ M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law* (2nd Rev edn, Kluwer Law International 1999).

⁴⁴ Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States § 702.

⁴⁵ G.A. Res. 177 (II), U.N. GAOR, 2d Sess., 123rd plen. mtg., at 111, U.N. Doc A/519 (1947). See more Lyal S. Sunga, *The Emerging System of International Criminal Law: Developments in Codification and Implementation* 8-9 (1997).

4.2 สภาพปัญหาในปัจจุบันเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร

อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่า ยังคงมีการละเมิดสิทธิมนุษยชนอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันเนื่องมาจากการทำรัฐประหาร

(1) ในอดีต

ประเทศต่างๆ มีระบอบการปกครองที่ให้อำนาจอย่างเด็ดขาดแก่ผู้ปกครอง มีการละเมิดสิทธิมนุษยชน และ มีการแก่งแย่งอำนาจเพื่อเปลี่ยนอุดมการณ์ทางการเมือง โดยผู้ถูกปกครองไม่มีสิทธิในด้านเสรีภาพและความเสมอภาคในการปกครอง ดังนั้น เพื่อให้สังคมมีการเปลี่ยนผ่านไปสู่ระบอบการปกครองที่ดีขึ้น ประชาชนผู้ถูกปกครองทั้งหลายจึงได้กระทำการที่เรียกว่าการปฏิวัติระบอบการปกครอง ซึ่งตรงข้ามกับการกระทำในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงหรือพยายามที่จะกระทำผ่านโดยอ้างว่าจะทำให้สังคมนั้นดีขึ้นนั้น แต่ในความเป็นจริงแล้วนั้นกลับไม่ได้ทำให้สังคมนั้นดีขึ้นแต่อย่างใด นั่นคือ “การรัฐประหาร” เพราะผู้ที่ยึดอำนาจโดยการทำรัฐประหารมักใช้อำนาจที่ได้มานั้นเพื่อผลประโยชน์ส่วนตัว/กลุ่มของตนอย่างไม่เป็นธรรมต่อประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ⁴⁶

(2) ในปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่า ปัจจุบันการกระทำรัฐประหาร (*the Coup d'état*) นั้นยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง และเป็นตัวการสำคัญอย่างยิ่งในสังคมโลกปัจจุบันที่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชน (*สิทธิเสรีภาพและสิทธิทางการเมือง*) อย่างร้ายแรงของประชาชนส่วนใหญ่ในโลก และยังคงไม่สามารถหาแนวทางคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหารได้อย่างมีประสิทธิภาพถึงแม้ว่าประชาคมโลกจะได้สร้างกฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขึ้นมาเพื่อคุ้มครองและป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ตาม โดยจะเห็นได้ว่ายังคงมีการเกิดการกระทำรัฐประหารขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2564-2566 ที่ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนในทางด้านสิทธิเสรีภาพทางการเมืองอย่างร้ายแรงและชัดเจนในหลายภูมิภาค เช่น ประเทศชูดานในทวีปแอฟริกา⁴⁷ และ

⁴⁶ โดยการรัฐประหารนั้นเป็นเพียงการยึดอำนาจจากรัฐบาล หรือเปลี่ยนตัวผู้นำเท่านั้น โครงสร้างการปกครองตลอดจนเศรษฐกิจสังคมยังคงเดิมและอาจแย่ลงกว่าเดิม โดยการรัฐประหารถือเป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม สิทธิทางวัฒนธรรม และสิทธิในการเลือกตั้ง รวมถึงเมื่อเกิดการรัฐประหารมักจะทำให้เกิดปัญหาคอรัปชั่นมากมายอย่างไม่สิ้นสุด เพราะสังคมนั้นได้เสื่อมสภาพลงเนื่องจากผู้ที่ทำการรัฐประหารไม่สามารถบริหารบ้านเมืองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และการบริหารประเทศนั้นก็ไม้อาจตรวจสอบได้โดยประชาชน โปรตุเกตุ นาการี จิวะนันทประวัติ, ‘หลักนิติธรรมกับการรัฐประหาร’(สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ2557) <https://www.constitutionalcourt.or.th/occ_web/ewt_dl_link.php?nid=1288> สืบค้นเมื่อ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

⁴⁷ พบว่า เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2554 ประเทศชูดานแม้จะได้รับการเข้าร่วมต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่ปรากฏว่าเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2564 ได้มีการกระทำรัฐประหารขึ้น โดยนายพล อับดุลฟัตตาห์ อัลบुरुฮาน นำกองทัพเข้ายึดอำนาจรัฐบาลชูดาน เพื่อหวังจะยึดอำนาจรัฐบาลโดยไม่ฟังเสียงของประชาชน ขณะเดียวกันก็ได้มีกลุ่มผู้สนับสนุนประชาธิปไตยชูดานออกมาเรียกร้อง เพื่อแสดงถึงการต่อต้านความพยายามก่อการรัฐประหาร แต่เจ้าหน้าที่กองกำลังความมั่นคงชูดานได้มีการใช้กำลัง

ประเทศเมียนมาในทวีปเอเชีย⁴⁸ จากตัวอย่างการกระทำรัฐประหารดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหารนั้นเกิดขึ้นมาจาก

(1) บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนที่ต้องการตั้งตัวเองเป็นรัฐบาลเพื่อเข้าบริหารประเทศ โดยทำการเข้ายึดอำนาจการปกครองมาจากรัฐบาลที่ได้รับการเลือกตั้งโดยประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย และ/หรือ

(2) บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนที่ประสงค์อยากจะมีอำนาจในการปกครองประเทศ โดยการสนับสนุนบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มคนให้ทำการเข้ายึดอำนาจการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยมาอยู่ภายใต้อำนาจของตนหรือกลุ่มตนโดยการละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน

ดังนั้น จึงถือได้ว่าการกระทำรัฐประหารเป็นตัวการสำคัญอย่างยิ่งในสังคมโลกปัจจุบันที่กระทำการล่วงละเมิดสิทธิมนุษยชนมาอย่างยาวนานและไม่มีท่าทีว่าจะสิ้นสุดลงแต่อย่างใด

รุนแรงปราบปรามผู้ชุมนุมโดยการยิงแก๊สน้ำตาเข้าสลายการชุมนุม ขณะที่บรรดาผู้ประท้วงพยายามเคลื่อนขบวนเข้าใกล้ทำเนียบประธานาธิบดีในกรุงคาทุม เมืองหลวงของประเทศเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 64 โดยการประท้วงครั้งนี้มีขึ้นเพื่อต่อต้านการปกครองของกองทัพ โดยคณะกรรมการกลางแพทย์ชุดานเปิดเผยว่ามีผู้ประท้วง 4 คนถูกกองกำลังความมั่นคงยิงเสียชีวิต อีกทั้งสัญญาณอินเทอร์เน็ตและสัญญาณโทรศัพท์มือถือภายในกรุงคาทุมเกิดขัดข้องใช้การไม่ได้ โปรดดู BBC NEWS, ‘รัฐประหารในชูดาน: เมื่อกองทัพไม่อยากแบ่งปันอำนาจกับรัฐบาลพลเรือนอีกต่อไป’ (BBC News ไทย, 27 ตุลาคม 2564) <<https://www.bbc.com/thai/international-59060690>> สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

⁴⁸ พบว่า ประเทศเมียนมาถือเป็นประเทศล่าสุดในภูมิภาคที่มีการกระทำรัฐประหารเกิดขึ้น โดยเมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 (และสถานการณ์การต่อต้านการรัฐประหารดังกล่าวของประเทศเมียนมายังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน) พลเอกอาวุโส มิน อ่อง หล่าย ผู้บัญชาการทหารสูงสุดขณะนั้น ได้การกระทำรัฐประหารรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน การกระทำรัฐประหารที่เกิดขึ้นครั้งนี้ของเมียนมาทำให้ได้รับเสียงประณามจากนานาชาติ พร้อมกับคำขู่ว่าจะตอบโต้ด้วยการคว่ำบาตรทางเศรษฐกิจ โปรดดู, BBC NEWS, ‘รัฐประหารเมียนมา: การประหารชีวิตนักเคลื่อนไหวเพื่อ ปชต. คือ ผลงานล่าสุดของ มิน อ่อง หล่าย’ (BBC News ไทย, 26 กรกฎาคม 2565) <<https://www.bbc.com/thai/international-62301918>> สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

ครั้งล่าสุด เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2565 เวลาประมาณ 20.40 นาฬิกา รัฐบาลทหารมิน อ่อง หล่าย ใช้อำนาจไปอย่างไม่ชอบธรรม โดยการนำเครื่องบินรบสามลำถล่มทางอากาศโดยทำการทิ้งระเบิดอย่างน้อย 4 ลูก ที่คอนเสิร์ตคะฉิ่น เป็นคอนเสิร์ตเฉลิมฉลองวันครบรอบการก่อตั้งช่วงเวลากลางคืนที่มีพลเรือนเข้าร่วมมากถึง 300-500 คน รวมทั้งเจ้าหน้าที่ระดับสูง ทหาร นักธุรกิจ นักดนตรีและประชาชนทั่วไป โดยรัฐบาลเผด็จการเมียนมาทราบดีว่าการกระทำเช่นนี้จะทำให้เกิดการสูญเสียต่อชีวิตในระดับหายนะ จึงทำให้มีพลเรือนเสียชีวิตกว่า 80 ศพ บาดเจ็บมากกว่า 100 คน อีกทั้งยังสังกัดกันถนนไม่ให้หน้าตัวผู้ที่ได้รับบาดเจ็บไปรักษาที่โรงพยาบาล ทำให้ผู้บาดเจ็บจำนวนมากไม่สามารถเดินทางไปรักษาพยาบาลได้ ทางสำนักงานพม่าขององค์การสหประชาชาติแถลงว่าการโจมตีในครั้งนี้เป็นการใช้กำลังเกินกว่าเหตุและอย่างไม่ได้สัดส่วนจากฝ่ายกองกำลังความมั่นคงต่อพลเรือนที่ปราศจากอาวุธนั้นเป็นสิ่งที่ไม่สามารถยอมรับได้ ถือเป็นกรกระทำที่โหดเหี้ยมไร้มนุษยธรรมอย่างถึงที่สุด โปรดดู ‘สลด เครื่องบินรบเมียนมาทิ้งระเบิดคอนเสิร์ตรัฐคะฉิ่น 4 นักร้องดับด้วย ตายรวม 80 ศพ’ (Sanook, 26 ตุลาคม 2565) <<https://www.sanook.com/news/8644802/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

5. วิเคราะห์การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหาร

5.1 วิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหาร

จากการศึกษาวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาคพบว่า

5.1.1 ในระดับสากล

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*Universal Declaration of Human Rights*) มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) มีทั้งสิ้น 30 ข้อ กล่าวถึงเรื่องสิทธิพลเมือง สิทธิทางการเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ถือเป็นหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลอย่างมีประสิทธิภาพ โดยความร่วมมือของรัฐสมาชิกในองค์การสหประชาชาติ⁴⁹ เพื่อให้หลักการนี้ถือเป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ ในด้านการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ปัจจุบันรัฐสมาชิกรวมทั้งสิ้น 198 ประเทศ⁵⁰ โดยรัฐสมาชิกทุกรัฐ มีหน้าที่ในการปกป้องสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนทุกคน⁵¹ อีกทั้งตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหารมีทั้งสิ้น 4 ฉบับ ได้แก่ (1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (*International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR*)⁵² (2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (*International Convention on Economic, Social and Cultural Rights : ICESCR*)⁵³ (3) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (*Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment : CAT*)⁵⁴ (4) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (*International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance : CED*)⁵⁵

จากการศึกษาพบว่า มาตรการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในระดับสากลที่เป็นอยู่ในปัจจุบันได้กำหนดถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตามหลักการพื้นฐานทั่วไป แต่ไม่ได้มีการคุ้มครองประชาชนที่ถูกกระทำละเมิด

⁴⁹ United Nations, 'Universal Declaration of Human Rights' <<https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights>> accessed 20 September 2022.

⁵⁰ United Nations Human Rights, 'Countries' <<https://www.ohchr.org/en/countries>> accessed 31 January 2023.

⁵¹ Amnesty international Thailand, 'สิทธิมนุษยชนคืออะไร' <<http://old.amnesty.or.th/our-work/human-rights-education/about>> สืบค้นวันที่ 28 เมษายน 2565.

⁵² Entry into force on 23 March 1976.

⁵³ Entry into force on 3 January 1976.

⁵⁴ Entry into force on 26 June 1987.

⁵⁵ Entry into force on 23 December 2010.

สิทธิมนุษยชนจากกลุ่มบุคคล/กลุ่มผู้สนับสนุนที่กระทำรัฐประหารแต่อย่างใด ผู้เขียนจึงได้ทำการสรุปให้เห็นตามตารางที่ 1 ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 : มาตรการในระดับสากลที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน⁵⁶

มาตรการในระดับสากล	เนื้อหา	คุ้มครองสิทธิมนุษยชน	คุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหาร
กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations)	<p>ข้อที่ 1(3) : ส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน</p> <p>ข้อที่ 55 : ส่งเสริมให้เกิดการเคารพอย่างเป็นสากลในหลักสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน</p> <p>ข้อที่ 56 : กำหนดว่าประเทศสมาชิกให้คำมั่น เพื่อให้บรรลุการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานแก่บุคคลทั่วไป</p> <p>ข้อที่ 62(2) / ข้อที่ 64 และ ข้อที่ 68 : มอบหน้าที่ให้รัฐสมาชิกสหประชาชาติในการช่วยเหลือให้เกิดการเคารพสิทธิมนุษยชน และปฏิบัติตามหลักสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน</p> <p>ข้อที่ 76(c) : กำหนดความรับผิดชอบของประเทศสมาชิกที่จะเคารพและปฏิบัติตามต่อประชาชนในดินแดนปกครองอย่างเป็นธรรม และกำหนดให้เคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน</p>	✓	✗
ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights 1948)	<p>ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จสำหรับประชาชนทั้งหมดและประชาชาติทั้งหลายให้มีการยอมรับโดยสากลอย่างมีประสิทธิผล</p> <p>ข้อ 1-2 : ทุกคนย่อมมีศักดิ์ศรี เสรีภาพและความเสมอภาคในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง</p> <p>ข้อ 18-21 : อนุวัติ "เสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ" และเสรีภาพทางจิตวิญญาณ สาธารณะ และการเมือง เช่น เสรีภาพทางความคิดความเห็น ศาสนาและสำนึก คำและการรวมกลุ่มอย่างสันติของปัจเจก</p>	✓	✗

⁵⁶ “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน” นั้นถูกบัญญัติไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ภายใต้การลงนามยอมรับโดยการให้สัตยาบันของทุกประเทศทั่วโลก ซึ่งถือเป็นหลักการพื้นฐานในการคุ้มครองและเคารพสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์ทุกคน เช่นสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิในอิสรภาพทางความคิดและการแสดงออก เสรีภาพในการชุมนุม เป็นต้น และยังถือเป็นรากฐานที่สำคัญของกฎหมายจารีตระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่สำคัญที่จะส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชนภายในประเทศ

มาตรการในระดับสากล	เนื้อหา	คุ้มครองสิทธิมนุษยชน	คุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหาร
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR)	<p>ข้อ 1 : สิทธิในการกำหนดเจตจำนงตนเอง ประชาชนจะกำหนดสถานะทางการเมืองของตนเองอย่างเสรี</p> <p>ข้อ 2-5 : เคารพและประกันสิทธิของบุคคล การเข้าถึงศาล/การพิจารณาในศาลอิสระ รวมทั้งสิทธิในชีวิตและร่างกาย</p> <p>ข้อ 9 : บุคคลจะถูกจับกุมหรือควบคุมโดยอำเภอใจมิได้ บุคคลจะถูกทรมานหรือปฏิบัติไม่เป็นธรรมโดยพลการมิได้</p> <p>ข้อ 19 : สิทธิในการแสดงความคิดเห็น การแสดงออกเสรีภาพของสื่อ</p> <p>ข้อ 21 : สิทธิในการชุมนุมรวมกลุ่ม</p> <p>ข้อ 25: สิทธิในการกำหนดวิถีชีวิตทางการเมือง และสิทธิการเลือกตั้งอันแท้จริงตามวาระซึ่งมีการออกเสียงโดยทั่วไปและเสมอภาค</p> <p>ข้อ 26 : ความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามกฎหมายและไม่เลือกปฏิบัติ เช่น เชื้อชาติผิวเผศ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด</p>	✓	✗
กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Convent on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR)	<p>ข้อ 1-2 : สิทธิกำหนดเจตจำนงของตนเอง กำหนดสถานะทางการเมืองของตนเองโดยเสรี และพัฒนาเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมของตนเองอย่างเสรี โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ</p> <p>ข้อ 3 : ประกันสิทธิอันเท่าเทียมกันของบุรุษและสตรี</p> <p>ข้อ 5 : ห้ามการจำกัดหรือลิดรอนสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่ได้รับการรับรองหรือที่มีอยู่ในประเทศใด โดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย อนุสัญญา ข้อบังคับ หรือจารีตประเพณี โดยอ้างว่ากติกานี้ไม่รับรองสิทธิเช่นนั้น หรือรับรองสิทธินั้นในขอบเขตที่ด้อยกว่า</p> <p>ข้อ 6-15 : กำหนดวิถีชีวิตทางเศรษฐกิจ เช่น การเลือกงานอย่างเสรี กำหนดวิถีชีวิตทางวัฒนธรรมอย่างเสรี รวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ประกันสังคม สุขภาพ สวัสดิการสังคม</p>	✓	✗
อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมาน และการกระทำอื่นๆที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี (Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT)	<p>ข้อ 1-16 : มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การทรมานเป็นความผิดที่ลงโทษได้ตามกฎหมาย อาญา เขตอำนาจที่เป็นสากลเกี่ยวกับความผิดการทรมาน</p> <p>ข้อ 17-24 : บทบัญญัติไปใช้โดยการจัดตั้งคณะกรรมการต่อต้านการทรมานซึ่ง เป็นองค์กรกำกับดูแล โดยภาคีสมาชิกและปฏิบัติหน้าที่ในฐานะปัจเจกบุคคลตามความสามารถ คำร้องเรียนระหว่างรัฐ คำร้องเรียนของปัจเจกบุคคล อำนาจคณะกรรมการต่อต้านการทรมาน</p>	✓	✗

มาตรการในระดับสากล	เนื้อหา	คุ้มครองสิทธิมนุษยชน	คุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหาร
อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance: CED)	มีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้การทำบุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นฐานความผิดตามกฎหมายอาญา (เน้นการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ หรือการกระทำในนามเจ้าหน้าที่รัฐ) เพื่อตระหนักถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ข้อ 2 : การลิดรอนเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับการอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายของรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่หายสาบสูญ ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย	✓	✗

จากตารางสามารถสรุปได้ว่า มาตรการในระดับสากลที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ได้มีการกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการกระทำรัฐประหารที่เกี่ยวกับบทบัญญัติโทษหรือการเยียวยาผู้ถูกละเมิดสิทธิจากการกระทำรัฐประหารหรือสนับสนุนการกระทำรัฐประหาร ดังนั้น จึงไม่สามารถที่จะนำเอากลุ่มคน/บุคคลที่ทำการรัฐประหาร รวมถึงผู้สนับสนุนนั้นมาลงโทษได้ นอกจากนี้ ยังพบว่า ศาลภายในประเทศนั้นมักจะอยู่ภายใต้อำนาจการควบคุมบังคับบัญชาของรัฐบาลที่มาจาการรัฐประหารทั้งสิ้น⁵⁷ ด้วยเหตุนี้ การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนภายในประเทศจึงเป็นปัญหาที่สังคมโลกต้องตระหนักเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการทำรัฐประหาร เพื่อที่จะสามารถนำเอาผู้กระทำความผิดและผู้สนับสนุนการกระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้

5.2 วิเคราะห์กฎเกณฑ์ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการรัฐประหารในระดับภูมิภาค

5.2.1 สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปมุ่งมั่นที่จะสนับสนุนประชาธิปไตยและเคารพสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐานและหลักนิติธรรม⁵⁸ ที่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*European Convention on Human Rights*) ในปี ค.ศ. 1950

⁵⁷ Tom Ginsburg and Tamir Moustafa, *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge University Press 2008).

⁵⁸ European Union, 'Key European Union achievements and tangible benefits' <https://european-union.europa.eu/priorities-and-actions/achievements_en> accessed 26 May 2022.

รวมถึงพิธีสารเพื่อใช้บังคับกับอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน เมื่อเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนเกิดขึ้น ทางสหภาพยุโรปนั้นมีศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (*European Court of Human Rights*) เพื่อให้การคุ้มครองผู้เสียหายในการเข้าเป็นคู่ความ และพิพากษาตีความสอดคล้องภายใต้อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ท่าทีของประชาคมยุโรปนั้นต่อต้านการรัฐประหารอย่างชัดเจน โดยได้มีการวางหลักการด้านของการรับรองรัฐบาลขึ้น โดยรัฐบาลใหม่ที่จะได้รับการรับรองนั้นต้องเป็นรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งตามวิถีประชาธิปไตยและต้องเคารพหลักนิติธรรม (*Rule of Law*) ในแนวทางปฏิบัติที่ชื่อว่า “The 1991 EC Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union”⁵⁹ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าทางสหภาพยุโรปได้ตระหนักถึงการกระทำรัฐประหารนั้นเป็นสิ่งที่ผิดอย่างร้ายแรงและไม่เป็นตามหลักประชาธิปไตยอย่างแท้จริง การที่สหภาพยุโรปได้วางหลักการเช่นนี้เพื่อแสดงถึงจุดยืนในกระบวนการรับรองรัฐ และเพื่อเคารพทบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับหลักนิติธรรม ประชาธิปไตย และสิทธิมนุษยชนถึงแม้ว่ายังมิได้รับการยอมรับเป็นการทั่วไปจากประชาคมระหว่างประเทศก็ตาม⁶⁰

อย่างไรก็ตาม หลักการรับรองรัฐบาลได้ถูกพูดถึงไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1907 ภายใต้หลักการทอบาร์ (Tobar Doctrine) อันเป็นหลักคำสอนที่ระบุไว้ว่า "การยอมรับรัฐบาลควรได้รับก็ต่อเมื่อฝ่ายบริหารเข้ามามีอำนาจด้วยวิธีการประชาธิปไตยที่ชอบด้วยกฎหมาย" กล่าวคือ รัฐบาลที่เข้าสู่อำนาจด้วยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่เป็นไปตามวิถีทางรัฐธรรมนูญไม่ควรได้รับการรับรอง ซึ่ง ณ ขณะนั้นกฎหมายระหว่างประเทศมีแนวโน้มบางอย่างที่จะยอมรับรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งเท่านั้น แต่หลักการทอบาร์นี้ไม่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป จึงไม่ได้ถูกพัฒนาต่อ ด้วยเหตุนี้ ทำให้ปัจจุบันการกระทำรัฐประหารถือเป็นยึดอำนาจจากรัฐบาลที่มาจากรัฐบาลประชาธิปไตยและถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนภายในประเทศอย่างร้ายแรง ดังนั้นจึงไม่สมควรที่จะได้รับการรับรองรัฐบาลแต่อย่างใด โดยทางสหภาพยุโรปได้มีการตระหนักถึงปัญหาดังกล่าวจึงได้พัฒนาและนำไปสู่แนวทางปฏิบัติดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นสมควรว่าหลักการรับรองรัฐบาลนี้ควรถูกพัฒนาจัดทำเป็นหลักเกณฑ์โดยให้เป็นแนวทางปฏิบัติในทางระหว่างประเทศ เพื่อส่งผลให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นไปอย่างมี

⁵⁹ ชูเกียรติ น้อยฉิม, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง 2564) 76.

⁶⁰ *Derecho Internacional Público*, ‘Declaration on the ‘Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and in the Soviet Union’ <www.dipublico.org> accessed 18 September 2022.

ประสิทธิภาพและประสิทธิผลครอบคลุมมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการรับรองรัฐบาลที่มีได้มาจากประชาธิปไตย (*การรัฐประหาร*)⁶¹

5.2.2 สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (*Association of South East Asian Nations*) หรือ อาเซียน (ASEAN)

ทางด้านอาเซียนยึดมั่นในกฎบัตรอาเซียน (*ASEAN Charter*) และปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*ASEAN Declaration on Human Rights*) เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในการยึดมั่นในหลักการแห่งประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามถึงแม้ว่าอาเซียน (ASEAN) นั้นจะยึดมั่นด้านการเมืองสร้างสังคมที่ปลอดภัยและมั่นคง อีกทั้งยังเสริมสร้างประชาธิปไตย โดยมีประชาชนเป็นศูนย์กลาง แต่ประเทศเมียนมาถือเป็นประเทศล่าสุดในภูมิภาคที่มีการกระทำรัฐประหารเกิดขึ้น ซึ่งการกระทำรัฐประหารดังกล่าวถือเป็นการขัดต่อหลักประชาธิปไตยที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรอาเซียน (*Asean Charter*) ดังนั้นจึงจะเห็นได้ว่า ปัจจุบันเมื่อเกิดการรัฐประหารนั้นสังคมโลกยังไม่มีบทบัญญัติใดให้การคุ้มครองเมื่อเกิดการรัฐประหารอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในปัจจุบัน เนื่องจากว่าทุกครั้งเมื่อเกิดการกระทำรัฐประหารจากบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มหนึ่ง ในรัฐใดรัฐหนึ่งนั้น พบว่า บุคคลหรือกลุ่มบุคคลรวมถึงผู้สนับสนุนที่ก่อการรัฐประหารจะใช้ทั้งกฎหมายภายในประเทศและระหว่างประเทศมาบังคับใช้เพื่อให้ตัวเองได้พ้นจากความผิดที่ก่อการรัฐประหาร จึงถือเป็นวงจรอุบาทว์ (*ชั่วร้าย*) ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชนที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนานและไม่มีท่าทีว่าจะสิ้นสุดลงแต่อย่างใดในอนาคตอันใกล้

⁶¹ วันชนก ยอดยิ่ง และ ชูเกียรติ น้อยฉิม. (in press). ‘การรับรองรัฐบาลที่มาจากการรัฐประหาร: กับการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศตามสนธิสัญญาที่รัฐได้เข้าผูกพันเป็นภาคี’ (บทความการประชุมวิชาการระดับชาติ ธรรมศาสตร์-นิติพัฒน์ ครั้งที่ 8) <https://www.law.tu.ac.th/tu-nida/>.

ตารางที่ 2 : มาตรการในระดับภูมิภาคที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

มาตรการ ในระดับ ภูมิภาค	เนื้อหา	คุ้มครอง สิทธิ มนุษยชน	การคุ้มครอง สิทธิ มนุษยชน จากการ รัฐประหาร	
สหภาพ ยุโรป	ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Court of Human Rights 1949)	บทบาทสำคัญคือเป็นกลไกให้ความคุ้มครองผู้เสียหายที่ถูกละเมิดสิทธิใน การเข้าเป็นคู่ความ และอีกประการคือการพิพากษาตีความสอดคล้อง ภายใต้อนุสัญญาแห่งยุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ECHR)	✓	✓
	อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิ มนุษยชน (European Convention on Human Rights 1950)	อนุสัญญานี้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานอันเป็นรากฐานของ ความยุติธรรมและสันติภาพ และมีความเป็นประชาธิปไตย ข้อ 2(1) : สิทธิในการมีชีวิตของทุกคนจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ข้อ 3 : ห้ามการทรมานบุคคลใดจะถูกทรมานหรือการปฏิบัติหรือการ ลงโทษที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรีมิได้ ข้อ 5 : สิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัย บุคคลใดจะถูกกีดกันเสรีภาพ มิได้ หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติของข้อนี้จะมีสิทธิได้รับค่าชดเชยตาม บังคับ ข้อ 10 : เสรีภาพในการแสดงออกสิทธินี้จะรวมถึงเสรีภาพในการแสดง ความคิดเห็นและการรับและส่งข้อมูลและความคิดโดยปราศจากการ แทรกแซงจากหน่วยงานของรัฐ ข้อ 11 : เสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคมโดยสงบ ข้อ 14 : การห้ามการเลือกปฏิบัติ ข้อ 17 : กำหนดว่าไม่มีข้อความใดในอนุสัญญานี้ที่สามารถตีความได้ว่า เป็นการบอกเป็นนัยถึงรัฐ กลุ่ม หรือบุคคลใดๆ สิทธิใดๆ ในการมีส่วนร่วม ในกิจกรรมใดๆ หรือดำเนินการใดๆ ที่มีเป้าหมายเพื่อทำลายสิทธิและ เสรีภาพใดๆ ที่กำหนดไว้ในนี้หรือตามข้อจำกัดในขอบเขตที่มากกว่า กำหนดไว้ในอนุสัญญา	✓	✓
สหภาพ ยุโรป	กฎบัตรทางสังคมของยุโรป (The European Social Charter 1961)	กฎบัตรฯ ฉบับนี้จัดตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิ มนุษยชนในด้านสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองเป็นหลักและเพื่อ ขยายขอบเขตของสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้รับการคุ้มครองซึ่งรวมถึงสิทธิทาง สังคมและเศรษฐกิจ กฎบัตรยังรับประกันสิทธิและเสรีภาพ ข้อ 13(2)-14 : สิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือจากความเดือดร้อนทาง การเมืองหรือทางสังคม รวมถึงสิทธิในการได้รับประโยชน์จากบริการ สวัสดิการสังคม ข้อ 16 : ส่งเสริมและคุ้มครองทางเศรษฐกิจ กฎหมายและผลประโยชน์ ทางสังคม	✓	✗

มาตรการ ใน ระดับ ภูมิภาค	เนื้อหา	คุ้มครองสิทธิมนุษยชน	การ คุ้มครอง สิทธิ มนุษยชน จากการ รัฐประหาร	มาตรการใน ระดับภูมิภาค
สหภาพ ยุโรป	หลักการรับรองรัฐบาล “ The 1991 EC Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union”	การรับรองรัฐบาลว่ารัฐบาลใหม่ที่จะได้รับการรับรองรัฐบาลนั้นต้องเป็น รัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งตามวิถีประชาธิปไตยและต้องเคารพหลักนิติ ธรรม (Rule of Law)	✓	✓
อาเซียน (ASEAN)	กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter)	กฎบัตรอาเซียนมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและ เสรีภาพขั้นพื้นฐาน เคารพความสำคัญพื้นฐานของมิตรภาพ และหลักการ แห่งอธิปไตยความเสมอภาค การยึดมั่นในหลักการแห่งประชาธิปไตย รวมถึงการเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ข้อ 1 : เพื่อเสริมสร้างประชาธิปไตย เพิ่มพูนธรรมาภิบาล และหลักนิติ ธรรม ตลอดจนส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้น พื้นฐานโดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกของอาเซียน ข้อ 2 (ก) : การเคารพเอกราช อธิปไตย ความเสมอภาค บุรณภาพแห่งดินแดน และอัตลักษณ์แห่งชาติของรัฐสมาชิกอาเซียนทั้งปวง (ข) การยึดมั่นต่อหลักนิติธรรม ธรรมาภิบาล หลักการประชาธิปไตยและ รัฐบาลตาม รัฐธรรมนูญ (ฅ) การเคารพเสรีภาพพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม (ญ) การยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึง กฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับ (ฎ) การละเว้นจากการมีส่วนร่วมในนโยบายหรือกิจกรรมใดๆ รวมถึงการ ใช้ดินแดนของตน ซึ่งดำเนินการโดยรัฐสมาชิกอาเซียนหรือรัฐที่มีใช้สมาชิก อาเซียนหรือผู้กระทำที่ไม่ใช่รัฐใดๆ ซึ่งคุกคามอธิปไตย บุรณภาพแห่ง ดินแดน หรือเสถียรภาพทางการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐสมาชิกอาเซียน (ฏ) การเคารพในวัฒนธรรม ภาษาและศาสนาที่แตกต่างกันของประชาชน อาเซียน โดยเน้นคุณค่าร่วมกันของประชาชนอาเซียนในจิตวิญญาณของ เอกภาพในความหลากหลาย	✓	✗

