

หนังสือประมวลบทความ — (PROCEEDINGS) —

การประชุมวิชาการระดับชาติ นิตិทัศน์ - ธรรมศาสตร์

ครั้งที่

7



หนังสือประมวลบทความ (Proceedings)
การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติศาสตร์ – ธรรมศาสตร์
ครั้งที่ 7 ประจำปี 2565

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

รวบรวมโดย
คณะกรรมการจัดการประชุมระดับชาติ
นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7

เนื้อหาของแต่ละบทความเป็นความรับผิดชอบของผู้นิพนธ์
ซึ่งที่ปรึกษา บรรณาธิการ กองบรรณาธิการ ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย

หนังสือประมวลบทความ (Proceedings)
การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติศาสตร์ – ธรรมศาสตร์
ครั้งที่ 7 ประจำปี 2565

จัดทำโดย

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



สารบัญ

| | หน้า |
|---|------|
| ความนำ | I |
| คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการนิติพัฒน์ – ธรรมศาสตร์ | II |
| คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลงานประชุมวิชาการนิติพัฒน์ – ธรรมศาสตร์ | IV |
| คำสั่งแต่งตั้งกองบรรณาธิการประชุมวิชาการนิติพัฒน์ – ธรรมศาสตร์ | VI |
| กำหนดการ | VIII |
| สรุปเนื้อหาปาถกฐา | XI |

บทความวิชาการ

| | |
|---|-----|
| ความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง | 1 |
| ➢ เกริกเกียรติ ทิพย์ชัย และกิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว | |
| การศึกษาความแตกต่างด้านสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง | 18 |
| ➢ เขมภัทร ทฤษฎีคุณ | |
| ปัญหาทางกฎหมายของการลัทธิทรัพย์สินมีอาชีพอิสระตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) | 44 |
| ➢ จิรกิตต์ ภัสสรภาคภูมิ | |
| การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของไทย | |
| : ศึกษาเปรียบเทียบสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี | 65 |
| ➢ ฉัตรทริกา นภานาพงศ์ | |
| กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 | |
| : ศึกษาสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ | 87 |
| ➢ ถิรวัดน์ ประทุมทอง | |
| ปัญหาความเหลื่อมล้ำในการรับผิดทางอาญารฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงข้ามเพศ | 103 |
| ➢ อีรพันธ์ กำดารา | |
| กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส | 117 |
| ➢ นภสร สงวนนาม | |
| ปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 | |
| : ศึกษากรณีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน | 133 |
| ➢ วรางคณา ชัยศรีทิพย์ | |



สารบัญ (ต่อ)

| | หน้า |
|--|------|
| หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง | 159 |
| ➤ พันเอกสาธิต ทิพย์มณี | |
| ปัญหากฎหมายสหกรณ์เกี่ยวกับการดำเนินงานในอุตสาหกรรมโคเนื้อ | 175 |
| ➤ สุรรัตน์ มีดวงจันทร์, ญัฐกานต์ ปิ่นแก้ว และธัญวรัตน์ ห่วงประโคน | |
| ประเด็นท้าทายในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์ | 195 |
| ➤ เสสิณา นิยมสุวรรณ | |
| ที่มาของวุฒิสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์ | 217 |
| ➤ อเนก สุขดี | |
| ปัญหาทางกฎหมายและการจัดให้มีมาตรการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย | 234 |
| ➤ อมรรัตน์ อำมาตเสนา และ สนิษฐา ดิษฐปาน | |



ความนำ

โครงการประชุมวิชาการระดับชาติ “ธรรมศาสตร์ – นิติพัฒนา” เกิดขึ้นจากความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ได้แก่ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างโอกาสทางวิชาการให้นักวิชาการ อาจารย์ นักศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษา สนับสนุนให้มีการเผยแพร่ผลงานวิชาการและผลงานวิจัยสู่สาธารณชนให้ได้รับทราบ ก่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนความรู้ ความคิดเห็นร่วมกันระหว่างนักวิจัยในสาขานิติศาสตร์ อันจะนำไปสู่การพัฒนาผลงานวิจัยให้มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น

ด้วยเหตุนี้ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในฐานะสถาบันทางวิชาการที่มีภารกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณชนให้กว้างขวาง จึงได้จัดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 7 ขึ้น ในวันที่ 27 สิงหาคม 2565 เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการ ประสบการณ์ ตลอดจนนำเสนอผลการศึกษาวิจัยในประเด็นต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์เชิงวิชาการรวมทั้งการบูรณาการศาสตร์สาขาวิชาต่าง ๆ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป



คำสั่งคณะนิติศาสตร์

ที่ ๑๕๙/๒๕๖๕

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗

โดย คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ และคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในฐานะสถาบันทางวิชาการที่มีภารกิจสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการเผยแพร่ผลงานวิชาการทางนิติศาสตร์สู่สาธารณชนให้กว้างขวาง จึงได้จัดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ร่วมกันมาอย่างต่อเนื่องเป็นปีที่ ๗ เพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนความรู้ทางวิชาการ ประสบการณ์ ตลอดจนนำเสนอผลการศึกษาวิจัยในประเด็นต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์เชิงวิชาการรวมทั้งการบูรณาการศาสตร์สาขาวิชาต่าง ๆ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

เพื่อให้การดำเนินการจัดงานประชุมดังกล่าวเป็นไปด้วยความเรียบร้อย บรรลุวัตถุประสงค์ของงานประชุมวิชาการระดับชาติ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงแต่งตั้งผู้มีรายชื่อดังต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ประกอบด้วย

- | | |
|--|------------------|
| ๑. รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกกร | ที่ปรึกษา |
| ๒. รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท | ที่ปรึกษา |
| ๓. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิภัก | ประธานคณะกรรมการ |
| ๔. รองศาสตราจารย์สาวตรี สุขศรี | กรรมการ |
| ๕. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีทัต ชวิศจินดา | กรรมการ |
| ๖. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร | กรรมการ |
| ๗. อาจารย์ ดร.ปุนเทพ ศิรินุพงศ์ | กรรมการ |
| ๘. อาจารย์ ดร.ธนต์เทพ เจริญประสิทธิ์ | กรรมการ |
| ๙. อาจารย์ ดร.วิสาชา ภู่อารว | กรรมการ |
| ๑๐. อาจารย์ ดร.ยศพนธ์ นิติรุจิโรจน์ | กรรมการ |
| ๑๑. อาจารย์ ดร.อัจฉริยา วงษ์บูรณาวาทย | กรรมการ |
| ๑๒. อาจารย์ ดร.นวพร เสนีย์วงศ์ ณ อยุธยา | กรรมการ |



โดยให้ผู้ดำรงตำแหน่งข้างต้นมีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

๑. กำหนดแนวทาง หลักเกณฑ์ วิธีการและดำเนินการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗
๒. แต่งตั้งคณะอนุกรรมการ คณะทำงาน เพื่อช่วยดำเนินงานจัดงานประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗
๓. พิจารณาผลการประกวดรางวัลการนำเสนอในงานประชุมวิชาการระดับชาตินิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗
๔. หน้าที่อื่นใด ตามที่คณบดีมอบหมาย

ทั้งนี้ นับตั้งแต่วันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๑๔ กันยายน พ.ศ. ๒๕๖๕

(รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์

ที่ ๑๖๐/๒๕๖๕

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลงานวิชาการใน
งานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗

ตามคำสั่งคณะนิติศาสตร์ เลขที่ ๑๕๙/๒๕๖๕ ลงวันที่ ๑๔ กันยายน ๒๕๖๕ เรื่อง แต่งตั้ง
คณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗ นั้น เพื่อให้การดำเนินการ
จัดประชุมวิชาการดังกล่าว เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดประชุม

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงแต่งตั้งผู้มีรายชื่อดังต่อไปนี้เป็นคณะกรรมการพิจารณาผลงานวิชาการในงานประชุมวิชาการ
ระดับชาติ “นิติพัฒน – ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗ ประกอบด้วย

- | | |
|--|------------------|
| ๑. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฎากร ว่องวุฒิกุล | ประธานคณะกรรมการ |
| ๒. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ | กรรมการ |
| ๓. รองศาสตราจารย์ นเรศร์ เกษะประกร | กรรมการ |
| ๔. รองศาสตราจารย์ ดร.ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์ | กรรมการ |
| ๕. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ | กรรมการ |
| ๖. รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมินทร์ บุตรอินทร์ | กรรมการ |
| ๗. รองศาสตราจารย์ อานนท์ มาเม้า | กรรมการ |
| ๘. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เสถียรภาพ นาหลวง | กรรมการ |
| ๙. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อมรรัตน์ กุลสุจริต | กรรมการ |
| ๑๐. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประพิน นุชเปี่ยม | กรรมการ |
| ๑๑. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ล้ำเลิศ | กรรมการ |
| ๑๒. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ นริษรา ประสิทธิปานวัง | กรรมการ |
| ๑๓. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.รณกรณ์ บุญมี | กรรมการ |
| ๑๔. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ อธิวัฒน์ ขวัญใจ | กรรมการ |
| ๑๕. อาจารย์ ดร.ประสาธ พงษ์สุวรรณ | กรรมการ |
| ๑๖. อาจารย์ ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ | กรรมการ |



| | |
|-------------------------------------|---------|
| ๑๗. อาจารย์ ดร. นัชฎิภา ศรีพงษ์กุล | กรรมการ |
| ๑๘. อาจารย์ ดร. ปุณเทพ ศิริบุหงศ์ | กรรมการ |
| ๑๙. อาจารย์ ดร. ญาดา เดชชัย | กรรมการ |
| ๒๐. อาจารย์ ดร. ฌานิทธิ์ สันตะพันธ์ | กรรมการ |
| ๒๑. อาจารย์ ดร. อัญธิกา ณ พิบูลย์ | กรรมการ |
| ๒๒. อาจารย์ ดร. พิมุข สุศลสัมพันธ์ | กรรมการ |
| ๒๓. อาจารย์ ปวีร์ เจนวีระนนท์ | กรรมการ |

โดยให้ผู้ดำรงตำแหน่งข้างต้นมีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

๑. พิจารณาผลงานวิชาการนำเสนอในงานประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน์ – ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗ เพื่อรายงานผลต่อคณะกรรมการจัดงานประชุม
๒. หน้าที่อื่นใด ตามที่คณบดีมอบหมาย

ทั้งนี้ นับตั้งแต่วันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๑๕ กันยายน พ.ศ. ๒๕๖๕

(รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์
ที่ ๑๖๑/๒๕๖๕

เรื่อง แต่งตั้งกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่อง
งานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗

ตามคำสั่งคณะนิติศาสตร์ เลขที่ ๑๕๙/๒๕๖๕ ลงวันที่ ๑๔ กันยายน ๒๕๖๕ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดงานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗ นั้น เพื่อให้การดำเนินการจัดประชุมวิชาการดังกล่าว เป็นไปด้วยความเรียบร้อยและบรรลุวัตถุประสงค์ของการจัดประชุม

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงแต่งตั้งกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่องงานประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒนา - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ ๗ ประกอบด้วย

| | |
|---|-------------------|
| ๑๓. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤษฏากร ว่องวุฒิกุล | บรรณาธิการ |
| ๑๔. รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกกร | กองบรรณาธิการ |
| ๑๕. รองศาสตราจารย์สาวตรี สุขศรี | กองบรรณาธิการ |
| ๑๖. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ธีทัต ชวิศจินดา | กองบรรณาธิการ |
| ๑๗. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร | กองบรรณาธิการ |
| ๑๘. อาจารย์ ดร.ปุนเทพ ศิรินุพงศ์ | กองบรรณาธิการ |
| ๑๙. อาจารย์ ดร.ญาดา เดชชัย | กองบรรณาธิการ |
| ๒๐. อาจารย์ ดร.ธนเทพ เขียรประสิทธิ์ | กองบรรณาธิการ |
| ๒๑. อาจารย์ ดร.วิสาข่า ภู่อารวง | กองบรรณาธิการ |
| ๒๒. นางสาวเข็มจิรา คณนาธรรม | ผู้ช่วยบรรณาธิการ |
| ๒๓. นายกิตตินันท์ จงอารี | ผู้ช่วยบรรณาธิการ |
| ๒๔. นางสาวอัญญารัตน์ หมัดพวง | ผู้ช่วยบรรณาธิการ |
| ๒๕. นางสาวประภัตรา ปักกัตตั้ง | ผู้ช่วยบรรณาธิการ |
| ๒๖. นางสาวณัฐธยาน์ จารียานุกุล | ผู้ช่วยบรรณาธิการ |



โดยให้ผู้ดำรงตำแหน่งข้างต้นมีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

๑. พิจารณารูปแบบ ความครบถ้วนสมบูรณ์ และคุณภาพของผลงานที่จะเผยแพร่ลงใน รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ นิตยพัฒน์ - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗
๒. ดูแลกระบวนการจัดทำรายงานสืบเนื่องการจัดประชุมวิชาการระดับชาตินิตยพัฒน์ - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๗ จนแล้วเสร็จ
๓. หน้าที่อื่นใด ตามที่คณบดีมอบหมาย

ทั้งนี้ ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๑๕ กันยายน พ.ศ. ๒๕๖๕

(รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกร)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒนา ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 09.00 – 12.15 น.

ณ ห้อง 202 ชั้น 2 อาคารสยามบรมราชกุมารี สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

| เวลา | กิจกรรม |
|------------------|--|
| 09.00 – 09.45 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมการประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒนา – ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7 |
| 09.45 – 10.00 น. | กล่าวเปิดการประชุมวิชาการระดับชาติ โดย รองศาสตราจารย์ ดร.ปกป้อง ศรีสนิท คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รองศาสตราจารย์นเรศร์ เกษะประกกร คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ |
| 10.00 – 12.00 น. | เสวนาวิชาการ เรื่อง “อันเนื่องมาจากสมัยแอนโธรพอซิน: วิพากษ์กฎหมายสิ่งแวดล้อมจากหลากหลายมุมมอง” มีผู้ร่วมเสวนา ดังนี้ มุมมองด้านนิเวศวิทยา : สิ่งที่มีมนุษยชาติกำลังเผชิญในสมัยแอนโธรพอซิน” ดร.สรณรัชฎ์ กาญจนะวณิชย์ นักนิเวศวิทยา อดีตประธานกรรมการมูลนิธิโลกสีเขียว มุมมองด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อม : ความเพียงพอของกฎหมายสิ่งแวดล้อมของ ประเทศไทยในการรับมือกับปัญหาสิ่งแวดล้อมในสมัยแอนโธรพอซิน ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.นัทธน คงเจริญ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ มุมมองด้านกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ : แอนโธรพอซินกับกฎหมาย ระหว่างสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กฤษฎากร ว่องวุฒิภูถิ รองคณบดีฝ่ายวางแผนและพัฒนา คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒน- บริหารศาสตร์ |



| เวลา | กิจกรรม |
|------------------|--|
| | <p>มุมมองด้านแพศภาวะกับกฎหมายเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ: แพศภาวะกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ</p> <p>อาจารย์ ดร.พนัญญา ลากประเสริฐพร อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ และ ผู้อำนวยการศูนย์ Law TU Health & Wellness คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์</p> <p>ดำเนินการเสวนา โดยผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. กฤษฎากร ว่องวุฒิภูถิณกุล</p> |
| 12.00 – 12.15 น. | กิจกรรม ถาม – ตอบ |



การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 – 15.30 น.

ณ ห้อง 202 ชั้น 2 อาคารสยามบรมราชกุมารี สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

| เวลา | กิจกรรม |
|------------------|---|
| 12.00 – 13.00 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ |
| 13.30 – 15.30 น. | การนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ แบ่งกลุ่มย่อยตามสาขาวิชา <ul style="list-style-type: none">- กลุ่มที่ 1 กฎหมายมหาชน (ห้อง 603)- กลุ่มที่ 2 กฎหมายอาญา (ห้อง 604)- กลุ่มที่ 3 กฎหมายธุรกิจและเทคโนโลยี (ห้อง 605)- กลุ่มที่ 4 กฎหมายเพื่อการพัฒนา (ห้อง 606) |



การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7
วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 – 15.30 น.
ณ ห้อง 202 ชั้น 2 อาคารสยามบรมราชกุมารี สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

“ห้องกฎหมายมหาชน”

ผู้วิพากษ์บทความ

1. อาจารย์ ดร.ฉานนิตี สันตะพันธุ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2. อาจารย์ ดร.ปุนเทพ ศิริบุษงค์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

| เวลา | กิจกรรม |
|--------------------------------------|---|
| 13.00 – 13.30 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ |
| 13.30 – 13.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 1 ความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ผู้เขียน: กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว และเกริกเกียรติ ทิพย์ชัย |
| 13.45 – 14.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.00 – 14.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 2 หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบละเมิด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการเลือกตั้ง ผู้เขียน: พันเอกสาริต ทิพย์มณี |
| 14.15 – 14.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.30 – 14.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 3 ที่มาของวุฒิสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย ญี่ปุ่น และ ฟิลิปปินส์ ผู้เขียน: อเนก สุขดี |
| 14.45 – 15.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 15.00 – 15.15 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 4 การศึกษาความแตกต่างด้านสภาพบังคับของวินัยการคลัง และวินัยทาง งบประมาณและการคลัง ผู้เขียน: เขมภัทร ทฤษฎีคุณ |
| 15.15 – 15.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |



การประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 7

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 – 15.30 น.

ณ ห้อง 202 ชั้น 2 อาคารสยามบรมราชกุมารี สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

“ห้องกฎหมายอาญา”

ผู้วิพากษ์บทความ

1. รองศาสตราจารย์สาวตรี สุขศรี อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2. อาจารย์ ดร.ณูดา เดชชัย เจริญประสิทธิ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

| เวลา | กิจกรรม |
|--------------------------------------|--|
| 12.00 – 13.00 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ |
| 13.30 – 13.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 1 ปัญหาทางกฎหมายของการลักทรัพย์ผู้มีอาชีพกสิกรรมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ผู้เขียน: จิรกิตต์ ภัสสรภาคภูมิ |
| 13.45 – 14.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.00 – 14.15 (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 2 การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศผ่านกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของไทย : ศึกษาเปรียบเทียบสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี ผู้เขียน: ฉัตรทริกา นภานาพงศ์ |
| 14.15 – 14.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.30 – 14.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 3 ความเหลื่อมล้ำในการรับผิดทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อสาวประเภทสอง (ผู้หญิงข้ามเพศ) ผู้เขียน: ชีรพันธ์ กำดารา |
| 14.45 – 15.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 15.00 – 15.15 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 4 กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส ผู้เขียน: นภสร สงวนนาม |
| 15.15 – 15.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |



กำหนดการนำเสนอบทความวิชาการ การประชุมวิชาการระดับชาติ

“นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 7

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 - 15.30 น. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

“ห้องกฎหมายธุรกิจและเทคโนโลยี”

ผู้วิพากษ์บทความ

1. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประพิน นุชเปี่ยม อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วริยา ถ้ำเลิศ ผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก

| เวลา | กิจกรรม |
|--------------------------------------|---|
| 12.00 - 13.00 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ |
| 13.30 - 13.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561: ศึกษากรณีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ผู้เขียน: วรางคณา ชัยศรีทิพย์ |
| 13.45 - 14.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม - ตอบ |
| 14.00 - 14.15 (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 2 การพัฒนาที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อย ความเหลื่อมล้ำ กับ พ.ร.บ. ร่วมลงทุนในประเทศไทย ผู้เขียน: มูฮัมมัดรอโซ มาหิละ |
| 14.15 - 14.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม - ตอบ |
| 14.30 - 14.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 3 ประเด็นท้าทายการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์ ผู้เขียน: เสสิณา นิยมสุวรรณ์ |
| 14.45 - 15.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม - ตอบ |



กำหนดการนำเสนอบทความวิชาการ การประชุมวิชาการระดับชาติ

“นิติพัฒนา – ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 7

วันเสาร์ที่ 27 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 – 15.30 น. สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

“ห้องกฎหมายกับการพัฒนา”

ผู้พิพากษ์บทความ

1. อาจารย์ ดร.ธนัทเทพ เขียรประสิทธิ์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
2. อาจารย์ ดร.วิสาชา ภู่อารว อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

| เวลา | กิจกรรม |
|--------------------------------------|---|
| 12.00 – 13.00 น. | ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังการนำเสนอบทความในสาขานิติศาสตร์ |
| 13.30 – 13.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 1 ปัญหาทางกฎหมายและการจัดให้มีมาตรการกำกับผลิตรถจักรยานยนต์ และการใช้ประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย ผู้เขียน: อมรรัตน์ อำนวยเสนา และสิณิษฐา ดิษฐปาน |
| 13.45 – 14.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.00 – 14.15 (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 2 ปัญหากฎหมายสหกรณ์เกี่ยวกับการดำเนินงานในอุตสาหกรรมโคเนื้อ ผู้เขียน: สุรรัตน์ มีดวงจันทร์, ณัฐกานต์ ปิ่นแก้ว และธัญวรรณ์ ห่วงประโคน |
| 14.15 – 14.30 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |
| 14.30 – 14.45 น. (นำเสนอ 15 นาที) | บทความที่ 3 กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ศึกษาสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ ผู้เขียน: ธีรวัฒน์ ประทุมทอง |
| 14.45 – 15.00 น. | วิพากษ์บทความ / ถาม – ตอบ |



สรุปเนื้อหาปาฐกถา

อันเนื่องมาจากแอนโทรพocen : วิพากษ์กฎหมายสิ่งแวดล้อมจากหลายมุมมอง

1. ดร.สรณัฐ กาญจนวณิชย์ หัวข้อ สิ่งที่มีมนุษยชาติกำลังเผชิญในสมัยแอนโทรพocen

แอนโทรพocen มีต้นกำเนิดอย่างไร ส่งผลกระทบอย่างไรบ้าง

แอนโทรพocen แปลตรงตัวคือ Age of Humans ยุคมนุษย์ครองโลก คำว่าแอนโทรพocen นี้ได้ปรากฏขึ้นเมื่อปี ค.ศ. 1930 แต่ความหมายที่ใช้ในปัจจุบัน ถูกเสนอโดย Paul J. Crutzen นักเคมีบรรยากาศ ซึ่งเคยได้รับโนเบลในปี ค.ศ. 1995 จากการศึกษาวิจัยการเกิดปฏิกิริยาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในชั้นโอโซน ซึ่งมีส่วนสำคัญต่อบรรยากาศโลก เมื่อปี ค.ศ. 2000 เป็นยุคที่ควรเรียกว่า แอนโทรพocen มนุษย์ครองโลก เพราะกระบวนการทั้งหลายที่ขับเคลื่อนโลก ไม่ว่าจะเป็นกระบวนการทางชีวเคมี หรือกระบวนการทางธรณีต่าง ๆ ที่เกิดการเปลี่ยนแปลงไปล้วนแล้วแต่เกิดจากมนุษย์ ซ้ำยังทิ้งร่องรอยต่าง ๆ อยู่บนชั้นธรณี ดังนั้นจึงควรแก้การกล่าวว่าเป็นยุคแอนโทรพocen ทำให้เห็นว่ามนุษย์นั้นมีอิทธิพลต่อโลกเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตามคณะกรรมการระหว่างประเทศยังไม่ยอมรับในข้อชี้แจงดังกล่าว เนื่องจากช่วงเวลาดังกล่าวที่เกิดขึ้นนั้นเมื่อเปรียบเทียบกับมุมมองของธรณีกาลนั้นยังถือเป็นระยะเวลาที่สั้นมาก ไม่สามารถนำมานับเป็นยุคได้ ซึ่งการถกเถียงนี้เริ่มต้นมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 แอนโทรพocen ที่เสนอแล้วคนส่วนใหญ่ยอมรับนั้นเริ่มจากปี ค.ศ. 1995 เพราะเป็นปีที่เกิดร่องรอยขึ้นทุกตารางเมตรของโลก การทดลองระเบิดนิวเคลียร์จำนวนมาก พลาสติกที่มนุษย์ค้นพบลอยอยู่ในทะเล ฝนตกลงมาแล้วมีพลาสติกเจือปน ความเข้มข้นของคาร์บอนในอากาศ ทิ้งร่องรอยอยู่ในน้ำแข็งขั้วโลกใต้ และเหตุการณ์ที่ร้ายแรงที่สุด คือ การสูญพันธุ์ครั้งยิ่งใหญ่ ครั้งที่ 6 สูญพันธุ์เกิดขึ้น 6000 เท่ากว่าที่สูญตามธรรมชาติ นักวิทยาศาสตร์สรุปการกระทำของมนุษย์ที่ก่อให้เกิดสิ่งแวดล้อม ใน planetary boundaries เช่น โลกร้อน การสูญพันธุ์ ปุ๋ยเคมีในบ้านเรา ทำให้การสูญพันธุ์สำคัญ ความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งมีหน้าที่รักษาสมดุล วัฏจักรแร่ธาตุต่างๆ ต้องรักษาให้อยู่ในภาวะปลอดภัย ปรากฏการณ์แอนโทรพocen จึงไปกระตุ้นจิตสำนึกมนุษย์

ต่อมาการรับมือในยุคแอนโทรพocen ที่มนุษย์ครองโลก ตอนเริ่มยุคแอนโทรพocen ตอน 60 – 70 ปีก่อน ค.ศ. 1950 มนุษย์มีธรรมชาติมากมาย คนไม่เยอะ ใช้อย่างฟุ่มเฟือย แย่งชิงทรัพยากร จนเกิดปัญหายุคปัจจุบันจนเหลือธรรมชาติ 1/3 ของที่เคยมี มีจำนวนมนุษย์เพิ่ม 2.5 เท่า มีปัญหาสิ่งแวดล้อมที่สะสม จนคนเรียกถึงความเท่าเทียมที่จะเข้าถึงทรัพยากร ทางออกเดียวคือ หาวิธีจัดการทรัพยากรธรรมชาติใหม่ทั้งหมด เป็นที่มาของการเรียกร้องเปลี่ยนระบบแก้ไขโครงสร้าง ทำให้หมุนเวียนใช้ใหม่ ให้มีประสิทธิภาพ ให้ทุกคนเข้าถึงร่วมกัน ตอนนี้ต้องทำอะไรอย่างเร่งด่วนมากที่สุด ตอนนี้เหลือเวลาน้อยมากก่อนหายนะจะเกิดขึ้น ต้องหยุดโครงการที่ทำลายธรรมชาติ พื้นฟูธรรมชาติไม่ใช่เพียงอุทยานแห่งชาติ แต่ที่หนทุกแห่ง บ้านเรา เรามีเวลาอาจจะเหลือแค่ 5 ปี ทำอย่างไรที่จะเปลี่ยนผ่านไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนเพื่อให้เจ็บป่วยน้อยที่สุด ปัญหาคือว่า ประเทศไทย



เดินทางทิศทางตรงกันข้าม กับแนวโน้มเรากลับเร่งทำลายธรรมชาติ จากที่น้อยอยู่แล้ว กรณีตัวอย่างมนุษย์เราทำลายธรรมชาติ กฎหมายภาษีที่ดิน เจตนารมณ์คือต้องการแก้ปัญหาครอบครอง แก้ปัญหาบางอย่าง แต่เอา มาผูกกับการใช้ประโยชน์ที่ดินตามคุณค่าเศรษฐศาสตร์กระแสหลัก เป็นการมองว่าเอาไว้เก็งกำไรเท่านั้น ในทางชีวะไม่มีคำว่าพื้นที่รกร้าง มีแต่คำว่าพื้นที่ถิ่นอาศัยของระบบนิเวศน์ เช่นเป็นทุ่งหญ้า เช่น พวกนกน้ำ ต้องการวางไข่ในพื้นที่รก พงหญ้าต่าง ๆ ในประเทศไทย นกพวงนา สิ่งเหล่านี้มองว่าเสียภาษีต้องถมทิ้ง ถางทิ้ง ขนาดพื้นที่ป่าชายเลนที่ได้รับการประชาสัมพันธ์เยอะมาก ที่รับรู้ว่ามีประโยชน์ เป็นพื้นที่ป่าชายธรรมชาติ จากเดิมเคยเสียภาษี 3,000 บาทต่อปี กลับต้องเสียภาษีเพิ่มขึ้นเป็น 200,000 บาทต่อปี เกิดความย้อนแย้ง หากนำประโยชน์ของป่าชายเลนมาเก็บภาษีมากมายแบบนี้ ตอนที่คุยเรื่องภาษี กับคำนิยามพื้นที่รกร้าง แต่ถูกปฏิเสธ 2 - 3 รอบ

หลากหลายทางชีวภาพเปรียบเสมือนอวัยวะต่าง ๆ ที่ขับเคลื่อนคุณภาพชีวิต หากนี้ถ้อยหายไปแต่ยังสามารถเล่นเปียโนได้ แต่หากขาดแขนไปอาจจะทุกข์ทรมานมากขึ้น ยุคแอนโธรพocenนี้เปรียบเสมือนมนุษย์ที่ขาดขาขาด ในการนี้มีทางเลือก คือ การนั่งเก้าอี้ไฟฟ้า หรือ การปรับตัว และสร้างขาปลอมขึ้นมาเพื่อทดแทนขาที่ขาดไป เปรียบได้กับการปรับตัวร่วมกับชีวิตอื่น การคืนความอุดมสมบูรณ์

2. อ.ดร.พนัญญา ลากประเสริฐพร หัวข้อ มุมมองด้านเพศภาวะกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

เรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศที่มีผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่ม

การมอง climate change เป็นผลกระทบ ตอนนี้มนุษย์เผชิญกับปัญหา ก่อนจะทราบว่าจะทำไมต้องนำ มุมมองทางเพศมามอง คลื่นความร้อน การสูญเสียทางชีวภาพ จะส่งผลต่อมนุษย์ รวมถึงผลกระทบมาตรการที่ต้องการแก้ปัญหา มาตรการลดก๊าซเรือนกระจก หากไม่วางแผนให้ครอบคลุมอาจทำให้เกิดผลกระทบ เช่น เกิดความสูญเสียทางชีวภาพ กรุงเทพมหานครมีน้ำทะเลสูงขึ้นเราจะปรับตัวอย่างไร ถ้าหากไม่ได้มองมุมมอง หลากหลาย แล้วออกแบบกฎหมายออกมาอาจจะมีผลกระทบได้

เมื่อนำเพศภาวะมาทำการวิเคราะห์จะได้รับข้อมูลปัจจัยทางชีวภาพ เศรษฐกิจสังคม ตัวอย่างเช่น ผู้หญิงมีความแตกต่างทางชีววิทยาเป็นพื้นฐาน เช่น ร่างกายทนได้น้อยกว่าผู้ชาย การหนีพายุของผู้ชายและผู้หญิงก็แตกต่างกัน รวมถึงการมีประจำเดือนของผู้หญิงนั้นทำให้ผู้หญิงเปราะบางมากกว่าผู้ชาย ผู้หญิงต้องการเข้าถึงน้ำสะอาดที่มากกว่าผู้ชาย การตั้งครรภ์ต้องให้นมบุตร เป็นปัจจัยทางชีวภาพที่เสี่ยงได้รับผลกระทบมากกว่าผู้ชายในหลาย ๆ กรณี ความแตกต่างของวัฒนธรรม ในหลาย ๆ สังคม ยังปฏิเสธไม่ได้ว่า ผู้หญิงยังต้องการทรัพยากรทางธรรมชาติ ต้องการอาหาร ดูแลเด็ก ดูแลคนชรา ถ้ามีการเบียดเบียนทาง ธรรมชาติก็จะทำให้หาทรัพยากรได้ยากขึ้น ถ้าต้องออกไปหาไกล และเพิ่มความเสี่ยงมากยิ่งขึ้น การสอนให้ ผู้หญิงรักนวลสงวนตัว เช่น ถ้าเกิดพายุมาแล้วผู้หญิง ใส่เสื้อสีขาว หรือคนมาช่วยเป็นผู้ชายแล้วคนบางกลุ่มไม่ ยอมให้เข้าไปใกล้ตัวได้ ในประเทศบังคลาเทศ ผู้หญิงไม่ได้เรียนว่ายน้ำผู้หญิงก็จะไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ใน ยามฉุกเฉิน อำนาจและเศรษฐกิจ การเข้าถึงทรัพยากรต่าง ๆ ถ้าสังคมยังมีการเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจ เช่น ผู้ชายที่ถือกรรมสิทธิ์ ผู้ชายมีอำนาจตัดสินใจหรือเข้าถึงทรัพยากร ส่งผลให้อำนาจในการที่จะปรับตัวของผู้หญิง



ต่อสิ่งแวดล้อมผู้ช่วยไม่ได้ ความสามารถที่จะฟื้นฟูตัวเองกลับขึ้นมาก็ยากเช่นกัน เป็นตัวอย่างว่า ทำไมเวลาที่ เราจะออกแบบกฎหมายต่าง ๆ ต้องเอามุมมองเพศภาวะเข้ามามอง อย่างไรก็ตามประชากรกลุ่มผู้หญิง เป็นกลุ่มที่มีความเปราะบาง ผู้มีความหลากหลายทางเพศ ผู้มีชาติพันธุ์ กลุ่มคนเหล่านี้มีพลังที่จะสร้างความ เปลี่ยนแปลงและระบบต่าง ๆ ที่ลดความเหลื่อมล้ำและให้เกิดความเท่าเทียมจะทำให้เขาดูแลตัวเองได้และไม่ เปราะบางเช่นนั้น

3. ผศ.ดร.นัทธน คงเจริญ หัวข้อ ความเพียงพอของกฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศไทยในการรับมือกับ ปัญหาสิ่งแวดล้อมในสมัยแอนโธรพอซีน

กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม

ลักษณะของกฎหมายจากมุมมองของมนุษยสมัย

บทบัญญัติของกฎหมาย เป็นเครื่องมือรับใช้แนวคิดและอุดมการณ์ของมนุษย์ในทุกยุคทุกสมัย เช่น ยุคที่ผลัดจากยุคเข้าป่าล่าสัตว์ ยุคร่ร้อน พอเริ่มลงหลักปักฐาน กฎหมายพยายามจะสร้างระบบหลักการ เพื่อเข้ามารองรับการลงหลักปักฐานของมนุษย์ ระบบพาณิชย์นิยมเป็นรากฐานของกฎหมายที่สำคัญ เช่น ระบบกฎหมายที่ดิน (ทางเหนือมีที่ดินมากมาย ออกกฎหมายมาให้ทำประโยชน์) กฎหมายทรัพย์สิน กฎหมาย ซื้อขาย การค้าระหว่างประเทศ) การปรับระบบการผลิตการเกษตร (Green Revolution) และการปฏิวัติ อุตสาหกรรม ภายใต้แนวคิด Material Economy and Linear system อุดมการณ์ของสังคมมนุษย์นั้น มองข้ามสิทธิของธรรมชาติไป แนวคิดเช่นนี้ เราใช้ทรัพยากรอย่างสิ้นเปลือง เป็นปัญหาเนื่องจากการใช้มนุษย์ เป็นศูนย์กลาง

ปัญหานอกจากตัวบท การใช้กฎหมายก็เป็นปัญหาเช่นกัน กล่าวคือ การพยายามสร้างหลักการทาง นิติศาสตร์ (Legal Science) ที่พยายามสร้างความเป็นธรรม (จากสายตามนุษย์) เช่น ทำให้นักกฎหมายอยู่ใน ครอบอาณาจักรของตัวเองโดยไม่ฟังศาสตร์อื่น ๆ แม้จะมีพยานผู้เชี่ยวชาญเข้ามา แต่ก็ยังมีการ วิธีการจัดการ ป่าชุมชน ศาลไม่เคยนำประเด็นเหล่านี้ขึ้นมาพิจารณาเลย ความพยายามที่จะก้าวข้ามมนุษยสมัยของกฎหมาย กล่าวคือ พยายามที่จะปรับแนวคิดทางกฎหมาย การสร้างกฎหมายสิ่งแวดล้อม เช่น กฎหมายที่มีมุมมอง ในมุมมอง อนุรักษ์ ก่อนหน้านี้ เป็นกฎหมายที่ให้มนุษย์เป็นศูนย์กลางเข้าไปใช้สิ่งแวดล้อม แต่ภายหลังในยุค 2535 ปัจจุบันตั้งแต่ พ.ศ. 2538 มีความพยายามในการจัดการให้มีความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อม (Green Bench) ที่กล่าวมาข้างต้นเป็นความพยายาม ต่อมาเป็นวิพากษ์ความพยายามที่จะก้าวข้ามมนุษยสมัยของกฎหมาย เป็นการมองว่ามนุษย์เป็นปัญหาในการก่อกมลภาวะต่อสิ่งแวดล้อม แต่ยังคงจำเป็นต้องให้มนุษย์เข้ามาแก้ไข สิ่งผิดพลาด トラบไต่ที่ยังไม่สามารถแก้ไขระบบการเลื่อนขั้นของผู้พิพากษา และไม่มีกระบวนการพิจารณา คดี สิ่งแวดล้อมโดยตรง ระบบกฎหมายก็จะไม่สามารถก้าวข้ามมนุษยสมัยไปได้ ประเด็นวิพากษ์ต่อมาก็คือ หน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรง การใช้อำนาจผูกขาด ปัญหาคือเรายังไม่สามารถเผยแพร่วิธีการจัดการ สิ่งแวดล้อมไปสู่ผู้คนได้

ในปัจจุบันถึงแม้ว่าจะมีตัวบทกฎหมาย ยังคงรับใช้ระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม เช่น ขาดความมีส่วนร่วมในการจัดการสิ่งแวดล้อม ทำให้ยังไม่เห็นการจัดการทางกฎหมายที่เป็นแสงสว่างที่ปลายอุโมงค์ได้



อยู่น้อยมาก หลายๆเป้าหมายยังมุ่งเน้น GDP (การพัฒนาการเติบโตทางเศรษฐกิจ) เป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนาอย่างยั่งยืน ซึ่งไม่เห็นด้วยอย่างยิ่ง

แง่มุมทางประวัติศาสตร์ หลังจากปี 1972 การประชุมสิ่งแวดล้อม ก็ยังหนีไม่พ้นมนุษย์เป็นศูนย์กลาง มนุษย์ไม่เคยนำสิ่งแวดล้อมเข้ามาผนวกกับเรื่องต่าง ๆ จริงจังสักที เนื่องจากเรายังแบ่งกันเป็นรัฐอยู่ การร่วมมือจึงทำได้ยาก ประโยชน์ของรัฐส่วนใหญ่ไม่ได้คิดถึงส่วนรวม แต่คิดถึงการทำตนเป็นเจ้าของอำนาจ อธิปไตยในทรัพยากรธรรมชาติเหล่านั้นอยู่ นโยบายของแต่ละผู้นำก็มีความแตกต่างกัน แล้วแต่รัฐบาลชุดไหน จะสนับสนุนเรื่องของสิ่งแวดล้อม ในบริบทระหว่างประเทศการเมืองจึงเป็นเรื่องสำคัญสำหรับเรื่องของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมาก ดังนั้นผู้นำโลก ผู้นำประเทศจะต้องใส่ใจในเรื่องนี้ จะทำให้ระบอบโลกในด้านสิ่งแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไป นักกฎหมายส่วนใหญ่ดูตัวบทเป็นหลัก แต่ไม่เคยได้ลงไปสัมผัสเรื่องราวอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องในเชิงการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมได้ด้วย รวมไปถึงกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศยังมีกฎเกณฑ์ในทางสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศโดยมากจะอยู่ในสนธิสัญญาและจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญามีบทบาทใหญ่มากในการดูแลสิ่งแวดล้อม ความไม่เชื่อมโยงของสนธิสัญญามักจะมีเป็นส่วน ๆ ไป เช่น แก้ปัญหาแม่น้ำ แก้ปัญหาหมอกควัน โดยไม่มีจุดเชื่อมต่อ ไร้รอยต่อ กฎหมายอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทะเลมีความสำคัญในเรื่องของ เป็นกรอบ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติทางทะเล การแบ่งเขตแดนทางทะเลกัน ส่วนที่เป็นหลักสำคัญคือการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม แต่อย่างไรก็ดี ทะเลมีความสัมพันธ์กัน มหาสมุทรเป็นแหล่งกักเก็บคาร์บอนไดออกไซด์ที่ใหญ่ที่สุด ปัจจุบันจึงมีปัญหาความเป็นกรดของมหาสมุทร แม้จะมีอนุสัญญาอยู่เพียงน้อยนิด เช่น การปล่อยมลพิษจากเรือลงสู่ธรรมชาติ เรื่องของการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ หรือก๊าซเรือนกระจก แต่ก็มี การพูดถึงในประเด็นและมีการดำเนินการอย่างเบาบาง

Paris Agreement และ Kyoto Protocol ก็หาจุดเชื่อมโยงได้น้อยมาก ในเชิงตัวบทกฎหมาย เราจะใช้ระบอบของ climate change กับกฎหมายทะเล ในการแก้ไขปัญหาในตัวเองให้เชื่อมโยงไปถึงอีกระบอบหนึ่ง กล่าวคือให้มีการเชื่อมโยงกันทั้งหมด กระแสของแอนโทรพocenยังอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศได้ไม่มากพอ ยังคงต้องมีการแก้ไขปัญหาต่อไป ในยุคโฮโลซีน เราอยู่อย่างมีเสถียรภาพมาตลอด แต่เมื่อเข้าถึงยุคแอนโทรพocen ต้องมีหลักการ ระมัดระวังไว้ก่อน Precautionary Principle รัฐบาลหรือผู้มีอำนาจในการออกกฎหมายไม่ควรละเลย เช่น พืช GMO ไม่อาจนำมาเป็นข้ออ้างว่าจะทำอะไรกับมัน ไม่ต้องรอให้ปัญหาเกิด แต่มีความเป็นไปได้ว่าจะเกิดก็ต้องเข้าไปจัดการกับปัญหานั้นตั้งแต่แรก การปรับตัวได้หรือการติดตัวกลับมาให้พ้นจากปัญหาความยุ่งยากลำบาก หากยังมีแนวคิดแบบโฮโลซีนอยู่ความคิดของเราจะไม่สิ้นไหล ควรจะยืดหยุ่นได้ ควรจะต้องมีเรื่องอื่นเข้ามาผสม

- หนังสือที่อาจารย์แนะนำ Silent Springs, A life on our planet



ความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

เกริกเกียรติ ทิพย์ชัย

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยทักษิณ 140 หมู่ที่ 4 ตำบลเขาopusข้าง อำเภอเมือง จังหวัดสงขลา

อีเมล: tonkroekkiat@gmail.com

กิตติศักดิ์ หนูชัยแก้ว

คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์มยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

110/1 – 4 ถนนประชาชื่น เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร

อีเมล: kittisak.noo@dpu.ac.th

บทคัดย่อ

หลักกฎหมายทั่วไปถือเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองประเภทหนึ่ง นอกจากกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี และคำพิพากษาของศาล โดยหลักกฎหมายทั่วไปนั้นประกอบไปด้วยหลักการหลายหลักการ เช่น หลักความเป็นกลาง หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักสิทธิโต้แย้งคัดค้าน หลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ หลักสุจริต เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วในประเทศไทยนั้นใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในการพิจารณาพิพากษาของศาล แม้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะไม่ใช่มกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือ พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น ศาลปกครองก็สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีได้ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปสามารถเข้าไปอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษร รวมถึงสามารถใช้เป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ อีกทั้งยังสามารถนำมาใช้ในการชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนอีกด้วย โดยศาลปกครองจะนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในคดีเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองจะไม่ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาทุกคดี แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็ยังคงมีความสำคัญกับคดีปกครองบางคดี ผลของคำพิพากษาในแต่ละคดีมีผลกระทบกับประชาชนเป็นวงกว้าง อีกทั้งคำพิพากษาศาลปกครองนั้นยังเป็นแนวทางให้กับหน่วยงานราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติราชการหรือการใช้อำนาจในทางปกครอง แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายใด ๆ ก็ตาม

คำสำคัญ : หลักกฎหมายทั่วไป, ประโยชน์สาธารณะ, การพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง



The Importance of the Principle of Fairness in Adjudication of Administrative Cases

Krirkkiat Thipchai

Faculty of Law Thaksin University, 140 Village No. 4, Khao Rup Chang Subdistrict, Mueang District,
Songkhla Province

E – mail: tonkroekkiat@gmail.com

Kittisak Noochaikaew

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University,
110/1 – 4 Prachachuen Road, Laksi, Bangkok

E – mail : kittisak.noo@dpu.ac.th

Abstract

General principle of law is one of the most important issues is considered the source of a type of administrative law in addition to written law, custom and court judgments. General principles of law consist of several principles such as the principle of neutrality, the principle of proportionality, the principle of equality, the principle of objection, the principle of continuity in the provision of public services, the principle of non – retrospectiveness of administrative jurisprudence. Generally, in Thailand, written law is used in court hearings. Although, general principle of law are not written laws such as Act on Establishment of Administrative Courts and Administrative Court Procedure, B.E. 2542 or Administrative Procedure Act, B.E. 2539. But in judicial rulings the Administrative Court is able to bring general law principles to adjudicate cases. Because general principle of law can fill the gaps in written law and can be used as a basis for interpreting written law. Furthermore, it can also be used to weigh between the public interest and the private interest. The Administrative Court will apply the relevant written law together with the general principle of law to consider and adjudicate in the same case.

In conclusion, although the Administrative Court does not apply general principle of law in all cases but general principle of law are still important in some administrative cases and the outcome of the verdict in each case has a wide impact on the people. In addition, the judgment of the Administrative Court is also a guideline for government agencies or government officials to use in performing official duties or exercising administrative power although not directly stipulated in the law.

Keywords: General Principle of Law, Public Interest, Administrative trial



1. บทนำ

หลักกฎหมายทั่วไปถูกสร้างขึ้นโดยศาล นำมาใช้ในกรณีที่ไม่สามารถนำตัวบทกฎหมายมาปรับใช้และไม่มีจารีตประเพณีในเรื่องดังกล่าวกำหนดไว้ จึงจำเป็นที่จะต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยการอุดช่องว่างและตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร¹ เช่น หลักความเป็นกลาง หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักสิทธิแย้งคัดค้าน หลักความต่อเนื่องของการจัดทำบริการสาธารณะ หลักสุจริต เป็นต้น โดยในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมานั้น ถือว่าเป็นการออกนอกกรอบของกฎหมายลายลักษณ์อักษรและไม่ใช่วิธีที่เกิดจากการปฏิบัติติดต่อกันมาเป็นเวลานานอย่างสม่ำเสมอ ดังเช่น จารีตประเพณี หลักกฎหมายทั่วไปจึงต้องนำมาใช้ด้วยความระมัดระวัง²

หลักกฎหมายทั่วไปนั้น ถือเป็นบ่อเกิดสำคัญของกฎหมายปกครองแม้จะไม่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่จะสอดแทรกอยู่ในระบบกฎหมายหนึ่ง ๆ โดย ศาสตราจารย์ Jean Rivero ได้เคยกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “ในรากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์และโลกซึ่งก่อให้เกิดหลักการพื้นฐานจำนวนหนึ่ง อันเป็นหลักการในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่อยู่ร่วมกันเป็นสังคม โดยหลักกฎหมายทั่วไปจะอิงอยู่กับหลักการพื้นฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ การค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปของศาลมีลักษณะสร้างสรรค์เป็นอย่างมาก โดยในการยับยั้งการมีอยู่ของหลักกฎหมาย ศาลจะกำหนดบทลงโทษที่มีการฝ่าฝืนหลัก และในขณะเดียวกันก็สอดแทรกหลักลงไปกฎหมายที่มีอยู่ด้วย”³

โดยทั่วไปแล้วในประเทศไทยนั้นใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรในการพิจารณาพิพากษาของศาล แต่ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น แม้หลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะไม่ใช่มติที่เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เป็นต้น แต่ศาลปกครองก็สามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษาคดีได้ เพราะหลักกฎหมายทั่วไปสามารถเข้าไปอุดช่องว่างของกฎหมายลายลักษณ์อักษรรวมถึงสามารถใช้เป็นพื้นฐานในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรได้ อีกทั้งยังสามารถนำมาใช้ในการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนอีกด้วย โดยศาลปกครองจะนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวข้องประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปเข้ามาใช้ในการพิจารณาพิพากษาในคดีเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองจะไม่ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาทุกคดี แต่หลักกฎหมายทั่วไปก็ยังคงมีความสำคัญกับคดีปกครองบางคดี อีกทั้งคำพิพากษาศาลปกครองนั้นยังเป็นแนวทางให้กับหน่วยงานราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปฏิบัติราชการหรือการใช้อำนาจในทางปกครอง แม้จะไม่ได้มีการบัญญัติไว้โดยตรงในกฎหมายใด ๆ ก็ตาม

ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนจึงมุ่งศึกษาความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองบ่อยครั้ง คือ หลักความเป็นกลาง หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน

¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2562) 497 – 498.

² พนม เอี่ยมประยูร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส’, ใน *รวมบทความทางวิชาการของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร* (เดือนตุลา 2545) 41.

³ บุบผา อัครพิมาน, ‘หลักกฎหมายทั่วไป’ (2548) 5 วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, 1.



และหลักสุจริตเท่านั้น เพื่อจะชี้ให้เห็นว่าในคดีปกครองนั้นไม่ควรศึกษาเพียงกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น และต้องการให้หลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่รู้จักของผู้สนใจทั่วไป

2. เนื้อหา

2.1 ความหมายของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไป หมายถึง หลักการที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายประเทศของทั้งระบบ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายในเรื่องต่าง ๆ ที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบระเบียบ วางอยู่บนพื้นฐานหลักการที่สำคัญหลายหลักการ⁴ เป็นหลักกฎหมายที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรไม่ปรากฏในตัวบทกฎหมายโดยตรง แต่ศาลจะเป็นผู้สกัดหลักดังกล่าวออกมากับฝ่ายปกครองในกิจกรรมต่าง ๆ ของฝ่ายปกครอง⁵ โดย ศาสตราจารย์ Jean Rivero ได้เคยกล่าวถึงหลักกฎหมายทั่วไปไว้ว่า “ในรากฐานของทุกระบบกฎหมายจะมีข้อความคิดพื้นฐานของมนุษย์และโลก ซึ่งก่อให้เกิดหลักการพื้นฐานจำนวนหนึ่ง อันเป็นหลักการในการดำเนินชีวิตของมนุษย์ที่อยู่รวมกันเป็นสังคม โดยหลักกฎหมายทั่วไปจะอิงอยู่กับหลักการพื้นฐานเหล่านี้ ทั้งนี้ การค้นพบหลักกฎหมายทั่วไปของศาลมีลักษณะสร้างสรรค์เป็นอย่างมาก โดยในการยื่นหยัดการมีอยู่ของหลักหนึ่ง ศาลจะกำหนดบทลงโทษที่มีการฝ่าฝืนหลักและในขณะเดียวกันก็สอดแทรกหลักลงไปกฎหมายที่มีอยู่ด้วย”⁶

2.2 วิวัฒนาการและที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

หลักกฎหมายทั่วไปเป็นหลักการสำคัญที่ศาลปกครองได้นำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีในปัจจุบัน แม้จะไม่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรแต่การทำความเข้าใจเกี่ยวกับวิวัฒนาการและที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีความสำคัญเช่นเดียวกันมีรายละเอียด ดังนี้

2.2.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไป

2.2.1.1 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ถือว่าประมวลกฎหมายหรือกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นบ่อเกิดที่สำคัญของกฎหมาย ปรากฏใน ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ และประมวลกฎหมายอาญา เป็นต้น รวมถึงพระราชบัญญัติต่าง ๆ ส่วนศาลสูงมีบทบาทในการตีความบทบัญญัติของกฎหมายเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นหรือนำบทบัญญัติไปปรับใช้กับคดีที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีเท่านั้น⁷ วิวัฒนาการเด่นชัดในประเทศฝรั่งเศส มีรายละเอียด ดังนี้

สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้ยืนยันถึงการมีค่าบังคับเป็นกฎหมายของหลักกฎหมายทั่วไปมาตั้งแต่ ค.ศ. 1945 และได้วิวัฒนาการเรื่อยมาภายใต้การชี้นำทางทฤษฎีและการปรับปรุงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของสถาบันต่าง ๆ ของรัฐ จนกลายเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายฝรั่งเศส โดยได้รับการกล่าวอ้างในลักษณะ

⁴ พนารัตน์ มาศมมาตล, *กฎหมายปกครอง* (วิญญูชน 2563) 64.

⁵ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (เชิงอรรถ 1) 501.

⁶ บุษผา อัครพิมาน (เชิงอรรถ 3) 1.

⁷ ภัสวรรณ อุซุงศ์อมร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559) 25.



ที่เป็นกึ่งทางการโดยผู้พิพากษาของสภาแห่งรัฐ มาตั้งแต่ ค.ศ. 1945⁸ โดยวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปนั้นพอจะสามารถแบ่งแยกออกได้เป็น 3 ช่วงโดยสรุป ดังนี้⁹

ช่วงแรก สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) เป็นองค์กรที่มีบทบาทเพียงฝ่ายเดียวในการใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนอย่างแท้จริง

ช่วงที่สอง การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1958 มีกรณีเกี่ยวกับการออกข้อกำหนดของฝ่ายบริหารนั้นอาจเทียบได้กับการออกรัฐบัญญัติของรัฐสภา โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ได้พิจารณาพิพากษาคดีหนึ่งว่า การออกข้อกำหนดเอกเทศต้องเคารพหลักกฎหมายทั่วไป ถือได้ว่าเป็นการควบคุมการออกข้อกำหนดโดยผู้พิพากษา

ช่วงที่สาม เริ่มตั้งแต่การเข้ามามีบทบาทของศาลรัฐธรรมนูญตั้งแต่ ค.ศ. 1969 เป็นต้น โดยสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ยังคงใช้หลักกฎหมายทั่วไปบังคับใช้กับเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นนั้นคือวิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในประเทศฝรั่งเศส นอกจากนั้นหลักกฎหมายทั่วไปไปยังอยู่บนพื้นฐานของสองแนวคิดคือ หลักความชอบด้วยกฎหมายและหลักความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ดังนี้¹⁰

หลักความชอบด้วยกฎหมาย มีสาระสำคัญคือ รัฐเป็นผู้ปกครองประชาชน ประชาชนทุกคนจึงต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ ด้วยการเคารพกฎหมายและไม่กระทำการใด ๆ ที่ผิดกฎหมาย ส่วนรัฐที่ใช้อำนาจโดยหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ จะต้องปฏิบัติหน้าที่ภายใต้กรอบที่กฎหมายให้อำนาจไว้และไม่ละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือหากกระทบสิทธิเสรีภาพจะต้องกระทบให้น้อยที่สุด

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ มีสาระสำคัญคือ การใช้อำนาจของรัฐไม่ว่าจะเป็นอำนาจนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ จะขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้

ส่วนในประเทศไทยนั้น หลักกฎหมายทั่วไปปรากฏในมาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้อำนาจศาลใช้หลักกฎหมายทั่วไปในกรณีที่ไม่มียกเว้นอักษร จาริตประเพณีท้องถิ่นและอาจอาศัยเทียบเคียงบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งได้ แสดงให้เห็นว่า ระบบกฎหมายไทยถือว่าหลักกฎหมายทั่วไปเป็นที่มาของกฎหมายที่สำคัญประการหนึ่ง¹¹

2.2.1.2 วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law)

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษเป็นที่แรก โดยอังกฤษมีชนเผ่าหลายชนเผ่าแต่ละชนเผ่ามีจาริตประเพณีของตนเอง เมื่อชาวนอร์แมน (Norman) ซึ่งมาจากตอนเหนือของยุโรปเข้าไปยึดครองเกาะอังกฤษในปี ค.ศ. 1066 แล้วตั้งราชวงศ์ ต่อมาเกิดปัญหาในการตัดสินคดีความเนื่องจากศาลท้องถิ่นได้ใช้จาริตประเพณีที่แตกต่างกันในการตัดสินคดี เป็นผลให้คำพิพากษาในแต่ละศาลแตกต่างกัน และจาริตประเพณีของบางชนเผ่ายังล้าสมัย จึงเป็นเหตุให้ฝ่ายที่แพ้คดีเห็นว่าตนไม่ได้รับความเป็นธรรม รวมทั้งวิธีการพิสูจน์ความจริงด้วยวิธี

⁸ พนม เอี่ยมประยูร (เชิงจรด 2) 45.

⁹ เพิ่งอ้าง 46 – 51.

¹⁰ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ (เชิงจรด 1) 498 – 499.

¹¹ ภัทรวรรณ อุซุงศ์อมร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย’ (2560) 9 วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 549 – 577.



ทรมานหรือให้คู่ความต่อสู้กันเอง ดังนั้น ฝ่ายที่แพ้คดีจึงมาร้องเรียนต่อพระมหากษัตริย์ พระมหากษัตริย์จึงได้จัดตั้งศาลพระมหากษัตริย์ (King's Court) หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่าศาลหลวง (Royal Court) ขึ้น โดยส่งผู้พิพากษาเดินทางหมุนเวียนไปพิจารณาพิพากษาคดีที่พระราชอาณาจักร และผู้พิพากษานี้เองที่ได้ก่อตั้งข้อบังคับที่มีรูปลักษณะเดียวกันเป็นครั้งแรก สำหรับทุกส่วนของราชอาณาจักร จึงเรียกกฎหมายนี้ว่า คอมมอนลอว์ มาจนถึงทุกวันนี้ โดยหลักกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาล¹²

วิวัฒนาการของหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ จึงเด่นชัดในประเทศอังกฤษ มีรายละเอียด ดังนี้¹³

นับแต่การยึดครองอังกฤษโดยพระเจ้าวิลเลียม และสถาปนาระบอบศักดินารวมศูนย์ ที่ถือกันว่าพระราชอำนาจของกษัตริย์อังกฤษไม่เคยสิ้นพัน (Absolute) เพราะพระราชอำนาจพระมหากษัตริย์จะถูกจำกัดโดยจารีตประเพณีโบราณของเผ่าแองโกล – แซกซอน (Anglo Saxon) ที่พระมหากษัตริย์เชื้อสายนอร์มัน รับช่วงต่อมา และยิ่งกว่านั้นพระราชอำนาจดังกล่าวยังถูกเจ้าศักดินาตามแคว้นต่าง ๆ แข่งอำนาจและจำกัดพระราชอำนาจหลายครั้ง สำเร็จในปี ค.ศ. 1215 ชุมนางขึ้นบารอนรวมตัวกันเข้าทำสงครามกับพระเจ้าจอห์น และบังคับให้ทรงลงนามในมหากฎบัตรรัฐธรรมนูญ (Magna Carta) นับเป็นเอกสารชิ้นแรกที่จำกัดพระราชอำนาจ จนถือกันต่อมาว่า เป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในสมัยต่อมา

ต่อมาในปี ค.ศ. 1646 เกิดการยึดอำนาจและจับพระเจ้าชาร์ลที่ 1 ปลงพระชนม์ และสถาปนา Cromwell ขึ้นเป็น “ผู้พิทักษ์ราชอาณาจักร” จนกระทั่ง Cromwell สิ้นชีวิต พระมหากษัตริย์ก็ขึ้นปกครองตามเดิม จนถึงรัชสมัยพระเจ้าเจมส์ที่ 2 ทรงยุบสภาพร้อมทั้งปลดผู้พิพากษาในศาลหลวงที่ไม่ยอมรับพระราชอำนาจ ทำให้ศาลหลวงโดย Coke ซึ่งถูกปลดหันไปร่วมมือกับรัฐสภา ตั้งกองกำลังติดอาวุธขึ้นต่อสู้เป็นเหตุให้พระเจ้าเจมส์เสด็จพระราชดำเนินหนีออกจากอังกฤษในปี ค.ศ. 1688 และรัฐสภาลงมติให้เชิญพระเจ้าวิลเลียมและพระนางแมรีขึ้นสืบราชสมบัติต่อ พร้อมทั้งออกกฎหมายจำกัดพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ Bill of Rights 1689 และ Act of Settlement ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ศาลหลวงก็ไม่เคยตัดสินว่าพระราชบัญญัติที่รัฐสภาตราขึ้นเป็นโมฆะอีกเลย ตรงกันข้าม กลับพิพากษาว่ารัฐสภามีอำนาจที่จะออกกฎหมายใดหรือไม่ก็ได้ เมื่อออกกฎหมายแล้วศาลไม่มีอำนาจตัดสินว่าพระราชบัญญัตินั้นเป็นโมฆะอีกต่อไป

2.2.2 ที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองแม้ศาลปกครองจะนำกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติไว้ขึ้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเป็นอันดับแรก แต่หากกฎหมายลายลักษณ์อักษรไม่สามารถนำไปปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีปกครองได้ หลักกฎหมายทั่วไปจะมีความสำคัญขึ้นมาทันทีเพราะศาลปกครองสามารถนำหลักกฎหมายทั่วไปมาอุดช่องว่างในกรณีดังกล่าว ศาลจึงได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมา การศึกษาที่มาของหลักกฎหมายทั่วไปจึงมีความสำคัญ มีรายละเอียด ดังนี้¹⁴

¹² เฟิงอ้าง 16 – 17

¹³ เฟิงอ้าง 42 – 47.

¹⁴ บุษผา อัครพิมาน (เชิงอรธ 3) 2 – 9.



1) กฎหมายลายลักษณ์อักษร

หลักกฎหมายทั่วไปเกิดมาจากการสกัดหลักที่ได้มาจากกฎหมายที่มีอยู่ อาจเกิดขึ้นจากการตีความตัวบทกฎหมายหรือเจตนารมณ์ของกฎหมาย มิใช่มีผลบังคับเพราะกฎหมายเขียนไว้ ดังนั้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงเป็นเพียงที่มาโดยอ้อมของหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น

2) กฎหมายจารีตประเพณี

กฎหมายจารีตประเพณีคือ หลักเกณฑ์หรือแนวปฏิบัติเรื่องใดเรื่องหนึ่งในสังคมที่ปฏิบัติต่อกันและได้ยอมรับกันมาเป็นเวลานาน ประกอบไปด้วยองค์ประกอบส่วนข้อเท็จจริงคือมีการใช้กฎเกณฑ์นั้นอย่างสม่ำเสมอ และองค์ประกอบเชิงจิตวิญญาณคือ ความรู้สึกร่วมว่าสิ่งนั้นถูกต้องและต้องปฏิบัติตาม ส่วนหลักกฎหมายนั้นมีพื้นฐานมาจากการอยู่ร่วมกันของคนในสังคม จึงมีหลักกฎหมายทั่วไปบางหลักที่อาจเป็นสิ่งเดียวกับกฎหมายจารีตประเพณี โดยกฎหมายจารีตประเพณีเป็นเสมือนหนึ่งที่มาของหลักกฎหมายทั่วไป

3) แนวบรรทัดฐานของศาล

หลักกฎหมายทั่วไปเกิดขึ้นจากการสร้างโดยศาลแต่ก็ยังคงมีความแตกต่างกับคำพิพากษาของศาลหลายประการ ดังนี้

(1) ศาลไม่สามารถสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยอำเภอใจ จะต้องสร้างให้สอดคล้องกับความต้องการของคนในสังคม เพราะหลักกฎหมายทั่วไปไม่ได้มาจากความเห็นส่วนตัวของศาล

(2) คำวินิจฉัยของศาลเกิดขึ้นจากการตัดสินคดีหนึ่งและเป็นกรณีเฉพาะเรื่องเพื่อระงับข้อพิพาทในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเท่านั้น ส่วนหลักกฎหมายทั่วไปสามารถนำไปปรับใช้ได้ สถานการณ์ที่แตกต่างและหลากหลาย เช่น หลักความเสมอภาค เป็นต้น และนอกจากนั้นบรรทัดฐานของศาลยังสามารถเปลี่ยนแปลงได้ง่ายกว่าหลักกฎหมายทั่วไป

2.3 หลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองนำมาพิจารณาพิพากษาคดี

ดังที่กล่าวไว้แล้วข้างต้นไว้แล้วว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีหลายหลักการ ผู้เขียนจึงขอกล่าวถึงเฉพาะหลักกฎหมายทั่วไปที่ศาลปกครองได้นำมาพิจารณาพิพากษาคดีปกครองอยู่บ่อยครั้งประกอบไปด้วย หลักความเป็นกลาง หลักความเสมอภาค หลักความได้สัดส่วน และหลักสุจริต มีรายละเอียดดังนี้

2.3.1 หลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลางได้มีการรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 10 ที่ว่า “ทุกคนย่อมมีสิทธิในความเสมอภาคอย่างเต็มที่ในการได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและเปิดเผยจากศาลที่เป็นอิสระและไม่ลำเอียงในการพิจารณากำหนดสิทธิและหน้าที่ของตนและข้อกล่าวหาอาญาใดต่อตน” โดยหลักความเป็นกลางในการพิจารณาทางปกครองเป็นหลักการเดียวกันกับหลักความเป็นกลางของผู้พิพากษา เนื่องมาจากความจำเป็นที่จะหลีกเลี่ยงเหตุที่จะมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่¹⁵

ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) นั้น ประเทศฝรั่งเศสยอมรับว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปประเภทหนึ่งที่มีวิวัฒนาการมาจากแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐโดยยึดหลักการที่ว่า การวินิจฉัยสั่งการของฝ่ายปกครองจะต้องรักษาไว้ซึ่งหลักการแห่งความปราศจากอคติ การนำหลักความเป็นกลางมาใช้กับกระบวนการ

¹⁵ วณิชชา โสภานพ, ‘หลักความเป็นกลางกับกรณีกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่มีหลายขั้นตอน’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 10.



พิจารณาทางปกครองในการออกคำสั่งทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสจึงมีที่มาจากหลักกฎหมายทั่วไป โดยสภาแห่งรัฐได้นำมาใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง และได้รับการพัฒนาโดยคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐอย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน¹⁶

โดยในระบบกฎหมายปกครองไทยนั้น หลักดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 13 พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เรียกว่าความไม่เป็นกลางจากสภาพภายนอกกฎหมายเลยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ จะทำการพิจารณาทางปกครองไม่ได้ เช่น เป็นคู่กรณีเอง เป็นคู่หมั้นหรือคู่สมรสของคู่กรณี เป็นเจ้าหน้าที่หรือลูกหนี้ หรือ เป็นนายจ้างของคู่กรณี เป็นต้น และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เรียกว่าความไม่เป็นกลางโดยสภาพภายนอก จากทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นกฎหมายหลักที่กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ฝ่ายปกครองในเรื่องของการปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีสาระสำคัญประการหนึ่ง คือ การพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่จะต้องมีความเป็นกลาง อันจะเป็นหลักประกันได้ว่าการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ดำเนินไปด้วยความเป็นธรรม ทั้งนี้เป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งเป็นหลักที่ใช้ในการควบคุมฝ่ายปกครอง

2.3.2 หลักความเสมอภาค

ในฝรั่งเศสหลักความเสมอภาค (principed'égalité) เป็นหลักที่มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในทางกฎหมายซึ่งได้บัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 เป็นการรับรองขั้นพื้นฐานในสิทธิที่จะเสมอภาคกันทางกฎหมายอันหมายถึงความเสมอภาคทางด้านสถานภาพของผู้ใช้บริการและความเสมอภาคในระหว่างคู่สัญญา หลักความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะนี้ ส่วนหนึ่งแล้วมีที่มาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ได้พยายามวางหลักเกณฑ์และสร้างทฤษฎีขึ้นมาเพื่อให้เป็นแนวทางในการปฏิบัติงานของรัฐ เช่น คำวินิจฉัยคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 ถือได้ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ศาลปกครองสูงสุดได้สร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมารองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะโดยวางหลักไว้ว่า ผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคนที่ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกันย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียมกัน และต่อมาได้นำมาวินิจฉัยคดี Societe des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 ที่ได้กล่าวถึง หลักแห่งความเสมอภาคในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะเอาไว้ว่า คนทุกคนซึ่งใช้บริการสาธารณะเดียวกันจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน¹⁷

หลักการนี้เป็นเพียงการนำหลักการทั่วไปในเรื่องความเสมอภาคของประชาชนต่อหน้ากฎหมายและความเสมอภาคที่จะได้รับการปฏิบัติจากหน่วยงานของรัฐมาใช้สำหรับการจัดทำบริการสาธารณะ หลักการนี้มีขอบเขตที่กว้างมาก ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ใช้บริการสาธารณะหลักการดังกล่าวถูกนำมาใช้ในการเก็บค่าบริการและผลประโยชน์ให้แก่ผู้ใช้บริการทุกคน กล่าวคือ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมาย เอกชนแต่ละคนมีสิทธิได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่มีการแบ่งฐานะของบุคคลและการกำหนดค่าบริการที่จะต้องไม่แตกต่างกันเว้นแต่จะเป็นไปตามความแตกต่างของลักษณะการใช้บริการหรือตามความจำเป็นในเรื่องประโยชน์สาธารณะ ความเสมอภาคในการที่จะได้รับประโยชน์จากบริการสาธารณะนั้นยังหมายความรวมถึงสิทธิเสมอภาค

¹⁶ เฟ็งอ้าง 13.

¹⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2552) 44.



ในการที่บุคคลจะสมัครเข้ารับหน้าที่การงานในหน่วยงานของรัฐอีกด้วย เมื่อบุคคลนั้นมีคุณสมบัติและพื้นฐานความรู้ตามที่กฎหมายกำหนดไว้¹⁸

2.3.3 หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน เป็นแนวคิดที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศเยอรมนี ซึ่งเป็นประเทศที่ระบบกฎหมายเป็นแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) แต่ก็ยังเกิดขึ้นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร (Common Law) เช่นเดียวกัน เช่น ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น¹⁹ หลักความได้สัดส่วน หมายถึง หลักการขั้นพื้นฐานของความสัมพันธ์ระหว่างผู้ใช้อำนาจรัฐกับผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจ ซึ่งเป็นหลักการที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่อยู่ภายใต้อำนาจนั้นอย่างพอเหมาะพอประมาท โดยถึงแม้ว่าในบางประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยจะไม่ได้บัญญัติหลักการนี้ไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญ ก็ถือว่าเป็นหลักรัฐธรรมนูญทั่วไปซึ่งมีค่าบังคับเสมือนด้วยรัฐธรรมนูญ²⁰ ดังนั้น หลักความได้สัดส่วนจึงเป็นหลักการที่ควบคุมการใช้อำนาจของรัฐโดยเฉพาะอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองไม่ให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจ อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่²¹

สำหรับพัฒนาการของ “หลักความได้สัดส่วน” ในระบบกฎหมายไทย อาจเริ่มพิจารณาได้ตั้งแต่เมื่อมีการอภิวัฒน์สยามที่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นระบอบการปกครองที่รัฐต้องปฏิบัติให้สอดคล้องกับ “หลักนิติรัฐ” โดยหลักความได้สัดส่วนนี้เป็นหลักกฎหมายที่มีอยู่และควบคู่กับระบบกฎหมายไทยมาเป็นระยะเวลายาวนาน และได้รับการบัญญัติหลักการนี้ครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2540) มาตรา 29²² จึงมีผลให้สถานะความมีอยู่และความแน่นอนชัดเจนของหลักการนี้ ที่แต่เดิมมีสถานะเป็นเพียงหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทยได้รับการยอมรับมากขึ้น โดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญ ที่มีหน้าที่สำคัญในการเป็นหลักประกันต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน²³ สำหรับหลักความได้สัดส่วนนี้ประกอบด้วย หลักการย่อยอีก 3 หลัก คือ หลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม

เป็นหลักการที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐ ใช้ดุลยพินิจในการเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นบรรลุผลได้ โดยมาตรการใดก็ตามที่ไม่สามารถทำให้เจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นจริงขึ้นมาได้ ถือว่าเป็นมาตรการที่ขัดต่อหลักการนี้ ดังนั้นแล้ว หากผู้ใช้

¹⁸ ชาญชัย แสงศักดิ์, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (สำนักงานศาลปกครอง 2547) 396 – 398.

¹⁹ เกื้อ เจริญราษฎร์, ‘มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและการปรับใช้โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี’ (2562) 12 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 389, 389.

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (วิญญูชน 2543) 85.

²¹ ภัสวรรณ อุซพงษ์อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ์, ‘การตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน’ (2558) 7 วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย มหาวิทยาลัยบูรพา 169, 175.

²² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29.

²³ บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, ‘หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบขอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)’ (2558) 7 – 8.



อำนาจรัฐตัดสินใจในการออกมาตรการที่ไม่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจได้ให้ พึงสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ใช้อำนาจนั้นมีความมุ่งหมายที่จะใช้มาตรการนี้ให้เกิดผลนอกเหนือไปจากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจ อาจถือว่า “เป็นการใช้อำนาจโดยมิชอบ”²⁴

ดังนั้นแล้ว หลักความเหมาะสม จึงเป็นหลักการที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐหรือฝ่ายปกครอง ใช้ดุลยพินิจหรือวิจารณ์ญาณ ในการเลือกมาตรการที่เหมาะสม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้น ๆ ได้

(2) หลักความจำเป็น

หลักความจำเป็น ถือว่าเป็นหลักที่พิจารณามาตรการหรือวิธีการที่เหมาะสมที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดเท่านั้นที่ถือว่าเป็นมาตรการที่จำเป็น²⁵ กล่าวคือ ในบรรดามาตรการต่าง ๆ ซึ่งล้วนเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับที่ให้อำนาจได้ แต่ทั้งนี้ มาตรการต่าง ๆ เหล่านั้นส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่แตกต่างกัน ฉะนั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐจึงต้องตัดสินใจในการเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด อย่างไรก็ตาม มาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในมุมมองของนักสิทธิมนุษยชนแล้ว ถือว่าเป็นสิ่งที่เลวร้าย แต่ถ้าต้องมีการเลือกก็ต้องเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด ดังคำกล่าวที่ว่า “ในระหว่างสิ่งที่เลวร้ายตั้งแต่สองสิ่งขึ้นไปที่ต้องเลือก บุคคลควรเลือกสิ่งที่เลวร้ายน้อยที่สุด”²⁶

ดังนั้นแล้ว หลักความจำเป็น ถือว่าเป็นหลักการที่ผู้ใช้อำนาจรัฐเลือกจากบรรดามาตรการต่าง ๆ (ตามหลักความเหมาะสม) ซึ่งเป็นมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดหรือเท่าที่จำเป็น เพื่อให้การดำเนินการดังกล่าวบรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ

(3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างความเสียหายอันเกิดแก่เอกชนหรือสังคมส่วนรวมกับประโยชน์ซึ่งมหาชนพึงจะได้รับจากมาตรการใด มาตรการหนึ่งที่ใช้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับ กล่าวคือ เป็นหลักการที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องชั่งผลดีและผลเสียของมาตรการแต่ละมาตรการที่ออกมาใช้บังคับกับประชาชน โดยที่มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่าหากได้บังคับไปตามนั้นแล้ว จะยังให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมากไม่คุ้มกับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่เอกชนหรือแก่สังคมส่วนรวม ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องห้ามมิให้ออกมาใช้บังคับ ทั้งนี้ แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นจะเป็นมาตรการที่ชอบด้วยหลักความเหมาะสม และชอบด้วยหลักความจำเป็นแล้วก็ตาม แต่เมื่อมาบังคับตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบแล้ว เห็นว่ามาตรการนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนหรือประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ประโยชน์มหาชนที่พึงจะได้รับ ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องละเว้นจากการใช้อำนาจในการกระทำการนั้น²⁷

2.3.4 หลักสุจริต

หลักสุจริตเป็นกฎหมายยุติธรรม (Jus Aequum) เป็นรากฐานของกฎหมายแพ่งและเป็นหลักการพื้นฐานของการทำสัญญา คำว่า สุจริต หมายถึงความซื่อสัตย์ในความเชื่อถือหรือวัตถุประสงค์ หรือความซื่อตรงต่อหน้าที่หรือหนี้ของตน หรือ การไร้ซึ่งเจตนาหลอกลวงหรือแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบ หลักสุจริตจึงเป็น

²⁴วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ 20) 86 – 87.

²⁵บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐานะ “เกณท์” จำกัดอำนาจรัฐ* (วิญญูชน 2560) 133.

²⁶วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (เชิงอรรถ 20) 89.

²⁷เพ็งอ้ง 91 – 92.



กฎเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการอุดช่องว่างของกฎหมายและขาดมิได้สำหรับการทำสัญญา โดยหลายประเทศ เช่น อิตาลี ฝรั่งเศส เยอรมัน รวมถึงประเทศไทยได้นำหลักสุจริตไปบัญญัติในกฎหมายแพ่ง²⁸ สามารถแบ่งแยกหลักสุจริตในการนำไปใช้ออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้²⁹

(1) หลักสุจริตทั่วไป

ปรากฏในมาตรา 5³⁰ และมาตรา 368³¹ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีความหมายแบบกว้าง ๆ ไม่เฉพาะเจาะจงถึงความรู้เท่าไม่ถึงการณ์ของคู่กรณี เป็นมาตรฐานทั่วไปที่กฎหมายบัญญัติใช้เป็นเกณฑ์วัดการกระทำของมนุษย์ว่ามีความประพฤติที่เหมาะสมหรือไม่และเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เช่น การปฏิบัติตามสัญญาโดยสุจริต หรือ การใช้สิทธิตามสัญญาโดยสุจริต เป็นต้น

(2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง

หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง คือ การรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงที่จะเกิดหรือเกิดขึ้นแล้วของคู่กรณี เช่น การกระทำโดยไม่รู้ถึงข้อบกพร่องของสิทธิที่มีมาแต่อดีต แต่ถ้ากระทำโดยรู้ถึงข้อบกพร่องถึงสิทธิที่มีมาแต่อดีต จะถือว่าตนสุจริตมิได้ และรวมถึงความไม่รู้ที่นั้นหากเกิดจากการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ถือว่าไม่สุจริต เช่นเดียวกัน เช่น การคุ้มครองบุคคลภายนอกที่สุจริตในการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายมุ่งคุ้มครองบุคคลภายนอกผู้สุจริตที่เสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนสิทธิการได้มาโดยสุจริตให้มีสิทธิดีกว่าผู้ที่ได้อสังหาริมทรัพย์³² เป็นต้น

3. ความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

การจะแสดงให้เห็นถึงความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในคดีปกครองจะต้องนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองมาวิเคราะห์ให้เห็นว่าในคดีปกครองคดีใดที่ศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาอุดช่องว่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรบ้าง รวมถึงกรณีใดที่ศาลปกครองนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยในการวินิจฉัยของศาลปกครองนั้นมีทั้งกรณีที่ปรากฏชื่อของหลักกฎหมายทั่วไปในคำพิพากษาหรืออาจจะไม่ได้ปรากฏชื่อของหลักกฎหมายทั่วไปโดยตรงแต่อ่านคำวินิจฉัยแล้วพอจะสรุปความได้ว่าศาลปกครองได้นำหลักกฎหมายทั่วไปปรับใช้จริง มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการวินิจฉัย ดังนี้

3.1 การนำหลักความเป็นกลางมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2554

ก่อนที่ผู้อำนวยการวิทยาลัยเทคนิคอุดรดิตต์ (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) จะดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการครู สังกัดวิทยาลัยเทคนิคอุดรดิตต์ และผู้ฟ้องคดีมีปัญหาขัดแย้งกันอย่างรุนแรงในเรื่องส่วนตัวและหน้าที่ราชการจนถึงขั้นร้องทุกข์กล่าวโทษซึ่งกันและกันต่อพนักงานสอบสวน กรณีดังกล่าวถือได้ว่า มีสภาพร้ายแรงที่อาจทำ

²⁸ นิรัชรา พงศ์อาจารย์, ‘การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง: ศึกษากรณีหลักสุจริตในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค’ (2563) 34 วารสารสุทธิปริทัศน์ 17, 19 – 20.

²⁹ เพิ่งอ้าง 20.

³⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ มาตรา 5.

³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ มาตรา 368.

³² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติ มาตรา 1299.



ให้การดำเนินการทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีอื่นเป็นการพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางโดยสภาพภายในของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่อาจทำการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนี้ได้ ตามนัยมาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³³

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.241/2555

ในการดำเนินการสอบสวนทางวินัยอย่างไม่มีร้ายแรง ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการครูโรงเรียนศาลาวิทยา มีมูลเหตุจากการที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนผู้บริหารโรงเรียนศาลาวิทยาและคณะกรรมการพิจารณาความดีความชอบของข้าราชการครูในสังกัดว่ากระทำการโดยมิชอบในการพิจารณาความดีความชอบและเรื่องอื่น ๆ อันถือได้ว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องเรียนผู้อำนวยการท่าศาลาวิทยา (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1) ซึ่งเป็นผู้บริหารของโรงเรียนศาลาวิทยาและคณะกรรมการในการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนของข้าราชการครูทุกคนในสถานศึกษา เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เป็นผู้ใช้อำนาจพิจารณาลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดีและได้ออกคำสั่งลงโทษทางวินัยผู้ฟ้องคดี พฤติการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นกรณีที่มีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาโทษไม่เป็นกลางและมีพฤติการณ์ที่มีเหตุทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยได้ว่าเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครองอาจทำการพิจารณาทางปกครองโดยไม่เป็นกลาง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงทำการพิจารณาการดำเนินการทางวินัยและลงโทษผู้ฟ้องคดีไม่ได้ตามมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539³⁴

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.241/2555 ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยอย่างชัดเจนว่า กรณีดังกล่าว เป็นการพิจารณาทางปกครองขัดกับหลักความเป็นกลาง เพราะการร้องทุกข์กล่าวโทษและร้องเรียนกันระหว่างผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อาจทำให้การดำเนินการทางวินัยเป็นผลร้ายกับผู้ฟ้องคดีเนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่พอใจผู้ฟ้องคดีเป็นการส่วนตัว แม้การดำเนินการดังกล่าวจะเป็นการปฏิบัติหน้าที่ซึ่งเป็นคนละเรื่องกับเรื่องส่วนตัวก็ตาม ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดทั้งสองคดี

3.2 การนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า บันทึกข้อตกลงที่พิพาทนี้เป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองตกลงมอบหมายให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการให้บริการท่าเทียบเรือโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการคมนาคมและการท่องเที่ยว บันทึกข้อตกลงที่พิพาทจึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามนิยามของมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และข้อกำหนดในสัญญาที่กล่าวถึงสิทธิแฉ่งเลิกการบริหารจัดการท่าเทียบเรือท่ามะลิ้งชั่วคราวโดยมิได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการแฉ่งเลิกข้อตกลงไว้ และกำหนดว่าผู้ฟ้องคดีในฐานะคู่สัญญาฝ่ายเอกชนจะฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายใด ๆ ไม่ได้ นั่น เป็นกรณีที่คู่สัญญาได้รับรองถึงการใช้ออกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายปกครองที่จะยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ประพาศติมติสัญญา อันเป็นอำนาจที่สืบเนื่องมาจากหลักการปรับเปลี่ยนได้ของบริการสาธารณะซึ่งสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามความต้องการของประชาชนหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยหลักการนี้ถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเกี่ยวกับ การจัดทำบริการสาธารณะและเพื่อให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว คู่สัญญาฝ่ายปกครองอาจใช้ออกสิทธิ์ในการแก้ไขสัญญา

³³ วณิชชา โสภภาพล (เชิงอรรถ 15) 119.

³⁴ เฟิงอ้าง 20.



ฝ่ายเดียว รวมไปถึงการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยที่คู่สัญญาฝ่ายเอกชนมิได้ผิดสัญญา ดังนั้น ในการใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียว ฝ่ายปกครองไม่อาจใช้อำนาจนี้ได้ตามอำเภอใจแต่จะกระทำได้ก็ด้วยเหตุผลในการปรับปรุงบริการสาธารณะให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และเมื่อพิจารณาจากเหตุผลของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ในการบอกเลิกข้อตกลงดังกล่าวแล้วเห็นว่าเป็นไปเพื่อการปรับปรุงบริการสาธารณะให้เกิดประสิทธิภาพยิ่งขึ้นและเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีจึงมีเหตุผลเพียงพอที่จะใช้เอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครองบอกเลิกสัญญาได้แต่ฝ่ายเดียว ดังนั้น การแจ้งเลิกบริหารท่าเทียบเรือดังกล่าวจึงเป็นไปโดยชอบด้วยบันทึกข้อตกลงที่พิพาทแล้ว³⁵

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 292/2552 ผู้เขียนมีความเห็นว่า การใช้เอกสิทธิ์ยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น แม้จะไม่เป็นไปตามข้อกำหนดหรือข้อสัญญา แต่หากการใช้เอกสิทธิ์นั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็เป็นการใช้เอกสิทธิ์โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่การใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายรัฐนั้น มิใช่ว่าจะชอบด้วยกฎหมายเสมอไปเพราะศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ อย่างไร ดังนั้น การจะพิจารณาว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ศาลปกครองจะนำหลักความได้สัดส่วน ในกรณีนี้คือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาประกอบการวินิจฉัยกับข้อพิพาทที่เกิดขึ้น โดยกรณีดังกล่าวศาลปกครองวินิจฉัยว่าการใช้เอกสิทธิ์ในการยกเลิกสัญญาฝ่ายเดียวโดยคู่สัญญาฝ่ายรัฐทำให้ประชาชนได้รับประโยชน์มากกว่าที่จะให้ผู้ฟ้องคดีบริหารจัดการท่าเทียบเรือตามะลั่งต่อไป ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 713/2554

การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (ผู้ถูกฟ้องคดี) ทำการปักเสาไฟฟ้าและติดตั้งสายยึดโยงไฟฟ้าทั้งสองด้านของเสาไฟฟ้า บริเวณบาทวิถีริมถนนบริเวณหน้าที่ดินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าทำให้ได้รับความเสียหายทำให้ไม่สามารถนำรถยนต์เข้า-ออกที่ดินและไม่สามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินได้ จึงขอให้รื้อถอนยึดโยงเสาไฟฟ้า

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. 2503 และเป็นจุดสิ้นสุดของสายส่งไฟฟ้าแรงสูงที่มาบรรจบกันระหว่างสายหุ้มฉนวนเต็มพิกัดหรือสายเคเบิลอากาศกับสายหุ้มฉนวนไม่เต็มพิกัดและสายเปลือย ทำให้สายไฟฟ้าบนเสาไฟฟ้ามีแรงดึงและน้ำหนักแต่ละด้านไม่เท่ากัน หากมีแรงมากกระทบกับเสาไฟฟ้า เสาไฟฟ้าอาจล้มได้หลายต้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องดำเนินการเพื่อความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนและหากไม่ติดตั้งอาจเกิดอันตรายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ จึงเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเมื่อผู้ฟ้องคดียังมีได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินและผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้พื้นที่บริเวณดังกล่าวติดตั้งสายยึดโยงเสาไฟฟ้าโดยวัดความกว้างได้ 4.5 เมตร จึงเหลือทางเข้าออกอีก 4.5 เมตร ซึ่งสามารถเข้าออกที่ดินได้ จึงไม่เป็นอุปสรรคในการประกอบกิจการร้านอาหารและปลูกบ้านพักอาศัย

³⁵ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, เสนอขอการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_201212_135344.pdf> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.



แต่ในทางกลับกันการติดตั้งสายยึดโยงเสาไฟฟ้าดังกล่าวก็เป็นการป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ผู้ฟ้องคดีด้วย จึงไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีและไม่ได้ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนจนเกินสมควร³⁶

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.713/2554 ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้การปักเสาไฟฟ้าและติดตั้งสายยึดโยงไฟฟ้าทั้งสองด้านของเสาไฟฟ้า บริเวณบาทวิถีริมถนนบริเวณหน้าที่ดินอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดี ทำให้ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าทำให้ได้รับความเสียหายทำให้ไม่สามารถนำรถยนต์เข้า – ออกที่ดินและไม่สามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินได้ แต่เมื่อศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ยังเหลือทางเข้าออกได้ 4.5 เมตร อาจทำให้ผู้ฟ้องคดีเข้าออกที่ดินไม่สะดวกบ้าง ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาประกอบในการวินิจฉัย โดยเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะคือความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีที่ไม่สะดวกในการเข้าออกบ้าน ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ความปลอดภัยในชีวิตของประชาชนคือประโยชน์สาธารณะสำคัญกว่า ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

อนึ่ง แม้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.292/2552 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.713/2554 จะไม่ปรากฏคำว่า หลักความได้สัดส่วนเลยก็ตาม แต่หากพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองได้นำหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมาปรับใช้

3.3 การนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2555

การกำหนดเงื่อนไขการได้รับพระราชทานอภัยโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดนั้น เป็นการกำหนดเงื่อนไขการจะได้รับพระราชทานอภัยโทษจากความจำเป็นที่รัฐต้องมีมาตรการเพื่อให้ผู้ใดก็ตามที่จะกระทำความผิดฐานนี้ได้ตระหนักว่า การกระทำเช่นนั้น รัฐถือเป็นอันตรายร้ายแรงต่อสังคม ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับผลร้ายทั้งจากการถูกลงโทษที่หนักกว่าในความผิดฐานอื่น ๆ รวมถึงการจะได้รับการลดหย่อนผ่อนโทษน้อยกว่าหากมีการพระราชทานอภัยโทษ ทั้งนี้เพื่อวัตถุประสงค์ในการยับยั้งป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมประเภทนี้ ด้วยเหตุผลที่ว่าคดีความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดเป็นคดีความผิดร้ายแรง มีผู้ได้รับผลกระทบเป็นจำนวนมาก รวมถึงพิษภัยของยาเสพติดนั้น มีผลเป็นการบ่อนทำลายทรัพยากรมนุษย์ โดยเฉพาะเยาวชนของชาติที่จะต้องเจริญเติบโตขึ้นเป็นกำลังในการพัฒนาประเทศ ทั้งยาเสพติดได้ก่อให้เกิดเป็นปัญหาอาชญากรรมและก่อให้เกิดปัญหาต่อสังคมอื่น ๆ ตามมาอีกหลายประการ พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษซึ่งตราออกมาใช้บังคับ จึงกำหนดเงื่อนไขให้นักโทษเด็ดขาดในคดีความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดได้รับพระราชทานอภัยโทษ ในสัดส่วนที่น้อยกว่าคดีความผิดอื่น ๆ และมีการกำหนดว่าจะไม่ได้รับพระราชทานอภัยโทษเลยหากถูกลงโทษในอัตราที่สูงและเพิ่งรับโทษมาเพียงระยะเวลาไม่นานนัก

ดังนั้น บทบัญญัติในมาตรา 10(2) แห่งพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษแก่ผู้ต้องโทษในคดีเกี่ยวกับความผิดยาเสพติดแตกต่างจากผู้ต้องโทษในคดีความผิดอื่น จึงมีเหตุผลความจำเป็นที่หนักแน่นและเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวมในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และมีใช่เป็นบทบัญญัติที่จำกัดสิทธิ เสรีภาพของผู้ต้องโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยไม่เป็นธรรม ไม่คำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความเสมอภาค

³⁶ ปราณีย์ สุขศรี, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)’ <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_030216_133205.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม 2565.



เท่าเทียมกันในกฎหมาย และมีใช่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคล ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย³⁷

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.7/2555 ผู้เขียนมีความเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขการได้รับพระราชทานอภัยโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด กำหนดเงื่อนไขให้นักโทษเด็ดขาดในคดีความผิดเกี่ยวกับการค้ายาเสพติดได้รับพระราชทานอภัยโทษ ในสัดส่วนที่น้อยกว่าคดีความผิดอื่น ๆ นั้น ไม่ขัดกับหลักความเสมอภาค เนื่องจากตามหลักความเสมอภาคแล้ว การดำเนินการใด ๆ จะขัดกับหลักความเสมอภาคและนำไปสู่การเลือกปฏิบัติ นั้น ต้องเกิดจากข้อเท็จจริงเดียวกันและสาระสำคัญเดียวกัน แต่ปฏิบัติให้แตกต่างกัน กรณีดังกล่าวแม้จะเป็นกรณีที่เป็นข้อเท็จจริงเดียวกันคือเป็นผู้กระทำผิดกฎหมายที่ได้รับโทษจำคุก แต่สาระสำคัญยังแตกต่างกันคือ ข้อหาในการกระทำผิด เมื่อความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดเป็นความผิดข้อหาหนึ่งที่มีผู้กระทำผิดเป็นจำนวนมากและส่งผลกระทบต่อประชาชนเป็นวงกว้าง ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดว่า การกำหนดเงื่อนไขการได้รับพระราชทานอภัยโทษในคดีความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดดังกล่าวไม่ขัดกับหลักความเสมอภาคและไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ

3.4 การนำหลักสุจริตมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.626/2555

กรมเจ้าท่า (ผู้ฟ้องคดี) ทำสัญญาจ้างเหมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ให้ก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งแม่น้ำท่าจีน ตำบลบ้านใหม่ อำเภอสามพราน จังหวัดนครปฐม ผู้ถูกฟ้องคดีทำงานได้ประมาณร้อยละ 35.34 ของปริมาณงานทั้งหมด จากนั้นได้หยุดการก่อสร้าง ผู้ควบคุมงานได้เร่งรัดผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 หลายครั้ง ผู้ฟ้องคดีได้ขอขยายเวลาก่อสร้างและผู้ฟ้องคดีได้อนุมัติเวลาการก่อสร้างออกไปอีก 265 วัน แต่การทำงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ยังไม่คืบหน้า ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีหนังสือขอดำเนินการก่อสร้างต่อและยินดีที่จะชำระค่าปรับวันละ 1,300 บาท โดยไม่มีเงื่อนไขปรากฏว่า งานไม่คืบหน้าแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีจึงบอกเลิกสัญญาและริบหลักประกันสัญญา

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ทำหนังสือขอเข้าก่อสร้างงานต่อและยินดีให้ปรับ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็มิได้ปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จตามสัญญา ผู้ฟ้องคดีได้ขยายเวลาการก่อสร้างให้กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 อีกทั้งที่รู้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการก่อสร้างล่าช้ามากและไม่สามารถปฏิบัติงานให้แล้วเสร็จได้ ผู้ฟ้องคดีสมควรที่จะต้องดำเนินการบอกเลิกสัญญาแต่ผู้ฟ้องคดีไม่ดำเนินการจนกระทั่งเวลาล่วงเลยไปถึง 591 วัน และวงเงินค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามสัญญาเป็นจำนวนเงิน 768,000 บาท ซึ่งเกินกว่าครึ่งหนึ่งของเงินค่าจ้างตามสัญญา จำนวน 1,299,640 บาท จึงเป็นการใช้สิทธิที่ไม่สุจริตตามข้อ 138 ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535

จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.626/2555 ผู้เขียนมีความเห็นว่า เมื่อกรมเจ้าท่า (ผู้ฟ้องคดี) ทราบดีว่า ผู้ถูกฟ้องคดีไม่สามารถดำเนินการก่อสร้างให้เสร็จตามระยะเวลาที่กำหนดในสัญญาได้ ยังเลือกขยายระยะเวลาก่อสร้างให้กับผู้ถูกฟ้องคดีจนทำให้ วงเงินค่าปรับเกินกว่าร้อยละสิบของวงเงินค่าจ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงใช้สิทธิปรับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามสัญญาเป็นจำนวนเงิน 768,000 บาท การดำเนินการดังกล่าวไม่ใช่การให้โอกาสผู้ถูกฟ้องคดีในการก่อสร้างให้ทันตามที่กำหนดในสัญญาเพื่อที่ผู้ฟ้องคดีจะได้ไม่ต้องไปหาผู้รับจ้างรายใหม่ แต่อาจจะเป็นการดำเนินการที่ไม่สุจริตเพื่อหวังค่าปรับจากผู้ถูกฟ้องคดี ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

³⁷ อำพน เจริญชีวินทร์, คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง (พิมพ์ครั้งที่ 5, นิติธรรม 2563) 218.



4. บทสรุป

จากที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนได้พยายามชี้ให้เห็นความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองว่ามีความสำคัญมาก ถึงแม้โดยทั่วไปแล้วศาลปกครองได้นำกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ในการวินิจฉัยก่อน และอาจมีคดีปกครองหลายคดีที่ศาลไม่ได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาประกอบการวินิจฉัย สำคัญไม่ได้ขึ้นอยู่กับว่าหลักกฎหมายทั่วไปนำมาใช้ประกอบการวินิจฉัยคดีของศาลปกครองมากน้อยเพียงใด หากแต่อยู่ที่ว่าเมื่อมีกรณีใดที่ศาลได้นำหลักกฎหมายทั่วไปมาอุดช่องว่างเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาใช้ในการปรับข้อเท็จจริงเข้ากับข้อกฎหมายแล้ว ผลของคำพิพากษานั้นจะเป็นบรรทัดฐานและเป็นแนวทางในการปฏิบัติราชการ รวมถึงการศึกษาในทางวิชาการ เพราะการทำความเข้าใจจากตำรา หนังสือ หรือตัวบทกฎหมาย อาจไม่เพียงพอหากต้องการข้อยุติของข้อพิพาทในทางปกครอง จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ต้องศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครอง

ในสุดท้ายนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปที่นำมาเขียนในบทความนี้ ไม่ว่าจะเป็นหลักความเป็นกลาง หลักความได้สัดส่วน หลักความเสมอภาค หลักสุจริต นั้น เป็นหลักการที่ศาลปกครองมักนำมาใช้ประกอบในการวินิจฉัยคดีปกครองบ่อยครั้ง และหลักกฎหมายทั่วไปนี้จะถูกนำมาใช้ประกอบในการวินิจฉัยคดีปกครองมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะหลักความเป็นกลางในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองที่ขัดกับหลักความเป็นกลางตาม มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.146/2554 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.241/2555 และหลักความได้สัดส่วน ในกรณีที่มีข้อพิพาทให้ศาลปกครองพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่



บรรณานุกรม

- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญและกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2562).
- เกื้อ เจริญราษฎร์, ‘มโนทัศน์ว่าด้วยความพอสมควรแก่เหตุ: ศึกษาพัฒนาการของหลักกฎหมายและการปรับใช้โดยศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญเยอรมนี’ (2562) 12 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 389.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, *หลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศส* (สำนักงานศาลปกครอง 2547).
- นันทวัฒน์ บรมานันท์, *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ* (พิมพ์ครั้งที่ 4, วิญญูชน 2552).
- นิรัชรา พงศ์อาจารย์, ‘การนำหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง: ศึกษากรณีหลักสุจริตในสัญญาสัมปทาน และสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค’ (2563) 34 วารสารสุทธิปริทัศน์ 17.
- บรรเจิด สิงคะเนติ และคณะ, *หลักความได้สัดส่วน (principle of proportionality) ในการตรวจสอบชอบเขตอำนาจรัฐ ตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พุทธศักราช 2550)* (สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2558).
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักกฎหมายมหาชน หลักนิติธรรม/หลักนิติรัฐ ในฐานะ “เกณฑ์” จำกัดอำนาจรัฐ* (วิญญูชน 2560).
- บุบผา อัครพิมาน, ‘หลักกฎหมายทั่วไป’ (2548) 5 วารสารวิชาการศาลปกครอง 1.
- ปรานี สุขศรี, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด: ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)’ <https://admin.court.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_030216_133205.pdf> สืบค้นเมื่อ 24 กรกฎาคม 2565
- พนม เอี่ยมประยูร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส’ ใน *รวมบทความทางวิชาการของผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พนม เอี่ยมประยูร* (เดือนตุลา 2545).
- พนารัตน์ มาศฉลาด, *กฎหมายปกครอง* (วิญญูชน 2563).
- ภัสวรรณ อุซพงษ์อมร และอารีรัตน์ โกสิทธิ์, ‘การตรวจสอบกฎที่จำกัดสิทธิเสรีภาพ ของประชาชนโดยศาลปกครองตามหลักความได้สัดส่วน’ (2558) 7 วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย มหาวิทยาลัยบูรพา 169.
- ภัสวรรณ อุซพงษ์อมร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย’ (2560) 9 วารสารการเมือง การบริหาร และกฎหมาย 549.
- ภัสวรรณ อุซพงษ์อมร, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายปกครองไทย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิต บัณฑิตสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2559).
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
- วณิชชา โสภภาพ, ‘หลักความเป็นกลางกับกรณีกระบวนการพิจารณาเรื่องทางปกครองที่มีหลายขั้นตอน’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ* (วิญญูชน 2543).
- สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, ‘เงื่อนไขการใช้เอกสิทธิ์ของคู่สัญญาฝ่ายปกครอง’ <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_201212_135344.pdf> สืบค้นเมื่อ 29 เมษายน 2565.
- อำพน เจริญชีวินทร์, *คำอธิบายการฟ้องและการดำเนินคดีในศาลปกครอง* (พิมพ์ครั้งที่ 5, นิติธรรม 2563).



การศึกษาความแตกต่างด้านสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง*

เชมภัทร ทฤษฎีคุณ

นักวิจัยอาวุโส ฝ่ายกฎหมายเพื่อการพัฒนา สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ)

565 ซอยรามคำแหง 39 แขวงพลับพลา เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

อีเมล: k.trisadikoon@gmail.com

บทคัดย่อ

วินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์ในทางการคลังว่าด้วยการควบคุมการดำเนินการทางการคลังของรัฐ แม้โดยถ้อยคำแล้วมโนทัศน์ทั้งสองเหมือนจะเป็นเรื่องเดียวกัน ทว่า เมื่อพิจารณาลงไปโดยละเอียดจะพบว่า มโนทัศน์ทั้งสองมีความแตกต่างกันในเชิงความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการบังคับใช้ และสภาพบังคับทางกฎหมาย ซึ่งทำให้เป้าหมายในการนำมโนทัศน์ทั้งมาใช้แตกต่างกันโดย ประเทศไทยได้รับเอามโนทัศน์ทั้งสองเรื่องมาบัญญัติไว้เป็นกฎเกณฑ์ของกฎหมายการคลัง ทว่า ภายใต้มาตรา 62 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้รัฐต้องรักษาวินัยทางการคลังตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐคือ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจสั่งลงโทษทางปกครองเมื่อมีการฝ่าฝืนวินัยการเงินการคลังของรัฐ โดยสภาพบังคับดังกล่าวนั้นปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 240 วรรคหนึ่ง (5) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และมาตรา 80 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ผลของการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เป็นการนำมโนทัศน์ทั้งสองเรื่องที่แตกต่างกันมากำหนดไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน ทำให้เกิดปัญหาว่า การกำหนดสภาพบังคับในลักษณะดังกล่าวนั้นอาจจะไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับมโนทัศน์ทั้งสองเรื่อง และนำมาซึ่งปัญหาในการบังคับใช้มโนทัศน์ทั้งสองเรื่อง

บทความนี้เป็นการสรุปเนื้อหาจากวิทยานิพนธ์ชื่อว่า “สภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศไทย” โดยใช้วิธีการศึกษาจากเอกสาร ตำรา หนังสือ วิทยานิพนธ์ และบทความทางวิชาการต่าง ๆ เพื่อทำความเข้าใจมโนทัศน์ของวินัยทางการคลังเปรียบเทียบกับมโนทัศน์ของวินัยทางงบประมาณและการคลัง เพื่อนำมาใช้ในการวิเคราะห์สภาพปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศไทย รวมถึงบทบัญญัติของกฎหมายวินัยทางการคลังของต่างประเทศเพื่อเป็นแนวทางการศึกษาประเด็นเรื่องสภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังที่เหมาะสม

คำสำคัญ: วินัยทางการคลัง, วินัยทางงบประมาณและการคลัง, พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561, สภาพบังคับของกฎหมาย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาค้นคว้าเพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน ของผู้เขียน ภายใต้หัวข้อ “สภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศไทย”.



A Study of Differences in the Legal Sanction of Fiscal Discipline and Budgeting and Financial Discipline

Khemmapat Trisadikoon

Senior Researcher, Law for Development at Thailand Development Research Institute (TDRI)

565 Ramkhamhaeng 39, Phlapphla, Wang Thonglang, Bangkok, 10310

E – mail: k.trisadikoon@gmail.com

Abstract

Fiscal discipline and budgeting and financial discipline are fiscal affairs concepts controlling state fiscal operations. Although the two concepts are sometimes used synonymously, in detail, they differ in meaning, purpose, and scope of application. and legal enforcement, differentiating their application goals. Thailand has adopted both concepts as fiscal law. Under Section 62 of the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2560 (2017), the state must maintain fiscal discipline in accordance with the law, with state fiscal discipline defined by the State Fiscal and Financial Disciplines Act, B.E. 2561 (2018; State Fiscal and Financial Disciplines Act)”. In addition, the Constitution empowers the State Audit Commission to impose administrative sanctions on violations of state fiscal and financial discipline. Such compulsory conditions appear in provisions of Section 240, paragraph one (5) of the Constitution and Section 80 of the State Fiscal and Financial Disciplines Act. Incorporating principles of the Constitution and State Fiscal and Financial Disciplines Act unites two different concepts in one law. Causing problems with inappropriately and inconsistently designated conditions for both concepts and in their subsequent enforcement.

This article summarizes the thesis, “The Legal Enforcement of Fiscal Responsibility Law in Thailand.” Methodology was studied from documents, textbooks, books, theses, and academic articles to understand fiscal discipline concepts compared to budgeting and financial discipline concepts. The goal was to help resolve enforcement issues for the State Fiscal and Financial Disciplines Act as fiscal disciplinary law of Thailand by including provisions from foreign fiscal disciplinary laws as guidelines for appropriately enforcing fiscal disciplinary laws.

Keywords: Fiscal discipline, Discipline budgétaire et financière, State Fiscal and Financial Discipline Act, B.E. 2561 (2018), Legal Sanction



1. บทนำ

วินัยทางการคลัง (fiscal discipline)¹ เป็นหลักการหรือกฎเกณฑ์สำคัญในการกำกับดูแลและบริหารจัดการทางการคลังของประเทศ โดยเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจทางการคลังของรัฐบาลในการดำเนินนโยบายทางการคลัง ในขณะที่วินัยทางงบประมาณและการคลัง (budgeting and financial discipline)² เป็นกลไกเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน โดยประเทศไทยได้รับรองมโนทัศน์วินัยทางการคลังไว้ในระบบกฎหมายนับตั้งแต่หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยวินัยทางการคลังได้ปรากฏอยู่ในบรรดากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางการคลัง ก่อนจะถูกนำมาประมวลไว้ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และในขณะที่มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์ที่ประเทศไทยได้รับเอามาจากศาลวินัยทางประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งปรากฏครั้งแรกในระบบกฎหมายไทยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติหลักการของวินัยทางการคลังเอาไว้ในมาตรา 62 โดยกำหนดให้รัฐจะต้องรักษาวินัยทางการคลังอย่างเคร่งครัดเพื่อให้ฐานะทางการคลังของรัฐมีเสถียรภาพและมั่นคงอย่างยั่งยืนตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐ และจัดระบบภาษีให้เกิดความเป็นธรรมแก่สังคม โดยกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐจะต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับกรอบการดำเนินการทางการคลังและงบประมาณของรัฐ การกำหนดวินัยทางการคลังด้านรายได้และรายจ่ายทั้งเงินงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ การบริหารทรัพย์สินของรัฐและเงินคงคลัง และการบริหารหนี้สาธารณะ โดยมาตรา 240 วรรคหนึ่ง (4) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินส่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ดังนั้น เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จึงได้กำหนดให้ ในกรณีฝ่าฝืนพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ

¹ ในบทความนี้ผู้เขียนเลือกใช้คำว่า “วินัยทางการคลัง” แทนคำว่า “วินัยการเงินการคลังของรัฐ” เนื่องจากวินัยทางการคลังเป็นคำศัพท์ทางเทคนิค (technical term) ในทางวิชาการ ซึ่งไม่ได้ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งในทางกฎหมายคำที่ถูกนำมาใช้แทนวินัยทางการคลังคือ วินัยการเงินการคลังของรัฐ (state and fiscal discipline) แต่หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นั้นจะเห็นได้ว่า วินัยการเงินการคลังของรัฐคือ วินัยทางการคลัง ซึ่งสาเหตุที่ผู้เขียนเลือกจะไม่ใช้คำว่า วินัยการเงินการคลังของรัฐ เนื่องจากคำดังกล่าวเป็นคำ ที่มีปัญหาในตัวเอง เนื่องจากโดยสภาพแล้ววินัยทางการคลังเป็นเรื่องเกี่ยวข้องกับกรอบการดำเนินนโยบายทางการคลังของรัฐบาล ซึ่งเป็นการคลังในระดับมหภาค โดยบทบาทในการกำกับดูแลทางการคลังจะอยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงการคลัง แต่เรื่องการเงินนั้นในทางเศรษฐศาสตร์มุ่งอธิบายไปถึงนโยบายทางการเงิน ซึ่งเป็นเรื่องของการรักษาเสถียรภาพของเงินตราในบริบทต่าง ๆ เช่น การควบคุมอัตราเงินเฟ้อ เป็นต้น ซึ่งไม่ใช่เรื่องทางการคลังแต่อย่างใด ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การใช้คำว่า วินัยการเงินการคลังของรัฐจึงเป็นคำที่มีปัญหาตั้งแต่ต้น โดยรายละเอียดเกี่ยวกับวินัยทางการคลังนั้นจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป.

² วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นคำที่ปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นคำศัพท์ที่แปลมาจากภาษาฝรั่งเศสว่า “Discipline budgétaire et financière” ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นจะได้กล่าวถึงในหัวข้อต่อไป.



พ.ศ. 2561 จะต้องถูกลงโทษทางปกครองตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561³ ปัญหาที่เกิดขึ้นก็คือ การนำมโนทัศน์ของวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกันนั้นทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กรอบวินัยทางการคลังตามมาตรา 80 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ในบทความนี้จึงแบ่งการศึกษาออกเป็น 4 ส่วน ได้แก่ (1) บทนำ (2) มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง (3) ปัญหาและข้อเสนอแนะของการนำสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกัน และ (4) สรุป

2. มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ในเบื้องต้นการทำความเข้าใจความแตกต่างด้านสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง จำเป็นต้องทำความเข้าใจมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง เพื่อให้สามารถนำมโนทัศน์ทั้งสองเรื่องมาเปรียบเทียบกัน เพื่อนำไปสู่ประเด็นการวิเคราะห์ในเรื่องสภาพบังคับต่อไปในหัวข้อถัดไป โดยภายใต้หัวข้อนี้จะแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ (1) มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง (2) มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง และ (3) เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยมีรายละเอียดดังนี้

2.1 มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง

มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังเป็นมโนทัศน์สำคัญทั้งในทางเศรษฐศาสตร์และในทางกฎหมาย โดยเป็นหลักการสำคัญที่นำไปสู่การกำกับดูแลและการบริหารด้านการคลังที่ดีที่ส่งเสริมให้เกิดเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลังในระยะยาว⁴ โดยในการศึกษาวินัยทางการคลังในส่วนนี้จะศึกษา (1) ความหมายของวินัยทางการคลัง (2) วัตถุประสงค์ของวินัยทางการคลัง (3) ลักษณะของการนำวินัยทางการคลังไปใช้ (4) สภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลัง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของวินัยทางการคลัง

“วินัยทางการคลัง” เป็นคำที่ถูกนำมาใช้ในทางเศรษฐศาสตร์และการเมืองเพื่ออธิบายพฤติกรรมของรัฐบาลที่มีการรักษาดุลยภาพทางการคลังระหว่างรายได้กับรายจ่าย และการหลีกเลี่ยงการก่อหนี้สาธารณะ⁵ และการปฏิบัติตามกระบวนการทางกฎหมายการคลัง⁶ อย่างไรก็ตาม การอธิบายวินัยทางการคลังในลักษณะดังกล่าวเป็นการอธิบายวินัยทางการคลังในความหมายแบบดั้งเดิม ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากสำนักเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมที่เน้นการ

³ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2560 มาตรา 80.

⁴ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 166.

⁵ วีรพงษ์ รามางกูร, *ยืนได้ลม* (มติชน, 2549) 54.

⁶ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, ‘วินัยทางการคลังในยุครัฐบาลนายชวน หลีกภัย พ.ศ. 2540 – 2543’ *ผู้จัดการรายวัน* (1 มีนาคม 2544) 6.



จำกัดบทบาทในการใช้เงินของรัฐ⁷ ในปัจจุบันวินัยทางการคลังได้ขยายบทบาทออกไปกว้างกว่าการรักษาดุลยภาพทางการคลังระหว่างรายได้กับรายจ่าย และการหลีกเลี่ยงการก่อหนี้สาธารณะ⁸ ซึ่งเป็นอธิปไตยวินัยทางการคลังในระยะสั้นและจำกัดอยู่ภายใต้ระยะเวลา 1 ปีงบประมาณ⁹ ทว่า ในความหมายสมัยใหม่ได้ขยายขอบเขตออกไปหมายถึง ความสามารถของรัฐบาลในการรักษาเสถียรภาพในการ ดำเนินการทางด้านงบการเงิน และอ้างไว้ซึ่งความแข็งแกร่งทางการคลัง (fiscal health) ในระยะยาว โดยวินัยทางการคลังประกอบไปด้วยองค์ประกอบ 2 ด้าน ได้แก่ ด้านผลสัมฤทธิ์ของงบประมาณระยะปานกลาง และด้านกลไกในการรักษาความเข้มแข็งทางการคลังและการรักษาเสถียรภาพตามวัฏจักรเศรษฐกิจ โดยอาศัยกลไกการจัดทำแผนการใช้งบประมาณระยะยาว (multi – year perspective on budgeting) และการใช้กลไกต่าง ๆ เพื่อรักษาเสถียรภาพและความมั่นคงยั่งยืนทางการคลังตามวัฏจักรเศรษฐกิจ¹⁰ รวมถึงการสร้างโปร่งใสในกระบวนการผ่านการควบคุมดูแลผลการดำเนินงานทางการคลังของรัฐบาล¹¹

จึงอาจกล่าวได้ว่า “วินัยทางการคลัง” หมายถึง หลักการ (principle) ซึ่งกำหนดแนวทางการบริหารการคลัง เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างรายได้และรายจ่ายของรัฐบาล และควบคุมการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาลให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมกับขีดความสามารถของรัฐบาลในการจัดการรายได้เพื่อชดเชยการก่อหนี้สาธารณะโดยไม่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังต่องบประมาณในอนาคต รวมตลอดไปถึงการใช้จ่ายงบประมาณให้เป็นไปอย่างเหมาะสมมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายการคลังต่าง ๆ

2.1.2 วัตถุประสงค์ของวินัยทางการคลัง

วัตถุประสงค์ของการรักษาวินัยทางการคลังคือ การรักษาเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลัง โดยขยายไปถึงกระบวนการจัดทำและบริหารงบประมาณของรัฐบาลอย่างมีประสิทธิภาพ¹² เพื่อนำมาซึ่งความโปร่งใส และความรับผิดชอบทางการคลังของผู้ใช้อำนาจรัฐ¹³ โดยเข้ามาแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการทางคลังโดยใช้ดุลพินิจของรัฐบาล อันประกอบไปด้วยปัญหาต่าง ๆ ได้แก่ (1) ปัญหาความโน้มเอียงไปสู่การขาดดุลงบประมาณ (deficit bias) (2) ปัญหาความไม่ต่อเนื่องของการดำเนินนโยบายการคลัง และ

⁷ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *กฎหมายการคลัง* (พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำรากฎหมายและเอกสารประกอบสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557) 32 – 34.

⁸ Yilin Hou, ‘Fiscal Discipline as a Capacity Measure of Financial Management by Sub-national Governments’ (Public Administration: Challenge of Inequality and Exclusion, Miami, 14 – 18 September 2003) 6 – 7 <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.625.1508&rep=rep1&type=pdf>> accessed 19 June 2022.

⁹ เฟิงอ้าง 6.

¹⁰ เฟิงอ้าง 3 และ 6 - 7.

¹¹ สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ, ‘โครงการวิจัย เรื่อง การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล’ (สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง 2551) บทที่ 2-4 – 2-5.

¹² สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: ภาควงงบประมาณแผ่นดิน* (วิญญูชน 2563) 181.

¹³ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ (เชิงอรธรถ 6) 6.



(3) ปัญหาความไม่สมมาตรของข้อมูล (asymmetric information)¹⁴ อย่างไรก็ดี ในทางเศรษฐศาสตร์การรักษาวินัยทางการคลังนั้นมิได้มีลักษณะเป็น “กฎ” ที่มีผลบังคับตายตัวและไม่สามารถฝ่าฝืนได้เลย ในทางตรงกันข้ามวินัยทางการคลังนั้นอาจเปลี่ยนไปตามสถานการณ์ และตามสำนักคิดทางเศรษฐกิจที่รัฐบาลยึดถือ¹⁵ ฉะนั้นในบางกรณีรัฐบาลจึงอาจจะไม่ได้ยึดถือวินัยทางการคลังโดยตลอด และอาจจะปรับเปลี่ยนกฎเกณฑ์ที่เป็นองค์ประกอบของวินัยทางการคลังได้ตามความเหมาะสม

2.1.3 ลักษณะของการนำวินัยทางการคลังไปใช้

วินัยทางการคลังจะปรากฏอยู่ในรูปแบบของกรอบวินัยทางการคลัง ซึ่งเป็นการนำหลักการหรือกฎเกณฑ์หลาย ๆ ประการมาประกอบเข้าด้วยกันเพื่อเป็นกรอบในการรักษาเสถียรภาพ และความยั่งยืนทางการคลัง ตลอดจนจนถึงการจัดทำและบริหารงบประมาณอย่างมีประสิทธิภาพอันจะนำมาซึ่งความโปร่งใสและความรับผิดชอบทางการคลังของผู้ใช้อำนาจรัฐ โดยกรอบวินัยทางการคลังนั้นแบ่งออกเป็น 2 ประเภท โดยมีรายละเอียดดังนี้

ประเภทแรก กรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐกิจ คือ การกำหนดกรอบในการกำหนดนโยบายหรือดำเนินการทางการคลังในรูปของการกำหนดเป้าหมายหรือตัวชี้วัดทางเศรษฐกิจ เช่น GDP รายจ่าย ดุลของงบประมาณ และการก่อหนี้สาธารณะ เป็นต้น¹⁶ ลักษณะของกรอบวินัยทางการคลังประเภทนี้ ได้แก่ กฎเกณฑ์การตั้งงบประมาณสมดุล (balanced budget rule) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการกู้ยืม (borrowing rule) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับหนี้ (debt rule) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับเงินทุนสำรอง (reserve rule) และกฎเกณฑ์เกี่ยวกับรายจ่าย (expenditure rule)¹⁷

ประเภทที่สอง กรอบวินัยทางการคลังที่เป็นแนวปฏิบัติ โดยกรอบวินัยทางการคลังประเภทนี้เป็นความพยายามกำหนดกฎเกณฑ์ในรูปแบบของกระบวนการ ระเบียบวิธี หรือแนวทางปฏิบัติตามมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการด้านการคลัง (fiscal management)¹⁸ โดยแนวปฏิบัติในลักษณะนี้อาจแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ ประเภทที่ 1 แนวปฏิบัติในเชิงรูปแบบของการจัดทำงบประมาณ ซึ่งเกิดขึ้นจากการพัฒนาจารีตหรือกฎเกณฑ์ทางเทคนิคของการจัดทำงบประมาณภาครัฐในยุโรปช่วงต้นของสมัยยุค คลาสสิก ในศตวรรษที่ 19¹⁹ โดยประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 5 ประการ ได้แก่ หลักความยินยอมในทางงบประมาณ หลักเกณฑ์การจ่ายเงินแผ่นดิน หลักความครอบคลุมของเอกสารงบประมาณ หลักการอำนาจของรัฐสภาในการอนุมัติงบประมาณ และหลักการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการริเริ่มกำหนดรายจ่ายแผ่นดิน ในส่วนของประเภทที่ 2 แนวปฏิบัติในเชิงความโปร่งใสและความรับผิดชอบ โดยเป็นแนวปฏิบัติที่เกิดขึ้นจากการประมวลกรอบวินัยทางการคลังที่เป็น

¹⁴ ภาวีน ศิริประภาณุกุล, ‘บทวิเคราะห์กฎหมายส่งเสริมวินัยการเงินการคลัง (ข้อเสนอว่าด้วยร่างพระราชบัญญัติวินัยทางการคลังและการเงิน พ.ศ. ...’ (TDRI, 9 กุมภาพันธ์ 2561) <https://tdri.or.th/2013/08/tlw_fiscaldiscipline-2/> สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.

¹⁵ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, ‘Keynesian Consensus’ ใน สิทธิกร นิพภยะ และอิสร์กุล อุณหเขต (บรรณาธิการ) 72 ปี รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์ (สันติศิริการพิมพ์ 2562) 538 – 539.

¹⁶ ศิวสัน เหลืองสมบูรณ์, ‘กรอบวินัยทางการคลังและร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ...’ ใน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (บรรณาธิการ) 50 ปี 50 บทความนำไทยก้าวไกล (สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง 2554) 73.