มาตรการ ใน ระดับ ภูมิภาค	เนื้อหา	คุ้มครองสิทธิมนุษยชน	การคุ้มครอง สิทธิ มนุษยชน จากการ รัฐประหาร	มาตรการใน ระดับภูมิภาค
อาเซียน (ASEAN)	ปฏิญญาอาเซียนว่า ด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Declaration on Human Rights)	<p>มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของอาเซียนที่จะดำเนินการตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กฎบัตรสหประชาชาติ ปฏิญญาและแผนปฏิบัติการเวียนนา และตราสารว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐสมาชิกอาเซียนเป็นภาคี</p> <p>ข้อ 1-4 : มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคเท่าเทียมกันในศักดิ์ศรีและสิทธิ</p> <p>ข้อ 5 : บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากการกระทำอันละเมิดต่อสิทธิซึ่งตนได้รับจากรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย อย่างมีประสิทธิภาพและมีผลบังคับ อันกำหนดโดยศาลหรือเจ้าหน้าที่/องค์กรรัฐอื่นผู้มีอำนาจ</p> <p>ข้อ 8 : เพื่อตอบสนองความมั่นคงของชาติระเบียบสาธารณะ สาธารณสุข รวมถึงความปลอดภัยสาธารณะ ศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งสวัสดิการทั่วไปของประชาชนในสังคมประชาธิปไตย</p> <p>ข้อ 10-25 : รัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองทั้งหมดในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยรัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน</p> <p>ข้อ 26-34 : รัฐสมาชิกอาเซียนยืนยันสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน</p> <p>ข้อ 38 : ทุกคนและประชาชนของอาเซียนมีสิทธิในสันติภาพ ภายใต้กรอบอาเซียนว่าด้วยความมั่นคงและความมีเสถียรภาพ ความเป็นกลางและเสรีภาพ</p>	✓	✗

การรัฐประหาร

(1) กรณีประเทศชูดาน

ประเทศชูดาน หรือ สาธารณรัฐชูดาน ตั้งอยู่ทางตะวันออกเฉียงเหนือของทวีป ถือเป็นประเทศหนึ่งที่กำลังพัฒนาในด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านสิทธิมนุษยชนนั้นได้ให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนโดยผ่านการให้สัตยาบันรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2011 รวมถึงตราสารที่สำคัญ ได้แก่ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (*International Covenant on Civil and*

Political Rights) และ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Convention on Economic, Social and Cultural Rights) ได้รับการรับรองเมื่อวันที่ 18 มีนาคม ค.ศ. 1986⁶²

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่าเมื่อวันที่ 25 ตุลาคม 2564 ได้มีการกระทำ “รัฐประหาร” ขึ้นโดยนายพล อับดุลฟัตตาห์ อัลบुरुฮาน และกลุ่มผู้สนับสนุน สร้างความโกรธแค้นให้กับประชาชน ทำให้กลุ่มนักเคลื่อนไหวทางการเมืองร่วมกันตัดสินใจลงถนนเพื่อประท้วงการรัฐประหารเพื่อเรียกเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากประชาคมโลก ก่อนจะเกิดการปะทะกันระหว่างทหารและประชาชน⁶³ การกระทำเช่นนี้เพียงเพราะประชาชนต้องการให้ทหารไม่มีบทบาทในรัฐบาลระหว่างการเปลี่ยนผ่านสู่การเลือกตั้งที่เสรี แต่ในขณะที่เจ้าหน้าที่กองกำลังความมั่นคงชุดานไม่ฟังเสียงของประชาชนและยังคงยิงแก๊สน้ำตาเข้าสลายการชุมนุม ทำให้มีผู้ประท้วงนั้นได้รับบาดเจ็บและถูกกองกำลังความมั่นคงยิงเสียชีวิต⁶⁴ และถึงแม้ว่าผู้นำรัฐประหารจะประกาศว่าจะมีการเลือกตั้งปี พ.ศ. 2566 ก็ตาม⁶⁵

(2) กรณีประเทศเมียนมา

ประเทศเมียนมาเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิกสหประชาชาติประเทศแรก ๆ ที่ได้ให้สัตยาบันรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁶⁶ เพื่อส่งเสริมการเคารพและการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมถึงได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอาเซียน ใน พ.ศ. 2540 รับรองในกฎบัตรอาเซียนที่ยึดมั่นด้านหลักการแห่งอธิปไตยความเสมอภาค การยึดมั่นในหลักการแห่งประชาธิปไตย และส่งเสริมสิทธิมนุษยชนด้วยการบัญญัติหลักต่าง ๆ ไว้ในปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Declaration on Human Rights) เพื่อยืนยันถึงสิทธิของประชาชนภายในรัฐ

อย่างไรก็ตาม เมื่อวันที่ 1 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2564 ประเทศเมียนมาได้เกิดการรัฐประหารภายในประเทศขึ้น โดย พลเอกอาวุโสมีน ออง หล่าย และกลุ่มผู้สนับสนุน ซึ่งถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงของประชาชนเมียนมาในด้านสิทธิเสรีภาพทางการเมือง การทำรัฐประหารครั้งนี้ทำให้ประชาชนทั้งหลาย (เช่น นักเคลื่อนไหวประชาธิปไตยทางการเมือง) ได้ถูกจับกุมเพื่อนำไปดำเนินคดีอย่างไม่ชอบธรรม และ/หรือ บางครั้งจะถูกประหารชีวิตอย่างโหดเหี้ยมไร้ความเป็นธรรม (เช่น เหตุการณ์ที่ผู้นำทหารเมียนมาสั่ง (โดยผ่าน

⁶² UN Treaty Body Database, Ratification Status for Sudan.

⁶³ Thai PBS, ‘เกิดอะไรขึ้นที่ชูดานกองทัพก่อรัฐประหาร-ประกาศภาวะฉุกเฉิน’ (Thai PBS, 24 ตุลาคม 2564) <<https://www.thaipbs.or.th/news/content/308996>> สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

⁶⁴ PPTV Online, ‘ชาวชูดาน เดินหน้าลงถนนที่กรุงคาทุม ต่อต้านกองทัพ’ (PPTV Online, 3 ธันวาคม 2564) <<https://bit.ly/3Yor6mr>> สืบค้นวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2566.

⁶⁵ เฟิ่งอ้าง.

⁶⁶ UN News, Global perspective Human stories, ‘Myanmar's human rights record matter of 'grave concern,' says Ban’ (UN News, 4 July 2009) <<https://bit.ly/3Du3KU5>> accessed 1 February 2023.

ศาลทหาร) ประหารชีวิตนักเคลื่อนไหวเรียกร้องประชาธิปไตย 4 คน⁶⁷ โดยถูกรัฐบาลเมียนมากล่าวหาว่ากระทำการ "ก่อการร้าย" ในเดือนมกราคม พ.ศ. 2565 ที่ผ่านมา⁶⁸

ทั้งนี้ ผลที่เกิดขึ้นจากการทำรัฐประหารพลเอกอาวุโสหมิ่น ออง หล่าย และกลุ่มผู้สนับสนุน พบว่า ในระดัภูมิภาคนั้น อาเซียนได้มีการมุ่งยุติวิกฤตเมียนมา⁶⁹ และมีการกดดันทางรัฐบาลทหารเมียนมา โดยเร่งให้ทางรัฐบาลทหารเมียนมาปฏิบัติตามฉันทามติ 5 ข้อ⁷⁰โดยเร็ว แต่ปรากฏว่ารัฐบาลทหารเมียนมาได้เมินเฉยต่อฉันทามติดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าเผด็จการทหารเมียนมาละเลยพันธกรณีในการคุ้มครองพลเรือนและเคารพในหลักการและกฎหมายมนุษยธรรมนานาชาติ⁷¹ อีกทั้งล่าสุดรัฐบาลทหารพม่าเดินทางจับกุมฝ่ายต่อต้านที่แสดงออกทางโซเชียลมีเดีย โดยอ้างว่าเป็นแหล่งของข้อมูลบิดเบือนที่ส่งผลทำลายเสถียรภาพและก่อความรุนแรงและจับกุมอย่างน้อย 200 ราย ถูกส่งตัวไปที่เรือนจำไอโอบของมณฑลทะเลย์ เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2565⁷²

ซึ่งจะเห็นได้ว่า แม้ประเทศเมียนมาได้ให้การรับรองกฎบัตรสหประชาชาติและกฎบัตรอาเซียน อีกทั้งยังได้เข้าร่วมเป็นภาคีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและปฏิญญาอาเซียนที่กำหนดให้รัฐภาคีส่งเสริมการปกครอง

⁶⁷ BBC NEWS, 'รัฐประหารเมียนมา: อดีต ส.ส. + 3 นักเคลื่อนไหวเพื่อประชาธิปไตย ถูกประหารแล้ว' (BBC News ไทย, 25 กรกฎาคม 2565) <<https://www.bbc.com/thai/international-62291572>> สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2566.

⁶⁸ เฟิ่งอ้าง, อย่างไรก็ตาม สหประชาชาติก็ประณามการประหารชีวิตครั้งนี้ว่าเป็นการกระทำที่ "เลวทรามต่ำช้า" ทางด้านสมาคมช่วยเหลือผู้ต้องขังทางการเมือง (The Assistance Association for Political Prisoners: AAPP) ซึ่งเก็บรวบรวมสถิติจำนวนผู้เสียชีวิต ถูกจำคุก หรือควบคุมตัวโดยทหาร ระบุว่า มีผู้ถูกจับกุม 14,847 คน นับตั้งแต่เกิดรัฐประหาร และมีผู้เสียชีวิตจากกองกำลังทหารประมาณ 2,114 คน.

⁶⁹ Matichon Online, 'อาเซียนจี้รัฐบาลทหาร เร่งปฏิบัติตามฉันทามติ 5 ข้อ เพื่อมุ่งยุติวิกฤตเมียนมา' (มติชนออนไลน์, 4 กุมภาพันธ์ 2566) <https://www.matichon.co.th/foreign/news_3806539> สืบค้นวันที่ 5 กุมภาพันธ์ 2566.

⁷⁰ ฉันทามติ 5 ข้อ ดังนี้

1. จะต้องยุติความรุนแรงในเมียนมาโดยทันที และทุกฝ่ายจะต้องใช้ความยับยั้งชั่งใจอย่างเต็มที่
2. การเจรจาที่สร้างสรรค์ระหว่างทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะเริ่มต้นขึ้น เพื่อหาทางออกอย่างสันติเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน
3. ทูตพิเศษของประธานอาเซียนจะอำนวยความสะดวกเป็นสื่อกลางของกระบวนการเจรจาด้วยความช่วยเหลือของเลขาธิการอาเซียน
4. อาเซียนจะให้ความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมผ่านทางศูนย์ประสานงานอาเซียนเพื่อความช่วยเหลือด้านมนุษยธรรมด้านการจัดการภัยพิบัติ (AHA)
5. ทูตและคณะผู้แทนพิเศษจะเดินทางไปเยือนเมียนมาเพื่อพบกับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

⁷¹ ประชาไท, 'กองทัพพม่าที่ระเบิดใส่คอนเสิร์ต-ปิดกั้นพื้นที่เกิดเหตุในรัฐคะฉิ่น' (ประชาไท, 27 ตุลาคม 2565) <<https://prachatai.com/journal/2022/10/101149>> สืบค้นวันที่ 27 ตุลาคม 2565.

⁷² ประชาไท, 'รัฐบาลทหารพม่าพยายามแบน 'เฟซบุ๊ก-ยูทูบ' สร้างโซเชียลมีเดียใช้เอง' (ประชาไท, 8 เมษายน 2566) <<https://prachatai.com/journal/2023/04/103572>> สืบค้นวันที่ 11 เมษายน 2566.

ในระบอบประชาธิปไตยและเคารพในสิทธิมนุษยชนก็ตาม แต่ก็พบว่าพลเอกอาวุโส มิน อ่อง หล่าย และกลุ่มผู้สนับสนุนภายในประเทศเมียนมาร์ยังคงใช้อำนาจกระทำการละเมิดสิทธิมนุษยชนในด้านสิทธิเสรีภาพทางการเมืองอย่างร้ายแรงต่อประชาชนโดยไม่มีท่าทีที่จะสิ้นสุดลงแต่อย่างใดในอนาคตอันใกล้

(3) กรณีประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นอีกหนึ่งประเทศที่ได้ให้สัตยาบันรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน⁷³ และเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกอาเซียนเพื่อรับรองในกฎบัตรอาเซียนที่ยึดมั่นต่อหลักการประชาธิปไตยภายใต้ปฏิญญาอาเซียนว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ASEAN Declaration on Human Rights) เพื่อยืนยันถึงสิทธิของประชาชนภายในรัฐ

ทั้งนี้ พบว่า ประเทศไทยเกิดการยึดอำนาจผ่านการทำรัฐประหารที่ประสบความสำเร็จมาแล้วจำนวน 13 ครั้ง โดยครั้งล่าสุดนั้นคือเมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา ผู้นำการรัฐประหารครั้งนี้ได้ทำการยึดอำนาจจากรัฐบาลรักษาการของ นายนิวัฒน์ธำรง บุญทรงไพศาล ที่ปฏิบัติหน้าที่แทนนายกรัฐมนตรี ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ซึ่งในขณะนั้นประเทศไทยถูกปิดตาดปิดปากไม่สามารถแสดงความคิดเห็นทางการเมืองได้อย่างเสรีจนนำไปสู่ระบอบเผด็จการทหารเป็นเวลานานหลายปี และส่งผลกระทบต่อประเทศในหลากหลายด้าน เช่น ทางด้านเศรษฐกิจ ด้านการเมือง⁷⁴ เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อประชาชนภายในประเทศอย่างร้ายแรง

อย่างไรก็ตาม จากตัวอย่างทั้งสามประเทศข้างต้น จะเห็นได้ว่าแม้สังคมโลกทั้งในระดับสากลและระดับภูมิภาคมีเพียงหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอยู่ก็ตาม แต่การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นเพียงหลักขั้นพื้นฐานอื่น ๆ ทั่วไปที่ยังไม่ได้มีการคุ้มครองจากกรณีการกระทำรัฐประหารแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้สังคมโลกไม่สามารถจัดการและหาทางออกได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันเนื่องมาจากการรัฐประหาร ดังนั้น เห็นควรที่จะมีการพิจารณาเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนครอบคลุมถึงการคุ้มครองเมื่อเกิดการกระทำรัฐประหารด้วย เช่น การดำเนินการตามแนวทางหลักการรับรองรัฐบาลของทางสหภาพยุโรปที่กำหนดว่า รัฐบาลจะได้รับการรับรองมาจากการเลือกตั้งตามวิถีประชาธิปไตยและต้องเคารพหลักนิติธรรม (Rule of Law) เคารพกฎบัตรสหประชาชาติ และสิทธิมนุษยชน⁷⁵ แต่การรัฐประหารนั้นถือเป็นการยึดอำนาจจากรัฐบาลที่มาจากประชาธิปไตยและสร้างสถานการณ์เลือกตั้ง

⁷³ UN News, Global perspective Human stories (เชิงอรรถ 66).

⁷⁴ วลี นวลหอม, พชรพล แซ่อึ้ง, ศรีณัญพจน์ สวยอารมณ, สมเจตน์ อนุสาร และเอก จันทราชา, จากเหตุการณ์รัฐประหาร 2557 อันนำไปสู่เผด็จการอำนาจนิยมที่ส่งผลกระทบต่อสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองไทย (มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม 2563) 6-11.

⁷⁵ จันตรี สิ้นสุฤกษ์, กฎหมายระหว่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักพิมพ์นิติธรรม 2560) 74-75.

จอมปลอมเพื่อให้ตนได้เป็นรัฐบาลมาอย่างไม่ชอบธรรม ดังนั้นจึงไม่ควรเป็นรัฐที่ได้รับการรับรองรัฐบาลจากประเทศต่าง ๆ ที่จะได้รับความชอบธรรมแต่เป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนประชาชนภายในประเทศอย่างร้ายแรง

6. สรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 สรุป

นับตั้งแต่อดีตโดยสำนักสโตอิก (*Stoicism*) ที่เชื่อในเรื่องลัทธิสากลนิยม (*Cosmopolitanism*) ซึ่งได้อธิบายถึง ศักดิ์ศรีและความเสมอภาคเท่าเทียมกันของมนุษย์ทั้งหลาย จนกระทั่ง เกิดเหตุการณ์ลงนามในมหากฎบัตรแมกนาคาต้า (*Magna Carta*) ถือได้ว่าเป็นจุดเริ่มต้นของพัฒนาการทางด้านสิทธิมนุษยชนประชาธิปไตย และพลเมืองทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย เพื่อยืนยันถึงสิทธิขั้นพื้นฐานอันมีหลักการว่าไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมาย แม้แต่ตัวกษัตริย์เองก็ตาม ซึ่งการเกิดขึ้นของกฎบัตรแมกนาคาตานี้ถือได้ว่าเป็นต้นแบบของเอกสาร สำคัญเกี่ยวกับประชาธิปไตยและสิทธิมนุษยชนหลายฉบับ (เช่น *รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน*) ทำให้สิทธิมนุษยชนนั้นมีการพัฒนาอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะด้านสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ (*หลักความเสมอภาค หลักความมีศักดิ์ศรีเท่าเทียมกันของมนุษย์ หลักความมีมนุษยธรรม*) เช่น เหตุการณ์การปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 อันมี เอกสารสำคัญคือคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง (*ฝรั่งเศส*) ที่ถือเป็นต้นแบบของการรับรองสิทธิมนุษยชนที่มีอิทธิพลในการรับรองสิทธิเสรีภาพของประเทศต่าง ๆ ในสังคมโลก

ทั้งนี้ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 การพัฒนากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศได้เริ่มขึ้นอย่างเป็นระบบ และเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้น โดยมีการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1945 ซึ่งมีบทบาทสำคัญยิ่งในการพัฒนาหลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในฐานะหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการยอมรับโดยทั่วไป ดังได้ปรากฏในกฎบัตรสหประชาชาติ (*The Charter of the United Nations*) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (*Universal Declaration of Human Rights*) รวมทั้ง ตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่นๆ ที่ถือเป็น สนธิสัญญาหลักด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (*Core international human rights treaties*) ภายใต้อหประชาชาติอีก 9 ฉบับที่ให้การคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชนทั้งในระดับสากลและในระดับภูมิภาค

ปัจจุบันสิทธิมนุษยชนมีความสำคัญเป็นอย่างมากต่อสังคมโลก ถึงแม้ว่าประชาคมโลกได้สร้างกฎหมายสากลขึ้นมารองรับสิทธิมนุษยชน เพื่อคุ้มครองและป้องกันมิให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนขึ้น แต่จากการศึกษาพบว่าปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนก็ยังคงเกิดขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำรัฐประหาร (*The Coup d'état*) ซึ่งจากการศึกษาวิจัยพบว่า การกระทำรัฐประหารยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องในโลกนี้ และถือเป็นการละเมิด

สิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง เช่น เป็นการละเมิดสิทธิเสรีภาพและสิทธิทางการเมืองที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานอย่างไม่ชอบธรรมต่อประชาชนภายในประเทศผ่านการยึดอำนาจและใช้อำนาจของคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มคนผู้ทำการรัฐประหาร และ/หรือ ผู้ที่ให้การสนับสนุนการทำการรัฐประหารนั้น และการกระทำรัฐประหารถือได้ว่าเป็นวงจรวาทวิ (ชั่วร้าย) ที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนานและไม่มีท่าทีว่าจะสิ้นสุดลงแต่อย่างใดในอนาคตอันใกล้

6.2 ข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนได้เห็นถึงปัญหาอันใหญ่หลวงเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนอันเนื่องมาจากการทำการรัฐประหาร เนื่องจากปัจจุบันทุกครั้งเมื่อเกิดการรัฐประหารจะส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ของประชาชนเป็นอย่างมาก และมักตามมาด้วยความรุนแรงโดยการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมต่อประชาชนภายในรัฐ ดังตัวอย่างเหตุการณ์การรัฐประหารที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งปัญหาดังที่กล่าวมานี้สังคมโลกยังไม่สามารถค้นหาแนวทางในการแก้ไขได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนะว่าสังคมโลก (โดยเฉพาะรัฐภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ) ควรหาแนวทางและมาตรการอย่างมีประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลร่วมกันในการป้องกันและแก้ไขมิให้เกิดการกระทำรัฐประหารขึ้น เช่น

(1) กำหนดให้รัฐบาลใหม่ที่จะได้รับการรับรองรัฐบาลนั้นต้องเป็นรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งตามวิถีประชาธิปไตยและต้องเคารพหลักนิติธรรม (Rule of Law) เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและป้องกันมิให้เกิดการกระทำรัฐประหารที่ร้ายแรงขึ้น ซึ่งในปัจจุบันประชาคมยุโรปได้กำหนดแนวปฏิบัติว่าด้วยการรับรองรัฐบาลใหม่ชื่อว่า The 1991 EC Guidelines on the Recognition of New States in Eastern Europe and the Soviet Union เพื่อนำมาปรับใช้กับรัฐบาลใหม่ที่เกิดขึ้นนั้นต้องเป็นประชาธิปไตยอย่างแท้จริง และ

(2) เมื่อมาตรการในทางระดับสากลไม่ได้มีการบัญญัติหรือกล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนจากการกระทำรัฐประหารจึงเห็นควรพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมให้ “การกระทำรัฐประหารและ/หรือการสนับสนุนการกระทำรัฐประหารนั้นถือเป็นการละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรง” ลงในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง ประกอบด้วย 1) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง 2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม 3) อนุสัญญาว่าด้วยการต่อต้านการทรมานและการกระทำอื่น ๆ ที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี และ 4) อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ เป็นต้น

บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายฝรั่งเศส : แนวคำพิพากษา
บรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอน
หรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine)*

The Unwritten Sources of Administrative Law in French Legal System:
Jurisprudence and Doctrine

อภิญญา แก้วกำเหนิด**

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

Apinya Kaewkamnerd

Office of Research and Academics, Administrative Court Office

วันที่รับบทความ 9 เมษายน 2566; วันแก้ไขบทความ 10 ตุลาคม 2566; วันที่ตอบรับบทความ 20 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ประเภท ได้แก่ แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) จากการศึกษาประสบการณ์กฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการสร้าง การค้นหาและการปรับใช้ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) โดยส่วนที่หนึ่งศึกษาบ่อเกิดของกฎหมายจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล เพื่อทราบถึงอำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของศาล ส่วนที่สองศึกษาวิธีการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายทั่วไป รวมทั้งเทคนิคและผลทางกฎหมายที่ศาลตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี และส่วนที่สามศึกษาหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ 3 ประเภท คือ หลักกฎหมายของนักวิชาการ (La doctrine universitaire) หลักกฎหมายจากคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) และหลักกฎหมายของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative)

คำสำคัญ: บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไป แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล

* ดร., สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ที่อยู่: เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210

E-mail: apinya.kaewkamnerd@gmail.com

Abstract

The purpose of this article is to present an introduction to two types of unwritten sources of French administrative law, Jurisprudence and Doctrine, from the study of french jurisprudence expériences in creating, finding and applying the general principles of the administrative law. The first part studies laws originating from the jurisprudence of the courts to understand the judicial power in creating laws. The second part studies how courts establish legal principles, including techniques and consequences of the court's interpretation and application of written law to the case. The third section examines the legal principles arising from three types of academic teachings or explanations: the legal principles of scholars (La doctrine universitaire); legal principles from academic explanation of courts (La doctrine jurisprudentielle), and administrative legal principles (La doctrine administrative).

Keywords: unwritten source of administrative law, general legal principle, jurisprudence

บทนำ

(1) บ่อเกิดของกฎหมายในความสัมพันธ์กับหลักนิติรัฐ (The rule of law – L'Etat de droit) และหลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité)

การศึกษาเกี่ยวกับบ่อเกิดหรือที่มาของกฎหมาย (La source du droit) ที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเฉพาะบ่อเกิดของกฎหมายที่มาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) มีความเชื่อมโยงสัมพันธ์กับหลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ ซึ่งประเทศที่ยึดหลักการปกครองโดยกฎหมาย (The rule of law – L'Etat de droit) ย่อมจะต้องยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมาย โดยรัฐและองค์กรของรัฐไม่อาจใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ตามอำเภอใจ กล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐเป็นหลักการที่ว่าด้วยการใช้อำนาจรัฐและการจำกัดอำนาจรัฐ โดยในนิติรัฐจะให้ความสำคัญกับแนวคิดเรื่องปัจเจกชนและการรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนซึ่งถือเป็นวัตถุประสงค์ของนิติรัฐและเป็นแนวคิดพื้นฐานของการปกครองระบอบประชาธิปไตย การทำให้หลักนิติรัฐเป็นจริงในทางปฏิบัติ จึงต้องมีการเคารพต่อหลักการสำคัญ 4 ประการ ได้แก่ *ประการที่หนึ่ง* หลักการแบ่งแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs) เพื่อให้มีการถ่วงดุลการใช้อำนาจ *ประการที่สอง* หลักการว่าด้วยการกระทำของรัฐทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร (รวมทั้งฝ่ายปกครอง) และฝ่ายตุลาการต้องชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) *ประการที่สาม* หลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes) และหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (La suprématie de la constitution) *ประการที่สี่* หลักการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ (Le contrôle juridictionnel) หลักการทั้ง 4 ประการดังกล่าว โดยเฉพาะในประการที่ 4 เกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาบทบาทของตุลาการในการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Le pouvoir normatif du juge) นั่นคือ การสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาล

ดังนั้น ประเทศที่ยึดหลักการประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐในการปกครองประเทศ การมีองค์กรตุลาการที่ทรงประสิทธิภาพทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีประเภทต่าง ๆ ย่อมเป็นหลักประกันที่ดีที่สุดในการยุติปัญหาข้อพิพาททั้งหลาย และเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน โดยศาลจะรักษาดุลยภาพในการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน องค์กรตุลาการจะทำหน้าที่พิทักษ์และทำให้หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) ของการกระทำของรัฐมีผลในทางปฏิบัติด้วยเหตุนี้ การที่ศาลได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปจากการพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) ซึ่งมีสถานะเป็นกฎเกณฑ์จากการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายที่ไม่ใช่บทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงเป็นส่วนสำคัญอันจะทำให้การปกครองโดยกฎหมายซึ่งมีความหมายและหัวใจของหลักนิติรัฐบรรลุผล

นอกจากนี้ ในประเทศที่มีการปกครองรูปแบบเสรีประชาธิปไตย สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นสิ่งสำคัญที่รัฐต้องรับรองและคุ้มครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเสรีภาพในทางวิชาการ นอกจากนี้รัฐจะไม่ปิดกั้นเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นแล้ว รัฐยังควรจะต้องมีการส่งเสริมเสรีภาพในทางวิชาการ โดยเฉพาะสนับสนุนการศึกษาวิเคราะห์และแสดงความคิดเห็นทางวิชาการเกี่ยวกับคำพิพากษาของศาล เพื่อให้มีการต่อยอดและสร้างความงอกเงยในองค์ความรู้ พัฒนาข้อความคิดทางกฎหมายที่จะพัฒนาต่อไปกลายเป็นหลักกฎหมายที่เป็นกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายที่เกิดจากนักวิชาการ (La doctrine universitaire) และหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาขึ้นโดยฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) ดังเช่นหลักกฎหมายปกครองที่พัฒนาขึ้นจากคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทยซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการพัฒนากฎหมายและให้ความเห็นทางกฎหมายแก่รัฐบาล รวมทั้งส่งเสริมและพัฒนาบทบาทของศาลตลอดจนบุคลากรของศาลในด้านวิชาการ ซึ่งในยุคศตวรรษที่ 21 นี้ องค์การตุลาการมีบทบาทสำคัญมากยิ่งขึ้นในการเข้าไปมีส่วนแก้ปัญหาด้านการเมืองการปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนยุติความขัดแย้งต่าง ๆ ผู้พิพากษาตุลาการจึงยังมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) ไม่ยิ่งหย่อนไปกว่านักวิชาการในมหาวิทยาลัย

(2) *ข้อความคิดเกี่ยวกับการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Les règles de droit) ของระบบกฎหมาย Common Law และระบบกฎหมาย Civil Law¹*

รูปแบบของระบบกฎหมายที่แต่ละประเทศยึดถือเป็นแบบแผนมีผลต่อการสร้างและการพัฒนาระบบกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Les règles de droit) ว่ามีกี่ประเภท อะไรบ้างที่เป็นกฎหมาย และมีค่าบังคับหรือมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ซึ่งในประเด็นนี้จะเกี่ยวข้องกับการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมือง โดยเฉพาะบทบาทและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการ ในประเทศอังกฤษซึ่งยึดถือระบบกฎหมายแบบ Common Law ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองแบบดั้งเดิมจะมีลักษณะเป็นระบบความสัมพันธ์แบบสองขั้ว (La dualité) คือ มี Common Law ควบคู่ไปกับกฎหมายของรัฐสภา ก่อนที่อังกฤษจะพัฒนามาสู่ความสัมพันธ์แบบขั้วเดียว (Moniste)

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองแบบสองขั้ว คือ Common Law เป็นกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลที่วางหลักไว้เป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งจะใช้บังคับกับทุกคน รวมทั้งรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย ส่วนรัฐสภาอังกฤษนั้น ถือว่าเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดของรัฐ (Le souverain) ที่จะออกกฎหมายบังคับใช้ภายในรัฐ รวมทั้งการที่รัฐสภาจะนำหลักกฎหมาย Common law ที่เกิดจากคำพิพากษาของศาลมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย กรณีเช่นว่านี้ Common law จึงไม่มีผลบังคับ

¹ Philippe Raynaud, “La justice constitutionnelle: une approche philosophique” in Constance GREWE, Olivier Jouanjan, Eric Maukin, Patrick Wachsmann (sous la direction de), *La notion de la justice constitutionnelle* (Edition Dalloz 2005) 3-11.

ต่อรัฐสภา รูปแบบความสัมพันธ์แบบสองชั้นนี้ เป็นประเพณีการเมืองการปกครองอันเก่าแก่ที่สุดซึ่งมีมาแต่โบราณของประเทศอังกฤษ ที่ถือว่ารัฐสภาเป็นกระบวนการยุติธรรมสูงสุด (La juridiction suprême) คล้ายคลึงกับระบบนิติบัญญัติและระบบตุลาการที่ใช้ในยุโรปยุคโบราณ (L'Europe médiévale) ที่อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการไม่แยกขาดจากกัน อย่างไรก็ตาม เมื่ออังกฤษพัฒนาเข้าสู่รัฐสมัยใหม่ (l'Etat moderne) ปัญหาใหม่ที่เกิดขึ้น คือ นักกฎหมายสายอนุรักษนิยมยืนยันความสำคัญของ Common law และพยายามสร้างความเข้มแข็งแก่ระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ นำมาสู่ระบบความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองในรูปแบบอำนาจเดี่ยว (Moniste) ของหลักกฎหมายพื้นฐานที่เกิดขึ้นจากกฎหมายประเพณีและคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล ที่เรียกว่า ระบบ Judge made law ข้อความคิดที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับการเมืองดังกล่าวนี้เป็นจุดกำเนิดของปรัชญากฎหมายของระบบ Common Law ที่กำเนิดขึ้นในประเทศอังกฤษและแพร่หลายไปในกลุ่มประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา โดยนักปรัชญากฎหมายคนสำคัญ คือ Edward Coke ซึ่งมีแนวคิดที่สนับสนุนความสำคัญและบทบาทของศาลในการตีความกฎหมาย²

จากที่กล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าระบบ Common Law ไม่มีการแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน หลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นและบทบัญญัติกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นใช้บังคับอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันกับทั้งปัจเจกชนและรัฐ ด้วยอิทธิพลความคิดของนักกฎหมายคนสำคัญคือ Dicey

ในขณะที่ระบบกฎหมาย Civil Law เป็นระบบที่ได้รับอิทธิพลของกฎหมายโรมัน ที่ให้ความสำคัญกับการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไป นับตั้งแต่ประมวลกฎหมายสมัยพระเจ้าจัสติเนียน มาจนถึงประมวลกฎหมายสมัยจักรพรรดิโนโปเลียนแห่งฝรั่งเศส ประกอบกับในเวลาต่อมาหลังการปฏิวัติมาสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย เกิดหลักการว่าด้วยอำนาจสูงสุดอยู่ที่รัฐสภา (La suprématie de parlement) ความสำคัญของการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจึงอยู่ที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และในระบบกฎหมาย Civil Law จะมีการแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน เนื่องจากกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน มีความแตกต่างกับนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน ทั้งในเนื้อหาสาระและนิติวิธี อันนำมาสู่การแยกองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่แตกต่างกัน โดยข้อพิพาทในทางกฎหมายเอกชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลยุติธรรม และข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนจะได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยศาลปกครองหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแล้วแต่ประเภทคดี

อย่างไรก็ดี หากศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์และปรัชญากฎหมายมหาชนของกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law จะพบว่ากฎหมายมหาชนของประเทศในระบบกฎหมาย Civil Law จะมีการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายในลักษณะและทิศทางเดียวกับประเทศที่ใช้ระบบ Common Law กล่าวคือ

² ibid.

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง รวมทั้งศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันลั้วนมีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปจากการพิพากษาวางแนวเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศส³ ก่อนปี ค.ศ. 1789 ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ยึดถือหลักอำนาจอธิปไตยเป็นของกษัตริย์ (La souveraineté du roi) ซึ่งรวมถึงอำนาจตุลาการด้วย ศาล (ยุติธรรม) เป็นองค์กรผู้ทรงอำนาจเฉพาะในการปรับใช้กฎหมายแก่กรณีเฉพาะเรื่องที่เกิดขึ้นและมีการฟ้องร้องเป็นคดี ต่อมาภายหลังการปฏิวัติเปลี่ยนแปลงการปกครอง เมื่อปี ค.ศ. 1789 ในนามของหลักแบ่งแยกอำนาจ (La séparation des pouvoirs) ซึ่งเป็นมรดกมาตั้งแต่สมัยปฏิวัติ ที่ห้ามศาล (ยุติธรรม) เข้าม่าก้าวก่ายการดำเนินกิจกรรมที่เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ศาลยุติธรรมจึงไม่เข้ามาวินิจฉัยข้อพิพาทเกี่ยวกับกิจกรรมทางการเมืองและการบริหารราชการแผ่นดิน

ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นคำตอบต่อคำถามที่ว่า เหตุใดประเทศฝรั่งเศสจึงคิดค้นกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (La justice administrative) ขึ้นมา เหตุผลหลักก็เพื่อห้ามมิให้ศาลยุติธรรมเข้ามายุ่งเกี่ยวกับคดีที่มีลักษณะทางการเมืองการปกครองและการบริหารราชการแผ่นดิน (Un contentieux de nature politique) และก่อนปี ค.ศ. 1872 สภาแห่งรัฐที่สร้างขึ้นมายังไม่ได้เป็นศาลปกครองสูงสุดที่เป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีอำนาจสมบูรณ์ หากแต่เป็นเพียงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่ขึ้นตรงต่อประมุขของรัฐ มีกลไกคือคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐต้องผ่านความเห็นชอบของประมุขของรัฐที่เรียกว่า กระบวนการยุติธรรมแบบสงวนอำนาจชี้ขาด (Une justice retenue) ศาลปกครองในระยะเริ่มแรกจึงเป็นตุลาการเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ (Le juge des intérêts de l'Etat) ในห้วงเวลานี้เองที่เปิดโอกาสให้ตุลาการของสภาแห่งรัฐได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปขึ้นมาเพื่อปรับใช้กับคดีพิพาททางปกครอง⁴ ซึ่งก็เป็นไปในลักษณะเดียวกับการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ซึ่งใช้ชื่อเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส” ซึ่งในระยะก่อตั้งขึ้นมาเป็นเพียงองค์กรผู้ช่วยของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ด้วยบทบาทคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้ทำหน้าที่เป็นองค์กรตุลาการในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นจำนวนมาก และหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญสร้างขึ้นมานี้ ถือเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไปอันเป็นพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (La base constitutionnelle du droit administratif) ที่ศาลปกครองจะนำมาใช้เป็นกรอบในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง⁵ (Bloc de légalité) ด้วย

³ Grégoire BIGOT, ‘สภาแห่งรัฐกับคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับการเมือง (Le Conseil d’Etat connaît-il du contentieux politique ?)’ อภิญา แก้วกำเหนิด ผู้แปลและเรียบเรียง (2563) 20 วารสารวิชาการศาลปกครอง 116, 116-145.

⁴ ibid.

⁵ Benoît PLESSIX, *Droit administratif général*, 53-87; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (2018) 43-53.

การสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของศาลปกครองฝรั่งเศสได้ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องเป็นเวลายาวนาน ประกอบกับเมื่อเข้าสู่ช่วงปลายศตวรรษที่ 20 กฎหมายมหาชนเปลี่ยนแปลงหลักการจากที่เป็นศาสตร์แห่งอำนาจ (La science du pouvoir) ซึ่งอธิบายความชอบธรรมของเอกสิทธิ์ของอำนาจบริหาร (Le légitime des prérogatives du pouvoir exécutif) มาสู่กฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน (Le droit administratif est un droit des libertés) จึงเป็นการให้คุณค่าและความสำคัญแก่บทบาทของศาลหรือองค์กรตุลาการ (La survalorisation du rôle des juges) ในการพัฒนาและสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน⁶

(3) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (La règle de droit) : กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques écrites) และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques non écrites)

ระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย อาจจำแนกออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร⁷ (Les normes juridiques écrites) ได้แก่ รัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติและบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีค่าบังคับในลำดับเดียวกัน กฎหมายลำดับรอง สนธิสัญญาระหว่างประเทศที่นำมาใช้บังคับในประเทศ และคำสั่งเฉพาะราย และ (2) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Les normes juridiques non écrites) ได้แก่ ธรรมเนียมประเพณีปฏิบัติ (La coutume) แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ซึ่งจะพัฒนาเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) โดยองค์กรตุลาการ โดยเฉพาะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันและศาลปกครอง รวมทั้งศาลฎีกา เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไป

ตามแนวความคิดของ Hans Kelsen⁸ กฎหมาย คือ ระบบแห่งกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายภายในรัฐ ซึ่งมีโครงสร้างเป็นพีระมิตแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Pyramide des normes) และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแต่ละประเภทมีศักดิ์ไม่เท่ากัน เกิดหลักการว่าด้วยลำดับชั้นของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (La hiérarchie des normes) อันนำมาสู่หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ (La suprématie de la constitution) โดยระบบพีระมิตของกฎหมายนี้มีรัฐธรรมนูญอยู่ในลำดับสูงสุด และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลำดับที่ต่ำกว่าต้องเคารพกฎเกณฑ์ที่สูงกว่า⁹ Hans Kelsen อธิบายว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สร้างขึ้นมานั้น

⁶ Grégoire BIGOT (n 3).

⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5).

⁸ นักกฎหมายในสายสำนักกฎหมายบ้านเมือง แห่งสำนักกฎหมายกรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ผู้เขียนตำราสำคัญ ๆ ได้แก่ ทฤษฎีกฎหมายบริสุทธิ์ (Théorie pure du droit) และ ทฤษฎีทั่วไปว่าด้วยกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Théorie générale des normes)

⁹ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz (1963) 299-308.

เป็นทั้งการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่สูงกว่า และขณะเดียวกันก็เป็นการสร้างกฎหมายที่ใช้บังคับและอยู่ในลำดับที่ต่ำกว่า¹⁰ เกี่ยวกับเรื่องลำดับศักดิ์ของกฎหมายนี้มีประเด็นที่ต้องพิจารณาเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างและพัฒนาโดยศาลปกครองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญอาจมีลำดับศักดิ์เทียบได้กับรัฐธรรมนูญ หรือมีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติได้ ในขณะที่หลักกฎหมายทั่วไปที่พัฒนาโดยศาลปกครองก็จะมีลำดับศักดิ์ในระดับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อมูลอันเป็นความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 2 ประเภท ได้แก่ แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (La jurisprudence) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ซึ่งบทความนี้จะจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยจากการศึกษาประสบการณ์กฎหมายฝรั่งเศสเกี่ยวกับการสร้าง การค้นหา และการปรับใช้ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ โดยแบ่งหัวข้อศึกษาเป็น 3 ส่วน ดังนี้ **ส่วนที่หนึ่ง** บ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) ซึ่งจะได้ศึกษา 1.1 อำนาจของศาลในการสร้างกฎหมาย (Le pouvoir normatif du juge) 1.2 กำเนิดทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) โดยศาลปกครอง 1.3 ความหลากหลายในที่มาและเนื้อหาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป 1.4 ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายฝรั่งเศส ทั้งที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป และหลังจากได้ทราบที่มาและลักษณะของหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ใน**ส่วนที่สอง**จะได้ศึกษาวิธีการที่ศาลสร้างหลักกฎหมายทั่วไป นั่นคือ การตีความกฎหมายของศาล (L'interprétation des normes par les juges) ซึ่งจะได้พิจารณาเทคนิคและผลทางกฎหมาย ดังนี้ 2.1 ศาลใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี 2.2 ศาลทำหน้าที่สร้างบรรทัดฐานในคำพิพากษา 2.3 ศาลใช้อำนาจในทางตุลาการ 2.4 คุณลักษณะของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล 2.5 ความชอบธรรมตามกฎหมายของกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา 2.6 การมีผลบังคับของคำพิพากษาของศาล และ**ส่วนที่สาม**จะได้ศึกษาถึงหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ที่มีการจัดแบ่งประเภทเป็น 3 ประเภท คือ 3.1 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของนักวิชาการ (La doctrine universitaire) 3.2 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำอธิบายทางวิชาการของศาล (La doctrine jurisprudentielle) และ 3.3 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำอธิบายทางวิชาการของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) ดังรายละเอียดต่อไปนี้

¹⁰ ibid 314.

1. บ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล¹¹ (La jurisprudence)

บรรดาบ่อเกิดที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งหลาย (Les sources non écrites) ของกฎหมายปกครองนั้น นอกจากธรรมเนียมประเพณี (La coutume) และหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) แล้ว แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) ซึ่งศาลได้สร้างและพัฒนาจนเกิดเป็นหลักกฎหมายทั่วไป (Les principes généraux du droit) ถือว่าเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร¹² และสมควรกล่าวด้วยว่าในทางกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครองและกฎหมายรัฐธรรมนูญ ประเพณีกฎหมาย คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ และแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง แนวคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกัน ในฐานะที่เป็นที่มาหรือบ่อเกิดของกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองในปัจจุบันนี้ยังคงถือว่าเป็นพื้นฐานสำคัญ แม้ว่าความสำคัญของกฎหมายปกครองที่เป็นลายลักษณ์อักษรในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายจะเพิ่มมากขึ้นเป็นทวีคูณก็ตาม จึงจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงคุณลักษณะที่ขาดมิได้ของอำนาจของศาลในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย (Les caractéristiques du pouvoir normatif du juge) เพื่อนำมาสู่การพิจารณาการใช้อำนาจตีความกฎหมายของศาล รวมทั้งการพิจารณาดำเนินการของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล (Des règles jurisprudentielles) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งตำแหน่งแห่งที่หรือลำดับศักดิ์ของหลักกฎหมายทั่วไป (Des principes généraux du droit) ในพีระมิตหรือลำดับชั้นของกฎหมาย (La hiérarchie des normes)

1.1 อำนาจของศาลในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย¹³ (Le pouvoir normatif du juge)

โดยหลักแล้ว ไม่ว่าจะเป็ตุลาการศาลปกครอง หรือผู้พิพากษาศาลยุติธรรม ก็ไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะสร้างกฎหมายขึ้นใช้บังคับแก่บุคคลทั่วไป กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศมิได้ให้อำนาจนิติบัญญัติแก่องค์กรตุลาการ บทบาทของตุลาการมีขอบเขตจำกัดอยู่ที่การพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเฉพาะเรื่องที่ถูกฟ้องเป็นคดีต่อศาลเท่านั้น และคำวินิจฉัยของศาลก็มีผลบังคับเป็นกรณีเฉพาะรายเท่านั้น มิได้มีผลบังคับเป็นการทั่วไป¹⁴ อย่างไรก็ดี ในการกระทำทางตุลาการ (L'acte juridictionnel) ยอมรับถึงหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นด้วย ซึ่งในการพิจารณาคดีความต่าง ๆ ศาลได้แสดงถึงการผสมผสานเจตจำนงที่ขัดแย้งและตรงกันข้ามของคู่กรณีที่มีต่อ

¹¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82-88 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (2007) 92-99.

¹² Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82 ; Benoît PLESSIX (n 5) 17-18.

¹³ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82-84.

¹⁴ *ibid* 82.

หลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งหลายทั้งปวง ศาลจะอุปนัยว่าการผลานเจตจำนงดังกล่าวว่าชอบด้วยกฎหมายแล้ว¹⁵ และในทางกฎหมายปกครอง จะปรากฏขึ้นเสมอว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อที่ตุลาการจะนำมาปรับใช้แก้คดีพิพาท ซึ่งกรณีเช่นนี้ศาลไม่อาจจะกล่าวอ้างความไม่มีอยู่ของกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือความคลุมเครือไม่ชัดเจนของบทกฎหมายเพื่อเป็นข้ออ้างปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีได้¹⁶ ซึ่งก็เป็นหลักที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส ที่ห้ามมิให้ศาลปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างความไม่มีอยู่หรือความไม่ชัดเจนของบทกฎหมาย¹⁷ เช่นเดียวกับมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย ที่บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทกฎหมายที่จะยกมาปรับแก้คดีได้ ให้วินิจฉัยคดีนั้นตามจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น ถ้าไม่มีจารีตประเพณีเช่นว่านั้น ให้วินิจฉัยคดีอาศัยเทียบบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง และถ้าบทกฎหมายเช่นนั้นไม่มีด้วย ให้วินิจฉัยตามหลักกฎหมายทั่วไป” และโดยที่หลักกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องของการใช้การตีความกฎหมายและการอุดช่องว่างแห่งกฎหมาย ซึ่งเป็นเพียงวิธีการหรือกระบวนการขั้นตอนในทางนิติวิธี บทบัญญัติมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงในแดนของกฎหมายเอกชนเท่านั้น หากแต่สามารถนำมาใช้ในกฎหมายมหาชนด้วยเช่นกัน¹⁸ แต่อย่างไรก็ดี สำหรับกฎหมายปกครองฝรั่งเศส จารีตประเพณี (La coutume) มีบทบาทค่อนข้างน้อยในการนำมาใช้อุดช่องว่างของกฎหมาย¹⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาด้านกฎหมายมหาชนของไทย หลักการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยอาศัยจารีตประเพณี ได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไทยฉบับปัจจุบัน โดยมาตรา 5 วรรคสอง บัญญัติว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” และปรากฏการบัญญัติรับรองเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามข้อ 5²⁰ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วย

¹⁵ *ibid.*

¹⁶ *ibid* 82-83.

¹⁷ Code civil, l'article 4 “Le juge qui refusera, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.”

(คำแปล) “ศาลไม่อาจปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดี โดยอ้างว่าไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะใช้แก้คดี หรือบทบัญญัติกฎหมายมีความคลุมเครือไม่ชัดเจน หรือบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวไม่อาจปรับใช้แก้คดีได้ หากศาลปฏิเสธการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้างเหตุดังกล่าว ย่อมอาจถูกดำเนินคดีในข้อหาปฏิเสธความยุติธรรม”

¹⁸ มานิตย์ วงศ์เสรี, นิติวิธี การใช้และการตีความกฎหมาย: ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายไทยและระบบกฎหมายเยอรมัน (วิญญูชน 2562) 227.

¹⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 82.

²⁰ ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ดังนั้น ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้บังคับแก่คดี เช่นนี้ตุลาการศาลปกครองจึงมีช่องทางคือจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทั่วไปขึ้นมาเองเพื่อปรับใช้แก่คดีนั้น ๆ หรือ ในกรณีเกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญ ศาลอาจวินิจฉัยคดีโดยอาศัยประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 5 วรรคสองของรัฐธรรมนูญไทย

นอกจากนี้ ดังที่ได้กล่าวในตอนต้นว่า ในประเทศฝรั่งเศส หลักการแบ่งแยกองค์กรฝ่ายปกครองและองค์กรฝ่ายตุลาการออกจากกันเป็นหลักเกณฑ์ที่สร้างขึ้นมาจากเพื่อห้ามมิให้ผู้พิพากษาศาลยุติธรรมเข้ามาใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการกระทำในทางปกครองหรือที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หรืออย่างน้อยก็เพื่อห้ามศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้อยู่ใต้อำนาจปกครองโต้แย้งองค์กรฝ่ายปกครอง ดังนั้น เมื่อมีการพัฒนาศาลปกครองขึ้นเป็นองค์กรตุลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครอง หรือคดีข้อพิพาทของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองฝรั่งเศสจึงไม่นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายปกครองที่จะปรับใช้แก่คดี ศาลปกครองจะใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีปกครองที่มาสู่ศาลโดยการหยิบยกหรือกล่าวอ้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป (Les principes généraux du droit) ที่ศาลปกครองได้สร้างและพัฒนาขึ้นมาอย่างต่อเนื่องตลอดเวลาที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา ด้วยเหตุนี้ ในประเทศฝรั่งเศส ทั้งศาลปกครองสูงสุดและศาลวินิจฉัยชี้ขาดคดีขัดกันต่างมีบทบาทช่วยกันสกัดและแยกแยะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งหรือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับกับเอกชนออกไปจากระบบกฎหมายปกครอง ด้วยเหตุผลที่ว่าบรรดาบทกฎหมายในทางแพ่งนี้เป็นสิ่งที่ใช้บังคับกับความสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนกับปัจเจกชน ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่จะปรับใช้แก่คดีปกครอง ตุลาการศาลปกครองจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาเองเพื่อปรับใช้แก่คดี ซึ่งในขณะเดียวกัน การชี้ขาดตัดสินคดีพิพาททางปกครองก็เป็นการที่ศาลปกครองควบคุมตรวจสอบการเคารพต่อกฎหมายของฝ่ายปกครองด้วย

การใช้อำนาจของศาลปกครองในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นมาใช้แก่คดีปกครองที่เข้ามาสู่ศาลในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เป็นการที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรผ่านการพิพากษาคดีเฉพาะเรื่อง เมื่อมีคดีเกิดขึ้นในลักษณะเดียวกัน ศาลก็จะวินิจฉัยชี้ขาดโดยใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องเดียวกันที่ศาลได้เคยวางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้แล้ว ในแง่นี้ จึงเห็นได้ว่าระบบกฎหมายปกครอง

ข้อ 5 “วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาโดยใช้ระบบไต่สวนตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและระเบียบนี้

ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบตามวรรคหนึ่งมิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

ฝรั่งเศสมีพัฒนาการไปในทางที่เป็นระบบกฎหมาย Common Law ในขณะที่ระบบกฎหมายเอกชนของฝรั่งเศสจะมีพัฒนาการตามแนวทางของระบบกฎหมาย Civil Law

อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) โดยทั่วไปได้แก่ อำนาจในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ (Le pouvoir d'éditer des normes) และอำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมาย (Des règles générales de droit) รวมไปถึงอำนาจในการออกข้อกำหนดหรือคำสั่งที่เป็นการสร้างข้อผูกพันที่มีผลบังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ดังนั้น อำนาจในการสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายจึงเป็นเรื่องของอำนาจนิติบัญญัติ (Le pouvoir législatif) และอำนาจในการออกกฎของฝ่ายบริหาร (Le pouvoir réglementaire) ด้วยเหตุนี้ การที่ศาลใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นผ่านการตีความกฎหมาย จึงถือว่าการสร้างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลเป็นการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif)

ในประเทศฝรั่งเศส การพัฒนาสาขากฎหมายมหาชนทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองส่วนใหญ่เป็นผลงานของศาล จึงสมควรกล่าวถึงการใช้อำนาจสร้างกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif) ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสไว้ในที่นี้ด้วย ในฐานะที่เป็นองค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนที่สำคัญ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรขึ้นมาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั่นเองก็เป็นผู้วินิจฉัยรับรองว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับหรือมีลำดับศักดิ์เป็นรัฐธรรมนูญ²¹ (Les principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle) โดยคดีที่เป็นบรรทัดฐานในการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้ใช้เป็นแนวทางในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญต่อมาหลังจากนั้น ก็คือคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมหรือการรวมกลุ่มของปัจเจกชน (La liberté d'association) ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971²² คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้วางแนวบรรทัดฐานเกี่ยวกับ “กรอบแห่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย”²³ (Bloc de constitutionnalité) โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางหลักว่า ในการที่ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย นอกจากศาลจะพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันแล้ว ศาลยังได้หยิบยกคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ค.ศ. 1946 ที่อ้างอิงถึงคำประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 อันนำไปสู่หลักการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะใช้อำนาจในการวินิจฉัยวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเพื่อสร้าง “หลักกฎหมายทั่วไปที่มีศักดิ์ในระดับรัฐธรรมนูญ” (Les principes généraux du droit ayant valeur constitutionnelle) และ

²¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 49 - 53.

²² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971, Liberté d'Association.

²³ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 43 - 44.

“หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการยอมรับโดยระบบกฎหมายแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส” (Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) ซึ่งเป็นความคิดของผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 ที่ได้บัญญัติหลักดังกล่าวไว้ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญ จากหลักกฎหมายทั้งสองประการที่ปรากฏอยู่ในคำปรารภของรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ 4 นำมาซึ่งการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยคดีต่าง ๆ และสร้างหลักกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญขึ้นมาจากคำพิพากษาต่าง ๆ อย่างต่อเนื่อง จนถึงปัจจุบัน อาทิ หลักเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคมและการรวมกลุ่ม²⁴ (La liberté d’association) หลักการว่าด้วยสิทธิของประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (Les droits des administrés) หลักความเสมอภาค (Le principe d’égalité) หลักเสรีภาพส่วนบุคคล (La liberté individuelle) หลักสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง²⁵ (des droits de la défense) หลักความเป็นอิสระของกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (L’indépendance de la juridiction administrative) หลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการยกเลิกเพิกถอนการกระทำทางปกครองเป็นอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น หลักเสรีภาพในการศึกษาและเสรีภาพในความคิดเห็น²⁶ (La liberté d’enseignement et la liberté de conscience) และหลักความเป็นอิสระของอาจารย์มหาวิทยาลัย²⁷ (L’indépendance des professeurs d’Université) ฯลฯ

นอกจากนี้แล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสยังได้สร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ (Les principes de valeur constitutionnelle) ซึ่งมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ที่เรียกว่า “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จำเป็นอย่างยิ่งสำหรับยุคสมัย” (Les principes particulièrement nécessaires à notre temps) ได้แก่ หลักเกณฑ์ทางการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจและสังคม ที่จำเป็นและเหมาะสมแห่งยุค ตัวอย่างเช่น หลักความเสมอภาคระหว่างเพศ²⁸ (Principe d’égalité entre les sexes) สิทธิในการลี้ภัย²⁹ (Droit d’asile) สิทธิในการมีงานทำ³⁰ (Droit d’obtenir un emploi) เสรีภาพในการตั้งสหภาพ³¹ (Liberté syndicale) สิทธิในการหยุดงาน³² (Droit de grève) หลักการเกี่ยวกับการจัดการศึกษาของรัฐโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่าย และเป็นกลางทางศาสนา³³ (Principe de l’organisation de l’enseignement public, gratuit et laïque)

²⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 1971

²⁵ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989

²⁶ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977

²⁷ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1987

²⁸ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1981

²⁹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 9 มกราคม ค.ศ. 1980

³⁰ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1983

³¹ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 19-20 กรกฎาคม ค.ศ. 1983

³² คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979

³³ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1977

หลักในการต้องเคารพกฎเกณฑ์ในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศและหลักในการไม่ใช้กำลังเพื่อขัดขวางการใช้เสรีภาพของประชาชน³⁴ (Principe du respect des règles du droit public et international et du non emploi de la force contre la liberté d'aucun peuple)

หลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญทั้งหลายทั้งปวงที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาขึ้นมา มีสถานะเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ที่ศาลปกครองจะนำมาเป็นกรอบในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Bloc de légalité) ด้วยเช่นกัน³⁵

นอกจากหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้สร้างและพัฒนาขึ้นมาอย่างต่อเนื่องแล้ว ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็เช่นเดียวกันเป็นองค์กรตุลาการที่มีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปผ่านการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังที่จะกล่าวต่อไปในข้อ 1.2

1.2 กำเนิดทฤษฎีหลักกฎหมายทั่วไป³⁶ (La théorie des principes généraux du droit) โดยศาลปกครอง

“หลักกฎหมายทั่วไป” (les principes généraux du droit) นี้ บางครั้งก็เรียกว่า “หลักทั่วไป” (les principes généraux) หรือบางครั้งอาจเรียกสั้นๆ ว่า “หลักการ” (les principes) ซึ่งก็คือ หลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สกัดออกมาจากคำพิพากษาของศาลและเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปแก่บุคคลทุกคน หลักเกณฑ์ที่ว่านี้ประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมาย (des normes juridiques) ประเภทต่างๆ ซึ่งอาจจำแนกออกตามลักษณะทางธรรมชาติ (nature) ของหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น หรืออาจจำแนกออกตามอำนาจบังคับ หรือการมีผลบังคับ (l'autorité) ของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย หรืออาจจำแนกตามความมั่นคง (ในนิติฐานะ) ของหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น (permanence)

หากจะพิจารณาถึงจุดกำเนิด (Origine) เพื่อค้นหาหลักเกณฑ์ทั่วไป (des précédents) ที่เกิดขึ้นในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดและคำวินิจฉัยของศาลวินิจัยชี้ขาดคดีขัดกัน อาจสืบค้นที่มาได้ไปถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 หรืออาจย้อนไปถึงช่วงศตวรรษที่ 19 กล่าวได้ว่าทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไปนี้ กำเนิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1944 โดยคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในคดี Dame veuve Trompier-Gravier³⁷ ลงวันที่ 5 พฤษภาคม 1944 ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดยังไม่ได้ใช้ถ้อยคำเรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” โดยศาลปกครองสูงสุดได้เพิกถอนคำสั่งยกเลิกใบอนุญาตให้จัดตั้ง

³⁴ คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 1975

³⁵ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 43.

³⁶ *ibid* 89.

³⁷ C.E., 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier, n°69751

ร้านหรือซุ่มขายหนังสือพิมพ์แห่งหนึ่งโดยให้เหตุผลว่าฝ่ายปกครองไม่ได้เคารพต่อหลักการต่อสู้โต้แย้งเพื่อป้องกันตนเองของปัจเจกชน (Les droits de la défense) ศาลเห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งปฏิเสธไม่อนุญาตให้จัดตั้งซุ่มขายหนังสือพิมพ์ โดยมิได้เปิดโอกาสให้เอกชนที่ร้องขอโต้แย้งคัดค้านข้อกล่าวอ้างต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่เป็นเหตุผลแห่งการปฏิเสธไม่อนุญาตให้เอกชนรายนี้ แม้จะไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรฉบับใดที่บัญญัติกำหนดกระบวนการโต้แย้งคัดค้าน (le procédure contradictoire) ไว้ก็ตาม คำสั่งยกเลิกใบอนุญาตนี้ก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

และต่อมาในคดีที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด คดี Aramu ลงวันที่ 26 ตุลาคม 1945³⁸ ซึ่งศาลได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการให้พ้นจากตำแหน่งหน้าที่ราชการ (L'épuration administrative) และเป็นครั้งแรกที่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ระบุอย่างชัดเจนในคำพิพากษาถึงความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีผลใช้บังคับแม้จะไม่มีบทบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ (qu'il résulte des principes généraux de droit applicables même en l'absence de texte) ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงได้พิพากษาไว้ในคดีนี้ว่า การที่ฝ่ายปกครองจะพิจารณาออกคำสั่งคำวินิจฉัยใด ๆ อันเป็นไปในทางที่เป็นโทษแก่เอกชนจะไม่สามารถกระทำได้โดยปราศจากการมีกระบวนการที่เปิดโอกาสให้เอกชนที่รับคำสั่งนั้นได้มีโอกาสโต้แย้งคัดค้านเสียก่อน (les droits de la défense)

จะเห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้พิจารณาและกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 1945 นั้น เป็นผลสืบเนื่องมาจากมูลเหตุจูงใจจากแนวคำพิพากษาหลาย ๆ คำพิพากษาของที่ประชุมใหญ่ โดยศาลปกครองสูงสุดได้เปิดเป็นประเด็นไว้ว่า “ดูเหมือนจะปรากฏว่ามีหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีได้ แม้จะไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ก็ตาม”³⁹ (les principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte) แต่อย่างไรก็ดี การเปิดประเด็นเรื่องหลักกฎหมายทั่วไปในครั้งนี้ก็ยังไม่ได้รับความสนใจเท่าที่ควร และอาจจะถูกมองข้ามหรือผ่านเลยไป ถ้าหากว่าในปีต่อ ๆ มา ศาลปกครองสูงสุดจะไม่ได้มีการหยิบยกความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมากล่าวอ้างอีกในการวินิจฉัยคดีเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้ให้ความสำคัญแก่หลักการทางกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่นี้ ถึงขนาดนำมาเป็นหัวข้อศึกษาวิเคราะห์และจัดทำเป็นเอกสารการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับบทบาทและความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไป โดยกล่าวอ้างความเกี่ยวพันกับ “หลักกฎหมายทั่วไปที่แม้จะไม่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในระบอบ

³⁸ ดู คำแปลคำพิพากษา อภิญา แก้วกำเนิด, ‘คำพิพากษาบรรทัดฐาน คดี Aramu วางหลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป’ (เอกสารวิชาการ) “หลักกฎหมายมหาชนประจำเดือนตุลาคม 2562”, เผยแพร่ทางระบบอินเทอร์เน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง.

³⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 89 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 99.

สาธารณรัฐของฝรั่งเศส”⁴⁰ (Lois fondamentales même non écrites du régime républicain de France) และแน่นอนที่สุด ศาลปกครองสูงสุดได้ยกย่องสดุดีข้อความคิดเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นปรากฏการณ์แห่งยุคนี้โดยปราศจากข้อสงสัย แต่ก็ยังสงวนท่าทีว่า การพิจารณาคดีที่ขึ้นสู่ศาลโดยปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ศาลจะต้องใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาที่เคร่งครัดและอย่างลึกซึ้ง และจะต้องไม่ใช่เรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะกาล อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเป็นเรื่องที่ควรยอมรับการบังคับใช้หลักกฎหมายปกครองทั่วไป และภายหลังจากสิ้นสุดสงครามและการยึดครองประเทศฝรั่งเศสโดยระบบนาซี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้เดินตามแนวและตามทัศนคติเช่นว่านี้ โดยศาลปกครองสูงสุดยังคงพิจารณาพิพากษาคดีข้อพิพาทต่าง ๆ มากมายโดยได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสหลาย ๆ เรื่อง อีกทั้งศาลปกครองก็ค่อย ๆ พัฒนาสาระสำคัญใหม่ในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปจากการทำคำพิพากษาที่ละเล็กทีละน้อย กระบวนการก่อร่างสร้างฐานของหลักกฎหมายปกครองทั่วไปจากคำพิพากษาของศาลจึงได้ปรากฏเป็นรูปเป็นร่างที่สำเร็จสมบูรณ์ ทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไป (La théorie des principes généraux du droit) จึงได้ถือกำเนิดขึ้นนับตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา⁴¹

จากที่กล่าวมาข้างต้น ทำให้เห็นว่าบ่อเกิดของหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ได้มีความเกี่ยวพันในเชิงรูปแบบกับบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด แม้ว่าจะปรากฏให้เห็นอยู่เสมอว่าได้มีการนำหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักบางเรื่องมาจากบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษร หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ก็ไม่ได้มีตัวตนปรากฏอยู่เป็นลายลักษณ์อักษร⁴² อีกทั้งไม่ได้มีบทบัญญัติใดกำหนดอำนาจบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปไว้ แต่โดยอาศัยหลักกฎหมายทั่วไปเช่นว่านี้เองที่ศาลปกครองสามารถพิจารณาวินิจฉัยสั่งการให้ฝ่ายปกครองจะต้องกระทำการโดยเคารพต่อกฎเกณฑ์บางประการที่ไม่ได้มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร แต่เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นผลมาจากเจตจำนงทั่วไป (L'esprit général) ที่อยู่ในระบบกฎหมายปกครองของประเทศ⁴³ ทั้งนี้ ควรต้องทำความเข้าใจว่าหลักกฎหมายทั่วไปนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องการบังคับใช้บทกฎหมาย (Appliquer la loi) และไม่ใช่การตีความกฎหมาย (Interpréter la loi) แต่ในทางตรงกันข้ามเป็นการบังคับใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ปราศจากบทบัญญัติของกฎหมาย⁴⁴ (Appliquer ces principes en l'absence de loi) แต่อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ไม่เคยที่จะอวดอ้างว่าเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ขึ้นมา หากแต่ศาลปกครองสูงสุดจะบอกว่าตนเองเป็นเพียงผู้ที่ค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่แล้วในระบบ

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Ibid.