¹⁷ George Koptis and Steven Symansky, *Fiscal Policy Rules* (International Monetary Fund 1998) 2.

¹⁸ ศิวสัน เหลืองสมบูรณ์ (เชิงอรธ 16) 73.

¹⁹ Frank Mordacq, *Les Finances Publiques, Que Sais-Je?* (Economica 2005) 51 ใน เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *หลักกฎหมายการคลัง* (วิญญูชน 2558) 95.



แนวปฏิบัติโดยองค์การเพื่อความร่วมมือและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ (Organization for Economic Co-operation and Development: OECD) และสถาบันวิชาการทางการคลังต่าง ๆ เช่น สถาบันการศึกษาการคลัง (Institute for Fiscal Studies: FIS) โดยประกอบไปด้วยหลักการสำคัญ 5 ประการ ได้แก่ หลักความรับผิดชอบ หลักความโปร่งใส หลักความมีเสถียรภาพ หลักความมีประสิทธิภาพ และหลักความยุติธรรม²⁰

ในการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังนั้นอาจจะอาศัยกรอบวินัยทางการคลังในทางเศรษฐกิจและกรอบวินัยทางการคลังที่เป็นแนวปฏิบัติผสมกันก็ได้ โดยการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังสามารถทำได้ 3 ลักษณะ ได้แก่ (1) การกำหนดกฎเกณฑ์ทางการคลัง (2) การจัดการด้านสถาบัน และ (3) การตรากฎหมายวินัยทางการคลัง โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) การกำหนดกฎเกณฑ์ทางการคลัง

กฎเกณฑ์ทางการคลัง (fiscal rule) หรือกฎนโยบายทางการคลัง (fiscal policy rule) หมายถึง กฎเกณฑ์และข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงบประมาณ เช่น การจัดทำงบประมาณและการอนุมัติงบประมาณ เป็นต้น²¹ โดยกฎเกณฑ์ทางการคลังนั้นสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ กฎเกณฑ์ทางการคลังเชิงตัวเลข และกฎเกณฑ์ทางการคลังที่เป็นแนวปฏิบัติ

1) กฎเกณฑ์ทางการคลังเชิงตัวเลข (numerical rule) มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์เป็นตัวเลขที่ชัดเจนเอาไว้ โดยกำหนดไว้ในลักษณะของเป้าหมายหรือเพดานของตัวชี้วัดทางการคลังต่าง ๆ²² เช่น สัดส่วนการขาดดุลงบประมาณต่อ GDP เพดานการก่อหนี้สาธารณะ หรือสัดส่วนหนี้สาธารณะคงค้างต่อ GDP เป็นต้น²³ ตัวอย่างของการกำหนดกฎเกณฑ์ทางการคลังเชิงตัวเลขนี้ปรากฏในกรอบความยั่งยืนทางการคลัง (fiscal sustainability framework) ในรูปแบบของเป้าหมายทางการคลังต่าง ๆ เช่น การกำหนดหนี้สาธารณะไม่เกินร้อยละ 60 ภาระหนี้สาธารณะต่องบประมาณไม่เกินร้อยละ 15 และรายจ่ายลงทุนต่องบประมาณไม่น้อยกว่าร้อยละ 25²⁴ เป็นต้น

2) กฎเกณฑ์ทางการคลังที่เป็นแนวปฏิบัติ (procedural rule) หมายถึง การกำหนดกฎเกณฑ์ในรูปแบบของกระบวนการ ระเบียบ วิธีหรือแนวทางปฏิบัติตามมาตรฐานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการด้านการคลัง เช่น การจัดทำงบประมาณ และการบริหารงบประมาณ เป็นต้น โดยไม่ได้กำหนดเป็นตัวเลขที่ชัดเจน²⁵ โดยการกำหนดเป้าหมายของกฎเกณฑ์ในลักษณะนี้เพื่อสร้างความโปร่งใสและความรับผิดชอบต่อรัฐบาลใน

²⁰ Carl Emmerson, Chris Frayne and Sarah Love, 'Updating the UK's Code for Fiscal Stability' (Institute for Fiscal Studies, 2004) <https://www.ifs.org.uk/wps/wp_0429.pdf> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2560.

²¹ Alberto Alesina Silvia Ardagna and others, 'Fiscal Policy, Profits, and Investment' Econpapers <https://www.nber.org/system/files/working_papers/w7207/w7207.pdf> สืบค้นเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 2565.

²² สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ (เชิงอรรถ 11) บทที่ 2-9.

²³ ศิวสัน เหลืองสมบูรณ์ (เชิงอรรถ 16) 73.

²⁴ ทรงธรรม ปิ่นโต, บุญยวรรณ หมั่นวิชาชัย และฐิติมาชูเชิด, 'การประเมินความ เปรียบบางทางการคลังของไทย: ความเสี่ยงและนัยต่อการดำเนินนโยบายในอนาคต' (สัมมนา วิชาการประจำปี 2550 ธนาคารแห่งประเทศไทย, โรงแรมแชงกรี-ลา กรุงเทพฯ) 46.

²⁵ ศิวสัน เหลืองสมบูรณ์ (เชิงอรรถ 16) 73.



ฐานะผู้มีอำนาจบริหารจัดการทางการคลัง²⁶ ซึ่งแนวปฏิบัติดังกล่าวอาจจะปรากฏในรูปแบบของกฎหมายหรือระเบียบเกี่ยวกับการรายงานความโปร่งใส ตัวอย่างของการกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นแนวปฏิบัติ เช่น ในประเทศนิวซีแลนด์ กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะต้องเสนอข้อมูลสถานะทางเศรษฐกิจและการคลังในปัจจุบัน ซึ่งจัดเตรียมโดยกระทรวงการคลังต่อสภาผู้แทนราษฎรในทันทีภายหลังจากที่มีการส่งงบประมาณประจำปีให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาในแต่ละปี²⁷ เป็นต้น

(2) การจัดการด้านสถาบัน

การจัดการด้านสถาบัน (institute arrangement) เป็นการมุ่งเน้นการจัดการหน่วยงานของรัฐด้านการคลัง (fiscal authority) โดยมีเป้าหมายเพื่อให้ผู้มีอำนาจดำเนินการบริหารจัดการด้านการคลังตามนโยบายหรือเป้าหมายที่ได้ประกาศไว้ ทั้งนี้ อาจอยู่ในรูปแบบของการเพิ่มความโปร่งใสในการบริหารจัดการด้านการคลัง เช่น การเพิ่มความโปร่งใสในกระบวนการจัดการด้านการคลัง หรืออาจจะอยู่ในรูปของอำนาจของหน่วยงานทางการคลังในการบัญญัติกฎเกณฑ์ทางการคลังต่าง ๆ เพื่อเป็นกลไกในการกำกับควบคุมการบริหารจัดการด้านการคลังของรัฐบาล²⁸ เช่น ในประเทศออสเตรเลียตาม Charter of Budget Honesty หรือกฎบัตรว่าด้วยความซื่อสัตย์ทางการคลัง กำหนดให้รัฐบาลจะต้องจัดทำและเผยแพร่รายงานทางการคลังแก่สาธารณชนและนำเสนอต่อรัฐสภา โดยประกอบไปด้วยรายงานประมาณการเศรษฐกิจและการคลังของงบประมาณประจำปี รายงานประมาณการเศรษฐกิจและการคลังในรอบครึ่งปีงบประมาณ และรายงานการใช้จ่ายงบประมาณประจำปีฉบับสมบูรณ์²⁹ หรือการจัดทำรายงานประมาณการเศรษฐกิจและการคลังในช่วงก่อนการเลือกตั้ง (pre-election economic and fiscal outlook report) โดยกำหนดให้ต้องจัดทำรายงานนี้เมื่อมีการกำหนดวันเลือกตั้งอย่างเป็นทางการแล้ว โดยให้ปลัดกระทรวงที่เกี่ยวข้องร่วมกันจัดทำรายงานและเผยแพร่รายงานประมาณการเศรษฐกิจและการคลังภายใน 10 วัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ข้อมูลรายงานแนวโน้มเศรษฐกิจและการคลังก่อนการเลือกตั้ง³⁰

(3) การตรากฎหมายวินัยทางการคลัง

กฎหมายวินัยทางการคลัง (fiscal discipline law) หรือกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการคลัง (fiscal responsibility laws) หมายถึง กรอบกฎหมายที่มีการระบุข้อบังคับ กระบวนการ หรือข้อตกลงระหว่างสถาบัน โดยมีจุดประสงค์เพื่อยกระดับผลการดำเนินนโยบายทางการคลัง วินัยทางการคลัง ความโปร่งใสทางการคลัง และความรับผิดชอบโดยกฎหมายจะกำหนดให้รัฐบาลต้องดำเนินการตามเป้าหมาย และกลยุทธ์ทางการคลังซึ่งจะต้องได้รับการติดตามประเมินผล³¹

กฎหมายวินัยทางการคลังเป็นความพยายามสร้างกลไกเชิงสถาบัน (institution) เพื่อที่จะพัฒนาการมีวินัยทางการคลัง โดยกลไกดังกล่าวจะทำหน้าที่กำกับควบคุมการบริหารจัดการด้านการคลังของรัฐบาล

²⁶ สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ (เชิงอรรถ 11) บทที่ 2 – 13 – 2 – 14.

²⁷ Public Finance Act 1989 Section 260.

²⁸ ศิวีสัน เหลืองสมบูรณ์ (เชิงอรรถ 16) 73.

²⁹ Charter of Budget Honesty Clause 1.

³⁰ Charter of Budget Honesty Clause 1, Clause 22 - 23.

³¹ วิมล ชะตามีนา, ‘ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ...’ (การสัมมนาโครงการ เตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ., ห้อง คอนเวนชัน ชั้น 4 อาคารคอนเวนชัน เซ็นเตอร์ โรงแรมรามารการ์เด้นส์ กรุงเทพมหานคร, 2558), 11.



โดยสามารถป้องกันการเบี่ยงเบนออกจากเป้าหมายที่กำหนดไว้ด้วยสภาพบังคับของกฎหมายอย่างเป็นกิจจะลักษณะ³² เพื่อควบคุมให้รัฐบาลดำเนินการตามพันธะสัญญาและนโยบายทางการคลังที่ได้ประกาศไว้³³ โดยกฎหมายวินัยทางการคลังมีส่วนช่วยควบคุมการใช้ดุลพินิจของรัฐบาลในทางการคลัง³⁴ การตรากฎหมายวินัยทางการคลังมีลักษณะเป็นการประมวลกรอบวินัยทางการคลังขึ้นมาภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน ตัวอย่างในกรณีนี้ตั้งปรากฏตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561³⁵

อย่างไรก็ดี การตรากฎหมายวินัยทางการคลังนั้นเป็นเพียงรูปแบบหนึ่งของการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังไว้ในกฎหมายฉบับเดียว³⁶ ซึ่งในบางกรณีประเทศนั้น ๆ อาจจะไม่ได้มีการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังไว้ในลักษณะกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ หรือแทรกอยู่ในกฎหมายการคลังอื่น ๆ เช่น ในกรณีของประเทศไทยก่อนหน้าการตราพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ได้มีการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังกระจายอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ หรือในกรณีของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสกรอบวินัยทางการคลังได้บัญญัติไว้ใน Loi organique no 2001 – 692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances ซึ่งกำหนดวินัยทางการคลังและหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในกระบวนการทางงบประมาณทั้งหมด³⁷ เป็นต้น ซึ่งในการศึกษาครั้งนี้ ผู้เขียนให้ความสำคัญเฉพาะกฎหมายวินัยทางการคลังที่มีการประมวลกรอบวินัยทางการคลังเฉพาะโดยแยกต่างหากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางการคลังอื่นๆ

2.1.4 สภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลัง

สภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังนั้นยึดโยงอยู่กับรูปแบบของการกำหนดกรอบวินัยทางการคลังว่า จะกำหนดกรอบวินัยทางการคลังโดยอาศัยเครื่องมือใดเพื่อกำหนดกรอบวินัยทางการคลังในลักษณะใด ในอดีตสภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังจะอาศัยการบังคับโดยกลไกด้านความรับผิดชอบเป็นหลัก เนื่องจากกรอบวินัยทางการคลังในอดีตที่ใช้วิธีการกำหนดกฎเกณฑ์ทางการคลังและการจัดการด้านสถาบันนั้น จะอาศัยวิธีการที่เรียบง่ายและมีความยืดหยุ่น โดยเปิดให้มีการตั้งกระทู้ถามหรือการอภิปรายการปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลังของรัฐบาล³⁸ ดังนั้น สภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังจึงมีเพียงเล็กน้อย³⁹ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันแนวคิดใหม่เกี่ยวกับการกำหนดสภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังให้มีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ

³² สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ (เชิงอรรถ 11) บทที่ 2 – 22.

³³ ศิวีสัน เหลืองสมบูรณ์ (เชิงอรรถ 16) 73.

³⁴ สมชัย สัจจพงษ์ และคณะ (เชิงอรรถ 11) บทที่ 2 – 23.

³⁵ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

³⁶ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การตรากฎหมายวินัยทางการคลังนั้นเป็นอิทธิพลที่เกิดขึ้นในประเทศที่ใช้กฎหมายแบบคอมมอนลอว์ (Common Law) โดยส่วนใหญ่ เพื่อประมวลกรอบวินัยทางการคลังเอาไว้ในกฎหมาย.

³⁷ สุปรียา แก้วละเอียต, *กฎหมายงบประมาณของต่างประเทศ: ข้อคิดและประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560) 132.

³⁸ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, ‘กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการคลัง’ (30 พฤศจิกายน 2560) <www2.fpo.go.th/FPO/admin/scripts/getpdf.php?id=1389> สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2563.

³⁹ Luc Eyraud and other, ‘Second-Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability’ (IMF, 13 April 2018) <<https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/04/12/Second-Generation-Fiscal-Rules-Balancing-Simplicity-Flexibility-and-Enforceability-45131>> accessed 18 June 2022.



เพื่อดำเนินการในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลัง เพื่อป้องกันการหลบเลี่ยงการปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลัง⁴⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีการนำกรอบวินัยทางการคลังมาบัญญัติไว้ในรูปแบบของกฎหมายวินัยทางการคลัง ซึ่งในอดีตสภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังตามกฎหมายวินัยทางการคลังก็มีลักษณะเช่นเดียวกับสภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังในอดีตที่กำหนดสภาพบังคับในด้านความรับผิดชอบ ตัวอย่างของประเทศที่ใช้สภาพบังคับของกรอบวินัยทางการคลังในกฎหมายวินัยทางการคลังในลักษณะนี้ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ซึ่งกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า การปฏิบัติตามกรอบวินัยทางการคลังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไม่นำมาสู่กระบวนการร้องเรียนหรือการดำเนินคดีในทางศาล⁴¹ เป็นต้น นอกจากนี้ บางประเทศที่มีประวัติว่า ไม่สามารถปฏิบัติตามเป้าหมายและบรรดากรอบวินัยทางการคลังที่กำหนดไว้ในกฎหมายวินัยทางการคลังแล้ว อาจจะมีการนำมาตราการเพื่อสร้างแรงจูงใจเพื่อให้มีการปฏิบัติตามเป้าหมายและกรอบวินัยทางการคลัง โดยอาจกำหนดบทลงโทษทั้งในระดับหน่วยงานของรัฐและระดับเจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อไม่สามารถปฏิบัติตามเป้าหมายและกรอบวินัยทางการคลังได้⁴² ตัวอย่างเช่น ในประเทศบราซิลที่กำหนดสภาพบังคับของกฎหมายวินัยทางการคลังไว้ทั้งในระดับหน่วยงานของรัฐ โดยการกำหนดให้ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลัง เช่น กรณีงบประมาณรายจ่ายที่เป็นงบบุคลากรรวมกันเกินกว่าร้อยละ 95 ของวงเงินงบประมาณจะต้องถูกห้ามมิให้เพิ่มอัตราเงินเดือนหรือต้องยกเลิกการจ้างบุคลากรเพิ่มเติม⁴³ เป็นต้น ซึ่งเป็นกลไกแบบอัตโนมัติที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือในระดับบุคคล โดยกำหนดไว้ในลักษณะเป็นความผิดทางอาญาที่เรียกว่า ความผิดทางอาชญากรรมทางการคลัง (fiscal crime law) สำหรับผู้กระทำความผิดบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาในเรื่องความผิดทางอาชญากรรมทางการคลัง⁴⁴ อย่างไรก็ตาม การกำหนดสภาพบังคับในแต่ละประเทศนั้นขึ้นอยู่กับประสบการณ์ที่ผ่านมาของแต่ละประเทศเป็นอย่างไร

2.2 มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง

มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์เกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบวินัยการคลังและงบประมาณโดยองค์กรศาลของประเทศฝรั่งเศส⁴⁵ โดยวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นมีลักษณะเป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายที่ควบคุมการบริหารจัดการเกี่ยวกับการเงินการคลังของรัฐและองค์กรของรัฐให้เป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย⁴⁶ โดยในการศึกษาส่วนนี้จะได้ทำการศึกษามโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยประกอบด้วย (1) ความหมายของวินัยทางงบประมาณและการคลัง (2) วัตถุประสงค์ของวินัยทางงบประมาณและการคลัง (3) ลักษณะของการนำวินัยทางการคลังไปใช้ และ (4) สภาพบังคับของวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยมีรายละเอียดดังนี้

⁴⁰ เฟ็งอ้าง 10.

⁴¹ Charter of Budget Honesty Act 1988 Section 3.

⁴² วิมล ชะตามีนา มยุร บุญยรัตน์ และณัฐพล ศรีพจนารถ (เชิงอรรด 31) 19 – 20.

⁴³ Lei Complementar n° 101 de 04/05/2000 Artigo 22.

⁴⁴ Lei Complementar n° 101 de 04/05/2000 Artigo 31 e 73.

⁴⁵ วิษณุ วรรณัญ, ‘ความสำคัญของวินัยการเงินการคลังต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย’ (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 7 วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ) 4.

⁴⁶ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, ‘วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545) 4.



2.2.1 ความหมายของวินัยทางงบประมาณและการคลัง

มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง (discipline budgétaire et financière) เป็นมโนทัศน์ว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในทางการคลังรูปแบบหนึ่ง⁴⁷ โดย “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” หมายถึง กฎเกณฑ์หรือมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการเงินและการคลังของรัฐที่กำหนดขึ้นเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจพึงปฏิบัติและห้ามมิให้ปฏิบัติ เพื่อให้การบริหารจัดการเกี่ยวกับการเงิน การคลัง และการพัสดุของรัฐและองค์กรของรัฐ เป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย มีประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามวัตถุประสงค์ของการรับจ่ายเงินแผ่นดินและถ้าผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์หรือมาตรการดังกล่าวก็อาจถูกพิจารณาดำเนินการลงโทษทางวินัยงบประมาณและการคลัง และอาจต้องรับโทษปรับที่เรียกว่า โทษปรับทางปกครอง⁴⁸

2.2.2 วัตถุประสงค์ของวินัยทางงบประมาณและการคลัง

วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์ที่พัฒนาขึ้นมาในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง โดยพบว่า ประมาณปี ค.ศ. 1940 – 1945 ในประเทศฝรั่งเศสได้มีการกระทำความผิดทางการคลังในหลายครั้ง เนื่องจากในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่มีรัฐสภาคอยทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินรัฐบาลในยุคนั้นจึงทำทุกอย่างได้ตามอำเภอใจ ทั้งในการเสนองบประมาณ พิจารณา อนุมัติ ใช้ และตรวจสอบด้วยตนเอง⁴⁹ ซึ่งในเวลานั้นระบบการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้กระบวนการของศาลบัญชี (la cour des comptes) และศาลบัญชีภาคมีอำนาจเพียงแค่การตรวจสอบความถูกต้องและทำการพิพากษาบัญชีที่สมุหบัญชี (les comptables) เป็นผู้เก็บรักษา⁵⁰ แต่ไม่รวมถึงการลงโทษความบกพร่องที่เกิดจากการกระทำของผู้สั่งจ่าย (les ordonnateurs)⁵¹ จึงนำมาสู่การจัดตั้งศาลวินัยงบประมาณ (la cour de discipline budgétaire) ซึ่งต่อมาภายหลังได้เปลี่ยนชื่อเป็นศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง (la cour de discipline budgétaire et financière)⁵² โดยมีหน้าที่จัดการเรื่องที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้มีอำนาจสั่งจ่ายขององค์กรและหน่วยงานของรัฐต่าง ๆ ที่ตกอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลบัญชี โดยไม่รวมถึงข้าราชการการเมือง⁵³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในด้านวัตถุประสงค์แล้วจะเห็นได้ว่า วินัยทางงบประมาณและการคลัง มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามการกระทำความผิดด้านการเงินการคลังของเจ้าหน้าที่รัฐ ด้วยการบัญญัติกฎหมายกำหนดความผิดและโทษเอาไว้ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ต้องปฏิบัติตามหรือตระหนักว่าต้องใช้ความรอบคอบและระมัดระวังในการ

⁴⁷ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: ภาควงงบประมาณแผ่นดิน* (เชิงอรรถ 12) 182 - 183.

⁴⁸ วีรัตน์ สุนทรวิภาค, ‘วินัยงบประมาณและการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550) 31.

⁴⁹ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป, *กฎหมายการคลัง* (เชิงอรรถ 5) 13.

⁵⁰ ตุ อนุญ ยศสุนทร, ‘บทบาทในปัจจุบันของศาลตรวจเงินแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส’ (2550) 36 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 340

⁵¹ อรพิน ผลสุวรรณย์ สบายรูป, ‘โครงการวิจัยทางวิชาการนิติศาสตร์ เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย’ (เชิงอรรถ 46) 13.

⁵² Le Code des juridictions financières Article L.312-1.

⁵³ Le Code des juridictions financières Article L.312-1.



ดำเนินการทางการเงินและการคลัง มิฉะนั้นอาจมีความผิดและถูกลงโทษได้⁵⁴ ฉะนั้น ในการนำมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังมาใช้ จึงต้องบัญญัติไว้ในรูปแบบของกฎหมายซึ่งกำหนดฐานหรือลักษณะความผิดที่ต้องการป้องปราม และโทษของการฝ่าฝืนการกระทำในลักษณะดังกล่าว⁵⁵

ในกรณีของประเทศไทยที่ได้รับเอามโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังมาใช้ ในฐานะเป็นกลไกในการตรวจเงินแผ่นดิน โดยปรากฏครั้งแรกในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542⁵⁶ ซึ่งเป็นผลมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การกำหนดโทษปรับทางปกครอง และการพิจารณาวินิจฉัยความผิดทางวินัยและงบประมาณและการคลัง⁵⁷ ซึ่งนำไปสู่การตราระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 โดยกำหนดลักษณะความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยวัตถุประสงค์ในการนำมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังมาใช้ในประเทศไทยในเวลานั้น เพื่อแก้ไขสภาพปัญหาเดิมของระบบการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศไทย กำหนดให้เมื่อมีการตรวจพบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณแผ่นดิน สำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน จะทำได้แต่เพียงส่งเรื่องไปให้ผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำผิด หรือเจ้าพนักงานสอบสวน เพื่อดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป โดยที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาลงโทษแต่ประการใด ในขณะที่การจะลงโทษหรือไม่ นั้นก็เป็นดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาหรือพนักงานสอบสวน หรือองค์กรอื่นตามกระบวนการยุติธรรม สภาพดังกล่าวนี้ทำให้กระบวนการตรวจเงินแผ่นดินเป็นการตรวจสอบที่ปราศจากอำนาจลงโทษโดยตรง เมื่อตรวจพบการกระทำความผิด อันเป็นเหตุให้บรรดาหน่วยรับตรวจขาดความยำเกรงต่อกระบวนการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน⁵⁸ การนำมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง มากำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2544 จึงมีวัตถุประสงค์เพื่ออุดช่องว่างดังกล่าว

กล่าวโดยสรุป วัตถุประสงค์ของวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการบริหารการคลังสาธารณะ⁵⁹

2.2.3 ลักษณะของการนำวินัยทางงบประมาณและการคลังไปใช้

เมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์จะเห็นได้ว่า วินัยทางงบประมาณและการคลังมีลักษณะเป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายในฐานะข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติที่กำหนดขึ้นเพื่อให้การบริหารจัดการเกี่ยวกับการเงินการคลังของรัฐและองค์กรของรัฐเป็นไปอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยคาดหวังว่าเมื่อปฏิบัติตามกฎหมายแล้วจะนำมาซึ่งประสิทธิภาพและประสิทธิผลตามวัตถุประสงค์ของการรับ จ่าย เงินแผ่นดิน⁶⁰ เมื่อวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์ทางกฎหมาย ประกอบกับวินัยทางงบประมาณและการคลังมีการกำหนดให้เมื่อผู้สั่งจ่ายได้สั่งจ่าย

⁵⁴ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: ภาควงงบประมาณแผ่นดิน* (เชิงอรรถ 12) 181.

⁵⁵ เพิ่งอ้าง 181.

⁵⁶ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 19.

⁵⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 333 (1).

⁵⁸ อรพิน ผลสุวรรณม์ สบายรูป, *กฎหมายการคลัง* (เชิงอรรถ 7) 29.

⁵⁹ ดู สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (เชิงอรรถ 4) 170.

⁶⁰ อรพิน ผลสุวรรณม์ สบายรูป, 'วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย' (เชิงอรรถ 46) 4.



โดยไม่ชอบตามข้อห้ามหรือข้อปฏิบัติดังกล่าวแล้ว จะมีความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังซึ่งนำมาสู่การลงโทษทางปกครอง⁶¹ ในการนำวินัยทางงบประมาณและการคลังไปใช้นั้นจึงต้องกระทำในรูปแบบของกฎหมายเท่านั้น

ลักษณะของการนำวินัยทางงบประมาณและการคลังไปใช้นั้นจะปรากฏอยู่ในรูปแบบของบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีการกำหนดองค์ประกอบทางกฎหมายคือ บุคคลที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติหรือไม่ฝ่าฝืนข้อห้าม และพฤติการณ์และลักษณะของการกระทำความผิด⁶² เมื่อพิจารณาลักษณะตัวอย่างของบทบัญญัติที่นำมาโน้มน้าวจนของวินัยทางงบประมาณและการคลังไปบัญญัติไว้ ดังนี้

(1) ตัวอย่างของบทบัญญัติวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศส

ลักษณะของบทบัญญัติวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศฝรั่งเศสนั้นปรากฏอยู่ใน La Code des Juridictions Financières หรือประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลวินัยทางการเงินและการคลัง ซึ่งตราขึ้นตามแนวทางของบทบัญญัติใน La loi n° 48-1434 du 25 septembre 1948 (รัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 25 กันยายน 1948) ซึ่งเป็นกฎหมายจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง ซึ่งในเวลาต่อมาได้มีการประมวลขึ้นเป็นประมวลกฎหมายว่าด้วยวินัยทางการเงินและการคลัง⁶³ โดยกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังออกเป็น 3 ลักษณะ คือ ลักษณะที่ 1 ความผิดการละเลยหรือฝ่าฝืนต่อกฎ ข้อบังคับ วิธีปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการในเรื่องรายรับ และรายจ่ายของหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง หรือที่เกี่ยวข้องกับการบริหารซึ่งทรัพย์สินของหน่วยงานนั้น ลักษณะที่ 2 การเอื้อประโยชน์ก่อให้เกิดความได้เปรียบอย่างไม่เหมาะสมแก่บุคคลอื่นจนทำให้เกิดความเสียหายแก่หน่วยงานนั้นหรือแก่รัฐ และลักษณะที่ 3 การกระทำความผิดที่มีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับการที่หน่วยงานของรัฐเจตนาไม่ยื่นหลักฐานทางภาษีให้แก่ หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบทางภาษี⁶⁴ โดยบทบัญญัติในแต่ละมาตราจะกำหนดองค์ประกอบของผู้กระทำความผิด

ตัวอย่างเช่น ในมาตรา L313-1 ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลวินัยทางการเงินและการคลัง ซึ่งเป็นความผิดเกี่ยวกับการจ่ายเงินโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย บัญญัติว่า

“มาตรา L313-1 เจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา L312-1 ได้ก่อให้เกิดการใช้จ่ายเงินขึ้นโดยไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้เกี่ยวกับการควบคุมทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับภาระผูกพันในการใช้จ่ายเงิน จะต้องระวางโทษปรับขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 150 ยูโร หรือปรับสูงสุดไม่เกินจำนวนเงินรวมของเงินเดือนประจำปีหรือค่าจ้างที่ได้รับจัดสรรให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นในวันที่กระทำการ⁶⁵”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติทั้งสองข้อนั้นมีลักษณะของการกำหนดองค์ประกอบของความผิดเอาไว้อย่างชัดเจน

⁶¹ สุปรียา แก้วละเอียด, กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย (เชิงอรรถ 4) 170.

⁶² เฟิงอ้าง 170.

⁶³ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, ‘วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย’ (เชิงอรรถ 46) 16.

⁶⁴ เฟิงอ้าง 16 – 18.

⁶⁵ La Code des Juridictions Financières Article L313-1

Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui aura engagé une dépense sans respecter les règles applicables en matière de contrôle financier portant sur l'engagement des dépenses sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 150 euros et dont le maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date à laquelle le fait a été commis.



(2) ตัวอย่างของบทบัญญัติวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย

ลักษณะของบทบัญญัติวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทยปรากฏอยู่ในระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 โดยกำหนดบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังออกเป็น 7 ลักษณะ ได้แก่ ลักษณะที่ 1 ความผิดเกี่ยวกับการเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำเงินส่ง ลักษณะที่ 2 ความผิดเกี่ยวกับการเบิกเงิน และการจ่ายเงิน ลักษณะที่ 3 ความผิดเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณและการก่อหนี้ผูกพัน ลักษณะที่ 4 ความผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ ลักษณะที่ 5 ความผิดเกี่ยวกับเงินยืม ลักษณะที่ 6 ความผิดเกี่ยวกับการพัสดุ และลักษณะที่ 7 ความผิดอื่น⁶⁶ โดยบทบัญญัติในแต่ละมาตราจะกำหนดองค์ประกอบของผู้กระทำความผิด

ตัวอย่างเช่น ในข้อ 21 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการรับเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำเงินส่ง บัญญัติว่า

“ข้อ 21 เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่นำเงินส่ง ไม่นำเงินที่อยู่ในความรับผิดชอบส่งหรือฝากคลังหรือหน่วยรับตรวจ ภายในระยะเวลาที่กฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจกำหนด ต้องรับโทษปรับทางปกครองชั้นที่ 1

ถ้าการกระทำตามวรรคหนึ่งเป็นการกระทำต่อเงินรายได้แผ่นดิน หรือเงินเบิกเกินส่งคืน เจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษปรับทางปกครองชั้นที่ 2”

หรือในข้อ 31 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ซึ่งเป็นบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ บัญญัติว่า

“ข้อ 31 เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่คำนวณภาษีอากร ค่าธรรมเนียม หรือรายได้อื่น เพื่อเรียกเก็บคำนวณตัวเลขไม่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์หรือความเป็นจริง เพื่อให้ผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากร ค่าธรรมเนียม หรือรายได้อื่นนั้นมิต้องเสียหรือเสียน้อยกว่าจำนวนที่จะต้องเสีย ต้องรับโทษปรับทางปกครองชั้นที่ 2”

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติทั้งสองข้อนี้มีลักษณะของการกำหนดองค์ประกอบของความผิดเอาไว้อย่างชัดเจน

2.2.4 สภาพบังคับของวินัยทางงบประมาณและการคลัง

สภาพบังคับของวินัยทางงบประมาณและการคลังถูกกำหนดไว้ในรูปแบบของการลงโทษปรับหรือการลงโทษปรับทางปกครองตามคำที่ใช้ในระบบกฎหมายของประเทศไทย โดยการลงโทษปรับนั้นมีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเรียกค่าเสียหายที่ผู้กระทำความผิดจะต้องชดใช้ให้แก่รัฐ แต่เป็นเพียงการลงโทษเนื่องจากการกระทำ ความผิดกฎหมายการเงินการคลัง⁶⁷

การลงโทษปรับหรือการลงโทษปรับทางปกครองนั้นมีระบบที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ในกรณีของประเทศฝรั่งเศสการกระทำความผิดในแต่ละฐานหรือลักษณะความผิดจะมีการคิดคำนวณค่าปรับที่แตกต่างกันไป⁶⁸ ตัวอย่างเช่น ความผิดเกี่ยวกับการจ่ายเงินโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย โดยมีโทษปรับ

⁶⁶ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 หมวด 2.

⁶⁷ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, ‘วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย’ (เชิงอรรถ 46) 22.

⁶⁸ La Code des Juridictions Financières Article L313-1 – L313-15.



ขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 150 ยูโร หรือปรับสูงสุดไม่เกินจำนวนเงินรวมของเงินเดือนประจำปีหรือค่าจ้างที่ได้รับจัดสรรให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นในวันที่กระทำการ⁶⁹ สำหรับกรณีของประเทศไทยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 นั้นมีการกำหนดโทษปรับทางปกครองเอาไว้เป็นชั้น โดยแบ่งออกเป็น 4 ชั้น ได้แก่ โทษชั้นที่ 1 โทษปรับไม่เกินเงินเดือน 1 เดือน โทษชั้นที่ 2 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 2 เดือน ถึง 4 เดือน โทษชั้นที่ 3 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 5 เดือน ถึง 8 เดือน และโทษชั้นที่ 4 โทษปรับเท่ากับเงินเดือนตั้งแต่ 9 เดือน ถึง 12 เดือน⁷⁰

2.3 เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังจะเห็นได้ว่า วินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นมีความแตกต่างกันในหลายลักษณะด้วยกัน โดยมีรายละเอียดของประเด็นดังต่อไปนี้

2.3.1 ด้านความหมาย

เมื่อพิจารณาในด้านความหมายจะเห็นได้ว่าวินัยทางการคลังมีความหมายสื่อไปในลักษณะของหลักการซึ่งกำหนดแนวทางการบริหารการคลัง เพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างรายได้และรายจ่ายของรัฐบาล โดยรวมไปถึงการควบคุมการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาลให้อยู่ในระดับที่เหมาะสมกับขีดความสามารถของรัฐบาลในการจัดหารายได้เพื่อชดเชยการก่อหนี้สาธารณะ โดยไม่ก่อให้เกิดภาระทางการคลังต่องบประมาณในอนาคต รวมถึงการใช้จ่ายงบประมาณให้เป็นไปอย่างเหมาะสม มีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายการคลังต่าง ๆ ดังได้เคยวิเคราะห์ความหมายมาแล้วในหัวข้อ 2.1 ซึ่งจะเห็นได้ว่าความหมายของวินัยทางการคลังมีนัยสะท้อนทั้งในทางเศรษฐศาสตร์และทางกฎหมาย⁷¹ แตกต่างกับวินัยทางงบประมาณและการคลัง ซึ่งมีความหมายสื่อไปในลักษณะการเป็นกฎเกณฑ์หรือมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการเงินและการคลังของรัฐ ดังได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 2.2 ซึ่งจะเห็นได้ว่าความหมายของวินัยทางงบประมาณและการคลังมีนัยของการเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย⁷² โดยอาจไม่ได้คำนึงถึงนัยทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งลักษณะดังกล่าวจะแตกต่างกับวินัยทางการคลังที่มีการให้ความสำคัญในเรื่องทางเศรษฐศาสตร์ โดยเฉพาะในทางเศรษฐศาสตร์มหภาคของการรักษาดุลยภาพของการใช้จ่ายงบประมาณ และการพิจารณาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจในระยะยาว

2.3.2 ด้านวัตถุประสงค์

เมื่อพิจารณาในด้านวัตถุประสงค์ วินัยทางการคลังมีวัตถุประสงค์ทั้งในทางเศรษฐศาสตร์และทางกฎหมาย⁷³ โดยการรักษาเสถียรภาพและความยั่งยืนทางการคลัง โดยรวมถึงกระบวนการจัดทำและบริหารงบประมาณ

⁶⁹ La Code des Juridictions Financières Article L313-1.

⁷⁰ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ข้อ 9.

⁷¹ ภัทรวิรินทร์ บุญชู, 'ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560' (ดุชนินพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562) 273.

⁷² เพิ่งอ้าง 273.

⁷³ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: งบประมาณแผ่นดิน* (เชิงอรรถ 12) 183.



ของรัฐอย่างมีประสิทธิภาพ⁷⁴ เพื่อนำมาซึ่งความโปร่งใสและความรับผิดชอบทางการคลังของผู้ใช้อำนาจรัฐ แต่วินัยทางงบประมาณและการคลังที่มีที่มาจากประเทศฝรั่งเศสนั้นมีวัตถุประสงค์แคบกว่า โดยให้ความสำคัญกับการควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องการบริหารการเงินการคลังของรัฐเพื่อไม่ให้เกิดการทุจริตหรือกระทำความผิดเกี่ยวกับการเงินการคลังของเจ้าหน้าที่รัฐ โดยกำหนดฐานหรือลักษณะความผิด และโทษของการฝ่าฝืน⁷⁵ และป้องปรามไม่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดซ้ำอันอาจนำไปสู่การทุจริต หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ โดยมีได้มุ่งหมายในการลดใช้เยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น⁷⁶ ดังจะเห็นได้ว่า วัตถุประสงค์ของมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังเป็นเรื่องของเศรษฐกิจในระดับมหภาค (macroeconomics) โดยเน้นไปที่ภาพรวมเศรษฐกิจทั้งประเทศ ในขณะที่มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังมีวัตถุประสงค์ที่แคบกว่า โดยเป็นเรื่องของเศรษฐกิจในระดับจุลภาค (microeconomics) ของการดำเนินการด้านการเงินการคลังภายในหน่วยรับตรวจ

2.3.3 ด้านขอบเขตการใช้บังคับ

เมื่อพิจารณาขอบเขตการบังคับใช้จะเห็นได้ว่า ขอบเขตการบังคับใช้ของมโนทัศน์ทั้งสองเรื่องมีขอบเขตการบังคับใช้ที่แตกต่างกัน โดยวินัยทางการคลังนั้นมีขอบเขตการบังคับใช้ที่กว้าง ครอบคลุมการดำเนินการทางการคลังทั้งหมด ตั้งแต่ระดับนโยบายทางการคลังในเรื่องรายได้สาธารณะ รายจ่ายสาธารณะ และการก่อหนี้สาธารณะ นอกจากนี้ วินัยทางการคลังยังครอบคลุมไปถึงระดับการดำเนินการบริหารการเงินการคลัง อันได้แก่ การนำส่งรายได้เข้าคลัง การก่อหนี้ผูกพันหรือการเบิกจ่าย และการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐด้วย⁷⁷ ขอบเขตดังกล่าววินัยทางการคลังจึงครอบคลุมการดำเนินการของคณะรัฐมนตรีในฐานะรัฐบาลที่เป็นการใช้อำนาจทางรัฐบาล (le pouvoir gouvernemental) ที่มีผลผลิตของการใช้อำนาจเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” (l'acte de gouvernement) ซึ่งเป็นการกระทำในทางการเมือง และการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการตามนโยบายทางการคลังดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง (le pouvoir administratif) ซึ่งมีผลผลิตของการใช้อำนาจเป็น “การกระทำทางปกครอง” (l'acte administratif) แต่วินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นมีขอบเขตที่แคบกว่านั้น โดยมีวัตถุประสงค์มุ่งจะควบคุมการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐในเรื่องการบริหารการเงินการคลังโดยไม่ได้พิจารณาในระดับนโยบายทางการคลัง เพราะฉะนั้น วินัยทางงบประมาณและการคลังจึงเป็นเรื่องของการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ดำเนินการเกี่ยวข้องกับการเงินการคลังเท่านั้น⁷⁸

2.3.4 ด้านลักษณะการนำไปใช้

ในด้านลักษณะการนำมโนทัศน์ทั้งสองเรื่องไปใช้จะเห็นได้ว่า รูปแบบของการนำมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังนั้นอาจจะทำได้ในหลายลักษณะ ตั้งแต่การกำหนดกรอบวินัยทางการคลังในรูปแบบของกฎเกณฑ์ทางการคลัง การจัดการด้านสถาบัน และกฎหมายวินัยทางการคลัง เนื่องมาจากลักษณะของวินัยทางการคลังที่เป็นแนวคิดทางเศรษฐศาสตร์และทางกฎหมาย การจะนำกรอบวินัยทางการคลังไปใช้ในรูปแบบใด

⁷⁴ สุปรียา แก้วละเอียด, ‘มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐ’ ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ) *ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563) 552.

⁷⁵ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: งบประมาณแผ่นดิน* (เชิงอรรถ 12) 181.

⁷⁶ ภัทรวิรินทร์ บุญชู (เชิงอรรถ 71) 66.

⁷⁷ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (เชิงอรรถ 4) 170.

⁷⁸ สุปรียา แก้วละเอียด, ‘มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐ’ (เชิงอรรถ 74) 552.



จึงขึ้นกับบริบทของประเทศนั้น ๆ ได้เคยมีปัญหาทางเศรษฐกิจในลักษณะใดเกิดขึ้นมาก่อน⁷⁹ ซึ่งหากประเทศใดมีปัญหาทางเศรษฐกิจมากหรือมีความกังวลด้านการละเมิดต่อวินัยทางการคลังมากก็อาจจะกำหนดสถานะของกฎหมายวินัยทางการคลังเอาไว้ในรูปแบบของกฎหมายวินัยทางการคลังเพื่อบังคับให้รัฐบาลผูกพันตามกรอบวินัยทางการคลัง⁸⁰ ลักษณะดังกล่าวแตกต่างจากวินัยทางงบประมาณและการคลัง เนื่องจากวินัยทางงบประมาณและการคลังมีวัตถุประสงค์ที่จะใช้เพื่อการลงโทษในกรณีที่มีการฝ่าฝืนวินัยทางงบประมาณและการคลังที่กำหนดไว้โดยใช้โทษปรับหรือโทษปรับทางปกครอง ลักษณะดังกล่าวจึงทำให้การนำวินัยทางงบประมาณและการคลังไปใช้ต้องมี การบัญญัติกฎหมายรองรับไว้ ดังเช่นที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลวินัยทางการเงินและการคลังของประเทศฝรั่งเศส และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544

2.3.5 ด้านสภาพบังคับ

เมื่อพิจารณาในด้านสภาพบังคับพบว่า มโนทัศน์ทั้งสองมีความแตกต่างกันในเชิงสภาพบังคับของกฎหมาย กล่าวคือ หากพิจารณาลักษณะของวินัยทางการคลังแล้ว การขาดวินัยทางการคลังมีสาเหตุมาจากการที่รัฐใช้เงินงบประมาณกับการใช้งบประมาณแผ่นดินโดยปราศจากความรอบคอบ การใช้ดุลพินิจอย่างเหมาะสมช่วยให้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้วางนโยบายเศรษฐกิจหรือนโยบายทางการคลังสามารถแก้ไขความผันผวนในระบบเศรษฐกิจได้ และลดผลกระทบจากความผันผวนดังกล่าวได้⁸¹ ดังนั้น โดยสภาพแล้วการแก้ไขปัญหาระบบวินัยทางการคลังจึงให้น้ำหนักไปที่การควบคุมการใช้ดุลพินิจของรัฐบาล สภาพบังคับดังกล่าวจึงอาจจะมีลักษณะไม่ตายตัว โดยขึ้นอยู่กับวิธีการกำหนดกรอบวินัยทางการคลัง ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วอาจจะใช้กลไกด้านความรับผิดชอบ เพื่อนำไปสู่สภาพบังคับทางการเมือง⁸² และแม้จะมีการกำหนดกลไกที่ในลักษณะอื่นขึ้นมาดังเช่น กรณีของประเทศบราซิลตั้งได้ยกตัวอย่างขึ้นมาแล้ว แต่จะเห็นได้ว่า สภาพบังคับดังกล่าวนั้นมุ่งไปที่การแก้ไขปัญหาในเชิงกระบวนการเกี่ยวกับการคลังมหภาค เช่น กลไกอัตโนมัติที่ปรับลดรายจ่ายเพื่อให้สภาพการคลังกับเข้าสู่เป้าหมายที่กำหนดไว้ เป็นต้น ส่วนกรณีของการลงโทษทางอาญานั้นเป็นกลุ่มความผิดที่เกี่ยวข้องกับความผิดทางด้านอาชญากรรมทางการคลัง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของความผิดประเภทป้องกันและปราบปรามการทุจริตภาครัฐ ในขณะที่วินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นมุ่งเน้นการควบคุมการบริหารการเงินการคลังของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินการทางการคลังต่าง ๆ ซึ่งเมื่อฝ่าฝืนนั้นจะนำมาสู่การลงโทษปรับหรือการลงโทษปรับทางปกครอง⁸³

3. ปัญหาและข้อเสนอแนะของการนำสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ดังจะเห็นได้ว่า มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมีความแตกต่างกันในรายละเอียดดังได้อภิปรายความแตกต่างมาแล้ว ซึ่งผลของการกำหนดสภาพบังคับในลักษณะดังกล่าวอาจจะไม่เหมาะสมและสอดคล้องกับมโนทัศน์ทั้งสองเรื่อง โดยจากการศึกษา พบว่านับตั้งแต่มีการนำสภาพบังคับของวินัย

⁷⁹ เฟ็งอ้าง 553.

⁸⁰ วิมล ชะตามิณี นามูร บุญยะรัตน์ และณัฐพล ศรีพจนารถ (เชิงอรรถ 31) 4.

⁸¹ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (เชิงอรรถ 4) 174.

⁸² Luc Eyraud and other (เชิงอรรถ 39) 9.

⁸³ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (เชิงอรรถ 4) 170.



ทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมาบัญญัติไว้ร่วมกันในพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ไม่พบว่าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีคำสั่งลงโทษการกระทำความผิดตามวินัยการเงินการคลังของรัฐเลย ซึ่งสภาพดังกล่าวสะท้อนให้เห็นข้อบกพร่องที่เกิดจากการนำโมทัศน์ทั้งสองมารวมกัน ซึ่งในส่วนนี้จะได้นำเสนอสภาพปัญหาและข้อเสนอแนะของการนำสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกัน ดังนี้

3.1 ปัญหาการนำสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกัน

ดังจะเห็นได้ว่า โมทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นมีความแตกต่างกันในแง่ความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการใช้บังคับ ลักษณะการนำไปใช้ และสภาพบังคับ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการยกร่างพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายวินัยทางการคลังของประเทศไทย⁸⁴ ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้ เมื่อมีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้จะต้องถูกลงโทษทางปกครองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561⁸⁵ ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นการนำโมทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกันไว้ภายใต้บทบัญญัติกฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการนำโมทัศน์ทั้งสองเรื่องไปปรับใช้ในทางปฏิบัติ โดยปัญหาการนำสภาพบังคับของวินัยทางการคลัง และวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกันนั้นประกอบไปด้วยปัญหา 2 ลักษณะ คือ ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิด และความไม่ชัดเจนของบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและบุคคลผู้จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย

3.1.1 ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิด

ปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิดนี้เกิดขึ้นมาจากการนำโมทัศน์ทั้งสองเรื่องมารวมกัน โดยหาพิจารณาบทบัญญัติในมาตราต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 แล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดกรอบวินัยทางการคลังเอาไว้ในบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ตลอดบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายบทบัญญัติที่เมื่อมีการฝ่าฝืนแล้วจะถูกลงโทษวินัยการเงินการคลังของรัฐตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561⁸⁶ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 นั้นพบว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ไม่สามารถนำมาใช้ลงโทษวินัยการเงินการคลังของรัฐด้วยเหตุผลต่าง ๆ ดังนี้

ประการแรก บทบัญญัติที่กำหนดกรอบวินัยทางการคลังนั้นเป็นบทบัญญัติที่ประกอบด้วยถ้อยคำที่มีความไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งนำไปสู่การตีความ โดยเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มีขึ้นเพื่อกำหนดกรอบวินัยทางการคลังเพื่อควบคุมการใช้ดุลพินิจในการดำเนินนโยบายทางเศรษฐกิจและนโยบายทางการคลังของรัฐบาล ดังนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้จึงมีลักษณะเป็นการคุณค่า

⁸⁴ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ.

⁸⁵ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 80 วรรคสอง.

⁸⁶ สุปรียา แก้วละเอียด, ‘มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐ’ (เชิงอรรถ 74) 557.



บางประการให้คณะรัฐมนตรีในฐานะรัฐบาลจะต้องพิจารณา อาทิ ในมาตรา 37 ของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 บัญญัติว่า

“มาตรา 37 หน่วยงานของรัฐจะก่อหนี้ผูกพันหรือจ่ายเงินได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจที่มีอยู่ตามกฎหมาย

การก่อหนี้ผูกพันและการใช้จ่ายเงินของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่หรือการดำเนินงานต้องเป็นไปอย่างโปร่งใส คุ่มค่าและประหยัด โดยพิจารณาเป้าหมาย ประโยชน์ที่ได้รับ ผลสัมฤทธิ์ และประสิทธิภาพของหน่วยงานของรัฐ และต้องเป็นไปตามรายการและวงเงินงบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานของรัฐนั้นด้วย”

พึงสังเกตไว้ว่า บทบัญญัติในมาตรา 37 วรรคสอง นั้นมีการอาศัยถ้อยคำที่ต้องอาศัยดุลพินิจวินิจฉัยหรือตีความบริบทของถ้อยคำต่าง ๆ เช่น ความโปร่งใส คุ่มค่า ประหยัด ผลสัมฤทธิ์ และประสิทธิภาพของหน่วยงานของรัฐ เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ถ้อยคำดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นถ้อยคำที่เรียกว่า ถ้อยคำที่มีลักษณะไม่เฉพาะเจาะจง (indefinite legal concept) ซึ่งเป็นลักษณะของกฎหมายมหาชนที่มีการบัญญัติถ้อยคำให้มีความยืดหยุ่นและมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาหรือมีพลวัต (dynamic)⁸⁷ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เพื่อเปิดช่องไว้สำหรับสถานการณ์ในอนาคต รวมถึงเพื่อเป็นกรอบในการใช้ดุลพินิจของรัฐบาล อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ต้องอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อลงโทษทางปกครองตามมาตรา 80 วรรคสอง ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้ทำให้องค์ประกอบของกฎหมายมีลักษณะไม่ชัดเจน โดยเมื่อเปรียบเทียบกับข้อ 28 วรรคหนึ่ง ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า

“ข้อ 28 เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่จัดการเกี่ยวกับเงินงบประมาณ กระทำการจ่ายเงิน หรือก่อหนี้ผูกพันก่อนที่จะได้รับอนุมัติเงินประจำงวด หรือจ่ายเงิน หรือก่อหนี้ผูกพันโดยไม่มีงบประมาณกำหนดไว้ในรายการนั้น ๆ และเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจ ต้องรับโทษปรับทางปกครองชั้นที่ 3”

ดังจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในข้อ 28 มีความชัดเจนขององค์ประกอบความผิดว่า การกระทำที่จะเป็นความผิดนั้นจะต้องเป็นการจ่ายเงิน หรือก่อหนี้ผูกพันก่อนที่จะได้รับอนุมัติเงินประจำงวด หรือจ่ายเงิน หรือก่อหนี้ผูกพันโดยไม่มีงบประมาณกำหนดไว้ในรายการนั้น ๆ และเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจเท่านั้นโดยไม่ต้องอาศัยดุลพินิจวินิจฉัยหรือตีความถ้อยคำเพื่อลงโทษทางปกครอง

ประการที่สอง บทบัญญัติที่กำหนดกรอบวินัยทางการคลังนั้นมีลักษณะเป็นบทบัญญัติส่งต่อ โดยเป็นการส่งต่อบทบัญญัติไปยังกฎหมายเฉพาะที่กำหนดกรอบวินัยทางการคลังเฉพาะเรื่องเอาไว้ ได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561⁸⁸ พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491⁸⁹ พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการ

⁸⁷ เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, ‘การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534) 23-24; ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, ‘นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่’ (Public Law.Net, 6 ตุลาคม 2555) <<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1777>> สืบค้นเมื่อ 8 ตุลาคม 2564.

⁸⁸ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 19.

⁸⁹ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 46.



บริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560⁹⁰ พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2558⁹¹ พระราชบัญญัติการบริหารทุนหมุนเวียน พ.ศ. 2558⁹² ซึ่งบรรดากฎหมายเหล่านี้กำหนดกรอบวินัยทางการคลังเฉพาะเรื่องเอาไว้ ซึ่งพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 กำหนดให้ต้องพิจารณากรอบวินัยทางการคลังที่อยู่ในพระราชบัญญัตินี้เป็นส่วนหนึ่งของกรอบวินัยทางตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้ทำกฎหมายที่จะใช้ในการลงโทษคือเน้นขาดความแน่นอนและชัดเจน ชัดกับหลักการลงโทษที่การกระทำใดจะเป็นความผิดนั้นจะต้องทำให้ผู้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนั้นมีโอกาสได้รู้ล่วงหน้าว่า การกระทำหรือไม่กระทำของตนนั้นมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิดหรือไม่⁹³

3.1.2 ความไม่ชัดเจนของบุคคลที่จะต้องมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและบุคคลผู้จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย

นอกเหนือจากประเด็นความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิดแล้ว อีกประการหนึ่งที่ทำให้พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มีปัญหาในเรื่องสภาพบังคับคือ เรื่องความไม่ชัดเจนของบุคคลที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและบุคคลผู้จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย เมื่อมีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลังตามพระราชบัญญัตินี้

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ตลอดทั้งพระราชบัญญัติแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้ ประกอบไปด้วยกรอบวินัยทางการคลังที่ครอบคลุมทั้งการดำเนินการทางการคลังในระดับนโยบาย ซึ่งกระทำโดยคณะรัฐมนตรีในฐานะรัฐบาลที่มีผลเป็นการกระทำทางรัฐบาล และระดับการดำเนินการทางการคลังตามนโยบาย ซึ่งกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะฝ่ายปกครองที่มีผลเป็นการกระทำทางปกครอง โดยเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 แล้วจะสามารถจัดกลุ่มบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้เป็น 4 กลุ่ม ดังปรากฏตามตารางข้างท้ายนี้

⁹⁰ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 47.

⁹¹ พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 53 และมาตรา 67.

⁹² พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 มาตรา 63.

⁹³ ในทางทฤษฎีสามารถนำหลัก Nullum crimen sine lege, Nulla poena sine lege มาปรับใช้กับการลงโทษปรับทางปกครอง โดยอาจจะลดทอนความเข้มงวดลงมาจากการลงโทษทางอาญาได้ ซึ่งโดยสภาพเนื่องจากโทษทางปกครองนั้นเป็นสภาพบังคับที่ให้ผลร้ายเช่นเดียวกัน ตามกรอบของหลักนิติรัฐการนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้จึงเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชน; ดู วรณารีย์ สิงโต, “หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครองและโทษทางปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมัน” (สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, มีนาคม 2561) <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act303.pdf> สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2565, 6; เปรียบเทียบ Lucyna Staniszewska, ‘Models of liability for the administrative tort sanctioned with financial penalties on the example of selected European countries’ (2016) 13 Studia Prawa Publicznego 67, 76.



ตารางจำแนกผู้อยู่ใต้บังคับของบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

| กลุ่ม | ผู้อยู่ภายใต้บังคับ | ตัวอย่างของบทบัญญัติ |
|-------|---|--|
| 1 | รัฐ | มาตรา 6 รัฐต้องดำเนินนโยบายการคลัง การจัดทำงบประมาณ การจัดหารายได้ การใช้จ่าย การบริหารการเงินการคลัง และการก่อหนี้ อย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใสและตรวจสอบได้ ทั้งนี้ ตามหลักการรักษาเสถียรภาพและการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และหลักความเป็นธรรมในสังคม และต้องรักษาวินัยการเงินการคลังตามที่บัญญัติในพระราชบัญญัตินี้และตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัด |
| 2 | คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการนโยบายการเงินการคลังของรัฐ | มาตรา 9 คณะรัฐมนตรีต้องรักษาวินัยในกิจการที่เกี่ยวกับเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัตินี้อย่างเคร่งครัด ในการพิจารณาเรื่องเกี่ยวกับนโยบายการคลัง การจัดทำงบประมาณ การจัดหารายได้ การใช้จ่าย การบริหารการเงินการคลัง และการก่อหนี้ คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาประโยชน์ที่รัฐหรือประชาชนจะได้รับความคุ้มค่า และภาระการเงินการคลังที่เกิดขึ้นแก่รัฐ รวมถึงความเสี่ยงและความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่การเงินการคลังของรัฐอย่างรอบคอบ คณะรัฐมนตรีต้องไม่บริหารราชการแผ่นดินโดยมุ่งสร้างคามนิยมทางการเมืองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและประชาชนในระยะยาว |
| 3 | รัฐมนตรี หน่วยงานของรัฐ หรือผู้อยู่ภายใต้บังคับอื่น ๆ | มาตรา 16 ให้หน่วยงานของรัฐนำแผนการคลังระยะปานกลางที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแล้ว มาใช้ประกอบการพิจารณาในการจัดเก็บหรือหารายได้ การจัดทำงบประมาณ และการก่อหนี้ของหน่วยงานรัฐด้วย |
| 4 | ไม่ได้เจาะจงผู้อยู่ใต้บังคับ | มาตรา 7 การกู้เงิน การลงทุน การตรากฎหมาย การออกกฎ หรือการดำเนินการใด ๆ ของรัฐที่มีผลผูกพันทรัพย์สินหรือก่อให้เกิดภาระทางการเงินการคลังแก่รัฐ ต้องพิจารณาความคุ้มค่า ต้นทุน และผลประโยชน์ เสถียรภาพและความมั่นคงทางเศรษฐกิจ และสังคม ตลอดจนความยั่งยืนทางการคลังของรัฐด้วย |

ที่มา: ผู้วิจัย

พึงสังเกตไว้ว่า บทบัญญัติในกลุ่มที่ 1 และกลุ่มที่ 4 นั้นมีลักษณะที่ไม่ชี้ชัดได้ว่า บุคคลใดบ้างที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่า เมื่อมีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ของบัญญัติในกลุ่มนี้บุคคลใดจะต้องถูกลงโทษ หากพิจารณาบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่ได้กำหนดนิยามของ “เจ้าหน้าที่” ที่จะถูกลงโทษไว้ซึ่งแตกต่างจากระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 เดิมที่มีการกำหนดนิยามของเจ้าหน้าที่เอาไว้ แต่ในกรณีของกฎหมายปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 นั้นกำหนดเพียงนิยามของ “หน่วยรับตรวจ” หมายถึง หน่วยงานของรัฐ โดยครอบคลุมหน่วยงานของรัฐทั้งหมด⁹⁴ และนิยามของ “ผู้รับตรวจ” หมายถึง หัวหน้าส่วนราชการหรือหัวหน้าหน่วยงานผู้รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการหรือการบริหารของหน่วยรับตรวจ⁹⁵ อย่างไรก็ตาม แม้ต่อมาจะมีการบัญญัตินิยามของ “ผู้ถูกกล่าวหา” เอาไว้ในระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 โดยหมายรวมถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดวินัยการเงินการ

⁹⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 มาตรา 4.

⁹⁵ เพิ่งอ้าง



คลังของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ⁹⁶ แต่ระเบียบฉบับดังกล่าวก็ไม่ทำให้สามารถระบุได้ว่า เมื่อมีการฝ่าฝืนกรอบวินัยทางการเงินการคลังตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 แล้วบุคคลใดจะต้องถูกลงโทษ

ลักษณะดังกล่าวนี้แตกต่างจากระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ตัวอย่างเช่นบทบัญญัติในข้อ 28 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า

“ข้อ 28 เจ้าหน้าที่ผู้ใดมีหน้าที่จัดการเกี่ยวกับเงินงบประมาณ กระทำการจ่ายเงิน หรือก่อนนี้ผูกพันก่อนที่จะได้รับอนุมัติเงินประจำงวด หรือจ่ายเงิน หรือก่อนนี้ผูกพันโดยไม่มีงบประมาณกำหนดไว้ในรายการนั้น ๆ และเป็นการกระทำโดยปราศจากอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจตามกฎหมายหรือระเบียบที่ใช้บังคับกับหน่วยรับตรวจ ต้องรับโทษปรับทางปกครองชั้นที่ 3”

พึงสังเกตไว้ว่า ข้อ 28 ของระเบียบดังกล่าวมีการกำหนดบุคคลผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับหรือข้อห้ามที่กำหนดวินัยทางงบประมาณและการคลังเอาไว้อย่างชัดเจนว่า คือ เจ้าหน้าที่ผู้มีหน้าที่จัดการเกี่ยวกับเงินงบประมาณ

3.2 ข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขสภาพบังคับตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561

ดังจะเห็นได้ว่า มโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการเงินการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมีความแตกต่างกัน ซึ่งผลของการนำมโนทัศน์ว่าด้วยวินัยทางการเงินการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกันนั้นทำให้เกิดปัญหาในเรื่องสภาพบังคับ ซึ่งมีผลของการยกเว้นกฎหมายโดยไม่สอดคล้องกับมโนทัศน์ดังกล่าวทำให้มีผลกระทบต่อทั้งสภาพบังคับของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และกลไกการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ดังได้อภิปรายมาแล้วในหัวข้อก่อน

ในการแก้ไขสภาพปัญหาดังกล่าวนั้นสภาพที่ดีที่สุด ซึ่งอาจจะเป็นอุดมคติก็คือ การแยกมโนทัศน์เกี่ยวกับวินัยทางการเงินการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังออกจากกัน แต่การกระทำในลักษณะดังกล่าวนี้ อาจทำได้ยากในความเป็นจริง เพราะต้องดำเนินการแก้ไขบทบัญญัติในระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ดังนั้น ในการแก้ไขสภาพสภาพบังคับตามพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 จึงอาจไม่จำเป็นต้องยกเลิกความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายทั้งสองฉบับอย่างเด็ดขาดจากกัน แต่ในการแก้ไขนั้นอาจดำเนินการได้ด้วยการดำเนินการ 2 ประการ ดังนี้

3.2.1 ข้อเสนอแนะการแก้ไขในอุดมคติให้สอดคล้องกับมโนทัศน์ทั้งสอง

ข้อเสนอแนะการแก้ไขในอุดมคติให้สอดคล้องกับมโนทัศน์ทั้งสองนั้นจำเป็นต้องมีการแก้ไขตั้งแต่ในระดับหลักการ โดยควรแก้ไขบทบัญญัติของมาตรา 240 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจลงโทษวินัยการเงินการคลังตามกฎหมายวินัยการเงินการคลังของรัฐ ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวทำให้เกิดบทบัญญัติมาตรา 80 วรรคสองของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 ซึ่งเป็นปัญหาดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้น จึงต้องแก้ไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าว

⁹⁶ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2562 ข้อ 4.



นอกจากนี้ เพื่อให้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 สอดคล้องกับหลักการ จึงต้องดำเนินการยกเลิกบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 80 พระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อแยกวินัยทางการเงินการคลังออกจากเรื่องการตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 และดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 โดยกำหนดบทบัญญัติที่เกี่ยวกับฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐเอาไว้เป็นบทหมวดหนึ่งของพระราชบัญญัตินี้ โดยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังดังกล่าวอาจจะกำหนดฐานหรือลักษณะความผิดให้สอดคล้องกับกรอบวินัยทางการเงินการคลังก็ได้ แต่ฐานหรือลักษณะความผิดจะต้องมีความชัดเจนทั้งในลักษณะการกระทำและผู้กระทำความผิด ซึ่งจะทำให้สภาพบังคับของวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ประสงค์จะลงโทษการกระทำที่ฝ่าฝืนกรอบวินัยทางงบประมาณและการคลังสามารถถูกลงโทษได้ตามกฎหมาย สำหรับสภาพบังคับของวินัยทางการเงินการคลังยังคงสามารถจะบังคับใช้ได้ผ่านสภาพบังคับในการสร้างความรับผิดชอบทางการเมือง

3.2.2 ข้อเสนอแนะระยะสั้นเพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับต่อไปได้

ข้อเสนอแนะระยะสั้นนี้เป็นการแก้ไขเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถลงโทษวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ โดยในการแก้ไขนั้นจำเป็นต้องดำเนินการตราระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ... โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2561 ในมาตรา 27 (5) (6) ประกอบกับมาตรา 5 โดยให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินนำกรอบวินัยทางการเงินการคลังมากำหนดวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยในการกำหนดวินัยทางงบประมาณและการคลังนี้จะกำหนดความผิดเฉพาะเรื่องที่เป็นกรกระทำในระดับการดำเนินการทางการเงินการคลังในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการเงินการคลังของรัฐ ในลักษณะเดียวกันกับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 การดำเนินการดังกล่าวจะช่วยทำให้เกิดความชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิด และความชัดเจนของบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและบุคคลผู้จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย

อนึ่ง การตราระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อใช้กำหนดฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังดังกล่าวนั้นอาจจะไม่สอดคล้องกับหลักการของกฎหมายในเรื่องการลงโทษ เนื่องจากกฎหมายที่จะมีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้นควรจะต้องอาศัยอำนาจในระดับพระราชบัญญัติ⁹⁷

อย่างไรก็ดี แม้ว่าบทสนทั้งสองจะมีความแตกต่างกัน แต่วินัยทางการเงินการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้นก็ยังมีลักษณะที่เกี่ยวพันกันอยู่ กล่าวคือ วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นกลไกหนึ่งที่ทำให้เกิดวินัยทางการเงินการคลังที่ดีได้จากการปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำกับการบริหารการเงินการคลังอันเกิดจากการกำหนดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังที่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องปรามเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารการเงินการคลังไม่ให้ฝ่าฝืนกฎหมาย ระเบียบ และข้อบังคับยอมเป็นการส่งเสริมให้รัฐสามารถรักษาวินัย

⁹⁷ สุปรียา แก้วละเอียด, ‘มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐ’ (เชิงอรรถ 74) 559.



ทางการคลังที่ดีได้⁹⁸ ดังนั้น หากมีการนำกรอบวินัยทางการคลังมาบัญญัติไว้เป็นฐานหรือลักษณะความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังย่อมจะช่วยให้เกิดการเสริมสร้างวินัยทางการคลังที่ดีได้

4. สรุป

วินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นมโนทัศน์ที่มีความแตกต่างกันในแง่ความหมาย วัตถุประสงค์ ขอบเขตการใช้บังคับ ลักษณะการนำไปใช้ และสภาพบังคับ ผลของการนำวินัยทางการคลังและวินัยทางงบประมาณและการคลังมารวมกันนั้นทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้วินัยทางงบประมาณและการคลัง เนื่องมาจากกรรณการร่างกฎหมายไม่สอดคล้องกับมโนทัศน์ใน 2 ประการ ได้แก่ ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติของกฎหมายที่ใช้กำหนดฐานหรือลักษณะความผิด และความไม่ชัดเจนของบุคคลที่จะต้องทำหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและบุคคลผู้จะต้องถูกลงโทษตามกฎหมาย ซึ่งในการดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าวนั้นสามารถกระทำโดยการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. 2561 เพื่อเปิดทางให้มีการตราระเบียบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินตามข้อเสนอข้างต้น

⁹⁸ สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายการคลัง: ภาควงงบประมาณแผ่นดิน* (เชิงอรรถ 12) 183.



บรรณานุกรม

- ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์, ‘นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่’ (Public Law.Net, 6 ตุลาคม 2555) <<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1777>> สืบค้นเมื่อ 8 ตุลาคม 2564.
- ทรงธรรม ปันโต, บุญยวรรณ หนัมนวิชาชัย และฐิติมาชูเชิด, ‘การประเมินความ เปรียบบางทางการคลังของไทย: ความเสี่ยง และนัยต่อการดำเนินนโยบายในอนาคต’ (สัมมนา วิชาการประจำปี 2550 ธนาคารแห่งประเทศไทย, โรงแรมแชงกรี – ลา กรุงเทพฯ).
- ภัทรวรินทร์ บุญชู, ‘ปัญหาการควบคุมตรวจสอบวินัยการเงินการคลังของรัฐภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560’ (ดุชนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- ภาวิน ศิริประภาณุกุล, ‘บทวิเคราะห์กฎหมายส่งเสริมวินัยการเงินการคลัง (ข้อเสนอว่าด้วยร่างพระราชบัญญัติวินัยทางการคลังและการเงิน พ.ศ. ...’ (TDRI, 11 กรกฎาคม 2556) <https://tdri.or.th/2013/08/tlw_fiscaldiscipline-2/> สืบค้นเมื่อ 19 มิถุนายน 2565.
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์, ‘Keynesian Consensus’ ใน สิทธิกร นิพภยะ และอิสร์กุล อุณหเกตุ (บรรณาธิการ) 72 ปี รังสรรค์ ณะพรพันธุ์ (สันติศิริการพิมพ์ 2562).
- รังสรรค์ ณะพรพันธุ์, ‘วินัยทางการคลังในยุครัฐบาลนายชวน หลีกภัย พ.ศ. 2540 - 2543’ ผู้จัดการรายวัน (1 มีนาคม 2544).
- วิมล ชะตามีนา, ‘ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ...’ (การสัมมนาโครงการ เตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ., ห้อง คอนเวนชัน ชั้น 4 อาคารคอนเวนชัน เซ็นเตอร์ โรงแรมรามามาการ์เด็นส์ กรุงเทพมหานคร, 2558).
- วิรัตน์ สุนทรวิภาค, ‘วินัยงบประมาณและการคลังตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2550).
- วิชญ์ วรญาณ, ‘ความสำคัญของวินัยการเงินการคลังต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตย’ (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล หลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 7 วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ).
- วีรพงษ์ รามางกูร, *ยื่นได้ลม* (มติชน 2549).
- ศิวิสัน เหลืองสมบูรณ์, ‘กรอบวินัยทางการคลังและร่างพระราชบัญญัติการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ...’ ใน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (บรรณาธิการ) 50 ปี 50 บทความนำไทยก้าวไกล, (สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง 2554).
- สมชัย สัจจงพงษ์ และคณะ, ‘โครงการวิจัย เรื่อง การศึกษาวินัยทางการคลังของประเทศไทย (อดีตสู่ปัจจุบัน) และแนวทางในการเสริมสร้างวินัยทางการคลังตามหลักสากล’ (สำนักนโยบายการคลัง สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง 2551).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ‘หลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครองและโทษทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมัน’ (มีนาคม 2561) <<https://www.krisdika.go.th/data/activity/act303.pdf>> สืบค้นเมื่อ 22 เมษายน 2565.
- สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, ‘กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางการคลัง’ (30 พฤศจิกายน 2560) <www2.fpo.go.th/FPO/admin/scripts/getpdf.php?id=1389> สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2563.



- สุปรียา แก้วละเอียด, ‘กฎหมายงบประมาณของต่างประเทศ: ข้อคิดและประสบการณ์ของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศฝรั่งเศส’ (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- สุปรียา แก้วละเอียด, ‘มาตรการลงโทษทางปกครองกรณีกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของรัฐ’ ใน สมคิด เลิศไพฑูรย์ (บรรณาธิการ) ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุณ (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2563).
- สุปรียา แก้วละเอียด, กฎหมายการคลัง: ภาวะงบประมาณแผ่นดิน (วิญญูชน 2563).
- สุปรียา แก้วละเอียด, *กฎหมายงบประมาณของประเทศไทย* (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2560).
- อนัญ ยศสุนทร, ‘บทบาทในปัจจุบันของศาลตรวจเงินแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส’ (2550) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 340.
- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, ‘วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย’ (รายงานผลการวิจัยเสนอต่อคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545).
- อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, กฎหมายการคลัง (พิมพ์ครั้งที่ 3, โครงการตำรากฎหมายและเอกสารประกอบสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).
- เอกบุณ วงศ์สวัสดิ์กุล, ‘การควบคุมอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยศาลไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2534).
- Alberto Alesina Silvia Ardagna and others, ‘Fiscal Policy, Profits, and Investment’ (Econpapers) <https://www.nber.org/system/files/working_papers/w7207/w7207.pdf> accessed 2 July 2022.
- Carl Emmerson, Chris Frayne and Sarah Love, ‘Updating the UK’s Code for Fiscal Stability’ (Institute for Fiscal Studies, 2004) <https://www.ifs.org.uk/wps/wp_0429.pdf> accessed 10 June 2022.
- George Koptis and Steven Symansky, Fiscal Policy Rules, (International Monetary Fund 1998).
- Luc Eyraud and other, ‘Second- Generation Fiscal Rules: Balancing Simplicity, Flexibility, and Enforceability’ (IMF, 13 April 2018) <<https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/>>
- Lucyna Staniszevska, ‘Models of liability for the administrative tort sanctioned with financial penalties on the example of selected European countries’ (2016) 13 Studia Prawa Publicznego 67.
- Yilin Hou, ‘Fiscal Discipline as a Capacity Measure of Financial Management by Sub-national Governments’ (Public Administration: Challenge of Inequality and Exclusion, Miami, 14 – 18 September 2003) 6 – 7 <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.625.1508&rep=rep1&type=pdf>> accessed 19 June 2022.



ปัญหาทางกฎหมายของการลัทธิผู้มีอาชีพกสิกรรมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12)

จिरกิตต์ ภัสสรภาคภูมิ

นิสิตหลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ

คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ อาคาร 11 เลขที่ 114 ซอยสุขุมวิท 23 แขวงคลองเตยเหนือ เขตวัฒนา
กรุงเทพมหานคร 10110

อีเมล: jirakit.pp123@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความฉบับนี้มุ่งศึกษาปัญหาทางกฎหมายของการลัทธิผู้มีอาชีพกสิกรรมตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335(12) โดยดำเนินการศึกษาผ่านหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ รวมถึงคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคดีลัทธิของผู้มีอาชีพกสิกรรมเพื่อนำไปสู่แนวทางการแก้ไขเพื่อให้มีความเหมาะสมกับบริบทของสังคมไทย

จากการศึกษาพบว่ามาตรา 335(12) มีการบัญญัติบทลงโทษเพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการอาชีพกสิกรรมเพียงเท่านั้น ซึ่งแต่เดิมเมื่อมีการบังคับใช้อนุมาตรานี้ เมื่อปีพุทธศักราช 2485 ยังมีความเหมาะสมกับบริบททางสังคม ขณะนั้น เนื่องจากประชาชนยังประกอบอาชีพกสิกรรมซึ่งเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำไร่ทำนาเป็นสำคัญ แต่ปัจจุบันมีวิวัฒนาการและพัฒนาการในการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่หลากหลายกว่าการกสิกรรมไม่ว่าจะเป็นปศุสัตว์ การประมง การป่าไม้ ซึ่งจัดอยู่ในประเภทของเกษตรกรรมทั้งสิ้น กฎหมายอนุมาตรานี้จึงต้องบัญญัติให้ครอบคลุมในทุก ๆ อาชีพที่เกี่ยวข้องกับเกษตรกรรมด้วย ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335(12) ที่บัญญัติเกี่ยวกับโทษสำหรับผู้ลัทธิของผู้มีอาชีพกสิกรรม โดยแก้ไขเป็น “ผู้ใดลัทธิที่เป็นของผู้มีอาชีพเกษตรกรรม บรรดาที่เป็นผลิตภัณฑ์ พืชพันธุ์ สัตว์ หรือเครื่องมืออื่นอันมีไว้สำหรับประกอบเกษตรกรรมหรือได้มาจากการเกษตรกรรมนั้นต้องระวางโทษ...” เพื่อให้ขอบเขตอำนาจของศาลในการพิจารณารรคดีได้ครอบคลุมถึงการประกอบอาชีพกสิกรรม การปศุสัตว์ การประมง และการป่าไม้ การที่แก้ไขอนุมาตรานี้จะทำให้กฎหมายมีทันสมัยและมีความสอดคล้องกับบริบททางสังคมที่มีการประกอบอาชีพเกษตรกรรมที่หลากหลายมากขึ้น และยังเป็น การคุ้มครองเกษตรกรไทยให้ได้รับความเป็นธรรมในฐานะผู้เสียที่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดได้อย่างเหมาะสมตามความรุนแรงและความเสียหายที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้ก่อ

คำสำคัญ : การลัทธิผู้มีอาชีพกสิกรรม, เกษตรกรรม, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335(12)



Legal Problems of Theft of Agricultural Occupations Under the Penal Code Article 335 (12)

Jirakit Patsornpakpoom

Student, Bachelor of Laws Program, Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University
Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University, Building 11, 114 Sukhumvit 23, Bangkok 10110,
Thailand

E-mail: jirakit.pp123@gmail.com

Abstract

This article aims to study the legal problems of theft of agricultural occupations under the Penal Code Article 335 (12) by conducting a study through legal criteria of Thailand and foreign countries. Also judgments related to theft cases of agricultural professionals to lead to guidelines for the appropriate context of Thai society.

According to the study, it was found that Section 335(12) contains penalties to protect agricultural occupations only. which was originally when this subsection was enforced. In the year 1942, it was still appropriate for the social context at that time because people were still engaged in agriculture, which was an activity that was mainly related to farming. However, there are evolutions and developments in land use that are more diverse than agriculture, such as livestock, fisheries, and forestry, which are all classified as agriculture now. This subsection law must also be stipulated to cover all occupations related to agriculture. Therefore, the author suggested that Section 335(12) of the Penal Code, which stipulates the punishment for theft of agricultural occupations, should be amended to "*whoever steals belonging to an agricultural occupation, products, vegetation, animals, or other tools intended for the use of agriculture or obtained from agriculture shall be punished...*". So that the jurisdiction of the courts in judicial proceedings covers agriculture, livestock, fisheries, and forestry. The amendment of this subsection will modernize the law and be consistent with the social context in which agricultural occupations are practiced, more variety, and it also protects Thai farmers to be fair as the victims who can prosecute and punish the offenders according to the severity and damage that the perpetrators have caused.

Keywords: Theft of a farmer, Agriculture, Article 335(12) of the Penal Code.



1. บทนำ

การลักทรัพย์เป็นการกระทำความผิดประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นมาตั้งแต่สมัยบรรพกาลจนถึงปัจจุบัน แต่เดิมเมื่อยังไม่มีกฎหมายบังคับใช้ก็ให้ถือว่าผู้กระทำความผิดทางศีลธรรมเพียงเท่านั้น จนกระทั่งประมวลกฎหมายอาญาที่บังคับใช้ในปัจจุบันมีการบัญญัติถึงความผิดที่ผู้ลักทรัพย์ต้องรับผิดทางอาญาไว้ตามมาตรา 334 ซึ่งมีลักษณะการกระทำที่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับก่อน ๆ¹ แต่ก็มีกรกระทำความผิดลักทรัพย์บางประการที่เป็นมูลเหตุให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นเนื่องจากการกระทำที่มีใช้การกระทำอย่างธรรมดาสามัญ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการกระทำที่ผู้กระทำรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิดในขณะที่ตนลักทรัพย์ตามมาตรา 335 หรือที่เรียกว่าการลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์

สิ่งที่ผู้เขียนตั้งข้อสังเกต คือ มาตรา 335 (12) ได้กำหนดความรับผิดของการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรม ซึ่งเป็นเหตุที่เกี่ยวข้องกับฐานะของผู้เสียหาย แต่ปัจจุบันตัวบทมาตรานี้น่าจะมีขอบเขตไม่เหมาะสมกับบริบททางสังคมในปัจจุบันที่มีการใช้ที่ดินสำหรับเกษตรกรรมหลากหลายกว่ากสิกรรม บทความเล่นนี้จึงอธิบายถึงองค์ประกอบของการลักทรัพย์ เหตุฉกรรจ์จากการลักทรัพย์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น กฎหมายเกี่ยวกับการลักทรัพย์ในระบบกฎหมาย Common Law และ Civil Law และข้อเสนอแนะในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ให้มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมไทย เพื่อสร้างความชอบธรรมให้กับผู้ที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรมให้ได้รับความคุ้มครองเมื่อตนถูกลักทรัพย์ และเพื่อให้ผู้กระทำได้รับโทษตามเหตุฉกรรจ์อย่างเหมาะสม ดังนั้น บทความฉบับนี้จึงมุ่งศึกษาหลักเกณฑ์การลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรม และเปรียบเทียบคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับคดีลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรม เพื่อเสนอแนวทางการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ให้มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมในประเทศไทย

1.1 หลักเกณฑ์การลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรม

1.1.1 ความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334

ความผิดฐานลักทรัพย์เป็นความผิดทางอาญาเกี่ยวกับทรัพย์ที่มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนมาตั้งแต่สมัยสุโขทัย ที่ปรากฏอยู่ในพระไอยการลักษณะโจรซึ่งเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งในกฎหมายตราสามดวง ต่อมาได้มีการพัฒนากฎหมายฉบับใหม่เพื่อให้ความทันสมัยโดยยกเลิกกฎหมายตราสามดวงแล้วเปลี่ยนมาใช้กฎหมายลักษณะอาญาขึ้นใหม่ให้มีลักษณะเป็นการบังคับใช้ทั่วไป โดยเป็นการที่ผู้กระทำเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ด้วยการกระทำในลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิและแย่งการครอบครองในทรัพย์นั้น หากผู้กระทำกระทำครบองค์ประกอบที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็จะทำให้ผู้กระทำต้องระวางโทษตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่น หรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์...” สามารถแยกองค์ประกอบและอธิบายองค์ประกอบความผิดได้ ดังต่อไปนี้

องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) เอาไป

¹ หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญาภาค 1* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547) 14.



(3) ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดา

(2) เจตนาพิเศษ - โดยทุจริต

1) การกระทำ คือ “เอาไป” เป็นการกระทำในลักษณะที่เป็นการตัดกรรมสิทธิและในขณะเดียวกันก็เป็นการแย่งการครอบครอง กล่าวคือ ณ เวลาที่มีการเอาทรัพย์สินไปผู้กระทำความผิดย่อมประทุษร้ายต่อความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินของบุคคลอื่นและแย่งชิงเอาการครอบครอง (Taking Possession) จากบุคคลผู้มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือโดยไม่ได้ได้รับความยินยอม² หากทรัพย์สินนั้นไม่ได้อยู่ในความครอบครอง หรือถ้าเจ้าของหรือผู้ครอบครองทรัพย์สินนั้นมีความยินยอมให้เอาทรัพย์สินไปก็ไม่เข้าลักษณะของการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย³

2) วัตถุประสงค์แห่งการกระทำ คือ “ทรัพย์สิน” หมายความว่าเฉพาะวัตถุที่มีรูปร่างตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 137 คือทรัพย์สินที่มีราคาและถือเอาได้ จึงหมายความว่ารวมถึงสังหาริมทรัพย์ที่จับต้องได้ (Tangible) และสามารถเคลื่อนที่ได้ (Movable)⁴

3) ทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ทรัพย์สินของผู้อื่น ได้แก่ ทรัพย์สินที่มีเจ้าของกรรมสิทธิในขณะที่ยังไม่ไป ไม่ว่าจะเกิดขึ้นโดยนิติกรรมหรือโดยผลของกฎหมาย ซึ่งเป็นจุดประสงค์ของการคุ้มครองในความผิดฐานนี้ อย่างหนึ่ง ถ้าเอาทรัพย์สินของตนเองไปก็ถือว่าขาดองค์ประกอบของความผิดผู้กระทำไม่ต้องรับผิดสำหรับทรัพย์สินที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยนั้น เป็นกรณีที่ผู้กระทำไม่มีกรรมสิทธิในทรัพย์สิน โดยทรัพย์สินนั้นเป็นทรัพย์สินที่มีบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิในทรัพย์สินนั้นอยู่⁵

4) เจตนา เมื่อมีกระทำในทรัพย์สินของผู้อื่นที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการกระทำแล้ว ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ผู้กระทำมีเจตนาในการลักทรัพย์หรือไม่ ซึ่งเจตนาตามมาตรา 334 ได้แก่ เจตนาธรรมดาในการกระทำ คือเจตนาเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป และเจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจพิเศษ คือ กระทำโดยทุจริตตามมาตรา 1(1) สามารถอธิบายได้ดังนี้

(1) เจตนาเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป ผู้กระทำต้องรู้ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความรับผิดด้วยว่า การกระทำของตนเป็นการเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ขณะเดียวกันผู้กระทำยังจะต้องประสงค์ต่อผลหรือยอมเล็งเห็นผลของการเอาทรัพย์สินนั้นไปด้วย จึงเรียกได้ว่าผู้กระทำมีเจตนา⁶

(2) เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุชักจูงใจพิเศษ คือ “โดยทุจริต” เป็นองค์ประกอบที่ทำให้ความผิดฐานลักทรัพย์มีความแตกต่างจากความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินฐานอื่น ๆ ซึ่งประมวลกฎหมายอาญามาตรา 1(1) ได้นิยามคำว่า “โดยทุจริต” หรือ “Dishonestly” ไว้ว่า “เพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

² วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, *กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 2 (แสงจันทร์การพิมพ์ 2559)* 313.

³ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 334 – 336/4 (วิญญูชน 2555)* 26.

⁴ สหรัถ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษา กฎหมายอาญา (อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2563)* 540.

⁵ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและโทษ (วิญญูชน 2564)* 344.

⁶ คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด (วิญญูชน 2543)* 311.



สำหรับตนเองหรือผู้อื่น” ซึ่งประโยชน์ตามมาตรานี้หมายถึง ประโยชน์อันเนื่องมาจากตัวทรัพย์สินโดยตรงหรือประโยชน์ที่ได้จากมูลค่าของทรัพย์สิน⁷

1.1.2 ความผิดฐานลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 (12)

เหตุฉกรรจ์ (Aggravated Theft) เป็นเหตุที่ทำให้ผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์จักต้องรับโทษหนักขึ้น หรือเพิ่มขึ้น เนื่องจากเป็นข้อเท็จจริงที่ผู้กระทำจะต้องรู้ว่าการกระทำที่ตนได้กระทำนั้นเป็นความผิด⁸ ขณะเดียวกันการกระทำที่ผู้กระทำได้ก่อก็มีใช้การกระทำอย่างสามัญธรรมดา แต่เป็นความผิดที่มีความร้ายแรงมากขึ้น โดยอาศัยปัจจัยต่าง ๆ เช่น ผู้กระทำ การกระทำ ผู้ถูกกระทำ หรือทรัพย์สินที่ลักทรัพย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้กระทำมีความจงใจแย่งชิงโดยมิแลเหลียวต่อประชาชนส่วนรวม⁹ กฎหมายจึงต้องบัญญัติให้มาตรา 335 เป็นเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจากมาตรา 334¹⁰ เพื่อเป็นการแก้แค้นทดแทน และยับยั้งการก่ออาชญากรรม (Preventive)¹¹ ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบและอธิบายองค์ประกอบความผิดของมาตรา 335(12) ได้ดังนี้

มาตรา 335 (12) บัญญัติว่า “ผู้ใดลักทรัพย์ที่เป็นของผู้มีอาชีพกสิกรรม บรรดาที่เป็นผลิตภัณฑ์ พืชพันธุ์ สัตว์ หรือเครื่องมืออันมีไว้สำหรับประกอบกสิกรรมหรือได้มาจากการกสิกรรมนั้น ต้องระวางโทษ...”

องค์ประกอบความผิด

องค์ประกอบภายนอก

- (1) ผู้ใด
- (2) ลักทรัพย์
 - (ก) ที่เป็นของผู้มีอาชีพกสิกรรม
 - (ข) บรรดาที่เป็น
 - (ข.1) ผลิตภัณฑ์
 - (ข.2) พืชพันธุ์
 - (ข.3) สัตว์ หรือ
 - (ข.4) เครื่องมือ
 - (ค) อัน
 - (ค.1) มีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม หรือ
 - (ค.2) ได้มาจากการกสิกรรมนั้น

องค์ประกอบภายใน

- (1) เจตนาธรรมดา
- (2) เจตนาพิเศษ

⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (เชิงอรรถ 3) 81.

⁸ ชูธรรม นักระนาด และ อัจฉริยา ชูตินันท์, ‘ศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน’ (2562) 8 วารสารบัณฑิตศึกษา มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 592.

⁹ ทวีพร คงแก้ว, ‘เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2553).

¹⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (เชิงอรรถ 3) 26.

¹¹ เสริม วินิจฉัยกุล, *กฎหมายอาญาภาคปลาย* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2484)



(ก) โดยทุจريت ซึ่งมีความหมายเช่นเดียวกับมาตรา 334 ที่ผู้เขียนได้อธิบายไปแล้วข้างต้น

กลีกรรม ราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายว่า “กลีกรรม มาจากคำบาลีว่า กลีกรม หมายถึง การเพาะปลูก การไถ” ซึ่งมีความหมายตรงกับภาษาอังกฤษว่า “Farming” กลีกรรมจึงหมายถึง กิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำไร่ทำนา

เป็นทรัพย์สินของผู้มีอาชีพกสิกรรม หมายถึง การลักทรัพย์ผู้ที่มีรายได้จากการทำไร่ทำนาเป็นอาชีพ โดยผู้มีอาชีพกสิกรรมมีสิทธิ์หรือมีการครอบครองทรัพย์สินนั้นอยู่ ซึ่งการประกอบอาชีพต้องอยู่ในขอบเขตของการประกอบอาชีพกสิกรรม หากลักทรัพย์ของผู้ที่ประกอบอาชีพประมง เช่น ผู้ที่ทำนากุ้ง หรือผู้ที่เลี้ยงไก่ ก็จะไม่อยู่ในขอบเขตตามอนุमतรานี้ ทำให้ผู้ลักทรัพย์ไม่ต้องรับผิด ผู้เขียนจึงขออธิบายข้อสังเกตที่สำคัญในส่วนนี้ไว้ในข้อ 4 ซึ่งอยู่ในส่วนของกรวิเคราะห์ต่อไป

จำกัดเฉพาะทรัพย์สินที่เป็นผลิตภัณฑ์ พืชพันธุ์ สัตว์ หรือเครื่องมือ ซึ่งกฎหมายกำหนดทรัพย์สิน 4 ประเภทนี้เพียงเท่านั้นที่ทำให้ผู้ลักทรัพย์ต้องรับโทษหนักขึ้น หากมีทรัพย์สินนอกเหนือจากที่กล่าวมาข้างต้นย่อมไม่เข้าองค์ประกอบของความผิดตามमतรานี้ อาทิเช่น หากมีการลักทรัพย์ไฟฉายที่ผู้มีอาชีพกสิกรรมใช้ส่องในเวลาประกอบอาชีพ น้ำ ปุ๋ย หรือน้ำยาฆ่าแมลงสำหรับประกอบอาชีพกสิกรรม ผู้กระทำย่อมมีความผิดฐานลักทรัพย์ตามมาตรา 334 เพียงเท่านั้น ไม่มีความผิดตามมาตรา 335(12) แต่อย่างใด¹²

อันมีไว้สำหรับประกอบกสิกรรมหรือได้มากจากการกสิกรรมนั้น ตามที่กล่าวมาในวรรคก่อนหน้านี้นี้จะต้องเป็นการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมและต้องเป็นทรัพย์สิน 4 ประเภทข้างต้นแล้วยังต้อง “มีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม” กล่าวคือ เป็นทรัพย์สินที่มีไว้ใช้สำหรับการประกอบอาชีพกสิกรรมโดยตรง “ได้มาจากการกสิกรรม” หมายถึง ทรัพย์สินที่ได้ผลมาจากการที่ประกอบกสิกรรม ตัวอย่างเช่น นายแมลงประกอบอาชีพทำไร่ทำนา ถือได้ว่านายแมลงมีอาชีพกสิกรรม ฉะนั้นข้าวเปลือกของนายแมลงก็เป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการกสิกรรม ต้นข้าวก็เป็นพืชพันธุ์ที่ได้มาจากการกสิกรรม ควายที่ใช้ไถนาที่เป็นสัตว์ที่มีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม หรือถ้านายแมลงใช้รถไถนาแทนควาย รถไถนาของนายแมลงก็เป็นเครื่องมืออันมีไว้สำหรับประกอบกสิกรรม

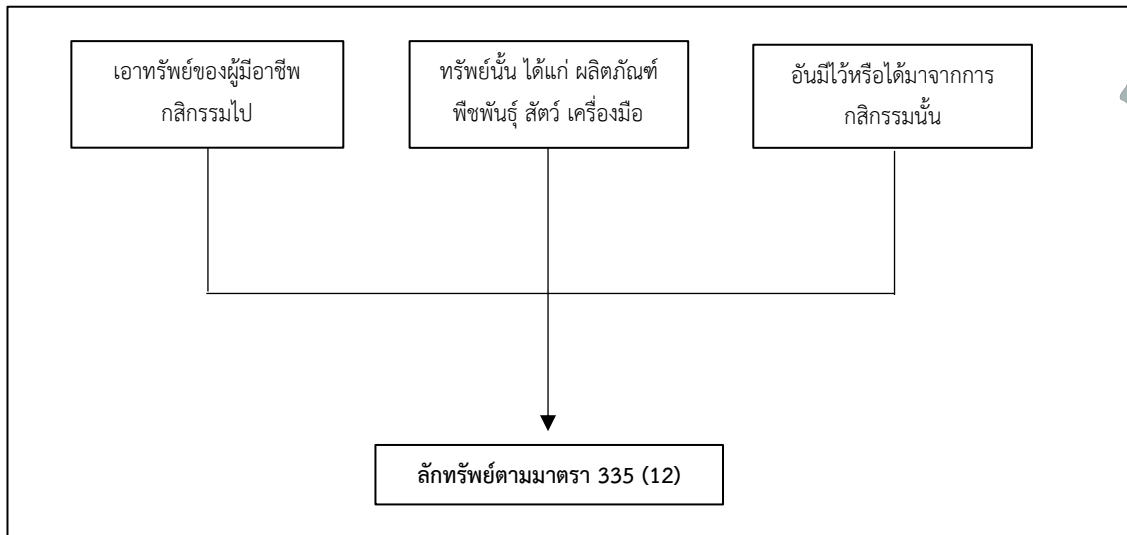
ด้วยเหตุนี้แม้ทรัพย์สินที่ถูกลักไปจะเคยมีอยู่หรือเกิดขึ้นในบริเวณที่ประกอบกสิกรรมก็ตาม แต่ถ้าทรัพย์สินนั้นไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการกสิกรรม ผู้กระทำก็รับผิดตามมาตรา 334 เท่านั้น¹³

หากผู้เสียหายในฐานะโจทก์จะร้องขอต่อศาลให้ลงโทษกับผู้กระทำความผิดตามอนุमतรานี้ โจทก์จะต้องบรรยายฟ้องให้ครบองค์ประกอบที่กล่าวมาข้างต้น หากโจทก์บรรยายขาดข้อใดข้อหนึ่งไป ศาลก็จะไม่ลงโทษตามมาตรา 335(12) แต่ผู้กระทำความผิดก็ยังคงต้องรับโทษตามมาตรา 334¹⁴

¹² สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (เชิงอรรถ 3) 131.

¹³ เฟิงอ้าง 352.

¹⁴ เฟิงอ้าง 132.



แผนภาพที่ 1 องค์ประกอบของการลักทรัพย์ตามมาตรา 335(12)

ที่มา: ผู้เขียน

2. เปรียบเทียบคำพิพากษาของการลักทรัพย์ผู้มีอาชีพกสิกรรม

เมื่อได้อธิบายองค์ประกอบของการลักทรัพย์ตามมาตรา 334 และเหตุฉกรรจ์ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้นเมื่อลักทรัพย์ผู้มีอาชีพกสิกรรมตามมาตรา 335(12) มาข้างต้นแล้ว ในส่วนนี้ผู้เขียนขอเปรียบเทียบถึงคำพิพากษาที่ทำให้เกิดข้อสังเกตว่า หากมีการลักทรัพย์ของชาวประมง ผู้ที่ทำนา กุ้ง ผู้เลี้ยงกุ้ง หรือผู้ที่เลี้ยงไก่ จะอยู่ในขอบเขตการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมมาตรา 335(12) หรือไม่ เพื่อนำไปสู่การวิเคราะห์ว่ามาตรา 335(12) มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมในประเทศไทยหรือไม่

2.1 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13491/2553 การทำนา กุ้ง ไม่ใช้การประกอบอาชีพกสิกรรมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) เมื่อนากุ้งไม่ได้อยู่ในความหมายของกสิกรรม ท่อพีวีซีที่ใช้สำหรับทำนา กุ้ง จึงไม่เป็นเครื่องมือซึ่งเป็นทรัพย์สินของผู้มีอาชีพกสิกรรมตามอนุมาตรานี้

ซึ่งก่อนที่จะมีคำพิพากษามาถึงศาลฎีกานั้น ศาลชั้นต้นพิพากษาให้จำเลยมีความผิดตามมาตรา 335(12) และศาลอุทธรณ์ก็พิพากษายืน แต่ศาลฎีกามีความเห็น “ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิต พ.ศ. 2542 คำว่า “กสิกรรม” หมายความว่า การทำไร่ ไถนา การทำนา กุ้ง ไม่ใช้การประกอบอาชีพกสิกรรมตามความหมายดังกล่าว ศาลชั้นต้นพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดดังกล่าว และศาลอุทธรณ์ภาค 8 พิพากษายืน จึงไม่ถูกต้อง ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย แม้ไม่มีคู่ความฝ่ายใดฎีกา ศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยปรับบทและแก้ไขโทษให้ถูกต้องได้”

ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่า เนื่องจากประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) มีการบัญญัติถึงการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมเพียงเท่านั้น การจะทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษจึงต้องเกี่ยวกับการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรม ซึ่งหากมีการแก้ไขตัวบทกฎหมายจากคำว่า “ที่เป็นของผู้มีอาชีพกสิกรรม” เปลี่ยนเป็น “ที่เป็นของผู้มีอาชีพเกษตรกรรม” เพื่อรองรับให้ครอบคลุมถึงการเพาะปลูก การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้ หรือการทำประมงที่นอกเหนือจากการทำไร่ทำนาไว้ก็จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรมซึ่งเป็นอาชีพหลักในการ



ขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศไทย เพราะผู้ที่ประกอบอาชีพเกษตรกรรมย่อมได้รับความเดือดร้อนอย่างยิ่งจากการที่ถูกลัทธิภัยอันเป็นทรัพย์สินที่สร้างรายได้ให้กับตน ขณะเดียวกันก็จะทำให้ผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ต้องรับโทษตามอนุมาตรานี้อีกด้วย กฎหมายจึงต้องกำหนดโทษจากการกระทำเช่นนี้ให้เป็นเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335(12)

2.2 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 355/2557 ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า “กสิกรรม” หมายความว่า การทำไร่ไถนา การเพาะปลูก โจทก์ร่วมมีอาชีพเลี้ยงกุ้งกุลาดำจึงมิใช่การประกอบอาชีพกสิกรรม การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335(12)

เมื่อพิเคราะห์คำพิพากษาข้างต้นกับคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13491/2553 ก็มีแนวคำวินิจฉัยไปในทำนองเดียวกันว่า การประกอบอาชีพทำนาทุ่งหรือการเลี้ยงกุ้ง มิได้อยู่ในความหมายของกสิกรรมแต่อย่างใด ซึ่งหากมีข้อพิพาทเช่นนี้อีกในอนาคตจะทำให้ขอบเขตในการตีความอาชีพเกษตรกรรมไม่จัดอยู่ในการประกอบกสิกรรมตามมาตรา 335(12) ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากมีการกระทำความผิดเช่นนี้อีก ก็จะทำให้ผู้ถูกลักทรัพย์ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากปัจจุบันกสิกรรมเป็นส่วนหนึ่งของเกษตรกรรม เพราะปัจจุบันประชากรในประเทศไทยใช้ประโยชน์จากที่ดินหลากหลายกว่าการประกอบกสิกรรม จึงเห็นสมควรที่จะแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้เหมาะสมกับบริบททางสังคมมากขึ้นตามความเห็นของคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13491/2553 ที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้น

2.3 คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11662/2554 คำว่า การกสิกรรม หมายความว่า การเพาะปลูก ไก่จึงไม่ใช่เป็นสัตว์ที่ได้มาจากการกสิกรรมตามที่โจทก์บรรยายมาในฟ้อง

คำพิพากษาศาลฎีกานี้ก็วินิจฉัยละม้ายคล้ายคลึงกับสองคำพิพากษาข้างต้นที่กำหนดให้กสิกรรมเป็นการเพาะปลูกเพียงเท่านั้น ซึ่งหากมีการลักทรัพย์ของผู้ที่เลี้ยงสัตว์ ทำป่าไม้ หรือทำประมง ก็จะไม่อยู่ในบังคับอนุมาตรานี้ เห็นได้ว่าทรัพย์สินที่ผู้กระทำความผิดฐานลักทรัพย์ลักไปนั้นก็มีความสำคัญไม่น้อยไปกว่าทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกสิกรรม แต่ทว่า ศาลไม่สามารถพิพากษาให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกลงโทษตามมาตรา 335(12) ได้ เพียงเพราะบทกฎหมายไม่มีการบัญญัติคำว่า “เกษตรกรรม” ไว้แต่อย่างใด จึงเห็นสมควรที่จะต้องแก้ไขอนุมาตรานี้ให้เหมาะสมกับบริบททางสังคมไทยที่มีผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมมากขึ้น

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบคำพิพากษาของการลักทรัพย์ผู้มีอาชีพกสิกรรม

| คำพิพากษา | คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 13491/2553 | คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 11662/2554 | คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 355/2557 |
|-------------|---|--|--|
| การให้นิยาม | การทำนาทุ่ง | การเลี้ยงไก่ | การเลี้ยงกุ้ง |
| คำวินิจฉัย | การทำนาทุ่งมิใช่การประกอบอาชีพกสิกรรมตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335 (12) เมื่อนากุ้งมิได้อยู่ในความหมายของกสิกรรม ท่อพีวีซีที่ใช้สำหรับทำนาทุ่งจึงไม่จำเป็นต้องใช้เครื่องมือซึ่งเป็นทรัพย์สินของผู้มีอาชีพกสิกรรมตามอนุมาตรานี้ | การเลี้ยงไก่จึงไม่ใช่เป็นสัตว์ที่ได้มาจากการกสิกรรมตามที่โจทก์บรรยายมาในฟ้อง | โจทก์ร่วมมีอาชีพเลี้ยงกุ้งกุลาดำจึงมิใช่การประกอบอาชีพกสิกรรม การกระทำของจำเลยจึงไม่เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 335(12) |

ที่มา: ผู้เขียน



การลัทธิพิชัยผู้มีอาชีพกสิกรรมตามมาตรา 335(12) กับความเหมาะสมกับบริบททางสังคมในประเทศไทย

แต่เดิมในสมัยที่มีการบังคับใช้กฎหมายลักษณะอาญาไม่ได้มีการบัญญัติถึงการลัทธิพิชัยผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้ มีเพียงแต่การลักปศุสัตว์หรือสัตว์พาหนะไว้ในมาตรา 294(6)¹⁵ และมาตรา 296¹⁶ เพียงเท่านั้น ต่อมา มีการร่างประมวลกฎหมายอาญาเมื่อราวพุทธศักราช 2480 ประชากรส่วนใหญ่ในประเทศไทยยังคงประกอบอาชีพทำไร่ทำนา หรือที่เรียกว่ากสิกรรมเป็นสำคัญ แต่ไม่ได้มีการใช้ประโยชน์ที่ดินหลากหลายเหมือนสมัยปัจจุบัน ประมวลกฎหมายอาญาจึงไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงการเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้ หรือการทำประมง ที่นอกเหนือจากการทำไร่ทำนาเอาไว้ แต่เมื่อศึกษารายงานการประชุมอนุกรรมการตรวจพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 377/432/285 ณ วันที่ 24 พฤศจิกายน 2485 พบว่ากระทรวงเกษตรธิการ¹⁷ เสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติขึ้นเมื่อมีการลัทธิพิชัย เครื่องมือประกอบอาชีพหรือพืชผลที่เก็บไว้ของกสิกรเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดความเดือดร้อนจนไม่เป็นอันทำมาหากิน คณะกรรมการร่างประมวลกฎหมายอาญาในขณะนั้นจึงได้เพิ่มเหตุลักษณะการกระทำดังกล่าวไว้ในเหตุจรรยาของมาตรา 335 ใจความว่า “ภัยที่เบียดเบียนจนบังเกิดความไม่ปรกติสุขและนอนตาไม่หลับ คือโจรภัย เครื่องมือประกอบอาชีพ สัตว์พาหนะ พืชผลที่เก็บไว้บริโภคถูกลักถูกขโมยอยู่เสมอ แทนที่จะประกอบอาชีพไปโดยเต็มกำลัง กสิกรกลับต้องระมัดระวังภัยชนิดนี้จนไม่เป็นอันทำมาหากิน เมื่อถูกรบกวนจากโจรภัยหนักขึ้น ผลที่สุดก็บังเกิดการเบียดเบียนทั้งในการดำรงชีพในท้องที่สันโดษ ต้องจำใจละทิ้งถิ่นกลับเข้ามาอาศัยอยู่ในละแวกชุมชนดั้งเดิมอีก”¹⁸

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นถึงความจำเป็นมาของการตราประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ว่ามาจากบริบททางสังคมของประเทศไทยในขณะนั้นที่มีการประกอบอาชีพกสิกรรมเป็นหลัก พร้อมทั้งมีการเปลี่ยนนามกรมเกษตรเป็นกรมกสิกรรมเมื่อปี พ.ศ. 2495 แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของกิจกรรมในการทำไร่ทำนาเป็นหลัก แต่เมื่อประเทศไทยมีวิวัฒนาการและพัฒนาการในการใช้ประโยชน์จากที่ดินหลากหลายมากขึ้นทำให้กสิกรรมถูกจัดอยู่ในประเภทหนึ่งของเกษตรกรรม จนประเทศไทยได้ชื่อว่าเป็นประเทศเกษตรกรรมเนื่องจากภูมิประเทศตั้งอยู่ในเขตที่เอื้ออำนวยต่อการทำการเกษตร ซึ่งปัจจุบันมีการให้ความหมายของเกษตรกรรมและประเภทของเกษตรกรรมไว้ดังนี้

หลวงสุวรรณวาจกกสิกิจได้ให้ความหมายของเกษตรกรรมว่า “เกษตรกรรม หมายถึง อุตสาหกรรมทุกอย่างของมนุษย์อันมีวัตถุประสงค์อยู่กับการบังเกิดผลหรือสัตว์ด้วยการปฏิบัติต่อดิน”¹⁹

พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร พ.ศ. 2518 ได้บัญญัติความหมายของเกษตรกรรมไว้ว่า “การทำไร่ ทำนา ทำสวน เลี้ยงสัตว์ เลี้ยงสัตว์น้ำ และกิจการอื่นตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”²⁰

¹⁵ มาตรา 294 บัญญัติว่า “ถ้าหากว่าการลักปศุสัตว์หรือสัตว์พาหนะก็ตีท้าวว่ามีความผิดต้องรวางโทษ...”

¹⁶ มาตรา 296 บัญญัติว่า “ถ้าผู้ใดลักขังแม่แต่เชือกเตี้ยก็ดี หรือลักปศุสัตว์ หรือสัตว์พาหนะตั้งแต่สามตัวขึ้นไปก็ดี ท้าวว่า มันต้องรวางโทษ...”

¹⁷ ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อมาเป็นกระทรวงเกษตรและสหกรณ์

¹⁸ หนังสือของกระทรวงเกษตรธิการลงวันที่ 25 กันยายน 2483 และรายงานการประชุมอนุกรรมการพิจารณาแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาครั้งที่ 337/432/2485 วันที่ 24 พฤศจิกายน 2485, 7.

¹⁹ สุวรรณวาจกกสิกิจ, ความรู้ทั่วไปในทางเกษตรกรรม (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2487) 3.

²⁰ พระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 มาตรา 4



พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติความหมายของสินค้าเกษตรซึ่งหมายความว่า “ผลผลิตหรือผลิตภัณฑ์อันเกิดจากการกลีกรกรรม การประมง การปศุสัตว์หรือการป่าไม้ และผลพลอยได้ของผลผลิตหรือผลิตภัณฑ์ดังกล่าว”²¹

ระเบียบคณะกรรมการนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์ว่าด้วยการขึ้นทะเบียนการเกษตร พ.ศ. 2554 ได้บัญญัติความหมายของ ประกอบการเกษตร ซึ่งหมายความว่า “การปลูกพืช การเลี้ยงปศุสัตว์ การเลี้ยงสัตว์น้ำ และการทำนาเกลือสมุทร โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการบริโภคหรือจำหน่ายหรือใช้งานในฟาร์ม...”²²

ซึ่งประเภทของเกษตรกรรมสามารถแบ่งได้เป็น 4 ประเภทคือ

(1) กลีกรกรรม (farming) หมายถึง การเพาะปลูกพืชหรือการนำพืชมาปลูกเพื่อนำมาใช้ประโยชน์ในการบริโภคหรือใช้สอย เช่น การทำไร่ทำนา การทำสวนผักผลไม้

(2) ปศุสัตว์ (Livestock) หมายถึง การประกอบอาชีพเลี้ยงสัตว์บนบก

(3) การประมง (Fishery) หมายถึง การประกอบอาชีพเกษตรกรรมทางน้ำ แบ่งได้ 3 ประเภท คือ การประมงน้ำจืด การประมงน้ำเค็ม และการประมงน้ำกร่อย

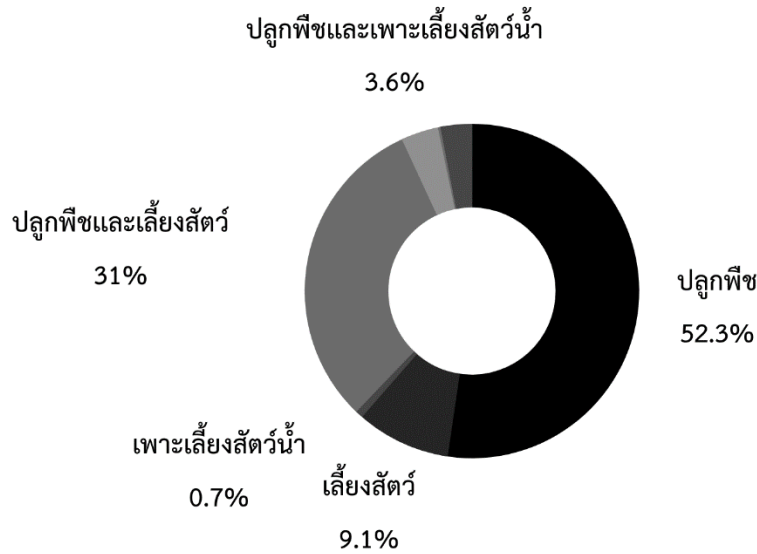
(4) การป่าไม้ (Forest) หมายถึง การประกอบอาชีพเกี่ยวกับป่าไม้

จากการสำรวจข้อมูลจากกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เมื่อปี พ.ศ. 2563 พบว่าปัจจุบันประเทศไทยมีเกษตรกรทั้งสิ้น 8,094,954 ครัวเรือน 9,368,245 ราย ซึ่งมีเกษตรกรมากถึง 4,900,875 รายที่ประกอบอาชีพกลีกรกรรม แต่อย่างไรก็ตามจากข้อมูลยังพบว่าเกษตรกรในประเทศไทยประกอบอาชีพแบบผสมผสานระหว่างปลูกพืชและเลี้ยงสัตว์หรือไร่นาสวนผสมมากกว่า 37% ของเกษตรกรทั้งหมด เพื่อลดความเสี่ยงจากการประกอบกลีกรกรรมเพียงอย่างเดียว อีกทั้งข้อมูลจากสำนักงานสถิติแห่งชาติพบว่าเมื่อปี พ.ศ. 2557 มีเกษตรกรไทย 6,047,824 ครัวเรือนเพิ่มเป็น 7,271,759 จากข้อมูลข้างต้นแสดงให้เห็นว่า แม้ว่าจะมีผู้ประกอบอาชีพกลีกรกรรมในประเทศไทยมากถึง 52.3% แต่เกษตรกรในประเทศไทยก็ไม่ได้ประกอบอาชีพกลีกรกรรมเพียงอย่างเดียว แต่ยังมีเลี้ยงสัตว์ไม่ว่าจะทางบกหรือทางน้ำ หรือมีการทำป่าไม้ในบางส่วน ซึ่งคิดเป็น 47.7% และมีจำนวนเกษตรกรเพิ่มมากขึ้นในทุก ๆ ปี²³ ทำให้กฎหมายอาญามาตรา 355(12) ต้องมีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมด้วย

²¹ พระราชบัญญัติมาตรฐานสินค้าเกษตร พ.ศ. 2551 มาตรา 3

²² ระเบียบคณะกรรมการนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์ ว่าด้วยการขึ้นทะเบียนการเกษตร พ.ศ. 2554 ข้อ 4

²³ Eukeik.ee Marketeer, ‘เกษตรกรมีเท่าไรกัน’ (The City, 29 เมษายน 2563) <<https://marketeeronline.co/archives/161682>> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2565.



รูปภาพที่ 1 สถิติของผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรในปี พ.ศ. 2563

ที่มา: ผู้เขียน

อนึ่ง จากสถิติที่แสดงให้เห็นถึงการเพิ่มขึ้นของเกษตรกรและมีผู้ประกอบอาชีพที่หลากหลายกว่าการประกอบอาชีพกสิกรรม ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ให้มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมในประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง เพื่อเป็นการเอื้อต่อการประกอบอาชีพของเกษตรกรอย่างแท้จริง อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองตามกฎหมายที่ทันสมัยซึ่งสอดคล้องกับความหลากหลายในการประกอบอาชีพทางการเกษตรให้เกษตรกรมีความเชื่อมั่นว่า หากทรัพย์สินของตนถูกลักไปตนก็สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายในฐานะผู้เสียหายในการฟ้องร้องต่อศาลให้ลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดตามเหตุฉกรรจ์ได้ เนื่องจากอาชีพเกษตรกรถือเป็นหัวใจหลักที่สำคัญในการสร้างผลผลิตให้กับคนไทยและคนทั่วโลกในการส่งออกผลิตภัณฑ์ในการอุปโภคบริโภคเพื่อใช้ในการดำรงชีวิต หากมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาให้ครอบคลุมถึงผู้ที่ประกอบกสิกรรม ผู้ที่ทำปศุสัตว์ ผู้ที่ทำการประมง รวมไปถึงผู้ที่ทำป่าไม้ จะเป็นการป้องกันการก่อเหตุฉกรรจ์ที่อาจเกิดขึ้นในสังคมไทย รวมไปถึงผู้ที่ประกอบอาชีพเกษตรกรอื่น ๆ ด้วย เพราะจะทำให้ผู้กระทำความผิดยำเกรงว่าตนจะได้รับโทษที่หนักขึ้นตามกฎหมาย

ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ได้บัญญัติถึงการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้จะส่งผลให้เกิดการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ (Unfair Discrimination) เนื่องจากปัจจุบันสังคมไทยได้ให้ความสำคัญถึงการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมถึงความแตกต่างในการประกอบอาชีพหรือสถานะของบุคคลไว้ จึงทำให้อนุมตรา 12 ที่กำหนดให้การลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมต้องรับโทษหนักขึ้นตามเหตุฉกรรจ์นั้นจะเป็นการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมหรือไม่ เพราะปัจจุบันมีการยอมรับว่าทุก ๆ อาชีพมีความสำคัญไม่น้อยไปกว่ากัน แต่ผู้เขียนมีความคิดเห็นว่าการที่ประมวลกฎหมายอาญาได้บัญญัติไว้เช่นนี้เนื่องมาจากแต่เดิมที่มีการบัญญัติประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ยังไม่ได้มีแนวคิดถึงการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไว้เหมือนในปัจจุบัน ประกอบกับบริบททางสังคมของสังคมของประเทศไทยในขณะนั้นที่ประกอบอาชีพกสิกรรมเป็นหลัก ทำให้กฎหมายมีการบัญญัติโทษสำหรับการลักทรัพย์ไว้โดยเฉพาะเจาะจง ซึ่งเห็นว่าการบัญญัติไว้เช่นนี้จะช่วยให้ผู้ประกอบอาชีพกสิกรรมได้รับความคุ้มครองจากการประกอบอาชีพของตนเมื่อถูกลักทรัพย์ ประกอบกับอัตราการเติบโตภาคเกษตรของประเทศไทยใน



ไตรมาส 2/2565 (เดือนเมษายน – มิถุนายน 2565) ซึ่งเป็นเครื่องมือทางเศรษฐกิจในการศึกษาเปรียบเทียบถึงอัตราการเติบโตของเศรษฐกิจ โดยเลขชี้การสำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร (สศก.) วิเคราะห์ภาวะเศรษฐกิจการเกษตรว่า “ภาวะเศรษฐกิจมีการเติบโตได้ดีเนื่องจากไตรมาสแรกมีการขยายตัวถึงร้อยละ 4.1” ในสาขาภาคเกษตรมีอัตราการเติบโตของภาคการเกษตรซึ่งขยายตัวถึงร้อยละ 5.7 โดยจำแนกสาขาของภาคเกษตรได้ตามตารางดังต่อไปนี้²⁴

ตารางที่ 2 อัตราการเติบโตของภาคเกษตร

| สาขา | ไตรมาส 2/2565 (เมษายน – มิถุนายน 2565) |
|-------------------|--|
| ภาคเกษตร | 5.7 |
| พืช | 9.3 |
| ปศุสัตว์ | -2.2 |
| ประมง | -2.7 |
| บริการทางการเกษตร | 4.2 |
| ป่าไม้ | 2.0 |

หน่วย : ร้อยละ

ที่มา: กองนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตร สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร

จะเห็นได้ว่า จากสถิติดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าอัตราการเติบโตภาคเกษตรของประเทศไทยในไตรมาส 2/2565 (เดือนเมษายน – มิถุนายน 2565) ในภาคเกษตรมีความสำคัญกับการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย ซึ่งเป็นสังคมของการประกอบอาชีพเกษตรกรรมเป็นอย่างมาก จากสถิติที่กล่าวมาข้างต้นก็สะท้อนให้เห็นว่า การที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นนี้ก็ยังมีความสำคัญในการรองรับว่าประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ไม่เป็นการปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม เพราะการประกอบอาชีพทางการเกษตรก็เป็นส่วนหนึ่งในการส่งเสริมเศรษฐกิจของประเทศไทยและยังเป็นอาชีพที่คนไทยประกอบอาชีพมาอย่างช้านานอีกด้วย หากมีการแก้ไขให้กฎหมายบัญญัติถึงการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพเกษตรกรรมไว้ ก็จะช่วยให้ผู้ประกอบการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ขณะเดียวกันก็จะช่วยให้ผู้ลักทรัพย์เกรงกลัวต่อกฎหมายว่า หากตนลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพเกษตรกรรมก็จะได้รับโทษหนักขึ้นตามเหตุฉกรรจ์ เนื่องจากผู้ประกอบการย่อมได้รับความเดือดร้อนจากทรัพย์สินที่ใช้ในการทำมาหาได้ หากมีการแก้ไขอนุมาตราดังกล่าวก็จะเป็นส่วนหนึ่งในการผลักดันให้อาชีพเกษตรกรรมยังคงอยู่ในประเทศไทยอีกด้วย

²⁴ สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร, ‘สศก. ระบุ GDP เกษตร Q2 ขยายตัว 5.7% เผย สาขาพืช เติบโตถึง 9.3% ขณะที่ สาขาปศุสัตว์ - ประมง ยังคงหดตัว’ (ข่าวประชาสัมพันธ์, สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร 2565) <<https://shorturl.asia/FA2Dq>>



3. กฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาในตัวของอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์

จากการศึกษาพบว่า ในต่างประเทศไม่ได้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้ เช่นเดียวกันกับประเทศไทยที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335 (12) เนื่องจากบริบททางสังคมของประเทศแต่เดิมมีการประกอบอาชีพเกี่ยวกับการทำไร่ทำนาเป็นสำคัญ เมื่อมีการลักทรัพย์ของผู้ประกอบอาชีพกสิกรรม กฎหมายจึงบัญญัติเพื่อคุ้มครองทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้

สำหรับเนื้อหาในส่วนนี้ผู้เขียนจึงขออธิบายถึงกฎหมายต่างประเทศที่ได้กำหนดโทษทางอาญาไว้สำหรับความผิดฐานลักทรัพย์เพื่อพิจารณากับประมวลกฎหมายอาญาในประเทศไทย ที่ได้กำหนดโทษสำหรับการลักทรัพย์ไว้ว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร รวมไปถึงวิเคราะห์ถึงผลกระทบจากการที่ต่างประเทศไม่ได้มีการบัญญัติเหตุฉกรรจ์สำหรับการลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้ในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335 (12)

3.1 ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ Common Law

ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) เป็นระบบกฎหมายที่ให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามหลักคำพิพากษาที่มีมาก่อนเป็นบรรทัดฐาน โดยมีหลักการที่ว่า “ข้อเท็จจริงเดียวกัน ย่อมต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน” ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็มีการบัญญัติถึงกรณีของการลักทรัพย์ไว้เช่นกัน ผู้เขียนขออธิบายถึงประเทศในระบบกฎหมายนี้ได้แก่ ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา

3.1.1 ประเทศอังกฤษ

สำหรับประเทศอังกฤษจะพิจารณาถึงความร้ายแรงของวัตถุที่ลักทรัพย์ว่าผู้กระทำความผิดควรรับโทษในระดับใด ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ตาม The Theft Act, 1968 section 1(1) ที่กำหนดให้ “บุคคลจะทำความผิดฐานลักทรัพย์ ถ้าเขาเอาทรัพย์สินที่เป็นของบุคคลอื่นไปโดยสุจริต และเจตนาจะตัดกรรมสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่น และต้องระวางโทษจำคุกชั้นสูงไม่เกิน 10 ปี” และความผิดฐานลักสินค้าตาม The Theft Act, 1978 section 3 อันเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการหลบหนีออกไป (Make off) โดยไม่ชำระค่าสินค้าและบริการที่ผู้ประกอบการร้านค้าได้เสนอราคาหรือจัดเตรียมไว้ให้ (Supply) อีกทั้งยังรู้อยู่แล้วว่าผู้ประกอบการร้านค้าต้องการหรือคาดหวังการชำระราคาสินค้าหรือบริการนั้น ๆ²⁵

ซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษยังได้แบ่งความผิดตามระดับของความร้ายแรงและมีอัตราโทษที่แตกต่างกันตามความผิด และได้ให้คำนิยามของความผิดลักทรัพย์ (Theft) อันเป็นความผิดต่อทรัพย์สิน (Property offences) ว่าคือการขโมย เช่น พา เอาไปซึ่งวัตถุหรือสิ่งของที่นำพาไปได้หรือแหล่งพลังงาน โดยปราศจากความยินยอมของเจ้าของ ความผิดนี้เป็นความผิดในระดับ Misdemeanor ชั้นสูง (Major misdemeanor) อันมีโทษจำคุกชั้นสูงไม่เกิน 2 ปี

3.1.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาก็มีพิจารณาพิพากษาคดีโดยใช้แนวคำพิพากษาของศาลเป็นบรรทัดฐาน เช่นเดียวกันกับประเทศอังกฤษ โดยมีหลักการปรากฏไว้ในรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 5 และฉบับที่ 14 ที่ว่า

²⁵ พูนลาภ ชังเอียด, ‘มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญาเกี่ยวกับตัวทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์’ (ภาคนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2557) 64.



“ไม่มีกฎหมาย ไม่มีควมผิด ไม่มีโทษ”²⁶ ซึ่งการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาปกครองแบบสหรัฐ (United states) ส่งผลให้แต่ละรัฐสามารถออกกฎหมายที่แตกต่างกันได้ แต่จะต้องไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา โดยแบ่งความผิดในระดับต่าง ๆ ตามความร้ายแรงและกำหนดโทษไว้ตามระดับของความผิด ซึ่งความผิดฐานลักทรัพย์ (Larceny) สามารถพิจารณาตามมูลค่าของสิ่งของได้ 2 ประเภทคือ²⁷

(1) การลักทรัพย์ทั่วไป (Grand larceny) ได้แก่ สิ่งของหรือสินค้าอันเป็นวัตถุที่ลักเอาไปมีมูลค่าสูงกว่า 12 Pence

(2) การลักทรัพย์เล็กน้อย (Petit larceny) ได้แก่ สิ่งของหรือสินค้าอันเป็นวัตถุที่ลักเอาไปมีมูลค่าต่ำกว่า 12 Pence

ตัวอย่างมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการกำหนดประเภทการรับโทษทางอาญาสำหรับกรณีของการลักทรัพย์ เช่น มลรัฐฟลอริดา ซึ่งได้แบ่งโทษออกเป็น 2 ประเภทได้แก่ ความผิดอาญาที่มีโทษอุจฉกรรจ์ (Felony) ที่กำหนดโทษประหารชีวิตหรือจำคุกเกินกว่า 1 ปี และความผิดที่มีโทษไม่ร้ายแรง (Misdemeanor) ที่มีโทษจำคุกตั้งแต่ 1 ปีลงมาหรือมีโทษเบากว่าโทษจำคุก เช่น ปรับ ทำให้กระบวนการพิจารณาโทษและการกำหนดตัดสินคดีของประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างจากประเทศอื่น ๆ ตั้งแต่ขั้นตอนการเลือกประเภทของโทษและระดับความร้ายแรงของชั้นโทษที่ผู้กระทำได้ก่อ

3.2 ประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law)

ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) หรือเรียกอีกชื่อว่าระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร เป็นระบบกฎหมายที่บัญญัติกฎหมายต่าง ๆ ไว้ในระบบประมวล และศาลจะไม่ผูกพันคำพิพากษาในคดีก่อน ๆ เหมือนกับประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) ในที่นี้ผู้เขียนจะอธิบายถึงการกำหนดโทษของประเทศในระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ได้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเยอรมนี

3.2.1 ประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีการบัญญัติโทษสำหรับการลักทรัพย์ไว้ในมาตรา 311 – 4 ซึ่งการลักทรัพย์จะถูกลงโทษโดยการจำคุก 2 ปี หรือปรับเป็นเงิน 75,000 ยูโร อีกทั้งยังได้มีการกำหนดเหตุฉกรรจ์ในการลักทรัพย์ (Aggravated theft) ซึ่งสภานิติบัญญัติแห่งชาติของประเทศฝรั่งเศสให้ความสำคัญกับการโจรกรรมที่มีลักษณะรุนแรงหรือการครอบครองอาวุธ หากผู้กระทำลักทรัพย์โดยมีเหตุฉกรรจ์จะต้องถูกระวางโทษด้วยความผิด 3 ระดับ เรียกว่าการแบ่งความผิดแบบไตรภาค (Tripartiti Classification) ได้แก่²⁸

- (1) ความผิดอุกฤษฏ์โทษหรือหนักโทษ (Les Crimes)
- (2) ความผิดมัชฌิมโทษ (Les Delits)
- (3) ความผิดลหุโทษ (Les Delits)

โดยเหตุฉกรรจ์นี้เองสามารถเกิดขึ้นได้ทั้งผู้กระทำความผิดเหยื่อ วิธีการ หรือสถานที่ในการกระทำความผิด ซึ่งการแบ่งระดับโทษแบบไตรภาคจะช่วยให้สามารถกำหนดระดับความรับผิดชอบของผู้กระทำได้ง่าย อีกทั้งยังสะดวกต่อกระบวนการยุติธรรมในการดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่ตำรวจ พนักงานอัยการ และศาลในการพิจารณาคดีด้วย

²⁶ มานิตย์ จุมปา, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา (วิญญูชน 2552) 183.

²⁷ พูนลาภ ชังเอียด (เชิงอรธ 5) 64.

²⁸ อุทัย อาทิวา, ‘สิทธิของผู้เสียหายในกฎหมายฝรั่งเศส’ (2548) 63 บทบัณฑิตย 1, 4 – 6.



3.2.2 ประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีได้บัญญัติความผิดฐานลักทรัพย์ ไว้ใน The German Draft Penal Code 1962 มาตรา 235 ซึ่งบัญญัติว่า “การที่ผู้ใดพาทรัพย์ที่สามารถเคลื่อนที่ได้อันไม่ใช่ของตนไปจากความครอบครองของผู้อื่น โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อประโยชน์ของตนหรือบุคคลที่สาม ผู้นั้นมีความผิดฐานลักทรัพย์ และต้องถูกลงโทษความผิดฐานนี้มีระวางโทษจำคุกสูงสุด 3 ปี และไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำที่กำหนดเอาไว้ ดังนั้นจะลงโทษจำคุกต่ำกว่า 3 ปี เพียงใดก็ได้” เมื่อพิจารณาแล้วจะสังเกตได้ว่าประเทศเยอรมนีไม่มีการบัญญัติประเภทของโทษและระดับความร้ายแรงของชั้นโทษไว้เหมือนกับประเทศในระบบกฎหมาย Common Law ข้างต้น แต่จะมีการบัญญัติให้ความผิดฐานลักเล็กขโมยน้อย (Pilfering) ตามมาตรา 242 แยกออกมาต่างหาก เนื่องจากการลักทรัพย์ที่มีราคาเพียงเล็กน้อยหรือเป็นอาหาร ข้าวของเครื่องใช้ในครัวเรือน มักจะลักไปเพื่อใช้อุปโภคบริโภคสำหรับตนเองและครอบครัว ซึ่งถือว่าเป็นความผิดที่ไม่มีความร้ายแรง ความผิดฐานนี้จึงระวางโทษจำคุกสูงสุด 3 เดือน²⁹

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบการกำหนดโทษทางอาญาในตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ในต่างประเทศ

| ประเทศ | การกำหนดโทษทางอาญาในตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ |
|--------------------|---|
| ประเทศอังกฤษ | จะพิจารณาถึงความร้ายแรงของวัตถุที่ลักทรัพย์ ได้แก่ ความผิดฐานลักทรัพย์ตาม The Theft Act, 1986 section 1(1) ที่ต้องระวางโทษจำคุกขั้นสูงไม่เกิน 10 ปี” และความผิดฐานลักสินค้าตาม The Theft Act, 1978 section 3 อันเป็นความผิดที่มีลักษณะเป็นการหลบหนีออกไป (Make off) |
| ประเทศสหรัฐอเมริกา | มีการแบ่งความผิดออกเป็น 2 ประเภทคือ felony (อุจฉกรรจ์) ที่มีความผิดร้ายแรง และความผิดประเภท Misdemeanor ซึ่งเป็นความผิดที่ไม่ใช่โทษร้ายแรง อีกทั้งยังมีการจำแนกความผิดทั้ง 2 ประเภทนี้ย่อยลงไปอีกตามระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด |
| ประเทศฝรั่งเศส | มีการแบ่งแยกโทษและระดับความรุนแรงของโทษแต่ละชั้น ซึ่งเป็นการแบ่งแยกความผิดแบบไตรภาคี (Tripartite Classification) ได้แก่ ความผิดอุกฤษฏ์โทษหรือหั้นดโทษ (Les Crimes) มัชฌิมโทษ (Les Delits) และลหุโทษ (Les Delits) |
| ประเทศเยอรมนี | มีการเพิ่มความผิดฐานลักเล็กขโมยน้อย แยกออกมาจากความผิดฐานลักทรัพย์ โดยถือเอาทรัพย์ที่มีราคาเล็กน้อย ไม่ว่าจะเป็อาหารหรือข้าวของเครื่องใช้ในครัวเรือน ซึ่งผู้กระทำความผิดไปเพื่ออุปโภคบริโภคสำหรับตนเองและครอบครัว ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกเพียง 3 เดือน |

ที่มา: ผู้เขียน

จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาในตัวทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์แล้วพบว่า ประเทศในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common Law) และ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (Civil Law) ไม่ได้มีการบัญญัติโทษสำหรับการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้แต่อย่างใด มีเพียงการกำหนดเหตุการณ์อื่น ๆ ที่ทำให้ผู้กระทำความผิดต้องรับโทษหนักขึ้น เพราะในต่างประเทศไม่มีการประกอบอาชีพกสิกรรมเป็นอาชีพหลักเช่นเดียวกับประเทศไทย ทำให้ไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติเหตุการณ์สำหรับการลักทรัพย์ผู้มีอาชีพกสิกรรมไว้ กฎหมายไทยจึงให้ความสำคัญกับการประกอบอาชีพกสิกรรมซึ่งเป็นอาชีพที่ทำให้คนในประเทศได้อุปโภค บริโภคในการประกอบกิจกรรมจากกสิกรรมไทย แต่ทว่า ปัจจุบันมีการประกอบ

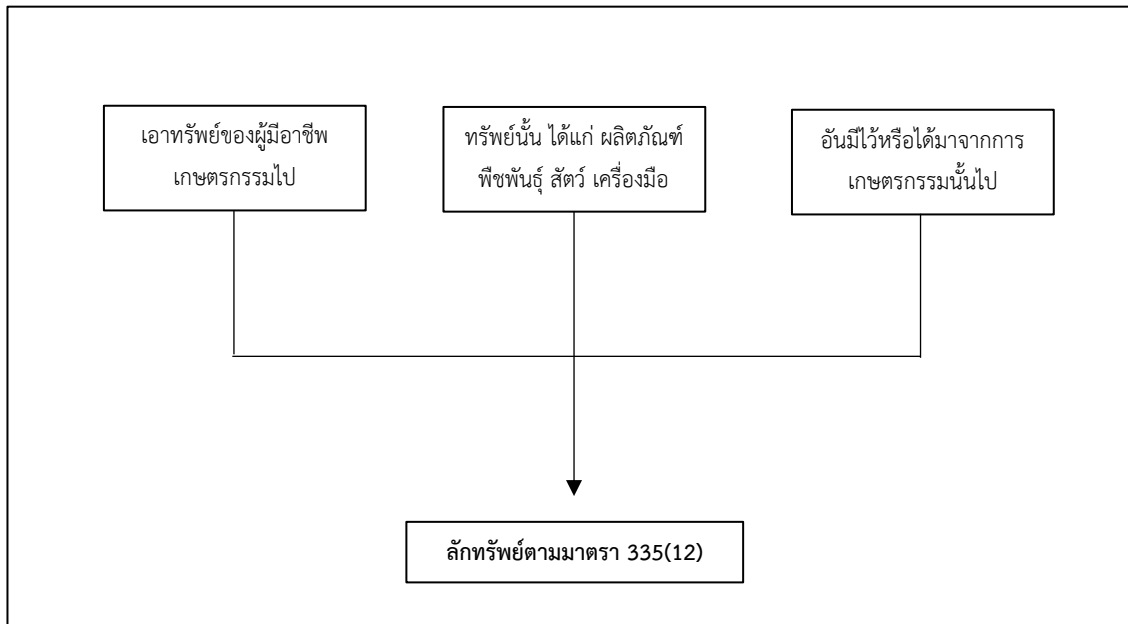
²⁹ จุฬา จงสถิตถาวร, ‘การลักทรัพย์ในร้านค้าที่ลูกค้าบริการตนเอง’ (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2539) 87 – 88.



อาชีพอื่น ๆ นอกจากการประกอบอาชีพกสิกรรมไว้มากมาย ทำให้เกิดผลกระทบต่อมาก็คือ หากมีการลักทรัพย์ ผู้ประกอบอาชีพปศุสัตว์ การประมง และการป่าไม้จะได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 335(112) ได้อย่างไร จากผลกระทบดังกล่าวจึงต้องมีแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในอนุมาตรานี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการพิจารณาคดีของศาลและครอบคลุมถึงผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมด้วย ดังที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างกรณีที่เกิดข้อพิพาทและทำให้โจทก์ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากคำพิพากษาศาลฎีกาที่อธิบายไว้แล้วข้างต้น

4. ข้อเสนอแนะต่อการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ให้มีความเหมาะสมกับบริบททางสังคมในประเทศไทย

เมื่อศึกษาถึงองค์ประกอบของการลักทรัพย์ตามมาตรา 334 การลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมโดยมีเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335(12) รวมถึงบริบททางสังคมไทยที่มีผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมหลากหลายกว่าผู้ประกอบอาชีพกสิกรรมเพียงอาชีพเดียวตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นทำให้ได้ข้อเสนอแนะว่า ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ที่บัญญัติเกี่ยวกับโทษสำหรับผู้ลักทรัพย์ของผู้มีอาชีพกสิกรรมโดยแก้ไขเป็น “ผู้ใดลักทรัพย์ที่เป็นของผู้มีอาชีพเกษตรกรรม บรรดาที่เป็นผลิตภัณฑ์ พืชพันธุ์ สัตว์ หรือเครื่องมืออื่นอันมีไว้สำหรับประกอบเกษตรกรรมหรือได้มาจากการเกษตรกรรมนั้นต้องระวางโทษ...” เพื่อให้ขอบเขตอำนาจของศาลสามารถพิพากษาในการพิจารณารรคดีได้ครอบคลุมถึงการประกอบอาชีพกสิกรรม การปศุสัตว์ การประมง และการป่าไม้ เพราะเกษตรกรรมถือเป็นสิ่งสำคัญอย่างมากในประเทศไทย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เกษตรกรรมถือเป็นส่วนหนึ่งในชีวิตประจำวันของคนไทยที่ได้สร้างเอกลักษณ์ให้กับคนไทยในสายตาของผู้คนทุกประเทศทั่วโลก และยังเป็นอาชีพที่คนไทยประกอบอาชีพมาอย่างช้านาน การแก้ไขอนุมาตรานี้จะเป็นส่วนหนึ่งในการตระหนักถึงความสำคัญของเกษตรกรไทยและเครื่องมือที่ใช้สร้างรายได้ของเกษตรกรในการสร้างงานและรายได้เพื่อสร้างผลผลิตและปัจจัยที่จำเป็นในการดำรงชีวิตให้คนในประเทศได้อุปโภคบริโภค หากขาดเครื่องมือเครื่องมือในการทำมาหากินจะทำให้เกษตรกรเกิดความทุกข์ยากลำบาก จึงเห็นสมควรที่จะต้องแก้ไขอนุมาตรานี้ให้มีความครอบคลุมถึงทุกอาชีพที่มีความเกี่ยวข้องกับเกษตรกรรมมากขึ้น



แผนภาพที่ 2 องค์ประกอบของการลัทธิทรัพย์สินตามมาตรา 335(12) หากมีการแก้ไขใหม่ตามข้อเสนอแนะของผู้เขียน
ที่มา: ผู้เขียน

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษามาตรการทางกฎหมายในการกำหนดบทลงโทษผู้กระทำความผิดฐานลัทธิทรัพย์สินต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอยกตัวอย่างบทลงโทษของต่างประเทศที่กำหนดให้ผู้กระทำความผิดต้องรับผิดชอบตามกฎหมายเมื่อตนได้กระทำการลัทธิทรัพย์สิน อาทิ ในกลุ่มประเทศระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ เช่น ประเทศอังกฤษหรือประเทศสหรัฐอเมริกา มีการแบ่งความผิดออกเป็น 2 ประเภทคือ อุจฉกรรจ์ ที่มีความผิดร้ายแรง และความผิดประเภทที่ไม่มีโทษร้ายแรง อีกทั้งยังมีการจำแนกความผิดทั้ง 2 ประเภทนี้ย่อยลงไปอีกตามระดับความรุนแรงของการกระทำความผิด จึงทำให้อัตราโทษตามกฎหมายมีความเหมาะสมและชัดเจนกว่า ยกตัวอย่างเช่น การลัทธิทรัพย์สินที่มีมูลค่าทรัพย์สินเกิน 100 ดอลลาร์ขึ้นไป แต่ไม่เกิน 300 ดอลลาร์ ผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงระดับที่ 1 มีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี ตามมาตรา 775.082 หรือ 775.083 สำหรับทรัพย์สินที่มีมูลค่าไม่เกิน 100 ดอลลาร์ ผู้กระทำความผิดไม่ร้ายแรงระดับที่ 2 มีโทษจำคุกไม่เกิน 60 วัน เป็นต้น ซึ่งแนวความคิดในการกำหนดโทษของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกามีการพัฒนาตามวัตถุประสงค์ของการลงโทษเพื่อที่จะลดปัญหาอาชญากรรม เพื่อแก้ไขฟื้นฟูผู้กระทำความผิด เพื่อป้องกันสังคมให้เกิดความปลอดภัยจากผู้ที่เกี่ยวข้องในการก่อให้เกิดการกระทำความผิด เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายและสังคม³⁰ เพื่อให้การลงโทษเกิดความเสมอภาค เป็นธรรม และยุติธรรม อีกทั้งยังทำให้เกิดการบริหารจัดการเกี่ยวกับโทษมีประสิทธิภาพและใช้งบประมาณอย่างคุ้มค่าอีกด้วย³¹

ในกลุ่มประเทศซีวิลลอว์ (Civil Law) เช่น ประเทศฝรั่งเศส จะมีการแบ่งแยกโทษและระดับความรุนแรงของโทษแต่ละชั้นไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นการแบ่งแยกความผิดแบบไตรภาคี (Tripartite Classification) ได้แก่

³⁰ ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, *กฎหมายอาชญากรรมอเมริกันเบื้องต้น* (สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2551) 96.

³¹ สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, 'บทสรุปการศึกษาวิจัยประจำปี 2551' (2552) สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, 14.



ความผิดอุกฤษฏ์โทษหรือหันตโทษ (Les Crimes) มัชฌิมโทษ (Les Delits) และลหุโทษ (Les Delits) โดยแต่ละประเภทจะมีลำดับโทษตามความหนักเบาของการกระทำความผิด กล่าวคือความผิดอุกฤษฏ์โทษจะมีลำดับชั้นโทษจำคุก 5 ชั้น มัชฌิมโทษมีลำดับชั้นโทษ 8 ชั้น และลหุโทษจะไม่มีโทษจำคุก สำหรับประเทศเยอรมนีมีการเพิ่มความผิดฐานลักเล็กขโมยน้อย แยกออกมาจากความผิดฐานลักทรัพย์ โดยถือเอาทรัพย์สินที่มีราคาเล็กน้อย ไม่ว่าจะเป็นอาหารหรือข้าวของเครื่องใช้ในครัวเรือน ซึ่งผู้กระทำลักทรัพย์ไปเพื่ออุปโภคบริโภคสำหรับตนเองและเครือญาติ ผู้กระทำจึงต้องระวางโทษจำคุกเพียง 3 เดือน การที่กฎหมายเยอรมันออกกฎหมายเช่นนี้เพราะการลงโทษผู้กระทำความผิดจะมีการคำนึงถึงความเสียหายและความรุนแรงของการกระทำความผิดไว้อย่างชัดเจน³²

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) โดยเปลี่ยนจากผู้มีอาชีพกสิกรรมเป็นผู้มีอาชีพเกษตรกรรมเพื่อให้เกิดความครอบคลุมกับผู้ประกอบอาชีพกสิกรรม ปศุสัตว์ การประมง รวมถึงผู้ที่ทำป่าไม้ไม่ได้รับความคุ้มครองเมื่อตนถูกลักเครื่องมือที่ใช้ในการสร้างรายได้ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น และเมื่อพิจารณามาตรการทางกฎหมายที่ใช้ลงโทษผู้กระทำความผิดจากกฎหมายต่างประเทศที่มีการกำหนดกรอบลงโทษที่ลงโทษผู้กระทำความผิดตามความเสียหายและตามความรุนแรงจากการกระทำของตนเป็นประเภทของโทษนั้น เห็นสมควรว่า หากกฎหมายอาญามีการกำหนดชั้นโทษที่คำนวณมูลค่าของทรัพย์สินที่ลักตามกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ก็จะเกิดความเหมาะสมอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาของศาล อีกทั้งยังเป็นการช่วยลดความแตกต่างในการลงโทษได้ เพราะจะช่วยให้เกิดความเหมาะสมกับการกระทำผิดที่พิจารณาถึงความเสียหายและความน่าตำหนิติเตียนเป็นสำคัญ ซึ่งมาตรา 335 ได้บัญญัติให้ผู้กระทำความผิด “ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงห้าปี และปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท” แต่การกำหนดโทษตามมาตรา 335 จะทำให้เกิดความไม่แน่นอนสำหรับโทษที่ลงแก่ผู้กระทำความผิดว่า คุณพินิจของศาลที่ใช้ในการพิพากษาจะเกิดความเป็นธรรมมากน้อยเพียงใด หากมีการกำหนดระดับในการลงโทษสำหรับเหตุฉกรรจ์ตามการกระทำที่ผู้กระทำได้ก่อเหมือนประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ (Common Law) ก็จะทำให้ศาลพิจารณาลงโทษแก่ผู้กระทำได้อย่างเหมาะสม อันเป็นสร้างความเป็นธรรมให้กับผู้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมและผู้กระทำความผิดได้รับโทษตามความเสียหายที่ตนได้กระทำต่อไป

5. บทสรุป

การลักทรัพย์ตามกฎหมายอาญาถือว่าการประทุษร้ายต่อกรรมสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการแสวงหาประโยชน์ที่มีควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายและทำให้บุคคลอื่นได้รับความเดือดร้อน กฎหมายจึงมีการบัญญัติให้การกระทำดังกล่าวมีความผิดทางอาญา เนื่องจากการลักทรัพย์ถือว่ามี ความเกี่ยวข้องกับ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม มาตรการทางกฎหมายอาญาในการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดจึงเป็นสิ่งสำคัญที่จะนำมาใช้เพื่อคุ้มครองส่วนได้เสียและนำพาให้สังคมหันมาปฏิบัติตนให้ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งรัฐในฐานะผู้ออกกฎหมายต้องคำนึงถึงกฎหมายที่บังคับใช้ ณ ปัจจุบันว่าการที่ได้บัญญัติกฎหมายออกมานั้นชอบด้วยเจตนารมณ์ในการลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดในการกระทำนั้น ๆ หรือไม่ประการใด หากกฎหมายที่บังคับใช้ยังไม่สอดคล้องกับบริบททางสังคมหรือมีความล้าหลังไม่ทันกับกาลเวลาที่เปลี่ยนแปลงไป กฎหมายก็ควรได้รับการแก้ไขให้ทันสมัยอยู่ตลอดเวลา เพื่อให้ครอบคลุมถึงการกระทำที่ผิดกฎหมาย

³² ระเบียบคณะกรรมการนโยบายและแผนพัฒนาการเกษตรและสหกรณ์ (เชิงอรรถ 22) 6 – 7.



เฉกเช่นกับประมวลกฎหมายอาญามาตรา 335(12) ที่แต่เดิมเป็นการบัญญัติบทลงโทษในเหตุจรรยาในการลักทรัพย์มากกว่าการลักทรัพย์โดยทั่วไปในมาตรา 334 เพราะถือว่าอาชัปกสิกรรมเป็นอาชัพหลักของประชาชนส่วนใหญ่ในประเทศ ซึ่งถือว่ามีความเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสมัยก่อน ทว่าปัจจุบันการกสิกรรมถือเป็นส่วนหนึ่งของเกษตรกรรม แต่ขอบเขตในการพิพาคษาของมาตรา 335(12) ไม่ได้บัญญัติให้ลงโทษแก่ผู้ที่ลักทรัพย์ผู้มีอาชัพเกษตรกรรมแต่อย่างใด ทำให้ไม่สามารถตัดสินในคดีของการลักทรัพย์ผู้ที่ทำนา กุ้ง ผู้ที่เลี้ยงไก่ตามตัวอย่างของคำพิพาคษาที่ผู้เขียนได้ยกตัวอย่างข้างต้น เช่นนี้แสดงให้เห็นว่าเหตุจรรยาตามอนุมาณานี้ยังมีความจำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการลักทรัพย์เกิดขึ้น แต่ต้องมีการแก้ไขให้ครอบคลุมถึงอาชัพเกษตรกรรมที่เป็นอาชัพหลักของเกษตรกรในประเทศไทย ผู้เขียนมีความตั้งใจให้บทความเล่มนี้เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้ผู้อ่านตั้งข้อสังเกตในการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญารวมถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่อาจทำให้ผู้อ่านตั้งข้อสังเกตและข้อเสนอแนะเพื่อเป็นจุดประกายหนึ่งในการแก้ไขกฎหมายให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น



บรรณานุกรม

- กระทรวงเกษตรและสหกรณ์, ‘ประวัติความเป็นมากระทรวงเกษตรและสหกรณ์’ <<https://www.moac.go.th/about-history>> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2565.
- กิตติศักดิ์ ทองมีทิพย์, ‘พัฒนาการเกษตรของประเทศไทย: ในมิติด้านการพัฒนาชุมชนและคุณภาพชีวิต’ (2564) 1 วารสารพัฒนศาสตร์ 132 – 162.
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1* (พิมพ์ครั้งที่ 10, จีรรัชการพิมพ์ 2551).
- คณพล จันทร์หอม, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิด เล่ม 3* (พิมพ์ครั้งที่ 7, วิญญูชน 2565).
- คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญาภาคความผิด* (วิญญูชน 2543).
- จิตติ ติงศภัทย์, *ประมวลกฎหมายอาญา ภาค 2 ตอนที่ 2 และ 3* (พิมพ์ครั้งที่ 5, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา 2524).
- จิระศักดิ์ สังเมฆ, ‘ความผิดอาญาเกี่ยวกับทรัพย์: ศึกษาเปรียบเทียบแนวคิดแห่งกฎหมายไทยกับแนวคิดอิตินาทานแห่งพระพุทธศาสนาเถรวาท’ (2563) 2 วารสารวไลยอลงกรณ์ปริทัศน์ 15 – 30.
- จุฬา จงสถิตถาวร, ‘การลักทรัพย์ในร้านค้าที่ลูกค้าบริการตนเอง’ (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2539).
- ฐรวัดน์ นักระนาด และ อัจฉริยา ชูตินันทน, ‘ศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน’ <<https://grad.dpu.ac.th/upload/content/files/year8-1/8056.pdf>> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2565.
- ฐรวัดน์ นักระนาด, ‘ศึกษาความเหมาะสมในการกำหนดเหตุฉกรรจ์ตามมาตรา 335 ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบัน’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2562).
- ดวงจิตต์ กำประเสริฐ, *กฎหมายแองโกลอเมริกันเบื้องต้น* (มหาวิทยาลัยรามคำแหง 2546).
- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ และ รณกรณ์ บุญมี, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาคความผิดและลหุโทษ* (พิมพ์ครั้งที่ 18, วิญญูชน 2564).
- ทวีพร คงแก้ว, ‘เหตุฉกรรจ์ในความผิดฐานทำร้ายร่างกาย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2553).
- พูนลาภ ชังเอียด, ‘มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญาเกี่ยวกับตัวทรัพย์ที่เป็นวัตถุแห่งการกระทำ ความผิดฐานลักทรัพย์’ (ภาคินิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยบูรพา 2557).
- มานิตย์ จุมปา, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายสหรัฐอเมริกา* (วิญญูชน 2552).
- ร.แลงการ์ด, *ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย* (ไทยวัฒนาพานิช 2526).
- วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์, *กฎหมายอาญาพิสดาร เล่ม 2* (แสงจันทร์การพิมพ์ 2559).
- สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม, ‘บทสรุปการศึกษาวิจัยประจำปี 2551’ (2552) สถาบันวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรม สำนักงานกิจการยุติธรรม
- สหรัฐ กิติ ศุภการ, *หลักและคำพิพากษากฎหมายอาญา* (พิมพ์ครั้งที่ 10, อมรินทร์พรินติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2563).
- สำนักงานเศรษฐกิจการเกษตร, ‘สศก. ระบุ GDP เกษตร Q2 ขยายตัว 5.7% เผย สาขาพืช เดิบโตถึง 9.3% ขณะที่ สาขาปศุสัตว์ – ประมง ยังคงหดตัว’ <<https://shorturl.asia/FA2Dq>> สืบค้นเมื่อ 11 กันยายน 2565.



สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์พัฒนกุล, คำอธิบายความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายอาญา (พิมพ์ครั้งที่ 5, วิญญูชน 2555).

สุวรรณวาทกสิกิจ (ทองดี เรศานนท์), ความรู้ทั่วไปในทางเกษตรกรรม (พิมพ์ครั้งที่ 2, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2487).

เสริม วินิจฉัยกุล, กฎหมายอาญาภาคปลาย (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง 2484).

หยุด แสงอุทัย, กฎหมายอาญาภาค 1. (พิมพ์ครั้งที่ 19, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2547).

อุทัย อาทิวา, 'สิทธิของผู้เสียหายในกฎหมายฝรั่งเศส' (2548) 1 บทบัณฑิตย 1 – 19.

Eukeik.ee Marketeer, 'เกษตรกรมีเท่าไรกัน' (The City, 29 เมษายน 2563) <<https://marketeeronline.co/archives/161682>> สืบค้นเมื่อ 11 เมษายน 2565.



**การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของไทย
: ศึกษาเปรียบเทียบสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี**

ฉัตรทริกา นภานาพงศ์

นักวิจัย มูลนิธิสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย

อีเมล: n.chattrika@gmail.com

บทคัดย่อ

องค์ความรู้และทัศนคติเกี่ยวกับเพศและความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยปัจจุบัน แม้จะได้รับการยอมรับถึงความแตกต่างและการมีตัวตนที่มีวิถีทางเพศและเพศสภาพที่หลากหลายโดยมีได้มองว่ามีเพียงเพศหญิงและเพศชายเท่านั้น แต่ในปัจจุบันกระบวนการยุติธรรมทางอาญายังคงเกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม ทั้งในด้านความหลากหลายทางเชื้อชาติ ฐานะ รวมไปถึงความหลากหลายทางเพศด้วย การมีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดของกลุ่มบุคคลข้ามเพศยังคงถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตั้งแต่ในชั้นสอบสวน

บทความนี้มุ่งศึกษาปัญหาการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวนเรื่องการค้นตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามมาตรา 132(1) วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิของผู้ต้องหา อันเป็นหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาความอาญาในปัจจุบันโดยจะดำเนินการศึกษาเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนีเพื่อวิเคราะห์แนวทางและกำหนดแนวปฏิบัติต่อบุคคลข้ามเพศในกระบวนการชั้นสอบสวนที่เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทยต่อไป

คำสำคัญ: บุคคลข้ามเพศ, ความหลากหลายทางเพศ, สิทธิมนุษยชน, กระบวนการยุติธรรมทางอาญา



Protection of Transgender Persons During Investigative Criminal Procedure: A Comparative Study of Thailand, the United Kingdom, Australia and Germany

Chattrika Napatanapong

Researcher, Thailand Development Research Institute

E-mail: n.chattrika@gmail.com

Abstract

In Thailand today, knowledge and attitudes about gender and gender diversity is limited to binary concepts despite recognition of differences and the presence of diverse sexual orientations, leading the criminal justice system to continue to cause social inequality in terms of diversity, including gender diversity. Gender mismatching of transgender people continues to represent human rights violations in the criminal justice system, starting with initial police interrogation sessions.

This article studies the problem of protecting transgender people in criminal procedural phases of investigations involving a search of the accused under Section 85 paragraph one of the Thailand Criminal Procedure Code (TCPC); examination of the accused or victim under Section 132 (1), paragraph two of the TCPC; and interrogation of the victim in cases of sexual offense, under section 133, paragraph four of the TCPC. The aim is to maintain a balance between the public interest and rights of the accused as basic principles of current criminal procedure. An international comparative legal study will be made of relevant statutes in the United Kingdom, Australia and Germany and to further analyze laws and formulate guidelines for the treatment of transgender people during the investigation process appropriate for the Thai context.

Keywords: Transgender, Sexual diversity, Human rights, Criminal Justice



1. บทนำ

สภาพสังคมในปัจจุบันได้ให้การรับรองและยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น จากเดิมในอดีตชุดข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ในโลกตะวันตกได้กำหนดเพียงว่ามนุษย์มีเพียงเพศหญิงและเพศชาย อันนำมาสู่แนวคิดและความเชื่อว่ามนุษย์ที่ไม่ใช่เพศหญิงและเพศชายจะเป็นบุคคลที่มีสภาพจิตผิดปกติหรือเบี่ยงเบนทางเพศ จนกระทั่งเริ่มมีพัฒนาการการยอมรับบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศมากขึ้น ทั้งแนวคิดด้านสิทธิมนุษยชน พันธกรณีระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งในกฎหมายของประเทศไทยในด้านต่าง ๆ ได้ให้ความคุ้มครองและรับรองสิทธิบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่มีความสำคัญต่าง ๆ มากขึ้น

อย่างไรก็ดี ความเป็นพลวัตของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว แต่ความเชื่อ วัฒนธรรม ทศนคติของสังคมไทยในอดีตยังส่งผลให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังคงได้รับการตีตราและถูกเลือกปฏิบัติอันเป็นเหตุให้บุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศยังคงได้รับผลกระทบทั้งทางร่างกายและจิตใจจากการถูกตีตราและเลือกปฏิบัติทางสังคมเพียงเพราะมีเพศสภาพหรืออัตลักษณ์ทางเพศไม่ตรงกับเพศกำเนิด กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจึงถือเป็นบุคคลเปราะบางกลุ่มหนึ่งที่จะต้องได้รับการปฏิบัติโดยคำนึงถึงหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพ

สำหรับในประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้วางหลักการอย่างกว้างเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ มาตรา 27 วรรคหนึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” วรรคสาม บัญญัติไว้ว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าจะด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” นอกจากนี้ยังได้บัญญัติหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย ในเรื่องสิทธิเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตามมาตรา 28 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย” วรรคสอง บัญญัติไว้ว่า “การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ” และวรรคสาม บัญญัติไว้ว่า “การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิตหรือร่างกายจะกระทำมิได้ เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ” ส่วนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งมีหลักการพื้นฐานในการรักษาสมดุลระหว่างประโยชน์ของสังคม (Crime Control) และประโยชน์ของผู้ถูกดำเนินคดี (Due Process) ในปัจจุบันจึงมีพัฒนาการในการปราบปรามอาชญากรรมแต่จะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองผู้ถูกดำเนินคดีเป็นสำคัญ

ทั้งนี้ มีข้อพิจารณาถึงประเด็นเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติหรือการละเมิดสิทธิในชั้นสอบสวนปัจจุบัน ในกลุ่มบุคคลข้ามเพศยังคงถูกเลือกปฏิบัติและยังไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามหลักสิทธิมนุษยชนในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในเรื่องการค้นตัวผู้ต้องหาตามมาตรา 85 วรรคหนึ่ง การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามมาตรา 132(1) วรรคสอง และการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 133 ซึ่งแก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 โดยแก้ไขเพิ่มเติมหลักความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของหญิงทั้งในฐานะผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่สามารถให้เจ้าพนักงานสอบสวนหญิงมาดำเนินการค้น ตรวจตัว หรือถามปากคำได้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการปฏิบัติที่เหมาะสม ซึ่งกลุ่มบุคคลข้ามเพศเป็น



กลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศที่ได้รับผลจากกระบวนการยุติธรรมในชั้นตอนดังกล่าว เนื่องจากบุคคลข้ามเพศเป็นผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศตามเพศสภาพซึ่งแตกต่างจากเพศกำเนิด แต่ในการปฏิบัติตามขั้นตอนทางกระบวนการยุติธรรมทั้งในเรื่องการค้น การตรวจตัวหรือการถามปากคำจะเป็นไปตามเพศกำเนิด ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวบุคคลข้ามเพศจึงอาจถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพ รวมทั้งหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพียงเพราะเหตุที่มีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดและคำนำหน้านามเป็นไปตามเพศกำเนิด อีกทั้งยังไม่มีแนวปฏิบัติหรือหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจนในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในการดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว

ดังนั้น ในบทความนี้จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับประเด็นในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทยในชั้นสอบสวนอันเป็นกระบวนการขั้นต้นที่มีความสำคัญและอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลข้ามเพศและขัดต่อหลักการพื้นฐานของวิธีพิจารณาความอาญา โดยจะพิจารณาผลกระทบของบุคคลข้ามเพศที่เกิดขึ้นในปัจจุบันอันจะนำไปสู่เหตุผลความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิ รวมทั้งจะพิจารณาหลักเกณฑ์ในการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย การถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศของกรณีศึกษาต่างประเทศ รวมทั้งแนวปฏิบัติของพนักงานสอบสวนที่กำหนดแนวทางการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศอย่างชัดเจน

2. ลักษณะและความหมายของบุคคลข้ามเพศ

ความหมายของบุคคลข้ามเพศนั้น มีผู้ให้คำนิยามคำว่า “คนข้ามเพศ (Transgender)” ไว้หลายความหมาย¹ ซึ่งจากความหมายของบุคคลข้ามเพศ (transgender) จะเห็นได้ว่านักวิชาการได้นิยามความหมายไปในทิศทางเดียวกัน โดยได้พิจารณาลักษณะของบุคคลข้ามเพศออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่ บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites) และบุคคลแปลงเพศ (transsexual)

2.1 บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites)

บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ (transvestites) หมายถึง บุคคลที่ชอบแต่งกายเป็นเพศตรงข้าม (the cross – dressing) โดยทั่วไปแล้วบุคคลกลุ่มนี้จะมีแค่ความต้องการแสดงออกซึ่งคำพูด การแต่งกายและพฤติกรรมทางเพศที่บุคคลนั้นต้องการจะเป็นมากกว่าความต้องการผ่าตัดเพื่อแปลงเพศของตนเองอย่างถาวร ดังนั้น บุคคลที่มีการแต่งกายข้ามเพศ จึงหมายถึงความรวมถึง บุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศ (non – operative transsexual) และบุคคลข้ามเพศอื่น ๆ ที่มิได้ต้องการนิยามเพศของตน ภายใต้ระบบสองเพศ

2.2 บุคคลแปลงเพศ (transsexual)

หมายถึง บุคคลที่มีการแสดงออกทางเพศที่ไม่สอดคล้องกับเพศตามกำเนิด และมีความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงร่างกายของตนเองให้สอดคล้องกับเพศตามที่ตนต้องการ บุคคลแปลงเพศมีความแตกต่างจากบุคคลแต่งกายข้ามเพศ กล่าวคือ บุคคลแปลงเพศ หมายถึง บุคคลข้ามเพศที่เตรียมเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศ (pre – operative transsexual) และบุคคลที่ผ่านการแปลงเพศแล้ว (post-operative transsexual) ซึ่งยังแบ่งแยกย่อยออกได้เป็น 2 ประเภท ได้แก่

¹ กนกพร อริยา, ‘การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ วิทยาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 2561) 9 – 10



ประเภทแรก บุคคลเพศชายที่แปลงไปเป็นเพศหญิง (Male-To-Female) หรือที่เรียกว่า MTF หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศหญิงในกรณีนี้บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศหญิง ถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศชายก็ตาม

ประเภทที่สอง บุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชาย (female-to-male) หรือที่เรียกว่า FTM หมายถึง บุคคลที่มีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิง ซึ่งต่อมาได้กำหนดอัตลักษณ์ทางเพศของตนเป็นเพศชาย ในกรณีนี้ บุคคลย่อมมีอัตลักษณ์ของการเป็นเพศชายถึงแม้ว่าบุคคลนั้นจะมีเพศตามกำเนิดเป็นเพศหญิงก็ตาม

3. พัฒนาการการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตามหลักการสากลตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

คงมีอาจปฏิเสธได้ว่า ในปัจจุบันการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศมีพัฒนาการและความก้าวหน้าทั้งในด้านการรับรองสถานะทางสุขภาพ การคุ้มครองสิทธิระหว่างประเทศ รวมทั้งการคุ้มครองความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติ โดยในที่นี่จะขอกล่าวถึงพัฒนาการในแต่ละด้าน ดังนี้

3.1 หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิระหว่างประเทศในประเด็นความโน้มเอียงทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ

ในปี ค.ศ. 2007 ผู้เชี่ยวชาญด้านสิทธิมนุษยชนและนักกฎหมายระหว่างประเทศได้จัดทำและรับรอง “หลักการยกยอการที่ว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ (The Principle on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity: Yogyakarta Principles) เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของรัฐที่มีอยู่ตามตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน) โดยหลักการดังกล่าวจะให้การคุ้มครองกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ประกอบด้วยหลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศจำนวน 29 เรื่อง ทั้งนี้ในหลักการข้อ 8 ได้มีการกำหนดสิทธิในการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม โดยกำหนดให้มนุษย์ทุกคนมีสิทธิได้รับการพิจารณาคดีอย่างยุติธรรมและโดยเปิดเผย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากสาเหตุความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศของบุคคล

นอกจากนี้หลักการข้อ 9 ยังได้กำหนดสิทธิในด้านการปฏิบัติในลักษณะความเป็นมนุษย์ระหว่างถูกควบคุมตัว กล่าวคือ มนุษย์ที่ถูกจำกัดเสรีภาพทุกคนต้องได้รับการปฏิบัติอย่างมีมนุษยธรรมและเคารพต่อส่วนสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความโน้มเอียงทางเพศ และอัตลักษณ์ทางเพศ

3.2 การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติ

การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศขององค์การสหประชาชาติเกิดขึ้นจากการนำหลักความเป็นสากลและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ปรากฏอยู่ในตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนมาใช้บังคับเพื่อให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ โดยยืนยันว่ารัฐมีหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนของบุคคลทุกคนโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งวิถีทางเพศ (sexual orientation) และอัตลักษณ์ทางเพศ (gender identity)

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากเอกสารระหว่างประเทศหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่สำคัญต่าง ๆ เช่น บทบัญญัติในกฎบัตรแห่งสหประชาชาติ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน รวมถึงสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ พบว่ามีได้มีการบัญญัติถึงการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องเพศวิถี



ของบุคคลไว้โดยตรงอย่างชัดเจน ซึ่งสาเหตุของการที่กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศไม่ได้กล่าวถึงเรื่องดังกล่าว อาจเป็นเพราะประเด็นเรื่องเพศวิถีของบุคคลเป็นสิ่งที่เพิ่งเกิดขึ้นใหม่ในช่วงเวลาที่มีการจัดทำกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ²

ในวันที่ 17 มิถุนายน ค.ศ. 2011 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้มีมติเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนเพราะรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ โดยมติดังกล่าวนำเสนอโดยผู้นำของประเทศบราซิล ร่วมกับผู้สนับสนุนร่วมอีก 39 รายจากทุกภูมิภาคทั่วโลก มติดังกล่าวถือเป็นมติแรกของสหประชาชาติที่ให้ความสำคัญกับการละเมิดสิทธิมนุษยชนโดยพิจารณาจากรสนิยมทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ ซึ่งมติดังกล่าวเป็นการส่งสัญญาณสำคัญของคณะมนตรีสิทธิมนุษยชนในการสนับสนุนนักปกป้องสิทธิมนุษยชน³ อีกทั้งยังเป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองครอบคลุมถึงบุคคลข้ามเพศที่ถูกเลือกปฏิบัติและถูกละเมิดสิทธิจากอาชญากรรมหรือความรุนแรงต่าง ๆ เพราะความเกลียดชัง

3.3 การคุ้มครองความหลากหลายทางเพศในระดับภูมิภาค

ปัจจุบันได้มีการจัดตั้งองค์กรระดับภูมิภาคที่ให้ความคุ้มครองกลุ่มบุคคลข้ามเพศในการถูกละเมิดสิทธิจากการเลือกปฏิบัติหรือได้รับอันตรายจากอาชญากรรมแห่งความเกลียดชัง ตัวอย่างเช่น Transgender Europe (TGEU)⁴ องค์กรเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการเสริมสร้างสิทธิและคุ้มครองบุคคลข้ามเพศทั้งในภูมิภาคยุโรปและเอเชียกลางที่ได้เผชิญกับการกระทำที่เลือกปฏิบัติจากทั้งประชาชนในเมืองนั้นๆ และจากดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งการถูกปฏิเสธการดูแลสุขภาพ และการถูกทารุณกรรมเพราะอัตลักษณ์ทางเพศ

ตัวอย่างคดีที่เกิดขึ้นที่แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการในการคุ้มครองสิทธิกลุ่มบุคคลข้ามเพศของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights/ECHR) เช่น คดี *Identoba and Others v. Georgia* ซึ่งเป็นคดีที่ศาลตัดสินว่า การเดินประท้วงตามท้องถนนของกลุ่มคนเกลียดกลัวบุคคลข้ามเพศในงาน The International Day Against Homophobia and Transphobia (IDAHOT) ซึ่งในงานได้มีการตะโกนด่าทอบุคคลข้ามเพศด้วยถ้อยคำและท่าทางที่ดูถูกเหยียดหยาม โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจนิ่งเฉยและไม่ได้ห้ามปรามกลุ่มผู้ประท้วง การกระทำดังกล่าวทั้งของกลุ่ม IDAHOT และเจ้าหน้าที่ตำรวจ เป็นการกระทำที่ฝ่าฝืน ข้อ 3 และ ข้อ 14 แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน คำพิพากษาดังกล่าวถือเป็นแบบอย่างทางกฎหมายที่สำคัญ เนื่องจากศาลได้ยอมรับว่าคำพูดแสดง

² อารยา สุขสม, 'สิทธิมนุษยชนในเรื่องวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศในระบบกฎหมายไทย' (ดุสิตนิพนธ์ นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 59.

³ Transgender Europe, 'Historic Decision at the United Nations: Human Rights Council Passes First-Ever Resolution on Sexual Orientation and Gender Identity' <<https://tgeu.org/historic-un-human-rights-resolution-covers-transgender-people>> accessed 6 August 2020. ; International Service of Human Rights, 'Historic decision: Council passes first-ever resolution on sexual orientation & gender identity' (2011) <<https://www.ishr.ch/news/historic-decision-council-passes-sexual-orientation-gender-identity>> accessed 5 October 2020.

⁴ Transgender Europe, 'About us' <<https://tgeu.org/about-us/Jane-Ryan>>; Jane Ryan 'Transgender issues in the criminal justice system' <<https://www.lag.org.uk/article/202050/transgender-issues-in-the-criminal-justice-system>> accessed 18 September 2020.



ความเกลียดชังและพฤติกรรมก้าวร้าว แม้จะเกิดขึ้นในการชุมนุมอย่างสงบในที่สาธารณะ ก็ถือเป็นการละเมิดข้อห้ามของการปฏิบัติที่ไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี

4. หลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนในประเทศไทย

ในปัจจุบันหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศไทย มีความเจริญก้าวหน้าทั้งในทางทัศนคติและมุมมองที่จะยอมรับบุคคลข้ามเพศให้เป็นเสมือนหนึ่งเป็นเพศหญิงแต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยยังคงมีข้อพิพาทจากกฎหมายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวนในประเทศไทย ดังนี้

4.1 ความเข้าใจและการยอมรับบุคคลข้ามเพศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ประเทศไทยได้มีการรับรองหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่งเพศให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศมาตั้งแต่ พ.ศ. 2550 โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 30 วรรคสาม ได้บัญญัติว่า “...การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ...หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทที่กเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550⁵ จะพบว่าคำว่า “เพศ” ในที่นี้หมายความรวมถึง “ความหลากหลายทางเพศ” ด้วย จึงเห็นได้ว่าประเทศไทยได้ใช้แนวทางการตีความคำว่า “เพศ” ให้ครอบคลุมถึงความหลากหลายทางเพศ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับการปรับใช้ ICCPR โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (HRC)

ต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้มีการบัญญัติหลักการห้ามเลือกปฏิบัติเอาไว้ในมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้” จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันต่อบุคคลโดยอาศัยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฯลฯ นั้นถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร การกระทำดังกล่าวย่อมมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

4.2 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศตามแผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 – 2565) ได้กำหนดแผนสิทธิมนุษยชนสำหรับกลุ่มความหลากหลายทางเพศ⁶ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมความเท่าเทียมทางเพศและไม่เลือกปฏิบัติทางเพศในเรื่องต่าง ๆ ซึ่งในแผนสิทธิมนุษยชนฉบับดังกล่าวได้กำหนดรวมไปถึงวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองกลุ่มผู้ที่มีความ

⁵ คณะกรรมาธิการวิสามัญยกร่างบทกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (พิมพ์ลักษณ์, 2550) 22-23.

⁶ กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, ‘แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2565)’ <<https://asdd.mol.go.th/wp-content/uploads/sites/11/2020/11/แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ-ฉบับที่-4-พ.ศ.-2562-2565.pdf>> สืบค้นเมื่อ 30 สิงหาคม 2564.



หลากหลายทางเพศจากการถูกเลือกปฏิบัติทางเพศในกระบวนการสืบสวนสอบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งคดีที่เกี่ยวข้องกับการล่วงละเมิดทางเพศ

อนึ่ง แผนสิทธิมนุษยชนฉบับดังกล่าวได้กำหนดข้อเสนอแนะด้านการดำเนินมาตรการส่งเสริมเจตคติของคนในสังคมให้มีความเข้าใจและยอมรับในการมีอัตลักษณ์ทางเพศและการปฏิบัติต่อเพศสภาพ อาทิ การจัดการติตราในด้านเพศ การเผยแพร่สถานการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชนของกลุ่มความหลากหลายทางเพศทุกปี เป็นต้น รวมทั้งการดูแลติดตามให้มีการปฏิบัติตามและบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด

4.3 การคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศตามกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน

กระบวนการพิจารณาคดีชั้นสอบสวนในประเทศไทย ได้กำหนดอำนาจของเจ้าพนักงานในการดำเนินคดีชั้นสอบสวนตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญา⁷ โดยในประเด็นการค้นตัวผู้ต้องหา มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดี โดยเป็นการตรวจตัว รวมถึงการถ่ายภาพ การจำลอง หรือการพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือ หรือลายเท้า หรือการตรวจสภาพจิตใจ ในการค้นตัวไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ต้องหา เมื่อเจ้าพนักงานควบคุมตัวผู้ถูกจับไว้ ก็มีอำนาจที่จะค้นตัวผู้ต้องหาและยึดสิ่งของที่อาจใช้เป็นพยานหลักฐานได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85⁸ การค้นนั้นจักต้องทำโดยสุภาพ และมีเงื่อนไขในการค้น กล่าวคือ ถ้ามีเหตุที่จะต้องค้นผู้ต้องหาที่เป็นเพศหญิงต้องจัดให้มีพนักงานสอบสวนที่เป็นเพศหญิงเป็นผู้ค้น จึงจะเป็นผู้ค้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำว่าเพศหญิงนั้นมิได้มีการกำหนดไว้ในคำนิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงมีการนำความหมายของคำว่า “เพศหญิง” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งได้ให้ความหมายไว้ว่า มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์⁹

นอกจากนี้ ในประเด็นการตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการแก้ไขหลักการดำเนินการตรวจผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 8¹⁰ ซึ่งได้กำหนดให้เพิ่มแนวทางปฏิบัติในกรณีตรวจตัวผู้เสียหาย หากผู้เสียหายหรือผู้ต้องหาเป็นเพศหญิง ให้จัดให้เจ้าพนักงานซึ่งเป็นหญิงหรือหญิงอื่นเป็นผู้ตรวจ โดยหลักการและเหตุผลในการเพิ่มเติมบทบัญญัติดังกล่าวเป็นไปเพื่อให้หญิงได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม¹¹ ซึ่งการตรวจตัวเป็นการกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย อันอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในร่างกายของผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย

⁷ วิรัตน์ พาณิชพงษ์, ‘กระบวนการยุติธรรมในระบบประชาธิปไตย 100 ปี’ (เอกสารวิชาการส่วนบุคคล สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ) 2.

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85.

⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสถาน, ‘คำเกี่ยวกับ ‘เพศ’ ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554’ <<http://www.royin.go.th/wp-content/uploads/2017/03/%E0%B8%84%E0%B8%B3%E0%B9%80%E0%B8%81%E0%B8%B5%E0%B9%88%E0%B8%A2%E0%B8%A7%E0%B8%81%E0%B8%B1%E0%B8%9A%E0%B9%80%E0%B8%9E%E0%B8%A822-03-2560.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2564.

¹⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 8.

¹¹ ‘บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่..) พ.ศ.’ <https://library2.parliament.go.th/giventake/content_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpml4Kw_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD_w> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563.



ในส่วนการถามปากคำผู้เสียหายกรณีเป็นความผิดเกี่ยวกับเพศประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้มีการแก้ไขหลักการดำเนินการตรวจผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 9¹² ซึ่งกำหนดให้ในการถามปากคำผู้เสียหายที่เป็นผู้หญิง พนักงานสอบสวนจะต้องเป็นผู้หญิง เนื่องจากในการถามปากคำกับผู้เสียหาย ประเด็นในการสอบสวนมีผลสำคัญในการถามปากคำพยาน และอาจมีผลต่อสภาพจิตใจของผู้เสียหายด้วย

4.4 แนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ

พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 หมวด 5 ว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัยได้กำหนดให้ข้าราชการตำรวจต้องถือและปฏิบัติตามกฎหมาย และจรรยาบรรณของตำรวจตามที่กำหนดโดยเคร่งครัด ซึ่งสาระสำคัญของจรรยาบรรณของตำรวจปรากฏอยู่ในประมวลจริยธรรมและจรรยาบรรณของตำรวจ พ.ศ. 2553 อันมีเนื้อหาที่กำหนดไว้เกี่ยวข้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ โดยได้กำหนดค่านิยมของการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในข้อ 2 โดยหมายถึง การไม่ใช้ความรู้สึกพึงพอใจหรือไม่พึงพอใจส่วนตัวต่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคล อันเนื่องมาจากชาติกำเนิด เพศ ศาสนา หรือเชื้อชาติ สัญชาติ อายุ การศึกษา ความนิยมทางเพศส่วนบุคคล ความพิการ สภาพร่างกาย จิตใจ หรือสุขภาพ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีการจัดทำแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกระบวนการพิจารณาชั้นสอบสวนซึ่งส่งผลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่มีแนวทางปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการค้นตัวผู้ต้องหา ตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย หรือการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศต่อบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งไม่มีแนวทางที่เป็นองค์ความรู้ในการสร้างความเข้าใจในเรื่องสิทธิมนุษยชนกับความหลากหลายทางเพศ

5 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของต่างประเทศ

การศึกษาในส่วนนี้ ผู้เขียนจะดำเนินการศึกษาหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวนในระบกกฎหมายต่างประเทศ โดยผู้เขียนจะดำเนินการศึกษาทั้งหมด 3 ประเทศ ได้แก่ สหราชอาณาจักร ประเทศออสเตรเลีย และประเทศเยอรมนี โดยผู้เขียนได้เลือกศึกษาทั้ง 3 ประเทศ เนื่องจากแต่ละประเทศมีการกำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายให้กับบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งมีมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน และมีแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนอย่างชัดเจน

5.1 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของสหราชอาณาจักร

ในปัจจุบันสหราชอาณาจักรได้มีการกำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายของบุคคลข้ามเพศผ่านกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ Gender Recognition act 2004 โดยมีสาระสำคัญกำหนดให้บุคคลข้ามเพศในสหราชอาณาจักรสามารถเปลี่ยนคำนำหน้านามให้ตรงกับเพศที่ตนเลือกได้ โดยสามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการว่าด้วยการรับรองเพศ (Gender Recognition Panel) เพื่อขอขึ้นทะเบียนรับรองเพศ ซึ่งผลของการที่บุคคลได้รับการขึ้นทะเบียนรับรองเพศ

¹² พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่ 28) พ.ศ. 2551 มาตรา 9.



บุคคลดังกล่าวจะได้รับใบทะเบียนรับรองเพศ และให้ถือว่าบุคคลนั้นได้รับการรับรองให้มีเพศตามที่ปรากฏทางทะเบียนใน
ทุกกรณี¹³

5.1.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรม ทางอาญาชั้นสอบสวน

สหราชอาณาจักรได้เข้าเป็นสมาชิกของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (European Convention on Human Rights: ECHR)¹⁴ กฎหมายของสหราชอาณาจักรจึงไม่อาจขัดต่อหลักการและบทบัญญัติใน
อนุสัญญายุโรปดังกล่าวได้ ดังนั้น ในกรณีที่พลเมืองของสหราชอาณาจักรเห็นว่าตนถูกละเมิดสิทธิหรือไม่ได้รับความ
คุ้มครองตามบทบัญญัติของกฎหมายในสหราชอาณาจักร บุคคลที่ถูกโต้แย้งสิทธิสามารถนำคดีฟ้องร้องสหราชอาณาจักรต่อศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights) ได้โดยอาศัยข้อ 8 และข้อ 12 แห่ง
อนุสัญญาฯ¹⁵

ภายใต้ Police and Criminal Evidence Act 1984 (PACE) และ The Equality Act 2010 เจ้าพนักงานที่ต้องไม่กระทำการใด ๆ อันอาจกระทบต่อสิทธิของประชาชน ทั้งนี้ในการค้นตัวผู้ต้องหาได้มีการกำหนดการ
ค้นตัวออกเป็น 2 ระยะ ได้แก่ การค้นตัวภายหลังการจับกุม และการค้นตัวเพื่อยืนยันตัวตน โดยทั้ง 2 กรณี เจ้าพนักงาน
มีอำนาจในการตรวจค้นโดยต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข¹⁶ ทั้งนี้เงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งในการจำกัดอำนาจของเจ้า
พนักงาน ได้แก่ เจ้าพนักงานไม่สามารถทำการค้นโดยไม่ได้รับความยินยอมและการตรวจค้นจะต้องกระทำโดยเจ้า
พนักงานที่เป็นเพศเดียวกันกับบุคคลที่ถูกค้น

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า สหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายที่กำหนดชัดเจนในการค้นตัวผู้ต้องหา
ที่เป็นบุคคลข้ามเพศ แต่สหราชอาณาจักรได้รับรองสถานะทางกฎหมายให้กับบุคคลข้ามเพศที่ได้ยื่นคำขอเปลี่ยนแปลง
เพศใหม่ โดยเงื่อนไขในการเปลี่ยนแปลงเพศใหม่นั้นจะไม่คำนึงว่าทางกายภาพของผู้ร้องจะดำเนินการผ่าตัดแปลงเพศ
แล้วหรือไม่ก็ตาม

5.1.2 แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ชั้นสอบสวน

สหราชอาณาจักรได้กำหนดแนวปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาในกระบวนการยุติธรรม
ทางอาญาชั้นสอบสวนภายใต้ Police and Criminal Evidence Act 1984 และ The Equality Act 2010 โดยแนว
ปฏิบัติได้กำหนดให้ในกรณีที่จะต้องมีการตรวจค้นหรือดำเนินกระบวนการสอบสวนใด ๆ ต่อบุคคลข้ามเพศ เจ้า
พนักงานจึงต้องดำเนินการตามแนวปฏิบัติ ดังนี้¹⁷

¹³ Gender Recognition Act 2004 Section 9(1).

¹⁴ Amnesty International United Kingdom, ‘What is the European Convention on Human Rights’ <<https://www.amnesty.org.uk/what-is-the-european-convention-on-human-rights>> accessed 18 June 2020.

¹⁵ อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อ 8.

¹⁶ Police and Criminal Evidence Act 1984 Section 54 (6), (7).

¹⁷ The Home Office on behalf of The Controller of Her Majesty’s Stationery Office, ‘Code of Practice for the detention, treatment and questioning of persons by Police Officers’ (August 2019), <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/903473/pace-code-c-2019.pdf> accessed 20 June 2020.



- (1) เจ้าพนักงานจะต้องไม่ซักถามผู้ถูกค้นว่ามีใบรับรองเพศใหม่ (GRC) หรือไม่
- (2) หากเจ้าพนักงานรู้โดยชัดแจ้งว่าผู้ถูกค้นควรได้รับการปฏิบัติในฐานะชายหรือหญิง ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติต่อบุคคลนั้นตามเพศที่ปรากฏชัดแจ้ง
- (3) หากในระหว่างการค้นหรือดำเนินการตามขั้นตอนขั้นสอบสวน และมีข้อสงสัยว่าบุคคลนั้นควรได้รับการปฏิบัติอย่างไร ให้เจ้าพนักงานสอบถามบุคคลนั้นว่าเป็นเพศอะไร และแจ้งให้ผู้ค้นแสดงความจำนงว่าประสงค์ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติต่อบุคคลนั้นตามเพศใดและแสดงความยินยอมโดยลงนามในบันทึกการควบคุมตัว หรือบันทึกการค้น หรือสมุดบันทึกของพนักงานเจ้าหน้าที่
- (4) หากวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้นแตกต่างจากเพศที่ปรากฏในเอกสาร เจ้าพนักงานต้องปฏิบัติตามวิถีชีวิตหรืออัตลักษณ์ทางเพศของบุคคลนั้น
- (5) หากไม่สามารถดำเนินการตามข้อ (1) - (4) ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติตามเพศในทะเบียนเกิด

5.2 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นสอบสวนของประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศหนึ่งในโลกที่มีความพยายามที่จะปรับเปลี่ยนกรอบการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศให้กว้างขวางมากขึ้น ทั้งนี้ เพราะแนวคำพิพากษาของศาลสหราชอาณาจักรมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อแนวบรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณีอีกหลายประเทศ รวมถึงศาลของประเทศออสเตรเลียด้วย อันจะนำมาสู่การบัญญัติกฎหมายรับรองเพศและแนวทางการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นสอบสวน โดยประเทศออสเตรเลียได้อนุญาตให้บุคคลข้ามเพศสามารถเปลี่ยนแปลงคำระบุเพศหน้าชื่อของตนเองได้ โดยได้มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการรับรองเพศขึ้น เรียกว่า Sexual Reassignment Act 1988 รวมทั้งศาลของออสเตรเลียยังได้ตีความและวินิจฉัยให้บุคคลข้ามเพศมีสิทธิต่าง ๆ เท่าเทียมกับกลุ่มหญิงและชายทั่วไปภายใต้ระบบกฎหมายออสเตรเลียมากขึ้น

5.2.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาขั้นสอบสวน

เนื่องจากประเทศออสเตรเลียมีกฎหมายในการกำกับดูแลทั้งในระดับสหพันธรัฐและระดับมลรัฐ โดยกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องในระดับพระราชบัญญัติแห่งสหพันธรัฐ ได้แก่ Criminal Procedure Act 2007 และ Police Act 1979 โดยใน Criminal Procedure Act 2007 มีสาระสำคัญในการกำหนดแนวทางทางการค้นตัวบุคคลข้ามเพศตามที่ปรากฏในหมวดการสอบสวน¹⁸ โดยกำหนดให้บุคคลข้ามเพศที่ถูกค้นตัวต้องแจ้งแก่เจ้าพนักงานว่าการค้นหาค่าดำเนินการโดยเจ้าพนักงานเพศชายหรือหญิง และให้ดำเนินการตามเพศที่ได้อำนาจ

สำหรับกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้องในระดับมลรัฐ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงกฎหมายภายในรัฐนิวเซาท์เวลส์ ได้แก่ Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 และ รัฐเทศมาเนีย ได้แก่ Police Offences Act 1935 สำหรับ Law Enforcement (Powers and Responsibilities) Act 2002 ได้กำหนดคำนิยามของบุคคลข้ามเพศสามารถแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ บุคคลข้ามเพศก่อนที่จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศ

¹⁸ Search of transgender or intersex person in Norfolk Island Criminal Procedure Act 2007 Section 48.



(pre – operative transgendered)¹⁹ และบุคคลข้ามเพศภายหลังจากการผ่าตัดแปลงเพศ (post – operative transgendered) ทั้งนี้ บุคคลข้ามเพศนั้นอาจจะเป็นบุคคลข้ามเพศชายหญิง (Transwoman) หรือบุคคลข้ามเพศหญิงชาย (Transman) ก็ได้ ซึ่งในเรื่องการค้นบุคคลข้ามเพศ ได้กำหนดให้ เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องไม่ค้นบริเวณอวัยวะเพศและหน้าอกของบุคคลที่เป็นผู้หญิงหรือบุคคลข้ามเพศ เว้นแต่จำเป็นต้องทำเพื่อวัตถุประสงค์ของการค้นหา

5.2.2 แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

สำหรับแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของประเทศออสเตรเลีย จากการศึกษาพบว่า รัฐบาลกลางหรือหน่วยงานกลางที่เกี่ยวข้องในประเทศออสเตรเลียไม่ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติในการค้นบุคคลในชั้นสอบสวน แต่จะกำหนดไว้ในระดับที่บังคับใช้กับรัฐในเครือออสเตรเลียแต่ละรัฐของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะขอก้าวถึงรัฐ New South Wales และ Tasmania กล่าวคือ รัฐนิวเซาท์เวลส์ ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานสอบสวนปรากฏใน Person Search Manual โดยแนวทางปฏิบัติในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนได้กำหนดให้การค้นตัวบุคคลที่เป็นผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศ ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจหรือสัมผัสบริเวณหน้าอกและอวัยวะเพศของผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศหรือให้มองด้วยสายตาเท่านั้น

ในส่วนของรัฐแทสมาเนีย ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานสอบสวนปรากฏใน Tasmania Police Manual²⁰ โดยในแนวปฏิบัติได้กำหนดคำนิยามของ Transgender และ Intersex ไว้หมายถึงผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศ หรือการแสดงออกไม่ตรงกับความคาดหวังทางวัฒนธรรมที่กำหนดความหมายของการเป็นผู้หญิงหรือผู้ชาย ซึ่งรวมถึงผู้ที่มีอัตลักษณ์ทางเพศแตกต่างจากเพศกำเนิด และบุคคลข้ามเพศควรได้รับการปฏิบัติตามเพศที่ต้องการ โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานควรดำเนินการตามขั้นตอน ดังนี้

- (1) หากเจ้าหน้าที่ไม่แน่ใจว่าบุคคลดังกล่าวเป็นบุคคลข้ามเพศหรือไม่ ควรถามบุคคลนั้นด้วยความเคารพและให้เกียรติ
- (2) การค้นตัวบุคคลข้ามเพศควรดำเนินการค้นหาโดยเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกัน
- (3) ควรระมัดระวังความถูกต้องของการระบุเพศในเอกสารประจำตัวและบันทึกของเจ้าหน้าที่

5.3 การคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของประเทศเยอรมนี

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศที่มีการรับรองสิทธิในการเปลี่ยนชื่อและเปลี่ยนเพศของบุคคลข้ามเพศไว้เป็นการเฉพาะ โดยมีกฎหมายรับรองสิทธิดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เรียกว่า German Gender Recognition Act หรือ Transsexual Act – Transsexuellengesetz ค.ศ. 1980 กฎหมายฉบับนี้มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาล

¹⁹ บุคคลข้ามเพศก่อนที่จะได้รับการผ่าตัดแปลงเพศอาจมีความหมายอย่างกว้างซึ่งหมายถึงบุคคลที่ไม่ได้รับการผ่าตัด (ทั้งหมดหรือบางส่วน) non-operative transgendered person เลย

²⁰ Department of Police, Fire and Emergency Management, ‘Tasmania Police Manual’ <<https://www.police.tas.gov.au/TPM-RTI-18-December-2018.pdf>> (accessed 22 February 2021).



รัฐธรรมนูญของเยอรมนีตะวันตก เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ.1978²¹ ที่ได้รับรองสิทธิให้บุคคลที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วสามารถร้องขอเปลี่ยนชื่อและเพศในเอกสารราชการ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลในคดีนี้ส่งผลให้รัฐสภาของเยอรมนีได้ประกาศใช้กฎหมาย Transsexual Act ในปี ค.ศ.1980

5.3.1 มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศ คือ Federal Police Act 1994 (BGSG) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดหลักการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ โดยกำหนดให้ในการค้นตัวบุคคลข้ามเพศ เจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นผู้ค้นตัวจะต้องเป็นเพศเดียวกับเพศสภาพที่แสดงออก หรือเป็นแพทย์เท่านั้น เว้นแต่มีเหตุจำเป็นต้องค้นในทันทีเพื่อป้องกันภัยคุกคามต่อชีวิตหรือร่างกาย²²

5.3.2 แนวทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

ในปัจจุบันประเทศเยอรมนีนอกจากจะมีการประกาศใช้กฎหมายที่สนับสนุนและให้ความคุ้มครองกับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันหลายฉบับแล้ว ในการอบรมเจ้าพนักงานตำรวจของมหาวิทยาลัยตำรวจ (German Police University) ยังได้มีการอบรมเจ้าพนักงานในด้านสิทธิมนุษยชน โดยสร้างความตระหนักรู้และสร้างความเข้าใจให้กับเจ้าพนักงานก่อนจะออกไปปฏิบัติหน้าที่²³ ตัวอย่างหลักสูตรเกี่ยวกับหัวข้อต่าง ๆ เช่น การชกถามกลุ่มเหยื่อพิเศษ การดูแลเหยื่อ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี จากการรวบรวมข้อมูลแนวปฏิบัติในการดำเนินคดีทางอาญา พบว่า ประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติการทำงานของตำรวจอย่างชัดเจน แต่จะเป็นการสร้าง ความเข้าใจในรูปแบบของการอบรมและแผนปฏิบัติการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (National Action Plan) โดยอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลกลาง

นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดข้อแนะนำเกี่ยวกับแนวทางในการชกถามหรือการค้นของเจ้าพนักงาน กล่าวคือ ในรายงานได้กำหนดให้อำนาจการค้นของเจ้าพนักงานควรยุติการให้ข้อมูลเกี่ยวกับสีผิว ศาสนา สัญชาติ หรือชาติพันธุ์ รวมทั้งรสนิยมทางเพศ ของผู้ต้องสงสัยเป็นส่วนใหญ่ และจะต้องสร้างแนวทางที่มีผลผูกพันสำหรับตำรวจในการป้องกันการเลือกปฏิบัติ อีกทั้ง ตามคำแนะนำของคณะกรรมการสิทธิการยุโรปเพื่อต่อต้านการเหยียดเชื้อชาติและการไม่ยอมรับ (ECRI) ได้ให้คำแนะนำว่า ตำรวจควรได้รับอนุญาตให้เปิดเผยรายละเอียดที่เกี่ยวข้องต่อสาธารณะและสื่อมวลชนก็ต่อเมื่อมีการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายเท่านั้น²⁴

²¹ SWITCH - Peer Support for Trans* Persons, Friends, and Family, 'Transsexuals Act (TSG)' <<https://www.switch-hh.de/gb/TSG.html>> accessed 12 March 2021.

²² Federal Police Act of 19 October 1994, Section 43 (Federal Law Gazette I, page 2978, 2979), last amended by Article 1 of the Law of 21 June 2005 (Federal Law Gazette I, page 1818).

²³ The Federal Government, 'National Action Plan Against Racism' <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/EN/publikationen/2018/nap-en.pdf?__blob=publicationFile&v=4> accessed 22 February 2021.

²⁴ Ibid.



6 ข้อพิจารณาปัญหาการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวนของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศ

จากการศึกษาแนวคิด ทฤษฎี และหลักกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนของประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่า องค์ความรู้และทัศนคติเกี่ยวกับเพศและความหลากหลายทางเพศในประเทศไทยปัจจุบัน แม้จะได้รับการยอมรับถึงความแตกต่างและการมีตัวตนที่มีวิถีทางเพศและเพศสภาพที่หลากหลายโดยมีได้มองว่ามีเพียงเพศหญิงและเพศชายเท่านั้น แต่กระบวนการยุติธรรมทางอาญายังคงเกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม ทั้งในด้านความหลากหลายทางเชื้อชาติ ฐานะ รวมไปถึงความหลากหลายทางเพศด้วยการมีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดของกลุ่มบุคคลข้ามเพศยังคงถูกละเมิดสิทธิมนุษยชนจากการกระบวนการยุติธรรมทางอาญาตั้งแต่ในชั้นสอบสวน โดยสามารถแบ่งผลการศึกษาออกเป็นประเด็นที่สำคัญ ดังนี้

6.1 ความจำเป็นในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศจากมาตรการทางกฎหมายในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวนในปัจจุบัน

ปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้กำหนดนิยามของคำว่า “หญิง” ไว้ในกฎหมาย จึงมีการนำเอาความหมายมาจากพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานเพื่อใช้เทียบเคียงเอกสารเพิ่มเติม โดยให้คำนิยามว่าหญิงจะต้องเป็นผู้ที่สามารถสืบพันธุ์ได้ ขณะเดียวกันคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 157/2524 ได้ตอกย้ำกรอบนิยามคำว่า “เพศ” ให้หมายถึง เพศโดยกำเนิดเท่านั้น โดยศาลได้วินิจฉัยว่า เพศของบุคคลธรรมดาในกฎหมายรับรองและถือเอาตามเพศที่ถือกำเนิดมา และคำว่าหญิง ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน หมายความว่าคนที่ยังไม่คลอดบุตร ผู้ร้องถือกำเนิดเป็นชาย ถึงแม้จะมีเสรีภาพในร่างกายโดยรับการผ่าตัดเปลี่ยนแปลงอวัยวะเพศของหญิงแล้วก็ตาม แต่ผู้ร้องก็รับอยู่ว่าไม่สามารถมีบุตรได้ ฉะนั้น โดยธรรมชาติและตามที่กฎหมายรับรองผู้ร้องยังคงเป็นเพศชายอยู่ และไม่มีกฎหมายรับรองให้สิทธิผู้ร้อง ซึ่งในปัจจุบันพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานฉบับ พ.ศ. 2554 ยังคงกำหนดความหมายของคำว่า “หญิง” หมายถึงมนุษย์เพศเมียซึ่งโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์

สำหรับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แม้ว่ากฎหมายจะให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยกำหนดกรอบการใช้อำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ในเรื่องการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้เสียหายหรือถามปากคำของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ให้เป็นไปตามกฎหมายในฐานะที่เป็นมาตรการสำคัญก่อนการเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี²⁵ ทั้งนี้ ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับบุคคลข้ามเพศการดำเนินการค้นหรือตรวจตัวจากขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานเจ้าหน้าที่อาจมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเนื่องจากมีเพศสภาพที่ไม่ตรงกับเพศกำเนิด

อีกทั้ง ในปัจจุบันแม้ว่าประเทศไทยจะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติความเท่าเทียมระหว่างเพศ พ.ศ. 2558 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการมุ่งคุ้มครองครอบคลุมถึงกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศ แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวยังมิได้กำหนดรับรองสถานะทางกฎหมายตามเพศสภาพ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดคุ้มครองเพียงการค้น การตรวจหรือการถามปากคำบุคคลที่เป็นเพศหญิงเท่านั้น การดำเนินงานของพนักงานสอบสวนจึงเป็นไปตามดุลยพินิจในขณะที่ยังดำเนินการสอบสวน ซึ่งจากการศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย พบว่าบุคคลข้ามเพศชายมีความต้องการด้านความปลอดภัยในพื้นที่ส่วนตัว และพื้นที่สาธารณะ

²⁵ ฉัตรสุมน พฤทธิญาณุ และนิทัศน์ ศิริโชติรัตน์ ‘กระบวนการสอบสวนและหลักฐานคดีความผิดทางเพศ’ (2557) 7 วารสารกระบวนการยุติธรรม 17, 27.



รวมทั้งการตรวจค้นร่างกายโดยพนักงานเจ้าหน้าที่²⁶ ส่วนในบุคคลข้ามเพศหญิงจะรู้สึกอายเมื่อต้องมาพบและให้ข้อมูลกับพนักงานเจ้าหน้าที่เนื่องจากส่วนใหญ่ในสถานีดำรวจเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่เพศชายและไม่อยากถูกตีตราหรือเลือกปฏิบัติ²⁷ การตกอยู่ในสภาวะการณ์เหล่านี้จึงส่งผลให้บุคคลข้ามเพศยังคงได้รับผลกระทบจากการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่

6.2 ขอบเขตการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวนกับความเป็นพลวัตของสังคมในปัจจุบัน

ในเรื่องขอบเขตการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศ ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเนื่องจากในปัจจุบันบุคคลข้ามเพศมีความหลากหลายมากขึ้นตามพลวัตทางสังคมทั่วโลก จึงเป็นการยากในกำหนดลักษณะหรือรูปแบบของบุคคลข้ามเพศที่ควรได้รับความคุ้มครอง ดังนั้นการคุ้มครองสิทธิจึงควรพิจารณาให้ครอบคลุมถึงอัตลักษณ์ทางเพศที่เกิดขึ้นในสังคมและในขณะเดียวกันก็ควรคำนึงถึงความจำเป็นในการคุ้มครองสิทธิส่วนตัวบุคคลโดยซึ่งน้ำหนักประกอบกับผลกระทบทางสังคม เพื่อให้สามารถนำไปปฏิบัติได้จริงและเห็นผลเชิงคุณภาพในอนาคต

สำหรับคุณสมบัติหรือเงื่อนไขของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวนจากการศึกษาพบว่า สำหรับประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่ได้กำหนดคุณสมบัติหรือเงื่อนไขของบุคคลข้ามเพศที่ได้รับการคุ้มครองสิทธิในคนและตรวจตัวเอาไว้โดยเฉพาะ ทั้งในระดับเครือรัฐและระดับภายในรัฐ โดยบุคคลข้ามเพศจะได้รับความคุ้มครองทั้งก่อนและภายหลังจากการผ่าตัดแปลงเพศ อีกทั้งผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า การคุ้มครองดังกล่าวมิได้จำกัดว่าจะเป็นบุคคลข้ามเพศชายหญิง (Transwoman) หรือบุคคลข้ามเพศหญิงชาย (Transman)

ขณะเดียวกันในสหราชอาณาจักร The Equality Act 2010 เป็นกฎหมายที่ได้กำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการห้ามเลือกปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐไว้ โดยกำหนดคุณสมบัติของการให้ความคุ้มครองบุคคลข้ามเพศนอกเหนือไปจากบุคคลที่ได้รับการกำหนดเพศใหม่แล้ว ยังหมายความรวมถึงบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ได้รับการรับรองเพศใหม่ตาม Gender Recognition Act 2004 ด้วย อีกทั้งแนวปฏิบัติตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้บุคคลข้ามเพศที่ยื่นคำร้องนั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการผ่าตัดแปลงเพศหรือการรักษาด้วยฮอร์โมน การรับรองทางกฎหมายไม่มีผลต่อการเข้าถึงการรักษาพยาบาล²⁸

จากการศึกษาเปรียบเทียบข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมุ่งเน้นการคุ้มครองไปที่กลุ่มบุคคลข้ามเพศ 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มบุคคลข้ามเพศที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงทางสรีระร่างกายทั้งหมดหรือบางส่วน (transsexual) และบุคคลข้ามเพศกลุ่มที่สอง ได้แก่ กลุ่มบุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศ (non-operative transsexual) แต่มีเพศสภาพที่แตกต่างจากเพศกำเนิดอย่างชัดเจนที่มีใช้เพียงการแต่งกาย (the cross-dressing) เท่านั้น เนื่องจากทั้ง 2 กลุ่มนั้นประเทศไทยยังไม่ได้ให้การรับรองสถานะทางกฎหมายตามเพศสภาพที่ปรากฏ อีกทั้งยังเป็นกลุ่มบุคคลที่มีต้นทุนทางเพศ ทั้งต้นทุนในการเปลี่ยนสรีระทางร่างกายของตนเอง และต้นทุนในการใช้ชีวิตที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิด นอกจากนี้กลุ่มบุคคล

²⁶ กนกพร อริยา (เชิงอรรถ 1) 172.

²⁷ คณะวิทยาการเรียนรู้และศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘รายงานการศึกษารูปแบบการสนับสนุน LGBTI+ และ 4P โครงการพัฒนาข้อเสนอแนะต่อการพัฒนารูปแบบและระบบการสนับสนุนสมาชิกครอบครัว เพื่อน คู่ชีวิต และ ผู้ให้บริการสุขภาพเพื่อส่งเสริมสุขภาวะของประชากรกลุ่มความหลากหลายทางเพศ’ 111 – 112.

²⁸ Catherine Fairbairn, *supra note 4*, 21.



ข้ามเพศทั้งสองกลุ่มอาจถูกละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายมากที่สุด หากพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้ใช้ความระมัดระวังหรือขาดองค์ความรู้เฉพาะด้านความหลากหลายทางเพศ หรือมีอคติอย่างรุนแรงต่อบุคคลข้ามเพศ

6.3 ปัญหาการปราศจากนิติบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวน

ในการวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการค้นหรือตรวจตัวบุคคลข้ามเพศและการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศของบุคคลข้ามเพศทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ผลการศึกษาในส่วนนี้ประกอบไปด้วยการค้นตัวหรือตรวจตัวบุคคลข้ามเพศ และการถามปากคำของผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศบุคคลข้ามเพศ โดยมีรายละเอียดข้อพิจารณา ดังนี้

6.3.1 มาตรการทางกฎหมายในการตรวจหรือค้นตัวผู้ต้องหาซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศ

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการตรวจหรือค้นตัวผู้ต้องหาซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศของต่างประเทศจะสามารถพิจารณาออกเป็น 2 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มประเทศแรก คือ กลุ่มประเทศที่ไม่ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการค้นและตรวจตัวบุคคลข้ามเพศโดยชัดเจนแต่ได้กำหนดให้การค้นและตรวจตัวต้องกระทำโดยเพศเดียวกันเท่านั้น ได้แก่ สหราชอาณาจักรและประเทศเยอรมนี และกลุ่มประเทศที่สอง คือ กลุ่มประเทศที่กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการค้นและตรวจตัวบุคคลข้ามเพศโดยชัดเจน ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย โดยบุคคลข้ามเพศที่ได้รับความคุ้มครองนั้นจะเป็นบุคคลข้ามเพศที่ดำเนินการผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือไม่ก็ตาม

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 85 การค้นนั้น จักต้องทำโดยสุภาพ และมีเงื่อนไขในการค้น กล่าวคือ ถ้ามีเหตุที่จะต้องค้นผู้ต้องหาที่เป็นเพศหญิงต้องจัดให้มีพนักงานสอบสวนที่เป็นเพศหญิงเป็นผู้ค้น จึงจะเป็นผู้ค้นที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยคำว่าเพศหญิงนั้นมีได้มีการกำหนดไว้ในค่านิยามของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงมีการนำความหมายของคำว่า “เพศหญิง” ตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งได้ให้ความหมายไว้ว่า มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์²⁹

นอกจากนี้ ในการตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็นบุคคลข้ามเพศในประเทศไทยปัจจุบันได้มีแนวทางเช่นเดียวกับการค้นตัวผู้ต้องหา กล่าวคือ ให้การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็นเพศหญิง จะต้องให้พนักงานสอบสวนที่เป็นเพศหญิงเป็นผู้ตรวจตามหลักปฏิบัติที่ดีและความเหมาะสม³⁰ ดังนั้น ไม่ว่าจะเป็นการค้นตัวหรือการตรวจตัวแม้จะมีบทบัญญัติกำหนดให้ต้องดำเนินการอย่างสุภาพ แต่กฎหมายได้มุ่งกำหนดคุ้มครองผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็น “หญิง” โดยกำหนดเฉพาะพนักงานสอบสวนที่เป็นเพศหญิงเป็นผู้ค้นเท่านั้น เนื่องจากการค้นตัวหรือการตรวจตัวของพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้จะเป็นการปฏิบัติตามหน้าที่ แต่หากมีการกระทำที่เกินขอบเขตของอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ การกระทำดังกล่าวก็อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกค้นหรือผู้ถูกตรวจอันเป็นสิทธิติดตัวที่จะถูกละเมิดมิได้

ทั้งนี้ เมื่อไปพิจารณาเทียบเคียงกับการตรวจร่างกายผู้ต้องขังระเบียบกรมราชทัณฑ์ว่าด้วยการตรวจร่างกายผู้ต้องขังเข้าใหม่และผู้ต้องขังเข้า-ออกเรือนจำ พ.ศ. 2561 ข้อ 9 และข้อ 13 ได้กำหนดแนวทางการตรวจร่างกายผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศไว้ในกรณีเดียว คือ ผู้ต้องขังที่เป็นบุคคลข้ามเพศหญิงหรือบุคคล

²⁹ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา (เชิงอรรถ 10).

³⁰ ‘บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (ฉบับที่...) พ.ศ. ...’ <https://library2.parliament.go.th/giventake/content_law/2034.pdf?fbclid=IwAR13vpml4Kw_t6GVwloBbCy4aYBC4h66an-rr5dLpMujnuU8XC4iMyiJD_w> สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2563.



ที่เป็นเพศชายที่ผ่านการศัลยกรรมแปลงเพศเป็นหญิง ในกรณีดังกล่าวจะต้องให้เจ้าพนักงานเรือนจำหญิงเป็นผู้ตรวจค้น แต่สำหรับกรณีผู้ต้องขังที่ศัลยกรรมแปลงเพศเพียงบางส่วน เช่น ผู้ต้องขังชายที่ตัดเฉพาะอวัยวะเพศออก ผู้ต้องขังชายที่ผ่าตัดเสริมเฉพาะหน้าอก หรือผู้ต้องขังที่ไม่ได้ศัลยกรรมแปลงเพศ ไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรแนวปฏิบัติในการตรวจค้นร่างกายผู้ต้องขังกลุ่มนี้จึงยังคงยึดตามเพศกำเนิดของผู้ต้องขัง ซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าในปัจจุบันการปฏิบัติต่อผู้ต้องขังที่มีความหลากหลายทางเพศโดยยึดตามเพศกำเนิด ส่งผลให้ผู้ต้องขังไม่ได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสม สอดคล้องกับอัตลักษณ์ทางเพศที่พึงได้รับภายใต้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์³¹

6.3.2 มาตรการทางกฎหมายในการถามปากคำของผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลข้ามเพศ

จากการวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีศึกษาต่างประเทศพบว่าได้กำหนดแนวทางให้เจ้าพนักงานจะต้องเป็นบุคคลเพศเดียวกันกับผู้เสียหายหรือเพศตามผู้เสียหายร้องขอ ในขณะที่ในประเทศไทยได้กำหนดเพียงกรณีผู้เสียหายเป็นเพศหญิงเท่านั้น การกำหนดมาตรการทางกฎหมายในประเด็นดังกล่าวจึงควรขยายความคุ้มครองที่มีใช้เพียงเพศหญิงเท่านั้น เนื่องจากขั้นตอนการสอบสวนความผิดเกี่ยวกับเพศเป็นขั้นตอนที่มีความอ่อนไหวและมีความละเอียดอ่อนต่อจิตใจของผู้เสียหายอย่างมีนัยยะสำคัญ การกำหนดให้เจ้าพนักงานสอบถามความสมัครใจของผู้เสียหายว่าต้องการจะให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ถามปากคำนั้น นอกจากจะเป็นการเคารพสิทธิของผู้เสียหายแล้ว ในกรณีของบุคคลข้ามเพศไม่ว่าจะเป็นบุคคลข้ามเพศหญิงหรือบุคคลข้ามเพศชายก็ล้วนได้รับความคุ้มครองจากการขยายความคุ้มครองในกรณีดังกล่าว

6.4 ปัญหาการปราศจากแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน

นอกเหนือไปจากกระบวนการนิติบัญญัติ การยืนยันสิทธิในเนื้อตัวร่างกายและจิตใจที่มีอยู่ของบุคคลข้ามเพศในฐานะผู้ทรงสิทธิควรได้รับความคุ้มครองผ่านการกำหนดแนวทางการแก้ไขปัญหาเฉพาะ และการปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงควรมีการกำหนดแนวปฏิบัติที่เกี่ยวข้องดังกล่าวเพื่อยับยั้งการถูกละเมิดสิทธิที่เกิดขึ้นหรือกำลังจะเกิดขึ้นต่อไป

สำหรับกรณีศึกษาต่างประเทศ ในประเทศเยอรมนีไม่ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติที่ชัดเจน แต่สำหรับสหราชอาณาจักรแม้ในกฎหมายเฉพาะระดับพระราชบัญญัติจะมีได้กำหนดแนวทางการตรวจค้นบุคคลข้ามเพศไว้โดยชัดเจน แต่แนวปฏิบัติในการตรวจค้นหรือดำเนินกระบวนการสอบสวนใด ๆ ได้มีการกำหนดแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในการขอค้นหรือตรวจร่างกายบุคคลข้ามเพศเอาไว้อย่างชัดเจน โดยกำหนดให้เจ้าพนักงานปฏิบัติต่อบุคคลนั้นตามเพศที่ปรากฏชัดเจน แต่หากมีข้อสงสัยในระหว่างการค้นหรือดำเนินการตามขั้นตอนชั้นสอบสวนว่าควรจะทำอย่างไร ให้เจ้าพนักงานปฏิบัติสอบถามบุคคลนั้นอย่างสุภาพว่าเป็นเพศอะไร โดยให้ผู้ถูกค้นแสดงความจำนงไว้ในวันทำการควบคุมตัว หรือบันทึกการค้น และให้เจ้าพนักงานปฏิบัติตามวิถีชีวิตหรือเพศสภาพของบุคคลนั้น

สำหรับในประเทศออสเตรเลีย รัฐในเครือออสเตรเลียแต่ละรัฐได้กำหนดแนวปฏิบัติของเจ้าพนักงานสอบสวนที่เกี่ยวข้องกับการค้นหรือตรวจตัวบุคคลข้ามเพศโดยชัดเจน ซึ่งรัฐนิวเซาท์เวลส์และรัฐแทสมาเนีย ที่ผู้เขียนได้เลือกศึกษาต่างมีแนวปฏิบัติที่สำคัญในการค้นหรือตรวจตัวบุคคลข้ามเพศ นั่นคือ ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจหรือสัมผัสบริเวณหน้าอกและอวัยวะเพศของผู้หญิงและบุคคลข้ามเพศ นอกจากนี้ หากเจ้าหน้าที่ไม่แน่ใจว่าบุคคล

³¹ ธรรมนัย อ่อนทอง, ‘การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561) 132.



ดังกล่าวเป็นบุคคลข้ามเพศหรือไม่ ให้ดำเนินการซักถามบุคคลนั้นด้วยความสุภาพและดำเนินการค้นหาโดยเจ้าพนักงานที่มีเพศเดียวกันกับที่บุคคลข้ามเพศได้แจ้ง

อย่างไรก็ดี สำหรับในประเทศไทยยังมิได้มีการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศผ่านการรับรองสถานะทางกฎหมายให้มีเพศตรงกับเพศสภาพของตน อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจน แม้ในประเทศไทยได้มีการกำหนดประมวลจริยธรรมและจรรยาบรรณของตำรวจ พ.ศ. 2553 อันเปรียบเสมือนแนวปฏิบัติที่มีเนื้อหาที่กำหนดไว้เกี่ยวข้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติ แต่ยังมีได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่ชัดเจนในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในการค้นตัวหรือตรวจร่างกายของบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งการถามปากคำกรณีผู้เสียหายเป็นบุคคลข้ามเพศ

7. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยได้ให้การยอมรับบุคคลข้ามเพศมากยิ่งขึ้นตามพลวัตของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป สังคมเริ่มตั้งคำถามกับชุดข้อมูลที่ว่ามนุษย์มีเพียง 2 เพศ และมีความเข้าใจมากยิ่งขึ้นถึงการมีอยู่ของความหลากหลายทางเพศ อีกทั้งจากข้อมูลสถิติพบว่าจำนวนประชากรกลุ่มผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศของประเทศไทยมีจำนวนเป็นอันดับ 4 ของโลก แต่ถึงกระนั้นในปัจจุบันยังคงพบว่ากลุ่มบุคคลข้ามเพศยังคงถูกตีตรา ถูกเลือกปฏิบัติหรือถูกล่วงละเมิดในสถานที่ต่าง ๆ ซึ่งหากจะพิจารณาในแง่การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาในชั้นสอบสวน อันเป็นต้นทางแห่งความยุติธรรม จึงพบว่ายังมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย และการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งส่งผลให้การปฏิบัติงานของพนักงานเจ้าหน้าที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศ ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะในแต่ละประเด็น ดังนี้

7.1 การกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน

ในปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้มีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวนทั้งขั้นตอนการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย และการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ โดยในการค้นตัวผู้ต้องหา การตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายตามประมวลวิธีพิจารณาความอาญาได้กำหนดคุ้มครองเพียงผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็นหญิงเท่านั้น บุคคลข้ามเพศจึงไม่ได้รับความคุ้มครองจากบทบัญญัติของกฎหมาย จึงทำให้ดุลยพินิจในการดำเนินการขั้นตอนดังกล่าวอยู่ที่พนักงานเจ้าหน้าที่อันอาจเป็นบ่อเกิดแห่งการเลือกปฏิบัติหรือกระทบต่อสิทธิในร่างกายของบุคคลข้ามเพศ

ดังนั้น เพื่อกระบวนการยุติธรรมทางอาญาชั้นสอบสวนไม่เกิดช่องโหว่ทางกฎหมายที่ส่งผลให้เกิดการละเมิดสิทธิของบุคคลข้ามเพศ จึงควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการค้นตัวหรือการตรวจร่างกายที่มีได้เจาะจงเพียงเพศหญิงเท่านั้น แต่ควรขยายความคุ้มครองมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องการค้นตัวผู้ต้องหา มาตรา 85 และการตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหาย มาตรา 132(1) ให้กระทำโดยสุภาพและพนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการค้นหรือตรวจตัวนั้นจะให้เป็นเพศเดียวกับผู้ถูกค้นหรือผู้ถูกตรวจร่างกาย โดยคำนึงถึงการแสดงออกทางเพศสภาพและความสมัครใจประกอบด้วย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนจะมุ่งคุ้มครองกลุ่มบุคคลข้ามเพศ 2 ประเภท ได้แก่ กลุ่มบุคคลข้ามเพศที่ได้มีการเปลี่ยนแปลงทางสรีระร่างกายทั้งหมดหรือบางส่วน (transsexual) เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่ประเทศไทยยังมิได้ให้



การรับรองสถานะทางกฎหมายตามเพศสภาพที่ปรากฏ อีกทั้งยังเป็นกลุ่มบุคคลที่อาจถูกละเมิดต่อสิทธิในเนื้อตัวร่างกายมากที่สุด หากพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้ใช้ความระมัดระวังหรือขาดองค์ความรู้เฉพาะด้านความหลากหลายทางเพศ และบุคคลข้ามเพศกลุ่มที่สอง ได้แก่ กลุ่มบุคคลข้ามเพศซึ่งยังไม่ผ่านการแปลงเพศ (non-operative transsexual) แต่มีอัตลักษณ์หรือเพศสภาพที่แตกต่างจากเพศกำเนิดอย่างชัดเจนที่มีใช้เพียงการแต่งกาย (the cross-dressing) เท่านั้น เนื่องจากเป็นกลุ่มบุคคลที่มีเพศสภาพแตกต่างจากเพศกำเนิดโดยชัดเจน และมีใช้แตกต่างเพียงรสนิยมทางเพศหรือการแต่งกาย แต่จะมีสรีระภายนอกที่เห็นได้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้ ควรให้การคุ้มครองทั้งกลุ่มบุคคลข้ามเพศชายที่แปลงไปเป็นเพศหญิง (male – to – female) ซึ่งมีสรีระและเพศสภาพเฉกเช่นเดียวกับเพศหญิง เพื่อส่งเสริมโอกาสให้เกิดความเท่าเทียมกัน เช่นเดียวกันการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศเป็นการคุ้มครองสิทธิซึ่งเป็นการรับรองสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติให้ได้รับการรับรองในทางกฎหมาย ดังนั้นบุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชาย (female – to – male) ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองอยู่ก่อนเพราะเหตุที่มีเพศกำเนิดเป็นหญิงก็ไม่ควรเสียสิทธิที่มีอยู่เดิมตราบใดที่กฎหมายของประเทศไทยยังไม่ได้รับการรับรองสิทธิใหม่ในฐานะเพศใหม่ของบุคคลข้ามเพศกลุ่มดังกล่าว กล่าวคือ ควรให้ความคุ้มครองบุคคลเพศหญิงที่แปลงไปเป็นเพศชายตราบเท่าที่ยังมิได้มีกฎหมายรับรองเพศสภาพใหม่

7.2 การกำหนดแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน

สำหรับแนวปฏิบัติในการค้นตัวผู้ต้องหาหรือการตรวจตัวผู้ต้องหาหรือผู้เสียหายที่เป็นบุคคลข้ามเพศ รวมทั้งการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ ควรจัดทำโดยอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาหรือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

ในส่วนขอบเขตการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศ ผู้เขียนเห็นว่าแนวปฏิบัติควรมีวัตถุประสงค์ในการจัดทำเพื่อสร้างความเข้าใจในการปฏิบัติหน้าที่ให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่และเป็นการป้องปรามหรือยับยั้งมิให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิของบุคคลข้ามเพศในชั้นสอบสวน ดังนั้น จึงควรให้การคุ้มครองบุคคลข้ามเพศทั้งในกรณีกลุ่มบุคคลข้ามเพศที่แปลงเพศทั้งหมดหรือบางส่วน และกลุ่มบุคคลข้ามเพศที่ยังไม่ดำเนินการแปลงเพศแต่ได้มีเพศสภาพที่แสดงออกจากการแต่งกาย หรือมีวิถีชีวิตที่แตกต่างไปจากเพศกำเนิดอย่างชัดเจน ทั้งนี้ ห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจหรือสัมผัสบริเวณหน้าอกหรืออวัยวะเพศของบุคคลข้ามเพศ เว้นแต่จะมีเหตุจำเป็นอื่น เช่น ไม่มีเจ้าพนักงานเพศหญิงในสถานีตำรวจ เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งถึงเหตุจำเป็นดังกล่าวก่อนการถามปากคำผู้เสียหาย

นอกจากนี้ แนวทางที่ควรกำหนดในแนวปฏิบัติของพนักงานเจ้าหน้าที่ ในส่วนของการค้นหรือการตรวจตัวบุคคลข้ามเพศ การดำเนินการค้นหรือตรวจจึงควรกระทำโดยพนักงานเจ้าหน้าที่ตามเพศสภาพที่ปรากฏ แต่หากเกิดกรณีสงสัยในเพศที่ควรปฏิบัติต่อผู้ถูกค้น พนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ควรคาดเดาเกี่ยวกับเพศสภาพของผู้ถูกค้น แต่ควรสอบถามอย่างสุภาพถึงเพศของผู้ถูกค้น และปฏิบัติตามเพศที่ได้แจ้งกับพนักงานเจ้าหน้าที่

สำหรับแนวปฏิบัติในการถามปากคำผู้เสียหายในความผิดเกี่ยวกับเพศ เนื่องจากในชั้นตอนดังกล่าวมีความสำคัญและมีผลต่อผู้เสียหายในทางจิตใจ หากกรณีสงสัยในเพศที่ควรปฏิบัติต่อผู้ถูกค้น เจ้าพนักงานควรสอบถามความสมัครใจผู้เสียหายว่าต้องการจะให้เจ้าพนักงานเพศใดเป็นผู้ถามปากคำ เว้นแต่มีเหตุจำเป็นอื่น เช่น ไม่มีเจ้าพนักงานเพศหญิงในสถานีตำรวจ เจ้าพนักงานจะต้องแจ้งถึงเหตุจำเป็นดังกล่าวก่อนการถามปากคำผู้เสียหาย



นอกจากนี้ ประเทศไทยควรมีการจัดอบรมหรือสร้างองค์ความรู้เฉพาะให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชนกับความหลากหลายทางเพศในการปฏิบัติหน้าที่ โดยเฉพาะการคุ้มครองบุคคลข้ามเพศในกระบวนการพิจารณาความอาญาชั้นสอบสวน รวมทั้งควรมีการผลักดันกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการรับรองอัตลักษณ์ทางเพศให้มีผลใช้บังคับเพื่อรับรองสิทธิของบุคคลข้ามเพศให้มีสิทธิและหน้าที่ตามเพศสภาพใหม่ที่ได้ยื่นคำขอต่อไป



บรรณานุกรม

- กนกพร อริยา, ‘การศึกษาความต้องการพื้นฐานของผู้ชายข้ามเพศในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ วิทยาศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ 2561).
- กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, ‘แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2562 - 2565)’ <[https:// asdd.mol.go.th/wp-content/uploads/sites/11/2020/11/แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ-ฉบับที่-4-พ.ศ.-2562-2565.pdf](https://asdd.mol.go.th/wp-content/uploads/sites/11/2020/11/แผนสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ-ฉบับที่-4-พ.ศ.-2562-2565.pdf)>.
- คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตกเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนาธรรมณ์ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (พิมพ์ลักษณ์ 2550).
- คณะวิทยาการวิจัยและศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ‘รายงานการศึกษารูปแบบการสนับสนุน LGBTI+ และ 4P โครงการพัฒนาข้อเสนอแนะต่อการพัฒนารูปแบบและระบบการสนับสนุนสมาชิกครอบครัว เพื่อน คู่ชีวิต และ ผู้ให้บริการสุขภาพเพื่อส่งเสริมสุขภาพของประชากรกลุ่มความหลากหลายทางเพศ’ <<https://lsed.tu.ac.th/uploads/research/%20LGBT4P.pdf>>
- ฉัตรสุมน พลฉิมภิญโญ และนิทัศน์ ชิริโชติรัตน์ ‘กระบวนการสอบสวนและหลักฐานคดีความผิดทางเพศ’ (2557) 7 วารสารกระบวนการยุติธรรม 17, 27.
- ธรรมศนัย อ่อนทอง, ‘การคุ้มครองสิทธิผู้ต้องขัง: ศึกษากรณีกลุ่มบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ’ วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2561).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน* (พิมพ์ครั้งที่ 2, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2557).
- วรารภรณ์ อินทนนท์, ‘การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานแก่ปัจเจกบุคคลบนพื้นฐานของความหลากหลายทางเพศ’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2552).
- สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, ‘คำเกี่ยวกับ ‘เพศ’ ในพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ.2554’ <<http://www.royin.go.th/wp-content/uploads/2017/03/%A822-03-2560.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 พฤษภาคม 2564.
- อธิป จันทรโรจน์, ‘การเลือกปฏิบัติเพราะเหตุความพิการกับกฎหมายระหว่างประเทศ: ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2549).
- Australian Human Rights Commission, ‘Section 4 - Addressing sexual orientation and sex and/or gender identity discrimination: Consultation Report’ (2011) <<https://humanrights.gov.au/our-work/section-4-human-rights-and-discrimination-basis-sexual-orientation-or-gender-identity>>
- Department of Police. Fire and Emergency Management, ‘Tasmania Police Manual’ <<https://www.police.tas.gov.au/TPM-RTI-18-December-2018.pdf>>
- Human Rights Council, ‘Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, in Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. 6-23 April 2017.



ILGA-Europe, the European Region of the International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans & Intersex Association, 'ILGA-Europe rating of 49 European countries' <<https://rainboweurope.org/country-ranking>> accessed 23 February 2021.

The Federal Government, 'National Action Plan Against Racism' <<https://www.bmi.bund.de/publikationen/2018/nap-en.pdf>> accessed 22 February 2021.

Transgender Europe, *หลักการยกยอการรื้อว่าด้วยการใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศในประเทศไทยในประเด็นวิถีทางเพศและอัตลักษณ์ทางเพศ* (ไพศาล ลิขิตปรีชากุล, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ 2551).

United Nations Department of Economic and Social Affairs Statistics Division, 'Gender identity – Developing a statistical standard' Meeting of the Expert Group on International Statistical Classifications at New York, USA. 19 – 22 May 2015. <<https://unstats.un.org/unsd/classifications/-Bk2.PDF>> accessed 22 May 2020.

World Health Organization, 'International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD)' <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F64.0>>



**กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560:
ศึกษาสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ**

ถิรวัดน์ ประทุมทอง

นักศึกษาระดับปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

อีเมล: Tirawat_oat@outlook.com

บทคัดย่อ

บทความเรื่องกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560: ศึกษาสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ เป็นการศึกษาสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพที่เกิดขึ้นจากการแสดงความจำนงในการพูดคุยของฝ่ายรัฐไทยและฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐว่าผลทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพจะมีผลผูกพันต่อทั้งสองฝ่ายอย่างไร นำมาซึ่งวิธีการแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งและความรุนแรงในพื้นที่ได้จริงหรือไม่ เนื่องจากกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่ผ่านมาจากอดีตจวบจนปัจจุบันยังไม่เกิดผลลัพธ์ที่เห็นเป็นรูปธรรมที่จะนำมาสู่การแก้ไขความขัดแย้งและความรุนแรงได้อย่างยั่งยืน จึงนับเป็นหน้าที่ของผู้เกี่ยวข้องกับกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่ต้องถอดบทเรียนถึงความศักดิ์สิทธิ์ของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ ว่าจะนำมาสู่การแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งและความรุนแรงในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ได้จริงหรือไม่ เพื่อนำข้อบกพร่องจากการดำเนินกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพที่ผ่านมาไปแก้ไขปรับปรุง โดยเฉพาะรายละเอียดของเนื้อหาและความศักดิ์สิทธิ์ของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ ที่จะก่อให้เกิดการปฏิบัติและความเคารพต่อข้อตกลงดังกล่าวภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560 อย่างแท้จริงต่อไป

คำสำคัญ: กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้, ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560, สถานะทางกฎหมาย



Peace Talk Process of the Southern Border Provinces under Constitution of the Kingdom of Thailand B.E.2560 (A.D.2017): Study of Legal Status of General Consensus on Peace Dialogue Process

Tirawat Pratumthong

Graduate Student of Master of Laws Program in International law, Faculty of Law,
Thammasat University

E – mail: Tirawat_oat@outlook.com

Abstract

Southern border province peace talk processes under the Constitution of the Kingdom of Thailand B. E. 2560 (2017) were studied in terms of legal status of general consensus on the peace dialogue process. The goal was to discern how declared intention to discuss how legal status of general consensus about the peace dialogue process depended on Thai government and opposition parties. The aim was to see whether problem-solving methods for area conflicts and violence were workable. Past southern border province peace talk processes have yet to yield concrete results leading to sustainable conflict and violence resolution; as a result, parties in the southern border province peace talk process have a duty to set aside lessons about the sanctity of peace dialogue process general consensus to see whether they may lead to conflict and violence problem-solving in southern border provinces to correct deficiencies from past peace talks, especially details of content and sanctity of the general peace dialogue process consensus. In this way, real adherence to, and respect for, such agreements would be constitutionally enhanced.

Keywords: Peace Talk Process of the Southern Border Provinces, General Consensus on Peace Dialogue Process, Constitution of the Kingdom of Thailand B.E.2560 (A.D.2017), Legal Status.



1. บทนำ

ปัญหาความขัดแย้งและความรุนแรงที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ นับเป็นปัญหาสำคัญหนึ่งของประเทศที่เกิดขึ้นมาอย่างยาวนาน ซึ่งนับแต่อดีตถึงปัจจุบันปัญหาความขัดแย้งและความรุนแรงที่เกิดขึ้นในพื้นที่ ก่อให้เกิดความสูญเสียอย่างกว้างขวาง โดยเฉพาะความสูญเสียที่เกิดต่อชีวิตและร่างกายของประชาชนที่อาศัยอยู่ในพื้นที่ โดยเหตุการณ์ความรุนแรงที่เกิดขึ้นในพื้นที่นับตั้งแต่ มกราคม พ.ศ. 2547 - ตุลาคม พ.ศ. 2564 รวมทั้งสิ้นกว่า 21,235 เหตุการณ์ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิต 7,294 คน และบาดเจ็บ 13,550 คน¹ การเกิดขึ้นของกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้จึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะนำมาสู่ความสันติสุขในพื้นที่ ซึ่งทำให้การออกแบบเครื่องมือที่มีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะทำอย่างไรเพื่อให้กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ เป็นไปอย่างถูกต้องและใช้บังคับได้จริง บทความฉบับนี้จึงประสงค์จะศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายและความศักดิ์สิทธิ์ของฉันทามติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาสันติภาพซึ่งเป็นผลลัพธ์จากการเกิดขึ้นของกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ ว่าฉันทามติซึ่งถือเป็นข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐไทยและฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐโดยความดูแล และการเข้าเป็นตัวกลางของประเทศมาเลเซียจะกลายมาเป็นเครื่องมือสำคัญในการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและความรุนแรงในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ได้จริงหรือไม่ อีกทั้งการวางกรอบการพูดคุยให้อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ที่ทั้งสองฝ่ายต้องคำนึงถึงควรเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือรูปแบบใด โดยบทความฉบับนี้ได้วิเคราะห์ไปถึงรายละเอียดสำคัญของสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพซึ่งเป็นการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในมาวิเคราะห์ร่วมกันเพื่อให้ผู้ศึกษาได้เข้าใจว่าแท้จริงแล้วฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพตามหลักกฎหมายจะถือเป็นข้อตกลงประเภทใด และมีผลต่อคู่สัญญาอย่างไร ซึ่งจะเป็นอีกหนึ่งประเด็นสำคัญที่จะทำให้ผู้เกี่ยวข้องกับกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ได้เห็นถึงขอบพร้อมของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ อันจะนำไปสู่การพัฒนารายละเอียดของเนื้อหาและรูปแบบกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ต่อไป

2. ประวัติศาสตร์กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้

กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ นับเป็นปรากฏการณ์สำคัญต่อการสนองตอบต่อการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ซึ่งครั้งแรกเกิดขึ้นจากการริเริ่มของรัฐบาลยิ่งลักษณ์ ชินวัตร เมื่อเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2556 โดยกระบวนการพูดคุยดังกล่าวได้มีการทำหนังสือฉันทามติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาสันติภาพ ซึ่งถือเป็นข้อตกลงของทั้งสองฝ่ายว่า การพูดคุยที่เกิดขึ้นนั้นจะมีการแต่งตั้งผู้แทนของแต่ละฝ่ายในการพูดคุยโดยรัฐบาลแห่งประเทศไทยได้แต่งตั้งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (party A) เป็นหัวหน้าคณะในการดำเนินการพูดคุย และฝ่ายผู้มีส่วนได้เสีย (party B) ก็ได้แต่งตั้งคณะพูดคุยขึ้นมาเพื่อร่วมในการเจรจาสันติภาพที่เกิดขึ้นระหว่างสองฝ่าย ทั้งนี้การดำเนินการพูดคุยที่เกิดขึ้นประเทศมาเลเซียจะเข้ามาเป็น

¹ ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, ‘สถิติสรุปเหตุการณ์ในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ประจำเดือนตุลาคม 2564’ (Deep south watch, 3 พฤศจิกายน 2564) <<https://deepsouthwatch.org/tags/%E0%B8%AA%E0%B8%96%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B4>> สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2565.



ผู้อำนวยการความสะอาด และจัดมาตรการความปลอดภัยตลอดระยะเวลาของการพูดคุย อีกทั้งฉันทามติฉบับดังกล่าว ยังระบุชัดเจนว่าการพูดคุยต้องกระทำภายในกรอบรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย² โดยมีสาระสำคัญของการพูดคุยครั้งแรกที่เกิดขึ้นฝ่าย party B ได้มีการเสนอข้อเรียกร้องทั้งหมด 5 ข้อ อันมีความสรุปได้ว่า การพูดคุยครั้งนี้เป็นการพูดคุยระหว่างนักต่อสู้ปาดานีที่นำโดยแนวร่วมปฏิวัติแห่งชาติมลายูปาดานี (BRN) กับรัฐบาลไทย และยินดีที่จะให้มีการแต่งตั้งรัฐบาลมาเลเซียเป็นคนกลางในการพูดคุย ทั้งนี้ขอให้มีการตั้งตัวแทนจากประเทศสมาชิกอาเซียนองค์กรโอไอซี (OIC) เพื่อเข้ามาเป็นสักขีพยานเพื่อสร้างการรับรู้ต่อสังคมโลก ที่สำคัญรัฐบาลไทยต้องเกิดการยอมรับและสร้างความเข้าใจที่ถูกต้องว่าชาวมลายูปาดานีมีสิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินแดน และสุดท้ายรัฐบาลไทยต้องทำการปล่อยตัวผู้ถูกควบคุมตัวไม่ว่าจะเป็นนักโทษทางการเมืองหรือผู้ต้องสงสัยโดยไม่สร้างเงื่อนไขใด ๆ³

ภายหลังกระบวนการพูดคุยครั้งดังกล่าว ในช่วงของปี พ.ศ. 2557 ประเทศไทยตกอยู่ในวิกฤติการณ์ทางการเมืองจนทำให้เกิดการรัฐประหารขึ้นโดย พลเอก ประยุทธ์ จันทร์โอชา และได้สานต่อแนวทางการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ โดยมีนโยบายในการแก้ไขปัญหา คือ การนำยุทธศาสตร์เข้าใจ เข้าถึง พัฒนา⁴ มาใช้สำหรับการดำเนินการเพื่อการขับเคลื่อนกระบวนการพูดคุยไปสู่แนวทางการสร้างสันติวิธีที่แท้จริง โดยมีการจัดตั้งกลไกสำคัญ ได้แก่ การตั้งคณะกรรมการที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการพูดคุยโดยเฉพาะ 3 ระดับ ประกอบด้วยระดับนโยบายซึ่งมีนายกรัฐมนตรีเป็นประธาน ระดับปฏิบัติการให้หัวหน้าคณะพูดคุยสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้เป็นประธาน และระดับพื้นที่แต่งตั้งคณะประสานงานระดับพื้นที่โดยมี ผอ.รมน.ภาค 4 เป็นหัวหน้าคณะประสานงาน และได้มอบหมายให้สภาความมั่นคงแห่งชาติจัดทำแผนขับเคลื่อนกระบวนการพูดคุยสันติสุข เพื่อนำแผนดังกล่าวมาเป็นแนวทางสำคัญในการปฏิบัติสำหรับการพูดคุยเพื่อสันติสุขกับฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐต่อไป⁵

จะเห็นได้ว่าประวัติศาสตร์ของกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้มีวิวัฒนาการมาตามลำดับ แต่สิ่งหนึ่งที่อาจนำมาพิจารณาเป็นข้อสังเกตและตั้งคำถามต่อกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ คือ กระบวนการพูดคุยรวมทั้งข้อตกลงที่เป็นผลจากการพูดคุยต้องเป็นการดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยเมื่อพิจารณาจากหนังสือที่ทำขึ้นระหว่างสองฝ่ายเห็นได้ว่าฝ่าย Party A ซึ่งหมายถึงฝ่ายไทยมีสถานะเป็นรัฐ จึงมีอำนาจอธิปไตยของรัฐที่รัฐอื่น ๆ และกลุ่มต่าง ๆ ต้องให้การเคารพในอำนาจอธิปไตยของรัฐดังกล่าวด้วย ดังนั้นการดำเนินการกระบวนการพูดคุยที่เกิดขึ้นของทั้งสองฝ่ายซึ่งมีเพียงฝ่ายไทยเท่านั้นที่มีสถานะเป็นรัฐ แต่อีกฝ่ายเป็นเพียงกลุ่มเห็นต่างที่ไม่ได้มีสถานะเป็นรัฐอีกทั้งยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นองค์การระหว่างประเทศ กระบวนการและขั้นตอนการพูดคุยจึงต้องเป็นการยึดตามกฎหมายสูงสุดของรัฐไทยในสถานะรัฐ ซึ่งเป็นคู่เจรจาของกระบวนการพูดคุย และการเข้ามาเป็นตัวกลางและผู้อำนวยการความสะอาดในกระบวนการพูดคุยของประเทศมาเลเซียไม่ได้ทำให้ต้องคำนึงถึงการนำกฎหมายสูงสุดของประเทศมาเลเซียเข้ามาเกี่ยวข้องกับ

² 'General Consensus on Peace Dialogue Process' (Kuala Lumpur, 28 February 2013).

³ ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 'ข้อเรียกร้องเบื้องต้น 5 ประการของ BRN : ต้นฉบับและบทแปลหลากหลายภาษา' (Deep south watch, 19 สิงหาคม 2013) <<https://deepsouthwatch.org/node/4635>> สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2565).

⁴ ฉัตรชัย ศรีเมืองกาญจนนา, 'ความก้าวหน้าการพูดคุยสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้' (2561).

⁵ สิทธิ ตรีภูมิลวงศ์, *กระบวนการพูดคุยเพื่อสันติสุข จชต. : ความท้าทายของการต่อสู้ทางความคิดตามแนวทางสันติวิธีในทัศนะของผู้ปฏิบัติงานจริง (ห้วงปี 2558-2561)*, (บ. เมจิก แอนด์ พิคเชลเว็คส์ สตูดิโอ จำกัด 2562) 7 – 8.