กฎหมายและได้นำมาพิจารณาปรับใช้แก่คดี ซึ่งก็สามารถอธิบายได้ถึงการศึกษาที่ศาลปกครองได้ทำให้ปรากฏขึ้นเป็นคราว ๆ ไปสำหรับหลักกฎหมายปกครองทั่วไปใหม่ ๆ⁴⁵

นอกจากนี้แล้ว สิ่งที่จะต้องพิจารณาก็คือในบริบทใด และเพื่อจุดมุ่งหมายใด ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจึงได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้บังคับอย่างค่อนข้างรวดเร็ว อาจกล่าวได้ว่า มีเหตุปัจจัยหลายประการที่เกื้อหนุนต่อการสร้างทฤษฎีว่าด้วยหลักกฎหมายทั่วไป ทั้งที่เป็นเหตุปัจจัยที่มีมาแต่อดีตและกลายเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของระบบกฎหมายมหาชน และเหตุปัจจัยที่เป็นเหตุเฉพาะในยุคปัจจุบัน ดังนี้

ประการแรก เหตุปัจจัยประการแรกซึ่งเป็นเหตุผลสำคัญที่มีอยู่ก่อนการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายทั่วไปก็คือ การขาดซึ่งหลักกฎหมายปกครองที่จะใช้บังคับแก่คดี ซึ่งเป็นที่มาของความจำเป็นที่ศาลปกครองจะสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาเอง ควรจะกล่าวซ้ำอีกครั้งว่าโดยเหตุที่ระบบกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่ไม่มีการจัดทำเป็นประมวลกฎหมายปกครองและไม่สมควรที่จะมีด้วย แน่นนอนที่สุดจึงไม่ใช่กรณีที่ปราศจากตัวบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่จะปรับแก้คดี แต่เป็นกรณีที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ใช้บังคับแก่ฝ่ายปกครองไม่มีคุณสมบัติที่จะนำมาปรับใช้แก่คดีพิพาทได้ จึงมีความจำเป็นที่ต้องเติมส่วนขาดให้กับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่มีประสิทธิภาพ

ประการที่สอง การอุดช่องว่างของกฎหมาย กล่าวคือ ความล้มเหลวที่ค่อนข้างเห็นได้ชัดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรอันเป็นเหตุทำให้ตุลาการศาลปกครองโดยอาศัยอำนาจในทางตุลาการต้องหาทางอุดช่องว่างที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่สมบูรณ์และกระจัดกระจายอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อให้การทำหน้าที่เป็นไปอย่างสมบูรณ์ ศาลปกครองสูงสุดจึงต้องเริ่มต้นด้วยการสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเพื่อปรับใช้แก้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้น

ประการที่สาม สำหรับการตรวจสอบฝ่ายปกครองในประเทศฝรั่งเศส สภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสยังคงรักษาความทรงจำในเอกสิทธิ์เก่าแก่ที่เคยมีในอดีต ซึ่งเป็นเอกสิทธิ์ที่อยู่เคียงข้างกับอำนาจอริปไตยซึ่งสภาแห่งรัฐมีส่วนในการใช้อำนาจบังคับให้มีการกระทำการ (Le pouvoir de commandement) แม้ปัจจุบันนี้จะไม่ค่อยพบเห็นศาลปกครองใช้อำนาจเข้าไปเกี่ยวพันกับกิจกรรมทางรัฐบาลบ่อยนัก แต่อย่างไรก็ดี อำนาจที่ซ่อนเร้นของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ยังคงมีอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสถานการณ์พิเศษที่สงวนไว้ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครอง

1.3 ความหลากหลายในที่มาและเนื้อหาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป⁴⁶

ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสนั้น ศาลอาจจะพิจารณาโดยอาศัยบรรดาบทบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ก็เป็นบทบัญญัติทั่วไปที่ใช้บังคับกับทุกคน

⁴⁵ *ibid.*

⁴⁶ Marie-Christine ROUAULT *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 90-94 ; Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 100-104.

และศาลจะพิจารณาพิพากษาจากความเข้มงวดในทางความคิดทางกฎหมายที่เกิดขึ้นในห้วงเวลานั้น ๆ (Les exigences de la conscience juridique du temps) รวมทั้งจากสถานะความมีอยู่แห่งกฎหมาย (L'état du droit) หรืออาจพิจารณาจากแนวคิดอุดมการณ์ (L'idéologie) ที่ปรากฏในคำปรารภของรัฐธรรมนูญหรือที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง และส่วนใหญ่แล้วหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ก็เป็นสิ่งที่ศาลหยิบยืมมาจากประเพณีเสรีนิยม (La tradition libérale) ที่เกิดขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1789 ซึ่งในช่วงเวลานั้นได้เกิดหลักการซึ่งถือเป็นประเพณีเสรีนิยมก็คือ หลักการว่าด้วยความเสมอภาคกันของพลเมืองต่อผู้ทรงอำนาจมหาชน (L'égalité des citoyens devant l'autorité publique) หลักการว่าด้วยเสรีภาพในทางความคิด (Le liberté de conscience) หลักในเรื่องที่จะต้องให้ประชาชนที่จะถูกวินิจฉัยลงโทษหรือถูกตัดสินอันเป็นโทษได้มีโอกาสต่อสู้โต้แย้งก่อน (Les droits de la défense) หรือหลักการที่เป็นความจำเป็นในทางชีวิตความเป็นอยู่ในสังคมของพลเมือง ซึ่งก็เป็นที่มาของหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หลักการควบคุมตรวจสอบจากผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่าต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำกว่า (Le contrôle du supérieur sur les actes de l'inférieur) หรือหลักความเป็นธรรม (L'équité) จะเห็นได้ว่าหลักกฎหมายปกครองทั่วไปดังกล่าวมานี้เกือบทุกหลักการเป็นเรื่องของการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน แต่ในบางหลักเกณฑ์ก็มีความเกี่ยวพันกับการบริหารงานที่ดีของฝ่ายปกครอง (Le bon fonctionnement de l'administration) เช่น หลักว่าด้วยความต่อเนื่องในบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หรือหลักการห้ามมิให้องค์กรของรัฐจำหน่ายแจกทรัพย์สินของรัฐโดยไม่มีค่าตอบแทน (L'interdiction pour les personnes publiques de disposer de leurs biens à titre gratuit)

อย่างไรก็ดี หลักกฎหมายปกครองทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความหลากหลายทั้งในด้านเนื้อหา (Le contenu) และในด้านหลักการที่เป็นพื้นฐาน (Le fondement)

ในด้านเนื้อหา (Le contenu) หลักกฎหมายปกครองทั่วไปบางหลักสร้างขึ้นเพื่อเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นพื้นฐาน (Des règles de fond) มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ หรือมาจากหลักปรัชญาทางการเมือง (Des principes de philosophie politique) เช่น หลักความเสมอภาค (Les principes d'égalité) หลักเสรีภาพในการชุมนุม (La liberté de réunion) เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (La liberté du commerce et de l'industrie)

หลักกฎหมายปกครองทั่วไปบางเรื่องก็เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ในทางกระบวนการพิจารณา (Des règles de procédure) เช่น หลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (Des droits de la défense) หรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ว่าด้วยบุคคลสามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้เสมอ แม้ว่าจะไม่มีบทกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรบัญญัติให้ฟ้องคดีได้ก็ตาม (Il est toujours possible de saisir le juge de la légalité, même sans texte) หรือหลักในเรื่อง

ความไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางปกครอง (Le principe de non rétroactivité des actes administratifs)

ในด้านหลักการพื้นฐาน (Le fondement) ซึ่งเป็นที่มาของหลักกฎหมายปกครองทั่วไปทั้งหลายข้าง ก็เป็นหลักการที่สกัดมาจากแนวคิดเสรีนิยมซึ่งถือกำเนิดขึ้นเมื่อมีการประกาศคำประกาศสิทธิมนุษยชนและ พลเมืองปี ค.ศ. 1789 บ้างก็มีที่มาจากบรรดาบทบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในช่วงการปกครอง ระบอบสาธารณรัฐที่ 3 ของฝรั่งเศส เช่น หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องเสรีภาพ เสมอภาค และสิทธิในการต่อสู้ โต้แย้ง หรือบางครั้งก็อาจจะมีที่มาจากความกังวลหรือความห่วงใยต่อความเป็นธรรมในสังคม ยุคปัจจุบัน ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้กล่าวถึงหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นผลมาจากคำปรารภ ของรัฐธรรมนูญหรืออาจจะกล่าวอีกนัยหนึ่งว่า เป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ได้รับการรับรองคุ้มครองไว้ โดยคำปรารภแห่งรัฐธรรมนูญ แหล่งที่มาจากคำปรารภนี้เป็นแหล่งกำเนิดที่มีความสมบูรณ์มาก เพราะ คำปรารภประกอบไปด้วยคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 (La Déclaration des droits de l' homme et du citoyen de 1789) หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองโดยกฎหมาย แห่งสาธารณรัฐ (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) และรวมถึง หลักการทางกฎหมายที่เป็นสิ่งจำเป็นแห่งยุคสมัยหรือเป็นสิ่งจำเป็นในห้วงเวลานั้น ๆ (les principes particulièrement nécessaires à notre temps)

อย่างไรก็ดี ยังมีบรรดาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปอีกเป็นจำนวนมากที่ไม่ได้มีที่มาเกี่ยวข้องกับ บทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรดังกล่าวข้างต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดก็ได้พิจารณาถึงความมีอยู่ของ หลักกฎหมายทั่วไปเหล่านี้ อาทิเช่น หลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่เป็นผลมาจากความจำเป็นแห่งชีวิตในสังคม อันเป็นที่มาของหลักการว่าด้วยความต่อเนื่องแห่งบริการสาธารณะ (La continuité des services publics) หรือหลักการบังคับอย่างเสมอภาค (Un impérative d'équité) รวมถึงหลักว่าด้วยสิทธิของคนต่างชาติ ในสถานการณ์ปกติที่มีสิทธิที่จะนำบุคคลในครอบครัวเข้ามาในดินแดนฝรั่งเศสเพื่อที่จะใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน เป็นครอบครัว นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดก็ได้เคยสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไปที่ใช้บังคับแก่ผู้อพยพ โดยอาศัยกฎเกณฑ์ที่มาจากสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

1.4 ตัวอย่างของหลักกฎหมายปกครองทั่วไป⁴⁷ (La liste des principes généraux du droit) ทั้งที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าในระดับรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายปกครองทั่วไป

โดยหลักแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ ความเสมอภาค และการปกป้องคุ้มครอง และความมั่นคงปลอดภัยของผู้ถูกปกครอง ซึ่งอาจแยกได้ดังนี้

- (1) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยเสรีภาพ (La liberté) อาจจำแนกได้เป็นหลายประเภท ดังนี้
 - เสรีภาพในการเดินทาง (La liberté d'aller et venir)

⁴⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 91-94.

- เสรีภาพส่วนบุคคล (La liberté individuelle)
- เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย (La liberté du domicile)
- เสรีภาพในทางความคิด (La liberté de conscience)
- เสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม (La liberté du commerce et de l'industrie)
- เสรีภาพในการเข้าถึงกิจกรรมในทางการกีฬา (La liberté d'accès aux activités sportives)

(2) หลักความเสมอภาค (L'égalité)

ตัวอย่างหลักกฎหมายทั่วไปที่มีพื้นฐานอยู่บนหลักความเสมอภาค ได้แก่

- หลักความเสมอภาคต่อกฎหมาย (L'égalité devant la loi)
 - หลักความเสมอภาคในการรับภาระหน้าที่สาธารณะ (L'égalité devant les charges publiques)
 - หลักความเสมอภาคในการเสียภาษี (L'égalité pour l'impôt)
 - หลักความเสมอภาคในกระบวนการยุติธรรม (L'égalité pour la justice)
 - หลักความเสมอภาคในระหว่างผู้ใช้บริการสาธารณะ (L'égalité entre usagers des services publics)
 - หลักความเสมอภาคในการเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (L'égalité régissant le fonctionnement des services publics)
 - หลักความเสมอภาคในการเป็นผู้ใช้ทรัพย์สินสาธารณะ (L'égalité des usagers du domaine public)
 - หลักความเสมอภาคในระหว่างผู้สมัครในการสอบแข่งขันหรือในการสอบเข้ามหาวิทยาลัย (L'égalité entre candidates à un concours ou à un grade universitaire déterminé)
 - หลักความเสมอภาคในการได้รับการปฏิบัติ (อย่างเดียวกัน) ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในองค์กรเดียวกัน (L'égalité de traitement des membres d'un même corps de fonctionnaires)
 - หลักความเสมอภาคระหว่างชายและหญิง (L'égalité entre hommes et femmes)
- (3) หลักในการคุ้มครองผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง (La protection des administrés) มีหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องที่เป็นหลักในการคุ้มครองประชาชนผู้อยู่ใต้อำนาจปกครอง อาทิเช่น
- หลักว่าด้วยการเปิดโอกาสให้ประชาชนสามารถฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ (La possibilité de former un recours pour excès de pouvoir contre toute décision administrative)
 - สิทธิในการร้องเรียนหรือโต้แย้งคัดค้านการกระทำของผู้ใต้บังคับบัญชาต่อผู้บังคับบัญชาในลำดับที่เหนือกว่า (Le droit d'exercer un recours hiérarchique contre toute décision d'une autorité subordonnée)
 - หลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (Le respect des droits de la défense)

- หลักการไม่ถูกลงโทษสองครั้งในการกระทำเดียวกัน (*Non bis in idem*)
- หลักการว่าด้วยบุคคลไม่จำต้องถูกลงโทษหลายครั้งในความผิดเรื่องเดียวกัน (*L'excluant qu'une faute déterminé provoque l'infliction de plus d'une sanction*)
- หลักความไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางปกครอง (*Non rétroactivité des actes administratifs*)
- หลักในการให้หลักประกันแก่ปัจเจกชนและครอบครัวในการพัฒนาคุณภาพชีวิตและความปลอดภัยแห่งชีวิต ซึ่งก็นำมาสู่หลักในเรื่องการที่ต้องอนุญาตให้คนต่างชาติที่อยู่ในประเทศฝรั่งเศสในลักษณะปกติสามารถที่จะอยู่อาศัยต่อไปได้ ทั้งนี้ เพื่อรับรองสิทธิในทางวิถีชีวิตครอบครัวอันปกติ (*Le droit à une vie familiale normale*) และนำมาสู่หลักการรับรองเสรีภาพในการที่คนต่างชาติจะพาครอบครัวทั้งภรรยาสามีและบุตรเข้ามาอยู่ด้วยกันในประเทศฝรั่งเศส (*La faculté de faire venir auprès d'eux leur conjoint et enfants mineurs*)
- หลักว่าด้วยฝ่ายปกครองที่ได้รับคำร้องให้เพิกถอนกฎข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ฝ่ายปกครองดังกล่าวจะต้องเสนอเรื่องให้ศาลพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งหลักการนี้ก็ให้นำมาสู่หลักการที่ว่าฝ่ายปกครองจะต้องประกาศโดยชัดแจ้งภายในระยะเวลาที่เหมาะสม บรรดากฎระเบียบต่างๆ ที่ตนได้ออกมาใช้บังคับแก่ประชาชน และหลักบังคับว่าฝ่ายปกครองจะต้องไม่บังคับใช้กฎข้อบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(4) เกี่ยวกับการทำหน้าที่ขององค์กรตุลาการ (*Fonctionnement des juridictions*) มีหลักกฎหมายทั่วไปหลายเรื่องที่ว่าหลักเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตุลาการ ดังนี้

- หลักวิธีพิจารณาที่ต้องให้มีการโต้แย้งคัดค้านต่อผู้คดี (*Caractère contradictoire de la procédure*)
 - หลักการตัดสินใจโดยลับ (*Secret du délibéré*)
 - สิทธิที่ได้โดยรับการพิจารณาวินิจฉัยคดีภายในระยะเวลาที่เหมาะสม
 - หลักการระงับการถูกบังคับให้ชำระหนี้ในการบังคับคดีตามคำพิพากษาได้เป็นการชั่วคราว
- ในส่วนของหลักการเคารพต่อสิทธิในการต่อสู้โต้แย้ง (*Des droits de la défense*) อาจจำแนกออกเป็นสิทธิอีกหลายประเภท ได้แก่
- สิทธิในการแสดงเอกสารหลักฐานต่างๆ หรือยกข้อต่อสู้ที่เป็นประโยชน์เพื่อโต้แย้งคัดค้านการพิจารณาออกคำสั่งของฝ่ายปกครองที่เป็นโทษต่อตนเอง
 - สิทธิในการที่จะมีทนายความเข้ามาช่วยเหลือในกระบวนการดำเนินการทางวินัย
 - สิทธิในเรื่องการมีระยะเวลาที่เหมาะสมเพียงพอในการที่จะโต้แย้งคัดค้าน
 - การห้ามพิจารณาในทางที่เป็นโทษที่รุนแรงขึ้นในคดีที่บุคคลถูกพิจารณาออกคำสั่งอันเป็นโทษ
 - สิทธิที่จะได้รับแจ้งคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นโทษ

- สิทธิเกี่ยวกับการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินในส่วนของรัฐวิสาหกิจ
- ห้ามฝ่ายปกครองออกมาตรการใดๆ อันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบรรดาผู้ชุมนุม นุ่มประท้วงขอเพิ่มเงินเดือนหรือสิทธิประโยชน์ต่างๆ

- สิทธิในการอุทธรณ์คำพิพากษาต่อศาลในลำดับชั้นที่สูงกว่า
- ในคดีอาญา จำเลยมีสิทธิที่จะแถลงด้วยวาจาต่อหน้าศาลก่อนที่ศาลจะพิพากษาคัดสินคดี และจะต้องมีการโฆษณาเผยแพร่คำแถลงโต้แย้งโต้เถียงกันในศาลต่อสาธารณชน

(5) หลักกฎหมายทั่วไปในลักษณะอื่นๆ มีหลักกฎหมายบางประเภทที่ไม่สามารถจัดเข้าในประเภทต่างๆ ของหลักกฎหมายทั่วไปดังกล่าวข้างต้น อาทิเช่น

- สิทธิของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ถูกวินิจฉัยให้รับผิดชอบในความเสียหายทางละเมิดที่จะเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐร่วมรับผิดชอบในกรณีที่เป็นความรับผิดชอบอันเกิดจากการกระทำการตามหน้าที่

- ห้ามมิให้หน่วยงานของรัฐมีคำสั่งให้บุคคลออกจากราชการหรือพ้นจากตำแหน่งโดยอาศัยเหตุที่บุคคลนั้นตั้งครรภ์

- หลักการบังคับฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาปรับหรือจัดสรรเงินเดือนให้เหมาะสมกับหน้าที่

- หลักการบังคับฝ่ายปกครองที่จะต้องจัดสรรหรือกำหนดเงินค่าตอบแทนให้แก่พนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานทางปกครอง (les agents non titulaires) ไม่ต่ำกว่าเงินค่าแรงขั้นต่ำ (SMIC)

- หลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยแบ่งแยกตามเพศ

- หลักการปฏิเสธการไม่ส่งผู้ต้องหาในกรณีขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนเมื่อปรากฏว่า ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้เคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคล

- หลักเรื่องความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (la continuité des services publics)

- หลักทั่วไปในกฎหมายแรงงานที่เกี่ยวกับการมีสภาพแรงงาน

- หลักความมีอิสระของผู้ป่วยในการที่จะเลือกแพทย์ที่จะทำการรักษาและปรึกษาใช้ด้วยตนเอง

แต่อย่างไรก็ดี ไม่ใช่ศาลปกครองจะต้องพิจารณายอมรับหรือยกสถานะว่ากฎเกณฑ์ (règles) ทางกฎหมายทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมและความเสมอภาค ให้เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (principes général du droit) ศาลอาจปฏิเสธว่ากฎเกณฑ์ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แม้จะเป็นกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับความเป็นธรรมหรือความเสมอภาคนั้นมีคุณค่า หรือมีค่าบังคับทางกฎหมายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป หรือศาลอาจพิจารณาเห็นว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดขึ้นใช้บังคับอยู่แล้ว จึงไม่อาจจะมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอีก หรือศาลอาจพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีคุณค่าทางกฎหมาย (une valeur juridique) แต่ไม่ถึงขั้นที่จะยกขึ้นเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งกรณีเช่นนี้ก็นำมาซึ่งปัญหาการพิจารณาค่าทางกฎหมาย (valeur juridique) ของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญที่ควรจะศึกษาต่อไป

2. การตีความกฎหมายของศาล (L'interprétation des normes par les juges)

จากที่ได้กล่าวมาแล้วเกี่ยวกับสาระสำคัญโดยสังเขปของบ่อเกิดของกฎหมายที่เกิดจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายของศาล (Le pouvoir normatif du juge) ในหัวข้อนี้จะได้นำเสนอเกี่ยวกับการตีความของศาลซึ่งเป็นเทคนิคการที่ศาลจะสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล (la règle jurisprudentielle) ซึ่งอาจแยกพิจารณาได้ดังนี้

2.1 ศาลใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อปรับใช้แก่คดี⁴⁸ (La méthode interprétative)

บ่อยครั้งที่การหาทางออกให้แก่คดี ศาลสามารถทำได้โดยการสกัดหลักออกมาจากบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร หรือจากหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ผู้พิพากษาหรือตุลาการจึงใช้วิธีการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร อาจจะได้กล่าวได้ว่าด้วยวิธีการนี้ศาลไม่ได้มีการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษา อันจะเป็นการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานโดยตรง หากแต่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานเกิดขึ้นมาจากการตีความของศาล ซึ่งศาลปกครองก็เช่นเดียวกับศาลอื่น ๆ ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยอยู่บนพื้นฐานของเสรีภาพ โดยทั่วไปแล้ว ในบทบาทการตีความกฎหมาย ศาลจะต้องค้นหาเจตจำนงของบทบัญญัติกฎหมายและนำมาเขียนไว้ในคำพิพากษาของตน และบางครั้งศาลอาจนำมาใช้อ้างอิงในคำพิพากษา ทั้งนี้ เป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม และเพื่อที่จะตีความกฎหมาย ผู้พิพากษาศาลอาจใช้เทคนิคการตีความบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งในขั้นตอนการยกร่าง (les travaux préparatoires) หรือในขั้นตอนการปรับบท รวมทั้งอาจกล่าวอ้างคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการอื่น ๆ เช่น คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการแห่งสหภาพยุโรป ได้ด้วย

2.2 ศาลทำหน้าที่สร้างบรรทัดฐานในคำพิพากษา⁴⁹ (La fonction jurisprudentielle)

คำพิพากษานั้นเป็นยิ่งกว่าการตีความกฎหมาย เพราะคำพิพากษาได้อุดช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมาย และสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่ ดังนั้น กรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะปรับใช้แก่คดี ไม่ใช่ศาลจะต้องสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อปรับใช้กับกรณีพิพาทที่เข้ามาสู่ศาลทุกครั้งไป เพราะว่าหลักเกณฑ์ทั่วไปทางกฎหมายเกิดขึ้นจากการสกัดมาจากคำวินิจฉัยหาทางออกหรือแก้ปัญหากรณีเฉพาะเรื่องเฉพาะรายหลาย ๆ เรื่องที่คล้ายคลึงหรือมีแนวทางเดียวกัน เป็นระยะเวลายาวนาน⁵⁰ อย่างไรก็ตาม บางครั้งการสร้างหลักเกณฑ์อันเกิดจากคำพิพากษาอาจเกิดขึ้นด้วยวิธีการที่ชัดเจน

⁴⁸ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 83.

⁴⁹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif* (n 11) 93.

⁵⁰ *ibid.*

ในคำพิพากษาคดีที่วางหลักนั้น ๆ ซึ่งเป็นการที่ศาลตอบปัญหาที่เกิดขึ้นใหม่ หรืออาจเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยที่เคยวางหลักไว้เดิม ศาลจะประกาศเป็นหลักเกณฑ์ซึ่งจะนำมาปรับใช้ไม่เฉพาะแก่คดีที่เป็นปัญหาฟ้องร้องขึ้นมาเท่านั้น แต่ยังสามารถนำมาปรับใช้แก่คดีปัญหาอื่นที่มีลักษณะเดียวกันอีกด้วย ทั้งนี้ โดยไม่มีลักษณะบ่งชี้ภายนอกใด ๆ ที่จะมากำหนดว่าคดีใดคดีหนึ่งเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน⁵¹ แต่บางครั้งก็อาจดูได้จากการที่คำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาโดยที่ประชุมใหญ่ (L'assemblée) หรือคำพิพากษาโดยแผนกคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด (La section) ในขณะที่เขียนคำพิพากษานั้นเอง ศาลอาจจะเห็นได้ในระหว่างการเขียนคำพิพากษาว่าเป็นการวางหลักทางกฎหมาย รวมทั้งอาจได้รับความกระจ่างชัดจากคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และจากบทวิเคราะห์และวิพากษ์ทางทฤษฎีกฎหมายโดยนักวิชาการกฎหมาย⁵²

ในแนวคำพิพากษาที่เป็นบรรทัดฐาน ผู้พิพากษาศาลาการได้ใช้อำนาจในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย (Le pouvoir normatif) กล่าวคือ ศาลจะตัดสินคดีพร้อมกับการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย อันเป็นการสร้างความสมบูรณ์ต่อหน้าที่ในทางการสร้างแนวบรรทัดฐานแห่งคดี (La fonction jurisprudentielle) ของตุลาการ⁵³ คำพิพากษาเหล่านี้้อาจจะกำหนดโดยชัดแจ้งถึงหลักเกณฑ์ที่ศาลใช้บังคับแก่คดี หรืออาจจะเป็นการกำหนดโดยปริยาย และก็เป็นกรณีส่วนใหญ่ที่ศาลสร้างหลักเกณฑ์ไว้ในคำพิพากษาโดยปริยาย กรณีเช่นว่านี้ ศาลจำเป็นต้องใช้ความพยายามที่จะแสดงให้เห็นปรากฏถึงหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้เพื่อแก้ปัญหาหรือหาทางออกแก่คดีที่ฟ้องร้อง จะเห็นได้ว่าการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่ปรากฏในคดีนั้น ไม่ได้เกิดขึ้นในลักษณะเดียวกันกับการเกิดขึ้นของธรรมเนียมประเพณี (La coutume) แต่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานถูกสร้างขึ้นด้วยกระบวนการที่ต้องมีการฟ้องร้องเป็นคดีเพื่อให้ศาลได้พิจารณาพิพากษา ซึ่งคำพิพากษาของศาลก็เพียงพอที่จะวางหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายในคำพิพากษา⁵⁴ (La règle jurisprudentielle)

2.3 ศาลใช้อำนาจหน้าที่ทางตุลาการ⁵⁵ (La fonction juridictionnelle)

ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ องค์กรตุลาการหรือศาล เป็นผู้มีหน้าที่และใช้อำนาจทางตุลาการ (Le pouvoir juridictionnel) ดังนั้น ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาล นอกจากจะเป็นการตีความและปรับใช้กฎหมายแล้ว ศาลยังมีหน้าที่ในฐานะเป็นผู้ใช้อำนาจทางตุลาการในการตรวจสอบและถ่วงดุลกับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร อีกด้วย การที่ศาลได้สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้น

⁵¹ ibid.

⁵² ibid.

⁵³ ibid.

⁵⁴ ibid.

⁵⁵ ibid.

จากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน นอกจากจะเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ยังเป็นการสร้างดุลยภาพและความยุติธรรมในการใช้อำนาจรัฐของผู้ใช้อำนาจรัฐด้านต่าง ๆ ตามหลักการแบ่งแยกอำนาจอีกด้วย

โดยคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ศาลได้เคยตัดสินชี้ขาดและวางแนวอันเป็นการสร้างหลักกฎหมายขึ้นไว้แล้ว ในคดีอื่น ๆ ที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีมาสู่ศาลในภายหลัง ศาลอาจจะพิจารณาพิพากษาแก้ไขปัญหาในคดีโดยอาศัยพื้นฐานจากหลักกฎหมายที่ศาลนั่นเองเป็นผู้สร้างขึ้นมาจากการชี้ขาดตัดสินคดีก่อน ๆ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าศาลได้ทำหน้าที่ในทางตุลาการหรือการใช้อำนาจของศาลอย่างสมบูรณ์

บรรดาคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นต่อเนื่องมายาวนาน ถือเป็นผลงานในเชิงการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (L'oeuvre normative du juge) ของศาล ศาลปกครองได้สร้างระบบและคุณลักษณะที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งในระบบกฎหมายปกครอง นั่นคือ หลักการทั่วไปในเรื่องเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง⁵⁶ (L'action administrative) จะต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายดังต่อไปนี้อย่างเคร่งครัด ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) หลักความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองหรือผู้ทรงอำนาจมหาชน (La responsabilité de la puissance publique) หลักว่าด้วยการบังคับการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง (L'exécution des contrats administratifs) หลักการว่าด้วยลักษณะทางกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (La notion d'acte administratif) หลักการว่าด้วยบริการสาธารณะ (Le service public) หลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินของแผ่นดิน (Le domaine public) หลักกฎหมายว่าด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Les agents publics) และหลักการว่าด้วยอำนาจมหาชน (La puissance publique) อย่างไรก็ตาม อาจพิจารณาได้ว่าการทำหน้าที่และการใช้อำนาจของศาลปกครองในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานนี้อยู่ในสถานการณ์ที่ด้อยกว่าเมื่อเทียบกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่มีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเหตุว่าการเกิดขึ้นของหลักเกณฑ์บรรทัดฐานจากแนวคำพิพากษา (Des normes jurisprudentielles) เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นอยู่กับการฟ้องร้องคดี กล่าวคือ จะต้องมีการพิพาทเกิดขึ้นเสียก่อน

2.4 คุณลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล⁵⁷ (Les caractères de la règle jurisprudentielle)

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสที่ได้มีการพิจารณาโดยองค์คณะในการพิจารณาคดีที่เคร่งครัดที่สุดของศาลปกครองสูงสุด ทั้งโดยที่ประชุมใหญ่ (L'assemblée) หรือโดยแผนกคดีปกครอง (La section) จะมีลักษณะดังนี้

(1) ลักษณะสำคัญประการแรก คือ กฎเกณฑ์อันเกิดจากคำพิพากษานั้นมีลักษณะยืดหยุ่น⁵⁸ (Souple) ศาลปกครองสูงสุดไม่ถูกผูกพันโดยแนวคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ ศาลไม่ยอมรับที่จะถูกผูกมัดโดยรูปแบบ

⁵⁶ ibid.

⁵⁷ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 84.