กระบวนการพูดคุยแต่อย่างใด อันเนื่องจากประเทศมาเลเซียเองไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องและไม่ได้เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับกระบวนการพูดคุยที่เกิดขึ้นแต่อย่างใด

3. ทฤษฎีเกี่ยวกับการพูดคุยสันติภาพ

กระบวนการพูดคุยสันติภาพนับเป็นปรากฏการณ์สำคัญสำหรับการแก้ไขปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในพื้นที่ต่าง ๆ ซึ่งแนวทางและขั้นตอนของการพูดคุยสันติภาพที่เกิดขึ้นมีความแตกต่างกันออกไปตามบริบทที่เกิดขึ้นของแต่ละพื้นที่ความขัดแย้งแต่สิ่งที่ถือเป็นวัตถุประสงค์สำคัญของกระบวนการพูดคุยสันติภาพนั้นคือ ความสงบและความสันติสุขของพื้นที่ความขัดแย้ง ดังนั้นการศึกษาถึงรากฐานสำคัญโดยเฉพาะทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการพูดคุยสันติภาพจึงเป็นอีกหนึ่งหนทางสำคัญที่จะทำให้ผู้ปฏิบัติงานด้านกระบวนการพูดคุยจะนำไปเป็นองค์ความรู้สำคัญเพื่อนำไปต่อยอดกับบริบทของความขัดแย้งที่เกิดขึ้นที่จะนำไปสู่การหาทางออกของกระบวนการพูดคุยสันติภาพต่อไป

การทำความเข้าใจถึงทฤษฎีเกี่ยวกับการพูดคุยสันติภาพ แรกเริ่มคงต้องย้อนกลับไปพิจารณานิยามความหมายของคำว่า “สันติวิธี” (Non-violence) เพื่อให้เกิดความเข้าใจต่อนิยามความหมายของคำดังกล่าว เนื่องจากคำดังกล่าวเปรียบเสมือนเป็นจุดเริ่มต้นของกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพอีกทั้งการสานเสวนาสันติภาพที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ยังถือเป็นกระบวนการสันติวิธีรูปแบบหนึ่ง โดยได้มีการนิยามไว้ หมายถึง กระบวนการแก้ไขความขัดแย้ง หรือการตอบโต้สถานการณ์หนึ่ง ๆ โดยไม่ใช้ความรุนแรงต่อคู่กรณีโดยเฉพาะการประทุษร้ายต่อร่างกายและชีวิต⁶ เมื่อเข้าใจถึงนิยามความหมายของสันติวิธีแล้วจึงนำไปสู่การตั้งคำถามถึงหนทางที่จะก้าวไปสู่สันติวิธีว่าสุดท้ายแล้วแนวทางที่จะเป็นไปได้คือหนทางใด จึงเกิดประโยคสำคัญขึ้นมา คือ “สานเสวนา” หรือ “สานดีเสวนา” (Dialogue) หมายถึง กระบวนการกลุ่มในการจัดการกับความขัดแย้งที่อาศัยบุคคลที่สาม ช่วยทำหน้าที่อำนวยความสะดวกให้เกิดการพูดคุยสนทนากันระหว่างกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้องในสถานการณ์ความขัดแย้งที่มีความตึงเครียดทางอารมณ์เป็นส่วนประกอบใหญ่โดยมุ่งเน้นที่จะลดอคติอันเกิดจากผลของความขัดแย้ง และสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างผู้เข้าร่วมกระบวนการ⁷

จากนิยามความหมายของคำดังกล่าวนำมาสู่ทฤษฎีการพูดคุยสันติภาพของ David Bohm ดังนี้

ประการที่ 1 การพูดคุยสันติภาพเป็นเรื่องของการเปิดโอกาสให้มีการฟังอย่างลึกซึ้ง (deep listening) ซึ่งหมายถึง การอยากรู้อย่างใจจดจ่อ (suspension) โดยมีความเกี่ยวข้องกับความตั้งใจฟัง (attention and listening) เป็นการที่ผู้พูดต้องการพูดในสิ่งที่ตนคิด และเป็นการพูดไปโดยใช้อารมณ์และความรู้สึกพร้อมกับการเสนอความคิดและความต้องการของผู้พูดไปด้วย⁸ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการพูดออกไปของผู้พูดเต็มไปด้วยแนวความคิดและความ

⁶ บุซบง ชัยเจริญวัฒน์ และเหมือนขวัญ เรณูมาศ, ‘สันติวิธี: การจัดการความขัดแย้งตามแนวทางสันติวิธี’ (2560) 5 วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ 1, 7.

⁷ วีระศักดิ์ พัทบุรี, ‘รูปแบบการพัฒนาสมรรถนะการบริหารความขัดแย้ง สำหรับผู้บริหารสถานศึกษาสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ในจังหวัดชายแดนภาคใต้’ (วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ 2559) 106.

⁸ ปาริชาติ สุวรรณบุบผา, ‘สานเสวนาเป็นสันติวิธีได้หรือไม่’ (การประชุมวิชาการประจำปี “สันติวิธีในมุมมองของศาสนาโลก” จัดโดยหลักสูตรศาสนาเปรียบเทียบ คณะสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยมหิดล 2548) 1 – 2.



ต้องการแม้จะใช้อารมณ์ในการพูด แต่สุดท้ายแล้วเรื่องที่พูดยังถูกควบคุมไว้ได้โดยการเสนอความคิดเห็นของผู้พูด ซึ่งทำให้คำพูดของผู้พูดอยู่ในกรอบส่งผลให้ผู้ฟังเข้าใจในสิ่งที่ผู้พูดต้องการจะสื่อสาร

ประการที่ 2 การมีส่วนร่วมและการปะติดปะต่อความเข้าใจ (coherence) โดยมีองค์ประกอบที่สำคัญประกอบด้วย ขณะฟังหรือหลังจากการฟังอย่างลึกซึ้งซึ่งผู้พูดและผู้ฟังอาจเกิดความรู้สึกร่วมกันตามธรรมชาติ เป็นการตระหนักและยอมรับความหมายของสิ่งที่ผู้พูดต้องการสื่อสารอย่างเป็นธรรมชาติ อย่างเป็นอิสระจากภายในโดยไม่มีสิ่งใดมาบังคับ⁹ เห็นได้ว่าภายหลังการฟังนับเป็นเวลาแห่งการไตร่ตรองสารทั้งหมดที่ผู้พูดได้พูดออกมาเพื่อทำการวิเคราะห์เบื้องต้นว่าตัวผู้ฟังเองมีความเห็นไปในทิศทางเดียวกันกับผู้พูดขนาดไหนเพียงใด โดยกระบวนการไตร่ตรองของผู้ฟังในช่วงขณะภายหลังการพูดถือเป็นการไตร่ตรองที่ไม่ได้เกิดจากการปรุงแต่งทางด้านความคิดมากมายซึ่งจะทำให้เห็นแนวความคิดที่แท้จริงของตัวผู้ฟังอย่างชัดเจน

ทั้งนี้ยังมีทฤษฎีการพูดคุษสันติภาพของอีกหนึ่งบุคคลสำคัญ ได้แก่ Leonard Swidler ที่ได้กล่าวว่า กระบวนการที่ควรเป็นจุดเริ่มต้นของการสานเสวนาหรือการพูดคุษสันติภาพ คือ การสานเสวนาต้องเป็นการเปิดใจกว้างเพื่อ เรียนรู้ เติบโต เปลี่ยนแปลง ร่วมมือปฏิบัติ การสานเสวนาเป็นปฏิสัมพันธ์ของบุคคลทั้งสองฝ่าย ผู้ร่วมเสวนาต้องมีความซื่อสัตย์และจริงใจ การสานเสวนาควรเลือกที่จะสนทนาในระดับเดียวกัน ผู้สานเสวนาต้องบอกจุดยืนของตัวเองให้ชัด คู่เสวนาจะไม่ด่วนสรุปความเชื่อ และจุดยืนของผู้อื่นเร็วเกินไป การสานเสวนาของบุคคลสองกลุ่มต้องเป็นไปด้วยความเสมอภาค การสานเสวนาจะต้องพัฒนาความเชื่อใจและการให้เกียรติซึ่งกันและกัน ผู้เข้าร่วมสานเสวนาจะต้องกล้าวิเคราะห์และวิพากษ์วิจารณ์ความเชื่อของตน และ สุดท้ายการเข้าใจผู้อื่นที่มีความเชื่อต่างจากตน นับเป็นก้าวสำคัญของการเข้าใจกับความเห็น วิธีชีวิต วัฒนธรรมที่แตกต่างกันเพื่อหาจุดยืนร่วมกันระหว่างกลุ่ม¹⁰

จากทฤษฎีดังกล่าวทำให้เห็นถึงกระบวนการและขั้นตอนของการทำความเข้าใจถึงกระบวนการพูดคุษสันติภาพอย่างชัดเจน และนับเป็นวิธีการสำคัญที่ควรนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์สำหรับการสร้างความเข้าใจระหว่างกลุ่มให้มีความเข้าใจอย่างถูกต้องว่ากระบวนการพูดคุษสันติภาพแท้จริงเป็นอย่างไร ขั้นตอนและกระบวนการที่จะนำไปสู่กระบวนการพูดคุษสันติภาพที่แท้จริงและเกิดผลสัมฤทธิ์ได้ควรเริ่มจากจุดใด นั่นก็เพื่อสร้างองค์ความรู้ที่ถูกต้องของผู้ร่วมกระบวนการพูดคุษสันติภาพเพื่อนำไปสู่สันติภาพที่แท้จริงและยั่งยืนต่อไป

4. กรอบกระบวนการพูดคุษสันติภาพภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560

4.1 สถานะของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ

กระบวนการพูดคุษสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ยังคงเป็นคำถามต่อไปถึงข้อตกลงที่เป็นผลจากกระบวนการพูดคุษสันติภาพว่าอยู่ในสถานะใด ทั้งนี้การศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งโดยเฉพาะในเรื่องของความผูกพันต่อทั้งสองฝ่ายในที่นี่คือ รัฐไทย (party A) และ ฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐ (party B) โดยเฉพาะเรื่องของสิทธิและหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายที่ต้องปฏิบัติต่อกันในการดำเนินการเพื่อสร้างความสันติให้เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ จึงเป็นสิ่งที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปว่าสถานะของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพที่สร้างขึ้นระหว่างสองฝายนั้น มีสถานะ

⁹ เพิ่งอ้าง.

¹⁰ เพิ่งอ้าง 5-9.



เป็นกฎหมายหรือไม่ที่จะนำมาในเรื่องของสิทธิและหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายที่ต้องปฏิบัติต่อกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อีกทั้งยังต้องเคารพและปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้หากฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพที่ทำขึ้นนั้นไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายที่ผูกพันต่อทั้งสองฝ่ายแล้วจะถือว่าฉันทามติฉบับดังกล่าวจะอยู่ในความหมายของเอกสารประเภทใดและจะมีความผูกพันต่อทั้งสองฝ่ายในลักษณะหรือรูปแบบใดต่อไปหรือไม่

จากประเด็นดังกล่าวจึงต้องย้อนกลับไปทำความเข้าใจเบื้องต้นถึงการทำหนังสือสัญญา โดยเฉพาะการทำหนังสือสัญญาภายใต้รัฐธรรมนูญว่านิยามความหมายของหนังสือสัญญาหมายถึงสิ่งใด และข้อตกลงที่เป็นผลจากกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้อันได้แก่ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพอยู่ในนิยามความหมายของหนังสือสัญญารัฐธรรมนูญหรือไม่

เนื่องจากการทำฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพมีลักษณะไปในเรื่องของการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ โดยการทำหนังสือสัญญาสันติภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้บัญญัติเอาไว้ในมาตรา 178 วรรค 1 ใจความว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ” โดยนิยามความหมายของการทำหนังสือสัญญาตามมาตรา 178 วรรค 1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ไม่ได้มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่าให้หมายถึงอะไร แต่เมื่อพิจารณาถึงคำที่มีความหมายไปในทิศทางเดียวกันตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ได้แก่ “สนธิสัญญา” ซึ่งมีองค์ประกอบหลักเพื่อใช้ตีความดังนี้¹¹

ประการที่ 1 เป็นความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเกิดจากนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป ทำให้พิจารณาถึงข้อสังเกตต่อไปได้ว่าหากเป็นคำมั่นที่เกิดจากการกระทำของรัฐหนึ่งรัฐใดเพียงรัฐเดียว กรณีดังกล่าวจะไม่ถือเป็นสนธิสัญญา

ประการที่ 2 รัฐเท่านั้นที่เป็นคู่ภาคี ซึ่งจะมีข้อพิจารณาและการตีความได้ตามอนุสัญญา 2 ฉบับ โดยตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ระบุไว้ชัดเจนว่าสนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้น แต่สำหรับอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1986 เป็นอนุสัญญาที่ใช้กับสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยตนเอง

จากนิยามความหมายของสนธิสัญญารัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับเมื่อนำมาพิจารณาร่วมกันกับฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพซึ่งถือเป็นหนังสือข้อตกลงที่สร้างขึ้นเพื่อเป็นทางออกในสถานการณ์ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ที่เกิดขึ้นระหว่างฝ่ายหนึ่งเป็นฝ่ายรัฐซึ่งก็ได้แก่รัฐไทยกับอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเป็นฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐที่ไม่ได้มีสถานะเป็นรัฐอีกทั้งไม่ได้มีสถานะเป็นองค์การระหว่างประเทศแต่อย่างใด เมื่อนำหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาทั้งสองฉบับมาพิจารณาร่วมด้วยแล้วจึงเห็นได้ว่า ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพซึ่งถือเป็นหนังสือข้อตกลงที่ทำขึ้นนั้นไม่ได้มีสถานะเป็นสนธิสัญญาตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศในทีนี้คือตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1986 กรณีดังกล่าวจึงทำให้ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพไม่ได้อยู่ในความหมายของหนังสือสัญญาสันติภาพตาม มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และส่งผลให้ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพที่ทำขึ้นนั้นไม่ได้อยู่ในความหมายของสนธิสัญญาที่จะผูกพันต่อทั้งสองฝ่ายให้ต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดแต่อย่างใด

¹¹ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ (พิมพ์ครั้งที่ 2, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559) 42.



4.2 กระบวนการพูดคุยสันติภาพภายใต้ความเป็นรัฐเดี่ยวของประเทศไทย

ประเด็นของรูปแบบของรัฐนับเป็นอีกหนึ่งประเด็นสำคัญที่ต้องให้ความสนใจ โดยหากพิจารณาถึงคำว่า รัฐแล้วเบื้องต้นต้องเข้าใจเสียก่อนว่าองค์ประกอบของความเป็นรัฐนั้นประกอบไปด้วย 4 องค์ประกอบหลักด้วยกัน ได้แก่ ดินแดนซึ่งหมายถึงการมีขอบเขตของดินแดนรัฐที่ชัดเจนและแน่นอน, ประชากรซึ่งหมายถึงมีประชากรอาศัยอยู่เป็นสังคมโดยไม่สนใจว่าจะมีจำนวนมากน้อยขนาดไหนเพียงใด, รัฐบาลซึ่งหมายถึงการมีรัฐบาลเข้ามาทำหน้าที่ในการบริหารจัดการประเทศทั้งในบริบทภายในและระหว่างประเทศ, อำนาจอธิปไตยซึ่งหมายถึงมีอำนาจอสูงสุดในการปกครองตัวเองโดยไม่ขึ้นหรืออยู่ภายใต้การบังคับใช้อำนาจของรัฐใด ทั้งยังมีการเชื่อมความสัมพันธ์กับรัฐอื่น ๆ¹² ซึ่งเมื่อเข้าใจพื้นฐานองค์ประกอบของรัฐแล้วจึงทำให้ผู้ศึกษาเข้าใจอย่างลึกซึ้งต่อไปว่ารัฐจึงหมายถึงและมีลักษณะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศนั่นเอง ดังนั้นการดำเนินการทำข้อตกลงใดโดยเฉพาะข้อตกลงที่มีความคาบเกี่ยวหรือสัมพันธ์กันในทางระหว่างประเทศจึงต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนที่หลากหลายเพื่อให้ข้อตกลงที่ทำขึ้นเป็นการทำที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหลักกฎหมายภายในและหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

โดยเมื่อพิจารณาถึงการทำข้อตกลงการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ที่ได้มีคำแถลงการณ์ออกมาจากฝ่ายไทยว่า “ลักษณะของการให้คำมั่นในการหาทางออกร่วมกันจะกระทำภายใต้ความเป็นรัฐเดี่ยวของประเทศไทย” โดยมีรายละเอียดว่า หลักการทั่วไปว่าด้วยกระบวนการพูดคุยสันติสุขให้เป็นการพูดคุยที่มีเกียรติ เปิดกว้างต่อการมีส่วนร่วมของทุกฝ่าย เพื่อบรรลุทางออกทางการเมืองภายใต้ความเป็นรัฐเดี่ยวของราชอาณาจักรไทย¹³ ซึ่งเมื่อนำรายละเอียดหลักทั่วไปว่าด้วยการพูดคุยสันติสุขดังกล่าวมาทำการเปรียบเทียบกับหลักที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เป็นการที่คณะพูดคุยได้เน้นย้ำให้คณะพูดคุยทั้งสองฝ่ายเกิดความตระหนักต่อหลักอธิปไตยของรัฐไทย โดยเฉพาะมาตรา 1 ที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติไว้ว่า “ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียว จะแบ่งแยกไม่ได้” ดังนั้นกระบวนการพูดคุยจะดำเนินต่อไปได้คณะพูดคุยทั้งสองฝ่ายต้องเคารพต่อกันดังกล่าวนับเป็นสิ่งสำคัญ

ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ถึงวัตถุประสงค์สำคัญของรัฐไทยในกระบวนการพูดคุยเพื่อสันติภาพที่เกิดขึ้นนั้น มีความต้องการให้ฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐควรต้องคำนึงไว้เป็นสิ่งสำคัญว่า รัฐไทยเป็นรัฐเดี่ยวที่มีอาจแบ่งแยกได้ จึงอาจถือเป็นการประสงคที่แสดงออกอย่างชัดเจนของรัฐไทยที่ไม่สนับสนุนและไม่เห็นด้วยหากมีการเรียกร้องจากฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐที่จะต้องการแบ่งแยกดินแดน ซึ่งแน่นอนว่ารัฐไทยเองรู้ถึงวัตถุประสงค์สำคัญของฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐที่ต้องการเอกราชกลับคืนมาเพื่อปกครองตนเองและเป็นอิสระจากรัฐไทย จึงเห็นว่าแม้รัฐไทยจะรู้ถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐในการเข้าร่วมพูดคุยเพื่อสันติภาพแต่รัฐไทยเองก็ยังใช้หลักความเข้าใจเพื่อหาทางออกร่วมกันและเป็นผลที่พอใจต่อทั้งสองฝ่ายโดยไม่ใช้ความรุนแรง จากสิ่งที่เกิดขึ้นนับเป็นความพยายามของรัฐไทยในการเข้าแก้ไขปัญหาความขัดแย้งและความรุนแรงที่เกิดขึ้นในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ แต่เมื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ของสันติภาพที่เกิดขึ้นในจังหวัดชายแดนภาคใต้ ผู้เขียนเห็นว่าถึงอย่างไรแล้วเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของทั้งสองฝ่ายก็ยังไม่มีความไม่ลงรอยกัน ดังนั้นเป้าหมายและวัตถุประสงค์ของแต่ละฝ่ายจะจรมมาเจอกันได้อย่างสมบูรณ์แบบหรือเป็นเพียงเส้นขนานที่ไม่อาจบรรจบลงได้ก็ยังคงถือเป็นคำถามและไม่อาจตอบได้ในเร็ววัน

¹² Montevideo Convention on the Rights and Duties of States art 1.

¹³ BBC NEWS, ‘ชายแดนใต้ : “ความริเริ่มรอมรอนเพื่อสันติสุข” คำมั่น 2 ฝ่ายที่รอการพิสูจน์’ (6 เมษายน 2563) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-60998616>> สืบค้นเมื่อ 4 กรกฎาคม 2565.



5. ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพกับความผูกพันต่อรัฐไทย

หนังสือความตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐไทยและกลุ่มผู้เห็นต่างจากรัฐซึ่งไม่ได้มีสถานะเป็นรัฐและองค์การระหว่างประเทศ ดังที่พิจารณาเบื้องต้นไปแล้วว่าฉันทามติที่สร้างขึ้นนั้นไม่ถึงเป็นสนธิสัญญาตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศและไม่อยู่ในนิยามความหมายของหนังสือสัญญาสันติภาพตามมาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 แต่เมื่อมองอีกมุมหนึ่งแม้ความตกลงที่สร้างขึ้นจะไม่อยู่ในนิยามความหมายของสนธิสัญญา แต่ข้อตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างสองฝ่ายย่อมต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อใช้บังคับระหว่างกัน ซึ่งข้อสังเกตต่อไปก็คือความตกลงดังกล่าวจะมีผลบังคับในลักษณะไหนเพียงใดโดยเฉพาะต่อรัฐไทย จึงเป็นเรื่องสำคัญที่ต้องมีกฎหมายหรือระเบียบใดที่วางหลักหรือกำหนดวิธีการทำหนังสือสัญญาหรือข้อตกลงใดที่มีลักษณะคาบเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกอนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างฝ่ายหนึ่งเป็นรัฐแต่อีกฝ่ายไม่ใช่รัฐและไม่ใช่องค์การระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในบริบทของประเทศไทยที่หน่วยงานรัฐจะดำเนินการกอนิติสัมพันธ์ใดขึ้นได้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหรือระเบียบที่ทางราชการกำหนดไว้เพื่อให้หน่วยงานของรัฐที่ประสงค์จะกอนิติสัมพันธ์สามารถดำเนินการได้ตามอำนาจและตามความประสงค์เพื่อให้การกระทำการดังกล่าวถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบของทางราชการที่กำหนดไว้ และสำหรับการทำงานฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพระหว่างรัฐไทยและฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐที่มีลักษณะคาบเกี่ยวในทางระหว่างประเทศ ซึ่งไม่อาจถือเป็นสนธิสัญญาได้อันเนื่องมาจากฝ่ายหนึ่งไม่เข้าหลักเกณฑ์ที่จะเป็นองคภาวะในทางกฎหมายระหว่างประเทศ จากการศึกษาผู้เขียนจึงพบว่าได้มีการออกระเบียบในเรื่องของการทำ “หนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี” ซึ่งเป็นการทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี ซึ่งระเบียบดังกล่าวเมื่อนำมาพิจารณาร่วมกับฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพแล้วพบว่าการทำงานเป็นไปตามกรอบที่ถูกกำหนดไว้ในระเบียบเรื่องของการทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

5.1 การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี

จากประเด็นดังกล่าวสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีการออกหนังสือด่วนที่สุดเรื่อง “การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี”¹⁴ ที่ได้มีการตั้งเกณฑ์การพิจารณาเบื้องต้นกรณีมีการจัดทำความตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรี โดยได้มีการกำหนดเงื่อนไขว่าต้องเข้าเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ได้แก่

5.1.1 ไม่เข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบัน)

ซึ่งตามมาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบัน) เมื่อนำมาพิจารณาร่วมกับหนังสือที่สามารถดำเนินการโดยไม่ต้องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีนั้นต้องไม่ใช่ความตกลงที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่าง

¹⁴ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เรื่อง การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี (29 มกราคม 2558).



ประเทศที่มุ่งหมายจะมีผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อขยายความเพื่อความเข้าใจถึงข้อกำหนดในเงื่อนไขข้อที่ 1 ของหนังสือสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรีแล้วจะเห็นว่าประเด็นดังกล่าวเชื่อมโยงกับองค์ประกอบของการทำสนธิสัญญาที่มีองค์ประกอบสำคัญสองประการ ได้แก่ เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ของรัฐตั้งแต่สองรัฐขึ้นไป และ ความตกลงที่สร้างขึ้นต้องเป็นการกระทำระหว่างรัฐกับรัฐเท่านั้นตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 หรือจะเป็นการทำขึ้นระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1986 ดังจะเห็นได้ชัดเจนว่าหนังสือที่สามารถทำโดยไม่ต้องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีนั้นมีความแตกต่างอย่างชัดเจนจากข้อตกลงในรูปแบบสนธิสัญญา

5.1.2 ทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ของส่วนราชการในระดับกรม

การทำหนังสือตามอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการระดับกรม หมายถึง หนังสือราชการทุกชนิดจะต้องออกตามหลักเกณฑ์และระเบียบที่ถูกกำหนดไว้ใน “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบัญ พ.ศ. 2526” ซึ่งประเด็นที่ต้องนำมาพิจารณาคือ หากการทำหนังสือเป็นการทำระหว่างหน่วยงานราชการกับองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่หน่วยงานราชการก็ต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ใดเป็นสำคัญ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่ต้องคำนึงถึงในประเด็นดังกล่าวได้แก่ ระเบียบข้อที่ 6 ที่บัญญัตินิยามความหมายของคำต่างๆโดยให้หนังสือราชการ หมายถึง หนังสือที่ออกโดยกระทรวง ทบวง กรม หรือหน่วยงานอื่นใดของรัฐรวมทั้งราชการส่วนกลาง ภูมิภาค และท้องถิ่นด้วย

5.1.3 ไม่มีเนื้อหาสำคัญหรือเกี่ยวข้องกับนโยบาย เช่น ไม่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ

ข้อควรพิจารณาถึงประเด็นเรื่องของความมั่นคงของรัฐนับเป็นเรื่องที่มีความซับซ้อนเพราะคงต้องวิเคราะห์ถึงลักษณะและนิยามความหมายของ “ความมั่นคงของรัฐ” ว่าหมายถึงสิ่งใดมีความหมายที่แคบและกว้างมากขนาดไหน ในที่นี้ได้มีการนิยามความหมายของ “ความมั่นคง” ที่ยึดถือกันมาตั้งแต่สมัยสงครามโลกครั้งที่ 2 ไว้โดยให้ความสำคัญไปที่ความสามารถของชาติในการคุ้มครองคุณค่าภายในจากภัยคุกคามภายนอกซึ่งเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคมให้รอดพ้นจากภัยคุกคามในลักษณะต่าง ๆ ทั้งที่มาจากภายในและภายนอกซึ่งก็เป็นการมุ่งไปในเรื่องทางการทหารและการรักษาเอกราชอำนาจอธิปไตยของประเทศ¹⁵

5.1.4 ไม่ก่อให้เกิดผลผูกพันงบประมาณนอกเหนือจากงบประมาณที่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐได้รับจัดสรรโดยความเห็นชอบของรัฐสภา

หลักเกณฑ์ดังกล่าว หมายถึง ข้อตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีต้องไม่กระทำนอกเหนืองบประมาณที่ถูกกำหนดและจัดสรรไว้ให้ทำได้ ซึ่งงบที่ถูกจัดสรรให้ใช้ได้ดังกล่าวนั้นก็ขึ้นอยู่กับข้อตกลงของรัฐสภาที่พิจารณาให้ใช้สำหรับการดำเนินการในการทำข้อตกลงใด ๆ

5.1.5 สามารถดำเนินการภายใต้กฎหมายหรือกฎระเบียบที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ทำความตกลงนั้น ๆ

หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการกล่าวให้เห็นว่าข้อตกลงใด ๆ ที่ถูกทำขึ้นในขณะที่มีการทำความตกลงก็ต้องทำให้เป็นไปตามกฎระเบียบของกฎหมายในขณะนั้นใช้บังคับและอนุญาตให้ทำ เพราะหากการทำความตกลงใด ๆ มิได้เป็นไปตามกฎระเบียบของกฎหมายในขณะทำแล้วความตกลงที่สร้างขึ้นอาจต้องตกเป็นโมฆะซึ่งไม่สามารถนำมาใช้บังคับได้

¹⁵ วิชิตา สาธิตพร, ‘ความมั่นคงไทย: ความท้าทายในอนาคต’ (2559) 14 วารสารสถาบันพระปกเกล้า 5, 7 – 8.



5.1.6 รัฐมนตรีเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบในการจัดทำความตกลง

ซึ่งหมายถึงข้อตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี โดยอาจเห็นว่าข้อตกลงหรือความตกลงใดที่ทำขึ้นไม่ต้องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีก็ตาม แต่ข้อตกลงที่ออกโดยกระทรวง ทบวง หรือกรมใดก็ยังคงต้องเสนอและได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีเจ้าสังกัดของหน่วยงานนั้น ๆ ด้วย

5.1.7 ส่วนราชการเจ้าของเรื่องได้เสนอร่างความตกลงให้กระทรวงการต่างประเทศพิจารณาและให้ความเห็นชอบแล้ว

หลักเกณฑ์ข้อสุดท้ายเป็นการบ่งบอกว่าสำหรับข้อตกลงหรือความตกลงใดที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรีมีความสัมพันธ์และเกี่ยวข้องในทางระหว่างประเทศจึงต้องได้รับการพิจารณาและเห็นชอบจากกระทรวงการต่างประเทศด้วยจึงจะทำให้ข้อตกลงที่ทำขึ้นนั้นมีผลใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์

จากหลักเกณฑ์การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี เมื่อนำมาวิเคราะห์ร่วมกับฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพแล้วเห็นว่าฉันทามติที่ทำขึ้นนั้นไม่เข้าลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 23 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (มาตรา 178 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ฉบับปัจจุบัน) อันเนื่องจากไม่ได้มีลักษณะครบหลักเกณฑ์ที่จะเป็นสนธิสัญญาได้ เนื่องจากไม่ได้เป็นการทำขึ้นระหว่างรัฐสองรัฐหรือระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศตามอนุสัญญาเจนีวา ค.ศ. 1969 และ 1986 ตามลำดับทั้งฉันทามติ ที่ทำขึ้นนั้นเป็นการดำเนินการระหว่างหน่วยงานราชการของรัฐไทย คือ สภาความมั่นคงแห่งชาติที่ถือเป็นกรมหนึ่งในหน่วยงานราชการของรัฐไทย ดังนั้นการทำหนังสือหรือข้อตกลงใดระหว่างหน่วยงานราชการกับองค์กรอื่นรูปแบบของหนังสือที่ทำก็ต้องเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบัญ พ.ศ. 2526 ที่ต้องยึดถือเพื่อให้หนังสือข้อตกลงเป็นไปตามรูปแบบและระเบียบที่กำหนด และอีกหนึ่งประเด็นสำคัญคือเรื่องของการวิเคราะห์ว่าฉันทามติ ที่ทำขึ้นนั้นมีลักษณะที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐหรือไม่ ซึ่งจากการตีความของคำว่า “ความมั่นคง” ที่ตีความว่าหมายถึงความสามารถของชาติในการคุ้มครองคุณค่าภายในจากภัยคุกคามภายนอกซึ่งเป็นการคุ้มครองป้องกันสังคมให้รอดพ้นจากภัยคุกคามในลักษณะต่าง ๆ ทั้งที่มาจากภายในและภายนอก ซึ่งหากพิจารณาจากการตีความหมายดังกล่าวแล้ว ฉันทามติอาจมีส่วนคาบเกี่ยวกับเรื่องของความมั่นคงได้ แต่หากพิจารณาให้ลึกลงไปถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของหลักเกณฑ์การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรีแล้ว ได้บัญญัติไว้เพียงว่า “ไม่มีเนื้อหาสำคัญหรือเกี่ยวข้องกับนโยบาย เช่น ไม่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของรัฐ” ดังนั้น จึงเห็นว่าเป็นเพียงเรื่องของนโยบายเท่านั้นไม่ได้พูดถึงหลักในทางปฏิบัติซึ่งอาจตีความได้ว่าหากการกระทำใดอาจมีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องของความมั่นคง แต่ไม่มีเนื้อหาส่วนใดที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐแล้ว หนังสือหรือข้อตกลงที่ทักยังอยู่ในความหมายของหลักเกณฑ์การทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรี จึงพิจารณาได้ว่าฉันทามติฯ ยังอยู่ในความหมายของหลักเกณฑ์การทำหนังสือดังกล่าว อีกทั้งฉันทามติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาสันติภาพ ไม่ได้มีผลที่ก่อให้เกิดความผูกพันด้านงบประมาณทั้งได้ดำเนินการภายใต้กฎหมายและกฎระเบียบที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่สามารถทำให้ฉันทามติฯ มีผลใช้บังคับได้อย่างสมบูรณ์ตามกฎหมายภายในของรัฐไทย และได้มีการลงนามถูกต้องชัดเจนจากตัวแทนของทั้งสองฝ่ายที่จะสามารถทำให้ฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นนั้นมีผลใช้บังคับและเกิดความผูกพันขึ้นกับทั้งสองฝ่าย



แต่หากพูดถึงเรื่องผลผูกพันตามฉันทามติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาสันติภาพแล้ว คงไม่ได้เป็นเรื่องของความผูกพันในลักษณะระหว่างประเทศ อย่างเหตุผลที่ได้กล่าวไปแล้วว่าฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นระหว่างสองฝ่ายนั้นไม่ได้เป็นการทำขึ้นในลักษณะสนธิสัญญา แต่เป็นเพียงการทำหนังสือข้อตกลงกันระหว่างฝ่ายรัฐไทยและผู้เห็นต่างจากรัฐเท่านั้น อันเนื่องมาจากความขัดแย้งภายในประเทศซึ่งไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับทางระหว่างประเทศแต่อย่างใด มีเพียงการอำนวยความสะดวกและการเข้ามาเป็นตัวกลางในการพูดคุยของประเทศมาเลเซียที่ก็ไม่ได้ตีความไปได้ว่าการทำหนังสือข้อตกลงนั้นจะมีความผูกพันในทางระหว่างประเทศ ดังนั้นจึงพอสรุปได้ว่าฉันทามติทั่วไปเกี่ยวกับกระบวนการเจรจาสันติภาพจึงถือเป็นหนังสือหรือความตกลงที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องสามารถดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องนำเรื่องเสนอต่อคณะรัฐมนตรี

จากการวิเคราะห์หลักเกณฑ์ของการทำหนังสือสัญญาที่หน่วยงานสามารถดำเนินการได้ตามอำนาจหน้าที่โดยไม่ต้องเสนอคณะรัฐมนตรีกับฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ จึงพอสรุปได้ว่าฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องเสนอหรือขอความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นระเบียบที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการสันติภาพต้องตระหนักและปฏิบัติตาม แต่นั่นก็เป็นเพียงแนวทางของการทำความเข้าใจเท่านั้นสิ่งที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปก็คือเรื่องของ “สถานะทางกฎหมายของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ” ว่าสุดท้ายแล้วฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นถือเป็นเอกสารประเภทใดที่จะนำมาซึ่งสิทธิและหน้าที่ของผู้สัญญาจึงต้องปฏิบัติตาม

จากที่วิเคราะห์ถึงฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพข้างต้น จึงพอสรุปได้ว่าฉันทามติฯ ไม่ได้มีลักษณะเป็นสนธิสัญญาตามหลักเกณฑ์ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 และอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1986 จึงทำให้ไม่ก่อให้เกิดความผูกพันในทางระหว่างประเทศของผู้สัญญาทั้งสองฝ่าย อีกทั้งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายภายในแล้วฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นนั้นก็ไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในอีกด้วย ฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพจึงถือเป็นเพียง “เอกสารแสดงเจตนาธรรมทางการเมือง (political will) หรือความมุ่งมาดปรารถนา (aspiration)” ที่เป็นผลจากการประชุมเท่านั้นซึ่งเปรียบเทียบกับสิ่งที่เรียกว่า “สัญญาใจ”¹⁶ ซึ่งเมื่อเป็นเพียงสัญญาใจจึงพอพิจารณาต่อไปได้ว่าฉันทามติฯ ที่ทำขึ้นนั้นไม่ได้มีความผูกพันในทางกฎหมายและหากฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามก็ไม่อาจจะลงโทษต่อฝ่ายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงทางกฎหมายได้ทั้งในบริบทภายในประเทศและระหว่างประเทศ จึงถือเป็นอีกหนึ่งข้อบกพร่องสำคัญของฉันทามติฯ ที่หากไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ที่จะลงโทษต่อฝ่ายที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามได้ การตระหนักต่อข้อตกลงที่ทำร่วมกันระหว่างรัฐไทยและฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐในรูปแบบของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพก็ยังคงเลื่อนกลางต่อความสันติที่จะเกิดขึ้นในพื้นที่อย่างแท้จริงและยั่งยืนหากไม่มีการทบทวนและพัฒนารูปแบบความตกลงดังกล่าว

5.2 การทำหนังสือสัญญาที่สันติภาพที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆ

กระบวนการสันติภาพที่เกิดขึ้นในประเทศต่างๆในโลกเพื่อกำจัดความขัดแย้งที่เกิดขึ้นนั้นนับเป็นอีกหนึ่งประเด็นที่ประเทศไทยควรหันมาศึกษาและให้ความสนใจ แม้บริบทที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน แต่วัตถุประสงค์ก็ยังเป็นไปในทิศทางเดียวกันนั่นคือความสงบและสันติ ผู้เขียนจึงได้ทำการหยิบยกตัวอย่าง

¹⁶ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง สำนักวิชานิติศาสตร์, ‘เจาะลึกปฏิญญาพนมจอมฯ:สัญญาใจแห่งสันติภาพ’ (11 พฤษภาคม 2561) <<https://law.mfu.ac.th/law-news/law-detail/detail/News/5517.html>> สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2565.



กระบวนการสันติภาพที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษและอินโดนีเซียเพื่อทำการเปรียบเทียบกับกระบวนการสันติภาพที่เกิดขึ้นในจังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทยว่ามีรูปแบบที่เหมือนหรือแตกต่างกันหรือไม่อย่างไร ดังนี้

5.2.1 กระบวนการสันติภาพระหว่างประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ

ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือซึ่งเกิดจากสาเหตุของการที่ไอร์แลนด์เหนือถูกกดขี่ข่มเหงโดยประเทศอังกฤษมาเป็นระยะเวลากว่า 800 ปี ไม่ว่าจะในลักษณะของการถูกรุกราน การสังหารหมู่ชาวไอริช นำมาสู่การกีดกันชาวไอริชในลักษณะต่าง ๆ เช่น การออกมาตรการที่มีลักษณะที่ไม่เป็นธรรม ทั้งในทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม การไม่ได้รับการจัดสรรที่อยู่อาศัยอย่างเสมอภาค และการถูกกีดกันจากการจ้างงาน เป็นต้น¹⁷ และจากประเด็นความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าวทำให้เกิดกระบวนการพูดคุยเพื่อยุติปัญหาที่เกิดขึ้น โดยได้เกิดแนวทางยุติความขัดแย้งที่เกิดขึ้นซึ่งถือเป็นความพยายามของทั้งสองฝ่าย 3 แนวทางด้วยกัน ได้แก่ ข้อตกลง Sunningdale ข้อตกลงอังกฤษ – ไอริช และข้อตกลง GoodFriday หรือ Belfast Agreement¹⁸ ซึ่งทั้งสามแนวทางเป็นทางออกโดยเป็นข้อตกลงทางการเมืองทั้งสิ้นโดยเฉพาะข้อตกลง GoodFriday ที่ได้นำหลักประชาธิปไตยและสันติวิธีเป็นหลักการนำทางไปสู่กระบวนการสันติภาพของทั้งสองฝ่าย¹⁹ และจากข้อตกลงดังกล่าวก็นำมาสู่สันติภาพอย่างแท้จริงระหว่างประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือ ดังนั้นเมื่อนำบทเรียนที่เกิดขึ้นดังกล่าวมาเปรียบเทียบกับกระบวนการสันติภาพในจังหวัดชายแดนภาคใต้แล้วเห็นได้ว่าเรื่องของระยะเวลาการสร้างสันติภาพของประเทศอังกฤษและไอร์แลนด์เหนือต้องใช้เวลากว่า 30 ปี โดยเมื่อเปรียบกับสถานการณ์ความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทยแล้วรวมระยะเวลาจากจนถึงปัจจุบันก็เป็นเวลากว่า 18 ปีแล้วซึ่งก็ได้พยายามดำเนินกระบวนการสันติภาพมาโดยตลอดแต่ก็ยังไม่บรรลุผล สิ่งที่ประเทศไทยควรนำมาเป็นบทเรียนและตระหนักต่อการสร้างกระบวนการสันติภาพในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ที่สำคัญนั้นคือเรื่องของความอดทนและความมุ่งมั่นเพื่อที่จะหาทางออกให้กับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นในพื้นที่อย่างแท้จริงต่อไป แม้ในขณะนี้ยังไม่อาจเห็นความสำเร็จได้ในเร็ววันก็ตาม

5.2.2 กระบวนการสันติภาพอาเจะห์ประเทศอินโดนีเซีย

ความขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างกลุ่มอาเจะห์และประเทศอินโดนีเซียที่มีความต้องการแบ่งแยกดินแดนเกิดขึ้นจากสาเหตุของการจัดสรรทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่เป็นธรรมของรัฐบาลกลาง อีกทั้งยังมีเรื่องของอัตลักษณ์และวัฒนธรรมที่แตกต่างไปจากวัฒนธรรมชาวซึ่งถือเป็นวัฒนธรรมของประชากรส่วนใหญ่ในประเทศอินโดนีเซีย อีกทั้งยังมีเรื่องของประวัติศาสตร์ความรุ่งเรืองในอดีตของอาเจะห์²⁰ จากเรื่องราวซึ่งเป็นสาเหตุของความขัดแย้งดังกล่าวจึงนับเป็นวิกฤติหลักของประเทศอินโดนีเซียที่จะต้องดำเนินการหาวิถีทางเพื่อจัดการกับความขัดแย้งที่เกิดขึ้นดังกล่าว จึงได้เกิดการพูดคุยและเจรจากันครั้งแรกที่กรุงเฮลซิงกิประเทศฟินแลนด์ซึ่งทำให้เกิดข้อตกลงและลงนามในข้อตกลงดังกล่าวของทั้งสองฝ่าย²¹ นำมาสู่การร่วมลงนามในบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding between the Government of the Republic of Indonesia and the Free Aceh Movement)²² โดยการดำเนินการตามข้อตกลงดังกล่าวจะดำเนินการโดยยึดหลักสันติวิธีและหลักประชาธิปไตย

¹⁷ เมธัส อนุวัตรอุดม, กระบวนการสันติภาพไอร์แลนด์เหนือ สหราชอาณาจักร (สถาบันพระปกเกล้า 2555) 20.

¹⁸ เฟิงอ้าง 28.

¹⁹ เฟิงอ้าง 54.

²⁰ เมธัส อนุวัตรอุดม, กระบวนการสันติภาพอาเจะห์ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (สถาบันพระปกเกล้า 2555) 17.

²¹ เฟิงอ้าง 66.

²² เฟิงอ้าง 16 – 17.



ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย²³ ซึ่งเมื่อนำมาเปรียบเทียบกับกระบวนการสันติภาพที่เกิดขึ้นในประเทศไทยตั้งแต่เริ่มกระบวนการพูดคุยที่ทำให้เกิดเอกสารที่เรียกว่าฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการเสวนาสันติภาพขึ้นมาก็มีการกำหนดไว้ในเอกสารฉบับดังกล่าวชัดเจนแล้วว่ากระบวนการพูดคุยสันติภาพของทั้งสองฝ่ายจะดำเนินการภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเห็นว่าแนวทางการดำเนินการของกระบวนการพูดคุยสันติภาพของประเทศอินโดนีเซียและประเทศไทยนำกฎหมายสูงสุดของประเทศมาเป็นตัวกำหนดหลักเพื่อให้กระบวนการพูดคุยสันติภาพที่เกิดขึ้นนั้นต้องตระหนักถึงกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศเป็นหลักสำคัญ จากประเด็นดังกล่าวจึงทำให้เห็นว่าลักษณะของการดำเนินกระบวนการสันติภาพของประเทศอินโดนีเซียและประเทศไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกันที่ยึดหลักความเป็นรัฐเดี่ยวไม่อาจแบ่งแยกได้เชื่อมโยงไปสู่หลักอธิปไตยของรัฐที่แม้การดำเนินกระบวนการสันติภาพที่เกิดขึ้นจะได้รับการจับตามองจากนานาชาติและจะเกิดความพยายามเข้ามาช่วยเหลือและแทรกแซงจากนานาชาติตามขนาดไหน แต่การจะเข้ามาของนานาชาติจะกระทำได้อีกก็ต่อยึดหลักอธิปไตยของรัฐเป็นเรื่องสำคัญด้วยนั่นเอง

6. บทสรุป

กระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ดำเนินการผ่านฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพ นับเป็นอีกหนึ่งประเด็นสำคัญที่อาจนำไปสู่การถอดบทเรียนของประเทศไทยโดยการนำของสภาความมั่นคงแห่งชาติและคณะพูดคุยเพื่อสันติสุขชายแดนภาคใต้ ว่าการดำเนินกระบวนการพูดคุยที่ผ่านนับแต่ปี 2556 มาจนถึงปัจจุบันนั้นข้อบกพร่องของการทำความเข้าใจระหว่างกันคือเรื่องใดบ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลบังคับใช้ของฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพมีความศักดิ์สิทธิ์มากน้อยขนาดไหน ซึ่งรัฐไทยสามารถเรียนรู้ได้จากการถอดบทเรียนที่ผ่านมามาว่าแม้จะมีการดำเนินกระบวนการพูดคุยสันติภาพทั้งที่เกิดขึ้นในที่ลับและชัดเจนผ่านการทำความเข้าใจระหว่างกันซึ่งน่าจะเป็นความพึงพอใจของทั้งสองฝ่ายที่จะไม่ปฏิบัติการโดยใช้กำลังในพื้นที่แล้ว แต่เพราะเหตุใดเหตุการณ์เหล่านั้นยังคงเกิดขึ้นเรื่อยมา ซึ่งผู้เขียนขอตั้งข้อสังเกตไว้สำหรับฉันทามติทั่วไปว่าด้วยกระบวนการสานเสวนาสันติภาพว่าอาจเป็นเพียงข้อตกลงลอยๆที่ต่างฝ่ายจะเลือกยึดถือตามความพึงพอใจของตนหรือไม่ หากเป็นเช่นนั้นความศักดิ์สิทธิ์ของฉันทามติฯ อยู่ที่ใด หรือเป็นเพียงเครื่องมือยึดเวลาสถานการณ์ความรุนแรงในจังหวัดชายแดนภาคใต้ต่อไป ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นวัตถุประสงค์ที่ควรเกิดขึ้นจากกระบวนการพูดคุยสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ก็คงมีอาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง กลับกันหากรัฐไทยและฝ่ายผู้เห็นต่างจากรัฐหันกลับมาทบทวนวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของกระบวนการสันติภาพที่ทั้งสองฝ่ายตกลงที่จะให้ความร่วมมือกันโดยปราศจากนัยใดๆแล้วก็นับเป็นจุดเริ่มต้นของความสันติภาพที่จะเกิดขึ้นอย่างแท้จริงในอนาคตได้เช่นกัน โดยเฉพาะรัฐไทยเองควรหันกลับมาถอดบทเรียนของตนต่อกระบวนการสันติภาพที่ผ่านมามาในอดีตว่าเพราะเหตุใดถึงยังไม่ก้าวหน้าแม้เวลาจะผ่านล่วงเลยมาหลายปี ผู้เขียนจึงได้ทำการวิเคราะห์ปัจจัยอุปสรรคที่ส่งผลกระทบต่อการจัดการความขัดแย้งในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ที่สำคัญดังนี้ ปัญหาการหยุดชะงักและความไม่ต่อเนื่องของข้อตกลงกระบวนการสันติภาพในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทย และปัญหาการสร้างศักดิ์สิทธิ์ให้เอกสารแสดงเจตนารมณ์ทางการเมือง (political will) ให้กลายเป็นเอกสารหรือข้อตกลงที่มีโทษทางกฎหมาย เริ่มจากการ

²³ เฟิงอ่าง 50.



ผลักดันให้มีค่าบังคับเป็นระเบียบและอาจพัฒนาต่อไปเป็นกฎหมายภายในเพื่อให้รัฐบาลชุดถัดไปต้องดำเนินการ
ต่อเนื่องอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ นั่นก็เพื่อให้กระบวนการสันติภาพจังหวัดชายแดนภาคใต้ของไทยเป็นการสานต่อการ
แก้ไขปัญหาย่างต่อเนื่องอันนำไปสู่ความสันติที่แท้จริงและยั่งยืนต่อไป



บรรณานุกรม

- ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 'ข้อเรียกร้องเบื้องต้น 5 ประการของ BRN: ต้นฉบับและบทแปลหลากหลายภาษา' (Deep south watch, 19 สิงหาคม 2556) <<https://deepsouthwatch.org/node/4635>> สืบค้นเมื่อ 27 มิถุนายน 2565.
- ฉัตรชัย ศรีเมืองกาญจนนา, 'ความก้าวหน้าการพูดคุยสันติสุขจังหวัดชายแดนภาคใต้' (2561).
- BBC NEWS, 'ชายแดนใต้ : ความริเริ่มรอมรอนเพื่อสันติสุข คำมั่น 2 ฝ่ายที่รอการพิสูจน์' (6 เมษายน 2563) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-60998616>> สืบค้นเมื่อ 4 กรกฎาคม 2565.
- บุษบง ชัยเจริญวัฒน์ และเหมือนขวัญ เรณูมาศ, 'สันติวิธี : การจัดการความขัดแย้งตามแนวทางสันติวิธี' (2560) 5 วารสารสันติศึกษาปริทรรศน์ มจร 1, 7.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช, *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศ* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).
- ปาริชาติ สุวรรณบุบผา, 'सानเสวนาเป็นสันติวิธีได้หรือไม่' (การประชุมวิชาการประจำปีสันติวิธีในมุมมองของศาสนาโลก, 2548)
- ศูนย์เฝ้าระวังสถานการณ์ภาคใต้, 'สถิติสรุปเหตุการณ์ในพื้นที่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ประจำเดือนตุลาคม 2564' (Deep south watch, 3 พฤศจิกายน 2564) <<https://deepsouthwatch.org/tags/%E0%B8%AA%E0%B8%96%E0%B8%B4%E0%B8%95%E0%B8%B4>> สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2565.
- มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง สำนักวิชานิติศาสตร์, 'เจาะลึกปฎิญาพินมุนจอมฯ:สัญญาใจแห่งสันติภาพ' (11 พฤษภาคม 2561) <<https://law.mfu.ac.th/law-news/law-detail/detail/News/5517.html>> สืบค้นเมื่อ 29 สิงหาคม 2565).
- เมธัส อนุวัตรอุดม, *กระบวนการสันติภาพอาเจะห์ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย* (สถาบันพระปกเกล้า 2555).
- เมธัส อนุวัตรอุดม, *กระบวนการสันติภาพไอร์แลนด์เหนือ สหราชอาณาจักร* (สถาบันพระปกเกล้า 2555).
- วิชุดา สาธิตพร, 'ความมั่นคงไทย : ความท้าทายในอนาคต' (2559) 14 วารสารสถาบันพระปกเกล้า 5, 7 - 8.
- วีรศักดิ์ พัทบุรี, 'รูปแบบการพัฒนาสมรรถนะการบริหารความขัดแย้ง สำหรับผู้บริหารสถานศึกษาสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ในจังหวัดชายแดนภาคใต้' (วิทยานิพนธ์ศึกษาศาสตร์ดุสิตบัณฑิตสาขาวิชาการบริหารการศึกษา มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ 2559).
- สิทธิ ตระกูลวงศ์, *กระบวนการพูดคุยเพื่อสันติสุข จชต : ความท้าทายของการต่อสู้ทางความคิดตามแนวทางสันติวิธีในทัศนะของผู้ปฏิบัติงานจริง (ห้วงปี 2558-2561)* (บ. เมจิก แอนด์ พิคเชลเว็คส์ สตูดิโอ จำกัด 2562).



ปัญหาความเหลื่อมล้ำในการรับผิดชอบทางอาญาฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงข้ามเพศ

ธีรพันธ์ กำดารา

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏหมู่บ้านจอมบึง จ.ราชบุรี 70150

อีเมล: aj.teerapan@gmail.com

บทคัดย่อ

การยอมรับของสังคมที่เปิดโอกาสให้กลุ่มคนข้ามเพศได้เปิดเผยสถานะของตนได้มากขึ้น บทความนี้ จึงมุ่งวิเคราะห์การบังคับใช้กฎหมายอาญาในความผิดเกี่ยวกับเพศฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อหญิงข้ามเพศ จากข้อมูล เอกสารวิชาการ กฎหมาย และข่าวที่เกี่ยวข้อง หากมีการกระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราต่อสาวประเภทสอง ที่ทำการผ่าตัดแปลงเพศแล้ว หรือหญิงข้ามเพศ ผู้กระทำความผิดจะได้รับโทษในความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ อนาคต หรือทำร้ายร่างกายเท่านั้น เนื่องจากความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราจำเป็นต้องกระทำต่ออวัยวะเพศของผู้หญิงตาม ธรรมชาติ มิใช่กระทำต่ออวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศ แม้ว่าหญิงข้ามเพศจะได้รับความเสียหายทั้งร่างกาย และความบอบช้ำด้านจิตใจเช่นเดียวกับหญิงแท้ก็ตาม เห็นได้ว่าการบังคับใช้กฎหมายอาญาฐานความผิดนี้ ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ต้องการเอาผิดผู้กระทำความผิดที่สร้างความเสียหายต่อสังคม และสร้าง รอยแผลในชีวิตแก่เหยื่อ ดังนั้นเพื่อให้บุคคลพึงจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอภาค ควรเพิ่มนิยาม ของ คำว่า อวัยวะเพศ ให้ครอบคลุมถึงอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย

คำสำคัญ : ข่มขืนกระทำชำเรา, สาวประเภทสอง, ความผิดเกี่ยวกับเพศ



Problem Regarding Inequality of Criminal Liability in Cases of Rape Against Transgender Women

Teerapan Kumdara

Program of Law, Muban Chom Bueng Rajabhat University, Ratchaburi, 70150, Thailand

E-mail: aj.teerapan@gmail.com

Abstract

Social acceptance allows transgender people to reveal more about their status. This article aims to analyze criminal law enforcement on the crime of rape against transgender women. According to academic documents, law, and related news, if there is a rape offense against a transgender woman who has undergone sex reassignment surgery or a transgender woman, offenders will only be punished for offenses related to liberty, indecent or physical assault since the rape offense is committed against the natural genitalia of a woman but not on the genitals caused by sex reassignment surgery. Even if transgender women suffer physical damage and mental trauma like an actual woman. It can be seen that the enforcement of the criminal law on this offense does not meet the intent of the law to prosecute offenders that cause damage to society and create scars in life for the victims. Therefore, in order for individuals to receive equal protection under the law. The definition of genitalia should include genitalia resulting from sex reassignment surgery as well.

Keywords: Rape, Transgender Women, Sexual Offences



1. บทนำ

แม้ว่าผู้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศกลายเป็นบุคคลที่มีอวัยวะเพศเหมือนอย่างเพศหญิงหรือที่เรียกว่าสาวประเภทสองจะยังเป็นผู้ชายในทางกฎหมาย แต่ปฏิเสธไม่ได้ว่าเขาเหล่านั้นมีจิตใจเป็นผู้หญิงค่อนข้างจะสมบูรณ์แล้ว หากไม่มีจิตใจที่เป็นผู้หญิงจริง ๆ ก็คงจะไม่ลงทุนลงแรงเปลี่ยนแปลงเพศที่มาจากกรำเหน็ดของตน เมื่อสาวประเภทสองเหล่านี้อยู่ในสังคมพวกเขาก็ย่อมมีความรักกับเพศชาย อยู่ร่วมกันฉันสามีภริยากันก็มาก เพราะสิทธิก่อตั้งครอบครัวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์ การใช้ชีวิตร่วมกันของคนเพศเดียวกันถือเป็นการก่อตั้งครอบครัวอีกรูปแบบหนึ่งเช่นกัน¹ ซึ่งพวกเขาก็สามารถมีเพศสัมพันธ์ได้เป็นปกติ แน่แน่นอนว่าพวกเขาเหล่านี้ก็ย่อมต้องถูกระงับความผิดเกี่ยวกับเพศได้เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถูกระงับโทษจำคุก โดยกฎหมายได้กำหนดว่าผู้ที่ถูกระงับโทษจำคุกต้องถูกระงับโทษจำคุกกับอวัยวะเพศ ซึ่งหมายถึงอวัยวะที่แท้จริง ทวารหนัก หรือช่องปาก แต่พวกเขาเหล่านี้ไม่มีอวัยวะเพศจริง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด การกระทำกับอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศมาจึงไม่อาจเรียกว่าถูกระงับโทษจำคุกตามกฎหมายได้ ซึ่งอาจจะขัดแย้งกับความรู้สึกทางด้านจิตใจของผู้ถูกระงับโทษและผู้กระทำเป็นอย่างมาก อันเป็นปัญหาในการให้ความเป็นธรรมทางกฎหมายที่มีความน่าสนใจ

2. ที่มาและความสำคัญ

การที่บุคคลใดจะต้องรับผิดชอบในทางอาญานั้นจะต้องมีเจตนากระทำความผิดและความผิดนั้นจะต้องมีกฎหมายบัญญัติโทษเอาไว้ แน่แน่นอนว่าเจตนาจึงเป็นองค์ประกอบภายในที่สำคัญในความผิดอาญาทั้งปวง การกระทำความผิดทางเพศโดยเฉพาะอย่างยิ่งการข่มขืนกระทำชำเราตามมาตรา 276 และมาตราอื่น ๆ นั้น ผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาข่มขืนกระทำชำเรา

ความหมายของเจตนาเป็นไปตามมาตรา 59 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า

“การกระทำโดยเจตนาได้แก่การกระทำโดยรู้สำนึกในการกระทำและในขณะที่เดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผลหรือย่อมเล็งเห็นผลของการกระทำนั้น”²

ความผิดที่ผู้เขียนจะกล่าวในบทความนี้เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราไม่ว่าจะเป็นมาตรา 276 ในข้อความเบื้องต้นอันกล่าวไว้ว่า “ผู้ใดข่มขืนกระทำชำเราผู้อื่น...”³ มาตรา 277 เบื้องต้นเป็นกล่าวไว้ว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกิน 15 ปีซึ่งมิใช่ภรรยาหรือสามีของตน...”⁴ รวมถึงมาตรา 277 ทวิ และ 277 ตรี⁵ ที่บัญญัติถึงผลของการกระทำที่ทำให้ผู้ถูกข่มขืนกระทำชำเรา หรือถูกระงับโทษจำคุกได้รับอันตรายสาหัสหรือถึงแก่ความตาย

¹ รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, ‘การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ’ (2562) 48 วารสารนิติศาสตร์ 310, 310.

² ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรคสอง

³ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

⁴ เพิ่งอ้าง

⁵ เพิ่งอ้าง



ซึ่งแน่นอนว่าผลของการกระทำที่ทำให้ผู้กระทำความผิดได้รับโทษหนักขึ้นนั้นจะต้องเป็นผลธรรมดาย่อมเกิดขึ้นตามมาตรา 63 แห่งประมวลกฎหมายอาญา⁶ ซึ่งก็ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นเรื่อง ๆ ไป

ในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในบทความนี้เราจึงต้องมาดูนิยามของคำว่ากระทำชำเราโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 1(18) ที่ว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น”⁷ เมื่อกฎหมายบัญญัติเพียงว่า “อวัยวะเพศ” ก็ย่อมหมายถึงอวัยวะเพศจริง ๆ ที่ถูกล่วงล้ำ แต่ต้องไม่ลืมว่าแม้จะเป็นอวัยวะเพศที่ไม่ได้มีมาแต่กำเนิดแต่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศมา ก็สามารถถูกล่วงล้ำได้เช่นเดียวกัน จึงเป็นปัญหาว่าหากผู้กระทำได้ใช้อวัยวะเพศล่วงล้ำอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศมา ย่อมไม่ถือเป็นการกระทำชำเรา อันจะนำไปสู่ความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราได้นั่นเอง

3. ผลการศึกษา

จากหลักกฎหมายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา ซึ่งให้นิยามการกระทำชำเราใหม่ โดยแก้ไขตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562 หนึ่งในเรื่องที่ถูกแก้ไขและเป็นประเด็นหลักของบทความนี้อยู่ใน มาตรา 1(18) แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่บัญญัติว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น⁸ ทั้งนี้เพื่อให้มีความชัดเจน สอดคล้องกับลักษณะการกระทำชำเราตามธรรมชาติ รวมทั้งยังปรับปรุงบทบัญญัติความผิดเกี่ยวกับเพศบางประการ โดยในบทความนี้จะกล่าวถึงเฉพาะความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายให้ดียิ่งขึ้น⁹ โดยนิยามกระทำชำเราตามมาตรา 1(8) ดังกล่าวนั้นก็ส่งผลกับความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราทั้งหมด คือ มาตรา 276, มาตรา 277, มาตรา 277 ทวิ และมาตรา 277 ตรี

จากนิยามดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า กฎหมายต้องการที่จะเอาผิดผู้ชายที่กระทำต่อผู้หญิงกรณีกระทำต่ออวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้หญิง หรือเอาผิดกับผู้ชายที่กระทำต่อผู้ชายด้วยกัน กรณีกระทำต่อทวารหนัก หรือช่องปาก เท่านั้น เพราะคำว่า “อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น” นั้น ย่อมไม่สามารถเป็นอวัยวะเพศของผู้หญิงที่จะล่วงล้ำเข้าไปอวัยวะเพศ ช่องปาก หรือทวารหนักของผู้อื่นได้ แต่ประเด็นที่สำคัญของบทความนี้ก็คือ ผู้หญิงที่เป็นผู้เสียหายต้องเป็นผู้หญิงแท้ ๆ คือเป็นผู้หญิงโดยกำเนิดเท่านั้น เนื่องจากอวัยวะเพศตามกฎหมายหมายถึงอวัยวะเพศโดยกำเนิด โดยพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ให้ความหมายของคำว่า “ผู้ชาย” ว่า “มนุษย์เพศผู้ซึ่งโดยกำเนิดมีลึงค์เป็นอวัยวะสืบพันธุ์” ลึงค์ แปลว่า อวัยวะเพศชาย และให้ความหมายของ “ผู้หญิง” ว่า “มนุษย์เพศเมียซึ่งโดยกำเนิดมีโยนีเป็นอวัยวะสืบพันธุ์” โยนี แปลว่า อวัยวะสืบพันธุ์ของผู้หญิง¹⁰ ซึ่งจากความหมายดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า การที่ผู้หญิงจะเป็นผู้เสียหายในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรานั้น จะต้องเป็นผู้หญิงโดยกำเนิดเท่านั้น โดยเฉลี่ยในรอบ 5 ปี คดีข่มขืนในประเทศไทยเฉพาะที่มีการ

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 63

⁷ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

⁸ เพิ่งอ้าง

⁹ กฤษฎา แสงเจริญทรัพย์, เชษฐ รัชดาพรรณธัญญกุล และ วินศพล กำปิลศิริราช, ‘กฎหมายข่มขืนแก้ไขใหม่ Amendment to rape laws’ (2562) 15 วารสารคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย 15, 15.

¹⁰ พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554.



แจ้งความเกิดขึ้นปีละประมาณ 4,000 คดี แต่สามารถจับคนร้ายได้เพียง 2,400 คดีเท่านั้น คิดเป็นผู้หญิงที่ถูกล่วงละเมิดทางเพศวันละประมาณ 7 คน และพบจำนวนของผู้หญิงที่เข้ารับการรักษา และแจ้งความร้องทุกข์ สูงถึงปีละ 30,000 คน¹¹

แต่ในปัจจุบันนี้ได้มีเพศต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย ไม่ได้มีเพียงเพศหญิงและเพศชายอีกต่อไป อันมาจากรสนิยมทางเพศที่มีความซับซ้อนและหลากหลายตามบริบทของสังคม โดยมีการให้นิยามแตกต่างกันไป เช่น กระเทย เกย์ เป็นต้น¹² เมื่อรสนิยมอันมาจากจิตใจเปลี่ยนไปแล้ว ด้วยความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์มนุษย์ก็ยังสามารถเปลี่ยนร่างกายให้สอดคล้องกับจิตใจได้อีกด้วย นั่นคือการแปลงเพศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแปลงจากเพศชายมาเป็นเพศหญิงที่เราจะสามารถพบเห็นได้มากในเวลาปัจจุบัน เพศที่ไม่ได้เกิดจากเพศกำเนิดจึงมีจริง เช่น สาวประภทสองที่แปลงเพศแล้ว เป็นต้น

4. เพศในโลกปัจจุบัน

จากที่ได้กล่าวไปก่อนหน้านี้แล้วว่า ปัจจุบันนี้มีเพศเกิดขึ้นมากมายหลากหลายเพศ ซึ่งคนทั่ว ๆ ไปหากไม่ได้ศึกษาเรื่องนี้ ผู้เขียนเชื่อว่าส่วนใหญ่จะไม่สามารถตอบได้อย่างแน่นอนว่าสังคมโลกในปัจจุบันนี้มีเพศอะไรบ้าง ซึ่งบางคนอาจเคยได้ยินคำว่า “LGBTQ” ซึ่ง LGBTQ ก็คือกลุ่มคนที่มีความหลากหลายทางเพศ เป็นกลุ่มคนที่มีรสนิยมหรืออัตลักษณ์ทางเพศที่แตกต่างกัน โดย L ย่อมาจาก Lesbian คือ กลุ่มผู้หญิงรักผู้หญิง G ย่อมาจาก Gay คือ กลุ่มชายรักชาย B ย่อมาจาก Bisexual คือ คนที่รักทั้งผู้ชายและผู้หญิง T ย่อมาจาก Transgender คือกลุ่มคนข้ามเพศ จากเพศชายเป็นเพศหญิง หรือเพศหญิงเป็นเพศชาย และ Q ย่อมาจาก Queer คือ กลุ่มคนที่พึงพอใจต่อเพศใดเพศหนึ่ง โดยไม่ได้จำกัดในเรื่องเพศ และความรัก การมีเพศสภาพไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิดนั้นถือเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ เนื่องจากองค์การอนามัยโลก (Who) ได้จัดประเภทของโรคระหว่างประเทศ (ICD) โดยย้ายหัวข้อ “การมีเพศสภาพไม่สอดคล้องกับเพศกำเนิดออกจากหมวดความผิดปกติทางจิตและพฤติกรรม” และเอาไปอยู่ในหมวด “กรณีที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพทางเพศ” ดังนั้น การมีเพศสภาพไม่ตรงกับเพศกำเนิดจึงไม่ถือว่าเป็นการป่วยทางจิตอีกต่อไป¹³ โดยบทความนี้เราจะศึกษาความเป็นไปได้ที่ผู้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราที่กระทำต่อสาวประภทสองหรือชายที่แปลงเพศมาแล้ว ว่าควรจะได้รับโทษเท่ากับกระทำต่อผู้หญิงแท้ ๆ หรือไม่ เพื่อนำไปสู่การเพิ่มนิยามคำว่าวิยะเพศในความหมายของการกระทำชำเราให้ครอบคลุมถึงวิยะที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย

5. ความหมายของสตรีข้ามเพศ

¹¹ ข่าวสดออนไลน์, ‘เจาะสถิติคดีข่มขืนไทย โพลชี้ผลลัพธ์สุดตะลึง’ (ข่าวสดออนไลน์, 12 กันยายน 2563) <https://www.khaosod.co.th/lifestyle/news_4894920> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565.

¹² วสันต์ ปวนปิ่นวงศ์, ‘การแปลงเพศในบริบทของความหลากหลายทางเพศกับมุมมองที่เห็นต่างระหว่างวิทยาศาสตร์และสังคมศาสตร์’ (2559) 5 วารสารวิทยาลัยสงฆ์นครลำปาง.

¹³ โรงพยาบาลเพชรเวช, ‘LGBTQ ความหลากหลายที่ต้องเข้าใจ’ (14 ธันวาคม 2563) <https://www.petcharavejhospital.com/th/Article/article_detail/LGBTQ> สืบค้นเมื่อ 1 มีนาคม 2565.



สตรีข้ามเพศ คือกลุ่มชายที่แปลงเพศมาเป็นเพศหญิงแล้ว จึงอยู่ในกลุ่มของ Transgender คือกลุ่มคนข้ามเพศ จากเพศชายเป็นเพศหญิง หรือเพศหญิงเป็นเพศชาย หรือบุคคลทั่วไปมักจะเรียกว่าสาวประเภทสอง สตรีข้ามเพศ ก็คือ บุคคลผู้ซึ่งได้ผ่าตัดแปลงเพศ จากเพศชายเป็นเพศหญิง (Male to Female Transsexual Persons, MTF)¹⁴ แต่การที่ชายคนหนึ่งจะเข้ารับบริการผ่าตัดแปลงเพศเปลี่ยนอวัยวะเพศให้เป็นของผู้หญิงนั้น ย่อมมีขั้นตอนมากมาย โดยสิ่งแรกนั้นจะต้องเข้ารับคำปรึกษาเพื่อการข้ามเพศก่อน เมื่อได้รับการพูดคุยแล้วแพทย์ผู้ให้คำปรึกษาสามารถส่งตัวผู้ที่ผ่าตัดแปลงเพศต่อไปให้คุยกับจิตแพทย์เพื่อยืนยันว่าเป็นคนข้ามเพศจริง ๆ ไม่ใช่กลุ่มอาการอย่างอื่น ดังนั้นทุกคนที่ประสงค์จะผ่าตัดแปลงเพศจะได้พบกับจิตแพทย์ เพื่อพูดคุยวินิจฉัยก่อนว่าจะไปสู่กระบวนการต่อไปได้หรือไม่ ไม่ว่าจะเป็นการให้ฮอร์โมน หรือผ่าตัดแปลงเพศก็ตาม¹⁵ ความต้องการในการรับบริการผ่าตัดแปลงเพศมีอยู่ในทุกวัย หากบุคคลนั้นอายุ 18 ถึง 20 ปี ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองทั้งนี้เป็นไปตามข้อบังคับของแพทย์สภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552 ข้อ 5(1)¹⁶ แต่ถ้าบุคคลนั้นมีอายุไม่ถึง 18 ปี ก็จะมีการพิจารณาเป็นรายบุคคลโดยนักจิตแพทย์เด็กและนักสังคมสงเคราะห์ บุคคลอยู่ต่ำกว่า 18 ปี จะไม่สามารถตัดสินใจเองได้ การที่บุคคลที่เป็นสาวประเภทสองหรือที่เรียกว่าสตรีข้ามเพศนั้น ย่อมมีจิตใจที่เป็นหญิงอย่างแท้จริง โดยเป็นเรื่องของจิตใจเป็นหลัก ที่จำเป็นจะได้มีขั้นตอนตรวจสอบมากมาย ทั้งยังมีงานวิจัยพบปัญหาโรคซึมเศร้าในสตรีข้ามเพศถึง 22 % ซึ่งค่อนข้างมากกว่าในคนทั่วไป โดยปัจจัยก็มาจากครอบครัว สังคม เป็นต้น¹⁷

การที่สังคมปัจจุบันในโลก โดยเฉพาะสังคมตะวันตกรวมถึงสังคมในไทยเองได้เปิดรับกลุ่มบุคคลที่มีเพศที่ผิดไปจากธรรมชาติ หรือกลุ่มที่แสดงพฤติกรรม อารมณ์ ตรงข้ามกับเพศสรีระมากขึ้น ก็ย่อมทำให้มีความต้องการทางด้านกฎหมายในการรับรองสิทธิต่างๆของบุคคลเหล่านั้นในฐานะพลเมือง และความต้องการที่จะเปลี่ยนแปลงเพศสรีระให้ตรงหรือสอดคล้องกับพฤติกรรมและอารมณ์ที่แท้จริงของตนนั้นก็ยิ่งมากขึ้นตามไปด้วย¹⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านกฎหมายที่เป็นตัวบ่งบอกว่าสังคมยอมรับสาวประเภทสอง หรือสตรีข้ามเพศที่เป็นรูปธรรมที่สุด รวมถึงเพศทางเลือกอื่นๆ จึงเห็นได้ว่าชายที่ตัดสินใจแปลงเพศเป็นหญิงย่อมมีจิตใจที่เป็นหญิงอย่างแท้จริง มิเช่นนั้นคงไม่มีผู้ชายคนใดที่จะมีคุณสมบัติและจิตใจที่กล้าเพียงพอที่จะไปทำการผ่าตัดแปลงเพศของตัวเองได้อย่างแน่นอน

¹⁴ กษมา มาตรศรี, ‘พฤติกรรมและการดูแลสุขภาพของสตรีข้ามเพศหลังผ่าตัดแปลงเพศ’ (2560) 18 วารสารพยาบาลทหารบก 276, 277.

¹⁵ ธนภพ บำเพ็ญเกียรติกุล, ‘แปลงเพศ เปลี่ยนกายให้ตรงใจแต่ไขว่จะถึงฝันในทุกคน’ (ข่าวไทยพีบีเอส, 21 ธันวาคม 2564) <<https://news.thaipbs.or.th/content/310791>> สืบค้นเมื่อ 5 มีนาคม 2565.

¹⁶ ข้อบังคับของแพทย์สภา ว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552.

¹⁷ อัมรินทร์ สุวรรณ, ‘ทำความเข้าใจ"กลุ่มคนข้ามเพศ"พบในอดีตอายุสั้น-ป่วยโรคซึมเศร้าสูง’ (ข่าวไทยพีบีเอส, 17 ธันวาคม 2564) <<https://news.thaipbs.or.th/content/310779>> สืบค้นเมื่อ 5 มีนาคม 2565.

¹⁸ โสภกา ยอดศิริย์, ‘ประสิทธิผลของสถานพยาบาลในทัศนคติของผู้รับบริการศัลยกรรมแปลงเพศ ในประเทศไทย’ (2564) 11 วารสารการวิจัยการบริหารการพัฒนา 297, 298 – 299.



6. หลักเกณฑ์ความรับผิดชอบในทางอาญา

ในความผิดอาญานั้นจะประกอบไปด้วยองค์ประกอบความผิด ทั้งภายนอก และภายใน ซึ่งหากขาดอันใดอันหนึ่งย่อมเรียกว่าขาดองค์ประกอบความผิด ผู้กระทำก็จะเป็นผู้ที่ไม่มีความผิดทางอาญา ยกตัวอย่างการข่มขืนกระทำชำเราผู้ชายที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้ว หรือที่เรียกว่าสตรีข้ามเพศ หรือสาวประเภทสอง โดยผู้กระทำไม่ทราบมาก่อนว่าบุคคลที่ตนหมายจะข่มขืนกระทำชำเราเป็นสตรีข้ามเพศ จนผู้กระทำได้ลงมือกระทำจนสำเร็จความใคร่ตามเจตนา นั้นย่อมหมายความว่าผู้กระทำมีเจตนาที่จะข่มขืนกระทำชำเราผู้เสียหายจริง ๆ อันเป็นการมีองค์ประกอบภายในของความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว แต่การที่ผู้เสียหายถูกกระทำต่ออวัยวะเพศที่เกิดจากการแปลงเพศมาทางกฎหมายย่อมไม่ถือว่าเป็นอวัยวะเพศ การกระทำดังกล่าวจึงขาดวัตถุประสงค์แห่งการกระทำคืออวัยวะเพศโดยกำเนิด ซึ่งส่งผลให้ไม่มีองค์ประกอบภายนอกของความผิด ทำให้การกระทำเป็นการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิด การกระทำย่อมไม่เป็นความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราตามเจตนาที่แท้จริง ซึ่งก็นำเสียดายที่ผู้กระทำมีเจตนาชั่วในการกระทำความผิดฐานดังกล่าวจริงแต่กลับไม่ต้องรับโทษในความผิดที่ตนตั้งใจกระทำและกระทำสำเร็จสมดังอาณัติที่ตนปรารถนาแล้ว แม้ผู้เสียหายจะถูกกระทำก็อวัยวะเพศปลอมที่เกิดจากการแปลงเพศมา ผู้เสียหายก็คงได้รับบาดเจ็บทางด้านร่างกายและจิตใจในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราดังกล่าวนั้นไม่ต่างไปจากผู้หญิงจริง ๆ ที่ถูกระทำ

ในเรื่องการขาดองค์ประกอบภายนอกของความผิดลักษณะคล้ายๆกันนี้เคยเกิดขึ้นในความผิดเรื่องอื่น และปัจจุบันก็มีการแก้ไขกฎหมายแล้ว คือ กรณีที่จำเลยข่มขืนกระทำชำเราผู้ตาย โดยจำเลยเข้าใจว่าผู้ตายยังมีชีวิตอยู่แค่เพียงสลบไป จำเลยจึงไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราเนื่องจากผู้ตายได้ถึงแก่ความตายไปก่อนแล้วไม่มีสภาพบุคคลที่จะเป็นองค์ประกอบภายนอกของความผิดดังกล่าวได้¹⁹ ซึ่งต่อมาก็ได้มีการเพิ่มเติมความผิดฐานกระทำชำเราศพ รวมถึงความผิดเกี่ยวกับศพต่าง ๆ ทำให้องค์ประกอบภายนอกเรื่องที่ไม่มีความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา เหล่านี้หมดไป ตามพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ.2558 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ.2562 ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 366/1²⁰ ถึง 366/4 แห่งประมวลกฎหมายอาญา²¹ เป็นต้น

เมื่อศึกษาความรับผิดชอบในทางอาญาเรื่องการล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำต่อหญิงข้ามเพศของต่างประเทศก็พบว่า มีการคุ้มครองหญิงข้ามเพศตามกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch – StGB) โดยมีการคุ้มครองในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเรา โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 177 แห่งประมวลกฎหมายเยอรมัน ที่ได้บัญญัติว่าผู้ใดข่มขืนผู้อื่นซึ่งบุคคลแปลงเพศได้รับความคุ้มครองด้วย²² จึงเห็นได้ว่ากฎหมายในบางประเทศไม่ได้คุ้มครองหญิงข้ามเพศเฉพาะเรื่องสถานะทางสังคม หรือสิทธิต่างๆเท่านั้น หากแต่ได้มีการคุ้มครองเรื่องความผิดเกี่ยวกับเพศที่ผู้หญิงข้ามเพศอาจตกเป็นผู้เสียหายไว้ด้วย

¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 7144/2545

²⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

²¹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558.

²² วัชรินทร์ สังสีแก้ว, ‘กฎหมายยอมรับสถานะผู้ผ่าตัดแปลงเพศของประเทศในยุโรป เจื่อนไข : สถานะทางกฎหมายภายหลังการแปลงเพศ’ (2548) 2 วารสารจูนิตี 68,71.



7. คดีทางเพศในสังคมไทยที่เกิดกับสตรีข้ามเพศ

เมื่อผู้ชายที่มีอวัยวะเพศเหมือนกับผู้หญิง ที่เรียกว่าสาวประเภทสอง หรือสตรีข้ามเพศ พวกเขาเหล่านั้นล้วนสามารถตกเป็นเหยื่อในความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราในความรู้สึกของบุคคลทั่วไปได้ทั้งสิ้น แต่ในทางกฎหมายกลับมีแต่ผู้หญิงแท้ ๆ ที่มีอวัยวะเพศจริง ๆ เท่านั้นที่จะถูกกระทำชำเราได้ ทั้งที่ในความเป็นจริงหากนึกถึงความรู้สึกของผู้ชายที่กระทำความผิดฐานนี้ พวกเขาเหล่านั้นเพียงต้องการระบายอารมณ์ และความใคร่ที่อยู่ภายในจิตใจที่ไม่ยอมควบคุม กับอวัยวะเพศหญิงด้วยการสอดใส่เท่านั้น เพราะปกติทั่วไปผู้ชายมีความต้องการทางเพศสูง การระบายอารมณ์ความต้องการทางเพศจึงเป็นเรื่องปกติของผู้ชาย²³ บางครั้งอาจไม่รู้ด้วยซ้ำว่าสิ่งที่ตนกำลังกระทำต่อเป็นของจริงหรือของปลอม การที่สาวประเภทสองมีทรวงทรง หน้าตา หน้าอก ผิวพรรณ รวมถึงกลิ่นที่หอม ผู้ชายที่กระทำความผิดก็ได้มีอวัยวะเพศในการสอดใส่เข้าไปตามความใคร่ของตน ก็ย่อมสำเร็จตามที่ตนปรารถนาแล้ว หากผู้ถูกกระทำความผิดมีครบถ้วนอย่างที่กล่าวไป แทบจะไม่มีใครแตกต่างกันเลยระหว่างผู้หญิงแท้ ๆ กับสาวประเภทสองที่ถูกกระทำ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือผู้ที่กระทำความผิดมีความชั่วร้ายในจิตใจที่เท่ากัน ไม่ว่าจะกระทำต่อผู้หญิงแท้ ๆ หรือกระทำต่อสาวประเภทสอง อีกเหตุผลที่สนับสนุนความต้องการของผู้ชายที่ไม่ได้ใส่ใจกับความเป็นเพศหญิงแท้ ๆ หรือหญิงอันเกิดมาจากการแปลงเพศ ขอเพียงให้มีรูปลักษณ์ สัมผัส กลิ่น และที่สำคัญขอให้มียวัยวะเพศแบบผู้หญิงให้เขาเหล่านั้นได้ใช้อวัยวะเพศชายของเขาสอดใส่เข้าไปได้ก็เป็นการเพียงพอก็คือ “ตุ๊กตายาง” อย่าวว่าแต่สาวประเภทสองเลย ขณะที่ตุ๊กตายางที่ไม่ใช่มนุษย์ยังสามารถตอบสนองอารมณ์ทางเพศของผู้ชายได้ ตุ๊กตายางจึงเป็นเหตุผลที่ชัดเจนว่าผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศในลักษณะกระทำชำเราไม่ว่าจะเกิดกับผู้หญิงหรือเกิดกับสาวประเภทสอง ก็ควรต้องได้รับโทษที่เท่ากัน เพราะความรู้สึกของผู้กระทำนั้นเหมือนกัน ทั้งผู้หญิง สาวประเภทสอง แม้กระทั่งตุ๊กตายางก็ทำให้บุคคลพวกนั้นสำเร็จความใคร่ได้เหมือนกัน จริงเพียงใดที่ตุ๊กตายางจะแทนผู้หญิงได้ ซึ่งจะสามารถนำไปสู่เหตุผลที่ผู้กระทำความผิดต่อสาวประเภทสองควรรับโทษเท่ากับการกระทำความผิดต่อผู้หญิงแท้ ๆ ก็จะต้องได้จากยอดจำหน่ายตุ๊กตายางนั่นเอง โดยตุ๊กตายางถือเป็นสินค้าส่วนกระแสด้านการนวดของโรคโควิด – 19 ที่กำลังระบาดเลยก็ว่าได้ ข้อมูลจาก AliExpress ระบุว่า ยอดขายเซ็กซ์ทอยเติบโตขึ้นมากถึง 50% ในขณะที่เว็บข่าวของเซียงไฮ้ก็รายงานว่า ยอดขายตุ๊กตายางของบริษัท อี้อู่ เหยียนเซิง อี-คอมเมิร์ซ เจ้าของตุ๊กตายางแบรนด์ Yan nova มียอดขายเติบโตขึ้นมากกว่า 2 เท่า ส่วนในฝั่งยุโรปยอดสั่งซื้อตุ๊กตายางจากอิตาลีพุ่งขึ้นมากถึง 500% เมื่อเทียบกับช่วงเดียวกันของปีก่อน และ Sex Doll Genie ผู้ค้าส่งตุ๊กตายางรายใหญ่ที่สุดของโลก ก็ทำสถิติยอดขายสูงในช่วงโควิดไวรัสระบาด ส่วน Adult Toy Megastore ในนิวซีแลนด์ มียอดขายเซ็กซ์ทอยทะลุมากขึ้นกว่า 3 เท่าเช่นกัน²⁴ แม้การจำหน่ายสิ่งเหล่านี้จะไม่ถูกกฎหมายในประเทศไทย และไม่สามารถมีตัวเลขอย่างเป็นทางการนำมาแสดง แต่มนุษย์ที่เป็นเพศชายก็ย่อมมีอารมณ์ในเรื่องความต้องการและการได้รับการตอบสนองทางเพศไม่แตกต่างกันนัก ทั้งการขายเซ็กซ์ทอยทางอินเทอร์เน็ตก็สามารถซื้อขายได้อย่างกว้างขวางรวมทั้งในประเทศไทยด้วย โดยมีตัวอย่างเช่นเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน 2564 เจ้าหน้าที่ตำรวจกองบังคับการปราบปรามการ กระทำความผิดเกี่ยวกับการ

²³ จักษ์ พันธุ์ชูเพชร, ‘มุมมองเรื่องมิติเพศสภาวะของผู้ชายผู้ซื้อบริการทางเพศหญิงต่างชาติ : กรณีศึกษาชายไทยกับหญิงลาว’ (2559) 12 วารสารศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี 145, 157.

²⁴ ไทยรัฐออนไลน์, ‘Miyou..ตุ๊กตายางระดับพรีเมียม “อวบ อิม อีม” เกินห้ามใจ’ (ไทยรัฐออนไลน์, 29 สิงหาคม 2563) <<https://www.thairath.co.th/lifestyle/life/1919979>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2565.



คุ้มครองผู้บริโภค หรือ บก.ปคบ. นำกำลังเข้าจับกุมชายไทยอายุ 28 ปี เปิดร้านออนไลน์ และเพจขายเซ็กซ์ทอยเถื่อน หลังจากที่มีลูกค้าซื้อไปแล้วเจอของไม่มีคุณภาพ โดยเกิดขึ้นที่กรุงเทพมหานคร²⁵

สำหรับคดีที่เกิดขึ้นจริงกับสาวประเภทสองก็ยังมีให้เห็นเป็นข่าวอยู่เรื่อย ๆ เช่นกรณีที่สาวประเภทสองโพส เพชบุรีก่อกวนภัย โดยเหตุเกิดเวลาประมาณ 23.00 น. ของวันที่ 11 พฤษภาคม 2564 ผู้โพสซึ่งเป็นสาวประเภทสอง ถูกคนขับแท็กซี่ข่มขืนกระทำชำเราทางช่องปากขณะใช้บริการแท็กซี่ แต่ในโพสไม่แน่ชัดว่าถูกกระทำที่อวัยวะเพศด้วยหรือไม่ แต่เนื่องจากผู้เสียหายซึ่งเป็นสาวประเภทสองยินยอมเพื่อเอาชีวิตรอดจึงไม่ได้เป็นข่าวดังนัก²⁶ หรืออีกข่าวในอดีตที่เกิดขึ้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2559 เวลา 03.20 น. เป็นกรณีคนร้ายใช้มีดจี้ขังทรัพย์ผู้เสียหายบริเวณป้ายรถประจำทาง ทั้งยังบังคับให้มีเพศสัมพันธ์กับผู้เสียหาย แต่ผู้เสียหายบอกว่า เป็นสาวประเภทสอง คนร้ายจึงบังคับให้ผู้เสียหายใช้ปากเพื่อสำเร็จความใคร่แล้วก็หลบหนีไป โดยในข่าวนี้นพบว่าผู้เสียหายมีลักษณะที่คล้ายผู้หญิงจนคนร้ายแยกไม่ออก จนเกิดอารมณ์หวังจะกระทำการข่มขืนกระทำชำเรา²⁷ โดย 2 ข่าวที่กล่าวไปข้างต้นผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดฐานข่มขืนกระทำชำเราแล้ว แม้จะเป็นการกระทำทางช่องปากก็ตาม ล่าสุดวันที่ 11 เมษายน 2565 ระหว่างที่กำลังเขียนบทความนี้ก็มีกรณีผู้เสียหายซึ่งเป็นสาวประเภทสอง อายุ 23 ปี ถูกคนร้ายบุกเข้าไปในห้องพักชั้น 2 หมายถึงข่มขืนและขังทรัพย์ เหตุเกิดภายในอาคารตึกคอนโดมิเนียมทรานส์ ท. บาลโหลง อ. บางพลี จ. สมุทรปราการ ผู้เสียหายเล่าว่าอาศัยอยู่คนเดียว เวลาประมาณตี 3 ขณะนอนพักผ่อนรู้สึกตัวตื่นขึ้นมาก็มีคนร้ายเป็นชายอายุ 30 – 35 ปี รูปร่างสันตัดกำลังคร่อมตัวผู้เสียหายอยู่ โดยใช้มีดจี้คอขู่เพื่อจะเอาทรัพย์สินผู้เสียหายให้เงินไปจำนวนหนึ่ง แต่คนร้ายยังไม่หยุดและพยายามลวนลามผู้เสียหาย คนร้ายถามผู้เสียหายว่าเป็นสาวประเภทสองหรือไม่ ผู้เสียหายบอกว่าใช่ เมื่อคนร้ายทราบก็ขู่ให้ผู้เสียหายถอดเสื้อและกางเกงออกและพยายามเล่าโลม ผู้เสียหายแกล้งทำตามเพื่อให้คนร้ายตายใจ ทั้งผู้เสียหายได้หลอกคนร้ายว่าจะไปหยิบถุงยางมาให้ เมื่อได้โอกาสผู้เสียหายก็รีบวิ่งหนีลงมาพร้อมร้องตะโกนให้คนช่วย จึงรอดเหตุการณ์นี้มาได้²⁸

จากตัวอย่างข่าวเหล่านี้ก็จะเห็นได้ว่าคนร้ายที่เป็นชายที่หวังจะข่มขืนกระทำชำเราไม่ได้สนใจว่าจะเป็นผู้หญิงแท้ ๆ หรือไม่ ถึงแม้จะรู้ว่าเป็นสาวประเภทสอง พวกคนร้ายก็ยังมีความต้องการทางเพศเช่นเดิม หากการรับโทษยังมีความแตกต่างกันในกรณีที่ไม่ได้กระทำทางช่องปาก หรือทวารหนัก แต่ได้กระทำต่ออวัยวะเพศที่ผ่าตัดแปลงเพศมา ยิ่งเป็นการเพิ่มโอกาสให้คนร้ายลงมือกระทำต่อสาวประเภทสองมากขึ้น เพราะได้กระทำต่ออวัยวะเพศหญิงเหมือนกัน แต่ได้รับโทษที่ต่างกันมาก โดยการกระทำต่ออวัยวะเพศที่เกิดจากการแปลงมานั้นก็เท่ากับกระทำต่ออวัยวะเพศที่ผ่าตัดเท่านั้น ไม่ถือเป็นการกระทำชำเราตามกฎหมายปัจจุบัน ผู้กระทำก็จะมีคามผิดฐานทำร้ายร่างกาย ซึ่งมีอัตรา

²⁵ ไทยรัฐออนไลน์, ‘บก.ปคบ. จับเพจขายเซ็กซ์ทอย ยึดของกลางได้เพียบ เจอลูกค้าไวของไม่มีคุณภาพ’ (ไทยรัฐออนไลน์, 10 มิถุนายน 2564) <<https://www.thairath.co.th/news/crime/2112545>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2565.

²⁶ ไทยรัฐออนไลน์, ‘ยอมทำเพราะกลัวตาย! สาวสองน้ำตาตกถูก “แท็กซี่เหิน” ละเมิดทางเพศริมถนน’ (ไทยรัฐออนไลน์, 14 พฤษภาคม 2561) <<https://www.thairath.co.th/news/society/1281011>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2565.

²⁷ เดลินิวส์ออนไลน์, ‘ล่าโจรเหินชิงเงินกะเทยสาว มีดจี้ขังใจบังคับอม"นกเขา"’ (เดลินิวส์ออนไลน์, 21 พฤษภาคม 2559) <<https://d.dailynews.co.th/crime/399169/>> สืบค้นเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2565.

²⁸ เดลินิวส์ออนไลน์, ‘สาวสอง”ไหวพริบดี! คนร้ายจัดห้องหวังข่มขืน ออกอุบายหาถุงยาง รอดหวุดหวิด’ (เดลินิวส์ออนไลน์, 11 เมษายน 2565) <<https://www.dailynews.co.th/news/948066/>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2565.



โทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 4 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 295 และความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพ ซึ่งมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 309 หรืออัตราโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 1 แสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 310 ทวิ เท่านั้น แต่ถ้าเป็นการข่มขืนกระทำชำเราต่อผู้หญิงที่มีอวัยวะเพศจริง ๆ จะมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 4 ปี ถึง 20 ปี และปรับตั้งแต่ 8 หมื่นถึง 4 แสนบาท ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 276 วรรคแรก จะเห็นว่ามีความแตกต่างกันมาก

8. ความผิดทางอาญารฐานล่วงละเมิดทางเพศที่กระทำต่อศพ

ความเหลื่อมล้ำที่สำคัญอีกประการหนึ่งก็คือ กฎหมายอาญามีโทษสำหรับผู้กระทำความผิดที่ทำการล่วงละเมิดทางเพศต่อศพ แม้กฎหมายจะไม่ได้ใช้คำว่ากระทำชำเรา เพราะศพไม่มีสภาพบุคคลที่จะถูกกระทำชำเราได้ แต่ในความเป็นจริงก็คือการกระทำชำเราเพราะเป็นการกระทำต่ออวัยวะเพศของศพ ในความผิดเกี่ยวกับศพนั้นได้มีกำหนดความผิดไว้ว่า ผู้ชายคนใดที่ใช้อวัยวะเพศของตนล่วงละเมิดอวัยวะเพศของศพนั้นจะมีความผิดอาญา โดยมีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6 หมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 366/1²⁹ จึงน่าแปลกใจที่มีกฎหมายคุ้มครองศพในเรื่องนี้ แต่ยังไม่มีการคุ้มครองสวประเภทสองที่ถูกกระทำกับอวัยวะเพศ อันเกิดมาจากการผ่าตัดแปลงเพศ ทั้ง ๆ ที่สวประเภทสองมีชีวิตจิตใจ ผู้กระทำที่ได้กระทำต่อสวประเภทสอง ย่อมมีความชั่วร้ายเช่นเดียวกับการกระทำต่อผู้หญิงอย่างแน่นอน แต่จะชั่วร้ายเท่ากับกระทำต่อศพที่มีโทษคุ้มครองต่างหากหรือไม่นั้น ผู้เขียนก็ยังไม่แน่ใจ

9. การยอมรับสถานะของสวประเภทสองในสังคมไทยในปัจจุบัน

เพศสภาวะนับเป็นประเด็นทางสังคมที่มีมิติซ้อนทับกันหลายด้านไปพร้อมกัน ทั้งสรีระร่างกาย การแสดงพฤติกรรม อารมณ์ ความรู้สึก ความคิด และการให้คุณค่าและความหมายต่อสรีระและพฤติกรรมทางเพศ กระทั่งกล่าวได้ว่าเรื่องเพศเป็นมีทั้งความเป็นรูปธรรมและนามธรรมไปพร้อมๆกัน³⁰ แน่แน่นอนว่าเรื่องเหล่านี้บุคคลที่มีความรู้และเป็นชนชั้นสติปัญญาที่เรียกว่าปัญญาชนย่อมต้องทราบดี คำว่าปัญญาชนทุกคนรู้ว่าจะหมายถึงกลุ่มคนผู้ที่ได้รับการศึกษา มีความคิดความอ่านเป็นที่คาดหวังของสังคมที่จะเป็นผู้นำพาสังคมให้พัฒนาและเดินไปข้างหน้า หากสังคมชนชั้นปัญญาชนยอมรับเรื่องใด เรื่องนั้นก็ย่อมเป็นที่ยอมรับในสังคมเช่นกัน สำหรับเรื่องของสวประเภทสองนั้นจะเริ่มต้นด้วยการแต่งกายอันเป็นการแสดงออกทางเพศเบื้องต้นที่ถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ มีหลากหลายอาชีพที่มีกรณิการขอแต่งกายให้เข้ากับเพศสภาพของตนเอง เช่น ข้าราชการ ครู หรือแม้แต่การแต่งกายเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร เป็นต้น สำหรับอาชีพหนึ่งที่เป็นผู้นำเป็นถือเป็นปัญญาชนอย่างชัดเจนก็คือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือ ส.ส. ในอดีตเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2562 เคยมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคอนาคตใหม่จำนวน 4 คน ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความหลากหลายทางเพศ ยื่นหนังสือต่อเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร เรื่อง

²⁹ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 27) พ.ศ. 2562.

³⁰ โสภกา ยอดศิริย์ (เชิงอรธ 18) 298 – 299.



การขอแต่งกายให้ตรงกับเพศสภาพในการเข้าประชุมสภา โดยได้รับการตอบรับที่น่ายินดี เนื่องจากเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรแจ้งว่าการแต่งกายในการเข้าประชุมสภา ไม่ได้มีข้อบังคับกำหนดหรือห้ามแต่งกายในลักษณะใด ๆ ไว้ แต่ขอให้แต่งกายชุดสุภาพเรียบร้อย ยึดหลักนี้เป็นหลักในการเข้าประชุม โดยบุคคลหนึ่งนั้นนั้น คือ ัญญวารีิน สุขะพิสิษฐ์ หรือ กอล์ฟ ส.ส.บัญญัติรายชื่อจากพรรคอนาคตใหม่พูดไว้ว่า “ไม่ว่าผู้ที่มีความหลากหลายทางเพศจะอยู่ในอาชีพอะไร เราก็ต้องได้รับสิทธิเสรีภาพเป็นตัวของตัวเอง เพราะนี่คือสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไทยบอกว่าคุณไทยทุกคนต้องมีสิทธิเสรีภาพ”³¹ เหตุการณ์นี้นับเป็นจุดเริ่มต้นในการที่สตรีข้ามเพศจึงมีที่ยืนในสังคมมากขึ้น อันนำมาสู่การผลักดันกฎหมายที่เกี่ยวข้องให้มีความทัดเทียมกับผู้หญิงจริงๆเช่นการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศกับสาวประเภทสอง เป็นต้น โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ตรา 27 ก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิความเท่าเทียมไว้อย่างชัดเจน เช่น บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย หรือ ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน เป็นต้น³² แม้จำนวนของสตรีข้ามเพศ เพศทางเลือก หรือสาวประเภทสองที่ผ่าตัดแปลงเพศแล้วหรือยังไม่ได้ผ่าตัด จะมีจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับผู้ชายและผู้หญิงจริงๆในสังคม แต่พวกเขาก็มีสิทธิ และศักดิ์ศรีเทียมเท่าเทียมกับทุกคน โดยปัจจุบันสถานศึกษาในระดับอุดมศึกษาก็เปิดกว้างเกี่ยวกับเรื่องการแต่งกายของนักศึกษาให้ตรงกับเพศสภาพมากยิ่งขึ้น ตัวอย่างเช่น มหาวิทยาลัยอุบลราชธานีได้อนุญาตให้นักศึกษาเพศทางเลือกสามารถแต่งตัวเป็นผู้หญิงเข้ามาเรียนในชั้นเรียนได้ ยิ่งไปกว่านั้นยังอนุญาตให้นักศึกษาเพศทางเลือกแต่งกายเป็นผู้หญิงเพื่อเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตรได้ด้วย โดยเมื่อวันที่ 13 ธันวาคม 2559 ที่ผ่านมา มีนักศึกษาเพศทางเลือกจำนวน 12 คน ได้แต่งชุดเป็นผู้หญิงตามระเบียบเข้ารับพระราชทานปริญญาบัตร โดยนักศึกษาเหล่านี้มีความรู้สึกว่าเป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่ที่สุดในชีวิตที่กลุ่มเพศทางเลือกอย่างพวกเขาได้ฝันตั้งแต่เข้ารับการศึกษาในมหาวิทยาลัยแห่งนี้³³ จึงเห็นได้ว่าสังคมมีการยอมรับเรื่องเหล่านี้มากขึ้น และจะมากขึ้นเรื่อย ๆ ตามเวลาที่เปลี่ยนไปอย่างแน่นอน กฎหมายก็ควรจะต้องเข้ามามีบทบาทในทุกมิติให้สอดคล้องกับบริบทของสังคมที่เปลี่ยนไปเช่นกัน อย่านให้สังคมมองว่ากฎหมายจะมาทีหลังและไม่ทันกับเหตุการณ์อยู่เสมอ

10. บทสรุป และข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนเห็นว่าไม่มีใครอยากถูกข่มขืนกระทำชำเรา และไม่มีใครอยากเกิดมามีเพศสภาพไม่ตรงกับร่างกาย หากสาวประเภทสองต้องได้รับสิ่งที่ไม่มีใครต้องการพร้อมกันทั้งสองอย่าง ก็ยิ่งน่าคิดว่ากฎหมายอาญาจะสามารถทวงความเป็นธรรมและลงโทษผู้กระทำความผิดให้พวกเขาเหล่านั้นได้มากน้อยเพียงใด อย่านทำให้ผู้ชายที่คอยกระทำการล่วงเกินทางเพศต่อสาวประเภทสองในรูปแบบต่างๆคิดว่าพวกเขาก็เป็นผู้ชายไม่เห็นจะเสียหายตรงไหน อันนำไปสู่

³¹ ปีชีนิวส์ไทย, ‘อนาคตใหม่: ส.ส.ข้ามเพศคนแรกของรัฐสภาไทย กัการแต่งกายตามเพศสภาพ และก้าวแรกของความ เป็นมนุษย์เท่ากัน’ (ปีชีนิวส์ไทย, 24 พฤษภาคม 2562) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-48382940>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2565.

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2560.

³³ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, ‘สุดปลื้ม!! ครั้งหนึ่งในชีวิต 12 บัณฑิต ม.อุบลฯเพศทางเลือกแต่งหญิงเข้ารับปริญญาบัตร’ (มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, 18 ธันวาคม 2559) <<https://www.ubu.ac.th/web/ubugrad/news/12370/>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2565.



ค่านิยมที่ผิดๆที่ส่งผลกับการเกิดคดีอาชญากรรมซึ่งลุกลามไปเรื่อย ๆ กับผู้เสียหายกลุ่มต่าง ๆ อย่างทำให้สังคมเห็นว่า ศพที่ไม่มีความรู้สึกและรับรู้อะไรแล้ว มีศักดิ์ศรีในเรื่องการถูกล่วงเกินต่ออวัยวะเพศเหนือกว่าสาวประเภทสอง

ผู้เขียนจึงขอเสนอแก้ไขนิยามในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 1(18) จากเดิมที่ว่า “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น แก้ไขเป็น “กระทำชำเรา” หมายความว่า กระทำเพื่อสนองความใคร่ของผู้กระทำ โดยการใช้อวัยวะเพศของผู้กระทำล่วงล้ำอวัยวะเพศ ทวารหนัก หรือช่องปากของผู้อื่น

อวัยวะเพศตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงอวัยวะเพศที่เกิดจากการผ่าตัดแปลงเพศด้วย



บรรณานุกรม

- กฤษฎา แสงเจริญทรัพย์, เชษฐ รัชดาพรรณธัญญกุล และ วินศพล กำปิลดีลีราช, ‘กฎหมายข่มขืนแก้ไขใหม่ Amendment to rape laws’ (2562) 15 วารสารคุณภาพชีวิตกับกฎหมาย 15, 15.
- กษมา มาตรศรี, ‘พฤติกรรมการดูแลสุขภาพของสตรีข้ามเพศหลังผ่าตัดแปลงเพศ’ (2560) 18 วารสารพยาบาลทหารบก 276, 277.
- ข้อบังคับของแพทยสภา ว่าด้วยการรักษจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม เรื่องเกณฑ์การรักษาเพื่อแปลงเพศ พ.ศ. 2552. (2552, 29 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 126 ตอนพิเศษ 77 ง. หน้า 37.
- ข่าวสดออนไลน์, ‘เจาะสถิติคดีข่มขืนไทย โพลชี้ผลลัพธ์สุดตลึง” (ข่าวสดออนไลน์, 12 กันยายน 2563) <<https://www.khaosod.co.th/lifestyle/news4894920>> สืบค้นเมื่อ 15 กุมภาพันธ์ 2565.
- คำพิพากษาฎีกาที่ 7144/2545 <<https://deka.in.th/view-49438.html>> สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มีนาคม 2565.
- จักษ์ พันธุ์เพชร, ‘มุมมองเรื่องมิติเพศสภาวะของผู้ชายผู้ให้บริการทางเพศหญิงต่างชาติ : กรณีศึกษาชายไทยกับหญิงลาว’ (2559) 12 วารสารศิลปศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี 145, 157.
- เดลินิวส์ออนไลน์, ‘ล่าโจรหื่นชิงเงินกะเทยสาว มีดจี้ขึ้นใจบังคับอม นกเขา’ (เดลินิวส์ออนไลน์, 21 พฤษภาคม 2559) <<https://d.dailynews.co.th/crime /399169/>> สืบค้นเมื่อ 10 เมษายน 2565.
- เดลินิวส์ออนไลน์, ‘สาวสอง”ไหวพริบดี! คนร้ายงัดห้องหวังข่มขืน ออกอุบายหาถุงยาง รอดเหตุหวาด” (เดลินิวส์ออนไลน์, 11 เมษายน 2565) <<https://www.dailynews.co.th/news/948066/>> สืบค้นเมื่อ 20 เมษายน 2565.
- ไทยรัฐออนไลน์, ‘Miyou..ตุ๊กตายางระดับพรีเมียม อวบ อิม อิม เกินห้ามใจ’ (ไทยรัฐออนไลน์, 29 สิงหาคม 2563) <<https://www.thairath.co.thlifestyle/life/1919979>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2565.
- ไทยรัฐออนไลน์, ‘บก.ปคบ.จับเพจชายเช็กซ์ทอย ยึดของกลางได้เพียบ เจอลูกค้าไวของไม่มีคุณภาพ’ (ไทยรัฐออนไลน์, 10 มิถุนายน 2564, <<https://www.thairath.co.th/news/crime/2112545>> สืบค้นเมื่อ 15 มีนาคม 2565.
- ไทยรัฐออนไลน์, ‘ยอมทำเพราะกลัวตาย! สาวสองน้ำตาตกถูก “แท็กซี่หื่น” ละเมิดทางเพศริมถนน’ (ไทยรัฐออนไลน์, 14 พฤษภาคม 2561) <<https://www.thairath.co.th/news/society/1281011>> สืบค้นเมื่อ 30 มีนาคม 2565.
- ชนบท บำเพ็ญเกียรติกุล, “แปลงเพศ” เปลี่ยนกายให้ตรงใจแต่เชื่อว่าถึงฝันในทุกคน’ (ข่าวไทยพีบีเอส, 21 ธันวาคม 2564) <<https://news.thaipbs.or.th/content/310791>> สืบค้นเมื่อ 5 มีนาคม 2565.
- บีบีซีนิวส์ไทย, ‘อนาคตใหม่: ส.ส.ข้ามเพศคนแรกของรัฐสภาไทย ก็รับการแต่งกายตามเพศสภาพ และก้าวแรกของความเป็นมนุษย์เท่ากัน’ (บีบีซีนิวส์ไทย, 24 พฤษภาคม 2562) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-48382940>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2565.
- พจนานุกรมไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554. (2556). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: ราชบัณฑิตยสถาน.
- มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, ‘สุดปลื้ม! ครั้งหนึ่งในชีวิต 12 บัญชีต ม.อุบลฯเพศทางเลือกแต่งหญิงเข้ารับปริญญาบัตร’ (มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี, 18 ธันวาคม 2559) <<https://www.ubu.ac.th/web/ubugrad/news/12370/>> สืบค้นเมื่อ 25 เมษายน 2565.



รัชนิกร ลาภวนิชชา พรหมศักดิ์, ‘การรับรองการสมรสของคนเพศเดียวกันที่กระทำในต่างประเทศ’ (2562) 48
วารสารนิติศาสตร์ 310, 310.

วสันต์ ปวนปิ่นวงศ์, ‘การแปลงเพศในบริบทของความหลากหลายทางเพศกับมุมมองที่เห็นต่างระหว่างวิทยาศาสตร์
และสังคมศาสตร์’ (2559) 5 วารสารวิทยาลัยสงฆ์นครลำปาง.

วัชรินทร์ สังสีแก้ว, ‘กฎหมายยอมรับสถานะผู้ผ่าตัดแปลงเพศของประเทศในยุโรป เจื่อนไข: สถานะทางกฎหมาย
ภายหลังการแปลงเพศ’ (2548) 2 วารสารจลนิตี 68, 71.

โสภกา ยอดศิริย์, ‘ประสิทธิผลของสถานพยาบาลในทัศนะของผู้รับบริการศัลยกรรมแปลงเพศ ในประเทศไทย’ (2564)
11 วารสารการวิจัยการบริหารการพัฒนา 297, 298 – 299.

อัมรินทร์ สุวรรณ, ‘ทำความเข้าใจ"กลุ่มคนข้ามเพศ"พบในอดีตอายุสั้น-ป่วยโรคซึมเศร้าสูง’ (ข่าวไทยพีบีเอส,
17 ธันวาคม 2564) <<https://news.thaipbs.or.th/content /310779>> สืบค้นเมื่อ 5 มีนาคม 2565.



กฎหมายอาญาเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและฝรั่งเศส

นภสร สงวนนาม

นิติศาสตรบัณฑิต คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ
คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ อาคาร 11 เลขที่ 114 ซอยสุขุมวิท 23 แขวงคลองเตยเหนือ เขตวัฒนา
กรุงเทพมหานคร 10110

อีเมล: Noppasorncream77@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มีจุดประสงค์เพื่อศึกษาและนำเสนอเกี่ยวกับกฎหมายอาญาภาคความผิด ในความผิดฐานทำให้แท้งลูกของไทย โดยพิจารณาตั้งแต่ความหมายของการทำแท้งว่าคืออะไร ความเป็นมาของกฎหมายดังกล่าวตั้งแต่อดีตคือการใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2499 จนมาถึงปัจจุบันที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พุทธศักราช 2564 การอธิบายถึงหลักการพิจารณาในองค์ประกอบความผิดทางอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก เหตุยกเว้นโทษสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้ รวมถึงการพิจารณาถึงการทำให้แท้งโดยชอบด้วยกฎหมายที่ประเทศไทยได้บัญญัติเพิ่มเติมขึ้นจากเดิมและนำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายทำให้แท้งลูกของประเทศฝรั่งเศสว่ามีลักษณะและข้อบัญญัติที่เหมือนกับกฎหมายไทย เนื่องจากทั้งประเทศไทยและฝรั่งเศสเป็นประเทศที่อนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ตามคำร้องขอ เพื่อนำมาใช้ในการศึกษาและพัฒนากฎหมายต่อไป

คำสำคัญ : การทำให้แท้ง, ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301-305, สิทธิและเสรีภาพ, กฎหมายทำแท้งของฝรั่งเศส



Thailand's Criminal Law on Abortion : A Comparison Study Between Thai and French Law

Napasorn Sanguannam

Student, Bachelor of Laws Program, Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University
Faculty of Social Science, Srinakharinwirot University, Building 11, 114 Sukhumvit 23, Bangkok 10110, Thailand

E-mail: Noppasorncream77@gmail.com

Abstract

This article aims to study and present the criminal law on the offense of miscarriage in Thailand by considering what is the meaning of abortion, the history of such laws from the past is the use of the Act to Use the Penal Code, B.E. 2499 until the present, which has been amended in the Penal Code Amendment Act (No. 28), B.E. 2564, explaining the principles of consideration in the composition of offenses criminal offense of causing abortion, exceptions for the offense of causing abortion as provided by law, including considering the legal abortion that Thailand has enacted in addition and compared with the abortion law of France that has the same characteristics and provisions as the Thai law. This is because both Thailand and France are countries that allow women to have an abortion on request, or how it differs from Thailand for further study and development of Thai law.

Keywords: Abortion, Criminal Code Articles 301-305, Rights and Freedoms, French Abortion Law



1. บทนำ

กฎหมายอาญา ภาคความผิดนั้น เป็นการบัญญัติถึงลักษณะความผิดทางอาญาที่เป็นความกระหืดกระเทือนต่อความสงบสุขในสังคม โดยพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา ภาคความผิดซึ่งแบ่งออกเป็น 13 ลักษณะ ดังนี้ ลักษณะ 1 ถึง ลักษณะ 3 จะเป็นการบัญญัติความผิดเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร ความผิดเกี่ยวกับการปกครอง และความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ซึ่งเป็นการบัญญัติเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของรัฐ ลักษณะ 4 ถึง ลักษณะ 9 จะเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับศาสนา ความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิดภัยอันตรายของประชาชน ความผิดเกี่ยวกับการปลอมและแปลง ความผิดเกี่ยวกับการค้า และความผิดเกี่ยวกับเพศ ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของสาธารณะ และลักษณะ 10 ถึง ลักษณะ 13 จะเป็นการบัญญัติเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย ความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพและชื่อเสียง ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สิน และความผิดเกี่ยวกับศพ ซึ่งเป็นการคุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลของประชาชน

ในเรื่องที่เป็นประเด็นที่จะนำมาอธิบายในบทความคือ “ลักษณะ 10 ความผิดเกี่ยวกับชีวิตและร่างกาย” นั่นคือ “หมวด 3 ความผิดฐานทำให้แท้งลูก” ที่เป็นเช่นนี้เพราะเนื่องจากเรื่องการทำแท้งเป็นเรื่องที่กระหืดกระเทือนต่อความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม “ความผิดฐานทำให้แท้งลูกมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยบัญญัติลงโทษหญิงที่ได้ทำให้ตนเองแท้งลูก หรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก”¹ ดังนั้นแม้การทำแท้งในครรภ์ตายจะไม่ใช่ความผิดฐานฆ่าผู้อื่น เพราะขาดองค์ประกอบความผิดคือผู้อื่น เนื่องจากทารกในครรภ์ยังไม่ได้คลอดและอยู่รอดเป็นทารกออกมา จึงยังไม่มีสภาพบุคคล ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 15 แต่ก็ยังเข้าลักษณะการเป็นความผิดตามฐานความผิดนี้อยู่ดี

2. นิยามศัพท์ของ “การทำแท้ง”

“การทำแท้งมีต้นศัพท์จากกรีกว่า แท้ง ตรงกับภาษาอังกฤษใช้คำว่า Abort ซึ่งมีรากศัพท์มาจากภาษาลาตินว่า aboriri แปลว่า บังคับให้ออก หรือยกเลิกหรือหยุดการดำเนินการที่กำลังดำเนินไปตามกระบวนการของมัน

สุพร เกิดสว่าง ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ ก่อนที่เด็กจะสามารถดำรงชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดา พร้อมกับอ้างหลักเกณฑ์ขององค์การอนามัยโลกที่อธิบายว่าการแท้งคือการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนอายุครรภ์ครบ 20 สัปดาห์ หรือตัวอ่อนมีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม

สุวัฒน์ จันทรวงศ์ ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การแท้ง หมายถึง การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงโดยสาเหตุใด ๆ ก็ตาม ก่อนหน้าที่จะคลอดโดยสมบูรณ์ของเด็กจะมีขึ้น”²

“การแท้งเอง (Spontaneous Abortion) หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ที่เกิดขึ้นเอง โดยไม่ได้เกิดจากการชักนำด้วยวิธีการใด ๆ ก่อนอายุครรภ์ 22 สัปดาห์

¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563

² ไพฑูรย์ สวณมะไฟ และ อุทัย สติมัน, ‘การทำแท้ง: วิกฤติของพุทธจริยธรรมในสังคมไทย’ (2560) 1 วารสารนวัตกรรมการศึกษาและการวิจัย 155, 157.



การทำแท้ง หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ที่เกิดจากการชักนำด้วยวิธีการใด ๆ ทั้งที่มีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์ (Therapeutic abortion) และไม่มีข้อบ่งชี้ทางการแพทย์โดยไม่จำกัดอายุครรภ์”³

“การทำแท้ง หมายถึง การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ ก่อนที่เด็กจะสามารถดำรงชีวิตอยู่ได้นอกครรภ์”⁴

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554 ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การรีดลูก, มีเจตนาทำให้ทารกออกจากครรภ์มารดา ก่อนกำหนดและตาย”⁵

สุพร เกิดสว่าง ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ ก่อนที่เด็กจะสามารถดำรงชีวิตอยู่นอกครรภ์มารดา พร้อมกับอ้างหลักเกณฑ์ขององค์รอนามัยโลกที่อธิบายว่าการแท้งคือการสิ้นสุดของการตั้งครรภ์ก่อนอายุครรภ์ครบ 20 สัปดาห์ หรือตัวอ่อนมีน้ำหนักต่ำกว่า 500 กรัม”

สุวัฒน์ จันทน์จำนง ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การแท้ง หมายถึง การตั้งครรภ์สิ้นสุดลงโดยสาเหตุใด ๆ ก็ตาม ก่อนหน้าที่การคลอดโดยสมบูรณ์ของเด็กจะมีขึ้น”

ศาสตราจารย์ ดร.หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความหมายของการทำแท้งว่า “การทำให้ลูกในครรภ์ตายขณะอยู่ในครรภ์มารดา”⁶

3. ความเป็นมาของกฎหมายทำแท้งของประเทศไทย

แม้ว่าการทำแท้งนั้นจะเป็นการกระทำที่ขัดกับศีลธรรม ความเชื่อทางศาสนา หรือขนบธรรมเนียมของสังคมไทย และคนในสังคมก็มองว่าเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง อย่างไรก็ตามการทำแท้งนั้นก็เป็นการกระทำที่อยู่คู่กับสังคมมาเป็นเวลาช้านาน ซึ่งในอดีตกฎหมายไทยไม่มีการบัญญัติเรื่องความผิดฐานทำให้แท้งลูกเอาไว้ จนกระทั่งมีการปฏิรูปกฎหมายในสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้ “กฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127” เป็นประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทยที่ประกาศใช้เมื่อพุทธศักราช 2451 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดทำขึ้นตามแบบอย่างของประเทศในภาคพื้นยุโรป โดยการร่างกฎหมายลักษณะอาญาในครั้งนั้นอาจกล่าวได้ว่าเป็นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายอาญาของไทยที่ใช้มาแต่เดิมเข้าสู่ระบบกฎหมายแบบรัฐสมัยใหม่ โดยกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ที่นำมาเป็นแนวประกอบการร่างกฎหมายในครั้งนั้น ได้แก่ กฎหมายอาญาฝรั่งเศส คริสต์ศักราช 1810 ประมวลกฎหมายเยอรมัน คริสต์ศักราช 1870 นอกจากนี้ยังมีประมวลกฎหมายอาญาที่นำมาอ้างอิงเป็นพิเศษ ได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญาอังการีว่าด้วยความผิดอุกฤษโทษและมัยโทษ คริสต์ศักราช 1979 ประมวลกฎหมายอิตาลี คริสต์ศักราช 1880 เป็นต้น⁷ ซึ่งในกฎหมายลักษณะอาญาร.ศ.127 ได้มีการบัญญัติเรื่องการทำแท้งไว้ในส่วนที่ 7 ว่าด้วยความผิดที่ประทุษร้ายแก่ชีวิตและร่างกาย หมวดที่ 3 ความผิดฐานรีดลูก ตั้งแต่มาตรา 260 ถึงมาตรา 264 โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

³ สำนักอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, ‘รายงานแผนระวางการแท้งในประเทศไทย ปี 2555’ (2555) 2.

⁴ วัชรกรณ อนุพันธ์, ‘การทำแท้ง: มุมมองด้านกฎหมาย สิทธิเสรีภาพ การแพทย์ และจริยธรรม’ (2564) 8 วารสารวันมูวอง แหรงกพุทธศาสตร์ปริทรรศน์ 117.

⁵ พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พุทธศักราช 2554

⁶ พัชรินทร์ ชำศิริพงษ์, ‘การทำแท้งที่ผิดกฎหมายในประเทศไทย’ (2562) 12 วารสารสังคมศาสตร์วิชาการ 427.

⁷ พงษ์ธร ธัญญสิริ, ‘ย้อนดูอดีตเพื่อก้าวสู่นาคตกฎหมายไทย’ (2552) 2 วารสารกระบวนกรายุติธรรม 133, 133–146.



มาตรา 260 “หญิงใดริดลูกให้แก่งี้ก็ มันยอมให้คนอื่นริดลูกให้แก่งี้ก็ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ...”

มาตรา 261 “ผู้ใดริดลูกเขาให้แก่งี้ แม้ว่าหญิงยอมให้มันริดก็ก็ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ...”

มาตรา 262 “ถ้าผู้กระทำผิด เช่นว่ามาในมาตรา 261 นั้น เป็นแพทย์หรือเป็นแพทย์ผดุงครรภ์ก็ดี หรือเป็นคนทำโดยเห็นแก่สินจ้างรางวัลก็ดี ท่านให้ลงโทษมันตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดเช่นนั้น ทวีขึ้นอีกหนึ่งในสามส่วน”

มาตรา 263 “ผู้ใดรู้ยู่่ว่าหญิงมีครรภ์ และหญิงมิได้อนุญาตให้มันริดลูก ถ้าและมันกระทำร้ายด้วยกำลังกายหรือด้วยประการหนึ่งประการใดให้หญิงนั้นแก่งี้ก็ ท่านว่ามันมีความผิดต้องระวางโทษ...”