ที่เคร่งครัด (Des formules rigides) แต่ศาลก็สงวนสิทธิ์ในความเป็นไปได้ที่จะพิจารณาลักษณะเฉพาะของแต่ละเรื่องแต่ละกรณี ด้วยเหตุนี้ บางครั้งศาลปกครองสูงสุดจึงอาจจะสร้างเกณฑ์มาตรฐานขึ้นไว้ แต่ก็ปล่อยให้ศาลมีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการที่จะนำมาปรับใช้ให้เหมาะสมแก่คดีแต่ละคดี โดยศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะแสดงให้เห็นปรากฏในการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษาถึงความสุขุมรอบคอบอย่างสูงสุดที่แสดงถึงการถ่ายทอดลักษณะสำคัญของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษา (les caractères de la règle jurisprudentielle)

(2) ประการต่อมา คือ การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปมีลักษณะของการตีความ⁵⁹ (Le caractère interprétatif) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาก็คือการตีความ ศาลพิจารณาจากเจตจำนงของกฎหมายทั้งระบบ ซึ่งเป็นสิ่งที่สามารถพิจารณาได้จากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือบทบัญญัติกฎหมายระดับพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ สิ่งเหล่านี้ไม่ได้ปรากฏอย่างแจ่มชัดและโดยตรงจากตัวคำพิพากษา แต่ส่วนใหญ่จะพิจารณาได้จากการอ่านคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี (Des commissaires du gouvernement)

(3) นอกจากนี้ ยังมีลักษณะของการขยายความ⁶⁰ (Le caractère supplétif) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาของศาล ก็คือ การขยายความในรายละเอียดของกฎหมายเป็นกฎเกณฑ์ที่มุ่งจะอุดช่องว่างของกฎหมาย แต่ศาลจะไม่พิจารณาขยายความไปในทางที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายอย่างชัดแจ้ง

(4) ลักษณะของการพัฒนาอย่างไม่หยุดนิ่ง⁶¹ (Le caractère évolutif) กฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับทางกฎหมายที่อยู่ในคำพิพากษาเป็นกฎเกณฑ์ที่มีพัฒนาการ โดยอาจจะมีการปรับปรุง แก้ไข หรือกำหนดให้ชัดเจนขึ้นโดยคำวินิจฉัยที่เกิดขึ้นภายหลังที่ได้วินิจฉัยในคดีที่คล้ายคลึงกัน บางครั้งกฎเกณฑ์จากคำพิพากษาใหม่อาจจะกลับหลักจากคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ก็ได้ โดยการวินิจฉัยไปในทางตรงกันข้าม หรือแตกต่างไปจากแนวคำพิพากษาเดิม แต่อย่างไรก็ดี กรณีเช่นนี้เป็นเรื่องที่ไม่พบบ่อยนัก เพราะว่าศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสจะระมัดระวังในการที่จะกลับคำพิพากษาเดิม ดังนั้น การกลับแนวคำพิพากษาจึงเกิดขึ้นเฉพาะในคดีที่ไม่ค่อยมีปัญหาข้อโต้แย้งมากนัก⁶² และจะพบว่ากรณีที่ศาลปกครองสูงสุดจะสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในคำพิพากษาเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้น ศาลจะคำนึงถึงหลักความเป็นธรรมเสมอ ในการที่จะประสานประโยชน์ระหว่างความจำเป็นของการกระทำของฝ่ายปกครอง (Les nécessités de l'action administrative) กับ

⁵⁸ ibid.

⁵⁹ ibid.

⁶⁰ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 84 ; Rene CHAPUS, *Droit administratif général Tome 1*, 117-118.

⁶¹ Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5).

⁶² ibid.

สิทธิเสรีภาพของประชาชน (Les droits et libertés des citoyens) ซึ่งถือว่าเป็นแนวทางทั่วไป ที่ศาลยอมรับเป็นแนวทางในการวินิจฉัยคดี (La directive générale) แต่ก็ไม่ยอมรับเป็นแบบแผนที่ตายตัวในการพิจารณาวินิจฉัยกฎเกณฑ์จากแนวคำพิพากษาของศาลนี้เป็นการแสวงหาหลักเกณฑ์ของศาลที่มีความยืดหยุ่นสูง⁶³

(5) หลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลเป็นหลักเกณฑ์พิเศษเฉพาะในทางตุลาการ⁶⁴ (L'hermétisme) กล่าวคือ ในการที่คนทั่วไปจะเข้าถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ศาลสร้างขึ้นมานั้น รวมทั้งการที่จะเข้าใจถ้อยคำภาษาที่ศาลใช้นั้น เป็นเรื่องที่ต้องทำเองที่จะต้องทำความเข้าใจกับภาษาและข้อความคำอธิบายในหลักที่ศาลสร้างขึ้น ซึ่งอาจไม่ใช่ภาษาธรรมดาที่ใช้กันทั่วไป

(6) ลักษณะที่ถาวรของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาล⁶⁵ (Permanence) ลักษณะประการสุดท้ายของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษาของศาล ก็คือ ลักษณะความมั่นคงถาวรของหลักเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้น ลักษณะความมั่นคงถาวรและความยาวนานของหลักกฎหมายจากคำพิพากษาเป็นสิ่งที่ทำให้สามารถพิสูจน์ถึงความมีอยู่ของกฎเกณฑ์จากคำพิพากษา ลักษณะพิเศษในประการนี้ไม่ได้เป็นอุปสรรคในกรณีและผู้ฟ้องคดีมีความแน่วแน่ในการที่จะโน้มน้าวศาลถึงความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาแล้วนั้น

2.5 ความชอบธรรมตามกฎหมายของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกิดจากคำพิพากษา⁶⁶ (La légitimité du droit jurisprudentiel)

(1) ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานกับฝ่ายนิติบัญญัติ ผู้ร่างกฎหมายสามารถทำให้คำพิพากษาสิ้นผลบังคับได้โดยการบัญญัติกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ไปในทางที่แตกต่างกับแนวคำพิพากษาของศาล แต่อย่างไรก็ดี การนิ่งเฉยของผู้ร่างกฎหมายก็อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการให้ความเห็นชอบต่อแนวคำพิพากษาที่ศาลได้สร้างขึ้นนั้น

(2) ความสัมพันธ์ระหว่างแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานกับผู้พิพากษาหรือตุลาการ ในทางกฎหมายแล้วผู้พิพากษาศาลาการที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ถูกผูกพันโดยกฎเกณฑ์ที่ศาลได้สร้างขึ้นซึ่งไม่เหมือนกับการที่ศาลต้องผูกพันต่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร ศาลสามารถที่จะพิจารณาพิพากษาคดีไปในทางที่แตกต่างจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานได้เสมอ⁶⁷ แต่อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศฝรั่งเศส ในทางปฏิบัติแล้ว เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้ประกาศหรือกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หรือได้สร้างหลักกฎหมายอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมาในคำพิพากษาหนึ่ง ๆ แล้ว ก็ย่อมหมายความว่า

⁶³ ibid.

⁶⁴ ibid.

⁶⁵ ibid.

⁶⁶ ibid 85.

⁶⁷ ibid.

ว่าศาลปกครองสูงสุดมีความเชื่อมั่นว่าหลักการนั้นๆ เป็นสิ่งที่ถูกต้องสมบูรณ์ และเป็นหลักกฎหมายที่ศาลจะยึดถือปฏิบัติต่อไป การเชื่อมั่นต่อหลักกฎหมายที่ศาลสร้างขึ้นนี้ก็จะเป็นไปเพื่อรับรองต่อปัจเจกชนในความมั่นคงแห่งนิติฐานะของระบบกฎหมาย⁶⁸ (la sécurité juridique)

อย่างไรก็ดี การกลับหลักกฎหมายที่เกิดขึ้นตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนหน้านี้ ก็ไม่ใช่สิ่งที่ต้องห้ามแต่อย่างใด⁶⁹ ผู้พิพากษาปฏิบัติหน้าที่ในทางการสร้างหลักกฎหมายทั่วไป (La fonction normative) โดยไม่จำเป็นต้องเคารพต่อหลักการไม่มีผลย้อนหลัง⁷⁰ (Le principe de non rétroactivité) ที่เป็นหลักซึ่งใช้บังคับแก่การกระทำในทางนิติบัญญัติหรือการสร้างหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทุกประเภท (Toute activité normative) และเมื่อมีการแก้ไขหรือปรับเปลี่ยนหลักในแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานแล้ว หลักกฎหมายทั่วไปอันใหม่ย่อมมีผลใช้บังคับสำหรับคดีข้อพิพาทที่จะเกิดขึ้นในอนาคตนับแต่ที่ศาลมีคำพิพากษากลับหลักเดิม รวมถึงมีผลบังคับแก่คดีที่จะมีการฟ้องร้องภายหลังจากที่มีคำพิพากษาวางหลักใหม่ ดังนั้น เพื่อที่จะบรรเทาข้อขัดข้องหรือความไม่สะดวก (inconvenient) กฎเกณฑ์ทางกฎหมายใหม่นี้ควรจะถูกสร้างขึ้นเมื่อคดีพิพาทที่เป็นที่มาของการสร้างหลักกฎหมายใหม่ดังกล่าวนี้ จะต้องมีผลไปสู่การพิจารณาพิพากษาไปในทางที่ยกคำฟ้องเช่นเดียวกับคำวินิจฉัยในคดีพิพาทที่เป็นต้นเหตุของการสร้างหลักก่อนหน้า ซึ่งลักษณะเช่นนี้ก็ไม่ใช่ว่าจะเป็นไปได้เสมอไป และในเรื่องนี้ ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสก็ได้มีคำวินิจฉัยไปในแนวทางที่แตกต่างจากศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ โดยศาลปกครองสูงสุดปฏิเสธที่จะสร้างความแตกต่างของผลที่จะเกิดของหลักกฎหมายทั่วไปที่สร้างขึ้นที่จะมีผลแตกต่างกันไปเมื่อเวลาเปลี่ยนไป ดังที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยไปในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง⁷¹

2.6 การมีผลบังคับของคำพิพากษาของศาล⁷² (La force des décisions de justice)

(1) การมีผลบังคับของคำวินิจฉัยชี้ขาดตัดสิน⁷³(L'autorité des décisions de justice) คำพิพากษาอันเป็นที่สุดจากกระบวนการพิจารณาพิพากษานั้น จะมีลักษณะที่เด็ดขาดที่มีผลผูกพันบุคคลทั่วไป (L'autorité de la chose jugée) คำวินิจฉัยของศาลจึงมีพลังอำนาจแห่งความจริงทางกฎหมาย และมีผลผูกพันต่อหน่วยงานทางปกครองในฐานะที่เท่าเทียมกับบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งฝ่ายปกครองมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตาม หรือบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล

⁶⁸ ibid.

⁶⁹ ibid.

⁷⁰ ibid.

⁷¹ ibid.

⁷² Marie-Christine ROUAULT, *Droit administratif et institutions administratives* (n 5) 86-87.

⁷³ ibid 86.

(2) ในส่วนที่เกี่ยวกับคำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁷⁴ (Les décisions du Conseil constitutionnel) เป็นไปตามมาตรา 62 แห่งรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ซึ่งบัญญัติว่า คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันผู้ทรงอำนาจรัฐทุกฝ่าย รวมทั้งเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและฝ่ายตุลาการด้วย แต่อย่างไรก็ดี ไม่มีบทลงโทษสำหรับการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรานี้ เว้นแต่คดีที่ฟ้องร้องต่อศาลปกครอง หรือต่อศาลยุติธรรม และมีการส่งประเด็นโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นการลงโทษทางอ้อม

(3) คำวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตุลาการอื่น ๆ ได้แก่ ศาลปกครองและศาลยุติธรรมที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งหลายในนามของประชาชน บรรดาคำพิพากษาขององค์กรตุลาการทั้งสององค์กรนี้ ย่อมยุติลงที่การออกคำสั่งบังคับที่จะต้องมีการดำเนินการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลต่อไป โดยฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องจะต้องร่วมมือกันโดยอาศัยอำนาจมหาชนเพื่อที่จะประกันการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยมีคำสั่งบังคับแก่เอกชนคนใดคนหนึ่ง และในกรณีที่เป็นการเพิกถอนกฎ ความเด็ดขาดและการมีผลบังคับของคำพิพากษานั้นไม่ได้ถูกจำกัดเฉพาะคู่กรณีในคดีพิพาทเท่านั้น แต่คำพิพากษาเพิกถอนกฎนั้นมีผลผูกพันเป็นการทั่วไป⁷⁵ (L'effet erga omnes) เมื่อมีการเพิกถอนกฎแล้ว ย่อมถือเสมือนว่ากฎนั้นไม่เคยมีผลบังคับอยู่เลย และไม่สามารถนำมาบังคับใช้แก่บุคคลใด ๆ ก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นคู่กรณีในคดีหรือไม่ก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่อาจจะออกคำสั่งโดยอาศัยกฎที่ศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ⁷⁶ (La doctrine)

คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) หมายถึง ผลงานหรือข้อเขียนที่ผู้เขียนได้เสนอข้อความคิด แสดงความเห็น หรือให้ข้อเสนอแนะทางวิชาการ มีลักษณะเป็นการนำเสนอองค์ความรู้ ผ่านงานเขียนหลากหลายรูปแบบ ได้แก่ หนังสือ ตำรา คู่มือ คำสอน บทความทางวิชาการกฎหมาย บทวิเคราะห์ความเห็นต่อบทบัญญัติกฎหมายหรือต่อคำพิพากษาของศาล พจนานุกรมหรือสารานุกรมที่อธิบายความหมายและให้ข้อมูลความรู้ทางกฎหมายของคำและข้อความคิดทางกฎหมาย รวมถึงเอกสารคำบรรยายในชั้นเรียน ซึ่งคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการเหล่านี้ไม่ได้มีผลเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย โดยทั่วไปแล้ว คำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ ส่วนใหญ่ก็จะเป็นผลงานของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย แต่อย่างไรก็ดี หากพิจารณาบทบาทของศาลต่าง ๆ ของทุกประเทศทั่วโลกในปัจจุบันนี้ จะพบว่า นอกจากตุลาการจะทำหน้าที่ในทางตุลาการแล้ว ตุลาการของทุกศาลยังกลายเป็นผู้มีบทบาทใหม่ในทางวิชาการอีกด้วย จึงเกิดคำเรียกขานตุลาการประเภทนี้ว่า “ตุลาการผู้ให้ความรู้หรือตุลาการผู้อธิบายทางวิชาการ” (Le juge pédagogue) ซึ่งนอกจากจะเป็นการบรรยายให้

⁷⁴ ibid 86.

⁷⁵ ibid 86-87.

⁷⁶Jean-Luc AUBERT, *Introduction au droit*, 87-88 ; Mathieu DISANT, ‘La doctrine du juge entre pédagogie et source du droit’ <<https://books.openedition.org/putc/434?lang=fr>> accessed 28 aout 2019.

ความรู้ในลักษณะเช่นเดียวกับอาจารย์ในมหาวิทยาลัยแล้ว ในประการสำคัญยังหมายความรวมถึงการที่ตุลาการได้ สอดแทรกคำอธิบายทางวิชาการ รวมทั้งหยิบยกอ้างอิงทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ มาใส่ไว้ในคำพิพากษา

โดยระบบนิติวิธีทั่วไปแล้ว หลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการเหล่านี้มีส่วนอย่างสำคัญ ในการสร้างกฎหมายทั่วไป ด้วยการเสนอแนะหลักการที่มีส่วนสำคัญในการหาทางออกหรือแนะแนวทางการ แก้ไขปัญหาในคำพิพากษาของศาล หรือการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ นอกจากนี้ คำสอนทางตำราก็มีส่วนอย่างมากต่อการสร้างคำพิพากษาของศาลที่มีความเหมาะสมสอดคล้องต่อการ แก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมแต่ละช่วงเวลา ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายหลักของศาลที่จะวินิจฉัยชี้ขาดหรือตัดสิน ปัญหาให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม นอกจากนี้ คำอธิบายทางวิชาการยังมีบทบาทสำคัญต่อการปรับปรุงหรือ ปฏิรูประบบกฎหมายในอนาคตอีกด้วย หากไม่มีความพยายามที่จะจัดระบบให้แก่หลักกฎหมายทั่วไปแล้ว จะเห็นได้ว่าในการปรับใช้กฎหมายเราอาจตีความเทียบเคียงโดยพิจารณาจากบริบทของบทบัญญัติ ของกฎหมาย และสร้างคำวินิจฉัยที่ไม่สอดคล้อง แตกต่าง และไม่มีประสิทธิภาพ คำสอนหรือคำอธิบาย ทางวิชาการ (La doctrine) อาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ดังนี้⁷⁷

3.1 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของนักวิชาการ (La doctrine universitaire)

หลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการอันเกิดจากความเห็นของนักวิชาการหรืออาจารย์ ในมหาวิทยาลัยทั้งหลายนั้น โดยทั่วไปแล้วไม่ได้เป็นการสร้างหลักกฎหมายที่มีผลบังคับโดยตรง แต่มีผล โดยทางอ้อมในการชี้แนะหรือแนะแนวทางให้แก่ผู้ที่มีอำนาจโดยตรงที่จะนำไปออกหลักเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็น กฎหมายต่อไป ซึ่งหลักคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการนี้มีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการสร้างรากฐานให้แก่ ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส แม้จะโดยทางอ้อมก็ตาม และจะพบว่าตลอดเวลาที่ผ่านมา มีกฎเกณฑ์ ทางกฎหมายจำนวนมากทั้งที่ตราเป็นบทบัญญัติกฎหมายและที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลเป็นกฎเกณฑ์ ทางกฎหมายที่มีที่มาจากคำสอนหรือคำอธิบายทางตำรา หรือผลงานทางวิชาการของนักวิชาการ ทางด้านกฎหมาย เช่น คำสอน คำอธิบาย หรือทฤษฎีกฎหมายของศาสตราจารย์โมริช ออริอู⁷⁸ (Maurice Hauriou) และศาสตราจารย์เล-อง ดูกีต์⁷⁹ (Léon Duguit) นักวิชาการกฎหมายมหาชนคนสำคัญของฝรั่งเศส เป็นต้น บทบาทของนักวิชาการในมหาวิทยาลัยแสดงออกโดยผ่านงานเขียนข้อความคิดในตำรากฎหมาย และ บทความทางวิชาการมากมาย รวมทั้งปรากฏในคำบรรยายในชั้นเรียน และเมื่อนักวิชาการบางท่านได้รับ

⁷⁷ Mathieu DISANT (n 76).

⁷⁸ ศาสตราจารย์ โมริช ออริอู (Maurice Hauriou) (17 สิงหาคม 1856 – 12 มีนาคม 1929) แห่งสำนักกฎหมายเมืองตูลูส (École de Toulouse) ประเทศฝรั่งเศส ได้รับการยกย่องเป็นบิดาแห่งกฎหมายปกครองของฝรั่งเศสที่ได้วางรากฐานทฤษฎี อำนาจมหาชน (Théorie de la puissance publique)

⁷⁹ ศาสตราจารย์ เล-อง ดูกีต์ (Léon Duguit) (4 กุมภาพันธ์ 1859 -18 ธันวาคม 1928) แห่งสำนักกฎหมายเมืองบอร์กโดซ์ (École de Bordeaux) ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นผู้อธิบายทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ (Théorie du service public)

แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการ ข้อความคิดทางวิชาการก็ปรากฏออกมาในรูปของคำอธิบายในฐานะตุลาการ ในองค์คณะขององค์กรตุลาการอีกด้วยในกรณีที่นักวิชาการดังกล่าวได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการ

3.2 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของศาล⁸⁰ (La doctrine jurisprudentielle – La doctrine du juge)

หากพิจารณาบทบาทของศาลต่าง ๆ ของทุกประเทศทั่วโลกในปัจจุบันนี้ จะพบว่า นอกจากผู้พิพากษาตุลาการจะทำหน้าที่ในทางตุลาการแล้ว ผู้พิพากษาตุลาการของทุกศาลยังกลายเป็นผู้มีบทบาทใหม่ในทางวิชาการอีกด้วย จึงเกิดคำเรียกขานตุลาการประเภทนี้ว่า “ตุลาการผู้ให้ความรู้หรือตุลาการผู้สอน”⁸¹ (Le juge pédagogue) ซึ่งนอกจากจะเป็นการบรรยายให้ความรู้ในหลักสูตรต่าง ๆ ลักษณะเช่นเดียวกับอาจารย์ในมหาวิทยาลัยแล้ว ในประการสำคัญยังหมายความรวมถึงการที่ตุลาการได้สอดแทรกคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ รวมทั้งหยิบยกอ้างอิงทฤษฎีกฎหมายต่าง ๆ ไว้ในคำพิพากษา

ผลงานที่มีลักษณะเป็นคำอธิบายหรือคำสอนทางวิชาการของตุลาการ โดยส่วนใหญ่แล้ว จะปรากฏอยู่ในมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และมติของที่ประชุมใหญ่ของแผนกคดีปกครองในศาลปกครองสูงสุด รวมทั้ง คำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี และในบางครั้งจะพบหลักคำสอนทางวิชาการในบันทึกความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อย

ในการที่ศาลทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีนั้น อาจมีบางกรณีที่ศาลได้สอดแทรกข้อความคิดหรือแสดงความเห็นบางประการที่นอกเหนือไปจากประเด็นแห่งคดีที่พิพาท ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลที่ เป็นความรู้ อันมีลักษณะเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายทั่วไป เทคนิคเช่นนี้มีชื่อเรียกเป็นภาษาลาตินว่า “*Obiter dictum*”⁸² ซึ่งมีที่มาจากระบบการพิจารณาคดีของประเทศในกลุ่มแองโกล-แซกซอน

3.3 หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการของฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative)

โดยที่องค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมาย ฝ่ายปกครองจึงเป็นผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการบังคับการตามบทบัญญัติของกฎหมาย จะเห็นว่าในทางปฏิบัติ องค์กรฝ่ายปกครองเองก็มีการวางแผนปฏิบัติ หรือจัดทำคำอธิบายแนวทางการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้ง มีการประมวลผลการปฏิบัติงานอันนำไปสู่การให้ความเห็นและข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย นอกจากนี้ ภายในระบบองค์กรฝ่ายปกครองเอง ก็มีหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมาย ดังเช่น แผนกรายงานการศึกษาและการวิจัย (La section du rapport et des études) ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส หรือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาของประเทศไทย ซึ่งมีบทบาทสำคัญในการพัฒนา

⁸⁰ Mathieu DISANT (n 76).

⁸¹ *ibid.*

⁸² Marie LANNOY, *Les obiter dicta du Conseil d’Etat statuant au contentieux* (2016).

กฎหมายทุกประเภท โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จึงถือว่าเป็นผลงานทางวิชาการกฎหมายที่มีส่วนต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองซึ่งศาลอาจนำมาเป็นข้อมูลความรู้ในการพิจารณาพิพากษาคดีได้ นอกจากนี้ บันทึกรื้อข้อสังเกตของเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบันทึกรื้อข้อสังเกตของศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์ที่เป็นจุดเริ่มต้นของการเผยแพร่ทฤษฎีกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายปกครองร่วมสมัยของประเทศไทย

4. บทสรุป

จากการที่ได้ศึกษาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาล (La jurisprudence) และหลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ (La doctrine) ทำให้ทราบว่า บ่อเกิดของกฎหมายปกครองที่มีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรทั้งสองประการนั้น เป็นผลงานทางความคิดและการใช้สติปัญญาของนักกฎหมาย 2 สายงานหลัก คือ ผู้พิพากษาศาลฎีกา และนักวิชาการกฎหมาย ทั้งนักวิชาการในมหาวิทยาลัย นักวิชาการในองค์กรฝ่ายปกครองอย่างคณะกรรมการกฤษฎีกาของไทย หรือสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสในงานให้ความเห็นทางกฎหมายและศึกษาค้นคว้าทางวิชาการ รวมทั้งผู้พิพากษาศาลฎีกาที่พัฒนาบทบาทการเป็นนักวิชาการในเวลาเดียวกันกับการทำหน้าที่ตุลาการ นักกฎหมายทั้งสองฝ่ายต่างฝ่ายต่างทำหน้าที่ในลักษณะที่มีการปะทะสังสรรค์กันทางความคิด อันนำมาสู่ผลผลิตทางกฎหมายซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่มีใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” (Les principes généraux du droit) และหากพิจารณากระบวนการในการก่อกำเนิดหลักกฎหมายทั่วไปอย่างลึกซึ้งแล้วจะพบว่า บทบาทสำคัญอยู่ที่การสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาของศาล กล่าวคือ หลักกฎหมายที่เกิดจากคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการ โดยเฉพาะนักวิชาการในมหาวิทยาลัย นักวิชาการในองค์กรฝ่ายปกครอง เป็นแหล่งกำเนิดของกฎหมายทางอ้อมที่ศาลจะหยิบยืมมาใช้และพัฒนาเป็นแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปที่สกัดออกมาจากแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานทั้งหลายที่ศาลได้วางหลักไว้ แสดงให้เห็นถึงบทบาทของศาลในการสร้างและพัฒนากฎเกณฑ์ที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมาย (Le pouvoir normatif des juges) นอกจากนี้แล้ว จากการศึกษาเพื่อจัดทำบทความนี้ ทำให้ทราบอีกด้วยว่า ในการทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั้น ผู้พิพากษาศาลฎีกาอาจทำหน้าที่ให้ความรู้ หรือสอดแทรกคำสอนหรือคำอธิบายทางวิชาการไปในเวลาเดียวกันได้ (Le juge pédagogue) อันจะเป็นส่วนสำคัญที่ศาลจะสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปโดยตรง ดังกรณีที่ศาลสอดแทรกข้อมูลอันเป็นองค์ความรู้เข้าไปในคำพิพากษา ด้วยวิธีการที่เรียกว่า *Obiter dictum* ดังกล่าวไว้แล้วในบทความนี้ ซึ่งมีความน่าสนใจที่จะศึกษาเทคนิคที่ว่านี้ในเชิงลึกต่อไป

หากพิจารณาคำว่า “แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน” หรือ Jurisprudence นั้น มีรากศัพท์มาจากภาษาละตินว่า “*Jurisprudentia*” ซึ่งมีความหมายว่า “กฎหมายของผู้สุ่มรอบรอบ” (Le droit des prudents) อันมีนัยว่า เป็นกฎหมายที่ปรับใช้หรือพัฒนาขึ้นโดยปราชญ์ผู้ทรงภูมิความรู้ (Des personnes sages)

ที่สามารถแยกแยะระหว่าง “ความถูกต้อง” (Le juste) และ “ความไม่ถูกต้อง” (L'injuste) ดังนั้น แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลจึงเป็นศาสตร์ทางกฎหมายหรือนิติศาสตร์ที่ผสมผสานการใช้อย่างสุขุมรอบคอบและด้วยความปราดเปรื่องของผู้พิพากษาตุลาการ (La science de droit mêlant prudence et sagesse) ทั้งนี้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลอันเป็นข้อดีของฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่สามารถตรากฎหมายให้ครอบคลุม ครบถ้วน โดยไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับบริบททางสังคมที่เปลี่ยนแปลงและพัฒนาไป เป็นเหตุผลให้ศาลต้องทำหน้าที่สร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้บังคับเพื่ออุดช่องว่างของกฎหมาย หรือจะด้วยเหตุผลที่เป็นคุณลักษณะหรือธรรมชาติของการใช้อำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเอง ทำให้ศาลมีบทบาทสำคัญในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายทั่วไปผ่านการวางแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่บทบาทของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสในการสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานอันนำไปสู่การสร้างหลักกฎหมายปกครองทั่วไป นั้น เป็นพัฒนาการที่ควบคู่ไปกับพัฒนาการของศาลปกครองที่เป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่ทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาททางปกครอง และการแยกศาลยุติธรรมออกจากกิจกรรมอันเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง จึงเป็นธรรมดาอยู่เองที่ศาลปกครองฝรั่งเศสจะสกัดกั้นไม่ให้มีการนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับคดีปกครอง ด้วยการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองขึ้นใช้บังคับแก่คดีพิพาททางปกครองที่เข้าสู่ศาลปกครอง

สำหรับ ประเทศไทยหากย้อนพิจารณาในทางประวัติศาสตร์ความเป็นมาของการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว จะเห็นว่ามิได้แตกต่างจากศาลปกครองฝรั่งเศสนัก กล่าวคือ ศาลปกครองไทยพัฒนามาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยที่ยังอยู่ภายใต้อำนาจของนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร หลักกฎหมายปกครองของไทยที่พัฒนาขึ้นนับตั้งแต่ยุคของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ต่อเนื่องมาจนถึงยุคที่มีศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการสมบูรณ์แบบแล้ว ถือได้ว่าเป็นความจำเป็นโดยลักษณะธรรมชาติของการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระบบศาลคู่ที่จะต้องมีการแยกความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างหลักกฎหมายเอกชนกับหลักกฎหมายมหาชน กล่าวโดยเฉพาะคือหลักกฎหมายปกครอง

จากการสำรวจแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของประเทศไทยก็จะพบว่า ศาลปกครองไทยยอมรับเป็นหลักการว่า ในกรณีที่ไม่มียุติบัญญัติกฎหมายปกครองที่จะใช้บังคับแก่คดี ศาลสามารถนำหลักกฎหมายปกครองทั่วไปมาปรับใช้ได้ และตลอดเวลา นับแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้พัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติและในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติ ดังตัวอย่างเช่น มติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ 6/2544 เกี่ยวกับคำจำกัดความของสัญญาทางปกครอง ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักเกณฑ์เพิ่มเติมจากนิยามตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยนำหลักกฎหมายว่าด้วยสัญญาทางปกครองมาอธิบายไว้ โดยเฉพาะการปรับใช้หลักกฎหมายว่าด้วยบริการสาธารณะและ

หลักการว่าด้วยเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง หรือหลักกฎหมายปกครองทั่วไปในส่วนวิธีบัญญัติที่ปรากฏเป็น แนวคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองไทย เช่น หลักการว่าด้วยการห้ามพิพากษาเกินคำขอ และหลักการว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมคำฟ้อง ฯลฯ

กล่าวโดยสรุป บทบาทของศาลปกครองสูงสุดในการสร้างและพัฒนาแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน โดยอาจจะพัฒนาขึ้นเองโดย “ตุลาการ-นักวิชาการ” (Des juges pédagogues) หรือโดยการนำข้อความคิด และความเห็นของนักวิชาการในมหาวิทยาลัย (La doctrine universitaire) หรือหลักทางวิชาการที่เกิดจากความเห็นในฝ่ายปกครอง (La doctrine administrative) เป็นบ่อเกิดที่สำคัญที่จะนำไปสู่การสร้าง “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” (Les principes généraux du droit) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่สำคัญ และบทบาทในการสร้างและพัฒนากฎหมายที่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายของศาลปกครองในลักษณะเช่นนี้จะเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้ปรัชญาของศาลปกครองในระบบศาลคู่ ประสบผลสำเร็จ

นโยบายและมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงทางสังคมสำหรับสังคมสูงวัย:
ศึกษากรณีการเตรียมความพร้อมในการจ้างงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน*

Policies and Measures to Improve the Law to Create Social Stability for an Aging Society :
A Case Study of the Preparation for Employment of the Elderly in the Private Sector

ฉานิต์ สันตะพันธุ์[†]

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Chanit Suntapun

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

พัชรวรรณ นุชประยูร[‡]

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

Bajrawan Nuchprayool

Graduate School of Law, National Institute of Development Administration

วันที่รับบทความ 23 สิงหาคม 2566; วันที่แก้ไขบทความ 19 พฤศจิกายน 2566; วันที่ตอบรับบทความ 23 ธันวาคม 2566

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อเสนอแนะมาตรการ และกลไกทางกฎหมายในการพัฒนาระบบการจ้างแรงงานภาคเอกชนให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย จากสถานการณ์ในปัจจุบัน ประเทศไทยกำลังจะกลายเป็น “สังคมสูงวัยอย่างสมบูรณ์” ผู้สูงอายุเหล่านี้บางส่วนเข้าสู่

* บทความนี้เป็นผลของโครงการศึกษาวิจัยเรื่อง “นโยบายและมาตรการในการปรับปรุงกฎหมายเพื่อสร้างความมั่นคงทางสังคมสำหรับสังคมสูงวัย : ศึกษากรณีการเตรียมความพร้อมในการจ้างงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน” ซึ่งได้รับทุนสนับสนุนจากกองทุนส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (ววน.) สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมวิทยาศาสตร์ วิจัยและนวัตกรรม (สกสว.) และนำเสนอในการประชุมวิชาการระดับชาติ เนื่องในวันสถาปนาสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ วันที่ 17 สิงหาคม 2566.