มาตรา 264 “ผู้ใดพยายามจะกระทำความผิดอย่างใดใดที่ท่านบัญญัติไว้ในมาตรา 260 และมาตรา 261 นั้น ท่านว่าเป็นการไม่สำคัญ อย่านำเอาโทษแก่มันเลย”⁸

จนกระทั่งในสมัยของพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชก็เป็นการสมควรที่จะปรับปรุงและแก้ไขกฎหมายอาญาเสียใหม่ เพราะตั้งแต่ประกาศใช้กฎหมายลักษณะอาญา พุทธศักราช 2451 เป็นต้นมา บ้านเมืองก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงเป็นอันมาก ดังนั้นจึงได้มีการบัญญัติกฎหมายความผิดฐานนี้ขึ้น โดยบัญญัติลงใน “พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายอาญา พุทธศักราช 2499” ซึ่งสาระสำคัญของประมวลกฎหมายอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แก่งี้ก็ มีบัญญัติตั้งแต่มาตรา 301-305 โดยสาระสำคัญก็ยังมีเหมือนกับการที่บัญญัติในกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 เพียงแต่มีการปรับคำให้เหมาะกับยุคสมัย และมีการบัญญัติเพิ่มเติมเรื่องโทษของผู้กระทำในกรณีที่เป็นผลกรรจ์และรายละเอียดในเรื่องของการทำแก่งี้ก็เป็นการกระทำของแพทย์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้นว่าการกระทำแบบใดที่ผู้กระทำที่เป็นแพทย์กระทำและไม่มีความผิดในฐานนี้

แต่เนื่องจากสภาพสังคมและวิถีชีวิตที่เปลี่ยนไป ผู้คนเริ่มให้ความสำคัญในเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้น เห็นความสำคัญของความจำเป็นและสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง ทำให้มีหลายฝ่ายในสังคมที่อยากจะให้มีการแก้ไขกฎหมายเรื่องทำแก่งี้ก็ จึงมีผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ

จนกระทั่งศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีว่า “ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 301 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 แต่ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 27...” โดยศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า “...หากมุ่งคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์เพียงอย่างเดียวโดยมิได้พิจารณาการคุ้มครองสิทธิของผู้ตั้งครรรจ์อันมีมาก่อนสิทธิของทารกในครรภ์ก็เป็นสิ่งที่อาจส่งผลกระทบต่อหญิงไม่ได้รับความเป็นธรรมและถูกกลั่นแกล้งหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายของผู้หญิง ซึ่งเป็นสิทธิตามธรรมชาติที่เป็นสิทธิพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ที่บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะกระทำการใดหรือไม่กระทำการใดต่อชีวิตและร่างกายของตนได้ตราบเท่าที่การกระทำนั้นไม่ไปรบกวนหรือล่วงล้ำเข้าไปในสิทธิหรือเสรีภาพของผู้อื่น รวมทั้งยังส่งผลกระทบต่อสิทธิในการกำหนดเจตจำนงของผู้ตั้งครรรจ์ที่ครอบคลุมไปถึงสิทธิในการตัดสินใจของผู้ตั้งครรรจ์ว่าจะมีการยุติการตั้งครรรจ์หรือตั้งครรรจ์ต่อไปอีกด้วย และการคุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์กับสิทธิของผู้ตั้งครรรจ์ต้องสมดุล กัน อาจต้องนำ ช่วงระยะเวลาการตั้งครรรจ์ มากำหนดเป็นหลักเกณฑ์ การปฏิเสธสิทธิของผู้ตั้งครรรจ์โดยไม่คำนึงเรื่องหลักเกณฑ์ระยะเวลาการตั้งครรรจ์จึงกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ตั้งครรรจ์เกินความจำเป็นและไม่ได้สัดส่วน”⁹

⁸ กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ มาตรา 260 ถึงมาตรา 264.

⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (เชิงอรรถ 1).



ประเด็นดังกล่าวส่งผลให้คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายอาญา สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายและออกมาเป็น “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พุทธศักราช 2564” โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ การให้ยกเลิกความในมาตรา 301 และ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 26) พ.ศ. 2560 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน คือ

มาตรา 301 “หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

มาตรา 305 “ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทย์สภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

- (1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น
- (2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมามีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง
- (3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ
- (4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์
- (5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทย์สภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น”¹⁰

4. องค์ประกอบของฐานความผิด

เมื่อเราเข้าใจความหมายและทราบถึงความเป็นมาของความผิดฐานทำให้แท้งลูกแล้ว เราก็จะต้องมาพิจารณาถึงองค์ประกอบของความผิดฐานนี้ในแต่ละมาตรา ดังนี้

4.1 ความผิดฐานทำให้ตนเองแท้งลูก

มาตรา 301 หญิงใดทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูกขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

โดยสามารถแยกองค์ประกอบของความผิดได้เป็น

องค์ประกอบภายนอก คือ

- (1) หญิงใด
- (2) ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก
- (3) ขณะมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์

¹⁰ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พุทธศักราช 2564.



องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาธรรมดา

เมื่อเราพิจารณาจากตัวบทของมาตรา 301 เราจะพบว่ามาตรานี้เป็นการลงโทษ “หญิง” ซึ่งกระทำแก่ตนเองหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำแก่ตน ซึ่งเป็นความผิดที่กำหนดคุณสมบัติของผู้กระทำ หมายถึง ความผิดที่กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าผู้กระทำต้องมีคุณสมบัติพิเศษ อยู่ในมาตรานี้ใช้คำว่า “หญิงใด” หากผู้กระทำไม่ใช่หญิง หรือเป็นหญิงแต่ไม่ใช่หญิงที่ตั้งครรภ์และจะทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก ก็จะไม่มีความผิดตามมาตรานี้

คำที่ต้องพิจารณาต่อมาคือคำว่า “ทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” ซึ่งในมาตรานี้ได้บัญญัติความผิดของหญิงไว้ในลักษณะที่เป็น “ผู้กระทำ” กล่าวคือทำให้ตนเองแท้งลูก และในลักษณะที่เป็น “ผู้ถูกกระทำ” กล่าวคือการยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก โดยการ “ทำให้ตนเองแท้งลูก” คือการทำลายทารกในครรภ์มารดา ไปจนคลอดแล้วแต่ก่อนที่ครรถ์นั้นจะมีสภาพบุคคล ยกตัวอย่างเช่น นางสาวพรพร้อมกับนายหมายทำให้นางสาวพรแท้งลูก ดังนั้นความรับผิดของนางสาวพรมีตามมาตรา 301 เพราะทำให้ตนเองแท้งลูก เป็นต้น

ส่วนในเรื่องการกระทำที่จะทำให้แท้งลูกนั้น กฎหมายไม่ได้จำกัดวิธีการเอาไว้ ดังนั้นอาจจะใช้วิธีการอะไรก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น การฉีดยาเข้าร่างกาย การกินยา การใช้กำลังกดรีดท้อง หรือการใช้เครื่องมือเข้าไปในมดลูกเพื่อเอาออกมา เป็นต้น ส่วนการที่ “หญิงยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูก” คือการ รู้การสมัครใจให้ทำแท้งแก่ตน ไม่ใช่การถูกบังคับ ชูชีพใช้กำลังประทุษร้าย ถูกหลอกลวง หรือทำให้สำคัญผิดในสภาพของการกระทำ

อย่างไรก็ตามการกระทำความผิดตามมาตรานี้เป็นความผิดสำเร็จเมื่อทารกในครรภ์มารดาถึงแก่ความตาย ถ้าทารกในครรภ์ดังกล่าวไม่ตาย หรือตายภายหลังคลอดแล้วอยู่รอดเป็นทารก หญิงผู้กระทำหรือยอมให้กระทำผิดเพียงพยายาม แต่ไม่ต้องรับโทษตามมาตรา 304 ซึ่งเราจะได้ศึกษาต่อไป

4.2 ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก

ความผิดฐานทำให้หญิงแท้งลูก เราจะแบ่งการพิจารณาออกเป็น 2 กรณีคือ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงยินยอม และ ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงไม่ยินยอม

กรณีที่ 1 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้น **ยินยอม**

มาตรา 302 “ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

วรรคแรกจะเป็นองค์ประกอบของความผิด ส่วนวรรคสองและวรรคสามเป็นบทบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้นจากผลของการกระทำ

โดยสามารถแยกองค์ประกอบของความผิดได้เป็น

องค์ประกอบภายนอก คือ

- (1) ผู้ใด
- (2) ทำให้หญิงแท้งลูก
- (3) โดยหญิงนั้นยินยอม



องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาธรรมดา

ความรับผิดตามมาตรา 302 เป็นความรับผิดของผู้อื่นที่ไม่ใช่หญิง ซึ่งจะเป็นใครก็ได้ที่จะเป็นผู้กระทำ การได้รับค่าตอบแทนในการทำให้หญิงแท้งลูกหรือไม่นั้น ไม่เป็นสาระสำคัญและไม่เป็นเหตุให้ได้รับโทษหนักขึ้น ส่วนการทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นยินยอมก็มีความหมายเหมือนกับที่อธิบายมาแล้วในมาตรา 301 กล่าวคือ การทำลายชีวิตของทารกในครรภ์มารดา โดยหญิงนั้นสมัครใจที่จะให้ผู้นั้นกระทำการให้ตนแท้งลูก โดยในมาตรานี้มีการบัญญัติถึงผลฉกรรจ์ กล่าวคือ ผู้กระทำมีเจตนาเพียงทำให้หญิงแท้งลูก ไม่ได้มีเจตนาทำร้ายร่างกายหรือฆ่า แต่ผลของการกระทำเป็นเหตุให้หญิงได้รับอันตรายสาหัสอย่างอื่น หรือ เป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ตามมาตรา 302 วรรคสองและสาม ตามลำดับ

กรณีที่ 2 ความผิดฐานทำให้แท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม

มาตรา 303 ผู้ใดทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงรับอันตรายสาหัสอย่างอื่นด้วย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองหมื่นบาท

ถ้าการกระทำนั้นเป็นเหตุให้หญิงถึงแก่ความตาย ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงสี่หมื่นบาท

โดยสามารถแยกองค์ประกอบของความผิดได้เป็น

องค์ประกอบภายนอก คือ

- (1) ผู้ใด
- (2) ทำให้หญิงแท้งลูก
- (3) โดยหญิงนั้นไม่ยินยอม

องค์ประกอบภายใน คือ เจตนาธรรมดา

ความรับผิดตามมาตรา 303 มีลักษณะที่คล้ายกับมาตรา 302 แต่แตกต่างกันตรงที่มาตรา 303 เป็นการทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม ดังนั้นเมื่อหญิงไม่ยินยอม กฎหมายจึงบัญญัติให้ผู้กระทำต้องรับโทษหนักขึ้น ส่วนการทำให้หญิงแท้งลูกโดยหญิงนั้นไม่ยินยอม นั้นก็หมายความว่า ในการทำให้หญิงไม่ได้สมัครใจที่จะทำ รวมถึงกรณีหญิงถูกบังคับ ช่มชู้ ใช้กำลังประทุษร้าย ถูกหลอกลวง รวมถึงการทำให้สำคัญผิดในสภาพของการทำแท้ง เช่น แพทย์หลอกหญิงมีครรภ์เข้าใจว่าจะใช้เครื่องมืออย่างหนึ่งในการตรวจภายใน แต่ความเป็นจริงแล้วเป็นเครื่องมือสำหรับการทำแท้ง ในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าหญิงไม่ได้ยินยอมที่จะทำแท้ง แต่เป็นการถูกทำให้สำคัญผิดในสภาพของการทำแท้ง หรือการทำให้หญิงมีเมฆาจนไม่รู้สำนึกในการกระทำของตนเองและผลของการที่ตนยอมไป เช่นนี้จะถือว่าหญิงยินยอมไม่ได้ เป็นต้น

4.3 เหตุยกเว้นโทษฐานทำให้แท้งลูก

โดยหลักแล้วการที่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือการที่ผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกมีความผิด และผู้กระทำจะต้องรับโทษ อย่างไรก็ตามกฎหมายก็มีข้อยกเว้นให้ผู้กระทำไม่ต้องรับโทษ ในกรณีที่เป็นการพยายามทำแท้ง โดยหญิงเป็นผู้ทำเองหรือหญิงยินยอมให้ทำเท่านั้น หรือนั่นก็คือการพยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 และมาตรา 302 วรรคแรก ตามประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบทยกเว้นโทษนี้คือ



มาตรา 304 ผู้ใดเพียงแต่พยายามกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 วรรคแรก ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

“การพยายามกระทำความผิด” ในมาตรานี้จะหมายความเหมือนมาตรา 80 และ 81 แห่งประมวลกฎหมายอาญานั้นคือ

มาตรา 80 บัญญัติว่า “ผู้ใดลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด หรือกระทำไปตลอดแล้วแต่การกระทำนั้นไม่บรรลุผล ผู้นั้นพยายามกระทำความผิด...” และ

มาตรา 81 บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำการโดยมุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถจะบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยซึ่งใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งหมายกระทำต่อ ให้ถือว่าผู้นั้นพยายามกระทำความผิด...” ซึ่งสรุปได้ว่าการพยายามกระทำความผิด คือ

(1) อาจเกิดจากการลงมือกระทำความผิดแต่กระทำไปไม่ตลอด กล่าวคือ “เป็นการพยายามกระทำความผิดที่ผ่านขั้นเตรียมการเข้าสู่ขั้นลงมือกระทำ”¹¹ เช่น นางสาวรัตนาท้องการท่าแห่งจังหวัดที่จะกินยาขับเด็กออกมา แต่พอเอายาเข้าปากแล้วกลับไม่กล้ากลืนลงไป จึงคายยาในปากทิ้งทั้งหมด เช่นนี้ นางสาวรัตนาท้องการไม่ต้องรับโทษ เพราะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 304

(2) อาจเกิดจากการลงมือกระทำความผิดนั้นไปตลอดแล้ว แต่ความผิดนั้นไม่บรรลุผล กล่าวคือ “เป็นการกระทำที่ใกล้ชิดต่อผลสำเร็จ แต่ยังไม่บรรลุผลสำเร็จ ถ้าการกระทำบรรลุผลสำเร็จตามเจตนา ก็เป็นความผิดสำเร็จ”¹² เช่น นางหญิงลีตั้งท้องอายุครรภ์ได้ 7 เดือน แต่ด้วยสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันทำให้ไม่มีเงินเลี้ยงลูกได้ จึงตัดสินใจที่จะเอาเด็กออกโดยการเบ่งและใช้มีดรีดลูกออกมา แต่ปรากฏว่าเด็กคลอดออกมามีชีวิตอยู่ต่อไป เช่นนี้ นางหญิงลีไม่ต้องรับโทษ เพราะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 304

(3) อาจเกิดจากการกระทำที่มุ่งต่อผลซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เป็นความผิด แต่การกระทำนั้นไม่สามารถบรรลุผลได้อย่างแน่แท้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการกระทำหรือเหตุแห่งวัตถุที่มุ่งกระทำต่อ เช่น นางจิตติงครรภ์ในตอนท้องเองยังไม่พร้อม เลยต้องการที่จะทำแท้ง จึงกินน้ำประปาเข้าไปจำนวนมากเพราะเคยได้ยินมาว่าการกระทำเช่นนี้จะทำให้แท้งลูก แต่ความจริงคือไม่สามารถทำให้แท้งลูกได้ เพราะเหตุปัจจัยที่ใช้ในการทำแท้ง เช่นนี้ นางจิตติไม่ต้องรับโทษ เพราะได้รับการยกเว้นตามมาตรา 304

4.4 การทำให้แท้งลูกโดยชอบด้วยกฎหมาย

โดยหลักแล้วการทำให้ตนเองแท้งลูกหรือผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูกเป็นความผิดและผู้กระทำจะต้องรับโทษ อย่างไรก็ตามกฎหมายได้มีการให้สามารถทำแท้งได้โดยถูกกฎหมาย แต่จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขดังที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา 305 ถ้าการกระทำความผิดตามมาตรา 301 หรือมาตรา 302 เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาในกรณีดังต่อไปนี้ ผู้กระทำไม่มีความผิด

(1) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากหากหญิงตั้งครรภ์ต่อไปจะเสี่ยงต่อการได้รับอันตรายต่อสุขภาพทางกายหรือจิตใจของหญิงนั้น

¹¹ กฎหมายอาญา 1: ภาคทบทวนคดีทั่วไป หน่วยที่ 1-7, (พิมพ์ครั้งที่ 8, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2562) 7 – 24.

¹² อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11.



(2) จำเป็นต้องกระทำเนื่องจากมีความเสี่ยงอย่างมากหรือมีเหตุผลทางการแพทย์อันควรเชื่อได้ว่าหากทารกคลอดออกมาจะมีความผิดปกติถึงขนาดทุพพลภาพอย่างร้ายแรง

(3) หญิงยืนยันต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมว่าตนมีครรภ์เนื่องจากการกระทำความผิดเกี่ยวกับเพศ

(4) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์ไม่เกินสิบสองสัปดาห์ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์

(5) หญิงซึ่งมีอายุครรภ์เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ไม่เกินยี่สิบสัปดาห์ ยืนยันที่จะยุติการตั้งครรภ์ ภายหลังการตรวจและรับคำปรึกษาทางเลือกจากผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมและผู้ประกอบวิชาชีพอื่นตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุขประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของแพทยสภาและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและแก้ไขปัญหาการตั้งครรภ์ในวัยรุ่น

โดยจะเห็นได้ว่ามาตราดังกล่าวเป็นการยกเว้นความผิดของการทำแท้งตามมาตรา 301 และมาตรา 302 ว่าผู้กระทำไม่มีความผิด แต่จะต้องเป็นกรณีที่เกิดจากการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลักเกณฑ์ของแพทยสภาและจะต้องเป็นกรณีที่บัญญัติตั้งแต่ (1) ถึง (5) คือ

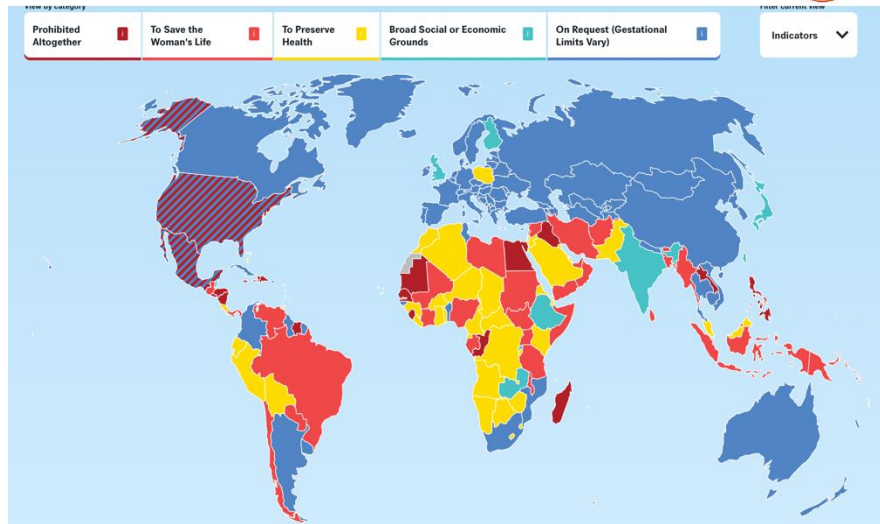
จากการพิจารณาความผิดฐานทำให้แท้งลูกตั้งแต่มาตรา 301 ถึง 305 ในประมวลกฎหมายอาญา เราจะเห็นได้ว่ากฎหมายให้ความสำคัญและมุ่งที่จะคุ้มครองทารกในครรภ์อย่างมาก ถึงแม้ว่าทารกในครรภ์นั้นจะยังไม่มีความสมบูรณ์ก็ตาม แต่อย่างไรก็ดีหลังจากที่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2563 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2563 ที่มีการตัดสินว่าความผิดแก่หญิงทำให้ตนเองแท้งลูกหรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนเองแท้งลูกเป็นความผิดอาญาที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 ที่ว่าด้วยสิทธิในเนื้อตัวร่างกาย ก็มีผลทำให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมาตรา 301 และ มาตรา 305 แห่งประมวลกฎหมายอาญาตามอย่างที่เรากล่าวไปแล้วก่อนหน้านี้ ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงที่ทำให้เราเห็นถึงเรื่องสิทธิมนุษยชนมากขึ้นว่ามนุษย์มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ บุคคลได้รับการรับรองทั้งความคิดและการกระทำที่ไม่มีการล่วงละเมิดได้ โดยเป็นการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

5. กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกของต่างประเทศ

“การทำแท้งเริ่มขึ้นตั้งแต่ในสมัยโบราณ โดยชนชาติกรีกและโรมันโบราณได้มีการทำแท้งกันอย่างกว้างขวาง และไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้เพราะถือว่าสิ่งซึ่งเป็นเด็กต่อไปนั้นเป็นส่วนหนึ่งของร่างกายหญิง ต่อมามนุษย์จึงเริ่มเห็นโทษของการทำแท้งว่าเป็นการจำกัดจำนวนมนุษยชาติ และประเทศต่าง ๆ ได้เริ่มบัญญัติกฎหมายห้ามทำแท้ง และถือว่าการทำแท้งเป็นอาชญากรรม”¹³

สำหรับกฎหมายการทำให้แท้งลูกในต่างประเทศนั้น ได้มี “ศูนย์สิทธิอนามัยเจริญพันธุ์” (Center For Reproductive Rights) ซึ่งเป็นองค์กรด้านสิทธิมนุษยชนระดับโลกมีบทบาทสำคัญเพื่อมุ่งหมายในการใช้อำนาจของกฎหมายเพื่อส่งเสริมสิทธิการเจริญพันธุ์ในฐานะสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานทั่วโลก ที่จำแนกสถานะของกฎหมายทำแท้งทั่วโลกให้เข้าใจอย่างง่าย โดยมีการแบ่งออกเป็น 5 ดังนี้

¹³ อภิการ์ตน์ นิยมไทย, ‘กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง (Abortion Act)’ (2554) 8 จุลินิติ 167, 167 – 176.



รูปภาพที่ 1 ภาพแสดงสถานะกฎหมายทำแท้งทั่วโลก

ที่มา: center for reproductive rights จาก <https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>

(1) ห้ามทุกกรณี (Prohibited Altogether) คือ กฎหมายของประเทศนั้นไม่อนุญาตให้ทำแท้งไว้ว่าจะกรณีใด ๆ ก็ตาม รวมถึงเมื่อชีวิตหรือสุขภาพของหญิงตกอยู่ในความเสี่ยง ซึ่งตอนนี้มีอยู่ด้วยกัน 24 ประเทศทั่วโลก ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศที่นับถือศาสนาอิสลาม หรือไม่ก็เป็นประเทศปิด เช่น อียิปต์ ฟิลิปปินส์ ลาว อิรัก เป็นต้น

(2) เพื่อช่วยชีวิตผู้หญิง (To save the woman's life) คือ กฎหมายของประเทศนั้นอนุญาตให้ทำแท้งได้เมื่อชีวิตของผู้หญิงตกอยู่ในความเสี่ยง ซึ่งตอนนี้มีอยู่ด้วยกัน 42 ประเทศทั่วโลก ส่วนใหญ่เป็นประเทศในทวีปอเมริกาใต้ และตะวันออกกลาง เช่น เม็กซิโก บราซิล อิหร่าน อัฟกานิสถาน เมียนมาร์ อินโดนีเซีย เป็นต้น

(3) เพื่อรักษาสุขภาพ (To Preserve health) คือ กฎหมายของประเทศนั้นอนุญาตให้ทำแท้งโดยพิจารณาจากเหตุผลด้านสุขภาพหรือการรักษา ส่วนใหญ่เป็นประเทศในทวีปแอฟริกา เช่น โปแลนด์ เปรู ซาอุดีอาระเบีย โมร็อกโก แอลจีเรีย เคนยา แองโกลา มาเลเซีย เป็นต้น

(4) ครอบคลุมเหตุผลด้านสังคมหรือเศรษฐกิจ (Broad social or economic grounds) คือ กฎหมายของประเทศนั้นอนุญาตให้ทำแท้งได้ภายใต้สถานการณ์ที่หลากหลาย โดยพิจารณาจากสภาพแวดล้อมที่แท้จริงและสถานการณ์ทางสังคมและเศรษฐกิจของหญิง ตั้งแต่การตั้งครรภ์ไปจนถึงการคลอดบุตร เช่น ฟินแลนด์ สหราชอาณาจักร ญี่ปุ่น อินเดีย เป็นต้น

(5) ตามคำร้องขอ แต่มีการกำหนดข้อจำกัดการตั้งครรภ์ที่หลากหลาย (On request Gestational limits vary) คือ ประเทศที่อนุญาตให้ทำแท้งได้ตามคำขอ ถ้ามีปัญหาต้องการยุติการตั้งครรภ์ก็เข้าไปขอรับการบริการตามหน่วยงานที่บริการได้ แต่ก็มีขีดจำกัดอย่างเช่นสถานที่ในการให้บริการ อายุครรภ์จะต้องไม่เกินที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ซึ่งตอนนี้มีอยู่ด้วยกัน 72 ประเทศทั่วโลก เช่น แคนาดา รัสเซีย ฝรั่งเศส จีน ออสเตรเลีย เกาหลีใต้ เวียดนาม ฝรั่งเศส รวมถึงไทยด้วย เป็นต้น



6. กฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐานทำให้แท้งลูกของฝรั่งเศส

สำหรับบทความนี้จะยกกฎหมายทำให้แท้งลูกของประเทศฝรั่งเศสมาพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายทำให้แท้งลูกของไทย เนื่องจากฝรั่งเศสและไทยมีระบบกฎหมายที่เหมือนกันคือ ระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ที่ถือเอาตัวบทกฎหมายเป็นสำคัญ

“ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้งตั้งแต่สมัยปี ค.ศ. 1820 (พ.ศ. 2363) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายนโปเลียน (Code Napoléon หรือ Code civil des Français) โดยบัญญัติว่าการทำแท้งเป็นความผิด ต้องระวางโทษจำคุก”¹⁴ หลังจากนั้นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำแท้งในฝรั่งเศสก็มีวิวัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง จนกระทั่งคริสต์ศักราช 1974 สภาผู้แทนราษฎรของฝรั่งเศสได้ยกเลิกโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ซึ่งรองศาสตราจารย์ ดร. ปิยบุตร แสงกนกกุล ได้อธิบายเกี่ยวกับกฎหมายทำแท้งของฝรั่งเศสไว้ในบทความเรื่อง 30 ปี กฎหมายทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส ความว่า “การทำแท้งหรือที่เรียกกันในฝรั่งเศสว่า L'interruption volontaire de grossesse, IVG นั้น กฎหมายได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่าการทำแท้งมีขึ้นได้ตามคำร้องขอของหญิงมีครรภ์ซึ่งเห็นว่าตนอยู่ในสถานการณ์ที่ยากลำบากอันเนื่องมาจากหญิงมีครรภ์เป็นเพียงผู้เดียวที่จะตัดสินใจว่าอย่างไรที่เรียกว่า สถานการณ์ที่ยากลำบากอันเนื่องมาจากการตั้งครรภ์ ภายใต้เงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) การทำแท้งต้องกระทำโดยแพทย์ในโรงพยาบาลของรัฐหรือโรงพยาบาลเอกชนที่ขึ้นทะเบียนกับกระทรวงสาธารณสุข

(2) การทำแท้งมีขึ้นได้ภายในระยะเวลา 12 สัปดาห์แรกของอายุครรภ์ เดิมรัฐบัญญัติ “เวย์” (loi Veil) กำหนดไว้ที่ 10 สัปดาห์ต่อมาในปี 2001 รัฐบัญญัติ “โอบรี” (loi Aubry) ได้ขยายระยะเวลาของอายุครรภ์ที่สามารถทำแท้งได้ออกไปเป็น 12 สัปดาห์

(3) ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์เป็นผู้เยาว์ เดิมจำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครอง ปัจจุบันรัฐบัญญัติ “โอบรี” แก้ไขให้ไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ปกครองแต่ต้องพานुकคลบรรลุนิติภาวะตามแต่ที่ตนเลือกมา

(4) ในกรณีที่หญิงตั้งครรภ์เป็นคนต่างประเทศ ต้องอาศัยในฝรั่งเศสไม่น้อยกว่า 3 เดือน เว้นแต่เป็นผู้ลี้ภัยทางการเมือง

(5) หญิงที่ร้องขอทำแท้งต้องผ่านการปรึกษาหารือจากแพทย์และนักสังคมสงเคราะห์ โดยเริ่มจากการปรึกษาแพทย์ครั้งแรกเพื่อรับทราบข้อมูลและวิธีการทำแท้งในรูปแบบต่าง ๆ ขั้นตอนนี้ใช้เวลาหนึ่งสัปดาห์ ในสัปดาห์เดียวกันนั้น หญิงต้องผ่านการสัมภาษณ์โดยนักสังคมสงเคราะห์ ผลจากการสัมภาษณ์ไม่ได้บังคับให้หญิงต้องเปลี่ยนใจไม่ทำแท้งแต่หญิงยังคงมีสิทธิในการยืนยันตามคำร้องเดิม เมื่อผ่านการสัมภาษณ์แล้วหญิงจะได้ไปรับรอง ปิดท้ายด้วยการปรึกษาแพทย์ครั้งที่สองเพื่อให้หญิงยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษร กฎหมายกำหนดให้การปรึกษาแพทย์ครั้งที่สองนี้ต้องมีขึ้นอย่างช้า 1 สัปดาห์หลังการปรึกษาหารือครั้งแรกและ 2 วันหลังการสัมภาษณ์โดยนักสังคมสงเคราะห์ จากนั้นก็ขึ้นทะเบียนรอรับการทำให้แท้งต่อไป

วิธีการทำแท้งนอกจากจะวางยาสลบและใช้เครื่องมือทำตามที่เราคุ้นเคยแล้วยังมีการทำแท้งโดยการกินยาให้แท้งลูก เช่น RU 486 อีกด้วยซึ่งกฎหมายเพิ่งอนุญาตในปี 1988 แต่บังคับให้ใช้กันในโรงพยาบาลเท่านั้น จนกระทั่ง

¹⁴ Torchist, ‘Abortion in France’ (Wikipedia, 13 กันยายน 2565) <https://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_France#History> สืบค้นเมื่อ 19 สิงหาคม 2565.



เดือน กรกฎาคม 2004 นายฟิลิปป์ ดุสท์ บลาซี รมต.สาธารณสุขได้ออกรัฐกฤษฎีกากำหนดให้การทำแท้งด้วยการใช้ยาสามารถทำได้นอกโรงพยาบาล อย่างไรก็ตามการกินยาให้แท้งลูกนี้กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ภายใน ๕ สัปดาห์ของอายุครรภ์เท่านั้น สำหรับค่าใช้จ่ายจากการทำแท้งทั้งสองวิธีสามารถนำไปเบิกจากกองทุนประกันสังคมได้¹⁵

ซึ่งปัจจุบันฝรั่งเศสได้มีกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการทำแท้งเอาไว้ ในประมวลกฎหมายสาธารณสุข¹⁶ ดังเช่น
มาตรา L2211-1 กฎหมายรับรองว่ามนุษย์อยู่ในฐานะที่สำคัญเป็นอันดับแรก ห้ามมิให้ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และรับรองว่าจะเคารพตั้งแต่เริ่มมีชีวิตขึ้น

มาตรา L2211-2 จะไม่มีการละเมิดหลักในมาตรา L2211-1 เว้นแต่ในกรณีที่เป็นจำเป็นและเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในลักษณะนี้...

มาตรา L2212-1 ผู้หญิงทุกคนที่ไม่ต้องการตั้งครรภ์สามารถทำแท้งได้ การตัดสินใจของผู้หญิงไม่ได้ผูกติดอยู่กับความยากลำบากใด ๆ การยุติการตั้งครรภ์นี้สามารถทำได้ก่อนสิ้นสุดสัปดาห์ที่ 12 ของการตั้งครรภ์เท่านั้น

มาตรา L2212-2 การยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจสามารถทำได้โดยแพทย์เท่านั้น ทำได้เฉพาะสถานบริการสุขภาพของรัฐหรือเอกชน หรือภายในกรอบข้อตกลงที่ทำขึ้นระหว่างผู้ประกอบการวิชาชีพ หรือศูนย์การศึกษา หรือศูนย์การวางแผนครอบครัว หรือศูนย์สุขภาพหรือสถานบริการดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยคำสั่งของสภาแห่งรัฐ

มาตรา L2212-3 แพทย์ที่หญิงร้องขอให้ยุติการตั้งครรภ์ต้องแจ้งให้เธอทราบเกี่ยวกับวิถีทางการแพทย์และการผ่าตัดในการยุติการตั้งครรภ์ในครั้งแรก รวมถึงความเสี่ยงและผลข้างเคียงที่จะเกิดขึ้น

มาตรา L2213-1 การยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจสามารถทำได้เมื่อใดก็ได้ หากแพทย์ทั้งสองคนซึ่งเป็นสมาชิกของทีมสหสาขาวิชาชีพรับรองหลังจากที่ทีมได้ออกความเห็นที่ปรึกษาว่าการตั้งครรภ์ต่อเนื่องเป็นอันตรายต่อสุขภาพของผู้หญิงอย่างร้ายแรงหรือมีความเป็นไปได้สูงกว่าเด็กในครรภ์กำลังได้รับความทุกข์ทรมานจากความผิดปกติร้ายแรงโดยเฉพาะที่ยอมรับว่ารักษาไม่หายในขณะที่วินิจฉัย

มาตรา L2214-1 ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในการจัดการการใช้ตามกฎหมายหมวดที่สองและสามของลักษณะนี้จะต้องตกเป็นภาระของรัฐ

*หมวดที่สองคือ การยุติการตั้งครรภ์ก่อนสิ้นสัปดาห์ที่ 12 ของการตั้งครรภ์ และหมวดที่สามคือการยุติการตั้งครรภ์ด้วยเหตุผลทางการแพทย์

มาตรา L2222-1 การยุติการตั้งครรภ์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องระวางโทษจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร

มาตรา L2222-2 การยุติการตั้งครรภ์ของบุคคลอื่น ต้องระวางโทษจำคุก 2 ปี และปรับ 30,000 ยูโรเมื่อกระทำการในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เมื่อพ้นระยะเวลาที่ล่าช้าซึ่งได้รับอนุญาตตามกฎหมายแล้ว เว้นแต่จะกระทำเพื่อเหตุผลทางการแพทย์

¹⁵ ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘30 ปี กฎหมายทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส’ (Public law net, 6 มกราคม 2548) <<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=674>> สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.

¹⁶ Center for Reproductive Rights, ‘France’s Abortion Provisions’ <<https://reproductiverights.org/maps/provision/frances-abortion-provisions/>> สืบค้นเมื่อ 19 สิงหาคม 2565.



(2) โดยบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติเป็นแพทย์

(3) ในสถานที่อื่นที่ไม่ใช่สถานที่สาธารณะสำหรับการรักษาในโรงพยาบาลหรือสถานบริการเอกชนสำหรับการรักษาในโรงพยาบาลที่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือนอกกรอบที่อยู่ในมาตรา L2212-2 ความผิดนี้จะต้องจำคุก 5 ปี และปรับ 75,000 ยูโร หากผู้กระทำความผิดกระทำความผิดเป็นประจำ การพยายามกระทำความผิดที่กำหนดไว้ในมาตรานี้จะถูกลงโทษด้วยบทลงโทษเช่นเดียวกัน

6. อภิปรายผล

| ตารางเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายทำแท้งของไทยและฝรั่งเศส | |
|---|---|
| กฎหมายทำแท้งของไทย | กฎหมายทำแท้งของฝรั่งเศส |
| 1. กฎหมายไทยอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ แต่การยุติการตั้งครรภ์สามารถทำได้ก่อนที่จะสิ้นสุดสัปดาห์ที่สิบสองของการตั้งครรภ์เท่านั้น ตามมาตรา 301 | 1. กฎหมายฝรั่งเศสอนุญาตให้หญิงสามารถทำแท้งได้ แต่การยุติการตั้งครรภ์สามารถทำได้ก่อนที่จะสิ้นสุดสัปดาห์ที่สิบสองของการตั้งครรภ์เท่านั้น ตามมาตรา L2212-1 |
| 2. กฎหมายไทยบัญญัติโทษสำหรับความผิดที่ผู้อื่นทำให้หญิงแท้งลูก แม้ว่าหญิงจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม ตามมาตรา 302 และมาตรา 303 | 2. กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติโทษสำหรับความผิดของผู้ยุติการตั้งครรภ์ให้บุคคลอื่น ตามมาตรา L2222-2 |
| 3. กฎหมายไทยบัญญัติว่าถ้าการทำแท้งของตนเองแท้งลูก หรือยินยอมให้ผู้อื่นทำให้ตนแท้งลูก เป็นการกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตามหลักเกณฑ์ของแพทย์สภาในกรณีตามมาตรา 305 ผู้กระทำไม่มีความผิด | 3. กฎหมายฝรั่งเศสบัญญัติว่าการยุติการตั้งครรภ์โดยสมัครใจสามารถทำได้โดยแพทย์เท่านั้น ตามมาตรา L2212-2 |
| | 4. กฎหมายฝรั่งเศสมีมาตรา L2214-1 ที่บัญญัติถึงการใช้จ่ายในการยุติการตั้งครรภ์ที่จะต้องตกเป็นภาระของรัฐ |

จากการศึกษาและค้นคว้ากฎหมายภาคความผิดในฐานะทำให้แท้งลูกทั้งของไทยและของฝรั่งเศสทำให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองประเทศ ความเหมือน คือ ทั้งกฎหมายทำแท้งของไทยและฝรั่งเศสมีการบัญญัติให้สามารถทำแท้งได้ แต่ต้องเป็นการยุติการตั้งครรภ์ก่อนที่อายุครรภ์จะเกินสัปดาห์ที่สิบสองของการตั้งครรภ์ และยังบัญญัติว่าการจะยุติการตั้งครรภ์นั้นจะกระทำได้โดยแพทย์เท่านั้น จึงจะไม่มี ความผิด สำหรับความแตกต่างของกฎหมายทั้งสองประเทศนั้น ข้าพเจ้าเห็นว่าแทบจะไม่แตกต่างกันเลย เนื่องจากทั้งไทยและฝรั่งเศสก็เป็นประเทศที่อนุญาตให้สามารถทำแท้งได้ในกรณีที่อายุครรภ์ยังไม่เกินสิบสองสัปดาห์ แต่ทั้งนี้ก็ยังมีขีดจำกัด อย่างเช่น บุคคลผู้ที่จะยุติการตั้งครรภ์ให้จะต้องเป็นแพทย์เท่านั้น หรือจะต้องเข้าไปใช้บริการในสถานที่ ๆ รัฐเป็นผู้ควบคุมดูแล เป็นต้น ยกเว้นเรื่องกฎหมายฝรั่งเศสมีการบัญญัติถึงเรื่องค่าใช้จ่ายในการทำแท้งเอาไว้ว่าให้ตกเป็นภาระของรัฐที่กฎหมายไทยยังไม่ได้มีการบัญญัติเอาไว้

สำหรับประเทศไทยกฎหมายความผิดฐานทำให้แท้งลูก แม้จะเป็นเรื่องที่อยู่ในหมวดความผิดต่อชีวิตและร่างกาย ซึ่งอยู่ในกลุ่มความผิดที่คุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคล แต่การทำแท้งก็ถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับ



ความรู้สึกและศีลธรรมอันดีของประชาชนในสังคม เนื่องมาจากค่านิยมและขนบธรรมเนียมประเพณีของไทยที่เติบโตมาพร้อมกับศาสนาพุทธที่ถือเป็นศาสนาประจำชาติของเรา จึงทำให้กฎหมายความผิดฐานทำให้แท้งลูกก่อนที่จะมี แก้วใจเป็น “พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 28) พุทธศักราช 2564” นั้นมุ่งที่จะคุ้มครองสิทธิของชีวิตที่กำลังจะเกิดมา แต่อย่างไรก็ตามเราจะต้องไม่ลืมว่ามีบุคคลที่จะต้องโดนลิดรอนหรือจำกัดสิทธิในเนื้อตัวร่างกายอย่างหญิงที่ตั้งครรภ์อันเนื่องมาจากกฎหมายดังกล่าวนี้ด้วย ว่ากฎหมายที่เป็นอยู่นั้นกระทบต่อเสรีภาพของหญิงเกินจำเป็นหรือไม่ เมื่อกฎหมายซึ่งถือเป็นเครื่องชี้ความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในสังคมกำลังกระทบต่อตัวหญิง ก็จะต้องเกิดการแก้ไขกฎหมายขึ้น เพื่อให้เรื่องศีลธรรม ความถูกต้อง และหลักสิทธิมนุษยชนนั้นไปควบคู่กัน อันจะนำมาซึ่งความสมดุลขึ้นในสังคม ด้วยเหตุนี้เองจึงนำมาซึ่งการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูกในมาตรา 301 และมาตรา 305 ขึ้นในปี 2564 ซึ่งเป็นมาตราสำคัญที่เป็นผลกระทบต่อตัวหญิงอย่างมาก ดังที่เราเห็นกันในปัจจุบัน

ความเห็นของข้าพเจ้าในเรื่องกฎหมายทำให้แท้งลูกของไทย ข้าพเจ้าเห็นด้วยในการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมในปีพุทธศักราช 2564 คือไม่ได้ห้ามในการทำแท้งทุกกรณี สามารถทำแท้งได้แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เนื่องจากข้าพเจ้ามองว่ากฎหมายเป็นเรื่องที่ต้องบังคับใช้ได้ทั่วไป ไม่ใช่เพียงแต่ใช้ได้แค่กับคนหนึ่งคนใดเท่านั้น การบัญญัติกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของทารกในครรภ์ที่ยังไม่เกิดมาเป็นเรื่องที่ดี แต่ก็ต้องควบคู่ไปกับการให้สิทธิกับหญิงตั้งครรภ์ด้วยเช่นเดียวกัน ซึ่งทำให้เกิดตรงกลางอย่างสมดุล แต่อยากให้มีการบัญญัติเกี่ยวกับการที่รัฐจะออกค่าใช้จ่ายในเรื่องการยุติการตั้งครรภ์ ให้เหมือนกับกฎหมายทำแท้งของฝรั่งเศสในมาตรา L2214-1 ลงในกฎหมายของไทย เนื่องจากข้าพเจ้ามีความเห็นว่าน่าจะทำให้หญิงทุกคนสามารถเข้ารับบริการจากรัฐได้ทุกคน โดยไม่ต้องกังวลถึงเรื่องค่าใช้จ่าย และเป็นการลดปริมาณการทำแท้งที่ผิดกฎหมาย อันเนื่องจากการเข้าใจที่ผิดว่าอาจจะมียาคากว่า ซึ่งก็จะทำให้หญิงที่ต้องการจะยุติการตั้งครรภ์ได้เข้ารับบริการจากรัฐได้อย่างทั่วถึง รวมถึงมีความปลอดภัยอีกด้วย



บรรณานุกรม

- กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 . (ม.ป.ป.). ใน *ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ*
ไพฑูริย์ สนวนมะไฟ และ อุทัย สติมัน, ‘การทำแท้ง: วิฤติของพุทธจริยธรรมในสังคมไทย’ (2560) 1 วารสารนวัตกรรมการศึกษาและวิจัย 155, 157 - 167.
- ปิยบุตร แสงกนกกุล, ‘30 ปี กฎหมายทำแท้งเสรีในฝรั่งเศส’ (Public law net, 6 มกราคม 2548) <<http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=674>> สืบค้นเมื่อ 15 มิถุนายน 2565.
- พัชรินทร์ ชำศิริพงษ์, ‘การทำแท้งที่ผิดกฎหมายในประเทศไทย’ (2562) 12 สังคมศาสตร์วิชาการ 427, 427 - 436.
- มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, *กฎหมายอาญา 1: ภาคบัญญัติทั่วไป* (2562) หน่วยที่1 - 7.
- วัชรกรรณ์ อนุพันธ์, ‘การทำแท้ง: มุมมองด้านกฎหมาย สิทธิเสรีภาพ การแพทย์ และจริยธรรม’ (2564) 2 *นิตินิพนธ์แพทยศาสตรปริทรรศน์*, 117 - 131.
- สำนักกอนามัยการเจริญพันธุ์ กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, ‘รายงานเฝ้าระวังการแท้งในประเทศไทย’ (2555) 2. *อวิการ์ตัน นิยมไทย*, ‘กฎหมายเกี่ยวกับการทำแท้ง’ (2554) 1 *จุลนิติ*, 167 - 176.
- Abortion in France, (ม.ป.ป.) (wikipedia) <https://en.wikipedia.org/wiki/Abortion_in_France#History>
- Center for Reproductive Rights, ‘France’s Abortion Provisions’ <<https://reproductiverights.org/maps/provision/frances-abortion-provisions/>> สืบค้นเมื่อ 19 สิงหาคม 2565.



**ปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561
: ศึกษากรณีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน**

วรางคณา ชัยศรีทิพย์

นักศึกษาคณะนิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ที่อยู่: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ 10200

อีเมล: prangkanaa@gmail.com

บทคัดย่อ

การประกอบธุรกิจจะต้องมีเงินทุน โดยแหล่งเงินทุนส่วนใหญ่มาจากการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน แต่ธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นประกอบธุรกิจ โดยเฉพาะธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) และธุรกิจที่มีขนาดเล็กอื่น ๆ อาจยังไม่มีข้อมูลการดำเนินธุรกิจ การเดินบัญชีด้านการเงิน และหลักประกันอื่น ๆ ตามที่กำหนดเพียงพอสำหรับการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ทำให้ไม่มีความน่าเชื่อถือ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้เข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินได้ยาก ดังนั้นการประกอบธุรกิจโดยใช้แหล่งเงินทุนจากการระดมทุนจากตลาดทุนเป็นอีกทางเลือกหนึ่ง เช่น การออกหุ้นเสนอขายต่อประชาชนทั่วไป (Initial Public Offering: IPO) การระดมทุนผ่านระบบคราวด์ฟันดิง (Crowdfunding) เป็นต้น ปัจจุบันมีการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีไปอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดการระดมทุนผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตรูปแบบใหม่ในตลาดทุน เรียกว่า “การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน” หรือ “Initial Coin Offering” (ICO) ซึ่งเป็นการระดมทุนโดยใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน (Blockchain) และคริปโทเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) โดยจะออกโทเคนดิจิทัลเพื่อนำมาแลกเปลี่ยนกับคริปโทเคอร์เรนซี ซึ่งโทเคนดิจิทัลจะกำหนดให้สามารถแสดงสิทธิของผู้ถือโทเคนดิจิทัลได้อย่างหลากหลาย ซึ่งโทเคนดิจิทัลบางลักษณะอาจเข้าข่ายเป็นตราสารทางการเงินที่มีการให้ผลตอบแทนและสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นหลักทรัพย์คล้ายกับการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน (IPO) การระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนดังกล่าวเป็นที่นิยมและเติบโตอย่างมากทั่วโลกภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว เนื่องจากเป็นช่องทางเข้าถึงแหล่งเงินทุนที่สะดวก รวดเร็ว และมีค่าใช้จ่ายไม่สูง จึงเป็นที่นิยมในกลุ่มธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ทำให้หลายประเทศทั่วโลกให้ความสำคัญในการกำกับดูแลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีกฎหมายเฉพาะในการกำกับดูแลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนและการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล คือพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งในปัจจุบันได้มีการพัฒนาการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนรูปแบบใหม่ เช่น Security Token Offering (STO) Initial Exchange Offering (IEO) Initial Dex Offering (IDO) เป็นต้น รวมทั้งมีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่มีความหลากหลายมากยิ่งขึ้น จึงทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องหลายประการ โดยยังไม่มี ความชัดเจนและเหมาะสม อาทิเช่น กฎหมายยังไม่ครอบคลุมไปถึง “Security Token” และหลักเกณฑ์บางประการยังไม่เหมาะสมกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) เช่น ค่าธรรมเนียมการเสนอขายโทเคนดิจิทัล เป็นต้น ดังนั้นมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาและทบทวนกฎหมาย ซึ่งจะนำมาสู่การแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย เพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและเหมาะสมในการกำกับดูแลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน และการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งเพื่อให้สอดคล้องและเหมาะสมกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ด้วย

คำสำคัญ: สินทรัพย์ดิจิทัล, บล็อกเชน, คริปโทเคอร์เรนซี, โทเคนดิจิทัล, เสนอขายโทเคนดิจิทัล



**Legal Problems with the Emergency Decree on
Digital Assets Business Operation, B.E. 2561 (2018):
A Case Study of Initial Coin Offerings**

Warangkana Chairsithip

Master of Laws Student Faculty of Law Thammasat University

Address : Faculty of Law Thammasat University Chan Road Phra Nakhon Bangkok 10200

E-mail : prangkanaa@gmail.com

Abstract

Funding plays a vital role in running a business, frequently obtained by financial institution loans. Borrowing is appropriate for businesses with longstanding operational data and financial accounts with financial institutions. However, startup and small-sized businesses often lack sufficient operational data, financial accounts and other collateral required by financial institutions to apply for loans, resulting in inadequate credibility and reliability. As a result, financial institution funding is difficult to obtain. Running businesses with capital market funding sources is another option, through initial public offerings (IPOs) or crowdfunding. Due to rapid technological change, computer technology and internet networks have become mediators for determining trading, creating new forms of online capital development through initial coin offerings (ICOs) by using blockchain technology and cryptocurrency. Digital tokens are issued in exchange for cryptocurrency, required to represent a wide range of digital token holders. Some digital tokens may qualify as financial instruments with varied returns and rights as securities. Therefore, they resemble IPOs. ICO crowdfunding is popular and quickly expanding internationally, as a channel for accessing funding sources conveniently, quickly, and economically. Suited for startup businesses, ICOs are monitored and governed, including in Thailand, where a relevant law exists: the Emergency Decree on Digital Asset Business Operation, B.E. 2561 (2018; Digital Assets Decree). Today, ICOs develop new forms such as security token offerings (STOs), initial exchange offerings (IEOs), and initial DEX offerings (IDOs). In addition, digital asset businesses vary increasingly. The Digital Assets Decree and relevant laws contain enforcement-related problems because of inadequate clarity and comprehensiveness, not extending to security tokens, and lacking guidelines suitable for startup businesses, such as digital token offerings fees. These findings suggest that relevant laws should be reviewed and amended to achieve clarity and pertinence for monitoring digital token offerings and digital asset business evolution, with consistency and appropriateness for startup businesses.

Keywords: Digital Asset, Blockchain, Cryptocurrency, Digital Token, Token Offering



1. บทนำ

ปัญหาการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่มักจะเข้าถึงแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินได้ยาก เนื่องจากธุรกิจดังกล่าวเพิ่งเริ่มต้นประกอบธุรกิจหรือมีขนาดธุรกิจที่ค่อนข้างเล็ก จึงยังไม่มีข้อมูลการดำเนินธุรกิจและการเดินบัญชีทางการเงิน หรือทรัพย์สินสำหรับค้ำประกัน ทำให้ยังขาดความน่าเชื่อถือ และหากจะเข้าถึงแหล่งเงินทุนในตลาดทุน โดยการระดมทุนด้วยการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน (IPO) ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย (Stock Exchange of Thailand: SET) และตลาดหลักทรัพย์เอ็ม เอ ไอ (Market for Alternative Investment: MAI) รวมทั้งการระดมทุนแบบ Crowdfunding ยังมีหลักเกณฑ์ที่ค่อนข้างเข้มงวด ทำให้มีขั้นตอนที่ยู้งยาก ใช้เวลานานและเพิ่มต้นทุนในการประกอบธุรกิจมากขึ้น¹

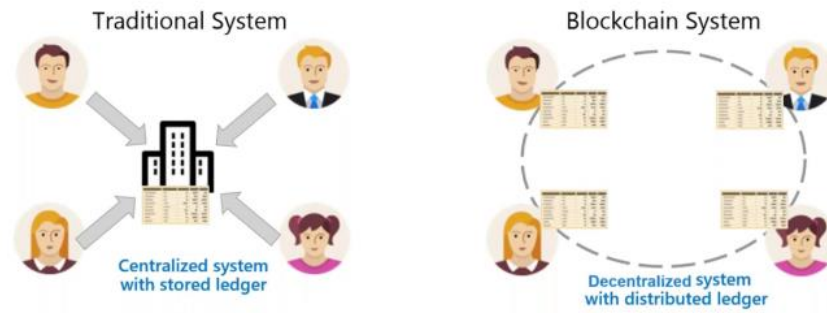
ด้วยความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและเครือข่ายอินเทอร์เน็ตในปัจจุบัน ทำให้มีผู้ใช้งานเครือข่ายอินเทอร์เน็ตจำนวนมากผ่านอุปกรณ์ที่หลากหลาย ซึ่งสามารถใช้งานได้ทุกที่ทุกเวลา ทำให้ผู้คนสามารถเข้าถึงกิจกรรมต่าง ๆ ได้ง่ายขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขายสินค้า การติดต่อสื่อสาร การค้นคว้าหาข้อมูล เป็นต้น จึงเป็นแหล่งที่เชื่อมโยงผู้คนให้เข้าถึงกันหรือเป็นสังคมออนไลน์ ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้มีแนวคิดสร้างสิ่งที่ใช้แลกเปลี่ยนกันในสังคมออนไลน์ใดสังคมหนึ่งขึ้นเป็นคริปโทเคอร์เรนซี (Cryptocurrency) หรือสกุลเงินดิจิทัล ซึ่งเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์² คริปโทเคอร์เรนซีถูกสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ต่าง ๆ เช่น ความสะดวกในการชำระราคาสินค้าและบริการภายในกลุ่มสมาชิกนั้น การลดความเสี่ยงจากความผันผวนของอัตราแลกเปลี่ยนสกุลเงินที่แท้จริงของรัฐ สร้างความน่าเชื่อถือในด้านความปลอดภัยมากกว่าสกุลเงินที่แท้จริงของรัฐ เป็นต้น³ คริปโทเคอร์เรนซีถือเป็นสินทรัพย์ดิจิทัล⁴ ประเภทหนึ่งที่ถูกนำมาใช้ทางการเงินเพื่อใช้เป็นสื่อกลางในการแลกเปลี่ยนให้ได้มาซึ่งสินค้า บริการ หรือสิทธิอื่น ๆ หรือใช้แลกเปลี่ยนกันระหว่างสินทรัพย์ดิจิทัล คริปโทเคอร์เรนซีทำงานโดยใช้เทคโนโลยีบล็อกเชน (Blockchain) ซึ่งเป็นวิธีการบันทึกผลข้อมูลแบบกระจายศูนย์ (Distributed ledger) โดยไม่ผ่านตัวกลางดังเช่นการทำธุรกรรมผ่านสถาบันการเงิน โดยจะมีการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลและยืนยันการทำธุรกรรมนั้น ๆ ด้วยคอมพิวเตอร์ทุกเครื่องที่เชื่อมโยงกันในเครือข่ายและเป็นซอฟต์แวร์ระบบเปิด (Open Source Software) เพื่อให้ทุกคนในเครือข่ายสามารถเข้ามาใช้งานและยืนยันความถูกต้องร่วมกัน จึงทำให้ข้อมูลการทำธุรกรรมมีความน่าเชื่อถือและมีความปลอดภัยสูง ปัจจุบันมีคริปโทเคอร์เรนซีหลากหลายสกุลและจัดแบ่งเป็นหลายประเภท โดยคริปโทเคอร์เรนซีสกุลที่ได้รับความนิยมและใช้อย่างแพร่หลาย เช่น บิทคอยน์ (Bitcoin) อีเธอร์เรียม (Ethereum) เป็นต้น

¹ จันทวรรณ สุจริตกุล, ‘แหล่งทุน SMEs เพื่อยกระดับการแข่งขันไทย’ (2557) 57 วารสารรัฐศาสตร์ปริทัศน์ 35, 35 – 52.

² พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 มาตรา 3.

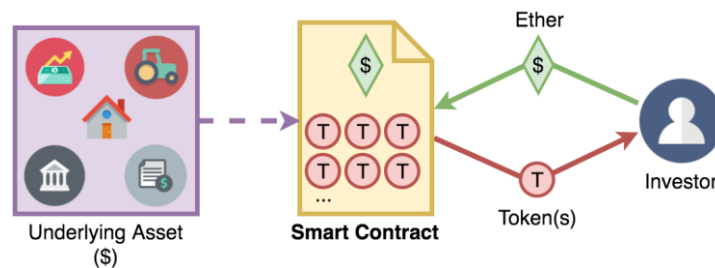
³ พงศ์บวร ควะชาติ, ‘สกุลเงินเสมือนจริงปลอดภัยการควบคุมบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 4.

⁴ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.



ภาพที่ 1 เปรียบเทียบระบบการจัดเก็บข้อมูลแบบรวมศูนย์ (Centralized system) และแบบกระจายศูนย์ (Decentralized system)⁵

ต่อมาได้มีการพัฒนาคริปโทเคอร์เรนซี โดยถูกออกแบบให้สามารถสร้างโทเคนดิจิทัล (Digital Token) ได้โดยใช้สัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract) สร้างเงื่อนไขขึ้นมาตามที่ผู้ใช้งานกำหนด เมื่อมีผู้ใดทำตามเงื่อนไขนั้นสำเร็จก็จะได้รับค่าตอบแทนตามที่ผู้ใช้งานกำหนดไว้ ซึ่งคริปโทเคอร์เรนซีสกุลที่มักถูกนำมาใช้ในการสร้างโทเคนดิจิทัล เช่น อีเธอร์เรียม (Ethereum) เป็นต้น



ภาพที่ 2 การสร้างโทเคนดิจิทัลโดยใช้เครือข่ายของอีเธอร์เรียม⁶

โทเคนดิจิทัลจึงถือเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ที่สร้างบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ของคริปโทเคอร์เรนซี⁷ โทเคนดิจิทัลถูกนำมาใช้ในการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนหรือที่เรียกว่า “Initial Coin Offering” (ICO) โดยนำโทเคนดิจิทัลมาแลกเปลี่ยนกับคริปโทเคอร์เรนซี ซึ่งผู้ระดมทุนจะกำหนดให้โทเคนดิจิทัลแทนสิทธิต่าง ๆ ในโครงการหรือกิจการ เช่น ผลกำไร เงินปันผล เป็นต้น หรือสิทธิเพื่อให้ได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการต่าง ๆ โดยสิทธิที่กล่าวมาข้างต้นในบางลักษณะอาจเข้าข่ายเป็นตราสารทางการเงินที่มีการให้ผลตอบแทนหรือสิทธิ

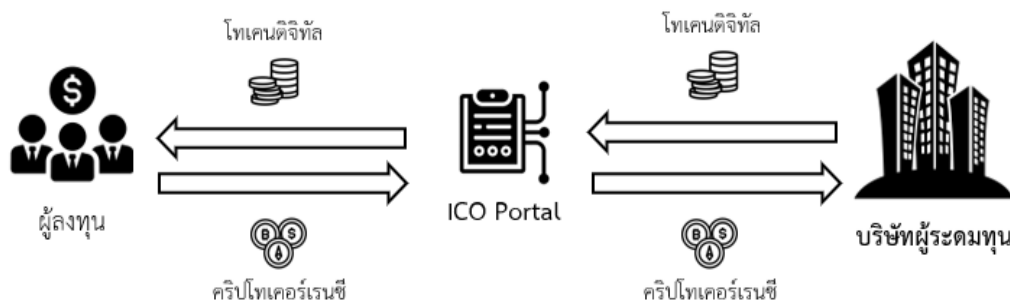
⁵ Eamon McCarthy Earls, ‘Video Review: Using blockchain for supply chain compliance’ (MSDW MSDynamics World, 11 มิถุนายน 2562) <<https://msdynamicsworld.com/story/video-review-using-blockchain-supply-chain-compliance>> สืบค้นเมื่อ 8 พฤษภาคม 2564.

⁶ Andrew Zapotochny, ‘Introduction to Ethereum Smart Contract Clients (Web3js Library)’ (Blockgeeks, 29 พฤศจิกายน 2564) <<https://blockgeeks.com/ethereum-smart-contract-clients/>> สืบค้นเมื่อ 6 เมษายน 2565.

⁷ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ พ.ศ. 2561 มาตรา 3.



ต่าง ๆ ที่มีลักษณะคล้ายหลักทรัพย์⁸ การเสนอขายโทเคนดิจิทัลดังกล่าวมีลักษณะคล้ายกับการระดมทุนด้วยการเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชน (IPO) ในตลาดแรก โดยผู้ลงทุนสามารถนำโทเคนดิจิทัลไปซื้อขาย



ภาพที่ 3 การระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนแบบ ICO

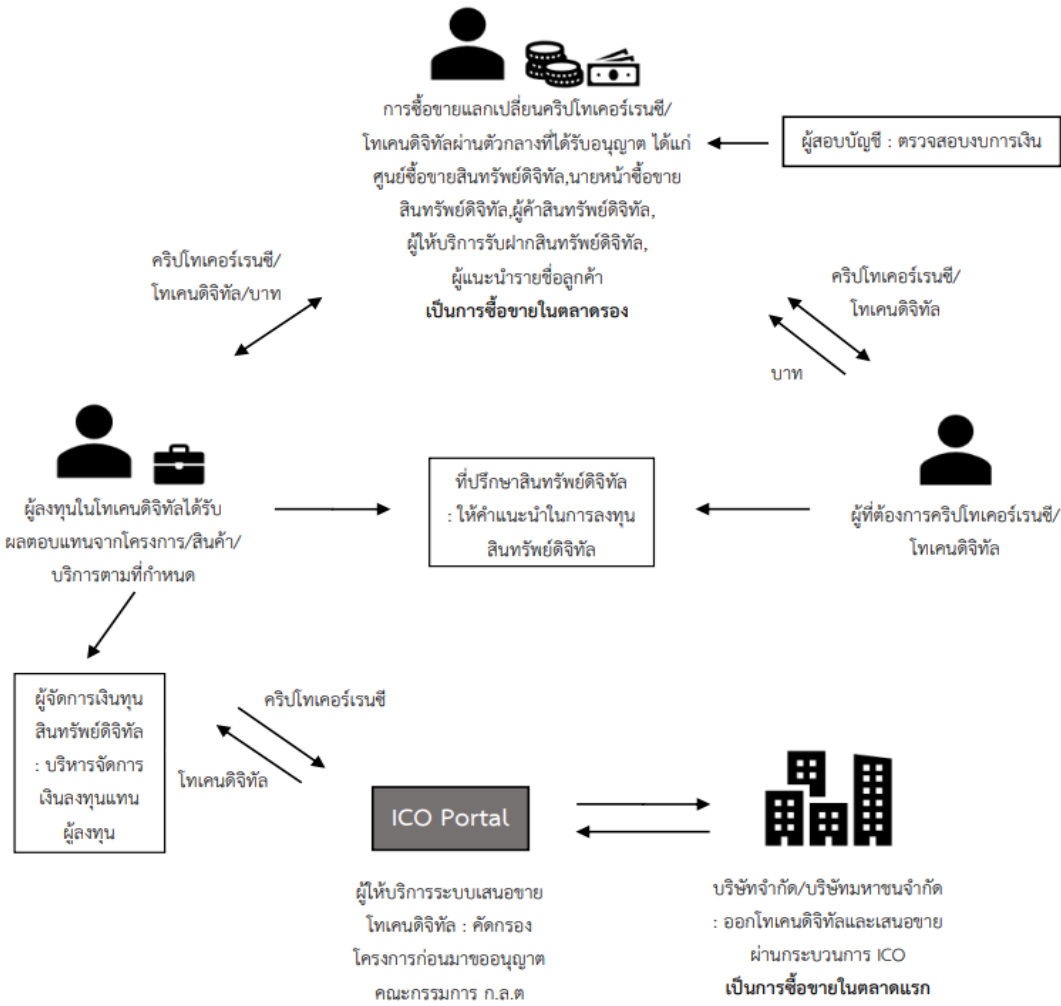
นอกจากนี้ ยังทำให้เกิดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลต่าง ๆ เช่น ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Exchange) เป็นศูนย์กลางในการซื้อขายแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัล⁹ ผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ทำหน้าที่กลั่นกรองลักษณะของโทเคนดิจิทัลที่จะเสนอขาย คุณสมบัติของผู้ออก และความครบถ้วนถูกต้องของแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัล และข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง¹⁰ นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล (Digital Asset Broker) เป็นตัวแทนในการซื้อขายหรือแลกเปลี่ยนสินทรัพย์ดิจิทัลให้แก่บุคคลอื่น¹¹ เป็นต้น

⁸ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘เอกสารรับฟังความคิดเห็น เลขที่ อทง. 34/2560 เรื่อง แนวทางการกำกับดูแล Initial Coin Offering (ICO)’ (27 ตุลาคม 2560) <https://capital.sec.or.th/webapp/phs/upload/phs1513585003hearing_34_2560.pdf> สืบค้นเมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2564.

⁹ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.

¹⁰ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.

¹¹ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.



ภาพที่ 4 ความสัมพันธ์ของการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) และธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล
ดัดแปลงจากรูปภาพ, สรุปสาระสำคัญของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561,
สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์¹²

การระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) มีอัตราการเติบโตที่สูงมากภายในระยะเวลาอันรวดเร็ว ซึ่งการระดมทุนดังกล่าวได้รับความนิยมในกลุ่มธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ซึ่งส่วนใหญ่มักจะเป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นประกอบกิจการ มีขนาดเล็ก มีเงินทุนไม่มาก และประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพัฒนานวัตกรรมทางเทคโนโลยีใหม่ ๆ เนื่องจากสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้สะดวก รวดเร็ว และประหยัดค่าใช้จ่าย จึงเป็นทางเลือกใหม่ในการเข้าถึงแหล่งเงินทุนของธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) นอกเหนือจากการระดมทุนในตลาดทุน ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจสนใจที่จะระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) เพิ่มมากขึ้น เนื่องจากมีผลตอบแทนและมูลค่าของการเสนอขายที่มีมูลค่าสูง แต่ในทางกลับกันก็มีการแอบอ้างการระดมทุนดังกล่าว เพื่อกระทำการโดยไม่ชอบ

¹² สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘สรุปสาระสำคัญของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561’ <https://www.sec.or.th/TH/Documents/DigitalAsset/digitalasset_summary.pdf>
สืบค้นเมื่อ 3 พฤษภาคม 2564.



ด้วยกฎหมาย เช่น ฉ้อฉลหลอกลวง แชร์ลูกโซ่ การฟอกเงิน หรือการกระทำที่ผิดกฎหมายอื่น ๆ ซึ่งทำให้ผู้ลงทุนและประชาชนได้รับความเสียหายอย่างมาก และเป็นการยากที่ผู้ลงทุนและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะติดตามหรือดำเนินการตามกฎหมายได้ เนื่องจากผู้ระดมทุนส่วนใหญ่อยู่ต่างประเทศ

ด้วยเหตุที่กล่าวมาข้างต้น จึงทำให้หลายประเทศทั่วโลกให้ความสนใจและเห็นถึงความสำคัญในการกำกับดูแลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ทำให้ความสนใจและมีแนวทางในการกำกับดูแลระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) และการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล โดยการตราพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 14 พฤษภาคม พ.ศ. 2561 เป็นต้นมา เพื่อคุ้มครองผู้ลงทุนจากการถูกหลอกลวงหรือถูกเอาเปรียบ ป้องกันการฟอกเงิน รวมทั้งใช้การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) ในทางไม่สุจริต¹³ รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ให้เข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น โดยให้ใช้ประโยชน์จากสินทรัพย์ดิจิทัลได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย พระราชกำหนดดังกล่าวได้กำหนดให้โทเคนดิจิทัลที่สามารถนำมาเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) มี 2 ประเภท ได้แก่

1.1. โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) เป็นการกำหนดสิทธิของบุคคลในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการ เช่น สิทธิในส่วนแบ่งรายได้ ผลกำไรจากการลงทุน เป็นต้น ปัจจุบันได้กำหนดโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) เพิ่มเติม คือ โทเคนดิจิทัลที่มีอสังหาริมทรัพย์หรือกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์เป็นสินทรัพย์อ้างอิง (Real Estate-backed Token) ซึ่งเป็นการนำทรัพย์สินมาแปลงเป็นโทเคนดิจิทัล (tokenization) หรือนำมาเป็นสินทรัพย์อ้างอิง เช่น อสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

ยกตัวอย่างเช่น การเสนอขายเหรียญ SiriHub Investment Token ของบริษัท แสนสิริ จำกัด (มหาชน) เพื่อนำไปลงทุนให้ได้มาซึ่งกระแสรายรับจากกลุ่มอาคารสำนักงาน สิริ แคมปัส (Siri Campus) ซึ่งถือครองกรรมสิทธิ์ความเป็นเจ้าของโดยบริษัท สิริพัฒนา โฟร์ จำกัด¹⁴

1.2. โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility Token) เป็นการกำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง

ยกตัวอย่างเช่น การเสนอขายเหรียญ Destiny Token ของบริษัท สเปเชียล เดสติณี จำกัด เพื่อให้ได้มาซึ่งผลตอบแทนจากภาพยนตร์เรื่อง “บุพเพสันนิวาส ๒” และให้ผู้ถือครองมีสิทธิประโยชน์พิเศษเกี่ยวกับภาพยนตร์ดังกล่าว ซึ่งจะเป็นไปตามประเภทโทเคนดิจิทัลที่ถือครอง เช่น ผู้ถือโทเคน ไอแอมแกล็ด (I am Glad Token) จะได้ชมภาพยนตร์บุพเพสันนิวาส ๒ รอบพิเศษจำนวน 2 ที่นั่ง ผู้ถือโทเคน ไอแอมดีไลต์ (I am Delighted Token) และโทเคน ไอแอมแฮปปี้ (I am Happy Token) จะได้ปรากฏชื่อเป็น Special Destiny Executive Producer ในเครดิตท้ายภาพยนตร์บุพเพสันนิวาส ๒ เป็นต้น¹⁵

ปัจจุบันได้มีการพัฒนาการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนรูปแบบใหม่ขึ้น เพื่อเพิ่มทางเลือกในการใช้บริการแก่ผู้ลงทุนให้สะดวกรวดเร็วขึ้น และทำให้ผู้ระดมทุนสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้ง่ายขึ้น ซึ่งส่งผลให้มีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทอื่น ๆ เพิ่มขึ้นด้วย โดยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลรูปแบบใหม่ อาทิ

¹³ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ หลักการและเหตุผล.

¹⁴ xspringdigital, ‘โครงสร้างการลงทุนในโทเคนดิจิทัล สิริ ฮับ (SiriHub Token)’ <<https://www.xspringdigital.com/th/project/sirihub>> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2564.

¹⁵ Kubix, ‘DESTINY TOKEN การลงทุนรูปแบบใหม่ เริ่มต้น 5,559 บาท ผลตอบแทน 2.99% ต่อปี ระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี’ <<https://www.kubix.co/news-articles/destiny-token/>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.



- Security Token Offering (STO) ซึ่งเป็นการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ต่อประชาชน โดยโทเคนดิจิทัลดังกล่าวมีลักษณะที่เป็นตัวแทนของหลักทรัพย์ประเภทต่าง ๆ เช่น หุ้น หุ้นกู้ หน่วยการลงทุน เป็นต้น

- Initial Exchange Offering (IEO) ซึ่งเป็นการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลแบบรวมศูนย์ (Centralized Exchange)

- Initial DEX Offering (IDO) ซึ่งเป็นการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนผ่านศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัลแบบกระจายศูนย์ (Decentralized Exchange)

ดังนั้นจะเห็นว่า หลังจากที่มีการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ยังมีปัญหาการบังคับใช้ในบางประการ ยกตัวอย่างเช่น

(1) ไม่รองรับการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนในรูปแบบใหม่ที่เกิดขึ้นในปัจจุบันได้อย่างชัดเจนและเหมาะสม เช่น การเสนอขายโทเคนดิจิทัลแบบ Security Token Offering (STO) เป็นการเสนอขาย Security Token ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ โดยมีลักษณะคล้ายกับเป็นตัวแทนของหลักทรัพย์ประเภทต่าง ๆ ตามที่กำหนด เช่น หุ้น หุ้นกู้ หน่วยการลงทุน เป็นต้น และผลประโยชน์ที่จะได้รับจะมีลักษณะการเป็นเจ้าของ (ownership) เช่น หากเป็นหุ้นสามัญผู้ถือก็จะมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ ผลกำไรจากการประกอบการ เป็นต้น โดยจะเห็นว่าโทเคนดิจิทัลดังกล่าวมีทั้งลักษณะที่เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลและหลักทรัพย์ จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่ชัดเจนด้านกฎหมายว่าโทเคนดิจิทัลดังกล่าวอยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เป็นต้น

(2) หลักเกณฑ์บางประการยังไม่เหมาะสมกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) เช่น ข้อ 54 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนกำหนดให้การเสนอขายโทเคนดิจิทัล ผู้ออกโทเคนดิจิทัลจะต้องชำระค่าธรรมเนียมตามอัตราที่กำหนดไว้สำหรับการเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ตามประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยอนุโลม เป็นต้น

(3) ไม่รองรับให้มีธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทอื่น ๆ ให้มีความหลากหลายมากขึ้น เช่น ยังไม่มีธุรกิจจัดจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัล เนื่องจากการเสนอขายโทเคนดิจิทัลผ่านผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ซึ่งทำหน้าที่กระจาย (distribution) โทเคนดิจิทัลไปยังผู้ลงทุนคล้ายกับธุรกิจจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ เป็นต้น

2. วิธีการดำเนินการศึกษา

ผู้เขียนศึกษาโดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary research) และแบบศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative research) โดยจะมุ่งเน้นการศึกษาถึงสถานะของโทเคนดิจิทัลที่ใช้ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ลักษณะการทำงานด้านระบบคอมพิวเตอร์ หลักการและแนวคิดการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ โดยศึกษาเปรียบเทียบกับ การเสนอขายหลักทรัพย์ต่อประชาชนในรูปแบบต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ศึกษาถึงแนวทางการกำกับดูแลเกี่ยวกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนของแต่ละประเทศ ติดตามข่าวสาร ศึกษาหาข้อมูลจากองค์กรและผู้ที่อยู่ในองค์กรที่เกี่ยวข้อง



รวมทั้งการสัมภาษณ์กับกลุ่มผู้ที่มีประสบการณ์ในการทำงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง แล้วจึงนำข้อมูลเหล่านี้มาศึกษาวิเคราะห์ เพื่อทำความเข้าใจและเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

3. ผลการศึกษา

จากการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลแบบศึกษาเชิงเอกสาร (Documentary research) และแบบศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative research) ซึ่งได้สัมภาษณ์กับกลุ่มผู้ที่มีประสบการณ์ในการทำงานและบุคคลที่เกี่ยวข้อง พบว่ามีปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยสามารถสรุปประเด็นที่สำคัญได้ ดังต่อไปนี้

3.1. ปัญหาการกำหนดนิยามความหมายยังไม่ครอบคลุมเพียงพอ

3.1.1 โทเคนดิจิทัล

นิยามความหมายของโทเคนดิจิทัลตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 กำหนดให้โทเคนดิจิทัลเป็นหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยโทเคนดิจิทัลมีทั้งหมด 2 ประเภท ได้แก่ โทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) เป็นโทเคนดิจิทัลที่กำหนดสิทธิในการเข้าร่วมลงทุนในโครงการหรือกิจการใด ๆ และโทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility Token) เป็นโทเคนดิจิทัลที่กำหนดสิทธิในการได้มาซึ่งสินค้าหรือบริการหรือสิทธิอื่นใดที่เฉพาะเจาะจง¹⁶ จะเห็นว่าความหมายยังไม่ครอบคลุมไปถึง Security Token ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลอีกประเภทหนึ่งที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ โดยหากพิจารณา Security Token จะแตกต่างจากโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) เนื่องจากผลประโยชน์ที่จะได้รับจะมีลักษณะการเป็นเจ้าของ (ownership) เช่นเดียวกับหลักทรัพย์ เช่น หากเป็นหุ้นสามัญผู้ถือก็จะมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการตัดสินใจเรื่องต่าง ๆ หรือได้รับผลกำไรจากการประกอบการ เป็นต้น แตกต่างจากโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) ที่ไม่ได้ให้สิทธิการเป็นเจ้าของแก่ผู้ลงทุน แต่ผู้ระดมทุนมีวัตถุประสงค์ให้ผู้ลงทุนเข้าร่วมลงทุนในโครงการ หรือกิจการใด ๆ เพื่อนำเงินทุนมาประกอบธุรกิจ โดยจะกำหนดสิทธิประโยชน์หรือผลตอบแทนในลักษณะต่าง ๆ ไว้ เช่น สิทธิในส่วนแบ่งรายได้ ผลกำไรจากการลงทุน เป็นต้น หากผู้ลงทุนยอมรับเงื่อนไขและทำการเข้าซื้อ จึงเกิดสัญญาสัญญาระหว่างกันขึ้น ดังนั้น Security Token จึงไม่อาจเป็นโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) ได้ โดย Security Token จะนำมาใช้ในการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนแบบ Security Token Offering (STO) จะเห็นว่าโทเคนดิจิทัลดังกล่าวมีลักษณะเป็นทั้งสินทรัพย์ดิจิทัลและหลักทรัพย์ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายรองรับโทเคนดิจิทัลประเภทดังกล่าวที่ชัดเจนว่าจะกำหนดให้เป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 หรือเป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

3.1.2 ผู้จัดทำนายสินทรัพย์ดิจิทัล

หากพิจารณานิยามความหมายของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลตามมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ซึ่งกำหนดให้ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ ศูนย์ซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล นายหน้าซื้อขายสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ค้าสินทรัพย์ดิจิทัล และกิจการอื่นตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามข้อเสนอแนะ

¹⁶ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.



ของคณะกรรมการ ก.ล.ต.¹⁷ รวมทั้งมีการกำหนดประเภทของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติมตามประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ได้แก่ ผู้จัดการเงินทุนสินทรัพย์ดิจิทัล ที่ปรึกษาสินทรัพย์ดิจิทัล และผู้ให้บริการรับฝากสินทรัพย์ดิจิทัล¹⁸ แม้ว่าปัจจุบันมีธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลที่เพิ่มมากขึ้น แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากเปรียบเทียบการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลกับการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์แล้วถือว่ายังไม่มี ความหลากหลายและครอบคลุมเท่าที่ควร โดยจะเห็นว่ายังไม่ครอบคลุมไปถึงกรณีการให้บริการของผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ซึ่งมีหน้าที่คล้ายกับผู้จัดการจำหน่ายหลักทรัพย์ในธุรกิจหลักทรัพย์ แต่ให้บริการจัดจำหน่ายผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก¹⁹ กล่าวคือ เป็นผู้ให้บริการรับโทเคนดิจิทัลทั้งหมดหรือบางส่วนจากผู้ออกโทเคนดิจิทัล และนำโทเคนดิจิทัลที่รับมานั้นไปกระจายต่อผู้ลงทุนในลักษณะของการเป็นช่องทางในการกระจายโทเคนดิจิทัลไปสู่ประชาชน แทนผู้ออกโทเคนดิจิทัลเช่นเดียวกับผู้จัดการจำหน่ายหลักทรัพย์²⁰ และยังอาจรวมไปถึงกรณีที่ผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ให้ผู้ช่วยหรือตัวแทนของผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) รับโทเคนดิจิทัลดังกล่าวไปกระจายต่อประชาชนด้วย ดังนั้นจะเห็นว่าผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) และผู้ช่วยหรือตัวแทนของผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ทำหน้าที่ในลักษณะของผู้จัดจำหน่ายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนด้วย ซึ่งในนิยามความหมายของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลยังไม่ครอบคลุมไปถึงผู้จัดจำหน่ายโทเคนดิจิทัล และรวมถึงผู้จัดจำหน่ายคริปโทเคอร์เรนซี ในกรณีที่กำหนดให้คริปโทเคอร์เรนซีเป็นโทเคนดิจิทัล เพื่อนำมาใช้ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO)²¹ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะต้องมีการกำหนดธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลประเภทธุรกิจจัดจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติม เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็น การคุ้มครองผู้ลงทุนได้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น เช่น กรณีผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) อาจให้ผู้ช่วยหรือตัวแทนรับโทเคนดิจิทัลไปกระจายต่อประชาชน ไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด หากกระทำโดยไม่ชอบ อาจทำให้ผู้ช่วยหรือตัวแทนดังกล่าวพ้นความรับผิดชอบได้ เป็นต้น

3.1.3 ผู้ออกโทเคนดิจิทัล

หากพิจารณานิยามความหมายในมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ไม่ได้บัญญัตินิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลไว้ แต่นิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลปรากฏอยู่ในประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ซึ่งกำหนดนิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลว่าให้เป็นไปตาม

¹⁷ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.

¹⁸ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 19/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (ฉบับประมวล) ข้อ 2

¹⁹ สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์, ‘สินทรัพย์ดิจิทัล ประเภทธุรกิจที่เพิ่มขึ้น’ (กรุงเทพธุรกิจ, 1 พฤศจิกายน 2563) <<https://www.bangkokbiznews.com/business/905537>> สืบค้นเมื่อ 18 มิถุนายน 2564.

²⁰ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ อย. 7/2545 เรื่อง แนวทางการพิจารณาการประกอบกิจการที่เข้าข่ายเป็นการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์

²¹ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 12/2561 เรื่อง การกำหนดประเภทโทเคนดิจิทัลเพิ่มเติม ข้อ 1



ประกาศที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัล²² จะเห็นว่าหากพิจารณาความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลดังกล่าว ไม่มีการอธิบายนิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่ชัดเจน และเมื่อพิจารณาประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนไม่ปรากฏนิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัลแต่อย่างใด โดยผู้เขียนเห็นว่าหากเกิดกรณีพิพาทในอนาคตว่าผู้ใดเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล เนื่องจากปัจจุบันมีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลในรูปแบบใหม่เพิ่มขึ้น อาจเกิดปัญหาการตีความได้ว่าการกระทำในลักษณะใดถือเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล ซึ่งอาจทำให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

3.2. ข้อจำกัดในการบังคับใช้กฎหมาย

หากพิจารณามาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดให้หลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 ไม่ถือว่าเป็นคริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัล ซึ่งเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561²³ แต่อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันได้มีการพัฒนาโทเคนดิจิทัลให้มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์หรือ Security Token ซึ่งนำมาใช้ในการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนแบบ Security Token Offering (STO) โดยโทเคนดิจิทัลดังกล่าวมีลักษณะเป็นทั้งสินทรัพย์ดิจิทัลและหลักทรัพย์ ทำให้ปัจจุบันยังไม่มี ความชัดเจนว่า Security Token อยู่ภายใต้การกำกับดูแลตามกฎหมายฉบับใด

3.3. อัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมายที่สูงเกินไปและไม่เหมาะสมกับลักษณะของธุรกิจ

อัตราค่าธรรมเนียมสำหรับผู้ออกโทเคนดิจิทัลเป็นไปตามข้อ 54 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ซึ่งกำหนดให้เป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้สำหรับการเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ตามประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยอนุโลม²⁴ ได้แก่

3.3.1 ค่าธรรมเนียมการยื่นคำขออนุญาตเสนอขายโทเคนดิจิทัลตามตารางอัตราค่าธรรมเนียมคำขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ และคำขอที่เกี่ยวข้องแนบท้ายประกาศกำหนดอัตราค่าขอสำหรับหุ้นที่เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปในกลุ่มตราสารทุน เช่น กรณียื่นคำขอตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 เป็นต้นไป อัตราค่าขอละ 300,000 บาท²⁵

²² ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 16/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ฉบับประมวล) ข้อ 2

²³ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 5.

²⁴ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ฉบับประมวล) ข้อ 54

²⁵ ตารางอัตราค่าธรรมเนียมคำขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ และคำขอที่เกี่ยวข้องแนบท้ายประกาศกำหนดอัตราค่าขอสำหรับหุ้นที่เสนอขายต่อประชาชนเป็นการทั่วไปในกลุ่มตราสารทุนแนบท้ายประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กม. 21/2560 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ และการขออนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (ฉบับประมวล)



3.3.2 ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลและร่างหนังสือชี้ชวน เช่น กรณีหากยื่นแบบต่อสำนักงานตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2563 เป็นต้นไป ให้คิดในอัตราร้อยละ 0.05 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดที่เสนอขาย เป็นต้น²⁶

3.3.3 ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี เช่น กรณีบริษัทที่มีส่วนของผู้ถือหุ้นไม่ถึง 500 ล้านบาท (หรือเทียบเท่า) ให้ชำระค่าธรรมเนียม 50,000 บาท เป็นต้น²⁷

จะเห็นว่าอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวมีอัตราที่สูงหากผู้ออกโทเคนดิจิทัลเป็นธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ยกตัวอย่างเช่น หากบริษัท A ซึ่งเป็นธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ประสงค์จะเสนอขายโทเคนดิจิทัล โดยยื่นขออนุญาตเสนอขายโทเคนดิจิทัลในวันที่ 4 มกราคม พ.ศ. 2565 จะต้องชำระค่าธรรมเนียม ดังต่อไปนี้

- ค่าธรรมเนียมการยื่นคำขออนุญาตเสนอขายโทเคนดิจิทัล ชำระอัตราค่าของละ 300,000 บาท
- ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลและร่างหนังสือชี้ชวน จะคิดในอัตราร้อยละ 0.05 ของมูลค่าโทเคนดิจิทัลทั้งหมดที่เสนอขาย หากเสนอขายโทเคนดิจิทัลมูลค่า 1,000,000,000 บาท ค่าธรรมเนียมจะต้องชำระ 500,000 บาท

- ค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลประจำปี หากบริษัทมีผู้ถือหุ้นไม่ถึง 500 ล้านบาท ให้ชำระค่าธรรมเนียม 50,000 บาท

ดังนั้นบริษัท A จะต้องชำระค่าธรรมเนียมที่เกี่ยวข้องกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัล รวมทั้งหมด 850,000 บาท

จะเห็นว่าการอ้างอิงอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวกับธุรกิจหลักทรัพย์ยังไม่เหมาะสมกับลักษณะของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล นอกจากตัวอย่างข้างต้น ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ยังมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ก่อนที่จะเริ่มต้นประกอบธุรกิจอีก เช่น ค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ค่าใช้จ่ายในการจ้างผู้ตรวจสอบบัญชีในการจัดทำงบการเงิน ค่าบริการในการตรวจสอบจากผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) เป็นต้น จึงทำให้ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่ประสงค์จะเป็นผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลจะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูง ซึ่งยังไม่เหมาะสมกับลักษณะของธุรกิจ

3.4. ข้อจำกัดของการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล

หากพิจารณาในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดคุณสมบัติของการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัลจะต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต. และต้องเป็นนิติบุคคลประเภทบริษัท จำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น²⁸ จะเห็นว่าไม่สอดคล้องกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ซึ่งเป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้นและมีขนาดเล็ก ซึ่งมักจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ จึงอาจส่งผลให้ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ในประเทศไทยที่มีความรู้และความสามารถในการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ เกิดขึ้นน้อยลง และอาจทำให้ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ในประเทศไทย สนใจไปลงทุนในประเทศที่มีกฎหมายไม่เข้มงวด และมีภาระค่าใช้จ่ายไม่สูง ทำให้ตลาดสินทรัพย์ดิจิทัลในประเทศไทยยังไม่เติบโตเท่าที่ควร

²⁶ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สบ. 28/2547 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล การจดทะเบียน และการยื่นคำขอต่าง ๆ (ฉบับประมวล) ข้อ 6 (1)(ข)

²⁷ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สบ. 28/2547 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล การจดทะเบียน และการยื่นคำขอต่าง ๆ (ฉบับประมวล) ข้อ 9

²⁸ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 17.



3.5. ข้อจำกัดการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์

ปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน โดยกำหนดให้มีการรองรับระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์ (Real estate – backed ICO) ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) ประเภทหนึ่ง โดยกำหนดให้มีโครงการหรืออสังหาริมทรัพย์มารองรับ และสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ลงทุนมากยิ่งขึ้น ซึ่งได้มีการกำหนดคุณสมบัติของการเป็นผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลไว้ในข้อ 32/2 (2) โดยกำหนดให้มีจำนวนหรือมูลค่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของจำนวนหรือมูลค่าโครงการ หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท²⁹ หากพิจารณาคุณสมบัติแล้วเห็นว่า หากธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่ประสงค์จะเป็นผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลดังกล่าวเป็นไปได้ยากมากที่จะสามารถลงทุนในโครงการหรืออสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าการลงทุนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท เนื่องจากธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่เป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น มีขนาดเล็ก และมีเงินทุนไม่มากนัก ดังนั้นแม้จะมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้มีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลในรูปแบบใหม่เพิ่มเติม แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังมีข้อจำกัดสำหรับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่จะเข้าถึงการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์ (Real estate-backed ICO) ได้

4. สรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง พบว่ามีปัญหาการบังคับหลายประการ จึงขอสรุปผลการศึกษาและเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหา ดังต่อไปนี้

4.1. การกำหนดนิยามเพิ่มเติม

4.1.1 การแก้ไขเพิ่มเติมนิยามของโทเคนดิจิทัล

การกำหนดนิยามของโทเคนดิจิทัลในมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 โดยหากพิจารณานิยามความหมายของโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) ไม่ครอบคลุมไปถึง Security Token เนื่องจากไม่มีวัตถุประสงค์ที่ให้สิทธิการเป็นเจ้าของเช่นเดียวกับ Security Token ที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ ซึ่งให้สิทธิการเป็นเจ้าของแก่ผู้ถือ ดังนั้นปัจจุบันจึงยังไม่มีกฎหมายรองรับ Security Token ซึ่งนำมาใช้ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนแบบ Security Token Offering (STO) ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้รองรับ Security Token เป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เพื่อเป็นการรองรับโทเคนดิจิทัลประเภทใหม่ ๆ อันจะเป็นทางเลือกให้แก่ผู้ลงทุนมากยิ่งขึ้นด้วย เนื่องจาก Security Token มีลักษณะคล้ายกับการออกหลักทรัพย์แบบไร้ใบหลักทรัพย์ (Scripless) ซึ่งเป็นการออกหลักทรัพย์ด้วยระบบอิเล็กทรอนิกส์ โดยเป็นการถือครองหลักทรัพย์ในรูปแบบที่ไม่มีใบหลักทรัพย์ ซึ่งยอดหุ้นของผู้ฝากจะถูกบันทึกและเก็บรักษาไว้ในระบบอิเล็กทรอนิกส์³⁰ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบการออกหลักทรัพย์แบบไร้ใบหลักทรัพย์ (Scripless) กับ

²⁹ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ฉบับประมวล) ข้อ 32/2 (2)

³⁰ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ‘บริการรับฝากหลักทรัพย์’ (SET) <<https://www.set.or.th/tsd/th/service/service2.html>> สืบค้นเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2564.



Security Token แล้ว จะเห็นว่า Security Token มีกระบวนการออกและเสนอขายโทเคนดิจิทัล โดยใช้ระบบบล็อกเชน (Blockchain) ในการบันทึกและเก็บรักษาข้อมูล ซึ่งเป็นระบบอิเล็กทรอนิกส์ประเภทหนึ่ง ดังนั้นกระบวนการของหลักทรัพย์แบบไร้ใบหลักทรัพย์ (Scripless) และกระบวนการออกและเสนอขายของ Security Token ดำเนินการโดยใช้ระบบอิเล็กทรอนิกส์เช่นเดียวกัน จึงเห็นควรให้มีการกำกับดูแลตามพระราชบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางของต่างประเทศ ซึ่งหลายประเทศส่วนใหญ่กำกับดูแล Security Token ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ของประเทศนั้น ๆ อาทิเช่น ประเทศสิงคโปร์ได้กำหนดให้ Security Token ถือเป็นผลิตภัณฑ์ในตลาดทุน (Capital Markets) ตาม Section 2(1) ของ Securities and Futures Act (Cap.289)(SFA)³¹ ซึ่งประเทศสิงคโปร์แบ่งโทเคนดิจิทัลออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ โทเคนดิจิทัลประเภทหลักทรัพย์ (Security Token) โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility Token) และโทเคนดิจิทัลเพื่อการชำระเงิน (Payment Token)³² นอกจากนี้ ยังมีประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่กำหนดให้ Security Token ที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์เป็นโทเคนดิจิทัลประเภทเพื่อการเป็นสินทรัพย์ (Asset tokens) ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลที่แทนของสินทรัพย์ต่าง ๆ ตาม Article 2 letter b ของ Financial Market Infrastructure Act (FMIA)³³ โดยประเทศสวิตเซอร์แลนด์แบ่งโทเคนดิจิทัลออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility Token) โทเคนดิจิทัลเพื่อการชำระเงิน (Payment Token) และโทเคนดิจิทัลเพื่อการเป็นสินทรัพย์ (Asset tokens)³⁴ จะเห็นว่าประเทศสิงคโปร์และสวิตเซอร์แลนด์มีการแบ่งประเภทโทเคนดิจิทัลที่คล้ายคลึงกัน แต่อย่างไรก็ดี ประเทศสวิตเซอร์แลนด์จะมีการจัดแบ่งประเภทของโทเคนดิจิทัลที่หลากหลายกว่า โดยได้มีการกำหนดเพิ่มเติมให้โทเคนดิจิทัลเพื่อการใช้ประโยชน์ (Utility tokens) และโทเคนดิจิทัลเพื่อเป็นสินทรัพย์ (Asset tokens) อาจมีลักษณะเป็นโทเคนดิจิทัลเพื่อการชำระเงิน (Payment tokens) ได้ หรือที่เรียกว่า “Hybrid tokens” ซึ่งเป็นโทเคนดิจิทัลในรูปแบบผสมระหว่างหลักทรัพย์และการใช้ประโยชน์ได้

ดังนั้นจึงต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมนิยามความหมายของหลักทรัพย์ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 4(10) ตราสารอื่นใดที่คณะกรรมการ ก.ล.ต.³⁵ โดยคณะกรรมการ ก.ล.ต. จะต้องออกประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการกำหนดประเภทหลักทรัพย์เพิ่มเติม โดยกำหนดนิยามความหมายได้ ดังนี้

“ให้โทเคนดิจิทัลประเภทหลักทรัพย์ (securities token) เป็นหลักทรัพย์ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535

ให้โทเคนดิจิทัลประเภทหลักทรัพย์ตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า หน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดให้มีลักษณะเป็นตราสารหรือหลักฐานแสดงสิทธิในทรัพย์สิน ซึ่งไม่พร้อมที่จะให้ใช้ประโยชน์ได้ทันทีตั้งแต่วันที่เสนอขายครั้งแรก”

³¹ Securities and Futures Act (Cap.289) Section 2(1)

³² Monetary Authority of Singapore, ‘A Guide to Digital Token Offerings’ <<https://www.mas.gov.sg/regulation/explainers/a-guide-to-digital-token-offerings>> accessed 20 June 2022.

³³ Financial Market Infrastructure Act (FMIA) Article 2 b.

³⁴ Financial Market Supervisory Authority, ‘Guideline for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)’ <<https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumententcentermyfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?la=en>> accessed 31 May 2021.

³⁵ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 4.



ทั้งนี้ นอกจากการแก้ไขนิยามความหมายของหลักทรัพย์แล้วจะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และประกาศหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ในส่วนของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 จะต้องมีการออกประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการไม่นำบทบัญญัติว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนมาใช้บังคับกับการเสนอขายโทเคนดิจิทัลบางลักษณะ เพื่อกำหนดให้ไม่สามารถนำบทบัญญัติว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลมาใช้บังคับใช้กับ Security Token ที่เป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 รวมทั้งโทเคนดิจิทัลที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ประเภทอื่น ๆ ในอนาคต โดยกำหนดได้ ดังนี้

“ให้การเสนอขายโทเคนดิจิทัลประเภทหลักทรัพย์ที่ออกและดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 เป็นการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่มีให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนแห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 มาใช้บังคับ”

4.1.2 การเพิ่มนิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัล

เมื่อพิจารณานิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัล ซึ่งปรากฏอยู่ในประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ยังไม่มีความชัดเจน เนื่องจากไม่ได้อธิบายถึงลักษณะของการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัลแต่อย่างใด ซึ่งปัจจุบันมีการเสนอขายโทเคนดิจิทัลในรูปแบบใหม่เพิ่มขึ้น อาจเกิดปัญหาการตีความได้ว่าการกระทำในลักษณะใดถือเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล ซึ่งอาจทำให้ผู้ลงทุนไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย เนื่องจากอาจทำให้ผู้กระทำความผิดหลุดพ้นคดีได้³⁶ ผู้เขียนจึงเสนอให้มีแก้ไขเพิ่มเติมนิยามความหมายของผู้ออกโทเคนดิจิทัล โดยให้กำหนดไว้ในมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 หรือในประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน โดยกำหนดนิยามความหมายได้ ดังนี้

“ผู้ออกโทเคนดิจิทัล หมายความว่า ผู้ออกหน่วยข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งถูกสร้างขึ้นบนระบบหรือเครือข่ายอิเล็กทรอนิกส์ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อนำมาจัดจำหน่ายต่อประชาชน”

4.2. การเพิ่มนิยามความหมายและกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัลเป็นธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติม

หากพิจารณาลักษณะการดำเนินการของผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ในลักษณะของการเป็นช่องทางในการกระจายโทเคนดิจิทัลไปสู่ประชาชนแทนผู้ออกโทเคนดิจิทัลเช่นเดียวกับผู้จัดจำหน่ายหลักทรัพย์ในธุรกิจหลักทรัพย์³⁷ แต่ให้บริการจัดจำหน่ายผ่านระบบอิเล็กทรอนิกส์เป็นหลัก โดยอาจรวมถึงกรณีที่มีผู้ช่วยหรือตัวแทนของผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ช่วยกระจายโทเคนดิจิทัลไปสู่ประชาชนด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเมื่อเปรียบเทียบกับธุรกิจหลักทรัพย์ ยังไม่มีความหลากหลายและครอบคลุมเท่าที่ควร ดังนั้นเพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นการคุ้มครองผู้ลงทุนได้ครอบคลุมมากยิ่งขึ้น จึงเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้จัดจำหน่ายโทเคนดิจิทัลเป็นผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติม โดยให้แยกออกจากผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) ให้อาศัยอำนาจตามมาตรา 3

³⁶ มิตร โพธิยะ, ‘รายงานการศึกษาทางวิชาการ เรื่อง พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561: กฎหมายใหม่ที่ ควรรู้’ (สิงหาคม 2561) <<https://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=697258&file=Economic016+mit.pdf&download=1>> สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2565.

³⁷ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (เชิงอรรถ 20).



แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ในส่วนนิยามความหมายของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ข้อ (4) กิจการอื่นที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ ก.ล.ต.³⁸ ออกเป็นประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดประเภทการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติม รวมทั้งจะต้องออกประกาศกระทรวงการคลังว่าด้วยการกำหนดกิจการอื่นที่เกี่ยวกับสินทรัพย์ดิจิทัลให้เป็นธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลเพิ่มเติม โดยกำหนดนิยามความหมายของธุรกิจผู้จัดจำหน่ายโทเคนดิจิทัลได้ ดังนี้

“ผู้จัดจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัล หมายความว่า ผู้ซึ่งรับสินทรัพย์ดิจิทัลทั้งหมดหรือบางส่วนจากบริษัท หรือเจ้าของโทเคนดิจิทัลหรือคริปโทเคอร์เรนซีไปเสนอขายต่อประชาชน โดยได้รับค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมิเงินโอนอย่างไรอย่างใดหรือไม่ก็ตามในลักษณะที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด โดยให้หมายความรวมถึงตัวแทนช่วงด้วย”

นอกจากนี้ จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล โดยให้กำหนดหมวดหมู่เพิ่มเติม เพื่อกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้จัดจำหน่ายสินทรัพย์ดิจิทัล และแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย เพื่อให้ธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล มีความหลากหลายและสามารถคุ้มครองครองผู้ลงทุนได้อย่างทั่วถึงมากยิ่งขึ้น

4.3. การกำหนดขอบเขตการบังคับใช้ให้กว้างขึ้น

ขอบเขตการบังคับใช้ในมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561³⁹ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการตีความขอบเขตบังคับใช้กฎหมายที่จำกัดเกินไป เนื่องจากปัจจุบันได้มีการพัฒนาโทเคนดิจิทัลให้มีลักษณะเป็นได้ทั้งหลักทรัพย์และสินทรัพย์ดิจิทัล เช่น Security Token เป็นต้น การกำหนดนิยามของโทเคนดิจิทัลเพื่อการลงทุน (Investment Token) ในมาตรา 3 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ยังไม่ครอบคลุมไปถึง Security Token เนื่องจากไม่มีวัตถุประสงค์ที่ให้สิทธิการเป็นเจ้าของเช่นเดียวกับ Security Token ที่มีลักษณะเป็นหลักทรัพย์ ซึ่งให้สิทธิการเป็นเจ้าของแก่ผู้ถือ ดังนั้นจึงยังไม่มีกฎหมายรองรับที่ชัดเจนว่า Security Token เป็นหลักทรัพย์ตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 หรือเป็นสินทรัพย์ดิจิทัลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 เพื่อรองรับสินทรัพย์ดิจิทัลที่เป็นหลักทรัพย์ โดยแก้ไขเพิ่มเติมได้ ดังนี้

“มาตรา 5 คริปโทเคอร์เรนซีหรือโทเคนดิจิทัลตาม พระราชกำหนดนี้ หรือหน่วยแสดงสิทธิอื่นตามที่ คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด อาจถือเป็นหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์”

ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวจะเป็นการสนับสนุนการนำเทคโนโลยีใหม่ ๆ มาพัฒนาผลิตภัณฑ์ของ ตลาดทุนให้มีรูปแบบที่หลากหลาย เพื่อเพิ่มทางเลือกในการลงทุนให้แก่ผู้ลงทุน อีกทั้งยังทำให้ผู้ลงทุนชาวต่างชาติสนใจ มาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้นด้วย

4.4. การผ่อนปรนอัตราค่าธรรมเนียมตามกฎหมายให้มีความเหมาะสม

อัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการเสนอขายโทเคนดิจิทัลตามข้อ 54 แห่งประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน ซึ่งกำหนดให้เป็นไปตามอัตราที่กำหนดไว้สำหรับการเสนอขายหุ้นที่ออกใหม่ตามประกาศที่ออกตามพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

³⁸ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 3.

³⁹ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 5.



พ.ศ. 2535 โดยอนุโลม⁴⁰ ยังไม่เหมาะสมกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่เป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น มีขนาดเล็ก และยังมีเงินทุนมากนัก เนื่องจากลักษณะของธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลแตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นสภาพคล่องของสินทรัพย์ ความต้องการของผู้ลงทุน เป็นต้น และนอกจากนี้ การประกอบธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) จะต้องมีค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ด้วย เช่น ค่าใช้จ่ายในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ค่าใช้จ่ายในการจ้างผู้ตรวจสอบบัญชีในการจัดทำงบการเงิน ค่าบริการในการตรวจสอบจากผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ICO Portal) เป็นต้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอัตราค่าธรรมเนียมดังกล่าวเป็นปัจจัยที่สำคัญประการหนึ่งต่อการตัดสินใจในการประกอบธุรกิจ โดยหากอัตราค่าธรรมเนียมที่สูงเกินไปไม่คุ้มค่ากับการลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจ ดังนั้นผู้เขียนจึงเห็นว่าควรผ่อนปรนอัตราค่าธรรมเนียมการเสนอขายโทเคนดิจิทัล และอาจยกเว้นค่าธรรมเนียมในบางกรณี เพื่อให้เหมาะสมกับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) รวมทั้งกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการเสนอขายโทเคนดิจิทัลให้ชัดเจน และเหมาะสมกับสภาพของธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลด้วย เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนการประกอบธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ในประเทศไทย ได้มีโอกาสเป็นผู้เสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชนต่อไป

4.5. การแก้ไขข้อจำกัดบางประการของผู้ออกโทเคนดิจิทัล

มาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้กำหนดคุณสมบัติของการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัลจะต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น⁴¹ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่ายังไม่เปิดกว้างเท่าที่ควร กล่าวคือ ผู้ออกโทเคนดิจิทัลโดยส่วนใหญ่เป็นธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ซึ่งมักจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียวหรือกลุ่มบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในการคิดสร้างสรรค์พัฒนาเทคโนโลยีใหม่ ๆ นำมาใช้ในการประกอบธุรกิจ จึงเป็นธุรกิจที่เพิ่งเริ่มต้น มีขนาดเล็ก และไม่มีเงินทุนมากนัก ดังนั้นหากธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) จะจัดตั้งบริษัทจะต้องมีต้นทุนค่าใช้จ่ายสูง ทั้งนี้ ยังไม่รวมถึงค่าธรรมเนียมการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงกับธุรกิจหลักทรัพย์ ซึ่งมีอัตราที่ค่อนข้างสูงเช่นกัน ดังนั้นผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะ 2 ประการ ดังนี้

4.5.1 จัดตั้งสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น

เนื่องด้วยผู้เขียนได้ศึกษาแนวทางการส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจประเภทต่าง ๆ ของประเทศไทย ซึ่งมีหลายประเภทธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะจะมีกฎหมายรองรับและจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจประเภทนั้น ๆ เช่น สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เป็นต้น ซึ่งจะเห็นว่าธุรกิจที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวเป็นธุรกิจที่รัฐบาลให้การสนับสนุน เนื่องจากเป็นธุรกิจที่สำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ทั้งนี้ ผู้เขียนได้ศึกษากรณีการจัดตั้งสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. 2562 โดยมีวัตถุประสงค์ในส่งเสริมการพัฒนากิจการเพื่อสังคม สร้างประโยชน์ให้แก่สังคม โดยนำมาใช้ร่วมกับการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพในการประกอบธุรกิจ ซึ่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้รับรองให้วิสาหกิจเพื่อสังคมเป็นได้ทั้งบริษัท ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล หรือนิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และจะต้องได้รับการจดทะเบียนเป็นวิสาหกิจเพื่อสังคม รวมทั้งกลุ่มกิจการเพื่อสังคม ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา กลุ่มบุคคล ชุมชน หรือนิติบุคคลอื่นที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย โดยจะต้องได้รับการจัดแจ้งเป็นกลุ่มกิจการเพื่อสังคม⁴² ทั้งนี้ การกำหนดคุณสมบัติดังกล่าวสอดคล้องกับลักษณะของกลุ่มวิสาหกิจเพื่อสังคมที่ส่วนใหญ่มักจะเป็นบุคคลธรรมดาและกลุ่มบุคคล

⁴⁰ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (เชิงอรรถ 25).

⁴¹ พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ฯ มาตรา 17.

⁴² พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. 2562 มาตรา 3.



นอกจากนี้ ยังได้มี (ร่าง) พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น พ.ศ. ... โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาและส่งเสริมธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) และได้รับการกำกับดูแลและสนับสนุนเป็นการเฉพาะ⁴³ ซึ่งได้มีการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2561 โดยกำหนดนิยามวิสาหกิจเริ่มต้นหรือสตาร์ทอัพ หมายถึงกิจการที่ใช้เทคโนโลยีหรือนวัตกรรมเป็นส่วนสำคัญในการดำเนินธุรกิจตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการวิสาหกิจเริ่มต้นแห่งชาติประกาศกำหนด ซึ่งวิสาหกิจเริ่มต้นหรือสตาร์ทอัพอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ รวมทั้งมีการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น การจัดตั้งคณะกรรมการวิสาหกิจเริ่มต้นแห่งชาติและคณะกรรมการเฉพาะด้าน การกำหนดให้มีการจัดทำนโยบายและแผนระดับชาติว่าด้วยการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น การกำหนดให้มีกองทุนพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น และแนวทางการส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้นและการขอรับการส่งเสริม⁴⁴

จากการศึกษาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าควรแก้ไขเพิ่มเติม (ร่าง) พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น พ.ศ. ... กำหนดให้มีการจัดตั้งหน่วยงานเพื่อส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ด้วย คือ สำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น โดยให้เป็นหน่วยงานที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายดังกล่าว ทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของคณะกรรมการวิสาหกิจเริ่มต้นแห่งชาติ ซึ่งมีหน้าที่ในการรับรองการจดทะเบียนของธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ไม่ว่าจะเป็นประเภทบุคคลธรรมดาและกลุ่มบุคคล รวมทั้งนิติบุคคลอื่นที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยเป็นวิสาหกิจเริ่มต้น ส่งเสริมและสนับสนุน เช่น การพัฒนาเทคโนโลยี การเข้าถึงบริการของภาครัฐ การพัฒนาบุคลากร เป็นต้น และกำกับดูแลธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้นหากมีการจัดตั้งสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น เพื่อรองรับการจดทะเบียนเป็นธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ดังกล่าวแล้ว จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ได้ ดังนี้

“มาตรา 17 ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่ออกใหม่ต่อประชาชน ผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่ประสงค์จะเสนอขายโทเคนดิจิทัลดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต. และให้เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย รวมถึงบุคคลธรรมดา หรือกลุ่มบุคคล ซึ่งได้รับการจดทะเบียนเป็นวิสาหกิจเริ่มต้นจากสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น และต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลและร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงาน ก.ล.ต. โดยมีรายละเอียดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

ทั้งนี้ การจัดตั้งสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้นดังกล่าว เพื่อให้ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ประเภทบุคคลธรรมดาและกลุ่มบุคคลได้มีโอกาสเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัล และสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนด้วยการระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) ที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นวิสาหกิจเริ่มต้นจากสำนักงานส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้นได้

⁴³ ณิชพงษ์ สำราญ, ‘นโยบายและกฎหมายกับการส่งเสริม Startup ในประเทศไทย’ (2563) 40 วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยหอการค้าไทยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ 200, 200 – 210.

⁴⁴ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น พ.ศ. ... (ฉบับรับฟังความคิดเห็นเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2561)



4.5.2 (ร่าง) พระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ...

ผู้เขียนได้ศึกษา (ร่าง) พระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ... ซึ่งปัจจุบันรับฟังความคิดเห็นสาธารณะแล้วระหว่างวันที่ 9 - 30 กันยายน 2563⁴⁵ โดย (ร่าง) พระราชบัญญัติดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อรองรับกรณีที่มีผู้ประกอบการเพียงรายเดียวให้สามารถจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดได้ ซึ่งเดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ผู้เริ่มจัดตั้งบริษัทจำกัดและผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดต้องมีจำนวนตั้งแต่ 3 คนขึ้นไป⁴⁶ เพื่อให้สอดคล้องกับรูปแบบการค้าและการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน ซึ่ง (ร่าง) พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้บริษัทจำกัดคนเดียวเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้น เพื่อแสวงหากำไรโดยมีเจ้าของทุนเป็นบุคคลธรรมดาคนเดียว โดยจะรับผิดชอบไม่เกินทุนจดทะเบียนของบริษัท⁴⁷ แต่อย่างไรก็ตาม จะเป็นเจ้าของบริษัทมากกว่า 1 บริษัทในเวลาเดียวกันไม่ได้ เว้นแต่เป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง⁴⁸ และหากในอนาคตบริษัทจำกัดคนเดียวได้เติบโตขึ้นก็สามารถที่จะแปรสภาพเป็นบริษัทจำกัดได้⁴⁹ รวมทั้งมีอัตราค่าธรรมเนียมการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท 5,000 บาท ซึ่งเป็นจำนวนที่เหมาะสมกับธุรกิจ⁵⁰ ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าหาก (ร่าง) พระราชบัญญัติดังกล่าวมีผลใช้บังคับในอนาคตจะเป็นผลดีต่อธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ที่มักจะเป็นบุคคลเพียงคนเดียวให้สามารถจัดตั้งเป็นนิติบุคคลได้ ทั้งนี้จะต้องมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป ดังนั้นหากจะรองรับการเป็นบริษัทจำกัดคนเดียว จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา 17 แห่งพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 ดังนี้

“มาตรา 17 ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่ออกใหม่ต่อประชาชน ผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่ประสงค์จะเสนอขายโทเคนดิจิทัลดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตจากสำนักงาน ก.ล.ต. และให้เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด หรือบริษัทจำกัดคนเดียว และต้องยื่นแบบแสดงรายการข้อมูลการเสนอขายโทเคนดิจิทัลและร่างหนังสือชี้ชวนต่อสำนักงาน ก.ล.ต. โดยมีรายละเอียดตามที่คณะกรรมการ ก.ล.ต. ประกาศกำหนด”

จากข้อเสนอแนะทั้ง 2 แนวทางดังกล่าวข้างต้น ล้วนแต่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) โดยเฉพาะในการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลยังมีธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ของประเทศไทยที่มีความรู้ความสามารถอีกจำนวนมากที่ยังไม่ได้รับการสนับสนุนจากทางภาครัฐ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) เป็นธุรกิจหนึ่งที่สำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศที่รัฐบาลควรให้การสนับสนุน และร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งมีการออกกฎหมายหรือแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์บางประการให้มีความเหมาะสม เพื่อรองรับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ให้มีโอกาสเติบโต สร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์หรือโครงการใหม่ ๆ และสามารถแข่งขันในระดับสากลได้ อันจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศต่อไป

⁴⁵ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, ‘ขอเชิญร่วมแสดงความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ... (ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา) ระหว่างวันที่ 9 - 30 กันยายน 2563’ (9 กันยายน 2563) <https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469418455> สืบค้นเมื่อ 18 มิถุนายน 2565.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1097.

⁴⁷ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ... มาตรา 12.

⁴⁸ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ... มาตรา 13.

⁴⁹ บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ... มาตรา 39.

⁵⁰ อัตราค่าธรรมเนียมแบบท้ายบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ...



4.6. การแก้ไขคุณสมบัติการเป็นผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์

เนื่องด้วยปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ว่าด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน โดยมีการรองรับระดมทุนด้วยการเสนอขายโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์ (Real estate-backed ICO) ซึ่งได้มีการกำหนดคุณสมบัติของการเป็นผู้เสนอขาย โทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์ไว้ในข้อ 32/2 (2) โดยกำหนดให้มีจำนวนหรือมูลค่าการลงทุน ในอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท⁵¹ โดยผู้เขียนเห็นว่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ มูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท เป็นมูลค่าที่สูงมากสำหรับธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) จึงเป็นไปได้ยากมากที่ จะลงทุนในอสังหาริมทรัพย์มูลค่าดังกล่าวได้ ผู้เขียนจึงได้ทำการศึกษาเทียบเคียงจากประกาศคณะกรรมการกำกับ หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ว่าด้วยการกำหนดขบถนียมผู้ลงทุนสถาบัน ผู้ลงทุนรายใหญ่พิเศษ และผู้ลงทุนรายใหญ่⁵² ซึ่งประกาศดังกล่าวมีวัตถุประสงค์จัดแบ่งประเภทผู้ลงทุนตามความเสี่ยงที่สามารถรับได้ เพื่อให้ผู้ลงทุนได้เข้าถึงการลงทุน ได้อย่างหลากหลาย และให้กิจการสามารถเข้าถึงแหล่งเงินทุนได้มากขึ้น⁵³ จึงเห็นว่าควรมีการแก้ไขโดยจัดแบ่งประเภท จำนวนหรือมูลค่าการลงทุนอสังหาริมทรัพย์ โดยการปรับลดจำนวนหรือมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุน ดังนั้นจะ สามารถจัดแบ่งประเภทของผู้ออกโทเคนดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์ได้ ดังนี้

“(2) การกำหนดจำนวนหรือมูลค่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ หรือมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุน ดังต่อไปนี้

(ก) การลงทุนขนาดใหญ่พิเศษ มีจำนวนหรือมูลค่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของ จำนวนหรือมูลค่าโครงการนั้น หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท

(ข) การลงทุนขนาดใหญ่ มีจำนวนหรือมูลค่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของ จำนวนหรือมูลค่าโครงการนั้น หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 50 ล้านบาท

(ค) การลงทุนขนาดเล็ก มีจำนวนหรือมูลค่าการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของจำนวนหรือ มูลค่าโครงการนั้น หรืออสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนต้องมีมูลค่ารวมกันไม่น้อยกว่า 5 ล้านบาท”

จะเห็นว่าการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว เพื่อเป็นการให้โอกาสธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ได้เป็นผู้ออกโทเคน ดิจิทัลที่อ้างอิงหรือมีกระแสรายรับจากอสังหาริมทรัพย์มาเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน เพื่อนำเงินที่ได้จาก การระดมทุนไปลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ โดยผู้ถือโทเคนดิจิทัลจะได้รับผลตอบแทน สิทธิ หรือประโยชน์ต่าง ๆ ตามที่ผู้ ออกโทเคนดิจิทัลกำหนด

กล่าวโดยสรุป ผู้เขียนเห็นว่าปัจจุบันเทคโนโลยีมีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ ส่งผลให้หลักเกณฑ์การกำกับ ดูแลตามพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561 และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ยังไม่มีความ เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอ จึงต้องมีการศึกษาและแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำกับดูแลดังกล่าวให้มีความ เหมาะสม รวมทั้งส่งเสริมและสนับสนุนธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) ในการเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO) และ การประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล เพื่อให้ธุรกิจสตาร์ทอัพ (Startup) มีโอกาสได้พัฒนาและสร้างสรรค์นวัตกรรมใหม่ ๆ นอกจากการแก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์การกำกับดูแลดังกล่าวแล้ว จะต้องมีการเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจควบคู่ไปด้วย ไม่

⁵¹ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (เชิงอรรถ 29).

⁵² ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 39/2564 เรื่อง การกำหนดขบถนียมผู้ลงทุนสถาบัน ผู้ลงทุนรายใหญ่พิเศษ และผู้ลงทุนรายใหญ่

⁵³ ปณิยา นิธิวรรณกุล, ‘ก.ล.ต. ปรับปรุงขบถนียมผู้ลงทุน ขยายโอกาสในการลงทุนและระดมทุน’ (2 มีนาคม 2565) <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2565/020365.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565.



ว่าจะเป็นต่อผู้ประกอบการธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล ผู้ลงทุน และประชาชนทั่วไป เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการกำกับดูแลมากยิ่งขึ้น อันจะทำให้ตลาดสินทรัพย์ดิจิทัลของประเทศไทยเติบโต สามารถแข่งขันได้ในระดับสากล และนำไปสู่การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศต่อไป



บรรณานุกรม

(ร่าง) พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมวิสาหกิจเริ่มต้น พ.ศ. ...

(ร่าง) พระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. ...

2 The Mars, *คู่มือทำกำไรใน ICO & Cryptocurrency* (พิมพ์ครั้งที่ 1, เกรทไอเดีย 2561).

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, ‘ขอเชิญร่วมแสดงความคิดเห็นร่างพระราชบัญญัติบริษัทจำกัดคนเดียว พ.ศ. (ผ่านการพิจารณา ของคณะกรรมการกฤษฎีกา) ระหว่างวันที่ 9 - 30 กันยายน 2563’ (9 กันยายน 2563) <https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469418455> สืบค้นเมื่อ 18 มิถุนายน 2565.

จันทวรรณ สุจริตกุล, ‘แหล่งทุน SMEs เพื่อยกระดับการแข่งขันไทย’ (2557) 57 วารสารรัฐศาสตร์ 35, 35 – 52.

จิรายุส ทรัพย์ศรีโสภา และสิรวรรณ สุกุลมาลัยทอง, *Bitcoin 101*. (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรีน ไลฟ์ พรีนติ้ง เฮาส์ 2563).

ชฎิล โรจนานนท์, ‘วิสาหกิจเพื่อสังคม (Social Enterprise) คืออะไร’ <<http://www2.fpo.go.th:81/FIDP/Source/Article/Source/data.pdf>> สืบค้นเมื่อ 27 กันยายน 2563.

ณรัน โพธิ์พัฒนชัย, ‘คริปโตเคอเรนซี 101 เงินดิจิทัล-บล็อกเชน (1)’ (8 มีนาคม 2561) <<https://www.prachachat.net/columns/news-127289>> สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2563.

ณรัน โพธิ์พัฒนชัย, ‘คริปโตเคอเรนซี 101 ที่มาและที่ไปของเงินดิจิทัล (2)’ (10 มีนาคม 2561) <<https://www.prachachat.net/columns/news-128445>> สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2563.

ณฤทธิ์ วรพงษ์ดี, *SET Your Startup Business Guide รู้จักธุรกิจสตาร์ทอัพ* (พิมพ์ครั้งที่ 2 ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย 2561).

ณัชพงษ์ สำราญ, ‘นโยบายและกฎหมายกับการส่งเสริม Startup ในประเทศไทย’ (2563) 40 วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทยมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 200, 200 – 210.

ดวงดาว จินดาวัฒน์, ‘ปัญหากฎหมายของไทยเกี่ยวกับสัญญาอัจฉริยะ (Smart Contract) Legal Issues of Smart Contracts in Thailand’ (2560) 1 วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ปีที่ 9, 19 – 29.

เดชอุดม ไกรฤทธิ์, *คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับการเงินในการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2559).

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, ‘บริการรับฝากหลักทรัพย์’ <<https://www.set.or.th/tsd/th/service/service2.html>> สืบค้นเมื่อ 15 พฤศจิกายน 2564.

ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย, *ตลาดการเงินและการลงทุนในหลักทรัพย์หลักสู่ผู้แนะนำการลงทุนด้านหลักทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 16, อมรินทร์พรีนติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง 2556).

ทพพล น้อยปัญญา, *กฎหมายเรื่อง Bitcoin Blockchain ICO and etc.* (พิมพ์ครั้งที่ 1, วิญญูชน 2561).

ธนพล กิจการเจริญดี, ‘การศึกษาความเป็นไปได้ในการนำ Open Source Software เข้ามาใช้ในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ วิทยาศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยการค้าไทย 2552).



ธรรมรักษ์ หมื่นจักร์, รัชพร วงศาโรจน์, กษิตศ ตันสงวน และเกวลี สันตโยดม, 'FOCUSED AND QUICK (FAQ) Issue 126 DIGITAL CURRENCY SERIES VOL. 2 (CRYPTOCURRENCIES AND FRIENDS: นวัตกรรม พัฒนาการ ความเสี่ยง และการกำกับดูแล) <<https://www.bot.or.th/Thai/MonetaryPolicy/.pdf>> สืบค้นเมื่อ 4 ตุลาคม 2563.

นภนวลพรรณ ภาสันต์, 'Decentralized Finance (DeFi) และการกำกับดูแล' <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2564/070664.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 ธันวาคม 2564.

นภนวลพรรณ ภาสันต์, 'Real Estate-backed ICO เทคโนโลยีการลงทุนอสังหาฯ และกลไกคุ้มครองผู้ลงทุน' <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2564/150664.pdf>> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2564.

เบอร์นาร์ด ลีตาร์ด, *เงินแห่งอนาคต: วิถีใหม่สู่การรังสรรค์ความมั่งคั่ง งาน และโลกอันชาญฉลาด* (แปลโดย จินตลา วิเศษกุล, สวนเงินมีนา 2547).

ปณิยา นิธิวรรณกุล, 'กล.ต. ปรับปรุงนิยามผู้ลงทุน ขยายโอกาสในการลงทุนและระดมทุน' (2 มีนาคม 2565) <<https://www.sec.or.th/TH/Template3/Articles/2565/020365.pdf>> สืบค้นเมื่อ 10 พฤษภาคม 2565.

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 12/2561 เรื่อง การกำหนดประเภทโทเคนดิจิทัลเพิ่มเติม

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 15/2561 เรื่อง การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ฉบับประมวล)

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 16/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการให้ความเห็นชอบผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล (ฉบับประมวล)

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กจ. 39/2564 เรื่อง การกำหนดบทนิยามผู้ลงทุนสถาบัน ผู้ลงทุนรายใหญ่พิเศษ และผู้ลงทุนรายใหญ่

ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กธ. 19/2561 เรื่อง หลักเกณฑ์เงื่อนไข และวิธีการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (ฉบับประมวล)

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กม. 21/2560 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมเกี่ยวกับการขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ที่ออกใหม่ และการขออนุมัติโครงการแปลงสินทรัพย์เป็นหลักทรัพย์ (ฉบับประมวล)

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สบ. 28/2547 เรื่อง การกำหนดค่าธรรมเนียมการยื่นแบบแสดงรายการข้อมูล การจดทะเบียน และการยื่นคำขอต่าง ๆ (ฉบับประมวล)

ประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ อย. 7/2545 เรื่อง แนวทางการพิจารณาการประกอบกิจการที่เข้าข่ายเป็นการประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ประเภทการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปิยะบุตร บุญอร่ามเรือง, 'ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าถึงสินทรัพย์ดิจิทัลและพัฒนาการที่เกี่ยวข้อง' (2563) 4 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 49, 788 – 804.

พงศ์บวร ควะชาติ, 'สกุลเงินเสมือนจริงปลอดภัยควบคุมบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).



- พรรคดี อัจฉิตชัยรัตน์, *Cryptocurrency 101*. (พิมพ์ครั้งที่ 2, อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชซิ่ง 2561).
- พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561
- พระราชบัญญัติส่งเสริมวิสาหกิจเพื่อสังคม พ.ศ. 2562
- พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535
- พินิจ ไชยแสงสุขกุล, *กฎหมายการลงทุน* (พิมพ์ครั้งที่ 1, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2530).
- พิเศษ เสตเสถียร, *กฎหมายเกี่ยวกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 5, นิติธรรม 2562).
- พิสิษฐ์ ชาญเกียรติกิจ, *การออกแบบโครงข่ายคอมพิวเตอร์* (พิมพ์ครั้งที่ 1, มหาวิทยาลัยรังสิต 2550).
- พีรพัฒน์ หาญคงแก้ว และณัฐชนน โพธิ์เงิน, *Bitcoin & Blockchain 101 เงินดิจิทัลเปลี่ยนโลก* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สตีคทอมอร์โรว์ 2564).
- พีรพัฒน์ หาญคงแก้ว และอัครเดช เตียวพานิช, *Digital Asset Investment 101 จาก Bitcoin สู่อการลงทุนยุคใหม่ ในสินทรัพย์ดิจิทัล* (พิมพ์ครั้งที่ 1, สตีคทอมอร์โรว์ 2564).
- มิตร โปติยะ, ‘รายงานการศึกษาทางวิชาการ เรื่อง พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561: กฎหมายใหม่ที่ควรรู้’ (สิงหาคม 256) <<https://edoc.parliament.go.th/getfile.aspx?id=697258&file=Economic016+mit.pdf&download=1>> สืบค้นเมื่อ 2 กุมภาพันธ์ 2565.
- โยษิตา ช้ายขวัญ, ‘มาตรการกำกับและดูแลการออกและเสนอขายหลักทรัพย์ในรูปแบบดิจิทัลโดยผ่านระบบบล็อกเชน’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2562).
- วรพจน์ ธาราศิริสกุล, ‘เปรียบเทียบ ICO/STO/IEO กันแบบชัดชัด!’ (11 ตุลาคม 2562) <<https://www.efinance.thai.com/MoneyStrategist/MoneyStrategistMain.aspx?release=y&id=MFhYRWFQjRwWmM>> สืบค้นเมื่อ 7 ตุลาคม 2563.
- ศศิภา วโนทยาโรจน์, ‘พฤติกรรมการระดมทุนและขนาดของบริษัท: หลักฐานเชิงประจักษ์สำหรับบริษัทในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ ปาณิชยศาสตร์และการบัญชีมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- ศุภวัชร มาลานนท์, *กฎหมาย 4.0* (พิมพ์ครั้งที่ 1, วิญญูชน 2562).
- ศุณย์ส่งเสริมการพัฒนาคความรู้ตลาดทุน, *ตลาดการเงินและการลงทุนในหลักทรัพย์* (พิมพ์ครั้งที่ 22, อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชซิ่ง 2558).
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘STO vs. ICO: แนวทางการกำกับดูแลในปัจจุบันและอนาคต’ <<https://www.sec.or.th/TH/Documents/Seminars/seminar-080264-01.pdf>> สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2564.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘การเสนอขายโทเคนดิจิทัลต่อประชาชน (ICO)’ <<https://www.sec.or.th/TH/Pages/LawandRegulations/InitialCoinOffering.aspx>> สืบค้นเมื่อ 28 มิถุนายน 2564.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘การเสนอขายหุ้นของวิสาหกิจเพื่อสังคม (SE)’ <<https://www.sec.or.th/TH/pages/lawandregulations/se-offering.aspx>> สืบค้นเมื่อ 21 พฤศจิกายน 2564.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘รู้เขา รู้ระวาง รู้เท่าทัน สินทรัพย์ดิจิทัล’ <<https://www.sec.or.th/TH/Documents/DigitalAsset/DigitalAssetInvestment-Guide.pdf>> สืบค้นเมื่อ 27 เมษายน 2564.



- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘รู้จัก ICO ก่อนคิดลงทุน’ <http://www.sec.or.th/TH/Documents/Information/Interviews-Articles/posttoday_061160.pdf> สืบค้นเมื่อ 6 มิถุนายน 2563.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘สรุปสาระสำคัญของพระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561’ <https://www.sec.or.th/TH/Documents/DigitalAsset/digitalasset_summary.pdf> สืบค้นเมื่อ 3 พฤษภาคม 2564.
- สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์, ‘เอกสารรับฟังความคิดเห็น เลขที่ อทง. 34/2560 เรื่อง แนวทางการกำกับดูแล Initial Coin Offering (ICO)’ (27 ตุลาคม 256) <https://capital.sec.or.th/webapp/phs/upload/phs1513585003hearing_34_2560.pdf> สืบค้นเมื่อ 23 กุมภาพันธ์ 2564.
- สำนักวิชาการ สำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ‘Blockchain เทคโนโลยีทางการเงินรูปแบบใหม่’ <https://library2.parliament.go.th/ejournal/content_af/2560/feb2560-3.pdf> สืบค้นเมื่อ 10 ตุลาคม 2563).
- สิตามา บัวเกษ, *ตลาดการเงินและสถาบันการเงิน* (พิมพ์ครั้งที่ 3, มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ 2556).
- สิรวิต ศรีวิลาศ, ‘มาตรการในการกำกับดูแลสินทรัพย์ดิจิทัล’ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยอีสต์แฮมป์ชัวร์ 2561).
- สุพิศ ประณีตพลกรัง, *กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล (พระราชกำหนดการประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัล พ.ศ. 2561)* (พิมพ์ครั้งที่ 1, นิติตธรรม 2561).
- สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์, ‘สินทรัพย์ดิจิทัล ประเภทธุรกิจที่เพิ่มขึ้น’ (1 พฤศจิกายน 2563) <<https://www.bangkokbiznews.com/business/905537>> สืบค้นเมื่อ 18 มิถุนายน 2564.
- สุมาพร (ศรีสุนทร) มานะสันต์, ‘STO จะมาแทนที่ ICO?’ (12 ธันวาคม 2561) <<https://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/646123>> สืบค้นเมื่อ 29 มิถุนายน 2564.
- อานัติ ลีมัดเดช, *วิวัฒนาการของเงิน จากหอยเบี้ยสู่คริปโตเคอเรนซี* (พิมพ์ครั้งที่ 1, เกรทไอดี 2561).
- Andreas M. Antonopoulos and Gavin Wood, *Mastering Ethereum Building Smart Contracts and DApps* (1st edn., O'Reilly Media 2018).
- Daniel Drescher, *Blockchain Basics* (Apress Media 2017).
- Daniel Kraus, Thierry Obrist and Olivier Hari, *Blockchains smart contracts, decentralized autonomous organizations and the law* (Cheltenham, Edward Elgar Publishing 2019).
- Eamon McCarthy Earls, ‘Video Review: Using blockchain for supply chain compliance’ <<https://msdynamicsworld.com/story/video-review-using-blockchain-supply-chain-comp-compliance>> accessed 8 May 2021.
- Financial Market Infrastructure Act (FMIA)
- Financial Market Supervisory Authority, ‘Guideline for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)’ <<https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fintech/wegleitung-ico.pdf?la=en>> accessed 31 May 2021.
- Get Smart, *Blockchain Technology ถนนสายใหม่เชื่อมโลกดิจิทัลไร้พรมแดน* (พิมพ์ครั้งที่ 1, เกรทไอดี 2561)



Gleb Dudka, 'DeFi Digest and Common Issues Part 2' <<https://www.stakingrewards.comjournal/defidigest-ecosystem/>> accessed 29 November 2021.

Imran Bashir, *Mastering Blockchain: Distributed ledger technology, decentralization, and smart contracts explained* (Birmingham, Packt Publishing Ltd., 2018).

Jason G. Allen, Michel Rauchs, Apolline Blandin and Keith Bear, 'Legal and Regulatory Considerations for Digital Assets' <<https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2020/10/2020-ccaf-legal-regulatory-considerations-report.pdf>> accessed 1 May 2021.

Komhar, 'Introduction to Ethereum Smart Contract Clients (Web3js Library)' <<https://blockgeeks.com/ethereum-smart-contract-clients/>> accessed 29 November 2021.

Kubix, 'DESTINY TOKEN การลงทุนรูปแบบใหม่ เริ่มต้น 5,559 บาท ผลตอบแทน 2.99% ต่อปี ระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี' (Kubix, 31 พฤษภาคม 2565) <<https://www.kubix.co/news-articles/destiny-token/>> สืบค้นเมื่อ 14 พฤษภาคม 2565.

Melanie Swan, *Blockchain: Blueprint for a New Economy* (O'Reilly Media 2015).

Monetary Authority of Singapore, 'A Guide to Digital Token Offerings' <<https://www.mas.gov.sg/regulation/explainers/a-guide-to-digital-token-offerings>> accessed 20 June 2022.

Nick Szabo, 'A Formal Language for Analyzing Contracts' <<http://szabo.best.vwh.net/contractlanguage.html>> accessed 29 November 2021.

Nick Szabo, 'Formalizing and securing relationships on public networks' <<https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>> accessed 29 November 2021.

Primavera De Filippi and Aaron Wright, *Blockchain and the Law* (Harvard University Press 2018).

Satoshi Nakamoto, 'Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System' <<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>> accessed 2 October 2020.

Saurabh Mukhekar, 'What are Smart Contracts in Blockchain, & How Do They Work?' <<https://www.blogsaaays.com/what-are-smart-contracts-in-blockchain-and-how-it-work/>> accessed 29 November 2021.

Securities and Futures Act (Cap.289)

Securities Commission Malaysia, 'GUIDELINGS ON DIGITAL ASSETS' <<https://www.sc.com.my/api/documentms/download.ashx?id=dabaa83c-c2e8-40c3-9d8f-1ce3cabe598a>> accessed 3 June 2021.

Vitalik Buterin, 'Ethereum: A Next- Generation Smart Contract and Decentralized Application Platform' <<https://ethereum.org/669c9e2e2027310b6b3cdce6e1c52962/EthereumWhitepaperButerin2014.pdf>> accessed 2 October 2020.

xspringdigital, 'โครงสร้างการลงทุนในโทเคนดิจิทัล สิริ ฮับ (SiriHub Token)' <<https://www.xspringdigital.com/th/project/sirihub>> สืบค้นเมื่อ 6 ธันวาคม 2564.



หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

พินเอกสาธิต ทิพย์มณี

สาขาวิชากฎหมายปกครองและการบริหารงานภาครัฐ โรงเรียนกฎหมายและการเมือง มหาวิทยาลัยสวนดุสิต
145/9 ถนนสุขุโขทัย เขตดุสิต กรุงเทพมหานคร 10300

อีเมล: satit_tipmanee@yahoo.com

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้เป็นการศึกษาวิจัยเรื่อง หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง มีวัตถุประสงค์ เพื่อศึกษา การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด และเพื่อหาหลักการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด โดยใช้วิธีการศึกษาคือ ศึกษาด้วยระเบียบวิธีวิจัยเอกสาร การทบทวนเอกสาร แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง ซึ่งในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เมื่อเกิดการกระทำผิดจากการละเมิดของเจ้าหน้าที่ซึ่งเกิดจากการกระทำ ละเมิดจากคณะกรรมการของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากในพระราชบัญญัติไม่ได้ระบุชัดเจนในกรณีหน้าหน่วยงานเป็นคณะกรรมการ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง หน่วยงานใดจะเป็นต้นสังกัดในการรับผิดชอบทางละเมิด อาจจะทำให้เกิดปัญหาในการฟ้องร้อง หน่วยงานต้นสังกัด ตามมาตรา 5 จะเป็น กระทรวงการคลังหรือ หน่วยงานต้นสังกัด ซึ่งเป็นสำนักงานคณะกรรมการ การเลือกตั้ง ซึ่งการทำงานขององค์กรอิสระจะเป็นในรูปแบบของคณะกรรมการ ถึงแม้เลขานุการของคณะกรรมการ การเลือกตั้ง เป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรอิสระ แต่ก็ไม่ใช่ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหรือหัวหน้าของคณะกรรมการ เป็นเพียงแต่ผู้บังคับบัญชาของของเจ้าหน้าที่ในสำนักเลขาเท่านั้นเอง การไล่เบียดเอากับคณะกรรมการจะสามารถทำได้ หรือไม่ อีกทั้งมีแนวคำพิพากษาออกเป็นสองแนวในกรณีนี้ ทั้งให้ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกระทรวงการคลัง และทั้งจากสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งหน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำ ละเมิดต่าง ๆ ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่จะต้องค้นหาหลักการหรือข้อสรุปว่าควรจะใช้แนว ทางการพิพากษาอย่างไร และใช้หลักคิดใด ซึ่งผลการศึกษาพบว่า ปัญหาเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็น คณะกรรมการ กรณีของหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบเป็นกระทรวงการคลังนั้นขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ล่าช้า ไม่ทันการ หรือหากเป็นสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งก็จะเกิดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นกลาง แต่อย่างไรก็ตามหน่วยงานที่รับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็ควรเป็นกระทรวงการคลัง เพื่อเป็นการ ปฏิบัติตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความถูกต้องเหมาะสม ตามหลักความเป็นกลาง หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐ ดังนั้นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดของ คณะกรรมการการเลือกตั้งจึงควรเป็นกระทรวงการคลัง

คำสำคัญ: หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด, ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และคณะกรรมการการเลือกตั้ง



Organizations liable for violations under Section 5 of the Official Liability Act, B.E. 2539 (1996), the case of the Election Commission

Colonel Satit Tipmanee

Department of Administrative Law and Public Administration, School of Law and Politics Suan Dusit
University 145/9 Sukhothai Road, Dusit District, Bangkok. 10300

E – mail: satit_tipmanee@yahoo.com

Abstract

This research paper is a research study on Organizations liable for violations according to Section 5 of the Officials Liability Act B.E. 2539 in the case of the Election Commission. There is purpose to study the consideration of agencies that are liable for violations and to find the principle of considering the agency that is liable for the violation. The method of study is documentary research methodology which is review of papers, concepts, theories, and related research. When an offense occurs from the violation of the officer caused by the act of infringement according to Section 5 of the Officials Liability Act B.E. 2539. Because the Act is not clearly specified in the case of the agency is a committee such as the Election Commission which agency would be liable for infringement. The problems might be in suing the agency under Section 5, the Ministry of Finance or agency which is the Office of the Election Commission. The work of an independent organization takes the form of a committee and although the secretary of the Election Commission is the highest command of an independent organization but the secretary is not the commanding authority or the head of the committee and the secretary is only the commander of the officers in the secretariat so the secretary could not against the committee. There are also two guidelines of judgments in this case which is a lawsuit claiming compensation both from the Ministry of Finance and from the Office of the Election Commission so which agency will be responsible for the various violations of the Election Commission. Therefore, it is a problem to find principles or conclusions about how judgments should be approached and use any principles. The results of the study found that problems with liable persons in cases where the officer is a committee in the case of the liable agency being the Ministry of Finance, various procedures are delayed or not in time or if it is the Office of the Election Commission, legality and impartiality are a problem. However, the organizations liable for violations should be the Ministry of Finance. In order to comply with the Act, Section 5 of the Official Liability Act B.E. 2539 is correct and appropriate according to the principle of neutrality legitimacy and the rule of law therefore, the agency that will be held liable for violations of the Election Commission should be the Ministry of Finance.

Keywords: Organizations liable for violations, the Official Liability, the Election Commission



1. บทนำ

บทความนี้เป็นบทความวิจัยซึ่งจะศึกษาวิจัยเรื่อง หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบละเมิด ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เพื่อที่จะศึกษาถึงการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบละเมิด และหาหลักการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบละเมิด ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งได้กระทำการละเมิดเกิดขึ้น จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นองค์กรอิสระมีการดำเนินงานในรูปแบบคณะกรรมการ จึงเป็นประเด็นที่น่าสนใจศึกษาในการปฏิบัติตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ต่อไป

องค์กรอิสระ เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นเพื่อให้มีความอิสระ ความเป็นกลางในการปฏิบัติงานปฏิบัติหรือหน้าที่ให้สอดคล้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งการปฏิบัติงานหรือปฏิบัติหน้าที่ การใช้อำนาจ และการใช้ดุลพินิจขององค์กรอิสระนั้นต้องเป็นไปโดย ถูกต้อง สุจริต เทียบธรรม กล้าหาญ ปราศจากอคติ หรือภายใต้ความกดดันทั้งปวงในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งประกอบด้วย องค์กรอิสระจำนวน 5 องค์กร ได้แก่ 1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง 2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน 3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ 4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน 5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ¹

องค์กรอิสระแต่ละแห่ง นอกจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบงานด้านธุรการ รับผิดชอบดำเนินการ และอำนวยความสะดวก ให้คณะกรรมการฯ ในการทำงานหรือปฏิบัติหน้าที่ เพื่อให้องค์กรอิสระบรรลุภารกิจและหน้าที่ตามเป้าประสงค์ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และเป็นไปตามมติหรือแนวทางที่องค์กรอิสระกำหนด โดยให้มีหัวหน้าหน่วยงาน หรือผู้นำ ของหน่วยงานซึ่งแต่งตั้งโดยการมีมติเห็นชอบของคณะกรรมการองค์กรอิสระแต่ละองค์กร ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบการบริหารงานของหน่วยงานนั้น โดยความรับผิดชอบต่าง ๆ นั้นขึ้นตรงต่อองค์กรอิสระ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ²

ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หน่วยงานของรัฐซึ่งต้องรับผิดชอบต่อผู้ถูกละเมิดหรือเสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่ได้กระทำอันเกิดจากการทำหน้าที่ โดยผู้ถูกละเมิดนั้นสามารถฟ้องหน่วยงานได้โดยตรง แต่จะฟ้องต่อเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นไม่มีต้นสังกัดให้กระทรวงการคลังรับผิดชอบการละเมิดนั้น ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งของพระราชบัญญัติดังกล่าว³

ในส่วนขององค์กรอิสระ เมื่อเกิดการกระทำผิดจากการละเมิดโดยคณะกรรมการขององค์กรอิสระ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ อาจจะทำให้ปัญหาในการฟ้องร้องหน่วยงานต้นสังกัด ตามมาตรา 5 จะเป็นกระทรวงการคลังหรือ หน่วยงานต้นสังกัด ซึ่งจะเป็นสำนักงานคณะกรรมการ หรือไม่ ซึ่งการทำงานขององค์กรอิสระ

¹ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, *องค์กรอิสระ* (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562) 1.

² สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, *รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560* (ราชกิจจานุเบกษา, 2560) เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก, 62.

³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539* (ราชกิจจานุเบกษา, 2539) เล่ม 113/ตอนที่ 60 ก, 25.



จะเป็นในรูปแบบของคณะกรรมการ ถึงแม้เลขานุการขององค์กรอิสระเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดขององค์กรอิสระ แต่ก็ไม่ใช่ผู้มีอำนาจบังคับบัญชาหรือหัวหน้าของคณะกรรมการ เป็นเพียงแต่ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ในสำนักงานเท่านั้นเอง การไต่เบียดเกี่ยวกับคณะกรรมการจะสามารถทำได้หรือไม่ อีกทั้งมีแนวคำพิพากษาออกเป็นสองแนวในกรณีนี้ ทั้งให้ฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากกระทรวงการคลัง และทั้งจากหน่วยงานต้นสังกัด ในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งก็เช่นกัน สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือกระทรวงการคลัง จะเป็นหน่วยงานของภาครัฐที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำละเมิดต่างๆ ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนั้นจึงเป็นปัญหาที่จะต้องค้นหาหลักการหรือข้อสรุปว่าควรจะใช้แนวทางการพิพากษาอย่างไร และใช้หลักคิดใด

2. องค์กรอิสระ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้กำหนดให้มีองค์กรอิสระขึ้นมา ตามมาตรา 215 องค์กรอิสระซึ่งเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นให้มีความอิสระในการปฏิบัติงานและปฏิบัติหน้าที่ ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ซึ่งการจะใช้อำนาจและดุลยพินิจขององค์กรอิสระต้องเป็นไปโดยสุจริต เทียงธรรม กล้าหาญ และปราศจากอคติทั้งปวงในการใช้ดุลยพินิจ มีจำนวน 5 องค์กร คือ 1) กกต. (คณะกรรมการการเลือกตั้ง) 2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน 3) ปปช. (คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ) 4) คตง. 5) กสม. (คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ)⁴

ในการสรรหาและแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ (ยกเว้นคณะ กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ) ให้คณะกรรมการสรรหา เป็นผู้ดำเนินการสรรหาผู้ที่เหมาะสมได้รับมติเห็นชอบจากวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด แล้วจึงให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งสำหรับการสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

การใช้อำนาจขององค์กรอิสระเป็นอำนาจตามรัฐธรรมนูญ และอำนาจตามกฎหมาย ดังนั้นการใช้อำนาจขององค์กรอิสระนั้นมีความสัมพันธ์กับอำนาจหลายประเภท การกระทำละเมิดตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้นมิได้บัญญัติคำนิยามไว้⁵ ซึ่งในบทความวิจัยนี้จะกล่าวถึงการกระทำละเมิดที่เป็นการกระทำทางปกครองของเจ้าหน้าที่องค์กรอิสระ ซึ่งการกระทำทางปกครองนั้นอาจแยกได้เป็นสองลักษณะคือ นิติกรรมทางปกครอง และปฏิบัติการทางปกครอง นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่ การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎ หรือการออกคำสั่ง นิติกรรมทางปกครองสามารถแยกได้เป็นสองประเภทอีกเช่นกัน คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการทั่วไป เช่น บรรดา กฎ ระเบียบต่าง ๆ และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัว เช่น คำสั่งต่าง ๆ เป็นต้น ปฏิบัติการทางปกครอง ได้แก่ การกระทำของฝ่ายปกครองที่มีใช่เป็นการออกกฎ ออก คำสั่ง เช่น การเข้ารีตถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยฝ่าฝืนกฎหมาย เป็นต้น ปฏิบัติการทางปกครองมักจะเป็นการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกใช้ไป

⁴ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก หน้า 62, 6 เมษายน 2560.

⁵ ชูชาติ อัครโรจน์, คำอธิบายกฎหมายสำคัญที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการปฏิบัติงานและที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี (เดือนตุลา, 2562) 550.



ก่อนหน้าแล้ว เช่น ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารฝ่าฝืนกฎหมายรื้อถอนอาคารนั้น หากเจ้าของอาคารไม่รื้อถอน ฝ่ายปกครองก็จะเข้าไปรื้อถอน⁶

การบริหารงานขององค์การอิสระจะกระทำในรูปแบบของคณะกรรมการ ซึ่งในการวิจัยครั้งนี้ได้ศึกษาถึงการกระทำทางปกครองเกี่ยวกับการละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง บริหารงานโดยมีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นสำนักงาน ซึ่งการดำเนินงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งจะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา กำกับดูแล และรับผิดชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง⁷

3. คณะกรรมการการเลือกตั้ง

คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระ ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการในรูปของคณะกรรมการ โดยมีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนดไว้ มีหลักการบริหารงานแบบรับผิดชอบร่วมกัน ซึ่งกรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งจะไม่สามารถใช้อำนาจกระทำการใดได้โดยลำพัง ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดการใช้อำนาจในทางที่ไม่เป็นธรรม รวมทั้งการมีอคติของกรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งได้⁸ ซึ่งที่ผ่านมาจนถึง ปัจจุบันประเทศไทยมีคณะกรรมการการเลือกตั้งมาแล้วหลายคณะ จนมาถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2560 ก็มีการเปลี่ยนแปลงจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อยู่หลายประการ ทั้งทางด้านโครงสร้างของคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยการเพิ่มจำนวนคณะกรรมการการเลือกตั้งและคุณสมบัติของคณะกรรมการการเลือกตั้งให้สูงขึ้น ซึ่งเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 เน้นการเปลี่ยนแปลงกระบวนการในการเข้าสู่อำนาจรัฐ และการเพิ่มการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพิ่มขึ้น เพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้หมด ไปจากสังคมไทยอย่างจริงจัง ซึ่งจากบทบาทและหน้าที่ของ คณะกรรมการการเลือกตั้ง เหล่านี้ ย่อมทำให้ คณะกรรมการการเลือกตั้ง มีโอกาสที่จะกระทำละเมิดจากการออกคำสั่งทางปกครองได้

4. โครงสร้าง คณะกรรมการการเลือกตั้ง⁹

คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระ มีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งภายใต้การบริหารของคณะกรรมการการเลือกตั้ง มีประธานกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้บริหารสูงสุด ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งมีหน้าที่ดำเนินการกิจการทั่วไปของสำนักงาน และสนับสนุนงานของคณะกรรมการการเลือกตั้งมี

สำนักงาน กกต. มีเลขาธิการ กกต.เป็นผู้บังคับบัญชา รับผิดชอบการปฏิบัติงานของสำนักงาน กกต.ภายใต้การกำกับดูแลของประธาน กกต. มีโครงสร้างส่วนงานในสำนักงาน ดังรูป

⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง (วิญญูชน, 2560) 95.

⁷ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560, ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 93 ก หน้า 23, 13 กันยายน 2560.

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก หน้า 31, 11 ตุลาคม 2560.

⁹ คณะกรรมการการเลือกตั้ง, “โครงสร้างการจัดแบ่งส่วนงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง” <https://www.ect.go.th/ect_th/ewt_news.php?nid=870&filename=index> สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2565.



5. พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

การประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีเหตุผล เนื่องจากการปฏิบัติงานเจ้าหน้าที่ในการดำเนินงานกิจการต่าง ๆ นั้นมิได้เป็นไปเพื่อผลประโยชน์ที่เป็นการส่วนตัว ดังนั้นการให้ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ได้ปฏิบัติงานแล้วเกิดความเสียหายแก่เอกชน ให้เป็นไปตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นการไม่ถูกต้องเหมาะสม ทำให้เจ้าหน้าที่นั้นต้องรับผิดในการกระทำนั้น เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป ซึ่งการที่นำไปจะทำให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใดก็จะมีผลป้องกันเสียจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวน ทั้งที่อาจเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเพียงเล็กน้อยจากการปฏิบัติหน้าที่ ทั้งยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนี้ร่วมจากกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดต่อผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนั้นมุ่งหมายแต่จะได้เงินครบโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่และยังเป็นการบั่นทอนกำลังขวัญในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหารเพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควรเพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยกำกับดูแลอีกส่วนหนึ่ง อันเป็นหลักประกันมิให้ เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้น จึงสมควรที่จะกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดทางละเมิด ในกรณีเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น โดยแบ่งแยกความรับผิดของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ ทำให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ

หลักการและเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวในเรื่องเกี่ยวกับความรับผิดของหน่วยงานของรัฐต่อเอกชนในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ทำให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่ เฉพาะเมื่อเป็น การจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหายหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดของแต่ละคน มิให้นำหลักลูกหนี้ร่วมมาใช้บังคับ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม

ตามมาตรา 5 หน่วยงานนั้นต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในการกระทำละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้นได้กระทำให้ขึ้นจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ เช่นนี้ผู้เสียหายสามารถฟ้องหน่วยงานได้โดยตรง แต่จะฟ้องต่อเจ้าหน้าที่ไม่ได้ และถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ที่ไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในผลแห่งการกระทำละเมิดนั่นเอง

พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้คุ้มครองการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในขณะปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นไว้ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งว่า หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่สังกัดได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ และในมาตรา 5 วรรคสอง กำหนดว่า ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใด ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิด



ประเด็นการพิจารณาหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัตินี้¹² จะเป็นสำนักคณะกรรมการการเลือกตั้งหรือกระทรวงการคลังนั้น เป็นประเด็นที่ยังต้องพิจารณาต่อไป ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และนำหลักคิดในการพิจารณา เช่น หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นกลาง หรือหลักนิติรัฐ ที่เกี่ยวข้องมาให้เหตุผลประกอบการพิจารณาหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบละเมิดในกรณีของ คณะกรรมการการเลือกตั้งต่อไป

6. หลักคิดในการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำการละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำการละเมิดของคณะกรรมการเลือกตั้งอาจต้องใช้หลักการพิจารณาเพื่อใช้ในการตัดสินหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำการละเมิด จะเป็นสำนักงานเลขาธิการการเลือกตั้ง หรือ กระทรวงการคลังนั้น มีแนวคิดหลัก ๆ ได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมาย และ หลักความเป็นกลาง

6.1 หลักความชอบด้วยกฎหมาย

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง หมายความว่า การที่ฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่มีอำนาจทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ที่อยู่ในการบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะกระทำการใดๆ ที่อาจจะ มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ หากกฎหมายได้ให้อำนาจเป็นการเฉพาะไว้ภายใต้ขอบเขตที่ กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น¹³ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง นั้นเป็นองค์ประกอบสำคัญของ หลักนิติรัฐ คือ การกระทำทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และ การไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ¹⁴ เนื่องจากเหตุผลนี้เองที่ทำให้การกระทำการใด ๆ ของฝ่ายปกครอง จะต้องมิวิธีพิจารณาสั่งการที่เหมาะสม การบังคับให้ฝ่ายปกครอง ปฏิบัติตามหลักกฎหมายเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการซึ่งเป็นมาตรการในการควบคุมและส่งเสริมให้การกระทำของ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายและสอดคล้องกับหลักการของนิติรัฐด้วย¹⁵

6.2 หลักความเป็นกลาง

หลักความเป็นกลางนั้นธรรมชาติของความยุติธรรมที่ต้องมีความเป็นกลาง¹⁶ มาจากแนวคิดว่า หากบุคคลที่มีอำนาจสั่งการในเรื่องที่มีส่วนได้เสียอยู่นั้นก็จะสูญเสียความเป็นกลางและไม่สามารถวินิจฉัยในเรื่องดังกล่าวโดยไม่มีอคติในเรื่องนั้นได้ หลักการนี้จึงนำมาใช้ในองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยในเรื่องต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

¹² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, พระราชบัญญัติ ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 (ราชกิจจานุเบกษา 2539) เล่ม 113/ตอนที่ 60 ก, 25.

¹³ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (วิญญูชน 2543) 42.

¹⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง* (วิญญูชน 2549) 67.

¹⁵ กมลชัย รัตนสกาวงศ์, ‘หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน-ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดทางทฤษฎี’ (2535) 39 วารสารคูลแพท, 81.

¹⁶ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, ‘องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2531) 98.



ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ไปจนถึงองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ๆ ที่ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่หรือกรรมการในคณะกรรมการใด ๆ ที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง พิจารณาและวินิจฉัยสั่งการหรือร่วมประชุมและลงมติในเรื่องใด ๆ ที่มีส่วนได้เสีย¹⁷

จากปัญหาคณะกรรมการการเลือกตั้งมีหน่วยงานต้นสังกัดหรือไม่ หน่วยงานใดจะเป็นหน่วยงานต้นสังกัด ระหว่างกระทรวงการคลังหรือสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นคณะบุคคลที่มีการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจปกครองคณะกรรมการการเลือกตั้งย่อมเป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งความไม่ชัดเจนของเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีสังกัดนั้น จึงต้องนำหลักหลักความชอบด้วยกฎหมาย, หลักความเป็นกลางและหลักนิติรัฐ มาประกอบการพิจารณาหน่วยงานไหนควรเป็นหน่วยงานต้นสังกัดที่รับผิดชอบความรับผิดทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคมต่อไป

7. กรณีตัวอย่างคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานที่ต้องรับผิดทางละเมิดในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

ผู้ต้องรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็น กระทรวงการคลัง เช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 780/2552 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการละเมิดอันเนื่องมาจากการออกคำสั่งของเจ้าหน้าที่ในกรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งออกคำสั่งให้กรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดขอนแก่นพ้นจากตำแหน่ง กรมบัญชีกลาง ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค 0410.7/21541 ลงวันที่ 18 กันยายน 2552 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า ด้วยศาลปกครองกลางมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ 995/2548 ระหว่าง รองศาสตราจารย์ ช. ที่ 1 กับพวกรวม 5 คน ผู้ฟ้องคดี กับคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 1 กระทรวงการคลัง ที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดี โดยพิพากษาเพิกถอนคำสั่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ที่ 410/2543 เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดขอนแก่น ลงวันที่ 19 ตุลาคม 2543 และ ต่อมาศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. 64/2552 แก่คำพิพากษา ศาลชั้นต้นเป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 : ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ 4 เป็นเงินจำนวน 184,354.83 บาท ภายใน 60 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาและคืนค่าธรรมเนียมศาลในทุกชั้นศาลทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้า นอกจากนี้ก็แก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งกระทรวงการคลังได้ดำเนินการวางเงินชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ 4 (พันตำรวจโท ศ.) ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแล้ว

ผู้ต้องรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เป็นสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการเลือกตั้ง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.269/2563 ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบลบ้านใหม่ ได้รับการแต่งตั้งจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัดพิษณุโลก) ให้เป็นผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเทศบาลตำบลบ้านใหม่ เพื่อจัดการเลือกตั้งนายกเทศมนตรีและสมาชิก สภาเทศบาลตำบลบ้านใหม่ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่งลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2551 ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเทศบาลตำบลบ้านใหม่ และแต่งตั้งให้ นาย ว. ให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแทน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2551 ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเทศบาลตำบลบ้านใหม่ และแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งแทน และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง) ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดจากคำสั่ง

¹⁷ บุปผา อัครพิมาน, ‘หลักกฎหมายทั่วไป’ (2548) 5 วารสารวิชาการศาลปกครอง, 14.



เป็นเงิน 1,000,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย ในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ฟ้องไปจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2551 เฉพาะในส่วนที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งผู้อำนวยการการเลือกตั้งประจำเทศบาลตำบลบ้านใหม่ โดยให้มีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ออกคำสั่ง แต่มิให้กระทบกระเทือนต่อการปฏิบัติหน้าที่ของนาย ว. ที่ปฏิบัติหน้าที่โดยชอบในตำแหน่งดังกล่าวแทน และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน เป็นเงิน 2,280.30 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับตั้งแต่วันที่ฟ้องเป็นต้นไปจนกว่า จะชำระเสร็จสิ้นแก่ผู้ฟ้องคดี ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา คืบค่าธรรมเนียมศาลตามส่วนของการชนะคดีแก่ผู้ฟ้องคดี นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นฟ้องด้วย พิพากษายืน

8. ผลการวิจัย

จากการศึกษาวิจัยพบว่า ปัญหาเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ กรณีของหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบเป็นกระทรวงการคลัง ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ได้กำหนดให้คุ้มครองการกระทำของเจ้าหน้าที่หากเกิดการละเมิดในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งมีผลทำให้เกิดความเสียหายต่อผู้อื่นไว้ตามมาตรา 5 วรรคหนึ่งให้หน่วยงานนั้นรับผิดชอบในผลของการกระทำนั้น และถ้าเจ้าหน้าที่ไม่ได้สังกัดหน่วยงานใด ให้กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบ แต่ก็มีปัญหาเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ กรณีของหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบเป็นกระทรวงการคลัง เนื่องจากกระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานกลางมิได้เข้าไปล่วงรู้หรือสั่งการใด ๆ เกี่ยวกับการบริหารงานของคณะกรรมการการตั้ง จึงมีปัญหาในเรื่องของการแต่งตั้งกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง กรรมการสอบสวนความรับผิดทางละเมิด ตลอดจนขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ก็จะล่าช้า ไม่ทันการ ทำให้การไล่เบี่ยหาผู้รับผิดชอบค่าสินไหมที่เกิดจากกระทำละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ทำได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

ปัญหาเกี่ยวกับผู้ต้องรับผิดชอบในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นคณะกรรมการ กรณีของหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบเป็นสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้น ในการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ หลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นกลาง ไว้เป็นการเฉพาะ และ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่ากรณีหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีส่วนได้เสีย ซึ่งกรณีนี้ เป็นคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นผู้กระทำละเมิดเสียเอง หรือมีส่วนร่วมกระทำละเมิดกับเจ้าหน้าที่คนอื่นใน สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือในหน่วยงานของรัฐแห่งอื่น ซึ่งใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งเป็นหัวหน้า หน่วยงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาความชอบด้วยกฎหมายและความเป็นกลาง อีกทั้งใครจะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้คณะกรรมการการเลือกตั้งผู้กระทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทน รวมถึงผู้มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึด หรืออายัด และขายทอดตลาดทรัพย์สินของคณะกรรมการการเลือกตั้ง

การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด นั้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำละเมิดต่อเอกชนในการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อมีการนำคดีขึ้นสู่ศาล ศาลก็จะนำกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้พิจารณา ซึ่งเจ้าหน้าที่นั้นมักเป็นฝ่ายผิดเสมอไป ทำให้เกิดความไม่เป็นธรรม การที่ทำนั้นเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์แก่รัฐ แต่เจ้าหน้าที่กลับต้องมารับผิดเป็นการส่วนตัว โดยที่รัฐไม่ต้องมีส่วนร่วมในการรับผิดชอบใด ๆ เลย เว้นแต่เป็นการรับผิดชอบแทนเจ้าหน้าที่ไปก่อน



แล้วจึงไปใช้สิทธิไล่เบียดเอาจากเจ้าหน้าที่นั้นในภายหลัง¹⁸ ซึ่งวิธีการนี้มีผลเสียต่อระบบการดำเนินงานของทางราชการเป็นอย่างมาก ซึ่งแม้บางครั้งเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นอย่างดีก็ยังคงอาจตัดสินใจผิดพลาดโดยอาจสุจริต หรือประมาทเล็กน้อยเพียงเล็กน้อยแต่อาจก่อให้เกิดการกระทำละเมิด และต้องมีความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้และความรับผิดชอบจากการกระทำละเมิดดังกล่าวอาจก่อให้เกิดผลเสียอย่างมากตามขนาดการบริหารและความรับผิดชอบของรัฐ นอกจากนั้น เงินเดือนที่เจ้าหน้าที่ได้รับอยู่ไม่อาจทำให้เป็นสัดส่วนกับความรับผิดชอบได้ เพราะการกำหนดเงินเดือนของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น เป็นไปตามความเหมาะสม แต่การบริหารงานของภาครัฐมีขนาดที่กว้างขวางปริมาณมากและอาจก่อให้เกิดความเสียหาย ขนาดใหญ่ จำนวนปริมาณเงินอาจสูงมากได้ซึ่งจะมีผลทำให้ระดับเจ้าหน้าที่ไม่กล้าที่จะตัดสินใจดำเนินงานต่าง ๆ และไม่เต็มใจที่จะทำอะไรที่มีแนวโน้มไปในทางที่ไม่ยอมตัดสินใจ หรือใช้เวลาสร้างแนวทางเอาตัวรอดเพื่อป้องกันความรับผิดชอบของตัวเอง อันจะทำให้การดำเนินการต่าง ๆ ของราชการต้องดำเนินการล่าช้าออกไปและ ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร¹⁹ ดังนั้นการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ควรนำหลักคิดความชอบด้วยกฎหมาย หลักความเป็นกลาง หรือหลักนิติรัฐมาปรับประยุกต์ใช้ ซึ่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ ยังไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์อย่างชัดเจนว่า กรณีหัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีส่วนได้เสีย โดยเป็นผู้กระทำละเมิดเสียเอง ก็เป็นปัญหาว่าใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนการกระทำละเมิดของหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ²⁰ และใครจะเป็นผู้ออกคำสั่งเรียกให้ผู้ทำละเมิดนั้นชำระค่าสินไหมทดแทน รวมถึงการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึด หรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของหัวหน้าหน่วยงานผู้ทำละเมิด

หน่วยงานใดควรเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบผู้เสียหายในการละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งผู้เสียหายสามารถฟ้องหน่วยงานได้ แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ และถ้าเจ้าหน้าที่นั้นไม่ได้สังกัดหน่วยงานใดก็ให้กระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ซึ่งในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นตามที่กฎหมายบัญญัติ และในมาตรา 50 ของ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560 ให้มีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งมีฐานะเป็นนิติบุคคลและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา กำกับดูแล และรับผิดชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นควรเป็นกระทรวงการคลัง เพื่อเป็นการปฏิบัติตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความถูกต้องเหมาะสม ตามหลักความเป็นกลาง หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐ หน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงควรเป็นกระทรวงการคลัง

¹⁸ กมลชัย รัตนสากววงศ์, สรุปลำคำบรรยายพิเศษ เรื่อง พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539, ณ อาคาร สพช. สำนักงาน ก.พ. 26 กุมภาพันธ์ 2540, 18.

¹⁹ ชาญชัย แสงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2550) 127.

²⁰ สำนักนายกรัฐมนตรี, ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 (สำนักนายกรัฐมนตรี 2539) 23.



9. อภิปรายผลการวิจัย

ในการวิจัยครั้งนี้ผู้วิจัยอภิปรายผล 3 ประเด็น การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด หลักการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด และหน่วยงานใดควรเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด

การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กระทำละเมิดเสียเอง ใครจะเป็นผู้มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง และใครจะเป็นผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้คณะกรรมการการเลือกตั้งผู้ทำละเมิดชำระค่าสินไหมทดแทน รวมถึงผู้มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึด หรืออายัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งการพิจารณาหน่วยงานที่ควรต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้งควรฟ้องร้องเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานใดนั้น ควรจะมีหลักคิดในการพิจารณาเนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจพิจารณาทางปกครอง หากมีส่วนได้เสียในการออกคำสั่งทางปกครองก็จะทำให้เกิดความไม่เป็นธรรมขึ้น อีกทั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครอง มีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะแต่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งมีความสอดคล้องกับงานวิจัยของ กรรณชรัตน์ ศรีประเสริฐ²¹

หลักเกณฑ์การพิจารณาหน่วยงานที่ควรต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในกรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นองค์กรอิสระ ไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของบุคคลหรือองค์กรใด และมีการใช้อำนาจในลักษณะผสม คือ มีทั้งอำนาจทางปกครองในการบริหารสั่งการ และอำนาจกึ่งตุลาการในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยลักษณะของการกระทำส่วนใหญ่มีลักษณะเช่นเดียวกับการกระทำของฝ่ายปกครอง ซึ่งในการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการการเลือกตั้ง อาจก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับบุคคลอื่นได้ หากมีการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุให้บุคคลใดเสียหายถึงแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย เสรีภาพ ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด อาจเป็นการกระทำละเมิดซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งการใช้หลักความเป็นกลางและหลักความชอบด้วยกฎหมาย ในการพิจารณาหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการเป็นหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดระหว่าง กระทรวงการคลังหรือสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งโดยสอดคล้องกับหลักการนิติรัฐด้วย ซึ่งการใช้หลักความเป็นกลาง และหลักความชอบด้วยกฎหมาย มีความสอดคล้องกับงานวิจัยของ พลอยชนมนต์ เพิ่มสุวรรณ²²

เนื่องจากคณะกรรมการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ และโดยที่คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรกลุ่มที่มีได้มีผู้บังคับบัญชา ประกอบกับมาตรา 50

²¹ กรรณชรัตน์ ศรีประเสริฐ, 'ศึกษาวิจัยเรื่องปัญหาการใช้มาตรการบังคับเจ้าหน้าที่กรณีการทำละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539' (วิทยานิพนธ์ นิตยสารธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560) 139.

²² พลอยชนมนต์ เพิ่มสุวรรณ, 'ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539: ศึกษากรณีข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงานธุรการในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ' (วิทยานิพนธ์ นิตยสารธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559) 145-150.



แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560 ที่กำหนดให้มีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งมีฐานะเป็นนิติบุคคลและอยู่ภายใต้การบังคับบัญชา กำกับดูแล และรับผิดชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนั้น จึงไม่อาจถือได้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง เมื่อมีอาจถือได้ว่าคณะกรรมการการเลือกตั้งสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง จึงเป็นกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งมิได้สังกัดหน่วยงานใด และเมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งมิได้สังกัดหน่วยงานใด หากมีกรณีที่กรรมการการเลือกตั้งได้กระทำละเมิดอันเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว จึงต้องด้วยบทบัญญัติในมาตรา 5 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ที่ให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบหน่วยงานที่รับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นควรเป็นกระทรวงการคลัง ดังนั้นเพื่อเป็นการปฏิบัติตาม มาตรา 5 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความถูกต้องเหมาะสม ตามหลักความเป็นกลาง หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐ หน่วยงานที่จะต้องรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงควรเป็นกระทรวงการคลัง ซึ่งมีความสอดคล้องกับงานวิจัยของ อรรถพล ลีกระจ่าง²³

10. สรุป

ในการศึกษาเรื่อง การพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการศึกษา เพื่อศึกษาการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีคณะกรรมการการเลือกตั้ง และเพื่อหาหลักการพิจารณาหน่วยงานที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิด ตามมาตรา 5 ของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 กรณีของคณะกรรมการการเลือกตั้ง พบว่า หน่วยงานที่รับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งนั้นควรเป็นกระทรวงการคลัง ดังนั้นเพื่อเป็นการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ มาตรา 5 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีความถูกต้องเหมาะสม ตามหลักความเป็นกลาง หลักความชอบด้วยกฎหมาย และหลักนิติรัฐ หน่วยงานที่จะต้องรับผิดชอบทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงควรเป็นกระทรวงการคลัง

11. ข้อเสนอแนะ

11.1 เห็นสมควรปรับแก้กฎหมายในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ให้มีความชัดเจนเพื่อให้การแต่งตั้งกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริง กรรมการสอบสวนความรับผิดทางละเมิด ตลอดจนขั้นตอนการดำเนินการต่าง ๆ ก็จะล่าช้า ไม่ทันการ ทำให้การไต่เบี่ยหาผู้รับผิดชอบค่าสินไหมที่เกิดจากกระทำละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้งทำได้โดยมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

²³ อรรถพล ลีกระจ่าง, ‘ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539’ (วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2558) 129.



11.2 ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ในการกำหนดหลักเกณฑ์ผู้มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ให้สอดคล้องหลักความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นกลาง

11.3 ปัญหาเรื่องความไม่ชัดเจนของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 ควรแก้ไขปัญหาให้เป็นระบบ แก้ไขปัญหาในระยะยาว ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ให้เกิดความชัดเจนในกรณีขององค์กรอิสระซึ่งมีการบริหารงานในรูปแบบของคณะกรรมการเช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งควรเป็นกระทรวงการคลัง เพื่อความถูกต้องเหมาะสมตามหลักหลักความชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นกลาง ความเป็นนิติรัฐนิติธรรมและเป็นการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ การทำให้กฎหมายความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่มีความชัดเจนถูกต้อง และเหมาะสมยิ่งขึ้น ซึ่งจะส่งผลต่อการประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบริหารงานได้เป็นอย่างดี

11.4 ในการพิจารณาความเสียหายกรณีทีบุคคลภายนอกผู้เสียหายอาจยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้พิจารณาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับความเสียหาย ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 หรือกรณียื่นฟ้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจ กระทรวงการคลังซึ่งเป็นหน่วยงานที่ถือว่าเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบนั้น อาจจะไม่ทราบรายละเอียดเพื่อพิจารณาเกี่ยวกับการชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรืออาจจะไม่มีข้อมูลเกี่ยวกับการทำคำชี้แจงต่อศาล และหากกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ ก็อาจจะทำให้เกิดความคล่องตัวมากขึ้น กรณีจึงเห็นสมควรปรับแก้กฎหมายในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยกำหนดให้หน่วยธุรการของคณะกรรมการที่เป็นองค์กรกลุ่มและมีได้มีผู้บังคับบัญชาหรือขึ้นตรงต่อหน่วยงานใดเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบ



บรรณานุกรม

- กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 'สรุปคำบรรยายพิเศษ เรื่อง พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539' (ณ อาคาร สพช. สำนักงาน ก.พ., 26 กุมภาพันธ์ 2540).
- กมลชัย รัตนสกาวงศ์, 'หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องในชั้นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน-ศึกษาประวัติความเป็นมาและแนวความคิดทางทฤษฎี' (2535) 5 ตุลาคม.
- กรรณชรัตน์ ศรีประเสริฐ, 'ศึกษาวิจัยเรื่องปัญหาการใช้มาตรการบังคับเจ้าหน้าที่กรณีการทำละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539' (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช 2560).
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์, 'องค์กรและวิธีการคุ้มครองประชาชนและควบคุมฝ่ายปกครองภายในฝ่ายปกครองในประเทศไทย' (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2531).
- คณะกรรมการการเลือกตั้ง, 'โครงสร้างการจัดแบ่งส่วนงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง <https://www.ect.go.th/ect_th/ewt_news.php?nid=870&filename=index> สืบค้นเมื่อ 1 กรกฎาคม 2565.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, 'คำอธิบายกฎหมายปกครอง' (พิมพ์ครั้งที่ 25, วิญญูชน 2560).
- ชาญชัย แสวงศักดิ์, 'คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่' (พิมพ์ครั้งที่ 6, วิญญูชน 2550).
- ชูชาติ อัครไวโรจน์, 'คำอธิบายกฎหมายสำคัญที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการปฏิบัติงานและที่ศาลปกครองใช้ในการพิจารณาคดี' (เดือนตุลา 2562).
- บุปผา อัครพิมาน, 'หลักกฎหมายทั่วไป' (2548) 5 วารสารวิชาการศาลปกครอง 1.
- พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 93 ก หน้า 23 13 กันยายน 2560.
- พลอยธนมนต์ เพิ่มสุวรรณ, 'ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539: ศึกษากรณีข้าราชการและลูกจ้างของสำนักงานตุรการในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ' (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม 2559).
- ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการบริหารงานบุคคล พ.ศ. 2564. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 138 ตอนที่ 29 ก หน้า 21 29 เมษายน 2564.
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 114 ตอนที่ 55 ก หน้า 31 11 ตุลาคม 2560.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 'สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540' (วิญญูชน 2543).
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, 'ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง' (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2549).
- สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 113/ตอนที่ 60 ก/หน้า 25 14 พฤศจิกายน 2539.
- สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 'รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก หน้า 62 6 เมษายน 2560
- สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 'องค์กรอิสระ' (สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 2562).



สำนักนายกรัฐมนตรี ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.

อรรถพล ลี้กระจ่าง, ‘ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วย หลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539’ (วิทยานิพนธ์ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2558).



ปัญหากฎหมายสหกรณ์เกี่ยวกับการดำเนินงานในอุตสาหกรรมโคเนื้อ

สุรรัตน์ มีดวงจันทร์, ณัฐตกานต์ ปิ่นแก้ว, ธัญวรัตน์ ท่วงประโคน
นักศึกษาคณะนิติศาสตร์บัณฑิต คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยบูรพา
เลขที่ 439 ถนนจระเข้ ตำบลในเมือง อำเภอเมืองบุรีรัมย์ จังหวัดบุรีรัมย์ 31000

อีเมล: sureerat.toey0000@gmail.com

บทคัดย่อ

บทความนี้มุ่งเน้นศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ภายใต้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 โดยศึกษาจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นกับเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อ เพื่อเสนอแนวทางเบื้องต้นในการช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน และกำกับการดำเนินงานของเกษตรกร โดยมีสหกรณ์เป็นตัวกลางสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจในอุตสาหกรรมโคเนื้อ

การดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ในปัจจุบันเกิดสภาวะการขัดข้องในการดำเนินงานของเกษตรกร ซึ่งไม่ส่งผลดีกับเศรษฐกิจโคเนื้อเท่าที่ควร โดยปัญหาหลัก ๆ ที่พบจากมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 คือ การจัดตั้งสหกรณ์ การบริหารงานของสหกรณ์ การจัดทำบัญชีของสหกรณ์ วิธีการดำเนินงานของสหกรณ์ และรูปแบบการปล่อยสินเชื่อให้กับสมาชิก รวมถึงชาวเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อขาดองค์ความรู้ในการประกอบอาชีพเลี้ยงโคเนื้อและขาดเงินลงทุนในการประกอบอาชีพ ประกอบกับมาตรการทางกฎหมายที่มีความรัดกุมมากเกินไป และในบางกรณีมาตรการทางกฎหมายมีช่องว่างก่อให้เกิดปัญหาให้กับเกษตรกร เกษตรกรจึงเกิดสภาวะการขัดข้องไม่สามารถดำเนินงานได้อย่างมีอิสระ เกษตรกรบางส่วนจึงเลือกไม่เป็นสมาชิกสหกรณ์ จึงส่งผลกระทบต่อความต้องการของตลาด และเศรษฐกิจของอุตสาหกรรมโคเนื้อในประเทศไทย เมื่อได้ศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) กับมาตรการทางกฎหมายสหกรณ์ของต่างประเทศ พบว่าพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ไม่สามารถ ช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน และกำกับการดูแลเกษตรกรได้อย่างทั่วถึงเท่ากับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ยกตัวอย่างประเทศญี่ปุ่นเนื่องจากในประเทศญี่ปุ่นหน่วยงานรัฐให้การส่งเสริม สนับสนุนเกษตรกรอย่างเต็มที่ และมีการแยกสหกรณ์เฉพาะกิจการอย่างชัดเจน รวมถึงมีการส่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าไปดูแลสหกรณ์แต่ละประเภท ซึ่งต่างกับบริบทของสหกรณ์ในประเทศไทย

ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายสามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพและส่งผลกระทบต่อให้เกิดสภาพคล่องในการดำเนินงานธุรกิจโคเนื้อของเกษตรกร โดยมีสหกรณ์เป็นตัวกลางสำคัญในการช่วยเหลือ ส่งเสริม สนับสนุน และกำกับการดูแลเกษตรกร และเปิดช่องให้เกษตรกรสามารถดำเนินงานได้อย่างเต็มที่และมีอิสระ เพื่อให้เกษตรกรพัฒนาศักยภาพในการประกอบอาชีพเลี้ยงโคและสามารถผลิตโคเนื้อที่ได้คุณภาพมาตรฐานและสามารถส่งออกโคเนื้อเพื่อแข่งขันกับต่างประเทศได้

คำสำคัญ: กฎหมายสหกรณ์, การดำเนินงานของสหกรณ์, อุตสาหกรรมโคเนื้อ, โคเนื้อ



Cooperative Law Problems Related to Operations in the Beef Cattle Industry

Sureerat Meeduangjun, Nattakan pinkaew, Thanwarat Huangprakhon

Bachelor of Law Students, Faculty of Humanities and Social Sciences, Buriram Rajabhat University

No. 439, Chira Road, Nai Mueang Subdistrict, Mueang Buriram District Buriram Province 31000

E-mail: sureerat.toey0000@gmail.com

Abstract

This article focuses on the study of legal measures concerning the operation of agricultural cooperatives (beef cattle) under the Cooperatives Act B.E. To propose basic guidelines for helping, promoting, supporting and supervising the operations of farmers. with cooperatives being an important medium to drive the economy in the beef cattle industry

The operation of agricultural cooperatives (beef cows) at present is in a state of disruption in the operation of farmers. This is not good for the beef cattle economy as it should be. Cooperative management Cooperative Accounting How the cooperative works and forms of lending to members including beef cattle farmers, lack of knowledge and lack of investment in their careers coupled with the legal measures that are too tight And, in some cases, legal measures have gaps causing problems for farmers. Therefore, farmers are unable to operate independently. Therefore, some farmers chose not to be members of the cooperative. thus, affecting market demand. and the economy of the beef cattle industry in Thailand When comparing the legal measures on the operation of agricultural cooperatives (beef cattle) with the legal measures of foreign cooperatives. It was found that the Cooperatives Act of 1999 was unable to assist, promote, support and supervise farmers as thoroughly as the legal measures of foreign countries. Take Japan, for example, because in Japan, government agencies encourage Fully support farmers and there is a clear separation of separate cooperatives as well as sending relevant agencies to take care of each type of cooperative which is different from the context of cooperatives in Thailand

Therefore, the legal measures concerning the operation of agricultural cooperatives (beef cattle) should be revised. so that legal measures can be effectively enforced and result in liquidity in the beef cattle business operations of farmers Cooperatives are important intermediaries in helping, promoting, supporting and supervising farmers. and open a channel for farmers to operate



fully and independently to enable farmers to develop their potential in cattle raising careers and be able to produce beef cattle of standard quality and be able to export beef cattle to compete with foreign countries.

Keywords: Cooperative Law, Cooperative Operations, Beef Cattle Industry, Beef Cattle



1. บทนำ

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ประชาชนส่วนใหญ่ประกอบอาชีพเกษตรกรรม เนื่องจากสภาพภูมิอากาศและภูมิประเทศเหมาะสำหรับการทำอาชีพเกษตรกรรม เช่น การเพาะปลูก การเลี้ยงสัตว์ การประมง เป็นต้น ภาครัฐจึงได้ช่วยเหลือและสนับสนุนการดำเนินการต่าง ๆ ให้กับเกษตรกร จึงได้มีการจัดตั้งระบบสหกรณ์ขึ้นมาและเนื่องด้วยสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันทั้งสภาพของ ปุ๋ย ที่ดิน สภาพของภูมิอากาศ ส่งผลให้ชาวเกษตรกรไม่สามารถดำเนินการเพาะปลูกพืชได้ตามฤดูกาล ชาวเกษตรกรจึงหันมาทำการเลี้ยงโค ซึ่งถือว่าเป็นอาชีพหนึ่งที่สามารถสร้างรายได้ให้กับชาวเกษตรกรได้เป็นอย่างดี เพราะการเลี้ยงโคนั้นเป็นอาชีพที่ควบคุมเกี่ยวกับสังคมไทยมาอย่างยาวนาน การเลี้ยงโคในสมัยก่อนมักเป็นการเลี้ยงโคไว้เพื่อเป็นยานพาหนะในการเดินทาง การทำเกษตรกรรม หรือการมีไว้เพื่อใช้แรงงานเท่านั้น แต่ในปัจจุบันผู้ศึกษาได้ศึกษาการเลี้ยงโคในภาคอีสานซึ่งส่วนใหญ่เน้นเป็นการเลี้ยงวัวสายพันธุ์อเมริกัน สายพันธุ์บราห์มัน สายพันธุ์ชาโรเลห์ สายพันธุ์แองกัส ทำให้การเลี้ยงวัวสายพันธุ์พื้นบ้านหรือพันธุ์พื้นเมืองน้อยลงด้วยยุทธศาสตร์โคเนื้อ 2555 – 2559 ภาครัฐส่งเสริมให้เกษตรกรเลี้ยงโคขุนเพื่อเป็นอาชีพหลักและเป็นอาชีพรองของเกษตรกรเพื่อสร้างรายได้เมื่อการทำเกษตรกรรมของชาวเกษตรกรไม่อยู่ในช่วงฤดูที่เหมาะสมต่อการเพาะปลูกและมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีการเลี้ยงโคเนื้อให้กับชาวเกษตรกร จึงทำให้เกษตรกรส่วนใหญ่ได้มีการรวมตัวกันและรวมกลุ่มตั้งเป็นรัฐวิสาหกิจ และระบบสหกรณ์โคเนื้อขึ้น เพื่อให้สหกรณ์เป็นตัวการสำคัญในการหาแหล่งลงทุน และการศึกษาหาความรู้ ถ่ายทอดเทคโนโลยี การพัฒนาสายพันธุ์ รวมถึงองค์ความรู้ต่าง ๆ เพื่อการขับเคลื่อนอุตสาหกรรมโคเนื้อในประเทศไทยและสามารถผลิตโคเนื้อคุณภาพเพื่อส่งออกและสามารถแข่งขันกับต่างประเทศได้

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ได้วางหลักไว้ของการจัดตั้งสหกรณ์ว่าต้องดำเนินการตามมาตรา 4 ซึ่งต้องกำหนดวัตถุประสงค์และกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น เพื่อให้บริการและส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิก ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการ อุดมการณ์ และวิธีการสหกรณ์ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดประเภทสหกรณ์ และมาตรา 34 รวบรวมกลุ่มบุคคลที่มีกิจการร่วมกันจำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน ขึ้นตอนเหมือนการจัดตั้งบริษัท เมื่อศึกษาสภาพปัญหาการเลี้ยงโคในระบบสหกรณ์ พบว่าเกษตรกรผู้เลี้ยงโคภายในกลุ่มที่เป็นรัฐวิสาหกิจไม่มีการจัดตั้งสหกรณ์โคเนื้อ เพราะรัฐวิสาหกิจจะมีระบบการทำงานที่เป็นบริษัทที่มีได้รับการสนับสนุนของรัฐมาบางส่วนและมีวิธีการดำเนินงานที่เป็นไปได้ง่ายแต่ด้านความมั่นคงของรัฐวิสาหกิจก็อาจจะไม่มีความแน่นอน แต่ต่างจากกลุ่มสหกรณ์โคเนื้อที่ได้รับการสนับสนุนจากและการช่วยเหลือจากทางรัฐบาลเต็มรูปแบบและด้านการต่อรองซื้อขายผลิตภัณฑ์ของสหกรณ์จะทำให้ดีกว่าการจัดตั้งระบบสหกรณ์โคเนื้อทำให้สมาชิกของระบบสหกรณ์นั้นมีเงินทุนในการต่อยอดการทำอาชีพทำให้ระบบสหกรณ์นั้นมีความมั่นคงและยั่งยืนกว่าแต่เนื่องจากในภาคอีสานมีสหกรณ์เป็นจำนวนน้อยทำให้เกิดสถานะการขัดข้องของสหกรณ์ทั้งด้านการรวมตัวเพื่อจัดตั้งสหกรณ์หรือการประชุมขององค์กรสหกรณ์

เมื่อพิจารณาจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น มาตรการทางกฎหมายก่อให้เกิดปัญหาให้กับเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื่องจากกฎหมายสหกรณ์ที่บัญญัติไว้ไม่มีผลกระทบต่อเกษตรกร ทำให้ส่งผลต่อการดำเนินงานต่าง ๆ ของเกษตรกรในอุตสาหกรรมโคเนื้อ เช่น ด้านการรวมกลุ่มของสหกรณ์ที่ไม่สามารถรวมข้ามเขตจังหวัดของตนเองได้จึงส่งให้ผลชาวเกษตรกรในพื้นที่จังหวัดนั้นไม่สามารถเข้าร่วมระบบสหกรณ์โคเนื้อได้และปัญหาด้านการจัดตั้งที่ชาวเกษตรกรนั้นไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากมีสมาชิกไม่พอดตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้



ดังนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาสภาพปัญหาของกฎหมายและหาแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น เพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพในการขับเคลื่อนอุตสาหกรรมโคเนื้อตามเนื้อเรื่องในลำดับต่อไป

2. การดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตรโคเนื้อ

บทนิยามของคำ “ สหกรณ์ ” สหกรณ์เป็นองค์กรทางเศรษฐกิจและสังคมที่สมาชิกร่วมกันจัดตั้งขึ้นด้วยการลงหุ้นร่วมกัน จัดการร่วมกันใน การผลิต การจำหน่ายสินค้า หรือบริการตามความต้องการหรือผลประโยชน์อย่างเดียวกันของบรรดาสมาชิก สมาชิก แต่ละคนมีสิทธิออกเสียงได้หนึ่งเสียงในการบริหารสหกรณ์โดยไม่ขึ้นกับจำนวนหุ้นที่ถืออยู่ เช่น สหกรณ์ออมทรัพย์ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์โคนม คณะบุคคลซึ่งร่วมกันดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม โดยช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และได้จดทะเบียนตามกฎหมายว่าด้วยสหกรณ์

3. ประวัติความเป็นมาของสหกรณ์

สหกรณ์การเกษตรแห่งแรกได้จัดตั้งขึ้นในปี พ.ศ. 2459 ชื่อว่า สหกรณ์วัดจันทร์ไม่จำกัดสินใช้ในจังหวัดพิษณุโลก เป็นสหกรณ์การเกษตรชนิดไม่จำกัด มีขนาดเล็กในระดับหมู่บ้านตั้งขึ้นในหมู่เกษตรกรที่มีรายได้น้อย และมี หนี้สินมากมีสมาชิกแรกตั้ง จำนวน 16 คน ทุนดำเนินงาน จำนวน 3,080 บาท เป็นค่าธรรมเนียมนแรกเข้าจำนวน 80 บาท และเป็นทุนจากการกู้แบงก์สยามกัมมาจล (ธนาคารไทยพาณิชย์ในปัจจุบัน) จำนวน 3,000 บาท วัตถุประสงค์สหกรณ์การเกษตรดำเนินธุรกิจแบบอเนกประสงค์เพื่อส่งเสริมให้สมาชิกดำเนินธุรกิจร่วมกัน ช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และช่วยเหลือส่วนรวมโดยใช้หลักคุณธรรม จริยธรรมอันดีงามตามพื้นฐานของมนุษย์เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สมาชิกและส่วนรวมให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสหกรณ์

“ สหกรณ์การเกษตร ” คือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นในหมู่ผู้มีอาชีพทางเกษตรรวมตัวกันจัดตั้งและจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่อนายทะเบียนสหกรณ์ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้สมาชิกดำเนินกิจการร่วมกันและช่วยเหลือซึ่งกัน และกัน เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนในการประกอบอาชีพของสมาชิกและช่วยยกฐานะความเป็นอยู่ของสมาชิกให้ดีขึ้น โดยวัตถุประสงค์การดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร คือ สหกรณ์การเกษตรดำเนินธุรกิจแบบอเนกประสงค์ เพื่อส่งเสริมให้สมาชิกดำเนินธุรกิจร่วมกันช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และช่วยเหลือส่วนรวมโดยใช้หลักคุณธรรม จริยธรรมอันดีงามตามพื้นฐานของมนุษย์ เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สมาชิกและส่วนรวมให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีทั้งทางด้านเศรษฐกิจและสังคมตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสหกรณ์

เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อในภาคตะวันออกเฉียงเหนือส่วนใหญ่มีการรวมกลุ่มจดทะเบียนเป็นสมาชิกสหกรณ์ และสมาชิกวิสาหกิจชุมชนเพื่อสร้างเครือข่ายในอุตสาหกรรมโคเนื้อ แต่ในภาคอีสานนั้นมีเพียงไม่กี่จังหวัดที่มีการจัดตั้งสมาชิกสหกรณ์ ได้แก่ สหกรณ์โคเนื้อคุณภาพหนองบัวลำภู จำกัดจังหวัดหนองบัวลำภู สหกรณ์การเลี้ยงปศุสัตว์กร.ป.กลาง โพนยางคำ จำกัด จังหวัดสกลนคร สหกรณ์การเกษตร หนองสูง จำกัด จังหวัดมุกดาหาร สหกรณ์โคเนื้อดอกคำดวน จำกัด จังหวัดศรีสะเกษ สหกรณ์ ผู้เลี้ยงโค-กระบือจังหวัดสุรินทร์ จำกัด จังหวัดสุรินทร์ สหกรณ์โคเนื้อสุรินทร์วากิวางสว่าง จำกัด จังหวัดสุรินทร์ และสหกรณ์ผู้เลี้ยงโคเนื้อโคราชวากิวสุรนารี จำกัด จังหวัดนครราชสีมา และจากการศึกษาข้อมูลของเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อในจังหวัดบุรีรัมย์เบื้องต้นไม่พบเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อที่รวมกลุ่ม



จดทะเบียนเป็นสมาชิกของสหกรณ์เมื่อผู้เขียนได้ศึกษาการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) พบว่าพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อไม่สามารถจดทะเบียนร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์หรือจัดตั้งสหกรณ์ได้

4. อุดมการณ์ หลักการของสหกรณ์ และวิธีการของสหกรณ์

“อุดมการณ์สหกรณ์” (Cooperative Ideology) คือ ความเชื่อร่วมกันที่ว่า การช่วยตนเองและการช่วยเหลือซึ่งกันและกัน ตามหลักการสหกรณ์ซึ่งจะนำไปสู่การกินดี อยู่ดี มีความเป็นธรรม และสันติสุขในสังคม

“วิธีการสหกรณ์” (Cooperative Practices) คือ การนำหลักการสหกรณ์มาประยุกต์ใช้ในการดำเนินกิจกรรม ทางเศรษฐกิจและสังคม เพื่อประโยชน์ของมวลสมาชิกและชุมชน โดยไม่ละเลยหลักการธุรกิจที่ดี

“หลักการของสหกรณ์” (Cooperative Principles) คือ "แนวทางที่สหกรณ์ยึดถือปฏิบัติเพื่อให้คุณค่าของสหกรณ์เกิดผล เป็นรูปธรรม" ซึ่งประกอบด้วยหลักการที่สำคัญรวม 7 ประการ กล่าวคือ

หลักการที่ 1 การเป็นสมาชิกโดยสมัครใจและเปิดกว้าง (Voluntary and Open Membership)

สหกรณ์เป็นองค์การแห่งความสมัครใจ เปิดรับบุคคลทั่วไปที่สามารถใช้บริการสหกรณ์ได้ และเต็มใจจะรับผิดชอบในฐานะสมาชิก เข้าเป็นสมาชิกโดยปราศจากการกีดกันทางเพศ ฐานะทางสังคม เชื้อชาติ การเมือง หรือศาสนา

หลักการที่ 2 การควบคุมโดยสมาชิกตามหลักประชาธิปไตย (Democratic Member Control)

สหกรณ์เป็นองค์การประชาธิปไตยที่มีการควบคุมโดยสมาชิก ซึ่งมีส่วนร่วมอย่างแข็งขันในการกำหนดนโยบายและการตัดสินใจ บุรุษและสตรีที่ได้รับการเลือกตั้งจากที่ประชุมใหญ่ให้เป็นผู้แทนสมาชิก ต้องรับผิดชอบต่อสมาชิก ในสหกรณ์ชั้นปฐมสมาชิกมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกัน (สมาชิกหนึ่งคนหนึ่งเสียง) สำหรับสหกรณ์ในระดับอื่น ๆ ก็ดำเนินการตามแนวทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน

หลักการที่ 3 การมีส่วนร่วมทางเศรษฐกิจของสมาชิก (Member Economic Participation)

สมาชิกมีส่วนร่วมในการลงทุน (ซื้อหุ้น) ในสหกรณ์ของตนเองอย่างเสมอภาคกัน และมีส่วนในการควบคุมการใช้เงินทุนของสหกรณ์ตามแนวทางประชาธิปไตย ทุนของสหกรณ์อย่างน้อย ๆ ส่วนหนึ่งต้องเป็นทรัพย์สินส่วนรวมของสหกรณ์ โดยปกติสมาชิกจะได้รับผลตอบแทน (ถ้ามี) ในอัตราที่จำกัดตามเงินลงทุน (หุ้น) ที่กำหนดเป็นเงื่อนไขของการเข้าเป็นสมาชิก สมาชิกสามารถจัดสรรเงินส่วนเกินของสหกรณ์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งหรือทุกอย่างตามข้อบังคับดังนี้ คือ

1. เพื่อการพัฒนาสหกรณ์โดยอาจกันไว้เป็นทุนสำรอง โดยจะต้องมีส่วนหนึ่งที่น่ามาแบ่งปันกันไม่ได้

2. เพื่อตอบแทนแก่สมาชิกตามสัดส่วนของปริมาณธุรกิจที่สมาชิกได้ทำกับสหกรณ์

3. เพื่อสนับสนุนกิจกรรมต่าง ๆ ที่มวลสมาชิกเห็นชอบ

หลักการที่ 4 การปกครองตนเองและความเป็นอิสระ (Autonomy and Independence)

สหกรณ์เป็นองค์การที่พึ่งพาตนเองและปกครองตนเอง โดยการควบคุมของมวลสมาชิก หากสหกรณ์จะต้องมีข้อตกลงผูกพันกับองค์การอื่นใด ซึ่งรวมถึงหน่วยงานของรัฐบาลด้วย หรือจะต้องเพิ่มเงินลงทุน



โดยอาศัยแหล่งเงินทุนจากภายนอกสหกรณ์ สหกรณ์จะต้องกระทำการดังกล่าวภายใต้เงื่อนไขที่มั่นใจได้ว่ามวลสมาชิกจะยังคงดำรงไว้ซึ่งอำนาจในการควบคุมสหกรณ์ตามแนวทางประชาธิปไตย และสหกรณ์ยังคงดำรงความเป็นอิสระ

หลักการที่ 5 การศึกษา ฝึกอบรม และสารสนเทศ (Education, Training and Information)

สหกรณ์พึงให้การศึกษและการฝึกอบรมแก่สมาชิก ผู้แทนสมาชิกที่ได้รับการเลือกตั้ง ผู้จัดการและเจ้าหน้าที่สหกรณ์ เพื่อให้บุคลากรเหล่านี้สามารถมีส่วนร่วมช่วยพัฒนาสหกรณ์ของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ และพึงให้ข่าวสารแก่สาธารณชนโดยเฉพาะอย่างยิ่งเยาวชนและบรรดาผู้นำทางความคิดในเรื่องคุณลักษณะและคุณประโยชน์ของสหกรณ์

หลักการที่ 6 การร่วมมือระหว่างสหกรณ์ (Cooperation among Cooperatives)

สหกรณ์จะสามารถให้บริการแก่สมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด และเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ขบวนการสหกรณ์ได้ โดยร่วมมือกันในระดับท้องถิ่น ระดับชาติ ระดับภูมิภาค และระดับนานาชาติ

หลักการที่ 7 การเอื้ออาทรต่อชุมชน (Concern for Community)

สหกรณ์พึงดำเนินกิจการต่างๆ เพื่อการพัฒนาชุมชนให้มีความเจริญยั่งยืนตามนโยบายที่มวลสมาชิกเห็นชอบ

ประเภทสหกรณ์ คือ กลุ่มสหกรณ์ที่มีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์หลักอย่างเดียวกัน เช่น กลุ่มสหกรณ์การเกษตร กลุ่มสหกรณ์ประมง กลุ่มสหกรณ์นิคม กลุ่มสหกรณ์ร้านค้า ฯลฯ ตามมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ปัจจุบันเป็นไปตามกฎกระทรวงกำหนดประเภทสหกรณ์ที่จะรับจดทะเบียน พ.ศ.2548 กำหนดไว้ 7 ประเภท ดังต่อไปนี้ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ออมทรัพย์ สหกรณ์ประมง สหกรณ์นิคม สหกรณ์บริการ สหกรณ์เครดิตยูเนียน

5. ความแตกต่างของสหกรณ์และองค์กรธุรกิจรูปอื่น

จากการศึกษาสหกรณ์และองค์กรธุรกิจรูปอื่นสามารถเปรียบเทียบ วัตถุประสงค์ ลักษณะการรวมกัน ทุน และมูลค่าหุ้น การควบคุมและการออกเสียง และการแบ่งกำไร สามารถสรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 1 การเปรียบเทียบสหกรณ์และองค์กรธุรกิจรูปอื่น

| ลักษณะ | สหกรณ์ | ห้างหุ้นส่วน/บริษัท จำกัด |
|---------------------|---|---|
| 1. วัตถุประสงค์ | ดำเนินธุรกิจและบริการเพื่อช่วยเหลือสมาชิก ในการแก้ไขปัญหาต่างๆ | ดำเนินธุรกิจเพื่อการค้า ทำธุรกิจกับบุคคลภายนอกเพื่อแสวงหากำไรให้มากที่สุด |
| 2. ลักษณะการรวมกัน | มุ่งด้านการรวบรวมคนมากกว่าทุน | มุ่งด้านการรวบรวมทุนต้องการทุนในการดำเนินงานมาก |
| 3. ทุนและมูลค่าหุ้น | ราคาหุ้นคงที่และมีอัตราค่าเพื่อให้ทุกคนสามารถเข้าถึงหุ้นได้ หุ้นมีจำนวนไม่จำกัด | ราคาหุ้นเปลี่ยนแปลงตามฐานะของกิจการ จำนวนหุ้นมีจำกัด |



| ลักษณะ | สหกรณ์ | ห้างหุ้นส่วน/บริษัท จำกัด |
|-----------------------------|--|---|
| 4. การควบคุม และการออกเสียง | ควบคุมตามแบบประชาธิปไตย สมาชิกออกเสียงได้ คนละหนึ่งเสียง (ยกเว้นระดับชุมนุมสหกรณ์) และออกเสียงแทนกันไม่ได้ | ออกเสียงได้ตามจำนวนหุ้นที่ถือและออกเสียงแทนกันได้ |
| 5. การแบ่งกำไร | การแบ่งกำไรจะแบ่งตามความมากน้อยของการทำธุรกิจกับสหกรณ์ และจำนวนหุ้นที่ถือ | การแบ่งกำไร แบ่งตามจำนวนหุ้นที่ถือ ถือหุ้นมากได้เงินปันผลคืนมาก |

6. กฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานสหกรณ์โคเนื้อในต่างประเทศ

การจัดประเภทของสหกรณ์โดยอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายสหกรณ์ แบ่งได้ 2 รูปแบบ

รูปแบบที่ 1 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายสหกรณ์หลายฉบับ เช่น ประเทศญี่ปุ่น เกาหลีใต้ มีกฎหมายสหกรณ์สำหรับสหกรณ์แต่ละประเภท เช่น กฎหมายสหกรณ์การเกษตรสำหรับประเภทสหกรณ์การเกษตร กฎหมายสหกรณ์ประมงสำหรับประเภทสหกรณ์ประมง กฎหมายสหกรณ์ปศุสัตว์สำหรับสหกรณ์ปศุสัตว์ กฎหมายสหกรณ์ป่าไม้สำหรับสหกรณ์ป่าไม้ กฎหมายสหกรณ์เครดิตยูเนียนสำหรับสหกรณ์เครดิตยูเนียน ฯลฯ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศแคนาดา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายสหกรณ์หลายฉบับก็ยังมีกฎหมายสหกรณ์สำหรับสหกรณ์แต่ละประเภทในทำนองเดียวกัน

รูปแบบที่ 2 ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายสหกรณ์ฉบับเดียว เช่น ประเทศไทย และฟิลิปปินส์ มีกฎหมายสหกรณ์ฉบับเดียวใช้บังคับแก่สหกรณ์ทุกประเภท พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2511 และ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 ของไทย มาตรา 33 วรรคสุดท้าย บัญญัติไว้เหมือนกันว่า "ประเภทของสหกรณ์ที่จะรับจดทะเบียนให้กำหนดโดยกฎกระทรวง" ในปัจจุบันเราจึงมีกฎกระทรวง (พ.ศ.2548) ออกตามความใน พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ใช้บังคับอยู่ โดยกำหนดให้มีสหกรณ์ 7 ประเภท คือ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ประมง สหกรณ์นิคม สหกรณ์ร้านค้า สหกรณ์บริการ สหกรณ์ออมทรัพย์ และสหกรณ์เครดิตยูเนียน ส่วนประเทศฟิลิปปินส์ ประมวลกฎหมายสหกรณ์สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ค.ศ. 1990 มาตรา 23 ได้แบ่งประเภทสหกรณ์ไว้ 6 ประเภท คือ สหกรณ์สินเชื่อ สหกรณ์ผู้บริโภค สหกรณ์ผู้ผลิต สหกรณ์การตลาด สหกรณ์บริการ สหกรณ์เอนกประสงค์

นอกจากนี้กฎหมายสหกรณ์ต่างประเทศยังมีแนวโน้มที่จะมีการแยกบทบัญญัติที่ใช้เฉพาะกับสหกรณ์ที่ดำเนินกิจกรรมบางอย่าง หรือสหกรณ์บางประเภทแยกจากกัน แต่ยังคงอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน รวมไปถึงการนำองค์กรหรือมาตรการตามกฎหมายเรื่อง ๆ มาใช้ในการกำกับกิจกรรมของสหกรณ์ในประเทศตน โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายสหกรณ์ด้วย

จากการศึกษากฎหมายในประเทศไทยและกฎหมายต่างประเทศสามารถเปรียบเทียบความแตกต่างตามลักษณะกฎหมาย รูปแบบการตรากฎหมาย และนโยบายของรัฐต่อการดำเนินงานของสหกรณ์ สามารถสรุปได้ดังนี้



ตารางที่ 2 การเปรียบเทียบลักษณะกฎหมายต่างประเทศ

| หลักการ | ประเทศไทย | ฟิลิปปินส์ | สิงคโปร์ | ญี่ปุ่น | เกาหลี |
|----------------------------|---|---|---|---|---|
| รูปแบบการ ตรา กฎหมาย | มีกฎหมายฉบับ เดียวโดย ประเภท สหกรณ์แยก ตาม กฎกระทรวง | มีกฎหมายฉบับ เดียว แต่มี บทบัญญัติแยก สหกรณ์เฉพาะ กิจการแยกเป็น สัดส่วนชัดเจน | แยกบทบัญญัติ ระหว่างสหกรณ์ กับสหกรณ์ เครดิตออกจาก กัน | มี The Agricultural Cooperative Society Law เฉพาะ สหกรณ์ | มีกฎหมายกลาง ของสหกรณ์ พร้อมทั้งมี กฎหมายเฉพาะ กิจ ได้แก่ สหกรณ์เครดิต ชุมชน สหกรณ์ ผู้บริโภค, สหกรณ์ วิสาหกิจขนาด เล็กและขนาด กลาง, สหกรณ์ อุตสาหกรรม |
| นโยบายของ รัฐ ต่อสหกรณ์ | รัฐกำหนด นโยบาย โดยตรงและดูแล อย่าง ใกล้ชิด | รัฐกำหนด นโยบาย ให้ หน่วยงานของรัฐ ทั้งหลายพึง ส่งเสริม ให้ความ ช่วยเหลือ | มิได้กำหนด นโยบายใด ๆ | หากเป็นสหกรณ์ การเกษตรมุ่งเน้น ในทาง พัฒนาระบบ สหกรณ์ การเกษตรที่ ให้บริการที่ดีที่สุดแก่ สมาชิก โดยไม่ แสวงหา กำไร | รัฐจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวก ที่จำเป็น และมี การส่งเสริมภาค สหกรณ์ให้มี การ วิจัยและพัฒนา ในด้าน ต่าง ๆ |

หากพิจารณาในระดับบทบัญญัติของกฎหมาย พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายสหกรณ์ฉบับเดียวที่มีบทบัญญัติอย่างกว้างมากกว่ากฎหมายสหกรณ์ประเทศอื่นที่ยกมาศึกษา สังเกตได้จากแนวทางการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับสหกรณ์ ชุมนุมสหกรณ์ และสันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย โดยเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะกว้าง รายละเอียดน้อยกว่ากฎหมายสหกรณ์ฉบับอื่นอยู่หลายประการ แต่สิ่งที่กฎหมายสหกรณ์ไทยมีอยู่อย่างโดดเด่น คือ อำนาจของภาครัฐผ่านกลไกต่าง ๆ ได้แก่ คณะกรรมการพัฒนาการสหกรณ์แห่งชาติ นายทะเบียนสหกรณ์ กองทุนพัฒนาสหกรณ์

เมื่อศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานสหกรณ์โคเนโอในต่างประเทศ ผู้เขียนจึงได้ยกตัวอย่างของกฎหมายสหกรณ์ในประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากสหกรณ์ในประเทศญี่ปุ่นประสบความสำเร็จในการประกอบธุรกิจอย่างเห็นได้ชัด ประเทศญี่ปุ่นมีพื้นที่ทำการเกษตรประมาณร้อยละ 15 จึงมีการใช้เทคโนโลยีการผลิตขั้นสูง เพื่อให้ได้ผลผลิตจำนวนมาก หลังจากสงครามโลกได้ยุติลงประเทศญี่ปุ่นได้ทำการรวบรวมปัจจัยด้าน การผลิต ได้แก่ แรงงานที่ดิน เพื่อใช้ในการผลิตอาหารและบริการที่เป็นที่ต้องการของชุมชน อีกทั้งยังนำรูปแบบของสหกรณ์ การเกษตรมาใช้โดยสหกรณ์ของญี่ปุ่นให้ความสำคัญ 3 H ที่เป็นหลักแนวทางการดำเนินงานของสหกรณ์ใน 3 ด้าน คือ สุขภาพที่ดี (Healthy) คุณภาพสูง (High quality) และเทคโนโลยีขั้นสูง (High technology) กฎหมายสหกรณ์ของประเทศญี่ปุ่นใช้รูปแบบการตรากฎหมายสหกรณ์เฉพาะกิจการ ซึ่งมีความแตกต่างกันตามรายงานของ CA Committee on Consumer Cooperation for Asia and the Pacific สหกรณ์ของญี่ปุ่นใช้วิธีการดำเนินการแบบองค์กรธุรกิจ โดยผลิตสินค้าและบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของตลาด ตอบสนองผู้ผลิต และความต้องการสินเชื่อหรือเครดิตของเหล่าสมาชิกยิ่งไปกว่านั้น ปัจจัยต่อไปนี้ช่วยส่งเสริมความสำเร็จของสหกรณ์การเกษตรในญี่ปุ่นต้องถูกขับเคลื่อนโดยสมาชิก การบริหารงานต้องกระทำโดยผู้ที่มีประสบการณ์ และมีความเป็นมืออาชีพ ใช้ หลักการ “พร้อมรับผิดชอบต่อหน้าที่” และ “สามารถตอบคำถามได้” ยึดมั่นในแนวคิด “ร่วมด้วยกัน 65 แล้วใช้ประโยชน์” เจ้าหน้าที่ที่ได้รับเลือกตั้งต้องได้รับคำตอบแทนชดเชยมีการบูรณาการรูปแบบ การดำเนินการโดยคำนึงถึง



ความต้องการของสมาชิกเป็นหลัก ให้การสนับสนุนสหกรณ์ระดับล่างให้มี การบริการแก่สมาชิกได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น จัดให้มีการให้ความรู้แก่สมาชิกอย่างเข้มข้น คำนึงในการดำเนินงาน คือ คัดเลือก เข้าถึง ใช้งานอย่างเหมาะสมและมีเทคโนโลยีที่ทันสมัย ตั้งอยู่ได้และมีความเชื่อมโยงกับการวิจัยภายนอก ต้องยกระดับตนเองให้พึ่งพาตนเองได้ ต้องเป็นสถาบันที่เปิดกว้าง มีคุณธรรม เอาใจใส่ และตระหนักถึงสังคมแวดล้อม

7. สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ)

สิทธิมนุษยชน คือ สิ่งจำเป็นสำหรับคนทุกคนที่ต้องได้รับในฐานะที่เป็นคน เพื่อให้คน ๆ นั้นมีชีวิตอยู่รอดได้และมีการพัฒนา สิทธิมนุษยชนจึงมี 2 ระดับ ดังนี้

ระดับแรก คือ สิทธิที่ติดตัวคนทุกคนมาแต่เกิด ไม่สามารถถ่ายโอนให้ แก่กันได้อยู่เหนือกฎหมายและอำนาจใด ๆ ของรัฐทุกรัฐ สิทธิเหล่านี้ ได้แก่ สิทธิในชีวิต ห้ามฆ่าหรือทำร้ายต่อชีวิต ห้ามการค้ามนุษย์ ห้ามทรมานอย่างโหดร้าย คนทุกคนมีสิทธิ ในความเชื่อโนธรรมหรือลัทธิทางศาสนาทางการเมืองมีเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และแสดงออกหรือการสื่อความหมายโดยวิธีอื่น สิทธิมนุษยชนเหล่านี้ไม่ต้องมีกฎหมายมารองรับสิทธิเหล่านี้ก็ดำรงอยู่ ซึ่งอย่างน้อยอยู่ในโนธรรมสำนึกถึงบาปบุญ คุณโทษที่อยู่ในตัวของแต่ละคน เช่น แม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติว่าการฆ่าคนเป็นความผิดตาม กฎหมายแต่คนทุกคนมีสำนึกรู้ได้เองว่าการฆ่าคนนั้นเป็นสิ่งต้องห้าม เป็นบาปในทางศาสนา

ระดับที่สอง คือ เป็นสิทธิที่ต้องได้รับการรับรองในรูปของกฎหมายหรือต้องได้ รับการคุ้มครองโดยรัฐบาล ได้แก่ การได้รับสัญชาติการมีงานทำการได้รับความคุ้มครอง แรงงาน ความเสมอภาคของหญิงชาย สิทธิของเด็ก เยาวชน ผู้สูงอายุ และคนพิการ การได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน การประกันการว่างงาน การได้รับบริการทางด้านสาธารณสุข การสามารถแสดงออกทางด้านวัฒนธรรมอย่างอิสระ สามารถได้รับความเพลิดเพลิน จากศิลปะ วัฒนธรรมในกลุ่มของตน เป็นต้น ทั้งนี้สิทธิมนุษยชนระดับที่สองนี้ต้องเขียน รับรองไว้ในกฎหมาย หรือรัฐธรรมนูญ หรือแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐของแต่ละประเทศ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่อยู่ในรัฐนั้นจะได้รับความคุ้มครองชีวิตความเป็นอยู่ ให้มีความเหมาะสมแก่ความเป็นมนุษย์

“สิทธิเสรีภาพ” (Rights and Liberties) ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2552 ได้บัญญัติไว้เป็น 2 คำ คือ “เสรีภาพ” คือ ความสามารถที่จะกระทำการใด ๆ ได้ตามที่ตนปรารถนาโดยไม่มีอุปสรรคขัดขวาง เช่น เสรีภาพในการพูด เสรีภาพในการนับถือศาสนา ความมีสิทธิที่จะทำ จะพูดได้โดยไม่ละเมิดสิทธิของผู้อื่น และ “สิทธิ” คือ ประโยชน์ที่กฎหมายรับรอง ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายในขอบเขตที่แคบ ในแง่ที่ว่าคนจะมีสิทธิได้ต้องมีกฎหมายรับรองไว้เท่านั้น ถ้ากฎหมายไม่เขียนรับรองไว้ย่อมไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิแต่ในแง่ของ “สิทธิมนุษยชน” นั้น ขอบเขตของสิทธิมนุษยชนกว้างกว่าสิ่งที่กฎหมายรับรอง สิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองทั่วโลกว่าเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติต่อมนุษย์นั้น สามารถจำแนกได้ครอบคลุมสิทธิ 5 ประเภท ได้แก่ สิทธิพลเมือง สิทธิพลเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สิทธิทางสังคม สิทธิทางวัฒนธรรม

เมื่อกล่าวถึงสิทธิทางการเมือง เป็นสิทธิในการเลือกวิถีชีวิตของตนเองทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมรวมถึงการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก สิทธิการมีส่วนร่วมกับรัฐในการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ สิทธิในการเลือกตั้งอย่างเสรี และเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ภายใต้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 และประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ ในเรื่องการจัดตั้งสหกรณ์ (โคเนื้อ) การรับ



สมาชิกและสมาชิกสมทบที่ถูกจำกัดการสิทธิในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกข้ามเขตจังหวัด เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อภายในจังหวัดบุรีรัมย์ ไม่สามารถรวมกลุ่มเพื่อจัดตั้งสหกรณ์ (โคเนื้อได้) ส่งผลให้เกษตรกรไม่มีอำนาจการต่อรอง และไม่ได้รับการดูแลสนับสนุนจากทางภาครัฐผ่านระบบสหกรณ์

8. มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ)

การจัดตั้งสหกรณ์

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 4 กำหนดวัตถุประสงค์และกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น เพื่อให้บริการและส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิก ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการอุดมการณ์ และวิธีการสหกรณ์ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดประเภทสหกรณ์

ผู้จัดตั้งสหกรณ์สามารถปฏิบัติได้อย่างถูกต้อง รวดเร็ว โดยสหกรณ์ได้กำหนดการเตรียมการเบื้องต้นและแนวทางปฏิบัติในการดำเนินการขอจัดตั้งสหกรณ์ไว้ ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 เตรียมการเบื้องต้น โดยการรวบรวมกลุ่มบุคคลที่มีกิจการร่วมกันจำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน บุคคลที่รวมกันนี้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาและบรรลุนิติภาวะ กำหนดวัตถุประสงค์และกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น เพื่อให้บริการและส่งเสริมฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิก ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการอุดมการณ์ และวิธีการสหกรณ์เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดประเภทสหกรณ์ และจัดทำร่างแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมตามวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้นอย่างคร่าว ๆ อย่างน้อย 1 – 3 ปี ประกอบด้วย ธุรกิจที่จะให้บริการแก่สมาชิก การจัดจ้างเจ้าหน้าที่ แหล่งที่มาของเงินทุน รายได้และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ เพื่อพิจารณาความเป็นไปได้และความเหมาะสมในการจัดตั้งสหกรณ์

ขั้นตอนที่ 2 ประสานงาน คณะบุคคลซึ่งประสงค์จะจัดตั้งสหกรณ์แต่งตั้งตัวแทนในการประสานงานกับเจ้าหน้าที่ส่งเสริมสหกรณ์ ณ สำนักงานสหกรณ์จังหวัดหรือสำนักงานส่งเสริมสหกรณ์ พื้นที่ 1, พื้นที่ 2 ในพื้นที่ที่จะจัดตั้งสหกรณ์ เพื่อดำเนินการประชุมและจัดให้มีการฝึกอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับการสหกรณ์ ไม่น้อยกว่า 6 ชั่วโมงจากผู้ทรงคุณวุฒิ หรือนักวิชาการ หรือผู้ที่มีประสบการณ์ด้านสหกรณ์ ขอคำแนะนำในการจัดทำแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์และอื่น ๆ และกำหนดวันประชุมในแต่ละครั้ง เพื่อให้เจ้าหน้าที่ส่งเสริมสหกรณ์เข้าร่วมประชุมชี้แจง และแนะนำการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง

ขั้นตอนที่ 3 จัดประชุมผู้ซึ่งประสงค์จะเป็นสมาชิกสหกรณ์ เพื่อพิจารณากำหนดชื่อสหกรณ์ที่จะขอจัดตั้งอย่างน้อย 3 ชื่อ เรียงลำดับตามความต้องการคัดเลือกบุคคลในที่ประชุม จำนวนไม่น้อยกว่า 10 คน เป็นผู้แทนเพื่อดำเนินการขอจดทะเบียนสหกรณ์ เรียกว่า “คณะผู้จัดตั้งสหกรณ์” แล้วให้คณะผู้จัดตั้งสหกรณ์เลือกในระหว่างกันเองเป็นประธาน รองประธาน เลขานุการ และเหรัญญิก เสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการกำหนดวัตถุประสงค์ประเภทของสหกรณ์ กำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์และร่างข้อบังคับ (เฉพาะส่วนที่สำคัญ) เพื่อให้คณะผู้จัดตั้งสหกรณ์ใช้ประกอบการพิจารณาต่อไป การดำเนินการแผนธุรกิจของสหกรณ์ต้องดำเนินการตามประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจ

ขั้นตอนที่ 4 ประชุมคณะผู้จัดตั้งสหกรณ์ เพื่อพิจารณาเลือกประเภทสหกรณ์ และกำหนดวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง จัดทำแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ จัดทำบัญชีรายชื่อผู้ซึ่งประสงค์



จะเป็นสมาชิกสหกรณ์ตามใบสมัครที่รวบรวมได้ พร้อมทั้งกำหนดรูปแบบการจัดทำทะเบียนสมาชิกและทะเบียนหุ้น และจัดทำร่างข้อบังคับสหกรณ์

การกำกับดูแลสหกรณ์ ในส่วนของการบริหารงานตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 กำหนดให้กรมส่งเสริมสหกรณ์มีฐานะเป็นนายทะเบียนสหกรณ์มีอำนาจในการกำกับดูแลสหกรณ์ทำหน้าที่รับจดทะเบียนส่งเสริมช่วยเหลือ แนะนำและกำกับดูแลการดำเนินงานของสหกรณ์ให้เป็นไปตามกฎหมายและเป็นไปตามหลักอุดมการณ์ของสหกรณ์ เพื่อพัฒนาและเสริมสร้างความเข้มแข็งแก่สหกรณ์ ดูแลการดำเนินงานของสหกรณ์ และกำกับดูแลสหกรณ์ ให้ดำเนินกิจการตามวัตถุประสงค์ หากเห็นว่าสหกรณ์กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ อันอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สหกรณ์หรือสมาชิก

9. การบริหารงานขององค์กร

สมาชิกใช้อำนาจสูงสุดในการควบคุมการดำเนินงานของสหกรณ์ โดยผ่านที่ประชุมใหญ่ ซึ่งสหกรณ์ต้องมีสมาชิกรวมกันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยคน ในกรณีเป็นการประชุมใหญ่โดยผู้แทนสมาชิก (ผู้แทนสมาชิกมีได้เฉพาะสหกรณ์ที่มีสมาชิกมากกว่า 500 คน ซึ่งจะกำหนดในข้อบังคับ โดยผู้แทนสมาชิกจะมีน้อยกว่า 100 คน ไม่ได้ต้องมีผู้แทนสมาชิกรวมกันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้แทนสมาชิกทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่าร้อยคน จึงจะเป็นองค์ประชุม ความสัมพันธ์ของสมาชิกสมทบกับสหกรณ์หรือสมาชิกสหกรณ์ มาตรา 41 วรรคสาม พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสัมพันธ์ของสมาชิกสมทบกับสหกรณ์หรือสมาชิกสหกรณ์ที่สหกรณ์แต่ละประเภท และกำหนดเป็นคุณสมบัติของสมาชิกไว้

การรับสมาชิกสหกรณ์ ประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง โดยผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกของสหกรณ์และการรับสมาชิกใหม่มีการกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกสมทบ ให้กำหนดได้เฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับสมาชิก หรือเป็นบุคคลในองค์กรหรือหน่วยงานที่ขาดคุณสมบัติจะสมัครเข้าเป็นสมาชิกสหกรณ์ หรือเป็นบุคคลที่อาศัยหรือประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่หรือพื้นที่ใกล้เคียง ตามคุณสมบัติในการรับสมาชิกที่กำหนดในข้อบังคับแต่ขาดคุณสมบัติที่จะสมัครเข้าเป็นสมาชิก กรณีการรับสมาชิกสมทบในพื้นที่ใกล้เคียงให้รับได้เฉพาะเท่าที่จำเป็นและจะบังเกิดผลดีแก่การดำเนินงาน และมีความสะดวกที่จะดำเนินธุรกิจร่วมกับสหกรณ์

สิทธิของสมาชิก สมาชิกมีสิทธิร้องขอให้คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์เรียกประชุมใหญ่ วิสามัญได้ โดยจะต้องมีสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมด หรือไม่น้อยกว่า 100 คน ลงลายมือชื่อทำเป็นหนังสือร้องขอต่อคณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์ สมาชิกหนึ่งคนให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนนซึ่งการวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมใหญ่ให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่ การแก้ไขเพิ่มเติมข้อบังคับ การควบสหกรณ์ การแยกสหกรณ์ การเลิกสหกรณ์ และการอื่นใดที่ข้อบังคับกำหนดไว้ ให้ถือเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวน สมาชิก หรือผู้แทนสมาชิกซึ่งมาประชุม

หน้าที่ของสมาชิก คือ สิ่งที่สมาชิกสหกรณ์จะต้องปฏิบัติหรือกระทำตาม หากไม่ปฏิบัติตามหน้าที่แล้วสมาชิกสหกรณ์ย่อมจะมีความผิด ซึ่งอาจจะถูกลงโทษหรือบางครั้งอาจจะทำให้สหกรณ์ไม่เจริญเท่าที่ควรหรือสมาชิกจะเสียประโยชน์ทั้งส่วนตัวและส่วนรวมด้วย



หน้าที่ของสมาชิก มีดังนี้

- (1) ปฏิบัติตามข้อบังคับ ระเบียบ และมติที่ประชุมใหญ่
- (2) เข้าร่วมประชุมทุกๆ ครั้ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประชุมใหญ่ของสหกรณ์ เพราะทำให้สมาชิกได้ทราบถึงผลการดำเนินงานของสหกรณ์
- (3) มีความสามัคคีกลมเกลียว ซื่อสัตย์ และเสียสละเพื่อผลประโยชน์ ของส่วนรวม
- (4) ให้ความร่วมมือส่งเสริมกิจการสหกรณ์ โดยถือหุ้นเพิ่มขึ้น หรือฝากเงินเพิ่ม หรือใช้บริการของสหกรณ์
- (5) ควบคุมดูแลกิจการของสหกรณ์ โดยเสนอข้อคิดเห็นในที่ประชุมใหญ่เลือกสมาชิกที่ดี และเหมาะสมเป็นกรรมการของสหกรณ์
- (6) เลือกผู้ตรวจสอบกิจการ เพื่อตรวจสอบการดำเนินงานของสหกรณ์
- (7) ประพฤติตนในทางที่ถูกที่ควร เป็นต้นว่า มีใจกว้างยอมรับวิธีการ ใหม่ ๆ
- (8) ทำธุรกิจกับสหกรณ์ด้วยความรักดี พยายามสนใจและใช้บริการ ของสหกรณ์และชักชวนคนอื่นให้เข้ามาเป็นสมาชิกสหกรณ์

10. วิธีการดำเนินธุรกิจ

ประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง ได้แก่

10.1. การวางแผนกิจการต้องมีกิจการร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์ในลักษณะที่ไม่มุ่งหวังจะแสวงหากำไรสูงสุด มุ่งเน้นกระทำธุรกิจกับสมาชิกเพื่อจะแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกเป็นหลักและธุรกิจนั้นต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งสหกรณ์

10.2. ลักษณะธุรกิจ ธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง ต้องเป็นธุรกิจที่ตอบสนองความต้องการของสมาชิกในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนในการประกอบอาชีพ หรือแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิก ซึ่งจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและไม่มุ่งดำเนินธุรกิจเพื่อแสวงหากำไรมาแบ่งปันกันในหมู่สมาชิก

10.3. ธุรกิจที่ห้ามประกอบกิจกรรมของสหกรณ์ ดังต่อไปนี้

(1) การดำเนินธุรกิจที่มีใช้กิจการร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์หรือไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งสหกรณ์

(2) การดำเนินธุรกิจขายตรงหรือธุรกิจอื่นใดในลักษณะเดียวกัน ซึ่งมีการระดมการรับสมาชิกในลักษณะที่มุ่งเสนอผลตอบแทนจากการดำเนินธุรกิจในรูปแบบขายตรงหรือแชร์ลูกโซ่โดยที่ผู้สมัครเป็นสมาชิกไม่ได้เป็นผู้ที่เห็นชอบในวัตถุประสงค์ของสหกรณ์

(3) การดำเนินธุรกิจที่กระทำกับสมาชิกสมทบเป็นหลัก หรือมุ่งเน้นที่จะทำธุรกิจกับสมาชิกสมทบเกินกว่าสมาชิกโดยรวม

(4) การจัดซื้อหรือจัดหาที่ดินเพื่อพัฒนาเป็นที่อยู่อาศัย โดยสมาชิกไม่ได้เป็นผู้ที่มีความเดือดร้อนเรื่องที่อยู่อาศัย รวมถึงการสร้างบ้านหรือที่อยู่อาศัยเกินกว่าจำนวนสมาชิกแรกตั้งเพื่อนำไปจัดสรรหรือขายให้แก่บุคคลภายนอกเป็นหลัก



(5) การดำเนินธุรกิจในลักษณะที่ทำให้เชื่อได้ว่าเป็นการหลบเลี่ยงภาษีหรือเป็นการหลบเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องหรือมีพฤติการณ์ใด ๆ อันจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบสหกรณ์โดยรวม

10.4. ลักษณะสมาชิกสมาชิกสหกรณ์จะต้องเป็นผู้ที่มีปัญหาความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมตามวัตถุประสงค์ที่ขอกจดทะเบียนเป็นผู้ที่มีความมุ่งหวังที่จะใช้หลักการและวิธีการสหกรณ์แก้ไขปัญหาความเดือดร้อนดังกล่าว

10.5. การจัดหาเงินทุนการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจจะต้องมีความเป็นไปได้ในการจัดหาเงินทุนเพื่อใช้ในกิจกรรมที่เกี่ยวข้องซึ่งจะต้องมุ่งเน้นการสะสมทุนจากสมาชิกและการจัดสรรกำไรสุทธิประจำปีของสหกรณ์เป็นหลัก

10.6. หากแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจที่กำหนดจะต้องใช้ทุนดำเนินงานเกินกว่าการสะสมทุนข้างต้น และมีแผนการจัดหาเงินทุนจากแหล่งอื่น เช่น การกู้ยืมเงินจากภายนอก การขอหรือรับเงินช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรเอกชนใด ๆ จะต้องกำหนดแหล่งเงินทุนที่ชัดเจน รวมถึงแสดงหลักฐานอันจะทำให้เชื่อได้ว่าเมื่อจัดตั้งเป็นสหกรณ์แล้วจะได้รับเงินกู้หรือเงินช่วยเหลือดังกล่าว

ทั้งนี้ หากสหกรณ์ที่ได้รับจดทะเบียนไม่อาจจัดหาเงินทุนได้ตามแผนฯ ภายในหนึ่งปี โดยไม่มีเหตุอันสมควรจนเป็นเหตุให้เห็นว่าสหกรณ์ไม่อาจดำเนินกิจการให้เป็นผลดี นายทะเบียนสหกรณ์จะพิจารณาใช้อำนาจสั่งเลิกสหกรณ์ดังกล่าวเสีย

11. สภาพปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ)

จากการศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์ (โคเนื้อ) ในประเทศไทย พบว่ามาตรการทางกฎหมายมีช่องว่าง ก่อให้เกิดปัญหาแก่เกษตรกรผู้เลี้ยงโค ซึ่งส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการขับเคลื่อนอุตสาหกรรมโคเนื้อในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

11.1 การจัดตั้งสหกรณ์

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 4 กำหนดวัตถุประสงค์และกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้น เพื่อให้บริการและส่งเสริม ฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิก ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามหลักการอุดมการณ์ และวิธีการสหกรณ์ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดประเภทสหกรณ์และมาตรา 34 รวบรวมกลุ่มบุคคลที่มีกิจการร่วมกันจำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน ขั้นตอนเหมือนการจัดตั้งบริษัท เมื่อได้ศึกษาการเลี้ยงโคเนื้อภายในจังหวัดบุรีรัมย์พบว่า ไม่มีสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ในจังหวัดบุรีรัมย์ ทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคที่ประสงค์จะเป็นสมาชิกสหกรณ์ไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์ได้ เกษตรกรจึงรวมกลุ่มกันเพื่อจัดตั้งเป็นกลุ่มวิสาหกิจชุมชน เนื่องจากวิสาหกิจชุมชนนั้น มีขั้นตอนในการจัดตั้งง่ายกว่าสหกรณ์ และมีหลักเกณฑ์ในการรวมกลุ่มน้อยกว่าสหกรณ์ เมื่อเกษตรกรไม่ได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์แล้ว ทำให้ไม่มีอำนาจในการต่อรองราคาในการซื้อขายโคเนื้อและการหาตลาดเพื่อขุนโคเนื้อ และไม่มีตลาดในรับซื้อโคเนื้อ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับเกษตรกรที่เป็นสมาชิกสหกรณ์ ทำหน้าที่เป็นตัวกลางในการหาตลาดซื้อขาย และทำหน้าที่ต่อรองให้กับสมาชิก



11.2 การบริหารงานขององค์กร

การรับสมาชิกใหม่หรือสมาชิกสมทบตามประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง โดยผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกของสหกรณ์และการรับสมาชิกใหม่มีการกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกสมทบเฉพาะผู้ที่มีความสัมพันธ์ทางเครือญาติกับสมาชิก หรือเป็นบุคคลในองค์กรหรือหน่วยงานที่มีคุณสมบัติจะสมัครเข้าเป็นสมาชิกสหกรณ์ หรือเป็นบุคคลที่อาศัย หรือประกอบอาชีพอยู่ในพื้นที่หรือพื้นที่ใกล้เคียง กรณีการรับสมาชิกสมทบในพื้นที่ใกล้เคียงให้รับได้เฉพาะเท่าที่จำเป็น และจะบังเกิดผลดีแก่การดำเนินงาน และมีความสะดวกที่จะดำเนินธุรกิจร่วมกับสหกรณ์ สมาชิกสหกรณ์ สมาชิกเป็นตัวขับเคลื่อนที่สำคัญของสหกรณ์ การเลี้ยงโคนเนื้อีมีหลากหลายสายพันธุ์ ทำให้เกษตรกรต้องการเป็นสมาชิกสหกรณ์ต่างพื้นที่ แต่การเข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือสมาชิกสมทบของสหกรณ์ผู้เข้าร่วมจะต้องมีคุณสมบัติตามที่สหกรณ์กำหนดและจะต้องอยู่ในพื้นที่ดำเนินงานของสหกรณ์เท่านั้น ทำให้เกษตรกรต่างพื้นที่ไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์ตามที่ต้องการได้ เมื่อสหกรณ์ต้องการวัวจำนวนมาก สหกรณ์จะต้องหาสมาชิกเพิ่ม เพื่อเพิ่มปริมาณวัวและทำกิจกรรมให้กับสหกรณ์ แต่การเข้าร่วมเป็นสมาชิกถูกกำหนดไว้ด้วยการจำกัดเขตพื้นที่ดำเนินงาน ทำให้สหกรณ์ไม่สามารถรับสมาชิกเพิ่มได้

เรียกประชุมใหญ่วิสามัญตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 55 เมื่อมีเหตุอันสมควร คณะกรรมการดำเนินการสหกรณ์จะเรียกประชุมใหญ่วิสามัญเมื่อใดก็ได้ แต่ถ้านายทะเบียนสหกรณ์มีหนังสือแจ้งให้เรียกประชุมใหญ่วิสามัญ หรือในกรณีที่สหกรณ์ขาดทุนเกินกึ่งของจำนวนทุนเรือนหุ้นที่ชำระแล้ว ต้องเรียกประชุมใหญ่วิสามัญโดยมิชักช้าแต่ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่สหกรณ์ทราบ มาตรการทางกฎหมายก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการสหกรณ์ทุกชั้นตอนต้องมีการประชุมลงมติทำให้การบริหารธุรกิจล่าช้า ในช่วงสถานการณ์โควิด 19 ที่ผ่านมาสหกรณ์ไม่สามารถดำเนินงานได้ เนื่องจากต้องรอเรียกประชุมใหญ่วิสามัญ เมื่อต้องแก้ไขปัญหาสหกรณ์ไม่สามารถดำเนินการแก้ไขได้ในทันที ต้องรอเพราะมติการประชุม

11.3 วิธีการดำเนินธุรกิจ

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 และประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง การวางแผนกิจการต้องมีกิจการร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์ในลักษณะที่ไม่มุ่งหวังจะแสวงหากำไรสูงสุด มุ่งเน้นกระทำธุรกิจกับสมาชิกเพื่อจะแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกเป็นหลัก และธุรกิจนั้นต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งสหกรณ์ ในการดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับโคเนื้อ จำเป็นต้องทำกิจกรรมร่วมกับภายนอก เพื่อส่งเสริมการเศรษฐกิจโคเนื้อให้เกิดสภาพคล่อง เมื่อศึกษาการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ (โคเนื้อ) พบว่าปัจจุบันมีหลายสหกรณ์ที่กำลังปิดตัวลง เนื่องจากขาดเงินทุนเวียนภายในสหกรณ์ สหกรณ์มีความจำเป็นจะต้องดำเนินธุรกิจกับบุคคลภายนอก สหกรณ์ควรดำเนินธุรกิจในลักษณะคล้ายกับบริษัท เพื่อให้สหกรณ์มีเงินทุนหมุนเวียนในสหกรณ์มากขึ้น แล้วนำเงินมาทำกิจกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อสมาชิก หรือปันผลให้กับสมาชิก เมื่อสหกรณ์ไม่สามารถดำเนินธุรกิจกับบุคคลภายนอก และต้องกระทำการในลักษณะที่ไม่มุ่งหวังจะแสวงหากำไรสูงสุด มุ่งเน้นกระทำธุรกิจกับเฉพาะกับสมาชิกส่งผลกระทบต่อสหกรณ์ที่ต้องการส่งออกเนื้อโคเพื่อขายและแข่งขันกับต่างประเทศ



12. บทวิเคราะห์

การจัดตั้งสหกรณ์ของประเทศไทยมีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 กำหนดให้สหกรณ์อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของ 2 หน่วยงาน ได้แก่ กรมส่งเสริมสหกรณ์ และกรมตรวจบัญชีสหกรณ์ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้กระทรวงเกษตรและสหกรณ์การเกษตร และมีการแบ่งประเภทของสหกรณ์แบ่งออกเป็น 7 ประเภท ได้แก่ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ออมทรัพย์ สหกรณ์ประมง สหกรณ์นิคม สหกรณ์บริการ สหกรณ์เครดิตยูเนียน เมื่อนำมาเทียบกับประเทศญี่ปุ่นที่เป็นกลุ่มประเทศที่ใช้กฎหมายสหกรณ์เฉพาะกิจการ เป็นการแบ่งแยกรูปแบบของสหกรณ์ตามลักษณะเฉพาะกลุ่มอุตสาหกรรม เมื่อนำมาเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของสหกรณ์ของไทย พบว่าพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ไม่สามารถช่วยเหลือ สนับสนุน และกำกับดูแลเกษตรกรได้อย่างทั่วถึงเท่ากับประเทศญี่ปุ่นเนื่องจากในประเทศญี่ปุ่นหน่วยงานรัฐให้การสนับสนุนเกษตรกรอย่างเต็มที่ และมีการแยกสหกรณ์เฉพาะกิจการอย่างชัดเจน รวมถึงมีการส่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเข้าไปดูแลสหกรณ์แต่ละประเภท จุดประสงค์ในการก่อตั้งสหกรณ์ของประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นมีความแตกต่างกัน สหกรณ์ของประเทศไทยรวมกันจัดตั้งขึ้นเพื่อให้สมาชิกดำเนินกิจการร่วมกันและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน เพื่อแก้ไขความเดือดร้อนในการประกอบอาชีพของสมาชิก และช่วยยกระดับฐานะความเป็นอยู่ของสมาชิกให้ดีขึ้นโดยไม่มุ่งหวังจะแสวงหากำไรสูงสุด มุ่งเน้นกระทำธุรกิจกับสมาชิก และต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์หลักในการจัดตั้งสหกรณ์ ในขณะที่ประเทศญี่ปุ่นมีจุดประสงค์ในการคุ้มครองเกษตรกรที่อาศัยอยู่ในชนบทและผู้ประกอบกิจการขนาดเล็ก โดยมีกฎหมายสหกรณ์ของประเทศเยอรมนีเป็นต้นแบบ

จากการศึกษาการเลี้ยงโคเนื้อในภาคอีสานต่างจากการเลี้ยงโคโดยทั่วไป เกษตรกรภายในภาคอีสานนิยมเลี้ยงโคแบบชายชาก หรือการเลี้ยงโคแบบไล่ทุ่ง และนิยมขายพ่อค้าคนกลาง หรือที่เรียกว่า ระบบนายฮ้อย ในจังหวัดบุรีรัมย์มีการเลี้ยงโคแบบเดี่ยว (เลี้ยงโคแบบไล่ทุ่ง) เลี้ยงแบบรวมกลุ่ม และเลี้ยงแบบรวมกลุ่มวิสาหกิจชุมชน แต่ไม่มีการรวมกลุ่มจัดตั้งเป็นสหกรณ์โคเนื้อภายในจังหวัดบุรีรัมย์ จึงได้ศึกษาปัญหาเกี่ยวกับพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ.2542 พบว่าเกษตรกรผู้เลี้ยงโคในจังหวัดบุรีรัมย์เคยเป็นสมาชิกสหกรณ์การเกษตร แต่ในจังหวัดบุรีรัมย์ไม่มีการจัดตั้งสหกรณ์โคเนื้อ เกษตรกรผู้เลี้ยงโคจึงไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์ (โคเนื้อได้) และในการจัดตั้งสหกรณ์โคเนื้อจำเป็นต้องรวบรวมบุคคลที่มีกิจการร่วมกันจำนวนไม่น้อยกว่าสิบคน เพื่อจัดตั้งสหกรณ์โคเนื้อตามวิธีการของสหกรณ์ และต้องจัดทำร่างแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมตามวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งขึ้นอย่างคร่าว ๆ แต่เกษตรกรในพื้นที่ที่มีกิจกรรมร่วมกันมีจำนวนน้อย ประกอบกับเกษตรกรไม่เข้าใจเกี่ยวกับการรวมกลุ่มจัดตั้งสหกรณ์ที่มีขั้นตอนเหมือนการจัดตั้งบริษัท ให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อในจังหวัดบุรีรัมย์ ไม่สามารถรวมกลุ่มเพื่อจัดตั้งสหกรณ์โคเนื้อได้ อีกทั้งยังพบว่าเกษตรกรผู้เลี้ยงโคมีการเลี้ยงโคต้นน้ำ (เน้นการผลิตลูกโค) โคกลางน้ำ (เน้นการผลิตโคขุนจากลูกโคให้ได้น้ำหนักประมาณ 400 กิโลกรัม) โคปลายน้ำ (เป็นการขุนโคกลางน้ำเป็นระยะเวลาประมาณ 10 เดือน เพื่อให้ได้เกรดไขมันแทรก) แต่เกษตรกรไม่มีตลาดในการซื้อขายวัว และไม่มีการแปรรูปผลิตภัณฑ์จากเนื้อโค ทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคส่วนใหญ่ต้องซื้อขายโคผ่านพ่อค้าคนกลาง (ระบบนายฮ้อย) โดยพ่อค้าคนกลางจะรวบรวมโคเนื้อจากกลุ่มเกษตรกร หรือเกษตรกรรายย่อย เพื่อนำมาขายต่อที่ตลาดนัดปศุสัตว์ตามภูมิภาคต่าง ๆ การซื้อขายผ่านพ่อค้าคนกลางทำให้เกษตรกรไม่มีอำนาจในการต่อรองราคา และโดนกดราคาจากพ่อค้าคนกลาง อุตสาหกรรมโคเนื้อในจังหวัดบุรีรัมย์ขาดการสนับสนุน ส่งเสริม และให้คำแนะนำในด้านการตลาด อำนาจการต่อรองราคากับผู้ซื้อผู้ขาย และการแปรรูปผลิตภัณฑ์



เมื่อศึกษาสภาพปัญหาของมาตรการทางกฎหมายสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 พบว่าเกษตรกรผู้เลี้ยงโคในประเทศไทยได้รับผลกระทบจากมาตรการทางกฎหมายของสหกรณ์ พระราชบัญญัติสหกรณ์มีข้อจำกัดทำให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อไม่มีความคล่องตัวในการดำเนินงานและในบางพื้นที่ยังไม่มีการจัดตั้งสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) โดยมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้มีส่วนทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อในเรื่องการจัดตั้งสหกรณ์ตามมาตรา 4 และมาตรา 34 การจัดตั้งสหกรณ์ต้องจัดตั้งตามหลักการและอุดมการณ์ของสหกรณ์ สหกรณ์มีการกำหนดวิธีการจัดตั้ง โดยต้องเตรียมเอกสาร เตรียมแผนการดำเนินงาน และขั้นตอนจำนวนมาก ประกอบกับมีหลักเกณฑ์ในการรวมกลุ่ม ทำให้เกษตรกรไม่สามารถจัดตั้งสหกรณ์ได้ สหกรณ์ควรมีการแก้ไขเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการจัดตั้งเพื่อให้เกษตรกรนั้นสามารถจัดตั้งสหกรณ์ได้ การรับสมาชิกตามมาตรา 41 วรรคสาม และประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกและสมาชิกสมทบ ทำให้เกษตรกรต่างพื้นที่ไม่สามารถเข้าไปเป็นสมาชิกได้ ผู้ที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือสมาชิกสมทบของสหกรณ์จะต้องมีคุณสมบัติตามที่สหกรณ์กำหนดเท่านั้น ทำให้เกษตรกรไม่ได้รับการดูแลจากทางภาครัฐผ่านระบบสหกรณ์ และไม่มีตัวกลางในการดำเนินงานในอุตสาหกรรมโคเนื้อ ส่งผลให้การผลิตโคเนื้อไม่เพียงพอตามความต้องการของตลาด และขัดกับหลักสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน เกษตรกรไม่ได้รับสิทธิเสรีภาพในการรวมกลุ่ม ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายจึงควรอนุญาตให้สหกรณ์รับสมาชิกหรือสมาชิกสมทบที่อยู่ในต่างพื้นที่ สหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) แตกต่างกับสหกรณ์ประเภทอื่น เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อต้องการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ในการขุนโคให้ได้น้ำหนักตามต้องการ การพัฒนาสายพันธุ์ การปรับปรุงสูตรอาหารวัวให้เข้ากับเศรษฐกิจ และวิธีการเลี้ยงโคต่าง ๆ ซึ่งการเลี้ยงโคเนื้อ มีหลายรูปแบบ หลายสายพันธุ์ เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อจึงต้องการเป็นสมาชิกสหกรณ์ต่างพื้นที่เพื่อสร้างเครือข่ายในธุรกิจการเลี้ยงโคเนื้อ เพื่อให้เกษตรกรต่างพื้นที่สามารถเข้าถึงสหกรณ์การเกษตรได้โดยง่าย การเรียกประชุมใหญ่วิสามัญตามมาตรา 55 ทำให้สหกรณ์ไม่สามารถดำเนินงานได้ทัน่วงที เมื่อมีปัญหาทำให้สหกรณ์ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้เพราะต้องรอมติจากที่ประชุม ประกอบกับการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ตามประกาศนายทะเบียนสหกรณ์ การดำเนินต้องเป็นในลักษณะที่ไม่มุ่งหวังจะแสวงหากำไรสูงสุด มุ่งเน้นกระทำธุรกิจกับสมาชิกเท่านั้น เมื่อสหกรณ์ไม่มีเงินหมุนเวียนในสหกรณ์ทำให้สหกรณ์ต้องปิดตัวลง สหกรณ์จึงจำเป็นต้องประกอบธุรกิจกับบุคคลภายนอก เพื่อให้สหกรณ์มีเงินหมุนเวียนมากขึ้น และการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ส่งผลกระทบต่อสหกรณ์ที่ต้องการส่งออกโคออกขายหรือแข่งขันกับต่างประเทศ ทำให้ส่งผลกระทบต่อภาคเศรษฐกิจในการขับเคลื่อนอุตสาหกรรมโคเนื้อ อีกทั้งปัญหาในเรื่องของการบริหารงานขององค์กรที่มีความล่าช้า ปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นอุปสรรคที่ทำให้การขับเคลื่อนอุตสาหกรรมโคเนื้อนั้นเป็นไปได้อย่างยากลำบาก อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้อุตสาหกรรมโคเนื้อในไทยนั้นตกต่ำลงเนื่องจากผลผลิตที่มีจำกัด และการส่งออกโคเนื้อของประเทศไทยที่ไม่สามารถทัดเทียมกับต่างประเทศได้เนื่องจากข้อกฎหมายที่มีความแตกต่างกัน

เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติไว้เพื่อเป็นตัวกลางสำคัญในการดำเนินงานของอุตสาหกรรมโคเนื้อ จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ไม่ได้แยกรูปแบบการตรากฎหมายสหกรณ์เฉพาะกิจการ จึงทำให้การดำเนินงานในสหกรณ์ (โคเนื้อ) ไม่สามารถดำเนินงานได้อย่างสะดวก เนื่องจากสหกรณ์โคเนื้อมีการเลี้ยงโคมีรูปแบบต่างจากการเกษตรแบบทั่วไป เกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อต้องการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ในการขุนโค การพัฒนาสายพันธุ์ การปรับปรุงสูตรอาหารวัวให้เข้ากับเศรษฐกิจ และวิธีการเลี้ยงโคต่าง ๆ ซึ่งการเลี้ยงโคเนื้อ มีหลายรูปแบบ หลายสายพันธุ์ พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติไว้จึงยังไม่อำนวยความสะดวกต่อสหกรณ์โคเนื้อเท่าที่ควร



13. บทสรุป

จากการศึกษาพบว่ามีปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของสหกรณ์เกี่ยวกับอุตสาหกรรมโคเนื้อในประเทศไทย จึงขอสรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

“ สหกรณ์ ” ถือเป็นหนึ่งในสถาบันเกษตรกร ที่มีส่วนสำคัญในการขับเคลื่อนการผลิตโคเนื้อคุณภาพตามนโยบายของกรมปศุสัตว์ที่ต้องการเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตโคเนื้อ แต่มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์ในอุตสาหกรรมโคเนื้อ ไม่สามารถบังคับใช้กับเกษตรกรได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายมีความรัดกุมมากเกินไป จึงก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ กับเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อ เช่น ขั้นตอนการจัดตั้งสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ภายในพื้นที่ที่ไม่สามารถจัดตั้งได้ การบริหารงานของสหกรณ์ที่ต้องผ่านการลงประชามติ และไม่สามารถรับสมาชิกหรือสมาชิกสมทบได้ วิธีการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ที่ไม่ก่อให้เกิดสภาพคล่องกับสมาชิกสหกรณ์ ซึ่งพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้ในปัจจุบัน ควรได้รับการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเพื่อส่งเสริมสนับสนุนการดำเนินงานของเกษตรกรผู้เลี้ยงโค ซึ่งหากจะมีการเปิดช่องทางให้ทำได้ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ดังนี้

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ภายใต้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในเรื่องการจัดตั้งสหกรณ์ ควรลดขั้นตอนและวิธีการจัดตั้งสหกรณ์ตามมาตรา 4 และมาตรา 34 เพื่อให้เกษตรกรผู้เลี้ยงโคสามารถรวมกลุ่มและจัดตั้งสหกรณ์ได้โดยง่าย การบริหารงานของสหกรณ์ในเรื่องการรับสมาชิกหรือสมาชิกสมทบตามมาตรา 41 และประกาศของนายทะเบียนสหกรณ์ เกษตรกรไม่ได้รับสิทธิเสรีภาพในการเลือกเข้าร่วมเป็นสมาชิกหรือสมาชิกสมทบของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ได้ตามความต้องการ ควรปรับเปลี่ยนหลักเกณฑ์ในการรับสมาชิกหรือสมาชิกสมทบ และในเรื่องการประชุมใหญ่วิสามัญตามมาตรา 55 ควรได้รับการยกเลิก หรือปรับปรุงแก้ไขให้สหกรณ์สามารถดำเนินงานได้อย่างรวดเร็ว และวิธีการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ตามประกาศของนายทะเบียนสหกรณ์ สหกรณ์ไม่สามารถดำเนินธุรกิจเพื่อแสวงหาผลกำไรหรือทำธุรกิจกับบุคคลภายนอกได้ ส่งผลกระทบต่อเงินหมุนเวียนภายในสหกรณ์ และส่งผลกระทบต่อสหกรณ์ที่ต้องขายส่งออกเนื้อโคไปขายหรือแข่งขันกับต่างประเทศ ควรปรับปรุงแก้ไขให้สหกรณ์สามารถดำเนินธุรกิจกับภายนอกได้เพื่อแสวงหากำไรให้กับสมาชิกเสมือนกับสหกรณ์เป็นบริษัท เพื่อให้สหกรณ์เกิดสภาพคล่องและสามารถดำเนินงานต่อไปได้ มาตรการทางกฎหมายควรเปิดช่องให้สหกรณ์มีสภาพคล่องในการทำงานสามารถดำเนินงานได้อย่างเป็นอิสระ สหกรณ์ควรประยุกต์ใช้วัฒนธรรมดั้งเดิมในชนบทที่ประชาชนเคยตั้งกลุ่มช่วยเหลือกัน เช่น องค์กรประชาชน กลุ่มคนเลี้ยงโค กลุ่มต่าง ๆ จัดตั้งกลุ่มสมัยใหม่แบบสหกรณ์ได้ผลักดันปฏิรูปขบวนการสหกรณ์ให้เป็นอิสระและมีโอกาสเติบโต ทำให้สหกรณ์เป็นองค์กรธุรกิจที่มีสัดส่วนที่สำคัญ และสหกรณ์ควรมุ่งเน้นในการฝึกอบรมให้ความรู้กับเกษตรกรในการประกอบอาชีพการเลี้ยงโคให้กับเกษตรกรเป็นสำคัญทั้งในเรื่องการผสมเทียม การพัฒนาสายพันธุ์ การเลือกวัตถุดิบที่ใช้ในการขุนอาหาร เป็นต้น เพื่อให้เกษตรกรสามารถพึ่งพาตนเองได้อย่างยั่งยืน และสามารถพัฒนาอาชีพเลี้ยงโคให้มีคุณภาพมากยิ่งขึ้น ในกรณีการประกอบธุรกิจที่ส่งผลดีกับสหกรณ์และไม่ทำให้เกิดผลเสียกับสหกรณ์และสมาชิกสหกรณ์รายอื่น มาตรการทางกฎหมายควรอนุญาตให้สมาชิกสหกรณ์สามารถดำเนินการได้ อันนำไปสู่ผลดีทางเศรษฐกิจโคเนื้อในประเทศไทย



ดังนั้น หากมีการปรับปรุงแก้ไขมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) ภายใต้พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ดังที่กล่าวมาจะทำให้ผลดีกับเกษตรกรผู้เลี้ยงโคเนื้อ และผู้ที่เป็นสมาชิกของสหกรณ์ เกษตรกรสามารถซื้อขายโคเนื้อผ่านตลาดโดยไม่ต้องผ่านพ่อค้าคนกลาง มีอำนาจการต่อรองและสามารถดำเนินงานได้อย่างอิสระ มีความคล่องตัว โดยมีสหกรณ์การเกษตร (โคเนื้อ) เป็นตัวขับเคลื่อนเศรษฐกิจในอุตสาหกรรมโคเนื้อที่สำคัญ และสามารถดึงเพิ่มศักยภาพในการเลี้ยงโคของเกษตรกรเพื่อผลิตโคเนื้อคุณภาพตามความต้องการของตลาดและสามารถส่งออกโคเนื้อเพื่อแข่งขันกับต่างประเทศได้



บรรณานุกรม

พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542. (23 เมษายน 2542). ราชกิจจานุเบกษา, 116(30ก), 1-33.