[†] อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์, ผู้อำนวยการหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรติคุณนิคมติมา) Université Aix Marseille, สาธารณรัฐฝรั่งเศส
ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240 Email: chanit.sun@nida.ac.th

[‡] ผู้ช่วยศาสตราจารย์, ผู้อำนวยการหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรติคุณสูงสุด) Université Paul Cézanne-Aix Marseille III, สาธารณรัฐฝรั่งเศส
ที่อยู่: เลขที่ 148 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น เขตบางกะปิ กรุงเทพฯ 10240 Email: bajrawan.n@nida.ac.th

ตลาดแรงงานหรือยังคงทำงานอยู่ เมื่อสำรวจการคุ้มครองสภาพการจ้างงานผู้สูงอายุในกฎหมายไทยพบว่า ไม่มีการกำหนดการคุ้มครองสภาพการจ้างงานไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น เพื่อให้การคุ้มครองแรงงานสูงอายุ มีความชัดเจน และเป็นการปกป้องสิทธิของผู้สูงอายุให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศไม่ให้เกิด การเลือกปฏิบัติต่อแรงงานสูงอายุ จึงเห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพิ่มนิยามของ “ผู้สูงอายุ” ให้สอดคล้องกับนิยามของคำว่าผู้สูงอายุตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2562 เพิ่มหมวด 4/1 การใช้แรงงานผู้สูงอายุ มีมาตรการคุ้มครองสิทธิให้การจ้างงานคำนึงถึงเพศ ช่วงอายุ ข้อจำกัดเกี่ยวกับสภาพร่างกาย กำหนดลักษณะงาน และสภาพการทำงานที่เหมาะสม

คำสำคัญ : การจ้างแรงงาน, ผู้สูงอายุไทย, การคุ้มครองแรงงาน, สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์

Abstract

According to the current situation, Thailand is becoming “complete-aged society”. Some of these elderly people have entered the labor market or are still working. When surveying the protection of employment conditions for the elderly in Thai legal system, it was found that there is no specific protection for working conditions. Therefore, in order to protect the elderly workers clearly and to comply with international agreement and to prevent discrimination against older workers. There should be an amendment to the Labor Protection Act B.E. 2541 as follows. Added the definition of “elderly” to be in line with the definition of the term “elderly” according to the Elderly Act B.E. 2562. Add Section 4/1, the use of elderly labor. There must be measures to protect the rights of older workers by prescribing employment taking into account gender, age range, physical condition limitations and also specifying the nature of the job and suitable working conditions.

Keywords: labor employment, Thai elderly, labor protection, complete-aged society

1. บทนำ

ในบทความฉบับนี้แบ่งหัวข้อการนำเสนอเป็น 3 ส่วน ได้แก่ **ส่วนที่ 1 บทนำ** นำเสนอความเป็นมาของโครงการ วัตถุประสงค์ ขอบเขตของการศึกษา ระเบียบวิธีวิจัย และประโยชน์ที่ได้จากการศึกษา **ส่วนที่ 2 ผลการศึกษา** นำเสนอ ข้อความคิดเกี่ยวกับการจ้างงานและการคุ้มครองการจ้างงานผู้สูงอายุ มาตรการและกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและการคุ้มครองการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในต่างประเทศและประเทศไทย และ บทวิเคราะห์ จากนั้นจึงเป็น **ส่วนที่ 3 บทสรุปและข้อเสนอแนะ** เกี่ยวกับการเตรียมความพร้อมในการจ้างแรงงานและการคุ้มครองการจ้างงานผู้สูงอายุในประเทศไทย

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

สถานการณ์ใน พ.ศ. 2563 ประชากรไทยมีจำนวนรวม 66.5 ล้านคน โดยมีอัตราส่วนเพศเป็นผู้ชาย 93 คนต่อผู้หญิง 100 คน และมีผู้สูงอายุ 60 ปีขึ้นไป 12 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 18.1 ของประชากรทั้งหมด จากรายงานสถานการณ์ผู้สูงอายุไทยใน พ.ศ. 2563¹ ซึ่งจัดทำโดยมูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย (มส.ผส.) ตามที่ได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการผู้สูงอายุแห่งชาติ ได้สรุปว่าโครงสร้างอายุของประชากรไทยได้เปลี่ยนแปลงอย่างมากในรอบครึ่งศตวรรษที่ผ่านมาจากประชากรเยาว์วัยมาเป็นประชากรสูงวัยใน พ.ศ. 2513 ประเทศไทยมีประชากรสูงอายุ 60 ปีขึ้นไปเพียง 1.7 ล้านคน หรือคิดเป็นร้อยละ 4.9 ของประชากรทั้งหมด แต่ใน พ.ศ. 2563 ประชากรสูงอายุได้เพิ่มเป็น 12 ล้านคน คิดเป็นร้อยละ 18.1 ของประชากรทั้งหมด² ด้วยสถานการณ์ในปัจจุบันที่ประชากรไทยกำลังเพิ่มช้าลงอย่างต่อเนื่องและในอนาคตอีก 20 ปีข้างหน้าอัตราการเพิ่มประชากรไทยจะยิ่งช้าลงจนถึงขั้นติดลบ แต่ในขณะเดียวกันประชากรสูงอายุกลับเพิ่มขึ้นด้วยอัตราที่สูงมาก ทั้งนี้ ในพ.ศ. 2565 ประเทศไทยกำลังจะกลายเป็น “สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์”³ ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยใช้เวลา 17 ปี จากการเป็นสังคมสูงอายุ⁴ ใน พ.ศ. 2548 จะเห็นได้ว่าแนวโน้มของผู้สูงอายุมีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งส่งผลต่อการเข้าสู่ตลาดแรงงานของผู้สูงอายุ โดยรายงานสถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ. 2563 ได้สรุปผลการศึกษางานของผู้สูงอายุพบว่า ในกลุ่มอายุ 60-64 ปีมีผู้สูงอายุที่มีงานทำร้อยละ 55.5 และในกลุ่มอายุ 65-69 ปี มีผู้ที่มีงานทำร้อยละ 41.4⁵

¹ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย, *สถานการณ์ผู้สูงอายุไทย พ.ศ. 2563* (สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล 2564) <<https://thaitgri.org/?wpdmpo=รายงานสถานการณ์ผู้สูง-10>>

² เฟิ่งอ่าง 48.

³ “สังคมสูงอายุอย่างสมบูรณ์” (Complete-aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20 ของประชากรทั้งหมด (หรือประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 14)

⁴ “สังคมสูงอายุ” (Aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 10 ของประชากรทั้งหมด (หรือประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 7)

⁵ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย (เชิงอรรถ 1) 11.

จากการสำรวจการทำงานของผู้สูงอายุในประเทศไทย พ.ศ. 2564 ของสำนักงานสถิติแห่งชาติ⁶ ใน พ.ศ. 2560-2564 มีจำนวนผู้สูงอายุที่ทำงานเพิ่มสูงขึ้นจาก 4.06 ล้านคน ใน พ.ศ. 2560 เป็น 4.36 ล้านคน ใน พ.ศ. 2561 และลดลงเล็กน้อยเป็น 4.23 ใน พ.ศ. 2563 หลังจากนั้นเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เป็น 4.88 ล้านคน ใน พ.ศ. 2564 ดังปรากฏตามแผนภูมิด้านล่างนี้ โดยผู้สูงอายุที่ทำงานส่วนใหญ่เป็นผู้ปฏิบัติงานที่มีฝีมือด้านเกษตรและประมง ร้อยละ 60.8 รองลงมาเป็นพนักงานบริการและผู้จำหน่ายสินค้า ร้อยละ 18.2 ช่างฝีมือและผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้อง ร้อยละ 7.7 และผู้ประกอบการอาชีพงานพื้นฐานร้อยละ 6.5 ส่วนที่เหลือกระจายอยู่ในอาชีพอื่น ๆ โดยเมื่อพิจารณาตามกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญ พบว่า ผู้สูงอายุส่วนใหญ่ทำงานในภาคเกษตรกรรม ร้อยละ 62.8 รองลงมาเป็นภาคการบริการและการค้าร้อยละ 27.4 และภาคการผลิตร้อยละ 9.8⁷

เมื่อพิจารณาสภาพการทำงานของผู้สูงอายุพบประเด็นปัญหาจากการทำงาน 3 ประการสำคัญ ได้แก่⁸

1) ปัญหาจากความไม่ปลอดภัยในการทำงาน และปัญหาจากสภาพแวดล้อมในการทำงาน พบว่า ปัญหาจากการทำงานของผู้สูงอายุส่วนใหญ่มีปัญหาเรื่องค่าตอบแทนร้อยละ 50.3 รองลงมาเป็นงานขาดความต่อเนื่อง ร้อยละ 19.6 และงานหนัก ร้อยละ 18.2

2) ปัญหาจากความไม่ปลอดภัยในการทำงานของผู้สูงอายุส่วนใหญ่เป็นการได้รับสารเคมีเป็นพิษ ร้อยละ 63.9 รองมาเป็นเครื่องจักร/เครื่องมือที่เป็นอันตราย ร้อยละ 15.5 และการได้รับอันตรายต่อระบบหู/ตา ร้อยละ 5.1

3) ปัญหาจากสภาพแวดล้อมในการทำงานของผู้สูงอายุส่วนใหญ่มีปัญหาเรื่องอริยาบถในการทำงาน ร้อยละ 50.3 รองมาเป็นการทำงานมีฝุ่น คิววัน กลิ่น ร้อยละ 20.8 แสงสว่างไม่เพียงพอ ร้อยละ 13.4

เมื่อพิจารณาจากลักษณะการทำงานของผู้สูงอายุพบว่า ผู้สูงอายุที่ทำงานส่วนใหญ่เป็นผู้ทำงานส่วนตัว โดยไม่มีลูกจ้าง (ร้อยละ 64.4) ช่วยธุรกิจครัวเรือนโดยไม่ได้รับค่าจ้าง (ร้อยละ 21.1) ลูกจ้าง (ร้อยละ 11.5) นายจ้าง(ร้อยละ 2.9) และการรวมกลุ่ม (ร้อยละ 0.1) และผู้สูงอายุทำงานเฉลี่ยประมาณ 37 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ ซึ่งถือว่าอยู่ในจำนวนชั่วโมงการทำงานปกติ โดยผู้สูงอายุเกือบร้อยละ 50 ทำงาน 35-48 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ และมีผู้ทำงานน้อยกว่า 35 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ (ร้อยละ 25.4) ในขณะที่ผู้สูงอายุที่มีชั่วโมงทำงานมากกว่า 49 ชั่วโมงขึ้นไปต่อสัปดาห์มีร้อยละ 16.1⁹

⁶ สำนักงานสถิติแห่งชาติ กระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคม, *สรุปผลที่สำคัญการทำงานของผู้สูงอายุในประเทศไทย พ.ศ. 2564* <http://service.nso.go.th/nso/nsopublish/themes/files/older_work.pdf>

⁷ เฟิงอ้าง V.unt

⁸ เฟิงอ้าง VI - VII.

⁹ เฟิงอ้าง 8-9.

จากที่กล่าวมาข้างต้น สะท้อนให้เห็นการทำงานของผู้สูงอายุในประเทศไทยว่ายังคงมีสภาพการทำงาน และเงื่อนไขในการทำงานที่ใกล้เคียงกับการทำงานตามปกติ ในขณะที่สภาพการทำงานอาจส่งผลกระทบต่อสุขภาพ และการคุ้มครองสวัสดิการในการทำงาน ซึ่งในบทความฉบับนี้จะได้นำเสนอมิติทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน เพื่อเตรียมความพร้อมและรองรับสังคมสังคมสูงอายุสมบูรณ์ (Aged Society) ของประเทศไทยต่อไป

1.2. วัตถุประสงค์

1. เพื่อศึกษาถึงสถานการณ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในระบบแรงงานภาคเอกชนของประเทศไทย และแนวทางการปฏิบัติที่ดีของต่างประเทศ
2. เพื่อเสนอแนะข้อเสนอนโยบายทางกฎหมายทั้งมาตรการ และกลไกทางกฎหมายในการพัฒนาระบบการจ้างแรงงานภาคเอกชนให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย
3. เพื่อเสนอแนะทางนโยบายให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปกำหนดแผนปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุให้สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่อไป

1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้ได้ศึกษาจากสถานการณ์ นโยบาย กฎหมาย มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงาน (employment) ในภาคเอกชน ของประเทศไทยและต่างประเทศ 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ ซึ่งเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่ได้เข้าสู่สังคมสูงอายุ (Aging Society) หรือสังคมสูงอายุสมบูรณ์ (Aged Society) และมีประสบการณ์ในการกำหนดนโยบาย มาตรการ และการตรากฎหมายในการรองรับสังคมสูงอายุที่เป็นที่ยอมรับว่าได้มาตรฐานสากล เพื่อสังเคราะห์แนวปฏิบัติที่ดี (Best practices) จากแต่ละประเทศ มาเสนอในการปรับปรุงแก้ไขมาตรการของประเทศไทย

1.4 ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษานี้เป็นการศึกษาแบบทบทวนวรรณกรรม (Documentary research) การวิเคราะห์และสังเคราะห์ความรู้จากนโยบาย กฎหมาย มาตรการ เอกสาร องค์ความรู้ งานวิจัยที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานผู้สูงอายุของประเทศไทยและต่างประเทศ 2 ประเทศ ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศอังกฤษ

1.5 ประโยชน์คาดว่าจะได้รับ

1. ทราบถึงสถานการณ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในระบบแรงงานภาคเอกชนของประเทศไทย และแนวทางการปฏิบัติที่ดีของต่างประเทศ
2. ได้ทางกฎหมายทั้งมาตรการ และกลไกทางกฎหมายในการพัฒนาระบบการจ้างแรงงานภาคเอกชนให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย

3. ได้ข้อเสนอแนะทางนโยบายให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปกำหนดแผนปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุให้สอดคล้องกับแผนยุทธศาสตร์ชาติ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานต่อไป

2. ผลการศึกษา

ในส่วนที่ 2 นี้จะประกอบด้วย 3 หัวข้อ ได้แก่ 2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการจ้างงานและการคุ้มครองการจ้างงานผู้สูงอายุ 2.2 มาตรการและกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและการคุ้มครองการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในต่างประเทศและประเทศไทย และ 2.3 บทวิเคราะห์

2.1 ข้อความคิดเกี่ยวกับการจ้างงานและการคุ้มครองการจ้างงานผู้สูงอายุ

ในหัวข้อนี้ จะนำเสนอทั้งหมด 3 หัวข้อย่อย ได้แก่ แนวคิดเกี่ยวกับผู้สูงอายุและการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุ (2.1.1) แนวคิดเกี่ยวกับการจ้างงานและการคุ้มครองแรงงาน (2.1.2) และมาตรฐานในการจ้างงานผู้สูงอายุ (2.1.3)

2.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับผู้สูงอายุและการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุ

ในหัวข้อนี้จะกล่าวถึงแนวคิดเกี่ยวกับผู้สูงอายุและสังคมผู้สูงอายุ (2.1.1.1) และหลักการและรูปแบบการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุ (2.1.1.2)

2.1.1.1 แนวคิดเกี่ยวกับผู้สูงอายุและสังคมผู้สูงอายุ

คำว่า “ผู้สูงอายุ” ได้รับการบัญญัติขึ้นครั้งแรกโดย พล.ต.ต.อรรถสิทธิ์ สิทธิสุนทร ในการประชุมระหว่างแพทย์อาวุโสและผู้สูงอายุจากวงการต่าง ๆ เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2512 จนเป็นที่เข้าใจ ยอมรับและใช้กันแพร่หลายในปัจจุบัน¹⁰ โดยหมายถึง บุคคลในวัยสุดท้ายของวงจรชีวิต ซึ่งตั้งต้นตั้งแต่วัยทารก วัยเด็ก วัยหนุ่มสาว วัยผู้ใหญ่ จนถึงวัยชรา การกำหนดเกณฑ์ว่าเมื่อใดจึงจะเรียกว่าผู้สูงอายุ ในสังคมดั้งเดิมกำหนดผู้สูงอายุโดยใช้บทบาทที่บุคคลทำอยู่ในสังคมเป็นเกณฑ์ บทบาทเหล่านี้มักจะเป็นบทบาทที่แสดงถึงความเป็นผู้นำและมีความรับผิดชอบสูง ในสังคมสมัยใหม่มักใช้อายุเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความหมายของผู้สูงอายุซึ่งแตกต่างกันไปในแต่ละสังคมซึ่งมักเป็นตัวเลขเดียวกับอายุปลดเกษียณของแต่ละประเทศนั่นเอง¹¹

¹⁰ กุลยา ตันติผลาชีวะ, การพยาบาลผู้สูงอายุ (โรงพิมพ์เจริญผล 2524) 2 อ้างถึงใน สุรกุล เจนอบรม, ‘ประชากรศาสตร์ศึกษา’, สารานุกรมศึกษาศาสตร์ (ฉบับที่ 12, คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ 2536) 35.

¹¹ สุรกุล เจนอบรม (เชิงอรรถ 10) 35.

ที่ประชุมสมัชชาโลกว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ ณ กรุงเวียนนา ประเทศออสเตรีย ได้กำหนดให้ผู้มีอายุตั้งแต่ 60 ปีถือเป็นผู้สูงอายุและให้ใช้เป็นมาตรฐานเดียวกันทั่วโลก¹² ส่วนองค์การสหประชาชาติ (United Nations) แม้ยังไม่มีนิยามที่แน่นอนว่าอายุเท่าไรจึงจะเรียกว่าเป็น “ผู้สูงอายุ” (Older/Elderly person) แต่องค์การสหประชาชาติก็ใช้อยู่ 60 ปีขึ้นไปในการนำเสนอสถิติข้อมูลและตัวชี้วัดที่เกี่ยวข้องกับผู้สูงอายุ ส่วนประเทศพัฒนาแล้วส่วนใหญ่ใช้อยู่ 65 ปีขึ้นไปเป็นเกณฑ์ในการเรียก “ผู้สูงอายุ”¹³

ส่วนคำว่า “สังคมสูงวัย” และ “สังคมสูงอายุ” มีความหมายเหมือนกันและใช้แทนกันได้

สังคมสูงวัย (Aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 10 ของประชากรทั้งหมด (หรือประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 7)

สังคมสูงวัยอย่างสมบูรณ์ (Complete aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20 ของประชากรทั้งหมด (หรือประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 14)

สังคมสูงวัยระดับสุดยอด (Super aged society) หมายถึง สังคมที่มีประชากรอายุ 60 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 28 ของประชากรทั้งหมด (หรือประชากรอายุ 65 ปีขึ้นไป มากกว่าร้อยละ 20)

สังคมสูงวัย (Ageing society) มีความหมายอีกอย่างหนึ่งคือ หมายถึง สังคมที่ประชากรกำลังมีอายุสูงขึ้น สังเกตได้จากอัตราส่วนร้อยละของประชากรสูงอายุเพิ่มสูงขึ้นเรื่อย ๆ¹⁴

สาเหตุของการเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุประกอบด้วยหลายสาเหตุ ได้แก่ การพัฒนาเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศเจริญก้าวหน้าทำให้สามารถเพิ่มสวัสดิการแก่ประชาชนได้มากขึ้น มีการพัฒนาทางด้านสาธารณสุข อนามัยโรงพยาบาลและการคมนาคมขนส่งได้อย่างทั่วถึง ขณะที่ประชาชนมีฐานะความเป็นอยู่ที่ดีขึ้นมีการบริโภคที่ถูกหลักโภชนาการ มีการศึกษา รู้จักดูแลรักษาสุขภาพอนามัย ทำให้ประชาชนมีอายุยืนมากขึ้น อีกทั้งความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและการแพทย์ รวมถึงนโยบายการวางแผนครอบครัวหรือการควบคุมการมีบุตรมีผลทำให้อัตราการเกิดลดลงอย่างรวดเร็ว การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคม ค่านิยม และทัศนคติภายในยุคที่มีการแข่งขัน ค่านิยมและทัศนคติของสังคมเปลี่ยนไปทำให้ผู้หญิงมีการแต่งงาน

¹² กองนิติการ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, คำอธิบายพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546, พระราชบัญญัติสูงอายุ พ.ศ. 2546 พระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2546 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด เทพเพ็ญวานิชย์ 2547) 169.

¹³ World Health Organization, *Definition of an older person. Proposed working definition of an older person in Africa for the MDS project*, Kowal P, Dowd JE. (Geneva: World Health Organization, 2001).

¹⁴ มูลนิธิสถาบันวิจัยและพัฒนาผู้สูงอายุไทย, *สถานการณ์ผู้สูงอายุไทย 2558* (สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล 2558) 15.

ลดลง หรือมีการหย่าร้างเพิ่มขึ้น มีบุตรน้อยลงทำให้อัตราการเกิดลดลงโครงสร้างสังคมเปลี่ยนไปมีวัยเด็กน้อยลงขณะที่มีวัยสูงอายุเพิ่มขึ้น¹⁵

ผลที่ตามมาของสังคมสูงวัยคือ รูปแบบการพึ่งพิงเปลี่ยนไป แนวโน้มสังคมผู้สูงอายุเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ทั่วโลกโดยเริ่มจากประเทศที่พัฒนาแล้วมีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและเทคโนโลยีและตามมาด้วยประเทศกำลังพัฒนา เมื่อมีผู้สูงอายุมากขึ้นทำให้ปัจจัยการผลิตทางด้านแรงงานลดลงการออมลดลง รัฐบาลจำเป็นต้องเพิ่มงบประมาณค่าใช้จ่ายทางด้านสวัสดิการและการรักษาพยาบาลเพิ่มขึ้นเพื่อดูแลและปฐมพยาบาลผู้สูงอายุมากขึ้น ทำให้การลงทุนลดลงรายได้ประชาชาติลดลง ทั้งนี้ การที่แรงงานลดลงอาจแก้ไขโดยการนำเทคโนโลยีเครื่องจักรมาใช้ทดแทนแรงงานคนหรือใช้แรงงานต่างด้าวซึ่งจะมีผลทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานมากขึ้น หากไม่มีการเตรียมความพร้อมการจัดสรรทรัพยากรแรงงานที่จะลดลงจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจและสังคมทำให้รายได้ประชาชาติลดลงได้ ดังนั้น การเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ โครงสร้างของประชากรเปลี่ยนแปลงไปมีสัดส่วนของผู้สูงอายุมากขึ้นย่อมทำให้เกิดผลกระทบทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม

2.1.1.2 หลักการและรูปแบบการคุ้มครองสิทธิผู้สูงอายุ

สิทธิของผู้สูงอายุมีลักษณะเป็นสิทธิมนุษยชนคือสิทธิซึ่งติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิด ลักษณะสำคัญของหลักสิทธิมนุษยชน คือ ความรับผิดชอบตรวจสอบได้และอยู่ภายใต้หลักนิติธรรม (Accountability and The Rule of Law) หมายถึง รัฐและองค์กรที่มีหน้าที่ในการก่อให้เกิดสิทธิมนุษยชนต้องมีหน้าที่ตอบคำถามให้ได้ว่าสิทธิมนุษยชนได้รับการปฏิบัติให้เกิดผลจริง สิทธิโดยยังไม่ได้มีการดำเนินการให้เป็นไปตามหลักสากลต้องอธิบายต่อสังคมให้ได้ว่า จะมีขั้นตอนดำเนินการต่อไปอย่างไร รัฐต้องมีมาตรการปกครองประเทศโดยใช้หลักนิติธรรม หรือปกครองโดยอาศัยกฎหมายอย่างเที่ยงธรรม ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย มีกระบวนการไม่ซับซ้อนและเป็นไปตามหลักกฎหมายมีความเท่าเทียมกันเมื่ออยู่ต่อหน้ากฎหมายโดยไม่มีผู้ใดอยู่เหนือกฎหมายได้

ปัจจุบันมีมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของผู้สูงอายุภายใต้แผนปฏิบัติการระหว่างประเทศ (1) และข้อตกลงในกรอบของเอเซีย (2)

(1) แผนปฏิบัติการระหว่างประเทศมาดริดว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ (The Madrid International Plan of Action on Ageing : MIPAA) มีโดยมีเป้าหมายหลักของการพัฒนาผู้สูงอายุใน 3 ประเด็นต่อไปนี้ คือ

ก. ผู้สูงอายุกับการพัฒนา (Older persons and development) การมีพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 และแผนพัฒนาผู้สูงอายุแห่งชาติ ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2545-2564 (ปรับปรุงแก้ไขพ.ศ. 2552) นับเป็น

¹⁵ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 'สังคมผู้สูงอายุ: นัยต่อการพัฒนาเศรษฐกิจ'

<<http://www.stou.ac.th/stouonline/lom/data/sec/Lom12/05-01.html>> สืบค้นวันที่ 4 เมษายน 2565.

เงื่อนไขสำคัญที่ได้สร้างความร่วมมือเชิงบูรณาการจากภาคส่วนต่าง ๆ ให้เข้ามามีส่วนร่วมในการจัดบริการดูแล และเอื้อประโยชน์ต่อผู้สูงอายุอย่างเป็นรูปธรรม

ข. สุขวัยอย่างสุขภาพดีและมีสุขภาวะ (Advancing health and well-being into old age) ประเทศไทยมีความโดดเด่นและความก้าวหน้าในเรื่องของความพยายามผลักดันนโยบายสาธารณะเรื่อง หลักประกันสุขภาพถ้วนหน้า (Universal Health Care Coverage) ให้แก่ประชาชนทุกกลุ่มวัยที่รวมถึง ผู้สูงอายุ โดยคนทุกกลุ่มวัยสามารถเข้ารับบริการสุขภาพโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายมาตั้งแต่พ.ศ. 2548 ผู้สูงอายุเป็น กลุ่มเป้าหมายที่จะได้รับบริการสุขภาพที่ครอบคลุมตั้งแต่การส่งเสริมสุขภาพ (Health Promotion) การ ป้องกันโรค (Prevention) และการดูแลตนเอง (Self Care Education) นอกจากนี้ ยังมีบริการด้านการ รักษาพยาบาล (Treatment) ทั้งบริการการรักษาผู้ป่วยนอก ผู้ป่วยใน การให้บริการสุขภาพที่บ้าน (Home Health Care) การเยี่ยมเยียนที่บ้านเพื่อติดตามภาวะสุขภาพผู้สูงอายุ (Health visit) รวมไปถึงจนถึงการฟื้นฟู สมรรถภาพ (Rehabilitation) ที่เน้นการให้ความรู้เพื่อการปฏิบัติ นอกจากนี้ยังมีการส่งเสริมสุขภาพจิตด้วย กิจกรรมต่าง ๆ และให้การสนับสนุนวัสดุอุปกรณ์ที่จำเป็นสำหรับผู้สูงอายุ อาทิ กายอุปกรณ์เพื่อช่วยเรื่องการ เคลื่อนไหว เช่น ไม้เท้า, รถเข็น, ไม้ค้ำยัน ฯลฯ

ค. การสร้างความมั่นใจว่าจะมีสภาพแวดล้อมที่เกื้อหนุนและเหมาะสม (Ensuring enabling and supportive environment) การดำเนินงานที่ผ่านมานับตั้งแต่พระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 มีผลบังคับ ใช้ ประเทศไทยโดยความร่วมมือของภาครัฐ และเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมดำเนินงานด้านผู้สูงอายุมากขึ้นเป็น ลำดับ มีความพยายามที่จะริเริ่มที่จัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้สูงอายุในการเข้าใช้บริการได้อย่าง สะดวกสบายมากขึ้น อาทิ การจัดให้มีห้องน้ำแบบนั่งราบ มีการติดตั้งราวจับ มีการจัดทำทางลาดสำหรับ รถเข็น ฯลฯ

(2) ข้อตกลงความร่วมมือด้านผู้สูงอายุในกรอบอาเซียน มี 2 ฉบับ ได้แก่

ก. ปฏิญญากัวลาลัมเปอร์ว่าด้วยเรื่องผู้สูงอายุ การเพิ่มขีดความสามารถของผู้สูงอายุในอาเซียน (Kuala Lumpur Declaration on Ageing: Empowering Older Persons in ASEAN) มีเนื้อหาสำคัญใน การตระหนักว่า ภูมิภาคจำเป็นต้องปรับการดูแลสุขภาพและระบบการสนับสนุนทางสังคมเพื่อตอบสนองความ ทำหายที่เกิดขึ้นใหม่ และตระหนักถึงการสร้างเสริมสุขภาพให้ผู้สูงอายุมีสุขภาพแข็งแรง โดยมีประเด็นเรื่อง การสูงวัยอย่างมีคุณภาพเป็นวาระระดับชาติ โดยเน้น 3 เรื่องหลัก ได้แก่ 1) การดูแลและสุขภาวะของผู้สูงอายุ 2) เพิ่มขีดความสามารถทางด้านเศรษฐกิจ 3) การสร้างสภาพแวดล้อมเกื้อหนุนต่อการเป็นสังคมที่ไม่ทอดทิ้งใคร ไว้ข้างหลัง

ข. ปฏิญญาบรูไนดารุสซาลามว่าด้วยการเสริมสร้างความเข้มแข็งของสถาบันครอบครัว การดูแล ผู้สูงอายุ (Brunei Darussalam Declaration on Strengthening Family Institution: Caring for Elderly)

เป็นการเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศในการให้การดูแลสนับสนุนผู้สูงอายุในรูปแบบที่เหมาะสมโดยเน้นบทบาทของครอบครัวและชุมชน ส่งเสริมให้ผู้สูงอายุได้มีโอกาสในการพัฒนาตนเองและส่งเสริมคุณภาพชีวิตของผู้สูงอายุผ่านการสร้างสภาพแวดล้อมที่เอื้อต่อการพึ่งพาตัวเอง¹⁶

2.1.2 แนวคิดเกี่ยวกับการจ้างงานและการคุ้มครองแรงงาน

การคุ้มครองลูกจ้างให้มีความเท่าเทียมกันในการทำงานเป็นนโยบายพื้นฐานทางสังคมที่ทุกประเทศควรถือปฏิบัติ หากลูกจ้างเกิดความรู้สึกได้รับการปฏิบัติจากนายจ้างด้วยความเสมอภาคและเท่าเทียมกันทำให้ลูกจ้างมีความสุขในการทำงาน (happy workplace) และสร้างผลการทำงานที่มีประสิทธิภาพ โดยในหัวข้อนี้ จะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน (2.1.2.1) จากนั้นจะศึกษาถึงแนวคิดเกี่ยวกับเงื่อนไขและสิทธิประโยชน์ในการจ้างงาน (2.1.2.2)

2.1.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน

นักกฎหมายเห็นว่าคุณธรรมทางกฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นคุณธรรมส่วนรวม การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานถือว่าเป็นการกระทำความผิดต่อสังคมทั้งหมด ส่วนลักษณะของกฎหมายคุ้มครองแรงงานนั้นมีลักษณะเป็นกฎหมายสังคมที่กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานและเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของสังคม การไม่ปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานในบางกรณีอาจมีบทลงโทษทางอาญา

ปรัชญาการคุ้มครองแรงงาน นักคิดทางปรัชญาที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานได้สร้างทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน ซึ่งเป็นรากฐานของความคิดในการคุ้มครองแรงงานและยังคงคุณค่าให้มีผลใช้มาจนกระทั่งทุกวันนี้ ซึ่งมีปรัชญาความคิดแบบเสรีนิยม (Liberalism) และมาร์กซิส (Marxism)¹⁷ จากการปฏิวัติอุตสาหกรรมในยุโรป ที่ก่อตัวขึ้นตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 ที่นำไปสู่การผลิตจำนวนมาก (mass production) และการขยายตัวของเมืองจากการที่แรงงานจากพื้นที่อื่นถูกดึงเข้าไปทำงานในโรงงานผลิตสินค้าที่ตั้งอยู่ในเมือง ส่งผลต่อคุณภาพชีวิตของแรงงานทั้งในด้านความปลอดภัยและสุขภาพ จากสถานที่ทำงานและที่อยู่อาศัยในเมืองที่มีความหนาแน่นและแออัดมากขึ้นในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 19 ทฤษฎีดังกล่าวเกิดขึ้นควบคู่ไปกับการพัฒนาระบบประชาธิปไตยในหลายประเทศ โดยปฏิญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติปี ค.ศ. 1948

¹⁶ ดารารัตน์ อานันท์นงศ์, พัชรวรรณ นุชประยูร และ ฉานิทธิ์ สันตะพันธุ์, 'โครงการศึกษาวิจัยเพื่อจัดทำข้อเสนอแนะนโยบายหรือมาตรการเพื่อคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิของผู้สูงอายุ: กรณีการเลือกปฏิบัติในผู้สูงอายุ' (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 2562) 52-55.

¹⁷ บุญวรา สุมะคน เจนพิงพร และคณะ, *โครงการพัฒนาระบบการคุ้มครองแรงงานเพื่อรองรับการเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีอาเซียน: การจัดทำฐานข้อมูลระบบการคุ้มครองแรงงานของประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียน 9 ประเทศ* (สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย 2558).

(Universal Declaration of Human Rights-UDHR) ได้ถูกตราขึ้นโดยมีสาระสำคัญคือ ให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างเท่าเทียมในหลายด้าน และยังมีบทบัญญัติหลายข้อที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน เช่น มาตรา 23 (1) ให้บุคคลมีสิทธิที่จะทำงาน มีอิสรภาพในการเลือกงาน ได้รับเงื่อนไขในการทำงานที่เป็นธรรมและเป็นประโยชน์ และได้รับการคุ้มครองจากการว่างงาน มาตรา 23 (4) บุคคลมีสิทธิที่จะจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตนและมาตรา 24 บุคคลมีสิทธิที่จะพักผ่อน ซึ่งรวมถึงการจำกัดชั่วโมงการทำงาน และการมีวันหยุดโดยได้รับค่าจ้าง เป็นต้น สิทธิของแรงงานจึงถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนพึงได้รับโดยเท่าเทียมกัน

สำหรับแนวคิดในการคุ้มครองแรงงานประกอบด้วย *แนวคิดเกี่ยวกับแรงงานเป็นทรัพย์สิน* อันเป็นแนวคิดใหม่ที่เห็นว่าการที่ลูกจ้างทุ่มเทกำลังกายและกำลังใจในการทำงานจึงเปรียบเสมือนประโยชน์ทางทรัพย์สิน ส่วนนายจ้างหรือเจ้าของกิจการเปรียบเทียบกับเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้น สำหรับลูกจ้างแล้วงานจึงเป็นทรัพย์สินที่สำคัญของเขา แนวคิดประการที่สองคือ *แนวคิดเกี่ยวกับความมั่นคงในการทำงาน* โดยแนวคิดนี้ถือว่าการที่ลูกจ้างได้รับการจ้างงานต่อเนื่องเป็นความปรารถนาอันยิ่งใหญ่ของลูกจ้าง และการทำงานเป็นสิ่งที่มีความสูงสุดของลูกจ้าง ส่วนแนวคิดสุดท้ายคือ *แนวคิดการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์* มองว่าลูกจ้างเป็นทรัพยากรต้นทุนที่มีคุณค่า หากเพิ่มความรู้และพัฒนาศักยภาพให้ลูกจ้างแล้ว ผลผลิต กำไร และความเติบโตทางเศรษฐกิจของนายจ้างก็ย่อมเจริญขึ้นตามไปด้วย

2.1.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับเงื่อนไขและสิทธิประโยชน์ในการจ้างงาน

แนวคิดเกี่ยวกับเงื่อนไขและสิทธิประโยชน์ในการจ้างงานประกอบด้วย แนวคิดเกี่ยวกับชั่วโมงทำงาน และแนวคิดเกี่ยวกับค่าตอบแทน

ชั่วโมงทำงานปกติ หมายถึง กฎหมายกำหนดเวลาทำงานต่อวันต่อสัปดาห์ต่อเดือนหรือต่อปี หากพนักงานต้องการทำงานล่วงเวลา นายจ้างจะต้องจ่ายค่าล่วงเวลาให้พนักงานตามที่กฎหมายกำหนดในประเทศต่าง ๆ โดยทั่วไปจะกำหนดเวลาทำงานปกติ 40 ถึง 44 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ ประเทศฝรั่งเศสกำหนด 35 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ ส่วนเกาหลีเหนือกำหนด 112 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ในค่ายแรงงาน และหากให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลา การจ่ายเงินค่าล่วงเวลามีอัตราร้อยละ 25 ถึง 50 เพิ่มขึ้นกว่าการจ่ายค่าจ้างรายชั่วโมงตามปกติ¹⁸

ส่วนค่าตอบแทน (Compensation) คือ ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่นายจ้างจ่ายให้ลูกจ้าง โดยอาจจ่ายในรูปตัวเงินหรือมิใช่ตัวเงินก็ได้ เพื่อตอบแทนการปฏิบัติงานตามหน้าที่ความรับผิดชอบ เพื่อจูงใจให้มีการปฏิบัติงานอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นการส่งเสริมขวัญกำลังใจของลูกจ้าง และเสริมสร้างฐานะความเป็นอยู่ของครอบครัว

¹⁸ กิติมา ตีระเศรษฐีเสมา, ‘มาตรการในการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561) 20.

ลูกจ้างให้ดีขึ้น ค่าตอบแทนการทำงาน มีทั้งค่าตอบแทนในรูปตัวเงิน (Financial compensation) ได้แก่ เงินเดือน ค่าจ้าง และค่าตอบแทนที่ไม่เป็นตัวเงิน (Nonfinancial compensation) หรือค่าตอบแทนในรูปของสวัสดิการและผลประโยชน์เกื้อกูล ได้แก่ สวัสดิการ และผลประโยชน์เกื้อกูล ซึ่งค่าตอบแทนจากการทำงาน (Compensation) อาจจ่ายในรูปแบบของค่าจ้าง (Wage) ซึ่งเป็นการจ่ายให้กับการทำงานตามจำนวนเวลาที่ทำงาน หรือเงินเดือน (salaries) คือการจ่ายรายได้ประจำที่เกิดจากการทำงาน หรือค่าแรงจูงใจ (incentives) โบนัส ค่านายหน้าจากการขาย เป็นเงินได้ที่เกิดจากการทำงานตามผลงาน และผลประโยชน์ (benefits) เป็นเงินได้เพิ่มเติมจากค่าแรง เช่นการประกันสุขภาพ และประกันชีวิต ค่ารักษาพยาบาล เงินสงเคราะห์ เงินช่วยเหลือ เงินช่วยเหลือในการศึกษาของบุตร เงินค่าเลี้ยงชีพ บำเหน็จบำนาญสำหรับผู้สูงอายุ ค่าตอบแทนที่ดีต้องมีความเป็นธรรม (equitable) และมีความสมดุล (balance) ต้องทำให้เกิดความรู้สึกพอใจ (adequate) มีความรู้สึกมั่นคง (security) ก่อให้เกิดเป็นแรงจูงใจให้ลูกจ้างได้ (incentive providing) นายจ้างผู้จ่ายเงินรู้สึกได้รับประโยชน์และมีความคุ้มค่า (cost effectiveness) ส่วนลูกจ้างเกิดการยอมรับได้ในผลตอบแทนนั้น¹⁹

2.1.3 มาตรฐานในการจ้างงานผู้สูงอายุ

การคุ้มครองแรงงานถือเป็นหลักการสำคัญที่จะทำให้ลูกจ้างหรือผู้ใช้แรงงานได้รับความเป็นธรรมและการปฏิบัติที่เหมาะสมในการจ้างงานและเกิดความสงบสุขในสังคม การศึกษาแนวความคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานสูงอายุนั้น จะศึกษาจากมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขเป็นกรอบแนวทางในการปฏิบัติงานด้านแรงงานที่มีความเป็นสากลและให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศในโลกต้องปฏิบัติตาม ซึ่งจะนำไปศึกษาประกอบกับแนวคิดที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Standard)²⁰ เป็นหลักอ้างอิงสากลที่สะท้อนถึงระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคม ซึ่งได้กำหนดหลักการขั้นพื้นฐาน สิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง รวมถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย พื้นที่ในการปฏิบัติการ โดยให้การขึ้นชื่อด้านวิธีการและขั้นตอนที่จะนำไปปฏิบัติ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้สร้างขึ้นมาเพื่อส่งเสริมการทำงานที่มีคุณค่าสำหรับแรงงานทุกสัญชาติในโลก โดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ซึ่งได้ให้ความสำคัญเกี่ยวกับคนงานสูงอายุ จึงได้กำหนดแนวทางปฏิบัติสำหรับคนงาน

¹⁹ เฟ็งอ้าง 29-31.

²⁰ สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ, มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิแรงงานข้ามชาติ แนวทางสำหรับผู้กำหนดนโยบายและผู้ปฏิบัติในเอเชียและแปซิฟิก (พิมพ์ครั้งที่ 1, Asia Document Bureau 2551)

<http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@asia/@ro-bangkok/documents/publication/wcms_bk_pb_187_th.pdf>

สูงอายุไว้ในอนุสัญญาหมวดที่ 10 และในข้อแนะที่ 162 ให้คนงานสูงอายุได้รับประโยชน์จากการมีงานทำ ได้รับความเสมอภาคและได้รับโอกาสในการจ้างงานด้วยความเป็นธรรม มีการกำหนดมาตรการช่วยให้คนงานสูงอายุทำงานต่อหลังจากเกษียณอายุ ซึ่งเป็นการสร้างคุณค่าสำหรับแรงงานสูงอายุให้มีความรู้สึกที่ตนเองไม่เป็นภาระพึ่งพิงของครอบครัวและสังคม²¹

ดังได้กล่าวแล้วว่า ในต่างประเทศให้ความสำคัญกับการจ้างแรงงานสูงอายุ เพื่อแก้ปัญหาและผลกระทบจากการเลิกจ้างแรงงานสูงอายุ จะเห็นได้จากการที่องค์การสหประชาชาติ (United Nations) ได้มีการรับรองปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal of Human Rights) รับรองหลักการสำหรับผู้สูงอายุ (United Nations Principles for Older Persons) กำหนดแผนปฏิบัติการระหว่างประเทศว่าด้วยผู้สูงอายุ ณ กรุงมาดริด ค.ศ. 2002 (Madrid International Plan of Action on Ageing 2002) รับรองปฏิญญาการเมืองว่าด้วยผู้สูงอายุ ค.ศ. 2002 (Political Declaration on Ageing, 2002) การที่คณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งเอเชียและแปซิฟิก (Economic and Social Commission for Asia and Pacific) ได้กำหนดแผนปฏิบัติการว่าด้วยผู้สูงอายุสำหรับเอเชียและแปซิฟิก (Plan of Action on Ageing for Asia and Pacific) และการที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization) ได้มีการกำหนดข้อแนะฉบับที่ 162 ว่าด้วยแรงงานสูงอายุ ค.ศ. 1980 (R162 Older Workers Recommendation 1980) ไว้เพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปศึกษาเพื่อเป็นแนวทางในการส่งเสริมการจ้างแรงงานสูงอายุต่อไป²²

2.2 มาตรการและกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและการคุ้มครองการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในต่างประเทศและประเทศไทย

บทความฉบับนี้จะได้นำเสนอแนวทางของรัฐทั้งในกรอบนโยบายและมาตรการ กลไกทางกฎหมายในประเด็นเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุของต่างประเทศซึ่งเป็นประเทศที่เข้าสู่สังคมสูงอายุแล้ว ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส (2.2.1) ประเทศอังกฤษ (2.2.2) เพื่อให้เห็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ ที่เป็นแนวทางในการปฏิบัติที่ดีในการเตรียมความพร้อมรองรับสังคมผู้สูงอายุ ที่จะนำมาใช้ในการศึกษาเปรียบเทียบ และนำไปสู่การพัฒนาและปรับตัวในการอยู่ในสังคมผู้สูงอายุต่อไป จากนั้นจะนำเสนอมาตรการและกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในประเทศไทย (2.2.3)

²¹ อรรถพร บัวพิมพ์, ‘การคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุ’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552) 39-40.

²² มานิตย์ ศรายุทธิกรณ์, ‘มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการจ้างแรงงานสูงอายุในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2551) 52-55.

2.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงสัญญาจ้างแรงงานและรูปแบบการจ้างแรงงาน (2.2.1.1) และการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ (2.2.1.2)

2.2.1.1 สัญญาจ้างแรงงานและรูปแบบการจ้างแรงงาน

ตามกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ แต่ให้ใช้หลักทั่วไปในเรื่องสัญญาจ้างแรงงานมาใช้บังคับกับการจ้างงานผู้สูงอายุ โดยสัญญาจ้างงานอาจแบ่งได้เป็น 2 รูปแบบหลัก ได้แก่ 1) สัญญาที่ระบุระยะเวลาการจ้างงาน (Le Contrat à Durée Déterminée-CDD) และ 2) สัญญาที่ไม่ระบุระยะเวลาการจ้างงาน (Le Contrat à Durée Indéterminée-CDI) นายจ้างสามารถบอกเลิกจ้างได้โดยที่ต้องระบุเหตุผลในการเลิกจ้างและลูกจ้างยังได้รับเงินชดเชยจากการเลิกจ้างในอัตราอย่างน้อยร้อยละ 10 ของค่าตอบแทนทั้งหมด รวมถึงได้รับค่าชดเชยหากลูกจ้างไม่ได้ใช้สิทธิลาพักร้อน

2.2.1.2 การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ

ประมวลกฎหมายแรงงานของฝรั่งเศส กำหนดให้ชั่วโมงการทำงานตามมาตรฐานอยู่ที่ 35 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ คือหากทำงานสัปดาห์ละ 5 วัน ระยะเวลาทำงานเฉลี่ยวันละ 7 ชั่วโมง ในส่วนของสิทธิในการหยุดวันลา นั้นไม่มีการกำหนดไว้สำหรับผู้สูงอายุเป็นการเฉพาะ แต่ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้าง แต่ต้องไม่น้อยไปกว่ามาตรฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายแรงงาน

นอกจากนี้ ยังมี ก. เงินเบี้ยเลี้ยงในการดูแลผู้สูงอายุ (Allocation personnalisée d'autonomie (APA))²³ เป็นเงินสวัสดิการในลักษณะทั่วไปที่จ่ายให้กับผู้สูงอายุทุกคนที่สูญเสียหรือขาดเร็วแรงพลังกำลัง (manque ou perte d'autonomie) เนื่องจากสถานะทางร่างกายหรือจิตใจ (état physique ou mental) และมีความจำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือบางประการในการดำรงชีวิตประจำวันหรืออยู่ในสถานะที่จำเป็นจะต้องมีคนคอยดูแล ข. เงินช่วยเหลือเพื่อการดำรงชีพสำหรับผู้สูงอายุ (Allocation de solidarité aux personnes âgées)²⁴ นี้ จ่ายให้กับผู้สูงอายุที่มีรายได้ต่ำ ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกัน รายได้และค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีพของผู้สูงอายุ ค. เงินช่วยเหลือเพิ่มเติมกรณีเสื่อมสมรรถภาพ (Allocation supplémentaire d'invalidité)²⁵ จ่ายให้แก่ผู้ที่มีสมรรถภาพในการทำงานหรือการประกอบอาชีพที่ได้รับบำนาญเกษียณอายุก่อนกำหนด (ตามเกณฑ์อายุที่กฎหมายกำหนด) หรือเงินช่วยเหลือกรณีเสื่อมสมรรถภาพ แต่อายุยังไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะได้รับเงินเบี้ยเลี้ยงเพื่อการดำรงชีพสำหรับผู้สูงอายุ ง. เงินช่วยเหลือด้านที่พัก

²³ Articles L232-1 à L232-2 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁴ Articles L815-1 à L815-15 et Article L816-1 du Code de la sécurité sociale.

²⁵ Articles L815-24 et Article L816-1 du Code de la sécurité sociale.

อาศัย (Frais d'hébergement)²⁶ จ่ายให้แก่สูงอายุที่มีรายได้ไม่เพียงพอต่อการจ่ายค่าเช่าที่พักรายเดือน (loyers) และ จ. เงินช่วยเหลืออื่น เช่น เงินช่วยเหลือสำหรับการปรับปรุงหรือดัดแปลงที่พักอาศัย (Aides à l'amélioration de l'habitat) เพื่อให้มีลักษณะที่เหมาะสมกับการดำรงชีวิตประจำวันของผู้สูงอายุ เงินช่วยเหลือในสถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น ฉุกเฉินภัย หรือประสบอุบัติเหตุ เป็นต้น

2.2.2 ประเทศอังกฤษ

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึงสัญญาจ้างแรงงานและรูปแบบการจ้างแรงงาน (2.2.2.1) และการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ (2.2.2.2)

2.2.2.1 สัญญาจ้างแรงงานและรูปแบบการจ้างแรงงาน

The Employment Right Act 1996 ได้บัญญัติรับรองสิทธิของลูกจ้างที่จะไม่ถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม กล่าวคือ การเลิกจ้างแม้จะมีการบอกกล่าวล่วงหน้าหรือบอกเลิกการจ้างด้วยเหตุผลที่กำหนดไว้ในสัญญาแล้วก็อาจเป็นการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมได้ โดยกฎหมายฉบับนี้ของอังกฤษได้กำหนดไว้ชัดเจนว่ากรณีใดบ้างที่นายจ้างสามารถเลิกจ้างได้โดยไม่ถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม (มาตรา 98)

สำหรับคุณสมบัติของผู้สูงอายุในการจ้าง กฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามว่าแรงงานสูงอายุมีเกณฑ์อายุเท่าไร แต่โดยทั่วไปแรงงานสูงอายุจะอยู่ในช่วงอายุ 50-69 ปี²⁷ อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้กำหนดข้อยกเว้นไว้สำหรับนายจ้างสามารถเลือกปฏิบัติทางอายุต่อลูกจ้างสูงอายุได้ถ้าสามารถแสดงให้เห็นว่าการกระทำนั้นกระทำไปเพื่อเหตุแห่งความยุติธรรมหรือเพื่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างหรือลูกค้าหรือเป็นความต้องการหรือความจำเป็นทางอาชีพอย่างแท้จริง²⁸ เช่น นายจ้างสามารถปฏิเสธไม่รับลูกจ้างสูงอายุได้ถ้าลูกจ้างมีลักษณะไม่เหมาะสมกับธุรกิจ หรือปฏิเสธการรับลูกจ้างที่มีอายุเกินกว่าอายุเกษียณปกติ คือ 65 ปี หรือภายใน 6 เดือนก่อนจะถึงเวลาการเกษียณอายุตามปกติเข้าทำงานได้ ไม่ถือว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่าง นายจ้างมีเหตุจำเป็นต้องเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุเพื่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างและลูกค้า เช่น นายจ้างต้องพิสูจน์ให้เห็นว่าการปฏิเสธการรับสมัครงานผู้มีอายุเกิน 60 ปีในอาชีพบังคับการบินทางอากาศว่าเหมาะสมและมีความจำเป็น เพราะต้องใช้เวลานานและค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมก่อน

²⁶ Articles L123-4 à L123-9, Articles L132-1 à L132-12 et Articles L143-1 à L143-10 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁷ Age and the workplace, 'Putting the Employment Equality (Age) Regulation 2006 into practice' (Investor in People, April 2006) 14 <<http://www.acas.org.uk>> อ้างถึงใน อรรถพร บัวพิมพ์ (เชิงจรด 21) 52.

²⁸ The Employment Equality (Age) Regulations 2006, ข้อ 8 (1), Age Concern is a federation of registered charities, Calling time on age discrimination at work, 14 อ้างถึงใน อรรถพร บัวพิมพ์ (เชิงจรด 21) 55.

การเริ่มงาน รวมถึงเมื่อคำนึงถึงความปลอดภัยของผู้โดยสารแล้วจึงไม่เป็นการเลือกปฏิบัติอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย²⁹

2.2.2.2 การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการในการจ้างงานผู้สูงอายุ

รูปแบบการทำงานที่เหมาะสมกับสภาวะของแรงงานสูงอายุคือ ลักษณะการทำงานแบบไม่เต็มเวลา การทำงานแบบชั่วคราวหรือการทำงานแบบเป็นช่วงเวลา การทำงานดังกล่าว เรียกว่า “การทำงานแบบยืดหยุ่น (Flexible Working)”³⁰ ลักษณะการทำงานแบบยืดหยุ่นเป็นรูปแบบการทำงานที่ไม่เคร่งครัดมากนัก ซึ่งจะเหมาะกับสภาพร่างกายของลูกจ้างสูงอายุซึ่งในลักษณะงานเช่นนี้ประเทศอังกฤษมีกฎหมายบัญญัติให้นายจ้างและลูกจ้างสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการจ้างงาน เช่น ชั่วโมงการทำงาน เวลาการทำงานได้ เป็นกฎหมายที่คุ้มครองสำหรับลูกจ้างที่ต้องดูแลบุตรหรือดูแลคนพิการ แต่ช่วงระยะเวลาภายหลังนี้นำมาปรับใช้กับการทำงานของแรงงานสูงอายุในส่วนของกร้องขอเปลี่ยนแปลงข้อตกลงหรือเงื่อนไขการจ้างงาน โดยเปลี่ยนแปลงในเรื่องชั่วโมงการทำงาน เวลาการทำงานหรือสถานที่ทำงานด้วย กระบวนการร้องขอทำงานแบบยืดหยุ่นนั้น ลูกจ้างสามารถทำคำร้องขอการทำงานแบบยืดหยุ่นต่อนายจ้างได้ ซึ่งเมื่อนายจ้างได้รับคำร้องขอการทำงานแล้ว นายจ้างต้องจัดให้มีการประชุมระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นหรือปรึกษาหารือเกี่ยวกับการทำงานดังกล่าว ซึ่งนายจ้างต้องพิจารณาคำร้องขอของลูกจ้างภายใน 28 วันจากวันที่ลูกจ้างเรียกร้อง³¹ หรือตามกำหนดเวลาที่ได้ตกลงกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง³² การประชุมพิจารณาร้องขอ ลูกจ้างสามารถนำเพื่อนร่วมงานเข้าร่วมประชุมได้และภายหลังจากประชุมเรียบร้อยแล้วภายใน 14 วันนายจ้างต้องทำหนังสือบอกกล่าวไปยังลูกจ้างถึงการตัดสินใจของตน ซึ่งถ้ากรณีนายจ้างเห็นชอบกับคำร้องขอ นายจ้างต้องเขียนข้อตกลงไปยังลูกจ้างหรือถ้ากรณีนายจ้างปฏิเสธการร้องขอ นายจ้างต้องมีเหตุผลสำหรับการปฏิเสธพร้อมคำชี้แจงอย่างเพียงพอเพื่อแสดงต่อลูกจ้าง

2.2.3 ประเทศไทย

ในหัวข้อนี้จะศึกษาถึง ข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ (2.2.3.1) และการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ (2.2.3.2) ของประเทศไทย

2.2.3.1 ข้อตกลงเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ

ในประเทศไทยยังไม่มีพระราชบัญญัติเฉพาะเกี่ยวกับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน ดังนั้นในการจ้างแรงงานจึงเป็นข้อตกลงตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมาย

²⁹ อรรถพร บัวพิมพ์ (เชิงอรรถ 21) 55.

³⁰ The Employment Act 2002, Section 47, amended The Employment Right Act 1996.

³¹ Malcolm Sargeant and Davis Lewis, *Employment Law*, 344. อ้างถึงใน อรรถพร บัวพิมพ์ (เชิงอรรถ 21) 57.

³² The Flexible Working (Eligibility, Complaints and Remedies) Regulations 2002, ข้อ 12.

แพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีฐานความคิดภายใต้หลักของความเท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญาคือนายจ้างและลูกจ้างในกรณีเดียวกันกับการจ้างงานกรณีอื่น ๆ

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 6 ในมาตรา 575-586 ได้บัญญัติถึงการจ้างแรงงานไว้เป็นหลักการที่กล่าวถึงการจ้างแรงงาน การจ่ายสินจ้าง สิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้าง การเลิกจ้าง และการระงับข้อสัญญาจ้างแรงงาน โดยบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างทุกประเภททั้งในกิจการทั่วไป รัฐวิสาหกิจและลูกจ้างของทางราชการ

สำหรับข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างงาน รวมทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับค่าจ้าง หรือลักษณะงานของผู้สูงอายุ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้มีประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง ขอความร่วมมือส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้สูงอายุมีงานทำ ลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2562³³ กำหนดรายละเอียดในการส่งเสริมให้ผู้สูงอายุมีงานทำ กระทรวงแรงงานจึงขอให้ผู้ประกอบการหรือผู้ว่าจ้างที่ประสงค์จะให้ผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่หกสิบปีบริบูรณ์ขึ้นไปทำงาน ซึ่งมีได้ทำงานประจำในสถานประกอบกิจการและประสงค์ที่จะทำงานบางช่วงเวลา ดำเนินการดังมีสาระสำคัญต่อไปนี้

1. ให้จ่ายค่าตอบแทนผู้สูงอายุอย่างน้อยชั่วโมงละ 45 บาท

2. การจ้างผู้สูงอายุควรเป็นงานที่ไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของผู้สูงอายุเพื่อทำงานเสมือนพนักงาน งานอาชีพเกี่ยวกับการค้า งานอาชีพด้านบริการ งานที่เกี่ยวกับการผลิต งานหัตถกรรม พืชบ้าน หรืองานที่เกี่ยวข้องกับงานดังกล่าว

3. ระยะเวลาการทำงานของผู้สูงอายุควรไม่เกินวันละ 7 ชั่วโมงและไม่เกินสัปดาห์ละ 6 วัน

อย่างไรก็ดี ประกาศกระทรวงแรงงานดังกล่าวมีสถานะเป็นแนวทางในการจ้างงานโดยเป็นกรณีการ “ขอความร่วมมือ” ซึ่งไม่มีผลเป็นสภาพบังคับตามกฎหมายที่ต้องถือปฏิบัติ แต่เป็นกรณีที่กระทรวงแรงงานได้กำหนดเป็นมาตรฐานตามผลการศึกษาของคณะกรรมการค่าจ้างในเรื่อง อายุ ประเภทงาน ค่าตอบแทน และระยะเวลาการทำงานที่เหมาะสมกับผู้สูงอายุมาเป็นข้อเสนอแนะในประกาศกระทรวงข้างต้น

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นสรุปได้ว่า ข้อตกลงในสัญญาจ้างแรงงานและสภาพการจ้างแรงงานยังคงเป็นไปตามหลักทั่วไปในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมีแนวทางการจ้างตามประกาศกระทรวงแรงงานประกอบการพิจารณาของนายจ้างหรือผู้ประกอบการในการจ้างแรงงานผู้สูงอายุตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

³³ ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง ขอความร่วมมือส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้สูงอายุมีงานทำ ลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2562 <<http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER22/DRAWER039/GENERAL/DATA0000/00000225.PDF>>

2.2.3.2 การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ

ในส่วนของการกำหนดวันหยุด วันทำงาน วันลา นั้นไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะสำหรับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ ดังนั้นจึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการจ้างแรงงานตามปกติ

แต่อย่างไรก็ดี สำหรับเรื่องวันทำงานนั้น ได้มีประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง ขอความร่วมมือส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้สูงอายุมีงานทำ ลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2562³⁴ กำหนดรายละเอียดในให้ผู้ประกอบการหรือผู้ว่าจ้างที่ประสงค์จะให้ผู้สูงอายุที่มีอายุตั้งแต่หกสิบปีบริบูรณ์ขึ้นไปทำงานซึ่งมิได้ทำงานประจำในสถานประกอบกิจการและประสงค์ที่จะทำงานบางช่วงเวลา กำหนดระยะเวลาการทำงานของผู้สูงอายุควรมิเกินวันละ 7 ชั่วโมงและไม่เกินสัปดาห์ละ 6 วัน แต่ประกาศฉบับดังกล่าวเป็นการขอความร่วมมือ ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายแต่อย่างใด

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เป็นกฎหมายที่ให้หลักประกันและให้ความช่วยเหลือแก่คนสูงอายุ โดยมีหลักเกณฑ์การประกันกรณีชราภาพให้แก่ผู้ทำงานและต้องเกษียณอายุจะได้รับเงินบำนาญเป็นค่าเลี้ยงชีพ และถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่มีผลบังคับใช้เพื่อเป็นหลักประกันและให้ความช่วยเหลือแก่ลูกจ้างสูงอายุที่ทำงาน

พระราชบัญญัติฉบับนี้มีเจตนารมณ์ในการสร้างความมั่นคงและหลักประกันให้กับประชาชนที่ทำงานและมีรายได้ประจำ โดยให้ความคุ้มครองลูกจ้างใน 7 กรณี เช่น กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยมิใช่เนื่องจากการทำงาน กรณีทุพพลภาพมิใช่เนื่องจากการทำงานกรณีตายมิใช่เนื่องจากการทำงาน รวมไปถึงกรณีชราภาพ ในส่วนที่เกี่ยวกับลูกจ้างสูงอายุ ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ให้ความคุ้มครองในกรณีประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ ได้แก่ เงินเลี้ยงชีพรายเดือนหรือที่เรียกว่า เงินบำนาญชราภาพ และเงินบำเหน็จที่จ่ายให้ครั้งเดียวหรือที่เรียกว่า เงินบำเหน็จชราภาพ

สิทธิของลูกจ้างสูงอายุที่จะได้รับเงินบำนาญชราภาพ คือ ลูกจ้างต้องเป็นผู้ประกันตนที่จ่ายเงินสมทบมาเท่ากับหรือเกินกว่า 180 เดือนหรือ 15 ปี หรือมากกว่า 15 ปี และมีอายุ 55 ปี และความเป็นผู้ประกันตนสิ้นสุดลง ส่วนกรณีลูกจ้างจ่ายเงินสมทบมาไม่ครบ 180 เดือนและความเป็นลูกจ้างได้สิ้นสุดลง ลูกจ้างจะได้รับเงินบำเหน็จชราภาพ ในกรณีผู้รับบำนาญชราภาพกลับเข้ามาเป็นผู้ประกันตนให้จดจ่ายเงินบำนาญชราภาพจนกว่าความเป็นผู้ประกันตนจะสิ้นสุดลงอีก ดังนั้นจึงมีผลทำให้ลูกจ้างที่รับบำนาญชราภาพอยู่แล้ว ถ้ากลับเข้าไปเป็นลูกจ้างอีกครั้ง จะไม่ได้รับเงินบำนาญชราภาพที่เคยรับอยู่เดิม และลูกจ้างจะต้องจ่ายเงินสมทบกองทุนประกันสังคมต่อไปจนกว่าจะสิ้นสภาพการเป็นลูกจ้าง

³⁴ ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง ขอความร่วมมือส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้สูงอายุมีงานทำ ลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2562 <<http://www.oic.go.th/FILEWEB/CABINFOCENTER22/DRAWER039/GENERAL/DATA0000/00000225.PDF>>

จากผลการศึกษามาตรการทางกฎหมายของทั้งสามประเทศ จึงสรุปได้ดังต่อไปนี้

ตารางเปรียบเทียบมาตรการและกลไกทางกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานและการคุ้มครอง