สมชาย ชคตระการ, ‘สหกรณ์การเกษตรของประเทศญี่ปุ่น’ 2 วารสารญี่ปุ่นศึกษาระดับปริญญาตรี ปีที่ 23, 125 – 160.

สหกรณ์ออมทรัพย์สหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจแห่งประเทศไทย จำกัด, ‘ประวัติสหกรณ์ความเป็นมาสหกรณ์’ (สหกรณ์, 8 กุมภาพันธ์ 2551) <<https://www.srusct.or.th/page.php?pid=4>> สืบค้นเมื่อ 30 มิถุนายน 2565.

สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย, ‘ประเภทสหกรณ์’ (8 กุมภาพันธ์ 2551) <<https://www.clt.or.th/page.php?pid=123>> สืบค้นเมื่อ 15 กันยายน 2565.

สันนิบาตสหกรณ์แห่งประเทศไทย, ‘อุดมการณ์และหลักการของสหกรณ์’ (สหกรณ์, 8 กุมภาพันธ์ 2551) <<https://www.clt.or.th/page.php?pid=122>> สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2565.

สำนักงานนโยบายและยุทธศาสตร์การค้า กระทรวงพาณิชย์, ‘เผยแพร่วิเคราะห์ – ข้อเสนอแนะ การผลิต “โคเนื้อไทย” สู่ตลาดโลก’ (8 กุมภาพันธ์ 2551) <<https://mgronline.com/smes/detail/9630000131927>> สืบค้นเมื่อ 10 มิถุนายน 2565.

สำนักงานสหกรณ์จังหวัดเลย, ‘ข้อเปรียบเทียบระหว่างสหกรณ์กับองค์กรธุรกิจรูปอื่น’ (8 กุมภาพันธ์ 2551) <<https://web.cpd.go.th/loei/index.php/km-coop/value-coop/80-general/158-compare-coop>> สืบค้นเมื่อ 5 กันยายน 2565.



ประเด็นท้าทายในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์

เสสิณา นิมสุวรรณ

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา

อีเมล: nimsuwansn@gmail.com

บทคัดย่อ

ในปัจจุบันที่การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมทางการแพทย์ได้ก้าวหน้าไปอย่างรวดเร็ว การประดิษฐ์ที่เป็นผลลัพธ์การวิจัยและพัฒนาเหล่านี้ได้กลายมาเป็นส่วนสำคัญในการยกระดับคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ กอปรกับอุตสาหกรรมการแพทย์ซึ่งถือได้ว่าเป็นอุตสาหกรรมที่สร้างเม็ดเงินได้จำนวนมหาศาล ด้วยเหตุนี้ ประเทศที่เคยปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์จึงได้ปรับเปลี่ยนท่าทีที่มีต่อการประดิษฐ์ดังกล่าวและกำหนดเงื่อนไขบางประการเพื่อผ่อนปรนความเคร่งครัดของกฎหมายให้สามารถขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์ได้ อย่างไรก็ตาม แม้การให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์จะมีส่วนช่วยยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน และสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมนำมาซึ่งอำนาจผูกขาดที่อาจส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงการรักษาโรคของประชาชน และสร้างภาระค่าใช้จ่ายทางสาธารณสุขให้แก่ประเทศได้เช่นกัน ทั้งนี้ หากพิจารณาการแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย พบว่าประเทศไทยปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การคิดค้นที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคในมนุษย์และสัตว์ ทั้งยังปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ของสารประกอบทางเคมีหรือผลิตภัณฑ์ยาที่เกี่ยวข้องกับการรักษาโรคอีกด้วย

ด้วยเหตุนี้ บทความฉบับนี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการนำเสนอประเด็นท้าทายและแนวทางที่เป็นไปได้ในการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ โดยพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องอันจะนำไปสู่ข้อสรุปในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 รวมทั้งคู่มือพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์และอนุสิทธิบัตร ฉบับปี พ.ศ. 2562 ที่จะกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อย่างชัดเจนภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมที่จะสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของผู้ประดิษฐ์และประโยชน์สาธารณะอันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืน

คำสำคัญ : สิทธิบัตร, การประดิษฐ์, กรรมวิธีทางการแพทย์, นวัตกรรมทางการแพทย์



Challenging Issue of Patent Protection for Medical Processes

Sasina Nimsuwan

Department of Law, Faculty of Humanities and Social Sciences,
Bansomdejchaopraya Rajabhat University

E-mail: nimsuwansn@gmail.com

Abstract

Nowadays when research, technology development, and medical innovation are progressing rapidly. Inventions resulted from such research and development have become a major role in improving humans' quality of life and daily living as well as medical industry which generates a large amount of income. Therefore, the countries that used to object to the protection of medical processes have changed their attitude towards those inventions and specified certain conditions to alleviate the restriction of the laws to enable requests for the medical process patent. Although the protection of medical processes has contributed to better quality of life and increased the economic value, it is inevitable that patenting the medical processes will cause monopoly which may affect people's access to medical treatment, and it may also cause healthcare expenses to the country. Considering the approaches to the protection for medical processes under Thailand's Patent System, it is found that the country objects to patenting inventions regarding methods of diagnosis and treatment or cure of human and animal diseases. Moreover, the country objects to new use and new advantages of a known substance or pharmaceutical composition regarding medical treatment.

Therefore, this article is aimed to present the challenging issues and the possible approaches to the medical process patent that was analyzed and compared with related international laws which is leading to the conclusions and revisions of The Patent Act, 2522 B.E. including The Edition of 2562 B.E. of Manual of Invention Patent and Petty Patent Application which will be used to specify the medical process patent clearly under appropriate conditions for balancing inventors' benefits against public interests that yields sustainable country development.

Keywords: Patent, Invention, Medical Processes, Medical Innovation



1. บทนำ

สิทธิบัตรเป็นระบบการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ โดยความตกลงว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ที่เกี่ยวกับการค้าหรือความตกลงทริปส์ (The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS Agreement) ได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์เอาไว้ในข้อ 27 ที่กำหนดให้การประดิษฐ์ที่จะสามารถขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขั้นใหม่ ที่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรม¹ อย่างไรก็ตาม หากได้หมายความว่า การประดิษฐ์คิดค้นทุกชนิด จะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ โดยความตกลงทริปส์ได้เปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดหลักเกณฑ์การให้ ความคุ้มครองการประดิษฐ์ของตนเพื่อให้เหมาะสมกับแนวทางในการพัฒนาประเทศได้ โดยข้อ 27 วรรคสาม แห่งความตกลงทริปส์ได้กำหนดว่าประเทศสมาชิกอาจปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เป็นกรรมวิธีในการ วินิจฉัย (Diagnostic) บำบัด (Therapeutic) และการผ่าตัด (Surgical) สำหรับมนุษย์หรือสัตว์ ด้วยเหตุนี้ แต่ละประเทศจึงได้กำหนดให้มีการยกเว้นความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์บางประเภทเพื่อให้สอดคล้องกับบริบท และแนวนโยบายในการพัฒนาประเทศ รวมถึงเหตุผลด้านศีลธรรม

ในโลกยุคปัจจุบันที่วิทยาศาสตร์การแพทย์มีความก้าวหน้าอย่างมาก ส่งผลให้เกิดการวิจัยและพัฒนา นวัตกรรมทางการแพทย์อย่างต่อเนื่อง โดยผลจากการวิจัยและพัฒนาได้นำมาซึ่งกรรมวิธีทางการแพทย์และเทคโนโลยี ทางการแพทย์ (Medical Technology) ใหม่ ๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นความหวังที่จะทำให้การวินิจฉัย บำบัดและรักษาโรค เป็นไปอย่างแม่นยำซึ่งถือได้ว่ามีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการยกระดับคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ เช่น การคิดค้นและนำปัญญาประดิษฐ์มาใช้ในการวินิจฉัยโรค การใช้หุ่นยนต์ในการผ่าตัดเพื่อรักษาโรค การใช้เทคโนโลยี การพิมพ์ 3 มิติในการซ่อมแซมเนื้อเยื่อหรืออวัยวะของมนุษย์ หรือแม้กระทั่งการพัฒนาเทคโนโลยี mRNA ที่ถูกนำมาใช้พัฒนาวัคซีนเพื่อป้องกันโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา 2019 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าองค์ความรู้ที่ได้จาก การคิดค้น วิจัย และพัฒนานวัตกรรมทางการแพทย์จะมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาการแพทย์ในอนาคต ก็ตาม² แต่ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าต้นทุนและความเสี่ยงในการวิจัยและพัฒนากรรมวิธีทางการแพทย์มีระดับที่ค่อนข้าง สูงเมื่อเทียบกับการประดิษฐ์ในสาขาวิชาการอื่น ด้วยเหตุนี้ การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ลักษณะ ดังกล่าวอาจกระทบต่อแรงจูงใจในการประดิษฐ์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรตามทฤษฎี การให้รางวัล (Reward Theory) หนึ่ง แม้จะไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนถึงความสัมพันธ์ระหว่างการให้ความคุ้มครอง สิทธิบัตรกับการสร้างแรงจูงใจในการประดิษฐ์คิดค้นก็ตาม³ แต่ก็ได้หมายความว่า การให้ความคุ้มครองแก่การ ประดิษฐ์จะถูกลดทอนความสำคัญลงแต่อย่างใด เพราะนอกจากเหตุผลด้านการจูงใจให้ผู้ประดิษฐ์ลงมือประดิษฐ์ คิดค้นแล้ว ประโยชน์ที่สำคัญอีกประการหนึ่งของระบบสิทธิบัตรก็คือการเปิดเผยรายละเอียดของการประดิษฐ์ที่ถือได้ ว่าเป็นแหล่งข้อมูลที่มีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการวิจัยและพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์ในอนาคต ยกตัวอย่างเช่น

¹ TRIPs Agreement Article 27

² Farooqui, S., 'Moderna Co-founder using mRNA technology to treat venomous snakebites' (The Canadian Press, 6 July 2021) <<https://globalnews.ca/news/8005422/moderna-cofounder-mrna-snakebites/>> accessed 16 June 2022.

³ จักรกฤษณ์ ควรวจน์, *กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์* (พิมพ์ครั้งที่ 4, นิตยธรรม 2590) 32.



การพัฒนาวัคซีน mRNA ซึ่งเป็นนวัตกรรมใหม่ที่เป็นความหวังของการป้องกันและรักษาโรคต่าง ๆ⁴ โดยบริษัทยาอย่าง Pfizer และ Moderna ได้นำเทคโนโลยีดังกล่าวมาใช้ในการผลิตวัคซีนป้องกันโรคโควิด-19 รวมถึงการวิจัยและพัฒนาวัคซีนเพื่อรักษาโรคมะเร็ง⁵ เป็นต้น ในทางตรงกันข้าม ก็ไม่อาจปฏิเสธได้เช่นกันว่ามีข้อถกเถียงมากมายเกี่ยวกับการมอบสิทธิบัตรให้แก่การคิดค้นกรรมวิธีทางการแพทย์เช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่เกี่ยวกับการให้สิทธิผูกขาดในการวิธีการวินิจฉัย บำบัด และรักษาโรคซึ่งจะกระทบต่อการเข้าถึงการรักษาโรคของสาธารณสุขชนที่ยังกระทบต่อความมั่นคงทางสาธารณสุข และหลักศีลธรรมอีกด้วย ด้วยเหตุนี้ ประเทศต่าง ๆ จึงได้กำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรต่อกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้แตกต่างกัน เช่น การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์โดยถือเสมือนเป็นการประดิษฐ์ทั่วไป หรือการกำหนดให้ความคุ้มครองภายใต้เงื่อนไขบางประการ หรือการปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าว ยกเว้นกรณีที่เป็นการผลิตยาชนิดใหม่ เป็นต้น

ในกรณีของประเทศไทย เมื่อพิจารณาบริบทและสภาพการณ์ปัจจุบัน พบว่าประเทศไทยได้ยกระดับความก้าวหน้าด้านการวิจัยและพัฒนาวัคซีนทางการแพทย์ขึ้นจากในอดีตอยู่ไม่น้อย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่มีการแพร่ระบาดของโรคโควิด - 19 ที่มีการพัฒนาวัคซีนชนิด mRNA หรือการพัฒนาสเปรย์แอนติบอดีฉีดพ่นจมูกเพื่อยับยั้งโควิด - 19 รวมไปถึงการพัฒนาวัคซีน Circular mRNA ซึ่งเป็นโครงสร้างพื้นฐานของการผลิตวัคซีนรูปแบบใหม่ ทั้งนี้ หากพิจารณาปัจจัยด้วยความก้าวหน้าทางการแพทย์ประกอบกับปัจจัยอื่นที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว จะเห็นได้ว่าปัจจัยทั้งหลายเหล่านี้ได้ส่งผลให้ประเทศไทยกลายเป็นเป้าหมายอันดับต้น ๆ สำหรับการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ⁶ นอกจากนี้ จากที่มีการประกาศให้กัญชาและกัญชงพ้นจากการเป็นยาเสพติดประเภทที่ 5 และให้ถือว่ากัญชาและสารสกัดจากกัญชาเป็นสมุนไพรควบคุม⁷ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นโอกาสครั้งสำคัญสำหรับประเทศไทยในการที่จะส่งเสริมให้การวิจัยและพัฒนาวัคซีนสกัดจากกัญชา รวมถึงนวัตกรรมทางการแพทย์ให้กลายเป็นเครื่องขับเคลื่อนที่ใช้ในการส่งเสริมการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ รวมถึงการยกระดับความก้าวหน้าทางวิชาการของประเทศไทย อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของประเทศไทยจะเห็นได้ว่าการกำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรที่มีลักษณะเป็นการคิดค้นที่กระทำต่อพืชหรือสัตว์ไว้ในมาตรา 9(1) ทั้งยังกำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ในมาตรา 9(4) ด้วยเหตุนี้ การพัฒนาวัคซีนชนิด mRNA ที่อาจพัฒนามาจากหน่วยพันธุกรรมของมนุษย์ หรือการพัฒนาวิธีการใช้สารสกัดจากกัญชาเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ ก็อาจเป็นการประดิษฐ์ที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 9 และไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

จากที่ได้กล่าวข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าการกำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์หรือปฏิเสธให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้ประดิษฐ์หรือประโยชน์

⁴ Trust Magazine, ‘นวัตกรรม Circular mRNA the Future of Medicine ฝีมือคนไทย’ (Trust) แหล่งที่มา <<https://www.tiscowalth.com/trust-magazine/Issue-59/health-focus-59.html>> สืบค้นเมื่อ 24 มิถุนายน 2565.

⁵ The Matter, ‘ไม่ได้ดีแค่ต้าน COVID-19 นักวิจัยเผย เทคโนโลยี mRNA สามารถสร้างวัคซีนป้องกันมะเร็งและโรคทางพันธุกรรมได้’ (3 มิถุนายน 2565) <<https://thematter.co/brief/144975/144975>> สืบค้นเมื่อ 20 มิถุนายน 2565.

⁶ The Coverage, ‘ไม่มีใครมาทำจะแย! Medical Tourism ไทยชะงักโต โควิด-19 ขวางการท่องเที่ยว’ (The Coverage, 20 กันยายน 2565) <<https://www.thecoverage.info/news/content/2372>> สืบค้นเมื่อ 18 เมษายน 2565.

⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 139 ตอนที่ 137 ง วันที่ 16 มิถุนายน 2565.



สาธารณชนอย่างไม่มีอาจปฏิเสธได้ เนื่องจากประโยชน์ทั้งสองมักเป็นสิ่งที่อยู่ตรงข้ามกันเสมอ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นความท้าทายอย่างยิ่งในการสร้างสมดุลในการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรเพื่อประโยชน์สูงสุดในการใช้สิทธิบัตรเป็นเครื่องมือในการส่งเสริมและการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย บทความฉบับนี้จะได้กล่าวถึงการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ และประเด็นท้าทายในการให้ความคุ้มครอง ตลอดจนวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

2. นิยามของกรรมวิธีทางการแพทย์

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่ากรรมวิธีทางการแพทย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้กฎหมายของหลายประเทศ อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศก็ได้กำหนดเหตุผลแห่งการไม่คุ้มครองเอาไว้อย่างแตกต่างกัน เช่น การกำหนดข้อยกเว้นให้กรรมวิธีทางการแพทย์ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ หรือการกำหนดแนวทางการพิจารณาโดยถือว่ากรรมวิธีทางการแพทย์เป็นสิ่งที่ขาดลักษณะทางเทคนิคจึงต้องถือว่าไม่สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม⁸ เป็นต้น ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีการกำหนดเหตุผลในการปฏิเสธมิให้คุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้อย่างแตกต่างกันก็ตาม แต่เหตุผลประการสำคัญก็เพื่อคุ้มครองชีวิตและอนามัยของประชาชนภายในประเทศนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าในกรณีของการประดิษฐ์ผลิตภัณฑ์ยากลับไม่ได้ถือเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ในการรักษาโรค และสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ แม้ว่าในความเป็นจริงแพทย์จำต้องจ่ายยาให้แก่ผู้ป่วยควบคู่ไปกับการรักษาโรคก็ตาม

ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทย มีการกำหนดข้อยกเว้นมิให้คุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ในมาตรา 9(4) โดยกำหนดว่าวิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคในมนุษย์และสัตว์เป็นสิ่งที่ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์ อย่างไรก็ตาม ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้จำแนกลักษณะของกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ กรรมวิธีในการวินิจฉัยโรค และกรรมวิธีทางอายุกรรมและศัลยกรรม

กรรมวิธีในการวินิจฉัยโรค หมายถึง การกระทำที่เป็นการระบุความผิดปกติหรือความไม่สมบูรณ์ของอวัยวะส่วนหนึ่งส่วนใดของร่างกายที่แพทย์สามารถนำผลที่ได้จากกรรมวิธีดังกล่าวไปใช้เพื่อรักษาโรคได้ในทันที⁹ ดังนั้น หากเป็นกรรมวิธีในการให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพื่อใช้ประกอบการวินิจฉัยโรคก็จะถือว่าไม่เป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ และสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น กรรมวิธีในการเอกซเรย์หรือการวัดความดัน เป็นต้น

กรรมวิธีทางอายุกรรมและศัลยกรรม ถือได้ว่าเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ความตกลงทริปส์อนุญาตให้รัฐภาคีสามารถปฏิเสธการให้ความคุ้มครองได้ โดยกรรมวิธีทางอายุกรรม หมายถึง กรรมวิธีที่ใช้เพื่อการบำบัดรักษาโรคโดยทั่วไปทั้งที่เป็นกรณีของแพทย์แผนปัจจุบัน แพทย์แผนโบราณ หรือวิธีการรักษาโรคในรูปแบบอื่น ๆ¹⁰ ขณะที่กรรมวิธีทางศัลยกรรม หมายถึง วิธีการรักษาโรคและระงับความเจ็บปวดด้วยวิธีการผ่าตัด หรือการปลูกถ่ายอวัยวะ นอกจากนี้ ในกรณีของประเทศอังกฤษยังถือว่ากรรมวิธีในการป้องกันโรคเป็นการบำบัดโรครูปแบบหนึ่งอีกด้วย¹¹

⁸ จักรกฤษณ์ ควรวจน์ (เชิงอรรด 3) 98.

⁹ เฟ็งอ้าง 102.

¹⁰ เฟ็งอ้าง.

¹¹ Unilever Limited (Davis's) Application. (1983) R.P.C.



3. การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตร

เนื่องจากข้อ 27 วรรคสามแห่งความตกลงทริพส์ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถเลือกที่จะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ได้ ด้วยเหตุนี้ บรรดาประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจึงได้กำหนดรูปแบบและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อย่างแตกต่างกัน โดยในส่วนนี้ ผู้เขียนจะกล่าวถึงการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดีย

3.1 การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา

ประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา หมวดที่ 35 ว่าด้วยสิทธิบัตรได้นิยามความหมายของการประดิษฐ์เอาไว้ในมาตรา 100(a) โดยได้กำหนดว่า “การประดิษฐ์ หมายถึง การคิดค้นที่ก่อให้เกิดการประดิษฐ์หรือการค้นพบ”¹² ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองทั้งกรณีที่เป็นการประดิษฐ์คิดค้น (invention) และการค้นพบ (Discovery) ซึ่งแตกต่างจากระบบสิทธิบัตรในอีกหลายประเทศที่ไม่ให้ความคุ้มครองแต่เฉพาะการคิดค้นเท่านั้น โดยในคดี Diamond v. Chakrabarty¹³ ศาลฎีกาของสหรัฐอเมริกาได้ยอมรับให้มีการออกสิทธิบัตรแบคทีเรียที่ใช้ในการกำจัดคราบน้ำมันที่ประดิษฐ์โดยมนุษย์ โดยได้วางหลักกฎหมายว่าทุกสิ่งภายใต้ดวงอาทิตย์ที่ผลิตโดยมนุษย์สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ (Anything under the sun that is made by man is patentable) หากปรากฏว่าธรรมชาติไม่อาจสร้างสรรค์สิ่งนั้นได้เอง¹⁴ กล่าวโดยสรุป จะเห็นได้ว่าการค้นพบจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาตามมาตรา 100(a) ก็ต่อเมื่อเป็นการค้นพบที่มีการใช้กรรมวิธีทางเทคนิคเพื่อผลิตสิ่งดังกล่าวประกอบด้วย

ในส่วนเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาปรากฏอยู่ในมาตรา 101 และมาตรา 103 แห่งประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา หมวดที่ 35 ว่าด้วยสิทธิบัตร กล่าวคือ จะต้องเป็นการคิดค้นหรือค้นพบกรรมวิธี เครื่องจักรกล การผลิต หรือส่วนประกอบของสิ่งต่าง ๆ ที่มีความใหม่ (New) ที่มีประโยชน์ (Useful)¹⁵ และต้องเป็นสิ่งที่ไม่เป็นที่ชัดเจน (non-obviousness)¹⁶ ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสามประการข้างต้นแตกต่างจากที่ปรากฏใน ข้อ 27 แห่งความตกลงทริพส์ที่กำหนดว่าจะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ในทางอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเชิงอรรถที่ 5 ของข้อ 27 จะเห็นได้ว่ามีการอนุโลมให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้คำว่า “ไม่เป็นที่ชัดเจน” แทนคำว่า “มีชั้น ประดิษฐ์ที่สูงขึ้น” และให้สามารถใช้คำว่า “มีประโยชน์” แทนคำว่า “สามารถประยุกต์ใช้ได้ในทางอุตสาหกรรม” ดังนั้น ก็จะได้เห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตรที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกาไม่ได้มีลักษณะที่ขัดหรือแย้งต่อความตกลงทริพส์

¹² United State Code Title 35 Section 100(a).

¹³ Diamond v. Chakrabarty, 447 U.S. 303 (1980).

¹⁴ ปริญญา ดิมดุง และคณะ, ‘กฎหมายสิทธิบัตร การจัดการคดีสิทธิบัตรสำหรับผู้พิพากษาในประเทศสหรัฐอเมริกา’ (มหาวิทยาลัยแคลิฟอร์เนีย 2557) 9.

¹⁵ United State Code Title 35 Section 101.

¹⁶ United State Code Title 35 Section 103.



แต่ประการใด นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังไม่ได้มีการนำหลักเกณฑ์ข้อ 27 วรรคสองแห่งความตกลงทริพส์ที่กำหนดให้ ยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์มาไว้ในประมวลกฎหมายสหรัฐอเมริกา หมวดที่ 35 แต่อย่างใด

การที่สหรัฐอเมริกาไม่มีการกำหนดยกเว้นการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ ประกอบกับการ กำหนดเงื่อนไขว่าการประดิษฐ์จะต้องมีประโยชน์แทนความสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม ได้ส่งผลโดยตรงต่อแนวทางในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรที่มีลักษณะเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ เนื่องจากการ ประดิษฐ์ที่มีประโยชน์ หมายถึง การประดิษฐ์ที่สามารถแสดงให้เห็นถึงวัตถุประสงค์เฉพาะในทางปฏิบัติ (Particular Practice Purpose) ที่การประดิษฐ์ดังกล่าวสามารถก่อให้เกิดผลลัพธ์ได้จริง โดยเมื่อพิจารณาความหมาย ข้างต้น จะเห็นได้ว่าถ้อยคำดังกล่าวมีขอบเขตการพิจารณาที่ไม่จำกัดแต่เฉพาะการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ใช้ ในทางอุตสาหกรรมเท่านั้น ดังนั้น กรรมวิธีทางการแพทย์ที่แสดงให้เห็นถึงความใหม่ที่มีประโยชน์และไม่เป็น ที่ขัดแย้งย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาเสมือนเป็นการประดิษฐ์ทั่วไป¹⁷ ซึ่งแตกต่างจากระบบสิทธิบัตรของหลายประเทศที่ปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองเนื่องจากไม่สามารถประยุกต์ใช้ได้ทาง อุตสาหกรรม

หากพิจารณาถึงบริบทและสภาพทางเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาก็จะพบว่าแนวทางการให้ความคุ้มครองแก่ กรรมวิธีทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นสิ่งที่น่าแปลกใจนัก เนื่องจากอุตสาหกรรมการแพทย์ถือเป็น อุตสาหกรรมที่สำคัญอย่างยิ่งของสหรัฐอเมริกา¹⁸ แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้เช่นกันว่าการให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีทาง การแพทย์ได้นำมาซึ่งข้อถกเถียงอย่างกว้างขวาง โดยฝ่ายหนึ่งเห็นว่าการให้สิทธิผูกขาดวิธีการรักษาโรคมียุทธศาสตร์ แพทย์ควรจรรักษาโรคโดยปราศจากแรงจูงใจด้านผลประโยชน์ และการคุ้มครองจะนำมาซึ่งการผูกขาดที่ทำให้ ค่ายรักษาที่แพงขึ้น ขณะที่อีกฝ่ายมองว่าในการคิดค้นกรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรในการ คิดค้นเช่นเดียวกับการประดิษฐ์ประเภทอื่น และการให้สิทธิบัตรแก่การรักษาโรคจะเป็นอำนาจต่อรองในการเจรจา ระหว่างประเทศ นอกจากนี้ ในประเด็นเรื่องค่ายาที่ขึ้นอยู่กัับปัจจัยอื่นด้วยเช่นกัน ในท้ายที่สุด เพื่อแก้ปัญหา ข้อถกเถียงดังกล่าว รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 287(c) โดยกำหนดให้กิจกรรม ทางการแพทย์ (Medical Activity) อันได้แก่การปฏิบัติกรรมวิธีทางการแพทย์หรือศัลยกรรมที่กระทำต่อร่างกาย มนุษย์ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตร

ในกรณีของผลิตภัณฑ์ยา นอกจากจะมีการกำหนดให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยาแล้ว หากพิจารณา บทบัญญัติมาตรา 100(b)¹⁹ พบว่ามีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ของการประดิษฐ์เก่า (New Use of Old Invention) เอาไว้ด้วย ดังนั้น การคิดค้นหรือค้นพบวิธีการใช้ใหม่ของผลิตภัณฑ์ยาหรือสารประกอบทางเคมี ที่ปรากฏอยู่แล้วย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา โดยถือว่าเป็นการประดิษฐ์ ประเภทกรรมวิธี เช่น กรณีที่บริษัท Eli Lilly เป็นผู้ผลิตและได้รับสิทธิบัตรในยาฟลูออกซีทีน (Fluoxetine) และ ใช้ชื่อทางการค้าว่า Prozac มีสรรพคุณในการรักษาอาการซึมเศร้า โดยยาดังกล่าวได้หมดอายุการคุ้มครองลงเมื่อปี ค.ศ. 2001 อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผลิตได้คิดค้นว่ายาดังกล่าวสามารถรักษาอาการที่สัมพันธ์กับการมีประจำเดือนได้

¹⁷ กมลขวัญ สุริยกุล ณ อยุธยา, ‘การให้ความคุ้มครองทางสิทธิบัตรต่อกรรมวิธีทางการแพทย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร-มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 103.

¹⁸ Deutsch, A., D., ‘The 5 Industries Driving the U.S. Economy’ <<https://www.investopedia.com/articles/investing/042915/5-industries-driving-us-economy.asp>> accessed 26 June 2022.

¹⁹ United States Code Title 35 Section 100(b).



และได้รับสิทธิบัตรในส่วนของวิธีการใช้ใหม่ของผลิตภัณฑ์ยาดังกล่าวและจัดจำหน่ายภายใต้ชื่อทางการค้าว่า Sarafem²⁰

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่าการใช้วิธีใหม่ของผลิตภัณฑ์ยาเดิมอันก่อให้เกิดผลลัพธ์ใหม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาโดยถือเป็นการประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธี อย่างไรก็ตามหากเป็นกรณีที่ผลลัพธ์จากการใช้ดังกล่าวจะเป็นผลที่เกิดขึ้นตามปกติจากการใช้การประดิษฐ์ด้วยวิธีการเดิมย่อมไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เช่น ในคดี Morton v. New York Eye Infirmary²¹ ศาลได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การค้นพบว่าสารละลายทางเคมีเอเทอร์ (Ether) ที่ปรากฏอยู่แล้วและใช้เพื่อให้เกิดอาการเมาสามารถนำมาใช้ประโยชน์ทางการแพทย์เพื่อบรรเทาความเจ็บปวด ทั้งนี้ แม้ว่าศาลจะเห็นว่าการค้นพบดังกล่าวเป็นสิ่งที่มีความหมายก็ตาม แต่ผลลัพธ์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นจากการใช้สารละลายดังกล่าวโดยปกติเท่านั้น และในคดี In Re Cruciferous Sprout Patent Litigation²² ที่มีการขอรับสิทธิบัตรเกี่ยวกับคุณสมบัติในการป้องกันมะเร็งจากการบริโภคพืชตระกูลครุซิฟอรัส (Cruciferous) เช่น บล็อกโคลี และดอกกะหล่ำ โดยศาลได้วินิจฉัยด้วยหลักเกณฑ์เช่นเดียวกัน โดยได้วินิจฉัยว่าผลจากการรับประทานพืชตระกูลดังกล่าวเป็นสิ่งที่ประชาชนทั่วไปได้รับอยู่แล้วจากการบริโภคพืชตระกูลครุซิฟอรัส แม้จะ 모르ถึงประโยชน์ดังกล่าวมาก่อนก็ตาม²²

จากที่กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกายังคงให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์และยืนยันที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ หากแต่มีการกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตรสำหรับกิจกรรมทางการแพทย์เอาไว้เท่านั้น นอกจากนี้ ในกรณีของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรยา ยังกำหนดให้รวมถึงการใช้วิธีใหม่ของผลิตภัณฑ์ยาเดิมอีกด้วย

3.2 การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักร

เงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ของสหราชอาณาจักรมีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศไทย กล่าวคือ จะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม โดยหากพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ตามพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 จะเห็นได้ว่าการกำหนดข้อยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้อย่างชัดเจนโดยปรากฏอยู่ในมาตรา 4A เนื่องจากสหราชอาณาจักรจำเป็นต้องอนุวัติการกฎหมายให้สอดคล้องกับอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (European Patent Convention : EPC) โดยการปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เพราะเหตุผลทางจริยธรรมที่จะทำให้แพทย์สามารถตัดสินใจเลือกรักษาโรคได้อย่างอิสระ โดยปราศจากข้อจำกัดอันจะเป็นประโยชน์สูงสุดของประชาชน²³

ในการพิจารณาขอบเขตของกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรตามแนวคำพิพากษาของศาลได้วางหลักว่ากรรมวิธีทางการแพทย์ที่ต้องห้ามมิให้ขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นกรรมวิธีในการวินิจฉัยโรค หรือกรรมวิธีทางอายุรกรรมและศัลยกรรมที่กระทำต่อมนุษย์หรือสัตว์โดยตรงเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ กรรมวิธี

²⁰ Himanshu Gupta, Suresh Kumar, Saroj Kumar Roy and R. S. Gaud, 'Patent Protection Strategies' <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3146086/>> accessed 17 January 2021.

²¹ Morton v. New York Eye Infirmary, 12 F. Case 879 (No. 9865) (S.D.N.Y. 1862)

²² In Re Cruciferous Sprout Patent Litigation, 168 F. Supp. 2d 534 (D. Md. 2001)

²³ Basheer, S., Purohit, S. and Reddy, P., 'Patent Exclusions that promote public health objectives' <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex4.pdf> accessed 27 June 2022, 23.



ที่เป็นเพียงการทำให้ได้มาซึ่งข้อมูลเพื่อประกอบการวินิจฉัยโรคย่อมไม่ถึงเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ เช่น กรรมวิธีการวัดน้ำตาลในเลือด การวัดออกซิเจนในเลือด เป็นต้น

แม้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรจะได้กำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ตามแนวทางของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรปก็ตาม แต่หากพิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวพบว่าอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป และพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ก็ไม่ได้ห้ามขอรับสิทธิบัตรสำหรับกรรมวิธีทางการแพทย์อย่างสิ้นเชิง โดยมีการกำหนดให้ถือว่าการคิดค้นวิธีการใช้ใหม่หรือการค้นพบคุณสมบัติใหม่ของการประดิษฐ์เก่าซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่ การใช้วิธีใหม่ที่ไม่ใช่เพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ (Non-Medical Uses of Known Products) และ การใช้วิธีใหม่ทางการแพทย์ (New Medical Uses) โดยในส่วนนี้ผู้เขียนจะกล่าวถึงแต่เฉพาะการใช้วิธีใหม่ทางการแพทย์เท่านั้น

แม้บทบัญญัติมาตรา 4A แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1977 จะกำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ แต่หากพิจารณามาตรา 4A(2) จะเห็นได้ว่าการกำหนดยกเว้นมิให้ถือว่าการใช้สารประกอบหรือวัตถุทางเคมีซึ่งปรากฏต่อสาธารณชนและถูกใช้ในกรรมวิธีทางการแพทย์อยู่ก่อนแล้วเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ โดยในส่วนนี้ ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงแนวทางการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ การใช้ทางการแพทย์ครั้งแรก และการใช้ทางการแพทย์ครั้งที่สองและครั้งต่อ ๆ ไป

การใช้ทางการแพทย์ครั้งแรก (First Medical Use)

แม้บทบัญญัติมาตรา 4A จะมีการกำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่หากพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 4A(3) พบว่ามีการอนุญาตให้ออกสิทธิบัตรแก่การใช้วิธีใหม่ซึ่งสารประกอบที่ปรากฏอยู่แล้ว แต่ไม่เคยถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ (the New Pharmaceutical use of known substance)²⁴ โดยเรียกว่า Purpose - Limited Product Claim และถือเป็นคำขอประเภทผลิตภัณฑ์²⁵ เช่น การคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ของสารเคมีชนิดหนึ่งซึ่งมีคุณสมบัติทางการแพทย์ โดยนำสารดังกล่าวมาใช้เพื่อประโยชน์ในการรักษาโรค เป็นต้น

การใช้ครั้งที่สองและครั้งต่อไป (Second and Subsequent Uses of Known Product)

โดยหลักแล้ว การใช้ทางการแพทย์ครั้งที่สองหรือครั้งต่อไปของผลิตภัณฑ์เดิมที่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการแพทย์ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ เนื่องจากเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ต้องห้ามตามมาตรา 4A อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีการใช้ทางเภสัชกรรมครั้งที่สองและครั้งต่อ ๆ ไปในลักษณะที่เรียกว่าคำขอแบบ Swiss Claim ซึ่งเป็นคำขอที่ไม่อ้างถึงกรรมวิธีการใช้ยาหรือคุณสมบัติของยาโดยตรง หากแต่เป็นกรรมวิธีการผลิตยาในทางอุตสาหกรรมเพื่อใช้บำบัดรักษาโรคชนิดหนึ่งชนิดใดเป็นการเฉพาะเจาะจงที่ไม่เคยปรากฏต่อสาธารณชนมาก่อน กรณีเช่นนี้จะไม่ถึงเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ และสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ โดยถือเป็นการประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธี

โดยสรุป จะเห็นได้ว่าแม้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรจะได้กำหนดยกเว้นมิให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ก็ตาม แต่ก็จำกัดแต่เฉพาะกรรมวิธีทางการแพทย์ที่กระทำต่อมนุษย์หรือสัตว์โดยตรง

²⁴ Bently, Sherman, Gangjee, and Johnson, *Intellectual Property Law* (5th, Oxford University Press 2018) 568.

²⁵ Jakkrit Kuanpoth, *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future* (Edward Elgar 2010) 57 – 58.



เท่านั้น นอกจากนี้ ยังได้มีการบัญญัติเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการใช้ครั้งแรกทางการแพทย์ และการใช้ครั้งที่สองและครั้งต่อไปที่มีลักษณะเป็นการใช้เพื่อผลิตยาในทางอุตสาหกรรมไม่ถือเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ และสามารถขอรับสิทธิบัตรได้

3.3 การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่น

การขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏว่าสิ่งที่ยื่นขอรับสิทธิบัตรเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม นอกจากนี้ กรรมวิธีทางการแพทย์ยังเป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ แม้ว่าพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1959 ของประเทศญี่ปุ่นจะไม่ได้มีการบัญญัติยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้โดยตรงก็ตาม แต่ก็มีกำหนดแนวทางการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรเอาไว้ในคู่มือพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรว่ากรรมวิธีทางการแพทย์ที่กระทำต่อมนุษย์ถือเป็นสิ่งที่ไม่สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม²⁶

อนึ่ง การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นมีขึ้นด้วยเหตุผลที่ไม่ต้องการให้เกิดการผูกขาดวิธีการรักษาโรคอันส่งผลกระทบต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์²⁷ อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่าการยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ของประเทศญี่ปุ่นจำกัดแต่เฉพาะกรณีที่เป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่กระทำต่อมนุษย์เท่านั้น โดยไม่รวมถึงการวินิจฉัย รักษาโรคในสัตว์แต่อย่างใด²⁸ เนื่องจากคุณค่าทางจริยธรรมของสัตว์และมนุษย์มีอยู่ในระดับที่แตกต่างกัน²⁹

แม้คู่มือพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นจะกำหนดให้กรรมวิธีทางการแพทย์เป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ก็ตาม แต่หากเป็นการใช้ใหม่ทางการแพทย์ (New Medicinal Use) และการค้นพบคุณสมบัติใหม่ของการประดิษฐ์เก่ากลับเป็นสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ โดยถือว่าเป็นสิ่งประดิษฐ์การใช้งาน (Used Invention) ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นการประดิษฐ์ประเภทผลิตภัณฑ์³⁰ ด้วยเหตุนี้ การใช้ใหม่และการค้นพบคุณสมบัติใหม่ เช่น การค้นพบว่าสารประกอบชื่อทาลิโดไมด์ (Thalidomide) ซึ่งเป็นที่รู้จักดีว่ามีสรรพคุณในการกล่อมประสาทและใช้เพื่อการนอนหลับสามารถนำไปใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการรักษาโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาว (Multiple Myeloma) ได้ โดยการค้นพบดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการใช้ครั้งที่สองทางการแพทย์สามารถขอรับสิทธิบัตรภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศญี่ปุ่นโดยไม่ถือเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์แต่อย่างใด

3.4 การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดีย

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ของสาธารณรัฐอินเดียได้กำหนดว่าการประดิษฐ์ที่จะขอรับสิทธิบัตรจะต้องเป็นการประดิษฐ์ประเภทผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใหม่ที่มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นและสามารถ

²⁶ Singh, S. S., 'Patenting in Pharmaceuticals: India and Japan' (Study cum Research Report: WIPO-JPO Long Term Fellowship, 2010) 17 – 18.

²⁷ Examination Guidelines, 'Requirements for Patentability Part II' Chapter 1 Industrially Applicable Inventions

²⁸ Japan Patent Office., 'The Patent and Utility Model Examination Guidelines published Part 2' (Chapter 1, Section 2.1).

²⁹ Nobuhiro Nakayama, *Patent Law* (2nd, Law Lectures Series Koubundou Publishers 2012) 127.

³⁰ Petty, C., *Protecting a New Medical Use of a Known Substance* (Venner Shipley 2019) 3.



ประยุกต์ใช้ได้ทั้งในทางอุตสาหกรรม³¹ นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ เอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 3(i) ที่กำหนดให้ถือว่ากรรมวิธีที่เกี่ยวกับยา ศัลยกรรม การบำบัด การป้องกันโรค หรือ การบำรุงรักษาอื่นใดเกี่ยวกับความเป็นอยู่ของมนุษย์ หรือกรรมวิธีใด ๆ สำหรับการบำรุงรักษาที่คล้ายกันแก่สัตว์หรือ พืชไม่ถือเป็นการประดิษฐ์และไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ ทั้งนี้ เนื่องจากแนวนโยบายของรัฐบาลอินเดียที่ให้ความสำคัญกับการพัฒนาความมั่นคงของมนุษย์และการเข้าถึงยาของประชาชนตามนโยบายวิสัยทัศน์ฟาร์มา 2020 (Pharma Vision 2020)

อนึ่ง หากพิจารณาขอบเขตของกรรมวิธีทางการแพทย์ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 3(i) ข้างต้น จะเห็นได้ว่า ขอบเขตของกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดียหมายความรวมถึงทั้งกรณีที่เป็น การบำบัด รักษาโรค รวมถึงการป้องกันโรคในมนุษย์ สัตว์ และพืช ซึ่งต่างจากในกรณีของสหราชอาณาจักรที่จำกัดแต่ เฉพาะการกระทำต่อมนุษย์และสัตว์ ขณะที่ประเทศญี่ปุ่นจะจำกัดแต่เฉพาะการกระทำต่อมนุษย์เท่านั้น

ในกรณีของผลิตภัณฑ์ยาและการใช้วิธีใหม่ของยาและสารประกอบทางเคมีนั้น พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ของสาธารณรัฐอินเดียได้กำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 3(d) โดยกำหนดมิให้ความ คุ้มครองแก่การค้นพบสารซึ่งเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว หรือการใช้กรรมวิธี เครื่องจักร หรือเครื่องมือซึ่งเป็นที่รู้จักอยู่แล้ว ก็จะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดียปฏิเสธที่จะให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่แก่ผลิตภัณฑ์ที่ ปรากฏอยู่แล้ว ซึ่งบทบัญญัติมาตราดังกล่าวหมายความรวมถึงผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธี และยังหมายความรวมถึงการใช้วิธี ใหม่ซึ่งสารประกอบหรือสารที่เป็นที่รู้จักอยู่แล้วด้วย ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นอย่างสิทธิในการใช้ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ การใช้ครั้งแรกทางการแพทย์ หรือการใช้ครั้งที่สองหรือครั้งถัดไปในทางการแพทย์ก็ตาม

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาความในตอนที่ห้าของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายมาตราดังกล่าวมิได้ห้ามการขอรับสิทธิบัตรการคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ซึ่งผลิตภัณฑ์ กรรมวิธี หรือสารประกอบทางเคมีอย่าง สิ้นเชิง โดยการค้นพบอาจถือเป็นการประดิษฐ์ได้ หากปรากฏว่าการค้นพบดังกล่าวก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่แตกต่างไปจาก เดิมอย่างมีนัยยะสำคัญ (Enhancement of the Known Efficacy)³² โดยบทบัญญัติมาตรา 3(d) ถือได้ว่ามีบทบาท สำคัญอย่างยิ่งในการป้องกันการออกสิทธิบัตรแบบไม่มีวันหมดอายุ (Evergreening Patent) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายหลังจากที่ศาลฎีกาได้มีคำวินิจฉัยในคดี Novartis v. Union of India & Others³³ โดยในคดีดังกล่าวบริษัทยาโน วาร์ตีสได้อุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการอุทธรณ์สิทธิบัตรที่ปฏิเสธไม่รับจดคำขอสิทธิบัตรยาไกลเวค (Gleevec) ที่ใช้รักษามะเร็งซึ่งบริษัทโดยได้มีการเพิ่มเติมสารผสมยา โดยอ้างว่าการเพิ่มสารดังกล่าวช่วยเพิ่มความสามารถในการ ดูดซึมยาเข้าสู่ร่างกายผู้ป่วยได้เร็วขึ้น มีระดับความเสถียรทางด้านเทอร์โมไดนามิกส์ที่มากขึ้น และมีระดับการ ดูดซึมที่ต่ำกว่าและถือได้ว่าเป็นคุณสมบัติของผลิตภัณฑ์ที่มีความใหม่ และมีกระบวนการใช้งานที่ดีกว่า แต่ปรากฏว่าเจ้าพนักงานผู้รับจดทะเบียนและคณะกรรมการอุทธรณ์ได้ปฏิเสธคำขอดังกล่าวเพราะเป็นการดัดแปลง สูตรเพียงเล็กน้อยเท่านั้น และในท้ายที่สุดศาลฎีกาได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการประดิษฐ์ที่บริษัทโนวาร์ตีสอ้าง เพื่อขอรับสิทธิบัตรเป็นเพียงการแก้ไขเพิ่มเติมและดัดแปลงสูตรเล็กน้อยตามความในมาตรา 3(d) แห่งกฎหมาย

³¹ The Patent Act 1970 Section 2(1)(j).

³² India Patent Office, 'Manual of Patent Office Practice and Procedure' < Manual_for_Patent_Office_Practice_and_Procedure_.pdf (ipindia.gov.in)> (IPIndia, 26 November 2019) accessed 27 June 2022.

³³ Novartis Ag v. Union of India and Others (W.P.24760/06)



สิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 2005 เท่านั้น จึงยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพของยาที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้³⁴

อนึ่ง ผลจากคดีดังกล่าวส่งผลให้มีการปฏิเสธคำขอรับสิทธิบัตรลักษณะดังกล่าวเป็นจำนวนมาก ทั้งยังทำให้บริษัทผู้ผลิตยาสามารถผลิตยาเลียนแบบส่วนผสมเดียวกับกลีเวคได้ อันส่งผลให้ราคายาในการรักษาโรคมะเร็งเม็ดเลือดขาวโดยใช้ยากลิเวคลดลงจาก 2,200 เหรียญสหรัฐต่อเดือน เหลือเพียง 88 เหรียญสหรัฐต่อเดือนเท่านั้นในตลาดยาสามัญ³⁵ ซึ่งทำให้ผู้ป่วยเรื้อรังในสาธารณรัฐอินเดียสามารถเข้าถึงยาและการรักษาได้ในราคาที่ถูกลง ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายสาธารณะและวัตถุประสงค์ในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดีย

ด้วยเหตุที่ได้กล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าระบบสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดียได้กำหนดหลักเกณฑ์การให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์อย่างเข้มงวดและมุ่งให้สิทธิบัตรแต่เฉพาะการประดิษฐ์ที่แท้จริงเท่านั้น³⁶ ดังจะเห็นได้จากการกำหนดมาตรฐานของชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นที่จะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสูง รวมถึงการกำหนดข้อยกเว้นในมาตรา 3 ที่มีส่วนอย่างยิ่งในการป้องกันการออกสิทธิบัตรแบบไม่มีวันหมดอายุ

3.5 วิเคราะห์เปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดีย

จากที่กล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าแนวทางในการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ของประเทศพัฒนาแล้วดังเช่นกรณีของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นประเทศผู้ผลิตและครอบครองนวัตกรรมได้อาศัยขีดความสามารถในการวิจัยและพัฒนาของตนแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธีทางการแพทย์ทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม ประเทศเหล่านี้ก็กำหนดรูปแบบการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้อย่างแตกต่างกัน

หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายพบว่ากรณีที่สหรัฐอเมริกาสามารถให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับกรรมวิธีทางการแพทย์ได้เกิดขึ้นโดยมีปัจจัยทางกฎหมาย 2 ประการ ได้แก่ การไม่มีบทบัญญัติยกเว้นการให้สิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์เหมือนอย่างกรณีของสหราชอาณาจักร และสาธารณรัฐอินเดีย และการกำหนดเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตรว่าการประดิษฐ์จะต้องมีประโยชน์แทนการบัญญัติถึงความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมเหมือนอย่างกรณีของประเทศญี่ปุ่นที่กำหนดให้ถือว่ากรรมวิธีทางการแพทย์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรม ด้วยเหตุนี้ กรรมวิธีทางการแพทย์จึงได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาเหมือนดังเช่นการประดิษฐ์ทั่วไป

อนึ่ง การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ของสหรัฐอเมริกาเกิดขึ้นเพราะเชื่อว่าการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์จะทำให้ผู้ทรงสิทธิบัตรสามารถแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ของตนได้อย่างเต็มที่ และจะมีส่วนจูงใจให้เกิดการประดิษฐ์คิดค้นขึ้นใหม่อันจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนานวัตกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ

³⁴ Chatterjee, P., 'Five Years After the Indian Supreme Court's Novartis Verdict, Intellectual Property Watch' <<https://www.ip-watch.org/2018/05/20/five-years-indian-supreme-courts-novartis-verdict/>> accessed 5 January 2022.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Indian Patent Office, 'Manual of Patent Office Practice and Procedure' (2019) 3.0 The office of controller general of Patents. Designs & Trademark 2019, 90.



ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายและบริบททางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของสหรัฐอเมริกา ดังที่ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้ว ในข้อ 3.1 ด้วยเหตุนี้ การประดิษฐ์ใหม่ รวมถึงกรรมวิธีทางการแพทย์ใหม่ที่ไม่เคยปรากฏต่อสาธารณชนอยู่ก่อนวันขอรับสิทธิบัตรที่มีประโยชน์ และไม่ใช่ว่าสิ่งประดิษฐ์หรือคําหมายได้โดยง่ายสำหรับบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสามัญสำหรับวิทยาการแขนงนั้นย่อมสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา ก็ได้นำมาซึ่งข้อถกเถียงอย่างกว้างขวาง (โปรดดูข้อ 3.1) จนในท้ายที่สุด รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาจึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 287(c) โดยกำหนดให้กิจกรรมทางการแพทย์ (Medical Activity) อันได้แก่การปฏิบัติกรรมวิธีทางการแพทย์หรือศัลยกรรมที่กระทำต่อร่างกายมนุษย์ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตร³⁷ ด้วยเหตุนี้ จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกายังคงให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์และยืนยันที่จะให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิบัตรแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ หากแต่มีการกำหนดข้อยกเว้นที่ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตรสำหรับกิจกรรมทางการแพทย์เอาไว้เท่านั้น

อนึ่ง แม้ว่าจะมีการกำหนดข้อยกเว้นให้กิจกรรมทางการแพทย์ไม่ถือเป็นการละเมิดสิทธิบัตรก็ตาม แต่กรรมวิธีทางการแพทย์ รวมถึงการใช้วิธีใหม่ทางการแพทย์ก็ยังสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ซึ่งการให้ความสำคัญคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ทางการแพทย์ได้ส่งผลอย่างยิ่งต่อการเข้าถึงยาของประชาชน ดังจะเห็นได้จากกรณียา Prozac ของบริษัท Eli Lilly ที่มีสรรพคุณในการรักษาโรคซึมเศร้า แต่บริษัทผู้ผลิตยาได้คิดค้นว่ายาดังกล่าวสามารถรักษาอาการที่สัมพันธ์กับการมีประจำเดือน เช่น อาการหงุดหงิด เครียด อารมณ์แปรปรวนได้ จึงได้ขอรับสิทธิบัตรในส่วนวิธีการใช้ใหม่ของผลิตภัณฑ์ดังกล่าวโดยใช้ชื่อทางการค้าว่า Sarafem³⁸ โดยการให้ความสำคัญคุ้มครองยาดังกล่าวส่งผลให้มีการยืดระยะเวลาการผูกขาดทางการค้ายาวนานยิ่งขึ้น ทั้งยังเป็นอุปสรรคต่อการวิจัยและพัฒนานวัตกรรม และกีดกันการแข่งขันทางการค้าจากยาชื่อสามัญอันส่งผลกระทบต่อผู้บริโภค³⁹

แม้การให้ความสำคัญคุ้มครองแก่การคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ของยาเดิมภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกาจะส่งผลกระทบต่อหลายประการดังที่ได้กล่าวข้างต้นก็ตาม แต่ท่าทีของสหรัฐอเมริกาในการให้ความสำคัญคุ้มครอง การประดิษฐ์ ในลักษณะดังกล่าวก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปแต่อย่างใด หากแต่เพียงมีการเสนอมาตรการในการเยียวยาผลกระทบจากการยืดอายุยาเดิมออกไปเท่านั้น ดังจะเห็นได้จากการที่มีการเสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการปฏิรูปสิทธิบัตรยาที่ไม่มียวันหมดอายุโดยการขยายระยะเวลาอย่างเหมาะสม (The Reforming Evergreening and Manipulation that Extends Drug Years Act: REMEDY Act) โดยการกำหนดระยะเวลาการให้ความสำคัญคุ้มครองการประดิษฐ์ที่ยุติธรรมให้สั้นกว่าการประดิษฐ์ปฐมภูมิ

ในกรณีของสหราชอาณาจักรและประเทศญี่ปุ่น หากพิจารณาแนวทางในการให้ความสำคัญคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ของทั้งสองประเทศ จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศมีการยกเว้นมิให้ความสำคัญคุ้มครองแก่กรรมวิธีทาง

³⁷ กมลขวัญ สุริยกุล ณ อยุธยา, ‘การให้ความสำคัญคุ้มครองทางสิทธิบัตรต่อกรรมวิธีทางการแพทย์’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558) 104.

³⁸ Eli Lilly and Co. v. Barr Laboratories, Inc., 100 F. Supp. 2d 917 (S.D. Ind. 1999)

³⁹ Durbin, D., Durbin, ‘Cassidy Introduce REMEDY Act To Lower Drug Prices By Curbing Patent Manipulation’ (Promoting Generic Competition) <<https://www.durbin.senate.gov/newsroom/press-releases/durbincassidy-introduce-remedy-act-to-lower-drug-prices-by-curbing-patent-manipulation-promoting-generic-competition>> accessed 20 October 2021.



การแพทย์ด้วยเหตุผลด้านจริยธรรมเช่นกัน อย่างไรก็ตาม ทั้งสองประเทศต่างก็กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธคำขอเอาไว้อย่างแตกต่างกัน โดยในกรณีของสหราชอาณาจักรได้กำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์อย่างชัดเจนในมาตรา 4A ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่สอดคล้องกับอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป ขณะที่ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้มีการบัญญัติยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ แต่ในทางปฏิบัติก็จะปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าวด้วยเหตุผลที่ว่าเป็นการประดิษฐ์ที่ไม่ได้มีลักษณะทางเทคนิคจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นสิ่งที่สามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรม

จากที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น แม้สหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร และประเทศญี่ปุ่นจะมีการกำหนดรูปแบบและแนวปฏิบัติที่มีต่อกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้อย่างแตกต่างกัน แต่หากพิจารณาในกรณีของการใช้วิธีใหม่ของสารประกอบทางเคมีหรือผลิตภัณฑ์ยาเดิม จะเห็นว่าทั้งสามประเทศได้กำหนดให้การใช้วิธีใหม่ซึ่งสารประกอบทางเคมีหรือยาเดิมเป็นสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้เงื่อนไขและรูปแบบที่แตกต่างกันออกไป เช่น การกำหนดให้การคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ของสารประกอบทางเคมีหรือผลิตภัณฑ์ยาที่มีอยู่แล้วเพื่อประโยชน์ใหม่ถือได้ว่าเป็นการประดิษฐ์ประเภทกรรมวิธี (Process Invention) ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร แต่หากเป็นกรณีของการค้นพบคุณสมบัติหรือวัตถุประสงค์การใช้งานผลิตภัณฑ์เดิมด้วยวิธีใหม่ (the Discovery of a New Purpose for an old thing used in an old way) ถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักรหากว่าผลลัพธ์ดังกล่าวเป็นสิ่งที่สามารถเกิดขึ้นได้ตามปกติจากการใช้งานการประดิษฐ์เดิม แต่กรณีดังกล่าวสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหราชอาณาจักร และประเทศญี่ปุ่น

อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าสังเกตว่า ในกรณีของประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่การคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ของสารประกอบเก่าเอาไว้อย่างแตกต่างจากสหรัฐอเมริกา และสหราชอาณาจักร กล่าวคือ การคิดค้นวิธีใช้ใหม่ของสารประกอบเก่าถือเป็นสิ่งประดิษฐ์การใช้งาน (Used Invention) ที่ได้รับความคุ้มครองในฐานะที่เป็นการประดิษฐ์ประเภทผลิตภัณฑ์ (Product Invention) ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ทำให้การใช้วิธีใหม่ของการประดิษฐ์เก่ามีขอบเขตการคุ้มครองกว้างขวาง โดยคุ้มครองทั้งกรณีที่เป็นการใช้วิธีใหม่ที่ไม่ใช่ทางการแพทย์ และการใช้วิธีใหม่ทางการแพทย์ทั้งที่เป็นการใช้ครั้งแรกทางการแพทย์ การใช้ครั้งที่สองทางการแพทย์ รวมถึงการใช้เพื่อผลิตยาในทางอุตสาหกรรม อนึ่ง การกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองอย่างกว้างขวางย่อมนำมาซึ่งปัญหาการยืดระยะเวลาการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์จนอาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาแนวนโยบายที่อยู่เบื้องหลังการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าวของประเทศญี่ปุ่นก็จะเห็นได้ว่าการคุ้มครองการประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะในระยะยาว กล่าวคือ การให้ความสำคัญแก่การส่งเสริมการวิจัยและพัฒนาประสิทธิภาพของการประดิษฐ์เพื่อส่งเสริมและให้มีการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์อันช่วยให้เกิดการพัฒนาสิ่งประดิษฐ์ที่มีประสิทธิภาพ มีผลข้างเคียงที่น้อยลง และมีความปลอดภัยต่อประชาชนมากยิ่งขึ้น⁴⁰

ในส่วนของสาธารณรัฐอินเดียซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา การออกแบบระบบสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์อย่างกว้างขวางย่อมส่งผลกระทบต่อเชิงลบมากกว่าเชิงบวก เพราะประเทศกำลังพัฒนาย่อมมีปัจจัยหลายประการที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงสิทธิบัตรของนักประดิษฐ์ ทั้งยังมีปัญหาและอุปสรรคในด้านความเชี่ยวชาญ

⁴⁰ Okuyama, S. Endo, S., and others, 'Second Medical use or Indication Claims' (AIPPI 2014) 2 – 3.



ในการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตร จนในบางครั้งทำให้เกิดการออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ที่ไม่สมควรจนเกิดปัญหาที่เรียกว่าการออกสิทธิบัตรแบบไม่มีวันหมดอายุ (Evergreening Patent) ดังนั้น การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรอย่างกว้างขวางย่อมส่งผลกระทบต่อกำลังพัฒนาโดยตรง เนื่องจากบรรดาประเทศมหาอำนาจทางอุตสาหกรรมย่อมสามารถที่จะช่วงชิงความได้เปรียบและขอรับสิทธิบัตรจนอาจส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงการประดิษฐ์ของประชาชน

แม้ว่าในอดีต สาธารณรัฐอินเดียจะต้องเผชิญกับแรงกดดันจากบรรดาประเทศมหาอำนาจทางอุตสาหกรรมที่ต้องการให้มีการขยายขอบเขตการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ออกไปก็ตาม แต่ด้วยแนวนโยบายที่ชัดเจนและต่อเนื่องของรัฐบาลที่ต้องการปกป้องผลประโยชน์ของประชาชน รวมถึงความเข้มแข็งของภาคประชาสังคมและบริษัทยาท้องถิ่น ส่งผลให้อินเดียสามารถก้าวข้ามผ่านวิกฤติการกดดันดังกล่าวมาได้ โดยสาธารณรัฐอินเดียได้อาศัยระยะเวลาผ่อนผัน (Transition Period) ของความตกลงทริปส์อย่างเต็มประสิทธิภาพและพัฒนาระบบสิทธิบัตรที่มีการกำหนดเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์เอาไว้อย่างเข้มงวดเพื่อให้การออกสิทธิบัตรเป็นไปเพื่อคุ้มครองการประดิษฐ์ที่แท้จริง อนึ่ง ช่วงระยะเวลาดังกล่าวถือว่าเป็นช่วงเวลาสำคัญอย่างยิ่งต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมยาภายในประเทศอินเดียอันเป็นผลมาจากการที่กฎหมายไม่ให้ความคุ้มครองผลิตภัณฑ์ยา นอกจากนี้ ยังมี การกำหนดแผนการปฏิรูประบบสิทธิบัตรอย่างเป็นลำดับ โดยกำหนดให้มีการแก้ไขกฎหมายเป็น 3 ระยะ ได้แก่ การแก้ไขในปี ค.ศ. 1999, 2003 และ 2005

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดีย จะเห็นได้ว่าการกำหนดแนวทางการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสูง (Advance in the Art) ซึ่งเป็นการกำหนดมาตรฐานในระดับที่สูงกว่าประเทศส่วนใหญ่ในโลกที่กำหนดให้เปรียบเทียบกับบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญในระดับสามัญ (Person Having Ordinary Skill in the Art) นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรของสาธารณรัฐอินเดียยังได้กำหนดยกเว้นมิให้ถือว่าการมวีธีทางการแพทย์เป็นสิ่งประดิษฐ์ ด้วยเหตุนี้ การคิดค้นที่เกี่ยวกับการบำบัด รักษา หรือการป้องกันโรคในมนุษย์ สัตว์ และพืชจึงไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ อีกทั้ง ในมาตรา 3(d) ยังมีการกำหนดยกเว้นให้ความคุ้มครองแก่การคิดค้นหรือค้นพบวิธีการใช้ใหม่ของการประดิษฐ์เก่า รวมถึงยาและสารประกอบทางเคมี เว้นเสียแต่ว่าการคิดค้นดังกล่าวจะมีศักยภาพที่โดดเด่นอย่างมีนัยยะสำคัญ ทั้งนี้ เพื่อรับมือกับความพยายามจดสิทธิบัตรทางเคมี และผลิตภัณฑ์ยาซ้ำเพื่อขยายระยะเวลาการคุ้มครองการประดิษฐ์ออกไป โดยการใช่วิธีใหม่จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อเป็นการประดิษฐ์ที่แท้จริง กล่าวคือ ในการขอรับสิทธิบัตรการใช้วิธีใหม่ นอกจากจะต้องปรากฏว่าเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ทางอุตสาหกรรมแล้ว การคิดค้นหรือค้นพบดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นปรากฏถึงศักยภาพที่โดดเด่นอย่างมีนัยยะสำคัญอีกด้วย

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดีย จะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศต่างกำหนดแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้ในลักษณะที่อย่างแตกต่างกันเพื่อให้สอดคล้องกับบริบทและแนวทางในการพัฒนาประเทศ อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าเป็นที่น่าสนใจอย่างยิ่งว่าในโลกยุคปัจจุบันที่เทคโนโลยีและกรรมวิธีทางการแพทย์มีบทบาทเพิ่มขึ้นอย่างมากในการยกระดับชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ และเมื่อเป็นเช่นนี้ แนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศต่าง ๆ จะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ อนึ่ง ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการไม่ให้ความคุ้มครองแก่การวิจัยและพัฒนาทางการแพทย์ รวมถึงเวชศาสตร์



การฟื้นฟู และเทคโนโลยีการรักษาทางพันธุกรรมย่อมส่งผลกระทบต่อการศึกษาและพัฒนา เพราะการวิจัยและพัฒนา นวัตกรรมดังกล่าวข้างต้นล้วนแล้วแต่มีมูลค่าและความเสี่ยงที่ค่อนข้างสูง ดังนั้น การให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรก็อาจเป็นหนึ่งในปัจจัยที่ช่วยจูงใจให้เกิดการวิจัยและพัฒนา อันจะส่งผลต่อการเปิดเผยข้อมูลของการประดิษฐ์ที่เป็นฐานข้อมูลสำคัญสำหรับการวิจัยและพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์ในอนาคตซึ่งจะส่งผลเป็นห่วงโซ่กลับมาช่วยส่งเสริมและยกระดับคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ของประชาชนได้อีกด้วย อย่างไรก็ตาม การให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมนำมาซึ่งอำนาจผูกขาดที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของมนุษย์ และการเข้าถึงการรักษาของประชาชนได้เช่นกัน

4. ความท้าทายในการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

หลังจากที่ได้กล่าวถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดียมาแล้วในส่วนก่อนหน้าจะเห็นได้ว่าแต่ละประเทศได้กำหนดรูปแบบการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อย่างแตกต่างกัน ตามบริบทและแนวทางการพัฒนาประเทศของตนเอง ดังเช่นในกรณีของสหรัฐอเมริกาที่ให้ความสำคัญแก่การคุ้มครองสิทธิของผู้ประดิษฐ์เพื่อบรรลุดัชนีประสิทธิผลในการยกระดับการพัฒนา นวัตกรรม ขณะที่สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดียมุ่งให้ความสำคัญแก่ประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญจึงปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ อย่างไรก็ตาม เพื่อรักษาไว้ซึ่งสมดุลแห่งสิทธิระหว่างผู้ประดิษฐ์และประโยชน์สาธารณะจึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับกรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้บางประการภายใต้เงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่มีระดับความเข้มงวดที่แตกต่างกัน

ในกรณีของประเทศไทย หากพิจารณาพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 จะพบว่ามีการกำหนดให้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์เอาไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 9(4) ที่ยังมีคำพิพากษาฎีกาและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรที่ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองการใช้วิธีใหม่ของสารประกอบทางเคมีหรือผลิตภัณฑ์ยาเอาไว้⁴¹ ด้วยเหตุนี้ การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัย บำบัด และรักษาโรคจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจขอรับสิทธิบัตรได้ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย ที่เป็นเช่นนี้ เนื่องจากในขณะที่มีการพิจารณาการร่างพระราชบัญญัติสิทธิบัตร ประเทศไทยมีขีดความสามารถในการวิจัยและพัฒนา นวัตกรรมทางการแพทย์ในระดับที่น้อยกว่าประเทศอุตสาหกรรม รวมถึงข้อกังวลที่ว่า การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงการสาธารณสุขของประชาชนอันเป็นเหตุผลทางศีลธรรม ทั้งนี้ เพื่อทำความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะและขอบเขตการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะได้อธิบายถึงหลักเกณฑ์ในการขอรับสิทธิบัตรและความท้าทายในการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยจะต้องเป็นการคิดค้นหรือคิดทำขึ้นอันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใด ๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ด้วยเหตุนี้ การค้นพบสิ่งที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติจึงเป็นสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทย

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 7119/2552 และคำวินิจฉัยคณะกรรมการสิทธิบัตรที่ 1/2553



ไทย นอกจากนี้ ยังต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ที่มีชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ใช้ได้ ในทางอุตสาหกรรม อย่างไรก็ตาม หากได้หมายความว่าทุกการประดิษฐ์คิดค้นจะสามารถขอรับสิทธิบัตรได้ โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ได้กำหนดสิ่งที่ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์เอาไว้ในมาตรา 9 อนึ่ง แม้บทบัญญัติ มาตรา 9 จะได้กำหนดสิ่งที่ไม่ถือเป็นการประดิษฐ์เอาไว้หลายกรณีก็ตาม แต่ในส่วนนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวแต่เฉพาะส่วน ที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อันได้แก่ มาตรา 9(1) ที่กำหนดให้จุลชีพ และส่วนประกอบของ จุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ (Naturally Occurring Microorganisms) สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์และพืชไม่ถือ เป็นการประดิษฐ์ และมาตรา 9(4) ที่กำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่การวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคในมนุษย์ หรือสัตว์ รวมถึงการประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัย หรือสวัสดิภาพของประชาชนตาม มาตรา 9(5)

เมื่อพิจารณาวิทยาศาสตร์การแพทย์ และการวิจัยและพัฒนาเกี่ยวกับหน่วยพันธุกรรมมนุษย์เพื่อการรักษา โรคในปัจจุบัน มีประเด็นที่น่าพิจารณาเป็นอย่างยิ่งว่าการประดิษฐ์คิดค้นดังกล่าวจะถือว่าเป็นสิ่งที่ต้องห้ามไม่ให้ขอรับ สิทธิบัตรตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 ของประเทศไทยหรือไม่

ในประเด็นดังกล่าวข้างต้น รองศาสตราจารย์ ดร. จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการประดิษฐ์ที่ เกี่ยวข้องกับมนุษย์และสารสกัดของมนุษย์เอาไว้ว่าแนวทางการตีความบทบัญญัติมาตรา 9 จำต้องพิจารณาอย่าง เคร่งครัด ดังนั้น จึงไม่อาจตีความคำว่าสัตว์ให้รวมถึงมนุษย์ได้ เนื่องจากลักษณะทางชีวภาพที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ หากมีการขอรับสิทธิบัตรที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์หรือสารสกัดจากมนุษย์ ย่อมไม่อาจปฏิเสธการให้ความคุ้มครองโดย อาศัยบทบัญญัติมาตรา 9(1) ได้ หากแต่จะต้องอาศัยบทบัญญัติมาตรา 9(5) ที่ห้ามออกสิทธิบัตรให้แก่การประดิษฐ์ที่ ขัดต่อความสงบเรียบร้อย และศีลธรรมอันดี อนามัย หรือสวัสดิภาพของประชาชนแทน⁴² โดยผู้เขียนเห็นด้วยกับ ความเห็นดังกล่าวข้างต้นในส่วนที่ว่าบทบัญญัติมาตรา 9(1) ไม่อาจนำมาใช้เพื่อปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การ คิดค้นที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ และสารสกัดจากมนุษย์ได้ นอกจากนี้ แนวทางดังกล่าวยังสามารถนำมาใช้เพื่อพิจารณา การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีชีวภาพและหน่วยพันธุกรรมมนุษย์เพื่อการรักษาโรคอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากไม่กำหนดค่านิยมหรือแนวทางที่ชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาเงื่อนไขมาตรา 9(1) ก็อาจนำมาซึ่ง ปัญหาในการตีความและพิจารณาค่าขอรับสิทธิบัตรในทางปฏิบัติได้เช่นกัน

ในส่วนที่ว่าให้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์และสารสกัดจากมนุษย์โดย อาศัยบทบัญญัติมาตรา 9(5) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 9(5) ถูกกำหนดขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่ไม่ต้องการให้ เกิดการประดิษฐ์คิดค้นที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะ (Public Policy) หรือขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน (Morality) ที่อาจนำมาซึ่งความเสียหายต่อสังคม อย่างไรก็ตาม แนวนโยบายสาธารณะ และศีลธรรมอันดีของประชาชนย่อมเป็น สิ่งที่ถูกสร้างขึ้นและได้รับการยอมรับในช่วงเวลาหนึ่ง ๆ เท่านั้น ดังนั้น เมื่อระยะเวลาได้เปลี่ยนแปลงและก้าวไปพร้อม กับนวัตกรรมทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อวิทยาศาสตร์การแพทย์ในยุคปัจจุบันต่างเป็นการวิจัยและพัฒนา ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์โดยตรง ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าการวิจัยและพัฒนาที่เกี่ยวข้องกับหน่วยพันธุกรรมมนุษย์ จะยังถือว่าเป็นสิ่งที่ขัดต่อนโยบายสาธารณะหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

นอกจากนี้ แม้บทบัญญัติมาตรา 9(5) จะมีการกำหนดยกเว้นไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่ขัดต่อ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ตาม แต่ก็หาได้หมายความว่าไม่มีการวิจัยเกี่ยวกับมนุษย์

⁴² จักรกฤษณ์ ครอบพจน์ (เชิงอรอด 3) 95.



สารสกัดจากร่างกายมนุษย์ รวมถึงหน่วยพันธุกรรมของมนุษย์ เพราะองค์ความรู้เหล่านี้ถือได้ว่าเป็นทรัพยากรที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์อื่นเพื่อใช้ในการรักษาโรคของมนุษย์ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ดังกล่าวไม่อาจยับยั้งความสนใจใคร่รู้ในการป้องกันและรักษาโรคของมนุษย์ได้และไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของบทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ ในทางตรงกันข้าม การให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ดังกล่าวจะช่วยให้มีการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์เหล่านี้สู่สาธารณะอันจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์อื่น ๆ ที่จะช่วยยกระดับชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ต่อไป ทั้งนี้ แม้ว่าจะมีข้อกังวลว่าการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ สารสกัด หรือหน่วยพันธุกรรมมนุษย์อาจนำมาซึ่งปัญหาด้านจริยธรรมหรือปัญหาด้านศีลธรรมก็ตาม แต่ประเด็นปัญหาดังกล่าวก็สามารถแก้ไขได้โดยการกำหนดกรอบจริยธรรมการวิจัย รวมถึงการบังคับใช้กฎหมาย หรือการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมมาตรฐาน การใช้งาน และราคาได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 9(4) ก็จะได้เห็นว่ามีการกำหนดยกเว้นมิให้คุ้มครองแก่วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคในมนุษย์และสัตว์ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับหน่วยพันธุกรรมมนุษย์เพื่อการรักษาโรคก็อาจถือได้ว่าการประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าวเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ต้องห้ามมิให้ขอรับสิทธิบัตรอยู่นั่นเอง

นอกจากการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับมนุษย์ สารสกัดและหน่วยพันธุกรรมมนุษย์เพื่อรักษาโรคดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว กรมทรัพย์สินทางปัญญาได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 9(4) มาใช้เพื่อปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ของยาและสารประกอบทางเคมีเพื่อประโยชน์ทางการรักษาโรคอีกด้วย นอกจากนี้ ยังมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสิทธิบัตรที่ 1/2553 ที่ปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่คำขอแบบ Swiss Claim โดยถือได้ว่าเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ต้องห้ามมิให้รับสิทธิบัตรตามมาตรา 9(4) ซึ่งต่างจากกรณีของสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ประเทศญี่ปุ่น และสาธารณรัฐอินเดียที่สามารถให้ความคุ้มครองแก่การใช้วิธีใหม่ได้ภายใต้เงื่อนไขที่แตกต่างกันออกไป ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแนวทางการพิจารณาคำขอรับสิทธิบัตรของประเทศไทยต่อผลิตภัณฑ์ยาและสารประกอบทางเคมีเป็นไปอย่างค่อนข้างเข้มงวด โดยถือว่าการคิดค้นวิธีใช้ยาเดิมเป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ไม่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ทั้งสิ้น

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงความก้าวหน้าด้านการวิจัยและพัฒนาทางการแพทย์ของประเทศไทยในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าขีดความสามารถในการวิจัยและพัฒนาของประเทศไทยได้ยกระดับขึ้นจากในอดีตอยู่ไม่น้อย นอกจากนี้ หากพิจารณาการจัดอันดับความมั่นคงทางสุขภาพ (Global Health Security Index : GHS) พบว่าประเทศไทยถูกจัดเป็นประเทศที่มีความมั่นคงทางสุขภาพ อันดับที่ 5 ของโลก เป็นรองแค่สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย ฟินแลนด์ และแคนาดาเท่านั้น⁴³ และประเทศไทยยังเป็นเป้าหมายอันดับต้น ๆ สำหรับนักท่องเที่ยวที่สนใจเข้ารับบริการทางการแพทย์และสุขภาพซึ่งภาครัฐก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของอุตสาหกรรมท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (Medical Tourism) ที่มีอัตราการเติบโตอย่างชัดเจน จึงได้กำหนดให้เป็นอุตสาหกรรมเป้าหมายและยุทธศาสตร์ในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจเพื่ออนาคต (New Engine of Growth)⁴⁴ นอกจากนี้ หากพิจารณาวัตถุประสงค์ในการตรา

⁴³ Global Health Security Index, '2021 GHS Index Country Profile for THAILAND' <<https://www.ghsindex.org/country/thailand/>> accessed 18 April 2022,

⁴⁴ สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม, 10 อุตสาหกรรมเป้าหมาย กลไกขับเคลื่อนเศรษฐกิจเพื่ออนาคต (New Engine of Growth) (พิมพ์ครั้งที่ 1, สำนักบริหารกลาง สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม 2560) 11.



พระราชบัญญัติสิทธิบัตรจะเห็นได้ว่ากฎหมายสิทธิบัตรเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมนวัตกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ และความตกลงทริพส์ก็ได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถออกแบบระบบสิทธิบัตรให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมได้อย่างอิสระ ดังนั้น หากการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ รวมทั้งสภาพเศรษฐกิจและสังคมภายในประเทศแล้ว ประเทศไทยก็สามารถกำหนดให้ความคุ้มครองแก่การคิดค้นที่เกี่ยวกับมนุษย์ สารสกัดจากมนุษย์ หน่วยพันธุกรรมมนุษย์เพื่อการรักษาโรครวมถึงการใช่วิธีใหม่ของการประดิษฐ์เก่าเพื่อประโยชน์ทางการแพทย์ได้เช่นกัน

ผู้เขียนเห็นว่าหากมีการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่สิทธิบัตรที่เกี่ยวกับกรรมวิธีทางการแพทย์จะช่วยจูงใจให้เกิดการลงทุนเพื่อวิจัยและพัฒนานวัตกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการวินิจฉัย บำบัด และรักษาโรคอันจะช่วยเปิดโอกาสให้นักวิจัยไทยสามารถเข้าถึงสิทธิบัตรได้มากยิ่งขึ้น และช่วยลดภาระการพึ่งพานวัตกรรมจากประเทศอุตสาหกรรม นอกจากนี้ ยังเป็นการเพิ่มมูลค่าการประดิษฐ์ได้ ทั้งยังช่วยสร้างความเชื่อมั่นต่อการให้บริการทางการแพทย์ซึ่งถือได้ว่าเป็นผลกระทบในเชิงบวก ทั้งนี้ หากประเทศไทยประสบความสำเร็จในการยกระดับประเทศให้กลายเป็น Medical Hub จะช่วยยกระดับประเทศและจะสร้างรายได้ให้กับอุตสาหกรรมทางการแพทย์ รวมทั้งอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวจากนักท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (Medical and Wellness Tourism) ที่จะเพิ่มขึ้นในอนาคตได้อีกด้วย

แม้การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อาจนำมาซึ่งผลกระทบในเชิงบวกได้หลายประการดังที่ได้กล่าวข้างต้น แต่ในทางตรงกันข้าม ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่า การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมส่งผลกระทบต่อค่าใช้จ่ายในการรักษาโรค ซึ่งอัตราค่าบริการการรักษาท้ายอยู่ในระดับไม่สูงถือได้ว่าเป็นข้อได้เปรียบอย่างหนึ่งที่ดีดึงดูดให้ชาวต่างชาติตัดสินใจเข้ารับบริการทางการแพทย์ภายในประเทศไทย นอกจากนี้ การกำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ย่อมทำให้บรรดาประเทศอุตสาหกรรมที่มีทรัพยากรและวิทยาการในระดับสูงสามารถเข้าถึงสิทธิบัตรได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าหากประเทศไทยต้องการยกระดับการวิจัยและพัฒนาทางการแพทย์ รวมถึงการวิจัยและพัฒนาการรักษาโรคให้มีความเติบโตมากยิ่งขึ้นเพื่อลดการพึ่งพานวัตกรรมจากประเทศอุตสาหกรรม จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการส่งเสริมและยกระดับการวิจัยและพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการวิจัยและพัฒนาชีววัตถุหรือชีวเภสัชภัณฑ์ (Biopharmaceutical) ซึ่งเป็นเป้าหมายของภาครัฐที่ต้องการสนับสนุนตามนโยบาย BCG Model⁴⁵ นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงความก้าวหน้า ความเชี่ยวชาญทางการแพทย์และเภสัชกรรม รวมทั้งแนวนโยบายในการส่งเสริมอุตสาหกรรมเหล่านี้ จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ที่เป็นกรรมวิธีทางการแพทย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การคิดค้นวิธีการใช้ใหม่ของประดิษฐ์เก่าไม่จำเป็นต้องใช้ความรู้ และความเชี่ยวชาญในระดับสูงดังเช่นการคิดค้นประดิษฐ์สิ่งใดชิ้นใหม่จะมีส่วนช่วยเปิดโอกาสให้นักประดิษฐ์ไทยสามารถเข้าถึงสิทธิบัตรและสามารถแสวงหาประโยชน์จากการคิดค้นของตนได้มากยิ่งขึ้นซึ่งจะช่วยจูงใจให้เกิดการวิจัยและพัฒนาอย่างต่อเนื่อง อันเป็นผลมาจากการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาต่อยอด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อประเทศไทยมีองค์การเภสัชกรรมของรัฐที่มีศักยภาพในการผลิตยาและสามารถทำวิศวกรรมย้อนกลับได้

⁴⁵ ฝ่ายสื่อสารและภาพลักษณ์องค์กร (CBC), ‘โมเดลเศรษฐกิจใหม่ BCG’ (สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี (สวทช.) 11 ธันวาคม 2563) <https://www.nstda.or.th/home/knowledge_post/bcg-by-nstda/> สืบค้นเมื่อ 1 กุมภาพันธ์ 2565).



ด้วยเหตุที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการจะกล่าวว่าการกำหนดให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรของประเทศไทยมิได้ก่อให้เกิดแต่เพียงผลกระทบในทางลบเท่านั้น เพราะหากพิจารณาถึงขีดความสามารถในการวิจัยและพัฒนานวัตกรรมของประเทศไทย และความรู้ ความสามารถของนักวิจัย และบุคลากรทางการแพทย์ของประเทศไทย รวมถึงความหลากหลายทางชีวภาพก็จะเห็นได้ว่าการให้ความคุ้มครองแก่กรรมวิธีทางการแพทย์ก็สามารถสร้างผลกระทบในทางบวกได้เช่นกัน อนึ่ง ผู้เขียนตระหนักดีว่าการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์จะกระทบต่อการเข้าถึงการรักษาของประชาชน แต่การปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์ลักษณะดังกล่าวอย่างสิ้นเชิงก็อาจส่งผลกระทบต่อการวิจัยและพัฒนา และยังส่งผลกระทบต่อการเปิดเผยข้อมูลการประดิษฐ์สู่สังคมอันส่งผลต่อการพัฒนาต่อยอดการประดิษฐ์ที่อาจส่งผลกระทบเป็นห่วงโซ่กลับมาที่ประชาชนได้เช่นกัน ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าเป็นความท้าทายอย่างยิ่งที่ผู้กำหนดนโยบายจะต้องพิจารณาซึ่งน้ำหนักผลกระทบของทุก ๆ ฝ่ายและพัฒนาหลักเกณฑ์ในการรักษาคุณภาพแห่งประโยชน์ของการให้ความคุ้มครองการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับกรรมวิธีทางการแพทย์

5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ผู้เขียนได้กล่าวมาทั้งหมดในส่วนก่อนหน้า จะเห็นได้ว่าการให้สิทธิบัตรแก่กรรมวิธีทางการแพทย์มิได้มีแต่ผลกระทบในทางลบเท่านั้น หากแต่มีผลกระทบในเชิงบวกเช่นกัน อย่างไรก็ตาม จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์อย่างชัดเจนภายใต้เงื่อนไขที่เหมาะสมเพื่อสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์ของผู้ประดิษฐ์ และประโยชน์สาธารณะ โดยผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขบทบัญญัติมาตรา 9(1) มาตรา 9(4) และเพิ่มเติมมาตรา 9(6) รวมถึงการกำหนดแนวทางการพิจารณาเงื่อนไขเกี่ยวกับความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมดังต่อไปนี้

แก้ไขมาตรา 9(1) โดยกำหนดว่า “จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช ยกเว้น สารสกัดหรือสิ่งอื่นใดของสิ่งมีชีวิตที่เกิดขึ้นจากมนุษย์ ” และมาตรา 9(4) โดยกำหนดว่า “วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคในมนุษย์หรือสัตว์ เว้นแต่ การประดิษฐ์ดังกล่าวจะแสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าและเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมทางการแพทย์เป็นอย่างยิ่ง” เพื่อให้สามารถขอรับสิทธิบัตรกรรมวิธีทางการแพทย์ที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ที่ต้องกระทำต่อเนื้อตัวร่างกายของมนุษย์เพื่อประโยชน์ในการรักษาโรคได้ภายใต้เงื่อนไขว่าการคิดค้นดังกล่าวจะต้องมีความก้าวหน้าและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะอย่างแท้จริง

เพิ่มเติมมาตรา 9(6) โดยกำหนดว่า “การค้นพบคุณสมบัติใหม่วิธีการใช้ใหม่ซึ่งการผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธี รวมถึงสารประกอบทางเคมีที่เป็นที่รู้จักดีอยู่แล้วที่ไม่ส่งเสริมประสิทธิภาพของการประดิษฐ์เดิม เว้นแต่ว่าการใช้ลักษณะดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลิตภัณฑ์ขึ้นใหม่ หรือทำให้การประดิษฐ์ที่ถูกใช้มีประสิทธิภาพที่แตกต่างไปจากเดิมอย่างมีนัยยะสำคัญ” เพื่อเป็นหลักประกันในการรับรองคุณภาพของการคิดค้นวิธีการใช้ใหม่หรือการค้นพบคุณสมบัติใหม่ของการประดิษฐ์เก่า

กำหนดแนวทางการพิจารณาความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม โดยให้ถือว่า การคิดค้นกรรมวิธีในการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคสามารถประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมการแพทย์



อย่างไรก็ตาม ลำพังแต่เฉพาะการกำหนดหลักเกณฑ์และการแก้ไขกฎหมาย โดยปราศจากนโยบายในการสนับสนุนการวิจัยและพัฒนา รวมถึงมาตรการในการเยียวยาผลกระทบจากภาครัฐย่อมไม่อาจผลักดันให้การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของประเทศได้อย่างแท้จริง ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า นอกจากมาตรการทางกฎหมายดังที่ได้กล่าวข้างต้นแล้ว ยังจำเป็นที่ภาครัฐจะต้องมีการกำหนดนโยบายการส่งเสริมการวิจัยและพัฒนา รวมถึงการส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากการวิจัยและพัฒนาอย่างเป็นรูปธรรม ทั้งยังจำเป็นต้องมีมาตรการในการควบคุมราคาและการรักษาเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาดสิทธิบัตรจนส่งผลกระทบต่อ การเข้าถึงยาและการรักษาของประชาชน รวมถึงมาตรการอื่นที่จำเป็น อาทิ มาตรการในการจูงใจให้ภาคเอกชนร่วมลงทุนในการวิจัยและพัฒนา เป็นต้น

ด้วยเหตุนี้เหตุที่ได้กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่ามีความท้าทายอย่างยิ่งทั้งในด้านกฎหมายที่จะต้องกำหนดให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรอย่างเหมาะสม รวมถึงการกำหนดนโยบายในการส่งเสริมและเยียวยาผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ที่ผู้กำหนดนโยบายจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบด้านเพื่อให้การให้ความคุ้มครองกรรมวิธีทางการแพทย์ภายใต้ระบบสิทธิบัตรเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศไทยได้อย่างแท้จริง



บรรณานุกรม

- กมลขวัญ สุริยกุล ณ อยุธยา, 'การให้ความคุ้มครองทางสิทธิบัตรต่อกรรมวิธีทางการแพทย์' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร-มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2558).
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์, *กฎหมายสิทธิบัตร แนวคิดและบทวิเคราะห์* (พิมพ์ครั้งที่ 4, นิติธรรม 2560) .
- จิรศักดิ์ รอดจันทร์. *สิทธิบัตร: หลักกฎหมายและวิธีปฏิบัติเพื่อการคุ้มครองการประดิษฐ์และการออกแบบผลิตภัณฑ์*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2555.
- มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คำอธิบายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ 2564.
- วิไลลักษณ์ ไกรลาศ, 'ปัญหาและอุปสรรคทางกฎหมายของ Evergreening patent ภายใต้ระบบสิทธิบัตร' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ 2563).
- สถาบันทรัพย์สินทางปัญญาแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์การวิเคราะห์แนวโน้มเทคโนโลยีและอุตสาหกรรมทางการแพทย์ครบวงจร โครงการพัฒนาผู้ประกอบการด้านทรัพย์สินทางปัญญาและนวัตกรรม 2560.
- Basheer, S., Purohit, S. and Reddy, P., 'Patent Exclusions that promote public health objectives' <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3 - annex4.pdf> accessed 27 June 2022.
- Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D. and Johnson, P., *Intellectual Property Law*, 5th ed. (Oxford 2018).
- Cornish, W.; Llewelyn, D. and Aplin, T, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights*' (Sweet & Maxwell 2013).
- Deutsch, A., D., 'The 5 Industries Driving the U.S. Economy' <<https://www.investopedia.com/articles/investing/042915/5-industries-driving-us-economy.asp>> accessed 26 June 2022.
- Himanshu Gupta, Suresh Kumar, Saroj Kumar Roy and R. S. Gaud, 'Patent Protection Strategies' <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3146086/>> accessed 17 January 2021.
- Kuanpoth, J., *Patent Rights in Pharmaceuticals in Developing Countries: Major Challenges for the Future*' (Edward Elgar Publishing Limited 2010).
- Nobuhiro Nakayama, *Patent Law 2nd Ed. (Law Lectures Series)* (Koubundou Publishers 2012).
- Petty, C., 'Protecting a New Medical Use of a Known Substance' (Venner Shipley 2019).
- Singh, S. S. 'Patenting in Pharmaceuticals: India and Japan' (Study cum Research Report: WIPO-JPO Long Term Fellowship 2010).



ที่มาของวุฒิสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์

อเนก สุขดี

คณะสังคมและการพัฒนาท้องถิ่น มหาวิทยาลัยพิบูลสงคราม

อีเมล: anek.s@psru.ac.th

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) ศึกษาการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา 2) วิเคราะห์เปรียบเทียบความเป็นมา คุณสมบัติ และกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา 3) ศึกษาปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยใช้วิธีการศึกษาค้นคว้าจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ข้อมูลโดยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) และนำเสนอผลการวิเคราะห์ในเชิงพรรณนา (Descriptive Analysis)

ผลการวิจัยพบว่า 1) การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศโดยสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนซึ่งจะส่งผลให้ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นบุคคลที่สังคมยอมรับ ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งไม่ได้มีที่มาเกี่ยวข้องกับประชาชน 2) ความเป็นมาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันเนื่องจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของแต่ละประเทศแตกต่างกัน คุณสมบัติของวุฒิสภาของทั้งสามประเทศมีความคล้ายกันด้านสัญชาติ อายุและวาระในการดำรงตำแหน่ง สำหรับกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นมีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยเพราะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเช่นเดียวกัน ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งไม่ได้ยึดโยงกับประชาชนและไม่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย 3) ปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาพบว่าที่มาวุฒิสภาของไทยตามบทเฉพาะกาลเข้าลักษณะของการสืบทอดอำนาจของคณะทหารที่ยึดอำนาจการปกครองโดยผ่านกลไกของรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญร่างไว้ การที่รัฐธรรมนูญฟิลิปปินส์กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถสังกัดพรรคการเมืองได้ส่งผลให้พรรคการเมืองมีอิทธิพลต่อสมาชิกวุฒิสภาเช่นเดียวกับการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาทุก ๆ 3 ปีทำให้ประเทศสูญเสียงบประมาณมหาศาลไปกับการจัดการเลือกตั้ง สำหรับปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทยไม่ค่อยปรากฏ เนื่องจากสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยมีความน่าเชื่อถือเป็นที่ยอมรับและมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่สูง

คำสำคัญ: ที่มาของวุฒิสภา, รัฐธรรมนูญ, ประชาธิปไตย



The Selection of the Senate :A Comparative Study of Thailand, Japan and the Philippines

Anek Sookdee

Faculty of Social Sciences and Local Development Pibulsongkram Rajabhat University

E – mail: anek.s@psru.ac.th

Abstract

This research aims to 1) study the selection of the Senate, 2) analyze and compare the origin, the qualifications, and the process of the selection, and 3) explore the problems and the impacts of the selection in Thailand, the Philippines, and Japan. This documentary research was carried out by studying relevant documents and conducting content analysis before presenting the findings using descriptive analysis.

The research found that 1) the selection of the Senate in Thailand, the Philippines, and Japan differs depending on the constitutional provisions of each country; The senators of the Philippines and Japan are directly elected by the people, resulting in elected representatives being socially accepted. the Senate in Thailand was appointed by the National Council for Peace and Order which is not related to the people. 2) The origins of the Senate in Thailand, the Philippines, and Japan are different due to their distinct political and administrative histories. The qualifications of the Senate in these three countries are similar in terms of nationality, age, and term of office. For the selection processes, those in the Philippines and Japan are based on the principles of democracy because their senators are elected by the people. In contrast, the Senate in Thailand was appointed by the National Council for Peace and Order. It neither involves the people nor adheres to the principles of democracy. 3) Regarding the problems and the impacts of the Senate selection, the selection in Thailand according to the transitory provisions is characterized by the succession in authority of the armed forces who launched a coup d'état. The succession was accomplished through the mechanisms of the constitution written by the Constitution Drafting Commission. In the Philippines, its constitution allows senators to join a political party, which means the senators can be influenced by the party. In addition, the Senate election is held every three years, leading to large expenditures. On the other hand, Japan rarely encounters the problems and the impacts of the Senate selection because their senators are trustworthy, accepted, and highly responsible.

Keywords: Senate selection, constitution, democrac



1. บทนำ

การปกครองระบอบประชาธิปไตยระบบรัฐสภาของประเทศต่างๆในปัจจุบันมักจะกำหนดให้รัฐสภาเป็นรูปแบบสองสภาซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยรูปแบบสองสภามีข้อดีตรงที่ทำให้เกิดการถ่วงดุลแห่งอำนาจนิติบัญญัติเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดใช้อำนาจเกินขอบเขต โดยวุฒิสภาถือเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีความสำคัญในการใช้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติ เป็นสภาที่เล็งคอยทำหน้าที่กลั่นกรองงานของสภาล่างได้เป็นอย่างดี จึงจำเป็นจะต้องให้วุฒิสภามีที่มาโดยชอบธรรมและเป็นที่ยอมรับตามหลักการประชาธิปไตย โดยรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆได้บัญญัติถึงที่มาของวุฒิสภาไว้หลายรูปแบบ เช่น โดยการแต่งตั้ง โดยตำแหน่ง โดยการเลือกตั้งโดยตรง โดยการเลือกตั้งโดยอ้อมหรือโดยการสืบตระกูล เป็นต้น ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับความเหมาะสมทางการเมือง การปกครอง สภาพทางประวัติศาสตร์ และเหตุผลในเชิงทฤษฎีที่แตกต่างกันออกไป โดยการมีวุฒิสภาของทุกประเทศย่อมมีความมุ่งหมายเดียวกันคือ เป็นสภาที่คอยพิจารณาและกลั่นกรองกฎหมาย ควบคุมและตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแห่งรัฐนั้นๆไม่ให้องค์กรใดองค์กรหนึ่งใช้อำนาจได้ตามอำเภอใจ¹

สำหรับประเทศไทย ภายหลังจากคณะราษฎรได้ทำการยึดอำนาจและเปลี่ยนแปลงการปกครองจากรบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ได้กำหนดให้ใช้ระบบรัฐสภาเป็นครั้งแรกซึ่งเป็นรูปแบบสภาเดียว ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ได้กำหนดให้ใช้ระบบรัฐสภาเป็นรูปแบบสภาคู่เป็นครั้งแรก โดยมีชื่อเรียกสภาที่สองว่า “พฤฒสภา” ให้พฤฒสภามาจากการเลือกตั้งโดยทางอ้อม มีบทบาทในฐานะผู้แทนของฝ่ายบริหารหรือในฐานะสภาที่เล็งค มีบทบาทในการยับยั้งร่างกฎหมาย เมื่อถูกยกเลิก รัฐธรรมนูญฉบับต่อมาคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 จึงเปลี่ยนชื่อจาก “พฤฒสภา” มาเป็น “วุฒิสภา” และได้ใช้คำว่าวุฒิสภามาถึงปัจจุบัน

ทั้งนี้ นับตั้งแต่ประเทศไทยได้มีการเริ่มใช้รูปแบบสองสภา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้มีการกำหนดวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในรูปแบบต่างๆ ดังนี้

1.1 โดยการแต่งตั้ง ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ทั้งนี้ วิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาดังกล่าว อาจไม่สามารถตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารได้เพราะถือว่าเป็นพรรคพวกเดียวกันกับฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ การแต่งตั้งนั้นยังไม่มีวาระเชื่อมโยงกับฐานอำนาจของประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง

1.2 โดยการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการบัญญัติเปลี่ยนแปลงที่มาของวุฒิสภาใหม่ กล่าวคือ จากเดิมกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการแต่งตั้งทั้งหมด เปลี่ยนมาเป็นกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน ทั้งนี้ วิธีการได้มาซึ่งสมาชิก

¹ วัชรพล โรจนวราวัฒน์, ‘รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ 2559) 1.



วุฒิสภาดังกล่าว ในทางปฏิบัติพบว่าสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับพรรคการเมืองหรือนักการเมือง แม้รัฐธรรมนูญจะได้กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาว่าต้องไม่สังกัดพรรคการเมืองและห้ามไม่ให้มีการหาเสียงก็ตาม แต่ผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาก็ยังคงอาศัยฐานคะแนนเสียงจากพรรคการเมืองและนักการเมืองในพื้นที่ เมื่อได้รับการเลือกตั้งก็ย่อมถูกรอบงำจากนักการเมืองและพรรคการเมือง ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาไม่เป็นอิสระ ขาดความโปร่งใส และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบถ่วงดุลได้อย่างแท้จริง²

1.3 โดยวิธีการแบบผสม ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการบัญญัติเปลี่ยนแปลงถึงที่มาของสมาชิกวุฒิสภาใหม่ กล่าวคือ เดิมกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนทั้งหมดเปลี่ยนมาเป็นการกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวน 150 คนมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนในแต่ละจังหวัดและมาจากการสรรหา อย่างไรก็ตาม สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหานั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับฐานอำนาจประชาชนจึงไม่จำเป็นที่จะต้องรับผิดชอบและสนองตอบความต้องการทางการเมืองของประชาชน กระบวนการสรรหาไม่มีความโปร่งใส สมาชิกวุฒิสภามาจากการสรรหาของคณะบุคคลไม่กี่คนไม่อาจถือได้ว่าเป็นตัวแทนของประชาชนทั้งประเทศ นอกจากนี้ สมาชิกวุฒิสภาส่วนใหญ่เป็นบุคคลที่มีชื่อเสียงของสังคม คนชั้นกลางในสังคมไม่มีโอกาสหรือโอกาสน้อยมากที่จะได้รับการสรรหาเป็นสมาชิกวุฒิสภาเพราะเป็นบุคคลที่ไม่มีชื่อเสียงเป็นที่รู้จักโดยทั่วไป

1.4 โดยการเลือกตั้งไขว้กลุ่มอาชีพ ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ตามบทเฉพาะกาลได้มีการกำหนดให้วุฒิสภามีรูปแบบเป็นผู้แทนของกลุ่มผลประโยชน์หรือทางอาชีพ ทั้งยังได้เปลี่ยนแปลงถึงที่มาของสมาชิกวุฒิสภา โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้วุฒิสภาแบ่งเป็น 2 ช่วงเวลา โดยช่วงเวลาแรกตามบทเฉพาะกาล ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 250 คน มีที่มาจาก การแต่งตั้งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) สำหรับวุฒิสภาในช่วงที่สอง กำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวนสองร้อยคนซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะหรือประโยชน์ร่วมกันหรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่างๆ ที่หลากหลายของสังคม อย่างไรก็ตาม แม้จะทำให้มีการกระจายผลประโยชน์ไปยังส่วนต่างๆ ไม่ทำให้อำนาจรวมศูนย์อยู่ที่กลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง แต่ไม่อาจสะท้อนและครอบคลุมถึงประชาชนทุกคนทั่วพื้นที่ของประเทศได้³

จากความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาดังที่กล่าวมาในข้างต้นจะเห็นได้ว่าในภาพรวมประเทศไทย ประสบกับปัญหาที่เกิดจากที่มาของระบบวุฒิสภามาโดยตลอดนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อาทิ สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งมักเป็นพรรคพวกเดียวกันกับฝ่ายบริหาร สมาชิกวุฒิสภาบางส่วนยังคงอาศัยฐานคะแนนเสียงจากพรรคการเมืองและนักการเมืองในพื้นที่ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาไม่เป็นอิสระ ขาดความโปร่งใส และไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหานั้นไม่มีความเชื่อมโยงกับฐานอำนาจประชาชน ซึ่งส่งผลกระทบต่อบทบาท อำนาจและหน้าที่ของวุฒิสภาตามมา จึงเห็นเป็นการสมควรที่จะทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

² รัชฎาภรณ์ สุภาพ, 'ข้อพิจารณาเกี่ยวกับที่มา หน้าที่และอำนาจของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560' (วิทยานิพนธ์ นิตยภัณฑ์มหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561) 140.

³ วชิรพล โรจนวรวัฒน์, 'รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย' (วิทยานิพนธ์ นิตยภัณฑ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559) 9.



พุทธศักราช 2560 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในประเทศญี่ปุ่นและฟิลิปปินส์ เพื่อจะได้นำมาวิเคราะห์และปรับใช้กับประเทศไทยให้มีระบบวุฒิสภาที่เหมาะสมและดำเนินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

- 2.1 เพื่อศึกษาการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น
- 2.2 เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบความเป็นมา คุณสมบัติ และกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น
- 2.3 เพื่อศึกษาปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการวางระบบวุฒิสภาสำหรับประเทศไทย

3. วิธีดำเนินการวิจัย ประกอบด้วย

3.1 รูปแบบการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้ใช้ระเบียบวิธีวิจัยเชิงคุณภาพ เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารต่างๆที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ รัฐธรรมนูญ ตำรา หนังสือ บทความวารสาร งานวิจัย วิทยานิพนธ์ และข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต แล้วนำมาประมวลเป็นกรอบแนวคิดที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ ซึ่งประกอบด้วยแนวคิดเกี่ยวกับวุฒิสภา แนวคิดเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมของประชาชน แนวคิดเกี่ยวกับการเลือกตั้ง แนวคิดเกี่ยวกับการปกครองระบอบประชาธิปไตย รวมทั้งบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946

3.2 ขอบเขตของการวิจัย

ผู้วิจัยมุ่งศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบรูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในประเทศไทย ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศญี่ปุ่น เพื่อกำหนดแนวทางและข้อเสนอแนะต่อการกำหนดรูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับประเทศไทย ทั้งนี้ เหตุผลที่เลือกประเทศไทย ฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นเป็นกลุ่มตัวอย่างในการศึกษาครั้งนี้ เนื่องจากประเทศทั้งสามตั้งอยู่ในทวีปเอเชียเหมือนกัน ซึ่งมีความสัมพันธ์กันทั้งด้านการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมมาอย่างยาวนานนับตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน และทั้งสามประเทศมีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่ใช้ระบบรัฐสภาอันประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเช่นเดียวกัน

3.3 การวิเคราะห์ข้อมูล

ผู้วิจัยได้ทำการวิเคราะห์ข้อมูลโดยการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) และวิเคราะห์เปรียบเทียบและนำเสนอผลการวิเคราะห์ในเชิงพรรณนา (Descriptive Analysis)



4. ผลการวิจัย

การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นพบว่ามี ความแตกต่างกันตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ กล่าวคือ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้วุฒิสภาในช่วง 5 ปีแรกตามบทเฉพาะกาล มาจากพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ถวายคำแนะนำและช่วงที่สอง กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งกันเองของกลุ่มบุคคลตามสาขาอาชีพ

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 กำหนดให้วุฒิสภามีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมดโดยใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 กำหนดให้วุฒิสภามีที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนแบ่งเป็นการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและการเลือกตั้งระบบสัดส่วน

เปรียบเทียบความเป็นมา คุณสมบัติ และกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นพบว่าความเป็นมาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันเนื่องจากประวัติศาสตร์ด้านการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศแตกต่างกัน ในขณะที่คุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาของทั้งสามประเทศมีความคล้ายกันในด้านสัญชาติ อายุและวาระในการดำรงตำแหน่ง สำหรับกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นมีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยเพราะสมาชิกวุฒิสภาของทั้งสองประเทศมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเช่นเดียวกัน ในขณะที่กระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยมาจากการแต่งตั้งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติซึ่งไม่ได้ยึดโยงกับประชาชนและไม่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย

ปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นพบว่าที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทยตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 เข้าลักษณะของการสืบทอดอำนาจของคณะทหารที่ยึดอำนาจการปกครองโดยผ่านกลไกของรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญร่างไว้ เป็นผลให้การใช้อำนาจในการถ่วงดุลตรวจสอบระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เกิดการเบี่ยงเบนไปส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยตรง

การที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาสามารถสังกัดพรรคการเมืองได้ส่งผลให้สมาชิกวุฒิสภามีความผูกพันหรือเกี่ยวเนื่องกับพรรคการเมืองเป็นอย่างมาก ขณะเดียวกันการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาทุกๆ 3 ปีทำให้ประเทศสูญเสียงบประมาณมหาศาลไปกับการจัดการเลือกตั้ง

การที่รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นกำหนดให้ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาสามารถสังกัดพรรคการเมืองและดำเนินการรณรงค์หาเสียงได้ แต่อย่างไรก็ตาม สมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยก็มีความน่าเชื่อถือ เป็นที่ยอมรับ มีความเอตรง และมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้เป็นอย่างดี ด้วยเหตุนี้ ปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทยจึงไม่ค่อยปรากฏ



5. อภิปรายผลการวิจัย

การศึกษาเรื่อง “ที่มาของวุฒิสภา : ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์” ผู้วิจัยมีประเด็นสำคัญในการวิเคราะห์ทั้งหมด 6 ประเด็น โดยมีรายละเอียด ดังนี้

5.1 การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

ประเทศไทย ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ตั้งอยู่ในทวีปเอเชียและปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยโดยใช้ระบบรัฐสภาซึ่งเป็นรูปแบบสภาคู่ (Bicameral) อันประกอบด้วยวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเช่นเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศทั้งสามมีความแตกต่างกันตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศ กล่าวคือ ประเทศไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้วุฒิสภาแบ่งเป็น 2 ช่วงเวลา โดยช่วงเวลาแรก คือ ในช่วง 5 ปีแรกตามบทเฉพาะกาล กำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 250 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ถวายคำแนะนำ⁴ และช่วงที่สอง ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน มาจากการเลือกตั้งกันเองของกลุ่มบุคคลตามสาขาอาชีพ โดยมุ่งที่จะให้ประชาชนซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ที่แตกต่างหลากหลายในทุกภาคส่วนและทุกสาขาอาชีพซึ่งประสงค์จะเข้ามาทำหน้าที่นี้เข้ามาสมัครรับเลือกตั้ง และให้แต่ละสาขาอาชีพหรือประสบการณ์หรือวิถีชีวิต ฯลฯ เลือกกันเอง⁵ โดยสมาชิกวุฒิสภามีวาระในการดำรงตำแหน่ง 5 ปี นับตั้งแต่วันประกาศผลการเลือกตั้ง⁶ และจะดำรงตำแหน่งเกินหนึ่งวาระไม่ได้

ประเทศฟิลิปปินส์ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามีจำนวน 24 คน มีที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด โดยใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้งซึ่งเป็นการเลือกตั้งแบบเดียวกับประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดี ทั้งนี้ ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาทุกคนต้องแข่งขันในเวทีเดียวกันโดยผู้สมัครสามารถสังกัดพรรคการเมืองได้ ผู้ชนะการเลือกตั้ง คือ ผู้ที่ได้รับคะแนนรวมสูงสุดทั้งประเทศตามลำดับ 24 คน หมายความว่า 24 คนที่ได้คะแนนสูงสุดจะได้รับเลือกให้เป็นสมาชิกวุฒิสภา โดยผู้ที่ได้คะแนนสูงสุด 12 อันดับแรก (อันดับที่ 1 - 12) จะได้ปฏิบัติหน้าที่เต็มวาระ คือ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปีและผู้ที่ได้รับคะแนนอันดับที่ 13 - 24 จะได้ปฏิบัติหน้าที่ 3 ปี คือ มีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปีและเมื่อปฏิบัติหน้าที่ครบ 3 ปีแล้ว ต้องลงสมัครรับเลือกตั้งใหม่อีกครั้งและหากได้รับการเลือกตั้งจึงกลับมาดำรงตำแหน่งอีก 3 ปีที่เหลือ ดังนั้น ประเทศฟิลิปปินส์จะจัดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 12 คนในทุกๆ 3 ปีและในการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาแต่ละครั้ง ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงจะสามารถเลือกผู้สมัครได้สูงสุดจำนวน 12 คน⁷

ประเทศญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามีจำนวนทั้งสิ้น 242 คน ได้มาโดยวิธีการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนเพื่อเป็นตัวแทนของประชาชน โดยแบ่งวิธีการได้มาตามลักษณะการเลือกตั้ง กล่าวคือ มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวน 146 คน ซึ่งแบ่งตามการแบ่งเขตปกครองที่มีอยู่ 47 เขต โดยจำนวนสมาชิกขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรในแต่ละเขต ทั้งนี้ ไม่ว่าในแต่ละเขต

⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 269.

⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 107.

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 109.

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 หมวด 6 ฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรา 2.



จะมีจำนวนสมาชิกวุฒิสภาได้กี่คน ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งมีสิทธิเลือกได้เพียง 1 คนเท่านั้น และมาจากการเลือกตั้งด้วยระบบสัดส่วนจากเขตเลือกตั้งเดียวทั่วประเทศจำนวน 96 คน⁸ โดยผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งต้องมีอายุอย่างน้อย 20 ปี ทั้งนี้ ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งจะลงคะแนนบัตรลงคะแนน 2 ใบคือ ใบแรกเพื่อเลือกพรรคการเมืองหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งในแบบสัดส่วนและอีกใบหนึ่งเพื่อเลือกผู้สมัครรายบุคคลในหนึ่งเขตเลือกตั้ง หมายความว่าผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภามีสิทธิออกเสียงเลือกผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งได้ 2 คน โดยเลือกคนหนึ่งจากเขตการเลือกตั้งของตนและอีกคนหนึ่งจากผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งทั่วประเทศ โดยสมาชิกวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปีและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนครึ่งหนึ่งจะหมดวาระลงในทุกระยะเวลา 3 ปี ดังนั้น ทุกๆ 3 ปีจะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาใหม่จำนวนครึ่งหนึ่ง แบ่งเป็นแบบแบ่งเขตเลือกตั้งจำนวน 73 คนและเลือกตั้งด้วยระบบสัดส่วนจากเขตเลือกตั้งเดียวทั่วประเทศจำนวน 48 คน รวมเป็น 121 คน⁹

จากที่กล่าวมาในช่วงต้นจะพบว่าที่มาของสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยกับประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนซึ่งจะส่งผลให้ผู้แทนที่ได้รับการเลือกตั้งเป็นบุคคลที่สังคมยอมรับ ไม่ใช่เป็นเพียงตัวแทนของบางพื้นที่ และมีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย ขณะที่สมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยแบ่งเป็น 2 ช่วงเวลา โดยช่วงแรกตามบทเฉพาะกาล วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 250 คน มาจากการแต่งตั้ง ซึ่งไม่ได้มีที่มาเกี่ยวข้องกับประชาชน ทั้งนี้ เพื่อให้สมาชิกวุฒิสภาเป็นเครื่องมือในการสืบทอดอำนาจของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จึงกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาทั้งหมดมาจากการแต่งตั้ง โดยเกือบครึ่งของสมาชิกวุฒิสภาล้วนเป็นอดีตสมาชิกองค์กรตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2560 และรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว พ.ศ. 2557 ซึ่งถูกเรียกขานว่า “แม่น้ำ 5 สาย และช่วงที่สองให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกจำนวน 200 คน มาจากการเลือกตั้งกันเองของบุคคลตามสาขาอาชีพ แม้ว่าจะมองว่ามีความชอบธรรมมากขึ้นในการเปิดโอกาสให้ประชาชนทุกคนเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้ ทำให้อวุฒิสภาเป็นสภาที่มีความหลากหลายทางสาขาอาชีพอันจะช่วยให้การพิจารณากลับกรองร่างกฎหมายมีความรอบคอบมากยิ่งขึ้น อย่างไรก็ตาม การจะได้เป็นสมาชิกวุฒิสภาหรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับว่าคุณค่าผู้สมัครจะได้รับความนิยมในกลุ่มอาชีพนั้น ๆ มากน้อยเพียงใด อีกทั้งอาจเป็นการเพิ่มโอกาสในการซื้อเสียงได้ง่ายขึ้นเพราะจำนวนคนที่ผู้สมัครที่ต้องการจะซื้อเสียงมีขนาดเล็กลง นอกจากนี้ อาจเกิดปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการในการเลือกสมาชิกวุฒิสภาจาก 3 ระดับ คือ อำเภอ จังหวัด และประเทศ ซึ่งมีขั้นตอนมาก ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเลือกสมาชิกวุฒิสภาและเวลาในการเลือกตั้งใช้เวลานาน ทำให้เกิดค่าใช้จ่ายในการดำเนินการมาก ส่งผลกระทบต่อผู้ที่สมัครสมาชิกวุฒิสภาต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ทำให้ผู้ที่จะมีมาสมัครคัดเลือกต้องเป็นผู้ที่มีฐานะการเงินที่ดี ดังนั้น ประชาชนทั่วไปจึงไม่มีโอกาสเป็นตัวแทนสมาชิกวุฒิสภาได้ และที่สำคัญก็คือ วิธีการดังกล่าวยังสะท้อนปัญหาความความเสมอภาคอีกด้วยเพราะประชาชนที่สมัครเท่านั้นจึงมีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาได้ ส่วนประชาชนส่วนใหญ่และประชาชนที่ไม่มีอาชีพย่อมไม่มีสิทธิเลือกตั้งจึงเป็นการปิดกั้นโอกาสการมีส่วนร่วมที่แท้จริงของประชาชน

5.2 ความเป็นมาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาความเป็นมาของวุฒิสภาในแต่ละประเทศ พบว่าวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นมีความเป็นมาจากประวัติศาสตร์ของระบอบการปกครองซึ่งมีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศประกอบกับการ

⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 หมวด 4 รัฐสภา มาตรา 43.

⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 หมวด 4 รัฐสภา มาตรา 46.



เปลี่ยนแปลงทางการเมืองภายในประเทศที่เกิดจากปัจจัยภายนอกโดยเฉพาะประเทศฟิลิปปินส์และประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเคยตกเป็นอาณานิคมของสหรัฐอเมริกามาก่อน ทำให้ประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่นมีความเป็นมาของระบบรัฐสภาและระบบวุฒิสภาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ วุฒิสภาของประเทศไทยเกิดจากพื้นฐานของพัฒนาการทางการเมืองการปกครองนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2475 โดยวุฒิสภาของไทยเกิดขึ้นเป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489¹⁰ ซึ่งได้เปลี่ยนระบบรัฐสภาจากรูปแบบสภาเดี่ยวเปลี่ยนเป็นรูปแบบสภาคู่หรือสองสภาเป็นครั้งแรก คือ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ซึ่งวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยทางอ้อมและมีขึ้นเพื่อทำหน้าที่ช่วยเหลือผู้แทนราษฎรโดยเฉพาะด้านนิติบัญญัติในการกลั่นกรองกฎหมายที่ออกมาจากสภาผู้แทนราษฎรให้มีความรอบคอบมากยิ่งขึ้นแล้วจึงพัฒนาการตลอดมาเป็นเวลา 76 ปีจนถึงปัจจุบัน

ประเทศญี่ปุ่น มีรัฐธรรมนูญเมจิ (The Meji Constitution) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ใช้เป็นพื้นฐานการปกครองของญี่ปุ่นมาเป็นเวลา 55 ปี นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1890 จนกระทั่งประเทศญี่ปุ่นพ่ายแพ้สงครามและถูกยึดครองในปี ค.ศ. 1945 โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดให้รัฐสภามี 2 สภา คือ สภาผู้แทนราษฎรซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนและสภาขุนนางมาจากการแต่งตั้งของจักรพรรดิ ต่อมาเมื่อประเทศญี่ปุ่นแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 ฝ่ายสัมพันธมิตรต้องการทำให้ประเทศญี่ปุ่นมีความเป็นประชาธิปไตย โดยสร้างความเชื่อใหม่ว่าองค์จักรพรรดิคือคนธรรมดาสามัญได้เป็นเทพเจ้าแต่อย่างใด การจะบรรลุซึ่งจุดมุ่งหมายนี้ได้จำต้องมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญเมจิด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้แก่ประเทศญี่ปุ่นโดยผ่านการพิจารณาแก้ไขและเปลี่ยนแปลงร่วมกันหลายครั้งระหว่างรัฐบาลญี่ปุ่นและฝ่ายสัมพันธมิตรโดยเฉพาะประเด็นเรื่องวุฒิสภาที่ฝ่ายอเมริกาต้องการให้รัฐสภามีสภาเดี่ยว แต่ผู้นำญี่ปุ่นคัดค้านข้อเสนอนี้อย่างแข็งขัน โดยสนับสนุนวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้ง อาจกล่าวได้ว่าวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นเป็นผลจากการประนีประนอมระหว่างแนวความคิดทั้งสองนี้ ในที่สุด รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ได้รับการรับรองและมีผลบังคับใช้ในปี ค.ศ. 1947 จนถึงปัจจุบัน โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้รับอิทธิพลและตัวแบบมาจากประเทศสหรัฐอเมริกา โดยยังคงรูปแบบสองสภา แต่จัดระบบความสัมพันธ์และอำนาจของสภาสูงและสภาล่างสมัยก่อนสงครามเสียใหม่ รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยทั้งสองสภาได้รับการเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงเพื่อให้มีความชอบธรรมตามแนวความคิดว่าด้วยการปกครองระบอบประชาธิปไตย

ความเป็นมาของระบบการเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ในปัจจุบัน ส่วนหนึ่งมีผลมาจากพื้นฐานทางประวัติศาสตร์ โดยเฉพาะในช่วงที่สหรัฐอเมริกาได้เข้ามาแผ่อิทธิพลและครอบครองฟิลิปปินส์ต่อจากสเปนจนถึงช่วงสงครามโลกครั้งที่สองและในยุคนสงครามเย็น สหรัฐอเมริกาได้เปลี่ยนแปลงและวางรากฐานโครงสร้างทางการเมืองของฟิลิปปินส์แทบทั้งหมดและที่สำคัญ สหรัฐอเมริกายังเป็นผู้ร่วมร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันด้วย คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี คริสต์ศักราช 1987 ที่ได้กำหนดให้ประเทศฟิลิปปินส์กลับมาเป็นรูปแบบสองสภาโดยมีวุฒิสภาเป็นสภาที่สองมาจนถึงปัจจุบัน ทั้งนี้ ในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของประเทศฟิลิปปินส์นั้นได้เคยมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในลักษณะเดียวกับวุฒิสภาที่เรียกกันในขณะนั้นว่า “คณะกรรมการแห่งฟิลิปปินส์” (Philippine Commission) เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1907 ประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาที่เป็นชาวฟิลิปปินส์เพียง 3 คนและเป็นชาวอเมริกัน 3 คน โดยทั้งหมดได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาและผ่านการเห็นชอบรับรองจากวุฒิสภาสหรัฐอเมริกา ต่อมาในปี ค.ศ. 1913 สัดส่วนของคณะกรรมการแห่งฟิลิปปินส์ได้มีการเปลี่ยนแปลง

¹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 มาตรา 17.



โดยประกอบด้วยคนฟิลิปปินส์ 5 คน และคนอเมริกัน 5 คน ต่อมาในปี ค.ศ. 1916 วุฒิสภาฟิลิปปินส์ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงอีกครั้งหนึ่งโดยผลของ “The Philippine Autonomy Act” เป็นผลให้เกิดรูปแบบสองสภา (bicameralism) เกิดขึ้น โดยกำหนดให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภามาจากพลเมืองฟิลิปปินส์ทั้งหมดจำนวน 24 คน นับตั้งแต่นั้นจนถึงปัจจุบันเป็นเวลาเกือบหนึ่งศตวรรษ จำนวนสมาชิกวุฒิสภาของฟิลิปปินส์ก็ยังคงเป็นจำนวนเท่าเดิม

5.3 คุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละประเทศพบว่าการกำหนดคุณสมบัติที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ คุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาไทยต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด มีอายุไม่ต่ำกว่า 40 ปีในวันสมัครรับเลือก มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์หรือทำงานในด้านที่สมัครไม่น้อยกว่า 10 ปีหรือเป็นผู้มีลักษณะตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา รวมทั้งเกิด มีชื่ออยู่ในทะเบียนบ้าน ทำงาน หรือมีความเกี่ยวข้องกับพื้นที่ที่สมัครตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา¹¹ ส่วนสมาชิกวุฒิสภาฟิลิปปินส์ต้องมีสัญชาติฟิลิปปินส์โดยการเกิด มีอายุไม่ต่ำกว่า 35 ปีบริบูรณ์ในวันเลือกตั้ง สามารถอ่านและเขียนหนังสือได้ เป็นผู้ลงทะเบียนเพื่อใช้สิทธิเลือกตั้ง และมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศไม่น้อยกว่า 2 ปีก่อนวันเลือกตั้ง¹² ในขณะที่คุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แต่เพียงว่าบุคคลผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาต้องมีอายุอย่างน้อย 30 ปีบริบูรณ์ขึ้นไป¹³

หากพิจารณาในด้านคุณสมบัติพบว่าแนวความคิดในการกำหนดคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาของทั้งสามประเทศมีความคล้ายกันในด้านสัญชาติโดยให้ความสำคัญกับการมีสัญชาติของประเทศของตนเป็นหลักจึงจะมีสิทธิลงสมัครได้ สำหรับการกำหนดคุณสมบัติด้านอายุก็เช่นเดียวกันโดยพบว่าทุกประเทศจะมีการกำหนดให้อายุของสมาชิกวุฒิสภาสูงกว่าอายุของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาต้องมีอายุอย่างน้อย 30 ปีขึ้นไป ในขณะที่อายุของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรโดยทั่วไปกำหนดให้อายุอย่างน้อย 25 ปีขึ้นไป นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามีวาระในการดำรงตำแหน่งยาวนานกว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร เช่น ประเทศฟิลิปปินส์สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 3 ปี ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี และประเทศญี่ปุ่น สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี ในขณะที่สมาชิกวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาในภาพรวมแล้วดูเหมือนว่าคุณสมบัติของสมาชิกวุฒิสภาของทั้ง 3 ประเทศจะมีการกำหนดไว้ในระดับที่เข้มงวดหรือสูงกว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ทั้งนี้ เพื่อให้ได้ผู้ที่มีประสบการณ์สูง มีความพร้อมทั้งด้านคุณวุฒิและวัยวุฒิเข้ามาทำหน้าที่สมาชิกวุฒิสภา อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศมิได้กำหนดคุณสมบัติด้านการศึกษาไว้อย่างชัดเจนว่าจะต้องสำเร็จการศึกษาในระดับใด โดยกำหนดไว้แต่เพียงว่าสามารถอ่านและเขียนหนังสือได้ (able to read and write) หรือมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 108 ก.

¹² รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 หมวด 6 ฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรา 3.

¹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 หมวด 4 รัฐสภา มาตรา 44.



5.4 ลักษณะต้องห้ามของการเป็นสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

สำหรับลักษณะต้องห้ามของการเป็นสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละประเทศมีการกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามทางด้านการเมืองและด้านส่วนตัวของผู้สมัครไว้หลายประการโดยมีความเข้มงวดมากขึ้นกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ เช่น สมาชิกวุฒิสภาต้องไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมือง ไม่เป็นหรือเคยเป็นผู้ดำรงตำแหน่งใดในพรรคการเมือง เว้นแต่ได้พ้นจากการเป็นรัฐมนตรีมาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปีนับถึงวันสมัครรับเลือก ไม่เป็นบุพการี คู่สมรส หรือบุตรของผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนสมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น ผู้สมัครรับเลือกเป็นสมาชิกวุฒิสภา ในคราวเดียวกัน หรือผู้ดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญหรือในองค์กรอิสระ ต้องไม่ฝักใฝ่หรือยอมตนอยู่ใต้อาณัติของพรรคการเมืองใดๆ ไม่เป็นบุคคลล้มละลายหรือเคยเป็นบุคคลล้มละลายทุจริต ไม่เป็นเจ้าของหรือผู้ถือหุ้นในกิจการหนังสือพิมพ์หรือสื่อมวลชนใดๆ เป็นต้น¹⁴ สำหรับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาว่าบุคคลนั้นต้องมีเป็นบุคคลที่ถูกศาลพิพากษาว่าไม่ปกติหรือถูกศาลสั่งจำคุกสถานหนักจนถึงผู้ที่ถูกภาคทัณฑ์ในข้อหาที่เกี่ยวพันกับการเลือกตั้งจะถูกถอดถอนสิทธิในการออกเสียงและในการสมัครเป็นสมาชิกวุฒิสภา และต้องไม่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนในขณะที่ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา¹⁵ แต่มีได้มีข้อห้ามสมาชิกของพรรคการเมืองลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งหมายความว่าผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองได้ ด้วยเหตุนี้ พรรคการเมืองจึงสามารถส่งสมาชิกพรรคของตนลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้ ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์ได้กำหนดลักษณะต้องห้ามของการเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้

การที่สมาชิกวุฒิสภาไทยมีข้อจำกัดคุณสมบัติทางด้านการเมืองหลายประการนั้นสืบเนื่องมาจากปัญหาที่เคยเกิดขึ้นกับวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทยที่กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาโดยตรงจากประชาชน ทั้งนี้ แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะได้กำหนดคุณสมบัติของผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาว่าต้องไม่สังกัดพรรคการเมืองและห้ามไม่ให้มีการหาเสียงก็ตาม แต่ผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนก็ยังคงอาศัยฐานคะแนนเสียงจากพรรคการเมืองและนักการเมืองในพื้นที่ เมื่อได้รับการเลือกตั้งก็ย่อมถูกรอบงำจากนักการเมืองและพรรคการเมือง ทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาไม่เป็นอิสระ ขาดความโปร่งใส และไม่สามารถทำหน้าที่เป็นกลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลสภาผู้แทนราษฎรและฝ่ายบริหารตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง สอดคล้องกับไชยันต์ ไชยพร ซึ่งกล่าวว่าผู้ที่ได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาส่วนใหญ่เป็นสภาผู้แทนราษฎร มีบุคคลในตระกูลเดียวกันได้รับเลือกตั้งทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พยายามหาทางแก้ไขโดยกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งและการสรรหา แต่ก็ไม่สามารถแก้ปัญหาสภาผู้แทนราษฎรได้ตามที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตั้งใจไว้ ในที่สุด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จึงไม่ได้ให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งเลย

¹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 108 ข.

¹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 หมวด 4 รัฐสภา มาตรา 48.



6. กระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

สำหรับกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของแต่ละประเทศมีการกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น กระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้กำหนดให้จำนวนและที่มาของวุฒิสภาไว้สองช่วงเวลา ได้แก่ ช่วงที่ 1 คือ ในช่วงเวลา 5 ปีแรกนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ประกาศใช้ วุฒิสภามาบทยเฉพาะกาลให้มีสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 250 คนซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ถวายคำแนะนำ มีที่มาจากสามส่วน ดังนี้ ส่วนที่ 1 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คัดเลือกบุคคลจำนวน 400 คนจากบัญชีรายชื่อที่ได้รับการสรรหาจากคณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาให้ได้จำนวน 194 คน ส่วนที่ 2 คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) คัดเลือกผู้ได้รับเลือกจากบัญชีรายชื่อที่ได้รับจากคณะกรรมการการเลือกตั้งจำนวน 50 คน ซึ่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ไปดำเนินการคัดเลือกกันเองจำนวน 200 คน แล้วเสนอให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) เลือกจำนวน 50 คน และส่วนที่ 3 คือ โดยตำแหน่งจำนวน 6 คน ได้แก่ ผู้ดำรงตำแหน่งปลัดกระทรวงกลาโหม ผู้บัญชาการทหารสูงสุด ผู้บัญชาการทหารบก ผู้บัญชาการทหารอากาศ ผู้บัญชาการทหารเรือ และผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ช่วงที่ 2 คือ เมื่อพ้นระยะเวลา 5 ปีนับแต่วันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งดังกล่าวแล้วให้สมาชิกวุฒิสภามีจำนวน 200 คน ซึ่งมาจากการเลือกกันเองของบุคคลซึ่งมีความรู้ ความเชี่ยวชาญ ประสบการณ์ อาชีพ ลักษณะ หรือประโยชน์ร่วมกัน หรือทำงานหรือเคยทำงานด้านต่างๆที่หลากหลายของสังคม โดยในการแบ่งกลุ่มต้องแบ่งในลักษณะที่ทำให้ประชาชนซึ่งมีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งทุกคนสามารถอยู่ในกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้¹⁶

สำหรับประเทศญี่ปุ่นและประเทศฟิลิปปินส์มีกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาคล้ายคลึงกัน อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นในอดีตส่งผลให้ประเทศทั้ง 2 ต้องตกอยู่ภายใต้การยึดครองของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงทำให้กระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศทั้ง 2 เป็นไปในลักษณะเดียวกันกับกระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ วุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนจำนวนทั้งสิ้น 242 คน โดยจำนวน 146 คน มาจากการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตเลือกตั้งและอีกจำนวน 96 คนมาจากการเลือกตั้งในระบบสัดส่วนซึ่งใช้ประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนครึ่งหนึ่งหมดวาระลงในทุกระยะเวลา 3 ปี¹⁷ เช่นเดียวกับประเทศฟิลิปปินส์ที่กระบวนการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภามีความคล้ายกับประเทศญี่ปุ่น กล่าวคือ สมาชิกวุฒิสภาของประเทศฟิลิปปินส์ประกอบด้วยสมาชิกจำนวนเพียง 24 คนเท่านั้นและมีที่มาจากเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด¹⁸ สำหรับระบบเลือกตั้งวุฒิสภานั้นใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้ง และผู้ชนะเลือกตั้ง คือ ผู้ที่ได้คะแนนรวมสูงสุดทั้งประเทศ (Plurality-at-large voting) ตามลำดับ 24 คนโดยกำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาจำนวนกึ่งหนึ่งในทุกๆ 3 ปีเช่นเดียวกับประเทศญี่ปุ่น ทั้งนี้ จุดเด่นของวุฒิสภาของประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นคือ ความต่อเนื่องในการดำเนินงาน จากการที่รัฐธรรมนูญของประเทศทั้งสองกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาจำนวนกึ่งหนึ่งจะต้องพ้นจากตำแหน่งและมีการเลือกตั้งใหม่ในทุก 3 ปี ไม่ได้กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาหมดวาระในการดำรงตำแหน่ง

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 269.

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรญี่ปุ่น คริสต์ศักราช 1946 หมวด 4 รัฐสภา มาตรา 46.

¹⁸ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 หมวด 6 ฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรา 2.



ไปพร้อมๆกัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่ต้องการให้วุฒิสภามีความต่อเนื่องโดยให้มีสมาชิกวุฒิสภากำหนดจำนวนครั้งหนึ่งในวุฒิสภาสมาชิกสามารถทำหน้าที่เป็นพี่เลี้ยงสมาชิกวุฒิสภาที่เพิ่งดำรงตำแหน่งต่อไปในลักษณะเดียวกันกับวุฒิสภาของสหรัฐอเมริกาซึ่งมีจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งสิ้น 100 คนจะมีสมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่งจะต้องพ้นจากตำแหน่งทุก ๆ 2 ปี ในสัดส่วนจำนวน 1 ใน 3 ทั้งนี้ เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ในวุฒิสภาและสภาองเกรสเป็นไปอย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ เพราะหากสมาชิกวุฒิสภาพ้นจากตำแหน่งพร้อมกันทั้งชุดอาจทำให้การดำเนินการขาดความต่อเนื่องและต้องมาเริ่มต้นใหม่รวมทั้งในการดำเนินงานของคณะกรรมการการต่างๆก็ไม่สามารถดำเนินการได้จนกว่าผู้ที่ได้รับการเลือกตั้ง จะได้รับการรับรองให้ครบถ้วนเสียก่อน

6.1 ปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น

เมื่อพิจารณาในด้านปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศไทย ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น พบว่าสำหรับประเทศไทย การที่บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดที่มาของสมาชิกวุฒิสภาจากการแต่งตั้งโดยคณะรักษาความสงบแห่งชาติและกำหนดอำนาจและหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาชุดดังกล่าวในการให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นผู้มาจากหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ¹⁹ จึงเข้าลักษณะของการสืบทอดอำนาจของคณะทหารที่ยึดอำนาจการปกครองโดยผ่านกลไกของรัฐธรรมนูญที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากคณะรักษาความสงบแห่งชาติร่างไว้ ทั้งนี้ สมาชิกวุฒิสภาชุดแรกนี้มีวาระในการดำรงตำแหน่ง 5 ปีจึงมีอำนาจในการให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีได้อีกสมัยหนึ่งรวมทั้งหมด 2 สมัย ส่งผลให้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารเสมือนเป็นอำนาจเดียวกัน เนื่องจากอำนาจทั้งสองฝ่ายมีความสัมพันธ์ต่อการได้เข้าสู่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภา เป็นผลให้การใช้อำนาจและการถ่วงดุลตรวจสอบระหว่างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เกิดการเบี่ยงเบนไปมีผลกระทบต่อประชาชนโดยตรงได้ ที่สำคัญ กระบวนการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย อาจส่งผลให้การบริหารบ้านเมืองเกิดปัญหาความขัดแย้งและอาจจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองที่ยากจะแก้ไขได้ นอกจากนี้ การใช้อำนาจหน้าที่ในการเลือกนายกรัฐมนตรีร่วมกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นั้นถือได้ว่าไม่สอดคล้องต่อบทบาทอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาอย่างแท้จริง เป็นการทำลายระบบพรรคการเมืองในระบบรัฐสภา ทั้งนี้ อำนาจหน้าที่ในการเลือกนายกรัฐมนตรีดังกล่าวต้องเป็นหน้าที่ของฝ่ายสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีระบบกลไกของพรรคการเมืองและมีที่มาโดยการยึดโยงจากประชาชน

ประเทศฟิลิปปินส์ การที่รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชนทั้งหมด²⁰ โดยจะมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภากำหนดจำนวน 12 คนในทุก ๆ 3 ปี จึงส่งผลให้สมาชิกวุฒิสภามีความผูกพันหรือเกี่ยวเนื่องกับพรรคการเมืองเป็นอย่างมากและมีการแข่งขันทางการเมืองสูง โดยแต่ละพรรคการเมืองจะส่งชื่อผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาให้ครบ 12 รายชื่อ ในกรณีพรรคการเมืองหนึ่ง ๆ ไม่สามารถหาผู้สมัครได้ครบ 12 คน ก็สามารถเชิญผู้สมัครที่สังกัดพรรคการเมืองอื่น ๆ มาร่วมด้วยได้ หรืออาจเชิญผู้สมัครคนอื่น ๆ ที่ไม่ได้สังกัดพรรคการเมืองใดๆมาร่วมได้เช่นกัน หลังจากนั้น ประชาชนจะออกเสียงลงคะแนนเลือกสมาชิกวุฒิสภาตามรายชื่อที่แต่ละพรรคการเมืองนำเสนอ โดยที่ประชาชนแต่ละคนสามารถลงคะแนนเสียงเลือก

¹⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 272.

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 หมวด 6 ฝ่ายนิติบัญญัติ มาตรา 2.



ผู้สมัครที่สังกัดพรรคการเมืองใดก็ได้ ไม่จำเป็นต้องลงคะแนนเสียงแก่ผู้สมัครทั้ง 12 คนที่สังกัดพรรคเดียวกัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ คริสต์ศักราช 1987 กำหนดให้มีการจัดการเลือกตั้งประธานาธิบดีทุก 6 ปี ในวันจันทร์ที่สองของเดือนพฤษภาคม ซึ่งประเทศฟิลิปปินส์ได้จัดการเลือกตั้งเป็นการทั่วไปครั้งล่าสุดเมื่อวันที่ 9 พฤษภาคม 2565 ที่ผ่านมาซึ่งนอกจากจะมีการเลือกตั้งประธานาธิบดีและรองประธานาธิบดีแล้ว ในวันดังกล่าวยังมีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 12 ที่นั่ง รวมทั้งยังมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 300 ที่นั่ง และการเลือกตั้งระดับท้องถิ่นทั่วประเทศ เช่น นายกเทศมนตรี ผู้ว่าราชการจังหวัด และสมาชิกสภาท้องถิ่นรวมกว่า 18,000 ตำแหน่งในคราวเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาทุก ๆ 3 ปี ก็ทำให้ประเทศสูญเสียงบประมาณมหาศาลไปกับการจัดการเลือกตั้งโดยเฉพาะเป็นการเลือกตั้งแบบทั้งประเทศ คือ ใช้เขตประเทศเป็นเขตเลือกตั้งเดียวและหากเกิดความผิดพลาด ทำให้ต้องมีการเลือกตั้งใหม่ ก็ยิ่งทำให้ต้องสูญเสียงบประมาณอย่างมหาศาลทั้งฝ่ายจัดการเลือกตั้งและประชาชนผู้ที่ต้องเดินทางเลือกตั้ง ซึ่งประเด็นดังกล่าวจึงกลายเป็นจุดอ่อนของการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศฟิลิปปินส์

สำหรับประเทศญี่ปุ่น รัฐธรรมนูญไม่ได้มีข้อกำหนดในการห้ามไม่ให้ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาสังกัดพรรคการเมือง ดังนั้น ถึงแม้ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาสามารถสังกัดพรรคการเมืองได้และดำเนินการรณรงค์หาเสียงได้ แต่สมาชิกวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นมีความน่าเชื่อถือ เป็นที่ยอมรับ มีความเอตรงและมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ของตนในการเป็นสมาชิกวุฒิสภาได้เป็นอย่างดีเพราะมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของ ประชาชนตามหลักการประชาธิปไตยเพื่อเป็นตัวแทนของประชาชนในการปฏิบัติหน้าที่นิติบัญญัติ สามารถมองเห็นถึงปัญหา ความต้องการ และความจำเป็นต่างๆของประชาชนได้ ด้วยเหตุนี้ ปัญหาและผลกระทบของที่มาของวุฒิสภาของประเทศญี่ปุ่นจึงไม่ค่อยปรากฏ

7. บทสรุป

จากการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่น เมื่อนำมาเปรียบเทียบในบริบทของประเทศไทยต่อการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่สอดคล้องต่อการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขในระบอบรัฐสภา สามารถสรุปได้ว่าที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไทยในประวัติศาสตร์มีการเปลี่ยนแปลงที่มายุ่หลายครั้งซึ่งแตกต่างกันไปตามบริบททางการเมืองในแต่ละยุคแต่ละสมัย และไม่ว่าจะเป็นแบบใดก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ โดยเริ่มจากพฤฒสภาที่มีมาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ต่อจากนั้นมีการเปลี่ยนชื่อจากพฤฒสภาเป็นวุฒิสภาโดยมีที่มาจากการแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 โดยสมาชิกวุฒิสภาในขณะนั้นมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐประหารเพื่อค้ำจุนบัลลังก์อำนาจของคณะรัฐประหารเป็นสำคัญในการที่จะคานอำนาจของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) ที่มาจากการเลือกตั้ง หลังจากนั้นสมาชิกวุฒิสภาไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับ พ.ศ. 2492, 2511, 2517, 2521, 2534 ก็มีที่มาจากการแต่งตั้งทั้งหมด ต่อมาเกิดการเปลี่ยนแปลงที่มาของวุฒิสภาไทยโดยมีที่มาจากการเลือกตั้งทั้งหมดตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ภายใต้กระแสประชาธิปไตยเต็มใบ อย่างไรก็ตาม สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับฝ่ายการเมืองจนกลายเป็นฐานอำนาจทางการเมืองของนักการเมืองและพรรคการเมือง (สภาผู้เฒ่า) จึงนำไปสู่ที่มาของสมาชิกวุฒิสภาแบบใหม่ตามรัฐธรรมนูญแห่ง



ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 คือ มีที่มาทั้งจากการเลือกตั้งและการสรรหาเพื่อให้มีการถ่วงดุล มีการคานอำนาจซึ่งกันและกันได้ จนมาถึงปัจจุบัน การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของไทยกลับไปสู่การแต่งตั้งดั้งเดิมเหมือนกับการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในอดีต

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่ารูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงบทบาท อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาเป็นสำคัญ กล่าวคือ หากกำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจค่อนข้างน้อย เช่น กำหนดให้วุฒิสภาเป็นเพียงสภาที่เลี้ยงคอยให้คำแนะนำปรึกษาแก่สภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น วุฒิสภาที่ทำหน้าที่ดังกล่าวอาจมาจากการแต่งตั้งหรือสรรหา โดยที่ไม่จำเป็นต้องมีฐานอำนาจเชื่อมโยงกับประชาชนก็ย่อมได้ แต่ถ้าหากกำหนดให้วุฒิสภามีบทบาทอำนาจหน้าที่เข้มข้นมากขึ้น เช่น กำหนดให้วุฒิสภาเป็นสภาตรวจสอบ ถ่วงดุลและคานอำนาจกับฝ่ายบริหาร มีอำนาจแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ให้ความเห็นชอบบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งสำคัญในองค์กรต่างๆหรือให้ความเห็นชอบเกี่ยวกับเรื่องสำคัญของประเทศ วุฒิสภาซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวนั้นจำเป็นต้องมีที่มาเชื่อมโยงกับอำนาจประชาชนเพื่ออำนาจอันชอบธรรมจากเจ้าของอำนาจอธิปไตยอย่างแท้จริง สอดคล้องกับแนวทางของต่างประเทศที่ได้กำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาไว้มากอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา ฟิลิปปินส์ และญี่ปุ่น เป็นต้น

จากประเด็นที่กล่าวมาในข้างต้น จึงขอเสนอแนะแนวทางที่เหมาะสมในการวางระบบวุฒิสภาสำหรับประเทศไทยต่อไป โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่าควรพิจารณาแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในประเด็นการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาให้มีความเป็นสากลมากขึ้น โดยกำหนดสัดส่วนของการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาเพศชายและเพศหญิงให้มีจำนวนเท่ากัน ทั้งนี้ เพื่อส่งเสริมความเสมอภาคทางเพศ ควรยกเลิกการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งทั้งหมดโดยเปลี่ยนเป็นการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนแทนซึ่งน่าจะเป็นวิธีที่ดีที่สุดในการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยในปัจจุบันเหมือนกับการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาในประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นที่มาจาก การเลือกตั้งจากประชาชนโดยตรงเช่นเดียวกันเพราะการเลือกตั้งเป็นช่องทางในการให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการเลือกตัวแทนของเขาโดยตรงเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ในรัฐสภา และมีความสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยที่อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ทั้งนี้ เมื่อสมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนแล้วก็ย่อมกำหนดบทบาท อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาให้เข้มข้นมากขึ้นได้ นอกจากนี้ ผู้วิจัยยังเห็นว่าสมาชิกวุฒิสภาไทยไม่ควรสังกัดพรรคการเมือง ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภามีความสัมพันธ์กับนักการเมืองและพรรคการเมืองทั้งโดยนิตินัยและพฤตินัย อันจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของวุฒิสภาไม่เป็นอิสระขาดความโปร่งใสและเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดเหตุการณ์ซ้ำรอยดังที่เคยเกิดขึ้นมาแล้วกับสมาชิกวุฒิสภาของไทยภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อย่างไรก็ตาม กฎหมายควรเปิดช่องให้ผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาสามารถดำเนินการรณรงค์หาเสียงเลือกตั้งได้เหมือนกับผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาในประเทศฟิลิปปินส์และญี่ปุ่นเพราะผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาก็คือผู้ที่เสนอตัวเองให้ประชาชนเลือกเหมือนกับนักการเมืองที่จะต้องหาเสียงเลือกตั้งแต่จะต้องมีกฎหมายกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามสำหรับผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาให้ชัดเจนและเข้มงวดมากขึ้น



8. ข้อเสนอแนะการวิจัย

8.1 เพื่อให้ได้ข้อมูลที่สมบูรณ์มากขึ้น ในการศึกษาครั้งต่อไป ควรทำการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-Depth Interview) กับผู้ให้ข้อมูลสำคัญ (Key Informants) ดังต่อไปนี้ คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ทรงคุณวุฒิทางด้านนิติศาสตร์และรัฐศาสตร์ และคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง

8.2 เพื่อให้ได้ข้อมูลที่สมบูรณ์มากขึ้น ในการศึกษาครั้งต่อไป ควรทำการศึกษาเอกสารบันทึกรายงานการประชุมการพิจารณาสรรหาสมาชิกวุฒิสภาของคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภา คณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง



บรรณานุกรม

- เขียน นรินทร์นุต, ภัคพงศ์ พหลโยธิน, และวัชรา จิตินันท์, *การศึกษาเปรียบเทียบรัฐสภาของประเทศในภูมิภาคเอเชีย: กรณีศึกษาสาธารณรัฐฟิลิปปินส์* (สถาบันพระปกเกล้า 2549).
- ไชยันต์ ไชยพร, ‘แก้รัฐธรรมนูญ: ประเด็นวุฒิสภาและอำนาจในการเลือกนายกรัฐมนตรี’ (กรุงเทพ, 9 มกราคม 2563) <<https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/124088>> สืบค้นเมื่อ 2 มิถุนายน 2565.
- นงา สีนอนันต์วณิช, ‘ปัญหาที่เกิดจากการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2553).
- ปีชีนิวัส, ‘ส.ว. แต่งตั้ง: โปรดเกล้าฯแต่งตั้ง 250 คน ส.ว. มาจากทหาร – ตำรวจรวม 104 คน’ (BBC NEWS ไทย, 14 พฤษภาคม 2562) <<https://www.bbc.com/thai/thailand-48224125>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.
- ปณิษฐ์ ปทุมวัฒน์, ‘วุฒิสภา (House of Senate) ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์’ (2560) 3 จุลินิติ 177, 177 – 181.
- ประยูร สิทธิประการ, ‘การได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา: ศึกษาเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย กัมพูชา และฟิลิปปินส์’ (2557) 2 วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร 94, 94 – 109.
- พัทธนันท์ ศรีสำแดง, ‘ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับที่มาและอำนาจหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560’ (15 สิงหาคม 2561). <<http://law.master.kbu.ac.th/StudentTheses/2560/04.pdf>> สืบค้นเมื่อ 5 มิถุนายน 2565.
- ไพโรจน์ ชัยนาม, *คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ เล่ม 2 กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตอนที่ 1* (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2495).
- มานวิกา อินทรทัตและปรีชาญาณ วงศ์อรุณ. *การศึกษากระบวนการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาตามบทบัญญัติที่กำหนดในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550* (สถาบันพระปกเกล้า 2558).
- รัชฎาภรณ์ สุภาพ, ‘ข้อพิจารณาเกี่ยวกับที่มา หน้าที่และอำนาจของสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ 2561).
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. (2560). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก. 1-90.
- วัชรพล โรจนวรวัฒน์, ‘รูปแบบวิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่เหมาะสมกับอำนาจหน้าที่วุฒิสภาแห่งราชอาณาจักรไทย’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต 2559).
- วีระพงศ์ เชาวลิขิต, ‘ปัญหาของการใช้อำนาจของสมาชิกวุฒิสภา : ศึกษากรณีการใช้ อำนาจในการเลือกนายกรัฐมนตรี ตามบทเฉพาะกาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560’ (2564) 7(2) SOUTHEAST BANGKOK JOURNAL 30, 30 – 47.
- สำนักงานบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ‘ปัญหาเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภาตามบทเฉพาะกาลตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560’ (12 กุมภาพันธ์ 2564).
- สุเทพ กาวิละและคณะ, ‘แนวทางการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาของประเทศไทยเปรียบเทียบกับสหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา และสาธารณรัฐฝรั่งเศส’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต วิทยาลัยนอร์ทเทิร์น 2565).
- สุรินทร์ สุทธิธรรมดำรง, ‘วิธีการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา’ (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2536).



ปัญหาทางกฎหมายและการจัดให้มีมาตรการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย

อมรรัตน์ อำนวยเสนา และสิณิษฐา ดิษฐปาน
อาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ ประเทศไทย

อีเมล: amonrat.am@wu.ac.th

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้นภายหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2564 ซึ่งเป็นการกำหนดยกเลิกพืชกระท่อมจากการเป็นยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 ส่งผลให้พืชกระท่อมไม่ถูกควบคุมเป็นยาเสพติดให้โทษ สามารถผลิต ใช้ หรือซื้อขายได้อย่างเสรี จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยยกเลิกการกำหนดสถานะพืชกระท่อมเป็นยาเสพติด ซึ่งแตกต่างจากการกำหนดสถานะพืชกระท่อมในกฎหมายต่างประเทศที่มีความพยายามในการกำกับควบคุมการใช้พืชกระท่อมให้มากขึ้น เช่น ในประเทศอินโดนีเซีย ที่มีนโยบายกำหนดให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมาย ในขณะที่ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 ภายหลังการเปิดเสรีให้ประชาชนสามารถเข้าถึงพืชกระท่อม เพื่อกำกับดูแลการนำเข้าส่งออกพืชกระท่อมและการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภคในลักษณะที่นำพืชกระท่อมไปใช้เป็นส่วนผสมกับยาเสพติดให้โทษ หรือการนำพืชกระท่อมไปใช้เป็นส่วนประกอบของอาหารแก่บุคคลในกลุ่มเสี่ยง แต่ยังคงไม่มีมาตรการทางกฎหมายในการกำกับ ติดตามในส่วนการผลิตหรือการปลูกกระท่อมให้ได้มาตรฐาน มาตรการคุ้มครองการนำพืชกระท่อมไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมอื่น ๆ และการกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับผู้บริโภคพืชกระท่อมในทางที่ผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ภายใต้บริบทของประเทศไทยซึ่งเป็นพื้นที่ที่มีศักยภาพ และได้เปรียบในด้านของสภาพอากาศ และมีประสบการณ์อันยาวนานเกี่ยวกับพืชกระท่อม เพื่อให้การผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม เป็นไปด้วยความประสิทธิภาพ สามารถพัฒนาเป็นประเทศที่ส่งออกพืชกระท่อมในเชิงอุตสาหกรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ลดอัตราใช้พืชกระท่อมในทางที่ผิด จึงสมควรพิจารณาให้มีมาตรการทางกฎหมายในการนำระบบการขออนุญาต และกำกับดูแลมาใช้ในการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย และกำหนดโทษที่เหมาะสมสำหรับใช้การพืชกระท่อมในทางที่ผิด เพื่อให้พืชกระท่อมของไทยสามารถนำไปใช้ได้อย่างปลอดภัย ถูกต้องตามวิธีการและสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจแก่ผู้ประกอบการอย่างยั่งยืนต่อไปในอนาคต

คำสำคัญ: พืชกระท่อม, มาตรการทางกฎหมายพืชกระท่อม, กฎหมายยาเสพติด



Legal Problems and The Lacking of Measures on Kratom Production, Consumption and Industrial Utilization in Thailand

Amonrat Ammartsena, Sinittha Ditsapan
Lecturer, School of Law Walailak University, Thailand

E-mail: amonrat.am@wu.ac.th

Abstract

This article intended to study the legal problems arising after the Narcotics Act (No. 8) B.E. 2564 (2021) came into force, which removed Kratom from the Narcotics category-5. Therefore, Kratom is no longer a narcotic. The change is another way round in other parts of the world. For example, Indonesia, where Kratom can be legally planted for export, is now planning to illegalise them. Currently, to control the application of Kratom, Thailand has enacted Kratom Act B.E. 2565 (2022). Even though the Kratom Act is trying to prevent unwanted access and the use of Kratom, it still lacks the standardised control of the Kratom plantation and production, the protection of Kratom in other industries and the appropriate punishment for the misuse of Kratom.

This article, therefore, will examine the appropriate legal measures for Kratom plantation and production licensing, the appropriate measures controlling the access and the use of Kratom and the appropriate punishment for the misuse of Kratom. This, in return, should promote quality Kratom into international markets, reduce the unwanted access and misuse of Kratom and decriminalize

Keywords: Kratom, Kratom's Legal Measures, Drug Legal



1. บทนำ

พืชกระท่อม (Kratom) มีชื่อวิทยาศาสตร์ว่า *Mitragyna Speciosa* Korth¹ ซึ่งมีลักษณะเป็นไม้ยืนต้นขนาดใหญ่ปานกลาง มีแก่นเป็นไม้เนื้อแข็ง สามารถใช้ลำต้นมาทำเครื่องเรือน หรือสร้างที่อยู่อาศัยได้ โดยปกติจะมีความสูงของต้นอยู่ประมาณ 10 – 30 เมตร ใบของพืชกระท่อมมีลักษณะคล้ายใบกระดังงา มี 3 สายพันธุ์หลัก ได้แก่ ก้านแดง ก้านเขียว และทางกึ่ง ซึ่งจะมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไปตามแต่ละท้องถิ่น พบมากในป่าธรรมชาติบริเวณภาคใต้ เช่น จังหวัดสุราษฎร์ธานี นครศรีธรรมราช ตรัง สตูล พัทลุง รวมถึงตอนบนของประเทศมาเลเซีย และอินโดนีเซีย² ในสมัยที่การแพทย์แผนปัจจุบันยังไม่ได้มีการพัฒนาหรือได้รับความนิยมนิยม หมอพื้นบ้านจะนำไปพืชกระท่อมมาใช้เพื่อเป็นยาสมุนไพรแก้อาการท้องเสีย ท้องเฟ้อ ท้องร่วง หรือลดอาการปวดเมื่อยตามร่างกาย ทำให้นอนหลับและใช้ระงับประสาท³

จากการค้นคว้าเบื้องต้นพบว่า พืชกระท่อมได้ถูกนำมาใช้เป็นประโยชน์ทางการแพทย์ รวมทั้งเพื่อสร้างความมั่นคงด้านยา และฟื้นฟูภูมิปัญญาการแพทย์แผนไทย เนื่องจากพืชกระท่อมมีสารสำคัญคือ ไมทราไจนิน (Mitragynine) และ 7-ไฮดรอกซีไมทราไจนิน (7-hydroxymitragynine) ซึ่งเป็นสารที่มีฤทธิ์ในการระงับปวด ต้านการอักเสบ ต้านอนุมูลอิสระ ต้านอาการซึมเศร้า คลายกล้ามเนื้อลาย บำบัดผู้ติดยาเสพติด สามารถยับยั้งกลุ่มอาการถอนยาจากเอทานอล ลดอาการวิตกกังวลจากกลุ่มอาการถอนยาจากกลุ่มสารฝิ่น⁴ โดยในต่างประเทศได้นำพืชกระท่อมไปใช้เป็นประโยชน์เพื่อทดแทนสารเสพติดในกลุ่ม มอร์ฟิน เฮโรอีน ไอซ์ และยาบ้า เพื่อบำบัดผู้เสพยาเสพติด⁵ นอกจากนี้ยังพบว่า การใช้พืชกระท่อมแบบวิถีชุมชนดั้งเดิม โดยการเคี้ยวใบสด หรือต้มชงใบพืชกระท่อมแห้งเป็นประจำ ไม่ส่งผลกระทบต่อสมรรถภาพด้านความคิดและการรับรู้ การทำงานของระบบประสาทและสมอง⁶

ผลประโยชน์ของพืชกระท่อมตามที่ได้กล่าวไปในข้างต้น ได้ถูกนำมาใช้เป็นข้อมูลในการสนับสนุนนโยบายของรัฐบาลเพื่อปลดล็อกพืชกระท่อมออกจากยาเสพติด เพื่อนำมาใช้ประโยชน์ทางการแพทย์และอุตสาหกรรมต่าง ๆ โดยพืชกระท่อมได้ถูกยกเลิกจากการเป็นยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 ตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2565 ตามการบังคับ

¹ จุไรทิพย์ หวังสินทวีกุล, ‘พืชกระท่อม (Kratom)’ (15 มีนาคม 2561) <<https://ccpe.pharmacycouncil.org>> สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2565.

² เต็ม สมิตินันท์, *ชื่อพรรณไม้แห่งประเทศไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม* (กรมป่าไม้ 2557), 383.

³ จุไรทิพย์ หวังสินทวีกุล, ‘พืชออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ภาควิชาเภสัชเวชและเภสัชพฤกษศาสตร์ คณะเภสัชศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์’ (นีโอพ้อยท์ 2554), 74.

⁴ ไพศาล ลิ้มสถิต, รายงานโครงการศึกษาทบทวนมาตรฐานทางกฎหมายเพื่อการจัดการพืชกระท่อม: กรณีศึกษากฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ (หน่วยงานระบาดวิทยา คณะแพทย์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) 2559), 153.

⁵ Thongpradicholte S, Matsumoto K, Tohhda M, Takayama H, Aimi N, Sakai S, et al., ‘Identification of opioid receptor subtypes in antinociceptive actions of supraspinally- administered mitragynine in mice’ (1998) 16 Life Sci, 1371-8.

⁶ Tangquay P., ‘Kratom in Thailand: decriminalisation and community control?’ (International Drug Policy Consortium (IDPC) and Transational Institute (TNI) 2011), 111



ใช้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2564 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายดังกล่าว คือ “ในหลายประเทศมีได้กำหนดให้พืชกระท่อมเป็นยาเสพติดให้โทษ ประกอบกับอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 และพิธีสารแก้ไขอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1972 มีได้กำหนดให้พืชกระท่อมเป็นยาเสพติดให้โทษ ดังนั้นเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากล และบริบทของสังคมไทยในบางพื้นที่ที่มีการบริโภคพืชกระท่อมตามวิถีชาวบ้านสมควรยกเลิกพืชกระท่อมจากการเป็นยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5”⁷ อย่างไรก็ตาม ในวันที่ 26 สิงหาคม 2565 ประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 อย่างเป็นทางการ อันเป็นหลักเกณฑ์ในการควบคุมมิให้ประชาชนนำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ผิด เช่น การใช้ใบกระท่อมไปต้มผสมกับยาแก้ไอที่มีส่วนผสมของโคเดอีน น้ำอัดลม และยาแก้ไอ (ในการระบุเกี่ยวกับพิษวิทยาของพืชกระท่อมของกรมวิทยาศาสตร์การแพทย์เรียกว่า 4 คูณ 100)⁸ หรือใช้ใบกระท่อมเป็นวัตถุดิบหรือส่วนประกอบในอาหารให้แก่บุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี หญิงมีครรภ์ และหญิงให้นมบุตร เนื่องจากพืชกระท่อมอาจก่อให้เกิดผลข้างเคียงที่ตามมา เช่น การเบื่ออาหาร ปากแห้ง ปัสสาวะมาก หรือนำใบของพืชกระท่อมไปแปรรูปเป็นเครื่องดื่ม ซึ่งปัจจุบันยังไม่สามารถดำเนินการได้เนื่องจากเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522

ในขณะที่ด้านของการจำหน่ายพืชกระท่อมนั้น จากการที่ประเทศไทยได้ถอนพืชกระท่อมออกจากรายการยาเสพติดให้โทษตามกฎหมายส่งผลต่อการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการไทยสามารถเพาะปลูก แปรรูปและจำหน่ายกระท่อมได้มากขึ้น เพื่อรองรับการขยายตัวของตลาดในสหรัฐอเมริกาที่ถือเป็นแหล่งบริโภคสินค้าพืชกระท่อมที่ใหญ่ที่สุดของโลก โดยเฉพาะในสถานการณ์โรคระบาด ซึ่งก่อให้เกิดความเครียดและความกังวลต่อกลุ่มประชากรชาวอเมริกัน การบริโภคพืชกระท่อมซึ่งมีฤทธิ์คล้ายคลึงกับยาเสพติดบางประเภท ทำให้ผู้บริโภคให้ความสนใจและหันมาบริโภคพืชกระท่อมกันมากขึ้น และสามารถนำไปต่อยอดพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์อื่นๆ ได้⁹

ฉะนั้นผู้เขียนจึงมีความสนใจที่จะศึกษาสภาพปัญหาทางกฎหมายจากการปลดพืชกระท่อมออกจากพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ทั้งในด้านการปลูก การบริโภคและการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม ตลอดจนเสนอแนะแนวทางการจัดให้มีมาตรการการกำกับ การปลูก การบริโภคและการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย ให้มีประสิทธิภาพสูงสุดและหลีกเลี่ยงการนำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้อง

2. สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในประเทศไทย

ก่อนปีพุทธศักราช 2486 คนไทยใช้พืชกระท่อมกันอย่างแพร่หลายและใช้มาเป็นเวลายาวนาน โดยบริโภคในรูปแบบของการเคี้ยวใบสด หรือนำไปตากแห้งแล้วบดเป็นผงกินกับน้ำอุ่น เพื่อให้เกิดความกระปรี้กระเปร่า

⁷ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, ‘ความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับพืชกระท่อม’ (คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2558), หนังสือที่ คปก.01/112

⁸ วุฒิสภา รุ่งเรือง, ‘พิษวิทยาของพืชกระท่อม,’ (2563) 2 วารสารเภสัชกรรมโรงพยาบาล 118 – 120.

⁹ The Austin Chronicle, ‘25 Best Katom Vendors: Most Reliable and Trustworthy Companies Selling Kratom Online’ (How To Buy Kratom 2021) <<https://www.austinchronicle.com/daily/events/2021-04-19/25-best-kratom-vendors-most-reliable-and-trustworthy-companies-selling-kratom-online-how-to-buy-kratom-in-2021/>> accessed 18 June 2565.



กตความรู้สึกเหน้อย และเมื่อย่ำขณะทำงาน ทำให้สามารถทำงานได้นานและทนแดดมากขึ้น เดิม พืชกระท่อม มีสถานะเป็นเพียงพืชสมุนไพร ไม่ใช่ยาเสพติด ในอดีตมีเพียงผื่นเท่านั้นที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายให้เป็นยาเสพติดและ อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐมาตลอด โดยการจำหน่ายและเสฟผื่นจะต้องมีการเสียภาษีให้แก่รัฐ ทำให้ผื่นมีราคาแพง และภาษีผื่นก็เป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญของรัฐ

ด้วยเหตุที่ผื่นมีราคาสูงมากอันเนื่องมาจากการเก็บภาษี ทำให้มีกลุ่มคนจำนวนหนึ่งทดลองเสฟ พืชกระท่อมทดแทนการเสฟผื่นที่มีราคาแพงกว่าหลายเท่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงที่ผื่นขาดตลาด¹⁰ ทำให้ พืชกระท่อมได้รับความนิยม ส่งผลให้รัฐสูญเสียรายได้จากการเก็บภาษีผื่น ดังนั้น ในปีพุทธศักราช 2486 หรือ ในรัชสมัยสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล (รัชกาลที่ 8) ได้มีการออก “พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พุทธศักราช 2586” ห้ามมิให้ผู้ใดเสฟ ปลูก มีไว้ในครอบครอง ซื้อมา ขาย ให้ หรือแลกเปลี่ยนพืชกระท่อม เว้นแต่ได้รับ อนุญาตจากเจ้าพนักงาน หรือเพื่อประกอบโรคศิลป์¹¹ และห้ามนำเข้าหรือส่งออก¹² ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดต้องระวาง โทษปรับ หรือจำคุก หรือทั้งจำทั้งปรับ¹³ ซึ่งเป็นครั้งแรกในโลกที่มีการกำหนดห้ามซื้อขาย แลกเปลี่ยน และเสฟ กระท่อม โดยในตอนนั้นแทบไม่มีข้อมูลทางเภสัชวิทยาของพืชกระท่อม และไม่มีมีการเก็บข้อมูลผลกระทบต่อสุขภาพ ภายและจิตของผู้ใช้พืชกระท่อมที่เป็นมาตรฐาน ดังนี้ เหตุผลที่แท้จริงของการออกกฎหมายห้ามจำหน่ายและ เสฟพืชกระท่อมจึงเป็นเหตุผลทางการค้าและทางภาษี มากกว่าจะเป็นเพราะพืชกระท่อมเป็นยาเสพติด¹⁴

ในช่วงปีพุทธศักราช 2501 คณะปฏิวัติเห็นว่าการเสฟผื่นเป็นสิ่งที่น่ารังเกียจในสังคม และเป็นอันตรายต่อ สุขภาพอนามัยอย่างร้ายแรง¹⁵ จึงได้มีประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 37 ลงวันที่ 9 ธันวาคม พ.ศ. 2501 ให้เลิกการ เสฟผื่น และเลิกจำหน่ายผื่นทั่วราชอาณาจักร แต่กลับมิได้มีการแก้ไขใด ๆ ต่อกฎหมายเกี่ยวกับพืชกระท่อมจนกระทั่ง ปีพุทธศักราช 2522 ก็ได้มีการออกพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มายกเลิกพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พุทธศักราช 2486 แต่ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติพืชกระท่อมจะถูกยกเลิกไปแล้ว ก็ได้ทำให้สถานะทางกฎหมายของ กระท่อมเปลี่ยนไป ซึ่งตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 พืชกระท่อมถูกจัดให้เป็นยาเสพติดให้โทษประเภท 5

ตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 ห้ามมิให้ผู้ใดเสฟ¹⁶ ผลิต จำหน่าย นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 5 เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ และการมียาเสพติดให้ โทษประเภท 5 ในครอบครองตั้งแต่ 10 กิโลกรัมขึ้นไป ให้ถือว่ามิไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย¹⁷ ผู้ใด ฝ่าฝืนมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุกที่ค่อนข้างสูง กล่าวคือ ตามมาตรา 75 ผู้ใดผลิต จำหน่าย นำเข้า หรือส่งออกยาเสพติดให้โทษประเภท 5 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ 2 ปีถึง 15 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 150,000 บาท

¹⁰ มุฮัมมัดฟาห์มี ตาละ, ‘วิวัฒนาการกฎหมายกระท่อมในประเทศไทย’ (ศูนย์ศึกษาปัญหาการเสพติด, 23 สิงหาคม 2564) <<https://cads.in.th/cads/content?id=298>> สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2565.

¹¹ พระราชบัญญัติ พืชกระท่อม พุทธศักราช 2486, ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 7 เล่ม 60, หน้า 243, มาตรา 5.

¹² เพิ่งอ้าง มาตรา 4.

¹³ เพิ่งอ้าง มาตรา 6.

¹⁴ มุฮัมมัดฟาห์มี ตาละ (เชิงอรรถ 10).

¹⁵ มุฮัมมัดฟาห์มี ตาละ (เชิงอรรถ 10).

¹⁶ พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 96 ตอนที่ 63, หน้า 40 – 82, มาตรา 57.

¹⁷ เพิ่งอ้างมาตรา 26.



ตามมาตรา 76 ผู้ใดมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 5 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ปรับไม่เกิน 50,000 บาท ผู้ใดมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย ต้องระวางโทษจำคุกเทียบเท่าผู้ผลิต จำหน่าย นำเข้า และส่งออก ส่วนตามมาตรา 92 ผู้เสพยาเสพติดให้โทษประเภท 5 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี และปรับตั้งแต่ 5,000 บาท ถึง 100,000 บาท จะเห็นได้ว่าสถานะของพืชกระท่อมตาม พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 จัดเป็นยาเสพติดเป็นสิ่งผิดกฎหมายที่ผู้ใดฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษทางอาญาทั้งจำและปรับในระดับที่ร้ายแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ใช้พืชกระท่อมได้นำพืชกระท่อมไปผสมกับยาแก้ไอที่มีส่วนผสมของโคเคอิน ซึ่งจัดเป็นยาเสพติดให้โทษประเภท 3 ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ หรือผสมกับน้ำอัดลมน้ำดำ ส่งผลให้เกิดอาการเคลิบเคลิ้มได้เช่นเดียวกับสารเสพติดประเภทอื่น โดยมีได้บริโภคพืชกระท่อมอย่างพืชสมุนไพร จึงส่งผลให้มุมมองของกฎหมายและประชาชนต่อพืชกระท่อมเป็นยาเสพติดยิ่งกว่าเป็นพืชสมุนไพร และมีมุมมองต่อผู้ใช้พืชกระท่อมเป็นผู้ติดยาเสพติดมากกว่าการบริโภคตามวิถีชาวบ้าน ซึ่งเป็นตีตรา (Stigma) โดยสังคม ส่งผลให้เกิดการลดคุณค่า และมองผู้ใช้พืชกระท่อมในแง่ลบ¹⁸

สถานะทางกฎหมายของพืชกระท่อมในประเทศไทยนับแต่ปีพุทธศักราช 2522 จึงเป็นยาเสพติดตลอดมา จนกระทั่งในปีพุทธศักราช 2564 ก็ได้มีการแก้ไข พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 โดย พ.ร.บ. ยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2564 และประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง ระบุชื่อยาเสพติดให้โทษในประเภท 5 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2564 พืชกระท่อมถูกนำออกจากบัญชียาเสพติดให้โทษประเภท 5 และโทษในส่วนที่เกี่ยวกับพืชกระท่อมทั้งหมดก็ถูกยกเลิกตามไปด้วย โดยสาเหตุของการนำพืชกระท่อมออกจากบัญชียาเสพติดให้โทษประเภท 5 นั้นเป็นเพราะหลายประเทศก็ได้กำหนดให้พืชกระท่อมเป็นยาเสพติด อีกทั้งตามอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1961 และพิธีสารแก้ไขอนุสัญญาเดี่ยวว่าด้วยยาเสพติดให้โทษ ค.ศ. 1972 ก็ได้กำหนดให้พืชกระท่อมเป็นยาเสพติด ดังนั้น จึงมีการนำพืชกระท่อมออกจากบัญชียาเสพติดเพื่อให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 23 กรกฎาคม พ.ศ. 2564 นับแต่นั้นมาสถานะทางกฎหมายของกระท่อมในประเทศไทยก็ไม่ใช่ยาเสพติดอีกต่อไป

3. นโยบายการจัดการพืชกระท่อมของไทย

ภายหลังการบังคับใช้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2564 โดยสาระสำคัญคือ เพิกถอนพืชกระท่อมจากการเป็นยาเสพติดให้โทษประเภทที่ 5 และยกเลิกบทกำหนดความผิดทางอาญาสำหรับการครอบครอง เสพ ค้าขาย จนถึงนำเข้าและส่งออกพืชกระท่อม ซึ่งส่งผลให้ประชาชนสามารถปลูกและใช้พืชกระท่อมเป็นการส่วนบุคคลได้โดยไม่ผิดกฎหมายทันที ตามพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 ได้กำหนดหลักการในการส่งเสริมพืชกระท่อมให้เป็นพืชเศรษฐกิจ โดยประชาชนสามารถเพาะ ปลูกหรือแปรรูปพืชกระท่อมเพื่อใช้สำหรับวิถีชุมชนได้ โดยมีต้องขออนุญาต ในขณะที่การใช้ประโยชน์จากพืชกระท่อมในเชิงพาณิชย์และอุตสาหกรรม เช่น การนำเข้าหรือส่งออกนั้น จำเป็นต้องมีการขออนุญาตนำเข้าหรือส่งออก โดยมีข้อยกเว้นว่า หากนำกระท่อมติดตัวเข้ามาหรือออกไปนอกราชอาณาจักรเพื่อใช้บริโภคเป็นการส่วนตัว บำบัด หรือบรรเทาอาการเจ็บป่วยของผู้ซึ่งเดินทางระหว่างประเทศนั้น มิจำเป็นจำต้องขออนุญาตแต่อย่างใด

¹⁸ ดลชัย ชะวังจุและคณะ, ‘สถานการณ์การตีตราทางสังคมของผู้ใช้ยาเสพติด: กรณีศึกษาผู้รับการบำบัดสารเสพติดในโครงการบริการเมทาโดนฐานชุมชน’ (2560) 3 วารสารสาธารณสุขศาสตร์, 276 – 288.



นอกนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดมาตรการกำกับดูแลการขายใบกระท่อมบางลักษณะหรือบางสถานที่ การควบคุมโฆษณา และการบริโภคใบกระท่อมในทางที่ผิดเพื่อคุ้มครองบุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีมิให้ได้รับอันตรายจากการบริโภคใบกระท่อม เป็นต้น โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ.2565¹⁹ สามารถสรุปได้ดังนี้

3.1 กำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ขอรับใบอนุญาต นำเข้าและส่งออก พืชกระท่อมและการกำหนดหน้าที่ผู้ได้รับใบอนุญาตเพื่อควบคุม กำกับการนำเข้าและการส่งออก

3.2 กำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ที่อาจได้รับอันตรายจากการบริโภคใบกระท่อมและการป้องกันการใช้ใบกระท่อมในทางที่ผิด เช่น ห้ามขายใบกระท่อม น้ำต้มใบกระท่อมหรืออาหารที่มีส่วนผสมของใบกระท่อมให้แก่เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 18 ปี สตรีมีครรภ์ สตรีให้นมบุตร เป็นต้น

3.3 กำหนดมาตรการห้ามขายใบกระท่อม ในสถานศึกษา หอพักหรือขายด้วยวิธีที่ไม่สามารถควบคุมดูแลได้ เช่น เครื่องขาย หรือขายโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์

3.4 กำหนดมาตรการห้ามโฆษณาหรือทำการตลาดใบกระท่อมเพื่อจูงใจสาธารณชนให้บริโภคใบกระท่อมที่ปรุงหรือผสมกับยาเสพติด

3.5 กำหนดห้ามมิให้ผู้ใดบริโภคใบกระท่อมที่ปรุงหรือผสมกับยาเสพติด เว้นแต่เป็นการบริโภคเพื่อรักษาบำบัดภายใต้การกำกับดูแลของผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม หรือการดำเนินการวิจัย

3.6 แต่งตั้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ควบคุม กำกับการ นำเข้า ส่งออกพืชกระท่อม

3.7 กำหนดบทลงโทษผู้ฝ่าฝืนนำเข้าส่งออก ขายที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ทั้งนี้ ยืนยันว่าการควบคุมกำกับการใช้พืชกระท่อมนั้น เพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมและประโยชน์ตามวิถีชุมชน

การเปลี่ยนแปลงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับพืชกระท่อมดังกล่าว ส่งผลให้ผู้ที่เคยได้รับโทษฐานครอบครองพืชกระท่อม ซึ่งถูกคุมขังอยู่ในเรือนจำ กว่า 1,000 รายได้รับการปล่อยตัวทันที และรวมถึงผู้ที่ถูกดำเนินคดีในชั้นตำรวจ และอัยการ ประมาณ 1 หมื่นคน ซึ่งจะถือว่าไม่เคยกระทำความผิดมาก่อน²⁰ และในขณะเดียวกันประชาชนที่มีการใช้พืชกระท่อมเป็นพืชสมุนไพรตามวิถีชุมชนดั้งเดิม ก็สามารถปลูก บริโภคและทำการซื้อขายพืชกระท่อมได้อย่างเสรีอีกด้วย

4. หลักคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำกับการจัดการพืชกระท่อม

4.1. หลักความได้สัดส่วน กับการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์จากพืชกระท่อม

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักการย่อยที่สำคัญของหลักนิติรัฐ ซึ่งมีสาระสำคัญสามประการ²¹ ประกอบด้วย 1) หลักความเหมาะสม เป็นหลักการที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องเลือกออกมาตรการที่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ 2) หลักความจำเป็น เป็นหลักการที่ฝ่ายปกครองต้องเลือกเฉพาะมาตรการที่เหมาะสม

¹⁹ พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ.2565 เล่มที่ 137 ตอนที่ 52 ก ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 26 สิงหาคม 2565

²⁰ หนังสือด่วนที่สุด ศย016/ว903 เรื่องข้อพิจารณาเกี่ยวกับพรบ.ยาเสพติดให้โทษฉบับที่ 8 พ.ศ. 2564 ลงวันที่ 18 ส.ค.ที่จัดทำโดย สำนักกฎหมายและวิชาการศาลยุติธรรมสำนักงานศาลยุติธรรม

²¹ บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2552),



ที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนน้อยที่สุดเท่านั้น 3) หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ โดยประโยชน์ที่ได้รับต้องมีน้ำหนักมากกว่า สาธารณประโยชน์ทั้งสามประการดังกล่าวนี้เป็นผลมาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ขณะที่ในระบบกฎหมายไทย หลักความได้สัดส่วนจัดเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายมหาชนที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นการสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพข้อเท็จจริง (moderation)²² โดยหลักการย่อยประการแรกคือ หลักความเหมาะสมหรือความสัมฤทธิ์ผล บังคับว่าในบรรดามาตรการที่กฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองออกมาใช้ บังคับกับประชาชนได้นั้น ฝ่ายปกครองต้องใช้วิธีการอันสมควรในการเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนั้นสำเร็จลุล่วงไปได้ หลักประการย่อยประการต่อมาคือ หลักความจำเป็น หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการซึ่งล้วนแต่ชอบด้วยหลักความสัมฤทธิ์ผล แต่ทว่ามาตรการเหล่านั้นมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนมากน้อยแตกต่างกัน ฝ่ายปกครองต้องตัดสินใจเลือกออกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด และหลักการย่อยประการสุดท้ายคือ หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่เอกชนและหรือแก่สังคมโดยส่วนรวม กับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองออกมาใช้บังคับ โดยมาตรการที่ฝ่ายปกครองอาศัยอำนาจตามกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งออกมาใช้บังคับแก่ประชาชนต้องเกิดประโยชน์มากกว่าโทษ

หลักความได้สัดส่วนนี้เมื่อนำมาใช้กับการจัดให้มีมาตรการทางกฎหมายในการกำกับการใช้พืชกระท่อมในแง่ที่ว่ารัฐจะสร้างความยุติธรรมและความสมดุลให้เกิดขึ้นระหว่างสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์ในทางมหาชนนั้น จำเป็นต้องกำหนดมาตรการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์จากพืชกระท่อมภายใต้ฐานความคิดของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ แม้ว่า พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2564 จะประกาศยกเลิกพืชกระท่อม ออกจากยาเสพติดให้โทษ ทำให้ประชาชนสามารถปลูกและขายกันได้อย่างเสรีแล้วก็ตาม แต่การใช้ประโยชน์ การบริโภคกระท่อมนั้น ประชาชนส่วนใหญ่ยังคงใช้กันอย่างไม่ถูกต้องตามวิธี หรือนำไปใช้ในทางที่ผิด ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของผู้ใช้ หรือเป็นส่วนหนึ่งของการกระทำผิดกฎหมาย ดังนั้น เพื่อให้การเข้าถึงพืชกระท่อมได้มีการกำกับดูแลและบริหารจัดการ การกำหนดให้มีมาตรการให้มีการขออนุญาตเพื่อเข้าถึงพืชกระท่อมในทางการผลิต (การปลูก) การใช้เพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรม จึงมีความเหมาะสม เนื่องจากการใช้ระบบการขออนุญาตเป็นมาตรการที่สามารถนำมาใช้ในการกำกับติดตามกิจกรรมของประชาชนที่เกี่ยวข้องกับพืชกระท่อมได้อย่างสัมฤทธิ์ผล และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนน้อยกว่ามาตรการอื่นๆ เช่น การห้ามมิให้ซื้อขายหรือปลูกพืชกระท่อม เป็นต้น อีกทั้งสอดคล้องกับผลประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับจากการจัดให้มีมาตรการดังกล่าว คือ การใช้ระบบอนุญาตเพื่อควบคุมและกำกับการเพาะปลูก ขาย นำเข้าและส่งออก จะช่วยทำให้เกษตรกรที่ปลูกขายพืชกระท่อม รวมถึงผู้ที่นำเข้าและส่งออกกระท่อมนั้นมีระบบการกำกับติดตามจากภาครัฐ มิให้นำกระท่อมไปใช้ในทางที่เป็นการกระทำความผิดตามกฎหมายอื่น อีกทั้งยังเป็นการควบคุมปริมาณพืชกระท่อมในตลาดไม่ให้มีจำนวนมากจนเกินไป เพื่อให้เกิดผลดีต่อราคาซื้อขายกระท่อมในทางเศรษฐกิจอีกด้วย

²² วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (วิญญูชน 2543) 47.



4.2. หลักการปรับเป็นพินัยกับการใช้กระท่อมในทางที่ผิด

ตามแผนการปฏิรูปประเทศด้านกฎหมายและมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดให้การตรากฎหมายพึงกำหนดโทษทางอาญาเฉพาะความผิดที่ร้ายแรง เนื่องจากการตรากฎหมายอาญาที่เพิ่มขึ้นส่งผลให้หลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด (mala prohibita) เพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ จนกระทบต่อการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชน และส่งผลให้การฝ่าฝืนกฎหมายหรือการกระทำความผิดของประชาชนมีโอกาสเกิดขึ้นได้ง่าย อันเป็นที่มาของปัญหาที่เรียกว่า โทษอาญาเพื่อ (Overcriminalization)²³ ซึ่งมาจากความเชื่อที่ว่า กฎหมายอาญาจะสามารถควบคุมพฤติกรรมที่เป็นปัญหาได้ ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดบางฐานไม่ได้ส่งผลให้ลดจำนวนการกระทำความผิดลง แต่กลับเพิ่มปัญหาคนล้นคุกและการมีประวัติอาชญากรรมติดตัวผู้กระทำความผิด จนส่งผลกระทบต่อการใช้ชีวิตของประชาชน²⁴ ในหลาย ๆ ประเทศ จึงได้มีการปรับเปลี่ยนบทลงโทษเป็นมาตรการอื่นที่ไม่ใช่โทษทางอาญามาใช้สำหรับการกระทำความผิดหรือฝ่าฝืนกฎหมายที่ไม่ร้ายแรง ซึ่งหนึ่งในโทษที่ถือเป็นมาตรการอื่นที่นำมาใช้ทดแทนโทษทางอาญานั้น คือ ปรับเป็นพินัย²⁵

ปรับเป็นพินัย หรือโทษสำหรับความผิดทางพินัย หมายความว่า การกำหนดโทษสำหรับการกระทำหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในกรณีที่ไม่ใช่ความผิดร้ายแรง และโดยสภาพไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง หรือไม่มีผลกระทบต่อส่วนรวมอย่างกว้างขวาง และกฎหมายนั้นบัญญัติให้ต้องชำระค่าปรับเป็นพินัย โดยไม่ถือเป็นโทษทางอาญา ซึ่งผลของการกระทำความผิดทางพินัยนั้นไม่ต้องชำระเงินค่าปรับเท่านั้น ไม่มีการจำคุกหรือกักขังแทนค่าปรับ และไม่มีการบันทึกลงในประวัติอาชญากรรมหรือทะเบียนประวัติอาชญากร ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องและได้สัดส่วนกับการกระทำความผิดที่ไม่ร้ายแรง²⁶ ซึ่งลักษณะของโทษปรับเป็นพินัยนั้นอาจจะพิจารณานำมาใช้กับการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดที่เกิดจากการผลิต การบริโภคและการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมได้ หากความผิดที่เกิดขึ้นนั้นมิได้มีสภาพที่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง

แม้ว่าปัจจุบัน ประเทศไทยยังอยู่ระหว่างการพิจารณาให้มีกฎหมายเกี่ยวกับการปรับเป็นพินัย หรือร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.... ก็ตาม แต่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวได้วางหลักในการกำหนดค่าปรับเป็นพินัยให้พิจารณาจากระดับความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้นกับชุมชนหรือสังคมจากการกระทำความผิด

²³ ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหาทางกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น’ (The 101. World, 14 มิถุนายน 2563) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 21 มิถุนายน 2565.

²⁴ พศิน วรเนติโพธิ์, ‘การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย’ (2564) 2 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 301, 301 – 326.

²⁵ อริยพร โพธิ์ใส, ‘โทษปรับเป็นพินัย: มาตรการใหม่แทนการลงโทษทางอาญา’ (2564) 3 จุลนิติ 125, 125 – 131.

²⁶ ที่มาของร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (15 มีนาคม 2565) <<https://www.krisdika.go.th/detail-law-draft-under-consideration-by-the-office-of-the-council-of-state?billCode=241>> สืบค้นเมื่อ 28 มิถุนายน 2565.



ทางพินัย ความรู้ผิดชอบ อายุ ประวัติ ความประพฤติ สติปัญญา การศึกษาหรือผลประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางพินัยได้รับการกระทำความผิดทางพินัย และสถานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดทางพินัย²⁷

ซึ่งการใช้หรือบริโภคพืชกระท่อมในปัจจุบัน แม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดให้พืชกระท่อมมีใช้ยาเสพติดอีกต่อไป แต่จากรายงานของกรมราชทัณฑ์กลับพบว่า ยังคงพบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการใช้และบริโภคพืชกระท่อมในลักษณะที่ผิด คือการใช้พืชกระท่อมผสมกับยาแก้ไอ และเครื่องดื่มน้ำอัดลม หรือส่วนผสมอื่น ทำให้ออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาทคล้ายยาเสพติด ผู้บริโภคจะมีอาการมึนเมา สนุกสนาน หากไม่ได้เสพจะมีอาการหงุดหงิดปวดเมื่อยตามร่างกายและส่งผลเสียต่อระบบทางเดินอาหาร แต่ไม่รุนแรงถึงกับคลุ้มคลั่งเป็นอันตรายต่อบุคคลอื่น หรือก่อให้เกิดอาชญากรรมที่เป็นภัยต่อสังคมเหมือนกับยาเสพติดประเภทอื่น ๆ จากข้อเท็จจริงดังกล่าวในแง่ของมิติด้านผลกระทบของสังคมจะเห็นว่า โทษของการเสพพืชกระท่อมโดยวิธีดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อสังคมอย่างใดก็ตาม จากการพิจารณาสถิติของผู้กระทำความผิดกรณีของการนำพืชกระท่อมมาผสมกับ ใช้เป็นสารเสพติดนั้น เป็นกลุ่มวัยรุ่นที่มีอายุระหว่าง 12 – 18 ปีเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งเกิดจากการขาดความรู้ ความเข้าใจในเรื่องข้อมูลที่เป็นสิ่งบ่งชี้ถึงโทษและพิษภัยจากการใช้พืชกระท่อม²⁸ ซึ่งในการกระทำในลักษณะดังกล่าวของผู้ใช้หรือบริโภคพืชกระท่อมนั้นไม่ได้มีระดับความรุนแรงจนถึงขนาดที่จะต้องนำโทษทางอาญา เช่น การกักขัง หรือจำคุกมาใช้บังคับ การพิจารณานำใช้หลักการปรับเป็นพินัยกับการใช้หรือการบริโภคพืชกระท่อมดังกล่าวจึงอาจช่วยปรับพฤติกรรมของผู้บริโภคพืชกระท่อมในทางที่ผิดให้มีทิศทางที่ดีขึ้นได้

ในขณะที่ในบางครั้งพบว่ามีคนนำพืชกระท่อมไปใช้เป็นส่วนผสมของอาหารและเครื่องดื่ม โดยขาดความเข้าใจในระดับปริมาณการใช้ที่ปลอดภัยต่อผู้บริโภค ซึ่งมีข้อกังวลว่าหากใช้พืชกระท่อมในปริมาณที่มากเกินไปอาจส่งผลกระทบต่อระบบการเดินอาหาร และระบบประสาทของผู้บริโภคได้ รวมถึงผู้ที่ประกอบเครื่องดื่มโดยใช้พืชกระท่อมผสมกับยาแก้ไอ และเครื่องดื่มน้ำอัดลม หรือส่วนผสมอื่นจนได้เครื่องดื่มที่มีฤทธิ์กล่อมประสาทคล้ายฤทธิ์ของยาเสพติด การกระทำดังกล่าวมีลักษณะที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นวงกว้างได้ ซึ่งถือเป็นการกระทำความผิดที่มีลักษณะรุนแรงในการนี้จึงควรกำหนดโทษในทางอาญามากกว่าการนำโทษปรับทางพินัยมาใช้

5. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์เชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมไทย

การยกเลิกการกำหนดให้พืชกระท่อมเป็นยาเสพติดให้โทษในประเภทที่ 5 ส่งผลให้เกิดการนำพืชกระท่อมไปใช้ประโยชน์ในด้านต่างๆ ทั้งในทางการแพทย์ การบริโภค และด้านเศรษฐกิจ จากที่ได้กล่าวไปในเบื้องต้นแล้วว่าการบริโภคพืชกระท่อมที่มากเกินไปสมควรอาจเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคได้

5.1 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการผลิตพืชกระท่อม

การประกาศใช้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2564 ส่งผลให้พืชกระท่อมสามารถผลิตหรือการปลูกได้อย่างเสรี ประกอบกับนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการผลักดันให้พืชกระท่อมเป็นพืชเศรษฐกิจตัวใหม่ที่สามารถส่งขายในเชิงพาณิชย์หรืออุตสาหกรรมได้ อันจะเป็นการสร้างอาชีพและรายได้ให้แก่เกษตรกรไทย

²⁷ ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.

²⁸ สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา, ‘กระท่อม (kratom)’ <<https://mnfda.fda.moph.go.th/narcotic/?p=6063>> สืบค้นเมื่อ 13 สิงหาคม 2565.



อย่างไรก็ตามในส่วนของการปลูกพืชกระท่อมเพื่อประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมหรือในเชิงธุรกิจนั้น เนื่องจากพืชกระท่อม มีลักษณะเป็นพืชอาหาร ใช้ในการรับประทานเคี้ยวสด หรือเป็นส่วนผสมในอาหารอื่นๆ รวมถึงเครื่องดื่ม ดังนั้นในการปลูกหรือการผลิตพืชกระท่อมควรจะมีการควบคุมมาตรฐานทางด้านการเกษตร (GAP) เช่นเดียวกับผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรอื่น เนื่องจากหากพืชกระท่อมของไทยผ่านกระบวนการปลูกที่ผิดวิธี หรือมีการใช้สารเคมีที่อาจตกค้างในส่วนประกอบของพืช จะก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้บริโภค และส่งผลกระทบต่อภาคอุตสาหกรรมอย่างแน่นอน จากกรณีดังกล่าว แม้ว่าปัจจุบันพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 จะประกาศใช้บังคับแล้วก็ตาม แต่ไม่ได้มีการกำหนดให้มีการควบคุมมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อมแต่อย่างใด²⁹

5.2 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้พืชกระท่อม

จากการศึกษาวิจัยที่เกี่ยวข้องกับสรรพคุณของพืชกระท่อมพบว่า สารในพืชกระท่อมสามารถช่วยรักษาและมีผลต่อเซลล์ประสาทบางชนิดของร่างกายจึงสามารถบรรเทาอาการเจ็บปวดในส่วนต่าง ๆ ของร่างกายได้ รวมถึงการบรรเทาอาการปวดที่เกิดจากภาวะเรื้อรัง เช่น โรคระบบประสาทส่วนกลางเสื่อม มะเร็ง เบาหวาน โรคข้ออักเสบ เป็นต้น อีกทั้งยังสามารถนำมาใช้บำบัดเป็นยาสมุนไพรสำหรับพอกรักษาแผล หรือเคี้ยวใบช่วยให้รู้สึกกระปรี้กระเปร่า รักษาระดับพลังงานส่งผลให้สามารถทำงานได้นานขึ้น และไม่หิวง่าย ซึ่งวิธีใช้พืชกระท่อมตามตำรับพื้นบ้านของไทย ซึ่งมีมาตั้งแต่สมัยโบราณนั้น ใช้วิธีการเคี้ยวใบของพืชกระท่อมสด 1-3 ใบ หรือบดใบแห้งให้เป็นผงชาหรือต้มน้ำดื่ม จะช่วยให้กระปรี้กระเปร่า ไม่รู้สึกหิว ไม่อยากอาหารหรือเมื่อยล้าขณะทำงาน ทำให้สามารถทำงานได้นาน ทนแดด ทนร้อนมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม หากใช้ใบของพืชกระท่อมในปริมาณที่มากเกินไป หรือใช้เป็นประจำอาจจะก่อให้เกิดผลข้างเคียง ดังนี้ หัวใจเต้นเร็วผิดปกติ รู้สึกกระวนกระวาย สับสน เชื่องซึม นอนไม่หลับเพราะร่างกายตื่นตัวตลอดเวลา ไตเกิดความเสียหาย และมีผิวหนังเป็นสีเหลือง เกิดจากตับทำงานอย่างหนักในการกรองสารพิษออกจากร่างกาย นอกจากผลกระทบโดยตรงจากการใช้พืชกระท่อมแล้ว

ในปัจจุบันพบว่า มีการนำพืชกระท่อมมาใช้อย่างผิดกฎหมาย กล่าวคือ การนำใบของพืชกระท่อมมาผสมเครื่องดื่มที่มีคาเฟอีนและยาแก้ไอที่มีโคโคเดอีน ซึ่งมีผลทำให้ช่วงขี้มล่องลอย หรือนำมาใช้ผสมในอาหารขายให้กับผู้มีอายุต่ำกว่า 18 ปี สตรีมีครรภ์หรือสตรีให้นมบุตร ซึ่งอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ผู้ที่บริโภค เนื่องจากพืชกระท่อมมีฤทธิ์ต่อจิตและประสาทของผู้บริโภค หากได้บริโภคพืชกระท่อมในปริมาณที่มากเกินไป หรือมีวิธีการบริโภคที่ไม่ถูกต้อง จะทำให้เกิดอาการผิดปกติในระบบย่อยอาหาร และระบบประสาทได้ ในขณะเดียวกัน การเปิดให้สามารถใช้พืชกระท่อมได้อย่างเสรีนั้น นอกเหนือจากการส่งผลโดยตรงต่อผู้บริโภค ยังคงสร้างภาระให้กับระบบสาธารณสุขของประเทศ เนื่องจากจะต้องดำเนินการดูแลด้านความปลอดภัยในการใช้พืชกระท่อมสำหรับการบริโภคทั้งแบบใบสดหรือใช้เป็นส่วนผสมในอาหาร หรือใช้เป็นส่วนผสมในเครื่องดื่มอีกด้วย

การปลดพืชกระท่อมออกจากยาเสพติดของไทยนั้นส่งผลให้ผู้ที่ต้องการบริโภคทุกเพศ ทุกวัย สามารถเข้าถึงพืชกระท่อมได้ง่าย และถูกนำไปใช้อย่างไม่ถูกต้องและผิดกฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันแม้ว่าจะมีกฎหมายกำหนดมาตรการควบคุมหรือการลงโทษมิให้นำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมายก็ตาม (การบริโภคพืชกระท่อมในทางที่ผิด

²⁹ พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 เล่มที่ 137 ตอนที่ 52 ก ประกาศในราชกิจจานุเบกษา วันที่ 26 สิงหาคม 2565



กฎหมาย) แต่ยังไม่ได้ครอบคลุมไปถึงการใช้พืชกระท่อมในลักษณะที่สร้างความเดือดร้อนหรือไม่ปลอดภัยในการบริโภคแก่ผู้อื่นอย่างชัดเจนและเป็นรูปธรรม อีกทั้งโทษที่กำหนดไว้สำหรับการลงโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการบริโภคพืชกระท่อมในวิธีการที่ผิดกฎหมาย กำหนดไว้เฉพาะการลงโทษปรับในทางกฎหมายอาญาเท่านั้น ซึ่งอาจจะไม่ได้ช่วยให้เกิดผลการปราบปรามการกระทำความผิดที่เหมาะสมและยังก่อให้เกิดปัญหาด้านกระบวนการยุติธรรม เช่น ปัญหาคนล้นคุกได้ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดมิสามารถชำระค่าปรับตามกฎหมายได้ เนื่องจากผู้กระทำความผิดส่วนใหญ่เป็นกลุ่มวัยรุ่นเท่านั้น

5.3 ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม

ในส่วนของ การใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม ไม่ว่าจะเป็นการจำหน่าย การนำเข้า และส่งออก นั้น ปัจจุบันการจำหน่ายสามารถทำได้ โดยผู้มีพืชกระท่อมไว้ในครอบครองสามารถขายได้ทั้งเมล็ด ตันกล้า ใบ หรือส่วนอื่น ๆ สามารถจำหน่ายได้อย่างเสรี ในขณะที่การนำเข้า ส่งออกนั้นจะต้องมีการขออนุญาตเพื่อดำเนินการส่งออกกระท่อมเสียก่อน³⁰

อย่างไรก็ตามในการนำพืชกระท่อมไปใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรม เช่น การผลิตพืชกระท่อมในลักษณะพืชสมุนไพรเพื่อจำหน่ายเป็นอาหารเสริมหรือยา หรือใช้เป็นส่วนผสมในอาหารนั้น ในปัจจุบันมีการกำกับดูแลภายใต้พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 และกฎหมายอาหาร ตามแต่ละประเภทของการนำพืชกระท่อมมาใช้ประโยชน์ รวมถึงการใช้ส่วนของพืชกระท่อมในอาหารเพื่อส่งออกซึ่งจะต้องผ่านการประเมินความปลอดภัยของอาหารและส่งมอบฉลากให้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยาตรวจอนุมัติก่อนตามเงื่อนไขของประกาศกระทรวงสาธารณสุขว่าด้วยอาหารใหม่ (Novel Food)³¹

แม้ว่าในปัจจุบันจะมีกฎหมายเกี่ยวกับสมุนไพร รองรับการค้ากับควบคุมการใช้พืชกระท่อมในทางอุตสาหกรรมหรือการพาณิชย์ในลักษณะต่าง ๆ เอาไว้ก็ตาม แต่เนื่องจากปัญหาทางกฎหมายในการปลูกพืชกระท่อมในประเด็นที่ 1 ทำให้ยังคงมีช่องว่างของกฎหมายในเรื่องการปลูกพืชกระท่อมเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมด้วย เนื่องจากกฎหมายเกี่ยวกับการผลิตหรือการปลูกพืชกระท่อมนั้นจะต้องสอดคล้องกับมาตรการการกำกับควบคุมการใช้พืชกระท่อมตามพระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์สมุนไพร พ.ศ. 2562 และกฎหมายเกี่ยวกับอาหารด้วยนั่นเอง

6. สถานะและมาตรการทางกฎหมายในการกำกับการจัดการพืชกระท่อมในต่างประเทศ

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ กระท่อมไม่ได้ถูกห้าม หรือกำหนดให้เป็นยาเสพติดภายใต้สนธิสัญญาใด ๆ ขององค์การสหประชาชาติ โดยเมื่อพิจารณาตามหลักฐานซึ่งมาจากคำบอกเล่า และจากผลการวิจัยในหนูทดลอง ซึ่งพบว่ากระท่อมมีความเป็นไปได้ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางพฤติกรรมในเชิงบวก องค์การอนามัยโลกได้ให้คำแนะนำว่ากระท่อมควรถูกนำไปพัฒนาต่อเพื่อเป็นยารักษาโรคสำหรับผู้ป่วยที่มีความจำเป็น³² โดยรายงานดังกล่าว

³⁰ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ.2565

³¹ คำชี้แจงการจัดทำ (ร่าง) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ออกตามความในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 424) พ.ศ. 2564 เรื่อง กำหนดอาหารที่ห้ามผลิต นำเข้า หรือจำหน่าย

³² World Health Organization, ‘Pre- Review Report: Kratom Mitragyna speciosa, mitragynine, and 7-hydroxymitragynine (World Health Organization, 2021) 8.



มิได้กำหนดว่าสถานะทางกฎหมายของกระท่อมในแต่ละประเทศควรเป็นอย่างไร ดังนี้ สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในแต่ละประเทศนั้นจึงแตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับมุมมอง บริบททางสังคม ผลกระทบของการใช้กระท่อมในประเทศนั้น ๆ บางประเทศกำหนดให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมาย บางประเทศกำหนดให้มีการใช้กระท่อมได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐอย่างเคร่งครัด บางประเทศกำหนดให้มีการใช้กระท่อมในฐานะของสมุนไพรได้อย่างเสรี ในส่วนนี้จะกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของกระท่อมในประเทศสวีเดน อินโดนีเซีย และมลรัฐฟลอริดา สหรัฐอเมริกา

6.1 สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในสวีเดน

แม้ว่ากระท่อมจะมีได้ถูกกำหนดให้เป็นยาเสพติดโดยองค์การสหประชาชาติ แต่ในสวีเดนนั้น กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายตาม Narcotic Drugs Control Ordinance ได้กำหนดให้ mitragynine ซึ่งเป็นสาระสำคัญในกระท่อมเป็นยาเสพติด³³ เนื่องจากเป็นสารที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพ กระท่อมจึงเป็นสิ่งที่ห้ามผลิต ซื้อมาขาย ครอบครอง เว้นแต่ได้รับอนุญาต³⁴

สวีเดนประกาศให้กระท่อมเป็นยาเสพติดในปีพุทธศักราช 2559 โดยก่อนหน้านั้น ประชาชนสามารถเข้าถึงและใช้กระท่อมได้อย่างเสรี โดยผลิตภัณฑ์ที่ได้รับความนิยมในเวลานั้นเรียกว่า Krypton อย่างไรก็ตาม จากการเสพผลิตภัณฑ์ดังกล่าวซึ่งมีส่วนผสมของ mitragynine อันเป็นสารสำคัญในกระท่อม และ O-desmethyltramadol ซึ่งใช้บรรเทาอาการปวด ส่งผลให้มีผู้เสียชีวิต 9 ราย³⁵ ต่อมาสวีเดนจึงได้ประกาศให้กระท่อมเป็นยาเสพติด เนื่องจากมีสารที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ

6.2 สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในอินโดนีเซีย

อินโดนีเซียจัดเป็นผู้ส่งออกกระท่อมรายใหญ่ของโลก เนื่องจากมีภูมิประเทศเหมาะสมต่อการปลูกกระท่อม และเชื่อกันว่ากระท่อมที่ปลูกในอินโดนีเซียมีคุณภาพดีที่สุดในปัจจุบัน สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในอินโดนีเซียจัดเป็นยาเสพติดประเภท 1³⁶ ซึ่งจัดเป็นยาเสพติดที่ออกฤทธิ์ร้ายแรงกว่าโคเคน โดยบุคคลใดที่ปลูก ผลิต มีไว้ เก็บ ดูแล หรือจัดหาซึ่งยาเสพติดประเภท 1 นี้จะต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 4 ปี ถึง 12 ปี และปรับตั้งแต่ 800,000,000 รูปี (แปดร้อยล้านรูปี) ถึง 8,000,000,000 รูปี (แปดล้านล้านรูปี)³⁷ และหากบุคคลใดมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดประเภท 1 ตั้งแต่ 1 กิโลกรัมขึ้นไป หรือตั้งแต่ 5 ต้นขึ้นไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่ต่ำกว่า 5 ปี ถึง 20 ปี หรือจำคุกตลอดชีวิตและปรับ 8,000,000,000 รูปี (แปดล้านล้านรูปี) และเพิ่มอีกหนึ่งในสาม³⁸ จะเห็นได้ว่าการมีกระท่อมจัดเป็นยาเสพติดที่มีโทษร้ายแรงมากในอินโดนีเซีย แต่เนื่องจากกระท่อมได้รับความต้องการสูงใน

³³ Förordning (1992:1554) om kontroll av narkotika.

³⁴ เรื่องเดียวกัน.

³⁵ Robert Kronstrand et al, 'Unintentional fatal intoxications with mitragynine and O-desmethyltramadol from the herbal blend Krypton' (2011) 35 Journal of Analytical Toxicology 242, 242 – 247.

³⁶ Law No. 35/2009 on Narcotics, Article 5.

³⁷ Ibid, Article 111 (1).

³⁸ Ibid, Article 111 (2).



ตลาดโลก จึงได้มีการอนุญาตให้ประชาชนสามารถปลูกกระท่อมเพื่อส่งออกเท่านั้น ไม่อนุญาตให้ใช้ภายในประเทศ³⁹ จึงกล่าวได้ว่า สำหรับอินโดนีเซียนั้น กระท่อมจัดเป็นพืชเศรษฐกิจที่ใช้สำหรับหารายได้เข้าประเทศ

อย่างไรก็ตาม ในปีพุทธศักราช 2567 สำนักงานปราบปรามยาเสพติดของอินโดนีเซียจะมีการกำหนดให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายโดยเด็ดขาด⁴⁰ กล่าวคือ การปลูกกระท่อมเพื่อส่งออกก็จะกลายเป็นสิ่งผิดกฎหมายในอินโดนีเซียเช่นเดียวกัน โดยได้มีการให้เวลาเกษตรกรที่ปลูกกระท่อมเพื่อส่งออกไปจนถึงปีพุทธศักราช 2567 เพื่อให้เกษตรกรหาพืชชนิดอื่นมาปลูกเพื่อหารายได้แทนกระท่อม⁴¹ ทั้งนี้ สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในอินโดนีเซียเป็นสิ่งที่ต้องติดตามและศึกษาต่อไป เนื่องจากอินโดนีเซียเป็นผู้ส่งออกกระท่อมอันดับหนึ่งของโลก หากอินโดนีเซียประกาศให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายโดยเด็ดขาด ก็จะต้องมีการกำจัดและทำลายกระท่อมทั้งหมดในอินโดนีเซีย ซึ่งจะกระทบต่อตลาดกระท่อมของโลก และกระทบต่อรายได้ของอินโดนีเซีย การออกกฎหมายดังกล่าวจึงมีผู้คัดค้านเป็นจำนวนมาก

6.3 สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในมลรัฐฟลอริดา สหรัฐอเมริกา

ในฟลอริดา กระท่อมไม่ใช่สิ่งที่ผิดกฎหมาย เช่นเดียวกับมลรัฐส่วนใหญ่ในสหรัฐอเมริกา มีความพยายามเสนอร่างกฎหมายหลายครั้ง เพื่อทำให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายในฟลอริดา แต่ในปัจจุบันก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2557 เขตซาราโซต้า ซึ่งเป็นเขตหนึ่งในมลรัฐฟลอริดา ได้ออกกฎหมายกำหนดให้กระท่อมเป็น Designer Drug⁴² หรือเป็นยาที่ผลิตขึ้นเพื่อให้ออกฤทธิ์เลียนแบบสารเสพติดที่ผิดกฎหมาย แต่อาจมีผลข้างเคียงน้อยกว่าสารเสพติด สาเหตุที่กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมายในเขตซาราโซต้าเป็นเพราะมีรายงานว่ากระท่อมนั้นออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท ทำให้เสพติด กองทัพและนาวิกโยธินของสหรัฐอเมริกาคำหนดห้ามใช้กระท่อม อีกทั้งกระท่อมก็ถูกจัดให้อยู่ในรายชื่อเฝ้าระวังขององค์การปราบปรามยาเสพติด การเสพกระท่อมส่งผลข้างเคียงต่อร่างกาย เช่น ปากแห้ง นอนไม่หลับ ไม่อยากอาหาร เห็นภาพหลอน มึนงง และประเทศไทย (ในขณะนั้น) มาเลเซีย และอินโดนีเซียซึ่งเป็นต้นกำเนิดของกระท่อม กำหนดให้กระท่อมเป็นสิ่งผิดกฎหมาย⁴³ โดยเขตซาราโซต้าห้ามมิให้ผลิต บรรจุ ขนส่ง ครอบครอง จัดแสดง เสนอขาย ขาย หรือซื้อกระท่อม⁴⁴ หากฝ่าฝืนมีโทษปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ⁴⁵ แต่กฎหมายดังกล่าวก็ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์ถึงความไม่เหมาะสมของการกำหนดนิยามให้กระท่อม

³⁹ Maxwell Kent, 'Legal Status of Kratom in Indonesia, 2021' (Kratom Spot, 11 August 2021) <<https://kratomspot.com/legal-status-of-kratom-in-indonesia-2021>> accessed 1 June 2022.

⁴⁰ Lenny Tristia Tambun, 'Mulai 2024, Pemerintah Larang Penggunaan dan Ekspor Kratom' (Berita Satu, 7 August 2021) <<https://www.beritasatu.com/nasional/811035/mulai-2024-pemerintah-larang-penggunaan-dan-ekspor-kratom>> accessed 1 June 2022.

⁴¹ Peter Hess, 'As Indonesia Plans to Crack Down Kratom, the FDA Denies Involvement, (Inverse) <<https://www.inverse.com/article/57247-aka-versus-fda-indonesian-kratom-ban>> accessed 1 June 2022.

⁴² Sarasota, FL., Code of Ordinances ch. 62, § 62-350 (2014).

⁴³ Ibid, § 62-348 (2014).

⁴⁴ Ibid, § 62-351 (a) (2014).

⁴⁵ Ibid, § 62-352 (f) (2014).



เป็น Designer Drug เนื่องจากโดยธรรมชาติของกระท่อมเองเป็น เพียงพืชสมุนไพร ซึ่งหากไม่ได้นำไปผสมกับสารอื่น ๆ ให้ออกฤทธิ์เหมือนยาเสพติดกระท่อมก็ไม่แตกต่างจากเครื่องเทศหรือเกลืออาบน้ำ⁴⁶

ต่อมาในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2564 วุฒิสภาของฟลอริดาก็ได้เสนอร่างกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคกระท่อมซึ่งมีการกำหนดนิยามของคำว่าสารสกัดจากกระท่อม, ผลิตภัณฑ์กระท่อม และผู้ประกอบการ โดยร่างกฎหมายฉบับนี้กำหนดห้ามผู้ประกอบการขายกระท่อมที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้บริโภค มีการกำหนดว่าปริมาณของ 7-hydroxymitragynine ต้องไม่เกินร้อยละ 2 ฉลากบนผลิตภัณฑ์กระท่อมต้องมีข้อความแสดงรายละเอียดของผลิตภัณฑ์อย่างชัดเจน รวมถึงวิธีการใช้ ปริมาณที่แนะนำต่อหน่วยบริโภค ห้ามแสดงข้อความลงบนผลิตภัณฑ์ที่อ้างว่ากระท่อมสามารถรักษา บรรเทาอาการหรือป้องกันโรคต่าง ๆ ได้ ห้ามขายกระท่อมให้กับบุคคลที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี บริบูรณ์ ผู้ประกอบการรายใดฝ่าฝืนมีโทษปรับไม่เกิน 500 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับความผิดมูลฐาน และไม่เกิน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับความผิดฐานต่อ ๆ มา⁴⁷ แต่ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวก็ตกไปในชั้นคณะกรรมการจัดสรรงบประมาณของวุฒิสภาฟลอริดา

กล่าวโดยสรุป ในมลรัฐฟลอริดานั้นกระท่อมไม่ได้ถูกกำหนดให้เป็นสิ่งผิดกฎหมาย ประชาชนสามารถซื้อขาย ครอบครองและใช้กระท่อมได้ ยกเว้นเขตซาราโซต้า แต่อย่างไรก็ตาม สถานะทางกฎหมายของกระท่อมในฟลอริดาและสหรัฐอเมริกาอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในอนาคต เนื่องจากกระท่อมถูกจัดให้อยู่ในรายชื่อเฝาระวังขององค์กรปราบปรามยาเสพติดของสหรัฐอเมริกา และองค์การอาหารและยาของสหรัฐอเมริกาก็ได้ออกคำเตือนห้ามมิให้ผู้ประกอบการขายกระท่อมโดยอ้างว่ากระท่อมสามารถรักษา บรรเทาอาการเจ็บปวด หรือป้องกันโรคต่าง ๆ ได้⁴⁸

| ประเทศ | สถานะทางกฎหมาย | มาตรการด้านการผลิต | มาตรการด้านการใช้ | มาตรการด้านการส่งเสริมสำหรับอุตสาหกรรม |
|------------------------|---------------------------------|---|---------------------------|--|
| ราชอาณาจักรสวีเดน | ผิดกฎหมาย | ห้ามผลิต | ห้ามใช้ | ห้ามนำเข้า-ส่งออก |
| สาธารณรัฐอินโดนีเซีย | เป็นยาเสพติดประเภท 1 | ปลูกเพื่อส่งออกได้ แต่ห้ามผลิตเพื่อใช้ในประเทศ แต่อาจมีการเปลี่ยนเป็นห้ามผลิตโดยเด็ดขาดในปี พ.ศ. 2567 | ห้ามใช้ | ส่งออกได้ |
| สหรัฐอเมริกา (ฟลอริดา) | ไม่ผิดกฎหมาย ยกเว้นเขตซาราโซต้า | ผลิตได้ ยกเว้นเขตซาราโซต้า | ใช้ได้ ยกเว้นเขตซาราโซต้า | นำเข้า - ส่งออกได้ |

⁴⁶ Maxwell Kent, 'Is Kratom Legal in Florida' (Kratom Spot, 7 July 2021) <<https://kratomspot.com/is-kratom-legal-in-florida>> accessed 1 June 2022.

⁴⁷ SB 1076,

⁴⁸ U.S. Food and Drug Administration, 'FDA Issues Warnings to Companies Selling Illegal, Unapproved Kratom Drug Products Marketed for Opioid Cessation, Pain treatment and Other Medical Uses' (25 June 2019) <<https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-issues-warnings-companies-selling-illegal-unapproved-kratom-drug-products-marketed-opioid>> accessed 1 June 2022.



| ประเทศ | สถานะทางกฎหมาย | มาตรการด้านการผลิต | มาตรการด้านการใช้ | มาตรการด้านการส่งเสริมสำหรับอุตสาหกรรม |
|----------------|----------------|--------------------|--|--|
| ราชอาณาจักรไทย | ถูกกฎหมาย | ปลูกและผลิตได้ | ใช้ได้ในฐานะเป็นพืชยา แต่ห้ามนำไปผสมอาหารเพื่อขาย ห้ามผสมยาแก้ปวดเพื่อให้ออกฤทธิ์เหมือนสารเสพติด | นำเข้า – ส่งออกได้ |

7. แนวทางการพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้เพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมในประเทศไทย

จากการศึกษาประเด็นปัญหาทางกฎหมายการผลิต การบริโภค และการใช้เพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม กับกฎหมายของประเทศไทยและต่างประเทศ ตามที่ได้กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่า การที่ประเทศไทยยกเลิกพืชกระท่อมออกจากการเป็นยาเสพติดประเภทที่ 5 ส่งผลให้ประชาชนทั่วไป สามารถเข้าถึงและใช้พืชกระท่อมด้วยการเคี้ยวใบ การต้มทำน้ำกระท่อม หรือชากระท่อมดื่มได้ตามวิถีท้องถิ่น ซึ่งมีแนวโน้มด้านเสรีภาพในการใช้พืชกระท่อมที่สวนทางกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ที่มีการคำนึงถึงความปลอดภัยของการใช้พืชกระท่อมหรือสารเคมีในพืชกระท่อมมีที่ฤทธิ์คล้ายยาเสพติดมากขึ้น

ผู้ศึกษาจึงมีข้อพิจารณาสำหรับแนวทางการพัฒนามาตรการทางกฎหมายในการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้เพื่อประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมของพืชกระท่อม ดังต่อไปนี้

ประการแรก คือ การกำหนดให้มีการควบคุมมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อม

ปัจจุบัน กระท่อม มิได้ถูกกำหนดให้เป็นยาเสพติดประเภทที่ 5 อีกต่อไปทำให้เกิดกระแสของความสนใจในการยกระดับพืชกระท่อมสู่พืชเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากความต้องการใช้กระท่อมในต่างประเทศมีปริมาณค่อนข้างมาก ในขณะที่ประเทศส่งออกเดิม อย่างอินโดนีเซีย กำลังมีการเปลี่ยนแปลงนโยบายการขายและการส่งออกพืชกระท่อม ทำให้ประเทศไทยมีช่องทางในการยกระดับตลาดการค้ากระท่อมของตนให้ขึ้นมาเป็นประเทศในอันดับต้น ๆ ด้านการส่งออกกระท่อม ซึ่งจะเป็นช่องทางในการทำรายได้ให้เกษตรกรและภาคอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องกับกระท่อมอื่น ๆ ด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการจำหน่ายกระท่อมทั้งในและต่างประเทศจะเป็นประโยชน์ต่อเกษตรกรและภาคอุตสาหกรรมเนื่องจากมีมูลค่าสูงในตลาด แต่เพื่อให้เกิดการแข่งขันทางการค้าที่เป็นธรรมและไม่เกิดการเอาเปรียบผู้บริโภคจนเป็นการทำลายระบบการผลิตพืชกระท่อมโดยคำนึงถึงผู้บริโภคเป็นส่วนสำคัญ หน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น สำนักงานมาตรฐานการเกษตร สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง จำเป็นที่จะต้องกำหนดมาตรการควบคุมมาตรฐานและคุณภาพในการปลูกพืชกระท่อม ซึ่งอาจจะใช้ระบบการขออนุญาต และระบบการติดตาม กำกับดูแลเพื่อให้เกิดมาตรฐานการปฏิบัติที่ดีทางการเกษตร อันจะก่อให้เกิดความปลอดภัยต่อผู้นำพืชกระท่อมไปใช้ หรือบริโภค แต่ในขณะเดียวกัน มาตรการดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อวิถีชุมชนดั้งเดิม ที่มีการใช้พืชกระท่อมในลักษณะของพืชสมุนไพร โดยอาจจะเป็นการใช้ในชีวิตประจำวัน หรือการรักษาโรคตามตำราแพทย์พื้นบ้าน ซึ่งมีการใช้พืชกระท่อมในปริมาณที่ไม่มาก การกำหนด



มาตรการการกำกับ ติดตามการใช้พืชกระท่อมจึงอาจต้องนำรูปแบบของการกำกับติดตามโดยธรรมาภิบาลมาใช้ในการควบคุมกำกับติดตามโดยประชาชนในชุมชนนั้นมาใช้ ซึ่งอาจจะมีประสิทธิผลและเหมาะสมกับลักษณะการใช้พืชกระท่อมดังกล่าวมากกว่าการใช้ระบบขออนุญาต หรือระบบติดตาม กำกับดูแลตามกฎหมาย

ประการถัดมา คือ การจัดทำมาตรการควบคุมหรือการลงโทษมิให้นำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมาย หรือสร้างความเดือดร้อนหรือไม่ปลอดภัยในการบริโภคแก่ผู้อื่น

แม้ว่าพืชกระท่อมจะไม่ใช่พืชยาเสพติด ซึ่งสอดคล้องกับบัญชีรายชื่อยาเสพติดหรือวัตถุออกฤทธิ์ตามอนุสัญญาระหว่างประเทศ แต่ยังคงเป็น “พืชควบคุม” เนื่องจากเป็นพืชที่มีพิษและมีสารออกฤทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับระบบประสาท ดังนั้นเพื่อให้เกิดการใช้พืชกระท่อมที่เหมาะสม เกิดคุณมากกว่าโทษ จึงควรที่จะมีการควบคุมขอบเขตของการใช้พืชกระท่อม โดยอาจใช้รูปแบบการกำหนดโทษในลักษณะการปรับเป็นพินัยมาใช้เพื่อมุ่งประสงค์ให้เกิดการปรับเปลี่ยนพฤติกรรมการใช้พืชกระท่อมในทางที่ผิดให้เปลี่ยนไปในทิศทางที่ถูกต้อง โดยการใช้รูปแบบการกำหนดโทษปรับเป็นพินัยนั้น อาจนำมาใช้เฉพาะความผิดเกี่ยวกับการบริโภคพืชกระท่อมที่ปรุงหรือผสมกับสารหรือยาที่เป็นวัตถุออกฤทธิ์ เนื่องผู้บริโภคส่วนใหญ่เป็นวัยรุ่นและขาดความรู้ ความเข้าใจในด้านการใช้กระท่อม จึงอาจก่อให้เกิดการตัดสินใจกระทำผิดได้ง่าย แต่การบริโภคพืชกระท่อมในลักษณะดังกล่าว มิได้ส่งผลความรุนแรงหรือความสงบเรียบร้อยในสังคม จึงสมควรกำหนดโทษในทางอาญา⁴⁹ นอกจากนี้ ยังอาจรวมถึงการใช้ “กฎประชาคม” หรือเรียกอีกชื่อว่า “ธรรมาภิบาลชุมชน” เพื่อเป็นข้อกำหนดร่วมกันในพื้นที่ชุมชนที่มีการใช้กระท่อมในการควบคุมการใช้ให้ถูกต้อง และเพื่อให้เกิดการเฝ้าระวังการนำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่เป็นผลเสียต่อร่างกายของตนเองและผู้อื่นอีกด้วย

ประการสุดท้าย คือ การเชื่อมโยงมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อมให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลการใช้ประโยชน์พืชกระท่อมในทางอุตสาหกรรมหรือทางพาณิชย์

นอกเหนือจากการกำหนดมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อมให้สอดคล้องกับหลักการมาตรฐานทางการเกษตรที่ได้กล่าวไปในประการที่หนึ่งแล้วนั้น การใช้พืชกระท่อมในปัจจุบันมิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการบริโภคตามวิถีชุมชนดั้งเดิมเท่านั้น หากแต่มีความมุ่งหมายเพื่อจะพัฒนาให้นำพืชกระท่อมไปใช้ประโยชน์ในทางอุตสาหกรรมและทางอุตสาหกรรม เช่น การนำไปผลิตเป็นยาสมุนไพร หรือใช้ไปเป็นส่วนประกอบของอาหารต่างๆ ซึ่งหากนำพืชกระท่อมไปใช้ในปริมาณมากอาจก่อให้เกิด “ภาวะถุงท่อม” คือภาวะที่กระท่อมอุดตันลำไส้เนื่องจากร่างกายมนุษย์ไม่สามารถย่อยกากและใบกระท่อมได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องพิจารณาในเรื่องของความปลอดภัยตามหลักของสาธารณสุข โดยจะต้องมีการกำหนดมาตรการกำกับและควบคุมและได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการอาหารและยา (อย.) ตามกฎหมายว่าด้วยอาหารและกฎหมายว่าด้วยผลิตภัณฑ์สมุนไพร และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคด้วย

8. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากแนวคิด ทฤษฎี กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับการผลิต การบริโภค และการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมของประเทศไทยและต่างประเทศ สรุปได้ว่า ประเทศไทยได้ยกเลิกสถานะยาเสพติดของพืชกระท่อมตามพระราชบัญญัติยาเสพติด (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2564 ทำให้สามารถที่จะผลิต บริโภค ซื้อขายได้อย่างเสรี เช่นเดียวกับ

⁴⁹ พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 มาตรา 36 กำหนดว่าผู้ใดฝ่าฝืนบริโภคใบกระท่อมที่ปรุงหรือผสมกับยาเสพติดให้โทษหรือวัตถุออกฤทธิ์ตามประมวลกฎหมายยาเสพติด ยาตามกฎหมายว่าด้วยยา วัตถุอันตรายตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตราย ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท



กฎหมายของสหรัฐอเมริกา (ฟลอริดา) ในขณะที่กฎหมายต่างประเทศอย่างเช่นสวีเดน และอินโดนีเซีย ยังให้นิยามของพืชกระท่อมเป็นยาเสพติด ซึ่งผิดกฎหมาย โดยเฉพาะในอินโดนีเซียมีแนวโน้มว่าจะมีการห้ามมิให้ผลิตพืชกระท่อมภายในปี 2567 ประกอบกับปัจจุบัน แม้ว่าประเทศไทยได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ. 2565 อันมีลักษณะเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแลการนำเข้าหรือการส่งออกใบกระท่อมให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจ และเพื่อคุ้มครองสุขภาพของบุคคลผู้บริโภคกระท่อมที่เป็นกลุ่มเสี่ยง แต่ก็มีได้วางมาตรการในทางกฎหมายไว้ครอบคลุมการผลิต (เพาะปลูก) หรือการใช้ประโยชน์จากพืชกระท่อมในทางอุตสาหกรรมอื่น ๆ ด้วย

อย่างไรก็ตามเพื่อให้การผลิต การบริโภคและการใช้ประโยชน์ในเชิงอุตสาหกรรมของพืชกระท่อมมีประสิทธิภาพมากขึ้น จึงควรมีแนวทางในการพัฒนาของกฎหมายดังต่อไปนี้ ประการแรกคือ การกำหนดให้มีการควบคุมมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อม ประการที่สอง คือ การจัดให้มีมาตรการควบคุมหรือการลงโทษมิให้นำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ผิดกฎหมายหรือสร้างความเดือดร้อนหรือไม่ปลอดภัยในการบริโภคแก่ผู้อื่นที่เหมาะสม และประการสุดท้ายคือ การเชื่อมโยงมาตรฐานการปลูกพืชกระท่อมให้สอดคล้องกับกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลการใช้ประโยชน์พืชกระท่อมในทางอุตสาหกรรมหรือทางพาณิชย์ที่มีในปัจจุบันอันจะช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการใช้ประโยชน์จากพืชกระท่อมได้อย่างมีคุณค่าและลดการนำพืชกระท่อมไปใช้ในทางที่ไม่ถูกต้องและเป็นภัยต่อสังคมได้



บรรณานุกรม

- คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, ความเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง กฎหมายเกี่ยวกับพืชกระท่อม, (คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2558), หนังสือที่ คปก.01/112
- คำชี้แจงการจัดทำ (ร่าง) ประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ออกตามความในพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมประกาศกระทรวงสาธารณสุข (ฉบับที่ 424) พ.ศ. 2564 เรื่อง กำหนดอาหารที่ห้ามผลิต นำเข้า หรือจำหน่าย
- จุไรทิพย์ หวังสินทวีกุล, ‘พืชกระท่อม (Kratom)’ (15 มีนาคม 2561) <<https://ccpe.pharmacy.council.org>> สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2565.
- จุไรทิพย์ หวังสินทวีกุล, ‘พืชออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท’ (ภาควิชาเภสัชเวชและเภสัชพฤกษศาสตร์ คณะเภสัชศาสตร์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์, นีโอพ้อยท์ 2554).
- ดลชัย ชะวังจูและคณะ, ‘สถานการณ์การติตราทางสังคมของผู้ใช้ยาเสพติด: กรณีศึกษาผู้รับการบำบัดสารเสพติดในโครงการบริการเมทาโดนอนชุมชน’ (2560) 3 วารสารสาธารณสุขศาสตร์ 276, 276 – 288.
- เต็ม สมิตินันทน์, *ชื่อพรรณไม้แห่งประเทศไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม* (กรมป่าไม้ 2557), 383.
- บรรเจิด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์* (พิมพ์ครั้งที่ 3, วิญญูชน 2552).
- ปกป้อง ศรีสนิท, ‘การแก้ปัญหาทางกฎหมายอาญาที่ไม่จำเป็น ด้วยการออกกฎหมายที่ไม่จำเป็น’ (The 101 World, 14 มิถุนายน 2563) <<https://www.the101.world/legal-reform-with-more-legalization/>> สืบค้นเมื่อ 21 มิถุนายน 2565.
- พระราชบัญญัติ พืชกระท่อม พุทธศักราช 2486, ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 7 เล่ม 60, หน้า 243
- พระราชบัญญัติพืชกระท่อม พ.ศ.2565, ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 137 ตอนที่ 52 ก.
- พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522, ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 96 ตอนที่ 63.
- พศิน วรเนติโพธิ์, ‘การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดที่มีลักษณะไม่ร้ายแรง: ศึกษาเฉพาะพระราชบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามกฎหมายไทย’ (2564) 2 วารสารบัณฑิตศึกษานิติศาสตร์ 301, 301 – 326.
- ไพศาล ลี้มสถิต, รายงานโครงการศึกษาทบทวนมาตรการทางกฎหมายเพื่อการจัดการพืชกระท่อม : กรณีศึกษา กฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ (หน่วยงานระดับปริญญา คณะแพทย์ มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ และสำนักงานกองทุนสนับสนุนการสร้างเสริมสุขภาพ (สสส.) 2559).
- มูฮัมหมัดฟาห์มี ตาละ, ‘วิวัฒนาการกฎหมายกระท่อมในประเทศไทย’ (ศูนย์ศึกษาปัญหาการเสพติด, 23 สิงหาคม 2564) <<https://cads.in.th/cads/content?id=298>> สืบค้นเมื่อ 1 มิถุนายน 2565.
- ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการปรับเป็นพินัย พ.ศ.
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540* (วิญญูชน 2543).
- วุฒิชัย รุ่งเรือง, ‘พืชวิทยาของพืชกระท่อม’ (2563) 2 วารสารเภสัชกรรมโรงพยาบาล 118, 118 – 124.
- อริยพร โพธิ์ใส, ‘โทษปรับเป็นพินัย: มาตรการใหม่แทนการลงโทษทางอาญา (2564)’ 3 จุลนิตี 125, 125 – 131.
- Förordning (1992:1554) om kontroll av narkotika.



Lenny Tristia Tambun, ‘Mulai 2024, Pemerintah Larang Penggunaan dan Ekspor Kratom’ (Berita Satu, 7 August 2021): <<https://www.beritasatu.com/nasional/811035/mulai-2024-pemerintah-larang-penggunaan-dan-ekspor-kratom>> accessed 1 June 2022.

Maxwell Kent, ‘Is Kratom Legal in Florida’ (Kratom Spot, 7 July 2021) <<https://kratomspot.com/is-kratom-legal-in-florida>> accessed 1 June 1, 2022.

Maxwell Kent, ‘Legal Status of Kratom in Indonesia, 2021’ (Kratom Spot, 11 August 2021) <<https://kratomspot.com/legal-status-of-kratom-in-indonesia-2021>> accessed 1 June 2022.

Peter Hess, ‘As Indonesia Plans to Crack Down Kratom, the FDA Denies Involvement’ (Inverse) <<https://www.inverse.com/article/57247-aka-versus-fda-indonesian-kratom-ban>> accessed 1 June 2022.

Robert Kronstrand et al, ‘Unintentional fatal intoxications with mitragynine and O-desmethyltramadol from the herbal blend Krypton’ (2011) 35 Journal of Analytical Toxicology 242.

Sarasota, FL., Code of Ordinances ch. 62, § 62-350 (2014).

Tangquay P., ‘Kratom in Thailand: decriminalisation and community control?’ (International Drug Policy Consortium (IDPC) and Transational Institute (TNI), 2011).

The Austin Chronicle, ‘25 Best Katom Vendors: Most Reliable and Trustworthy Companies Selling Kratom Online’ (How To Buy Kratom in 2021) <<https://www.austinchronicle.com/daily/events/2021-04-19/25-best-kratom-vendors-most-reliable-and-trustworthy-companies-selling-kratom-online-how-to-buy-kratom-in-2021/>> accessed 18 June 2565.

Thongpradicholte S, Matsumoto K, Tohhda M, Takayama H, Aimi N, Sakai S, et al., ‘Identification of opioid receptor subtypes in antinociceptive actions of supraspinally- administered mitragynine in mice’ (1998) 16 Life Sci 137.

U.S. Food and Drug Administration, ‘FDA Issues Warnings to Companies Selling Illegal, Unapproved Kratom Drug Products Marketed for Opioid Cessation, Pain treatment and Other Medical Uses’ (25 June 2019) <<https://www.fda.gov/news-events/press-announcements/fda-issues-warnings-companies-selling-illegal-unapproved-kratom-drug-products-marketed-opioid>> accessed 1 June 2022.

World Health Organization, ‘Pre-Review Report: Kratom (*Mitragyna speciosa*), mitragynine, and 7-hydroxymitragynine’ (World Health Organization 2