การจ้างแรงงานผู้สูงอายุในต่างประเทศและประเทศไทย

ประเด็น	ฝรั่งเศส	อังกฤษ	ไทย
สัญญาจ้างแรงงาน และรูปแบบการจ้างแรงงาน	<p>1. ยังไม่มีกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชนไว้เป็นการเฉพาะ แต่ให้ใช้หลักทั่วไปในเรื่องสัญญาจ้างแรงงานมาใช้บังคับกับการจ้างงานผู้สูงอายุ</p> <p>2. สัญญาจ้างงานมี 2 รูปแบบ สัญญาที่ระบุระยะเวลาการจ้างงาน (CDD) และสัญญาที่ไม่ระบุระยะเวลาการจ้างงาน (CDI)</p>	<p>1. มีกฎหมายรับรองสิทธิของลูกจ้างไม่ให้ถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม แม้จะมีการบอกกล่าวล่วงหน้าหรือบอกเลิกด้วยเหตุผลในสัญญา ก็อาจเป็นการเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรมได้</p> <p>2. กฎหมายไม่ได้กำหนดคำนิยามว่าแรงงานสูงอายุมีเกณฑ์อายุเท่าไร แต่โดยทั่วไปจะอยู่ในช่วงอายุ 50-69 ปี</p>	<p>1. ยังไม่มีพระราชบัญญัติเฉพาะจ้างงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน จึงเป็นข้อตกลงตามเสรีภาพในการแสดงเจตนา</p> <p>2. มีประกาศกระทรวงแรงงาน ซึ่งมีสถานะเป็นแนวทางในการจ้างงานเป็นการ “ขอความร่วมมือ” ซึ่งไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย</p>
การคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสวัสดิการของในจ้างงานผู้สูงอายุ	<p>1. ชั่วโมงการทำงาน 35 ชั่วโมงต่อสัปดาห์</p> <p>2. สิทธิหยุด วันลา ไม่ได้กำหนดไว้เฉพาะสำหรับผู้สูงอายุ นายจ้างกำหนดได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่ากฎหมายแรงงาน</p> <p>3. มีเงินช่วยเหลือหลายประเภท เช่น เงินเบี้ยเลี้ยงดูแลผู้สูงอายุ เงินช่วยเหลือเพื่อการดำรงชีพสำหรับผู้สูงอายุ เงินช่วยเหลือเพิ่มเติมกรณีเสื่อมสมรรถภาพ เป็นต้น</p>	<p>1. งานของสูงอายุคือ การทำงานแบบยืดหยุ่น งานไม่เต็มเวลา งานชั่วคราวหรืองานเป็นช่วงเวลา</p> <p>2. นายจ้างและลูกจ้างสามารถเปลี่ยนแปลงข้อกำหนดหรือเงื่อนไขการจ้าง เช่น ชั่วโมง เวลาทำงานได้เมื่อนายจ้างได้รับคำขอแล้ว ต้องจัดประชุมเพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นต้องพิจารณาคำร้องขอภายใน 28 วัน</p>	<p>1. วันหยุด วันทำงาน วันลา ไม่มีกฎหมายกำหนดเฉพาะแรงงานผู้สูงอายุ จึงใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการจ้างแรงงานตามปกติ</p> <p>2. มีประกาศกระทรวงแรงงานกำหนดเวลาทำงานของผู้สูงอายุไม่ควรเกินวันละ 7 ชั่วโมงและไม่เกินสัปดาห์ละ 6 วัน แต่เป็นการขอความร่วมมือ ไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย</p>

2.3 บทวิเคราะห์

ในหัวข้อนี้ จะแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็น ได้แก่ การกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้สูงอายุตามกฎหมายแรงงาน (2.3.1) ขอบเขต สภาพบังคับการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุตามกฎหมายแรงงาน (2.3.2) และมาตรการจูงใจในการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ (2.3.3)

2.3.1 การกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้สูงอายุตามกฎหมายแรงงาน

จากที่ได้นำเสนอมาตรการทางกฎหมายในการจ้างงานผู้สูงอายุในระบบกฎหมายไทย ซึ่งมีการรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพของทุกคนไว้รัฐธรรมนูญฉบับพ.ศ. 2560 มาตรา 40 ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ...” นอกจากนี้ในหมวด 6 แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา 74 ยังได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพ และวัยและให้มีงานทำ และพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน ได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ และพึงจัดให้มีหรือส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน” ส่วนมาตรการในระดับกฎหมาย ได้มีการตราพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 เพื่อให้สอดคล้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลตามที่บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้ “ผู้สูงอายุ” หมายถึงบุคคลที่มีอายุ 60 ปีบริบูรณ์ขึ้นไปและมีสัญชาติไทย ได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริมและการสนับสนุนต่อสิทธิประโยชน์ของผู้สูงอายุในด้านต่าง ๆ เช่น ให้ผู้สูงอายุมีอาชีพหรือกิจกรรมที่เหมาะสมตามวัย และการจัดสวัสดิการจากรัฐที่เพียงพอแก่ผู้สูงอายุเพื่อไม่เป็นภาระแก่สังคมและบุคคลในครอบครัว ซึ่งถือเป็นหลักสำคัญที่บัญญัติรับรองสิทธิของผู้สูงอายุให้ได้รับสิทธิการคุ้มครอง การส่งเสริมและการสนับสนุนในด้านต่าง ๆ โดยในบทบัญญัติมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2546 ได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้สูงอายุที่สำคัญไว้ 13 ประการ ในมาตรา 11 (3) ผู้สูงอายุมีสิทธิได้รับการคุ้มครอง การส่งเสริม และการสนับสนุนในการประกอบอาชีพหรือการฝึกอาชีพที่เหมาะสม เพื่อตอบสนองความจำเป็นขั้นพื้นฐานของผู้สูงอายุให้ได้รับการดูแลเอาใจใส่และมีคุณภาพชีวิตที่ดีมากขึ้น โดยหน่วยงานหลักคือ กระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ ส่วนภารกิจด้านส่งเสริมการประกอบอาชีพหรือฝึกอาชีพที่เหมาะสมเป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงแรงงาน อย่างไรก็ตาม การจ้างแรงงานผู้สูงอายุของไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่บัญญัติเฉพาะกรณีการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน แต่ได้ใช้หลักกฎหมายแฝงในฐานะหลักเกณฑ์ทั่วไปในการจ้างงานทั้งในเรื่องของสัญญา สิทธิหน้าที่เกี่ยวกับการจ้างงาน ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งถือเป็น “กฎหมายทั่วไป” ที่ใช้บังคับกับการคุ้มครองแรงงานทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นแรงงานหนุ่มสาวหรือแรงงานสูงอายุ

สภาพการณ์ดังกล่าว ส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับ “ลักษณะเฉพาะ” ในการทำงานของผู้สูงอายุ กล่าวคือ ผู้สูงอายุมีเงื่อนไขทางกายภาพหรือสภาพร่างกายและสุขภาพที่แตกต่างจากแรงงาน

ในวัยหนุ่มสาว แม้จะยังคงสามารถทำงานบางอย่างได้ไม่ต่างจากแรงงานหนุ่มสาวแต่ผู้สูงอายุเริ่มมีความเสื่อมของอวัยวะและระบบต่าง ๆ ของร่างกาย ทั้งการมองเห็น การได้ยิน และการมีปฏิกิริยาต่อสิ่งเร้าหรือการป้องกันตัวจากอันตรายในการทำงานที่ซ้ำลง มีข้อจำกัดด้านการเจ็บป่วยหรือมีโรคประจำตัวที่จำเป็นต้องพบแพทย์บ่อยครั้งกว่าแรงงานในวัยหนุ่มสาว ประกอบกับมาตรการในการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุที่มีอยู่ในปัจจุบันยังไม่มีสภาพบังคับหรือผลผูกพันเป็นกฎหมายเพื่อให้สามารถบังคับผู้ประกอบการภาคเอกชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะสำหรับการกำหนดให้ผู้ประกอบการที่มีการจ้างงานผู้สูงอายุต้องมีสภาพการจ้าง เงื่อนไขการปฏิบัติงาน เวลาพัก วันหยุด วันลา ตลอดจนสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เกี่ยวกับด้านสุขภาพเป็นการเฉพาะของแรงงานผู้สูงอายุ แตกต่างไปจากมาตรการกลางในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยมาตรการบางอย่างก็ควรมีมากกว่าที่ให้ความคุ้มครองแรงงานโดยทั่วไป เช่น สภาพการจ้างและเงื่อนไขการปฏิบัติงานที่ไม่ควรมีชั่วโมงการทำงานโดยรวมต่อวันเท่ากับแรงงานปกติควรมีเวลาพักมากกว่า มีวันหยุดวันลามากกว่า เป็นต้น

2.3.2 ขอบเขต สภาพบังคับการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุตามกฎหมายแรงงาน

เช่น พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2511 เป็นฐานในการกำหนดสิทธิหน้าที่ขั้นต่ำในการจ้างแรงงาน แต่อย่างไรก็ดี ด้วยสภาพร่างกายของผู้สูงอายุมีความแตกต่างจากแรงงานวัยทำงาน ซึ่งหากเปรียบเทียบแรงงานสูงอายุอาจเทียบเคียงได้กับแรงงานเด็ก แรงงานหญิง ที่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายในการใช้แรงงานบางประเภท ดังนั้นเพื่อให้การคุ้มครองแรงงานสูงอายุมีความชัดเจน และเป็นการปกป้องสิทธิของผู้สูงอายุให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ซึ่งประเทศไทยร่วมเป็นประเทศสมาชิก จึงเห็นควรให้มีการทบทวนกำหนดให้มีมาตรการที่ชัดเจนในการจ้างงาน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติกับแรงงานสูงอายุ โดยควรกำหนดให้การจ้างงานคำนึงถึงโดยถึงเพศ ช่วงอายุ ข้อจำกัดเกี่ยวกับสภาพร่างกาย โดยให้กำหนดลักษณะงาน และสภาพการทำงานที่เหมาะสม

แม้ภายหลังกระทรวงแรงงานได้มีประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง ขอความร่วมมือส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้สูงอายุมีงานทำ ลงวันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2562 กำหนดรายละเอียดที่จำเป็นในการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ แต่ด้วยประกาศกระทรวงแรงงานฉบับดังกล่าวไม่มีสภาพบังคับเป็นกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ที่นายจ้างหรือผู้ประกอบการต้องปฏิบัติ และไม่มีโทษกำหนดไว้ จึงทำให้สภาพบังคับทางกฎหมายในกรณีนี้มีข้อจำกัดในการบังคับใช้ได้ สถานการณ์จริง จากการศึกษาในประเด็นดังกล่าวนี้ของต่างประเทศพบว่าการกำหนดสภาพการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ และการคุ้มครองผู้สูงอายุมีกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง ทั้งในเรื่องของรูปแบบการทำงานที่ต้องคำนึงถึงสภาพร่างกาย จำนวนชั่วโมงที่ทำงานต่อวัน รวมทั้งการฝึกอาชีพและการฟื้นฟูจากสภาพการทำงาน และหลักประกันการจ้างงานด้านสุขภาพและประกันสังคม ดังนั้น เพื่อให้

การกำหนดมาตรการคุ้มครองแรงงานผู้สูงอายุมีความชัดเจน เห็นควรให้มีการกำหนดรายละเอียดที่สำคัญเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการจ้างแรงงานผู้สูงอายุไว้ในกฎหมายลำดับรอง

2.3.3 มาตรการจูงใจในการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ

จากการที่ประเทศไทยเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุโดยสมบูรณ์ในปี 2565 ซึ่งผู้ใช้แรงงานในวัยทำงานมีอัตราการลดลงทำให้เกิดปัญหาการขาดแคลนแรงงานในวัยทำงาน แม้ปัจจุบันยังสามารถจ้างแรงงานในวัยทำงานในตลาดแรงงานหรือฟิงฟิงแรงงานต่างด้าวในบางสาขาอาชีพ แต่อย่างไรก็ดีแนวโน้มการขาดแคลนแรงงานก็มีแนวโน้มที่สูงขึ้น ดังนั้นเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมรับมือกับสถานการณ์ดังกล่าวจึงควรให้แรงงานผู้สูงอายุมีโอกาสทำงานในตลาดแรงงานต่อเนื่องไป แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากแรงงานสูงอายุส่วนหนึ่งเป็นแรงงานที่มีประสบการณ์จึงมีค่าจ้างในอัตราที่สูง ในขณะที่มีข้อจำกัดในการทำงานมากขึ้นกว่าแรงงานในวัยทำงาน ดังนั้นผู้ประกอบการและผู้ว่าจ้างจึงมักจัดหาแรงงานมาทดแทนโดยจ้างแรงงานหนุ่มสาวเพื่อมาทำงานมากกว่าที่จะจ้างแรงงานสูงอายุในตำแหน่งงานเดิม ผู้สูงอายุส่วนหนึ่งจึงถูกกันออกจากตลาดแรงงานด้วยปัจจัยข้างต้น ดังนั้นรัฐบาลก็ได้มีแนวทางในการส่งเสริมการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ โดยมีมาตรการจูงใจทางภาษี แต่อย่างไรก็ดี มาตรการด้านภาษีตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วย การยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 639) พ.ศ. 2560 มีข้อจำกัดเฉพาะแรงงานในระบบการจ้างงานในรูปแบบบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด และแม้จะให้นายจ้างสามารถสามารถนำรายจ่ายประเภทเงินเดือนและค่าจ้างสำหรับจ้างผู้สูงอายุที่มีอายุ 60 ปี บริบูรณ์ขึ้นไปมาหักค่าใช้จ่ายได้ 2 เท่า สำหรับอัตราจ้าง ไม่เกิน 15,000 บาท ต่อคนต่อเดือน ซึ่งเทียบเคียงกับอัตราเงินเดือนแรกบรรจุของข้าราชการ ดังนั้น การกำหนดมาตรการดังกล่าวนี้ก็ยังไม่อาจจูงใจให้มีการจ้างแรงงานที่มีอัตราสูงกว่า 15,000 บาทต่อเดือนได้ จะกล่าวได้ว่าการกำหนดกรอบวงเงินค่าจ้างในมาตรการดังกล่าวอาจไม่จูงใจให้นายจ้างจ้างแรงงานสูงอายุที่มีประสบการณ์ และอาจไม่ได้ช่วยให้ผู้สูงอายุกลับเข้าสู่ตลาดแรงงานได้อย่างสอดคล้องกับเป้าหมาย

นอกจากมาตรการด้านภาษีอากรแล้วพบว่ายังไม่มีกำหนดมาตรการส่งเสริม สนับสนุนให้เกิดการจ้างแรงงานอื่น ๆ และเนื่องจากการจ้างแรงงานสูงอายุมีหลักการของ ILO ที่กำหนดให้ผู้ว่าจ้างควรต้องปรับปรุงสภาพการทำงานให้สอดคล้องกับการปฏิบัติงานของผู้สูงอายุ เช่นนี้ อาจกล่าวได้ว่า การจ้างแรงงานสูงอายุอาจทำให้ผู้ประกอบการที่มีการตรวจสอบมาตรฐานการจ้างงานตามมาตรฐานสากลต่าง ๆ จะต้องมีการค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมขึ้นมา ในส่วนนี้เองในต่างประเทศเช่นประเทศฝรั่งเศสและสิงคโปร์ได้มีมาตรการจูงใจที่รัฐสนับสนุนค่าใช้จ่ายในการเปลี่ยนแปลงสภาพที่ทำงานเพื่อรองรับการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ และกำหนดให้มีความช่วยเหลือด้านอื่น ๆ เช่น การสมทบในค่าใช้จ่ายประกันสังคม การส่งเสริมให้มีการจัดสวัสดิการให้แก่แรงงานสูงอายุโดยรัฐสมทบงบประมาณส่วนหนึ่ง เป็นต้น

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

3.1 บทสรุป

ข้อค้นพบที่สำคัญของงานวิจัยฉบับนี้คือ การจ้างแรงงานผู้สูงอายุของไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายพิเศษที่บัญญัติเฉพาะกรณีการจ้างแรงงานผู้สูงอายุในภาคเอกชน จึงต้องใช้หลักกฎหมายแพ่งในการจ้างงาน ประกอบกับพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ในฐานะ “กฎหมายทั่วไป” ซึ่งทำให้มีปัญหาไม่สอดคล้องกับ “ลักษณะเฉพาะ” ในการทำงานของผู้สูงอายุ สำหรับการคุ้มครองสภาพการจ้างงานผู้สูงอายุ ในกฎหมายไทยพบว่า ไม่มีการกำหนดการคุ้มครองสภาพการจ้างงานไว้เป็นการเฉพาะ แต่ได้ใช้ข้อตกลงสภาพการจ้างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3.2 ข้อเสนอแนะ

ในหัวข้อนี้ จะนำเสนอข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหาและหาทางออกสำหรับการจ้างงานผู้สูงอายุ โดยแบ่งเป็น ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย (3.2.1) และข้อเสนอแนะทางนโยบาย (3.2.2)

3.2.1 ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย

(1) ข้อเสนอแนะการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้สูงอายุตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ดังนี้

1. โดยเพิ่มนิยามของ “ผู้สูงอายุ” โดยให้สอดคล้องกับนิยามของคำว่าผู้สูงอายุตามพระราชบัญญัติผู้สูงอายุ พ.ศ. 2562

2. เพิ่มบทบัญญัติ หมวด 4/1 การใช้แรงงานผู้สูงอายุ โดยบทบัญญัติในหมวดนี้ อย่างน้อยต้องมี มาตรการคุ้มครองสิทธิของแรงงานผู้สูงอายุเหล่านี้

ก. กำหนดประเภทของงานที่ต้องห้ามมิให้มีการจ้างผู้สูงอายุไปปฏิบัติงานนั้น ๆ แต่อาจวางข้อยกเว้นได้ในบางกรณีที่มีเหตุผลความจำเป็นอย่างยิ่งแต่ต้องมีมาตรการคุ้มครองป้องกันอย่างดี และอาจกำหนดให้มีการขออนุญาตต่อพนักงานตรวจแรงงานหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง

ข. กำหนดเวลาทำงานวันหนึ่งไม่ควรเกิน 6 ชั่วโมง มีเวลาพักไม่น้อยกว่าวันละ 2 ชั่วโมง เนื่องจากสภาพร่างกายของผู้สูงอายุไม่ควรทำงานนานเท่ากับแรงงานปกติ

ค. กำหนดวันเวลาทำงานที่ยืดหยุ่นตามความเหมาะสมของสภาพงานแต่ละประเภท และให้นายจ้าง-ลูกจ้างสามารถทำข้อตกลงเวลาการทำงานกันได้ตั้งแต่ขั้นตอนการทำสัญญาจ้างแรงงานหรือก่อนการเริ่มปฏิบัติงาน

ง. กำหนดวันหยุดประจำสัปดาห์หนึ่งไม่น้อยกว่า 2 วัน

จ. กำหนดสิทธิลาป่วยได้มากกว่าหรือยืดหยุ่นกว่าแรงงานปกติ

ฉ. อาจกำหนดเพดานในการทำงานล่วงเวลาเมื่อรวมกับเวลาทำงานปกติแล้วไม่ควรเกิน 8 ชั่วโมงต่อวัน แม้ผู้สูงอายุบางคนจะเต็มใจหรือต้องการทำงานล่วงเวลาและนายจ้างยินดีและพร้อมจะจ่ายค่าล่วงเวลาก็ตาม เนื่องจากโดยสภาพร่างกายผู้สูงอายุไม่ควรทำงานมากหรือนานเท่ากับแรงงานปกติ

ช. กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงานที่จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์เฉพาะสำหรับแรงงานผู้สูงอายุเพิ่มเติมจากบทบัญญัติหมวด 8 ซึ่งใช้กับแรงงานทั่วไป

(2) ข้อเสนอแนะเรื่องมาตรการจูงใจในการจ้างแรงงานผู้สูงอายุ เห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังนี้

1. ปรับปรุงมาตรการทางภาษีตามพระราชกฤษฎีกาออกตามความในประมวลรัษฎากรว่าด้วย การยกเว้นรัษฎากร (ฉบับที่ 639) พ.ศ. 2560 โดยเห็นควรให้ไม่มีการกำหนดวงเงินในการได้รับสิทธิในการลดหย่อนภาษี 2 เท่า และไม่จำกัดแต่เฉพาะการจ้างแรงงานสูงอายุในบริษัทหรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หากเป็นการจ้างงานในรูปแบบบุคคลธรรมดาก็สามารถนำมาลดหย่อนภาษีได้ด้วย

2. กำหนดให้มีมาตรการด้านการส่งเสริมในรูปแบบอื่น ๆ เช่น สมทบค่าใช้จ่ายด้านการปรับปรุงสิ่งแวดล้อมความสะอาดที่เอื้อต่อการทำงานของสูงอายุ หรือพัฒนาระบบสวัสดิการการทำงานของผู้สูงอายุ โดยไม่ให้ผู้ประกอบการหรือนายจ้างต้องเป็นผู้แบกรับภาระค่าใช้จ่ายนั้นไว้ฝ่ายเดียว

3.2.2 ข้อเสนอแนะทางนโยบาย

ในส่วนของข้อเสนอแนะทางนโยบายนั้น เห็นควรให้ดำเนินการดังนี้

1. ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุในด้านต่าง ๆ ร่วมบูรณาการการทำงานร่วมกันเพื่อให้เกิดมาตรการที่สัมพันธ์กันในการคุ้มครองสิทธิของผู้สูงอายุ เช่น กระทรวงแรงงาน และกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ รวมทั้งกระทรวงที่เกี่ยวข้องทางอ้อมในการประกอบธุรกิจ เช่น กระทรวงพาณิชย์ (ภาคพาณิชย์) กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ภาคการเกษตร) เพื่อขับเคลื่อนนโยบายในการพัฒนาศักยภาพของแรงงานผู้สูงอายุในภาคต่าง ๆ และส่งเสริมให้ผู้สูงอายุมีงานทำในช่วงหลังเกษียณ

2. รัฐควรให้ความสำคัญกับการให้ความรู้ เสริมสร้างความเข้าใจในการทำงานร่วมกับผู้สูงอายุ โดยให้มีการเรียนรู้ต่อยอดองค์ความรู้ ประสบการณ์ของแรงงานผู้สูงอายุไปยังแรงงานรุ่นหลัง โดยสร้างมาตรการทางสังคมที่เปิดโอกาสให้ประชากรทุกรุ่นได้ปรับตัวเข้าหากันและเรียนรู้การทำงานร่วมกันได้ และสร้างความเข้มแข็งให้แก่องค์กรและลดความเสี่ยงในการเกิดการเลือกปฏิบัติต่อผู้สูงอายุในที่ทำงาน

3. รัฐควรกำหนดให้มีแนวทางในการเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่วัยสูงอายุอย่างจริงจัง เช่น การให้ความรู้ให้ผู้สูงอายุสามารถใช้ชีวิต ช่วยเหลือตนเองในสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี การเปลี่ยนแปลงด้านทัศนคติ การใช้ชีวิต ซึ่งผู้สูงอายุต้องรู้เท่าทันและรับการเปลี่ยนแปลงของ

สังคมได้ ยิ่งไปกว่านั้นควรเสริมสร้างทักษะในการทำงานหลังเกษียณอายุงาน เนื่องจากผู้สูงอายุบางรายต้องเริ่มเข้าสู่ตลาดแรงงานในงานที่ไม่เคยมีประสบการณ์มาก่อน หรือต้องประกอบอาชีพที่แตกต่างจากเดิม ดังนั้นเพื่อเป็นการเตรียมความพร้อมให้ผู้สูงอายุได้มีโอกาสเลือกการทำงานที่เหมาะสมกับตน ตามสภาพร่างกาย และข้อจำกัดในเรื่องต่าง ๆ รัฐบาลควรกำหนดให้มีหน่วยงานที่รับผิดชอบในเรื่องนี้ และพัฒนาให้เป็นข้อกำหนดในกฎหมายแรงงานที่ผู้ว่าจ้างต้องให้โอกาสผู้สูงอายุได้มีการเตรียมตัวก่อนเกษียณอายุงาน

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) เลขหน้าที่อ้างถึง.

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, เลขหน้าที่อ้างถึง.

มนตรี เกิดมีมูล, ‘ความพร้อมของข้าราชการไทยในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน’ (2560) 57 วารสารพัฒนบริหารศาสตร์ 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) เลขหน้าที่ย่างถึง.

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 เพ็งอ้าง

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

เพ็งอ้าง

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

เพ็งอ้าง 33-35.

1.2 สำหรับเอกสารภาษาอังกฤษให้ใช้ ibid.

(ก) กรณีอ้างหน้าเดียวกัน

ibid.

(ข) กรณีหน้าที่อ้างถึงต่างกัน ให้ระบุเลขหน้าไปด้วย

ibid 33-35.

2. กรณีการอ้างอิงที่มีมาก่อนและมีเชิงอรรถมาคั่น

2.1 สำหรับเอกสารภาษาไทยให้ใช้

ชื่อผู้แต่ง ('เชิงอรรถ' เชิงอรรถที่อ้างอิงถึง) เลขหน้าที่อ้างอิงถึง.

มนตรี เกิดมีมูล (เชิงอรรถ 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) <https://so04.tci-thaijo.org/index.php/nitipat/about/submissions> ในรูปแบบของไฟล์ Word โดยทำตามคำแนะนำก่อนส่งบทความเกี่ยวกับการไม่ระบุตัวตนของผู้เขียนตามระบบ Thaijo

6. เงื่อนไขการตีพิมพ์

บทความหรือผลงานวิชาการจะต้องไม่เคยได้รับการตีพิมพ์และไม่เคยเผยแพร่ที่ใดมาก่อน และไม่อยู่ระหว่างการเสนอเพื่อพิจารณาตีพิมพ์ในวารสารฉบับอื่น บทความที่จะได้รับการตีพิมพ์ต้องได้รับการประเมินจากผู้ทรงคุณวุฒิอย่างน้อย 3 ท่านที่ตรงตามสาขาวิชา โดยเป็นการประเมินแบบลับในลักษณะ double-blinded การพิจารณารับตีพิมพ์บทความขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของบรรณาธิการและกองบรรณาธิการ โดยผลการพิจารณาจากกองบรรณาธิการถือเป็นที่สุด

ประกาศจริยธรรมวารสารกฎหมายนิติพัฒน์ นิต้า

จริยธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์

1. ผู้นิพนธ์รับรองว่าบทความหรือผลงานที่ส่งเพื่อตีพิมพ์ลงในวารสารจะต้องไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อนหรืออยู่ระหว่างการพิจารณาเพื่อตีพิมพ์ในวารสารหรือสิ่งพิมพ์ทางวิชาการอื่น
2. ผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมได้สร้างสรรค์ผลงานที่ส่งเพื่อตีพิมพ์ด้วยตนเอง โดยจะต้องไม่มีส่วนใดที่เป็นการลอกเลียนผลงานวิชาการทั้งของตนเองและผู้อื่น และมีการอ้างอิงผลงานอย่างครบถ้วนและถูกต้องตามหลักวิชาการ
3. ผู้นิพนธ์ไม่สร้างข้อมูลเท็จหรือบิดเบือนข้อมูลในการรายงานผลการวิจัย และรับรองว่าผลงานที่ส่งตีพิมพ์จะไม่มีส่วนใดที่สื่อได้ว่าหมิ่นประมาทหรือละเมิดลิขสิทธิ์หรือทรัพย์สินทางปัญญาของบุคคลอื่น
4. ผู้นิพนธ์ต้องปฏิบัติตามจริยธรรมในเรื่องเกี่ยวกับความเป็นผู้นิพนธ์อย่างเคร่งครัด โดยระบุรายชื่อของผู้นิพนธ์และผู้นิพนธ์ร่วมทั้งหมดตามจริง การเรียงลำดับชื่อผู้นิพนธ์ร่วมควรเป็นการตัดสินใจร่วมกัน และแสดงให้เห็นถึงนัยสำคัญของการมีส่วนร่วมในการจัดทำผลงานอย่างแท้จริง ชื่อผู้นิพนธ์ทุกชื่อที่ปรากฏในบทความจะต้องเป็นผู้ที่มีส่วนร่วมอย่างสำคัญในการทำวิจัยและไม่ละเลยหรือตัดชื่อบุคคลที่มีส่วนสำคัญในการทำวิจัยคนใดออกจากบทความ
5. หากมีผู้นิพนธ์หลายคน ผู้นิพนธ์ทุกคนจะต้องเห็นชอบกับต้นฉบับบทความและเห็นชอบกับการส่งต้นฉบับบทความนั้นให้วารสารพิจารณาตีพิมพ์
6. ผู้นิพนธ์จะต้องชี้แจงถึงแหล่งสนับสนุนในทางการเงินหรือทางอื่นใดในการจัดทำผลงานให้แล้วเสร็จ รวมถึงความเป็นไปได้ในการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ (ถ้ามี)
7. ผู้นิพนธ์จะต้องแจ้งบรรณาธิการหรือสำนักพิมพ์หากพบว่ามีการฉ้อฉลในผลงานที่ได้รับการตีพิมพ์แล้ว

จริยธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ประเมิน

1. รักษาความลับ เคารพความเป็นส่วนตัวของผู้นิพนธ์ ไม่เปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับบทความในระหว่างที่บทความนั้นยังไม่ได้รับการตีพิมพ์
2. ประเมินคุณภาพบทความด้วยความเป็นกลาง ปราศจากอคติ การประเมินผลงานจะต้องไม่ใช่ภาษาที่ไม่สุภาพ ไม่เหมาะสม แสดงความดูถูกหรือไม่ให้เกียรติผลงานที่ประเมิน
3. เปิดเผยให้กองบรรณาธิการรับทราบกรณีที่ผู้ประเมินมีผลประโยชน์ทับซ้อนกับผลงานที่ประเมิน และปฏิเสธไม่ประเมินผลงานนั้น
4. ไม่เสนอแนะให้ผู้นิพนธ์อ้างอิงผลงานใดด้วยเจตนาเพิ่มจำนวนการอ้างอิงของผลงานของตนหรือพวกพ้อง
5. ส่งผลการประเมินตามกำหนดเวลา
6. หากพบว่าผู้นิพนธ์บทความกระทำความผิดจรรยาบรรณ เช่น ลอกเลียนผลงานวิชาการ บิดเบือนผลการวิจัย หรือใช้ผลการวิจัยเท็จ ต้องแจ้งให้กองบรรณาธิการทราบ

จริยธรรม หน้าที่และความรับผิดชอบของกองบรรณาธิการ

1. ประกาศรับสมัครส่งบทความเพื่อตีพิมพ์และวิธีปฏิบัติในการจัดเตรียมบทความต้นฉบับพร้อมรายละเอียดที่เกี่ยวข้องสำหรับผู้สนใจและสาธารณชนทั่วไป กรณีที่มีการเก็บค่าธรรมเนียมการตีพิมพ์ ค่าดำเนินการจัดการต้นฉบับ หรือค่าใช้จ่ายอื่นใดจากผู้นิพนธ์ จะต้องมีการประกาศเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และอัตราจัดเก็บที่ชัดเจนให้ผู้สนใจและสาธารณชนทั่วไปรับทราบด้วย
2. พิจารณาและคัดเลือกตีพิมพ์บทความตามคุณภาพของบทความ ภายใต้วัตถุประสงค์และขอบเขตของวารสารกฎหมาย โดยจัดให้มีกระบวนการประเมินคุณภาพบทความที่ปราศจากอคติ เป็นธรรมและไม่ลำเอียง โดยผู้ทรงคุณวุฒิในสาขานั้น ๆ
3. ไม่มีส่วนในการตัดสินใจคัดเลือกบทความที่ตนเป็นผู้นิพนธ์หรือมีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือเผยแพร่บทความของตนเองเป็นจำนวนมากอย่างมีนัยสำคัญ
4. ดำเนินการอย่างเหมาะสมในกรณีตรวจพบการตีพิมพ์ซ้ำ การใช้ข้อมูลการวิจัยซ้ำซ้อนโดยไม่ได้รับอนุญาต และ/หรือไม่มีการอ้างอิงแหล่งที่มาของข้อมูลอย่างถูกต้อง กรณีที่สงสัยว่ามีการกระทำผิดจริยธรรมหรือจรรยาบรรณ กองบรรณาธิการจะดำเนินการตรวจสอบหลักฐานให้แน่ชัด ดำเนินการแจ้งและเปิดโอกาสให้ผู้นิพนธ์ได้ชี้แจงก่อนปฏิเสธตีพิมพ์บทความนั้น
5. ไม่เปิดเผยข้อมูลผู้นิพนธ์และผู้ประเมินบทความแก่บุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องในระหว่างที่การประเมินบทความยังดำเนินอยู่ และไม่เปิดเผยเนื้อหาหรือข้อมูลในบทความในระหว่างที่บทความนั้นยังไม่ได้รับการตีพิมพ์
6. ไม่ใช้วิธีการบังคับ ควบคุมให้เกิดการอ้างอิงผลงานที่ตีพิมพ์ในวารสารเพื่อเพิ่มจำนวนการอ้างอิงอย่างไม่เหมาะสม
7. มีช่องทางรับฟังความเห็นเกี่ยวกับการตัดสินใจของกองบรรณาธิการและข้อร้องเรียนเกี่ยวกับบทความที่ตีพิมพ์ในวารสาร
8. ไม่เพิกเฉยกรณีพบข้อผิดพลาดหรือประเด็นด้านจริยธรรมการวิจัยที่เกี่ยวข้องกับบทความที่ตีพิมพ์ในวารสาร และกรณีที่พบว่ามีความผิดทางจริยธรรมการวิจัยอย่างร้ายแรง ดำเนินการปฏิเสธหรือพิจารณาถอดบทความจากการตีพิมพ์